

المبحث الثاني: تكوين عقد الزواج.

أولاً: تعريف الزواج وحكمه.

الزواج في اللغة هو الازدواج والاقتران والارتباط، يقال زوج الشيء بالشيء وزوجه إليه، ويقال تزوج القوم أي تزوج بعضهم بعضاً، ويقول الله تعالى: «زوجناهم بغير عيال»، كما يمكن استعمال مصطلح النكاح في معنى الزواج وقد استعمله القرآن الكريم في عدة آيات منها: «انكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع...»، كما أن النكاح يطلق في اللغة على الوطأ وعلى العقد وفي هذا المعنى قال صلى الله عليه وسلم: «ولدت من نكاح لا من سفاح» أي على الوطأ الحلال لا الحرام.

أما في الاصطلاح فالزواج والنكاح كلمتين مترادفتين والمقصود بهما عند بعض الفقهاء عقد يفيد ملك المتعة قصداً وهو كذلك: "العقد الذي يعطي لكل واحد من الرجل والمرأة حق الاستمتاع بالآخر مدى الحياة على الوجه المشروع"، ولكن ما يلاحظ على هذه التعاريف هو أنها جعلت من الاستمتاع الهدف الوحيد من عقد الزواج ومن ثم فهي غير كاملة متكاملة لأن الاستمتاع والمتعة هي فعلا هدف من أهداف الزواج ولكن تشاطرها في ذلك أهداف أخرى وربما أسمى منها كالنسل.

هذه التعاريف ناقصة لذلك عرفه الفقه على أنه: «عقد يفيد حق العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات»، وفي هذا الإطار عرفت م 4 ق.أ الزواج على أنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

غير أنه يؤخذ على هذا التعريف بأنه ناقص لأن المشرع قد استعان بذكر غايتهم أي أهدافهم لتحديد معناه، كذلك ما يعاب على المشرع أنه جعل عقد الزواج كسائر العقود الأخرى بقوله: عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، لذلك كان على المشرع أن يستغني عن تعريف عقد الزواج لأن دور المشرع يتجلى في تبيان الأحكام أما التعاريف يختص بها الفقه لذلك نعرف عقد الزواج على أنه: «عقد يتم بين

رجل وامرأة تحل له شرعا وبمقتضاه تنشأ بينهما علاقة أسرية يحدد القانون أركانها وشروطها وآثارها وانحلالها».

حكمة تشريع الزواج:

- عمران الكون وازدهاره إلا بالزواج الصحيح .
- الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع وإذا فسدت فسد المجتمع.
- حفظ الأنساب من الاختلاط حيث دعت الشريعة الإسلامية أن نسب كل شخص إلى أبيه، وإلا ساءت أحوالهم وشاعت الفاحشة واختلطت أنسابهم وعمت الفوضى وبنهار المجتمع.
- راحة الرجل والمرأة، ففي الزواج يجد كل من الزوجين الأُنس بصاحبه والاستراحة إليه والاستعانة به.

حكم الزواج:

- الشريعة الإسلامية قد حثت الأشخاص على الزواج وكرهت الرهبانية بحيث يقول صلى الله عليه وسلم: « تزوجوا الودود الولود فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة» وعلى الأساس هذه الأحاديث والآيات القرآنية العديدة فيمكن أن يبنى عقد الزواج على النحو التالي:
- يكون الزواج فرضاً إذا كان الشخص المكلف يتأكد الوقوع في المعصية لو لم يتزوج وكان قادراً على تكاليف الزواج المادية والمعنوية وكان واثقاً على إقامة العدل مع من يتزوجها.
 - يكون الزواج واجباً إذا خاف الشخص الوقوع في الفاحشة خوفاً لا يصل إلى درجة اليقين وكان قادراً على تحمل تكاليف الزواج.
 - يكون الزواج حراماً إذا كان الشخص غير قادر على تحمل تكاليف الزواج أو كان متيقناً من ظلم المرأة ومهما كانت نوعية هذا الظلم.
 - يكون الزواج مكروهاً إذا خاف الشخص وهو غير متيقن لا من وقوعه في الفاحشة ولكنه يخشى على نفسه من ظلم المرأة أو على عدم قيامه بحقها.

ثانياً: أركان عقد الزواج

يقوم عقد الزواج على ركنين أساسيين وهما الاختلاف في الجنس وركن الرضا م 09 و 04 ق.أ.

الركن الأول: الاختلاف في الجنس.

يعتبر الاختلاف في الجنس بين المقبلين على الزواج ركناً أساسياً في هذا العقد بحيث لا يمكن أن يقوم بدونه كما لا يمكن أن يحل محله أي نوع آخر إذ أن المشرع الجزائري وطبقاً للم 4 ق.أ لا يعترف إلا بالزواج القائم بين الشخصين من جنس مختلف أي بين رجل وامرأة، وأن إثبات جنس الشخص يتم أصلاً بواسطة عقد الميلاد الذي يبين فيه إلى جانب يوم الولادة والساعة والمكان والأسماء التي أعطيت للطفل، جنسه، وهو العقد الذي يقدمه المقبلان على الزواج لضابط الحالة المدنية أو الموثق (م 74 قانون الحالة المدنية).

ومن ثم فإنه لا يجوز الزواج بين المثاليين أي بين المرأتين أو الرجلين فهذه العلاقة لا تكون منعقدة فحسب بل يعاقب عليها قانون العقوبات

الركن الثاني: الرضا.

أمام الاختلاف الفقهي حول أركان عقد الزواج فقد نص المشرع الجزائري صراحة في م 09 المعدلة من ق.أ: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وهذا جاء تأكيداً لما نصت عليه م 04 ق.أ بقولها: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة"، ونستشف من هذين النصين أن الركن الوحيد الذي كيفه المشرع على هذا الأساس هو ركن الرضا أي الإيجاب والقبول الصادرين من طرفي العقد، وفي هذه الحالة فإن الزواج الذي انعدم فيه هذا الركن يعتبر باطلاً حسب ما نصت عليه م 33 ق.أ بقولها: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا". (إذا انتفى ركن الرضا فالعقد باطل بطلاناً مطلقاً).

1- طرق التعبير عن الإرادة:

لكي ينعقد الزواج انعقاداً صحيحاً لا بد من وجود إرادتين متطابقتين تتجهان إلى إبرام عقد الزواج ومن ثم لا ينعقد العقد إلا إذا كانت الإرادة واضحة اللفظ الدالة على الزواج ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق الإيجاب والقبول من الطرفين لأن الإرادة الباطنة هي غير كافية للتعبير عما يريد صاحبها.

غير أن طرق التعبير عن الإرادة لم يجعلها المشرع في مرتبة واحدة بحيث تنص م 1/10 ق.أ: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، ومن ثم يكون المشرع قد جعل في المرتبة الأولى من حيث تعبير الشخص عن إرادته أن يكون ذلك عن طريق الكلام، بينما إذا كان عاجزا عن التلفظ فيمكن أن يعبر عن إرادته بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة، ومما ينبغي ملاحظته هو أن المشرع لم يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة باللغة العربية مثل ما ذهب إليه الشافعية بل قد صرح بأن هذا التعبير قد يكون بكل ما يفيد معنى النكاح من الناحية الشرعية والمهم أن يكون هذا التعبير مفهوم من قبل ضابط الحالة المدنية أو الموثق والشاهدين والولي.

وكذلك ما ينبغي الإشارة إليه هو أن المشرع كان ينص في م 20 ق.أ قبل إلغائها على أنه: "يصح أن ينوب عن الزوج واكله في إبرام عقد الزوج بوكالة خاصة"، بينما الزوجة لم يكن لديها هذا الحق لأن الذي كان يتولى زواجها هو وليها طبقا للم 11 ق.أ قبل تعديلها، ولكن بعد إدخاله بعض التعديلات على م 11 ق.أ وإلغاء م 20 ق.أ بمقتضى الأمر الصادر في 2005/02/27 ، أصبح المشرع لا يعترف بالوكالة في عقد الزواج وبمعنى أدق فإنه لا يجوز لا للزوجة ولا للزوج أن ينوب عنه أو عنها شخص بوكالة ولو كانت خاصة من أجل إبرام عقد الزواج بل يشترط حضورهما، لذلك أكد المشرع في م 4 و 9 ق.أ المعدلتين على أن الزواج لا يتم إلا برضا الزوجين وأن هذا التبادل لا يتم إلا أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق وهذا ما أكدته التعلية الصادرة عن وزارة العدل التي منعت الأئمة من إبرام عقد الزواج في المساجد قبل إبرامه أمام الهيئات المختصة.