المحاضرة الثالثة

الشرط الثاني: الولي أبقى المشرع على الولاية وإن كان شكليا، لأن المرأة هي التي تختاره من غير أن تلزم به ولو كان أباها فهي التي تباشر عقد الزواج بنفسها بحضور الولي وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره وأو كما جاء في المادة 11 المعدلة تفيد التخيير و ليس الترتيب كما هو الحال في المادة11 قبل التعديل حيث نص على الولاية مرتبة بالفاء فقال يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها و القاضي ولي من لا ولي له ، فالتشريع سابقا جعل الولاية محصورة في الأب تم الأقرب فالأقرب وعند عدم وجودها فالقاضي هو ولي من لا ولي له أما في الجديد فصار الولي شكلا يتم به عقد الزواج وخانة في العقد تملأ فراغاتها بأي شخص تختاره المرأة وليا لها.
وهذا التعديل لا نجد له مستندا من الناحية الفقهية لأنه لا أحد من الفقهاء جعل تحديد الولاية للمرأة تختار من تشاء منهم بل الولاية تنحصر في الأب لأنه الأقرب الى المرأة من غيره، ولأنه سيتحمل تبعات النكاح وآثاره فلا يعقل أن نبعده عن إنشائه فإن تعسف الأب في ذلك انتقلت الى غيره من الأولياء أو تدخل القاضي في تزويجها كما هو في التشريع السابق، وأما تولى المرأة زواجها بنفسها من غير وليها فلا مستند له أيضا حتى في المذهب الحنفي الذي يجيز زواج المرأة بعبارتها من غير حاجة للرجوع الى وليها ، إلا أنه قيد ذلك بشرطين لم يلتزمهما المشرع الجزائري ، وهو أن يكون الزواج بصداق المثل، وأن يكون الزوج كفئا لها، فان لم يكن الزوج كفئا للمرأة جاز للولي أن يعترض على الزواج أمام القضاء، و القضاء يمنعها لأن الزواج ليس ارتباطا بين الرجل والمرأة، و انما هو ارتباط بين أسرتين و عائلتين فلا بد من مراعاة ذلك.
فالولاية على المرأة في التزويج أبقاها المشرع على البنت القاصرة إذا تزوجت برغبة منها ودون إكراه من وليها كما نصت على ذلك المادة 13: لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يجوزها بدون موافقتها .
وتزويج الصغيرة يدخل في حكم النادر خاصة في زماننا اليوم .
الشرط الثالث :الصداق عرفه المشرع في المادة14: ما يدفع نحلة للزوجة من نقود وغيرها من كل ما مباح شرعا ،وهو ملك لها تتصرف فيه كيفما تشاء.
فالمهر حق خالص للمرأة من كل ما هو متمول شرعا ،و لا يحق لأي كان التصرف فيه لأنها تملك ذمة مستقلة عن والدها وعن زوجها بعد ذلك فلها الأهلية الكاملة في التصرف .
شروطه:
من خلال التعريف يمكن أن نستخلص جملة من الشروط نجملها في التالي :
1: أن يكون مباحا شرعا من نقود أو غيرها، فلا يصح الصداق على المحرم في شريعتنا ولو كان مباح في شريعة المرأة.
2: أن يحدد في العقد معجلا أو مؤجلا فاذا لم يحدد استحقت المرأة مهر المثل
أنواعه: ينقسم الصداق الى قسمين:
1: الصداق المسمى: وهو الصداق الذي تم الاتفاق عليه في العقد.
2: صداق المثل: وهو صداق مثيلات المرأة من النساء في مواصفاتها، من جهة أبيها لما للنسب من اعتبار في الزواج و المرأة تنسب الى أبيها و ليس الى أمها.
ويكون صداق المثل في حالتين:

الحالة الأولى: المرأة التي لم يسم لها مهر، فإذا وقع خلاف بين الزوجين على الصداق رجع القاضي في تحديده إلى مهر المثل رفعا للنزاع ، والخلاف بينهما وهو احتكام إلى العرف .
الحالة الثانية: حالة تصحيح الزواج الفاسد فإنه يسقط فيه المسمى ويثبت صداق المثل كما جاء في الماجدة 33 الفقرة الثانية: إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولى في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه, ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.
تعجيل المهر وتأجيله :نص المشرع في المادة 15على أن المهر قد يكون معجلا أو مؤجلا حسب ما تم الاتفاق عليه ، وإن كان عرفنا التعجيل أخذا بمذهب المالكية الذين يرون كراهة تأجيل المهر كله حتى لا يخلو النكاح من المهر، ولكن المؤجل قد يعجل في حالتين :
الحالة الأولى: حالة الوفاة فإذا توفي الزوج تعجل المؤجل من المهر، وصار من الديون المترتبة في تركة الميت ، تقدم على ميراث الورثة .
الحالة الثانية: حالة الطلاق إذا وقع الطلاق بين الزوجين تعجل المؤجل من المهر، لأن الطلاق فرقة بينهما ، فلها الحق في تسوية حقوقها من زوجها ومنها المهر .
مستحقات المهر:
نصت المادة 6 على أن المهر يستحق كاملا بالدخول أو وفاة الزوج ، و الدخول حقيقي و حكمي ،والحكمي هو الخلوة بها، وأما وفاة الزوج دخل بها أو لم يدخل، لأن المرأة تكون زوجة بالعقد لا بالدخول، بل الدخول سببه العقد.
وتستحق نصفه بالطلاق قبل الدخول وسكت المشرع على حالة الطلاق قبل الدخول ولم يسم لها مهرا فالاجتهاد القضائي رجع عند سكوت النص وفق المادة 222من القانون الى أحكام الشريعة الاسلامية فأخذ الاجتهاد القضائي كما يسمى في القرآن الكريم بالمتعة(ومتعتهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المتقين) سورة البقرة ، والمتعة مبلغ من المال يعطى للمرأة خبرا لخاطرها ،و يرجع في تقديره الى سلطة القاضي مراعيا فيه حال الزوج يسارا واعسارا
النزاع في الصداق: إذا وقع نزاع في الصداق في قبضه أو مقداره أو جنسه حكم القاضي بمن تشهد له البينة فإذا لم يكن لأحدهما بينة حكم للمرأة أو ورثتها بعد البناء، لأن الغالب في عرفنا أن المهر يقرر قبل البناء للمرأة خلافا لما قبله جاء في المادة17: في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول ، فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين ، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين .
الشرط الرابع الاشهاد:
شروط الاشهاد:
المشرع لم يصرح بشروط الإشهاد ولكن يمكن أن نستشفها من خلال العبارة المنصوصة مستأنسين بالاجتهاد القضائي ، ويمكن إجمالها في التالي :
1: التعدد اشترط المشرع التعدد في الاشهاد فلا تصح شهادة الواحد بدليل استعماله للتثنية فقال شاهدان .
2: الأهلية: لأن الشهادة تصرف قانوني فاشترط فيها ما يشترط في جميعها من الأهلية الكاملة حتى تكون صحيحة.
3: الذكورة: لم يصرح المشرع باشتراط الذكورة ، وبالرجوع الى الاجتهاد القضائي يأخذون بقول من يشترطها وهم الجمهور من الفقهاء خلافا للحنفية الذين يحيزون شهادة الرجل والمرأتين كما في المعاملات ، ومما يؤيد صحة اشتراط الذكورة استعماله لصيغة التثنية فلو

أجاز شهادة الرجل و المرأتين لجمع، ولا يقال إن استخدام التذكير من باب التغليب كرجل و امرأة نقول ان شهادة الرجل والمرأة في عقد الزواج وإن وجد في الفقه إلا أنه قول شاذ يغلب عدم اعتباره في الاجتهاد لمخالفته لجمهور الفقهاء وهوما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15-12-1986: من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر،فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد ، أو السماع الفاشي ، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية .

4: الاسلام: لم يشترط المشرع الاسلامي لأن الزواج إذا كان بين الجزائريين فالغالب فيهم الاسلام، وإذا كان بين الجزائريين و الأجنبيات قد يكن مسلمات ، أو غير مسلمات فهل تصح شهادة من كان على ملتهن في زواجهن ،و الجواب أن هذا الزواج يخضع لاجراءات تنظيمية كما نص المشرع على ذلك في المادة 31: يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين الا اجراءات تنظيمية.

5: الاعلان والاشهار: لم يشترط المشرع الاعلان و الاشهار وهو مقصود الشهادة حتى تكون العلاقة بعيدة عن الريبة والتهمة والشك ،وإنما اقتصر على وجودها, فلو استكتم الشهود كان الزواج منعقدا صحيحا وهو مذهب الجمهور من الفقهاء خلافا للمالكية الذين يفسدونه ويوجبون فيه الفسخ لأنه عندهم من نكاح السر.

الشرط الخامس: انعدام الموانع الشرعية قسمت الموانع الى قسمين: موانع مؤبدة و موانع مؤقتة.

1: الموانع المؤبدة: هي الموانع التي لا يمكن رفعها بحال من الأحوال وهي ثلاثة أنواع: القرابة ، المصاهرة ،الرضاع طبقا للمادة 24: موانع النكاح المؤبدة هي القرابة، المصاهرة ،الرضاع .

النوع الأول: الموانع بسبب النسب وهن أربع جهات

الجهة الأولى: أصل الشخص وإن على الأم وأمها

الجهة الثانية: فروع الشخص وإن نزلن البنت وابنة البت

الجهة الثالثة: فروع الابوين وإن نزلن كالخوات وبناتهن

الجهة الرابعة :فروع الأجداد والجدات لطبقة واحدة وهن العمات و الخلات ، وأما بنات العمات وبنات الخالات فلا حرج من زواجهن جاء في المادة 25: المحرمات بالقرابة هي الأمهات ،والبنات، والأخوات ، والعمات، والخالات ،وبنات الأخ ، وبنات الأخت .