الجمهوريـــة الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران– بلقايد
كلية الحقـــوق والعلوم السياسية
قســـم القانـــــون الخاص

اتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

إعداد الطالب:
– مرزوقي قدّار

تحت إشراف الأستاذة
– بوزيان مليكة

لجنة المناقشة

– أ.د بولنوار مليكة	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران	رئيسا
– أ.د بوزيان مليكة	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران	مشرفا ومقررا
– أ.د مروان محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران	مناقشا
– أ.د حمدان ليلى	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران	مناقشا

السنـــة الجامعيـــة: 2012-2013

بسم الله الرحمن الرحيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا
زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ
وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا)

سورة النساء الآية 01

إهداء

الوالد الكريم اطال الله عمره

روح والدتي رحمها الله

زوجتي ورفيقة دربي

ابنائي وفاء ، الياس وإسماعيل

الإخوة والأخوات

الأصدقاء وزملاء العمل

إلى كل هؤلاء اهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع

شكر وتقدير

كل الشكر، التقدير والاحترام لأساتذتي الأفاضل على توجيهاتهم ونصائحهم

كل من قدم العون والمساعدة لانجاز هذا العمل فله جزيل الشكر و الامتنان

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم الواحد الأحد، الفرد الصمد، الذي لم يلد و لم يولد و لم يكن له كفؤا احد عليه نتوكل وبه نستعين والصلاة والسلام على نبينا محمد خير الأنام وعلى آل بيته الطاهرين وزوجاته أمهات المؤمنين وأصحابه الغر الميامين من الأنصار والمهاجرين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد.

كانت ولا تزال الأسرة تحظى بالاهتمام في تنظيم شؤونها وإصلاح أوضاعها باعتبارها الخلية الأساسية لبناء المجتمع.

ولقد شاءت حكمة الله- عز وجل- البالغة والمتمثلة في بقاء النوع الإنساني على أكمل وجه وأتم نظام أن تبنى هذه الأسرة عن طريق الرابطة التي أقرها وارتضاها الله لعباده وهي الزواج الذي يتم بين الرجل والمرأة.

وبما أن أهمية العقد تزداد كلما أزدادت أهمية المعاملة نوعاً وأثاراً، وبما أن الزواج من أهم التصرفات التي يقوم بها الإنسان في حياته بل يعتبر من ابرز المعاملات وسائرها اثراً في بناء الحياة الاجتماعية واستقرارها، ومن هذا المنطلق كانت حاجة العلاقة الزوجية الى العقد ملحة وضرورية أكثر من غيرها من العلاقات والمعاملات والروابط من اجل ضمان سلامة الأسرة وبناءها عن طريق الإرادة الحرة والتشاور والاتفاق دون إكراه او قهر

وعلى هذه الأهمية التي يكتسيها الزواج فقد احاطته الشرائع السماوية والقوانين الوضعية بنوع من التعظيم و التنظيم لكي لا يكون عرضة للاهواء والنزوات البشرية حفظا للحقوق وحماية للأنفس وصونا للأعراض والأموال .

ومن اجل تحقيق هذه الغايات والأهداف النبيلة، ووفقا لفلسفات و إيديولوجيات معينة فقد تموقعت واتخذت التشريعات الحديثة مواقف محددة ومتميزة وصفت بعضها بالجريئة من حيث تنظيم عقد الزواج وترقيته خاصة في ظل تطور الحياة البشرية وتعقيداتها وتنامي دعوات المنظمات الدولية للاهتمام بحقوق الإنسان إجمالا وحقوق المرأة والطفل خصوصا داخل الأسرة والمجتمع.

وإذا كانت هذه هي الحال، فما هو الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائـــري في تنظـــيم الزواج؟ ما مدى استفادة المشرع الجزائري من ما عرفته نظرية العقد من ازدهار وتطور مع إمكانية الاستعانة بها لقيام زواج متين ومتوازن من بدايته وأثناء الحياة الزوجية؟.

ما مدى استجابة وتنفيذ المشرع الجزائري لبنود الاتفاقيات الدولية والتي صادقت عليهـــا الجزائر في مجال الأسرة والطفل؟ وهل بالإمكان التوفيق بينها وبين ما جاءت به الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأساسي لقانون الأسرة الجزائري مع الأخذ بعين الاعتبار لخـــصوصية المجتمـــع الجزائري الاجتماعية والثقافية وكذا التاريخية؟ .

وللإجابة على هذه الإشكاليات ارتأينا أنه يمكن تناولها بالبحث والدراسة في موضـــوع: **" اتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج"**

ويمكن دراسة الموضوع وفق الخطة التالية:

فصل تمهيدي: وتطرقنا فيه لكل من العقد والزواج وتطورهما التاريخي في إطار النظرية العامة للعقد والحضارات القديمة.

المبحث الأول: العقد

المبحث الثاني: الزواج

وفصلين رئيسيين

الفصل الأول: الزواج في كل من الدين العرف والقانون.

الفصل الثاني: نظام الزواج في الجزائر وموقف المشرع الجزائري.

الخاتمة: وضمناها مجموعة من النتائج والملاحظات مع تقديم بعض الاقتراحات والتوصيات.

الفصل التمهيدي :

العقد والزواج وتطورهما التاريخي

- **المبحث الأول**: العقد.
- **المبحث الثاني**: الزواج.

الفصل التمهيدي:

العقد والزواج وتطورهما التاريخي

نظرا لطبيعة الموضوع وارتباطه بالجوانب القانونية و الشرعية وكذا الجوانب التاريخية والاجتماعية فإن تحديد المصطلحات والمفاهيم التي تدخل في نطاق هذه الدراسة ووضعها في اطارها الزماني والمكاني لها أهمية كبيرة في فهم الموضوع وتوضيحه على الصورة المطلوبة لذلك سوف نتعرض لأهم ما في الموضوع هذا الفصل التمهيدي لكل من العقد والزواج من خلال مبحثين متتاليين:

- **المبحث الأول**: العقد.
- **المبحث الثاني**: الزواج.

المبحث الأول: العقد وتطور مبدأ سلطان الإرادة:

يعتبر العقد أهم صورة للتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية ولا يمكن التطرق إلى دراسة العقد المعزل عن النظرية العامة للالتزام التي تعتبر العمود الفقري للقانون لجميع فروعه وأن دراستها تعتبر من أهم الدراسات القانونية قاطبة ويرجع ذلك إلى ما لنظرية الالتزام من أهمية عملية وعلمية.

أما أهميتها العملية فتتمثل في إنها تتضمن القواعد العامة التي تنظم العلاقات القانونية المتعددة والمتنوعة والتي تموج بها الحياة الاجتماعية، فهي أساس القانون المدني بل القانون الخاص بفروعه المختلفة.

وتظهر أهمية نظرية الالتزام العلمية في كونها تتضمن مبادئ كلية ليس فيها مكان لخصوصيات أو تفصيلات فهي كما يقول الأستاذ بلانيول «المجال الرئيسي للمنطق القانوني مما جعلها حجر الزاوية في الدراسات القانونية وميدانا رئيسا للفكر المنطقي ولأعمال الصناعة القانونية».[1]

سوف نتطرق في إطار النظرية العامة للالتزام لكل من العقد وتطور مبدأ سلطان الإرادة فيكون لدينا:

- أولا: ماهية العقد.
- ثانيا: تطور مبدأ سلطان الإرادة.

❖ أولا: ماهية العقد:

استقر كل من الفقه والقانون في العصر الحديث حول تحديد وترتيب مصادر الالتزام ويذكرون عادة خمسة هي:

1- العقد. 2- الإرادة المنفردة. 3- العمل غير المشروع. 4- الإثراء بلا سبب. 5- القانون.[2]

ولا يهمنا من هذه المصادر وترتيبها وتطورها إلا العقد الذي تطرق له فيما يلي:

---

[1] - أ: بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، 2007م، ص: 24-25.

[2] - عرفت نظرية الالتزام تطورا عبر العصور وأشتد الصراع بين فقهاء القانون حول تحديد وترتيب مصادر الالتزام و لم يستقر الأمر إلا في العصر الحديث، وللتوسع أكثر حول الموضوع يراجع نظرية العقد للدكتور عبد الرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1998

1- تعريف العقد لغة واصطلاحا:

أ- العقد لغة:

قال الله جل وعز: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾[1] قبل العهود وقبل الفرائض التي ألزموها، وقال الزجاج في قوله تعالى: ﴿ **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾ خاطب الله عز وجل المؤمنين بالوفاء بالعقود التي عقدها عليهم والعقود: العهود واحدها عقد وهي أوكد العهود يقال عهدت إلى فلان في كذا وكذا فتأويله ألزمته ذلك فإذا قلت عاقدته أو عقدت عليه فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن لفظ « عقد » ورد بصيغة الجمع « عقود » وصيغة التأنيث « عقدة » في القرآن الكريم في مواضع مختلفة لتأديته معاني أهمها العهد والميثاق كما أن لفظ عقد متداول في لغة العرب منذ القدم خاصة في الشعر الجاهلي حيث أن الوفاء بالعقود والعهود والمواثيق من أهم شيم العربي وبهذه الميزة يتغنى ويتباهى بقبيلته وقومه ومنه قول الخطيئة:

أولئك قومي إن نبوا أحسنوا البنا

وإن عاهدوا أوفوا وإن عاقدوا شدوا.

ب- العقد اصطلاحا:

يظهر الاستعمال الاصطلاحي للعقد في مجال العلوم القانونية ويعرف على أنه توافق بين إرادتين أو أكثر من أجل إنشاء تعديل أو إنهاء التزام ولقد عرف المشرع الجزائري العقد من خلال المادة 54 من القانون المدني على أن « **العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما**» وواضح أن هذا التعريف يتضمن العقد والالتزام معا [3]

---

[1]- سورة المائدة، الآية: 01.

[2]- قاموس العين: الخليل بن احمد الفراهيدي مكتبة المعاجم واللغة العربية، مكتبة العرين للكمبيوتر، قرص مضغوط.

[3]- بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص: 41.

2-تمييز العقد عن ما يشابهه من الألفاظ:

إنه من الأهمية بما كان التمييز بين العقد وبعض الألفاظ التي تشابهه في المعنى وتختلف عنه في الدلالة الاصطلاحية.

أ- تمييز العقد عن الاتفاق:

إن الاتفاق جنس والعقد نوع من أنواعه فالاتفاق هو تلاقي إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء تمثل هذا الأثر القانوني في إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، أما العقد فهو أخص من الاتفاق إذ هو ينشئ الالتزام فقط.[1]

ولقد فرق بعض الفقهاء في فرنسا انطلاقا من المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي [2] بين العقد(Le contrat) والاتفاق (Convention) على أساس أن الاتفاق أعم وأشمل من العقد، غير أن هذه التفرقة انتقدت من جانب كبير من العلماء لأنها تفرقة لا يترتب عليها نتائج قانونية ولذلك كان من الأولى العدول عنها واعتبار العقد والاتفاق لفظين مترادفين.[3]

ب- تمييز العقد عن الوعد والتعهد Promesse:

الوعد هو ما يعد بموجبه أحد المتعاقدين أو كلاهما بإبرام عقد معين في المستقبل والوعد بالتعاقد عقد بمعنى الكلمة إذ يعهد لإبرام العقد الموعود به.

ويرى الأستاذ بلحاج العربي أن الوعد بالتعاقد هو عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد ولا يكون ملزما لجانبين إلا إذا اتجهت إرادة الطرفين إلى الوعد بإبرام العقد في مدة محددة وتكون في هذه الحالة أمام عقد تام ونهائي ويشترط فيه تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين وجب مراعاة هذا الشكل في الوعد مثل الوعد بيع عقار يجب أن يكون أمام الموثق وإلا اعتبر باطلا كما يجب أن تتوفر في الوعد جميع الشروط من أهلية وخلو الإرادة من العيوب.

---

[1] - د/ هدى عبد الله: دروس في القانون المدني، العقد، ج2، ط1، سنة 2008 م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص: 15.

[2] - le contrat est une convention par la quelle une ou plusieurs personnes s'oblige, en vers une plusieurs autre, a donner a faire ou à ne pas faire quelque chose "article 1101 CCF .

[3] - أ. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص: 41.

3-العقد في الفقه الإسلامي:

اهتم الفقه الإسلامي بضبط المعاملات بين الأفراد وترك للفرد حرية التعاقد فإرادة الفرد حرة في إنشاء العقود والعهود ويكفي لإنشاء العقد مجرد التراضي بين المتعاقدين وتوافق إرادتهما فلا يلزم لانعقاد العقد في الشريعة الإسلامية أية شكلية خاصة، ويستثنى من ذلك بعض العقود كعقود الزواج إذ يشترط الإشهاد عليه.[1]

ولقد حظيت مبادئ التعاقد بالاعتراف والتقدير من جانب الفقهاء المسلمون لوضوح قواعده، ومما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا».[2]

والشريعة الإسلامية لا تعرف مجموعات خاصة من العقود، وللعقد وأحكامه موضع من كتب الفقه وتستغرق من أبوابه أكثر من النصف وهو منشئ للالتزامات وقد عرفه صاحب كتاب مرشد الحيران في المادة 262 بأنه: عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين جليا إن العقد مصدر للالتزامات في الشريعة الإسلامية، هذا و لم يضع الفقهاء نظرية عامة للعقد بل نجد أحكامه منتشرة في العقود المتفرقة لاسيما عقد البيع والذي بلغت النظر في أحكام العقد قاعدة أساسية قررها الفقهاء ويقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد.[3]

❖ ثانيا: تطور فكرة مبدأ سلطان الإرادة

إن إرادة الإنسان تعتبر أهم مظهر من مظاهر حريته، ولذلك نجد أثرها الفعال في إبرام العقود وتحديد أثارها، فالشخص له الحرية في أن يلتزم بما يريد وبالقدر الذي يريد بشرط عدم الإضرار والتعدي على حرية وإرادة الآخرين وحقوقهم، ولما كانت الإرادة هي الأساس في إبرام العقود بل في كل التصرفات القانونية بوجه عام فقد اهتم بدراستها كل من الفقه الإسلامي والقانون الوصفي

---

[1] – حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2006 م، ص: 28.

[2] حديث صحيح رواه الترمذي وقد صححه ابن حيان من حديث أبي هريرة رضي الله عنه سبل السلام في شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام.د

[3] د / عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، ط2، منشورات الجلي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1998 م، ص: 63.

والمدني، غير أن فكرة ومبدأ سلطان الإرادة لم توجد بمثل هذا الاعتبار في القوانين القديمة نظرا لطفيان مبادئ وأساسيات في مشتملات العقد و لم يكن للإرادة أي اعتبار في إبرام العقود ولمعرفة مبدأ سلطان الإرادة وتطوره سوف نتطرق له من خلال ما يلي:

1- تعريف مبدأ سلطان الإرادة:

أ- في القانون المدني:

تستند وتقوم نظرية العقد في القانون المدني على مبدأ هام هو مبدأ سلطان الإرادة، وهو نتاج الفلسفة الفردية التي ظهرت في القرن الثامن عشر مع تنامي الحرية في المجتمع وازدهار الاقتصاد بواسطة رواج الرأسمالية وهيمنة مصلحة الفرد وبلغت هذه الفلسفة أوجها في القرن التاسع عشر الميلادي، وتعتبر حرية التعاقد حرية من الحريات التي تثبت للإنسان ببلوغه السن القانونية لإبرام العقود على أن لا يمنعه من ذلك مانع من موانع الأهلية ولا تعترضها عارض من العوارض مع وجوب خلو إرادته من أي عيب من العيوب.

وإذا توافرت كل هذه الشروط ومنع الفرد من إبرام عقد أو القيام بأي تصرف قانوني كان ذلك عدوانا على حريته وشخصيته، ويتضح تعريف الإرادة من خلال التعريف السائد للتصرف القانوني والمعروف في الفقه القانوني بأنه «اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني ...» وكذلك من تعريف العقد بأنه «توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين...».[1]

ب- في الفقه الإسلامي:

حرص الإسلام على رعاية حرية الإرادة، لذلك جعل الله سبحانه وتعالى حرية الإنسان أساس عبادة الله وحده حيث قال سبحانه ﴿ **لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ** ﴾.[2]

ويعتبر هذا هو الأصل الكلي المطلق الواضح فصله القرآن الكريم في أكثر من موضع وعلى سبيل المثال لا الحصر قال تعالى: ﴿ **وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَآمَنَ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلُّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ**

[1] - حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص: 10

[2] - سورة البقرة، الآية: 256

النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ ﴾[1] ، وقال جل شأنه: ﴿ **نَحْنُ أَعْلَمُ بِمَا يَقُولُونَ وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِجَبَّارٍ فَذَكِّرْ بِالْقُرْآنِ مَنْ يَخَافُ وَعِيدِ**﴾.[2]

كما أن الله سبحانه وتعالى أوضح لنا الإيمان به وبين طريق عبادته حيث لا يقبل الله تعالى عبادة إنسان إلا إذا كانت صادرة عن إرادة مؤمنة بالمعبود وصادقة وهذا الصدق والإيمان قائمين على أساس حرية الإرادة يقول سبحانه وتعالى: ﴿ **قُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ** ﴾.[3]

ففي هذه الآيات الكريمات انتـــفاء واضح لما يمس الإرادة من قهـــر ونهي واضح عن إجبارها وإخضاعها بالقوة وما دام الأمر كذلك فإن الإسلام قد كفل الإرادة بنص القرآن لا بالنسبة لعلاقة الإنسان بربه فحسب بل أعلى من شأن الإرادة وكفلها بنفس المقدار في علاقة الإنسان بغيره.[4]

كما أن السنة النبوية المطهرة لم تخلو من حرصها على بيان أهمية الإرادة ودورها الأساسي في التصرفات ويتضح ذلك من خلال أحاديث كثيرة ومتعددة تدل على ثبات مبدأ سلطان الإرادة ومنها ما روي عن يحي بن سعيد الأنصاري عن محمد بن إبراهيم التميمي عن علقمة بن وقاص عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «**إِنَمَا الأَعْمَالُ بِالنِيَات، وَإِنَمَا لِكُلِ امْرِئٍ مَا نَوَى، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى اللهِ وَرَسُولِهِ فَهِجْرَتُهُ إِلَى اللهِ وَرَسُولِهِ ، وَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ لِدُنْيَا يُصِيْبُهَا أَوْ امْرَأَةٌ يَنْكَحُهَا، فَهِجْرَتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ**»[5].

ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم «**من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه ومن أخذ أموال الناس يريد أتلافها أتلفه الله**»[6].

---

[1]- سورة يونس، الآية: 99.

[2] -سورة ق، الآية: 45

[3] سورة الكهف، الآية: 29

[4] حمدي محمد إسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص: 14.

[5] حديث متفق عليه، جامع العلوم والحكم لابن رجب.

[6] أخرجه البخاري ، الصحيح بشرح ابن حجر عن أبي هريرة رضي الله عنه في الاستقراض، ج5، ص: 54، والنسائي في البيوع، ج7، ص: 316.

فهذين الحديثين يدلان على أن الإرادة والنية من قواعد الدين الهامة التي تدخل تحتها ما لا ينحصر من المساءل في العبادات والمعاملات، ولذلك قرر فقهاء على أن الأعمال تقوم على النيات والمقاصد صحته وفسادا وثوابا وعقابا ومن ذلك تقرير القاعدة الفقهية التالية: «**العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني**»[1].

ويعبر فقهاء الفروع دائما عن النية بلفظ الإرادة، والواقع أن تعبيرات الفقهاء في المذاهب المختلفة لم تفرق بين النية والإرادة وإنما جاءت معظمها لتدل على أنها بلفظ واحد، وجاء في شرح فتح القدير: النية هي الإرادة الجازمة، لأن النية في اللغة هي العزم والقدم هو الإرادة الجازمة القاطعة.[2]

2- التطور التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة:

يزعم أنصار مبدأ سلطان الإرادة أن مبدأهم قانون طبيعي والواقع غير ذلك، فهو لم يكن المبدأ الذي سارت علبيه الإنسانية في العصور الأولى، بل لم يعرف هذا المبدأ إلا منذ بضعة قرون، وكان القانون في بدء تطوره يسير على سنة مناقضة له، فلم تكن الإرادة مصدرا للعلاقات القانونية ولم يكن العقل البشري في بإرادته يستطيع أن يدرك أن مجرد توافق إرادتين يولد التزاما إذا لم يكن المجتمع البشري في عصر الفطرة محتاجا للمعاملات المبنية على التبادل الاختياري، إذا كانت الأسرة هي محور النظام ورب الأسرة يملكها بما تحتويه من مال ورجال [3] والظاهر أن المجتمع البشري كان يقوم على أسس ثلاثة: الدين والنظام الداخلي للقبيلة والقانون ولنا أن نتتبع تطور هذا المبدأ في بعض القوانين القديمة.

ففي القانون الروماني كانت العقود شكلية، بمعنى أنه عيب أن يكون الاتفاق مصحوبا مجريات وإشارات وألفاظ حتى يولد هذا الاتفاق التزاما وأن هذه الوقائع المادية هي التي تسهل مهمة الإثبات للقاضي ولا يمكن البحث في نية المتعاقدين، وشيء فشيء تطور التفكير القانوني بتطور الحضارة الرومانية وبدأ التخلي عن الشكلية في العقود ومهد الطريق للإرادة، غير أنه رغم

[1] المادة 03 من مجلة الأحكام العدلية في بيان القواعد الفقهية، د / محمود عبد المجيد المغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002م، ص: 107.

[2]- حمدي محمود إسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص: 15.

[3]- عبد الرزاق المنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص: 87.

الانتصار الذي حققه هذا المبدأ إلا أن القانون الروماني لم يعترف بـــهذا المبدأ و لم يقدره في العقود بوجه عام.[1]

أما في القرون الوسطى فلم تنقطع الشكلية في تكوين العقود و لم يعترف القانون بالإرادة إلا تدريجيا إلى غاية نهاية القرن الثاني عشر، حيث ساعدت مجموعة من العوامل على استقرار مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقود أهمها تأثير المبادئ الدينية وقانون الكنيسة وتم الانتقال من فكرة العقوبة الدينية عند عدم الوفاء إلى الإلزام المدني بمجرد الاتفاق ويكون ذلك برفع دعوى أمام المحاكم الكنسية، أما العامل الثاني فيتمثل في التأثير بالقانون الروماني والرغبة في إحياءه خاصة بعد كثرة الدراسات وتم التأكد من أن الإرادة كان لها دور في العقود في هذا القانون غير أنه اتضح فيما بعد أن هذه الدراسات تمت حول المراحل الأخيرة من الحضارة الرومانية وأول من تأثر بهذا القانون هو القانون الفرنسي القديم حيث أصبحت القواعد العامة في هذا القانون هي ما كان استثناء في القانون الروماني .[2]

كما أن للعوامل الاقتصادية دور في استقرار مبدأ سلطان الإرادة بازدياد النشاط التجاري مما أدى إلى التخلي عن الشكلية بهدف تسهيل المعاملات التي تستوجب السرعة، واتجهت المحاكم الإيطالية إلى القضاء طبقا لقواعد العدالة التي بدورها لا تميز بين العقد الشكلي ومجرد الاتفاق وأن كلاهما ينشئ التزاما يجب الوفاء به، وتدخلت الدولة للبسط نفوذها بضبط الروابط القانونية بين الأفراد وحماية العقود التي تتم بمجرد الاتفاق وهجرت الأوضاع القديمة نهائيا وبحلول القرن السابع عشر استقر مبدأ سلطان الإرادة وبدأ أثر الدين يتلاشى وحل محله النظريات الاقتصادية والفلسفية التي كانت تنادي بالحرية الفردية وصدرت القوانين في أوروبا ومنها القانون الفرنسي الذي جاء مشبعا بالنزاعة الفردية.[3]

وما لبث مبدأ سلطان الإرادة يغزو كل النظم القانونية حتى توالت الانتقادات حتى زعم بعض النقاد أن التمادي في تقديس الحرية الفردية وتغليب مصلحة الفرد على مصالح الجماعة أمر

[1] – عبد الرزاق المنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص: 92.

[2] – حمدي محمود إسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص: 22.

[3] -DOMAT:" les conventions étant formées , tout ce qui a été convenu tient lieu de lois a ce qui les ont faites "

غير قابل للتحقيق وأن هذا الفرد المعزول لا وجود له وأن هذا المبدأ يحمل أسباب زواله ودعا بعض الاتجاهات الاجتماعية الرامية إلى التضامن الاجتماعي والاشتراكية إلى ضرورة إعادة النظر والتوجه نحو الروح الجماعية وليس الفردية وهو ما يشكل انتكاسة لمبدأ سلطان الإرادة.

ومنه يكون أن العوامل الاقتصادية التي أدت إلى ازدهار هذا المبدأ هي نفسها التي عجلت بتدهوره وانتكاسته، ووجد أنصار الاشتراكية المناخ الملائم للدعوة إلى ضرورة تدخل التشريعات لحماية الطرف الضعيف سواء في علاقات العمل أو في مختلف العقود ومنه أمكن للقضاء التدخل لتعديل العقد وإحداث التوازن وفقا لما تقضيه مبادئ العدالة.

3- الإرادة وحدودها في إنشاء العقد:

تبين من نقد مبدأ سلطان الإرادة أن الخطأ الذي وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذه مبدأ مطلقا في كل نواحي القانون، وهذه المبالغة هي التي كانت سببا في رد الفعل القوي ونبذه خصومه مرة واحدة مبالغين في ذلك مبالغة أنصاره في تأييده أما الاعتدال فيقتضي الرجوع إلى مبدأ سلطان الإرادة ولكن في حدود معينة وتحديد مجال هذا السلطان ، ففي دائرة القانون العام فالروابط التي تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لا إرادة الأفراد، وفي دائرة القانون الخاص فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود فعقد الزواج الذي هو الأساس الذي ترتكز عليه الأسرة مصدره إرادة المتعاقدين ولكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة، بل ينظمها القانون طبقا لمصلحة الأسرة والمجتمع.[1]

[1] -عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص: 108-109.

المبحث الثاني: ماهية الزواج وتطوره التاريخي

أولا: ماهية الزواج

يعتبر الزواج بوابة العلاقات الأسرية ونقطة بدايتها وذلك ما رمت إليه سنن الله الكونية، وإذا تتكاثر الكائنات بالزواج ذكرا وأنثى وهو ما ينطبق على الجنس البشري فتكاثرت الخلائق بواسطة هذه العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة .

ويوصف الزواج بأنه الارتباط المشروع الوحيد بين الرجل والمرأة والطريق الوحيد للتناسل والحفاظ على الجس البشري فضلا عن كونه باب التواصل، وسبب الألفة والمحبة والمعونة على العفة والفضيلة وحصنا يقي الإنسان من جميع أنواع الانحراف والاضطراب النفسي والعاطفي، وخلق أجواء الاستقرار في العقل والقلب والإرادة وهو الوسيلة الوحيدة لتشيل الأسرة[1] غير أنه وباعتبار الزواج نظام اجتماعي عرفته البشرية منذ وجودها لم يكن بالشكل الذي تعرفه في الوقت الحاضر بل مر بمراحل وعرف تطورات عديدة ومختلفة وهو ما سنتطرق له بالدراسة والتحليل من خلال ما يلي:

1- الزواج لغة:

يعرف الزواج لغة بأنه الاقتران والازدواج والارتباط يقال زوج الشيء بالشيء وزوجه إليه، قرنه به ومنه قوله تعالى: ﴿ **كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ** ﴾[2] [3].

2- الزواج اصطلاحا:

ولقد ذاع اشتعال كلمة الزواج في الارتباط بين الرجل والمرأة والاقتران بها طلبا للاستئناس والتناسل.[4]

كما استعملت كلمة النكاح في القرآن الكريم أكثر من كلمة الزواج يقول الله تعالى: ﴿ **وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ** ﴾[1].

---

[1]- د/ أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، سنة: 2011، ص: 11.

[2]- سورة الدخان، الآية: 54.

[3]- د/ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، دار الخلدونية، ط1، 2008م، ص: 23.

[4]- د/ عبد المجيد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2004م، ص: 07.

3- الزواج فقها:

كان الفقهاء الشرعيون المؤسسون والمفسرون يعتبرون الزواج نظاما شرعيا، وليس نظاما قانونيا اجتماعيا تم إنتاجه في سياق اجتماعي وتاريخي منذ الأزل، مما أدى تعميم كثّر من المفاهيم الإسلامية وتجاهل مرتكزات ثقافية واجتماعية هامة تعود إلى ما قبل الإسلام وهو ما أوقعهم في ما يسميه جانبا من علماء القانون المعاصرين «منهج تاريخ إقصاء التاريخ».[2]

هذا ولقد عرف أغلب الفقهاء الزواج بتعاريف متقاربة تنتهي إلى أن القصد من عقد الزواج هو ملك المتعة أو حلها مما جعلها تعريفات مهمة وغير مانعة ولا جامعة.[3]

غير أن التعريف الذي يمكن أن يزيل الإبهام والغموض هو «الزواج عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتطلبه الطبع الإنساني مدى الحياة ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات قبل الآخر».[4]

4- تعريف الزواج قانونا:

اهتـــمت جل التشريعات الحديثة بنظام الزواج باعـــتباره الإطار السليم الذي ينظم العلاقة بين كل من الرجل والمـــرأة، وإذا كانت بعـــض التشريعات الغربية قد ضمت عـــقد الزواج ضمن قوانينها المدنية معـــتبرة في ذلك أن عقد الزواج عقد مدني صرف، فإن التشريعات العربية قد استخلصت أحكام الأسرة وما ينطـــوي تحتها من زواج وطلاق، نفقة، حضانة، ميراث...إلخ من أحكام الشريعة الإســـلامية وتعرضت في أغلبها إلى تعريف الزواج نورد أهمها في ما يلي:

-عرفه المشرع الجزائري في المادة 04 من قانون الأسرة المعدل [1] «الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب».

---

[1]- سورة البقرة، الآية: 235.

[2]- د / بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، 2007م، ص: 30/ الفقه على المذاهب الأربعة، تأليف عبد الرحمان بن محمد الجزيري، دار الغد الجديد المنصور، مصر، طبعة جديدة، 2005 م، ص: 813 وما بعدها.

[3]- د / أحمد أباش، مرجع سابق، ص: 12.

[4]- د/ بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص: 23.

-كما عرفه المشرع المغربي في المادة 04 من مدونة الأسرة المغربية [2] بأنه: «الزواج ميثاق تراضي وترابط شرعي رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والفعال وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة».

-وعرفه القانون السوري بأنه: «عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل».

-وعرفه قانون الأصول الشخصية الكويتي بأنه: « الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته السكن والإحصان وقوة الأمة».

ثانيا: بداية الاجتماع البشري وتطور نظام الزواج في أهم الحضارات القديمة

لابد لنا أن نشير بأنه من غير الممكن التطرق إلى تطور نظام الزواج في الحضارات القديمة دون الإشارة إلى بداية الاجتماع البشري وظهور الخليفة على وجه الأرض وتكاثرها.

أ-**بداية الاجتماع البشري:**

دون الرجـــوع إلى قصة خلق آدم وحواء عليهما السلام، لنا أن نذكر ما ذكره أئمة السلف في ذكر قصة ابني آدم عليه السلام حيث جاء في كتاب البداية والنهاية [3] أن آدم عليه السلام كان يزوج ذكر كل بطن بأنثى الأخرى، ويذكر جمهور المفسرين بأن حواء عليها السلام كانت تلد في كل بطن ذكرا وأنثى وكان آدم عليه السلام يزوج الذكر من هذه البطن لأنثى من البطن الأخرى، أي كان الأخ يتزوج بأخته من البطن الأخرى ولا تحل له أخته توأمته [4]، وقد ذكر الإمام أبو جعفر بن جرير في تاريخه أن حواء عليها السلام ولدت لآدم عليه السلام أربعين ولدا في عشرين بطنا وقيل مائة وعشرين بطنا في كل واحد ذكر وأنثى أولهم قابيل وأخته قيلما، وأخرهم عبد المغيث وأخته أم المغيث ثم انتشر الناس بعد ذلك وكثروا، وامتدوا في الأرض ونمو

---

[1] -قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005م.

[2]- مدونة الأسرة المغربية، قانون رقم 70/03 الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 05 فيفري 2004م.

[3] أبو الفداء الحافظ بن كثير، البداية والنهاية، تحقيق الدكتور عبد الحميد هنداوي، المكتبة العصرية صيدا، بيروت، 2002م، ص: 110.

[4]- د/ صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998م، ص: 22، د/ مصطفى سيد أحمد صقر محاضرات في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مكتبة الجلاء الجديدة، جامعة المنصورة، 1989م، ص: 54.

وقد ذكر أهل التاريخ أن آدم عليه السلام لم يمت حتى رأى من ذريته من أولاده، وأولاد أولاده أربعمائة ألف نسمة والله أعلم.[1]

ب- **التطور التاريخي لنظام الزواج في الحضارات القديمة:**

بعد أن عرفنا أن الزواج سنة بدأت منذ وجود الإنسان على الأرض حيث تذكر بعض الدراسات أن البشرية في مداول مراحلها كانت تسير على المفطرة التي فطر الله الناس عليها وكان التوحيد أهم ميزة يتميز بها المجتمع إلى أن دبت الوثنية بين الناس.[2]

وتوالت الأزمان والتدهور وبقي نظام الزواج سائدا في كل الأزمنة إلا أنه عرف عدة تطورات سنوردها في أهم الحضارات التي درج على ذكرها المؤرخون.

نظام الزواج في حضارة بلاد ما بين النهرين (Mésopotamie الميزوبوتامي):

ترتكز الأسرة الميزوبوتامية عموما والبابلية خاصة على نظام الزواج الذي يتم بين الخطيب ووالد المخطوبة، بحضور شهود يضعون ختمهم على العقد المكتوب ولا يمكن اعتبار الزواج مشروعاً إلا بعد إبرام هذا العقد الذي يتضمن بعض العقوبات المقررة عند خيانة أحد الزوجين وبعض شروط طلاق محتمل كما يتضمن خاصته دفع مبلغ من المال من طرف الخطيب لوالد المخطوبة ويطلق عليه الترهاتو.[3]

ومن أهم النصوص القانونية التي حرصت على تنظيم الزواج والاهتمام به في هذه الحضارة، قانون حمورابي [4] حيث نظم الشؤون العائلية ومن بينها الزواج من خلال القسم الثامن في المواد من 127 إلى 194 حيث جاء في المادة 128 من هذا القانون ما يلي: إذا اتخذ رجل زوجة

---

[1]- أبو الفداء الحافظ بن كثير، مرجع السابق، ص: 110.

[2] -يذكر ابن كثير في كتاب البداية والنهاية في قصة نوح عليه السلام عن ابن عباس مأخوذا من الكتاب والسنة والآثار متا مضمونه: أنه كان بين آدم ونوح عشرة قرون كلهم على الإسلام ثم بعد ذلك القرون الصالحة حدثت أمور اختلفت أن آل الحال بأهل ذلك الزمان إلى عبادة الأصنام.

[3]- د/ دليلة فركوس، تاريخ النظم، ج1، النظم القديمة من القرن 32 قبل الميلاد إلى القرن 06 م، دار أطلس للنشر، 1993م، ص: 64.

[4]- عبد المالك سلاطنية، عبد الحميد حراوبية، ساحية حماني، تاريخ النظم في الحضارات القديمة وأثرها على التشريعات والمواثيق الدولية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عيل مليلة، الجزائر، 2007م، ص: 84.

له و لم يدون عقدها، فإن هذه المرأة ليست زوجة شرعية [1]، ونظام الزواج في الميزوبوتامي متعلق بنظام الزوجة الواحدة إلا في حالة مرض الزوجة أو حالة عدم الإنجاب لأن الغاية من الزواج في قانون حمورابي هو الإنجاب الذي يضمن استمرارية الأسرة وخلود العبارة وكان عدم الإنجاب يبرر تعدد الزوجات ويسهل طلاق الزوجة العاقر.[2]

نظام الزواج في مصر القديمة:

اختلف نظام الزواج في مصر القديمة بإختلاف العصور وكان له مميزات خاصة قد تؤثر على انعقاد الزواج وانحلاله، حيث كانت الأسرة في المرحلة الأولى تقوم على نظام الزواج الفردي أما في المرحلة الثانية خاصة في مرحلة أمراء الإقطاع أصبحت الأسرة تقوم على نظام تعدد الزوجات لكن للزوجة الأولى مرتبة امتياز على الزوجات الأخريات كما عرفت في مصر قديما نظام التسري الذي يتمثل في اتخاذ زوجات غير شرعيات إلى جانب الزوجات الشرعيات وكان هذا النظام مقتصرا على الإشراف دون العامة وفساد هذا النظام في عهد الدولة الوسطى والحديثة، كما عرف في مصر القديمة نظام الزواج الإلهي الذي بمقتضاه كان الملوك الذين منحوا ألأنفسهم صفة الألوهية يتزوجون بأخواتهم وأحيانا ببناتهم بهدف الحفاظ على الدم الملكي وقد انتشر هذا الزواج فيما بعد في الطبقات الأخرى للمجتمع.

وأحداث قانون بوركوريس تغيرات متعددة في انعقاد الزواج حيث كان الزواج قبله يتم بموجب عقد رسمي وديني حيث يسجل ضمن سجلات الكهان بعد المراسيم المقامة داخل المعبد لكن بعد هذا العهد زالت الصبغة الدينية لعقد الزواج وأصبح عقد مدني كالعقود الأخرى، وقد ترك قانون بوكوريس بالنسبة للصبغة الرسمية لعقد الزواج مفعولها الكامل حيث احتفظ بالتزام تسجيل العقد وتوثيقه لاعتباره كاملا فالعقد الغير مسجل لم يكن يرتب آثاره كاملة والأولاد في هذه الحالة لم تثبت حقوقهم تجاه أبويهما إلا بعد التوثيق وكان عقد الزواج يحتوي على بعض

[1]- يعتبر قانون حمورابي أهم أثر قانون للعهد القديم وواضعه هو سادس ملوك بابل وأشهر هم وقد أكتشف هذا القانون من طرق بعثة استكشاف متكونة من علماء آثار فرنسين بمدنية سوس بايران سنة 1902 ونصوصه منقوشة على نصب من حجر ومحفوظ في متحف اللوفر بباريس مكتوب باللغة البابيلية و الخط المسماري

[2]- د/ دليلة فركوس، مرجع سابق، ص: 63.

الشروط التي يدرجها الزوجات ضمنه منها تحديد المهر وشرط عدم الزواج من أخرى وشرط عدم الطلاق.[1]

نظام الزواج في الحضارة الرومانية:

كان الزواج في روما القديمة وحتى العصر العلمي يطلق عليه اسم الزواج مع السيادة، وهو زواج تخضع فيه الزوجة لسلطة زوجها وتصبح في عداد الأشخاص الخاضعين له كأولاده وارقائه وتكون أموالها جزاءا من أموال زوجها.

وفي العصر العلمي تحول المزواج إلى نوع آخر يقال له الزواج بدون سيادة وفيه لا تخضع الزوجة لسلطة زوجها وتكون مالكة لأموالها، وسواء كان الزواج مع السيادة أو بدونها فإنه يعتبر ارتباطا بين الرجل والمرأة بمقتضاه يعيشان معا في منزلة اجتماعية واحدة.

ويتم الزواج بخطبة الزوجة من أبيها بموجب مراسيم دينية بالنسبة للزواج مع السيادة، أما الزواج بدون سيادة فلا يخضع لمراسيم دينية وتبقى الزوجة متصلة بأسرتها ولا تنفصل عنها.

وقد كان الزواج يتم بإرادة والدي الزوجين أو ربي أسرتهما ولا شأن لإرادة الزوجين لأنهما خاضعان لهما، غير أن هذا الأمر تغير فيما بعد وأصبحت إرادة الزوجين مطلوبة إلى جانب إرادة ربي أسرتهما وعند رفضهما يحق للبريتور التدخل والإذن بعقد الزواج إذا كان الرفض بدون مبررات، كذلك يتدخل البيرتور إذا فرض الوالد على ابنته زوجا غير كفء لها.

كما عرف نظام الزواج في روما موانعا للزواج منها القانونية والاجتماعية والدينية منها منع الزواج بالأصول والفروع وعدم الكفاءة كما لا يجوز للزاني أن يتزوج من زنى بها كما لا يجوز للخاطف أن يتزوج المرأة التي خطفها، وحينما ظهرت المسيحية حرمت زواج المسيحي من امرأة يهودية.[2]

أما في أثينا وخلال العهد الديمقراطي فكانت الأسرة مركزة على نظام الزواج الذي كان خاضعا لنظام الزوجة الواحدة والزوج هو رب العائلة، إذ كان من واجبه حسن معاملة الزوجة

[1]-د/ دليلة فركوس، مرجع سابق، ص: 116 وما بعدها.

[2]- د/ صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص: 156- دليلة فركوس، مرجع سابق، ص: 211 وما بعدها.

والأولاد والسهر عليهم وضمان كل ما هو ضروري إلا أنه ترجع إليه كل الحقوق سواء اتجاه زوجته أو اتجاه الأولاد نظرا للسلطة الأبوية الواسعة والوالد أو الولي (رب الأسرة) هو الذي يقرر زواج المرأة وهذه الأخيرة كانت موضوع عقد الزواج وليست طرفا فيه لأن المرأة في أثينا لم تكن تتمتع بوضعية قانونية معتبرة.

نظام الزواج في جزيرة العرب قبل الإسلام:

يعود أصل العرب إلى الجنس السامي، وهو يتكون كما روى المؤرخون من شعبين تفرع منهما إلى عدة بطون وقبائل، شعب قحطان و موطنه الأصلي في اليمن وهو من بني سام بن نوح، وشعيب عدنان وينتهي نسبه إلى إسماعيل وإبراهيم ومواطنه الأصلي في الحجاز وغالبية العرب من سكان الجزيرة كانوا يعيشون بين رحيل وتوطن تسودهم الأمية ولا تربطهم عقيدة محددة، يعتقدون في الأصنام والأوثان، و لم تكن لهم حضارة تقوم على أسس يعرفونها ولا علوم معروفة فانعكست حالتهم الاجتماعية بشكل واضح على حياتهم القانونية، فلم تكن لهم نظم قانونية على شريعة متجانسة بل خليط من عناصر متنافرة.

كان التشريع لديهم فطريا عرفيا يرجع أساسا إلى عادات وتقاليد تختلف باختلاف القبائل تواضع عليها الناس في زمن الجاهلية تتفق و العقلية القبلية السائدة بينهم.[1]

كان الزواج مطلقا وأنواعه متعددة منه:

زواج المتعة- زواج الشغار - زواج الطعينة – زواج المقت ، إلى آخره من أنواع الزواج البغيض.

ولنا أن نستدل بالحديث الذي ورده البخاري في صحيحه باب من قال لا نكاح إلا بولي قال: عن عدد من الرواة عن ابن شهاب قال أخبرني عروزة بن الزبير: أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أخبرته: أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء:

- فنكاح منها نكاح الناس الـــيوم، يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها.

[1] – د/ محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس، لبنان، بدون سنة، ص: 306-307.

- ونكاح آخر: كان الرجل يقول لأمر أنه إذا ظهرت من طمثها أرسلي إلى فلان فاستبضعي منه فيعتزلها زوجها ولا يعيدها أبدا، حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد فكان هذا النكاح نكاح الاستبضاع.

- ونكاح آخر يجمع الرهط ما دون العشرة، فيدخلون على المرأة كلهم يصيبها فإذا حملت ووضعت ومر عليها ليالي بعد أن تضع حملها، أرسلت إليهم، فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها، تقول لهم: قد عرفتم الذي كان من أمركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان، تسمي من أحبت باسمه فيلحق به ولدها، لا يستطيع أن يمتنع به الرجل.

- نكاح الرابع: يجتمع الناس الكثير، فيدخلون على المرأة، لا تمتنع ممن جاءها وهن البقايا، كن ينصبن على أبوابهن رايات تكون علما، فمن أرادهن دخل عليهن، فإذا حملت إحداهن ووضعت حملها جمعوا لها ودعوا لهم القافة، ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون فألتاط به و دعي ابنه لا يمتنع من ذلك، فلما بعث محمد صلى الله عليه السلام بالحق، هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم.[1]

[1]- الإمام الحافظ بن عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المكتبة العصرية صيدا، لبنان، 2004م، ص: 943.

الفصل الاول :

عقد الزواج في كل من الدين ، العرف و القانون

الفصل الأول :

عقد الزواج في كل من الدين، العرف والقانون

من خلال التطور التاريخي الذي عرفه الزواج، يتضح أن لكل من الدين والقانون دور في تنظيمه إلى درجة محاولة كل طرف الاستئثار والاستحواذ على هذا التنظيم.

فيرى رجال الدين أن الزواج يقوم عل الأوامر الدينية والاستجابة لها، ولا سلطة في ذلك إلا سلطة الدين.

ويرى الاتجاه الآخر أن الزواج من الأمور الدنيوية والمتعلقة بحالة الشخص التي تحتاج إلى تنظيم بواسطة القوانين الوضعية الصادرة عن سلطة الدولة وبين الاتجاهين يبرز دور التقاليد العرفية التي تختلف من مجتمع لآخر حسب مكونات كل مجتمع الثقافية، وتركيبته الاجتماعية.

وعليه سنتطرق في هذا الفصل للزواج في كل من : الدين، العرف والقانون، من خلال مبحثين اثنين.

المبحث الأول : الزواج في كل من الدين والعرف

المبحث الثاني : الزواج في القوانين الوضعية الحديثة

المبحث الأول: الزواج في كل من الدين والعرف

كما سبق وأن عرفنا في الفصل التمهيدي أن بداية المجتمع البشري كانت بناء على إرادة الله عز وجل ؛ وكيف خلق آدم وحواء عليهما السلام، و أمرهما بإعمار الأرض بالتناسل، وعلمهما الأوامر الدينية إلى أن تلاشت وحلت محلها التقاليد العرفية التي قامت على الأهواء والنزوات، فعم الجهل والفوضى، وكثيرا ما كانت تضيع حقوق الإنسان، فكان لابد من تدخل إرادة الله على فترات مختلفة بواسطة الشرائع السماوية على أيدي الرسل الذين جاءوا لهداية الناس، وأهم هذه الشرائع شريعة اليهود، والديانة المسيحية، وأخيرا الشريعة الإسلامية. وقد جاءت كل شريعة من هذه الشرائع بنظام خاص ومختلف عن الآخر للزواج كما سنرى.

وبما أن العرف يساهم في وضع النظم الاجتماعية الخاصة بكل مجتمع ، وأهم هذه النظم، نظام الزواج، غير أن العرف، قد يكون إما عرفا حسنا أو عرفا فاسدا، وبالرغم من ذلك يعتبر العرف مصدرا من مصادر التشريع في كل الديانات السماوية، والقانون أيضا، وعلى هذا الأساس ارتأينا أن يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول : **الزواج في الدين**

المطلب الثاني : **الزواج في العرف**.

المطلب الأول: الزواج في الدين

الفرع الأول: مفهوم الدين

أولا: مفهوم الدين في دائرة الفكر العربي الإسلامي

أ– الدلالة اللغوية (الدين لغة):

–دين :

الديان من أسماء الله عز وجل، معناه الحكم والقاضي، وسئل بعض السلف عن علي (كرم الله وجهه) بن أبي طالب كرم الله وجهه فقال: " كان ديان هذه الأمة بعد نبيها" أي قاضيها وحاكمها والديان: القهار وقيل الحاكم والقاضي وهو على وزن فعال، من دان الناس أي قهرهم

على الطاعة، يقال: دنتهم فدانوا، أي قهرتهم فأطاعوا والدين: الجزاء والمكافأة ويوم الدين: يوم الجزاء والحساب والجمع الأديان، يقال دان بكذا ديانه، وتدين به فهو دين ومتدين والدين ما تدين به الإنسان، والدين السلطان، والدين: الورع ... الخ[1].

الدين في اللغة من الألفاظ التي تعددت مدلولاتها ومعانيها العامة والمتخصصة، يقال: دانه يدينه أي أطاعه وذل له فالدين يكون بمعنى الطاعة والقضاء والقهر والحساب والجزاء ويكون بمعنى العقيدة والشرع.

ولقد ورد لفظ الدين في القرآن الكريم مفردا ومعطوفا في واحد وتسعين موضعا بمعناه الخاص والعام، وهي نفس المعاني التي عددها ابن منظور وغيره مستقاة من الآيات القرآنية من ذلك قوله تعالى:﴿ **لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ** ﴾[2] وقوله تعالى:﴿ **يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لَا تَغْلُوا فِي دِينِكُمْ**﴾[3] .

والدين بمعناه الخاص يقصد به الإسلام، قال تعالى:﴿ **إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ** ﴾[4] ، وقوله تعالى:﴿ **الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا**﴾[5]

والدين يكون بمعنى الجزاء والحساب، قال تعالى:﴿ **مَالِكِ يَوْمِ الدِّينِ** ﴾[6] ، وقوله تعالى:﴿ **وَإِنَّ عَلَيْكَ لَعْنَتِي إِلَى يَوْمِ الدِّينِ** ﴾[7] .

ب- الدين اصطلاحا:

يعرف الدين بأنه: وضع إلهي يدعو ذوي العقول باختيارهم إلى ما فيه صلاحهم في الحال وفلاحهم في المستقبل لهذا يقسم الدين إلى عقيدة وعمل.

---

[1]- لسان العرب لابن منظور، دار صادر، بيروت،

[2]- سورة الكافرون، الآية: 06.

[3]- سورة النساء، الآية: 171.

[4]- سورة آل عمران، الآية: 19.

[5]- سورة المائدة، الآية: 03.

[6]- سورة الفاتحة، الآية: 04.

[7]- سورة ص، الآية: 78.

وإذا خرجنا من دائرة الفكر الإسلامي إلى غيرها من المرجعيات الفكرية العربية فنلاحظ اختلافا في تحديد وتقديم تعريف للدين وذلك راجع لاختلاف المنطلقات الفكرية والمعرفية.

فقد عرفته الموسوعة العربية الدين بأنه اصطلاح من العسير تحديده تحديدا دقيقا لتباين تأويله لدى كل من البدائيين وأصحاب الديانات السماوية ولاختلاف طبيعته من شخص لآخر ولارتباطه بأسمى العواطف وأعمقها وهي المعتقدات، وكذا الأفعال التي تدل على سلوك الإنسان.

وعرفته دائرة معارف القرن العشرين بأنه: الطاعة والانقياد واسم لجميع ما يعبد به الله تعالى.

ت- دلالة الألفاظ المشابهة للدين:

⊠ الشريعة:

ويقال أيضا الشرع هي لغة الطريق إلى مورد الماء والطريق الواضح الذي يجب سلوكه، والطريق الذي يجب على المؤمنين أن ستبعوه، والشريعة: الفرائض والحدود والأمر والنهي، والشريعة والشرعة ماسن الله من الدين وأمر به من العبادات والأعمال، ومنه قوله تعالى: ﴿ **ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ** ﴾[1] ، قوله تعالى :﴿ **لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا** ﴾[2] قيل في تفسيره الشرعة هي الدين والمنهاج الطريق وقيل الشرعة والمنهاج جميعاً الطريق والطريق ههنا الدين.

⊠ الملة:

قال الزمخشري: " الملة الطريقة المسلوكة، ومنها ملة إبراهيم عليه السلام، لذلك فإن الدين ما يكون عليه واحد من أهل الملة الواحدة، وأن الملة اسم لجملة الشرائع وقال الراغب الأصفهاني [3] الملة كالدين واسم لما شرع الله تعالى لعباده على لسان الأنبياء والفرق بينها وبين الدين أن الملة لا تضاف إلا إلى نبي من أنبياء الله عليهم السلام والذي تسند إليه قال تعالى :﴿ **وَاتَّبَعَ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ**

[1]- سورة الجاثية، الآية: 18.

[2]- سورة المائدة، الآية: 48.

[3] المفردات في غريب القرآن: تحقيق وضبط محمد سيد كيلاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، بدون تاريخ، ص: 471.

حَنِيفًا وَاتَّخَذَ اللَّهُ إِبْرَاهِيمَ خَلِيلًا ﴾[1] وقال تعالى أيضا :﴿ **وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي ﴾**[2] ولا توجد مضافة إلى الله ولا إلى آحاد أمة نبي من الأنبياء –عليهم السلام– ولا تستعمل إلا في جملة الشرائع دون آحادها وتقال الملة اعتبار بالشيء الذي شرعه الله، والدين يقال اعتبارا بمن يقيمه إذا كان معناه الطاعة.

العقيدة:

تعني العقيدة التصديق بالشيء والجزم به دون شك أو ديبة وهي مجموعة من قضايا الحق التي يسلم بها العقل والنظرة والتي يعقد عليها الإنسان قلبه ويثني عليها صدره جازما بصحتها، قاطعا بوجودها وبثبوتها، فهي الإيمان الثابت الذي يكيف شخصية الإنسان الدينية ويجوز حياته ويحكم سلوكه[3].

☒ المذهب:

الاجتهاد الذي يؤخذ به في دين ما، والمذهب هو ما يختاره الشخص من مجموع الاجتهادات كالمذاهب الفقهية الإسلامية وعامة المذهب مجموعة آراء وأفكار تكون تيارا معينا.

ثانيا: مفهوم الدين في الفكر الغربي.

جاء في القاموس الفرنسي "لاروس الكبير" : الدين مجموعة عقائد وأعمال خاصة بملة دينية.

ومعنى الدين في دائرة المعارف البريطانية الدين هو علاقة الناس بالأشياء التي تعتبر مقدسة لديهم، يرتبط بالجانب الروحي وتعتبر العبادة الصورة الأساسية في الدين والتدين وهو يقوم على عقيدة الشخص التي يؤمن بها سواء كانت هذه العقيدة صحيحة أو غير صحيحة.

وتختلف تعريف الدين في الفكر العربي باختلاف المذاهب الدينية والتيارات الثقافية والاتجاهات الإيديولوجية والفلسفية ويمكن رد هذه الاختلافات إلى الأسباب التالية:

[1] سورة النساء، الآية: 125.

[2] سورة يوسف، الآية: 38.

[3] محمد الفاضل بن علي اللافي، مرجع سابق، ص: 213.

1- تعدد وكثافة المواريث الدينية الموروثة منذ القدم.

2- تعدد النصوص الدينية واختلافها في الكتب الدينية التي درسوها نتيجة التحريف الذي لحق بها.

3- الاعتماد على معايير تفسير التطور المادي واستعمالها في تفسير تطور الدين والتدين.

4- غياب الموضوعية والحياد في انجاز البحوث العلمية والدراسات المتعلقة بالأديان.

وكنتيجة لهذه الأسباب اضطرب الفكر العربي وعجز عن تحديد مفهوم للدين وتطوره وهو ما يظهر من خلال التقسيمات التي قدمها مجموعة من المفكرين الغربيين للدين.

فهذا هيجل Higuel يقدم مجموعة من الأديان ويرى بأنه بعد أن مر الدين بتطورات عبر العصور فأندثر بعضه وبقي بعضه قائما ومن هذه الأديان.

- ❖ دين أوجده الاجتهاد البشري فقط.
- ❖ دين قائم على الظنون.
- ❖ دين قائم على الإلهام والشعور.
- ❖ دين قائم على التحري والتفكير
- ❖ دين قائم على الترانيم والرقص
- ❖ دين قائم على سفك الدماء والاضطراب الروحي.
- ❖ دين قائم على عبادة الأصنام
- ❖ دين قائم على الفراسة والتحليق في الفلسفة الغامضة.

ومن المفكرين الذين حاولوا تقديم تقسيم للدين نجد أيضا :Honthman، تيل Tyles، سيبرك Syebrag ولا تخرج هذه التقسيمات عن كونها عادات وتقاليد وطقوس وأهواء وغيرها هؤلاء من المعتقدات الدينية حتى اعتبر الإلحاد دينا وهو ما ذكره **سيبرك** عند عرضه لتقسيمات معتبر إياه دين العقيدة الوسطى أي خليط بين وجود وعدم وجود مبدع لهذا الكون، كما اعتبر تسيل السحر والشعوذة دين كباقي الديانات.

ويقدم كانت Kant تعريفا للدين في كتابه " الدين في حدود العقل مفاده: " الدين هو الشعور بواجباتنا من حيث كونها قائمة على أوامر إلهية".

ويضيف تايلور Taylor في كتابه المدنيات البدائية "الدين هو الإيمان بكائنات روحية.

أما **ايميل دوركايم** وفي كتابه الصور الأولية للحياة الدينية فيرى أن الدين هو مجموعة متساندة من الاعتقادات ودلائل المتعلقة بالأشياء والمقدسة اعتقادات وأعمال تضم أتباعها في وحدة معنوية تسمى الملة.

ونختتم برجل الدين الأب شاتل Abbé Chatel الذي عرف الدين في كتابه قانون الإنسانية code de l'humaité : " الدين هو مجموعة واجبات المخلوق نحو الخالق وواجبات الإنسان نحو الله وواجباته نحو نفسه وواجباته نحو الجماعة".

ويظهر اختلاف مفهوم الدين في الفكر الغربي عنه في الفكر العربي الإسلامي من حيث:

التعريفات التي قدمها الفكر الغربي للدين مهمة غامضة مغلوطة بينما في الفكر العربي الإسلامي فإن هذا الاختلاف لا يتجاوز الاختلاف في جانبه اللفظي نظرا لشراء اللغة العربية بالألفاظ ودقتها في تحديد المعنى حتى لا يكاد يشترك لفظان في دلالة واحدة وإن اتحد المعنى بالمقابل تعدد اللغات في الفكر الغربي وتتعدد معها الألفاظ ومنه يضيع المعنى خاصة عند الترجمة من لغة إلى لغة أخرى.

ثالثا: أثر الدين في حياة الفرد والمجتمع.

أ- حاجة الإنسان إلى الدين :

لم تنفصل البشرية في أي مرحلة من مراحل التاريخ عن الدين والتدين والقول بخلاف هذا إدعاء باطل يتعارض مع ما جاء في قول تعالى: ﴿ **وَإِنْ مِنْ أُمَّةٍ إِلَّا خَلَا فِيهَا نَذِيرٌ** ﴾[1]، وهو دلالة على تواصل سلسلة الرسل والأنبياء الذين كانوا يدعون الناس إلى توحيد الله وعبادته والامتثال لشرعه، ودلت البحوث العلمية والتاريخية التي أثبتت أن نزعة التدين في الإنسان أصلية وأنه كما

[1]- سورة فاطر، الآية: 24.

يقول أحد المؤرخين الإغريق: " قد وجدت في التاريخ مدن بلا حصون وبلا قصور وبلا سدود ولا قناطر ولكن لم توجد قط مدن بلا معابد".

وبغض النظر عن ما إذا كان هذا الدين صحيحا أو غير صحيح فإن حاجة الإنسان إليه نابعة من حاجته إلى قوانين ضابطة منظمة تعدل من غرائزه وتجيب عن تساؤلاته التي لم يستطع ان يدرك حقائقها بواسطة العقل أو العلم.

كما أن الشعور بهذا والحاجة إلى الدين يستوي فيه جميع الناس وهو ما نفسر اتجاه بعض الشعوب في الحضارات القديمة إلى إيجاد آلهة لأنفسهم يعيدونها ويتقربون لها حتى وإن كانت هذه الآلهة مصطنعة من الأصنام أو في الطبيعة مثل الريح، الرعد ...إلخ.

أثر الدين على الفرد والمجتمع:

إذا كانت هذه هي حاجة الإنسان إلى الدين فهذا بلا شك يدل على ما للدين من كبير الأثر على حياة الفرد والمجتمع ويتضح هذا الأثر جليا عندما تقوم حياة الإنسان وتنطبع سلوكاته انطلاقا من معتقداته الدينية التي يؤمن بها وتعتبر المناسبات الدينية والاحتفالات والمراسيم الصورة الواضحة التي يظهر فيها مدى تأثر وتعلق الفرد والمجتمع بدينه ومعتقده ومنه يظهر اهتمام المجتمع وتقديسه للجانب الروحي عند الفرد وسعيه إلى تحقيق التماسك والرابط الاجتماعي، وليس من سبيل إلى تحقيق ذلك إلا إذا توحدت وقويت العقيدة في نفوس أفراد المجتمع الواحد فيتكاملون فيما بينهم ويذودون عن بعضهم البعض وهو ما يؤدي إلى استمرارية المجتمع وضمان وجوده بين المجتمعات الأخرى وهي الفكرة والمبتدأ اللذان أرساهما سيد الخلق سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم من خلال الحديث: " مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى"[1] وكلمة المؤمنين في معناها العام تعني أولئك الذين ينتمون إلى دين واحد وعقيدة واحدة وهو ما يدفعهم بالضرورة إلى التعاون والتكافل والوقوف إلى جانب بعضهم البعض في السراء والضراء.

[1] – ورد الحديث برواية " مثل المؤمنين .....وتعاطفهم .....اذا اشتكى منه شيء ....." رواه الامام احمد في المسند تحقيق شعيب الارناؤوط وعادل مرشد واخرون ، اشراف الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، ج30، ص: 323.

الفرع الثاني: الزواج في الديانات السماوية

يقصد بالديانات السماوية الديانات الثلاث المتمثلة في:

- اليهودية.
- النصرانية (المسيحية).
- والإسلام

وهي ديانات تقوم العقيدة فيها على كتب دينية مقدسة هي التوراة، والإنجيل، والقرآن وهي الكتب التي أوحى بها الله تعالى إلى رسله عيسى، وموسى ومحمد عليهم السلام أجمعين.

وسنتطرق في هذا الفرع إلى الزواج في كل من الديانة اليهودية والمسيحية والشريعة الإسلامية.

أولا: الزواج في شريعة اليهود.

أ- التعريف بالشريعة اليهودية.

ب- مصادر الفكر اليهودي.

ج- نظام الزواج عند اليهود.

أ- التعريف بالشريعة اليهودية.

بدأ الوجود اليهودي بأسرة جدهم إبراهيم عليه السلام، ثم ابنه إسحاق، ثم حفيده يعقوب الذي أصبح اسمه إسرائيل وكان لإسرائيل اثني عشر ولدا كل واحد منهم أسس أسرة تنامت وتكاثرت وأضحت فيما بعد ومع مرور الأيام وتعاقب السنين قبيلة أو بالتعبير العبري أصبحت سبطا.[1]

ويدين اليهود بالديانة اليهودية وكتابهم المقدس التوراة الذي أنزل على موسى عليه السلام.

وقد أرجعت تسمية اليهود إلى أحد الأسباب التالية:

[1]- د هند المعدللي، الزواج في الشرائع السماوية والوضعية، دار قتيبة، ص: 87.

- نسبة إلى اليهودية ويتعلق ذلك بالأرض والجغرافيا.

- ينسب هذا الاسم إلى سبط يهودا وهي العشيرة من أبناء يعقوب التي نبغ منها داوود وسليمان أعظم حكام بني إسرائيل على الإطلاق فانتسب الشعب كله إلى عشيرتهما وحملوا اسم اليهود.

- ترجع هذه التسمية إلى ما كان من بعض عباد اليهود، يتهودون عند الذكر، أي يميدون.

- قول اليهود ﴿ **إِنَّا هُدْنَا إِلَيْكَ** ﴾[1] أي رجعنا إليك، فأشتق من ذلك الاسم، أي الراجعون والتائبون، والأبيون إلى الله تعالى[2]

وقد ثارت إشكاليات هامة حول تحديد الهوية اليهودية مما لم يساعد في تحديد تعريف دقيق لهذه الهوية، فوضعت للجنسية مصطلح إسرائيلي، وللدين مصطلح اليهودي، وللثقافة واللغة مصطلح العبري وظهر مصطلح جديد وهو الصهيونية فتعلق بالنزعة الاستطانية والاستعمارية لاضطهاد الشعوب لأن اليهود يعتبرون أنهم شعب الله المختار كما يزعمون.

وعلى هذا الأساس تم تعريف الهوية اليهودية على أساس قومي وديني وقد أنار عبد الوهاب المصيري سؤال الهوية والشخصية اليهودية لا من حيث الأصول الاشتقاقية فحسب، وإنما من حيث الخلفية الإيديولوجية التي أسهمت إلى حد بعيد في صياغة تعريف مضمون للشخصية اليهودية في اتجاه الإجابة عن سؤال اليهودية، فهو يرى أن: " الشخصية اليهودية هي افتراض أن هناك سمات ثابتة للشخصية القومية اليهودية لا تتغير بتغير الزمان والمكان".[3]

ب- مصادر الشريعة اليهودية و الفكر اليهودي:

لليهود مجموعتان من الكتب المقدسة، هما العهد القديم والتلمود وعبر الزمن تكونت حواش مرجعية أخرى، هي العرف والاجماع والمؤلفات الفقهية وهي تشمل التراث الاجتهادي وقراءات الحاخامات الذين حرصوا كل الحرص على عدم تدوين الشريعة، بل عدوا تدوينها أمرا محرما للحيلولة دون انتشارها بين العامة.[4]

---

[1] -سورة الأعراف، الآية: 156.

[2] - محمد الفاضل بن علي اللافي، مرجع سابق، ص: 96.

[3] -عبد الوهاب المسيري: من هو اليهودي؟ دار الشروق، القاهرة، ط3، 2001م، ص: 09.
محمد الفاضل بن علي اللافي، مرجع سابق، ص: 97.

[4] -محمد الفاضل بن علي اللافي، مرجع سابق، ص: 100.

1- التوراة:

وهو الكتاب المقدس الذي يجمع عليه كل اليهود، ويضم خمسة أسفار هي:

- التكوين
- الخروج
- الأخبار أو اللاويين
- العدد
- التثنية.

وتسمى بأسفار موسى وهي التي جاء فيها كثير من الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية ومن ذلك مثلا ما جاء في سفر الأخبار بشأن موانع الزواج، وما جاء بشأن الطلاق والميراث.[1]

ويذهب **جون تايلر** إلى اعتبار هذه المجموعة من الكتب كتابا واحدا في خمسة أجزاء أفضل من اعتبارها خمسة كتب في مجموعة واحدة.

سفر التكوين:

يعتبر ملحمة، دراما واسعة النطاق، ويسجل في البداية كيف خلق الله العالم ، فتذكر المقدمة تاريخا عاما للجنس البشري منذ آدم عليه السلام، ويمتد بضعة ألاف سنة، ثم حديثا عن الطوفان وقصة سيدنا يوسف –عليه السلام- ...الخ.

سفر الخروج:

هو قصة ولادة اليهود كأمة مستقلة، وملحمة تتمحور حول موسى – عليه السلام - ، فهو الذي قاد الشعب وخرج به من مصر ولهذا سمي هذا السفر بالخروج ويحتوي على قسمين:

- هروب بني إسرائيل من العبودية من مصر.
- إعطاء الشريعة وإقامة خيمة الاجتماع بسيناء.

[1] – هند المعدللي، مرجع سابق، ص: 88.

سفر اللاويين:

هو كتاب القوانين والشرائع وتتناول هذه الشرائع الطقوس والعبادة ونواحي عدة في الحياة.

سفر العدد:

وسمي بذلك لإهتمامه بالأعداد على مستوى الأشخاص والمعلومات ويتناول 40 سنة من تاريخ بني إسرائيل وهي فترة ترحالهم في شبه جزيرة سيناء.

سفر التثنية:

التثنية هي الإعادة والتكرار، والقصد بها تثبيت الشرائع والأحكام: " فهو سجل بخطب موسى الوداعية التي ألقاها على بني إسرائيل حوالي سنة 1260 قبل الميلاد، أما العنوان فمأخوذ من الترجمة اليونانية ويوحي بأن الشريعة أعطيت مرة ثانية.[1]

2- التلمود:

كلمة مشتقة من الجذر العبري "لامد" الذي يعني الدراسة والتعلم وهو من أهم الكتب الدينية عند اليهود وهو مجموع الشريعة الشفوية أي تفسير الحاخامات للشريعة المكتوبة (التوراة).[2]

والتلمود مصنف للأحكام الشرعية، ومجموعة القوانين الفقهية اليهودية ويوجد عند اليهود تلمودان التلمود الفلسطيني أو الأورشليمي والتلمود البابلي ويعرف أيضا بتلمود أهل الشرق لان بابل تقع إلى الشرق من فلسطين وكلاهما مكون من المشنا والجمارا.

وإلى جانب هذه الكتب المقدسة عرفت مصادر أخرى للفكر اليهودي شبه مقدسة، ولكنها ليست أقل منها قيمة ومن أهم تلك الكتب :

- القبالة.
- الزوهار.
- المدراش.

[1] - محمد الفاضل بن علي اللافي، مرجع سابق، ص: 101.

[2] - المرجع نفسه، ص: 108.

ويعتبر العرف مصدر ثالثا للتشريع عند اليهود الربانيين إلا أن العرف يلعب دورا كبيرا إلى جانب الاجماع عند اليهود القرائين لأن باب الاجتهاد مفتوح أمامهم.

ولعبت المؤلفات الفقهية المستمدة من المصادر السابقة دورا هاما في صياغة الأحكام، التي يرجع إليها في المسائل التي تتعلق بالمعاملات والأحول الشخصية، ومن هذه المؤلفات عند الربانيين: كتاب "اليد القوية" لموسى بن ميمون، وكتاب " الأحكام الشرعية في الأصول الشخصية للاسرائيلين" لمسعود بن حاي بن شمعون، وهو المرجع أمام القضاء لأنه سهل ومصاغ في صورة مواد، أما عند القرائيين فيتمثل مرجعهم في كتاب " شعار الخضر في الأحكام الشرعية لياهو بشياحي".

ت- نظام الزواج في الشريعة اليهودية:

- **نظرة عامة لليهود حول الزواج:**

تقوم الأسرة في الشريعة اليهودية على نظام الزواج، لذلك يمقت اليهود العزوبية ويحضون على الزواج ويعتبرونه واجبا مقدسا على كل شاب.

فقد جاء في سفر التكوين، إصحاح أول عدد 27 و 28 ما يلي:

" فخلق الله الإنسان على صورته، على صورة الله خلقه، ذكرا وأنثى خلقهم وباركهم الله وقال لهم أثمروا وأكثروا وأملوا الأرض وأخضعوها، وتسلطوا على سمك البحر وعلى طير السماء وعلى كل حيوان يدب على الأرض".

وتنظر الشريعة اليهودية إلى الأعزب نظرة احتقار، لأنه متخلف عن أداء الواجب الديني المقدس، ألا وهو التكاثر، وكذلك نظرتهم إلى المرأة العاقر التي لا تنجب لأن المرأة في شريعتهم اكتسبت الاحترام و تقدير لانها ام للاولاد فقط وعلى هذا فالمراة العاقر لا تستحق أي احترام او تقدير.

ولقد اوجب الدين اليهودي في التلمود الزواج، واعتبر الذي لا يتزوج إنما يعيش بلا بهجة وبلا بركة وبلا مال ... وأن العازب ليس رجلا بمعنى الكلمة.

وجاء في المادة 16 من مجموعة ابن شمعون: أن الـــزواج فرض على كل إسرائيلي وقد جاءت الدعوة إلى الزواج المـــبكر محرضـــة الأب على تزويج أولاده وهم صغار الـــسن، فقـــد ورد في المشنا: "زوج أولادك ولو كانت يديك لا تزال على رقبتهم". ولقداسة الزواج، وفي سبيل تأديـــة هذا الواجب، فإنه يمكـــن إكراه الشخص عليه، طبقا لما ورد في التلمود بأن الـــسلطان يـــستطيع إكراه الشخص على الزواج، لأن الذي يعيـــش دون زواج حتى سن العشرين يكون ملعونا مـــن الرب.

ولا يستثني من الزواج صغير ولا كبير، ولا غني ولا فقير، ولا صحيح ولا سقيم ولا عـــالم ولا جاهل ... بل على الجميع أن يسارعوا إلى تأدية واجبهم باســـتبقاء النـــسل، ولا يقـــال أن اليهودي قد قام بهذا الواجب، إلا إذا أنجب من زواجه ذكرين وأنثى، وعلى الرجل الأعـــزب أن يتزوج حتى يحقق تلك الغاية، وإذا أراد اليهودي أن يتزوج من امرأة عاقر أو بلغت سن اليأس فإنه يمنع من ذلك إلا إذا كان قد أدى فرض التناسل والتكاثر المذكور.

ولدى اليهود اعتقاد، أن الزواج يتقرر أولا في السماء، من قبل ميلاد الشخص، فقد ورد في المشنا أنه: " قبل ميلاد الطفل بأربعين يوما يعلن في السماء أنه سيتزوج بنت فلان".

سن الزواج في الشريعة اليهودية:

للزواج عند اليهود سن معينة تبدأ بها، وقد حددت شريعة اليهود الربانيين سن الزواج بثلاث عشرة سنة للذكر، واثني عشرة ونصف بالنسبة للأنثى فإذا بلغ أحدهما هذه السن كان له ولايـــة تزويج نفسه، أما بالنسبة للقرائيين فلا توجد سن محددة للزواج، وإنما يرجع إلى البلوغ الطبيعـــي للذكر والأنثى والفتاة إذا كانت دون سن البلوغ، فإنها تخضع لولاية الإجبار في تزويجها، أي يمكن لوليها أن يزوجها ولو كانت غير راضية، فمع رضا وليها لا حاجة ولا ضرورة لرضاها.

ولا تنتهي هذه الولاية عليها إلا في حالتين: طلاقها من زوجها، أو وفاته عنها، ولا استقلالية لها في زواجها بعد البلوغ، إذ لابد من موافقة الولي على ذلك والولي هو الأب، فإن لم يكن فالأم، وإلا فأحد إخوتها برضاها.

أما الذكر فلا يخضع لولاية الإجبار أي أنه لا يزوج من قبل الولي لا قبل ســـن البلـــوغ ولا بعده، فإذا بلغ استقل بزواجه دون موافقة أحد .

- **الرضا:**

يعتبر الرضا من أهم الشروط الموضوعية للزواج عند القرائيين وإلا فـــلا عقـــد ولا زواج في حين لا يعتبر ذلك ضروريا في التلمود؟ لأن رضا الأب يكفي، إذ يمكنه أن يزوج ابنته ممن يريد من الرجال، بل يمكنه أن يختار بنفسه زوجة ابنه دون استشارته.

- **العقد:**

يأخذ الزواج عند اليهود طابعا دينيا فلا يكتفي بالرضا من الجانبين بل لابد من توافر الشكل الديني، الذي يتجلى في ثلاث مظاهر هي:

– **التقديس:**

عند الربانيين يكون بإعلان الرغبة أمام الحضور وأقلهم شاهدين وعلى من يريد الـــزواج أن يتقدم أمام مجلس الحضور ويعلن رغبته في الزواج من المرأة التي يريد الاقتران بها، ولابد من لفـــظ يردده أمامهم وهو يقدم الخاتم أو سواه قائلا: " تقدست لي زوجة بهذا الخاتم أو بكذا إن كان شيأ آخر، مما يملكه الرجل".

وعند القرائيين يكون التقديس في مجلس لا يقل عن عشرة رجال ويقدم طالب الزواج وعلى مرأى من جميع الحاضرين المهر كله أو بعضه سواء كان نقدا أو عينا إلى كبير الحاضرين الذي يقوم بدوره بتسليم المهر الذي تسلمه إلى والد الفتاة أو وكيلها أو يتم تسليمه إليها في بعض الظروف، ولو أن هذا الشكل الأخير غير مستحسن عندهم، ويفضلون أن يسلم المهر إلى من ينـــوب عنـــها باستلامه، ويمكن للرجل أن يلتزم بالمهر أمام المجلس دون أن يقدم شيأ.

والتقديس هو الرباط الديني الأول، الذي يربط المرأة بالرجل شرعا وبعده لا تحل المـــرأة لأي رجل آخر إلا بالطلاق أو الوفاة وعلى الرغم من شرعية هذا الرباط إلا أنه لا يبيح للرجل الدخول بالمرأة قبل أن تستكمل بقية الأركان.

– **كتابة العقد:**

وهو أساس الزواج في الشريعة اليهودية، وقبله وعلى الرغم من وجود التقديس لا تحل الإقامة مع المرأة، كما لا تحل معاشرتها فكتابة العقد هي التي تضفي على العلاقة بين اثنين صفة الـــشرعية

بعد التقديس فقد جاء في مجموعة ابن شمعون في المادة 56 بأن إقامة الرجل مع المرأة بغير كتابة عقد الزواج الشرعي، ممنوع ولو كان هناك تقديس.

وذكرت المادة 66 و 67 من ذات المجموعة أنه يطلق على كتابة العقد بالعبرية اسم "كتبوها".

وتشتمل كتابة العقد على ذكر:

المهر والحقوق والواجبات الشرعية لكل من الزوجين.

شروط كل من الطرفين على الآخر، على أن لا تخالف هذه الشروط الشرع والأصول التوثيق المالي لكل من الطرفين، حيث يشار إلى ما يجب للمرأة من مؤجل المهر في ذمة الرجل، وما يكون قد أخذه الزوج من زوجته.

وينص الفكر اليهودي على أن جميع مال المرأة ملك لزوجها، وليس لها سوى ما فرض لها من مؤخر الصداق في عقد الزواج، تطالب به بعد موته أو عند طلاقها منه، وعلى هذا فكل ما تدخل به من مال، وكل ما تلتقطه وتكسبه من سعي وعمل، وكل ما يهدى إليها في عرسها ... ملك حلال لزوجها يتصرف فيه كيف يشاء بدون معارض و لا منازع.

صلاة البركة:

إذا تم التقديس وكتابة العقد وفق الأصول المذكورة كان لزاما في النهاية أن تقام صلاة البركة في احتفال علني يحضره عدد من الناس، لا يقل عن عشرة رجال، لأن التبرك والعلانية شرطان لازمان لإتمام الزواج وإلى هذا أشارت المادتين 56، 61 من مجموعة ابن شمعون وتقام في الاحتفال طقوس دينية خاصة، تبدأ بالتلاوة الدينية، ثم يقوم الرجل ويجدد يمين العهد، وبعد ذلك تبدأ صلاة البركة، حيث يبدأ بها من قام بتوثيق العقد، ثم تتكرر الصلوات والأدعية التي يشارك فيها الجميع.[1]

[1] هند المعدللي، مرجع سابق.

ثانيا: الزواج في المسيحية (النصرانية).

أ- التعريف بالديانة المسيحية ونشأتها:

يذكر الدكتور محمد الفاضل بن علي في كتابه "مقدمة منهجية في تاريخ الأديان " في " التعريف بالنصرانية يتعلق بمصطلحين: هما النصرانية والمسيحية أن كلمة النصارى تطلق ويراد بها الموحدين الذين تبعوا سيدنا عيسى –عليه سلام- وتعرضوا لابتلاءات شتى، وتطلق كذلك ويراد بها الذين بدلوا العقيدة الأصلية، وقالوا بالتثليث والصلب... وقالوا في أم المسيح والروح القديس قولا عظيما".

ودون الخوض في أصل المصطلحات ودلالاتها، فإن التعريف الإسلامي للنصرانية تختلف في جوهره عن باقي التعريفات التي اقتصرت على الجانب الشكلي دون المضموني بالرغم من أهمية الجانب الاشتقاقي اللغوي، لذلك فإننا نعتقد أن النصرانية هي الديانة السماوية التي أنزلت على سيدنا عيسى –عليه السلام- مكملة لرسالة سيدنا موسى – عليه السلام- ومتممة لما جاء في التوراة من تعاليم، وموجهة خاصة إلى بني إسرائيل مصدقا لقوله تعالى: ﴿ **وَإِذْ قَالَ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيَّ مِنَ التَّوْرَاةِ وَمُبَشِّرًا بِرَسُولٍ يَأْتِي مِنْ بَعْدِي اسْمُهُ أَحْمَدُ فَلَمَّا جَاءَهُمْ بِالْبَيِّنَاتِ قَالُوا هَذَا سِحْرٌ مُبِينٌ** ﴾.[1]

ولكن دخل هذه الديانة التحريف كما حرفت اليهودية، الأمر الذي أشار إليه القرآن الكريم وأثبتته الدراسات النقدية الحديثة لمصادر النصرانية ومعتقداتها، فقد كانت دعوة المسيح –عليه السلام- تقوم على أسس التوحيد والصلة المباشرة بالله والزهد والتبشير باليوم الآخر ولها كتاب منزل من عند الله...".[2]

[1]- سورة الصف، الآية: 06.

[2] - محمد الفاضل بن علي اللافي، مرجع سابق

ويقول أستاذ المسيحية ورئيس قسم تاريخ الأديان بجامعة باريس شارل جنيبر[1] في كتابه " المسيحية نشأتها وتطورها "[2] ترجمة الدكتور عبد الحليم محمود: " إذا نظرنا في غير تحزب إلى نشأة المسيحية وتطورها تاركين جانبا كل ما يتعلق بعلمي اللاهوت وما وراء الطبيعة، بل منصرفين تماما عن كل اتجاه إلى إدراك مفاهيم اللاهوت وما وراء الطبيعة لوجدنا في هذه النشأة وذلك التطور ظاهرة تاريخية واجتماعية يمكن تحليلها فيما يلي:

ظهر بإقليم الجليل، خلال حكم الإمبراطور تيبويوس، شخص يدعى يسوع الناصري، وصار يتحدث ويعمل حديث وعمل الرسل اليهود معلنا قرب قيام مملكة الله وناصحا الناس بالخير حتى يجدوا لأنفسهم إلى هذه المملكة سبيلا وفي هذه المملكة مكانا، وقد جمع من حوله بعض الأنصار المخلصين، ولكن حادثا عنيفا أنهى حياته فجأة، غير أن عمله لم ينته بانتهائه، بل سار أتباعه على هذه، ثم نجده بعد فترة وجيزة يوضع في مكان الصدارة من مفهوم دين حقيقي كامل يمتد إلى العالم اليوناني والروماني وينفصل في نفس الوقت عن الديانة اليهودية.

وتقوى دعائم هذا الدين الجديد شيئا فشيأ فيضم العدد العديد من الإتباع وينتهي إلى إقلاق بال القائمين بأمر الإمبراطورية الرومانية، فيضطهدونه ولكن لا يستطعون أن يقفوا في سبيل انتشاره، وينتظم الدين الجديد بعد ذلك في كنيسة تفرض سلطانها على مر الزمن، فتحمل الإمبراطورية خلال حكم قسطنطين على التسامح فيما يختص بشؤونها، ثم تكسب الأباطرة إلى جانبها، ثم تحملهم على محاربة الوثنية، ونراها في نهاية القرن الرابع تسود رسميا على الأقل، في الدولة الرومانية كلها، وانتشرت العقيدة المسيحية بعد ذلك في أوروبا وانتشرت في الأرض جميعها".

---

[1]- شارل جنيبر: مفكر وعالم دين فرنسي نشأ مسيحيا من أب وأم مسحيين كثيوليكيين في الريف الفرنسي تعلم في المدارس الفرنسية وانتهى به الأمر إلى نيل الدكتوراه وأنتظم في هيئة التدريس الجامعي، تخصص في تاريخ الأديان عموةما ثم تعمق في المسيحية حتى أصبحت المسيحية تخصصه المتخصص، ومن أجل هذا درس اللغة العبرية واللاتينية، ثم أخذ يرتقي في المناصب الجامعية حتى وصل إلى أستاذ تاريخ المسيحية في جامعة باريس إلى أن أسندت إليه رئاسته قسم تاريخ الأديان في نفس الجامعة من مؤلفاته: " المسيحية في القرون الأولى من تاريخها" وهو كتاب الذي ترجم إلى =العربية تحت عنوان " المسيحية نشأتها وتطورها" وكتاب " المسيحية في القرون الوسطى" كتاب آخر " في تاريخ المسيحية في العصور الحديثة" كما له مؤلفات أخرى من بينها " الجو اليهودي الذي نشأ فيه السيد المسيح" توفي شارل خبير بعد الحرب العالمية الثانية.

[2]- المسيحية نشأتها وتطورها ترجمة الدكتور عبد الحليم محمود، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، بدون سنة.

ب- المذاهب والطوائف المسيحية ومصادرها:

عندما ظهرت الديانة المسيحية، كانت اليهودية هي الشريعة السائدة وبدأت كما بدأت اليهودية ملة واحدة، ثم ما لبثت أن أخذت بالانتشار نتيجة للاضطهاد اليهودي لها، و لم يكن باستطاعة المسحيين أن يمارسوا معتقداتهم بحرية حتى عام 313م، حيث أصدر الإمبراطور قسطنطين قانونا أباح فيه حرية الاعتقاد، الأمر الذي أدى إلى تدعيم النظام الكنسي الذي استمد نظامه من النظام الإداري الذي كان سائدا في الدولة الرومانية وبناء عليه قسمت الولاية إلى مدن، ووضع لدائرة كل مدينة أسقفا ولكل مجموعة من المدن أسقفا أكبر، كما عينت كبيرا للأساقفة مقره عاصمة الولاية، وتم ربط الكنائس جميعا بالولايات المتعددة والمترامية برباط الدين الذي أنشأها على مبدأ المساواة ووحدة العقيدة، وظلت قوية متماسكة متحدة إلى أن جاء القرن الخامس، حيث شهد ولادة مذهب جديد يقال له مذهب اليعقوبيين، الذي نادي بالطبيعة الواحدة للمسيح، ونبذ المذهب السائد حينذاك، والذي يقول بالطبيعتين للمسيح، وهما الطبيعة الإلهية والطبيعة البشرية.

وظهور المذهب الجديد أدى إلى انقسام المسحيين إلى فريقين: فريق يؤمن بالطبيعة الواحدة للمسيح عليه السلام واعتنق هذا المذهب أهل الشرق عموما وهم أقباط مصر والأرمن والسريان، حيث انفصلوا تباعا عن الكنيسة الأم، وأسسوا كنائس أرثوذكسية مستقلة لهم، بينما بقي الفريق الثاني يؤمن بالطبيعيتين للسيد المسيح، وهم أهل الغرب ومنهم الروم واللاتين وقد بدأ التزاع يدب بين الكنيسة الشرقية في القسطنطينية والكنيسة الغربية في روما وظل هذا التزاع يتنامى حتى بلغ أضده في القرن الحادي عشر، حيث شهد الانفصال الكبير للكنيسة الشرقية والكنيسة الغربية عام 1054م واعتبرت كل واحد منهما نفسها أرثوذكسية وكاثوليكية، ونفي الوضع هكذا إلى القرن السادس عشر، حيث شهد هذا القرن ولادة مذهب جديد ثالث وهو المذهب البروتستانتي الذي ظهر في ألمانيا على يد الراهب الألماني (مارتن لوثر) وانتشر في الشرق خلال القرن التاسع عشر على يد بعض المرسلين الأمريكان، وسرعان ما أصبح له أنصار من المسحيين لتصبح الطوائف المسيحية كالتالي:

1-المذهب الأرثوذكسي:

وتبعه الأقباط في مصر والأرمن والسريان في سوريا، والروم اليونانيون.

2- المذهب الكاثوليكي:

واعتنقه كل من المسيحيون المرتدون عن المذهب الأرثوذكسي من القبط والأرمن والسريان والروم، وخاصة بعد الحروب الصليبية، ومنهم نشأت الطوائف الكاثوليكية الشرقيةالتالية.

- **الموازنة:** وهم أهل لبنان، واللاتين وهم كاثوليك الغرب من القدم، ومن نزح من الغـــرب إلى الشرق أثناء الحروب الصليبية وبعدها وسكنوا سواحل الشام مع الذين انضموا إليهم من الشرقيين.

- **الكلدان:** وهم أهل العراق

3- المذهب البروتستانتي:

واعتبر أتباعه في الشرق طائفة واحدة، وهي طائفة الإنجيلين رغم تعددهم.

وبناء على هذا يمكن القول: أن المسيحيين يتحدون من حيث الديانة، فديانتهم جميعـــا المـــسيحية ولكنهم مع ذلك قد يختلفون من حيث المذهب أو الطائفة، وهذا الاخـــتلاف أدى إلى اخـــتلاف مصادر كل مذهب أو طائفة إلا أنهم يشتركون في بعض المصادر والتي تعتمدها كافة الطوائف بلا استثناء وهي:

1-الكتاب المقدس:

بقسميه العهد القديم التوراة والعهد الجديد بأناجيله الأربعة: متى، مرقس، لوق، ويوحنا، وبما أن الإنجيل لا يحتوي إلاّ على القليل من الأحكام الخاصة بالأحوال الشخصية، لذا فإن المـــسحيين يضطرون للعودة إلى العهد القديم، حين يفتقدون إلى النص، بحيث لا تتعارض أحكامه مع أحكـــام الإنجيل.

2- قوانين الرسل:

ويقصد بها الكتابات المنسوبة للرسل، وهذا ما يضفي عليها صفة القداســـة، ويرتقـــي بهـــا ليضعها في المرتبة الثانية بعد الكتاب المقدس، حيث تكون مرجعا للأحكام الشرعية الخاصة بالزواج وتعتبر النواة الأولى للفقه المسيحي وهذه القوانين جاءت في خمس كتب هي:

- الديداخا: أي فقه الرسل الاثني عشر.

- الدسنقلية: أي تعاليم الرسل وأبرزها تعاليم بولس.
- المرسوم الكنيسي المصري.
- القواعد الكنسية.
- القواعد الشرعية اللاحقة للصعود.

3- قرارات المجامع:

وهي خلاصة الاجتماعات التي يعقدها رجال الكنيسة بعد النقاش حول المشاكل المعروضة لوضع الحلول لها، والقرارات الصادرة عن تلك الاجتماعات تكون ملزمة للكنائس المجتمعة وهذه المجامع على نوعين:

- **المجامع العامة أو المسكونية:**

وسميت بهذا الاسم لأنها تضم ممثلين عن العالم المسكون، وأحكام المجامع العامة تسري على كافة إتباع الكنيسة والمجامع المجتمع عليها هي مجمع نيقية عام 325م، القسطنطينية عام 381م، وأفسوس الأول عام 341م، وأفسوس الثاني عام 449م

- **المجامع المحلية:**

وهي تقتصر على كنائس إقليم معين، لذلك فإن قرارات هذه المجامع لا تلزم إلا الأفراد الذين يتبعون هذا الإقليم.

4- مراسيم الرؤساء الدينيين:

وتعني التعاليم التي يصدرها البطاركة والمطارنة والتي توجه إلى الكهنة لتنظيم شؤون الطائفة.

ونظرا لصعوبة عقد المجامع، فقد تزايدت أهمية هذه المراسيم لأنها تتضمن قواعد شرعية، يرجع إليها عند الضرورة.

5- فقه أباء الكنيسة:

وقد وضع الآباء والرهبان خاصة القدامى منهم قواعد أثرت المراجع المسيحية، ومن هذه القواعد: قواعد القديس باسيليوس حيث نجد فيها تحريم الزواج بالمصاهرة، بينما لا يوجد ذلك في المصادر الأخرى بشكل مباشر، كما نجد فيه قواعد توضح العقوبات التي توقع على من يتزوج أكثر من مرة.

والقديس غريغوريوس سنة 390م، قد حرم الزواج الرابع وكذلك فإن القدسيين باخوم ويوحنا الذهبي قد وصفا قواعد أخرى فيها حلول لبعض المشكلات التي لم يوجد لها نص.

6- العرف:

وهو ما جرى عليه العمل بقبول وموافقة رجال الكنيسة المختصين ويعتبر مصدرا هاما للشريعة المسيحية، وقد يكون عاما وقد يتخذ طابعا إقليميا أو طائفيا أو مذهبيا.

وإلى جانب المصادر السابقة والتي تعتبر مشتركة للمسحيين كافة وبعد انقسام الكنيسة إلى طوائف ومذاهب ظهرت مصادر خاصة لكل طائفة، وظهرت حديثا على يد فقهاء ورؤساء كل طائفة مجموعات تشريعية، لتؤكد شخصية كل طائفة وتبر استقلالها ولتسهل الرجوع إليها وتيسر تطبيقها وتتمثل هذه المصادر الخاصة فيما يلي:

مصادر أرثوذكس:

وهم الأقباط، السريان، الأرمن والروم فالأقباط لهم محاولات اجتهادية اعتمادا على الشرائع المقارنة كالقانون الروماني والفرنسي، وعلى ضوء العرف وحاجات البيئة، ثم قاموا بتدوين وتجميع القواعد الشرعية إلى جانب محاولاتهم الاجتهادية، الأمر الذي أدى إلى تأليف مجموعات فقهية منها:

- مجموعة البطريرك كيرلس الثالث عام 1237م، حيث أصبحت لازمة بعد اعتمادها من مجمع المطارنة المحلي.
- المجموع الصفوري لابن العسال ويعتبر من أهم المراجع حيث جمع فيه مساءل الأحوال الشخصية باللغة العربية.

- كتابة الخلاصة القانونية للأيفومانونسي فيلوثاؤس الصادر عام 1896م أما السريان فمن أهم مؤلفاتهم في الفقه السرياني: كتاب الهدى لابن العبري وقد ظهرت لهم مجموعة خاصة بالأحوال الشخصية عام 1929م وهي تقترب من أحكام الأقباط.

ويعتبر كتاب الأحكام القضائية لمختار جوش أول مجموعة فقهية للأرمن حيث يرجع للقرن الثاني عشر ولهم مجموعة وضعت عام 1940م هي قانون الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأورثوذكس بالقاهرة

أما الروم فمجموعاتهم مدونة في القرن الثاني عشر وفي عام 1937م وعام 1950م كما صدرت لهم لائحة الزواج والطلاق والبائنة وعدلت عدة مرات وهي باللغة العربية ويجري بها العمل إلى الآن.

مصادر الكاثوليك:

للمذهب الكاثوليكي قواعد موحدة في الغرب فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، صدرت عام 1917م وقد قام قداسة البابا بروما عام 1949م بإصدار أوامره لوضع قواعد موحدة في هذا المجال للكاثوليك في الشرق على نمط ما وضع لإتباع المذهب في الغرب.

مصادر البروتستانت:

وباعتبار البروتستانت طائفة واحدة فقد أطلق على معتنقيها الإنجيليون لأنهم لا يرون مصدرا للشريعة المسيحية إلا الكتاب المقدس، وأقر لهم تقنينا يكون مرجعا لهم لتنظيم المسائل التي تتعلق بالأحوال الشخصية صدر عام 1902م وهو المرجع الأساسي لهم.

ج- الزواج في الشريعة المسيحية:

نظرا لتعدد الطوائف المسيحية وتعدد مصادرها كما رأينا من قبل فإنه توجد بعض الاختلافات في أحكام الزواج تبدأ من تعريفه، حيث اتجه فريق من فقهاء المسيحية إلى تعريف الزواج بأنه: عقد يتفق فيه الرجل والمرأة على الارتباط ليعيشا معا حياة مشتركة، ويتبادلان التعاون والرعاية فيما يحقق الخير المشترك لهما، في حدود ما يقضي به القانون.

وفريق آخر عرفه بأنه ارتباط رجل بامرأة من أجل تكوين أسرة وهذا الارتباط يقره القانون ويرتب عليه الآثار القانونية، لأنه يحمل الطابع الأخلاقي وله أهمية اجتماعية خاصة.

وسواء تم تعريف الزواج على أنه عقد أم رابطة بين رجل وامرأة فإن الجوهر لا يتغير فيه شيء لأنه لابد من توافر بعض الشروط حتى تنطبق عليهما الأحكام القانونية التي تنظم العلاقات الزوجية.

ويتميز الزواج في الشريعة المسيحية بصفات تجعل له خصوصية أحيانا يتميز بها عن غيره في الديانات السماوية الأخرى منها:

- الزواج سر مقدس:

فالمذاهب المسيحية عامة اعتبرت الزواج سرا مقدسا، ووصل الأمر بالأرثوذوكس والكاثوليك، أن ارتفعوا به إلى مرتبة السر الإلهي أي أنه عندهم أكثر من علاقة مقدسة، وأن المسيح هو الذي ارتقى به إلى ذلك الحد فلذلك يعتبر من الأسرار السبعة التي ترتكز عليها المسيحية، وقد تقرر هذا في المجامع الكنيسية، حيث رُقم ترتيب هذا السر بالسابع وجعل منه رمزا لاتحاد المسيح والكنيسة.

أما عند البروتستانت فلم يرتق الزواج إلى هذا الحد، واكتفوا بتقديس الرابطة الزوجية؛ لان الله سبحانه رسم نظام الزواج وكرمه منذ أن بدأ الخلق فقد جاء في رسالة بولس إلى العبرانيين: " ليكن الزواج مكرما عند كل واحد والمضجع غير نجس"، وبناء على هذا فان الزواج باعتقادهم أفضل من البتولية والانقطاع للعبادة.

إتمام الزواج عن طريق الكنيسة:

فإذا كان الزواج يرتقي إلى مرتبة السر الإلهي حسب اعتقادهم، فمن الطبيعي والبديهي أن لا يتم إلا عن طريق الكنيسة ليتم بذلك إعلام الزوجين ومن يحضر معهم ... أن الزواج ليس مجرد اتفاق طبيعي بل إنه عمل ديني، ومن جهة أخرى فإن ذلك يذكر المسحيين أن الله يتدخل كطرف في العقد، فقد جاء في الكتاب المقدس: (ما جمعه الله لا يفرقه الإنسان).

أغراض الزواج:

إن الغرض الأول من الزواج هو إنجاب الأولاد وتربيتهم أي تكوين الأسرة، أما الغرض الثانوي منه فهو التعاون المتبادل بين الزوجين على شؤون الحياة وإطفاء الشهوة.

ويستمد الزواج عند المسحيين مشروعيته من العهدين القديم والجديد فمن سفر التكوين: " يترك الرجل أباه وامه ويلتصق بامرأة ويكونان جسدا واحدا"، وقد قال السيد المسيح: " من طلق امرأته لعلة غير علة الزنا فقد جعلها زانية، ومن تزوج بمطلقة فقد زنى" وهذه إشارة ودلالة واضحة إلى إباحة الزواج والدعوة إليه.

إن الزواج في المسيحية اتسم بخصائص منفردة وخصوصية لم تكن في غيره من الأديان.

وبما أن الأقباط الأرثوذكس عرفوا الزواج بأنه: " سر مقدس يتم بصلاة الإكليل على يد كاهن طبقا لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية يرتبط به رجل وامرأة بقصد تكوين أسرة والتعاون على شؤون الحياة"

والكاثوليك عرفوه بأنه: " يعطي كل من الطرفين حقا على جسده ويقبل حقا على جسد الآخر لمباشرة الأفعال التي تؤدي بذاتها إلى أن يكون لهما أولاد".

وهو عند الإنجيليين البروتستانت: " اقتران رجل واحد بامرأة واحدة اقترانا شرعيا مدى حياة الزوجين".

وكل من يدقق في تلك التعاريف يمكنه أن يستخلص بعض الخصائص التي يتسم بها الزواج المسيحي وهذه الخصائص هي:

- إن عبارة اقتران رجل واحد بامرأة واحدة تشير إلى عدم جواز الاقتران بأكثر من امرأة وهذه خصوصية في الديانة المسيحية، وهي عدم إباحة تعدد الزوجات.
- اعتبر المسيحيون أن الزواج من صنع الله، لذلك فهو من المقدسات ومن الأسرار السبعة.
- الرابطة الزوجية أبدية أي مدة حياة الزوجين وهذا يعني أن الزواج غير قابل للانحلال فلا طلاق في المسيحية إلا لعلة الزنا وهو ما أشار إليه السيد المسيح بقوله: " إن من طلق امرأته إلا لعلة الزنا يجعلها تزني، ومن تزوج مطلقة فإنه يزني".

- الزواج المسيحي لا يتم ولا ينعقد صحيحا إلا إذا تم على يد كاهن، وطبقا للطقوس الدينية المقررة مع تلاوة الصلوات، لأن الزواج له طبيعة دينية مقدسة فلابد من تدخل الدين لإتمامه.

- **انعقاد الزواج:**

لانعقاد الزواج في المسيحية مقدمات، وشروط انعقاد لابد من توافرها لكي ينعقد الزواج صحيحا وهي:

- **الخطبة:**

للخطبة أهميتها لدى الجنس البشري بشكل عام، باعتبارها مرحلة سابقة للزواج، وهي في الشريعة المسيحية أكثر أهمية وبناء على مرحلة الخطبة يقرر الطرفين الاستمرار واستكمال إجراءات الزواج أو العدول عنها.

وقد اتفقت الطوائف المسيحية على عقد الخطبة قبل الزواج بمدة واختلفت في سن الطرفين حتى تصح خطبتهما، كما اختلفوا في تعريفها ومدتها.

فالأقباط الأرثوذكس عرفوا الخطبة بأنها: " عقد بين رجل وامرأة يعد فيه كل منهما الآخر بالزواج في أجل محدود" وهذا يدل على أن: الخطبة وعد متبادل بين رجل وامرأة على إتمام الزواج في المستقبل وإن هذا الوعد لابد من تدوينه في الكنيسة أصولا.

وقد حددت الطائفة الأرثوذكسية سنا للخطبة هي: سبعة عشر سنة للشاب وخمسة عشر سنة للفتاة، وإذا كان أحد الخاطبين دون هذه السن فلابد أن يوافق ولي على هذه الخطبة حتى يتم عقدها، وهذا ما نجده في مجموعة 1955م للأقباط الأرثوذكس في المادة 03 بأنه: " لا تجوز الخطبة إلا إذا بلغ سن الخاطب سبع عشر سنة والمخطوبة خمسة عشر سنة".

أما الروم الأرثوذكس فإنهم لم يحددوا سنا للخطبة: لأنهم يعتبرونها مرحلة من مراحل الزواج.

أما الطوائف الكاثوليكية فقد عرفوا الخطبة بقولهم: " هي وعد بالزواج مزدوج الأطراف" ومن الطبيعي أن يكون هذا الوعد غير ملزم لأن هذه الطائفة لم تحدد سنا للخطبة، فيمكن أن تتم عندهم في سن السابعة، إلا أن الزواج لا يمكن أن يتم قبل أن يبلغ الشاب السادسة عشر وتبلغ

الفتاة الرابعة عشر، وإذا انعقدت الخطبة في هذه السن فلا يحتاج أحد الطرفين إلى موافقة الولي عليها لأنها السن الطبيعية للزواج عند هذه الطائفة .

وعرف الأنجوليون الخطبة بأنها طلب التزوج وتتم بحصول اتفاق بين ذكر وأنثى راشدين قادرين على عقد الزواج بينهما، ولا تصح الخطبة عندهم إلا في سن الرشد التي حددت ببلوغ الشاب سن السادسة عشر والفتاة خمسة عشر سنة.

وقد اتفقت الطوائف المسيحية على أن انعقاد الخطبة لا ينشئ التزاما بالزواج، فيمكن لأي طرف العدول عنها بإرادته المنفردة خلال المدة المتفق عليها لإتمام الزواج وهي سنة واحدة إذا كان الخاطبان يقيمان في بلد واحد وسنتان فيما عدا ذلك ما لم تحدد باتفاق الطرفين أما عند البروتستانت فهي سنة واحدة.

وإذا كان بالإمكان العدول عن الخطبة أو فسخها بإرادة أحد الطرفين فإنه يمكن أن تفسخ للأسباب التالية:

- اتفاق الطرفين على فسخها.
- تجاوز أحدهما الموعد المحدد والمعين لإتمام عقد الزواج.
- ظهور مانع يحول دون عقد الزواج.
- إصابة أحد الطرفين بمرض لا يرجى شفاؤه.
- إيثار أحد الطرفين حياة البتولية والرهبنة والتحاقه بأحد الأديرة.
- وجود طارئ ديني أو أخلاقي.

ويترتب عن فسخ الخطبة، أن الطرف الذي يقوم بفسخ الخطبة يخسر ما قدمه ويضمن للطرف الآخر المتضرر من هذا العدول أو الفسخ العوض الذي تقدمه المحكمة.

ولانعقاد الخطبة لابد من توافر الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لها ولابد من الإعلان عنها.

وتتمثل الشروط الموضوعية في:

الرضا المتبادل والمعبر عنه بالإيجاب والقبول ولابد لهذا الرضا أن يكون سليما وإلا أدى إلا بطلان الخطبة ويمكن أن يتم بالوكالة كما يمكن أن يعقدها الولي وإن كان أحد الطرفين قاصرا وجب موافقة وليه على هذه الخطبة، مع عدم وجود مانع شرعي يمنع قيام الزواج بين هذين الخاطبين لأن مانع الزواج مانع للخطبة أيضا.

كما يجب توفر شرط السن الذي تعتمده كل طائفة مع ضرورة التأكد من خلو الخاطبين من الأمراض المستعصية والسارية .

أما الشروط الشكلية للخطبة فتكون كالتالي:

يقوم كاهن من كهنة الكنيسة بتحرير وثيقة الخطبة بعد أن يتأكد من عدم وجود مانع شرعي يحول دون قيام الزوجية بين الخطيبين كما يجب التأكد والتحقق من شخصية الخاطبين ثم سماع رضاهما بالخطبة ورضا ولي القاصر بينهما أو كلاهما إن كانا قاصرين معا.

التأكد من أن الطرفين سليبلغان السن المسموح بها للزواج بعد انتهاء المدة المحددة للخطبة.

يوقع الخاطبين على الوثيقة وتوقيع جميع الشهود وفي حالة وجود قاصر أو كلاهما قاصران فيوقع وليهما.

في الأخير يقوم الكاهن الذي حرر الوثيقة بتلاوتها أمام الجميع ثم التوقيع عليها وتحفظ بسجل خاص.

- إجراءات الزواج:

تبدأ إجراءات الزواج من قبل رجل الدين وفق الخطوات التالية:

1- التأكد من عدم وجود مانع للزواج.

2- التأكد من صحة الخطبة والإعلان عنها.

3- الحصول على إذن من الرئيس الديني بإجراء مراسيم الزواج، إذا استلزمت القواعد الطائفية الحصول على مثل هذا الإذن كما هو الحال عند الأرثوذكس.

4- تطبيق المراسيم الدينية المرسومة في الكتب الطقسية ويتم ذلك في حضور الطرفين شخصيا أو في حضور الوكيل عند من يبيح الزواج عن طريق الوكالة، وبحضور الأولياء إذا لزم الأمر والشهود.

5- بعد إتمام الطقوس الدينية يتم تحرير العقد ويسجل فيه اسم كل من الزوجين ولقبه ومهنته مع إثبات حصول الرضا بالزواج بين الطرفين

6- إثبات أسماء الشهود

7- التوقيع على وثيقة الزواج من قبل رجل الدين الذي قام بتحرير الوثيقة وكذلك يوقع عليها كل من الزوجين والشهود.

ومن الجدير بالذكر أن حضور الشهود أمر ضروري لدى كافة الكنائس حتى تتوفر العلانية للزواج، فقد جاء في المادة 94 من الإرادة الرسولية أن حضور الشهود من أركان صحة الزواج، وحتى في الحالات التي يجوز فيها إبرام الزواج سرا عند بعض الطوائف لابد من حضور شاهدين على الأقل.

وفي سبيل الإمعان في العلانية يتلى العقد بعد تحريره أمام الجميع وتسلم نسخة منه إلى كل من الطرفين.

وفي حالة اختلاف الطائفة أو الملة، يمكن عقد الزواج بين الخاطبين أمام كنيسة أحدهما، فقد جاء في المادة 23 من مجموعة الأقباط بأن " إذا اختلفت أطراف الزواج في الديانة أو الطائفة فإنه من الممكن بالنسبة لهما أي الخاطبان أن يعقدا الزواج بالطريقة الدينية أمام كنيسة أحدهما" إلا أن بعض الكنائس ترفض عقد الزواج بين غير التابعين لها ككنيسة الأقباط الأرثوذكس[1].

[1] – إشارة : نلفت الانتباه إلى انه بعد الاطلاع على مجموعة من الكتب و الدراسات المتعلقة بالزواج في الشرائع و الديانات السماوية خاصة اليهودية و المسيحية وجدنا فيها تشابها كبيرا من حيث المضمون مع اهتمام بعضها بطائفة معينة دون غيرها بينما مرجع الدكتورة هند المعدللي جاء مفصلا وشاملا دون استثناء ، لذلك فقد استقينا منه كل ما يتعلق بالزواج في اليهودية و المسيحية ومن الكتب المستبعدة بعد دراستها نذكر : كتاب "شريعة الزوجة الواحدة في المسيحية واهم مبادئنا في الأحوال الشخصية " للبابا شنودة الثالث وهو كتاب خاص بأقباط مصر . كتاب "الوجيز في أحكام الزواج و الأسرة للطوائف المسيحية في المملكة الأردنية الهاشمية" للمحامي الدكتور الفريد ديات ، دار الثقافة للنشر، ط1، سنة 2004." دليل الزواج للطوائف المسيحية الصادر عن المجلس الوطني لشؤون الأسرة الأردني" ، بدعم من الشعب الأمريكي USAID باللغتين العربية و الانجليزية.

ثالثا: الزواج في التشريع والفقه الإسلاميين:

1- التعريف بالإسلام والفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية:

أ-الإسلام:

عرف ابن منظور الإسلام في لسان العرب: «الإسلام والاستسلام، الانقياد، والإسلام في الشريعة إظهار الخضوع والتزام ما أتى به النبي» وجاء في دائرة المعارف الإسلامية: «هو الاسم الذي يطلقه المسلمون في كل قطر على عقيدتهم، ومعنى هذه الكلمة الخضوع أو الاستسلام لله»، وعرفه القاموس الإسلامي: «ومعنى كلمة إسلام في ضوء الاشتقاقات اللغوية والمبادئ التي بشر بها الإسلام كدين وعقيدة»، أما اللغة فكلمة إسلام مشتقة من السلم والسلام والسلامة، كما تعني الصلح والأمان والاستسلام والأذعان والطاعة.

وأجمع المفسرون على أن معنى كلمة الإسلام هو : الإيمان والانقياد إلى الله بالقلب وبالظاهر، أي التسليم بالقلب والقول والعمل جميعا.

وأوردت المعاجم الأجنبية مجموعة من التعريفات السطحية للإسلام «الإسلام ، الحضارة الإسلامية: مجموعة الدول الإسلامية» و «الإسلام دين نادى به النبي محمد صلى الله عليه وسلم كل المسلمين، كل العالم الإسلامي»، والإسلام الدين الإسلامي، ومنها الإسلام: دين حضارة المسلمين، العالم الإسلامي أسس في القرن السابع الميلادي، في الحجاز من طرف محمد.

ويرى يوسف القرضاوي: «أن الإسلام الذي نؤمن به، وندعو إليه فهو الدين الذي أنزل الله به آخر كتبه (القرآن) وبعث به خاتم رسله محمد صلى الله عليه وسلم من عقائد وعبادات وأخلاق وآداب ومعاملات...».[1]

ب- الفقه الإسلامي:

الفقه في اللغة عبارة عن الفهم والنفاذ لبواطن الأمور، وفي اصطلاح العلم بالأحكام الشرعية العملية الفروعية.[2]

---

[1]- محمد الفاضل بن علي اللافي، مرجع سابق، ص: 192 وما بعدها بتصرف.

[2]- د: محمد سراج: أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، نشأة المعارف بالإسكندرية، 1998م، ص: 15.

كما يعني إدراك غرض المتكلم من كلامه ومنه قوله تعالى:﴿ **قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ** ﴾[1].

وللفقه الإسلامي أصول هي أصول الفقه الإسلامي ومعناه استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، و الأصول هي المبادئ والأسس والأدلة الشرعية التي يستند إليها الفقيه في استنباط الأحكام الشرعية.

والفقه الإسلامي في الاصطلاح «العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية بالاستدلال».

ج- الشريعة الإسلامية:

الشريعة الإسلامية في الاصطلاح الشرعي هي الأحكام التي شرعها الله تعالى وأنزلها على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم ليبلغها للناس جميعا سواء، كانت هذه الأحكام في القرآن او في سنة نبيه محمد صلى الله عليه وسلم، وتلاهما من وحي الله إليه.[2]

د- علاقة الفقه الإسلامي بالشريعة الإسلامية:

تشتمل الشريعة الإسلامية على جميع الأحكام الشرعية المتعلقة بالعقيدة والأخلاق والعبارات والمعاملات أما الفقه الإسلامي فلا يعني إلا بالأحكام العملية أي بأحكام العبادات والمعاملات ومن ثم فأحكام الشريعة أعم وأكثر شمولا من أحكام الفقه الذي يقدمه في تحصيل هذه المعرفة على نصوص الشريعة أي نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية، كما يعتمد على المصادر التي أرشدت إليها نصوص الشريعة وشهدت لها بالصحة و الاعتبار مثل مصدر الإجماع والقياس، وإذا كانت الشريعة الإسلامية هي الأحكام المنزلة من الله تعالى على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم وفي القرآن أو في السنـــة وأن هذه الشريعة تقوم على الوحي الإلهي.

[1] - سورة هود ، الآية 91.

[2] -عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوصفية، مؤسسته الرسالة ناشرون، ط1، 2011م، ص: 61.

2- مصادر التشريع الإسلامي:

يذكر الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي في كتاب "تاريخ القانون"[1] فيما يتعلق بباب الشريعة الإسلامية وفقها أن « لكل قانون من القوانين سماوية كانت أم وضعية مصادر يستقي منها، وتجعل له قوة ملزمة، ومرونة يتسع بها لكل ما يجد من أحداث في زمن تطبيقه، فالحكم إذ لم يستند إلى مصدر تشريعي لا يكون له اعتبار بل لا تصح تسميته بحكم قانوني، فكما ان القوانين الوضعية لها مصادر باتفاق الفقهاء كذلك الفقه الإسلامي له مصادره العديدة منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف عليه وقد أشار القرآن الكريم إلى مصادر التشريع الإسلامي في قوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآَخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا** ﴾[2] ».

وهذه الآية الكريمة قد أمرت بطاعة الله وطاعة الرسول وإتباع ما يتفق عليه أولو الأمر من المؤمنين من أحكام، والمراد بهم المجتهدون منهم، كما أمرت الآية برد ما يقع فيه التنازع بين المؤمنين إلى الله ورسوله، ومعنى هذا إتباع ما جاء في كتاب الله وما وردت به سنة الرسول، وإتباع ما يتفق عليه المجتهدون وهو الإجماع والعمل بالقياس حيث لا نص في القرآن ولا في السنة ولا إجماع فالحوادث التي لا يوجد لها حكم في النصوص أو الإجماع، يعرف حكمها بإلحاقها بما يشبهها من وقائع ورد النص بحكمها متى اشتركت الحادثتان في علة الحكم.

وقد اتفق الفقهاء المسلمون على الاستدلال بهذه الأدلة الأربعة: الكتاب والسنة والإجماع والقياس واستنباط الأحكام منها، وأما ما وراء هذه الأدلة الأربعة فهو محل خلاف كما هو الحال بالنسبة للاستحسان والمصالح المرسلة والعرف.

وهناك من يضيف مصادر أخرى كسد الذرائع وقول الصحابي وشرع من قبلنا والاستصحاب وهذه المصادر هي الأخرى محل خلاف بين الفقهاء».

---

[1] -د: صاحب عبيد الفتلاوي، تأريخ القانون، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1998.

[2] - سورة النساء، الآية 59.

ويمكن تقسيم مصادر التشريع الإسلامي إلى مصادر أصلية وتنحصر في الكتاب السنة ومصادر تبعية تتوقف دلالتها واعتبارها على أدلة أخرى.

وفيما يلي ذكر لمصادر التشريع الإسلامي.

❖ **القرآن الكريم:**

القرآن الكريم هو كتاب الله العزيز أشهر من أن يعرف ومع هذا فقد اعتنى العلماء بتعريف وذكروا له تعاريف شتى حرص كل منهم أن يكون تعريفه جامعا مانعا ومن هذه التعاريف: (القرآن هو الكتاب المنزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم المكتوب في المصاحف المنقول إلينا عنه نقلا متواترا بلا شبهة).[1]

ودرج الأصوليون على ذكر تعريف للقرآن يشير إلى خصائصه أكثر من أن يعرف به، ومن هذه التعريفات قولهم بأن القرآن هو كلام الله المعجز المنزل على رسوله عليه السلام بلفظة العربي ومعناه المكتوب في المصاحف المنقول إلينا نقلا متواترا.[2]

وتجتمع كلمة المسلمين على أن القرآن الكريم حجة واجبة العمل بما ورد فيه من أحكام.

وقد تنوعت الإحكام التي اشتمل عليها القرآن الكريم إلى عبادات مما ينظم علاقة المسلم بربه وقد ورد فيها ما يقرب من مائة وأربعين آية، وهناك الأحكام التي تتعلق بالمعاملات وهي الأفعال التي تصدر من الإنسان أو تنظيم علاقته مع غيره أو مع المجتمع أو علاقات الأمم ببعضها، وهي العقود والتصرفات والجنايات والعقوبات وقد فصل القرآن الكريم أحكام بعض هذه العلاقات من أحكام الأسرة وعلاقة الزوج بزوجته والمحرمات من النساء ونظم أمر الطلاق والعدة والميراث تاركا بعض الجوانب لبيان الرسول صلى الله عليه وسلم.[3]

---

[1] – عبد الكريم زيدان، مرجع سابق ، ص: 225.

[2] – د: محمد سراج، مرجع سابق ، ص: 121.

[3] – د: صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع السابق، ص: 232.

❖ **السنة النبوية:**

السنة في اللغة هي الطريقة المعهودة المتكررة أو السيرة المألوفة وهي تشمل السنة أو الطريقة المحمودة أو المذمومة على السواء منه قوله صلى الله عليه وسلم «من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها من سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها».

أما في معناها العام فتطلق على الطريقة السائدة المألوفة أيام النبي صلى الله عليه وسلم أو أيام خلفائه الراشدين، مما يشير إلى الأعراف التي أقر الرسول الناس عليها وتبعها خلفاؤه الراشدون من بعده وكانت تعد مصدرا للاقتداء في الاجتهاد الفقهي.

أما في الاصطلاح الأصولي فتطلق السنة على كل ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير أو صفة كما تشمل الأفعال التي صدرت من صحابته دونما اعتراض من منه مما يفيد قبوله لها.

وهي المصدر الثاني للتشريع الإسلامي بعد القرآن الكريم

ولم تدون السنة في عهد النبي صلى الله عليه وسلم خوفا من أن تختلط بالقرآن ووجوده صلى الله عليه وسلم بين أصحابه وإمكان الرجوع إليه عند الاقتضاء وتوليه مسؤولية الفصل في الخصومات، فلم يستشعر الناس لهذا كله حاجتهم إلى تدونها، وبوفاته صلى الله عليه وسلم برزت الحاجة إلى العناية بالسنة النبوية للعمل بها في الأمور المختلفة وأولهم قادة الصحابة الخلفاء الراشدين وذلك لأنهم مكلفون بما أنزل الله وتسيير حياتهم الاجتماعية وفق هذه الأحكام وهو أمر غير ممكن بدون السنة النبوية.[1]

وقد أجمع المسلمون على وجوب إتباع السنة النبوية والأخذ بالأحكام التي وردت فيها وضرورة الرجوع إليها لمعرفة الحكم الشرعي فما كان من الصحابة الكرام ولا من جاء بعدهم يفرقون بين الحكم ورد في القرآن وحكم ورد في السنة فالجميع عندهم واجب الإتباع لأن المصدر واحد وهو روحي الله تعالى.[2]

[1] د: محمد سراج، مرجع السابق، ص: 138-139.

[2] د: عبد الكريم زيدان، مرجع السابق، ص: 140.

❖ **الإجماع:**

الإجماع هو المصدر الثالث من مصادر التشريع الإسلامي والعلماء مختلفون في تعريفه وأحسن ما قيل فيه أنه: «اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي».

ومعنى ذلك أن تقع حادثة بعد عصر الرسول صلى الله عليه وسلم، ولا يوجد نص صريح في حكمها فيجتهد فيها المجتهدون كلهم، سواء أكانوا مجتمعين في مكان واحد أم غير مجتمعين، ثم ينتهي اجتهادهم إلى التوافق في النتيجة واتحاد الحكم.

والإجماع كما يقول علماء الأصول نوعان: صريح وسكوتي

الأول: أن يتفق كل المجتهدين بالقول أو الفعل على حكم شرعي مجتهد فيه، وهذا الانزاع في صحته عند جمهور المسلمين متى وجد.

الثاني: أن يتكلم البعض بالحكم و يسكت الباقون من غير موافقة أو مخالفة صريحة، وهذا النوع مختلف فيه فمن الفقهاء من اعتبره دليلا، لأنه يعتبر السكوت موافقة على ما صدر من البعض ولو كان غير صواب لا نكروا عليهم وبينوا خطأهم.

ومنهم من لم يعتبر السكوت دليلا معللين ذلك بأن السكوت كما يحتمل الموافقة يحتمل غيرها ولا دلالة على الاحتمال.

والشرط في الإجماع عند أكثر العلماء اتفاق جميع المجتهدين، فلو خالف واحد منهم لم ينعقد الإجماع، لأن الحق يحتمل أن يكون بجانب المخالف فلا يكون الاتفاق من الأكثر حجة مع هذا الاحتمال، وأشترط في الإجماع أيضا أن يكون الحكم حكما شرعيا اجتهاديا لأنه لا يعد إجماعا اتفاقهم على الحكم الذي لا محال للاجتهاد فيه، ويجب أن يكون للإجماع سند ويقصد سند الإجماع الدليل الذي اعتمد عليه المجمعون وقد يكون هذا الدليل قطعيا، وقد يكون ظنيا في رأي جمهور الفقهاء .[1]

[1]- د: صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص: 235-236.

❖ **القياس:**

القياس في اللغة هو التقدير والمساواة، وهو في الاصطلاح الأصولي عبارة عن إلحاق ما لم يرد فيه نص على حكمه بما ورد فيه النص لاشتراكهما في علة الحكم.[1]

ويستند القياس إلى تحكيم العقل والمنطق في القضايا التي لا نص ولا إجماع فيها وذلك بأن يتحد الفقهاء العلة أو غاية الشارع في الأحكام المنصوص عليها فإذا عرفوا علة حكم منصوص عليه في مسألة من المسائل أمكنهم قياس مسألة أخرى عليها وإعطائها مثل حكم المسألة المقاس عليها إن اتفقت معها في العلة، فالقياس إذن هو إعطاء حكم مسألة لمسألة شبيهة بسبب وحدة العلة.[2]

وأمثلة القياس في الفقه الإسلامي كثيرة منها على سبيل المثال مسألة تحريم الجمع بين الأختين بقوله: ﴿**وأن تجمعوا بين الأختين**﴾ فأضافت السنة إلى ذلك تحريم الجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها و يتعداه إلى تحريم الجمع بين المرأة وبنت أخيها أو بنت أختها لأدائه إلى قطع الرحم.

وأركان القياس أربعة:

- الأول وهو المقيس عليه
- والثاني والثالث العلة
- والرابع هو الحكم.

❖ **الاستحسان:**

الاستحسان في اللغة عد الشيء حسنا ويطلق أيضا على ما يهواه الإنسان ويميل إليه وفي الاصطلاح عرف بتعاريف كثيرة منها: «هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه».

[1]- د: محمد سراج، مرجع سابق، ص: 175

[2]- د. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص: 237.

وهو «ترك القياس لدليل أقوى منه من كتاب أو سنة أو إجماع»، وهو عمليا أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضى العدول عن الأول.[1]

وعرفه الكرخي من الحنفية بقوله: «هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول».

وعلماء الحنفية يثبتون للاستحسان أنواعا أربعة: استحسان السنة، الإجماع، القياس الخفي، الضرورة، ومن يتتبع فقههم يجد أنواعا أخرى من الاستحسان، ويظهر أن الحنفية لما وجدوا غيرهم طعنوهم في العمل بالاستحسان توسعوا فيه حتى جعلوه شاملا أنواع من الأدلة المعترف بها من الجميع كالسنة والإجماع.[2]

والمشهور أن القائلين بحجة الاستحسان هم الأحناف وحدهم، وأن الجمهور يخالفونهم فيه ولا يأخذون به، وهذا مخالف للواقع لأن الاستحسان المبني على نص أو إجماع مما لا نزاع فيه، وكذلك تقديم القياس الأقوى وإن خفيت علته على الأضعف وإن كان ظاهرا.

وأما الاستحسان المبني على المصلحة فقد جال به المالكية وإن سموه استصلاحا .[3]

❖ **المصلحة:**

المصلحة هي جلب المنفعة ودفع المضرة أي المفسدة فلها جانب إيجابي هو إيجاد المنفعة وجانب سلبي هو دفع المفسدة، وقد تطلق المصلحة ويراد بها جانبها الإيجابي فقط فيقرن معها دفع المفسدة كما في قول الفقهاء (دفع المفسدة مقدم على جلب المنفعة).[4]

والمصالح على ثلاثة أنواع منها ما شهد له الشارع بالاعتبار وهي المصالح المعتبرة وهي ما اعتبرها الشارع وشرع لها الأحكام كحفظ الدين والمال والنفس والعقل والنسل ويدخل فيه العرض كذلك، ومنها ما شهد له الشارع بالإلغاء وهي المصالح الملغاة وهي المصالح المتوهمة وسميت مصالح باعتبار ما يعتقده البعض أنها مصالح ومن أمثلتها ما يظن من أن المصلحة تقتضي المساواة

[1] د: عبد الكريم زيدان، مرجع السابق، ص: 269.

[2] د: صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص: 238

[3] د: نصر فريد محمد واصل، المدخل الوسيط لدراسته الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع، المكتبة التوفيقية، بدون سنة، ص: 160.

[4] د: عبد الكريم زيدان، مرجع السابق، ص: 273.

بين الذكر والأنثى في الميراث إذا كانا أخوين شقيقين فهذه مصلحة متوهمة ألغى الشارع اعتبارها بما شرعه من أن للذكر مثل حظ الأنثيين.

ومنها ما سكت عنه وهي المصالح المرسلة وهي التي لم ينص الشارع على إلغاءها أو اعتبارها ومنها ما يجد في حياة الناس من وقائع فيأتي دور الفقهاء في ترتيب الحكم المناسب لجلب منفعة أو دفع مضرة أو مفسدة مثل المصلحة التي اقتضت جمع القرآن الكريم.[1]

ويشترط للعمل بالمصلحة المرسلة ما ذكره المالكية :

-أن تكون ملائمة لمقاصد الشرع فلا تخالف أصلا من أصوله ولا تنافي دليلا من أدلته.

-أن تكون معقولة بذاتها بحيث لو عرضت على العقل السليم يتلقاها بالقبول.

-أن يكون الأخذ بها لحفظ ضروري أو لرفع حرج.

وتعتبر هذه الشروط بمثابة الضوابط التي تبعد عن مزالق الهوى ونزوات النفس ويضاف إليها.

-أن تكون المصلحة التي يترتب الحكم من اجلها مصلحة حقيقية لا وهمية.

-أن تكون المصلحة عامة لا خاصة أي لمصلحة عموم الناس لا لمصلحة فرد معين أو فئة معينة بالذات.

لكن آراء الفقهاء اختلفت في الاحتجاج بالمصالح المرسلة والاستدلال بها في المعاملات التي لا نص فيها ولا إجماع، فالإمام مالك له ترجيحا على غيره من الفقهاء في الأخذ بهذا النوع من الأدلة، ويليه الإمام أحمد بن حنبل بينما ذهب الظاهرية وبعض الشافعية إلى أنه لا يصح الاحتجاج بالمصالح المرسلة ولا بناء الأحكام عليها.

ومن أبرز أدلة القائلين لحجية المصالح المرسلة أنه يترتب على عدم اعتبار المصالح المرسلة تعطل الكثير من مصالح الناس ووقوف التشريع عن مسايرة تطورات الحياة نظرا لخلو الكثير من الوقائع من الأحكام، لذلك لابد من معالجة ما يستجد من أمور، خصوصا وأن وسائل الناس إلى مصالحهم تتغير بتغير الأزمان ولا سبيل إلى حصرها.[2]

---

[1] المرجع السابق بتصرف.

[2] د: عبد الكريم زيدان، مرجع السابق، ص: 240.

❖ **العرف:**

العرف ما اعتاده الناس وألفوه من قول أو فعل تكرر مرة بعد مرة وتمكن أثره في نفوسهم وقبلته عقولهم.

وينقـــسم العرف إلى صحيح وفاسد، والعرف الصحيح هو ما تعارفه الناس وليست فيه مخالفة لقواعد الشريعة أو مبطلا للنصوص، أما العرف الفاسد فهو الذي يكون مخالفا لقواعد الشريعة.

ولكي يكون العرف معتبرا في نظر الشارع، يشترط فيه أن يكون مطردا في جميع معاملاتهم أو غالبا عليها، وأن يكون موجودا عند إنشاء التصرف وأن لا يعارضه تصريح، بخلافه ورد على شكل شرط صحيح، وأن لا يكون معطلا لنص أو مناقشا لأصل شرعي قطعي.[1]

بالإضافة إلى هذه المصادر هناك من الكتاب من يذكر مصادر أخرى منها سد الذرائع – الاستصحاب ومنهم من يذكر قول الصحابي وشرع من قبلنا وظهر الاختلاف في ترتيب المصادر ماعدا المصادر الأربعة الأولى المتفق على ترتيبها أما باقي المصادر فلم نجد لها ترتيبا موحدا.

3– مراحل الفقه الإسلامي وأهم المذاهب الفقهية:

قبل الخوض في الحديث عن أهم المذاهب الفقهية المعروفة تجدر الإشارة إلى أن فقه التشريع الإسلامي مر بمراحل حيث تميزت كل مرحلة عن غيرها باختلاف العصر واختلاف الناس في عقولهم ومداركهم والظروف الاجتماعية والسياسية، كما أنه لابد من التنويه على أن هناك فرقا بين الفقه والتشريع ولا خلاف بين العلماء على أن التشريع الإسلامي من الله لأنه هو الحاكم والمشرع كما أنه لا خلاف بينهم على أن عصر الوحي وزمن النبوة في حياته صلى الله عليه وسلم إنما هو زمن تشريع والمختلف فيه هو ما إذا كان ما أجتهد فيه الرسول صلى الله عليه وسلم هل هو من قبيل التشريع أم هو من قبيل الفقه؟

وحسم الخلاف حول هذه المسألة وألحق اجتهاده صلى الله عليه وسلم بالتشريع لأنه لا يخرج عن الوحي وأنه لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى كما أخبر بذلك الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم.

[1] المرجع السابق، ص: 241.

❖ **الفقه في عصر الصحابة:**

وهو العصر الذي يلي انتهاء الوحي فهو الذي يبدأ به تاريخ الفقه أي بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ومعها تبدأ مرحلة الفقه في عصر الصحابة التي تبدأ من سنة 11 هـــ وتنتهي بتولي معاوية بن أبي سفيان الخلافة في سنة 41 هـــ.

وأهم ما يميز هذه المرحلة أنه عاصرها كيار الصحابة الذين اقتصر النشاط الفقهي عليهم وحدهم نظرا لكثرتهم وسيطرتهم التامة على جميع شؤون المسلمين بالإضافة إلى مكانتهم في نفوس المسلمين مما أدى إلى عدم منازعتهم في التصدي لأمر الفقه في وجودهم، حتى أن كثيرا من التابعين من يعتبر أقوالهم وأفعالهم من السنة مستدلين في ذلك مما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم في قوله: «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهدين من بعدي وعضوا عليها بالتواجد».

والفقه في هذه المرحلة مما نقل عن الثقات من المؤرخين أن الصحابة كانوا إذا سئلوا عن شيء في قضية من القضايا نظروا أولا في القرآن فإن وجدوا فيه الحكم قضوا به فإن لم يجدوا لجئوا إلى ما يعرفونه من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم.

فإن وجدوا دليل الحكم قضوا به فإن لم يجدوا الدليل لا في الكتاب ولا في السنة التي وصلوا إليها بعلمهم خرجوا إلى الناس فسألوهم هل علموا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في ذلك قضاء؟ فإن وجدوا عندهم في ذلك شيئا قضوا به وحمدوا الله، هذا ما كان يفعله كلا من أبا بكر وعمر رضي الله عنهما في غالب الأحيان غير أن أبو بكر كان إذا أعياه الأمر جمع رؤوس الناس وخيارهم من أهل الرأي والعلم واستشارهم فإن أجمع رأيهم على شيء قضى به وإن لم يجتمع رأيهم قضى بما يراه هو باجتهاده، وربما تخير من هذه الآراء أقربها إلى الكتاب والسنة وأكثرها ملائمة لمصلحة المسلمين ، أما عمر رضي الله عنه فكان إذا لم يجد الحكم في الكتاب ولا في السنة يتحرى رأي أبي بكر فإن علم له قضاء في المسألة أخذ به، وإلا لجأ إلى أهل الرأي والعلم من الصحابة فإن أجمع رأيهم على أمر قضي به وإن اختلفوا لم يبادر إلى الحكم من نفسه أو باجتهاده بل كان يثابر على المناقشة مع من اختلفوا وبالإقناع حتى يصل إلى درء الخلاف والاجتماع في الأمر الذي يراد الحكم به.

❖ **الفقه في عصر التابعين:**

تنحصر هذه المرحلة في الفقه فيما بين سنة 41 هـ إلى 132 هـ وأهم ما يميز هذه المرحلة هو تفرق العلماء في الأقطار بعد أن كان عمر يمنع كبار الصحابة وأهل الرأي من مغادرة المدينة إلا لضرورة . شيوع رواية الحديث خاصة بعد جمع القرآن في المصحف.

- بدء اشتغال الناس بالفقه وغيره من العلوم الأمر الذي أدى إلى ظهور المدارس الفقهية في كل الأقاليم الإسلامية إلا أن الزعامة والريادة كانتا لمدرستين هما مدرسة المدينة ومدرسة الكوفة.

- ظهور الاتجاهات الفقهية الناتجة أساسا عن الاختلافات السياسية والتي كان من نتيجها حدوث انشقاق بين المسلمين وانقسامهم إلى فرق ثلاث وهي الخوارج، الشيعة وأهل السنة.

❖ **الفقه في عصر المذاهب الجماعية:**

تبدأ هذه المرحلة بنهاية الدولة الأموية وبداية الدولة العباسية أي من بداية القرن الثاني الهجري إلى منتصف القرن الرابع الهجري وقد اشتهر من بين مذاهب أهل السنة في هذا العصر المذاهب التي كان أئمتها من المجتهدين والذين دونت مذاهبهم وقلدت آراءهم وأقر لهم جمهور المسلمين في ذلك الوقت بالإمامة والزعامة الفقهية وهم:

- سفيان بن عينية
- أنس بن مالك
- الحسين البصري
- أبي حنيفة
- سفيان الثوري
- أحمد بن حنبل
- داود الظاهري وابن جرير الطبري
- الشافعي

- أبي ثور
- الأوزاعي
- الليث بن سعد

وقد وجد إلى جانب هؤلاء الأئمة كثير من الأئمة والفقهاء الآخرين الذين لم يسعدهم الحظ في الانتشار بل اندثرت مذاهبهم باندثار أتباعها والقائمين على نشرها بين الناس.

وكان أوفى المذاهب حظا وأكثرها إتباعا وأوسعها نشرا أو تأليفا المذاهب الأربعة التالية:

❖ **المذهب الحنفي:**

ينسب المذهب الحنفي إلى صاحبه ومؤلفه الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت رضي الله عنه فارسي الأصل ولد سنة 80 هـــ وتوفي في عام 150 هـــ وأصول المذهب الحنفي هي القرآن الكريم والسنة إذا ثبت صحتها عن النبي صلى الله عليه وسلم، الإجماع سواء كان صريحا أو سكوتيا، قول الصحابي فيما ليس للرأي فيه مجال أمّا ما كان للرأي فيه مجال يتخير ما يوافق اجتهاده بشرط ألا يتعارض مع القياس ولم يأخذ أبو حنيفة بأقوال وآراء التابعين حيث قال: "هم رجال ونحن رجال"، القياس وهو أهم الأصول التشريعية التي اعتمد عليها بعد الكتاب لتشدده في الأخذ بالسنة خوفا من عدم صحتها، الاستحسان والعرف الصحيح وكان يقدم العمل به على القواعد العامة ويسمى ذلك استحسان وأكثر ما عمل فيه بالعرف في الإيمان وألفاظ الطلاق والعقود والشروط ومن أئمة الفقه الحنفي نذكر:

- السرجنسي صاحب كتاب المسبوط
- المرغيناني صاحب كتاب الهداية
- الكمال الهمام صاحب كتاب شرح فتح القدير وهو من المراجع المهمة في الفقه الحنفي
- الموصلي صاحب الدر المختار.
- ابن السالماتي صاحب مجمع البحرين
- النسفي صاحب كتاب الكتر (المدخل الوسيط).

❖ **المذهب المالكي:**

ينسب المذهب المالكي إلى الإمام مالك بن أنس الأصبحي رضي الله عنه المولود بالمدينة سنة 93 هـــ على الأشهر والمتوفي بها سنة 179 هـــ، وهو ثاني المذاهب الأربعة في القدم ويقال لأصحابه أهل الحديث.

وقد نشأ المذهب المالكي بالمدينة موطن الإمام مالك ثم انتشر في الحجاز [1] ونشر العمل بمذهب الإمام مالك (رضي الله عنه) حاليا بالبلاد المغرب العربي وفي شمال إفريقية وغربها ووسطها.[2]

وتتبع المالكية في الأصول عقيدة أبي الحسن الأسعدي وأصول المذهب المالكي تتمثل في الكتاب والسنة بجميع أنواعها المتواترة والمشهورة وأخبار الآحاد، الإجماع، القياس، عمل أهل المدينة.

حيث إن مالك يرى أن عملهم لابد وأن يكون مستندا إلى حديث لنبي صلى الله عليه وسلم وكان يقدم عمل أهل المدينة على خبر الآحاد وكان يعلل ذلك بقوله: (ألف عن ألف خير من واحد عن واحد)، فتوى الصحابي حيث أنه كان يعتبر ذلك من السنة يجب العمل بها لأن الصحابي لا يعمل ولا يفتي في نظره إلا بما يقره النبي صلى الله عليه وسلم المصالح المرسلة والتي اشتهر مالك بها، الاستحسان وهو أعم من المصالح المرسلة و يسميه بالاستصحاب، الذرائع ومعناها أن ما يؤدي إلى الحرام يكون حراما وما يؤدي إلى الحلال يكون حلالا.

ومن أشهر مؤلفات المذهب المالي الموطأ للإمام مالك والمدونة لعبد الرحمان ابن القاسم المصري ومن الأئمة المالكية عبد الله بن وهب وأسد بن فرات من تونس وسحنون بن عبد السلام سوري الأصل من حمص .

---

[1] نظرة تاريخية في حدوث المذاهب الفقهية الأربعة: العلامة أحمد تيمور باشا ، تقديم الشيخ محمد أبو زهرة، دار القادري للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، عام 1990م، 1411 هـــ، بيروت، ص: 61.

[2] المدخل الوسيط في دراسته التشريعية، ص: 103.

❖ **المذهب الشافعي:**

إمام المذهب هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع وينتهي نسبة إلى بني المطلب أخو هاشم جد النبي صلى الله عليه وسلم.

ولد الإمام الشافعي سنة 150 هـــ باتفاق في السنة التي توفي فيها الإمام أبو حنيفة واختلفت الروايات في مكان مولده فقالوا بغزة وبعض الروايات تقول إنه ولد باليمن على ما ذكر البغدادي في تاريخ بغداد، فنشأ يتيما فقيرا وكانت أمه تنتسب من قبيلة أزدية رحلت به إلى مكة وبها حفظ القرآن وهو لم يتجاوز السابعة من عمره ولما بلغ العشرين رحل إلى المدينة حيث الإمام مالك فلزمه وأخذ عنه الحديث بعد أن حفظ الموطأ قبل أن يرحل إليه وكثر ترحاله بين مكة والعراق إلى أن دخل مصر حيث كون مذهبه الجديد وبقي فيها بقية حيـــاته إلى أن مات ودفن بها سنة 204هـــ.

وأدلة الشافعي في الفقه هي الكتاب، السنة بما فيها خبر الآحاد، الإجماع الصريح وليس السكوتي، القياس إذا كانت علته منضبطة لو لم يكن نص ولو خبر أحاد، وكان لا يعمل بالاستحسان ويبطله ويقول من استحسن فقد شرع.

وأهم أثار الشافعي "الرسالة" و "الأم" رواهما عنه تلميذه المصري الربيع بن سليمان المرادي أما "الرسالة " فهي خاصة بأصول الفقه وهي مجموع ما يحتاج إليه المجتهد في مجال التشريع الإسلامي و "الأم" فهو الكتاب الفقهي المتداول الآن بين الناس.

وللشافعي أصحاب كثيرون بمصر منهم:

- أبو يعقوب البويطي ألف كتاب "المختصر".
- أبو إسماعيل بن يحي المزني
- عبد الرحمان ومحمد ابني عبد الله بن عبد الحكم.
- حرملة بن يحي
- يونس بن عبد الأعلى.

❖ **المذهب الحنبلي:**

صاحب المذهب هو أبو عبد الله أحمد بن حنبل بن هلال بن اسعد الشيباني المروزي ثم البغدادي ولد ببغداد سنة 164ه‍ت وتوفي سنة 214 هـــ.

أخذ العلم على يد أبي يوسف صاحب أبي حنيفة وأخذ الحديث من الحافظ بن كثير كما أخذ من الإمام الشافعي رضي الله عنه.

وأصول المذهب الحنبلي هي الكتاب، الحديث بجميع درجاته بما في ذلك المرسل والضعيف، فتاوى الصحابة، القياس وسد الذرائع.

و لم يؤثر عن الإمام أحمد رضي الله عنه أنه ألف في الفقه وله كتاب المسند في الحديث رواية ابنه علي وقد رويت عنه أحكام فقهية دونها عنه تلاميذه منهم:

- أبو بكر الخرساني ألف كتاب السنن في الفقه
- أحمد بن محمد الحجاج المروزي وله كتاب السنن بشواهد الحديث
- أبو بكر أحمد بن محمد الخلال الذي دون فتاوى إمامه أحمد في كتابه المسمى الجامع الكبير.

والمذهب الحنبلي هو المذهب الرسمي للمملكة العربية السعودية وهو المنتشر ببلاد نجد بصفة خاصة.

❖ **الفقه في عصر التقليد:**

تبدأ هذه المرحلة من منتصف القرن الرابع الهجري إلى غاية الفرن الرابع عشر هجري يصفها الفقه الإسلامي بأنها مرحلة الجمود الفقهي حيث اتسمت بالتقليد المحض لأئمة المذاهب المذكورة سابقا ونتيجة للصراعات المذهبية والتعصب الذي ظهر في صفوف المسلمين الذين انقسموا إلى دويلات بعد أن كانت دولة واحدة.

ولما ساءت حالة الاجتهاد رأى العلماء الحريصون على التشريع الإسلامي وفقهه الحكم بغلق باب الاجتهاد سدا للذريعة وأفتوا بجواز إلزام الناس بإتباع مذهب معين من مذاهب الأئمة السابقين .

❖ **مرحلة اليقظة والتجديد الفقهي:**

مع نهاية القرن الثالث الهجري وأوائل القرن الرابع عشر بدأ الفقه الإسلامي ينهض ويتطور من جديد بما يتلاءم مع المشاكل الاجتماعية التي حدثت وتحتاج إلى حكم الشرع الواضح الجلي الذي لا غموض فيه

وأهم بوادر هذا النهوض هو ظهور مجلة الأحكام العدلية[1] وترتب على ذلك ضرورة التوجه إلى الفقه الإسلامي ودراسته دراسة علمية خاصة الدراسات المقارنة بين المذاهب الفقهية ونبذ التقليد للاستفادة من مجموعة وعدم التقيد بمذهب فقهي معين.

كما اتجهت دساتير البلاد الإسلامية إلى اعتبار الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة مصدرا للقوانين خاصة قوانين الأسرة أو الأحوال الشخصية كما تسمى أحيانا.

4- الزواج في الفقه والتشريع الإسلامي:

❖ **أهمية الزواج وأهدافه في الشريعة الإسلامية :**

الزواج هو الأسلوب الذي اختاره الله للتوالد والتكاثر واستمرار الحياة بعد أن أعد الله كلا الزوجين وهيأهما بحيث يقوم كل منهما بدور إيجابي في تحقيق هذه الغاية لقوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً** ﴾.[2]

و لم يشأ الله أن يجعل الإنسان كغيره من المخلوقات فيدع غرائزه تنطلق دون وعي، ويترك اتصال الذكر بالأنثى فوضى لا ضابط له، بل وضع النظام الملائم لسيادته، والذي من شأنه أن يحفظ شرفه، ويصون كرامته فجعل اتصال الرجل بالمرأة اتصالا كريما، مبنيا على رضاها، وعلى أيجاب وقبول كمظهرين لهذا الرضا، وعلى إشهاد، على أن كلا منهما قد أصبح للآخر، وبهذا وضع الغريزة سبلها المأمونة، وحمى النسل من الضياع، وصان المرأة من أن تكون كلاً مباحا لكل راتع.

[1] مجلة الأحكام المعدلية: البحث (حوت القواعد الفقهية).

[2] سورة النساء، الآية: 01.

وبالإضافة إلى سمو الإسلام فقها وتشريعا بالمرأة فإن الزواج لا يختلف عنه في باقي الأديان الأخرى كما سبق بيانه في أغراضه وأهدافه التي لا تخرج عن الاستمتاع العاطفي والجنسي وقضاء الشهوة، والتوالد والتكاثر واعمار الأرض بالذرية من أجل أنشاء المجـــتمعات والدول والحضارات.[1]

❖ **تكوين عقد الزواج:**

لتكوين عقد الزواج في الإسلام لابد من اقتران إرادة العاقدين وهو توافق الإيجاب والقبول على المضي في إنشاء العقد من أجل تكوين أسرة في إطارها الشرعي ولا يتم ذلك إلا بعد خطبة التي تسبق العقد وفيما يلي بيانها:

- الخطبة:

وهي مرحلة متوسطة بين الاختيار وإبرام عقد الزواج وهي شرعا تواعد متبادل على الزواج بين رجل وامرأة أو بين من يمثلها أو من يمثلهما معا في عقد الزواج في المستقبل.

ومن شروطها:

- أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية التي تمنع الزواج بها في الحال وهذا ما يسمى الحرمة المؤبدة أو المؤقتة كما سيأتي بيانه لاحقا.

- ألا يسبقه غيره إليها بخطبة شرعية مع المعلم بها

وللخطبة طرقا عدة منها:

- التعبير الصريح وهو أن يعلن الخاطب أو من ينوب عنه للمخطوبة أو وليها بعبارة قاطعة الإعلان عن الرغبة في الاقتران، أو بواسطة التلميح والإيحاء أو التعريض وهي ألفاظ تحمل معنى الخطبة.

وتهدف الخطبة إلى تعارف الخاطبين إلى بعضهما البعض بواسطة النظر و المحادثة في أمور مستقبلهما بحضور محرم المرأة ولا يجوز الخلوة بالمخطوبة أو معاشرتها.[2]

---

[1] زكي على السيد أبو غضة، الزواج والطلاق والتعدد بين الأديان والقوانين ودعاة التحرر، ط1، 2004م، ص: 27 بدون سنة بدون دار نشر.

[2] -عيسى حداد، عقد الزواج دراسته مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص: 10

ومن أدلة مشروعية الخطبة وضوابطها قوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء او ...﴾.[1]

وفي الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه » وزاد البخاري «حتى ينكح أو يذر» وفي رواية عند مسلم: «حتى يذر».[2]

ولم يشترط الفقه الإسلامي سن معينة للخطبة ولم تحدد بمدة زمنية محددة، كما لم توضع صيغة خاصة لعرض الرغبة في الزواج ولا مانع من أن يصدر الإيجاب سواء من الرجل أو المرأة أو وليها، ولا يترتب على العدول أي أثر لأنه حق مقرر للخاطبين ومن يعدل فقد استعمل حقه المقرر له شرعا[3].

غير أن بعض الفقهاء في العصر الحديث قرروا وجوب التعويض في حالة ثبوت الضرر للطرف الآخر عن العدول متأثرين في ذلك بالقوانين الوصفية الغربية الحديثة

- أركان الزواج:

لكي ينعقد الزواج في الإسلام لابد من توافر ركنه الأساسي وهو الرضا الذي يعني التعبير عن الإرادة بقبول إبرام عقد الزواج ويفصح عنها قولا أو كتابة أو إشارة أو كل فعل يدل على الرضى بالتعاقد الذي لا يدع أي مجال للشك، ولا يشترط صدور الرضا من المتعاقد نفسه أو وكيله.

ويقول صاحب كتاب "الإفصاح عند عقد النكاح" اعلم أن أركان النكاح خمسة عند إمامنا الشافعي:صيغة، وزوجة، وزوج، وولي، وشاهدين.

وعند المالكية خمسة أيضا: صيغة، وزوجان، وولي، وشاهدين، وصداق.

فلا يصح عقد النكاح عندهم بلا صداق لكن لا يشترط ذكره في العقد فإن اتفق الزوج والولي على إسقاطه لم يصح النكاح عندهم.

أما عند الحنابلة ثلاثة: الزوجان، صيغة.

---

[1] -سورة البقرة الآية:55

[2] -صحيح البخاري 199/9 رقم 5143، صحيح مسلم 1033/2 رقم 1413.

[3] -راجع كتاب الدكتور عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 1997م.

وعند الحنفية وبعض الحنابلة أيضا اثنان الإيجاب والقبول فقط.[1]

ولقد اهتم كل من التشريع والفقه الإسلامي بعقد الزواج أيما اهتمام نظرا لخطورته ولا يخلوا عصر من العصور في مختلف المراحل التي مر بها الفقه الإسلامي إلا وأفردت التصانيف وجمعت المؤلفات حول عقد الزواج أو النكاح كما سمي غالبا حتى انه يظهر للمتبع للفقه أن الفقه الإسلامي لم يغفل أي مسألة من مسائل الزواج والأسرة بدءا من اختيار الزوجين واستمرار العلاقة الزوجية وما يترتب عنها من آثار إلى نهاية هذه العلاقة بالطلاق أو الوفاة وما يترتب على ذلك من آثار من أجل الحفاظ على حقوق الزوجين والأولاد مع التركيز على كل من الأهلية والكفاءة.

ولا توجب الشريعة الإسلامية عقد الزواج على يد رجل الدين أو مكان مخصص لهذا الغرض أو وفق طقوس معينة بل يترك الأمر للمتعاقدين عل ان لا يخالف في ذلك النصوص الشرعية وللعرف في هذا المجال أهمية كبيرة واعتبار لذا يدار عليه الحكم، حيث كثيرا ما أقرت الشريعة الإسلامية أشياء من العرف والعادات التي كانت موجودة عند العرب قبل الإسلام وأبطلت أشياء أخرى.

وقد حسمت الشريعة مسألة تعدد الزوجات وحددتها بأربع زوجات في حالة توفر المبرر الشرعي وشرط العدل والمساواة وهو ما أجمع عليه جمهور الفقهاء .

ويعتبر الرشد والبلوغ من العلامات التي تعتمـــد في الشريعة الإسلامية في تحديد سن الزواج.[2]

وموقف الشريعة الإسلامية من زواج الصغار يبرره أراء الفقهاء في المذاهب الأربعة التي تستند إلى الاجتهاد في صفة زواج الصغار دون البلوغ وخالفهم القليل من الفقهاء الذين ذهبوا إلى عدم صحة زواج الصغار مطلقا وترتيب البطلان المطلق للعقد الذي يبرمه الصغار سواء بأنفسهم أو بواسطة الأولياء مبررين ذلك في عدم وجود أي مصلحة للصغار في مثل هذا العقد، لأن مصلحة

[1] – العلامة حسين بن محمد المحلي الشافعي، الإفصاح عند عقد النكاح على المذاهب الأربعة، تحقيق علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الجواد، دار القلم العربي، حلب، ط1، 1995م، ص: 28.

[2] – الرشيد: يريد به القدرة على تدبير الأمور المالية واستغلالها استغلالا حسنا ويراد به صلاح العقل وحفظ المال، ويقصد بالبلوغ : بلوغ الحلم أو النكاح وإذا لم يكن الإنسان قد حلم قبل بلوغ الخامسة عشر سنة كان البلوغ هو تحديد هذا العمر عند غالبية الفقهاء، أنظر: عيسى حداد عقد الزواج دراسته مقارنة، مرجع سابق، ص: 84.

صغير السن ينظر إليها في الجوانب المادية وهذه الأخيرة لا يقيم لها الشرع أي اعتبار في عقد الزواج.

ويعتبر اختلاف الدين من الموانع الشرعية لعقد الزواج، ويؤكد الفقه الإسلامي على عدم إباحة زواج المسلمة بغير المسلم ولو كان كتابيا- أي صاحب دين سماوي كاليهودي والنصراني- كما لا يجوز زواج المسلم بغير المسلمة وغير الكتابية فلا يصح زواجه من وثنية.[1]

5- موقف الفقه الإسلامي من كتابة عقد الزواج:

يتعلق الأمر هنا بمسألة في غاية الأهمية والتي تتمثل في موقف الفقه الإسلامي من كتابة عقد الزواج.

اختلف الفقهاء في عقد الزواج بالكتابة فمنهم من يرى عدم جواز عقد الزواج عن طريق الكتابة ومنهم من يرى صحة عقد الزواج من طريق الكتابة مثل العقود الأخرى التي تتم بالكتابة.

❖ **الشافعية المالكية:**

لا يجيزون عقد الزواج عن طريق الكتابة لأنه يشترط أن تكون الصيغة صريحة في الإيجاب، والقبول والكتابة ليست من الصريح بل هي من الكناية والكناية لابد فيها من النية، وهذه خفية عن الشهود، غير أنهم يجمعون على إبرام عقد الزواج عن طريق الكتابة إلا على الأخرس بشروط وهي:

- أن لا تكون له إشارة مفهومة
- التعذر عليه توكيل غيره لعقد الزواج.

وبالتالي عقد الزواج المبرم بين حاضرين في مجلس العقد القادران على النطق فلا يمكن إبرام عقد زواجهما كتابة ولهذا يقول الدرديرى: «لا تكفي الإشارة ولا الكتابة إلا لضرورة الأخرس».

❖ **الحنفية:**

ترى أنه لا مانع من عقد الزواج من طريق الكتابة سواء كان العاقد أخرس أو غير أخرسا إلا أنهم وضعوا شروطا لهذا العقد ومن أمثلة على ذلك كأن يكتب الخاطب إلى المرأة المراد تزوجها

[1]- عيسى حداد، مرجع سابق، ص: 254.

رسالة فيقول: «زوجني نفسك فإني رغبت فيك» أو كلاما ما دالا على طلب الزواج، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم، وقالت زوجت نفسي منه ومن الشروط أن يسمع ما تضمنه الكتاب كأن تقول أن فلانا كتب إلي يخطبني، ثم تقول: فاشهدوا أني زوجت نفسي منه.

وعلى هذا فلو لم تقل المرأة أمام الشهود سوى عبارة زوجت نفسي من فلان و لم تقرأ عليهم نص ما كتبه الخاطب فلا يصح عقد الزواج.

❖ **الرأي الراجع:**

وهو الذي لا يجيز انعقاد الزواج بالكتابة إلا في حالة الضرورة المتمثلة في الأخرس بشروطها المذكورة سابقا لعدة أسباب منها:

- عقد الزواج يحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره من العقود
- أن التعبير عن الإرادة بالكتابة في عقد الزواج يفتح الطريق للفساد والخلافات نتيجة تزوير الخطوط مثلا.[1]

بينما يؤكد علماء القانون في الدول الإسلامية على أن عقد الزواج في الشريعة هو عقد مدني صرف ذو طابع علي بالنظر لخطورته وهو عقد رسمي شرعي بصريح القوانين المنظمة للأحوال الشخصية.[2]

المطلب الثاني: العرف والزواج

الفرع الأول: ماهية العرف:

أولا: تعريف العرف:

تعددت التعاريف التي قدمها الفقهاء حول تعريف العرف وتحديد مفهومه إلا أنها تصب في معنى واحد ويمكن إيراد بعض منها: «العرف في اللغة هو المعروف مما ألفه الناس من أوجه الخير

[1]- عيسى حداد، مرجع سابق، ص: 45-46-47.

يجب التميز بين التعبير عن الإرادة بالكتابة في مجلس العقد وبين تسجيل عقد الزواج في سجلات عقود الزواج.

[2]- الدكتور: أحمد الشامي، التطور التاريخي لعقود الزواج في الإسلام،دراسة مقارنة، سلسلة في تاريخ العرب والإسلام، 1982م.

والصلاح أما في الاصطلاح فيطلق على ما ألفه المجتمع وأعتاده وسار عليه في حياته من قول أو فعل».[1]

«العرف هو ما ألفه المجتمع واعتاده وسار عليه في حياته من قول أو فعل وهو العادة بمعنى واحد عند الفقهاء لأن العادة هي تكرار الشيء ومعاودته حتى يتقرر في النفوس ويكون مقبولا عندها».[2]

«العرف هو ما استقر في النفوس وتلقته الطباع السليمة بالقبول قولاً كان أو فعلاً».[3]

وعموما يمكن تعريف العرف بأنه: «مراعاة الجماعة لقاعدة من قواعد السلوك واستمرارها على تكرارها بصفة عامة وموحدة مع الاعتقاد بإلزامية هذه القاعدة».[4]

والملاحظ على هذه التعاريف أن بعضها لم يفرق بين العادة والعرف ولكي يتم التمييز بينهما لابد أن نبين أن: «العرف يتألف من عنصرين احدهما مادي او موضوعي يقوم على تكرير عام مستمر وموحد لمسلك معين في ظروف واحدة، والثاني معنوي يقوم على اعتقاد الناس بموجب طاعة هذه القاعدة، إما لاعتقادهم أنها مطابقة للعدل وملائمة لتنظيم العلاقات التي وجدت من أجلها فيجب أن تنزل منزلة القانون وإما لأنها أصبحت بفعل التطبيق المستمر قانونا بالفعل ومن ثم وجب طاعتها، فإذا تخلف العنصر المعنوي عن القاعدة كانت عادة وإذا توفر هذا العنصر فيها أصبحت عرفا».

فالشعور الجماعي بإلزام القاعدة ووجود جزاء لها هو الذي يميز العادة عن العرف، وبذلك يكون العرف سلوكا عفويا يستقر بتكراره جيلا بعد جيل ويكتسب بتكراره المستمر والموحد حرمة يستمد منها قوته الملزمة .[5]

ونميز بين أنواع أربع من العرف:

- العرف العملي

---

[1] -محمد سراج، مرجع سابق، ص: 233.

[2] -عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص: 255.

[3] -د. نصر فريد محمد واصل، مرجع سابق، ص: 181.

[4] -د. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص: 61.

[5] -د. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص: 61.

- العرف القولي
- العرف العام
- العرف الخاص

ومن حيث الأحكام فنميز بين العرف الصحيح والعرف الفاسد.

ثانيا: أسباب ونتائج ظهور العرف

أ- الاسباب:

إن الأحكام التي كانت تسود الجماعات البدائية كانت أحكاما إلهية وهي أحكام فردية تستمد قوتها من صفتها الدينية.

ويمضي الزمن وتكرار الحوادث المتشابهة أصبح من المأثور أن يصدر الحكم الإلهي متشابها مع كل نوع من أنواع هذه الحوادث، لأن القاضي كان ملزما بالسير على أحكامه السابقة خوفا من غضب الآلهة إذا حاد عنها، وهذا أدى إلى ظهور العادات الدينية.

إلا أن تلك العادات الدينية انقلبت مع الزمن إلى عرف ملزم عندما تقدمت الأفكار وتهذبت النفوس وبلغت حدا لا يجوز معه الإدعاء بالإلهام، حيث رأى الناس أن الخروج على العادات لا يستوجب سخط الآلهة فقط بل يستوجب أيضا جزاءا دينيا أو وضعيا ومن هنا تختلف التقاليد العرفية عن التقاليد الدينية، فمصدر الإلزام في التقاليد الدينية هو رضاء الآلهة، بينما تستمد التقاليد العرفية إلزاما من رضاء الناس بها وإلزام أنفسهم بأحكامها.[1]

ب- النتائج:

ترتب على ظهور العرف عدة نتائج هامة حيث:

- أصبحت القواعد العرفية مصدرا من مصادر التشريع وساهمت بذالك في بلورة القاعدة القانونية تعدد مصادرها وأصبح القانون قابل للتعديل أو الإلغاء.

[1] -د. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص: 60.

- أولت الديانات السماوية أهمية بالغة للعرف وأصبح مصدرا من مصادر هذه الديانات، وليس أدل على ذلك من ما جاءت به الشريعة الإسلامية في هذا الشأن و لم تنكر على الناس أعرافهم السليمة والتي لا تتنافى والفطرة الإنسانية، وصاغ فقهاء الفقه الإسلامي مجموعة من القواعد الفقهية التي دلت على حجية العرف في بناء الأحكام منها: (العادة محكمة)، (المعروف عرفا كالمشروط شرطا)، (لا ينكر تفسير الأحكام بتغير الزمان والمكان).[1]

وإذا كانت الجماعة هي مصدر القاعدة العرفية فقد أصبحت تعبر عن إرادتهم وبالتالي المساواة بين الناس، و لم تعد القواعد القانونية حكرا على رجال الدين والحكام حينما أصبحت علانية ومنتشرة بين جميع فئات المجتمع.

أما في مجال التقاضي فقد ظهرت وسائل جديدة للإثبات بحيث كان الإثبات في ظل التقاليد الدينية يعتمد على بعض الأساليب والوسائل التي يعتقد الناس فيها بتدخل القوة الإلهية وكان ذلك يتم بواسطة رجـــال الدين الذين يحكمهم الخصوم في كل نزاع سواء تعلق الأمر بمال أو اعتداء إذ لم يكن يومئذ من فرق بين أمر مدني وجـــزائي فكل تجاوز على مال أو عدوان على نفس كان يعتبر جرما أما وسيلة الإثبات فكانت تتم باللجوء إلى القواعد الخارقة، وبها يقوم الدليل القاطع على ارتكاب الجرم أو البراءة منه وكان الإثبات بهذه الطريقة يتم باليمين أمام الآلهة أو الاختبار بالمحنة.

ولما أصبح للقواعد العرفية اعتبار فقد استحدثت وسائل إثبات جديدة كشهادة الشهود و لم تعد مشيئة الآلهة هي الوسيلة الوحيدة للإثبات، لأن إرادة الأفراد أصبحت تؤدي دورا هاما في هذا المجال.[2]

الفرع الثاني: الزواج العرفي.

أولا: مفهوم الزواج العرفي.

يمكن تحديد مفهوم الزواج العرفي من خلال صوره المختلفة باختلاف ملابسات كل عقد، فمن صور الزواج العرفي ما يتم شفاهة بغير كتابة بين العاقدين، ومنه ما يتم كتابة فقط دون ولي

[1] -المواد: 41-42-43 من مجلة الأحكام العدلية.

[2] د. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، بتصرف.

ولا شهود، ومن صوره كذلك ما يتم كتابة ويوقع عليه العاقدان والشهود وبحضور الولي ولكن دون تسجيل رسمي في الوثائق الإدارية.

وتتفق هذه الصور جميعها، وما قد يلحق بها مما يطلق عليه زواج عرفي في أمرين اثنين:

- البعد عن الرسمية بعدم توثيق عقد الزواج، بالمخالفة للقوانين السارية
- السرية بعدم إشهار الزواج بالصورة المعتادة والمتعارف عليها شرعا.[1]

وأكثر ما يطلق الزواج العرفي على عقد لم يسجل في المحكمة الشرعية ولم يجري على يد مأذون، ولم تصدر فيه وثيقة زواج.[2]

ثانيا: أسباب انتشار الزواج العرفي:

لم تشترط الشريعة الإسلامية أن يتم عقد الزواج أمام القاضي الشرعي أو أمام السلطة الدينية، وهذا ما لم تعرفه الديانات الأخرى، لأن الزواج لدى النصارى واليهود لا يتم إلا بواسطة السلطات الروحية التي تقوم بتسجيله في سجلاتها مباشرة.

ولهذا عرف المسلمون حاليا نوعين من الزواج وهما:

1- الزواج الرسمي الذي يتم رسميا أمام السلطات الإدارية أو القضائية وبإذن منها.

2- الزواج العرفي الذي يتم خارج الإطار السابق بين أطراف العقد.

والأسباب التي تدعوا في كثير من الأحيان الأزواج إلى اللجوء إلى الزواج العرف تتمثل أساسا في:

- عدم توفر بعض الشروط التي يتطلبها القانون لإبرام عقد الزواج مثل شرط السن المنصوص عليه في القانون.
- عدم الحصول على الترخيص بالزواج كما في حالة تعدد الزوجات.

[1] عصام زيدان، مقالة منشورة بموقع ألواء الشريعة بعنوان الزواج العرفي بين الشريعة والقانون بتاريخ: 16-07-2008م.

[2] د عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 1997م، ص: 175.

- كما أن العديد من الدول العربية الإسلامية كانت تحت وطأة الاستعمار مما حدى بالمواطنين إلى عدم اللجوء إلى السلطات الإدارية الاستعمارية لإبرام عقود زواجهم وهذا هو السبب التاريخي الذي دعا إلى انتشار ظاهرة الزواج العرفي، كما هو الحال بالنسبة للجزائر.[1]

[1] – محامي محمد فهر شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، دراسة قانونية فقهية مقارنة على ضوء الاجتهاد القضائي، دمشق بدون سنة.

المبحث الثاني: الزواج في النظم القانونية الوضعية الحديثة

القوانين الوضعية الحديثة قسمان :

قوانين وضعية داخلية : هي تلك القوانين التي تصدرها الدولة وتكاد تشمل جميع مجالات الحياة، وتنظم أساسا علاقات الافراد فيما بينهم وعلاقة هؤلاء الأفراد بالدولة، وسيادة سلطة الدولة داخليا يرتبط بمدى التزام وخضوع الأفراد لهذه القوانين.

قوانين وضعية دولية : هي تلك الاتفاقيات والمعاهدات التي يبرمها الدول فيما بينها، أو بينها وبين المنظمات الدولية المهتمة بشأن ما، وأهمها شؤون الإنسان وحقوقه.

وقد اعتبرت كل من القوانين الداخلية والدولية الزواج نظام قانوني خاص بمجال الشخص، يستوجب تدخل الدولة وحتى المجتمع الدولي في تنظيمه.

ونتيجة لذلك ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين :

المطلب الأول : **الزواج في القوانين الوضعية الداخلية.**

المطلب الثاني : **الزواج في القانون الدولي.**

المطلب الأول: نظام الزواج في القوانين الوضعية الداخلية.

الفرع الأول: مفهوم القانون الوضعي.

إن القانون ضروري للمجتمع فلم يخل مجتمع قط من القانون سواء كان هذا القانون على شكل عادات وتقاليد وأعراف يخضع لها الجميع أو كان هذا القانون على شكل أوامر ونواهي يصدرها شخص مطاع، أو كان هذا القانون على شكل قواعد تصدرها هيئة مخولة بإصدار القانون وهذا القانون بمختلف أنواعه وأشكاله مصدره البشر أي من صنع الإنسان، وكما هو معروف فإن المجتمعات البشرية عرفت قوانين أخرى إلى جانب تلك التي صنعها الإنسان وهذه القوانين هي من صنع الله أو الآلهة كما في اعتقاد بعض المجتمعات وهذا ما يميز القوانين الوضعية عن القوانين أو التعاليم الدينية.

وعليه فالمقصود بعبارة القانون الوضعي بصفة عامة، القانون الناشئ من الإرادة البشرية.[1]

[1] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص: 09.

أولا: معاني القانون.

أ- المعنى اللغوي:

يقصد بلفظ (قانون) لغة: (مقياس كل شيء وطريقه) ويفيد هذا اللفظ النظام والاستقرار يقال أن كلمة قانون هي يونانية الأصل Konun ويراد بها العصا المستقيمة وهناك من يرى أن كلمة قانون عرفت من هذا الأصل اليوناني وقد تكون هذه الكلمة اليونانية قد انتقلت إلى اللغة اللاتينية بلفظ Conon بمعنى قاعدة دينية خاصة بالعقيدة أو مجموعة الكتب المستلهمة من الله.

والحاصل أن العديد من اللغات أخذت بهذا المعنى حيث يعبر عنها في اللغة الفرنسية بكلمة Droit وفي اللغة الإيطالية بكلمة Diritto وفي اللغة الألمانية بكلمة Recht ...الخ.

ب-المعنى القانوني :

للكلمة قانون كذلك عدة دلالات في العلوم القانونية، فيقال القانون المدني أو القانون الجنائي والمقصود هنا هو وصف معين لمجال من مجالات القانون، وقد تقصد بذلك التقنين المدني Code Civil أو التقنين الجنائي Code Pénal وقد تستعمل كلمة قانون بمعنى التشريع كأن يقال قانون المحاماة أو قانون الأسرة، ويقال كذلك القانون الجزائري، والقانون الفرنسي بمعنى القانون الوضعي أي القانون النافذ أو الساري المفعول في الجزائر أو في فرنسا.

وتجتمع التعريفات الفقهية حول: «إن القانون هو مجموعة القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة وتنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها»، أو «مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأفراد في المجتمع والتي تكفل السلطة العامة احترامها بتوقيع جزاء من يخالفها» ...الخ.[1]

ثانيا: الشرائع القانونية الكبرى:

نظر لاختلاف الفلسفة التي تقوم عليها كل منظومة قانونية فإن الفقه القانوني يميز بين أربعة أنظمة من الشرائع القانونية الكبرى هي:

- النظام القانوني المشترك Common low

[1] علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010م، ص: 28-29.

- النظام القانوني الاشتراكي
- النظم القانونية ذات الطابع الديني والذي نعني به نظام الشريعة الإسلامية

النظام القانوني المدني وهو الذي يهمنا في هذه الدراسة ويسمى أيضا بالنظام الرومانو-جرماني نشأ هذا النظام في قارة أوروبا باستثناء بريطانيا وتعود جذور هذا النظام إلى القانون الروماني، ويتميز هذا النظام من حيث مصدره الرئيسي المتمثل في التشريع فهو إذن قانون مكتوب، وقد انعكس هذا الأمر على صياغة القواعد القانونية التي تكون عامة ومجردة فالمشرع عند وضعه للقاعدة القانونية ينطلق من فرضية تعني وصفا عاما تخاطب كل أفراد المجتمع.

ومن أشهر القوانين التي تنتمي إلى هذا النظام: قانون نابليون الذي كان له الأثر الكبير على قوانين المستعمرات الفرنسية وكذا الدول العربية والتي منها الجزائر ومصر.[1]

الفرع الثاني : الزواج في التشريع الفرنسي نموذجا

إن مصطلح الزواج في القانون الفرنسي Mariage يقصد به معنى مختلف عن مصطلح عقد الزواج contrat de mariage والفرنسيون أنفسهم يتحررون حتى في لغتهم الجارية عن الخلط بين هذين الاصطلاحين فهم يحرصون على عدم اقتران الزواج بالعقد إلا إذا أرادوا العقد الذي يقرر النظام المالي، ذلك أنه يصطحب ارتباط الرجل بالمرأة بالزواج في القانون الفرنسي والقوانين الغربية بصفة عامة بنظام مالي يحكم علاقة الزوجين فيما يتعلق بما يكون لهما من أموال ويعرف الزواج بأنه ارتباط الرجل بالمرأة بقصد إنشاء أسرة ارتباطا يقره القانون ويرتب عليه الآثار القانونية.

والزواج في القانون الفرنسي له صفة مدنية ظاهرة فرضها القانون المدني الفرنسي وهذه الصبغة تعد تحولا به عن الصبغة الدينية التي فرضتها الكنيسة بعد أن تحقق لها سلطان التفرد بإصدار قوانين ملزمة لإتباعها.

ومع قيام الثورة الفرنسية انقلب الأمر على عقبيه إذ نص الدستور الفرنسي سنة 1791م أن الزواج يعتبر عقدا مدنيا، واعتنقت فرنسا هذه الوجهة من خلال تقنين نابليون وذلك لغل يد الكنيسة واستبعاد شؤون الزواج من سلطتها وتم بذلك اعتبار الزواج عقدا كسائر العقود وإن كان يخضع في تنظيمه لقواعد خاصة تجعل له طابعا متميزا.

[1] علي فيلالي، مرجع السابق، ص: 35 وما بعدها.

ويتميز الزواج الفرنسي والقائم إلى الآن في المجتمع الفرنسي انه عقد رسمي وآثاره تترتب بصورة تبرر اعتباره نظاما قانونيا لا عقد، ويتمتع بطبيعة دينية، ويستمد خاصته الرسمية من مجموع الإجراءات المدنية اللازمة إتباعها فهو صورة معنية من صور الشكلية المدنية أمام الموثق أو موظف الحالة المدنية الذي يعتبر دوره جوهري لانعقاد الزواج بحيث هو الذي يعبر عن قيام الزواج وليس دوره قاصرا على إثبات تراضي الزوجين أو تحرير وثيقة الزواج.

والزواج الذي تم بتوافق الإيجاب والقبول بدون الشكل الرسمي الذي يحدده القانون يعتبر زواج عرفي معدوم الأثر الشرعي والقانوني ومن شأن هذا النوع من الزواج أن يؤدي إلى عدة مضار خاصة في حالة سرية الزواج وفي حالة قيام المنازعات وهو ما عملت من شأنه الكنيسة حين اشترطت العلانية كركن جوهري وهو ما استنبطته السلطة المدنية فأوجبت علانية الزواج ورسميته أمام السلطة الإدارية المختصة وتكون بدلك قد خلصت سلطة رجال الدين على الحياة الاجتماعية عامة وعلى الزواج وأثاره خاصة.

ومع ذلك فإن الرأي العام الفرنسي لا يرى في الزواج المدني وفقا للقانون إلا مجرد وسيلة لإثبات الصفة القانونية للعلاقة الزوجية اما الصفة الدينية فستمد وجودها من الإجراءات والمراسيم الكنيسية وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي بلانيول «الزواج بطبيعته عمل ديني، ويتفق مع طبيعته شعور الجمهور بعدم نشوء الزواج إلا وفقا للدين وإن أي تشريع مدني لا يؤيد أولا يعترف بالصيغة الدينية للزواج يجد صعوبة في ضبط وضمان أخلاقيات الروابط الجنسية».

وهذا يؤكد أن الزواج مرتبط ارتباطا وثيقا بالعقيدة الدينية الأمر الذي أدى بالتدخل القانوني نتيجة التخوف من أن يعمد بعض الأفراد إلى الاكتفاء بالطقوس الدينية للزواج، فصدر قانون 1802م الذي يمنع رجال الكنيسة من إتمام المراسيم الدينية للزواج لأشخاص لم يقوموا قبل ذلك بإجراءات عقد الزواج المدني وهذا لمنع ما زال معمولا به رغم إلغاء قانون لسنة 1802م نظرا لأن المادتين 199-200 من قانون العقوبات الفرنسي يقضيان بعقاب رجل الدين الذي يتم مراسيم الزواج بدون التأكد من إجراءات الزواج المدني.

ويبدوا أنه ترتب على ازدواج الصيغة الدينية والمدنية للزواج بعض المشاكل منها: أنه يكـــون الزواج صحيحا وفقا لتوافر الشروط القانونية التي حددها القانون الفرنسي وفي نفس الوقت يعتبر

باطلا وفقا لقواعد رجال الدين المسيحي، فمثلا زواج القساوسة ورجال الدين الكاثوليك صحيح ونافذ من الناحية القانونية ويعتبر باطلا بمقتضى شروط وقواعد المذهب الكاثوليكي الذي يعتبر المذهب السائد في فرنسا، كما أنه يقع صحيحا وفقا للقانون زواج الشخص الذي تحلل من علاقة زواج سابق وتزوج ثانية في حين أن المذهب الكاثوليكي لا يعترف بالطلاق ويعتبر أن العلاقة الزوجية لا يمكن فصمه إلا في إطار الانفصال الجسماني الذي يعتبر حالة دائمة لا تنتهي إلا بموت أحد الزوجين أو العودة ثانية للمعيشة المشترك في حين أن القانون الفرنسي يقرر حكم الطلاق إذا ظل الانفصال الجسماني ثلاث سنوات بناء على طلب أحد الزوجين سواء صدر هذا الطلب من المسئول عن هذا الانفصال أو من صدر حكم الانفصال لمصلحته.[1]

المطلب الثاني: اهتمام المجتمع والقانون الدوليين بتنظيم وترقية الزواج

الفرع الأول: من خلال القانون الدولي لحقوق الإنسان

أولا: مفهوم القانون الدولي لحقوق الإنسان

إن مفهوم القانون الدولي لحقوق الإنسان في معناه القانوني ينصرف إلى الحقوق التي يتم الاعتراف بها من مجتمع الدول، وعلى هذا الأساس فالقانون الدولي لحقوق الإنسان هو مجموعة الاتفاقيات والأعراف والإعلانات والمواثيق التي تعترف بحقوق الإنسان، وهو يشمل مواثيق واتفاقيات عالمية وأخرى إقليمية.

فالعالمية منها: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948م والعهدين الدوليين 1966م للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الثقافية والاقتصادية والاجتماعية والبروتوكوليين الاختياريين الملحقين بالعهدين لسنة 1966م

[1] الدكتورة مليكة يوسف زرار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، ج1، الفتح للإعلام العربي ، القاهرة، ط1، 2000م، ص: 101 وما بعدها.

وهذه العالمية قد تكون عامة لكل الإنسانية وقد تكون خاصة كإعلان حقوق الطفل لعام 1924م والاتفاقية 1989م أما الوثائق الإقليمية منها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب...الخ.[1]

ثانيا: نطاق التطبيق

ويطبق القانون الدولي لحقوق الإنسان من حيث الزمان وقت السلم أما زمن الحرب فينازعه القانون الدولي الإنساني وإن كان هو المظلة الكبرى.

أما من حيث المكان والموضوع فإن القانون الدولي لحقوق الإنسان ينطبق على الإنسان في محيط الدولة المرتبطة باتفاقية او إعلان أو قواعد عرفية، ويتوجه خطابه للدول والمنظمات ذات العلاقة وتعتبر إجراءات التوقيع والمصادقة والانضمام المظاهر الخارجية للالتزام والمسؤولية اتجاه الخطاب.

الفرع الثاني:الاتفاقيات ذات الصلة المباشرة بموضوع الزواج والمتعلقة بالرضى، السن، التسجيل:

إن النواة الأولى لهذه الاتفاقية هو قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 843 (د-9) المؤرخ في 17 ديسمبر 1954م الذي أعلنت فيه أن بعض الأعراف والقوانين والعادات القديمة المتصلة بالزواج وبالأسرة تتنافى مع المبادئ المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة وفي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، سيما المادة 16 منه وقد أوصى مؤتمر المفوضين الذي اجتمع في عام 1956م لإعداد المعاهدة التكميلية الخاصة بإلغاء العبودية والاتجار بالرقيق والعادات والممارسات التي تماثل العبودية، في الوقت الذي أقر فيه تلك الاتفاقية، بأن يبحث المجلس الاقتصادي والاجتماعي مدى ملاءمة الوقت لبدء دراسة لمسألة الزواج بهدف جذب الانتباه إلى الرغبة في كفالة الموافقة الحرة لطرفي أي زيجة وتحديد سن أدنى للزواج يفضل أن لا يقل عن 14 سنة وعلى إثر ذلك كلف المجلس الاقتصادي والاجتماعي لجنة مركز المرأة بإعداد وثيقة دولية في الموضوع، ولقد اقتضى الأمر مشروعي وثيقتين حول الموافقة على الزواج، السن الأدنى للزواج وتسجيل عقود الزواج، الأولى

[1] – د عبد الله الحبيب عمار، العلاقة بين القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، مقال منشور بمجلة البصيرة، دراسات قانونية العدد الأول، جانفي 2008م، الجزائر

.

عبارة عن اتفاقية دولية تحمل ذلك العنوان اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار 1763م ألف (د-17) المؤرخ في 07 نوفمبر 1962م ودخلت حيز النفاذ في 09 ديسمبر 1964م وفقا للمادة 06، والوثيقة الثانية عبارة عن توصية صدرت بعد ثلاث سنوات عن الجمعية العامة كذلك والتي صدرت بموجب القرار رقم 2018 (د-20) المؤرخ في أول نوفمبر 1965م وتحمل عنوان توصية بشأن الرضى بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج.

وأهم ما جاء في الاتفاقية:

1- يراعي ألا يعقد الزواج قانونا إلا برضى الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج بحضور شهود بالصورة التي يكفلها القانون، غير أنه لا يكون حضور احد الطرفين ضروريا إذا اقتنعت السلطة المختصة باستثنائية الظرف وبأن هذا الطرف قد أعرب عن رضاه أمام سلطة مختصة وبالصيغة التي يفرضها القانون و لم يسحب ذلك الرضى.

2- تقوم الدول الأطراف باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج، ولا ينعقد قانونا زواج من هم دون هذه السن ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شروط السن لأسباب جدية لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما.

3- تقوم السلطة المختصة بتسجيل جميع عقود الزواج في سجل رسمي أما التوصية فتتضمن ثلاثة مبادئ هي نفسها التي جاءت بها الاتفاقية السابقة مع تحديدها لسن 15 سنة كحد أدنى للزواج فلا يعقد قانونا زواج من هم دون هذه السن إلا بإعفاء من شرط السن من طرف السلطة المختصة والسبب جدي لمصلحة الطرفين [1]

[1] د عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009م، ص: 191-192.

الفصل الثاني:

نظام الزواج في الجزائر وموقف المشرع الجزائري

المبحث الأول: التطور التاريخي لتشريعات الأحوال الشخصية للجزائريين في فتـــرتي الوجـــود العثماني والاحتلال الفرنسي:

الفصل الثاني

نظام الزواج في الجزائر وموقف المشرع الجزائري

إن البحث في مسألة نظام الزواج في الجزائر، يدعونا حتما إلى ضرورة التعرض لتطور تشريعات الأحوال الشخصية الجزائرية، في فترات تاريخية هامة، هي فترة الوجود العثماني وفترة الوجود الاستعماري، والتي انتهت بميلاد الدولة الجزائرية المستقلة ، وهي الفترة التي استطاع أثناءها المشرع الجزائري التأسيس لنظام قانوني في مجال تشريعات الأسرة، وهذا بعد أكثر من عشرين سنة من الانتظار بعد الاستقلال، بسبب الصراع الذي كان محتدما بين تيارين، أحدهما يدعو إلى ضرورة الأخذ بمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، والآخر يدعو إلى التحرر وتبني النظام التشريعي الغربي، وفي ظل تطور حقوق المرأة، خاصة وما تنادي به المنظمات الدولية في هذا الشأن.

وللتعرف على موقف المشرع الجزائري بعد هذا كله، وكيفية تنظيمه لعقد الزواج، يمكن تقسيم الفصل إلى مبحثين.

المبحث الأول: التطور التاريخي لتشريعات الأحوال الشخصية للجزائريين في فترتي الوجود العثماني والاحتلال الفرنسي

المبحث الثاني : نظام الزواج في الجزائر المستقلة وموقف المشرع الجزائري.

المبحث الأول: التطور التاريخي لتشريعات الأحوال الشخصية للجزائريين في فترتي الوجود العثماني والاحتلال الفرنسي

تعتبر فترة كل من الوجود العثماني والاستعمار الفرنسي، من أهم الفترات التاريخية،التي تميز تاريخ الجزائر، والتي ألقت بظلالها على طبيعة النظم الجزائرية، والمنظومة القانونية والتشريعية في الجزائر، وبسبب هاتين الفترتين، لا يزال الصراع التشريعي قائما إلى يومنا هذا، نظرا لاختلاف النظامين.

ففترة الوجود العثماني ذات توجه قائم على أحكام الشريعة الإسلامية، المستمدة من المذهب المالكي.

وفترة الاستعمار الفرنسي التي سعى من خلالها المستعمر إلى طمس معالم الشخصية والهوية الجزائرية، بواسطة إرساء قواعد ونظم قانونية وضعية أقل ما يقال عنها أنها مخالفة للشريعة الإسلامية ، وهذا الذي أدى بجزء كبير من الجزائريين إلى رفضها، ومحاربتها، وعدم الخضوع لها خاصة ما تعلق منها بمسائل أحوالهم الشخصية.

وسوف نتطرق إلى التطور التاريخي لتشريعات الأحوال الشخصية للجزائريين عامة، والزواج خاصة من خلال هاتين الفترتين و يقسم بذلك المبحث إلى مطلبين

المطلب الأول: فترة الوجود العثماني.

المطلب الثاني: فترة الاستعمار الفرنسي.

المطلب الأول: فترة الوجود العثماني

الفرع الأول: لمحة عن الأوضاع السياسية والاجتماعية

تعد الجزائر من الدول التي تتمتع بموقع استراتيجي هام فهي تطل على البحر المتوسط من جهة الشمال وتضرب في أعماق الصحراء الكبرى وتحاذي من الجنوب أمما إفريقية وتحفها من جهتي الشرق والغرب بقية الدول العربية والمغاربية، وهذا ما جعلها همزة وصل بين القارتين الإفريقية والأوروبية، وهذا الموقع ساعد الجزائر على أن تكون عبر العصور محورا تتقاطع فيه الحضارات المختلفة بأجناسها ودياناتها وثقافاتها وكانت الجزائر تمثل إحدى المحطات التي توافدت عليها الأجناس من جهات مختلفة وعرفت هذه الظاهرة انتشارا واسعا في العهد العثماني

1519م-1830م إذ استقطبت الجزائر عددا من الوافدين من المشرق أوروبا وإفريقيا، غير أن هذا الموقع الجغرافي للجزائر كان سببا في عدم الاستقرار السياسي والتطور الاقتصادي والاجتماعي، حيث كانت الجزائر بؤرة للصراعات والحروب الداخلية والحملات الخارجية وقد كلف ذلك أموالا طائلة وخسائر بشرية معتبرة.

وإذ كنا بصدد دراسة المنظومة التشريعية في الجزائر بصفة عامة وتشريعات الأحوال الشخصية بصفة خاصة في فترة الوجود العثماني فإنه من الصعب تحقيق هذه الغاية نظرا للغموض الذي كان يكتنف علاقة ايالة الجزائر بالدولة العثمانية ويختلف الدارسون في تحديد هذه العلاقة هل الجزائر كانت ولاية عثمانية أم هي دولة ذات استقلال ذاتي؟.[1]

وقسمت الدراسات المجتمع الجزائري خلال العهد العثماني إلى فئات وقبائل معتمدة في ذلك على أسس عرقية، ودينية، مادية ومهنية.

- فئة المقيمون بصفة دائمة وهم يتفرعون إلى عناصر محلية عربية وأمازيغية وعناصر وافدة اندمجت في الفئة الأولى وهم الأندلسيون، الأتراك والسودانيون والأوروبيون.

- فئة المقيمون بصفة مؤقتة وتتألف أساسا من عناصر محلية كانت تفد على المدن من الأرياف للإقامة المؤقتة فيها ثم العودة إلى مواطنها في الأرياف ويمكن تقسيم سكان الأرياف الأمازيغ والعرب حسب درجة خضوعهم للسلطة[2] وهذا الخضوع يحدده دفع الضرائب للسلطة التي لم تكن تتدخل فيها إلا من خلال فرض الضرائب على كل النشاطات الاقتصادية التي لم تتجاوز الأعمال الزراعية وبعض الحرف والمهن البسيطة بالإضافة إلى الأعمال التجارية.

الفرع الثاني: التطور التشريعي في الدولة العثمانية وأثره على تشريعات الأحوال الشخصية في الجزائر

التشريع في الدولة العثمانية كان يعتمد على الشريعة من جهة بعد اعتناقها للإسلام، ومن جهة ثانية على العرف كركيزة ثانية ويسمونه في تركيا التشريع العرفي ولكن مدلول مصطلح العرف هنا يختلف عن العرف المتمثل في العادات والتقاليد فالعرف بالنسبة للنظام القانوني التركي

[1] - صالح عباد، الجزائر خلال الحكم التركي 1514-1830م، دار هومة، ط3، سنة 2011م، الجزائر، ص: 03.

[2] - د. ار زقي شويتام، المرجع السابق، ص: 9.

كل تشريع أو حكم أو تدبير يضعه السلطان لتنظيم المجالات التي لم يتناولها الفقه الإسلامي، والمجالات الذي تدخلت فيه السلطة هو مجالات الضرائب وتنظيم النشاط الفلاحي والزراعي.

بالنسبة للانتماء المذهبي فإن المذهب الحنفي هو الذي كان سائدا وهذا الانتماء لم يتم إلا في مرحلة متأخرة من التطور التشريعي في الدولة العثمانية لأن السلطان كان يترك الحرية للقضاة في انتشار المذهب باعتبارهم أصحاب ميدان، ولكن عندما تعددت الأمصار وازدادت الدولة شساعة وأن العديد من هذه الأمصار كانت تنتمي إلى مذاهب أخرى غير المذهب الحنفي، فإنه كان يتم تعيين قاضي حنفي ومعه نواب يمثلون المذاهب الأخرى أما بالنسبة لغير المسلمين المقيمين في الدولة العثمانية فهناك معاهدات تسمح لهذه الفئة بممارسة دياناتها بكل حرية حسب ما تنص عليه القواعد التي تنظم أهل الذمة.[1]

وإذا كانت هذه هي حالة التشريع في الدولة العثمانية المركزية فإن الأمر لم يكن يختلف كثيرا في الجزائر من حيث تشريعات الأحوال الشخصية عامة[2] أما فيما يخص تنظيم الزواج فإن الأمر كان يتم وفق الشريعة والفقه الإسلامي تحت راية المذهب المالكي ويتولى القاضي الشرعي الذي تعينه السلطة مهمة عقد زواج المسلمين وفق ما تنص عليه الشريعة الإسلامية، غير أن الزواج كثيرا ما كان يتم بطريقة عرفية وذلك حسب علاقة كل قبيلة بالسلطة من حيث الخضوع أو عدمه خاصة إذا علمنا أن غالبية سكان الجزائر كانت تتوزع في الأرياف حيث كانت الأعراف القبلية هي السائدة وكانت الأسواق هي التجمع الشعبي الذي تعقد فيها جلسات القضاء إذ استعصى أمر حل النزاع مهما كان نوعه على مستوى الجماعة وأحسن دليل على ذلك، الحكم الذي أصدره القاضي ومجلسه المنعقد في سوق الأربعاء ناث إيراثن بمنطقة القبائل في عام 1785م/1189هـ الذي فصل في نزاع بين زوجين أما في المدن فإن الأمر كان يختلف حيث أن السلطة وضعت

[1] –محاضرات السداسي الثاني للأستاذ: د. نحاس محي الدين، في دراسة التشريع التركي في مجال الأحوال الشخصية.

[2] – د. أرزقي شويتام، المرجع السابق، ص: 59-60.

تنظيما إدرايا للمدن يسمى إدارة مدن البايلك الذي كان يعتمد في تسييره على مجموعة من الموظفين لكلٍ وظيفته الخاصة به.[1]

المطلب الثاني: فترة الاستعمار الفرنسي

الفرع الأول: نبذة تاريخية عن النظام القانوني والتنظيم القضائي

قبل الاحتلال الفرنسي للجزائر عام 1830م كان التنظيم القانوني القضائي فيها مثل مختلف البلاد الإسلامية تخضع في معظمه إلى قواعد الشريعة الإسلامية، ولما دخلت الجزائر في ظل الاستعمار واستوطنها عدد كبير من المدنيين والعسكريين من أجناس أوروبية مختلفة ومتنوعة تختلف عن تركيبة المجتمع الجزائر دون اندماج الطرفين وعدم قبول أي طرف بالآخر، كما عمل الفرنسيون على طمس معالم الشخصية الجزائرية من خلال فرض نظام قانوني وقضائي يختلف في معناه ومحتواه عن ذلك الذي كان سائدا من قبل ولما أعياهم الأمر تركوا الجزائريين وشأنهم يطبقون قواعد الشريعة الإسلامية في أحوالهم الشخصية ومعاملاتهم المدنية الخاصة بهم، وفي مجال القضاء المدني بصفة عامة أنشأوا محاكم تطبق القوانين الفرنسية على المستوطنين الفرنسيين وغيرهم من الأوروبيين القادمين من جميع أنحاء العالم... ونتيجة لذلك نشأت في الجزائر حالة من الثنائية أو الازدواجية في التنظيم القانوني والقضائي واستمرت طليلة مدة الاحتلال.

وبذلك أصبحت الجزائر تضم محاكم إسلامية تختص بالفصل في قضايا المواطنين الجزائريين المدنية مثل مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والطلاق بالنسبة للقضايا التي تكون فيها الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق كان يتولى القضاء في هذه المحاكم قضاة جزائريون مسلمون يحملون شهادات متواضعة في أصول الفقه وأحكام الشريعة الإسلامية إلى جانب معرفتهم البسيطة باللغو الفرنسية وأحكامهم تقبل الطعن فيما أمام غرفة موجودة بجهة القضاء الفرنسي تسمى (غرفة الطعون الإسلامية) كما أصبحت تضم أيضا محاكم فرنسية تختص بالفصل في جميع الدعاوى القائمة بين غير الجزائريين أو بينهم وبين غيرهم من الفرنسيين والأجانب المتفرنسين وكان يتولى القضاء فيها قضاة فرنسيون يحملون شهادات عليا في القانون والقضاء.

[1]- دام الوجود العثماني أكثر من ثلاثة قرون وهناك من يحدده بدايته الحقيقية من سنة 1514م-1830 وهناك من يحدده من سنة 1519م-1830م.

وفي هذه الأثناء كان قضاة المحاكم الشرعية أو الإسلامية كما كانوا يسمونها في ذلك العهد يطبقون أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الزواج والطلاق وفي مجال الوصية والميراث مع الميل أكثر كثيرا إلى المذهب المالكي باعتبار انه لم يكن يوجد لديهم أي قانون مكتوب يستندون إليه في أحكامهم، وباعتبار انه لا توجد هناك نصوص شرعية تنظم إجراءات التقاضي.[1]

الفرع الثاني: النصوص القانونية الصادرة في عهد الاستعمار الفرنسي والمنظمة لزواج الجزائريين

كما سبق وأن ذكرنا فإن الأسرة الجزائرية قد خضعت قبل الاحتلال الفرنسي لأحكام وقواعد الفقه الإسلامي والمعاملات والأعراف المحلية غير أنه ابتداء من سنة 1830م عمدت الإيديولوجية الاستعمارية إلى محاولة يائسة هدفها دمج قواعد الفقه الإسلامي في النظام القانوني الفرنسي، وجعله يدور في دائرة فلسفة قانون نابليون خدمة للأغراض الاستعمارية في تضييق مجال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتفكيك وحدة التشريع الجزائري، وعلى هذا الأساس حارب فقهاء النزعة الاستعمارية الفقه الإسلامي مدعين بأنه نظام ديني فقط كالقانون الكنيسي المسيحي غير قابل للتطور والحركة واصفين إياه بالجمود والتقليد ويعتمد على الفلكلور الشعبي والأعراف[2]، وهذا ما قامت به الغرفة الاستئنافية للمسائل الشرعية في الجزائر العاصمة في القضاء على أحكام الفقه الإسلامي وإحلال محلها أحكام القانون المدني الفرنسي.[3]

وعلى هذا الأساس أصدرت السلطات الفرنسية مجموعة من النصوص القانونية لتنظيم مسائل الأحوال الشخصية للجزائريين خاصة نظام الزواج وأهم هذه النصوص الأمر رقم 274-59 الصادر في 1959/02/04م والذي تضمن في المادة الثانية منه أركان عقد الزواج وأشتمل في الثالثة على قواعد تسجيل عقد الزواج وحفل الزواج كما تضمن في المواد 4-5-6-7-8 منه على قواعد وأحكام تتعلق بالوعد بالزواج وسن أهلية الزواج وانحلاله، عقد الزواج وما يمكن اتخاذه من إجراءات عاجلة مؤقتة، ويليه المرسوم رقم 59/7082 الصادر في 1959/09/17م الذي تضمن اللائحة التنفيذية لهذا الأمر ثم قرار وزير العدل الصادر بتاريخ 1959/11/21م الذي حدد أنواع

[1] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، ط04، 2010م، ص: 08.

[2] – يذكر الأستاذ بلحاج العربي أن من هؤلاء الفقهاء موروان وبوسكي، لارشار وسوليس وزايس وكانك وغيرهم

[3] –د بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، د م، ج، ط5، 2007م، ص: 18.

الوثائق والمستندات التي يجب على الراغب في إبرام عقد الزواج تقديمها إلى ضابط الحالة المدنية أو القاضي (الموثق) من اجل إمكانية عقد الزواج وتسجيله.[1]

وبالنسبة للتنظيم القضائي وهياكله فقد أصدرت السلطات الفرنسية مرسوما بتاريخ 1848/08/20م وضع القضاء الفرنسي تحت وصاية واختصاص وزير العدل، أما القضاء الإسلامي فوضعه تحت وصاية وزير الحربية المكلف بالإدارة العامة في الجزائر.[2]

وقد عملت السلطات الاستعمارية على بث الفرقة والتفريق بين أبناء الوطن والدين الواحد وذلك من خلال التقسيم والتصنيف الذي عمدت إليه حيث صنفت السكان إلى ستة أصناف وهم على التوالي: الفرنسيون وهم السكان الذين يتمتعون بالجنسية الفرنسية، والأجانب وهم الأوروبيون الذين لا يتمتعون بالجنسية الفرنسية، والجزائريون المسلمون، والجزائريون القبائليون، والجزائريون الأباظيون والجزائريون اليهود الذين منحتهم السلطات الفرنسية الجنسية الفرنسية سنة 1870م بموجب مرسوم كريمو Cremieux.[3]

---

[1] -عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص: 08.

[2] -ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة، 2004م، ص: 132.

[3] -ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ص: 130.

لم يهتم الحاكم الأعلى الفرنسي في سنة 1830م بتنظيم القضاء في الجزائر لانشغاله بأمور الحرب وتسهيل تغلغل القوات الفرنسية في الجزائر لذلك أبقى بموجب المرسوم المؤرخ في 1830/10/22م على المحاكم الشرعية كما كانت موجودة في العهد العثماني وبعد مضي 04 سنوات أصبحت الجزائر دولة تابعة للمملكة الفرنسية سياسيا وقانونيا وهذا بموجب الأمر الملكي الصادر في 1834/07/22م وبموجبه شرعت السلطات الفرنسية بالبدء في تطبيق القانون الفرنسي على الجزائر.

المبحث الثاني: نظام الزواج في الجزائر المستقلة وموقف المشرع الجزائري.

المطلب الأول: تنظيم المشرع الجزائري لعقد الزواج.

الفرع الأول: قبل صدور قانون الأسرة.

وجدت الجزائر نفسها غداة الاستقلال أمام عجز قانوني وعجز في الكفاءات مما أدى بالسلطات السياسية إلى اتخاذ موقف الاستمرار في العمل بجميع القوانين الفرنسية إلا ما كان منها منافيا للسيادة الوطنية وهذا ما نص عليه الأمر رقم 157 الصادر بتاريخ 1962/12/31م.[1]

ولقد كان جليا أن حرب التحرير التي استمرت أكثر من سبع سنوات نتج عنها تشريد الكثير من المواطنين ونزوحهم مما أدى إلى عدم تمكين المواطنين الجزائريين من التصريح بولاداتهم أو زواجهم في الوقت المناسب ونتج عن ذلك أن تعطلت معظم عمليات تسجيل عقود الزواج بما في ذلك التي تمت قبل الثورة إلى غاية الاستقلال سنة 1962م وأمام هذه الوضعية الصعبة والمعقدة كان لزاما اتخاذ حلول عاجلة لتنظيم الشؤون العائلية للمواطنين ومنها تسوية عقود الزواج الغير مسجلة نتيجة ظروف الحرب والاستعمار السالفة الذكر حيث صدر المرسوم رقم 62/12 الصادر في 1962/12/13م المتعلق بأوضاع الحالة المدنية للمواطنين خلال سنوات حرب التحرير.[2]

ولكن على الرغم من أن نصوص هذا المرسوم قد لعبت دورا هاما في مجال محاولة وضع حد لكثير من المشاكل فإنها قد انتهى العمل بها وانقضى أجلها قبل أن تضع حدا نهائيا لكل مشاكل الحالة المدنية بصفة عامة وخاصة ما يتعلق منها بعقود الزواج ليلية إصدار القانون رقم 63/224 في 1963/06/29م المتعلق بتعيين الحد الأدنى لسن الزواج ووجوب تسجيل عقود الزواج خلال اجل محدود، حيث حدد هذا القانون سن الزواج بثمانية عشر (18) سنة للفتى وستة عشر (16) سنة للفتاة كما تم إدراج إمكانية معاقبة كل من ضابط الحالة المدنية والقاضي (الموثق) و الزوجين وممثليهما الشرعيين وجميع الشركاء في حالة عدم احترام السن المحدد وحددت العقوبة بالحبس من 15 يوما إلى ثلاثة شهور وبغرامة مالية من 400 إلى 1000فرنك جديد أو بإحدى هاتين العقوبتين، ورتب على مخالفة سن الزواج هذا بطلان العقد قبل الدخول بالزوجة ويكون قابلا للبطلان بعد

---

[1] ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ص: 147.

[2] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 2001م، ص: 26.

الدخول بالزوجة و لم يبلغ الزوجان هذا السن أو حملت الزوجة ثم جاء نص في المادة الخامسة على أنه لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج وان يطالب بما يترتب على الزواج من آثار ما لم يقدم عقد زواج محررا ومسجلا في الحالة المدنية ثم نص على أنه يجب أن تسجل جميع عقود الزواج التي أبرمت قبل صدور هذا القانون، وذلك خلال ثلاث سنوات، كما نص على إلغاء المادتين 05 و10 من الأمر رقم 59/274 الصادر في عهد الاحتلال الفرنسي والمادتان متعلقتان بتحديد سن الزواج وعقود الزواج التي أبرمت وفقا للمذهب الإباضي.

غير أن أجل الثلاث سنوات انتهت و لم تنته عمليات تسجيل عقود الزواج مما أدى إلى إصدار أمر ثان بتاريخ 1966/06/23م تحت رقم 66/195 ليمدد الأجل إلى غاية 1967/12/31م ليصدر بعده أمر ثالث لتمديد الأجل إلى غاية 1969/12/31م.

وعندما كثرت تمديدات الأجل الذي نصت عليه المادة الخامسة من القانون 63/24 دون أن يتحقق الغرض والمتمثل في تسجيل عقود الزواج رأى المشرع الجزائري أنه حان الوقت لأن يضع نصا خاصا يتضمن استثناء لما نصت عليه هذه المادة فأصدر الأمر 72/69 في 1969/09/16م الذي منح الاختصاص للجهات القضائية للفصل بواسطة الأحكام في قضايا عقود الزواج التي وقعت وفقا للشريعة الإسلامية والتي لم تسجل أو تقيد في سجلات الحالة المدنية وذلك بناء على عريضة يقدمها صاحب المصلحة ومن ثم تكون إمكانية تسجيل هذا العقد بعد الحكم بتثبيته في سجلات الحالة المدنية ويكون هذا الحكم غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن.[1]

لقد اهتم المشرع الجزائري طيلة هذه الفترة بتسجيل عقود الزواج دون المبالاة بإصدار قانون للأسرة، حيث استمر هذا العزوف مدة 20 سنة نتيجة الجدل والنقاش الحاد الذي ساد آنذاك حول طبيعة القانون الذي ينظم الأسرة الجزائرية.

فقانون الأسرة أو قانون الأحوال الشخصية كما يدعوه البعض مرتبط أشد الارتباط بالمرأة وهذا القانون يتناول كل ما يتعلق بحياة الإنسان منذ ولادته إلى وفاته[2] ولما كان كذلك فقد ظل هذا الصراع وراء أبواب مقفلة و لم يخرج إلى العلن إلا عندما طرح على القاعدة الشعبية بغرض

[1] – عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص: 27-28

[2] – الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضايا الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة، ط2، 2006م، ص: 09.

الإثراء والمناقشة سنة 1983م في زمن الحزب الواحد، حيث كلفت حينذاك خلايا الحزب على مستوى القسمات بتنشيط هذا النقاش وتوجيهه.[1]

وبعد هذا المخاض العسير صدر قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 بتاريخ 09 جوان 1984م فما الذي جاء به هذا القانون لتنظيم عقود الزواج؟

الفرع الثاني: طبيعة عقد الزواج في ظل قانون الأسرة الجزائري.

مهما اختلفت الآراء حوله فقد صدر قانون الأسرة الجزائري بتاريخ 09 جوان 1984م تحت رقم 11/84 والذي أخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة بناء على ما ورد في الدستور لاسيما المادتان 2/151 و 154 واستعمل هذا القانون على 224 مادة مقسمة على أربعة كتب كما يلي الأحكام العامة (م1-م3).

- الكتاب الأول: الزواج وانحلاله (م4-م80).
- الكتاب الثاني: النيابة الشرعية (م81-م125).
- الكتاب الثالث: الميراث (م126-م183).
- الكتاب الرابع: التبرعات (184-224) وبه مساءل الوصية والهبة والوقف.

ومن بين ما يلاحظ على هذا القانون:

- انه أول قانون في الوطن العربي مقنن أحكام الأسرة في قانون واحد يشتمل على جميع أحكام الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وأهلية وميراث... فتميزه يكمن في اشتماله على هذه الصفة التي كانت تفتقدها القوانين العربية السابقة في الأحوال الشخصية بداية من قانون حقوق العائلة العثمانية سنة 1917م إلى قانون المحاكم الشرعية السوداني لسنة 1967م .

- استمد قانون الأسرة الجزائري أكثر أحكامه من المذهب المالكي مع إمكانية اللجوء إلى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية وهو ما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة صراحة.[2]

---

[1] - لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، 2004م، ص: 05.

[2] - د عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دار الخلدونية، ط1، 2007م، ص: 16.

وعليه فقد جاءت نصوص المواد المنظمة لعقد الزواج وفقا للشكل التالي:

أولا : مقدمات عقد الزواج.

لقد حرص الشرع الإسلامي على إقامة الزواج على أمتن الأسس وأقوى المبادئ، لتحقق مقلصده كاملة من غير نقص، و على رأس هذا المقاصد، دوام الزوجية و سعادة الأسرة بتنعمها بالاستقرار و السكون كما حرص التشريع الاسلامي على حماية هذه الرابطة من التراع و الخلاق، لينشأ الأولاد في جو من الحب و الألفة و الود و السكنية ، و إطمئنان كل درف إلى الآخر قال تعالى " و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها، و جعل بينهم مودة و رحمة +إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"[1]

لذلك إعتنى التشريع الاسلامي بمقدمات الزواج و التي تترأسها الخطبة و ما يتعلق بها من أحكام [2]

و لقد ساير المشرع الجزائري أحكام الفقه الاسلامي في تعريف الخطبة و ما يتعلق بها من أحكام كما يلي:

1- الخطبة و أحكامها.

الخطبة:

في المجتمع الجزائري عبارة إجراء أولي ، يسبق إبرام عقد الزواج ، و يشكل فرصة لعائلتي العروسين للتعارف والتقارب كما تعني أيضا إظهار رغبة الخاطب نفسه، أة بواسطة ممثله في طلب تزويجة بفتاة معينة [3] خالية من الموانع الشرعية.

و لقد عرف المشرع الجزائري الخطبة بأنها وعد بالزواج و ذلك في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري، كما نص على أنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة معينة و محددة ، و عليه فإنه يدخل في حكم الخطبة ، قراءة الفاتحة ، وكذا ما جرت به العادة و العرف من تبادل الهدايا.

---

[1] - سورة الروم الآية 20 برواية ورش.

[2] د/ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية ، ط1 ، 2007،ص35.

[3] -عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد،دار هومة ، ط4، 2010.

- العدول من الخطبة و أثره:

تنتهي الخطبة عادة بإيجاب و قبوا، لتتم المصاهرة بين العائلتين ، دون إبرام أي عقد، و غالبا ما يكون ذلك غيابيا، دون حضور الخطيبين إلى مجلس لذلك فإن الخطبة بهذا المعنى لا يترتب عنها أي أثر.

و إذا كان المشرع الجزائري ، قد قرر حق العدول عنها في أي وقد فإنه شرع حق الاستفادة من التعويض في حالة الضرر، مع إمكانية إسترداد الهدايا أو قيمتها، إذا صدر العدول من الطرف الآخر.

يستفيد من صدر العدول منه من أي إمكانية لإسترداد ما أهداه [1] و التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي المترتب عن الخطبة ، و الذي قد يلحق الطرف الآخر ، كشراء بعض الألبسة،أو ترك وظيفة ، أو تفويت فرصة زواج أو الإساءة للصمعة ، بمجرد العدول لم يتعرض له الفقه قديما بالبيان.

لكن يمكن إقراره في الفقه الحديث، عملا بقواعد الشريعة العامة مثل قاعدة "لا ضرر و لا ضرار"، و كذا نظرية التعسف في استعمال الحق، التي أخذ بها المالكية و الحنابلية، و راعها أبو حنيفة [2] و في ما يلي بعض القرارات المحكمة العليا المتعلقة بالخطبة .

ملف رقم 56097 قرار بتاريخ 1989/12/25.

قضية (ب خ) من (ب ف)

الاقرار القضائي، حجة على المقر،خطوبة، العدول عنها، تلزم تعويض المتضرر.

المادتان 341 و 342 ق م أ (م 5 ق أ)

من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء، و هو حجة قاطعة على المقر ، و من هذا المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول على الخطبة ، ضرر مادي ، أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتعويض ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون

[1] – المواد 5،6 من قانون الأسرة الجزائري

[2] – عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق،ص43 و ما بعدها.

أما المشرع الجزائري ، فقد منح حق العدول عن الخطبة لكلا الطرفين مع تقريره أنه في حالة ترتب العدول،أي ضرر مادي أو معنوي جاز الحكم بالتعويض.

و السؤال الذي يطرح هو كيف يمكن إثباته بكل وسائل الإثبات.

و لو أن في حالة الخطبة لايوجد من وسيلة متوفرة إلا الإقرار أما فيما يتعلق بمصير الهدايا، فإن المشرع الجزائري، قد قرر "أن الخاطب لا يسرد شيئا، مما أهداه للمخطوبة ،إذا كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك، أو قيمته و إن كان العدول من المخطوبة ن فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك، من هدايا أو قيمته[1]

و نرى في هذه الأحكام أن المشرع الجزائري ، ساير ما عليه العرف و العادة، حيث أن الخاطب هو الذي يقدم الهدايا للمخطوبة ، و ليس العكس، إلا نادرا لذلك، فقد أغفل حالة ما أهدت المخطوبة للخاطب شيئا، و كان العدول منها فما مصير ما أهدته؟

و تفاديا لكل هذه الإشكالات يمكن الجزء إلى توثيق الخطبة

في حالة ما إذا كانت الهاديا ذات قيمة ثمينة لتكون وسيلة الإثبات في مثل هذه الحالات هي الكتابة ، و هي قرينة قوية إلا أن يطعن فيها بالتزوير.

ثانيا: اركان عقد الزواج

الركن عند جمهور الفقهاء ، ما به قوام الشيء و وجوده ، و لا يتحقق إلى به أو هو ما لابد منه، و بعبارتهم الشهيرة هو ما لا توجد الماهية الشرعية إلى به ، أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء سواءا أكان جزءا منه أو خارجا عنه[2].

حددت المادة 09 من قانون الأسرة أركان عقد الزواج كما يلي:

1- رضا الزوجين: و هو عند المالكية ركن الصيغة ، و نعني به اللفظ الدال على الزواج و تحقه بتوافق الايجاب مع القبول. و بينت المادة 10 من قانون الاسرة كيفية التعبير عن الايجاب و القبول في عقد الزواج و ذلك بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

2-ولي الزوجة : الولاية بكسر الواو لغة هي المحبة و النصرة و منه قوله تعالى ".....و من يتولى الله و رسوله و الذين آمنوا فإن حزب الله هم الغالبون"[3].

---

[1] المادة 3/5 من قانون 11/84 المعدل و المتمم بالأمر 02/05

[2] -عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق،ص50.

[3] سورة المائدة ،الآية 56 برواية حفص.

أما إصطلاحا: هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على اجازة أحد[1]

و يعرفها الفقهاء المسلمون بأنها تنفيذ القول على الغير و الاشراف على شؤونه و قد قسموا الولاية على ثلاثة أنواع: الولاية على المال-الولاية على النفس و الولاية عليهما معا ولذلك رأى بعض الفقهاء أن الولاية في الزواج تثبت للولي على القاصرة و على البالغة الراشدة لأن زواجها لا ينعقد بإرادتها المنفردة[2] و بهذا أخذ المشرع الجزائري و اعتبر ولي الزوجة ركن من أركان الزواج

3- الصداق:

عرف الفقهاء الصداق بأنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة ، رمزا لرغبته في الاقتران بها من نقود أو غيرها، من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء [3]

و عرفه المشرع الجزائري في المادة 14 من قانون الأسرة بأنه هو "ما يدفع نحلتا للزوجة من نقود وغيرها ، من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

فالصداق حق من حقوق الزوجة و الحكمة منه هي اكرام المرأة ، و تمكينها من أن تتهيأ للزواج بما يلزم لها من لباس و نفقات، فهو رمز التعاطف و المودة يعبر بواسطته الزوج عن ارادته الجدية في بناء الحياة الزوجية المستقرة.

لذلك قرر قانون الأسرة الجزائري وجوب الصداق و تحديده بمجرد العقد حسبما جاء في المادة 15 من قانون الأسرة " يجب تحديد الصداق في العقد سواءا أكان معجلا أو مؤجلا" .

أما بقية الأحكام المتعلقة بالصداق فقد التزم فيها المشرع أحكام المذهب المالكي عموما حيث جاء في المادة 16 من قانون الاسرة "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول،أو بوفاة الزوج ، و تستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"[4].

4- الشهادة في عقد الزواج

ليس الرضا وحده كافيا في نظر المشرع الجزائري لصحة العقد، بل لابد من حضور الشاهدين لإخراج الزواج من حدود السرية وإعلانه و إشهاره و ذلك لأن عقد الزواج له خطره

---

[1] عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق،ص54

[2] عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ،ص39.

[3] - عبد العزيز سعد ، مرجع سابق،ص46.

[4] - عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق، ص137.

القانوني و الاجتماعي ، لما يترتب عليه من مصالح دينية و دنيوية ، و حقوق إلتزامات متبادلة بين الزوجين فكان من الواجب ، إعلانه للناس ، و إخراجه من خدود الكتمان حتى لا يلتبس بالزنا[1]

ووقت شهادة الشهود، هو وقت وجود ركن العقد الأساسي و هو تبادل الايجاب والقبول، أي سماع صيغة العقد ، و كلام المتعاقدين.

وذهب الفقه المالكي إلى أن شرط الاعلان واجب حين العقد ،و الاشهاد واجب حين الدخول وإذا لم يشهد على ذلك كان العقد غير صحيح ، فالمالكية يشترطون على عقد الزواج و لكنهم يضيفون إلى جانب ذلك العلانية و الاشهار [2]

وقد جعلت المحكمة الغليا حضور الشاهدين ، من أركان عقد الزواج و من ثم ،فإنه يمكن إثبات الزواج ، بشهادة الشهود ، الذين شهدوا أو حضرزا قراءة الفاتحة، او حضور زفاف الطرفين، أو شهادة السماع التي يشهد أصحابها ، أنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم ، أن الطرفين كانا متزوجين[3]

ثالثا: شروط الزواج و إجرءاته

شرط السن:

عقد الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الاهلية ، كما يترتب عليه من إلتزامات مالية،ووجبات تجاه الاسرة، ذلك أنه ليس من المصلحة العامة ولا الخاصة ، السماح لكل فرد الاقدام على الزواج، دون نضج فكري و قدرة مالية ، و معرفة بشؤون الحياة ، و الأعباء الزوجية. و هذا ما نصت عليه المادة 7 من ق أ تكتمل أهلية الرجل للزواج بتمام 29 سنة و المرأة 18 سنة.

فبعد أن كانت أهلية الزواج 18 سنة ،15 سنة في الأمر الصادر في 04 فيفري 1959 في المادة 5 منه و 18-16 في القانون المؤرخ في 29 جوان 1963 في المادة 1 منه، إرتفعن في قانون الأسرة الصادر في 09 جوان 1984 إلى 21-18 في المادة 7 منه ، وقد ساير المشرع أعتبارات منها تكاليف ومطالب الحياة الزوجية و مسائل النمو الديموغرافي في الجزائر ، و مع تقدير للأوضاع و العادات في البلاد أجاز القاضي في نفس المادة أن يرخص بالزواج قبل هذه السن

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2007، ص127.

[2] – المرجع السابق، ص130.

[3] – المرجع السابق ص-131-132.

لمصلحة أو ضرورة ، و بعد مراعاة الولي (م 81 86) ق.أ.ج.

2-إجراءات الزواج الادارية:

و يقصد بها الترتيبات التي تسبق العقد و التي يشترطها القانون في العقد ذاته، بهدف تسجيله وإشهاره.

ذلك لأن التسجيل لقد الزواج و اشهاره ، هو شرط لوجود العقد، و احداث أثاره القانونية ، في مواجهى الغير ، والزواج من العقود الشكلية التي لا يعترف بها القانون و لا تترتب أحكامها بمجرد القاضي ، بل يشترط فيها شرط الرسمية و التسجيل، ترتيب الآثار القانونية و حمايتها و حددت المادة 18 من قانون الأسرة : الأشخاص المؤهلون قانونا لأبرام عقود الزواج و همة ضباط الحالة المدنية ، و الموثقون و القضاة المختصون اقيميا و موضوعيا

أما إذا انعقد الزواج في الخارج فإن هذا العقد يحرر العقود الرسمية طبقا للمواد 76.96.104 من قانون الحالة المدنية[1]

رابعا: الاشتراط في عقد الزواج و الحقوق و الواجبات الزوجية

1-الاشتراط: يقصد به في عقد الزواج تلك الشروط التي يتفق عليها الزوجان و أن الاتفاق بشأن هذه الشروط ، يساعد على استمرار الحياة الزوجية دون شقاق أو فرقة

و تعتبر هذه الشروط من الأثار المترتبة عن عقد الزواج، ولكن اختفاء الفقهاء ، فيما يلزم من الشروط، ما بين مضيق و توسع ، و مابين ذلك و يقسمون الشروط المقترحة بالعقد

-شروط تؤثر في صحة العقد فتبطله، و منها الشرط المتعلق بالصيغة الدالة على التأقيت

-شروط يلغى فيها الشرط و يصح عقد الزواج ، و هي عند جمهور الفقهاء كل شرط لا يكون بمقتضى العقد، و لم يقم دليل من الشارع على وجوب الوفاء به من نص أو أثر أو عرف أو مشهور.

-شروط صحيحة و يصح العقد، و هي تلك الشروط التي يجب الوفاء بها، مثل أن تشترط الزوجة مسكنا يليق بها أو شرط تعجيل جزء من المهر[2]

أما المشرع الجزائري ، فقد أجاز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي

[1] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص132 و ما بعدها.

[2] – الامام أحمد أبو زهرة ، الأحوال الشنهية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،2009، جمع إلكتروني و طباعته البردي، ص155 و ما بعدها

يرنالها ما لم تتناف مع قانون الأسرة ،بناءا على ما نصت عليه المادة 19 من نفس القانون

2- حقوق و وجبات الزوجين

أ- الحقوق المشتركة بين الزوجين

نص قانون الأسرة على الحقوق المشتركة بين الزوجين ، في المادة 36 من قانون الأسرة ، وحصرها في ثلاثة بنود أساسية هي:

المحافظة على الروابط الزوجية ، ووجبات الحياة المشتركة ، و التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد، وحسن تربيتهم ، والمحافظة على روابط القرابة، والإحسان إلى الوادين والاقربين بالحسنى و المعروف.

و إذا كان من الصعب تحديد وحصر الواجبات الزوجية ، فإن المشرع الجزائري ، قد نص على هذه الواجبات، على سبيل المثال وليس الحصر ونص على حقوق ووجبات أخرى في مواد متفرقة ، حسب الموضوع.

ب-حقوق الزوجة على زوجها :

تتمثل حقوق الزوجة على زوجها، حصب المادتين 37.38 من قانون الأسرة في :

-النفقة الشرعية

-العدل بين الزوجات في حالة التعدد

-زيارة أهلها و استضافتهم بالمعروف

-حرية التصرف فيما لديها من أموال

ج-حقوق الزوج على زوجته

- على الزوجة واجب الطاعة لزوجها، بإعتباره ، رشيس العائلة.
- إرضاع الأولاد في حدود الاستطاعة، و حسن تربيتهم
- إحترام والدي الزوج و أقاربه[1]

[1] - بلحاج العربي ، مرجع سابق ص158 و ما بعدها

المطلب الثاني: اتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج

الفرع الأول: أسباب اتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج

لقد سبق وأن عرفنا الظروف التي مرت بها عملية تنظيم الحالة المدنية عامة وعقود الزواج خاصة في الجزائر غداة الاستقلال وما هي المدة الزمنية التي استغرقها النقاش من أجل إصدار قانون الأسرة ورغم ذلك فإن هذا القانون لم يلبي طموحات شريحة هامة من المجتمع خاصة إذا علمنا أن عقد الزواج هو حجر الزاوية في تحديد العلاقة بين المرأة والرجل، وعلى هذا العقد أيضا تترتب مجموعة من الآثار التي تحدد حقوق وواجبات طرفي العلاقة الزوجية، وعليه فقد عمد المشرع الجزائري إلى تعديل قانون الأسرة للأسباب التي نراها فيما يلي:

المساواة في الحقوق و الواجبات بين المرأة و الرجل

من الناحية القانونية تعتبر المساواة أمام القانون بين جميع المواطنين مكفولة دستوريا دون التمييز في ذلك على أساس جنسي أو عرفي أو ديني، فإن المطالبة بهذا الحق من طرف المهتمين بترقية حقوق المرأة وعلى رأسها المساواة بين كل من المرأة والرجل في إبرام عقد الزواج، ويدعم هذا المطلب ما جاء الدستور الجزائري من حيث مبدأ المساواة و عدم التمييز بين جميع المواطنين.

تفشي ظاهرة الطلاق والتفكك الأسري :

ومن الناحية التطبيقية فقد أشارت الدراسات والإحصائيات إلى تفشي ظاهرة الطلاق وانتشارها في المجتمع الجزائري وإن دل ذلك على شيء فإنما يدل على أن طرفي العلاقة الزوجية لم يتفقا على جميع الأمور والمسائل المتعلقة بتنظيم الأسرة وهو ما يدعونه بغياب النظام التعاقدي بين الزوجين سواء في عقد الزواج أو في عقد لاحق يضمن استمرار العلاقة الزوجية ويحول دون نشوب الخلافات بين الزوجين وبالتالي حدوث الطلاق.

– تنامي دور المرأة في المجتمع الجزائري، حيث لم يعد هذا الدور يقتصر على المكوث في البيت بل أصبحت المرأة موجودة في كل المجالات لمزالة كل النشاطات وهذا راجع إلى المكاسب التي حققها المرأة والمتمثلة في المؤهلات العلمية والقدرات المادية التي استطاعت المرأة الحصول عليها لما أتيحت لها الفرصة من خلال الحق في التعليم والحق في العمل.

ملامح ازدواجية عقد الزواج في الجزائر:

يشير الواقع إلى وجود ازدواجية في عقد الزواج في الجزائر حيث يتم في شكلين: هما الزواج الشرعي، والزواج المدني، فالشكل الأول هو زواج صحيح وشرعي ولكنه لا يرتب آثاره القانونية لذلك يجب تسجيله أمام الجهات المختصة التي حددها القانون من اجل حفظ الحقوق مع وجوب توفر الأركان والشروط التي يتطلبها الشكل الأول، هذه الوضعية والتي توجب بأن الزواج تم مرتين، الأمر الذي أدى إلى اتجاه إرادة المشرع الجزائري إلى القضاء على هذه الازدواجية كما سنبينه لاحقا.

الاتفاقيات الدولية واثرها على التشريع الداخلي :

تعتبر الاتفاقيات الدولية والمتعلقة بحقوق المرأة والتي صادقت عليها الجزائر من أهم الأسباب التي دفعت بإرادة المشرع الجزائري إلى ضرورة مسايرة بنود هذه الاتفاقيات ومن ذلك وجوب تماشي النصوص القانونية الداخلية مع هذه الاتفاقيات، ضف إلى ذلك التقارير المتعلقة بترقية حقوق الإنسانية ومن بينها حقوق المرأة وحقوق الطفل والتي كثيرا ما كانت تشير إلى تدني وضعية حقوق المرأة أو تدعوا إلى تدعيمها والاهتمام بها أكثر خاصة من خلال تنظيم عقود الزواج تنظيما يقوم على المبادئ التالية العدالة، والمساواة والحرية.

الفرع الثاني: العقد المدني في الزواج في التشريع الجزائري، الملامح والآليات

نظرا للانتقادات التي واجهت قانون الأسرة الجزائري من حيث انه لم يعد يساير التطورات التي عرفها المجتمع الجزائري من الناحية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية في ظل الظروف الدولية الراهنة المبنية على تطوير حقوق الإنسان وترقية حقوق المرأة، خاصة إذا علمنا أن الأسرة وتنظيمها عامة وعقد الزواج وما يترتب عليه من آثار بصفة خاصة يعتبران الصورة الأكثر تعبيرا عن مدى تطور هذه الحقوق ورقيّها في مجتمع ما، حيث لا يمكن لهذا المجتمع أن ينعم بالاستقرار إلا إذا تحقق هذا الاستقرار للأسرة أولا من خلال التنظيم الأمثل والمحكم لعقود الزواج، وعليه فقد عمد المشرع الجزائري إلى الاهتمام بكل هذه المسائل لتحقيق مشروع العقد المدني في الزواج باعتباره الأسلوب والوسيلة الأمثل لتحقيق المساواة والعدالة وضمان حرية التعاقد بدءا من الأسرة وذلك وفقا للآليات التالية:

– توفر الإرادة السياسية النابعة من قناعة: أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وعلى هذا الأساس فإنه من الواجب أن تلقى هذه الأسرة كل الرعاية والدعم من الدولة أولا ومن المجتمع ثانيا وهو المبدأ الذي كرسه الدستور الجزائري في المادة 53 منه: "تحظى الأسرة برعاية الدولة والمجتمع" وأهم ما يدل على توفر هذه الإرادة هو صدور التعديل بواسطة أمر رئاسي تفاديا لكل نقاش داخل المؤسسات التشريعية والذي من شانه أن يجهض مشروع التعديل في مهده أو تعطيله على غرار الفترة الطويلة التي عرفها قانون الأسرة قبل صدوره ومن خلال هذا التعديل ظهرت بوادر وملامح توجه المشرع الجزائري نحو تحقيق مشروع العقد المدني في الزواج بداية من:

أولا: الطبيعة القانونية للخطبة

نظرا للأهمية التي يكتسيها غقد الزواج فإنه قبل إبرام هذا العقد وجوب التحري، و التأكد من صحة الرغبة في لبزواج ، و ذلك بواسطة الخطبة.

و الخطبة في قانون ألاسرة الجزائري المعدل حسب المادة الخامسة فقرتها الأولى تنص على أنها" وعد بالزواج".

و يتضح من خلال النص أنه حدد الطبيعة القانونية للخطبة ، بأنها وعد بالزواج ، من جهة و من جهة ثانية ، أعتبر هذا الوعد غير ملزم بإجازته العدول لكلال الطرفين العدول عنها

و الملاحظة ʻلى هذه الفقرة استعمالها على لفظ "وعد" فهذا المصطلح له دلالته ، من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد ، في القانون المدني بإعتباره الشؤيعة العامة ، [1] من خلال نص المادة 72 من القانون المدني الجزائري و نصها كما يلي:

إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، و قاضاه المتعاقد الآخر ، طلبا تنفيذ العد، و كانت الشروط اللازمة لإتمام العقد ، و خاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة ، قام الحكم مقام العقد [2]

و الوعد بالتعاقد في النطاق القانوني المدني ، ملزم الوعيد

[1] – بن شويوخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة المعدل ، دراسة مقارنة / دار الخلدونية ، ط1 ، 2008 ،ص30

[2] – الأمر رقم 58175 المؤرخ في سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني النعدل و المتمم أخيرا بالقانون 08/07/ المؤرخ في 13 ماي 2007.

2- حكم العدول

لا يوجد في الفقه الاسلامي القديم ، من تعرض لموضوع العدول ، ذلك لأسباب متعددة أهمها: إختلاف الحياة الاجتماعية و الأعراف و العادات و التقاليد في عصرهم عن عصرنا الحالي ، و اعتبارهم أن الزواج ، لا يتم إلا بالرضا الكامل، و أن التعويض لا يتم إلا لسبب من أسباب الالتزام ، كالإخلال بعقدها و الخطبة عندهم لا ترقى إلى مستوى العقد ، و إنما هي مجرد تمهيد للزواج أما الفقه الاسلامي الحديث ، فقد اتجهت إلى أربعة أراء .

الرأي الأول: و يرى أصحابه يأن العدول عن الخطبة حق مقرر شرعا، و من عدل أنما مارس حقه ، و بالتالي لا تعويض في ذلك

الرأي الثاني : يرى أن الهدولعن الخطبة ، يستوجب التعويض للطرف الآخر.

الرأي الثالث : يرى أنه في حالهة إذا ما ترتب عن العدول ، ضرر مادي أو معنوي، استوجب التعويض ، و إذا لم يترتب عنه أي ضرر مادي أو معنوي فلا تعويض.

الرأي الرابع: و هو ما ذهب إليه ، أغلب الفقهاء المعاصرين ، و هو أن التعويض يترتب على العدول عن الخطبة ، إذا نشأ عن ذلك ضرر مادي أو معنوي على أساس المسؤولية التقصرية ، أو التعسف في استعمال الحق

و بهذا قال الدكتور السنهوري أن التعويض عن الضرر في حالى العدول مرتبط بالافعال المصاحبة لإستعمال الحق في العدول ، و بالتالي جاز الحكم بالتعويض للطرف المتضرر من الأفعال و ليس من العدول[1]

أما المشرع الجزائري، فقد منح حق العدول عن الخطبة لكلا الطرفين مع تقريره ، أنه في حالة ترتب العدول ، اي ضرر مادي أو معنوي جاز الحكم بالتعويض

و السؤال الذي يطرح هو كيف يمكن إثبات الضرر المعنوي ، إذا سلمنا أن الضرر المادي يمكن إثباته بكل وسائل الإثبات.

و لو أن في حالة الخطبة لا يوجد من وسيلة متوفرة إلا الإقرار.

أما ما يتعلق بمصير الهدايا ، فإن المشرع الجزائري ، قد قرر ان الخاطب لا يسترد شيئا ، مما أهداه للمخطوبة ، إذا كان العدول منه و عليه أي يرد للمخطوبة ما لم يستهلك ، أو قيمته .

[1] - بلحاج العربي ، مرجع سابق، ص56

وإذا كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك ، من هدايا أو قيمته ونرى في هذه الأحكام أن المشرع الجزائري ، ساير ما عليه العرف و العادة ، حيث أن الخاطب هو الذي يقدم للمخطوبة ، و ليس العكس ، إلا نادرا لذلك ، فقد أغفل حالة ما إذا أهدت المخطوبة للخاطب شيء ، و كان العدول منها ، فما مصير ما أهدته؟

وتفاديا لكل هذه الإشكالات يمكن اللجوء إلى توثيق الخطبة

في حالة ما إذا كانت الهدايا ذات قيمة ثمينة لتكون وسيلة الإثبات في مثل هذه الحالات ، هي الكتابة ، و هي قرينة قوية إلا أن يطعن فيها بالتزوير[1]

ثانيا: توحيد وتحديد سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة

وهو شرط الأهلية والذي حدده المشرع الجزائري بضرورة بلوغ 19 سنة كاملة لإبرام عقد الزواج بالنسبة للرجل والمرأة على حد سواء وهي نفس السن التي حددها القانون المدني لاكتساب أهلية مزاولة التصرفات القانونية وإبرام العقود.

واستثناء من هذه القاعدة فقد أجاز القانون إمكانية إبرام عقد الزواج قبل بلوغ هذه السن بعد الحصول على إذن من القاضي الذي يمكنه الترخيص إذ وجد في ذلك مصلحة أو ضرورة.

وجاء هذا التعديل فيما يخص مسألة تحديد وتوحيد سن الزواج بالنسبة للمرأة والرجل إعمالا لمبدأ المساواة بين الجنسين بناء على ما جاء به الدستور من حيث أن جميع المواطنين سواسية أمام القانون ... الخ، وتنفيذا لبنود الاتفاقيات الدولية الداعية على نبذ التميز ضد المرأة.

ثالثا: إعادة النظر في أركان عقد الزواج:

بعد أن كان عقد الزواج يقوم على أربعة أركان وهي: رضا الزوجين، ولي الزوجة، الصداق والشاهدين جاء التعديل ليعيد النظر في هذه الأركان ويقلصها ليبقي على ركن الرضا ركنا وحيدا مدرجا بقية الأركان ضمن الشروط مضافا إليها شرطي الأهلية وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

ولعل من بين الاعتبارات التي أدت بالمشرع الجزائري إلى الاتجاه في هذا المنحى واقتصاره على ركن الرضى كركن وحيد هي استعانته بما جاء في الفقه الحنفي حول هذه المسألة، وبالتالي فالرضا

[1] - المادة 3/5 من القانون 11/84 المعدل و المتمم بالأمر 02/05.

ركن أساسي في عقد الزواج وإذا انعدم اعتبر الزواج باطلا أما في حالة تخلف بقية الأركان فإن الزواج يعتبر فاسدا ويمكن تصحيحه أو يكون قابلا للإبطال.

رابعا: تغير موقع الولي من ركن إلى شرط:

عند تعميق النظر في قانون 11/84 من جهة والأمر 82/05 المعدل والمتمم له وإجراء المقابلة والمقارنة في مسألة الولي يظهر ما يأتي:

1- الولي في قانون 11/84 ركن، وفي التعديل 02/85 شرط، وقد أحسن المشرع لأنه ميز بين الركن والشرط لأن عدم التفريق بينهما أدى إلى الخلط بين الفساد والصحة والبطلان، فهذه المصطلحات لها دلالتها عند الفقهاء والخلاف حولها كان سببا في اختلافهم في كثير من المسائل الفرعية، فالجمهور عندهم إذا وقع الخلل في الوصف أو الأصل كان البطلان والفساد فالباطل والفاسد عندهم نسيان، والحكم إما أن يكون صحيحا وإما أن يكون باطلا، في حين نجد الحنفية يفرقون بين الخلل في الأصل والخلل في الوصف في عقد الزواج، فإذا كان الخلل في الأصل كان البطلان، أما إن كان الخلل في الوصف كان الفساد، وهو ما تفاداه المشرع الجزائري في التعديل.

2- أعطى المشرع الجزائري للولي في التعديل 02/05 مجرد الحضور من خلال المادة 11 في فقرتها الأولى وهو انحياز للمذهب الحنفي ليعود في الفقرة الثانية منها ويخرج عن جميع المذاهب حينما جعل الولاية لأي شخص تختاره حتى وإن كان من غير الأقارب وهو ما أكدته (أو) التي تفيد في اللغة التخيير.

3- في تعديل المادة 33 نجد تصحيحا في الفقرة الأولى لما كان خللا في الخلط بين البطلان والفساد، ولكن في الفقرة الثانية نجد أن التعديل أقر سلطة التزويج على القاصر فقط لكنه جعله في مرتبة الصداق الذي هو شرط في الدخول، والأصل أن الولي شرط في العقد بنص المادة 09 مكرر من الأمر 02/05.[1]

[1]- أ. فاتح ربيعي، موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمتقضى أحكام السياسة الشرعية، دراسته منشورة في مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مركز البصيرة، ع 05، سنة 2008م، دار الخلدونية، القبة الجزائر، ص: 73.

ونرى أن تغير موقع الولي في التعديل لم يكن ليحقق التناسق في النصوص القانونية أو الاسترشاد ببعض المذاهب الفقهية إلى جانب الفقه المالكي بقدر ما كان يرمي إلى تحقيق حرية المرأة في اختيار الشريك على غرار حريتها في إبرام أي تصرف قانوني آخر.

خامسا: الاشتراط في عقد الزواج

أجاز القانون للزوجين إمكانية اللجوء إلى نظام الاشتراط تفاديا لأي سوء تفاهم أو شقاق بين الزوجين قد يؤدي إلى توتر العلاقة الزوجية وبالتالي حدوث الطلاق وهو أبغض الحلال عند الله إذ جاءت المادة 19 من قانون 11/84 لتؤكد جواز اللجوء إلى هذه الطريقة غير أن المشرع في نص المادة 19 جعل هذه الإمكانية وازدواج الشروط ضمن عقد الزواج دون تحديدها، بينما جاء التعديل 02/05 من خلال منح الخيار للزوجين بين أن يدرجا الشروط المتفق عليها بينهما سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق وهذا هو الملفت والدال على توجه المشرع الجزائري إلى تمتين النظام التعاقدي بين الزوجين بهدف حماية الأسرة كما يسمح هذا النظام بأنه في حالة ما إذا تم الإخلال أو عدم الالتزام بالشروط المتفق عليها بين الزوجين لا يؤثر ذلك على العقد الأصلي وهو عقد الزواج.

ولما كانت مسألة عمل المرأة في المجتمع الجزائري تشكل أحد الأسباب التي أدت إلى عدم استقرار بعض الأسر مثلها مثل مسألة تعدد الزوجات، فقد لفت المشرع انتباه الزوجين إلى أنه من أجل ضمان عدم تعرض العلاقة الزوجية إلى الانهيار خاصة بسبب هاتين المسألتين (عمل المرأة، وتعدد الزوجات) فإنه بالإمكان إدراج هذين الشرطين وغيرهما في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق لأن الشقاق قد يظهر ليس في بداية الحياة الزوجية وإنما في المراحل اللاحقة وبالتالي ليس من سبيل إلا النظام التعاقدي بهدف حماية الأسرة.

سادسا: النظام المالي للزوجين

لم يهتم المشرع الجزائري لأمر النظام المالي للزوجين من خلال القانون 11/84، حيث اقتصر على تحديد حقوق وواجبات الزوجين مع تقرير واجب النفقة في ذمة الزوج حسب وسعه.

بينما ظهر اهتمام المشرع للنظام المالي بين الزوجين من خلال التعديل 02/05 حيث جاءت المادة 37 المعدلة والمتممة بالمادة 10 من نفس الأمر، والتي نرى أنها مادة مدرجة وليست معدلة

نظرا لما جاءت به من مبادئ جديدة في تنظيم العلاقة المالية بين الزوجين وأهم هذه المبادئ هو تقريرها لاستقلالية الذمة المالية لكل واحد من الزوجين عن ذمة الآخر تماشيا مع ما جاء في الفقه الإسلامي في هذا الشأن والمبدأ الآخر هو منح المشرع للزوجين إمكانية اللجوء إلى النظام التعاقدي سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق لتنظيم الأصول المشتركة بينهما، أو تلك التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما.

ورغم أن النظام المالي للزوجين له أهمية كبيرة في الفقه الإسلامي القوانين الوضعية فإنه ليس موضوع دراستنا إلا من خلال أن المشرع الجزائري قد اعتمد العقد المدني في تنظيم العلاقة المالية بين الزوجين على غرار التشريع الفرنسي الذي اعتمد على هذا النظام داخل الأسرة[1].

وإذا كان يفترض في العلاقة الزوجية أنها تكون متينة وقوية فإنها تكون أقوى وأمتن في حالة اللجوء إلى العقد المدني في تنظيم الأمور والمسائل المالية بالاتفاق على كل ما من شأنه أن يكون سببا من أسباب النزاع خاصة الجوانب المادية التي كثيرا ما تعصف بالأسرة نظرا للجشع والطمع الذي يختلج النفس البشرية.

ولا تقتصر أهمية العقد المدني الذي ينظم العلاقة المالية بين الزوجين على حماية الأسرة ذاتها فحسب بل يتعداها إلى حماية حقوق الدائنين.

[1]- عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية لزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوصفي دراسة مقارنة في إطار الفقه الإسلامي والتشريعات العربية والغربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010م.

الخاتمة

الخاتمة :

بعد تناولنا بالدراسة والتحليل موضوع الزواج متتبعين في ذلك تطوره التاريخي في بعض الحضارات القديمة و الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، محاولين في الأخير إثبات اتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج من خلال التطرق لأهم التشريعات التي ميزت تطور عقد الزواج في الجزائر في أهم المراحل التاريخية إلى غاية التعديل 02/05 الذي جاء ليؤسس لنظام تعاقدي متين يهدف لحماية الأسرة الجزائرية من التفكك والقضاء على كل أشكال القهر وعدم التمييز ضد المرأة .

وبتوفيق من الله عزوجل انتهينا من هذا البحث الذي يمكن أن نستخلص منه النتائج التالية:

أولا: الزواج سنة كونية وفطرة الله التي فطر الناس عليها من اجل التناسل لإعمار الأرض واستمرار النوع البشري

ثانيا: إن ارتباط لفظي الزواج والعقد ناتج عن ما يمكن أن يحققه التعاقد من حماية للحقوق بين طرفي العلاقة الزوجية خاصة في حالة تنازع المصالح حتى وان كان الزواج يهدف في الأساس إلى تحقيق مصلحة مشتركة هي مصلحة الأسرة.

ثالثا: للإرادة دور هام في إبرام عقد الزواج الذي هو من اخطر العقود التي يبرمها الإنسان في حياته لذلك إحاطته الشرائع السماوية بنوع من التقديس و التنظيم المحكم للحفاظ على الروابط الأسرية.

رابعا : يقوم عقد الزواج على مجموعة من الأركان والشروط ولا تكاد تختلف هذه الأركان والشروط بين ما جاءت به الشرائع السماوية والتقاليد العرفية السليمة أو القوانين الوضعية.

خامسا: لم يعد عقد الزواج وتنظيمه من المسائل الداخلية للدول تنظمه وفق ما تراه مناسبا بل نال اهتمام وانشغال المجتمع الدولي.

سادسا: بالنسبة للتشريعات الخاصة بنظام الزواج في الجزائر فإنها لم تعرف الاستقرار إلا مع استقلال الجزائر وقيام الدولة وان كان البعض يرى أن تشريع قانون الأسرة جاء متأخرا جداً فإننا

نرى أن هذا التأخر كان في مصلحة الأسرة فقد كان لابد من التريث من اجل إصدار تشريع يتلائم وطبيعة المجتمع الجزائري وخصوصياته.

سابعا: إن عقد الزواج في الجزائر يقوم على عدة اعتبارات منها الدينية و العرفية والقانونية ولا تمثل الجزائر الاستثناء في هذه المسالة بل كل الدول والمجتمعات يتميز فيها عقد الزواج بهذه الطبيعة .

ثامنا : أثناء قيامنا بالبحث اتضحت لنا إشكالية عدم التمييز بين الزواج المدني والعقد المدني في الزواج فللوهلة الأولى قد يصعب التميز بينهما بينما بعد التدقيق يتضح الفرق بينهما وهو أن الزواج المدني هو ذلك الزواج الذي يتم عقده أمام الموظف المؤهل قانوناً لإبرام عقود الزواج بينما العقد المدني في الزواج هو ذلك العقد الذي يحتوي مجموع الشروط التي يتفق عليها كل من الزوج والزوجة سواء تعلق الأمر بتنظيم العلاقات المالية بين الزوجين أو شروط أخرى على أن لا تتنافى هذه الشروط مع مقتضيات عقد الزواج وأهدافه ولا يهم إن كانت هذه الشروط مفرغة في العقد الأصلي الذي هو عقد الزواج أو في عقد رسميا لاحق .

تاسعا: ثراء الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه وقدرته على استيعاب مسائل الأحوال الشخصية عامة والزواج خاصة نظرا لما للقواعد الفقهية من دور في إيجاد الحلول ووضع الأحكام على أساس من الدقة بواسطة الاجتهاد في ظل ظهور المستجدات في مختلف مجالات الحياة وما يتعلق منها بمسائل الأسرة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فلا غرابة إذاً ولا مانع أن يلجأ المشرع الجزائري إلى أحكام وقواعد الفقه الإسلامي في تنظيم عقود الزواج ومنح الزوجين إمكانية اللجوء إلى النظام التعاقدي والاتفاق على كل ما من شأنه أن يساهم في استقرار الأسرة وازدهارها مادياً ومعنوياً وهذا لا يتعارض لا مع أحكام الشريعة الإسلامية ولا مع ما تدعوا إليه الاتفاقيات الدولية من تحقيق للعدالة والمساواة بين المرأة والرجل وإرساء حرية التعاقد وحماية الأسرة.

عاشراً: أن تنظيم عقود الزواج في الجزائر يعتبر أكثر تنظيما وثراء من الناحية التشريعية ووفرة النصوص القانونية وإذا كان هناك من خلل فنه لا يتعلق بغياب النصوص وإنما يتعلق بعدم العلم بهذه النصوص والتي احتلت مكانها العادات والتقاليد السائدة في المجتمع .

حيث استطلعنا أثناء البحث مجموعة من الموثقين حول مدى نجاعة النظام التعاقدي بين الزوجين وتطبيقاته، فجاءت النتيجة لتؤكد لجوء معظم الأزواج إلى التوكيل " الوكالة في مجال

النظام المالي للزوجين" دون اللجوء إلى التعاقد المبني على الإرادة الواعية و المتبصرة للموازنة بين طرفي العقد

إذا كان لابد من إدراج بعض الاقتراحات التي نرجو أن تساهم في تحقيق الغاية المطلوبة وهي حماية الأسرة فإننا نقترح ونوصي بما يلي:

1- توعية كل من المرأة والرجل حول أهمية كل من الزواج المدني والعقد المدني في الزواج بكل الوسائل المتاحة مع الاعتراف لهما بالصحة من الناحية الشرعية من طرف الفقهاء نظرا لما يوفره من حماية للحقوق والمصالح.

2- تعيين جهة واحدة مختصة بإبرام عقود الزواج، يهدف القضاء على الازدواجية المتمثلة في الزواج بالفاتحة والمتبوع بالزواج المدني إمام الجهات المختصة قانونا ووضع نصوص جزائية لمعاقبة كل من يقوم بإبرام عقد زواج خارج هذه الجهة المختصة.

3- توفير نموذج لعقد زواج مفصل والذي يحوي الشروط التي يمكن الاتفاق بشأنها بين الزوجين على غرار ما قام به المشرع المغربي الذي اصدر هذا النموذج

4- تكوين ورسكلة ضباط الحالة المدنية حول المسائل الشرعية و القانونية المتعلقة بالزواج والشروط التي يمكن إدراجها في عقد الزواج.

5- الاسراع في اصدار نموذج للتنظيم المالي للزوجين على غرار ما قام به المشرع التونسي .

الملاحق

الملحق رقم 1

الجريدة الرسمية للمداولات

رقم 146 السنة الثالثة، مارس 2005

يمثل جلسة المداولات للتصويت على تعديل قانون الأسرة من طرف أعضاء المجلس الشعبي الوطني وكذا تدخلات وزير العدل

الملحق رقم 2

يمثل التقرير الوطني للوزارة المنتدبة حول وضعية المساواة بين الجنسيين في الجزائر

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

Ministère Délégué Auprès du Ministre de la Santé,
de la Population et de la Réforme Hospitalière,
Chargé de la Famille et de la Condition Féminine

Rapport National sur la déclaration solennelle sur l'égalité entre les Hommes et les Femmes

C.U.A.

Algérie- . `006

Rapport d'évaluation des progrès pour l'égalité des sexes

Introduction

La communauté internationale s'est activement mobilisée ces dernières années en faveur de la promotion des droits de la femme et de son autonomisation.

Cette mobilisation s'est traduite par l'adoption d'un certain nombre de Déclarations et de Programmes d'Action notamment ceux issus de la 4ème Conférence mondiale sur les femmes qui s'est tenue à Beijing en 1995 et qui a été l'occasion de réaffirmer de façon solennelle le principe de la reconnaissance du rôle essentiel des femmes dans le développement, la nécessité de renforcer leur pouvoir d'action et d'intégrer la problématique de l'égalité des sexes dans la vie politique, économique et sociale des pays.

Les principes contenus dans ces documents ont trouvé, par la suite, leur consécration dans la Déclaration du Millénaire mais également les Objectifs du Millénaire pour le Développement qui accordent une attention particulière à l'autonomisation de la femme en vue de parvenir à un développement durable notamment, par le biais de l'éducation, de la lutte contre la pauvreté, ...

Il convient de souligner, qu'à l'échelle du continent Africain, l'on observe une réelle prise de conscience sur la nécessité de promouvoir les droits de la femme dans l'objectif de parvenir au développement économique et social de l'Afrique à travers, notamment, l'adoption du :

- Protocole à la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique (2003) ;
- la déclaration solennelle des Chefs d'Etat et de Gouvernement sur l'égalité entre les hommes et les femmes en Afrique (2004).

Conformément à ses engagements internationaux, l'Algérie poursuit ses efforts en matière d'intégration du genre dans son corpus juridique interne et dans ses programmes nationaux, partant du principe que les droits de la femme sont inaliénables, indissociables et interdépendants.

A cette démarche s'associe la société civile Algérienne qui s'investie de plus en plus dans la réflexion sur les stratégies à mettre en œuvre dans le domaine de

la promotion de la femme Algérienne et de sa pleine participation à la vie politique, économique, sociale et culturelle du pays.

Le cadre institutionnel, juridique et administratif ainsi que toute mesure pratique visant à assurer la mise en œuvre effective des instruments et politiques générales qui favorisent l'autonomisation des femmes, la protection des droits de la femme et l'égalité entre l'homme et la femme.

Le programme du Gouvernement :

CHAPITRE TROISIÈME : LE RENFORCEMENT DE LA SOLIDARITÉ NATIONALE

La politique de solidarité nationale demeure un instrument efficace de promotion de la justice sociale, d'aide aux plus démunis et de soutien aux handicapés et aux personnes en détresse. Le Gouvernement poursuit cette politique notamment à travers l'aide et l'assistance aux personnes en détresse y compris par le renforcement du réseau des centres d'accueil …

Les instruments de la solidarité nationale sont mobilisés au service de la réduction de l'exclusion sociale et de la pauvreté notamment, grâce au financement à travers l'Agence de Développement Social, dont le programme intensifié de filet social et de travaux à haute intensité de main d'œuvre.

Cette démarche lui permettra de mettre davantage en valeur dans des actions ciblées, les ressources mises à sa disposition. Elle veillera également à encourager et promouvoir le rôle du mouvement associatif dans l'action de solidarité qui est une tradition bien ancrée dans notre société.

CHAPITRE QUATRIÈME : LA CONSOLIDATION DE L'ACTION DE L'ÉTAT EN DIRECTION DE LA FAMILLE ET DE LA CONDITION FEMININE.

La Politique des pouvoirs publics, en direction de la famille et de la condition féminine, participe de l'effort national de développement et de renforcement de la cohésion sociale. Elle participe également à la protection de l'enfance, à la prévention sanitaire, à la lutte contre la marginalisation sociale, à la mobilisation du concours de la femme et au bien être économique et social.

C'est dans ce cadre et en mobilisant le concours du mouvement associatif et notamment dans le milieu rural, que le Gouvernement travaille à :

I. Améliorer l'action de sensibilisation à travers les foyers et auprès des femmes, en matière de santé préventive, d'encouragement à la limitation des naissances, ainsi que à la promotion de l'alphabétisation ;

II. Canaliser et promouvoir la participation de la femme au foyer à la création de richesses et à l'amélioration des revenus, par le biais du micro crédit ;

III. Développer des actions d'aide et de solidarité en direction des femmes et des enfants en détresse.

Le Gouvernement veillera aussi à:

I. l'amélioration des instruments de connaissance, de promotion et de suivi du milieu familial et de la condition féminine, par le biais de banques de données alimentées par des enquêtes appropriées,

II. la vulgarisation et la promotion de la condition féminine par des actions de communication y compris à travers des publications ;

III. la mise en application de conventions internationales et lois pertinentes.

En outre, le Gouvernement s'attellera à promouvoir la dimension participative et de partenariat de son action en matière de promotion de la famille, tant entre les différents secteurs, qu'entre les niveaux centraux et locaux de l'Etat ou avec le mouvement associatif. C'est par ce biais que les moyens engagés seront mieux rentabilisés et renforcés par la participation de la société elle-même.

Enfin, le Gouvernement s'investira encore davantage dans la promotion de la place sociale de la femme, aussi bien dans l'emploi public et l'accès aux responsabilités, que par le biais de sa participation à l'investissement économique.

Traités internationaux

La Constitution Algérienne a établi dans son article 132, le principe selon lequel toute convention internationale ratifiée a primauté sur la loi nationale .Ce principe a été rappelé dans une décision datée du 20 août 1989, relative au Code électoral, rendue par le Conseil constitutionnel. Le Conseil a ainsi fait mention de ce qui suit dans les considérants de sa décision :

« Considérant que l'article 28 de la Constitution, consacre le principe d'égalité des citoyens devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale »;

« Considérant qu'après sa ratification et dès sa publication, toute convention s'intègre dans le droit national et en application de l'article 132 de la constitution, acquiert une autorité supérieure à celle des lois, autorisant tout citoyen Algérien à s'en prévaloir devant les juridictions, que tel est le cas,

notamment des pactes des Nations Unies de 1966 approuvés par la loi 89-08 du 25 avril 1989,et auxquels l'Algérie a adhéré par décret présidentiel N° 89-67 du 16 mai 1989,ainsi que la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples, ratifiée par décret N° 87-37 du 3 février 1987, ces instruments juridiques interdisant solennellement les discriminations de tous ordres ».

Au niveau national

La constitution

L'égalité entre les sexes et la protection de la femme contre toute forme de discrimination, sont des principes consacrés par la constitution conformément aux articles 29 qui stipule que les citoyens sont égaux devant la loi ; le 31 qui assigne aux institutions de l'Etat le devoir d'assurer l'égalité en droits et devoirs de tous les citoyens en supprimant les obstacles qui empêchent la participation de tous à la vie politique, économique, sociale et culturelle; le 51 qui affirme l'égal axé aux fonctions de l'Etat à tous les citoyens et le 58 qui stipule que la famille bénéficie de la protection de l'Etat et de la société.

Le code de la Famille

Dans ses orientations, son Excellence Monsieur le Président de la République a insisté sur les mesures à prendre pour la mise en conformité de la législation nationale avec l'évolution du droit international en matière de protection des droits des femmes. La Commission nationale de la Réforme de la justice installée par Monsieur le Président de la République en 2000 a entrepris depuis 2001 La révision des différents codes (civil, de procédure civile, pénal, de procédure pénale, de la famille, de la nationalité, et du commerce).

Il a été aussi crée dans le cadre de la reforme judiciaire une commission nationale chargée de réviser le code de la famille afin d'y apporter les adaptations nécessaires, désormais imposées principalement par les mutations économiques et sociales.

Les modifications introduites conformément à l'ordonnance 05-02 du 27 février 2005 modifiant et complétant le code de la famille visent, ainsi, à renforcer les droits de la femme à laquelle la Constitution garantit l'égalité citoyenne. Les avancées les plus significatives consacrées par le nouveau dispositif portent, notamment, sur :

- la suppression du mariage par procuration,
- la fixation de l'âge du mariage uniformément à 19 ans pour l'homme et pour la femme,

- le consentement de la femme comme condition pour la contraction du mariage,
- la soumission de la polygamie au consentement préalable de la ou des épouses et de la future épouse et à l'autorisation du président du tribunal qui devra vérifier le consentement ainsi que les motifs et l'aptitude de l'époux à assurer l'équité et les conditions nécessaires à la vie conjugale,
- le rétablissement de l'équilibre en droits et en devoirs entre les deux époux,
- l'obligation pour l'époux d'assurer, en cas de divorce, un logement décent à ses enfants mineurs dont la garde est confié à la mère ou le loyer,
- la reconsidération de l'ordre des priorités en matière de droit de garde au profit du père qui se place désormais après la mère de l'enfant,
- l'exigence de la production par les futurs époux d'un certificat médical attestant qu'ils ne sont pas atteints de maladies contre indiquant le mariage,
- le renforcement du rôle du ministère public reconnu en tant que partie principale dans les instances de statut personnel,
- l'élargissement des prérogatives du juge, désormais, habilité à statuer en référé, par ordonnance, notamment, sur les questions relatives au droit de garde, au droit de visite, au logement et à la pension alimentaire.

الملحق رقم 3

يمثل عقد زواج مدني مستصدر من سجلات عقود الزواج للحالة المدنية في الجزائر

الملحق رقم 4

نموذج لوثيقة التنظيم المالي للزوجين في تونس

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولا : المصادر والمراجع

1. الإمام الحافظ أبي عبد الله بن إسماعيل البخاري-صحيح البخاري، مراجعة وضبط وفهرسة الشيخ محمد علي القطب – الشيخ هشام البخاري – المكتبة العصرية- صيدا بيروت 2004.

2. عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري : الفقه على المذاهب الأربعة- دار الغد الجديد المنصورة- مصر- الطبعة الأولى 2005.

3. أبو الفداء الحافظ بن كثير الدمشقي – البداية والنهاية اعتنى به الدكتور عبد الحميد هنداوي – المجلد الأول- الثاني – الثالث، المكتبة العصرية – صيدا بيروت 2002.

4. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي: معجم القاموس المحيط رتبة ووفقه خليل مأمون شيحا- دار المعرفة – بيروت لبنان، الطبعة الخامسة 2011.

5. ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر بيروت .

6. احمد تيمور باشا: نظرة تاريخي في حدوث المذاهب الفقهية الاربعة- تقديم الشيخ محمد أبو زهرة، دار القادري للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1990.

7. طارق خليل السعدي: مقارنة الاديان - دراسة في عقائد ومصادر الأديان السماوية اليهودية والمسيحية والإسلام، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 2005.

8. د.سعود بن عبد العزيز الخلف: دراسات في الأديان اليهودية و النصرانية- مكتبة أضواء السلف ، الرياض، المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى 1997.

9. د. احمد عبد الرحيم السايح: بحوث في مقارنة الأديان الدين – نشأته- الحاجة إليه – دار الثقافة، الدوحة، بدون .

10. د. نصر فريد محمد واصل: المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية الفقه والتشريع، المكتبة التوفيقية الطبعة الثانية بدون سنة.

11. سعيد بويزري مدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1994.

12. أ. محمد تقية: مصادر الشريعة الإسلامية ديوان الأشغال التربوية الطبعة الأولى 1993.

13. د. محمد سراج: أصول الفقه الإسلامي دار الجامعة الجديدة منشأة المعارف بالإسكندرية 1998.

14. عبد الكريم زيدان: نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى 2011.

15. شارل جنيبر: المسيحية نشأتها وتطورها ترجمة الدكتور عبد الحليم محمود، المكتبة العصرية- صيدا بيروت، لبنان، بدون طبعة.

16. البابا شنودة الثالث- مصادر التشريع في المسيحية – كتاب شريعة الزوجة الواحدة واهم مبادئنا في الأحوال الشخصية- سلسلة كتب قطبية.

17. د. عبد الرزاق احمد السنهوري: النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول منشورات الجلي الحقوقية، الطبيعة الثانية، 1997.

18. سميح عاطف الزين: موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة في الكتاب والسنة: العقود والمطعومات والمشروبات.

19. بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج1 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3 2004 ، ط5 2007 ،الجزائر.

20. محمود عبد المجيد المغربي- تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان بدون سنة.

21. د. محمود عبد المجيد المغربي أحكام العقد في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002.

22. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، الشكلية في إبرام التصرفات، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،ط1، 2011.

23. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، درا الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

24. صاحب عبيد الفتلاوي، تأريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1 ،1998.

25. د.دليلة فركوس، تاريخ النظم، ج1 ، النظم القديمة (من القرن 32 ق م إلى ق 6م)

26. د. احمد الشامي، التطور التاريخي لعقود الزواج في الاسلام، دراسة مقارنة، 1982.

27. الإمام محمد ابوزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط3 ، جمع الكتروني وطباعة البردى، 2009.

28. د. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الطبعة الأولى، 1997.

29. زكي علي السيد ابوغضة، الزواج والطلاق والتعدد بين الأديان والقوانين ودعاة التحرر، ط1، 2004، بدون دار النشر.

30. ملكة يوسف زرار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة،ج1، دار الفتح للإعلام العربي، ط1، 2000.

31. د. الفريد ديات، الوجيز في أحكام الزواج والأسرة للطوائف المسيحية في المملكة الأردنية الهاشمية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن، ط1 ،2004.

32. محمد زيد الابياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، منشورات مكتبة النهضة ج1، بيروت ، بغداد ، بدون سنة.

33. محمد بن محمد بن احمد بن عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، تحقيق الدكتور يحي مراد ، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة ، الطبعة الاولى،2009 .

34. د. محمد شكري سرور، نظام الزواج في الشريعة اليهودية والمسيحية دار الفكر العربي، 1979.

35. د. محمد عبد الله دراز: الدين: بحوث ممهدة لدراسة تاريخ الأديان، دار القلم – الكويت مطبعة الحرية ، بيروت طبعة بدون.

36. د.محمد الفاضل بن علي اللافي: مقدمة منهجية في تاريخ الأديان موسوعة الدراسات الدينية المقارنة دار الكلمة للنشر والتوزيع المنصورة مصر2006.

37. محمد فهر شقفة: شرح احكام الاحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود دراسة قانونية فقهية مقارنة على ضوء الاجتهاد القضائي، سوريا ج1 1982.

38. محمود عبد السميع شعلان نظام نظام الاسرة بين المسيحية و الاسلام دراسة مقارنة دار العلوم للطباعة والنشر ج1 1983.

39. د. هدى عبد الله: دوس في القانون المدني، العقد، الجزء الثاني منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الاوبلى 2008.

40. طاهري حسين: الاوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري دار الخلدون الجزائري ط1 2009.

41. عبد القادر بن حرز الله: الخلاصة في احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري دار الخلدونية الجزائر ط1، 2007.

42. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد في إحكام الزواج والطلاق، بعد التعديل، دار هومة، ط4 ،2010.

43. عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، ط2 ،2001.

44. عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة ، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر،2006.

45. أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006.

46. د. سعدى محمد الخطيب، حقوق الإنسان وضماناتها الدستورية في 22 دولة عربية، دراسة مقارنة. ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 ،2011.

47. احمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 ،2011.

48. عمر صلاح حافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة في إطار الفقه الإسلامي والتشريعات العربية والغربية منشورات، الحلبي الحقوقية، ط1، 2011.

49. د. ارزقي شويتام، المجتمع الجزائري وفعالياته في العهد العثماني دار الكتاب العربي، ط1 2009.

50. بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة،دار الخلدونية، ط1 ،2009.

51. أ. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 ،ديوان المطبوعات الجامعية ط5 ،2007.

52. د.عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1 ،2009.

53. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1 ،2008.

54. د. عيسى زكي محمد شقرة، الإكراه وأثره في التصرفات، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت ط1، 1986.

55. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط1 ،2008.

56. د. أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر، تيزي وزو، الجزائر ،2010

57. لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر 2004.

58. صالح عبّاد، الجزائر خلال الحكم التركي، دار هومة، ط3 ،2011.

59. د. عبد العزيز العشاوي، حقوق الإنسان في القانون الدولي، دار الخلدونية، ط1، 2009.

60. د. قادري عبد العزيز، حقوق الإنسان في القانون الدولي و العلاقات الدولية المحتويات والآليات، دار هومة، ط 6،2008.

61. أ. لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، ط2، 2006.

62. الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب (البهجة في شرح التحفة) ، لابي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، دار بن حزم، بيروت، لبنان، ط1 ،2005.

63. د. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية دراسة مقارنة فقهها وقضاء، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر،ط1، 2004.

64. د. عقون محمد العربي، الاقتصاد والمجتمع في الشمال الإفريقي القديم، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط1 ،2008.

65. ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية،دار هومة ،2004

66. أ . ارزقس العربي ابرباش، مختصر النظم القانونية و الاجتماعية – القديمة – الاسلامية – الجزائرية – دار الخلدونية 2006.

67. هند المعدللي، الزواج في الشرائع السماوية والوضعية، دار قتيبة

الرسائل والمذكرات

68. رولا محمود حافظ الحيت، قضايا المرأة بين الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية ،2005.

69. بولعواد زوبير، اركان وشروط عقد الزواج واثر تخلفها في الشريعة الإسلامية والقانون مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، مجلس قضاء المدية، سنة 2004.

المقالات:

70. احمد عبدو، رضا المرأة في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات قانونية ،تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات، العدد 10 ، فيفري 2011.

71. عبد الله الحبيب عمار ، العلاقة بين القانون الدولي والإنساني وقانون حقوق الإنسان، مجلة دراسات قانونية، العدد الأول جانفي 2008.

72. فاتح ربيعي: موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية مجلة دراسات قانونية العدد 05، نوفمبر 2009.

القوانين:

الدساتير الجزائرية 63-76-89-96 مع تعديل نوفمبر 2008.

القانون المدني الصادر بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 25 سبتمبر 1975. وتعديلاته إلى غاية 13 ماي 2007.

قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984.المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فيفري 1970 والمراسيم المكملة له

المراجع باللغة الأجنبية

1. Code civil français: modifié en 2010 version 2011.
2. Charles André Julian: Histoire de l'Afrique du nord des origines à 1830.grande bibliothèque payot sans.
3. Jean-claude Barreou - guillaume bigot: toute l'histoire du mande de la préhistoire a nos jours 2eme édition 2007 sans
4. Michel Beaud: l'art de la thèse, casbah , édition Algérie 2005

فهرس الموضوعات

شكر وتقدير

إهداء

مقدمة

الفصل التمهيدي:

العقد والزواج وتطورهما التاريخي

المبحث الأول: العقد وتطور مبدأ سلطان الإرادة: 04

المبحث الثاني: ماهية الزواج وتطوره التاريخي 13

الفصل الأول :

عقد الزواج في كل من الدين ، العرف و القانون

المبحث الأول: عقد الزواج في كل من الدين والعرف 23

المطلب الأول: الدين والزواج 24

الفرع الأول: مفهوم الدين..... 24

الفرع الثاني: الزواج في الديانات السماوية 31

المطلب الثاني: العرف والزواج 73

الفرع الأول: ماهية العرف 73

الفرع الثاني: الزواج العرفي..... 76

.

المبحث الثاني: نظام الزواج في النظم القانونية الوضعية الحديثة 79
المطلب الأول: نظام الزواج في القوانين الوضعية الداخلية..... 79
الفرع الأول: مفهوم القانون الوضعي 79
الفرع الثاني : الزواج في التشريع الفرنسي نموذجا 81
المطلب الثاني : اهتمام المجتمع والقانون الدوليين بتنظيم وترقية الزواج 83
الفرع الأول: من خلال القانون الدولي لحقوق الإنسان..... 83
الفرع الثاني : الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بموضوع الزواج..... 84

الفصل الثاني:

نظام الزواج في الجزائر وموقف المشرع الجزائري

المبحث الأول: التطور التاريخي لتشريعات الأحوال الشخصية للجزائريين في فترتي الوجود العثماني والاحتلال الفرنسي 87
المطلب الأول: فترة الوجود العثماني 88
الفرع الأول: لمحة عن الأوضاع السياسية والاجتماعية 88
الفرع الثاني: التطور التشريعي في الدولة العثمانية وأثره على تشريعات الأحوال الشخصية في الجزائر..... 89
المطلب الثاني: فترة الاستعمار الفرنسي 91
الفرع الأول: نبذة تاريخية (النظام القانوني والتنظيم القضائي 91
الفرع الثاني: النصوص القانونية الصادرة في عهد الاستعمار الفرنسي والمنظمة لزواج الجزائريين 92
المبحث الثاني: نظام الزواج في الجزائر المستقلة وموقف المشرع الجزائري..... 94

المطلب الأول: تنظيم المشرع الجزائري لعقد الزواج 94
الفرع الأول: قبل صدور قانون الأسرة 94
الفرع الثاني:طبيعة عقد الزواج في ظل قانون الأسرة الجزائري 96
المطلب الثاني: اتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج 104
الفرع الأول: أسباب اتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج..... 104
الفرع الثاني: العقد المدني في الزواج في التشريع الجزائري، الملامح والآليات 105
خاتمة 113
قائمة المصادر والمراجع 117
فهرس الموضوعات

الملخص:

امتزج النظام التعاقدي بالزواج ليصبح الزواج عقداً مدنيا صرفا، حتى أن بعض التشريعات أدرجت نظام الأسرة بأكمله ضمن القانون المدني مثل ما قام به المشرع الفرنسي.

وبالمقابل فقد قام المشرع الجزائري بضبط وإثراء المنظومة القانونية للأسرة من خلال التوجه نحو العقد المدني في الزواج بواسطة التعديل الذي جاء به الأمر 02/05 ليقرر أن الزواج عقد مدني في بدايته وأثناء الحياة الزوجية بالنظر إلى أركانه وشروطه وكذا الشروط التي حددها على سبيل المثال للزوجين للاتفاق حولها وإفراغها في عقد الزواج الأصلي أو في عقد رسمي لاحق .

وإجمالا يمكن القول أن المشرع الجزائري قد خطى خطوة معتبرة نحو بناء نظام للأسرة يقوم على الحرية، العدل، المساواة و التعاون بين الرجل والمرأة، وهي المبادئ التي تمجدها الشرائع السماوية وتدعو إليها الاتفاقيات الدولية، بينما تحاول التشريعات الداخلية تحقيقها بالقدر الذي يمكنها.

الكلمات المفتاحية :

العقد المدني، الزواج، الأحوال الشخصية، قانون الأسرة، الزواج العرفي، الزواج الشرعي، المرأة، الرجل ، العلاقة الزوجية، التعاقد، الاشتراط.

الملخص:

امتزج النظام التعاقدي بالزواج ليصبح عقد الزواج عقداً مدنيا صرفا، حتى أن بعض التشريعات أدرجت نظام الأسرة بأكمله ضمن القانون المدني مثل ما قام به المشرع الفرنسي.

وبالمقابل فقد قام المشرع الجزائري بضبط وإثراء المنظومة القانونية للأسرة من خلال التوجه نحو العقد المدني في الزواج بواسطة التعديل الذي جاء به الأمر 02/05 ليقرر أن الزواج عقد مدني في بدايته وأثناء الحياة الزوجية بالنظر إلى أركانه وشروطه وكذا الشروط التي حددها على سبيل المثال للزوجين للاتفاق حولها وإفراغها في عقد الزواج الأصلي أو في عقد رسمي لاحق .

وإجمالا يمكن القول أن المشرع الجزائري قد خطى خطوة معتبرة نحو بناء نظام للأسرة يقوم على الحرية، العدل، المساواة و التعاون بين الرجل والمرأة، وهي المبادئ التي تمجدها الشرائع السماوية وتدعو إليها الاتفاقيات الدولية، بينما تحاول التشريعات الداخلية تحقيقها بالقدر الذي يمكنها.

الكلمـــات المفتاحية:

العقد المدني؛ الزواج المدني؛ الزواج العرفي؛ المرأة؛الرجل؛ العلاقة الزوجية؛ الأحوال الشخصية؛ قانون الأسرة؛ الزواج الشرعي؛ الإشتراط؛ النظام التعاقدي.