جامعة الشّهيد زيّان عاشور الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

مطبُوعة بيداغُوجية عبْر الخطّ في مقياس :

أَحكَامُ الزّواج فِي التّشريع الجَزائري

منشورةٌ على منصة التعليم عن بُعد
لِفائدة طلبة السنة الأولى ماستر تخصص قانون الأسرة
الرابط : http://elearning.univ-djelfa.dz/course/view.php?id=4853

أُجيزت من قبل المجلس العلمي للكلية بموجب محضر رقم 05 / 2022 مؤرخ في 11 / 10 / 2022

إعدَاد الدُّكتُور : محمَّد شريّط

السنة الدراسية 2021 / 2022

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة زيان عاشور –الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

المجلـس العلمي
الرقم: 93 / م ع /2022

التاريخ : 26 أكتوبر 2022

مستخرج عن محضر اجتماع المجلس العلمي للكلية
رقم 2022/05 بتاريخ : 2022/10/11
يتعلق بالمصادقة على مطبوعة بيداغوجية

يشهد السيد رئيس المجلس العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الجلفة بأنه تم خلال اجتماع المجلس العلمي المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية رقم 2022/05 بتاريخ: 2022/10/11 المصادقة على مطبوعة بيداغوجية الموسومة بـ :

"أحكام الزواج في التشريع الجزائري "

موجهة إلى طلبة السنة الأولى ماستر تخصص قانون الأسرة خلال الموسم الجامعي 2022/2021، من إعداد الدكتور/ محمد شريط.

بعد تزكيتها وفقا للشروط العلمية والتنظيمية، واستيفائها لكل المعايير العلمية والمنهجية المطلوبة.

رئيس المجلس العلمي

رئيس المجلس العلمي للكلية
إمضاء : بورزق أحمد

جامعة زيان عاشور بالجلفة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - المجلس العلمي

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

بسم الله الرحمن الرحيم

لفْتُ نَظَر :

إِذا كان الطَّالب

مِن ذوي الهمم (الاحتياجات الخاصَّة)

وجَد صُعوبَةً في تلقِّي هذا المقياس ؛ فيُرجى منه التَّواصل مع أستاذ المادَّة بأيِّ طريقةٍ تُلائمُ وَضْعهُ .

﴿ إِضَاءَة ﴾

﴿ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا ﴾

من سورة النساء الآية 21

برنـــامج المقيـــاس

(طبقًا لـ : البرنامج البيداغوجي لـ مواءمة عرض تكوين ماستر أكاديمي : قانون الأسرة)

السداسي الأول : أحكام الزواج في التشريع الجزائري

1- تعريف الزواج وتمييزه عما يشاكله

2- المرحلة التمهيدية للزواج ومشكلاتها العملية

3- أركان وشروط عقد الزواج

4- آثار الزواج

5- طرق إثبات عقد الزواج

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

مقدمة

أخي الطالب، أختي الطالبة :

هذه أضابيرُ في مقياس " أحكام الزّواج في التشريع الجزائري " ؛ كما هو مقرّر في مواءمة عرض تكوين الماستر الأكاديمي ، نستنطقُ من خلالها المنظومة الأُسرية -فقهًا وقانونًا- ، على وجه الاقتضاب والاختزال.

وتتناول ضمنها مجموعةً من الدّروس والمحاضرات ؛ المَنشُورة افتراضيًا ؛ تكون تتميمةً لما تمّ الحديث عنه في الأعمال الموجّهة حضوريًا ، وضميمةً لمعارفكم السّابقة ؛ من المسائل المتعلقة بأحكام الزواج ؛ خِطبة وعقدًا ، وما ينجم عن ذلك من آثارٍ ، وإثباتٍ ، ونحو ذلك في قانون الأُسرة الجزائري .

كما أنّ هذه المطبوعةَ لا تُغني عن المُحاضرات القَيّمة التي يُلقيها أُستاذ المَادّة في رِحاب المُدرّج ؛ بل هَذه بِتلك ، تَفيدُ منها ومن غيرها ، والعلمُ - كما قال الشّيخُ الإبراهيمي- : ((بينَ أهلِهِ رحمٌ يَجبُ أنْ تُبلَّ بِبلالِها)) .

ولا إخالُك - طالبيَ العزيز- تجهل فائدة وأهمية هذا المقياس الحيوي والمَركزي ؛ الذي يضع بين يديك الخطوط العريضة في التعرُّف على هذا الميثاق الغليظ ؛ مفاهيمَ ومقوّماتٍ ، أحكامًا وحِكمًا ، وبالتالي يمنحك ثقافة شرعيةً ، ويُكسبُك مَلكَةً قانونيةً ، تُؤهلك للتّعامل مع قضايا الأسرة ، بِسلاسةٍ وأريحية .

بَيد أنّه يتوجّبُ عليك - بين الفَينة والأُخرى - أن تُكثر النّظر في المراجع ذاتِ الصّلة ، والتي قبسَ منها هذا المقياس -نهلًا وعللًا ؛ شاكرًا أصحابها ، ومُستميحًا إيّاهم حالَ الوهم في الإحالة- ؛ من أجل حَذقِ هذه المادّة وفهم مراميها ، و"مسافة الألف ميل تبدأ بِخطوة" .

ولكَ أن تستعين بسواها ، ممّا يُفيدُك في هذه المرحلة الدّراسية .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

أهدافُ المطبوعة:

تسعى المطبوعة لجملة من الأهداف في رأسها ما يلي :

1- الإلمام بمادة "أحكام الزواج" من الناحية الشرعية والفقهية بالأساس ، مع التعريج على القراءة القانونية المستمدة رأسا من قانون الأسرة الجزائري ؛ بقصد فهم وتصوُّر طبيعة عقد الزواج ؛ إذ "الحكم على الشيء فرعٌ عن تصوُّره" .

2- الإعداد لاكتساب خبرة واقعية بالتناغم مع محتويات المادة ، التي تلقي بظلالها في الواقع المعيش ، وتشتبك اشتباكا دائما باهتمامات وأفكار الطلبة .

3- المُنافحةُ عن طروحات قانون الأسرة ؛ ولا سيَّما وهذا القانون فيتعرض بين الفينة والأخرى إلى هجماتٍ غير واعية ولا عقلانية ولا منصفة ، تتّهمه ببعض التُّهم ؛ بُغيةَ الحدِّ من فاعليته في المنظومة التشريعية والاجتماعية ، على الأقل ، إذا لم تستطع الإجهاز عليه بالكلية من المجتمع الجزائري –تشريعًا وتطبيقًا- .

خُطَّة المطبوعة:

امتطت هذه المطبوعة أربعة محاور ؛ هي مضمون برنامج هذا المقياس المقرر ، وكلُّ ذلك كما يلي :

1- تعريف الزواج وتمييزه عما يشاكله

2-المرحلة التمهيدية للزواج ومشكلاتها العملية

3-أركان وشروط عقد الزواج

4-آثار الزواج

5-طرق إثبات عقد الزواج

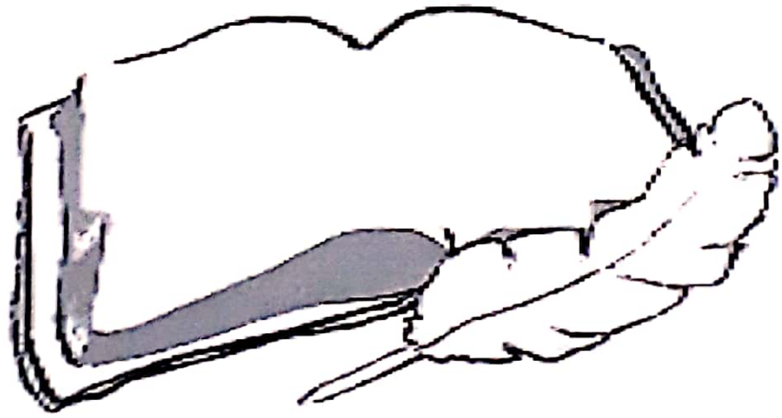
الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

وفي الأخير لا أروم إلا التوفيق لي ولإخواني وأخواتي طلبتنا الأعزاء شموس العلم ونجوم الفكر، في خلال شكر المولى الكريم على ما هيأ من فرص التلاقي والارتقاء العلمي، فالشكر أولا وآخرا لمستحقه على الإطلاق والدوام، الملك العلام سبحانه وتعالى:

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ١٩ ﴾ [النمل 19].

رابط هذه الدروس على منصة التعليم عن بعد :

http://elearning.univ-djelfa.dz/course/view.php?id=4853



الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

تعريف الزواج وتمييزه عمّا يشاكله

جامعة زيان عاشور بالجلفة
المجلس العلمي
كلية الحقوق والعلوم السياسية

من نعم الله تعالى على البشرية جمعاء ، أن خلق لهم من أنفسهم أزواجا يتساكنون إليهم ويتراكنون إلى بعضهم البعض وعمارة للأرض وحفاظا على نسلهم إلى أن يشاء سبحانه ؛ فقال الله تعالى : ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (21)﴾[الروم : 21] .

وفي هذا المحور الأول من هذه الدروس سنتطرّق إلى الدّلالات اللّفظية لهذا العنوان ؛ إفرادًا وإجمالاً باعتبارين ؛ باعتباره مركّبًا تركيبًا إضافيًا من ألفاظٍ عدّة ، وباعتباره لقبًا على موضوع الدرس ، وكلُّ ذلك في السّياقات اللُّغوية والاصطلاَحية[1]، ثم نتناول حُكمه الشرعي وحكمته التشريعية ؛ مُزاوجين بين النظر الفقهي والنظر القانوني ؛ وذلك في نقطتين اثنتين على النّحو التّالي :

---

[1] كلمة اصطلاح "ما اتفقت عليه طائفة مخصوصة على وضعه في علم معين ، ولكل علم اصطلاحاته"

- ينظر : أحمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، عالم الكتب ، القاهرة ، ط 1 ، 2008 ، ص 1313

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

أولا : تعريف عقد الزَّواج

1- التعريف التركيبي لعقد الزواج

أ- معنى " عقد " :

تُعرَّفُ لفظةُ " عقد " في اللُّغة والاصطلاح كالتَّالي :

أ-1: العقد في اللُّغــة :

العقد مصدرُ عَقدَ يعقِدُ عقدًا وتَعقادًا بعكس الحلّ[1] والنَّقض ، ومادَّة هذه اللَّفظة تحومُ حول دَلالة الشَّدِّ وشِدَّة الوُثوق[2] ، والعهد والالتزام والضَّمان[3]، ونحوها .

وبالجملة فإنَّ لفظةَ عقد يدور معناها حول معنى الرَّبط والتَّرابط[4]، إمَّا من طرفٍ واحدٍ كالعهد واليمين مثل قوله تعالى : ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ۚ ﴾ [المائدة :1] ، بمعنى ماعقَده المرءُ على نفسه من بيعٍ وشراءٍ ونحو ذلك[5] ، أو من طرفين كالبيع والنِّكاح مثل قوله تعالى : ﴿ **وَلَا تَعْزِمُوا**

---

[1] ابن منظور محمد بن مكرم ، لسان العرب ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 1 ، 1988 ، ج4 ، ص289

[2] ابن فارس ، أحمد بن فارس القزويني ، مقاييس اللغة ، دار الجيل ، بيروت ، ط1 ، ج4 ، ص86

[3] الفيروز آبادي ، محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط2 ، ص383

[4] ابن منظور ، مرجع سابق ، ج9 ، ص311

[5] القرطبي ، أبو عبد الله محمَّد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 2006 ، ج7 ، ص247

عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ۚ﴾[البقرة :235] ، أي لا تعقدوا عقد الزَّواج حتىَّ تنقضي العدَّة[1].

والذي يعنينا هنا وله اتِّصالٌ بالموضوع معنى الرَّبط والجمع ، حين يكون العقدُ يدلُّ على الجمع بين أطراف الشَّيء كعقد البيع أو عقد الزواج ونحوها[2].

أ-2: العقد في الاصطلاح

العقد في الاصطلاح يُفهم وَفق متعلَّقين ؛ أحدهُما قانونيٌّ والآخر شرعيٌّ :

- الاصطلاح القانوني :

العقد في النَّظرية العامَّة للالتزامات هو : ((اتِّفاقٌ بين إرادتين فأكثر لإنشاء رابطةٍ قانونيةٍ مع تَعيين شروطها وآثارها))[3] ، والرَّابطة القانونية تتمثَّلُ في الأثر القانوني النَّاجم عن الإرادتين[4]، من خلال إنشاء حقٍّ أو نقله أو إنهائه[5] ، ولا يكون هذا الاتِّفاق إلا التزامًا من واحدٍ أو أكثر ، لواحدٍ أو أكثر[6].

- الاصطلاح الشَّـــــرعي :

يُعرَّف العقد في الاصطلاح الشَّرعي بتعريفين ؛ أحدهما عامٌّ والآخر خاصٌّ كالتَّالي:

---

[1] ابن العربي ، أبوبكر محمد بن عبد الله ، أحكام القرآن ، شركة القدس ، القاهرة ، ط1 ، 2008 ، ج1 ، ص235

[2] الراغب الأصفهاني ، مفردات ألفاظ القرآن ، دار القرآن ، دمشق ، ط4 ، 2009 ، ص576

[3] محمد الزين ، النظرية العامَّة للالتزامات (العقد) ، تونس ، ط2 ، 1997 ، ص 39

[4] سالم بن صالح المطوع ، العقود الإدارية على ضوء نظام المنافسات والمشتريات السعودي ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، المملكة العربية السعودية ، ط2 ، 2008 ، ص12

[5] الزرقاء ، أحمد مصطفى ، المدخل الفقهي العام ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، ج1 ، ص292

[6] مخلوف المنياوي ، محمد حسنين العدوي ، المقارنات التشريعية ، تحقيق علي جمعة ، دار السلام ، القاهرة ، ط1 ، 1999 ، ج1 ، ص239

- **المعنى العام**

العقد مطلقُ الالتزام[1] ، سواءٌ صدر من طرفٍ كالهبة أو من طرفين كالزواج . وهذا المعنى يتَّفق كلَّ الاتِّفاق مع تعريف القانونيين للعقد القانوني[2] ، وهو الذي سبق ذكره .

- **المعنى الخاص**

الالتزامُ الذي يكون بين طرفين فقط يلتزم فيه كلٌّ منهما تنفيذَ ما تمَّ الاتِّفاق عليه ، ولا بدَّ فيه من إيجابٍ وقَبولٍ[3]، أي ربط الإيجاب والقبول[4]، ارتباطًا مُعتبرًا شرعًا[5]يُثبت أثرَه في مَحِلِّه[6]. ومن هنا كان العقد إلزامًا والتزامًا[7]في آنٍ واحدٍ ، وهذا المعنى الثَّاني للعقد هو المقصود بكلمة العقد حتَّى يكاد ينفرد بالاصطلاح[8].

---

[1] عز الدين محمد خوجة ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، مجموعة دلة البركة ، جدة ، السعودية ، ط1 ، 1993 ، ص10

[2] محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، دار الفكر العربي ، 1977 ، ص 199

[3] محمَّد روَّاس قلعة جي ، حامد صادق قنيبي ، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس ، بيروت ، ط 2 ، 1988 ، ص317

[4] الجرجاني ، علي بن محمد بن علي الزين الشريف ، كتاب التعريفات ، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان الطبعة: الأولى 1403هـ -1983 ، ص 153

[5] التهانوني ، محمَّد علي، موسوعة كشَّاف اصطلاحات العلوم والفنون ، إشراف رفيق العجم ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 1996، ص 1192

[6] الزرقاء ، مرجع سابق، ج1 ، ص291

[7] هاشم معروف الحسيني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، 1996 ، ص124

[8] ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1991 ، ص336

ب- معنى " الزَّواج " :

ب-1: الزَّواج في اللُّغــة

الزواج عند أهل اللغة يدور حول معنى الازدواج والاقتران والارتباط والضم والتداخل[1] . قال تعالى: ﴿ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا ۖ وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا ۚ إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ (50) ﴾ [الشورى:50] ، أي يقرنهم ويربطهم .

ب-2: الزَّواج في الاصطلاح

يُطلق على الزَّواج لفظ النِّكاح الذي يعني الضمَّ والتَّداخل ، وهما بمعنى واحد ، والمدلول بصفة عامَّة يدلُّ على العقد أو الوطء ؛ خلافٌ بين الفقهاء ، فمنهم من رأى أنَّه حقيقة في العقد مجاز في الوطء ، ومنهم من رأى أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد ، أو أنَّه من باب المشترك اللفظي أو المعنوي[2] ، ويترتب على هذه التفرقة مسائل عدة ، ليس هذا موضع بيانها.

2- التَّعريف اللَّقبي لعقد الزَّواج

أ- التَّعريف الشَّرعي :

لا تكاد عبارات الفقهاء في تعريف عقد الزواج تخرج عن معنى : العقد الذي وُضع لتمليك منافع البُضع على وجه المُتعة والتَّلذذ بآدميةٍ في إطار الإباحة الشَّرعية[3] .

---

[1] مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، ج2 ، ص960

[2] وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج41 ، ص205-207

[3] ينظر :

- الحطاب ، أبو عبد الله محمد بن محمد ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، دار عالم الكتب ، الرياض ، 2003 ، ج5 ، ص19

- محمد رواس قلعة جي ، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس ، بيروت ، ط2 ، 1988 ، ص487

غير أنَّ مفهوم عقد الزّواج في الشريعة أوسع من مجرد المتعة ؛ بل هو عقد يفيد حلَّ العشرة بين الرجل والمرأة بما يُحقِّق ما يقتضيه الطَّبع الإنساني، وتعاونهما مدى الحياة ، ويُحدِّد ما لكليهما من حقوق عائلية وواجبات[1] .

ب-التَّعريف القانوني :

جاء تعريف عقد الزواج في المادة 4 من قانون الأسرة " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب " .

وعلى هذا الأساس فالزواج من الناحية القانونية هو عقد يقوم على عنصر الرضا باعتباره تصرفا مُوائما للإرادة القانونية للطَّرفين المتعاقدين ، وبالتالي يُرتِّب التزاماتٍ مُتبادلة بين طرفيه ، كغيره من العقود الأخرى ، وتأتي الشَّكلية فيه من باب التَّوثيق وحفظ الحقوق .

ثانيا : حكم عقد الزواج وحكمته

1- الحكم الشرعي للزواج

الزواج مشروع بالكتاب والسنة والإجماع:

أما من الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿ **فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا (3)** ﴾ [النساء:3] ، وقوله تعالى : ﴿ **وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (32)** ﴾ [النور:32] .

وأما من السنة: فقول النبي صلى الله عليه وسلم: « يامَعشرَ الشَّباب مَن اسْتطاعَ مِنكُمُ البَاءَة فَلْيتزوَّج فَإِنَّهُ أغضُّ لِلبَصرِ وَأحْصنُ لِلفَرْج» رواه البخاري[1]

---

[1] محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص17

، والباءة : ((مؤن النكاح بأن يتوق اليه ويجد مهر المثل وكسوة فصل ونفقة يوم وليلة))[2].

وآيات قرآنية وأخبار نبوية سوى ذلك كثيرة .

وأما من الإجماع : فقد أجمع المسلمون سلفا وخلفا ، أن الزواج مشروع ، ولم يشذ عن هذا الإجماع أحد من الأولين والآخرين[3] .

وعلى ذلك فالزواج تعتريه الأحكام الخمسة ، بحسب حالة كل شخص ، كما يلي[4]:

أ- حكم النكاح في حال الاعتدال

والمقصود بالاعتدال القدرة على الوطء والنفقة وعدم خشية العنت.

والذي عليه جمهور الفقهاء أن النكاح في هذه الحالة مستحب، ما دام قادرا على الوطء، ومالكا للمهر والنفقة، وغير خائف من الزنا والجور، وترك السنن، والفضائل.

ويذهب الحنابلة إلى استحبابه ولو كان الرجل فقيرا عاجزا عن الإنفاق؛ لأنه -صلى الله عليه وسلم- زوج رجلا لم يقدر على خاتم من حديد، ولا وجد إلا إزاره.

والمرأة في ذلك كالرجل، فإن كانت محتاجة إلى النكاح بأن كانت تتوق إليه أو محتاجة للنفقة، أو خائفة من اقتحام الفجرة، أو لم تكن مشغولة بالعبادة، استحب

---

1 الألباني ، محمد ناصر الدين، غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام،المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثالثة - 1405هـ ، ص141

2 ابن حجر الهيتمي ، أحمد بن محمد بن علي،الإفصاح عن أحاديث النكاح،دار عمار ، عمان ، الأردن ، الطبعة: الأولى،1406هـ، ص14

3 الزحيلي ، وهبة بن مصطفى ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، ج9 ، ص 6515

4 أحمد طه ريان ، فقه الأسرة ، دار ، القاهرة ، ص77

لها أن تتزوج لما في ذلك من تحصين الدين، وصيانة الفرج، والترفه بالنفقة، وغير ذلك.

ودليل الجمهور في القول بالاستحباب أو السنية حديث: "يا معشر الشباب، من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء" ٤ لأنه -صلى الله عليه وسلم- خيره بين النكاح والصوم بالاتفاق، ولو كان النكاح واجبا لما خيره بينهما، قال سلطان العلماء: أقام الصوم مقام النكاح، والصوم ليس بواجب، ولأن بعض الصحابة لم تكن له زوجة ولم ينكر عليه.

وذهب داود الظاهرى إلى وجوبه، وهناك قول للحنفية: بأن النكاح واجب في حال الاعتدال -ومعلوم أن الواجب عند الحنفية غير الفرض؛ إذ الواجب عندهم ما ثبت بدليل ظني، والفرض ما ثبت بدليل قطعي، وبذلك تقترب السنة المؤكدة من الواجب عند الحنفية؛ إذ تارك أي منهما يأثم عندهم، غير أن الإثم أيسر في ترك السنة المؤكدة منه في ترك الواجب.

ودليل القائلين بالوجوب في حال الاعتدال:

- الأمر الوارد في الحديث السابق بالزواج، والأمر إذا أطلق يستفاد منه الوجوب، وقد سبقت مناقشة هذا الاستدلال في معرض الحديث عن دليل الجمهور.

- ثم حديث سعد بن أبي وقاص -رضي الله عنه- قال: رد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- على عثمان بن مظعون التبتل ولو أذن له لا ختصينا.

ب- حكمه في حال خشية العنت

يذهب جمهور الفقهاء إلى فرضية النكاح إذا خشي على نفسه العنت –أي: الزنا ، ومقابله عدم الوجوب، وأضاف بعضهم إلى هذه الحالة –أي: الفرضية، من أمره والداه أو أحدهما بالزواج، أو كان قد نذره وهو قادر على النكاح[1].

جـ-حكمه في حق من عدم القدرة على القيام بواجباته

واجبات النكاح في الجملة: القدرة على الجماع، والقدرة على المهر، والنفقة، والكسوة، والمسكن.

ذهب بعض الفقهاء إلى كراهة النكاح لمن فقد مؤن النكاح، ولم يحتج له بأن لم تتق نفسه له من أصل الخلقة، أو لعارض مرض أو عجز، وذلك لما يترتب على النكاح في هذه الحالة من التزام ما لا يقدر على القيام به من غير حاجة.

وذهب فريق آخر إلى تحريم النكاح لمن لم يخش العنت ويضر بالمرأة لعدم قدرته على النفقة أو الوطء أو يتكسب من حرام لينفق عليها[2].

د- حكمه في حق من قدر على مؤن النكاح غير الجماع

يذهب بعض الفقهاء إلى كراهة التزوج لمن يملك القدرة على النفقة، ولكن به علة تمنعه من الجماع؛ كهرم أو مرض دائم أو تعنين دائم، وذلك لعدم الحاجة إليه مع منع المرأة من التحصين، ويذهب آخرون إلى إباحة التزوج في هذه الحالة لعدم منع الشارع منه.

والقول بالكراهة أقرب؛ لأنه سيترتب على الزواج الاشتغال بما ليس في حاجة إليه، وحبس المرأة عن زواجها بمن تتحصن به، وانشغاله عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه.

---

[1] ريان ، المرجع السابق ، ص77

[2] ريان ، المرجع السابق ، ص77

هـ- حكمه في حق من قدر على مؤن الزواج، ولم يحتج إلى النكاح، وليست به علة تمنعه منه

فمن قدر على النكاح ولكن لم يحتج إليه، ويملك القدرة على المهر والنفقة على الزوجة، وليس لديه مقصد شرعي من ورائه؛ كرجاء نسل أو رغبة في تعفف أو اقتداء، ولم يقطعه عن عبادة غير واجبة، فإن الزواج يباح في هذه الحالة، وأما إذا

كان له مقصد شرعي مما تقدم، فإنه يندب أو يسن في حقه، بحسب سمو هذا المقصد.

و-حكمه في حق من لا يصح منه الزواج وليس في حاجة إليه

هذه الحالة فرع عن الحالة السابقة، ولكنها خاصة بالمولى عليه لجنون أو عته ونحو ذلك، والحكم في هذه الحالة هو التحريم؛ لأنه من إضاعة المال فيما لا فائدة من ورائه، إلى جانب ما سيترتب عليه من التزامات عائلية[1].

2-حكمة مشروعيته:

للزواج حكم عديدة ، أبرزها:

أ-إعفاف المرء نفسه وزوجه عن الوقوع في الحرام ، قال النبي –صلى الله عليه وسلم– : " يامَعشرَ الشَّباب مَنِ اسْتطاعَ مِنكُمُ البَاءَة فَلْيتزوَّج فَإِنَّهُ أغضُّ لِلبَصرِ وَأحْصنُ لِلفَرْج" رواه البخاري[2] .

[1] ريان ، المرجع السابق ، ص77

[2] الألباني ، محمد ناصر الدين، غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام،المكتب الإسلامي – بيروت، الطبعة: الثالثة – 1405هـ ، ص141

ب-حفظ النوع الإنساني من الزوال والانقراض، بالإنجاب والتوالد، وبقاء النسل وحفظ النسب ، قال النَّبي –صلَّى الله عليه وسلَّم- : "تَنَاكَحُوا تَنَاسَلُوا فَإِنِّي مُبَاهٍ بِكُمْ" رواه الطبراني[1] .

جـ-إقامة الأسرة التي بها يتم تنظيم المجتمع، وإيجاد التعاون بين أفرادها، فمن المعروف أن الزواج تعاون بين الزوجين لتحمل أعباء الحياة .

وقد نصَّ المشرع الجزائري على هذه الحكم في المادة 4 من قانون الأسرة : "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

---

[1] القاضي عياض ، عياض بن موسى بن عياض،الشفا بتعريف حقوق المصطفى، دار الفيحاء – عمان ، الطبعة: الثانية – 1407هـ ، 190/1

المَرحلةُ التَّمهيدِيَةِ للزَّواج ومُشكلاتُها العَملية

أولا : تعريف الخطبة

1-التعريف اللغوي :

خطب المرأة إلى القوم إذا طلب أن يتزوج منهم واختطبها والاسم الخطبة بالكسر فهو خاطب وخطاب مبالغة وبه سمي واختطبه القوم دعوه إلى تزويج صاحبتهم[1].

2-التعريف الاصطلاحي :

أ-التعريف الفقهي :

قال ابن العربي –من علماء المالكية– : ((قال علماؤنا: الخِطبة: استدعاءُ النِّكاح))[2] ، وقال الشبرخيتي –من علماء المالكية أيضا– : ((هي اِلتماس التَّزويج والمُحاورة عليه صريحًا مثل إنَّ فلانًا يخطب فلانة أو غير صريح كَيُرِيدُ الاتِّصال بكُم والدُّخول في زُمرَتِكُم))[3] ؛ فالخطبة إذن : ((طلب نكاح المرأة))[4] ، أو هي : ((طلب الرجل يدَ امرأة للتزوج بها))[1] ؛ بواسطة ((توافق

---

[1] الفيومي ، أحمد بن محمدالحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،المكتبة العلمية، بيروت ، 1 / 173

[2] ابن العربي ، أبو بكر محمد بن عبد الله المعافري ، المسالك في شرح مُوَطَّأ مالك، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة: الأولى، 2007 ، 434/5

[3] المجلسي ، محمد بن محمد سالم الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر ، دار الرضوان، نواكشوط– موريتانيا ، الطبعة: الأولى، 2015 ، 18/6

[4] محمد رواس قلعة جي ، و حامد صادق قنيبي ، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1988 ، ص197

أو تواعد صريح متبادل بين رجل وامرأة، تحل له شرعًا في الحال، أو بين من ينوب عنهما من الأولياء، بإبرام عقد الزواج مستقبلًا))[2] ، وبالتالي فلا تعدو أن تكون ((مقدمة للنكاح ، ولا يترتب عليها ما يترتب على النكاح الخطبة في الغالب وسيلة للنكاح))[3].

ب-التعريف القانوني :

أما تعريف الخطبة من الناحية القانونية ؛ فقد جاء تعريفها في المادة 5 من قانون الأسرة بأنها : " الخطبة وعد بالزواج".

وهذا التعريف هو بيانٌ لتكييف الخطبة قانونيا ؛ من حيث كونها وعدا أو غير وعد ، كما سيأتي .

ثانيا : الطبيعة القانونية للخطبة

الخطبة ليست جزءًا من عقد الزواج، ولا ركنًا فيه، ولا شرطًا لانعقاده أو نفاذه أو لزومه، أما أنها ليست جزءًا من ماهية عقد الزواج؛ فلأن عقد الزواج لو تم دون خطبة، لكان صحيحًا، وأما أنها ليست شرطًا في صحته، فللسبب ذاته، فلو تخلف شرط الصحة، لفسد العقد، ووجب فسخه، ولم يقل بذلك أحد، ولو كان الشرط فاسدًا، بأن كانت محرمة، لما صح العقد أيضًا مع كون شرط صحته فاسدا، فالخطبة إذن أمر مستقل، وسابق على العقد وليس ملازمًا له ولا عنصرًا من مكوناته[4] ، وعلى ذلك يمكن التطرق إلى طبيعتها فقها وقانونا كالآتي :

---

[1] عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، 2006، 273/1

2 الدريني، محمد فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت ، الطبعة الثانية ، 2008، 2 / 460

[3] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية ، الكويت ، الطبعة الأولى ، الكويت ، ، 2006، 192/20

4 الدريني، مرجع سابق، 2 / 463

1-طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي:

أ-الخطبة مجرد وعد :

يرى فريق من الفقهاء أن الخطبة وعد متبادل بالزواج مستقبلا[1]، لا ترقى لتكون عقدًا[2]،

ثم اختلفوا في طبيعة هذا الوعد ، ديانة وقضاء ؛ فمن حيث الديانة ذكر جمهور الفقهاء أن الوفاء بالوعد مستحب[3]، أما من حيث القضاء فجاءت عبارات المذاهب مختلفة :

مذهب الحنفية:

عند الحنفية لا يَلزم الوعد إلا إذا كان معلَّقا[4]، أو كان شرطا متعلقا بعقد[5] .

مذهب المالكية:

للمالكية أربعة أقوال في حكم الوفاء بالوعد قضاء[6]:

الأول: يقضى به مطلقًا.

الثاني: لا يقضى به مطلقًا.

---

1 عبد الرحمن تاج، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، مصر ، 1955، ص9

2 أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي للطبع والنشر، القاهرة ، الطبعة الثالثة، 1957، ص34

3 النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف ، الأذكار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، 1994، ص317

4 الحموي، أحمد بن محمد أبو العباس شهاب الدين الحسيني ، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى، 1985، 3 / 273

5 ابن عابدين، محمد أمين بن عمر الحنفي ، رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر، بيروت ، الطبعة الثانية، 1992 ، 5 / 84

6 الحطاب ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الرعيني ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، الطبعة الأولى، 1984، ص 154 – 155

الثالث: يقضى به إن كانت على سبب، وإن لم يدخل الموعود بسبب العدة في شيء.

الرابع: يقضى بها إن كانت على سبب ودخل الموعود بسبب العدة في شيء، وهذا هو المشهور من الأقوال.

مذهب الشافعية:

عند الشافعية الوعد غير لازم قضاء[1].

مذهب الحنابلة:

المنصوص عليه في مذهب الإمام أحمد أنه لا يلزم الوفاء بالوعد[2]، ووجه في المذهب بلزوم الوفاء بالوعد[3] واختاره ابن تيمية[4] .

ب-الخطبة مجرد طلب

ذهب إلى هذا القول بعض المعاصرين ؛ فالخطبة في الشريعة الإسلامية ليست عقدا بين الخاطب و المخطوبة أو وليها، وليست وعدا من الخاطب بالزواج ولا تواعدا بين الخاطب والمخطوبة أو وليها على الزواج، وإنما هي مجرد طلب الزواج؛ لأن الخطبة تتم بمجرد هذا الطلب، والأصل في العقد أن يتم بإيجاب وقبول، وقبول الفتاة أو أهلها ما طلبه الخاطب من الزواج لا يعني قيام عقد بينهما، وإنما مجرد ترشيح الفتى زوجا في المستقبل، ثم إن الخاطب

---

1 السنيكي، زكريا بن محمد بن زكريا أبو يحيى ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي ، 1 / 398

2 ابن مفلح، محمد بن مفلح شمس الدين ، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى 2003 ، 11 / 92

3 ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله برهان الدين ، المبدع في شرح المقنع ، دار الكتب العلمية، بيروت ، الطبعة الأولى، 1997 ، 8 / 138

4 ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى،1987، 5 / 555

في الأصل عندما يطلب الفتاة للزواج لا يعدها ولا يعد أهلها بالزواج، وإنما يخطبها ليستكمل التعرف عليها ثم يقرر بعد ذلك ما إذا كان سيتزوج بها بالفعل أم يعدل عن طلبه الزواج بها، ذلك قبول الفتاة للخطبة أو قبول أهلها لا يعني –في الأصل– وعدا منهم بتزويج الخاطب، وإنما يعني ترشيحه زوجا في المستقبل مع رغبتهم في التعرف عليه والتأكد من مدى استجابته لمطالبهم، ثم يقرروا بعد ذلك رضاهم بالفتى زوجا مستقبلا للفتاة أو رفضهم طلب الزواج بها، وبالتالي فلا وعد ولا مواعدة... وليس هناك ما يمنع شرعا أن تقترن الخطبة بوعد أو تواعد على الزواج، وكثيرا ما تقترن الخطبة بوعد أو تواعد على الزواج، مما جعل الكثيرين يتصورون أن الخطبة وعد بالزواج[1].

2–طبيعة الخطبة في قانون الأسرة :

الطبيعة القانونية للخطبة في قانون الأسرة لاَ تتمتع ((بأية قوة إلزامية للطرفين ولو طال أمدها لأنّ القانون أقرّ لها صفتها الشرعية وهي كونها مجرد وعد بالزواج مع أحقية كل طرف في العدول دون حاجة إلى بيان مبرر له . بحيث لا يتحمل لمجرد عدوله أي تبعة قانونية، إذ تنص المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري بأن "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة" وعلى هذا فإن الخطبة "لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين ولو طال أمد تراكنها أو صبت في قالب رسمي شكلي، ذلك لأنّ القانون لم يرقَ بها إلى مرتبة العقد. بل أقرّ لها صفتها الشرعية وهي مجرد وعد بالزواج من الطرفين مع أحقية العدول والتراجع عنها ورفض إبرام عقد الزواج". وقد أكّد المشرّع في المادّة6 أنّه لا يغيّر من الطبيعة القانونيّة للخطبة أن تقترن بما يعرف بالفاتحة، وهي ما يُقرأ للتبرّك بعد وقوع الخطبة، إلاّ أنّه إذا توافر ركن

[1] العطار، عبد الناصر توفيق، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية في التشريعات العربية، مطبعة السعادة، مصر، 1976، ص 142

الرضا وشروط الزّواج المنصوص عليها في المادّة9 مكرّر فإنّه يُعتبر عقد زواج لا مجرّد خطبة، فنصّت المادّة6 على "إنّ اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعدّ زواجا، غير أنّ اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادّة9 مكرر من هذا القانون))[1].

أما من الناحية الفقهيّة عند فقهاء القانون ؛ فقد ((اختلف فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية للخطبة فمنهم من أضفى عليها الصبغة العقديّة، ومنهم من رأى أنّ الخِطبة لا ترتقي إلى مرتبة العقد، فيرى أصحاب الاتّجاه الأوّل أنّها عقد بناء على سببين هما: 1. حقّ الخاطبين في المطالبة بالزواج والتعويض في حال العدول. 2. تتضمّن الخطبة التعبير عن إرادتين متطابقتين – إيجاب وقبول– يشبّه الفقيه "جوسيران" JOSSERAND عقد الوعد بالزواج بعقد العمل غير المحدّد المدة ، ففسخ هذا العقد بالإرادة المنفردة لرب العمل لا يحرك المسؤولية العقدية بالرغم من ذلك يمكن في عقد العمل غير المحدّد أن يكيّف فسخه بالإرادة المنفردة لرب العمل على أساس أنه تعسّف في استعمال الحق، ويقول: "الخطبة تشكّل عقدا صحيحا يمكن نقضه بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف ، لكن هناك تعسّف في استعمال الحقّ إذا تم فسخه بدون سبب مشروع يؤدي إلى تحريك مسؤولية المتسبّب في فسخه". يرى أصحاب الاتّجاه الثاني أنّ الخِطبة لا ترتقي إلى مرتبة العقد لسببين: 1. كفالة الحريّة الشخصيّة للخاطبين في الاختيار والرضا. 2. كون الخِطبة مجرّد فترة اختبار لكل من الخطيبين مجرّدة من كلّ تعهّد نهائي. يقول الفقيه "لويسل" LOYCEL: "إذا

[1] كاملي مراد،الخطبة في قانون الاسرة وفق القانون الجزائري، الرابط : https://boubidi.blogspot.com/2018/07/cours-droit_16.html

كان من حقّ الخطيبة التعّلق أو ترك خطيبها فإنّ أيّ خطيب له الحقّ في عدم الزواج"))[1] .

ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: ((الخطبة، أو الوعد بالزواج ليست عقداً ملزماً لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد أن يتزوج من شخص معين ، فمثل هذا التقييد يكون مخالفاً للنظام العام))[2] .

ونخلص في النهاية إلى أن :

الخطبة وعد بالزواج ، وليست عقداً ، بل هي وعد بعقد ، والوعد بالعقود غيرُ ملزم قضاءً لا ديانةً ، وبالتالي لا يكره لأحد الخاطبين الرجوع عن الإجابة إذا رأى مصلحةً في ذلك ؛ لأن رابطة الزواج تَشمل العمر كلَّه فكان لهما الاحتياط لنفسيْها ، والنظر في حظَّيْها بما يعود عليهما بالنفع ، وعلى ذلك لأيٍّ من الطرفين العدول عنها متى شاءَا، سواء كان ذلك العدول بسبب أو بدونه[3].

3-حكم الهدايا في حال العدول

نظمت الفقرة الرابعة من المادة الخامسة المعدلة حكم الهدايا المقدمة من العدول ونصها كما يلي " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداه إن كان العدول منه ، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته."

---

[1] كاملي مراد، الخطبة في قانون الاسرة وفق القانون الجزائري، الرابط : https://boubidi.blogspot.com/2018/07/cours-droit_16.html

[2] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1952 ، 1 / 255

[3] احمد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1973 ، 39/1

ما يلاحظ أن هذه الفقرة أخذت من رأي المالكية على العموم مع بعض التعديل في هذا الرأي إذ أن فقهاء المالكية يفرقون بين أمر بن إذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد ما قدمه من هدايا، وقالوا حتى لا يجتمع عليها ألمان ألم الإعراض وألم الاسترداد.

أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد الهدايا إن كانت قائمة ، فإن كانت هالكة أو مستهلكة ترد مثلها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيميات .

والغريب أن النص القانوني بدايته كانت متطابقة مع رأي المالكية. أما نهاية الفقرة فقد خالفت رأي المالكية في الموضوع حينما لا يقع الرد في حالة الاستهلاك وهذا الرأي هو للأحناف حيث يعد من موانع الرجوع في الهبة ومن المستحسن لو أن المشرع أخذ برأي المالكية على إطلاقه، لأنه رأي وجيه، لكونه يحمل الطرف العادل عن الخطية قدر من المسؤولية بتحمل تبعة خسارة الهدايا المقدمة. وأما إذا عدل من تسلم الهدايا فمن المنطقي أن يرد ما أخذه على سبيل الهدية ،إذ لا يعقل أن يعدل عن الخطبة ثم يحتفظ بالهدايا حتى وإن استهلكت[1].

وهذه العبارة(الاستهلاك) في الحقيقة تثير غموضا كبيرا ، إذ أنها توحي بأن المخطوبة إذا استهلكت الهدية أو تصرفت فيها بأي شكل من الأشكال النافية للملكية كالهبة والبيع، فإنها لا ترد الهدية إذا عدلت عن الخطبة لأن الهدية المقدمة من الخاطب لم يعد لها وجود ، بالتالي فهي مستهلكة إلا إذا قصد المشرع عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها أو لقلة قيمتها بالإضافة إلى أن لفظ "الاستهلاك هو مصطلح اقتصادي ،ولا يشترط فيه زوال الشيء بل يصدق

[1] بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1 ، 2008 ، ص42

عليه وصف المستهلك حتى ولو كان موجودا في يد المخطوبة، لكنه باستعماله لمدة معينة صار في حكم المستهلك ، بمعنى صار من الأشياء المستعملة وقد لا يرى الخاطب فائدة في المطالبة باسترداد الهدايا ، وإنما يطالب بقيمتها، كأن يكون خاتما من الذهب استعمل مدة معينة. فطبيعي أن قيمته نقصت كثيرا عن قيمة الشراء أو جهازا معينا استعمل ، وبالتالي فإن قيمته نقصت ؛ لذلك فقد أجاز النص المعدل لكل طرف أن يطالب بقيمة الهدية[1].

زيادة على أن بقاء النص على هذه الصورة قد يؤدي إلى التحايل بأن تطلب المخطوبة من الخاطب تقديم هدايا ذات قيمة معتبرة، ثم تتصرف فيها بشكل من الأشكال الناقلة للملكية وبشكل صوري كالهبة الصورية، أو البيع الصوري ثم تعدل عن الخطبة، فعندما يطالب الخاطب باسترداد الهدايا تدعي المخطوبة بأن الهدايا استهلكت ، أي لم يعد لها وجود.

والنص يقول (فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك) أي أنها ترد ما كان قائما تحت يدها فقط . أما إذا استهلكته فلا ترد.

كما أنها قد تتصرف في الهدايا بحسن نية ويعقد حقيقي كالبيع ، فربما كانت بحاجة إلى المال فتقوم ببيع الهدية للحصول على الثمن، كأن تبيع الذهب الذي قدم لها كهدية لشراء أغراض أخرى.

ولهذا السبب نرى ضرورة تعديل النص والأخذ برأي المالكية على لأنه رأي وجيه بحيث أنه يقضي في حالة العدول من طرف المخطوبة، فإنها ترد الهدايا إن كانت قائمة.

فإن كانت هالكة أو مستهلكة ترد مثلها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيميات ، وبهذا سدَّ باب التحايل من المخطوبة[2] .

---

[1] بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص42

[2] بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص44

وهناك أمر آخر ينبغي توضيحه وهو أن النص لم يتحدث عن المتسبب في العدول فقد يدفع الخاطب هدية ذات قيمة معتبرة وربما يطلب من المخطوبة ؛ فتلجأ إلى التحايل بأن تتصرف تصرفات لا ترضي الخاطب ، أو تتعمد الخصام معه فتدفعه دفعا إلى العدول عن الخطبة، بالتالي لا يسترد هداياه في هذه الحالة مع أن المتسبب في العدول هي المخطوبة.

فقد تغرر به بصورة من الصور، ثم تدفعه هي إلى العدول وإن كانت المسألة نادرة ، لكن تعقد الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية يجعل هذا ممكن الحدوث.

ولذلك كان من الضروري على القاضي قبل الحكم أن يراعي ها المسألة. فإذا تبين له أن طرفا ما قد تسبب في العدول بأن غرر بالطرف الآخر، مما دفعه إلى العدول عن الخطبة جاز له أن يقضي على الطرف المتسبب في إرجاع الهدايا ، ولو أن العدول كان من الطرف الآخر. إذ من المعلوم أن التغرير يوجب الضمان[1].

وهناك أمر آخر لم يتحدث عنه النص وهو كون أحد الطرفين قد توفي بعد الخطبة فترى عدم استرداد الهدايا ، لأن الوفاة لا دخل لإرادة الإنسان فيها .

وتبقى مسألة أخيرة كثيرا ما تحدث من الناحية العملية لم يتعرض لها النص. وهي حالة فسخ الخطوبة بالاتفاق بين الطرفين بسبب الاختلاف في وجهات النظر مثلا فنعتقد أن كل واحد له الحق في استرجاع هداياه، لأن النص القانوني تكلم فقط عن العدول من أحد الطرفين دون الطرف الآخر وأعطى حكما معينا للهدايا.

أما الحالة هذه فلم يتحدث عنها، وبالتالي تقترح إضافة فقرة لنص المادة الخامسة حتى يشمل النص القانوني أغلب الحالات التي تحدث في الحياة

---

[1] بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص44

العملية. ولذلك نرى إعادة صياغة فقرات النص بصورة عامة تشمل الطرفين معا ، وتتضمن الحالات التالية[1]:

-لا يسترد من عدل عن الخطبة هداياه إذا كان العدول منه ، وإن كان العدول من الطرف الآخر فعليه رد الهدايا إن كانت قائمة أو قيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة.

-يسترد كل طرف هداياه في حالة العدول بالاتفاق بينهما ، أو قيمتها في حالة التعذر ما لم يقضي الاتفاق بينهما على خلاف ذلك. - إذا تسبب أحد الطرفين بخطئه في العدول لا يسترد هداياه ولو كان العدول من الطرف الآخر.

-لا استرداد للهدايا في حالة وفاة أحد الطرفين.

ثالثا : اقتران الفاتحة بالخطبة

تأثر المشرع الجزائري في المادة 6 ببعض التشريعات العربية كالمصري والسوري ، هذه الأخيرة التي راعت أعراف بلدانها ؛ إذ الفاتحة عندهم هي قراءة سورة الفاتحة ، سواء كانت في مجلس العقد والتئامه كاملا من الناحية الشرعية، أوانخرامه بنقص مقوم من مقومات الزواج ، أمَّا الفاتحة وفقاً للأعراف الجزائرية فإنَّها مجلس عقد لا سورة الفاتحة ، يكون ذلك المجلس بعد إتمام التفاهم على كل مُتطلبات الزواج ، بما فيها توافر مجلس العقد من ولي وصيغة وصداق وشهود ، ونحو ذلك مما يستقر في أذهان كل الجزائريين أن الفاتحة زواج تامٌّ كاملٌ[2] .

فهذا الموقف للمشرع أدى بالقضاء الجزائري إلى التضارب في القرارات والأحكام ، بحيث إن هناك بعض القرارات اعتبرت الفاتحة على أنها وعد بالزواج ، بينما ذهبت قرارات أخرى كيفتها على أساس أنها عقد زواج ، بحيث

[1] بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص45

[2] تشوار الجيلالي ، مقياس قانون الأسرة ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2015 ، ص22

استقرت القرارات الصادرة عنها على تكييف الفاتحة بأنها زواج عند توافر الشروط والأركان الخاصة بعقد الزواج ، وفي هذا الإطار قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 14 أفريل 1992 أنه : "من المقرر قانوناً أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محدودة ومن المقرر أيضاً أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا".

وقضت أيضاً في قرار آخر صادر بتاريخ 4 أفريل 1995 أنه" إن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجاً متى توافرت أركانه طبقاً للمادة 9 من قانون الأسرة" ، وهو الأمر الذي أدى بالمشرع لتعديل الفقرة 2 من المادة 6 من قانون الأسرة و نصها : "غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجاً متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون" .

وفي هذا قضت المحكمة العليا في عدة قرارات لها (19 سبتمبر 2000) ، بأنه : " متى كان الزواج العرفي متوافراً على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج و تسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم ، يكون قضاء موافق للشرع وللقانون".

ومن ثمَّ فإن تكييف الخطبة بأنها وعد بالزواج خلافاً لاقتران الفاتحة بالخطبة يؤدي إلى الحق في العدول ، ومن ثَم عدم إلزام الطرف الآخر على الزواج احتراماً لمبدأ الرضائية الذي يرتكز عليه عقد الزواج ، وكما أن تكييف الخِطبة بالوعد والتواعد يؤدي في حالة العدول إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية التي يشترط فيها الأركان الثلاث : الخطأ ،الضرر ، والعلاقة السببية بينهما ، بمعنى أن عبْء الإثبات في هذه الحالة يقع على المضرور ، فينبغي عليه من جهة أن يثبت الخطبة عن طريق جميع وسائل الإثبات ثم الضرر [1].

---

[1] تشوار الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 23

ومن ههنا يجدر بالمشرع أن يعدل مواد الخطبة بما يتواءم والضوابط الشرعية والعرفية ، مُراعيًا أحكام الشريعة الإسلامية وعرف الجزائر قاطبةً لاَ خارجها ولاَ جزءًا منها ، تحقيقًا لعُمومية القاعدة القانونية وتجريدها .

أركان وشروط عقد الزواج

جاء في الباب الأوَّل من قانون الأسرة تحت عنوان " أركان الزواج" موادٌ عدَّة ؛ منها الأركان والشُّروط ، وهذه هي التي يقوم عليها موضوع الزواج وجوهره ، كما يأتي :

أوَّلا : أركـــان عقد الزَّواج

الأركان جمع ركن وهو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجود وجود ولا عدم لذاته[1]، أو هو ما لا يقوم الشيء إلا به[2] ؛ فالرُّكن جزء الشيء الذي يتوقف وجوده عليه، سواء كان جزءا من حقيقته أم كان خارجا عنه . وهذا في نظر جمهور الفقهاء ، وخالف في هذا الحنفية إذ قصروا الركن على ما كان داخلا في الماهية[3].

وبسبب هذا حصل خلاف بين الجمهور والحنفية في أركان العقد بصفة عامَّة ؛ حيث يرى الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة أنَّ الأركان ثلاثة :

الأول الصيغة المراد بها الإيجاب والقبول .

الثاني العاقدان اللذان يصدران الإيجاب والقبول .

---

1 النملة ، عبد الكريم بن علي بن محمد ، الشامل في حدود وتعريفات مصطلحات أصول الفقه ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ط1 ، 2009 ، ج2، ص684

2 محمد رواس قلعة جي ، مرجع سابق ، ص226

3 التمرتاشي ، شمس الدين ، حاشية ابن عابدين على شرح الشيخ علاء الدين محمد بن علي الحصكفي لمتن تنوير الأبصار ، دار المعرفة ، لبنان ، ط1 ، 1420 ، ج1 ، ص446

الثالث المحل . وهو المعقود عليه[1].

أما الأحناف فيرون أن للعقد ركنا واحدا وهو الصيغة المعبَّر عنها بالإيجاب والقبول[2] .

وعلى مذهب الأحناف سار المشرِّع في قانون الأسرة بعد تعديله ؛ إذ تنصُّ المادة9 من قانون الأسرة على أنَّه : " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " ؛ والذي يُفهم من سياق هذه المادة ، أنَّ الرِّضا يُعتبر ركنًا واحدًا ووحيدًا للزَّواج ، في منظور المُشرع الجزائري ، حتَّى وإنْ لم يُصرِّح به بذلك ؛ بيْد أنَّه يُفهم من سياق المادة المذكورة ، والتي تليها ، غير أنَّ الصياغة كانت غير سليمة ؛ حين عبَّر بالجمع (أركان) ، بدل المفرد (ركن) .

وهذا المَنحى الذي سلكه المُشرِّع الجزائري كانَ تقليدًا منه لمذهب الأحناف الذي يَرون أنَّ للزواج ركنًا واحدًا يتمثَّلُ في الإيجاب والقبول ، اللَّذين هما أداةُ التَّعبير عن الرِّضا ، كما في المادة 10 .

لذلك نقف عند ركن الرضا ؛ من حيث كونه صيغةً في عقد الزواج ، ثمَّ نتعرَّضُ لشرائط تلك الصيغة ، في النقطة التالية :

- الصيغة في عقد الزواج:

الركن الحقيقي للزواج هو رضا الطرفين، وتوافق إرادتهما في الارتباط ، ولما كان الرضا ونوافق الإرادة من الأمور النفسية التي لا يطلع عليها، كان لابد من

---

[1] ينظر :

- النووي ، أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب للشيرازي ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر ، 1423 ، ج9 ، ص149

- الحطاب ، مرجع سابق ، ج6 ، ص29

[2] الكاساني ، علاء الدين أبو بكر ابن مسعود الحنفي ، ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار المعرفة ، لبنان ، ط1 ، 1420 ، ج5 ، ص134

التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وايجاده ، ويتمثل التعبير فيما يجري من عبارات بين المتعاقدين ؛ فما صدر أولا من أحد المتعاقدين للتعبير عن إرادته في إنشاء الصلة الزوجية يسمى إيجابا، ويقال: أنه أوجب ، وما صدر ثانيا من المتعاقد الاخر من العبارات الدالة على الرضا والموافقة يسمى قبولا ، ومن ثم يقول الفقهاء: إن أركان الزواج الايجاب، والقبول[1] ، وهذا الإيجاب والقبول هو الصيغة في عقد الزواج .

أ-تعريف الصيغة

الصيغة هي : اللفظ الدَّالُّ على النكاح ، مثل أنكحت وزوجت ، ويقابلها : قبلتُ[2] ، والصيغة عند الفقهاء ، تُقبل ولو كانت على سبيل المزاح ، قال المالكية: ((ولزم ، ولو بالهزل))[3] ؛ لأنَّ النكاح ((يقتضي التأبيد مُدَّة الحياة))[4] ، فلاَ تلاعب في هذا الميثاق الغليظ .

ب-شروط الصيغة :

نستعرض هنا –اختصارا– شروط الصيغة عند فقهاء المذاهب الأربعة[5] :

ب1:في مذهب الأحناف :

– أن تكون بألفاظ مخصوصة: وهي إما صريحة وإما كناية، فالصريحة: هي ما كانت بلفظ التزويج والإنكاح وما اشتق منهما، سواء بلفظ الماضي، أم بلفظ المضارع بقرينة تدل على الحال، لا طلب الوعد، أم بلفظ الأمر: زوجني.

---

[1] سيد سابق ، فقه السنة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الثالثة : 1977 ، 34/2

[2] الصاوي ، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ، دار المعارف، القاهرة ، 350/2

[3] الصاوي ، المرجع السابق ، 350/2

[4] التسولي ،علي بن عبد السلام بن علي،البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية – لبنان / بيروت ، الطبعة: الأولى،1998، 383/1

[5] الزحيلي ، مرجع سابق ، 9/ 6581

والكناية: هي التي تحتاج إلى نية وأن تقوم قرينة على هذه النية، وهي ألفاظ الهبة أو الصدقة أو التمليك أو الجعل، والبيع والشراء، مع نية معنى الزواج. ولا ينعقد بلفظ الإجارة والوصية، ولا بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع والإقالة والخلع.

- أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد.
- ألا يخالف القبول الإيجاب.
- أن تكون الصيغة مسموعة للعاقدين.
- ألا يكون اللفظ مؤقتا بوقت كشهر، وهو نكاح المتعة.

ب2: في مذهب المالكية:

- أن تكون بألفاظ مخصوصة: وهي أن يقول الولي: زوجت أو أنكحت، أو يقول الزوج: زوجني فلانة. ويكفي في القبول أن يقول: قبلت أو رضيت أو نفذت أو أتممت.
- الفور: ألا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل طويل، ولا يضر الفاصل اليسير.
- ألا يكون اللفظ مؤقتا بوقت: وهذا هو نكاح المتعة.

ب3: في مذهب الشافعية:

- الخطاب: بأن يخاطب كل من العاقدين صاحبه.
- أن يكون الخطاب واقعا على جملة المخاطب، فلا يصح على جزئه.
- أن يذكر المبتدئ بأحد شرطي العقد العوض والمعوض عنه كالثمن والمثمن.
- أن يقصد العاقد معنى اللفظ الذي ينطق به. فإن جرى على لسانه فلا يصح.
- ألا يتخلل الإيجاب والقبول كلام أجنبي.
- ألا يتخلل الإيجاب والقبول سكوت طويل: وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول.

– ألا يتغير كلام البادئ قبل قبول الآخر.

– أن يكون كلام كل واحد من العاقدين مسموعا لصاحبه ولمن يقرب منه من الحاضرين. فإن لم يسمعه من كان قريبا لا يكفي، وإن سمعه العاقد.

– أن يتوافق القبول مع الإيجاب معنى.

– ألا يعلق الصيغة بشيء لا يقتضيه العقد، مثل إن شاء فلان أو إن شاء الله.

– ألا يؤقت كلامه بوقت.

– أن يكون القبول ممن وجه له الخطاب لا غيره.

– أن تستمر أهلية المتكلمين بالصيغة إلى أن يتم القبول، فلو جن أحدهما مثلا قبل قبول الآخر بطل العقد.

–أن تكون صيغة الزواج مقيدة بلفظي التزويج والإنكاح دون غيرهما، في الإيجاب والقبول. ولا بد من أن تكون الصيغة بلفظ الماضي، ولا يصح بلفظ المضارع؛ لأنه يحتمل الوعد ما لم يقل: الآن. ويصح العقد بالألفاظ المحرفة مثل: جوزتك موكلتي، حتى ولو لم تكن لغته على المعتمد، ويصح بلفظ الأمر: زوجني ابنتك، فيقول له: زوجتك، كما يصح بقول الولي: تزوج بنتي، فيقول له: تزوجتها .

ب4: في مذهب الحنابلة:

– أن تكون الصيغة بلفظ النكاح أو التزويج، لكن يكفي في القبول، كما قال المالكية، وخلافا للشافعية أن يقول: قبلت أو رضيت.

– أن لا يتقدم القبول على الإيجاب.

– الفور، فإن تأخر القبول عن الإيجاب حتى تفرقا أو تشاغلا بما يقطعه عرفا فإنه لا يصح.

– لا يشترط أن يكون اللفظ عربيا، فيصح بغير العربية من العاجز عن النطق بالعربية بشرط أن يؤدي معنى الإيجاب والقبول بلفظ التزويج أو النكاح.

- لاَ يصح النكاح بالكتابة ولا بالإشارة إلا من الأخرس، فيصح منه بإشارته المفهمة.

جـ-الصيغة في قانون الأسرة :

وافق قانون الأسرة المذاهب الفقهية في الصيغة وشروطها ، وهو ما جاء منصوصا عليه في المادة 10 : " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة كالكتابة والإشارة" .

فالصيغة بحسب المادة تكون مثلا في قول الموجب : " زوجني ابنتك فلانة أو أريد أن أتزوج ابنتك فلانة" ، ويقول القابل : "رضيت، أو قبلت ، أو زوجتُكَها ، أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على المقصود ، والتي تختلف أحيانا باختلاف عرف كل منطقة ؛ ففي منطقتنا هاته –الجلفة وما جاورها- يقول الموجب وهو عادة وكيل الزوج من أب أو أخ أو عم أو خال أو نحو ذلك ، يقول : "جئناكم بالحسَب والنَّسَب" ؛ فيجيبُه القابل وهو عادة ولي الزوجة من أب أو أخ أو عم ، يقول : مرحبا أهلا وسهلا قرّبُوا " ، وهي صيغةٌ عرفيةٌ محليةٌ تدلُّ على مقصود واحد وهو إرادة الزَّواج ؛ فكانت بذلك لفظًا دالاًّ على عقد الزواج .

كما أن الصيغة تصح وتجوز من العاجز على الكلام ، بنحو الإشارة أو الكتابة بشرط أن تكون مفهومة لدى أهل الاختصاص دالة على مقصود العقد حصرًا وهو عقد الزواج .

ثانيا : شروط عقد الزواج

نشير هنا –اقتضابا–إلى نوعين من الشروط ، يلتبس بهما عقد الزواج ، شروط الانعقاد ، ثم شروط تقترن بعقد الزواج ، وذلك كما يلي :

1–شروط انعقاد الزواج :

وهذه شروط يقوم عليها عقد الزواج ويبنى عليها وهي من أساسياته ومقوماته ، وقد نص المشرع في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة على شروط عقد الزواج ، وهي خمسة : "أهلية الزواج، الصدق، الولي، الشاهدين، وانعدام الموانع الشرعية للزواج" ، وبيان ذلك في النقاط التالية :

أ–أهلية الزواج:

لقد سبق التعرض لشرح أهلية الزواج عند التعرض لركن الرضا، وفق ما حدده المشرع بنص المادة7 من قانون الأسرة، وهي تمام 19 سنة للرجل والمرأة على حد سواء ، كقاعدة عامة ، ويمكن استثناء الترخيص لمن هم دون هذه السن إذا رأى القاضي مصلحة في ذلك ؛ حال توفر القدرة من الطرفين على الزواج .

ولعلَّ هذا الاستثناء قد أخذ من رأي فقهي نسب إلى الإمامين "ابن شبرمة" و"البتي" ؛ اللذين لم يجوّزا صحة زواج الصغار الذين هم دون سن البلوغ ، وكأن سن البلوغ فيصل في "قدرة الطرفين" التي أشارت إليها المادة7 من قانون الأسرة الجزائري ، أما باقي المذاهب الأربعة وغيرها فقد ذهبت ((إلى صحة زواج الصغار ممن هم دون سن البلوغ، واستندوا في ذلك إلى اجتهادات من نصوص القرآن الكريم، وإلى وقائع حدثت في عهد النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين))[1].

---

[1] السباعي ، مصطفى بن حسن ، المرأة بين الفقه والقانون ، دار الوراق للنشر والتوزيع، بيروت ، ط7 ، 1999 ، ص51

ولا شك في أن ((حكمة التشريع من الزواج يؤيد هذا الرأي، وليس للصغار مصلحة في هذا العقد، بل قد يكون فيه محض الضرر لهم، إذ يجد كل من الفتى والفتاة نفسه بعد البلوغ مجبراً على الزواج بشخص لم يؤخذ رأيه في اختياره، وقد لا يتفق معه في المزاج والأخلاق والطباع وقد يكون احدهما سيء الأخلاق، الى غير ذلك مما يقع كثيراً.

والذي يحمل الناس – وخاصة في الريف – على إجراء مثل هذه العقود رغبة الوليين – وقد يكونان أخوين في ربط أسرتيهما برباط المصاهرة لمصلحة عائلية أو مادية أو شخصية، ومثل هذه المصالح لا يقيم لها الشرع وزنا، ولم تعد في حياتنا الحاضرة محل اعتبار بالنسبة للسعادة الزوجية، ووجوب الاحتياط لكل ما قد يؤدي بها الى الضعف أو التفكك.

لقد كان الأمر قديماً في مجتمعنا أن الفتاة لا رأي لها في اختيار الزوج، بل أبوها يزوجها بمن يريد أو تريد أمها، وما دام كذلك فمن السهل عليهم أن يزوجوها وهي صغيرة فاذا كبرت وجدت نفسها ملزمة بهذا الزواج لا تستطيع أن تبدي عليه اعتراضاً، وإلا كان نصيبها التأنيب والاهانة وقد يصل الأمر الى القتل اذا أصرت على الرفض والامتناع.

وهذا أمر لا تقره الشريعة ولا تبيحه مصلحة الأسرة والمجتمع وفيه عدوان صارخ على حق الفتى والفتاة في اختيار كل منهما من يشاء لبناء حياته الزوجية المرتقبة. وقد أيدت التجارب فساد مثل هذا النوع من الزواج وفشله وكثيراً ما ينتهي بجرائم خلقية أو عدوانية))[1].

---

[1] السباعي ، المرجع السابق ، ص51

ب-الصداق:

ب1-تعريف الصداق :

الصداق هو: ((ما تستحقه المرأة بدلا في النكاح))[1] ، أو ما يبذل للمرأة في نظير العقد عليها ، وللصداق تسميات مختلفة ، وقد عدوا له تسعة أسماء هي : ((الصداق، والصدقة، والمهر، والنحلة، والفريضة، والأجر، والعلائق، والعقر، والحباء))[2].

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 14: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

ب2-حكم الصداق :

الصداق وإن كان واجباً في العقد إلا أنه ليس ركناً ولا شرطًا في الزواج، وإنما هو أثر من آثاره المترتبة عليه؛ لِذا اغتفر فيه الجهل اليسير والغرر الذي يرجى زواله؛ لأن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع، فإذا تم العقد بدون مهر صح، ووجب للزوجة المهر اتفاقاً.

والدليل قوله تعالى: ﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ** ﴾ [البقرة :236] .

فإنه أباح الطلاق قبل الدخول وقبل فرض المهر، مما يدل على أن المهر ليس ركناً ولا شرطاً.

---

[1] العمراني ، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير الشافعي ، البيان في مذهب الإمام الشافعي ، دار المنهاج ، جدة ، السعودية ، الطبعة الأولى ، 2000 ، 9/ 365

[2] الخلوتي ، محمد بن أحمد بن علي البهوتي ، حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات ، دار النوادر، سوريا ، الطبعة: الأولى ، 2011 ، 4 / 411

وثبت في السنة عن علقمة، قال: أتي عبد الله في امرأة تزوجها رجل، فتوفي، ولم يفرض لها صداقا، ولم يكن دخل بها، قال: فاختلفوا إليه، فقال: " أرى لها مثل صداق نسائها، ولها الميراث، وعليها العدة " فشهد معقل بن سنان الأشجعي " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق بمثل هذا "رواه أحمد [1].

وأيضا عن عقبة بن عامر، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: لرجل: "أترضى أن أزوجك فلانة؟ " قال: نعم، وقال للمرأة: "أترضين أن أزوجك فلانا؟ " قالت: نعم، فزوج أحدهما صاحبه، فدخل بها الرجل، ولم يفرض لها صداقا، ولم يعطها شيئا، وكان ممن شهد الحديبية، وكان من شهد الحديبية له سهم بخيبر، فلما حضرته الوفاة، قال: إن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – زوجني فلانة، ولم أفرض لها صداقا ولم أعطها شيئا، وإني أشهدكم أني أعطيتها من صداقها سهمي بخيبر، فأخذت سهما، فباعته بمئة ألف" رواه أبو داود[2].

وإذا كان الصداق من الأمور الواجب ذكرها عند عقد النكاح ، ولا يبطل النكاح بعدم ذكره ؛ فإنه لا يجوز التواطؤ على تركه عند العقد ، فإذا تزوج الرجل بالمرأة، ولم يسم صداقا، فلا يدخل بالمرأة حتى يسمي صداقا؛ فإن دخل

---

[1] الإمام أحمد بن حنبل ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة: الأولى ، 2001، 411/30

[2] أبوداود ، أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني ،دار الرسالة العالمية ، بيروت ، الطبعة: الأولى ، 2009 ، 455/3

دون أن يسمي صداقا لزمه مهر المثل، ونقل الإجماع على ذلك جمع من أهل العلم[1].

وبناء عليه: لو اتفق الزوجان بدون مهر، أو سميا ما لا يملك شرعاً كالخمر والخنزير والنجس كروث دواب، صح العقد عند الجمهور غير المالكية، ووجب للمرأة مهر المثل، بالدخول أو الموت. وقال المالكية: إن اتفق الزوجان على إسقاط المهر فهو نكاح فاسد.

قال ابن رشد وغيره : أجمع الفقهاء على أن نكاح التفويض جائز: وهو أن يعقد النكاح دون صداق، لقوله تعالى: ﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ** ﴾ [البقرة:236] ، لكن نكاح التفويض يشمل عند الجمهور حالة الاتفاق على عدم المهر، وعدم تسمية المهر، وأما عند المالكية فيقتصر على الحالة الثانية، وأما الاتفاق على إسقاط المهر فيفسد الزواج[2].

ب3-مقدار الصداق :

لاَ خلاف بين الفقهاء في أنه لا حدَّ لأكثر الصداق ؛ لقوله تعالى: ﴿**وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا** ﴾ [النساء:20] ، وفي القنطار أقاويل منها: أنه المال الكثير.

وقد حُكي أنَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب الناس فحمد الله تعالى وأثنى عليه وقال: " ألاَ لا تُغالوا في صداق النساء ، فإنه لا يبلغني عن أحد

[1] القحطاني أسامة بن سعيد وآخرون ، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض ، الطبعة: الأولى ، 2012 ، 3/ 347

[2] الزحيلي ، مرجع سابق ، 9/ 6762

ساق أكثر من شيء ساقه رسول الله صلى الله عليه وسلم أو سيق إليه إلا جعلت فضل ذلك في بيت المال " ثم نزل، فعرضت له امرأة من قريب، فقالت: يا أمير المؤمنين أَكتابَ الله تعالى أحقُّ أن يُتبَّع أو قولك؟ قال: " بل كتاب الله تعالى، فما ذاك؟ " قالت: نهيت الناس آنفا أن يغالوا في صداق النساء والله تعالى يقول في كتابه: ﴿ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ﴾ ، فقال عمر رضي الله عنه: " كلُّ أحدٍ أفقهُ مِن عُمر " مرتين أو ثلاثا، ثم رجع إلى المنبر فقال للناس: " إني كنت نهيتكم أن تغالوا في صداق النساء ألا فليفعل رجل في ماله ما بدا له "[1].

وأما أقل المهر فقد اختلف الفقهاء فيه:

فذهب الشافعية والحنابلة إلى أنَّ أقلَّ المهر غير مُقدَّر؛ بلْ كلُّ ما جاز أن يكون ثمنا أو مبيعا أو أجرة أو مستأجرا جاز أن يكون صداقا قلَّ أو كثُر ما لم ينتهِ في القلَّة إلى حدٍّ لاَ يُتموَّل.

وذهب الحنفية والمالكية إلى أنَّ المهر مُقدَّرُ الأقلِّ ، ثم اختلف هذا الفريق في أدنى المقدار الذي يصلح مهرًا ؛ فذهب الحنفية إلى أن أقل المهر عشرة دراهم فضة أو ما قيمته عشرة دراهم ، ويرى المالكية أنَّ أقلَّ المهر ربع دينار ذهبًا شرعيًا ؛ أيْ بما مقداره اليوم عندنا نحو : عشرة ألاف (10) دينار جزائري .

ومع هذا فقد ذهب الفقهاء إلى استحباب عدم المغالاة في المهور، فقد روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " تياسروا في

[1] البيهقي ،أبو بكر أحمد بن الحسين،السنن الكبرى،دار الكتب العلمية، بيروت ، الطبعة: الثالثة،2003، ، 380/7

الصداق، إن الرجل يعطي المرأة حتى يبقى ذلك في نفسه عليها حسيكة، وحتى يقول: ما جئتك حتى سقت إليك علق القربة "[1] ، والحسيكة ، العداوة والحقد[2] ، وعلق القربة عِصامها الذي تعلق به أي يقول كَلِفتُ إليك حتى عِصام القربة[3].

ب3-الصداق في قانون الأسرة :

لمْ يكدْ يخرج المشرِّع الجزائري عمَّا جاء في المذاهب الفقهية في مسألة الصداق ؛ تحديدًا أو استحقاقا أو نزاعا ، وفي جاءت المواد ؛ المادة 15: يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا . في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل" ، والمادة 16: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول" ، والمادة 17: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

---

[1] عبد الرزاق ، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف،المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة: الثانية، 1983 ، 6/ 174

[2] ابن الأثير ، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية – بيروت، 1979 ، 1/ 386

[3] القرطبي ، أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، الطبعة: الثانية ، 1964، 5/ 100

[stamp]

جـ-الولي:

جـ1: تعريف الولي :

الولي في الاصطلاح هو : ((مَنْ لَهُ عَلَى الْمَرْأَةِ مِلْكٌ أَوْ أُبُوَّةٌ أَوْ تَعْصِيبٌ أَوْ إِيصَاءٌ أَوْ كَفَالَةٌ أَوْ سَلْطَنَةٌ أَوْ ذُو إِسْلَامٍ))[1].

وقيل عن الولاية في النكاح أنها : ((سلطة شرعية، لعصبة نسب، أومن يقوم مقامهم، يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلا لعقده))[2] .

فالولاية ((سلطة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شئون غيره جبرًا عنه، وهذا هو معنى الولاية المطلقة، فيدخل فيها الولاية على النفس والولاية على المال، كما تشمل الولاية الخاصة كولاية الأب على الصغير، أو الولاية العامة كولاية الإمام والقاضي))[3] ، أو هي : ((هي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها، أي ترتيب الآثار الشرعية عليها))[4].

أو هي : ((سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها بحيث تترتب آثارها الشرعية عليها بمجرد صدورها وسلطة الولاية لها قيود شرعية روعيت فيها صلاحية الولى ومصلحة المولى عليه فى نفسه وماله))[5].

---

[1] الرصاع ، أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري التونسي ، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية ، المكتبة العلمية ، القاهرة ، الطبعة: الأولى ، 1350هـ ، ص158

[2] عوض بن رجاء بن فريج العوفي ، الولاية في النكاح ، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة ، السعودية ، 1403 هـ ، الطبعة: الأولى، 1423هـ/2002 ، 1 / 29

[3] ريان ، مرجع سابق ، ص107

[4] الزحيلي ، مرجع سابق ، 4 / 2983

[5] المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، موسوعة المفاهيم الإسلامية العامة ، القاهرة ، مصر ، 680/1

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

جـ-2: الولي في الفقه الإسلامي

ظهرت مجموعة من الأقوال للفقهاء في مسألة الولي ، نستعرضها إجمالا كالآتي[1] :

القول الأول : لا نكاح إلا بولي

وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة وجمهور الفقهاء ، واستدلوا بجملة من الأدلة منها :

من القرآن الكريم:

- قوله تعالى: ﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ** ﴾ [البقرة: 232].

وجه الدلالة: هذا خطاب للأولياء، ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل، ومعنى عضلها: الامتناع من تزويجها، وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولي، ويدل على ذلك أنها نزلت في شأن معقل بن يسار رضي الله عنه حين امتنع من تزويج أخته، فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فزوجها، وأضافه إليها؛ لأنها محل له.

- قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ**﴾ [النور:32] .

وجه الدلالة: أن الله تبارك وتعالى خاطب الأولياء بالأمر بالنكاح، كما خاطبهم في الآية الأولى بالنهي عن التعدي فيه، فدل على أنه حق لهم.

- قوله تعالى: ﴿ **وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ** ﴾ [البقرة: 221].

وجه الدلالة: جعل الله سبحانه وتعالى في هذه الآية الحق للأولياء في التزويج، ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نصَّ عليهم.

---

[1] خالد بن محمود الجهني ، زويج المرأة نفسها بدون ولي ، موقع الألوكة : https://www.alukah.net/sharia

ومن السنة النبوية:

– عَنْ أَبِي مُوسَى رضي الله عنه، أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم قَالَ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ».

وجه الدلالة: أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم نفى صحة النكاح بدون ولي، وهو عام يشمل كل امرأة.

– عَنْ عَائِشَةَ رضي الله عنها، أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، فَإِنْ تَشَاجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ».

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم أبطل النكاح بدون ولي، وهذا دليل على اشتراط الولي في النكاح.

– عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم: «لَا تُزَوِّجُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ ، وَلَا تُزَوِّجُ المَرْأَةُ نَفْسَهَا، فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا».

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تزوِّج المرأة نفسها، والنهي دليل الفساد.

القول الثاني: إذا زوجت البكر، أو الثيب نفسها بشاهدين من كفء، فهو جائز.

وقال به أبو حنيفة ، وصاحباه ، وهو ورواية عند الحنابلة . وقد استدلوا بجملة من الأدلة منها :

من القرآن الكريم:

– قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ** ﴾ [البقرة: 234].

–قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**﴾ [البقرة: 230]

–قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾ [البقرة: 232].

وجه الدلالة من الآيات: أن الله سبحانه وتعالى أضاف العقد إلى النساء في هذه الآيات ، فدل على أنها تملكه.

– قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا** ﴾ [الأحزاب: 50].

وجه الدلالة: هذه الآية نص على انعقاد النكاح بعبارتها، وانعقادها بلفظ الهبة، فكانت حجة على المخالف.

ومن السنة النبوية:

– عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما، أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم قَالَ: «الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا».

وجه الدلالة: الأيم: اسم لكل امرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا، هذا هو الصحيح عند أهل اللغة.

– عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما، أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم قَالَ: «لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ».

وجه الدلالة: فيه تصريح بقطع ولاية الولي عنها.

– عَنْ بُرَيْدَةَ رضي الله عنه، قَالَ: جَاءَتْ فَتَاةٌ إِلَى النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، فَقَالَتْ: «إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي ابْنَ أَخِيهِ؛ لِيَرْفَعَ بِي خَسِيسَتَهُ ، قَالَ: فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا، فَقَالَتْ: قَدْ أَجَزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي، وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ تَعْلَمَ النِّسَاءُ أَنْ لَيْسَ إِلَى الْآبَاءِ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ».

– عَنْ عَائِشَةَ رضي الله عنها، أَنَّهَا زَوَّجَتْ بِنْتًا لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ يُقَالُ لَهَا: قُرَيْبَةُ، فَزَوَّجَتْهَا مِنَ الْمُنْذِرِ بْنِ الزُّبَيْرِ فَقَدِمَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ مِنْ غَيْبَتِهِ، فَوَجَدَ مِنْ ذَلِكَ، وَقَالَ: «أَمِثْلِي يُفْتَاتُ عَلَيْهِ فِي بَنَاتِهِ؟» فَقَالَتْ عَائِشَةُ: أَعَنِ المُنْذِرِ بْنِ

الزُّبَيْرِ تَرْغَبُ؟ لَنَجْعَلَنَّ أَمْرَهَا بِيَدِهِ، فَجَعَلَ الْمُنْذِرُ أَمْرَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بِيَدِهِ، فَلَمْ يَقُلْ عَبْدُ الرَّحْمَنِ فِي ذَلِكَ شَيْئًا، وَلَمْ يَرَوْا ذَلِكَ شَيْئًا.

وجه الدلالة: فيه دليل على جواز تولية المرأة النكاح.

القول الثالث: إذا أجاز الوليُّ النكاحَ جاز وإن عُقد بغير ولي

وهو مذهب بعض التابعين كابن سيرين، والقاسم بن محمد، والحسن بن صالح، وإسحاق بن راهويه، ومحمد بن الحسن الشيباني ، ومما استدلوا به :

-عَنْ عَائشَةَ رضي الله عنها، أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ».

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم ببطلان النكاح بلا ولي، والباطل من التصرفات الشرعية ما لا حكم له شرعا، ويتوقف نفوذه على إجازة الولي، كالبيع الباطل، ونحوه.

القول الرابع : إذا تزوجت بغير إذن وليها كفوًا فهو جائز

وهو رواية عن أبي حنيفة ونُسب لبعض التابعين كالشعبي، والزهري، وعللوا ذلك بقولهم: لأن عدم الصحة إنما كان دفعا لوقوع ضرر على الأولياء، أو المرأة، فإذا زوَّجت المرأة نفسها من كفء صح؛ لعدم وقوع الضرر.

القول الخامس: كل امرأة لها قَدْر، وغنى لا يزوجها إلا الأولياء، وأما المسكينة، والمعتقَة فلا بأس أن تولي على نفسها أجنبيا يزوجها

وهو قول للإمام مالك بن أنس في المدونة ، وعلل هذا بأمرين: لأن الدنية يتعذر عليها رفع أمرها إلى الحاكم، فلو كُلِّفت ذلك لأضر بها، وتعذر نكاحها ، ولأن كل واحد كفؤ لها بخلاف غيرها.

الترجيح بين الأقوال :

الراجح أنه لا يجوز الزواج بدون ولي، وذلك لأربعة أمور:

أحدها: قوة أدلة القائلين بعدم صحة النكاح بلا ولي، وضعف أدلة القائلين بالأقوال الأخرى.

الثاني: العلة في منعها، صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال، وذلك ينافي حال أهل الصيانة، والمروءة.

الثالث: عدم وجود دليل ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم يدل على جواز تولي المرأة عقد النكاح دون وليها.

الرابع: أثبت الواقع فشل تزويج نفسها، فبعد أن تخمد عاطفة الشباب، ويصحو العقل، ويفكِّر ليدرك أن الزواج ليس ارتباطا بين شخصين بقدر ما هو ارتباط بين أسرتين، وهذه المعاني الكبيرة لا يدركها إلا العاقلون من الرجال الذين يحرصون على منفعة بناتهم، وأهليهم.

قال ابن المنذر: لا يجوز للمرأه تزويج نفسها بدون ولي؛ للأخبار الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأصحابه، ولا نعلم أن أحدا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ثبت عنه خلاف ما قلنا، وإذا ثبت الشيء بكتاب الله، وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجز تركه لشيء.

وقال ابن عبد البر: «فقد صرح الكتاب، والسنة بأن لا نكاح إلا بولي، فلا معنى لما خالفهما».

جـ-3: الولي في قانون الأسرة :

لقد بين المشرع الجزائري في قانون الأسرة أن دور الولي في عقد الزواج مع المرأة البالغة العاقلة سواء كانت ثيبا أو بكرا هو الحضور معها، لأن المشرع

أعطاها حق عقد زواجها بنفسها مع اختيار أي ولي يحضر معها هذا العقد سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر [1] ؛ فدور الولي في العقد لا يتعدى الحضور الشرفي، ومن أسوا الاحتمالات التي يمكن أن تلجأ إليها المرأة أن تتخذ من صديقها أو زميلها أو جارها وليا لها، وهو في حقيقة الأمر نائب عنها في إبرام العقد وليس وليا، وهو ما يعد استفزازا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تولي أهمية بالغة وقدسية كبيرة لدور الولي في عقود الزواج، ناهيك عما يمكن أن يحدث عند علم الولي الشرعي بزواج ابنته دون علمه ورضاء، ولم يكن وجود الولي في عقد الزواج مشكلة أبدا لدى الأسرة الجزائرية، ولا توجد فتاة لا ترغب في حضور أبيها عقد زواجها، وحتى الشاب المقبل على الزواج لا يقبل هو الآخر الزواج من فتاة في معزل عن أهلها[2]؛ فعلامَ إذن نجعل هذا الامر القدسي شيئا تافها ومهلهلا لهذا الحد الذي يعطى فيه الحق لكل شخص تختاره ؟!.

د-الشاهدان:

يختص عقد الزواج بخصيصة تميزه عن كثير من العقود ؛ لأنه يتناول الربط بين شخصين بميثاق غليظ دائم ومستمر ، ولذلك أناطه المشرع بشرط الإشهاد عليه لتحقيق هذا المقصد ، من حيث الإثبات أو من حيث العلانية ، لِدحض كل ريبة في اتصال هذا الرجل بتلك المرأة .

---

[1] لشهب أبو بكر ، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ولاية الزواج والقصر نموذجا ، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ، جامعة وهران ، 2009-2010 ، ص51

[2] بقة عبد الحفيظ ، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، جامعة الجلفة ، العدد 2 المجلد 8 ،2015، ص113

وقد ذهب جمهور العلماء إلى أن الزواج لا ينعقد إلا ببينة، فعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "إن البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة " رواه ابن أبي شيبة[1] .

وعن عائشة رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[2] .

وهذا النفي يتوجه إلى الصحة، وذلك يستلزم أن يكون الإشهاد شرطا، لإنه قد استلزم عدمه عدم الصحة، وما كان كذلك فهو شرط.

وعن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة ، فقال: "هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت" رواه مالك[3].

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

واشتراط العدالة في الشهود: وأما اشتراط العدالة في الشهود، فذهب الاحناف الى أن العدالة لا تشترط، وأن الزواج ينعقد بشهادة الفاسقين، وكل من يصلح أن يكون وليا في زواج يصلح أن يكون شاهدا فيه، ثم ان المقصود من الشهادة

---

[1] ابن أبي شيبة ، أبو بكر عبد الله بن محمد،الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، مكتبة العلوم والحكم ، المدينة المنورة،الطبعة: الأولى، 1419هـ ، 3/ 458

[2] المتقي الهندي، علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان،كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، مؤسسة الرسالة، بيروت ، الطبعة الخامسة،1981، 16/ 314

[3] مالك بن أنس ، مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي ، موطأ مالك ، مؤسسة زايد بن سلطان أبو ظبي ، الإمارات ، الطبعة: الأولى ، 2004 ، 3/ 767

الإعلان ، والشافعية قالوا، لابد من أن يكون الشهود عدولا للحديث المتقدم: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" ، والمذهب أنه يصح ؛ لأن الزواج يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس، ممن لا يعرف حقيقة العدالة، فاعتبار ذلك يشق فاكتفي بظاهر الحال، وكون الشاهد مستورا لم يظهر فسقه.

فإذا تبين بعد العقد أنه كان فاسقا لم يؤثر ذلك في العقد، لان الشرط في العدالة من حيث الظاهر ألا يكون ظاهر الفسق، وقد تحقق ذلك.

والشافعية والحنابلة يشترطون في الشهود الذكورة، فان عقد الزواج بشهادة رجل وامرأتين لا يصح، لما رواه أبو عبيد عن الزهري أنه قال: "مضت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنه لا يجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في النكاح، ولا في الطلاق" ، ولان عقد الزواج عقد ليس بمال، ولا المقصود منه المال، ويحضره الرجل غالبا، فلا يثبت بشهادتهن كالحدود[1].

وهكذا نجد أن عقد الزواج اختص بالشهادة لأهميته وتوثيق حقوق الزوجين ، ومن هنا نص المشرع على شرطيتها في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة ، وحددها بشاهدين اثنين ، دون أن يفصل في أحكام تلك الشهادة ، والأمر متروك إلى ما جاء في الشريعة الاسلامية كما تحيل المادة 222 من قانون الأسرة .

هـ-انعدام الموانع الشرعية للزواج:

يجوز للمسلم أن يعقد النكاح على أي امرأة مسلمة أو كتابية، غير محرمة عليه، سواء كان هذا التحريم مؤبدا أو مؤقتا ، بمعنى خلو المرأة المعقود عليها من الموانع الشرعية، وأن لا يكون بين الطرفين مانع من موانع الزواج، وتنقسم المحرمات من النساء وفق نصوص المواد 23 إلى المادة 30 من قانون الأسرة إلى قسمين أساسيين ، وهو ما جاءت به الشريعة الإسلامية ، في الآيات

---

[1] سيد سابق ، مرجع سابق ، 58/2

الجامعة ، في قول الله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا (23) ﴾ [النساء :23] ، وفي قوله تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۖ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ ۚ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ۚ فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا (24) ﴾ [النساء : 24] ، وفي قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ (230) ﴾ [البقرة : 30] ، ويمكن إجمال ذلك كالآتي :

هـ1–المحرمات حرمة مؤبدة:

والتحريم المؤبد: هو ما يمنع المرأة أن تكون زوجة للرجل في جميع الأوقات ، والمحرمات المؤبدة ، ثلاثة أقسام هي :

–محرمات بالنسب :

وهن سبع:

–الأم وإن علت.

– البنت وإن سفلت.

–الأخت.

–العمة.

–الخالة.

-بنات الأخ.

-بنات الأخت.

- حكمة تحريم نكاح الأقارب من النسب:

جعل الله بين الناس ضروبا من الصلة يتراحمون بها، وأقوى هذه الصلات صلة القرابة، وصلة الرحم ؛ فأما صلة القرابة فأقواها ما يكون بين الأولاد ووالديهم من العاطفة، فكل منهما ينظر إلى الآخر كنظره إلى بعض أعضائه، وعاطفة الأم أقوى من عاطفة الأب؛ لأن الولد يتكون جنينا من دمها؛ لهذا كان تحريم نكاح الأمهات مقدما على تحريم البنات.

والصلة بين الإخوة والأخوات تشبه الصلة بين الوالد وأولاده، فالأخ والأخت من أصل واحد، وبينهما عاطفة فطرية، فلا يشتهي بعضهم التمتع ببعض ، والعمات والخالات من طينة الأب والأم، والنفس تعاف الاستمتاع بهما؛ لعاطفة حب التكريم والاحترام لهما ، وأما بنات الأخ والأخت فهما من الإنسان بمنزلة بناته، حيث أن أخاه وأخته كنفسه، فلا تشتهيها النفس؛ لعاطفة الحب والحنان لهما[1].

-محرمات بالمصاهرة :

وهن سبع :

-أم زوجته وإن علت.

-بنت زوجته ؛ إذا دخل بأمها.

-زوجة ابنه وإن نزل.

-زوجة أبيه وإن علا.

[1] التويجري ، محمد بن إبراهيم بن عبد الله ، موسوعة الفقه الإسلامي ، بيت الأفكار الدولية ، بيروت ، الطبعة: الأولى ، الطبعة الأولى ، 2009 ، 4 / 30

– **قاعدة** : " العقد على البنات يحرم الأمهات، والدخول بالأمهات يحرم البنات" ، قال في الفقه: إذا عقد الشخص على امرأة حرمت عليه أمها وإن علت، سواء دخل بها أو لم يدخل، أما بنتها فإنها لا تحرم إلا بالدخول"[1].

– **حكمة التحريم بالمصاهرة:**

إن زوجة الرجل شقيقة روحه، فينبغي أن تكون أمها بمنزلة أمه في الاحترام، وبنتها بمنزلة ابنته في العطف والحنان، وكذلك تكون زوجة ابنه بمنزلة ابنته في العطف والحنان، كما ينزل الابن امرأة أبيه منزلة أمه في التكريم والاحترام ؛ فسبحان الحكيم العليم الذي شرع أحسن الشرائع[2].

–**محرمات بالرضاع :**

وقد قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : "يَحْرُمُ مِنْ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنْ النَّسَبِ"[3] ، وهن كما في النسب والمصاهرة ، كالآتي:

–الأم وإن علت من الرضاع.

– البنت وإن سفلت من الرضاع.

–الأخت من الرضاع.

–العمة من الرضاع.

–الخالة من الرضاع.

–بنات الأخ من الرضاع.

–بنات الأخت من الرضاع.

---

[1] الكشناوي ،أبو بكر بن حسن بن عبد الله،شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك،دار الفكر، بيروت ، الطبعة: الثانية، 2/ 80

[2] التويجري ، مرجع سابق ، 4 / 30

[3] السندي ، محمد بن عبد الهادي التتوي ، كفاية الحاجة في شرح سنن ابن ماجه ، دار الجيل ، بيروت، 597/1

-أم زوجته من الرضاع ، أي أم الزوجة .

-بنت زوجته من الرضاع ، أي بنت الزوجة.

-زوجة ابنه من الرضاع ، أي ابنه من الرضاع.

-زوجة أبيه من الرضاع ، أي أبوه من الرضاع.

فائدة : لبن الفحل وهو: "الرجل يتزوج المرأة فتلد منه ولدا وينزل لها لبن بعد ولادتها منه فترضع به صبيا"[1] ، فيصير هذا الصبي ابنا من الرضاع للزوج ، ويسمى هذا لبن الفحل ، و((بتحريم لبن الفحل قال مالك، والشافعي، وأبو حنيفة، وأصحابهم، والثوري، والأوزاعي، والليث بن سعد، وأحمد بن حنبل، وإسحاق بن راهويه))[2].

- حكمة التحريم بالرضاع:

من رحمة الله عز وجل بالبشر أن وسع لهم دائرة القرابة بإلحاق الرضاع بالنسب؛ لأن بدن الرضيع يتكون من لبن المرضعة وصاحب اللبن، فتنظر المرضعة إلى الرضيع كأنه جزء من بدنها، فلهذا لا تنبعث له الشهوة[3].

هـ2-المحرمات حرمة مؤقتة:

والتحريم المؤقت: هو ما يمنع المرأة من التزوج بها ما دامت على حالة خاصة.

---

[1] الجصاص ، أحمد بن علي أبو بكر الرازي،أحكام القرآن،دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة: الأولى،1994، 2/ 158

[2] ابن عبد البر، أبو عمر بن عبد البر النمري القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد في حديث رسول اللّه –صلى اللّه عليه وسلم–، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي ، لندن ، الطبعة: الأولى،2017، 5/ 548

[3] التويجري ، مرجع سابق ، 4 / 30

فالتحريم هنا غير مؤبد، وإنما مؤقت يزول بزوال سبب التحريم ، وقد حصرها المشرع الجزائري في أحوال وهي:

ب-1:المرأة المتزوجة،

ب-2:المعتدة من الغير من طلاق أو وفاة،

ب-3:المطلقة ثلاثا لمن طلقها،

ب-4:المرأة التي لا تدين بدين سماوي (المشركة)،

ب-5: الجمع بين محرمين ، كالجمع بين الأختين، أو بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها.

وما لم يشر إليه المشرع كالمحرمة بالحج أو العمرة حتى تحل ، فيحال على أحكام الشريعة الإسلامية ، كما تنص المادة 222 من قانون الأسرة .

2-الشروط المقترنة بعقد الزواج :

للفقهاء الشرعيين رأيان في حرية الاشتراط في العقود[1]:

-**الرأي الأول** : للظاهرية، وهم القائلون بأن الأصل في العقود المنع، قالوا: إن الأصل في الشروط المنع، فكل شرط لم يقره الشرع في القرآن أو السنة فهو باطل.

-**الرأي الثاني:** لسائر الفقهاء الآخرين ، وهو أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، لكن هؤلاء فريقان:

أ- **الحنابلة** : يقولون الأصل في الشروط العقدية هو الإطلاق، فكل شرط لم يرد الشرع بتحريمه فهو جائز.

---

[1] الزحيلي ، مرجع سابق ، 4 / 3050

ب – غير الحنابلة : يقولون الأصل في الشروط العقدية هو التقييد، فكل شرط خالف الشرع أو مقتضى العقد فهو باطل، وما عداه فهو صحيح.

وههنا سنكتفي هنا ببيان مذهبي الحنفية والحنابلة في الشروط المقترنة بالعقد. أما مذهب الشافعية فقريب من مذهب الحنفية، ومذهب المالكية قريب من مذهب الحنابلة.

ب1- مذهب الحنفية في الشروط:

قسم الحنفية الشروط إلى ثلاثة أنواع: الشرط الصحيح، والشرط الفاسد، والشرط الباطل .

-**الأول: الشرط الصحيح:** هو ماكان موافقا لمقتضى العقد ، أو مؤكدا لمقتضاه، أو جاء به الشرع، أو جرى به العرف.

مثال الشرط الذي يقتضيه العقد: اشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها، واشتراطه عليها تسليم نفسها إذا قبضت مهرها. فهذه شروط تبين مقتضى العقد أو توافق مقتضاه؛ لأن مضمونها واجب التحقق شرعا، حتى ولو لم يشترطها أحد العاقدين؛ لأن ثبوت الإنفاق على الزوجة وزفافها من مقتضى الزواج.

مثال الشرط المؤكد لمقتضى العقد: اشتراط كون والد الزوج كفيلا بالمهر والنفقة.

مثال الشرط الذي ورد به الشرع: اشتراط الطلاق إذا طرأ سبب داع له، فذلك كله مشروع في الشرع.

مثال الشرط الذي جرى به العرف: وإقرار هذا الشرط عند الحنفية أدى إلى توسيع حرية الناس في الاشتراط، بما يحقق لأحد العاقدين منفعة زائدة عن مقتضى العقد. كما أدى إلى زوال الشرط الفاسد من معاملات الناس. وأصبحت

الشروط كلها صحيحة بالعرف إلا إذا كانت مصادمة لنص تشريعي، أو منافية لمبادئ الشريعة ومقاصدها العامة.

-**الثاني : الشرط الفاسد:** هو مالم يكن أحد الأنواع الأربعة السابقة في الشرط الصحيح، أي أنه الذي لا يقتضيه العقد، ولا يلائم المقتضى، ولا ورد به الشرع، ولم يتعارفه الناس، وإنما فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين.

مثال : اشتراط الزوجة ألا تنتقل من بلدها التي تزوجت فيها، أو ألا يتزوج عليها، أو أن يطلق امرأته الأولى، أو ألا يطلقها أبدا.

ويختلف أثر الشرط الفاسد على العقود بحسب نوع العقد. والقاعدة المقررة في ذلك هي: أن الشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية يفسدها، وفي غيرها لا يؤثر عليها.

إن الشرط الفاسد في المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والقسمة والمزارعة والمساقاة والصلح عن المال يفسدها، ولأن الشرط الفاسد يتنافى مع مبدأ التعادل الذي تقوم عليه المبادلات المالية.

وأما العقود الأخرى غير المبادلات المالية كالزواج والطلاق، فلا يؤثر عليها الشرط الفاسد، ويبقى العقد صحيحا، ويصير الشرط لاغيا لا أثر له.

الثالث : الشرط الباطل: هو ما لم يكن أحد أنواع الصحيح، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما، وإنما هو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين ؛ فالعقد صحيح ، والشرط لغو باطل لا قيمة له.

ب2- مذهب الحنابلة في الشروط:

مذهب الحنابلة وعلى التخصيص ابن تيمية وابن القيم أوسع المذاهب في الأخذ بحرية الاشتراط ، فهم أقرب إلى الفقه القانوني الآخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، فهم يرون أن الأصل في الشروط الإباحة أو الإطلاق، فيصح كل شرط فيه منفعة أو مصلحة لأحد العاقدين، كاشتراط صفة معينة في أحد الزوجين،

واشتراط الزوجة على الزوج ألا يتزوج عليها، أو ألا يسافر بها، أو ألا ينقلها من منزلها.

هذه شروط صحيحة يجب الوفاء بها، فإن لم يوف بها جاز للعاقد الآخر فسخ العقد.

وهذا رأي القاضي شريح ، وابن شبرمة الكوفي، وابن أبي ليلى وجماعة من فقهاء المالكية.

ولم يستثن الحنابلة ومن وافقهم من الشروط الجائزة إلا الشرط المنافي لمقتضى العقد، أو الذي ورد النهي عنه:

-**الشرط المنافي لمقتضى العقد**: كاشتراط البائع على المشتري ألا يبيع الشيء المشترى مطلقا، أو ألا يقفه على جهة خير مثلا، أو ألا يسكن فيه أحدا بالإيجار وغيره، العقد حينئذ صحيح والشرط لاغ؛ لأن في هذا الشرط حرمان العاقد من الاستفادة مما يثبته العقد له من حقوق.

-**الشرط المنهي عنه أو المخالف لحكم الله ورسوله** : كاشتراط الزوجة أن يطلق امرأته الأولى. هذا شرط فاسد يفسد العقد.

ب3-رأي المتأخرين من الحنابلة: أفاض ابن تيمية وابن القيم في بيان نظريتهما في أن الأصل في العقود والشروط الإباحة أو الجواز والصحة حتى يقوم الدليل على المنع؛ لأنها من العادات التي تراعى فيها مصالح الناس. فإن حرمنا ما يجري بين الناس من عقود وشروط، بغير دليل من الشارع، نكون قد حرمنا ما لم يحرمه الله ، والله تعالى أمرنا بالوفاء بالعقود في قوله: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ۚ ﴾ [المائدة:1]، وطالبنا النبي عليه السلام بتنفيذ الشروط في قوله المتقدم: «والمسلمون على شروطهم، إلا شرطا أحل حراما، أو حرم حلالا». وقررت الشريعة أن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وأثرها: هو ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد، وذلك في قوله تعالى: ﴿ **وَآتُوا النِّسَاءَ**

صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا (4)﴾ [النساء:4] فإذا كان طيب النفس هو المبيح للصداق، فكذلك سائر التبرعات.

أما استثناء الشرط أو العقد المناقض حكم الله ورسوله، فلقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المتقدم: «من أحدث في أمرنا أو ديننا هذا ما ليس منه فهو رد» وفي لفظ «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد» فكل شرط يناقض حكم الله ورسوله يكون باطلا باتفاق المسلمين، لقوله صلى الله عليه وسلم: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» والمقصود بالشرط الذي ليس في كتاب الله: هو ما فسره عمر بن الخطاب في رسالته لأبي موسى الأشعري في القضاء: «والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما، أو حرم حلالا».

وأما استثناء الشرط المنافي لمقصود العقد، فلأنه جمع بين المتناقضين، أي بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شيء.

ويلاحظ أن الحنابلة حصروا الشرط المنافي في المناقضة لمقصود العقد الأصلي. فإنه يكون منافيا أو مبطلا للمقصود الأصلي من العقد، ففي الزواج لو شرط فيه ألا تحل به المتعة الزوجية يبطل العقد، لكن لو شرط فيه عدم ممارسة الاستمتاع الزوجي يصح العقد ويلغو الشرط.

أما الحنفية فقد توسعوا في تفسير المنافاة، وقالوا: كل ما يكون من الشروط فيه منفعة لأحد المتعاقدين، يكون منافيا لمقتضى العقد.

-**الخلاصة**: إن الحنابلة وموافقيهم يرون أن الشريعة فوضت لإرادة العاقدين تحديد مقتضيات العقود، أو آثارها ضمن نطاق حقوقهما ومصالحهما في كل ما لا يصادم نصوص الشريعة أو أصولها الثابتة.

وهذا الاتجاه لعمر وشريح وابن شبرمة والحنابلة يتفق تماما مع ما تقرره القوانين الحديثة من مبدأ سلطان الإرادة، وإعطاء الحرية للعاقدين في اشتراط أي شرط لا يخالف قواعد النظام العام أو الآداب أو النصوص القانونية الخاصة.

وقد كان للاجتهاد الحنبلي في حرية الاشتراط العقدي مزايا مهمة ، حيث أخذوا بمبدأ حرية الاشتراط في الزواج، لما ثبت في الصحيحين عن النبي صلّى الله عليه وسلم أنه قال: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» ، ولما للزواج من جانب كبير من الخطورة والقدسية، إذ تقوم عليه أسرة تتطلب الحفاظ عليها، فتكون رعاية الشروط التي فيها منفعة أوجب وألزم من العقود الأخرى ، ولذلك أجازوا خلافا لغيرهم للزوجين اشتراط ما شاءا من الشروط التي فيها منفعة مقصودة لا تتعارض مع موضوع الزواج ونصوص الشريعة ، وذلك كاشتراط المرأة ألا يسافر بها زوجها، أو ألا ينتقل بها من دارها ويسكن معها، أو ألا يتزوج عليها، أو أن يطلق امرأته الأولى ، أو اشتراط أحد الزوجين كون الآخر موسراً ونحو ذلك ، أما اشتراط توقيت الزواج، أو عدم المهر، أو عدم النفقة الزوجية أو عدم الاستمتاع الزوجي ونحوه، فلا يصح لمصادمته أصول الزواج ، وإذا لم يوف الزوج بالشرط كان الطرف الآخر المشروط له مخيرا بين الاستمرار وفسخ العقد بسبب عدم الوفاء بالشرط[1].

الشروط المقترنة بالعقد في قانون الأسرة الجزائري :

لقد تناول المشرع الجزائري مسألة الشروط المقترنة بالعقد أو التي يتضمنها العقد في موضعين :

الموضع الأول : في عقد الزواج وإثباته وهذا في المادة 19 .

الموضع الثاني : في فصل النكاح الفاسد أو الباطل ، وهذا في المادة 32 و35

ففي المادة 19 أعطى المشرع كلا من الزوجين حق الاشتراط لنفسه ما يراه مناسباً بشرط ألا تتنافى مع هذا القانون فقال : "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما –

---

[1] الزحيلي ، مرجع سابق ، 4 / 3060

شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة – ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"[1] .

فهنا جعل المشرع الأصل في الشروط الجواز ، فلا يمنع منها إلا ما خالف القانون وتكون ملزمة للطرف الذي تحملها ومن حق المشترط المطالبة بالوفاء بالشروط .

أما في فصل النكاح الفاسد والباطل ، ففي المادة 32 يبطل الزواج إذا تلبس به مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد ، بمعنى أنه اعتبر اشتمال العقد على الشرط المنافي لمقتضى العقد من أسباب بطلانه ، ثم إنه حكم على العقد المشتمل للشرط المنافي لمقتضى العقد بالفسخ دونما تفريق بين حالة قبل الدخول وبعدها ، رغم أن المشرع ذكر في المادة التالية 33 أن كتابة الزواج إذا تم بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل .

فلا بد إذا من تقييد ما ورد في المادة 19 من حرية المتعاقدين في الاشتراط ما ورد هنا وهو كون الشرط لا ينافي مقتضى العقد . وهذا يمكن أن يكون مقصود المشرع بقوله هناك : "ما لم تتناف مع هذا القانون".

ثم جاء في المادة 35 بما يعتبر مضمونه مخالفاً للمادة 32 : "إذا اقترن عقد الزواج شرط ينافيه ، كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا" ، فحكم على العقد المقترن بشرط ينافيه بالصحة ، وأبطل الشرط فقط . مما يجعل الجمع بين النصين أو الحكمين متعذراً ؛ إذ حكمنا مرة على العقد المقترن بالشرط المنافي لمقتضياته بالبطلان وأدرج ضمن النكاح الفاسد أو الباطل، ومرة حكمنا عليه بالصحة وأبطلنا الشرط فقط ، ولذا كان من الأنسب حذف عبارة "أو شرط

---

[1] داودي عبد القادر ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، دار البصائر ، الجزائر ، 2010 ، ص152

يتنافى ومقتضيات العقد"، وعدم إدراجها ضمن المادة 32 ، والاكتفاء بما ورد في المادة 19 ، من جواز الاشتراط وتقييده بما جاء في المادة 35 .

كما يلاحظ أن المشرع عندما أعطى للمتعاقدين حرية اشتراط الشروط غير المتنافية مع القانون أو مع العقد نفسه يكون قد توسع في مسألة الاشتراط ولم يتقيد بما ذكره فقهاء المالكية ، بل هو في هذا التوسع أقرب إلى مذهب الحنابلة القائلين بلزوم الشروط التي لم ينه الشارع عنها ولا تناقض مقصود العقد أو مقتضاء[1].

وهذا الاختيار في محله ؛ لأنه يتماشى مع طبيعة العقود ، ويحقق مصلحة المتعاقدين ، ويدرأ التنازع والاختلاف بين المتعاقدين أثناء قيام الزوجية حول بعض المسائل ، كمسألة التعدد ومسألة عمل المرأة ومسألة تحمل أعباء البيت وتربية الأولاد وأجرة المرأة وغيرها من القضايا الحادثة في المجتمعات المعاصرة التي يكون الاشتراط فيها مغنيا عن التقييد الذي انتهجه المشرع في مسألة التعدد[2].

---

[1] داودي عبد القادر ، مرجع سابق ، ص152

[2] داودي عبد القادر ، المرجع السابق ، ص153

آثَــار الــزَّواج

نقصد بآثار الزواج تلك الحقوق التي تترتب على العقد الصحيح لكلا الزوجين ، أو لأحدهما على الآخر ؛ فإذا ((تم عقد الزواج يستحق شرعا كل واحد من الزوجين على الآخر حقوقا، ويجب على كل منهما أن يوفي صاحبه حقه ؛ فالزوجة تستحق على زوجها حقوقا مالية وهي المهر، والنفقة، وحقوقا غير مالية وهي أن لا يلحق بها ضررا، وأن يعدل بينها وبين ضرائرها إن تعددت الزوجات ، والزوج يستحق على زوجته حق طاعتها له، وولاية تأديبها بالمعروف ، وكل منهما يستحق على الآخر حق الإرث، وحرمة المصاهرة، وحل الاستمتاع، وحسن المعاشرة))[1].

ومن هذه الآثار المترتبة :

أولا: حقوق وواجبات الزوجين

لا يمكن أن تكون هذه الحقوق والواجبات ملزمة للطرفين إلا إذا انعقد الزواج صحيحا، وتم البناء والدخول الحقيقي.

وهذه الحقوق والواجبات إنما تهدف إلى استقرار الأسرة واستمرارها، وبديهي أن الإخلال بهذه الحقوق والواجبات سيعرض الأسرة إلى التفكك والانهيار.

وقد جاءت المادة 36 من قانون الأسرة تنص على حقوق وواجبات الزوجين كالآتي :

---

[1] عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، مطبعة دار الكتب المصرية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 1938 ، ص75

"يجب على الزوجين:

1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،

2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة،

3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم،

4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات،

5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم،

6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف،

7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".

ويلاحظ أن هذه المادة جاءت مهلهلة غير مضبوطة ، ولا موضحة أين يكون الحق وأين ينتهي ؟ ، كما يغلب عليها طابع التكرار غير المجدي ؛ لِذا سنذكر الحقوق الزوجية ، كما وردت في الشريعة بشيء من الاقتضاب ، على النحو التالي :

1- الحقوق المشتركة بين الزوجين :

وهي كما يلي:

أ-حل الاستمتاع وحسن المعاشرة :

ويهدف هذا الحق إلى تحقيق العفة ونشر السكينة وإعمار المودة والرحمة بينهما، قال الله تعالى : ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (21)**﴾ [الروم : 21]

ولعل هذا ما عبر عنه المشرع الجزائري من خلال الفقرة 1 و2 من المادة 36 ، وهما:

-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

-المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

ولئن كان المشرع الجزائري قد اعتبرها من الواجبات المشتركة فإن هذا لا يمنع من جعلها أيضا من الحقوق المشتركة، ويترتب على هذا أن يعمل كل من الزوجين بقدر الإمكان على إسعاد زوجه وعلى راحته وبكل الوسائل الممكنة المادية منها والمعنوية[1].

ب- الذمة المالية المستقلة لكل منهما :

وهذا الحق المشترك نحن عليه المشرع الجزائري في المادة37 :" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر"، وفي الفقرة 2 من ذات المادة أجاز المشرع للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتبانها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما.

كذلك إذا كانت الزوجة من حقها الاستقلال باستقلاليتها المالية، فلها بالمقابل أن تتصرف به كيفما شاءت، إلا أن نفقتها لمالها إذا كانت بطريقة قد تؤثر سلبا على الأسرة والأولاد، فمن حق الزوج أن يعترض رعاية لمصلحة الأسرة[2].

إذن كل حق ثبت للزوج فللزوجة حق مثله، ما لم يأت دليل شرعي يبين اختصاص الرجل بهذا الحق، وهذا أصل عظيم ينبني عليه كثير من الحقوق ، وفي هذا تنص الآية الكريمة ، قال الله تعالى : ﴿ **وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ (228)** ﴾[البقرة : 228] .

---

[1] سليمان ولد خسال ، المرجع السابق ، ص89

[2] سليمان ولد خسال ،المرجع السابق ، ص89

2-حقوق الزوجة على زوجها :

وهي كما يلي:

أ-الصداق:

وقد نص عليه المشرع من خلال المادة 14 من قانون الأسرة وهذا الحق سبق الحديث عنه بالتفصيل.

ب-النفقة :

ب1: تعريف النفقة:

النفقة هي : ((كفاية من يمونه طعاما، وكسوة، وسكنى، وما يتبع ذلك الشيء (...) وتوفير ما تحتاج إليه الزوجة من الطعام واللباس والسكن والدواء ونحو ذلك حسب العرف والقدرة)) [1].

ب-2: حكم النفقة :

النفقة واجبة على الزوج ؛ ((لأن الزوجة محبوسة على الزوج للاستمتاع بها، فلا بد أن ينفق عليها، وعليها طاعته، والقرار في بيته، وهو يقوم بكفايتها والإنفاق عليها، ما لم يوجد نشوز يمنع من الإنفاق عليها)) [2].

ودليل ذلك قوله الله تعالى: ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا** ۚ﴾[البقرة : 233] ، قال ابن كثير: "أي: وعلى والد الطفل نفقة الوالدات، وكسوتهن بالمعروف، أي: بما جرت به عادة أمثالهن في بلدهن؛ من غير إسراف ولا إقتار، بحسب قدرته في يساره وتوسطه وإقتاره" [3] .

---

[1] التويجري ، مرجع سابق ، 4/453-454

[2] التويجري ، مرجع سابق ، 4/454

[3] ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم،دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، الطبعة: الأولى ،1419هـ ، 1/479

وقال تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۖ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ ۖ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ (6) لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا (7) ﴾ [الطلاق :6-7] ، قال الضحاك: "إذا طلق الرجل زوجته وله منها ولد، فأرضعت له ولده، وجب على الوالد نفقتها وكسوتها بالمعروف"[1].

وعن جابر –رضي الله عنه– قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في حجة الوداع: اتَّقُوا اللهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللهِ، وَإِنَّ لَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُونَ، فَإِنْ فَعَلْنَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبَرِّحٍ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"[2]

وعن حكيم بن معاوية البهزي، عن أبيه، أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم: " يَا رَسُولَ اللهِ، مَا حَقُّ زَوْجِ أَحَدِنَا عَلَيْهِ؟ قَالَ: " تُطْعِمُهَا إِذَا أَكَلْتَ، وَتَكْسُوهَا إِذَا اكْتَسَيْتَ، وَلَا تَضْرِبِ الْوَجْهَ وَلَا تُقَبِّحْ، وَلَا تَهْجُرْ إِلَّا فِي الْبَيْتِ " رواه أحمد[3] .

وقد ساير المشرع الجزائري هذا الحكم ، فحكم بوجوب نفقة الزوجية ، كما في المادة 74: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد (78 و79 و80) من هذا القانون".

---

[1] ابن كثير ، المرجع السابق ، 479/1

[2] النسائي ، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، السنن الكبرى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة: الأولى،2001، 269/8

[3] الإمام أحمد ، مرجع سابق ، 33/ 213

ب3: تقدير النفقة :

-مشمولات النفقة :

نفقة الزوجة تشمل طعامها وكسوتها ومسكنها وخدمتها وكل ما يلزم لمعيشتها حسب المعروف كما قدمنا.

وما دامت الزوجية قائمة والزوج معاشر زوجته فهو الذي يتولى الإنفاق عليها، ويجيئها بما فيه كفايتها من طعام وكسوة وغيرهما، وما دام متوليا هذا الإنفاق وقائما بالواجب فليس للزوجة طلب فرض نفقة.

فإذا شكت مطله في الإنفاق، وأنه تاركها بلا نفقة بغير حق وطلبت فرض نفقة لها بأنواعها الثلاثة: الطعام والكسوة والمسكن وثبت ذلك، فرض لها القاضي النفقة بأنواعها، وأمر الزوج بأداء ما فرض لها، ويصح أن تكون النفقة المفروضة أصنافا بأن يفرض على الزوج أن يرتب لطعامها مقادير معينة من خبز ولحم وخضر وما يستلزمه طعامها. ويرتب لكسوتها شتاء ثيابا معينة وصيفا كذلك. ويصح أن يفرض لها بدل طعامها وكسوتها نقودا، وهي تشتري بها ما يلزمها[1].

وهذا ما وردت به المادة 78 من قانون الأسرة : "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

[1] خلاف ، مرجع سابق ، ص113

-أساس تقدير النفقة:

يراعى في تقدير النفقة بأنواعها أمران:

-أولهما : حال الزوج أو الزوجين

وههنا رأيان :

الرأي الأول : حال الزوج المالية حين فرضها، فإن كان موسرا فرضت لها نفقة اليسار، ولو كانت هي معدمة، وإن كان معسرا فرضت لها نفقة الإعسار، ولو كانت هي ثرية، وإن كان متوسط الحال فنفقة الوسط[1].

وإلى هذا ذهب الشافعية والكرخي من الحنفية[2].

الرأي الثاني : العبرة في النفقة بحال الزوج والزوجة معا في اليسار والإعسار، وإلى هذا ذهب المالكية والحنابلة والخصاف من الحنفية[3].

وإلى الرأي الثاني مال المشرع الجزائري ، كما في المادة 79من قانون الأسرة:" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

ثانيهما: غلاء الأسعار ورخصها حين الفرض

لأن المفروض إنما هو ثمن لشراء حاجيات، والأثمان تختلف باختلاف الأسعار ؛ فإذا تغيرت الأسعار عن وقت الفرض إلى زيادة، أو تحسنت حال الزوج المالية عما كانت عليه حين الفرض كان للزوجة أن تطلب زيادة نفقتها.

وإذا تغيرت حال الأسعار إلى نقص، أو حال الزوج المالية إلى أسوأ كان للزوج أن يطلب تخفيض النفقة.

---

[1] خلاف ، مرجع سابق ، ص113

[2] وزارة الأوقاف الكويتية ، مرجع سابق ، 288/31

[3] وزارة الأوقاف الكويتية ، المرجع السابق ، 288/31

ولا يلزم أن تفرض النفقة شهرية بل يصح أن تفرض يومية إذا كان الزوج من العمال الذين يقتضون أجرتهم يوما فيوما وطلب ذلك، وأن تفرض أسبوعية أو سنوية على حسب ما هو ميسر للزوج. وتعطى نفقة أية مدة مقدما حتى تستطيع الزوجة قضاء حاجاتها منها[1].

والجاري عليه العمل الآن في المحاكم الشرعية المصرية (أي في زمانه) فرض بدل طعامها شهريا وبدل كسوتها عن ستة شهور، على اعتبار أنها تحتاج في السنة إلى كسوتين واحدة للصيف وأخرى للشتاء. وبعض القضاة يفرض مبلغا شهريا لطعامها وكسوتها وسكنها بدون تفصيل، مراعيا أن فيما يفرضه كفاية لها في الأنواع الثلاثة حسب حال زواجهما.

وإذا تبين بعد فرض النفقة أن التقدير كان خطأ لا يقوم بكفاية الزوجة حسب حال زوجها؛ لأن ما فرض لطعامها لا يسد حاجتها، وما فرض لكسوتها كذلك مع أنها لم تستعمل ثيابها غير الاستعمال المعتاد، عدل القاضي المفروض لطعامها وكسوتها تعديلا يتفق وكفايتها مع رعاية حال الزوج.

والمسكن الذي يهيئه الزوج لزوجته ويجب عليها أن تطيعه فيه، بحيث إذا امتنعت من الطاعة فيه تعتبر ناشزة هو المسكن اللائق لحالة الزوج المالية، سواء كان منزلا مستقلا أو شقة في منزل أو حجرة من شقة حسب ميسرة الزوج، بشرط أن يكون خاليا من أهله وأهلها، وفيه المرافق الشرعية، وبين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها، فإذا أعد لها مسكنا مستكملا هذه الشروط فقد قام بما يجب عليه.

وليس له أن يجبرها على إسكان أحد معها في مسكنها من أهله وأولاده من غيرها، سوى ولده الصغير غير المميز، كما أنها ليس لها أن تسكن معها أحدا

---

[1] خلاف ، مرجع سابق ، ص113

من أهلها وأولادها من غيره، ولا ولدها الصغير غير المميز، والغرض من هذا منع إضرار واحد منهما بصاحبه وتوفير أسباب الراحة لهما.

وإذا كان في منزل شقق متعددة أو في دار بيوت متعددة والزوجة تسكن في إحداها، وللزوج قريبات كأمه وأخته وبنته تسكن في الأخرى، فليس لها أن تطلب النقلة إلى مسكن آخر، إلا إذا آذينها بفعل أو قول. وأما إذا كان في الشقة الأخرى من المنزل أو في البيت الآخر من الدار ضرتها فلها أن تطلب النقلة إلى مسكن آخر بعيد عنها مطلقا؛ لأن مجرد وجود الضرة إيذاء لها.

وإذا لم يهيئ الزوج هذا المسكن الشرعي فرض القاضي عليه بدل سكناها، مراعيا حاله وأجور المساكن وأمره بأدائه لها.

وإذا كان الزوج معسرا فلا تجب عليه نفقة خادم؛ لأن الواجب على المعسر نفقة الكفاية، وهي تكتفي بخدمة نفسها، وإذا كان موسرا وجبت عليه نفقة ما تحتاج إليه من خادم أو أكثر، حسب يساره وحاجتها متى كان هذا الخادم مملوكا لها ومتفرغا لخدمتها، وفلو لم يكن لها خادم مملوك لا يلزمه إحضار خادم يخدمها بل يلزمه أن يحضر لها ما تحتاجه[1].

3-حقوق الزوج على زوجته :

وهي كما يلي:

أ-حق الطاعة :

باعتباره رئيس العائلة، مادام رأيه سليما شرعا وقانونا وعليه فإن هذا الحق لا يعني الاستبداد بالرأي، ولا يعني أيضا أن تذوب شخصيتها العامة[2].

فطاعة الزوجة لزوجها حق من حقوقه، فإن قوامة الرجل تقتضي ذلك، وهي داخلة في قوله تعالى: ﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ**

---

[1] خلاف ، المرجع السابق ، ص113

[2] سليمان ولد خسال ،المرجع السابق ، ص92

عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ﴾[النساء: 34].

فبين الله جل وعلا أن الصالحات قانتات أي مطيعات لربهن قائمات بحقه، ومطيعات لأزواجهن، وأنهن حافظات لحق أزواجهن وحافظات لأنفسهن حال غيب أزواجهن، بل حافظات لكل ما غاب عنهم فلا يتحدثن بما يكون بينه وبينهن، ولا يفشين له سرا.

وطاعة الزوج من أعظم أسباب استقرار الأسرة وعدم تفككها، فإن الطاعة تجلب الرضا وتمنع الخلاف والتباغض[1].

وقد جعل الشرع ((الزَّوْج قواما على امْرَأَته، وله الطول عَلَيْهَا بالجبلة ؛ فَإِن الزَّوْج أتم عقلا وأوفر سياسة وآكد حماية وذبا للعار، بِالْمَالِ حَيْثُ أنْفق عَلَيْهَا رزقها وكسوتها، وَكَون السياسة بِيَدِهِ يَقْتَضِي أَن يكون لَهُ تعزيرها وتأديبها أَن بَغت، وليأخذ بالأسهل فالأسهل، فَالْأول بالوعظ، ثمَّ الهجر بالضجع يَعْنِي ترك مضاجعتها، وَلَا يُخرجهَا من بَيته، ثمَّ الضَّرْب غير المبرح أَي الشَّديد، فَإِن اشْتَدَّ الشقاق، وَادّعى كل نشوز الآخر وظلمه لم يكن قطع الْمُنَازعَة إِلَّا بحكمين: حكم من أَهله، وَحكم من أَهلهَا يحكمان عَلَيْهِمَا من النَّفَقَة وَغَيرهَا مَا يريان من الْمصلحَة وَذَلِكَ لِأَن إِقَامَة الْبَيِّنَة على مَا يجْرِي فِي الزَّوْجَيْنِ ممتنعة؛ فَلَا أَحَق من أَن يَجْعَل الْأَمر إِلَى أقرب النَّاس إِلَيْهِمَا وأشفقهم))[2].

---

[1] فوزي أبو بكر ، الحكم من المعاملات والمواريث والنكاح والأطعمة في آيات القرآن الكريم، ماجستير، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة – كلية القرآن الكريم والدراسات الإسلامية – قسم التفسير،1427هـ-1427هـ ، ص277

[2] الدهلوي ، أحمد بن عبد الرحيم ولي الله شاه ، حجة الله البالغة ، دار الجيل ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2005 ، 2 / 209 – 211

ب-حق تأديب الزوجة:

من حق الزوج في الشريعة الإسلامية أن يؤدب زوجته إذا لم تطعه فيما أوجبه الله عليها من طاعته كأن تتاقل عليه إذا دعاها أو تخرج من منزله بغير إذنه، وأساس هذا الحق قوله تعالى: ﴿**وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا (34)**﴾[النساء : 34].

والنشوز هو معصية الزوج مأخوذ من النشز؛ أي الارتفاع، فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من الطاعة[1].

ومن المتفق عليه أن للزوج أن يؤدب زوجته بصفة عامة على المعاصي التي لا حدَّ فيها، كمقابلة غير المحارم، وترك الزينة، والخروج دون إذن، وعصيان أوامر الزوج وتبذير ماله ، والرأي الراجح أن له تعزيره على ترك فرائض الله إذا كانت مسلمة كترك الصلاة والصوم ، ومن المتفق عليه أن الزوجة لا تضرب لخوف النشوز قبل إظهاره، وإنما تضرب لإظهار النشوز فعلاً ، ويرى مالك وأبو حنيفة أن الضرب لا يكون لأول معصية ، وإنما يكون لتكرر المعصية والإصرار عليها ، فإذا عصت أول مرة وعظها بالرفق واللين، وإن عادت كان له أن يهجرها، فإن عادت كان له أن يضربها، وحجة أصحاب هذا الرأي أن الواو وردت للترتيب في قوله تعالى: ﴿ **فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ** ﴾[النساء : 34] ، وأن المقصود من التأديب هو الزجر عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يُبدأ فيه بالأسهل فالأسهل[2].

---

[1] عودة عبد القادر ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، دار الكاتب العربي ، بيروت ، ص513

[2] عودة ، المرجع السابق ، ص514

ويترتب على الأخذ بهذا الرأي أن يُعاقَب من يضرب زوجته لأول معصية أو لثاني معصية ، أما من يضربها للثالثة فلا عقوبة عليه ؛ لأنه استعمل حقه في حدوده المقررة ، ويعاقب أيضاً من يضرب زوجته للمعصية الثالثة إذا لم يكن وعظها أو هجرها قبل ذلك ، فعلى الضارب لِيُعفى من العقوبة أن يثبت أنها عصت قبل الضرب مرتين وأنه وعظها في أولاهما وهجرها في الثانية[1].

وليس للزوج أن يضرب زوجته أيَّ ضرب شاء، فحقه مقيد بضربها ضرباً غير مبرح لقوله عليه الصلاة والسلام: "إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح".

والضرب غير المبرح هو الضرب غير الشديد، وقد فسره البعض بأنه الضرب الذي يؤلمها ولا يكسر لها عظماً ولا يدمي لها جسماً، وقال البعض أنه الضرب الذي لا يسود الجلد ولا ينهر الدم وأن يكون مما يعتبر مثله تأديباً ، وعرفه البعض بأنه ما كان غير مدم ولا مدمن . وقال البعض انه الضرب الذي لا يترك أثراً. وكل هذه التفسيرات على اختلاف عباراتها تؤدي معنى واحداً[2].

ويشترط في ضرب التأديب أن لا يكون على الوجه ولا على المواضع المخوفة كالبطن ، ويشترط في الضرب أن يكون بقصد التأديب وأن لا يسرف فيه وأن يكون مما يعتبر مثله تأديباً، فإن كان كذلك فلا مسئولية على الزوج؛ لأن الفعل حقه فهو مباح له، ويراعى الوسط في الضرب فما يعتبر تأديباً في وسط قد لا يعتبر تأديباً في وسط آخر، وما يخرج عن حدود التأديب في وسط قد لا يصل حد التأديب في وسط آخر.

كما يشترط إذا كان التأديب عن أمر تعاقب عليه السلطات العامة أن لا يبلغ لهذه السلطات، وأن لا تكون الدعوى العمومية قد رفعت ضد الزوجة بشأن هذا

---

[1] عودة ، المرجع السابق ، ص515

[2] عودة ، المرجع السابق ، ص516

الأمر، فإن حدث شيء من هذا فليس للزوج أن يؤدب الزوجة ، وتعليل هذا أن السلطات العامة هي المختصة أصلاً بالعقاب، فإذا عرض الأمر عليها سقط حق الزوج في التأديب؛ لأنه حق أعطي له استثناء حتى لا يؤدي تدخل السلطات العامة في كل أمر إلى إساءة العلاقة بين الزوجين ، فإذا سرقت الزوجة مثلاً من جارتها أو سبتها ولم تر الجارة أن تلجأ للسلطات العامة كان للزوج أن يؤدب زوجته على ما حدث منها، أما إذا لجأت الجارة إلى السلطات العامة لم يكن للزوج أن يؤدب الزوجة إلا إذا كان هناك ما يمس حقوقه عليها، كأن يكون قد نهاها عن سب جارتها أو نهاها عن الخروج من المنزل، فإن مخالفتها عصيان له واعتداء على حقه فيجوز له أن يؤدبها على هذا فقط، لا على السرقة أو السب.

ثم ليس للزوج أن يؤدب الزوجة إذا اعتقد أو غلب على ظنه أن التأديب لا فائدة منه، وليس له أن يخرج عن حدود التأديب إذا اعتقد أو غلب على ظنه أن إصلاحها لا يكون إلا بالضرب الشديد، ويعتبر عمل الزوج في الحالين اعتداء لا تأديباً[1].

وهذا الحق لم يرد ذكره في قانون الأسرة مطلقا .

وفي الأخير يلاحظ على موقف المشرع الجزائري ؛ أنه قد ألغى المواد التي تجعل لكل من الزوج والزوجة حقوقا أو واجبات خاصة به وأبدلها بواجبات مشتركة بين الطرفين من خلال نص المادة 36 ، كما نص على حق واحد مشترك هو الذمة المالية المستقلة والموضح في المادة 37 من ذات القانون ، كما ألغي المشرع واجبا مهما هو واجب الرضاعة عندما ألغى نص المادة 39 من القانون رقم 84/11 ، وهذا بالرغم من حملات الوعي التي قامت بها الدولة

[1] عودة ، المرجع السابق ، ص517

الجزائرية عن طريق وزارة الصحة إظهارا وإبرازا لفوائد حليب الأم الكثيرة ، ومع ذلك فيمكن الرجوع إلى أحكام الرضاع من خلال المادة 222 من القانون 84/11 ، آثارا سلبية وخطيرة على مستقبل الأولاد[1].

ويلاحظ أن المشرع حسنا فعل في المادة36 ؛ حين نص على الحقوق العائلية ؛ لأن الأسرة الجزائرية أصبحت وبشكل كبير نتوجه إلى الاستقلالية عن العائلة، وبالتالي كان لزاما على الزوجين معا زيارة الوالدين والأقارب، وزيارة أحدهما لوالدي الآخر، حتى تحافظ الأسرة على أصالتها، وعلاقة العائلتين معا، وبالتالي يتحقق استقرار الأسرة[2].

ثانيا: النسب

1-المقصود بالنسب :

النسب : "حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر، من حيث أن الشخص انفصل عن رحم امرأة هي في عصمة زواج شرعي أو ملك صحيح ثابتين أو مشبهين للثابت، للذي يكون الحبل من مائه"[3].

وتشير المادة 40 من قانون الأسرة إلى هذا : يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد (32 و33 و34) من هذا القانون ".

---

[1] ولد خسال ، مرجع سابق ، ص94

[2] ولد خسال ، المرجع السابق ، ص94

[3] السبيل ، عمر بن محمد ، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية ، دار الفضيلة ، الرياض ، الطبعة الأولى : 2002 ، ص16

ونسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة شرعية أو غير شرعية، أما نسب الولد من أبيه ، فلا يثبت إلا من طريق الزواج الصحيح أو الفاسد، أو الوطء بشبهة، أو الإقرار بالنسب[1] .

2-طرق إثبات النسب:

باستقراء المواد التالية من قانون الأسرة ، المادة 40 :" -يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد (32 و33 و34) من هذا القانون -يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، والمادة 41:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، والمادة 42:" أقل مدة الحمل ستة(06) أشهر وأقصاها عشر (10) أشهر" ، والمادة 43: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"، والمادة 44:"يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة" ؛ فإننا نستنتج أن طرائق النسب في قانون الأسرة هي طريقان ، كما يلي:

أ-الطريق العادي لإثبات النسب :

أ1- الزواج الصحيح : ويشترط هنا توافر ثلاثة شروط:

- **إمكانية الاتصال الجنسي** : أي إمكانية تلاقي الزوجين عادة ، فلا يعقل أن يكون الزوج في الجزائر والزوجة في تركيا مثلا ، ولا يلتقيان إطلاقا ، ثم يدعى نسب ما ، أو كما في حالة الكورونا حين أغلقت الأجواء بالكلية ، فلا يعقل أن يكون هناك اتصال .

- **عدم نفيه بالطرق المشروعة** : والمقصود هنا طريق اللعان ، الذي يلجأ إليه الزوج في نفي هذا المولود .

---

[1] الزحيلي ، مرجع سابق ، 10/ 7249

- **ولادة الولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل** : وأقل مدة الحمل 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر، وإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة شكلت قرينة قانونية على أن الولد للفراش وينسب للزوج .

أ2- الزواج الفاسد : وهو كل نكاح تم فسخه طبقا للمادة 32، وهو النكاح الذي يشمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد وطبقا لنص المادة 33 وهو الزواج الذي اختل فيه ركن الرضا، وهو زواج باطل لكنه يترتب عليه ثبوت النسب وكذلك في حالة ما إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه كما في حالة البنت البكر، فإنه يثبت بصداق المثل وعليه يترتب عليه أيضا ثبوت النسب .

أ3- نكاح الشبهة : أي شبهة العقد بأن وطئ الرجل امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير ولي، أو بغير ولي، أو تأقيت العقد، أو تزوج إنسان من محارمه بسبب نسب أو رضاع أو مصاهرة موجبة لتحريم مؤبد، أو جمع بين أختين أو عقد على خمس أو تزوج معتدة الغير، وحصل وطء بموجب العقد ، فهو وطء تمكنت الشبهة منه بسبب وجود صورة المبيح، وهو عقد النكاح، فلم يوجب الوطء حدًا[1] ، ثم وقعت ولادة بسبب هذه الشبهة .

أ4- الإقرار: والمقصود هنا الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة ؛ إذ يشترط فيه أن ينصب على مجهول النسب ، وأن يصدقه العقل والعادة ؛ فلا يصدق أن يقر شخص ثبت الطب يقينا أنه لا يلد ككونه مقطوع الخصيتين ، أو في سن هرمة لا تسمح بالولادة إلا نادرا جدا ، كمن فاق مئة سنة ، يقر هذا الشخص بمولود حديث العهد بالولادة .

أ5- بالبينـة : والمقصود هنا شهادة الشهود على ولادة نتجت عن علاقة زوجية شرعية ، فهنا يؤخذ بشهادة الشهود .

---

[1] الزحيلي ، مرجع سابق ، 5354/7

ب-الطرق العلمي لإثبات النسب :

وإلى هذا أشارت الفقرة الثانية من المادة 40 : "-يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" ، والطرق العلمية كثيرة ، أبرزها اليوم ما يسمى بالبصمة الوراثية .

ب1-: تعريف البصمة الوراثية :

البصمة الوراثية هي البنية الجينية نسبة إلى الجينات (المورثات) التي تدل على هوية كل إنسان بعينه.

وقد أفادت البحوث والدراسات العلمية أنها وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي، ويمكن أخذها من أي خلية بشرية من الدم أو اللعاب أو المني أو البول أو غيره[1].

ب2-الحكم الشرعي للاعتماد على البصمة الوراثية:

البصمة الوراثية أكثر دقة من القيافة التي يبنى عليها شرعا في إثبات النسب؛ ولذلك فإنه يمكن الاستفادة منها في غير إثبات الحدود الشرعية والقصاص، لحديث: "ادرؤوا الحدود بالشبهات".

وقد جاء في القرار السابع من قرارات مجمع الفقه الإسلامي التابع للرابطة في دورته السادسة عشرة المنعقدة في مكة المكرمة عام 1422هـ.

لذلك لا مانع من الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب إذا أحيط الاستعمال بمنتهى الحذر والحيطة والسرية، ويمكن استعمالها في الحالات التالية[2] :

---

[1] الطيار عبد الله ، الفقه الميسر ، مدار الوطن ، الرياض ، الطبعة الأولى : 1433، 88/13

[2] الطيار عبد الله ، المرجع السابق ، 89/13

- **حالات التنازع** : على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.
- **حالات الاشتباه** : في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.
- **حالات ضياع الأطفال واختلاطهم** : بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.

طرق إثبات عقد الزواج

بالتأمل في قانون الأسرة نرى بأن الزواج نوعان ؛ زواج رسمي خضع للأطر المدنية والإدارية من حيث التسجيل والتوثيق ، وزواج لم يسلك ذلك الطرق ؛ بلْ تمَّ بدون تسجيل ، وعُقد مثلما كان متعارفًا عليه عن طريق الجماعة والفاتحة ، وبالتالي فالإثبات في هذين الطريقين يكون وفق الآتي :

أولا : الزواج الرسمي

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال المادة 18: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين (9 و9 مكرر) من هذا القانون".

ومن خلال المادة 22:" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

فمن خلال هاتين المادتين نفهم أن المشرع الجزائري قد أعطى أولوية إثبات عقد الزواج في توثيقه أو تسجيله للمصالح المختصة ، فإن استحال أمر التسجيل قد يثبت هذا الزواج بحكم تصدره المحكمة ثم يتم تسجيله بالحالة المدنية .

فمن هنا فإن عقد الزواج هو الوسيلة القانونية الوحيدة لإثبات قيام الرابطة الزوجية بصفة قانونية وصحيحة ، كما يعتبر هو النسخة الأصلية والمستخرجة من وثيقة عقد الزواج المسجلة في سجلات الحالة المدنية بشكل رسمي[1] .

إذن أهم طرق الإثبات في الزواج هى : وثيقة عقد الزواج المسلمة من طرف القاضي أو ضابط الحالة المدنية.

غير أنه قد يرد على هذه القاعدة الأصلية استثناءات لا تمكننا من إثبات هذا الزواج الرسمي بهذه الطرق السالف ذكرها، فمن جملة هذه الاستثناءات نذكر :

1- حالة عدم وجود سجل تنظيم الحالة المدنية للأشخاص، كأن يتم مثلا الزواج في بلد أجنبي لا يسير على قيد الزواج في سجل خاص.

2- حالة فقدان سجل الحالة المدنية أو إضاعته.

3- تمزق ورقة تسجيله.

فمن الواضح والأكيد أن عند التعرض لهذه الحالات التي استحال فيها تبيان طرق إثبات الزواج الرسمي، فهنا يمكن اللجوء إلى إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود ، أو يمكن استعمال وسيلة أخرى من وسائل أو طرق إثبات هذا الزواج وذلك بواسطة الأبناء الذين يدعون قيام الزوجية.

ثانيا : الزواج العرفي

كان الناس يتزوجون دون الحاجة إلى كتابة ذلك العقد ، ثم بمرور الزمن وخراب الذمم، وتنصل بعض الأزواج من زوجاتهم، كانت الحاجة إلى توثيق هذا العقد أشد، والضرورة ألح، فشرعت القوانين، على ضرورة توثيق العقود، ومنها عقد الزواج .

---

[1] معزوز دليلة ، إجراءات عقد الزواج الرسمي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ابن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2003-2004 ، ص112

ولما كان ذلك، أطلق على عقد الزواج الذي لم يوثق بأنه عقد عرفي، بمعنى أنه أجري على الطريقة الأولى، المتعارف عليها بين المسلمين، والتي هي بدون توثيق .

وعليه فيمكن تناول هذا الموضوع في نقطتين كالتالي :

1-تعريف الزواج العرفي

أ-تعريف العرف

أ-1: في اللغة :

العرف من مادة : " العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة(...) ، والأصل الآخر المعرفة والعرفان ، تقول: عرف فلان فلانا عرفانا ومعرفة ، وهذا أمر معروف ، وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه، لأن من أنكر شيئا توحش منه ونبا عنه"[1].

ويطلق العرف على معان متعددة ، وما يهمنا هنا هو أن العرف هو : " ما اتفق عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم واستقر من جيل إلى جيل "[2].

أ-2: في الاصطلاح :

العرف اصطلاحا هو : " ما ألفه المجتمع واعتاده وسار عليه في حياته من قول أو فعل"[3] .

---

[1] ابن فارس ، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني ، مقاييس اللغة ، دار الفكر ، القاهرة ، 1979 ، ج4 ، ص281

[2] أحمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، عالم الكتب ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2008 ، ج2 ، ص1486

[3] عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، مؤسسة قرطبة ، بيروت ، 1987 ، ص252

أو هو : " ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[1] ، وهذا التعريف يشبه تعريف العادة ؛ غير أن بعض العلماء فرق " بين مدلولي العرف والعادة، فأطلق العادة على ما يشتمل عادة الفرد والجماعة، وخص العرف بعادة الجماعة حيث عرفه بأنه عادة جمهور قوم في قول أو عمل"[2] .

ب–تعريف الزواج العرفي:

ينبغي التنبيه إلى أن مفهوم الزواج العرفي عندنا في البيئة الجزائرية يختلف عن بعض البيئات العربية ولا سيما المشرقية ، فالزواج العرفي عندنا يمكن تعريفه بأنه : " هو ذلك الزواج القائم على جميع أركانه الشرعية من رضا الزوجين وولي الزوجة والصداق والشاهدين غير أنه لم يتم تسجيله أمام الجهات الرسمية "[3].

وبالتالي فهذا الاصطلاح " اصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية، سواء أكان مكتوبا أو غير مكتوب "[4] ، فهو " عقد مستكمل شروطه الشرعية إلا أنه لم يوثق "[5] .

---

[1] آل بورنو ، محمد صدقي بن أحمد ، الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت ، الطبعة: الرابعة ، 1996 ، ص276

[2] آل بورنو ، المرجع السابق ، ص276

[3] هادي بسمة ولموشي عادل ، تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية ، مجلة قضايا معرفية ، جامعة زيان عاشور ، المجلد2 ، العدد1 ، مارس 2022 ، ص138

[4] بدر ناصر مشرع السبيعي، المسائل الفقهية المستجدة في النكاح مع بيان ما أخذ به القانون الكويتي، مجلة الوعي الإسلامي وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الطبعة: الأولى، 2014 ، ص155

[5] بدر ناصر مشرع السبيعي، المرجع السابق ، ص155

وعلى ذلك فالفرق بين الزواج العرفي والزواج الشرعي ؛ أنه زواج شرعي توافرت أركانه وشرائطه ؛ إلا أنه ((غير موثق، وهذه هي النازلة، وإن كان من لازمها عدم الإشهار، فإن التوثيق لم يكن في السابق وظهر الآن، وألزم به الناس بعدما ضعف الدين، وخربت الذمم، ولما يترتب عليه من حقوق وواجبات للزوجة قد تضيع وتسقط في حال عدم توثيق العقد، فيكون مدعاة لإنكار الزوج وتخلصه من حقوق الزوجة، وتبعات الزواج))[1].

أما الزواج العرفي في بلاد المشرق العربي ، فهو نوع من العلاقة بين رجل وامرأة ليس فيها ولي ولا صداق ولا شهود .

2-إثبات الزواج العرفي

أ-عن طريق الإقرار :

يعتبر الإقرار وسيلة من وسائل إثبات العلاقة الزوجية في الزواج العرفي، يقوم الطرف الثاني وهو الزوج بالاعتراف بواقعة الزواج العرفي أمام القاضي[2].

والاعتماد على الإقرار كوسيلة لإثبات الزواج العرفي لا يعمل به في محاكمنا لأن الزواج في حد ذاته لا يتطلب فقط الإقرار وإنما يتطلب الإعلان والإشهار وعلم الناس به لغلق منافذ الذم والتجريح في شرف وعرض الناس.

فعند لجوء الزوجين إلى القضاء لإثبات حكم الزواج هدفه هو إعلانه وإشهاره لكافة الناس، والإقرار غير كاف ليؤدي هذه المهمة، وهو ما أخذت به محكمة الجلفة في حكم صادر لها بتاريخ 6/ 1997/12 رقم 97/602 أهم ما جاء في وقائع القضية كون المتهم المدعي متزوج عرفيا بالمدعى عليها، وقد أقر الطرفان بواقعة الزواج العرفي التي تمت سنة 1995 والتمس كل منهما من

---

[1] بدر ناصر مشرع السبيعي، المرجع السابق ، ص157

[2]مشتاوي فضيلة وعرفوني فريدة ، الزواج العرفي وآثاره القانونية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محند أولحاج ، البويرة ، ص35

المحكمة الحكم بتسجيل عقد الزواج لدى مصالح الحالة المدنية وقد كان سبب الحكم ومنطوقه كالتالي: "... حيث وأن المحكمة أجلت القضية لعدة جلسات من أجل إحضار لإجراء تحقيق على واقعة الزواج العرفي غير مؤسس كونه لم يقدم للمحكمة ما يثبت الواقعة من شهود مما يتعين معه رفض الطلب، وعليه قضت المحكمة برفض الطلب لعدم التأسيس"[1].

ب-عن طريق البينة :

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فإن المحكمة العليا سارت في طريق الشريعة الإسلامية وأخذت بشهادة العيان، وهذا ما أكدته بعض القرارات الصادرة عنها، ومن بين هذه القرارات نجد القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 الذي جاء فيه أنه " من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين كانا متزوجين... فيما يتعلق بالسبب المستدل به على طلب نقض إثبات الزواج أو نفيه مما يستقل به قاضي الموضوع ويثبت إما بشهادة العيان وإما بشهادة السماع، والطاعن لم يأت بأية واحدة من الشهادتين، فلا هو أحضر رجالا حضروا قراءة الفاتحة، ولا هو أحضر رجالا سمعوا قراءتها أو حضروا زفاف الطرفين... كما أنه لم يأت ببينة إسماع يشهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج (ب ز)... لما كان من الثابت في قضية أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[2].

---

[1] مشتاوي فضيلة وعرفوني فريدة ، المرجع السابق ، ص36

[2] مشتاوي فضيلة وعرفوني فريدة ، المرجع السابق ، ص40

جـ-عن طريق النكول عن اليمين :

وفقا للمادة 347 قانون مدني التي جاء فيها: " كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه و كل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه ".

فالنكول عن اليمين ((موقف سلبي للخصم يتمثل في عدم الحلف حينما يجب عليه ذلك، و يقع النكول إما ممن وجهت إليه اليمين و لم يردها على خصمه ولا يحلف فيعد ناكلا ، وإما أن يقع ممن ردت عليه اليمين فان لم يحلف عد ناكلا وقد يعد النكول صريحا أو ضمنيا كما إذا ما امتنع الذي وجهت إليه اليمين عن الحضور بدون عذر للجلسة التي حددتها المحكمة لأداء اليمين لكن لا يعد نكولا رفض الخصم أداء اليمين على واقعة غير متعلقة بشخصه ، ويعد النكول بمثابة إقرار بالحق المدعى به عليه ، وبالتالي يترتب عليه خسران الناكل لدعواه ، وبالتالي يكون الحكم نهائيا لا يجوز الطعن فيه، ولا يسمح للمحكوم عليه بعد ذلك أن يثبت عدم صحة الواقعة التي اعتبرت صحيحة بناء على نكوله أو الحلف من جديد لليمين)).

والنكول عن اليمين له مجاله في إثبات الرابطة الزوجية، على سبيل المثال نورد بعض حالات إثبات العلاقة الزوجية عن طريق النكول عن اليمين، من بينها نجد حالة تتمثل في رفع دعوى ثبوت الزوجية عند عدم إقرار الزوج بالعلاقة الزوجية، ولم تستطع الزوجة إثباتها بشهادة الشهود، ومثل ذلك عندما يتوفى الشهود فعلى الزوجة أن تلجأ إلى القضاء لإلزام الزوج بأداء اليمين، فإذا حلف الزوج اليمين بانتفاء الزوجية قضى القاضي برفض الدعوى، وليس هناك ما يمنع الزوجة من إقامة دعواها مرة أخرى إذا وجدت البينة على زواجها، أما إذا نكل الزوج عن اليمين حكم للزوجة بثبوت الزوجية، وتطبق نفس الحالة لو

أن الزوجة امتنعت عن الإقرار بالعلاقة الزوجية، فإذا وجه لها اليمين ونكلت عن أدائها قضى عليها بالزوجية لأن النكول إقرار على مذهب الفقه الحنفي[1].

ومــوقف القضاء الجزائري لا يعتد بحجية اليمين كوسيلة لإثبات واقعة الزواج العرفي، وهذا ما نجده في محاكمنا ومجالسنا القضائية لا تعتد باليمين إلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معا، ويتعين على القاضي توجيهها إلى المدعي بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود الذين يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وفقا للشريعة الإسلامية، مع بيان توفر أركان المادة 9 من قانون الأسرة[2].

وإذا كانت الشريعة الاسلامية تعتمد في إثبات الزواج على واحدة من الطرق الثلاثة التالية وهي : الإقرار والبينة والنكول عن اليمين (أي الامتناع عنه) ، فإن ادعى أحد الزوجين الزواج أو أمر يتعلق به كالمهر والنفقة مثلا ، فإن أقر الطرف الآخر ثبت لأن الإقرار حجة على المقر فإن لم يقر طولب المدعي بالبينة ، فإن أتى بشهود يشهدون على دعواه ثبت العقد فإن عجز المدعي عن إقامة البينة وجهت اليمين إلى الطرف الأخر المنكل فإن حلفها اعتبرت الدعوى مرفوضة لكن يصح تجديدها إذا وجد المدعي شهودا يشهدون له ، أما إذا امتنع المنكل عن اليمين قضى بثبوت الزواج لأن النكول إقرار .

لكن اتجاه المحاكم والمجالس القضائية بما في ذلك اتجاه المحكمة العليا لم يتبع هذا التدرج بل جعل سيدة الأدلة في إثبات وجود واقعة الزواج العرفي هي البينــة (شهادة الشهود) سواء كانت شهادة عيان أو شهادة سماع .

---

[1] مشتاوي فضيلة وعرفوني فريدة ، مرجع سابق ، ص43

[2] مشتاوي فضيلة وعرفوني فريدة ، المرجع لبسابق ، ص44

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فإن المحكمة العليا سارت في سياق أحكام الشريعة الإسلامية وأخذت بشهادة التسامع في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 الذي جاء فيه أنه : "من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين ، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين ... فيما يتعلق بالسبب المستدل به على طلب نقض إثبات الزواج أو نفيه مما يستقل به قاضي الموضوع ويثبت إما بشهادة العيان وإما بشهادة السماع والطاعن لم يأت بأية واحدة من الشهادتين ، فلا هو أحضر رجالا حضروا قراءة الفاتحة و لا هو أحضر رجالا سمعوا قراءتها أو حضروا زفاف الطرفين ... كما أنه لم يأت ببينة إسماع يشهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج (ب ز) ... لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن " .

جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
المجلس العلمي

خاتمــة

وهكذا -أخي الطالب أختي الطالبة- ، نكون قد طوّفنا ولو من طرف خفيٍّ على مواضيع شتّى يُلملمها مقياس أحكام الزواج فى الجزائرى ، وتعرّفنا من خلال ما هو مُقرّر على أبحاثٍ جُلّى لها أهميتها في قانون الأسرة والواقع الجزائرى .

نتمنّى أن نكون قد وضعنا عبر هذه الصّفحات المتواضعة بين يديك -ولو باحتشام- خارطة طريق للسّير على منوالها فى مُدارسة مواضيع الزواج بشىء من التّعمُّق والتّدقيق ، والاطلاع على المستجدات فى هذا العقد العظيم ، كما هو الحال مثلما حدث فى السنوات الماضية ؛ إثر الجائحة التى أصابت مجتمعنا ، وفرضت أبعادًا جديدة ؛ إن على المستوى القانوني أو على المستوى الواقعي .

وفقّكم الله وسدّد فهمكم .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

جامعة زيان عاشور بالجلفة كلية الحقوق والعلوم السياسية المجلس العلمي

المصـادر والمراجـع

*القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم .

1-ابن أبي شيبة ، أبو بكر عبد الله بن محمد،الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، مكتبة العلوم والحكم ، المدينة المنورة،الطبعة: الأولى، 1419هـ.

2-ابن الأثير ، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد ، النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية ، بيروت، 1979.

3-ابن العربي ، أبو بكر محمد بن عبد الله المعافري ، المسالك في شرح مُوَطَّأ مالك ، دار الغرب الإسلامي،بيروت،الطبعة: الأولى،2007.

4- ابن العربي ، أبوبكر محمد بن عبد الله ، أحكام القرآن ، شركة القدس ، القاهرة ، ط1 ، 2008.

5-ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحراني ، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية ط. الأولى، 1987.

6-ابن حجر الهيتمي ، أحمد بن محمد بن علي،الإفصاح عن أحاديث النكاح،دار عمار ،عمان ،الأردن ، الطبعة: الأولى،1406هـ.

7-ابن عابدين، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ) رد المحتار على الدر المختار ج. 5، ص. 84 ، دار الفكر-بيروت ط. الثانية، 1992.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

8-ابن عبد البر، أبو عمر بن عبد البر النمري القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد في حديث رسول اللَّه –صلى اللَّه عليه وسلم–، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي ، لندن ، الطبعة: الأولى،2017.
9- ابن فارس ، أحمد بن فارس القزويني ، مقاييس اللغة ، دار الجيل ، بيروت ، ط1.
10- ابن فارس ، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني ، مقاييس اللغة ، دار الفكر ، القاهرة ، 1979.
11- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، الطبعة: الأولى ،1419هـ.
12- ابن مفلح، شمس الدين محمد بن مفلح الحنبلي ، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي ، مؤسسة الرسالة ط. الأولى 2003.
13- ابن منظور محمد بن مكرم ، لسان العرب ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 1 ، 1988.
14- ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1991.
15- أبوداود ، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني ، سنن أبي داود ، دار الرسالة العالمية ، بيروت ، الطبعة: الأولى ، 2009.
16- أحمد طه ريان ، فقه الأسرة ، دار ، القاهرة .
17- أحمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، عالم الكتب ، القاهرة ، ط 1 ، 2008.

18- أحمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، عالم الكتب ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2008 .
19- آل بورنو ، محمد صدقي بن أحمد ، الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت ، الطبعة: الرابعة ، 1996.
20- الألباني ، محمد ناصر الدين، غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام،المكتب الإسلامي ، بيروت، الطبعة: الثالثة ، 1405هـ.
21- الإمام أحمد بن حنبل ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة: الأولى ، 2001.
22- برهان الدين ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ط. الأولى، 1997.
23- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1 ، 2008 .
24- البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين ، السنن الكبرى ، دار الكتب العلمية، بيروت ، الطبعة : الثالثة ، 2003 .
25- التسولي ،علي بن عبد السلام بن علي،البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة: الأولى،1998.
26- تشوار الجيلالي ، مقياس قانون الأسرة ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2015.
27- التمرتاشي ، شمس الدين ، حاشية ابن عابدين على شرح الشيخ علاء الدين محمد بن علي الحصكفي لمتن تنوير الأبصار ، دار المعرفة ، لبنان ، ط1 ، 1420.

28- التهانوني ، محمَّد علي، موسوعة كشَّاف اصطلاحات العلوم والفنون ، إشراف رفيق العجم ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 1996.

29- التويجري ، محمد بن إبراهيم بن عبد الله ، موسوعة الفقه الإسلامي ، بيت الأفكار الدولية ، بيروت ، الطبعة: الأولى ، الطبعة الأولى ، 2009.

30- الجرجاني ، علي بن محمد بن علي الزين الشريف ، كتاب التعريفات ، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان الطبعة: الأولى 1983.

31- الجصاص ، أحمد بن علي أبو بكر الرازي ، أحكام القرآن ، دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة: الأولى،1994.

32- الحطاب ، أبو عبد الله محمد بن محمد ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، دار عالم الكتب ، الرياض ، 2003.

33- الحطاب ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الرعيني ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان ط. الأولى، 1984.

34- الحموي، أحمد بن محمد أبو العباس شهاب الدين الحسيني ، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ط. الأولى، 1985.

35- الخلوتي ، محمد بن أحمد بن علي البهوتي ، حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات ، دار النوادر، سوريا ، الطبعة: الأولى ، 2011.

36- داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، دار البصائر ، الجزائر ، 2010.

37- الدريني، محمد فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، ط. 2، 2008.

38- الدهلوي ، أحمد بن عبد الرحيم ولي الله شاه ، حجة الله البالغة ، دار الجيل ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2005.

39- الراغب الأصفهاني ، مفردات ألفاظ القرآن ، دار القرآن ، دمشق ، ط4 ، 2009.

40- الرصاع ، أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري التونسي ، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية ، المكتبة العلمية ، القاهرة ، الطبعة: الأولى.

41- الزحيلي ، وهبة بن مصطفى ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق.

42- الزرقاء ، أحمد مصطفى ، المدخل الفقهي العام ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا.

43- سالم بن صالح المطوع ، العقود الإدارية على ضوء نظام المنافسات والمشتريات السعودي ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، المملكة العربية السعودية ، ط2 ، 2008.

44- السباعي ،مصطفى بن حسن ، المرأة بين الفقه والقانون ، دار الوراق للنشر والتوزيع، بيروت ، ط7 ، 1999.

45- السبيل ، عمر بن محمد ، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية ، دار الفضيلة ، الرياض ، الطبعة الأولى : 2002.

46- سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار طليطلة ، الجزائر ، ط1 ، 2010.

47- السندي ، محمد بن عبد الهادي التتوي ، كفاية الحاجة في شرح سنن ابن ماجه ، دار الجيل ، بيروت.
48- السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1952.
49- السنيكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، دار الكتاب الإسلامي ، عمان .
50- سيد سابق ، فقه السنة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الثالثة : 1977.
51- الصاوي ، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ، دار المعارف، القاهرة.
52- الطيار عبد الله ، الفقه الميسر ، مدار الوطن ، الرياض ، الطبعة الأولى: 1433هـ.
53- عبد الرحمن تاج، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، مصر، 1955.
54- عبد الرزاق ، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف،المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة: الثانية، 1983.
55- عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، مؤسسة قرطبة ، بيروت ، 1987.
56- عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، مطبعة دار الكتب المصرية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 1938.

57- عزالدين محمد خوجة ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، مجموعة دلة البركة ، جدة ، السعودية ، ط1 ، 1993.
58- العطار، عبد الناصر توفيق، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية في التشريعات العربية، مطبعة السعادة، مصر، 1976.
59- عطية صقر ، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، 2006.
60- العمراني ، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير الشافعي ، البيان في مذهب الإمام الشافعي ، دار المنهاج ، جدة ، السعودية ، الطبعة الأولى ، 2000.
61- عودة عبد القادر ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، دار الكاتب العربي ، بيروت .
62- الفيروز آبادي ، محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط2.
63- الفيومي ، أحمد بن محمدالحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،المكتبة العلمية – بيروت.
64- القاضي عياض ، عياض بن موسى بن عياض،الشفا بتعريف حقوق المصطفى، دار الفيحاء ، عمان ، الطبعة: الثانية ، 1407هـ .
65- القحطاني أسامة بن سعيد ، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض ، الطبعة: الأولى ، 2012.
66- القرطبي ، أبو عبد الله محمَّد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 2006.

67- القرطبي ، أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، الطبعة: الثانية ، 1964.

68- الكاساني ، علاء الدين أبو بكر ابن مسعود الحنفي ، ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار المعرفة ، لبنان ، ط1 ، 1420.

69- الكبيسي أحمد ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1973.

70- الكشناوي ،أبو بكر بن حسن بن عبد الله، شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، دار الفكر، بيروت ، الطبعة: الثانية.

71- مالك بن أنس ، مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي ، موطأ مالك ، مؤسسة زايد بن سلطان أبو ظبي ، الإمارات ، الطبعة: الأولى، 2004.

72- المتقي الهندي، علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان،كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، مؤسسة الرسالة، بيروت ، الطبعة الخامسة،1981.

73- المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، موسوعة المفاهيم الإسلامية العامة ، القاهرة ، مصر.

74- المجلسي ، محمد بن محمد سالم الشنقيطي ، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر ، دار الرضوان ، نواكشوط- موريتانيا ، الطبعة: الأولى ، 2015 .

75- مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، مكتبة الشروق الدولية ، مصر ، ط4 ،2004.

76- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي للطبع والنشر، ط. الثالثة، 1957 ، القاهرة .
77- محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، دار الفكر العربي ، 1977.
78- محمد الزين ، النظرية العامَّة للالتزامات (العقد) ، تونس ، ط2 ، 1997.
79- محمَّد روَّاس قلعة جي ، حامد صادق قنيبي ، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس ، بيروت ، ط 2 ، 1988.
80- محمد رواس قلعة جي ، و حامد صادق قنيبي ، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس ، بيروت ، ط2 ، 1988.
81- مخلوف المنياوي ، محمد حسنين العدوي ، المقارنات التشريعية ، تحقيق علي جمعة ، دار السلام ، القاهرة ، ط1 ، 1999.
82- النسائي ، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، السنن الكبرى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة: الأولى،2001.
83- النملة ، عبد الكريم بن علي بن محمد ، الشامل في حدود وتعريفات مصطلحات أصول الفقه ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ط1 ، 2009.
84- النووي ، أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب للشيرازي ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر ، 1423.
85- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف ، الأذكار ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، طبعة جديدة منقحة، 1994.
86- هاشم معروف الحسيني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، 1996.

87- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية ، الكويت ، ط1 ، 2006

الرسائل العلمية

88- عوض بن رجاء بن فريج العوفي ، الولاية في النكاح ، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة ،الطبعة: الأولى، 2002.

89- فوزي أبو بكر ، الحكم من المعاملات والمواريث والنكاح والأطعمة في آيات القرآن الكريم ، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة - كلية القرآن الكريم والدراسات الإسلامية - قسم التفسير،1427هـ-1427هـ .

90- لشهب أبو بكر ، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ولاية الزواج والقصر نموذجا ، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ، جامعة وهران ، 2009-2010.

91- مشتاوي فضيلة وعرفوني فريدة ، الزواج العرفي وآثاره القانونية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محند أولحاج ، البويرة ، 2014-2015 .

92- معزوز دليلة ، إجراءات عقد الزواج الرسمي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ابن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2003-2004 .

المجلات العلمية

93- بدر ناصر مشرع السبيعي، المسائل الفقهية المستجدة في النكاح مع بيان ما أخذ به القانون الكويتي، مجلة الوعي الإسلامي وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الطبعة: الأولى، 2014.

94- بقة عبد الحفيظ ، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، جامعة الجلفة ، العدد 2 المجلد 8 ، 2015.

95- هادي بسمة ولموشي عادل ، تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية ، مجلة قضايا معرفية ، جامعة زيان عاشور ، المجلد2 ، العدد1 ، مارس 2022.

المواقع الالكترونية

96- خالد بن محمود الجهني ، زويج المرأة نفسها بدون ولي ، موقع الألوكة ، الرابط : : https://www.alukah.net/sharia

97- كاملي مراد، الخطبة في قانون الاسرة وفق القانون الجزائري، الرابط : https://boubidi.blogspot.com/2018/07/cours-droit_16.html

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
البسملة	1
لفت نظر	2
إضاءة	3
برنامج المقياس	4
مقدمة	7-5
تعريف الزواج وتمييزه عما يشاكله	18-8
أولا : تعريف عقد الزواج	9
1-التعريف التركيبي لعقد الزواج	9
أ- معنى " عقد " :	9
ب- معنى " الزواج " :	12
2-التعريف اللقبي لعقد الزواج	12
أ-التعريف الشرعي :	7
ب-التعريف القانوني :	13
ثانيا : حكم عقد الزواج وحكمته	13
1-الحكم الشرعي للزواج	13
أ-حكم النكاح في حال الاعتدال	14

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

ب-حكمه في حال خشية العنت	15
ج-حكمه في حق من عدم القدرة على القيام بواجباته	15
د-حكمه في حق من قدر على مؤن النكاح غير الجماع	15
هـ- حكمه في حق من قدر على مؤن الزواج، ولم يحتج إلى النكاح، وليست به علة تمنعه منه	16
و- حكمه في حق من لا يصح منه الزواج وليس في حاجة إليه	16
2-حكمة مشروعية الزواج:	16
أ-الإعفاف	16
ب-حفظ النوع الإنساني	17
ج-إقامة الأسرة	17
المرحلة التمهيدية للزواج ومشكلاتها العملية	31-19
أولا : تعريف الخطبة	19
1-التعريف اللغوي :	19
2-التعريف الاصطلاحي :	19
أ-التعريف الفقهي :	19
ب-التعريف القانوني :	20
ثانيا : الطبيعة القانونية للخطبة	20
1-طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي	21
أ-الخطبة مجرد وعد	21
ب-الخطبة مجرد طلب	22
2-طبيعة الخطبة في قانون الأسرة	23
3- العدول عن الخطبة	25

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

ثالثا : اقتران الفاتحة بالخطبة	29
أركان وشروط عقد الزواج	65-32
أولا : أركـان عقد الزّواج	32
-الصيغة في عقد الزواج	33
أ-تعريف الصيغة	34
ب-شروط الصيغة	34
ج-الصيغة في قانون الأسرة	37
ثانيا : شروط عقد الزواج	38
1-شروط انعقاد الزواج	38
أ-أهلية الزواج	38
ب-الصداق	40
ج-الولي	45
د-الشاهدان	51
5-انعدام الموانع الشرعية للزواج	53
2-الشروط المقترنة بعقد الزواج	58
أ-رأي الحنابلة	58
ب-رأي غير الحنابلة	59
ج-الشروط المقترنة بالعقد في قانون الأسرة	63
آثـار الـزّواج	83-66
أولا: حقوق وواجبات الزوجين	66
1- الحقوق المشتركة بين الزوجين	67
أ-حل الاستمتاع وحسن المعاشرة	67

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

ثالثا : اقتران الفاتحة بالخطبة	29
أركان وشروط عقد الزواج	**65-32**
أوّلا : أركــان عقد الزَّواج	32
-الصيغة في عقد الزواج	33
أ-تعريف الصيغة	34
ب-شروط الصيغة	34
جـ-الصيغة في قانون الأسرة	37
ثانيا : شروط عقد الزواج	38
1-شروط انعقاد الزواج	38
أ-أهلية الزواج	38
ب-الصداق	40
جـ-الولي	45
د-الشاهدان	51
5-انعدام الموانع الشرعية للزواج	53
2-الشروط المقترنة بعقد الزواج	58
أ-رأي الحنابلة	58
ب-رأي غير الحنابلة	59
جـ-الشروط المقترنة بالعقد في قانون الأسرة	63
آثَــار الــزَّواج	**83-66**
أولا: حقوق وواجبات الزوجين	66
1- الحقوق المشتركة بين الزوجين	67
أ-حل الاستمتاع وحسن المعاشرة	67

ب-الذمة المستقلة لكل منهما	68
2-حقوق الزوجة على زوجها	69
أ-الصداق	69
ب-النفقة	69
3-حقوق الزوج على زوجته	74
أ-حق الطاعة	74
ب-حق تأديب الزوجة	76
ثالثا: النسب	79
1-المقصود بالنسب	79
2-طرق إثبات النسب	80
أ-الطريق العادي	80
ب-الطريق العلمي	82
طرق إثبات عقد الزواج	**93-84**
أولا : الزواج الرسمي	84
ثانيا : الزواج العرفي	85
1-تعريف الزواج العرفي	86
أ-تعريف العرف	86
ب-تعريف الزواج العرفي	87
2-إثبات الزواج العرفي	88
أ-عن طريق الإقرار	88
ب-عن طريق البينة	89
جـ-عن طريق النكول عن اليمين	90

خــــاتمة	93-93
المصادر والمراجـــع	104-94
فهــرِسُ المُحـتـويـَات	109-105