جامعة محمد بوضياف – المسيلة
كلية العلوم الانسانية والاجتماعية
قسم العلوم الاسلامية

الرقم التسلسلي :22/110

الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي – باب الزواج نموذجا–

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية
تخصص : شريعة وقانون

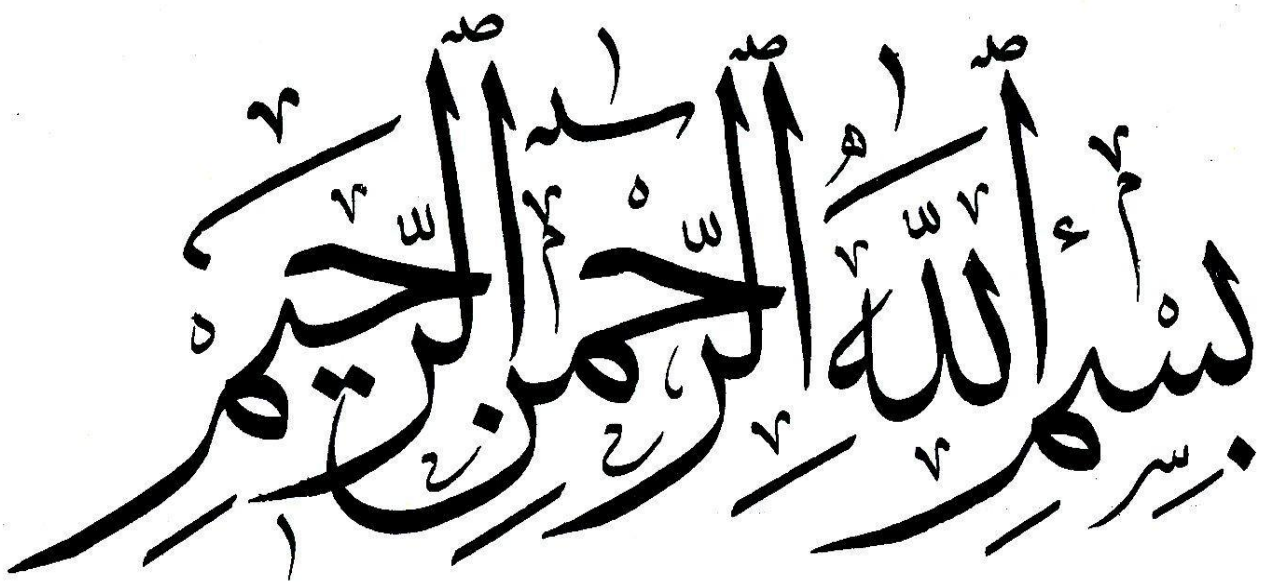
إعداد الطالبتين :
- حطيبة فايزة
- سلام حنان

إشراف الأستاذ :
- د.حمد بوجمعة

لجنة المناقشة

الإسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف – المسيلة	رئيسا
حمد بوجمعة	محمد بوضياف – المسيلة	مشرفا ومقررا
	محمد بوضياف – المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية : 2022/2021


بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء الأول:

إلى حبيبتي الغالية أمي التي منحتني دعائها ورضاها أطال الله في عمرها.

إلى السند الدائم أبي الغالي حفظه الله وأطال في عمره.

إلى جميع إخوتي وأخواتي وأولادهم .

إلى رفيقة دربي حنان سلام، و صديقاتي فاطمة الزهراء رقدي وسهام بن قطاف و فاطنة.

إلى كل من ساعدني في إنجاز عملي هذا.

أهدي خلاصة مشواري الجامعي بين دفتي هذا العمل المتواضع، راجية من الله تعالى أن يجعله علما ينتفع به، ويستفاد منه

حطيبة فايزة

الإهداء الثاني:

إلى الأم الحنون ورفيقة العمر أمي فاطنة.

إلى السند المتين أبي سعد.

أطال الله في عمرهما

إلى أخي التوأم أكرم وفقه لله.

إلى كل إخوتي وأخواتي وزوجات إخوتي

وبنات أخي وأولاد أختي.

إلى أخي الحبيب عبد الجبار سدد الله خطاه

وجمعني به قريبا.

إلى مرآة الروح وقرة عيني وتيني فايزة حطيبة

زميلتي في المذكرة.

إلى حبيبتي الغالية سهام بن قطاف

إلى صديقاتي فاطمة الزهراء رقدي وزهراء شلالي

إلى صاحبة الابتسامة ومدرسة الأمل زهراء زعيم.

سلام حنان

شكر وتقدير

الشكر لله أولاً على توفيقه وعونه في إنجاز هذا العمل.

أما بعد:

فنتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ والمشرف حمد بوجمعة، الذي لم يبخل علينا بنصائحه وتوجيهاته القيمة، ونخص بالشكر أيضا الأستاذ الفاضل " محمد بوهالي"، الذي كان سندا لنا منذ بداية مشوارنا الجامعي حفظه الله

كما نتقدم بالشكر إلى كل طاقم أساتذة قسم العلوم الاسلامية بجامعة محمد بوضياف بالمسيلة

وإلى كل من ساعدنا في إنجاز هذا البحث من قريب أو بعيد.

المقدمة:

تمهيد:

الحمدلله القائل في كتابه ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾ سورة الروم الآية 21.

وله الحمد والثناء مرة أخرى حين قال:﴿**هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا**﴾ سورة الأعراف الآية 189.

والصلاة والسلام على نبيه المصطفى الذي جعل الزواج من سنته حين قال في مجمل الحديث

« .... أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني[1] »

أولت الشريعة الإسلامية اهتماما كبيرا بالأسرة واعتبرتها من أهم المواضيع، فهي تعتبر الوحدة الأولى التي يتكون منها المجتمع والتي تقوم على رابطة تجمع الرجل و المرأة تحت مسمى عقد الزواج.

يعتبر عقد الزواج من أعظم العقود التي يجريها الإنسان في حياته، ومن أهم التصرفات ذات الشأن العظيم بما يشتمل عليه من التزامات وتكاليف وآثار عديدة، وقد أولاه الفقهاء المسلمون بمختلف مذاهبهم عناية خاصة، تبعا لما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام تنظيمية لهذا العقد بالخصوص و الأسرة بالعموم .

تبعا لذلك جاء قانون الأسرة الجزائري مستمدا من الشريعة الإسلامية حيث استند المشرع الجزائري في صياغته لأحكام هذا القانون إلى مصادر التشريع الإسلامي، وبالأخص ما تعلق باجتهادات المذاهب الفقهية المتعددة التي يرجع إليها، كما جاء الذكر في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

1أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، رقم الحديث، 5063،صحيح البخاري، دار ابن كثير،بيروت،ط1، 2002م ،ص 1292

إضافة إلى أن قانون الأسرة قد شكل مادة خصبة لاختيارات المشرع الجزائري من الفقه الإسلامي عموما، والفقه المالكي خصوصا باعتباره المعتمد في الشمال الإفريقي والجزائر على وجه الخصوص.

وهذا ما يتعلق به موضوع بحثنا الذي يدور حول تأثر المشرع الجزائري في صياغة قانون الأسرة بالفقه المالكي، فيما تعلق بباب الزواج وآثاره، ومثل هذا الأمر لا يمكن ان يتبين إلا من خلال تتبع وتأصيل وتحليل الأحكام التي أدرجها المشرع ضمن قانون الأسرة، والتي من خلالها تتبين لنا بصمة الفقه المالكي عليها.

أهمية موضوع البحث:

- تكمن أهمية دراسة الموضوع في بيان مدى ضرورة التمسك بقواعد الشريعة الإسلامية في سّن قوانين الدول الإسلامية، خصوصا ما تعلق بالأحوال الشخصية، واستيفاء الأحكام من مختلف المذاهب الفقهية، والتي من شأنها المحافظة على المرجعية الفقهية الإسلامية عموما والمالكية خصوصا.

- إضافة إلى الأهمية العلمية للموضوع في إعمال الفكر القانوني بالتأصيل والمقاربة قصد معالجة الإشكالات التي تطرحها أحكام الزواج، وهو ما يستوجب إبراز مكانة الفقه المالكي في نصوص القانون المنظمة للروابط الأسرية، خاصة وأن أحكام الزواج تشكل أرضية ملائمة لتحديد ذلك.

- كما أن قضايا الزواج وآثاره تشكل أهم القضايا، و تعتبر الأكثر إثارة للإشكالات القانونية والعلمية، وذلك لحساسية هذه القضايا من الناحية الاجتماعية.

ولعل هذه المقاصد كفيلة بأن تجعل هذا البحث ذا قيمة يستحق الاهتمام والإشباع البحثي.

أسباب اختيار الموضوع:

- أسباب اختيار الموضوع كثيرة نذكر منها ما يلي:

ـ الرغبة في البحث في الفقه الإسلامي، خصوصا الفقه المالكي، ومقارنة أحكامه بأحكام القوانين الوضعية، لمعرفة عيوبها قصد تقويمها.

. أهمية التشريع الأسري في المجتمع الجزائري، حيث يعتبر قانون الأسرة الضابط الذي يحافظ على كيانه.

قلة الدراسات الوافية للموضوع، خاصة ما تعلق بموضوع بآثار الزواج.

أهداف الموضوع:

الهدف من هذا البحث هو بيان مدى ترابط الطبيعة القانونية لنصوص قانون الأسرة مع الطبيعة الفقهية لأحكام المذهب المالكي وكيفية تأثر المشرع الجزائري بهذه الأحكام.

تحديد معظم الاختيارات التي تبناها المشرع الجزائري من الفقه المالكي.

تثبيت وتدعيم المرجعية الفقهية المالكية.

إشكالية الموضوع:

الفكرة الأساسية لهذا الموضوع هي بيان مركز الفقه المالكي كمصدر لقانون الأسرة، وتحديد نطاق إعمال القانون لأحكام هذا الفقه، وأهم الاختيارات التي أخذ بها في باب الزواج وما يترتب عنه، وهذا ما يقودنا إلى تحديد الإشكالية التالية:

ـ ما مدى موافقة المشرع الجزائري لأحكام الفقه المالكي في وضع نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالزواج وآثاره؟

المنهج المعتمد في هذا البحث:

المنهج المعتمد في هذا البحث هو المنهج الاستقرائي الذي يقوم على استقراء أقوال فقهاء المذهب المالكي والأخذ بالقول الذي استمد منه المشرع الجزائري أحكامه ،سواءا ما استفرد به المذهب لوحده أو ما توافق فيه مع المذاهب الأخرى .

إضافة إلى المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية والبحث في مدى موافقتها لأحكام الفقه المالكي.

كما كان للمنهج المقارن نصيب في هذا البحث أين استلزمت الدراسة إجراء مقارنة بين النصوص القانونية وأحكام الفقه المالكي، باحثين عن أثره في قانون الأسرة.

الدراسات السابقة:

الدراسات في هذا الموضوع قليلة جدا، بالأخص فيما تعلق بآثار الزواج، حيث لم يبحث فيه بحثا كافيا متخصصا يجمع شتات مسائله.

. ومن بين ما عثرنا عليه من الدراسات: أطروحة دكتوراه للطالب بريبر محمد تحت عنوان « مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج و الطلاق نموذجا.»

و مقال الدكتور عياشي جمال بعنوان «مكانة الفقه المالكي من الزواج في نصوص قانون الأسرة الجزائري».

الدراسة الأولى:

وهي تتمثل في أطروحة دكتوراه بعنوان «مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري

. أحكام الزواج والطلاق نموذجا»، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر نوقشت بتاريخ: 17 ديسمبر 2020 للطالب بريبر محمد.

عالجت الموضوع تحت الإشكالية التالية: «ما مدى اعتماد المشرع الجزائري على أحكام الفقه المالكي في وضع نصوص قانون الأسرة عموما، والنصوص المتعلقة بالزواج والطلاق خصوصا؟، معتمدة في ذلك على المنهج التحليلي المقارن».

. من النتائج التي انتهت إليها الدراسة هي:

1ـ أن المشرع الجزائري اعتمد الفقه المالكي واعتبره مصدرا من مصادره المادية في قانون الأسرة إضافة إلى المذاهب الأخرى.

2. وافق المشرع الجزائري الفقه المالكي في عدة مسائل خاصة ما تعلق بالزواج والطلاق، سواء كان ذلك بصفة كلية أو جزئية.

3. أن المشرع الجزائري اعتمد في قانون الأسرة في بعض المواد على أكثر من مذهب في المسألة الواحدة.

ـ وما يضيفه بحثنا في هذا الموضوع هو تحديد أهم اختيارات المشرع الجزائري الموافقة للمذهب المالكي والمعتمدة في وضع نصوص قانون الأسرة بالأخص ما تعلق بعقد الزواج واثاره.

الدراسة الثانية:

تتمثل الدراسة الثانية في مقال بعنوان "مكانة الفقه المالكي من الزواج في نصوص قانون الأسرة الجزائري "جامعة المدية، للدكتور جمال عياشي.

. عالج الموضوع تحت إشكالية: «ماهي مكانة الفقه المالكي من الزواج من قانون الأسرة الجزائري؟»

. من النتائج التي انتهت إليها الدراسة هي:

1. أن المقنن خالف المذهب المالكي في مجموعة من المسائل الخاصة مثل مسألة تعدد الزوجات، ومسألة الآثار الناتجة عن تخلف الولي.

2. أن المقنن الجزائري خلال تنظيمه للأحكام المتعلقة بالزواج لم يأخذ بالفقه المالكي أخذا مطلقا.

وما يضاف من دراستنا هذه هو تطرقها إلى جميع المسائل التي وافق فيها المشرع الجزائري الفقه المالكي ببعض من التفصيل.

الصعوبات والعوائق :

من بين الصعوبات و العوائق التي واجهت عملية البحث في هذا الموضوع مايلي :

. قلة المصادر والمراجع المعالجة للموضوع.

. الترتيب الغير موفق للنصوص القانونية في قانون الأسرة الجزائري.

ـ بالإضافة إلى صعوبة الحصول على المعلومات التي تخدم هذا البحث بصفة مباشرة وصعوبة ضبطها من جميع النواحي.

الخطة العامة للبحث :

تناولنا هذا البحث بتقسيم ثنائي بداية بالفصول، فكان بفصلين وكل فصل بمبحثين.

أما الفصل الأول فكان بعنوان: «الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في مقدمات عقد الزواج وأركانه »،

تم تناوله وفق مبحثين كان الأول بعنوان :«الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة المذهب المالكي في مقدمات عقد الزواج » .

والمبحث الثاني بعنوان :«الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة للفقه المالكي في أركان عقد الزواج».

ثم يأتي بعد ذلك الفصل الثاني بعنوان :«الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في شروط عقد الزواج وآثاره»، وهو بدوره احتوى على مبحثين .

أما الأول فكان بعنوان: «شروط عقد الزواج»، والمبحث الثاني بعنوان :«آثار عقد الزواج»

خطة البحث :

مقدمة

الفصل الأول :الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في مقدمات عقد الزواج وأركانه.

المبحث الأول :الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في مقدمات عقد الزواج

المطلب الأول : الخطبة وأحكامها.

الفرع الأول: تعريف الخطبة وطبيعتها القانونية.

الفرع الثاني: العدول عن الخطبة.

المطلب الثاني: تعريف الزواج.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للزواج.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج.

المبحث الثاني: الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في أركان عقد الزواج.

المطلب الأول: المحل في عقد الزواج

الفرع الأول : الشروط المشتركة للزوجين

الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها بين الزوجين.

المطلب الثاني: الصيغة في عقد الزواج.

الفرع الأول: أنواع صيغة العقد.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الصيغة.

الفصل الثاني: الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في شروط عقد الزواج وآثاره.

المبحث الأول: شروط عقد الزواج

المطلب الأول: الصداق وأنواعه.

الفرع الأول: تعريف الصداق.

الفرع الثاني: أنواع الصداق.

الفرع الثالث: تسليم الصداق والاختلاف فيه.

المطلب الثاني: الشهود في عقد الزواج.

الفرع الأول: صفة الشهود ووقت الشهادة.

الفرع الثاني: أثر تخلف الإشهاد في عقد الزواج.

المبحث الثاني: آثار عقد الزواج

المطلب الأول: الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والنظام المالي لهما

الفرع الأول: الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين

الفرع الثاني: النظام المالي للزوجين

المطلب الثاني: النسب و حكم التبني

الفرع الأول: طرق إثبات النسب

الفرع الثاني : حكم التبني

خاتمة

الفصل الأول:

الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في مقدمات عقد الزواج وأركانه

ويحتوى على مبحثين :

المبحث الأول :الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في مقدمات عقد الزواج .

المبحث الثاني :الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الموافقة للمذهب المالكي في أركان عقد الزواج .

. يعتبر عقد الزواج من أهم العقود التي يجريها الإنسان في حياته، ونظرا لطبيعته الخاصة أحاطه الشارع بأحكام تضمن للزوجين التفاهم والاستقرار والسعادة، ومن هذه الأحكام أن جعل له مقدمات تسبق العقد وهي الخطبة، وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول تحت عنوان «الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في مقدمات عقد الزواج»

وكما لعقد الزواج مقدمات تسبقه فإن له أيضا كغيره من العقود أركان يقوم عليها ويتحقق بها، وهي تشكل جزءا من حقيقته وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني تحت عنوان «الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في أركان عقد الزواج»

المبحث الأول:

الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في مقدمات عقد الزواج :

–يحظى عقد الزواج بأهمية كبيرة لدى المشرع الجزائري وفقهاء المالكية، لدوره في إنشاء الرابطة الزوجية، ولهذا جرت العادة والعرف عندهم أن تسبقه فترة الخطبة للتعارف والتراضي بين الأطراف، وهذه الأخيرة تعتريها مجموعة من الأحكام التي تضبطها وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول تحت عنوان « الخطبة وأحكامها» ، ثم نتطرق بعدها إلى الزواج في المطلب الثاني تحت عنوان « تعريف الزواج»

المطلب الأول: الخطبة وأحكامها

تعتبر الخطبة أهم مرحلة تسبق عقد الزواج ، فهي إجراء أولي يسمح للمخطوبين وعائلتيهما بالتعارف والتقارب، وقد خصها كل من فقهاء المالكية والمشرع الجزائري بمجموعة من الأحكام والتي سنتطرق إليها على النحو التالي: حيث نتطرق إلى تعريف الخطبة وطبيعتها القانونية في الفرع الأول و في الفرع الثاني نتناول العدول عن الخطبة.

الفرع الأول : تعريف الخطبة وطبيعتها القانونية

أولا : تعريف الخطبة لغة.

– مصدر خطب المرأة يخطبها خطبا و خِطْبَةً بالكسر، يقال فلان خِطْبُ فلانة ، إذا كان يخطبها أي طلبها للزواج[1] قال الله تعالى: ﴿**وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ** ﴾ **البقرة الآية235**

[1]- ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر ، بيروت ، ج1، ص360.

ثانيا : الخطبة اصطلاحا

1_عرف المشرع الجزائري الخطبة في المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم: 05_02 على أنها: "وعد بالزواج ، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة" [1]

2_وعرفها فقهاء المالكية على أنها: «التماس النكاح والمحاولة عليه[2]»

والملاحظ من التعريفين أن المشرع الجزائري خالف الفقه المالكي في تعبيره عن الخطبة ووصفها بالوعد ، في حين فقهاء المالكية اعتبروها بأنها التماس واستدعاء للزواج، إلا أنه يبقى مجرد اختلاف في التعبير ، لأنهما اتفقا على أن الهدف من ورائها هو الزواج وأنها لا ترقى إليه مهما بلغت، بالإضافة إلى أن المشرع أضاف حكما يبين عدم إلزامية الوعد وذلك بالعدول عنه، وهو حكم أقرته الشريعة سابقا، وبالتالي فالمشرع الجزائري رجع في تعريفه للخطبة إلى تعاريف فقهاء المالكية[3]

ثالثا : الطبيعة القانونية للخطبة.

جاء في المادة 05 من قانون الأسرة على أن الخطبة "وعد بالزواج" أي أن المشرع كيفها على أنها مجرد وعد برغم تمامها ، ولم ينزلها منزلة العقد"[4]

لا يترتب عنها أي التزام بإتمام العقد، انطلاقا من مبدأ الرضائية في الزواج، إضافة إلى كون

[1] القانون رقم 84-11مؤرخ في 09يونيو سنة 1984والمتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم بالامر رقم 05-02المؤرخ في 27فبراير 2005.

[2] الأحسائي، مبارك بن علي بن حمد المالكي، التسهيل –تسهيل المسالك إلى هداية السالك إلى مذهب الامام مالك-،مكتبة الامام الشافعي ، الرياض، ،ط1،1995م،ج1،ص1149

[3] بلحاج العربي، احكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد، دار الثقافة، عمان، ط1، 2012م، ج1، ص98.

[4] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5 2007، ج1 ص 51.

عدم إمتلاك الوعد في العقود قوة العقد ذاته[1] و الإخلال به لا يرتب أي أثر من آثار العقد[2] وبه يكون المشرع الجزائري قد وافق ما أخذ به فقهاء المالكية الذين لم يعتبروا الخطبة عقدا، وإنما مجرد وعد متبادل بين رجل و امرأة على الزواج مستقبلا، غرضها تعرف كل من الخاطبين على الآخر ولا يترتب عليها شيء من الالتزام بإتمام العقد ، وإن تمت باتفاق الطرفين[3]

1- إقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد:

_تأتي الفاتحة عند المشرع الجزائري والفقه المالكي على معنيين هما:

•إن كان القصد من قراءة الفاتحة هو الدعاء و حصول البركة فلا تعتبر عقدا قائما بذاته، حتى ولو إقترنت بالخطبة[4]، وهذا ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 06: " على أن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا"

•أما إذا اقترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي، وتحديد الصداق و توافر الرضا الكامل باتجاه طرفي الخطبة، فإن في هذه الحالة تعتبر الخطبة زواجا صحيحا[5] وهذا ما بينه المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثانية من المادة 06 ، "غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون."

[1] بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ،ص51، 52

[2] جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج –الخطبة– في العقد والقانون، دار الحامد، الأردن، ط1، 2009م ، ص 26

[3] وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، بيروت، 2010م، ج2، ص19.

[4] عبد العزيز سعد ،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، دارهومة، الجزائر، 2007م، ص16، 17

[5]. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد،مرجع سابق، ص 120

الفرع الثاني: العدول عن الخطبة.

بما أن الخطبة مجرد وعد بالزواج، فلكل من الطرفين حق العدول والرجوع عنها، لكن يعتري هذا العدول مجموعة من الأحكام تتمثل فيما يلي:

أولا : حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة

تناول المشرع الجزائري مسألة حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة في المادة 05 من قانون الأسرة في الفقرتين الرابعة والخامسة على أنه:

« لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما أهدته أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة ، فعليها أن ترد للخاطب مالم يستهلك من هدايا أو قيمته» .

بمعنى أن المشرّع أقر بمبدأ المساواة بين الخطيبين في استرداد الهدايا سواء كان العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة ، حين تُردّ الهدايا بعينها إن كانت قائمة ، وبقيمتها إذا استهلكت وأتلفت[1].

وقد أخذ المشرع الجزائري في هذه المسألة منحى الفقه المالكي الذي بين بأن الخاطب إذا أهدى المرأة شيئا مدة الخطبة، فله استرجاع ما أهداه إليها، ومطالبتها بردّه إذا كان الفسخ من جهتها، أما إذا كان الفسخ من جهته فلا رجوع له عليها، وفي الحالة التي يكون له استرجاع ما أهداه، فإنه يأخذه بعينه إذا كان موجودا، وإذا ضاع ما أهداه أو استهلك، فالقاعدة في الضمان تقضي أنه يلزم في المِثلِي من المتاع مِثْلُه، وفي المُقوّم قِيمَتُه[2] .

---

[1]. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 132

[2] الغرياني، الصادق عبد الرحمان ، مدونة الفقه المالكي و أدلته ، مؤسسة الريان ، بيروت ، ط1 ، 2002 م ، ج2، ص 504

ثانيا: التعويض على ضرر العدول عن الخطبة.

قد يترتب على العدول عن الخطبة ضرر يلحق أحد الطرفين ماديا أو معنويا خاصة إذا استمرت الخطبة لفترة طويلة، كأن يطلب الخاطب من المخطوبة الاستقالة من وظيفتها، أو أن تطلب المخطوبة من الخاطب مثلا شراء منزل خاص في مكان محدد، أو أن يلحق بأحدهما ضرر معنوي كخيبة أمل أو ضياع فرصة الزواج بالكلية بالنسبة للمخطوبة.[1]

وقد ذهب المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 05 من قانون الأسرة إلى قوله: " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"،

و النص جاء عامًا ومطلقًا، معتبرًا التعويض ليس عن العدول، و إنما عن الضرر الناجم عن العدول، إذا كان لأحد الطرفين دخل فيه، وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية، لا المسؤولية العقدية لأن الخطبة ليست بعقد[2]

• أما الملاحظ في كتب الفقه الإسلامي القديم فإنها لم تتعرض لهذا الموضوع وذلك يعود إلى اختلاف العادات والأعراف في عصرهم عن العصر الحالي، إضافة إلى إعتبار أن التعويض لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام، كالإخلال بعقد، و الخطبة لا تعتبر عقدا، ولا يترتب عليها أي أثر.[3]

•ولكن هذا لا يمنع من إقراره في الفقه الحديث، عملا بقواعد الشريعة العامة، حيث يمكن تأصيل التعويض عن ضرر العدول في الفقه المالكي بمبدأ الالتزام في مشهور الأقوال : وهو أنه في الوعد بشيء، يقضى بتنفيذ الوعد إن كان مبنيا على سبب ودخل الموعود بالسبب، أي يجب الوفاء بالوعد المعلق على سبب، ويكون الموعود قد باشر السبب ونفذه[4]

[1].بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص134، 135

[2] .المرجع نفسه، ص 137

[3] . وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 27،28

[4] . المرجع نفسه، ص 28.

وبهذا يمكن القول أن مرجعية قانون الأسرة في هذه المسألة تعود إلى ما جاء به الفقه المالكي الحديث من اجتهادات.

المطلب الثاني : تعريف الزواج

–أطلق مصطلحي الزواج والنكاح لدى فقهاء المذهب المالكي والمشرع الجزائري، وأريد بهما التعبير عن معنى واحد وهو العلاقة التي تربط بين الرجل و المرأة، و لذلك سنعرض في الفرع الأول تعريف الزواج والنكاح لغة تم تعريف الزواج اصطلاحا في الفرع الثاني.

•الفرع الأول : التعريف اللغوي للزواج.

أولا : الزواج لغة.

الزواج من فعل زَوَّجَ بمعنى الاقتران و الاختلاط، زَوَّجَ الشيء بالشيء وزوجه إليه أي قرن بعضه ببعض.[1]

ومن قوله تعالى : ﴿**كَذَٰلِكَ وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ** ﴾ سورة الدخان الآية 54 ، أي قرنَّاهم بهن.

ثانيا : النكاح لغة.

•النكاح بمعنى الضم، ومنه تناكحت الأشجار، إذا انضم بعضها إلى بعض.[2]

•وينصرف أيضا إلى معنى الوطء، نكح المرأة أو طلبها، وقيل هو العقد له.[3]

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج.

أولا : تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

عرف المشرع الجزائري الزواج من خلال نص المادة: 04 من قانون الأسرة الجزائري بكونه: «عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة

[1].إبن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج2، ص 293

[2].المرجع نفسه، ج2، ص 626

[3].محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، مطبعة حكومة الكويت، ط2 1987م، ج7، ص 196

والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب »

وبالنظر في التعريف نجد أن المشرع الجزائري قد قيد مصطلح العقد بالرضائية، كما صرح بالطرفين المتعاقدين وهما الرجل والمرأة، ونص على ضرورة احترامهما للشروط الشرعية، وذكر

الغاية من عقد الزواج، والمتمثلة في تكوين أسرة أساسها الرحمة والمحافظة على الأنساب ، في حين نجده قد غفل عن ذكر موضوع الزواج، ولعل ذلك يرجع إلى الخشية من أن يظن البعض أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللَّذة .[1]

ثانيا : التعريف الفقهي للزواج.

عرف فقهاء المالكية الزواج بتعاريف كثيرة أهمها:

"•النكاح على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله، غير عالم عاقدها حِرمتها إن حرَّمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر.[2]

•بمعنى أنه عقد يتضمن قبولا و إيجابا ، يكون التمتع فيه بأنثى من بني آدم، مخرجًا بذلك كل زواج بغير آدمي أو من نفس الجنس، ويكون التمتع ببينة من إشهاد و إعلان قبل وجوده و أخرج بذلك صورة الزنا، إضافة إلى أنه يُحرم العقد كل من حرمت عليه بالكتاب أو بالإجماع كالعقد على العمة أو الأخت وكل ما حرم بإجماع العلماء[3]

وبهذا يمكن القول أن قانون الأسرة الجزائري قد وافق الفقه المالكي في تحديد لمفهوم الزواج ، فكلاهما وصفه على أنه عقد رضائي بين رجل وامرأة بطريقة شرعية ، تبيح لهما التمتع وتمكنهما من تكوين أسرة مترابطة.

[1].بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 74

[2].الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الإرشاد، ج4، ص2

[3].الرصاع،عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود إبن عرفة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993م، ص 235

المبحث الثاني:

الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في أركان عقد الزواج.

يقوم عقد الزواج كغيره من العقود على مجموعة من الأركان التي تمثل جزءًا من حقيقته وتجعله غير قابل للإبرام من دونها، لأنها أساس العقد.

•وقد ذهب المشرع الجزائري مذهب الفقه المالكي الذي حصر أركان عقد الزواج في ثلاثة أركان: وَلِيٌّ ومَحَلٌّ و صيغة[1]، فجعل المشرع بذلك المحل والصيغة – الرضا –ركنين من أركان عقد الزواج، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث، حيث سنتطرق في المطلب الأول إلى " المحل في عقد الزواج " ،أما المطلب الثاني فيكون تحت عنوان: " الصيغة في عقد الزواج".

المطلب الأول:المحل في عقد الزواج

يعتبر المحل ركنا أساسيا لانعقاد الزواج، فهو يشمل الزوج والزوجة اللَّذان لايقوم العقد إلا بهما، يحكمه مجموعة من الشروط التي توافق فيها المشرع الجزائري ضمنيا مع الفقه المالكي، والتي سنعرضها وفق ثلاثة فروع : الشروط المشتركة بين الزوجين في الفرع الأول، ثم الشروط الخاصة بالزوج في الفرع الثاني، وبعدها الشروط الخاصة بالزوجة في الفرع الثالث.

الفرع الأول :الشروط المشتركة بين الزوجين في عقد الزواج

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على الشروط المشتركة بين الزوجين إلاَّ أنه تناول ذلك ضمنيا من خلال ما تضمنته نصوص مواد قانون الأسرة وقد تقاطع مع ما أخذ به فقهاء المالكية في مجموعة من الشروط، حيث ضبط والمحل العقد بخمس شروط مشتركة بين الزوجين وهي:"شرطهما عدم الإكراه والمرض والمحرمية والإشكال والإحرام[2]".

[1] الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد ،أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، نيجيريا،2000 م، ص58

[2] المرجع نفسه،ص59

أولا :ألا تكون الزوجة من المحرمات

قد تكون المرأة محرمة على الرجل إما تحريما مؤبدا أو تحريما مؤقتا[1]

1-المحرمات مؤبدا:

وهن المحرمات على سبيل التأبيد، بحيث لا يحل للمسلم الزواج بإحداهن في أي وقت من الأوقات[2] وقد حصرها المشرع الجزائري في ثلاثة أسباب كما جاء في المادة 24 من قانون الأسرة التي نصت على «موانع النكاح المؤبدة وهي: القرابة، المصاهرة، الرضاع»

• موافقا بذلك ما ذهب إليه الفقه المالكي الذي صنف المحرمات مؤبدا إلى ثلاثة أصناف وهي :محرمات بسبب النسب(القرابة)، محرمات بسبب المصاهرة ،محرمات بسبب الرضاع.[3]

• وجاء هذا التصنيف مصداقا لقوله تعالى: ﴿**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا**﴾ سورة النساء 23

أ -المحرمات بالنسب (القرابة):

عدد المشرع في المادة 25 من قانون الأسرة المحرمات بالنسب، فقد نصت المادة على أن المحرمات بالقرابة هي : الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت.

واستند في ذلك إلى ما جاء به فقهاء المذهب المالكي الذين اعتبروا أن المحرمات بالنسب على سبعة أصول الأم ،الابنة، الأخت، العمة، الخالة، بنت الأخ ،بنت الأخت .[4]

---

[1] العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه المالكي، و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2013م ، ص43.

[2] بلحاج العربي ،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ،مرجع سابق، ص،225.

[3] الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت ط1، 1998م، ج3 ص250.

[4] الغرياني، الصادق عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ص،224، 225.

ب – المحرمات بالمصاهرة:

وافق المشرع الجزائري الفقهاء المالكية في المحرمات بالمصاهرة وذلك من خلال نص المادة 26من قانون الأسرة " المحرمات بالمصاهرة هي:

1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.

2- فروعها إن حصل الدخول بها.

3- أرامل أو مطلقات أصول الزوج و إن علوا.

4- أرامل أو مطلقات فروع الزوج و إن نزلوا".

فقد أخذ بقولهم بأن المحرمات بالمصاهرة أربع: زوجات الآباء، وزوجات الأبناء، وأمهات النساء ،وبنات الزوجات ،واثنين منهن محرمات بالعقد وهن :زوجات الآباء وزوجات الأبناء ،وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة[1].

ج_المحرمات بسبب الرضاع :

نص المشرع الجزائري في المادة 27 من قانون الأسرة الجزائري على أنه «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، مقرا بذلك ما أخذ به المذهب المالكي في أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم النسب[2] ، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم :﴿ الرضاعة تحرِّم ما تحرم الولادة ﴾[3].

فالعلاقة الرضاعية المحرمة تكون قائمة فقط بين الرضيع (ذكرا كان أو أنثى) والمرأة التي أرضعته وزوجها ونسلها، وأثر التحريم بسبب الرضاع يبقى منحصرا في الرضيع وفروعه، ولا يمتد مطلقا إلى

[1] ابن رشد ، محمد بن أحمد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار السلام، ط1،1995 م، ج2،ص33 .

[2] المرجع نفسه، ص 35.

[3] أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، رقم الحديث 5099، مرجع نفسه، ص 1300.

إخوته وأخواته [1]، وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 28 من قانون الأسرة: «يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه».

فالأم من الرضاع عند المالكية هي في المحرمية بمنزلة الأم الوالدة، والأخت من الرضاع هي بمنزلة الأخت من النسب[2].

إضافة إلى ذلك فقط اشترط المشرع الجزائري في الرضاع المحرم أن يكون في العامين الأولين، سواء قل مقدار الرضاعة أو كثر، وفق نص المادة 29: «لا يحرم الرضاع إلا ما حصل ما قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيراً »

وقد ساير هذا النص المذهب المالكي، الذي اعتبر أن لبن الرضاع يحرم إذا وصل إلى الجوف، قليلا كان أو كثيرا، ولوكان بمقدار ما يفطر الصائم، وجعلوا مدته حولين أو كأقصى تقدير، لأن الفطام لا يتم في يوم واحد، وإنما يُعود عليه الصبي شيئا فشيئا حتى يترك الثدي ويسلوه[3].

2- المحرمات مؤقتا:

وهنا المحرمات تحريما زمنيا، حيث يبقى التحريم ببقاء السبب ويزول بزواله[4]

حصرها المشرع الجزائري في ست أحوال، حسبما تضمنته المادة 30 التي نصت على:

يحرم من النساء مؤقتا:

_ المحصنة

_ المعتدة من طلاق أو وفاة.

_ المطلقة ثلاثا.

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 233.

[2] الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 3، مرجع سابق، ص 142

[3] المرجع نفسه، ص 145.

[4] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 2008 م، ص50 .

كما يحرم مؤقتا : الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة، أو لأب أو لأم أو من رضاع.

_زواج المسلم من غير المسلمة» .

وقد وافق بذلك الأسباب التي أحصاها الفقهاء المالكية، حيث جاء عندهم أن أسباب التحريم مؤقتا وهي: الجمع بين المحرمات، الطلاق ثلاثا ،الشرك ،النكاح في العدة ،الإحصان بالزوج ،العدّة .[1]

وبالتالي فإن كل من المشرع الجزائري والفقه المالكي توافقا في تعداد حالات التحريم المؤقت بصفة عامة ، ويبقى الاختلاف في بعض الجزئيات والتفصيلات فقط .

ثانيا : أهلية الزواج:

اعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توافر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من التزامات، لأنه ليس من المصلحة الخاصة والعامة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري وقدرة مالية، ومعرفة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية[2] .

وعلى هذا الأساس جاءت المادة 07 من قانون الأسرة، حيث نصت على"تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ،متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ".

وعليه فقد جعل المشرع الجزائري سن 19 هو السن المحدد لاكتساب أهلية الزواج ،وفي نفس الوقت سن اكتساب الأهلية القانونية لمباشرة التصرفات القانونية ،كما أنه منح القاضي سلطة ترخيص الإذن بالزواج للرجل والمرأة قبل بلوغ هذا السن لمصلحة أو لضرورة يقدرها وفقا لسلطته التقديرية بعد موافقة الولي[3].

[1] الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ص250 .

[2] بلحاج العربي ،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص158

[3] المرجع نفسه، ص162 ،163.

من هذا يمكن القول بأن المشرع الجزائري اقترب من الفقه المالكي في عدم الاعتماد على السن القانونية اعتمادا كاملا، فقد حدد فقهاء المالكية أن :"بلوغ الصبي يكون بثمانية عشر عاما أو الحلم أو الحيض أو الحمل أو الإنبات".[1]

واتفقوا في جواز إذن القاضي بزواج الفتى بعد إكماله سن الخامسة عشرة والفتاة بعد إكمالها سن الثالثة عشرة ،إذا كان نموهما الجسدي كافيا وصحتهما قوية ،شريطة أن تكون هناك مصلحة في الزواج . [2]

الفرع الثاني :الشروط المختلف فيها بين الزوجين.

لكل من الزوجين شروط خاصة به و هي:

أولا: الشروط الخاصة بالزوج:

-جاء في المادة 08 من قانون الأسرة على أنه :"يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ".

أي أن المشرع أقر بالزواج بأكثر من واحدة في حدود ما أقرته الشريعة الإسلامية وهو تجاوز أربع زوجات.

- وجاء في الفقرة الثانية من المادة 30 أنه : «يحرم مؤقتا: زواج المسلمة من غير المسلم».

مما جاء في المادتين يتبين أن المشرع اشترط في الزوج توفر صفتي الإسلام والخلو من أربع زوجات.

وهذا ما جاء به الفقه المالكي، حيث جعل للزوج شرطان الإسلام والخلو من أربع زوجات،"....وشرطُهُ الإسلام وخُلُوٌ مِن أرْبَعِ[3]"

[1] الأزهري، صالح عبد السميع ، جواهر الإكليل_ شرح مختصر خليل _،المكتبة الثقافية، بيروت، ج2 ،ص97.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، مرجع سابق، ص96

[3] الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مرجع سابق، ص59

ثانيا :الشروط الخاصة بالزوجة:

نص المشرع في المادة 30على أنه« يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة والمعتدة من طلاق أو وفاة »بمعنى أن المشرع قيد الزوجة بشرطين أساسيين و هما خلو المرأة من الزوج و أن لا تكون معتدة[1].

متبعا بذلك منهج المالكية في وضعهم للشروط الخاصة بالزوجة و هي:" الخلو من زوج عدَة غيره غير مجوسية وأمة كتابية" [2]

أي أن المشرع الجزائري وافق المذهب المالكي فيما تعلق بالشروط الخاصة بالزوجة في شرطي :خلو المرأة من الزوج، و ألا تكون معتدة.

المطلب الثاني :الصيغة في عقد الزواج:

يعتبر الرضا ركنا أساسيا يقوم عليه عقد الزواج ككل العقود التي يبرمها الشخص في حياته،

ويتوقف وجوده عليه، ولا يظهر ذلك إلا بالصيغة التي تكون على شكل إيجاب وقبول بين الطرفين.

وقد حدد المشرع الجزائري وفقهاء المذهب المالكي انواع الصيغة اللازمة لانعقاد الزواج ، وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول تحت عنوان "أنواع صيغة العقد " ، وقيدوها بمجموعة من الشروط وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني بعنوان "الشروط الواجب توفرها في الصيغة ".

الفرع الأول :أنواع صيغة العقد.

تأتي صيغة العقد على نوعين هما:

الصيغة اللفظية و الصيغة الغير لفظية.

---

[1] بربير محمد، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج والطلاق نموذجا، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، نوقشت بتاريخ 17 ديسمبر2020م، ص82

[2] الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مرجع سابق، ص59.

أولا: الصيغة اللفظية لعقد الزواج:

نصت المادة 10 من خلال الفقرة الأولى من قانون الأسرة الجزائري على:

«يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعًا»

بمعنى أن الصيغة يجب أنت كون على صورة إيجاب و قبول بين الطرفين دلالة على الرضا بينهما[1] –وهو المعنى الذي قصده فقهاء المالكية بتعريفهم للصيغة بأنها اللفظ المعبِّر عن إرادة الطرفين ورغبتهما في إتمام العقد، وتكون بإيجاب وقبول من الطرفين للدلالة على رضا كل منهما[2].

إضافة إلى هذا فإن الصيغة تكون بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا وهذا حسب ما جاء في المادة السالفة الذكر، مقرا بذلك ما جاء في المذهب المالكي، كلفظ أنكحت وزوَجت وقبلت.[3]

ثانيا: الصيغة غير اللفظية لعقد الزواج:

ذهب المشرع الجزائري إلى إمكانية انعقاد الزواج بصيغ غير الصيغة اللفظية فقد نص في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون الأسرة على أنه "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة ".

بمعنى إذا كان المتعاقدان أو أحدهما يعجز عن التعبير (كالمريض أو الأخرس)فإنه يصح الإيجاب والقبول بالكتابة والإشارة.[4]

وهذا رأي المالكية الذي أخذوا به أيضا، فالأصل عندهم عدم انعقاد الزواج بالكتابة والإشارة ، إلا أنهم قيدوا هذه القاعدة بالقدرة على الكلام .[5]

وعليه يصح عقد الأخر حسب الإشارة أو الكتابة التي تفيد الإيجاب أو القبول، أو الإيجاب والقبول معًا[6] .

---

[1] نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006 م، ص 36 ،37 .

[2] محمد سعد، دليل السّالك لمذهب الإمام مالك، دار الندوة، ص72.

[3] الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مرجع سابق،ص58.

[4] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص191.

[5] الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ص516.

[6] الحطاب، محمد بن عبد الرحمان المغربي ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، دار عالم الكتب، ج 5، ص 43،44.

الفرع الثاني:الشروط الواجب توفرها في الصيغة :

يجب أن تتوفر الصيغة على شرطين أساسيين هما :

– تطابق الإيجاب و القبول.

– ألا تتعلق الصيغة بشرط غير محقق.

أولا: تطابق الإيجاب مع القبول:

يشترط لانعقاد الزواج الإتيان بصيغة العقد الدالة على إنشائه، ويكون ذلك باقتران الإيجاب بالقبول في مجلس العقد [1].

وهو ما أقره المشرع الجزائري من خلال المادة 10من قانون الأسرة: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا "

وقد استند المشرع في ذلك إلى ما وجد في المذهب المالكي، حيث يكون القبول عقب الإيجاب[2] ،

وفق صيغة معينة تكون بألفاظ دالة على إنشاء العقد كقول أنكحت وزوجت ومثلها .[3]

ثانيا: ألا تتعلق الصيغة بشرط غير محقق:

ذهب المشرع الجزائري إلى جواز الاشتراط في عقد الزواج ، فنص في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي :"للزوجين أن يشترطان في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ،مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون "

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص193.

[2] الغرباني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ص515.

[3] الدسوقي، محمد عرفة ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، حلب، ج2، ص220 .

وقد كان هذا الاختيار موافقا للفقه المالكي عموما في جواز الاشتراط في العقد على أن يكون الشرط غير مناف لما يقتضيه عقد النكاح وغير مقيد يمين [1].

إلا أن هذا لا ينفي اختلاف كل من المشرع الجزائري والمذهب المالكي في شرط عدم تعدد الزوجات ،فهذا يعتبر حقا للزوج عند المالكية ، و للزوجين أن يضعا ما يشاءان من الشروط بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة .[2]

[1] الرصاع ، شرح حدود ابن عرفة، مرجع سابق،ص256 .

[2] المرجع نفسه ، ،ص 256 .

و خلاصة هذا الفصل هي أن المشرع الجزائري قد استند إلى الفقه المالكي فيما تعلق بمسائل مقدمات عقد الزواج، وذلك حسب ما تعرضنا إليه في المبحث الأول.

حيث وافقه في الخطبة وشروطها كونها عدا من نوع خاص يخول للطرفين حق العدول عنها، مع تقييد ذلك بإعطاء الحق للطرف المتضرر طلب التعويض، كما وافقه أيضا في آثار العدول عن الخطبة.

وذهب المشرع الجزائري منحى الفقه المالكي في مسألة عقد الزواج، ووصفه بأنه عقد رضائي بين رجل و امرأة بطريقة شرعية، تبيح لهما التمتع وتمكنهما من تكوين أسرة.

أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه اختيارات المشرع الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في أركان عقد الزواج والمتمثلة في ركني المحل والصيغة الرضا، حيث جعلوا المحل " الزوج والزوجة " شروطا تحكمه سواء ما تعلق بالزوج أو الزوجة، أو الزوج والزوجة معا.

ثم عالجنا مسألة الصيغة والشروط الواجب توفرها فيها من تطابق الإيجاب والقبول، وعدم تعلقها بشرط غير محقق.

الفصل الثاني:

الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في شروط عقد الزواج وآثاره

يحتوي على مبحثين :

المبحث الأول :شروط عقد الزواج

المبحث الثاني :آثار عقد الزواج

يقوم عقد الزواج كغيره من العقود على مجموعة من الشروط الواجب توفرها لتمامه، وقد أُصْطُلح لدى الفقهاء أن الشرط هو" ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجا عن حقيقته"[1]

وشروط كل عقد، ومنها الزواج، أربعة أنواع: شروط الانعقاد، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، وشروط اللوزم[2].

أما شروط عقد الزواج التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 09 مكرر وتوافق فيها مع الفقه المالكي فهي "الصداق" و " الشهود" وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول.

والمبحث الثاني سنتناول فيه الآثار الناتجة عن تمام عقد الزواج وفق الطريقة الصحيحة تحت عنوان " آثار الزواج "

[1]. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 47.

[2] .المرجع نفسه، ص 47، 48 .

المبحث الأول: شروط عقد الزواج

لتمام عقد الزواج لا بد من توافره على مجموعة من الشروط التي فرض المشرع الجزائري وجودها لكي يكون العقد صحيحا، وقد نص عليها في المادة: 09 مكرر «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية»، موافقا بذلك ما أخذ به فقهاء المالكية فيما تعلق بشرطي " الصداق، والشهود، في قولهم صحته بصداق وشهادة عدلين"[1]

ولهذا سنتناول في المطلب الأول " الصداق وأحكامه"، أما في المطلب الثاني فسنتطرق إلى "الشهود في عقد الزواج".

المطلب الأول: الصداق و أحكامه.

يعتبر الصداق من الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج، الذي لا يقوم العقد إلا به، وذلك وفقا لما جاء به المشرع الجزائري والفقه المالكي.

وخص الصداق بمجموعة من الأحكام والخصائص، لهذا سنتناول في الفرع الأول "تعريف الصداق"، ثم "أنواع الصداق" في الفرع الثاني، والفرع الثالث نتطرق فيه إلى " تسليم الصداق والاختلاف فيه"

الفرع الأول: تعريف الصداق.

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الصداق لغة أولا، ثم الصداق اصطلاحًا ثانيا

أولا: الصداق لغة.

الصَّداقِ والصِّدَاقُ: مهر المرأة، ويُقال أَصْدَق المرأة حين تزَّوجها أي جعل لها صداقا[2]

[1] . الدردير أقرب المسالك، لمذهب الإمام مالك، مرجع سابق ، ص 58.
[2] . ابن المنظور لسان العرب، مرجع سابق، ج10، ص 197.

ثانيا: الصداق اصطلاحًا.

جاء في نص المادة: 14 من قانون الأسرة على أن: «الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء».

وعرّفه فقهاء المالكية على أنه: "ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها"[1]ويشترط فيه شروط الثمن من كونه متمولا طاهرا، منتفعا به، مقدورا على تسليمه معلوما[2]

ومنه تتأكد موافقة المشرع للفقه المالكي أين سايره في تعريف الصداق واعتبره صحيحا نقدا أو غيرها من الأشياء الجائزة شرعا لما فيه من إحالة على الشروط الفقهية في: أن يكون مما يصح التعامل فيه، وأن يكون معلوما، وأن يسلم من الغرر[3].

الفرع الثاني: أنواع الصداق.

حسب المادة: 15 من قانون الأسرة التي تنص على:" يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا او مؤجلا، في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل" ،فإن الصداق يكون على نوعين أساسيين هما: الصداق المسمى، وصداق المثل.

وهو فحوى قول المالكية الذين قسموا الصداق أو المهر إلى نوعان: مهر مسمى ومهر المثل و قد اصطلح هذا الاخير عندهم بنكاح التفويض[4].

أولا: الصداق المسمى.

وهو الصداق الذي يثبت بمجرد إنفاق الزوجين معا مهما بلغت قيمته، طالما تم بإرادة ورضى الطرفين، ويعتبر من جملة الصداق المسمى في العقد ما جرى عرف الناس عليه من تقديم الزوج للزوجة قبل الزفاف ثيابًا أو نحوها[5]

[1] . الدردير، أحمد بن محمد بن احمد، الشرح الصغير- على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك-، دار المعارف، القاهرة، ج2 ، ص428.
[2] . المرجع نفسه، ص 428، 429.
[3] . جمال عياشي، مكانة الفقه المالكي من الزواج في نصوص قانون الأسرة الجزائري، جامعة المدية، ص 05.
[4].الأزهري، جواهر الإكليل – شرح مختصر خليل- مرجع سابق، ج1، ص306، 307.
[5]. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ،مرجع سابق، ص270، 271

وهو ما أشارت إليه المادة 09 مكرر والمادة 15 من قانون الأسرة الجزائري.

كما عرفه المالكية أيضا بأنه: " ما سمي في العقد أو بعدها بالتراضي، بأن اتفق عليه صراحة في العقد، أو فرض للزوجة بعده بالتراضي، أو فرضه الحاكم[1].

وقد نصوا أيضا على أن ما يهدى للمرأة قبل العقد أو حال العقد، يعد من المهر، ولو لم يشترط[2].

وبذلك نجد أن المشرع الجزائري وافق الفقه المالكي فيما سمي بصداق المثل.

ثانيا: صداق المثل.

-نص عليه المشرع من خلال المادة: 15 في الفقرة الثانية، «في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل»

-وهو الصداق الذي يعطى عادة لمثل المرأة المعنية بالأمر، أي الذي يبذل لامرأة تضاهيها وقت إبرام العقد، من حيث الأوصاف والصفات[3].

-وقد ذهب فقهاء القانون إلى أنه يراعى في تقدير صداق المثل أمور ثلاث وهي[4]:

-المركز الاجتماعي الزوجة.

-المركز الاجتماعي الزوج.

-قيمة المهور على الوجه العام في بلد الزوجة يحسب العادات و التقاليد

-أما اختيار المشرع الجزائري في المسألة، فقد رجع فيه إلى ما جاء به فقهاء المالكية الذين عرفوا صداق المثل على أنه، « ما يرغب به الزوج في الزوجة باعتبار دينها وجمالها و حسبها و بلدها[5]».

[1].وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 265.
[2].المرجع نفسه، ص 266.
[3].بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق ، ص 271.
[4].المرجع نفسه ، ص 272.
[5]. النفراوي، أحمد بن مهنّا، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1997م ، ج2، ص7.

–بمعنى ما يرغب به مثله – أي الزوج – في مثلها –أي الزوجة عادة.

ويعتبر مهر المثل عندهم بأقارب الزوجة، مثل مهر الأخت الشقيقة أو لأب، وتعتبر المساواة في التدين والمال والجمال والعقل والادب والسن والنسب والحسب.[1]

والملاحظ في هذا الخصوص أن المشرع لم يتطرق لتبيان عناصر المقارنة التي يجب على قاضي الموضوع اعتمادها في تحديده لصداق المثل[2]

هذا وتستحق الزوجة صداق المثل في الحالات التالية:

1- إذا سمي للزوجة صداق مما لا يصح التزامه شرعًا، وكذلك إذا اتفق الزوجان على إسقاط أو نفي الصداق، وجب لها حينئذ الدخول بمهر المثل[3].

2- إذا لم يسم الصداق عند العقد، وذلك من خلال ما جاء في الفقرة الثانية من المادة: 15 «في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل»، وهو ما يسمى عند المالكية بنكاح التفويض، بمعنى عقد بلا تسمية مهر[4].

وتنطبق الحالتين على العقد الصحيح فقط، أما في حالة النكاح الفاسد الذي اختل فيه شرط من شروط صحته فأنه:

1 –يفسخ قبل البناء ولا صداق فيه، ويصح بعد البناء بصداق المثل[5]، و هذا ما أخذ به المقنن من خلال ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 33 « إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل ».

وهذا يعني أن صداق المثل واجب في الزواج الفاسد.

[1].وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، مرجع سابق ، ص267،268

[2].بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 273.

[3].المرجع نفسه، ص 272.

[4].وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر ، مرجع سابق، ص 129.

[5].المرجع نفسه، ص 129, 130.

الفرع الثالث: تسليم الصداق والاختلاف فيه.

الصداق دين في ذمة الزوج متى تم الاتفاق عليه وجب تسليمه للزوجة أو من ينوب عنها، وقد يحصل أن يختلف الزوجين فيه.

وذلك حسب ما جاء به المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

أولا: تسليم الصداق.

-نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة: 15 من قانون الأسرة الجزائري على
-«يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً»

ويفهم من مقتضيات هذه المادة أنه يجوز تعجيل الصداق أو تأجيله لأجل مسمى، كلا أو بعضا حين العقد، وهذا حسب العرف السائد في المكان الذي يوجد به الزوجان[1].

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي المالكية في ذلك، حيث يجوز عندهم تعجيل المهر وتأجيله إلى أجل معلوم تبلغه أعمار الزوجين عادة[2].

إضافة إلى ذلك فقد فصلوا في حكم التأجيل فقالو: يجب على الزوج تسليم الصداق المعيَّن والحالّ للزوجة أو لوليها، إذا كان حاضرا في مجلس العقد، وذلك إذا طلبت الزوجة تعجيله[3].

ويفسد العقد إن دخلا على تأجيله ووقع في صلب العقد شرط التأخير، وأما إن لم يشترط في صلب العقد فلها الحق في تعجيل المعيَّن ولها التأخير، إذ لا محظور فيه لدخوله في ضمانها بالعقد، ومحل الفساد فيما ذكر إذا بَعُدَ الأجل، أما إذا قرب فلا يفسخ[4].

[1].بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 277.
[2].وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر ، مرجع سابق، ص 130
[3].الحبيب بن طاهر ، الفقه المالكي و ادلته ، مرجع سابق ، ص 278.
[4].المرجع نفسه، ص 278، 279.

1- استحقاق الزوجة للصداق.

وافق المشرع الجزائري الفقه المالكي في استحقاق الزوجة للصداق، فقد تستحق الزوجة الصداق كاملا، وقد تستحق نصفه، في حالات لا تستحق شيئًا منه.

أ-استحقاق الزوجة للصداق كاملا:

جاء في قانون الأسرة بأن الزوجة تستحق الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، و ذلك حسب المادة: 16 " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوجة"، لأن سبب الصداق هو العقد، فتستحقه بمجرد إبرامه.

وقد وافق المشرع الفقه المالكي حيث حصر الأخير استحقاق الزوجة للصداق كاملا في الحالات التالية[1]:

_ الدخول الحقيقي بالزوجة (الوطء).

_الخلوة الصحيحة بالزوجة.

_موت أحد الزوجين.

في حين أغفل تحديد معنى الدخول الذي: ذكر في المادة:16 من قانون الأسرة حيث يدخل في مفهومه الوطء كي يكون دخولا حقيقيا بالزوجة

ب- استحقاق الزوجة لنصف الصداق.

-تنص المادة :16 من قانون الأسرة على أنه «الزوجة تستحق نصف الصداق عند الطلاق قبل الدخول».

[1].الغرياني، مدونة الفقه المالكي و ادلته ، مرجع سابق ، ص 597, 600.

وعليه إذا حصل الطلاق في عقد الزواج الصحيح، وسمي الصداق، سواء كانت تلك الفرقة طلاقا أو فسخا، ولم يدخل الزوج بزوجته بعد ولم يحصل خلوة بينهما، فللزوجة نصف الصداق المسمى في العقد[1]

وهو ما جاء في المذهب المالكي أيضا، حيث تستحق الزوجة نصف الصداق إذا طلقت قبل الدخول، وسمي لها صداق[2]، لقوله تعالى:﴿**وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**﴾ البقرة، الآية 237

إضافة إلى ذلك فقد اشترط الفقه المالكي، أن يكون الطلاق قبل الدخول قد تم باختيار من الزوج، فإن لم يكن قد تم باختيار منه، فإنها لا تستحق في هذه الحالة أي شيء.

وخلاصة القول أن مسألة استحقاق الزوجة لنصف الصداق المسمى طبقا للمادة: 16من قانون الأسرة يشترط فيه ثلاثة شروط[3]:

– أن يكون عقد الزواج صحيحا.

– أن تكون الفرقة قبل الدخول الحقيقي أو الحكمي بسبب من قِبَل الزَوّجْ.

– أن يكون الصداق قد سمي في العقد ذاته تسمية صحيحة.

ج– عدم استحقاق الزوجة للصداق.

– لا تستحق الزوجة الصداق نهائيا في حالات معينة ما لم يكن الزوج قد دخل بزوجته قبل البناء وهذه الحالات كالاتي[4]:

[1]. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 290.
[2]. الغرياني، مدونة الفقه المالكي و ادلته ، مرجع سابق ، ص, 600.
[3]. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 294.
[4].الغرياني ، مدونة الفقه المالكي و ادلته، مرجع سابق ، ص, 600،601.

_ إذا تم الطلاق قبل الدخول بسبب وجود عيب في أحد الزوجين يعطى الخيار للآخر في رد النكاح

_ إذا مات الزوج أو طلق قبل الدخول، وقبل أن يُسَمِي للزوجة صَدَاقًا في نكاح التفويض، كما يسقط الصداق نهائيا في حالة فسخ عقد الزواج قبل الدخول لسبب من أسباب الفسخ.

_ كل نكاح فاسد لخلل في العقد مثل النكاح بغير وَلِيّ أو شُهود، أو لخلل في الصداق و الحالة الأخيرة هي الاختيار الذي تبناه المشرع الجزائري صراحة من خلال ما جاء في الفقرة الثانية من المادة: 33 من قانون الأسرة الجزائري "إذا تم الزواج بدون شاهدين، أو صداق أو وَلِيّ في حالة وجوبه، بفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه.

ثانيا: الاختلاف في الصداق.

القاعدة العامة في الشريعة عند التنازع في الحقوق أن البينة على المدعي واليمين على المنكر، وهو المدعى عليه.

والخلاف في الصداق بين الزوجين قد يكون في صفة المهر وقدره، أو في قبض الصداق، أو فيما تعلق بصداق السر والعلن[1].

و قد عالج المشرع الجزائري هذه المسائل من خلال نص المادة: 17 من قانون الأسرة التي تنص على: «في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما و ليس لأحدهما بينة و كان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين و إذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين»، مستندا في وضعه لها إلى ما جاء في الفقه المالكي من تفصيلات وهي كالتالي[2]:

[1] بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ص 297.
[2] الغرياني، مدونة الفقه المالكي و ادلته ، مرجع سابق ، ص607،606،605،604 .

1-الاختلاف في صفة المهر وقدره:

إذا اختلف الزوجان في قدر الصداق أو جنسه، وكان الاختلاف قبل الدخول، صدق من كان قوله قريبا مما تعارف عليه الناس وتشهد له قرائن الأحوال بيمينه، وان كان الاختلاف بعد الدخول، أو بعد الطلاق قبل الدخول، أو مع الورثة بعد موت أحد الزوجين، فالقول قول الزوج، أو وارثه مع يمينه.

2-الخلاف حول صداق السر و العلن:

إذا اتفق الزوجان على صداق بينهما في السَّرَّ، وأظهر صداقا يخالفه في العلن أكثر مقدارًا، أو أحسن صفة، فإن المعوَّل عليه ما إتفقا عليه في السَّرَّ، لأنه المهر الحقيقي الخالي من الاعداء.

3-الاختلاف في قبض الصداق:

إذا اختلف الزوجان في قبض الصَّداق قبل الدخول، ولا بينة لأحدهما، فالقول قولها بيمينها، إذا انكرت وإن حصل الاختلاف بعد الدخول وادعت المرأة أنها تقبض الصداق و خالفها الزوج، صَدَّقَ الزوج بيمينه، لأن قوله ترجَّع بتمكينها نفسها له.

وأمَّا ما تعلق بمسألة عدم دفع الصداق فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة: 33 على أنه «إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه».

بمعنى أن للزوجة أن تمتنع عن الذهاب لبيت زوجها قبل الدخول حتى يدفع لها الصداق المعجل فإذا ذهبت قبل أن يدفع لها الصداق وحصل الدخول فيعتبر رضا منها بتأجيل الصداق إلى وقت اليسار[1].

وهو راي المالكية أيضا حيث قالوا بأن الصداق حق الزوجة، وتعجيله ليس شرطا عندهم، وإنما يشترط عدم الاتفاق على إسقاطه، ولهذا كان من حق الزوجة عندهم، أن تمتنع عن الدخول حتى يفرض لها الصداق[1].

[1] بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 304.

المطلب الثاني: الشهود في عقد الزواج.

للشهادة أهمية كبيرة في عقد الزواج، بإخراجه من حدود السرية وإعلانه للناس وإشهاره، وعقد الزواج له خطره القانوني والاجتماعي، لما يترتب عليه من مصالح دينية ودنيوية، وحقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين.

ولهذا أوجب كل من المشرع الجزائري و الفقه المالكي إعلان هذا العقد لإثباته، و لدراسة الشهادة في عقد الزواج نتطرق في الفرع الأول إلى «صفة الشهود و وقت الشهادة»، ثم إلى «أثر تخلف الإشهاد في عقد الزواج» في الفرع الثاني.

الفرع الأول: صفة الشهود ووقت الشهادة.

أ- حدد كل من المشرع الجزائري والفقه المالكي صفة الشهود ووقت الشهادة في عقد الزواج، وسنعرضهما على النحو التالي:

أولا: صفة الشهود.

باستقراء المادة: 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، والصداق والولي، الشاهدين، وانعدام الموانع الشرعية الزواج.

نجد أن المشرع جعل من حضور الشاهدين شرطا لصحة عقد الزواج[2]، محددا بذلك عدد الشهود باثنين، فلا تجوز بشاهد واحد، بالإضافة إلى دلالة مصطلح الشاهدين على الذكرين فقط ، فلو كان غير ذلك لعبر عنهما بالشهود .[3]

[1] بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 305

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 44.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 129.

-وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ برأي فقهاء المذهب المالكي في أن يكون الشهود رجلين عدليين[1]، إذ لا تصح شهادة النساء على النِّكاح، ولا شهادة لرجل واحد[2]، لقوله تعالى:﴿**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ**﴾الطلاق الآية 2

-ويشترط في الشهود عند المالكية خمسة شروط: العقل والبلوغ، الحرية، الاسلام، وأن يسمع الشاهدان كلام العاقدين معًا[3].

-أما المشرع فقد جاءت أحكامه عامة في المادتين: 09 مكرر، و33 من قانون الأسرة، ولم يحدد الصفات الواجب توفرها في الشاهدين.

ثانيا: وقت الشهادة.

وقت شهادة الشهود هو وقت وجود ركن العقد الأساسي، وهو تبادل الإيجاب والقبول، أي سماع صيغة العقد وكلام المتعاقدين لأن الحكمة من الشهادة فهم ما يدور في العقد من كلام وشروط، حتى يمكن بعد ذلك أداء الشهادة عند الاختلاف، ويسجل الموظف المؤهل قانونا اسم وعمر وموطن كل من الشاهدين في عقد الزواج[4] .

-وقد أخذ القضاء الجزائري بذلك[5]عملا بنص المادة:09 مكرر من قانون الأسرة السالفة الذكر.

-موافقا بذلك ما أخذ به فقهاء المالكية حيث يندب عندهم الاشهاد وقت العقد، فإن حصل العقد من غير إشهاد صح، ولكن يجب أن يتم الإشهاد عليه بعد ذلك قبل البناء والدخول[6].

جاء في الشرح الكبير:" حاصلة أن الإشهاد على النكاح واجب، وكونه عند العقد مندوب، زائدا على الواجب فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب وإن لم يحصل عند العقد كان واجبا عند البناء"[7]

---

[1] الدردير، أقرب المسالك لمذهب مالك، مرجع سابق، ص 58.
[2] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 573.
[3] الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص 14، 15.
[4] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 130
[5] برببر محمد، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 158.
[6] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 572.
[7] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ص 216.

الفرع الثاني: أثر تخلف الإشهاد في عقد الزواج.

نص المشرع الجزائري على شرطية الشهود في المادة :09 مكرر من قانون الأسرة، وجعل تخلف شرط الشهود سببا لفسخ عقد الزواج قبل الدخول[1]، وإن تم يثبت بعده بصداق المثل في نص المادة: 33 «إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويَثْبُتُ بعد الدخول بصداق المثل».

ونجد أن فقهاء المالكية جعلوا الإشهاد في عقد الزواج من شروط صحة الدخول، فهو عند العقد مندوب، وعند الدخول واجب، فالعقد بتخلف الاشهاد لا يفسد قبل الدخول، لكن إن تم الدخول بلا إشهاد فسخ العقد ويفرق بينهما بطلقة بائنة[2].

–والملاحظ على أثر تخلف الإشهاد في قانون الأسرة أنه وافق الفقه المالكي في قوله بفسخ العقد في حالة تخلف الشهود إلاَّ أنه خالفه في فسخه قبل الدخول وثبات العقد وتحديد صداق المثل للزوجة بعد الدخول، فالعقد في الفقه المالكي في حالة تخلف الشهود، لا يفسخ قبل الدخول والعقد صحيح، ويفسخ بعده بطلقة بائنة ولا يصحح بمهر المثل .

المبحث الثاني: آثار عقد الزواج.

يترتب عن عقد الزواج مجموعة من الآثار بمجرد انعقاده، وقد حددها كل من المشرع الجزائري والفقه المالك وفقا لما ينتج عنها من التزمات في حق الطرفين .

لهذا فإن آثار عقد الزواج الصحيح في قانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي تتمثل في الحقوق والواجبات الزوجية التي تثبت بمجرد العقد، إضافة إلى ما تعلق بالذمة المالية للزوجين، وكذا إثبات النسب الشرعي وما تعلق به من مسائل.

وعليه فسنتطرق في المطلب الأول إلى «الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والنظام المالي لهما»، ثم نتناول بعد ذلك "النسب وحكم التبني " في المطلب الثاني.

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص331 .
[2] الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ص336،337.

المطلب الأول: الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والنظام المالي لهما.

من الآثار المترتبة عن عقد الزواج، ثبوت جملة من الحقوق والواجبات لكل من الزوج والزوجة، والتي تضمن المحافظة على الروابط الزوجية، والتعاون على مصلحة الأسرة وهذا ما يتضمنه الفرع الأول تحت عنوان: «الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين»

ومن أهم ما يترتب أيضا عن عقد الزواج الذمة المالية للزوجين والتي سنتطرق إليها في الفرع الثاني تحت عنوان: «النظام المالي للزوجين».

الفرع الأول: الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين.

1- هي الآثار القانونية والشرعية لعقد الزواج الصحيح، المتمثلة في الحقوق والواجبات اللازمة، التي لا يجوز للزوجين ولا لأحدهما التنازل عن شيء منها أو التملص منها[1].

ذكر منها المشرع أمثلة خلال تعرضه لها في المادة: 36 من قانون الأسرة، إذ لا يمكن حصرها بحال، وقد جاء في نص المادة ما يلي: 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 و تباعد الولادات.
5-حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم و زيارتهم.
6-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.
7-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص396.

بمعنى أن المشرع قد ربط محل الالتزام بالروابط الخاصة التي تجمع بين الزوجين، ودعا إلى المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، بالإضافة إلى حِرصه على الاحاطة بكافة الالتزامات التي من شأنها المحافظة على الرباط المقدس[1].

وعلى هذه الحقوق والواجبات نص الفقه المالكي أيضا الذي اعتمد عليه المشرع فيما تعلق بهذا الموضوع.

حيث خص فقهاء المالكية كل من الزوج والزوجة بمجموعة من الحقوق والواجبات والتي تمثلت في[2]:

1-**طاعة الزوجة للزوج** : فقد جعل الله عز وجل الرجال قوامون على النساء، بما أودعه الله فيهم من القوة البدنية والعقلية، فالرجل تسند إليه مسؤولية البيت بحكم الله تعالى، و عليه تكون الطاعة واجبة على المرأة بالمعروف.

2- **تربية الأولاد:** فليس للمرأة أن تمنع الرجل من تأديب أولاده إن كان يسوسهم إلى صلاح و ليس للرجل أن يمنع المرأة من تأديب أولادها بما فيه صلاح لهم.

3-**خدمة البيت:** فليس للزوجة أن تمتنع عن القيام بخدمة البيت اليوميَّة.

-كما يمكن للرجل أن يخدم زوجته ويعينها فيها حقٌّ من عمل البيت، خصوصا ما تعلق به ككي ثيابه وتنظيف حذائه.

4-**معاملة أقارب كل منهما معاملة حسنة** : وذلك بحسن معاملة كل منهما لأقارب الآخر و والديه، فحسن المعاشرة واجب عليها.

-إضافة إلى حق إلحاق الولد بأبيه في الدين والنسب، وحق إرضاع الأولاد ، وحق النفقة الشرعية للزوجة[3].

[1] بلحاج العربي ،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، مرجع سابق ،ص 397 ،
[2] الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ص، 628, 638
[3] الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق ص 636، 638.

والملاحظ أن قانون الأسرة وافق المذهب المالكي في مجموع هذه الحقوق والواجبات التي أدمجها في المادة: 36، إلاّ أنه أغفل بعض الحقوق كحق توارث وثبوت النسب، حق النفقة الشرعية، حق إرضاع الأولاد إلا إذا كان هناك مانع[1].

الفرع الثاني النظام المالي للزوجين :

المقصود بالنظام المالي بين الزوجين هو مجموعة الأحكام والقواعد التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين خلال مدة الزواج وبعد.[2]

وفي نص المادة 37 من قانون الأسرة أقر المشرع المبدأ القانوني العام المفضي إلى اعتبار الذمة المالية المستقلة لكل من الزوجين أين نصت المادة على أن :«لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر».

فلكل منهما الحق في التصرف بأمواله ، بكافة أنواع التصرفات المالية المشروعة ، كما أنه يلتزم كل منهما بوفاء الديون المترتبة بذمته، دون أن يؤثر الزواج في ذلك[3].

وهو الذي قال به السادة المالكية في مذهبهم، بأن تحتفظ المرأة بذمتها المالية منفصلة عن زوجها[4] فالتصرفات المالية التي تصدر من المرأة العاقلة الرشيدة إن كانت بعوض كالبيع والإجارة والشركة، فهي تصرفات نافذة لا تحتاج إلى إذن من أحد، وإن كانت بغير عوض، كالهبة وسائر التبرعات، فهي صحيحة نافذة إذا كانت في حدود ثلث المال، فإذا زادت تبرعاتها على الثلث، فللزَّوج أن يردّها[5] -إلا أن المشرع لم يأخذ بمبدأ خالصا دون استثناء، كما فعل بها المالكية حينما اعتمدوا على الكد والسعاية في إعطاء كل ذي حق من الزوجين حقه متى ساهمت الزوجة في تكوين الأموال الزوجية التي تظهر في الأصل على أنها ملك للزوج وحده[6].

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 407.
[2] المرجع نفسه ، ص 409.
[3] المرجع نفسه ، ص 410.
[4] الغرياني ، مدونة الفقه المالكي ، مرجع سابق ، ص 650.
[5] المرجع نفسه، ص 650، 651.
[6] جمال عياشي ، مكانة الفقه المالكي من الزواج في نصوص قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق،ص 15.

ولهذا أردف المشرع للفقرة الأولى من المادة 37 بالفقرة الثانية ، التي نصت على إمكانية الاشتراك في بعض المال بحسب تحديد الزوجين على :« غير أنه يجوز 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 ».

فلا يجوز لأحدهما التصرف بكل حرية في الأموال المشتركة، بما يضر بالمصالح المادية للأسرة.

المطلب الثاني: النسب وحكم التبني.

يعتبر النسب الشرعي النسب الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة، وينبني عليه الميراث، وينتج عنه موانع الزواج، ويترتب عليه حقوق وواجبات الأبوة والنبوة.

وقد اهتم كل من المشرع الجزائري والفقه المالكي بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بأبيهم قانونا وشرعا، لأنهم الهدف الأسمى الذي يرمي اليه التشريع الإسلامي من الحياة الزوجية ، ومنع وحرم كل طريق تؤدي إلى اختلاط الأنساب وتغيير الأحكام والحقوق كالتبني ، لهذا سنتناول في الفرع الأول «طرق إثبات النسب» وفي الفرع الثاني «حكم التبني».

الفرع الأول : طرق إثبات النسب:

اهتم المشرع الجزائري بثبوت نسب الأولاد، لما له من أهمية في الأسرة بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة،

ولهذا نظمه وفق مجموعة من الأحكام، نصت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على:

«يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33و 34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب[1]».

وعليه فإن الطرق المعتمدة لإثبات النسب في القانون الجزائري هي:

_الزواج الصحيح.

_الإقرار.

_البيِّنة .

_الدخول بشبهة .

_الزواج الفاسد.

_الطرق العلمية(البصمة الوراثية).

وبه يكون المشرع قد وافق الفقه المالكي في ما ذكر من مثبتات للنسب من: زواج صحيح أو فاسد، والوطء بشبهة، والإقرار أو البينة.[2]

وأبطل الإسلام ما كان في الجاهلية من إلحاق الأولاد عن طريق الزنا .

أولا : الزواج الصحيح أو الزواج الفاسد :

1_ الزواج الصحيح:

يعتبر العقد الصحيح سببا شرعيا لثبوت نسب الولد، وهوما أكده قانون الأسرة في الفقرة الأولى من المادة 40: «يُثبت النسبب الزواج الصحيح ....»

إضافة إلى ما جاء في المادة 41: «يُنسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ».

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 190.
[2] وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ص 675.

بمعنى أن النسبب الزواج الصحيح يُشترط لثبوته مجموعة من الشروط حسب ما جاء في المادة 41 والمادتين 42 و 43 وهي[1]:

أ_ إبرام عقد زواج صحيح: وهو الزواج الشرعي الصحيح الذي استوفى جميع أركانه وكل شروط صحته.

ب_ إمكان المعاشرة بعد الوطء : وهو أن يثبت التلاقي بين الزوجين من حيث العقد، ذلك أن العقد وحده لا يكفي، إذ لابد فيه من الدخول.

ج_ أن تتحقق مدة الحمل مفروضا قانونا: فلا بد أن تتحقق مدة الحمل المفروضة قانونا طبق الأحكام المادة 42 التي تنص على أن :«أقل مدة ستة (06) أشهر وأقصاها عشر (10) أشهر»

وقد اعتمد المشرع في اجتهاده هذا ما ذهب إليه الفقه المالكي بأن الزواج الصحيح سبب لثبوت النسب لِما جاء في الحديث الذي رُوِي عن النبي صلى الله عليه و سلم

«الولد للفراش ، و للعاهر الحجر[2]»، ويكون بالشروط الآتية[3]:

أ_ أن يكون عقد الزواج صحيحاً مستوفيا لجميع الشروط والأركان، وأن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل عادة

ب_ أن تلد المرأة بعد ستة أشهر من تاريخ الدخول .

ج_ تحقق الدخول بالمرأة أو الخلوة بها.

[1] بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق ،ص 469_472

[2] أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب الولد الفراش حُرّة كانت أو أمةً، رقم الحديث: 6749، المرجع نفسه، ص 1672

[3] وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ص 681، 682.

2_الزواج الفاسد:

تنص المادة 40 من قانون الأسرة بأنه: «يثبت النسب بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون».

بمعنى أن الزواج الفاسد تثبت له بعد الدخول بعض الآثار القانونية منها: ثبوت النسب مع وجوب التفرقة بين الزوجين، وذلك لمصلحة الولد خشية من ضياع نسبه، وذلك إذا ما توافرت شروط إثبات النسب الموجودة في الزواج الصحيح[1].

وهو الرأي الذي استقر في المذهب المالكي بإعتبار الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح، لأنَّ النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد والمحافظة عليه، ويُشترط فيه ما يُشترَطُ في الزَّواج الصّحيح[2].

ثانيا : الدخول بشبهة :

نكاح الشبهة هو نكاح يقع بسبب غلط يقع فيه الشخص ما، والشبهة في عقد الزواج تظهر بأشكال مختلفة :كالشبهة في الحكم (كأن يجهل الزوج حكما من أحكام الزواج وينشأ عنه الدخول بالمرأة، والشبهة في العقد كالعقد على امرأة وبعد الدخول تبيَّن أنها أخته من الرِّضاع)، أو الشبهة في الفعل (كما لو دخل شخص على امرأة ظناً منه أنّها زوجته ، ثم تبيَّن له أنها غير زوجته)[3]

وقد وافق المشرع الجزائري الفقه المالكي فيما تعلَّق بنكاح الشُبهة من خلال نصوص المواد

(34, 40, 41, 42, 43)

لأن الشبهة تُفَسر لصالح الولد إذا وُلِد بين أقل مدة الحمل وأقصاها من تاريخ الدخول[4] .

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 195.
[2] وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ص 686.
[3] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 196.
[4] المرجع نفسه ، ص 196، 197.

وهو رأي فقهاء المالكية في أن : المرأة إذا أتت بولد بعد مضي ستّة أشهر أو أكثر من وقت الوطء ثبت نسبه من الواطئ لتَأكُّد أن الحمل منه، وإن أتت به قبل مُضي ستِّة أشهر لا يثبت النَّسب منه، لتأَكد أنّ الحمل حدث قبل ذلك[1] .

ثالثا : الإقرار :

حسب ما جاء في المادة 44 من قانون الأسرة التي تنص على :«يُثبَتُ النَّسب بالإقرار بالبنوَّة ، أو الأبوَّة أو الأمومة ، لمجهول النَّسب ولو في مرض الموت متى صدَّقه العقل أو العادة».

وما جاء في المادة 45 أيضا أن :«الإقرار بالنَّسب في غير البنوة ، والأبوّة والأمومة لا يسري على غير المُقر إلاّ بتصديقه ».

فإنّ الإقرار بالنسب يأتي على نوعان:

_الإقرار بالبنوة والأبوّة و الأمومة.

_الإقرار في غير الأبوة والبنوة و الأمومة.

وهو التقسيم الذي أخذ به فقهاء المالكية أيضاً في أنّ الإقرار بالنسب نوعان: إقرار على نفس المقر، وإقرار محمول على غير المقر[2] .

1_ الإقرار المتعلق بنفس المقر بالبنوة المباشرة :

كأن يقول هذا ابني أو هذا أبي، أو هذه أمي ، وقد اتفق المشرِّع الجزائري من خلال المادة 44 مع الفقه المالكي على الشروط الواجب توفرها لصحة الإقرار وهي[3] :

أن يكون المقر به مجهول النسب.

أن يصدقه الحس بأن يكون المقربه محتمل الثبوت من نسب المُقر.

[1] وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ص 688.
[2] المرجع نفسه ،ص 690.
[3] المرجع نفسه، ص 690، 693.

2_ الإقرار المتعلق بغير المُقر:

وهو الإقرار بما يتفرع من أصل النسب، كأن يُقر شخص فيقول: هذا أخي أو هذا عمِّي، أو هذا ابن ابني، ويصِح بالشروط السابقة مع زيادة شرط تصديق الغير[1].

وهو الشرط الّذي أضافه المُشرِّع أيضا في المادة 45 :«الإقرار بالنسب في غير البنوّة والأبوّة والأمومة لا يسري على غير المُقر إلاّ بتصديقه ».

فالإقرار بالأخوة والعمومة يشترط فيه أن يصدقه المقر عليه، الأب عند الاقرار بالأخوة، والجد عند الاقرار بالعمومة، وأن يقيم المقر البينة على اقراره، فيعامل المقر بمقتضى إقراره في حق نفسه[2].

الفرع الثاني: حكم التبني.

يعرف التبني على أنه :" اتخاذ من ليس بإبن شرعي للرجل أو المرأة إبنا[3]" .

وقد منعه قانون الأسرة من خلال المادة: 46 " يمنع التبني شرعا وقانونا".

ووافق هذا الاجتهاد ما أخذ به فقهاء المالكية، في تحريم التبني.

مصداقا لقوله تعالى: ﴿...**وما جَعلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي ٱلسَّبِيلَ ٤**﴾ سورة الاحزاب الآية 4

فادعاء الابن من التبني فيه تغيير للأحكام والحقوق، وتترتب عليه مفاسد اخلاقية واجتماعية.

ولهذا كان لابد من غلق هذا الباب شرعًا وقانونًا.

[1] بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ، ص198

[2] بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق ،ص 489.

[3] الغرياني ، مدونة الفقه المالكي و أدلته ، مرجع سابق ، ج3، ص 67.

وفي نهاية هذا الفصل نكون قد تعرضنا إلى الشروط التي وافق فيها المشرع الجزائري الفقه المالكي، والمتمثلة في شرطي الصداق والشهود جاعلا إياهما شرطان لصحة الدخول، و ذلك من خلال المبحث الأول الذي تطرقنا فيه إلى تعريف الصداق و أنواع من الصداق المسمى و صداق المثل، إضافة إلى ما تعلق بمسألة تسليم الصداق و حالات الاختلاف فيه ،كما تناولنا أيضا الإشهاد في عقد الزواج وأثر تخلفه عنه.

أما المبحث الثاني فقد تطرقنا إلى اختيارات المشرع الجزائري الموافقة للمذهب المالكي فيما تعلق بآثار عقد الزواج، من حقوق وواجبات بين الزوجين إلى الذمة المالية لكل منهما.

إضافة إلى مسألة النسب وطرق إثباته وحكم التبني لدى كل من المشرع الجزائري والفقه المالكي

الخاتمة:

في نهاية هذا البحث، و بعد دراسة موضوع الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي– باب الزواج نموذجا– يظهر لنا جليًا مجموع الأحكام التي انتقاها المشرع الجزائري من الفقه المالكي فيما تعلق بعقد الزواج و آثاره.

وقد توصلنا بعد الدراسة و البحث في المسائل السابقة إلى ما يلي:

1. وافق المشرع الجزائري الفقه المالكي في عدة مسائل خاصة بالزواج و أثاره إما موافقة كلية أو جزئية
2. وافق المشرع الجزائري الفقه المالكي فيما تعلق بالخطبة وشروطها، ووصفها بأنها وعد من نوع خاص يخول للطرفين حق العدول عنها، مع إعطاء الحق للطرف المتضرر طلب التعويض، كما وافقه أيضا في آثار العدول عنها.
3. موافقة المشرع الجزائري الفقه المالكي في اعتبار الزواج عقد يقوم على مبدأ الرضائية بين رجل و امرأة، ويجمع بينهما بطريقة شرعية.
4. اعتماد المشرع الجزائري على الفقه المالكي في أخذه بركني المحل و الصيغة "الرضا" في عقد الزواج وتحديد شروط خاصة لكل منهما، حيث جعل الأهلية و الخلو من المحرمات الشرعية شرطين للمحل، وجعل تطابق الإيجاب والقبول، و عدم تعلق الصيغة بشرط غير محقق من شروط الرضا.
5. موافقة اجتهاد المشرع الجزائري لما جاء في المذهب المالكي في اعتبار الصداق و الشهود من شروط عقد الزواج، و جعلهما شرطان لصحة الدخول، و تقييد الصداق بشرطين و هو أن يكون معلوما، و أن يصح التعامل فيه حيث يأتي على نوعين إما صداق مسمى أو صداق المثل سوآءا

كان معجلا او مؤجلا، إضافة إلى ما اشترطه في الشهود بأن يكونا اثنين، و ضرورة فسخ العقد في حالة تخلفهما.

6.أخذ المشرع الجزائري برأي فقهاء المالكية فيما يترتب عن عقد الزواج من آثار و من حقوق بين الزوجين و تمتع كل منهما بذمة مالية خاصة، إضافة إلى النسب وطرق إثباته بالطرق المنصوص إما بالزواج الصحيح أو الفاسد، الإقرار، البينة أو النكاح بشبهة

7.وافق المشرع الجزائري الفقه المالكي في تحريم التبني لما فيه من اختلاط الأنساب و تغيير الأحكام و الحقوق.

8. اعتمد المشرع الجزائري على الفقه المالكي واعتبره مصدرًا من مصادره في قانون الأسرة، إضافة إلى المذاهب الأخرى.

9.مع ما في مادة الزواج من قانون الأسرة من موافقة للفقه المالكي، إلا أن المشرع لم يأخذ به مطلقا، فقد شد عنه في العديد من الأحكام سواء المنشئة لعقد الزواج أو ما تعلق منها بآثاره.

التوصيات:

من خلال تطرقنا لموضوع الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي – باب الزواج نموذجا–، يمكن إجمال مجموعة من الاقتراحات الخاصة بهذا الموضوع:

1. إعطاء أهمية أكبر للفقه المالكي من خلال الدراسات و البحوث المتخصصة في فقه الأسرة.
2. تشجيع البحوث العلمية المقارنة بين أحكام الفقه المالكي و أحكام القوانين الوضعية.
3. إحالة المشرع الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية على الرغم من عدم تخصص القضاة، مما يؤدي إلى مخالفة الصواب في الأخذ بالحكم، فالأولى تكوين قضاة مختصين في الفقه الإسلامي.

فهرس سور و آيات القرآن الكريم

السورة و الآية	رقم الآية	رقم الصفحة
سورة البقرة		
﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ ﴾	**235**	**13**
﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾	**237**	**39**
سورة النساء		
﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا ﴾	**23**	**21**
سورة الأعراف		
﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾	**189**	أ
سورة الروم		
﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾	**21**	أ
سورة الأحزاب		
﴿... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴾	**04**	**53**
سورة الدخان		
﴿ كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ ﴾	**54**	**18**
سورة الطلاق		
﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾	**02**	**43**

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	رقم الصفحة
«...أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني »	أ
« الرضاعة تحرِّم ما تحرم الولادة »	22
« الولد للفراش ، و للعاهر الحجر»	50

قائمة المصادر و المراجع:

- **القرآن الكريم**
- **كتب الحديث:**
- صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت، ط1، 2002م.
- **المعاجم:**
- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج1.
- محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس، مطبعة حكومة الكويت، ط2، 1987م، ج2.
- **الكتب الفقهية:**
- ابن رشد، محمد بن أحمد، شرح بداية المجتهد، ونهاية المقتصد، دار السلام، ط1، 1995م.
- الأزهري، صالح عبد السميع الآبي، جواهر الإكليل – شرح مختصر الخليل– المكتبة الثقافية، بيروت.
- الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الإرشاد.
- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، ط1، 1988م.
- الحطاب، محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل لشرح الخليل، دار عالم الكتب.
- الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، نيجيريا، 2000م.
- الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير، على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة.
- الذسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، حلب.
- الرصاع، عبدالله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993م.
- الغرياني، الصادق عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت، ط1، 2002م.
- الاحساني مبارك بن علي بن محمد، التسهيل، تسيل المسالك إلى هداية السالك إلى مذهب الإمام مالك ، مكتبة الشافعي، الرياض، ط1، 1995م.

- محمد سعد، دليل المسالك لمذهب الإمام مالك، دار الندوة.
- النفراوي، أحمد بن معنّا، الفواكه الدواني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني، داري الكتب العلمية، بيروت، ط1 ، 1997م.
- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، بيروت، 2010م.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق ط2، 1985م.
- **الكتب القانونية:**
- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، عمان، ط1، 2012م.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط5، 2007م.
- جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج – الخطبة– في الفقه و القانون، دار الحامد، الأردن، ط1، 2009م.
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007م.
- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013م.
- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات، الجزائرية، ط2، 2008م
- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها و تطبيقا، دار الهدى، الجزائري، 2006م.

المقالات:

- جمال عياشي، مكانة الفقه المالكي من الزواج في نصوص قانون الأسرة الجزائري، جامعة المدية.

البحوث الأكاديمية:

- بريبر محمد، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج والطلاق نموذجا أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020م.
- بلقاسم شتوان، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري.

- **النصوص القانونية :**

- القانون رقم 11 -84مؤرخ في 09يونيو سنة 1984م، و المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02 -05المؤرخ في 27فبراير 2005م.

فهرس الموضوعات

العنـــوان	الصفحة
المقدمة	أ
الفصل الأول الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في مقدمات عقد الزواج وأركانه	11
المبحث الأول الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في مقدمات عقد الزواج	13
المطلب الأول الخطبة وأحكامها	13
الفرع الأول : تعريف الخطبة وطبيعتها القانونية	13
أولا : تعريف الخطبة لغة	13
ثانيا : الخطبة اصطلاحا	14
ثالثا : الطبيعة القانونية للخطب.	14
1- اقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد:	15
الفرع الثاني: العدول عن الخطبة.	16
أولا : حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة	16
ثانيا: التعويض على ضرر العدول عن الخطبة	17
المطلب الثاني : تعريف الزواج	18
•الفرع الأول : التعريف اللغوي للزواج	18
أولا : الزواج لغة	18
ثانيا : النكاح لغة	18
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج	18
أولا : تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري	18
ثانيا : التعريف الفقهي للزواج.	19
المبحث الثاني:الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في أركان عقد الزواج	20

المطلب الأول:المحل في عقد الزواج	**20**
الفرع الأول :الشروط المشتركة بين الزوجين في عقد الزواج	**20**
أولا :ألا تكون الزوجة من المحرمات	**21**
1-المحرمات مؤبدا	**21**
أ – المحرمات بالنسب (القرابة)	**21**
ب – المحرمات بالمصاهرة	**22**
ج_المحرمات بسبب الرضاع	**22**
2- المحرمات مؤقتا	**23**
ثانيا :أهلية الزواج	**24**
الفرع الثاني :الشروط المختلف فيها بين الزوجين.	**25**
أولا:الشروط الخاصة بالزوج	**25**
ثانيا :الشروط الخاصة بالزوجة	**26**
المطلب الثاني :الصيغة في عقد الزواج	**26**
الفرع الأول :أنواع صيغة العقد	**26**
أولا:الصيغة اللفظية لعقد الزواج	**27**
ثانيا:الصيغة غير اللفظية لعقد الزواج	**27**
الفرع الثاني:الشروط الواجب توفرها في الصيغة	**28**
أولا: تطابق الإيجاب مع القبول	**28**
ثانيا: أن لا تتعلق الصيغة بشرط غير محقق	**28**
ملخص الفصل الأول	**30**
الفصل الثاني:الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي في شروط عقد الزواج وآثاره	**32**
المبحث الأول: شروط عقد الزواج	**33**
المطلب الأول: الصداق وأحكامه	**33**
الفرع الأول: تعريف الصداق	**33**
أولا: الصداق لغة	**33**

ثانيا: الصداق اصطلاحا	**34**
الفرع الثاني: أنواع الصداق	**34**
أولا: الصداق المسمى	**34**
ثانيا: صداق المثل	**34**
الفرع الثالث: تسليم الصداق والاختلاف فيه	**37**
أولا: تسليم الصداق	**37**
1-استحقاق الزوجة الصداقة	**38**
أ-استحقاق الزوجة للصداق كاملا	**38**
ب- استحقاق الزوجة لنصف الصداق	**38**
ج- عدم استحقاق الزوجة للصداق	**39**
ثانيا: الاختلاف في الصداق	**40**
1-الاختلاف في صفة المهر وقدره	**41**
2-الخلاف حول صداق السر والعلن	**41**
3-الاختلاف في قبض الصداق	**41**
المطلب الثاني: الشهود في عقد الزواج	**42**
الفرع الأول: صفة الشهود ووقت الشهادة	**42**
أولا: صفة الشهود	**42**
ثانيا: وقت الشهادة	**43**
الفرع الثاني: أثر تخلف الإشهاد في عقد الزواج	**44**
المبحث الثاني: آثار عقد الزواج	**44**
المطلب الأول: الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والنظام المالي لهما	**45**
الفرع الأول: الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين	**45**
الفرع الثاني: النظام المالي للزوجين	**47**
المطلب الثاني: النسب وحكم التبني	**48**
الفرع الأول :طرق إثبات النسب	**48**
أولا :الزواج الصحيح أو الزواج الفاسد	**49**

1_ الزواج الصحيح	**49**
2_الزواج الفاسد	**51**
ثانيا : الدخول بشبهة	**51**
ثالثا : الإقرار	**52**
1_ الإقرار المتعلق بنفس المقر بالبنوة المباشرة	**52**
2_الإقرار المتعلق بغير المُقر	**53**
الفرع الثاني: حكم التبني	**53**
ملخص الفصل الثاني	**54**
الخاتمة	**55**
فهرس سور و آيات القرآن الكريم	**57**
فهرس الأحاديث النبوية	**58**
قائمة المصادر و المراجع	**59**
فهرس الموضوعات	**62**
الملخص	**66**

ملخص البحث:

يعتبر عقد الزواج من أعظم العقود التي يمارسها الإنسان في حياته لما له من آثار تعود على الفرد والمجتمع.

ولطبيعته الخاصة أحاطه كل من المشرع الجزائري و الشريعة الإسلامية عموما و الفقه المالكي خصوصا باعتباره المذهب السائد في بلدنا، بمجموعة من الأحكام، لتنظيمه و تحديد شروطه وأركانه، وتبيين ما يترتب عليه من آثار.

وإننا من خلال هذا البحث نكون قد ناقشنا بابًا مهما في قانون الأسرة و هو باب " باب الزواج" و بيّنا ما قام المشرع باختياره من المذهب المالكي لوضع النصوص المتعلقة بهذا الباب.

و قد كان ذلك تحت عنوان « من خلال تطرقنا لموضوع الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي – باب الزواج نموذجا– »

من خلال الإشكالية التالية: ما مدى موافقة المشرع الجزائري لأحكام الفقه المالكي في وضع نصوص قانون الأسرة، المتعلقة بالزواج و آثاره؟ .

وحتى نستوفي ذلك تطرقنا إلى مقدمات عقد الزواج وما تعلق بها من أحكام، وحددنا أركانه المتفق عليها بين قانون الأسرة الجزائري و الفقه المالكي.

إضافة إلى تناولنا شروط عقد الزواج وما ينتج عنه من آثار، ومدى موافقة المشرع الجزائري للفقه المالكي في ذلك.

بعد هذا العرض التحليلي تبين بأن المشرع الجزائري اعتمد على الفقه المالكي و اعتبره مصدرا من مصادره في قانون الأسرة إضافة إلى المذاهب الأخرى.

الكلمات المفتاحية: المذهب المالكي، قانون الأسرة، الاختيارات، باب الزواج.

Abstract:

The jurisprudential choices of the Algerian family law approving the Maliki school-the chapter on Marriage as a Model.

The marriage contract is considered one of the greatest contracts that a person practices in his life because of its effects on the individual and society.

Because of its special nature, the Algerian legislator, Islamic law in general, and the Maliki jurisprudence in particular, as the prevailing doctrine in our country have surrounded it with a set of rulings, to organize And define its conditions and pillars, and clarify its implications

And through this research, we have discussed an important chapter in family law, which is "The Marriage Chapter," and we have clarified what the legislator have chosen from the Maliki school of thought to put the texts related to this chapter.

This was under the title "The Jurisprudential Choices of the Algerian Family Law Approving the Maliki School – The Chapter on Marriage as a Model –" through the following problem: To what extent is the Algerian legislator's approval of the provisions of the Maliki jurisprudence in developing family law texts related to marriage and its effects?

In order to complete this, we have touched on the premises of the marriage contract and the related provisions, and identified its pillars agreed upon between the Algerian family law and the Maliki jurisprudence.

In addition to our discussion of the terms of the marriage contract and the resulting effects and the extent of the legislator's approval of the Maliki jurisprudence in that.

After this analytical presentation, it has been found that the Algerian legislator has relied on the Maliki jurisprudence and considered it one of his material sources in family law in addition to other doctrines.

Keywords: the Maliki school of thought, Algerian family law, choices, the marraige chapter