

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

1985



جامعة محمد بوضياف - المسيلة  
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: الحقوق

رقم:

فرع: قانون خاص

تخصص: قانون الأسرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالب : - لعقعاق عبد الحميد

تحت عنوان

## المرجعية الفقهية لأحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الأستاذ المشرف:

أ.د. أحمد غرابي

السنة الجامعية : 2020 / 2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي  
خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ  
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتِ  
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتِ  
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتِ



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي  
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم : الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

## تصريح شرفي

### خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد (تم) ..... لعقاف عبد الحميد

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم ..... طالب حاسر 2

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: ..... : 622

الصادرة بتاريخ ..... 23 01 2017 عن دائرة/ بلدية ..... مسيلة

المسجل (ة) بكلية ..... الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث ( مذكرة ماستر ، مذكرة ماجستير ، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

المرجعية العرفية لحكام الرياح في تاورن الأسرة البربرية

أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 31 08 2020

إمضاء المعني



## استمارة معلومات

المعلومات الشخصية:

الاسم: **عبد الحميد**

اسم الأب: **أحمد**

اللقب: **الجعاف**

اسم ولقب الأم: **حنيرة بلعشر**

تاريخ الميلاد: **11 مايو 1965** مكان الميلاد: **ميت سرور**

رقم الهاتف:

البريد الإلكتروني: **hanid fr 7@gmail.com**

العنوان الشخصي: **ص محمد بوشيا - حلب**

البيكالوريا: **2015**

المعدل: **12,99** التسمية/التخصص: **آداب فلسفة**

سنة الحصول على شهادة البكالوريا:

**2015**

التيسر: **حقوق**

تخصص التيسر: **قانون خاص**

الدرجة/سنة التخرج: **2017/2018**

المستوى:

تخصص المستوى: **قانون أسرة**

الدرجة/سنة التخرج: **2019/2020**

المعدل التراكمي للمستوى: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف:

عطل عن العمل:

**استاذ متقاعد**

في حالة موظف:

وظيف عمومي

قطاع خاص

المنشأة المستخدمة:

اسم المؤسسة / الشركة

الرتبة في العمل:

**استاذ ملوك**

الصيغة:

موظف نام:

موظف في إطار عقود:

نوع العقد:

امضاء الطالب

## شكر و عرفان

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على خير الانام محمد بن عبد الله و من و الاله يا احسان الى يوم الدين .

اتقدم بجزيل الشكر والعرفان و بكل عبارات التقدير و الاحترام للأستاذ الدكتور احمد غرابي على كل المساعدة و التوجيه للقيام بهذا العمل من خلال التمكين من المراجع و النصائح القيمة التي استفدت منها ، وكذا حرصه الشديد على الالتزام بالعمل الجاد.

كما لا يفوتني في هذه المناسبة ان اعبر عن إحترامي و تقديري الى كل من علمني حرفا من بعيد أو قريب بصفة عامة و الى أساتذة كلية الحقوق بجامعة المسيلة بصفة خاصة.

قائمة المختصرات :

ج ..... الجزء

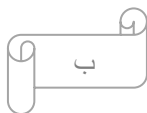
ج ج ج .....الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية

ص ..... الصفحة

ط ..... الطبعة

ق . أ . ج .....قانون الأسرة الجزائري

م ..... المادة



# مقدمة

## مقدمة

حضي الزواج في الإسلام بقدسية لم يحض بها أي عقد من العقود الأخرى وقد سماه الله من بين كل المواثيق ميثاقا غليظا قال تعالى ﴿ وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ النساء، الآية 21 ، وهذا التقدير أعطى للأسرة مكانة عظيمة. وفي الجزائر قد نال قانون الاسرة الجزائري شرفا كبيرا لأنه استمد من الشريعة الإسلامية بعد أن طال أمد صدره لاختلافات بين المحافظين والتغريبيين حيث نجد أن المشرع الجزائري تأخر في ذلك إلى سنة 1984 بينما كان صدور القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة في 1975 ويعتبر بذلك القانون الوحيد في الجزائر الذي مصدره الشريعة الإسلامية

وقد عالج ق.أ.ج موضوع الزواج في 43 مادة قانونية إبتداء من المادة 4 الى المادة 46 وتطرقنا إلى الكثير من المسائل المعالجة فيه لكن لا يمكن التطرق لها جميعا لأن المساحة المخصصة لهذه المذكرة لا تسمح بذلك فكان لابد من إختيار بعض المسائل دون الأخرى لمناقشتها .

## موضوع الدراسة

موضوع الدراسة يتعلق بالمرجعية الفقهية لأحكام الزواج في ق.أ.ج الصادر بموجب قانون 11/84 المعدل و المتمم بالأمر 02/05 الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005. و للتعريف بالمرجعية الفقهية نعرف كلا من الفقه و المرجعية :

فالفقه عند علماء الأصول هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلته التفصيلية و المرجعية كمصطلح حديث يقصد بها الأسس الفكرية و المبادئ التي يرجع و يعود إليها الشخص في حياته، و مركب المرجعية الفقهية ينصرف الى الآراء الفقهية المنسوبة الى مذاهب الفقهاء او المناهج و الطرق التي اعتمدها كل مجتهد<sup>1</sup>

لذلك فإن الدراسة تقوم على طرح الآراء الفقهية لمسألة معينة ثم وضع النص القانوني المقابل لها و تحليل هذه المسائل المختارة ومقارنتها مع المذهب الفقهي المستمدة منه.

1 احمد غرابي ،المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الاسرة الجزائري و موقع مذهب الامام مالك منها ،مجلة الحقوق و العلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور ،الجلفة، العدد 23 ، 2015 ، ص122

## أسباب إختيار الموضوع

إختيار الموضوع يرجع إلى الأسباب التالية :

- دراسة المسائل المناقشة وربطها باختيار المشرع المذهب المتبع وخاصة أننا نعيش في بلد اسلامي

- كذلك من بين الدوافع الاطلاع على كلمة وزير العدل آنذاك الطيب بلعيز أمام البرلمان و ذكره صراحة الهدف من التعديل لقانون الأسرة 11/84 الذي ارجع الهدف من ذلك إلى تكيف ق.أ.ج مع الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر أو التي وافقت عليها (( لذا جاء هذا الأمر موضوع مشروع القانون المتضمن الموافقة عليه ببعض الحلول الإستعجالية الرامية إلى إحداث تعديلات على قانون الأسرة بهدف ملائمة بعض أحكامه مع المبادئ الأساسية في الدستور و المواثيق و العهود و الاتفاقات الدولية في مجال حقوق الانسان و رفع تحفظات بلادنا على بنود بعض الاتفاقيات الدولية لاسيما المتعلقة منها بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة و بحقوق الطفل))<sup>1</sup>.

- الفراغ الذي تركه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 222 كل ما لم يرد فيه نص يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث فتح المجال إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من مختلف المذاهب في مسائل الزواج و آثاره مما استدعى التطرق إلى بعض المسائل و مناقشة آراء الفقهاء فيها .

- عدم وجود دراسات معمقة كافية تخص الموضوع محل المذكرة هذا على حسب ما هو موجود بين أيدينا وما تم التوصل إليه

- الكشف عن بعض الأحكام الشاذة التي وضعت كنصوص قانونية .

## أهمية الموضوع

تكمن أهمية الموضوع في إرتباطه بالأحوال الشخصية التي تتركز أساسا على عقيدة الشخص وكذا رفع اللبس عن بعض المسائل المهمة في أحكام الأسرة نواة المجتمع والبعث عن البحث في الرخص والأحكام الفقهية الشاذة للتوفيق بين ما هو قانوني وفقهي في ان واحد .

1 الجريدة الرسمية لمداومات المجلس الشعبي الوطني السنة الثالثة رقم 146 ، 28 مارس 2005 ، ص 6

## منهج البحث :

اعتمدنا المنهج التحليلي في دراستنا لهذا الموضوع و هذا بتحليل نصوص المواد و ربطها بالأحكام الفقهية المستمدة منها، وكذا المنهج المقارن لمقارنة الحكم الشرعي بالنص القانوني كما تم الاعتماد على المنهج الاستقرائي من خلال استنباط الأحكام من نصوص المواد القانونية.

## إشكالية البحث:

إن المشرع الجزائري نظم ق.أ.ج وفق الشريعة الإسلامية لكنه لم يحدد أي مذهب فقهي من بين المذاهب المعتمدة في العالم الإسلامي كمرجعية خاصة رغم أن الشرعية الدينية لمنطقة المغرب العربي بصفة عامة و الجزائر بصفة خاصة تعتمد المذهب المالكي حيث أن المادة 222 من ق.أ.ج احوالت كل ما لم يرد فيه نص إلى الشريعة الإسلامية إلا أنها لم تحدد المذهب المتبع وهذا بخلاف قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية التي حددت المذاهب المتبعة بل ذهبت بعض التشريعات الى الأخذ من المذهب الفقهي ذاته و بالمشهور منه ولذلك يجب طرح الإشكالية التالية :

**ما مدى التزام المشرع الجزائري مرجعية فقهية واضحة تتماشى مع مبادئ الشريعة الإسلامية لأحكام الزواج في ق.أ.ج ؟**

وينتج عن هذه الإشكالية الأسئلة الفرعية التالية:

- إذا كان الفقه المالكي مرجعية عامة في الجزائر فما مدى اعتماده في ق.أ.ج ؟
- ما مدى موافقة المشرع الجزائري في أحكام الزواج المدارس الفقهية المشهورة ؟
- هل انحرف المشرع الجزائري عن نطاق المذاهب المشهورة في بعض المسائل للبحث عن رخص حتى يكيف ق.أ.ج و الاتفاقيات الدولية؟
- هل إلغاء بعض المواد بالأمر 02 /05 بداية التراجع عن بعض الأحكام المتفق عليها؟

الدراسات السابقة

-مقالة للأستاذ د/ غرابي احمد، مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري ، المجلة العربية للأبحاث في العلوم الانسانية و الاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد22، مارس2016 .

(2) مقالة للأستاذ احمد غرابي ، المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري و موقع مذهب الإمام مالك منها، مجلة الحقوق و العلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 23 , 2015 .

خطة البحث:

للإجابة عن الإشكالية و الاسئلة الفرعية الأخرى قسمنا المذكرة الى فصلين، الفصل الأول تناولنا فيه المرجعية الفقهية لأحكام الخطبة والولاية والصداق حيث تم تقسيمه الى ثلاث مباحث:

-المبحث الأول: مفهوم الخطبة و حكم العدول و الآثار المترتبة عنه

- المبحث الثاني: مفهوم الولاية و اشتراط الولي والحكمة منه

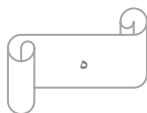
- المبحث الثالث:الصداق و أنواعه و التنازع فيه

اما الفصل الثاني تناولنا فيه: المرجعية الفقهية لأحكام أوصاف الزواج موانعه و آثاره فتم تقسيمه الى ثلاث مباحث

- المبحث الأول: الزواج وشروطه

- المبحث الثاني: موانع الزواج و تعدد الزوجات

- المبحث الثالث: انواع الزواج و آثاره



# الفصل الأول

## المرجعية الفقهية لأحكام الخطبة

### والولاية والصداق.

نتناول في هذا الفصل أحكام الخطبة الولاية الصداق في ق.أ.ج حيث تم تقسيمه الى ثلاثة  
مباحث

- المبحث الأول: مفهوم الخطبة و حكم العدول و الآثار المترتبة عنه
- المبحث الثاني: مفهوم الولاية و اشتراط الولي والحكمة منه
- المبحث الثالث: الصداق و انواعه و التنازع فيه

## المبحث الأول

## مفهوم الخطبة و حكم العدول و الآثار المترتبة عنه

تناولنا في هذا المبحث الخطبة لأنها من أهم مقدمات عقد الزواج و قد تم تقسيمه الى مطلبين المطلب الأول تضمن مفهوم الخطبة و أنواعها اما المطلب الثاني فناقشنا العدول عن الخطبة و حكمه و آثاره

## المطلب الأول

## مفهوم الخطبة

الخطبة من المسائل التمهيدية في الزواج و لا يخل منها مجتمع وقد ذكرت في القرآن الكريم ، قال الله تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ ۗ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا ۗ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ ۗ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ ۗ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ

حَلِيمٌ ﴿البقرة، الآية 235

## الفرع الأول

## تعريف الخطبة

أولاً : التعريف اللغوي

الخطبة : و خطب المرأة إلى القوم اذا طلب أن يتزوج منهم و اختطبها و الاسم الخطبة بالكسرة و خطاب مبالغة به و اختطبه القوم دعوه إلى تزويج صاحبته<sup>1</sup>

1: الفيومي: أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، 1990م، مادة (خ ط ب)، ص66.

والخطب : الذي خطب المرأة . وهي خطبه التي تخطبها ، والجمع أخطاب ؛ وكذلك خطبته وخطبته، الضمة عن كراع، وخطبياه وخطيبته - وهو خطبها ، والجمع كالجمع ؛ وكذلك هو خطيبها ، والجمع خطيبون، ولا بكر . والخطيب": المرأة المخطوبة، كما يقال ذبح للمذبوح.. وقد خطبها خطبة ، كما يقال : ذبح ذبيحة . الفراء في قوله تعالى : من خطبة النساء ؛ الخطبة مصدر بمنزلة الخطب ، وهو بمنزلة قولك : إنه لحسن القعدة و الجلسة . والعرب تقول : فلان خطب فلانة إذا كان طلبها<sup>1</sup> .

## ثانيا : التعريف الاصطلاحي

### 1- التعريف الفقهي :

تعددت تعاريف الفقهاء بتعدد مذاهبهم و سنقتصر على التعريفات التالية:

#### تعريف الحنفية : طلب التزوج<sup>2</sup>

**تعريف المالكية :** الخطبة بكسر الخاء ، فعل الخاطب من كلام و قصد و استلطاف بفعل أو قول .<sup>3</sup>

**تعريف الشافعية :** التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة .<sup>4</sup>

**تعريف الحنابلة :** هي خطبة الرجل المرأة لينكحها .<sup>5</sup>

1 أبن منظور، لسان العرب ، دار صادر - بيروت ، ج1 ، ص 360.

2ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار قدمه محمد بكري اسماعيل ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1994م ، 8/3 .

3 الخطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ضبطه زكريا عميرات ، ط3 ، دار الفكر 1992 م ، 407/3

4 الشربيني مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا بن شرف النووي ، دار المعرفة، بيروت ، لبنان ، ط1997، 1، 183/3

5 بن قدامة المقدسي الحنبلي، المغني، تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي و ، د ، عبد الفتاح محمد الحلو،

دار عالم الكتب للطباعة و النشر و التوزيع ، الرياض .، ط3 ، 1997 ، 567/9

من خلال التعريفات السابقة الخطبة هي طلب الزواج من امرأة تحل له شرعا

## 2- التعريف القانوني

عرفت قوانين الأحوال الشخصية الخطبة بتعاريف متقاربة، تدور حول معنى واحد، وهو أن الخطبة وعد بالزواج، وليست زواج، ومن هذه التعاريف:

عرّف مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة 1 الخطبة بأنها: " طلب التزوج أو الوعد به، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة، وتبادل الهدايا"<sup>1</sup>

وقد عرفها المشرع الجزائري في ق.أ.ج المادة 5 منه على أن "الخطبة وعد بالزواج".

"حيث يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا للخطبة، بل اكتفى ببيان طبيعتها القانونية . و مؤدى ذلك أنه يجوز لكل من الخاطبين أن يعدل عن وعده في أي وقت شاء . غير أن هذه الفقرة أغفلت النص على عدم جواز الخطبة على الخطبة لورود النهي عن ذلك في السنة النبوية "<sup>2</sup>

و نستخلص من هذا التعريف إن الخطبة وعد بالزواج لا غير ويبقى الخاطب والمخطوبة اجنبيان عن بعضهما

1 المجلة العربية للفقه والقضاء: الأمانة العامة ، جامعة الدول العربية ، القاهرة ، مصر ، ع 19

2 محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و ق.أ.ج المعدل بالأمر 05-02 ، دار الوعي ، الجزائر ،

## الفرع الثاني

## أنواع الخطبة

تكون الخطبة صريحة أو تكون بالتعريض :

" تقال عند الخطبة بالكسر وهي التماس التزويج و المحاولة عليه صريحا مثل أن يقول فلان يخطب فلانة أو غير صريح كيريد الاتصال بكم و الدخول في زمرتك من الخاطب و المجيب"<sup>1</sup>

## أولا : الخطبة الصريحة

" الخطبة الصريحة طلب التزوج بامرأة، وإظهار الرغبة في ذلك بحيث لا يحتمل الطلب غير الخطبة، كأن يقول الخاطب لمن يخطبها : إني أريد أن أتزوجك أو أرغب التزوج بك، أو أطلب أن تكوني زوجة لي، بمعنى أن تكون بإبداء الرغبة فيها صراحة."<sup>2</sup>

## ثانيا : الخطبة بالتعريض

" معنى التعريض الكلام الذي يحتمل معنيين : معنى خفي هو المقصود، ومعنى ظاهر غير مقصود. قال العلماء : يجوز التعريض للخطبة في الحرمة المؤقتة وفي حال المتوفى عنها زوجها باتفاق في العدة وقبل انقضائها."<sup>3</sup>

الخطبة بالتعريض كأن يقول رجل لامرأة إني اريد الزواج أو عزمت على الزواج أو مثلا إن وجدت امرأة مثلك سأتزوج، المهم أن يفهم من ذلك رغبته في الزواج منها .

1 الخرشى، على مختصر سيدي خليل ، دار صادر ، بيروت، لبنان، ج3، ص167

2 عبد الفتاح تقيية، مباحث في ق.أ.ج من خلال مبادئ و أحكام الفقه الاسلامي، د. ط ، دار ثالة، 1999-2000 ،

## الفرع الثالث

## شروط الخطبة

" للخطبة شروط مستحسنة يندب لمريد الزواج مراعاتها وتحصيلها، لكنه إن أهملها ولم يحققها فلا تؤثر في الخطبة صحة وفسادا.

وكذلك للخطبة شروط لازمة لا بد من تحقيقها، فلا تصح الخطبة من دونها، ويلزم الخاطب مراعاتها، فإن لم تتحقق هذه الشروط فسدت الخطبة شرعا وكان الخاطب آثما لكنها لا تأثير لها على العقد صحة وفسادا " .<sup>1</sup>

## أولا : الشروط المستحسنة

رغم أن هذه الشروط مستحبة فقط إلا أنها تعتبر ضرورية لما لها من أهمية في الزواج و من هذه الشروط :

- " أن تكون المخطوبة من النساء المتحليات بالأخلاق الحميدة، المتمسكات بالدين، فلا يخطب المرأة لجمالها، ومالها، وجاهها ويهمل ناحية الخلق والدين لئلا تكون الزوجة مبعث ريبته وشقائه، ولا يعني أن يختار زوجة ذميمة المنظر، بل أن تكون مع جمالها متحلية بالخلق الكريم. لأن جمال المرأة يعف زواجها وقد أرشد الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم إلى المنهج القويم الذي يراعى عند اختيار الزوجة"<sup>2</sup>

- "و تستحب الاستخارة و هو ما يعرف بصلاة الاستخارة، لأن الإقدام على الزواج شأن عظيم، ينبغي فيه التوكل على الله تعالى .

- و يستحب كذلك استشاره أصحاب العقول، و أهل الفضل و المعرفة و المستشار يخبر بما يعلم ."<sup>3</sup>

- بالإضافة إلى أن تكون المخطوبة من غير القريبات للخاطب و أن تكون ولودًا لأن الهدف من الزواج هو تحصيل التناسل .

1 عبد الفتاح تقيه، مرجع سابق، ص 82

2 عبد الفتاح تقيه، مرجع نفسه، ص 82

3 سليمان ولد خسال، الميسر في شرح ق.أ.ج، دار طليطلة، ط1، ص28، 2010

### ثانيا : الشروط الواجبة

إن الشروط الواجبة يمكن حصرها في ثلاث شروط :

- أن يحل الزواج بها شرعا : فكل امرأة يحرم زواجها تحرم خطبتها .<sup>1</sup>
- أن لا تكون معتدة : فالمرأة المطلقة طلاقا رجعيا لا يجوز خطبتها اجماعا لا تصريحاً و لا تعريضا لأنها لا زالت بعد في عصمة زوجها<sup>2</sup>، أما المرأة المطلقة طلاقا بائنا بينونة صغرى و المتوفى عنها زوجها فلا تجوز خطبتها تصريحاً و انما يجوز تعريضا، في حين وقع الخلاف في المرأة المطلقة ثلاثا، فالجمهور أجازوا خطبتها و منع ذلك الأحناف و الظاهر قول الجمهور لاشتراك هذا الطلاق في العلة مع الطلاق البائن بينونة صغرى و المتوفى عنها زوجها واختلافه مع المطلقة طلاقا رجعيًا
- أن لا تكون مخطوبة لآخر : لأنه لا يجوز خطبة المسلم على أخيه المسلم .<sup>3</sup>

1 سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 29 .

2 محمد وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، ط1، ج7، ص 15 . 1984

3 سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 30 .

## المطلب الثاني

### العدول عن الخطبة حكمه و آثاره

إن أهم ما يواجه المخطوبين اثناء فترة الخطبة وخاصة في حالة الركون هو العدول عن الخطبة من طرف أحدهما او كليهما.

#### الفرع الأول

##### تعريف العدول

أولاً : لغة

عَدَلَ عن الشيء، يَعْدِلُ عَدْلًا عُدُولًا: حَادَ، و عن الطريق : جَارَ و عَدَلَ إِلَيْهِ عُدُولًا : رَجَعَ، وماله معدل و لا معدول أي مصرف . و عدل الطريق : مال<sup>1</sup>

ثانياً : اصطلاحاً

هو رجوع أحد الطرفين، أو كلاهما عن الخطبة، و فسخها بعد اتمامها، و حصول الرضا منهما<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني

##### حكم العدول عن الخطبة

أولاً : حكم العدول عن الخطبة في الشرع

إن العدول عن الخطبة يعني جواز رجوع أحد الخطيبين والتخلي نهائياً عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، والتوقف عن الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج. ولا يجوز للمعدول عنه إن لم يقبل بالعدول طلب الحكم له بإلزام الطرف العادل بالاستمرار في الخطبة؛ ذلك أن عقد الزواج هو عقد رضائي وليس عقد إذعان<sup>3</sup>.

1 ابراهيم مصطفى و اخرون ، المعجم الوسيط ، دار الدعوة ، اسطنبول، تركيا ص588

2 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر، عمان، الأردن، ص 88 .

3 محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص 63 - 64

إن هذه العادات والأعراف من مقدمات عقد الزواج، وأنها مجرد وعد بالزواج وليست عقد زواج، ولا يترتب عليها أي حكم من أحكام الزواج، وليس لها قوة الإلزام لكل من الطرفين كامل الحرية في التبصر والتروي لإبرام عقد الزواج أو العدول عنه، وأن هذه العادات إذا تمت لا تعد أن تكون وعدا متبادلا بين الزوجين بالزواج في المستقبل، ولا تجعل الخطبة عقدة، بل تبقى في حدود الخطبة، وليس لها أي أثر أكثر من ذلك، ولا تلزم أي الطرفين بالعقد ولا يترتب على نقضها أي أثر من آثار العقد، وإنما مجرد إخلاف بالوعد يترتب عليه معصية نقض العهد إن كان لغير سبب مشروع.<sup>1</sup>

كما أن الخطبة ليست جزءا من عقد الزواج، و لا ركنا فيه، و لا شرطا لصحته، أو نفاذه، أو لزومه .

و أيضا لو كانت الخطبة التامة منشأً للالتزام بإجراء عقد الزواج الموعود، لفقد هذا العقد نفسه أساس انعقاده، و هو التراضي، فيغدو باطلا، لا تترتب عليه آثار العقد الصحيح.<sup>2</sup>

وفي بعض أقوال الامام مالك، أن الوعد يجب الوفاء به قضاء لقوله تعالى ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ الاسراء، الاية 34 وكذا لحديث الرسول صلى الله عليه و سلم

" اية المنافق ثلاث، اذا حدث كذب و اذا وعد اخلف و اذا اؤتمن خان " <sup>3</sup>

لكن الخطبة ليست عقد حتى تنطبق عليها الآية الكريمة و الحديث الشريف

**ثانيا : حكم العدول عن الخطبة في ق.أ.ج**

جاءت الفقرة الثانية من المادة 5 من ق.أ.ج صريحة حيث نصت على أنه :  
**(( يجوز للطرفين العدول عن الخطبة ))** فهي ليست زواجا و ما ذلك الايجاب والقبول الذين تمت بهما إلا مجرد اجراء تمهيدي و وعد بزواج لاحق قانوني .

1 جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج، دار الحامد، عمان، الأردن، ط1، 2009 م، ص 26

2 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية لمقدمات عقد الزواج، مرجع سابق، ص 80 .

3 صحيح مسلم، باب النفاق، حققه عصام الاصباطي و آخرون، ط1، دار ابن حيان للطباعة و النشر و التوزيع،

1995، ص 118 .

و للخاطب و المخطوبة الحق في العدول عن الخطبة في أي وقت منها في الركون أو قبله.

فالخطبة اذا من الناحية القانونية عندنا كالناحية الشرعية لا تعدو أن تكون وسيلة للتعرف وفق أحكام الشرع و تحديد الشروط الموضوعية و الشكلية لإبرام عقد الزواج<sup>1</sup> .  
و من خلال دراسة الجانبين الفقهي و القانوني يتضح ان المرجعية الفقهية لحكم العدول عن الخطبة موافقة لآراء الفقهاء ، فيجوز العدول عن الخطبة في أي وقت شاء من أحدهما أو كلاهما .

### الفرع الثالث

#### آثار العدول عن الخطبة

أولاً : آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للهدايا و الصداق

#### 1-آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للهدايا :

##### أ- الجانب الفقهي :

غير أن الفقهاء قد اختلفوا في حكم ما يقدمه الخاطب للمخطوبة : من هدايا، راي الحنفية: " ذهب الحنفية إلى أن هذه الهدايا تعد هبة فتأخذ حكمها وحكم الهبة جواز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع يمنع من الرجوع فيها كالهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك، والزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها، ولا فرق في هذا في أن يكون الرجوع عن الخطبة من الرجل أو المرأة<sup>2</sup> .

راي المالكية : "وذهب المالكية إلى التفرقة بين رجوع الخاطب عن الخطبة، و رجوع المخطوبة عنها. فإن كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب لم يسترد شيئاً مما أهداه، وإن كان العدول من جانب المخطوبة كان للخاطب الحق في استرداد ما قدم من الهدايا، فيأخذ عينها إن كانت قائمة وإن هلكت أخذ مثلها إن

1 محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة ، الخطبة و الزواج، ج 1، ط2، 1994 م ، ص 48

2 مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام دراسة مقارنة ، ط4 ، ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، 1993 ، ص 83.

كانت مثلية وقيمتها إن كانت قيمة، إلا إذا كان هناك شرط أو عرف يقتضي غير هذا فيعمل به <sup>1</sup>

**راي الشافعية:** " وذهب الشافعية في بعض أقوالهم إلى أن المهدي له أن يسترد هديته كاملة بعينها إن كانت قائمة، وبعرضها إن كانت هالكة أو استهلكت، وذلك لأن الإهداء كان على أساس تمام الزواج، وقد أبعده فزال السبب الذي حمل على الإهداء، وإذا زال السبب كان له استرداده. <sup>2</sup>

**رأي الحنابلة:** " وذهب فقهاء الحنابلة وغيرهم من فقهاء التابعين إلى أنه ليس الخاطب الرجوع في شيء مما أهداه، سواء كانت قائمة أو هالكة؛ لأنها هبة، ولا يجوز عندهم الرجوع في الهبة بعد قبضها إلا للأب وحده. <sup>3</sup>

**ب- الجانب القانوني :** نصت الفقرة الثالثة من المادة 5 من ق.أ.ج على أنه (( لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها ان كان العدول منه، و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته . وان كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته )) .

حين يقوم النزاع بين الخاطب و المخطوبة بعد العدول يلجا المعدول عنه او كلاهما للقضاء فتثور مشكلة اثبات الهدايا و يتم تجنيد الطرفين لكل امكانياتهما لخوض معركة قضائية قد تجد فيها المحكمة صعوبة الفصل الذي يحقق العدالة و اقتناع الطرفين لان كل طرف منهما يرى انه على حق إلا عن طريقين اثنين:

**الطريق الأول :** اقرار الخطيبة بما يوافق ادعاء الخاطب في المبلغ أو الهدايا العينية

1 مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 83 .

2 أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، دار الفكر العربي، (د ط، دت) ص 66 .

3 السباعي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط7، ج1/61، 1997 .

**الطريق الثاني :** الاعتماد على وسائل الإثبات .<sup>1</sup> و هي كل الوسائل التي اعتمدها المشرع .

و بمقارنة آراء الفقهاء و ما نص عليه المشرع الجزائري فنجد ان المرجعية الفقهية لأحكام الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة بالنسبة للهدايا اخذت من المذهبين المالكي و الحنفي .

إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى المتسبب في العدول، فقد يكون العادل مضطراً إلى ذلك و ليس له سبيل آخر غير العدول . فيصبح بذلك متضررا من ناحيتين مجبر على العدول و فاقد لحقه .

## 2- آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للصداق :

### أ- الجانب الفقهي :

وفقهاء الشريعة الإسلامية مجمعون على استرداد الخاطب ما دفعه من مهر إلى مخطوبته إن كان موجودا بعينه، أو قيمته إن كان قيما، أو مثله إن كان مثليا، أو بدله إذا ما اشترت به مصوغات أو مجوهرات. دون نظر لمن كان فسخ الخطبة من جهته، وذلك لأن المهر من متطلبات الزواج لا من متطلبات الخطبة، ولا أدل على ذلك أن المرأة لو طلقت قبل الدخول ليس لها بعد العقد عليها وتعيين المهر إلا نصفه بنص الآية قال تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ البقرة، الآية 237 . فما بالك من لم يعقد عليها أصلا؟<sup>2</sup>

ب- **الجانب القانوني :** وهو كما نعلم من مستلزمات عقد الزواج لما جاء في المادة = 15 = من ق.أ.ج حيث تقول : « يجب تحديد الصداق في العقد سواء أكان معجلا أو مؤجلا »، ومادام العقد لم يتم، فإن على الخطيبة أن

1 فضيل سعد، شرح ق.أ.ج في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ط، ج1، ص 22 .

2 محمد محدة، مرجع سابق، ص 60

ترد ما قبضته دون بحث عن العادل وما أحدثه عدوله من ضرر لانعدام مسوغ أخذه، إذ لبس لها الحق حتى لو تم العقد وحدثت الفرقة قبل الدخول، الا في نصف الصداق طبقا للمادة = 16 = من قانون الأسرة.<sup>1</sup>

### ثانيا : التعويض عن الأضرار نتيجة العدول

ان العدول عن الخطبة حق كفله الشرع و القانون و قد يترتب عليه أضرارا مادية و معنوية أو كلاهما التي قد يكون لأحد الخاطبين دخل فيها فمنها المادي مثل تقويت المنافع و منها المعنوي الذي يمس جوانب السمعة بكلا الطرفين.

1- راي الفقه : لم يكن هذا الامر مما تناوله فقهاء الشريعة الاسلامية قديما لان العدول عن الخطبة كان نادر الحدوث في ذلك الوقت بينما ظهرت اراء فقهية حديثة يمكن تقسيمها الى ثلاثة اراء مختلفة<sup>2</sup>

ا- عدم التعويض : يرى اصحاب هذا الاتجاه ان العدول عن الخطبة حق لكلا الطرفين و لا يجوز التعويض عن الاضرار الناتجة عنه و من الدعاة الى هذا الموقف الشيخ محمد بخيت المطيعي و هو من كبار علماء الأزهر

ب- وجوب التعويض مطلقا : اعتمد من يرى وجوب التعويض على القاعدة الفقهية الضرر يزال و طريقة إزالته هو التعويض ومن القائلين بهذا المبدأ الشيخ محمود شلتوت

ج- التعويض عن الضرر مع التفصيل: يمثل هذا الراي الوسط الشيخ ابو زهرة من خلال قوله ان العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض ،لأنه حق و الحق لا يترتب عليه تعويض قط ،اما الضرر الذي يعرض فهو الضرر الذي ينشأ و للعادل عمل فيه.

1 محمد محدة، مرجع نفسه ، ص 59

2 أنظر : محفوظ بن الصغير ، مرجع سابق ، ص 76 - 80 .

2-موقف المشرع الجزائري : جاءت الفقرة الثالثة من المادة 5 على النحو التالي:

(( إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض ))<sup>1</sup>

و من خلال نص هذه المادة يتضح جليا ان موقف المشرع الجزائري جاء وسطا فلم يأخذ بمبدأ التعويض المطلق و لا بمبدأ عدم التعويض بل يكون التعويض في حالة وجود الضرر.

1أمر رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ج ج ج عدد 24 صادر في 12 رمضان عام 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984، معدّل ومنتّم بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج ج ج ج عدد 15 صادر في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005.

## المبحث الثاني

## الولاية

الإنسان اجتماعي بطبعه، يعمل كل ما يستطيع للحفاظ على أسرته فينتظر زواج ابنته مع من يستحقها و في الأصل هو من يتولى أمرها لكن ما رأي الشرع و القانون في ذلك؟

## المطلب الأول

## مفهوم الولاية

## الفرع الأول

## تعريف الولاية

أولاً : لغة :

مفردة الولاية في اللغة : الولي من أسماء الله، وهو الناصر أو قيل المتولي الأمور العالم، القائم بها، وهو مالك الأشياء جميعها، المتصرف فيها، ليس كمثلته شيء وهو السميع البصير.

الولاية بكسر الواو و هي النصر و المحبة ، اما الولاية بفتح الواو فهي تولي

الامر<sup>1</sup>

ثانياً : اصطلاحاً :

أ- فقها : قال ابن عرفة : " الولي في الزواج من له على المرأة ملك أو

أبوة أو تعصيب أو إيصال أو كفالة أو سلطنة أو ذو اسلام"<sup>2</sup>

وهي تعرف كذلك على انها تنفيذ القول على الغير و الاشراف على

شؤونه<sup>3</sup>

1 الفيومي ، مرجع سابق،ص346.

2 ابن عرفة، كتاب الحدود، دار الغرب الاسلامي، بيروت، لبنان ، ط1 ، 1993 ، ص 241.

3 مصطفى السباعي، مرجع سابق ، ص11.

ب- **قانونا** : الولي شخص منحه القانون سلطة على نفس الغير أو على ماله أو عليهما معا . فان كانت الولاية منصبة على إدارة أموال الشخص المولى عليه واستثمارها والتصرف فيها سميت ولاية على المال وان تعلقت بأمر أخرى ليست مالية كالتربية والتوجيه والرعاية سميت ولاية على النفس<sup>1</sup>

ولم يضع المشرع الجزائري تعريفا للولي لكنه وضعه كشرط من شروط الزواج وذلك في المادة 9 مكرر .

### الفرع الثاني

#### أنواع الولاية

الولاية نوعان:

- أ- **ولاية على المال**: وهي سلطة التصرف في المال، سواء أكانت قاصرة أم متعدية، وليست هي موضوع الدراسة .
- ب- **ولاية على النفس** : وهي سلطة إنشاء عقد الزواج وهي المقصودة في هذه الدراسة. و الولاية على النفس أيضا نوعان:<sup>2</sup>

**ولاية قاصرة**: وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد..

**ولاية متعدية**: وهي سلطة تزويج الإنسان غيره.

أما المرأة البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية لها فيرى المالكية، والشافعية والحنابلة وكثير من العلماء إلى أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها، ولا أن تزوج غيرها، وإنما الذي يزوجها هو وليها. وقد استندوا في قولهم هذا إلى ما يلي:

1 فضيل سعد، مرجع سابق، 71 .

2 بن الشويخ رشيد، شرح ق.أ.ج المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص 62.

قوله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ... ﴾ النور، الآية 32 ... وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ﴾ البقرة، الآية 221 فكان ذلك دليلا على أن سلطة التزويج إليهم وليس إلى النساء.<sup>1</sup>

أما ق.أ.ج فقد نص قبل التعديل الجديد في المادة 11 من القانون 11/84 على أن يتولى زواج المرأة وليها، ولم يسمح لها كما هو واضح من النص من أن تتفرد بإبرام العقد. وقد ألغيت هذه المادة بمقتضى التعديل الجديد.

أما المادة 11 المعدلة فنصت على ما يلي: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره "

واضح من خلال هذا النص أن القانون قد كرس حق المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها بمقتضى التعديل الجديد واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد، سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره وهو ما يفتح الباب أمام التأويل.<sup>2</sup>

أما زواج القصر من الجنسين في حالة الترخيص بالزواج، فيتم تزويجهم بحسب القانون الجزائري بواسطة الولي وهو الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له. وهذا استنادا للفقرة الثانية من المادة 11 المعدلة.

و بدراسة تفصيلية فقها و قانونا فان المرجعية الفقهية للولي في ق.أ.ج لم تلتزم بمرجعية واضحة ، فاذا أخذ المشرع الجزائري برأي أبي حنيفة، فإن مذهب أبي حنيفة أعطى للولي حق الاعتراض على الزواج في حالتي عدم الكفاءة أو اذا كان المهر أقل من مهر المثل .

أما في حالة ما اذا اخذ بالمذهب المالكي و الذي أجاز فيه زواج المرأة الدنيئة دون ولي فهنا ليس لعموم المرأة المسلمة بل لحالة شاذة لا غير. و بذلك يكون المشرع قد جانب كلا الرأيين .

1 بن الشويخ رشيد، مرجع سابق، ص 63.

2 بن الشويخ رشيد، مرجع نفسه ، ص 65-66.

ب- الولاية المتعدية على النفس: وهي سلطة تزويج الإنسان غيره وهي نوعان:

ولاية إجبار: وهي التي يستبد الولي فيها بتزويج من تحت ولايته بغير إذنه ورضاه، وهي التي تعتبر ولاية كاملة.. فولاية الإيجاب تثبت على الصغير أو من في حكمه بالنسبة للذكر، وتثبت للصغيرة بالنسبة للبنات كانت بكرة أو ثيبا

ولاية اختيار: وهي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه، بل من مشاركة الزوجة وليها في اختيار الزوج، ويتولى الولي عقد الزواج<sup>1</sup>

وقد أخذ ق.أ.ج بولاية الاختيار بشأن القاصرة فقط في المادة 13 المعدلة التي تنص على أنه: " لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

غير أن النص قد أغفل مسألة مهمة وهي حالة مخالفة أحكام النص القانوني الأمر، وذلك حين يجبر الولي بنته عموما (سواء راشدة أو قاصرة على الزواج بمن لا ترضاه، فتضطر للموافقة، فما مصير عقد الزواج في هذه الحالة؟ وهل يكون صحيحا او باطلا؟<sup>2</sup>

لقد كانت المادة 12 من ق.أ.ج قبل التعديل تعالج هذا المشكل. ففي حالة المنع يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى القاضي في ذلك مصلحة. وقد أكدت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 30 / 03 / 1993 وما جاء فيه: "ومتى تبين في قضية الحال أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بالإذن للمدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون" غير أن هذا النص ألغي بمقتضى التعديل الجديد مما يجعلنا نقول بوجود فراغ تشريعي في المسألة. وبالتالي أمكن العودة إلى أحكام المادة 222 من القانون التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي أمكن للقاضي التدخل لحسم الموقف حسبما يراه مناسبا لأن الفقه الإسلامي في مجمله يقر بإسقاط

1 بن الشويخ رشيد، مرجع سابق، ص 66.

2 بن الشويخ رشيد، مرجع نفسه، ص 67.

الولاية عن الولي في حالة المنع بدون مبررات معقولة، بالتالي فإن القاضي ولي من لا ولي له.<sup>1</sup>

حكم الولي في عقد الزواج اختلف العلماء حول حكم الولي في عقد الزواج، فذهب المالكية في المشهور عندهم على أنه ركن، وذهب الشافعية ومالك في رواية عنه الى أنه شرط في الصحة، أما أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري فقالوا: إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤًا جاز،<sup>2</sup>

جعل التعديل الجديد ل ق.أ.ج من الولي شرطاً لصحة عقد الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 09 مكرر من الأمر 05-02 الودية التي يعتد بها المشرع الجزائري هي ولاية الاختيار أو الشركة أي تلك التي يكون فيها الرضا والموافقة قاسماً مشتركاً بين الولي وموليته، حتى وإن كانت المرأة قاصرة لأن المشرع الجزائري شأنه شأن التشريعات العربية الأخرى لا يعترف بولاية الإيجابار.<sup>3</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن مصطلح القاصرة في القانون هي تلك الفتاة البالغة ولكنها لم تبلغ السن القانوني الذي هو 19 سنة أما في الفقه فالقاصرة الصغيرة التي لم تبلغ بعد لكن ماذا لو رضيت الفتاة ورفض الولي زواجها؟ فالإجابة الظاهرة على هذا أن الزواج لا يتم باعتبار الولي شرطاً من شروط صحة انعقاد الزواج، وهذا ما يستشف من منطوق المادة 09 مكرر والمادة 11 من الأمر 02/05<sup>4</sup>

1 ابن الشويخ رشيد، مرجع سابق، 68.

2 سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 58.

3 سليمان ولد خسال، مرجع نفسه، ص 59، 60.

4 سليمان ولد خسال، مرجع نفسه، ص 60.

## الفرع الثالث

## شروط الولي

## أولا الجانب الفقهي :

يشترط في الولي ان يكون كامل الأهلية بالحرية و العقل و البلوغ لأنه ان كان فاقد الأهلية او ناقصها كان هو مشمولا بالولاية فلا تكون له ولاية على غيره ولأنه لا يقدر المصلحة و ينظر في وجوه النفع و الضرر إلا بكمال أهليته ، وأن يكون متحدا في الدين مع المولى عليه فلو كان للصغير أخوان شقيقان أحدهما مسلم والآخر مسيحي فلو كانت هي مسلمة فالولاية على تزويجها لأخيها المسلم وان كانت مسيحية فالولاية للمسيحي<sup>1</sup>

## ثانيا : الجانب القانوني :

إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد أي شروط خاصة بالولي في عقد الزواج باستثناء الأهلية حيث جاء في المادة 11 الفقرة الاولى " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره . "

أما بالنسبة إلى القاصر فلم يترك المشرع الولاية مفتوحة، بل حددها في الأب أو أحد الأقارب الأولين، أو القاضي، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 11 " يتولى زواج القصر أوليائهم و هم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له.

1 عبد الوهاب خلاف ،احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ،دار القلم، صفاة، الكويت، 1990 ،

## المطلب الثاني

الحكمة من اشتراط الولي ومنع تحكم الولي في الزواج و ترتيب الاقارب حسب اولوية حصولهم على الولاية

## الفرع الأول

## الحكمة من اشتراط الولي

هناك حكم كثيرة من اشتراط الولي منها :

- توسيع دائرة الشورى حتى توفق المرأة في اختيار الرجل المناسب
- رفع مكانة المرأة اجتماعيا حيث هي من تقرر، ووليها يمثلها فيشعرها بعزتها ومكانتها .
- حماية المرأة من تعسفات الزوج وظلمه.
- و ارتباط المرأة بالرجل الذي تختاره ليس شانا خاصا بالمرأة دون سواها فالزواج يربط بين الأسر<sup>1</sup>
- ورغم ما للولي من اهمية في عقد الزواج و ما يتبعه من نتائج و اثار الا ان ق.أ.ج يبقى في هذه المسالة بحاجة الى توضيح.
- فالمشرع الجزائري وقف من اشتراط الولي موقفا متذبذبا فلا هو قرر الغاؤه صراحة، و لا هو قرر اشتراطه صراحة ، مما يدل دلالة واضحة على التعرض لضغوط متزايدة في هذا المجال و من جهات مختلفة ، احداها يدافع عن تراث الامة و عاداتها و اعرافها، و الاخر نافذ يدافع عن التحرر و التخلي عن كل ذلك<sup>2</sup>

1 سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص61

2 غرابي احمد،مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الاسرة الجزائري ، المجلة العربية للأبحاث في العلوم الانسانية و الاجتماعية،جامعة زيان عاشور الجلفة،العدد22، مارس2016، ص 189 .

## الفرع الثاني

## منع تحكم الولي في الزواج

بعض المذاهب الاجتهادية ذهبت إلى أن الأب يستطيع إجبار فتاته البكر - دون الشيب- على الزواج ويستحب له أن يأخذ رأيها .

وخالف في ذلك أبو حنيفة رحمه الله ومن وافقه، فقالوا: ليس للأب ولا لغيره من الأولياء إجبار البنت البكر البالغة على الزواج، ويجب على الأب أو الأولياء استئمارها في أمر الزواج، فإن وافقت عليه صح العقد وإلا فلا<sup>1</sup>.

لكن هذا الحق وضعت له ضوابط حيث :

"أن أبا حنيفة ومن معه يرون من حق الأولياء الاعتراض على رغبة الفتاة في الزواج بمن تحب عن طريق الادعاء بأمرين:"<sup>2</sup>

**الأول:** عدم كفاءة الزوج: وقد اختلفت اراء الفقهاء فيها؛ فمنهم من يرى انه تقتصر على الاسلام فقط وهذا عند المالكية، ومنهم من يرى انها تتعدى ذلك الى الحسب و النسب

**الثاني :** عدم مهر المثل وهو ان يكون المهر الذي حدد لها يوافق ما حدد لمثيلاتها كأخواتها او بنات أعمامها. و سيأتي شرح مفصل لذلك في مبحث الصداق.

1 مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه و القانون، دار ابن حزم، بيروت، 2010م، ص 79 .

2 مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه و القانون، مرجع نفسه ، نفس الصفحة .

## الفرع الثالث

## ترتيب الأقارب حسب أولوية حصولهم على الولاية

قد يتعدد الأقارب المؤهلون للحصول على ولاية المولى عليه خاصة الأنثى، ويعتبر كل منهم أنه صاحب الولاية في تزويجها ويصبح كل منهم يعد الخاطب أنه يزوجه اياها بلا منازع وقد يتفق ثلاثة أولياء من أقارب المولى عليها مع ثلاث أشخاص يردن الزواج بالمولى عليها أو أكثر أو أقل من ذلك فمن صاحب الكلمة في تزويجها قانونا<sup>1</sup>؟

جاء في المادة 12 الفقرة الاولى من ق.أ.ج : ولا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج اذا رغبت فيه وكان أصلح لها .

والمشرع الجزائري في هذا النص لم يفرق بين الولي (الأب) وبين غيره وان جعل الحكم عاما فأباح لكل من عارضها وليها في الزواج بمن ترغب فيه أن ترفع أمرها إلى القاضي ليأذن لها بالزواج رغم معارضة الولي بغض النظر عن صلة القرابة التي تصله بها سواء كان أبا أو جدا أو أخا أو غيره.<sup>2</sup>

- أما إذا توفي الولي الأصلي الذي هو الأب، فإن سلطة الولاية تنتقل حكما وبقوة القانون إلى الأقربين غير أن التعديل الجديد لم يوضح من هم الأقربون، وفي ظل هذا الفراغ القانوني، فإن للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في اختيار الولي القريب المناسب<sup>3</sup>

و تبقى مسألة " اي شخص تختاره " التي نصت عليها المادة 11 من ق.أ.ج تطرح عدة تساؤلات و ما الهدف من صياغتها بالفصل .

1 فضيل سعد، مرجع سابق، 73 .

2 فضيل سعد، مرجع نفسه، 76 .

3 سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص62 .

### المبحث الثالث

#### الصداق

الصداق تعبير صادق من الخاطب نحو خطيبته رغبة منه في الزواج بها و كذا دليل على قدرته في الإنفاق عليها بعد الزواج وهو تكريم للمرأة و ليس انقاصا من قيمتها.

#### المطلب الأول

#### تعريف الصداق و أدلته و حكمه

#### الفرع الأول

#### تعريف الصداق

أولا : لغة

الصِّدَاقُ : بفتح الصاد المهملة وكسرهما مأخوذ من الصدق لدلالته على صدق الزوجين في موافقة الشرع وإشعاره بصدق رغبة الزوج في الزوجية وفيه سبع لغات وله ثمانية أسماء يجمعها قوله في المتن العربي

صداق و مهر وفريضة حباء و اجر ثم عقر علاقم<sup>1</sup>

و يعرف الصداق لغة أيضا : " دفع مال المشهر بالرغبة في الزواج أو هو مهر الزوجة، و جمعه أصدقة و صدق"<sup>2</sup>

#### ثانيا : التعريف الاصطلاحي

1- فقهاء : تعددت اراء الفقهاء في تعريف الصداق لكن يمكن حصرها في التعريفات التالية:

- تعريف الحنفية : اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع<sup>3</sup>

1 عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 117.

2 ابراهيم مصطفى واخرون ، مرجع سابق ص 510 .

3 ابن عابدين : مرجع سابق، 100/3 - 101 .

- تعريف المالكية : ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها.<sup>1</sup>
  - تعريف الشافعية : ما وجب نكاح او وطء او تقويت بضع قهرا.<sup>2</sup>
  - تعريف الحنابلة : العوض في النكاح سواء سمي في العقد او فرض بعده بتراضيها او الحاكم و نحوه اي النكاح كوطء شبهة<sup>3</sup>
- 2-قانونيا : نظمه المشرع الجزائري في المواد من 14 إلى 17 من ق.أ.ج و جاء تعريفه في المادة 14 منه على النحو التالي : (( الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء))<sup>4</sup>
- وإذا قارنا هذا التعريف مع ما ذكر سابقا فان هذا التعريف لا يختلف في ما جاء في الفقه الاسلامي .

### الفرع الثاني

#### الأدلة الشرعية للصداق من الكتاب و السنة :

- أ- من الكتاب :
  - قال تعالى : (( وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً )) النساء، الآية 4.
  - قال تعالى : (( فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً )) النساء، الآية 24.
  - ب- من السنة :
  - قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : ان اعظم النساء بركة ايسرهن صداقا<sup>5</sup>
- و من خلال النص القرآني الكريم و الحديث النبوي الشريف يتضح جليا مدى مشروعية الصداق .

1 الدردير، الشرح الصغير، تحقيق كمال واصف، دار النعرف، مصر، 1392هـ، 409/1 .

2 الشريبي، مرجع سابق، 291/3.

3 البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت - لبنان، 128/5 .

4 فضيل سعد، مرجع سابق، ص 81

5 الامام احمد، (مسند عائشة) حديث رقم 24999، المسند، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1995، ص519

## الفرع الثالث

## حكمه

تباينت مواقف فقهاء المالكية في حكم الصداق فاعتبر ركنا، واعتبرها البعض الآخر شرط صحة لا يجوز التواطؤ على تركه

أما الأحناف والشافعية والحنابلة وبعض المالكية، فالصداق عندهم ليس بركن و لا بشرط، وإنما هو حكم من أحكام عقد الزواج وأثر من آثاره، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ البقرة - 236 .

فقد حكم القرآن بصحة الطلاق مع عدم تسمية المهر، ولا يكون الطلاق إلا في الزواج الصحيح ومع ذلك فقد صرحوا بأنه واجب على الرجل، و لكن لا يشترط تسميته عند العقد، ويصح عقد الزواج دون ذكره، ومع ذلك فتسمية المهر تستحب في العقد وأن لا ينعقد النكاح إلا به.<sup>1</sup>

1 انظر سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 66.

## المطلب الثاني

## أنواع الصداق و شروطه و التنازع فيه

تحتاج الزوجة مهرها لتحضير نفسها للدخول و قد يكون الزوج معسرا او محتاج قبل العقد او بعده و قد يتفق الزوجان لأجل محدد للصداق و قد يحدث نزاع بين الزوجين و مازال المهر معلق فكيف عالج الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري هذا الامر؟

## الفرع الأول

## أنواع الصداق

تتعدد انواع الصداق فقد يكون محدد القيمة و قد يكون غير ذلك و من ناحية اخرى قد يقدم قبل الدخول و قد يؤجل الى ما بعد ذلك

## أولا : من حيث التسمية

1-مهر المثل : و هو ذلك القدر من المال الذي يرغب غير الزوج دفعه ممن يساويه في الثراء و الفقر و التوسط وذلك باعتبار ما هي متصفة به من صفات كالعفة و النسب و الجمال، بما فيه من حسي و معنوي، أو ظاهري و باطني ، و الدين كمسلمة أو يهودية أو نصرانية .<sup>1</sup>

و هو مهر امرأة من قوم أبيها ، كأختها أو ممن تماثلها فيما يعتد به من صفات النساء من السن و الجمال و المال و نحو ذلك من الصفات و اذا لم توجد من تماثلها من أسرة أبيها بما ذكرنا من الأوصاف أعتبر مهر المثل بمهر امرأة تماثلها من أسرة كأسرة أبيها<sup>2</sup>

## الحالات التي يجب فيها مهر المثل:

الحالة الأولى : إذا لم يسم في العقد بأن صدرت الصيغة مجردة من ذكره أو نفيه كأن يقول لها : زوجيني نفسك، فتقول قبلت أو زوجتك نفسي دون أن تذكر مهرا. وفي هذه الحالة تسمى بالمرأة المفوضة، لأنها بسكوتها قد فوضت أمر تقدير المهر

1 محمد محدة ، مرجع سابق ، ص 278 .

2 بن الشويخ رشيد ، مرجع سابق ، ص 75 .

إلى زوجها، لذلك كان لها الحق في مطالبته بعد العقد بتقدير مهر لها، فإن فعل وتراضيا وجب ما تراضيا عليه، وإن لم يجبها إلى طلبها كان لها أن ترفع الأمر للقاضي بأمره بالفرض فإن لم يمتثل قضى لها بمهر المثل.<sup>1</sup>

**الحالة الثانية :** إذا اتفقا على نفي المهر بأن صدرت الصيغة بالنفي أو كان هناك اتفاق سابق على الزواج بغير مهر وعقد بناء على هذا الاتفاق ثم دخل بها. وإنما يوجب مهر المثل في هذه الحالة لأن المهر جعله الشارع حكما من أحكام العقد، فلا يملك العاقد نفيه، أو اشتراط نفيه لا يخرج عن كونه شرطا فاسدا لمنافاته لمقتضى العقد، والشروط الفاسدة لا يفسد بها عقد الزواج بل يصح العقد ويلغى الشرط وعلى قدر معين فإنه يكون المهر.<sup>2</sup>

**2-المهر المسمى :** وهو الذي اتفق عليه عند العقد أو قد يكون بعده براضي " الفرد كما أن عقد العقد بدون تسمية للمهر ثم اتفقا بعده على قدر معين فيه الواجب متي كانت تسميته صحيحة.<sup>3</sup>

### الحالات التي يجب فيها المهر المسمى

- أن يكون المسمى مالا متقوما في نظر الشارع أو ما هو في حكم المال من المنافع التي تقوم بالمال.
- أن يكون معلوما بأن سيكون خاليا من الجهالة الفاحشة.
- ان يكون عقد الزواج صحيحا فإن كان فاسدا لا يلتفت إلى المسمى بل يجب مهر المثل.<sup>4</sup>

### ثانيا : من حيث تعجيل المهر وتأجيله :

لما كان المهر حكما من أحكام العقد الصحيح فإنه يجب بتمام لعقد دينا في ذمة الزوج شريطة أن يكونا معلوما فلا يجب على الزوج أن يدفع بدفع لزوجته كل المهر أو أي

1 عبد الفتاح تقيّة، مرجع سابق، ص 123

2 عبد الفتاح تقيّة، مرجع نفسه، نفس الصفحة

3 عبد الفتاح تقيّة، مرجع نفسه، ص 124.

4 عبد الفتاح تقيّة، مرجع نفسه، ص 125.

مقدار منه وقت إنشاء العقد أو قبل زفافها أو قبل دخوله بها، بل يعمل بما اتفق عليه العاقدان كله، أو تأجيل، أو تعجيل بعض وتأجيل بعضه الآخر إلى أجل قريب ولقد ذهب المشرع الجزائري إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز التعجيل والتأجيل مع المحافظة على التسمية للصداق، والتعيين، حيث ورد في نص المادة 15 من ق.أ.ج :

" يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلاً أو مؤجلاً ". فالمشرع لم يشترط أي شرط في النوعين ولم يفرق بين تعجيل وتأجيل من حيث الآثار إلا أنه استلزم التعيين عند العقد.<sup>1</sup>

1 عبد الفتاح تقيّة، ، مرجع سابق ، ص 126.

## الفرع الثاني

## شروط و مقدار الصداق

أولاً : شروط الصداق :

يمكن ابراز شروط الصداق في النقاط التالية :

- 1- أن يكون المهور مبلغاً نقدياً أو شيئاً متقوماً : أي ذا قيمة مالية<sup>1</sup>
- 2- أن يكون مباحاً فان لم يكن مباحاً كان حراماً، و الحرام لا قيمة له في نظر الشرع، كما أن الحرام لا يمكن نقل ملكيته بالبيع أو الشراء بين المسلمين<sup>2</sup>
- 3- أن لا يكون مغسوباً: اذا كانت الشريعة الاسلامية ألزمت الزوج بدفع مبلغ مالي للزوجة كعلامة صدق في استمرار ما توعد به و هو الخطبة فمن غير المعقول أن يكون ما يدل الشخص به على صدقه و مقدمة الود و الاحترام مالا مغسوباً .<sup>3</sup>
- 4- أن يكون خالياً من الغرر و غير مجهول: فاذا ما أصاب الصداق غرر شديد كالعبد الآبق و البعير الشارد، أو جنين لازال في بطن أمه، أو ثمرة لم يبدو صلاحها، فان هذا الأشياء كلها لا تصلح صداقاً لتوافر الغرر فيها، و يأخذ حكم الغرر أيضاً إذا أجل الصداق لأجل غير محدد كموت الطرفين، ففي هذه الأحوال يفسخ النكاح قبل الدخول و يثبت بعده بصداق المثل .<sup>4</sup>

ثانياً : مقدار الصداق

لقد جاءت نصوص القرآن الكريم عامة ومجردة، فبالرغم من نص القرآن على الصداق فانه لا يحتوي على أية تحدد المقدار الواجب الدفع، وعلى غرار ذلك جاءت أقوال رسول الله، وأعماله وبذلك خلت السنة مع الكتاب من تحديد لمقدار الصداق، إلا أن الفقه

1 محمد محدة، مرجع سابق، ص 258 .

2 محمد محدة، المرجع نفسه، ص 263 .

3 محمد محدة، المرجع نفسه، ص 267 .

4 محمد محدة، المرجع نفسه، ص 268 .

الاسلامي حاول أن يضع له حدا أدني بمنع معه التعدي على حق الله في فرض صداق المرأة عند الزواج بها، بينما لم يوضع للصداق حد أقصى<sup>1</sup>.

و للفقهاء في مقدار المهر آراء، فمن الفقهاء من يذهب إلى عدم تحديده لا في مبدئه ولا في نهايته، وإنما موكل إلى تراضي الطرفين، ومنهم من يذهب إلى أن أقله معدو بمقدار لا يجوز بأقل منه وإن لم يكن محدد النهاية.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث

#### التنازع في الصداق

إن النزاع في الصداق لا يخل من أحد الأمور التالية، فإما أن يكون النزاع قائماً على أساس المقدار أو الجنس وإما أن يكون على النوع، وإما أن يكون النزاع على أساس الوقت تقدماً وتأخيراً، وإما أن يكون مضمونه هو القبض وعدمه، فإن حصل أي نزاع على واحد من تلك الأسس فلا بد من التفرقة بين ما إذا حصل ذلك النزاع قبل الدخول أو بعده.<sup>3</sup>

1 فضيل سعد، مرجع سابق، 85.

2 عبد الفتاح تقيّة، مرجع سابق، ص 128.

3 محمد محدة، مرجع سابق، 281.

### أولا : استحقاق الصداق كاملا

كون المهر تارة مسمى وتارة يكون مهر مثل، وأنه يجب وجوبا مؤكدا مستقرا غير عمل للسقوط كلا أو بعضا، إذا كان سبب وجوبه الدخول الحقيقي لا نفس العقد، ما في الزواج الفاسد، والوطء بشبهة، غير أن ذلك الوجوب بعد العقد ليس ثابتا على الدوام، بل يكون قابلا للسقوط كله أو بعضه، إذا لم يوجد، فإذا وجب المؤكد أصبح غير قابل للسقوط بأي حادث يعرض، حتى ولو كانت انت من جهة الزوجة، لأن البديل بعد تأكده لا يحتمل السقوط إلا بالإدلاء، أو الإبراء كالثمن إذا تأكد يبغض المبيع.

1- الدخول الحقيقي بالزوجة.

2 - الخلوة الصحيحة بين الزوجين وتسمى دخولا حكما.

3 - موت أحد الزوجين قبل الدخول وقبل الخلوة.<sup>1</sup>

### - سقوط نصف المهر

يسقط نصف المهر في الحالتين الآتيتين :

**الحالة الاولى :** إذا طلقت المرأة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة وكان المهر مسمى تسمية صحيحة في نفس العقد لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَرْصَفْ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ البقرة، الآية 236، فقد أوجب الله للزوجة المهر مفروضا أي مقدرا تقديرا صحيحا وحصل قبل الطلاق الدخول.

ثم إن وجوب نصف المهر فيه معنى التسريح بإحسان الذي أمر الله سبحانه في قوله تعالى : ﴿ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ الأحزاب، الآية 49 لأن الفرقة قبل الدخول يخرج المرأة فأوجب الله تعالى نصف المهر، ثم وجب النصف الآخر استجابا إذا لم يكن الطلاق بطاها.<sup>2</sup>

1 عبد الفتاح تقي، مرجع سابق ، ص 131.

2 عبد الفتاح تقي، مرجع سابق، ص 134.

أما القانون فقد نصت المادة 16 من ق.أ.ج على ما يلي : " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول " <sup>1</sup>.  
 مما يستشف من النص القانوني انها تستحق نصف المهر اذا توفرت الشروط التالية:

- قيام عقد زواج صحيح بينهما

- أن يكون الطلاق هو سبب الفراق

- أن يطلقها قبل أن يدخل بها لا دخولا حقيقيا ولا خلوة تقوم مقامه

- أن يكون الفراق بسبب الزوج لا بسبب الزوجة <sup>2</sup>

**الحالة الثانية : المتعة أو ثبوت نصف مهر المثل**

المتعة لم ينص عليها المشرع الجزائري ولكن الشريعة الاسلامية تعرفها وتعمل بها

كما كان القضاء الجزائري يطبقها قبل صدور قانون الأسرة (53) وسيبقى كذلك مادامت

الشريعة الإسلامية هي المصدر التفسيري الأول للقانون طبقا لنص المادة 222 من هذا

القانون وعليه فان المتعة حالة يثبت فيها للزوجة نصف صداق المثل متى توافرت الشروط <sup>3</sup>

**- سقوط المهر**

يسقط المهر كله عن الزوج بواحد من الأمور الآتية إذا حصلت الفرقة قبل الدخول

الحقيقي والحكمي وهي <sup>4</sup>

1- إذا حصلت الفرقة بين الزوجين بسبب من جهة الزوجة وكانت بمعصية منها، كردتها

عن الإسلام، أو إبانها الإسلام إذا أسلم زوجها، ولم تكن كتابية

2- إذا كانت الفرقة بسبب من ولي الزوجة، كما إذا فسخ الزواج لعدم كفاءة الزوج، أو

النقصان مهر مثلها بناء على طلب الولي، وإنما لا تستحق الزوجة شيئا من المهر، لأنها

فرقة تعتبر من جهة الزوجة، لأن وليها في حكمها.

1 فضيل سعد، مرجع سابق، 93.

2 فضيل سعد، المرجع نفسه، 94.

3 فضيل سعد، مرجع سابق، ص 98.

4 انظر: بدران ابو العينين بدران، احكام الزواج والطلاق في الاسلام، دار التالف، مصر الطبعة 2، 1961، ص160

3- إذا كانت الفرقة من جهة الزوج قبل الدخول والخلوة وكانت فسحا كما إذا اختار الجنون أو المعتوه عند الإفاقة أو الصغير عند البلوغ فسخ الزواج وفسخه القاضي بناء على طلبه فلا يجب على شيء من المهر لأن الفسخ نقض للعقد من أصله،

4- إذا وهبت الزوجة مهرها كله للزوج وهي أهل للتبرع، وقبل الزوج الهبة في المجلس<sup>1</sup>

**الأجل المضاف إلى الطلاق :** " وهو الأجل التلقائي الذي يتحدد وفقا للقواعد العامة التي تحكم آثار انحلال العقد ووجوب تصفية جميع الروابط بين الشخصين الفترتين ولذلك فمتى حصل الفراق بين الزوجين كان تاريخ الطلاق أجلا لدفع الزوج ما عليه من دين الصداق لزوجته، سواء كان الصداق مؤجلا كلياً أو جزئياً، وهو قائم ومنفصل عن التعويضات التي سيحكم بها القاضي للطرف المضروب سواء كان الرجل أو المرأة " .<sup>2</sup>

**الأجل المضاف إلى وفاة أحد الزوجين :** قد يموت احد الزوجين اذا ماتت الزوجة ، فان حقها في الصداق ينتقل الى ورثتها اذا تأخذه ، ويكون أجل الدين قد حل بسبب الوفاة، فيأخذون أسهمهم من تركتها التي تصبح مشكلة من أموالها التي في ذمتها ومن حقوقها في ذم الآخرين من بينها حق الصداق القائم في شكل دين في ذمة الزوج .

أما اذا توفي زوجها قبلها وقبل أن يدفع لها صداقها الناشئ، لها. من عقد زواج صحيح وتام طبقا للمادة التاسعة، فإنها ترث حقها في تركته وفقا لنص المادة 130 من ق.أ.ج التي تنص : ((يوجب النكاح التوارث بين الزوجين و لو لم يقع بناء)).<sup>3</sup>

و بذلك يكون المشرع الجزائري قد وافق اراء الفقهاء فيما يخص المهر و متى تأخذ الزوجة المهر كاملا او نصفه فقط.

3 عبد الفتاح تقيية، مرجع سابق، ص 135.

2 فضيل سعد، مرجع سابق، ص 90.

3 فضيل سعد، مرجع نفسه، ص 91.

## الفصل الثاني المرجعية الفقهية لأحكام اوصاف الزواج

### موانعه و اثاره

نتناول في هذا الفصل المرجعية الفقهية لأحكام انواع الزواج و اثاره وقسمنا هذا الفصل الى ثلاثة مباحث

- المبحث الاول: الزواج و شروطه
- المبحث الثاني: موانع الزواج و تعدد الزوجات
- المبحث الثالث: انواع الزواج و اثاره

## المبحث الأول

## الزواج وشروطه

الأسرة نواة المجتمع تبنى بالزواج الصحيح الذي اختاره الله لعباده و الزواج سنة من سنن الله في خلقه و له من الأركان و الشروط ما ينظمه فهو عقد ليس كباقي العقود.

## المطلب الأول

## مفهوم الزواج

## الفرع الأول

## تعريف الزواج

لفظ كلمة النكاح هي الكلمة المتداولة بين اللغويين و فقهاء الشريعة و لتعريف الزواج

نعرف النكاح لغة و اصطلاحاً

أولاً التعريف اللغوي :

النكاح لغة : النكح: نكحها و استنكحها (أن يستنكحها خالصة) الاحزاب، الآية 50؛ و تتناكحوا تكثروا. وفلانة ناكح في بني فلان ورجل نكحة ، ومن المجاز: انكحوا الحصى اخفاف الابل و استنكح النوم عيونهم<sup>1</sup>

ثم شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار التكوين الأسرة، فصار عند الإطلاق لا يراد منه إلا ذلك. وعلى العموم كلمة النكاح لغة أطلقت على العقد وعلى الوطء وعلى الضم حسياً أو معنوياً، كضم محسوس إلى

1 الزمخشري، اساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود، ج2، محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998.

محسوس او ضم قول إلى قول، والثابت أن العرب استعملوا هذا اللفظ في معني ثلاث

( الضم العقد، المخالطة الجنسية، التداخل ).<sup>1</sup>

### ثانيا : المعنى الاصطلاحي

**1- المعنى الفقهي : الزواج في الاصطلاح الشرعي :** عقد وضعه الشارع يفيد حل

استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع وعلى سبيل القصد.

والتقيد بالقصد لأن لا يشمل العقد الذي يفيد الحل ضمنا لكلمة اليمين الذي يثبت

بشراء أو هبة أو ميراث، فإنه يحل لمالك الجارية الاستمتاع بها .<sup>2</sup>

**تعريف الحنفية :** بانه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدة<sup>3</sup>

**تعريف المالكية :** بانه عقد لحل التمتع بأنثى غير محرم او مجوسية او امة كتابية

بصيغة<sup>4</sup>

**تعريف الشافعية:** عرفوه بانه عقد يتضمن اباحة وطء بلفظ انكاح او تزويج<sup>5</sup>

**تعريف الحنابلة :** هو عقد التزويج فعند اطلاق لفظه ينصرف اليه مالم يصرفه عنه

دليل .<sup>6</sup>

انه عقد بين رجل وامرأة يبيح لكل منهما الاتصال بالآخر اتصالا شرعيا وتكوين

اسرة وتعاون في الحياة وإنجاب الولد.

**2- تعريف الزواج قانونا :** عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة 04 من القانون

رقم 11 / 84، لكنه سرعان ما عدل فيه تعديلا جزئيا وهذا بإضافة تقييد عليه من

1 عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 36

2 عبد الفتاح تقية، مرجع نفسه، ص 37

3 بن الهمام، شرح فتح القدير، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ج3، ص2002، 176

4 الدردير، مرجع سابق، 374/1 .

5 الشرييني، مرجع سابق، 165/3 .

6 ابن قدامة، مرجع سابق، 339/9 .

خلال المادة نفسها من الأمر 02 / 05 فالمادة 04 من القانون رقم 11 / 84 السالفة نصت على أن «الزواج هو عقد يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب»، وأما المادة 04 من الأمر 02 / 05 فقد ورد فيها أن « الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب »<sup>1</sup>

وبذلك يكون المشرع قد عرفه على اساس ركن الرضا ثم ذكر الاهداف من الزواج.

### الفرع الثاني

#### حكم الزواج و الحكمة منه

##### أولاً: حكمه الشرعي وأدلته

" ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وبعض الشافعية ووافقهم الحنابلة على المشهور عندهم الى انه سنة مندوب اليه لأن القرآن أمر به و حض عليه الرسول ﷺ في أكثر من حديث وذهب بعض الشافعية الى انه مباح وذهب الظاهرية الى انه فرض عين ومنهم من قال انه فرض كفاية ويترجح ما ذهب اليه الجمهور من انه مستحب مندوب اليه شرعا في حالة الاعتدال<sup>2</sup>

اما موضوع الخلاف عندهم فهو في حال الاعتدال وهي صفة غالبية عند اكثر الناس وعليه تنوعت اقوال الفقهاء في اصل حكم الزواج واما ادلته الشرعية فهي من الكتاب والسنة والاجماع<sup>3</sup>.

1 سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 19 .

2 أنظر : محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص 46 .

3 سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 21 .

- الدليل من كتاب الله الكريم :

قال تعالى : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾ النساء، الآية 3.

قال تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾ النور، الآية 32.

- الدليل من السنة النبوية المطهرة :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإن له وجاء »<sup>1</sup>

ثانيا : الحكمة من الزواج :

لقد جعل الشارع الحكيم الزواج لغرض معين في المجتمع الإسلامي يهدف إلى تكوين أسرة متماسكة تكون بمثابة الشجرة المثمرة في المجتمع، ولذلك نجده قد أهتم بتنظيم هذه الرابطة وحرص على تماسكها، وأول حكمة نجدها.

- السكينة والطمأنينة في النفس لقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ الروم ، الآية 21 .

- الإبقاء على النوع البشري بالتناسل الناتج عن الزواج الشرعي، وتكوين سلالة بشرية نظيفة وطاهرة .

- تعاون كل من الزوجين على تربية النسل والمحافظة على حياته .

- تنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة على أساس المودة والمحبة، وتبادل الحقوق وأداء الواجبات والتعاون المثمر وتقاسم الأعباء والاحترام والتقدير المتبادل.<sup>2</sup>

1 رواه البخاري، الجامع الصحيح ، رقم 5066، دار البيان العربي ، الازهر ،القاهرة، مصر

2 سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 25

## الفرع الثالث

## الطبيعة الفقهية والقانونية لعقد الزواج

## أولاً : الطبيعة الفقهية :

" الزواج : أو النكاح كما يسمى في الشرع : عقد مدني لفظي أو خطي بين رجل وامرأة بالغين راشدين يحفظان به عليهما عفافهما وصلاهما ثم تنشأ منه أسرة " <sup>1</sup>.

ومن ثم ذهب بعض الكتاب المسلمين مذهباً توفيقياً وهو أنه : مدني ذو طبيعة خاصة لإحاطته بهالة قدسية تجعله مطبوعاً بطابع ديني . ولكن نقول الأصح أن عقد الزواج عقد شرعي كغيره من العقود الأخرى، وذلك لورود النصوص الشرعية الواصفة والمحددة له ولكيفية إجراءاته تحديداً دقيقاً، ولكن هذه الكيفية لا تعني أن الصبغة الدينية قد انحسرت عنه، بل هو ذو صبغة دينية خاصة تميزه عن غيره من العقود الشرعية بالرغم من رضائته وفورية تمامه لمجرد اكتمال أركانه أما القول بأن عقد الزواج هو عقد ديني فهذا مالم يقل به من يعرف كيفية انعقاد الزواج شرعاً " <sup>2</sup>.

لان الصبغة الدينية البحتة تكون في العبادات التي يكون الغرض منها هو التقرب من الله وشكر نعمه وهي غير معقولة المعنى لا يدرك العقل الكثير من اسرارها على عكس المعاملات التي يكون الغرض منها تحقيق مصلحة دنيوية او تنظيم علاقة بين فردين او جماعتين وهي معقولة المعنى يدرك العقل كثيرا من اسرارها والزواج من عقود المعاملات وبالتالي فهو لا يصبغ بالصبغة الدينية البحتة ولا ينسلخ من الشريعة مطلقاً،

اما انه عقد مدني فلانه يشترط فيه ما يشترط في كل عقد من الرضا الذي يدل عليه الايجاب والقبول وهو بذلك لا يزيد عن كونه عقداً من العقود المدنية الاخرى واما انه مطبوع بطابع ديني فلانه لا ينزل الى المستوى العادي لسائر العقود المدنية <sup>3</sup>

1 عمر فروخ، الأسرة في الشرع الاسلامي، المكتبة العصرية، ط1، 1951 م، ص 78 .

2 محمد محدة، مرجع سابق، 115

3مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، 31/1 .

## ثانيا: الطبيعة القانونية :

كما أن النصوص القانونية عندما جاءت لم تنزع عن هذا العقد الشرعية بل على العكس أبقته له وأكدها بنص المادة = 222 = إذ تقول : " كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " .

ومادام كذلك فإننا نقول بأن الشريعة لا تقبل بحال أن تسلب الشرعية عن زواج مسلميها ومعتنقيها.<sup>1</sup>

اما القول بان عقد الزواج هو عقد ديني فهذا مالم يقل به من يعرف كيفية انعقاد الزواج شرعا ، ذلك لعدم اشتراط الشارع أي اجراء ديني خاص او الاستمرار على بعض الطقوس الدينية او حضور رجل الدين ،ولأنه شرعا لا يوجد رجل دين -مما استلزم عدم القول به عندنا لبساطة اجراءاته وقلة مراسيمه وبعده عن التعقيدات و من ثم فإننا نبقىه على شرعيته ونضفي عليه الرسمية القانونية فيصير بذلك عقدا شرعيا موثقا او رسميا<sup>2</sup>

1 محمد محدة ،مرجع سابق ،ص113

2 محمد محدة ،مرجع نفسه ص115

## المطلب الثاني

## شروط الزواج وإثباته

## الفرع الأول

## الشروط الموضوعية

ونعني بالشروط الموضوعية تلك العناصر الأساسية التي حددها ق.أ.ج كمرتزمات الانعقاد، وهي ركن الرضا حسب المادة التاسعة، وشروط الصحة حسب المادة التاسعة مكرر.<sup>1</sup>

## أولاً: ركن التراضي.

الحديث عن التراضي أو الرضا يستلزم وجود الإرادة وليس هذا فحسب بل يستلزم بالإضافة إلى ذلك أن تكون هذه الإرادة معتبرة وخالية من أي عيب يؤثر في صحتها. ومعنى أن تكون الإرادة معتبرة أن تصدر من شخص ذي أهلية، أي يكون الشخص الذي يعبر عن إرادته أهلاً لهذا التعبير. أي يكون بالغاً راشداً يمكنه أن يبرم عقد الزواج بنفسه، بمعنى أن يكون قد أكمل سن 19 سنة بالنسبة للرجل و المرأة<sup>2</sup>.

## ثانياً: شروط صحة الزواج .

## 1- في الجانب الفقهي:

يقصد بشروط الصحة الشروط التي تتوقف عليها صلاحية العقد وصحته ان كانت هذه الشروط صحيحة او فساد العقد عند الحنفية و بطلانه عند الجمهور ان كانت غير صحيحة. اما الشروط الخاصة بعقد الزواج فهي الشروط التي تمثل اركاناً للزواج عند الجمهور و على الخصوص المالكية والشافعية خلافاً للحنفية وبعض الحنابلة ان الفقهاء متفقون على اشتراط الولي وعلى عدم اسقاط الصداق وعلى حضور الشهود عدا الحنفية في

<sup>1</sup> ابن الشويخ رشيد، مرجع سابق، ص 56.

<sup>2</sup> ابن الشويخ رشيد، مرجع نفسه، نفس الصفحة

عدم اشتراط الولي في الزواج بالنسبة للبالغة العاقلة اذا زوجت نفسها من كفاء وبمهر المثل<sup>1</sup>

## 2- في الجانب القانوني

نصت المادة 9 مكرر على ما يلي: يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية:

أهلية الزواج - الصداق - الولي - شاهدان - انعدام الموانع الشرعية".

"اما توفر شرط الاهلية فيعد من الشروط القانونية التي حدد من خلالها المشرع سنا معيناً تجعل الشخص اهلاً لإبرام عقد الزواج بخلاف ما هو مقرر في الفقه الاسلامي في عدم تحديد سن معينة للزواج"<sup>2</sup>

ويبدو ان المشرع الجزائري قد تأثر بالمذهب المالكي عندما ربط اللفظ بعرف الناس حيث جاء في المادة 2/10 من القانون رقم 11/84 «بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا». واعتقد انه كان على المشرع ان يأخذ برأي الشافعية و الحنابلة حتى يبرز تميز هذا العقد عن بقية العقود، و بالتالي تبرز اهميته و قداسته و خطورته<sup>3</sup>

## الفرع الثاني

### الشروط الشكلية

الشروط الشكلية هي تلك الشروط التي فرضها ق.أ.ج لإثبات الزواج لا لانعقاده فإنها وسيلة لإثبات الرابطة الزوجية وعليه فهذا العقد بحاجة الى اتباع اجراءات ادارية وتنظيمية لإثباته.

### اولا : اجراءات الزواج الادارية والتنظيمية

#### 1- الموظف المختص بإشهار عقد الزواج :

ينص القانون على ان الشخص المكلف بإبرام عقد الزواج هو اما ضابط الحالة المدنية واما الموثق وهذا ما قرره المادة 18 من الامر 02/05 مع مراعات 9 و 9 مكرر اما اذا انعقد الزواج خارج الجزائر أي في بلد اجنبي فان المواد 76 - 96 - 104 من قانون

1 أنظر : محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص 135-136 .

2 محفوظ بن الصغير، مرجع نفسه، ص 136 .

3 سليمان ولد خسال ، مرجع سابق ، ص 38

الحالة المدنية ينص على ان هذا العقد يحرره الموظفون الدبلوماسيون او القنصليون او السلطة المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية<sup>1</sup>.

## 2- الوثائق المطلوبة لإثبات عقد الزواج<sup>2</sup> :

- شهادة الميلاد الاصلية لكل الزوج و الزوجة
- شهادة الاقامة للزوج.
- شهادة الاعفاء من السن الذي نصت عليه المادة 07 من الامر 02/05.
- رخصة الزواج التي ينص عليها القانون العسكري
- تقديم نسخة من عقد الزواج السابق او نسخة من حكم الطلاق وهذا ما اشارت اليه المادة 75 من قانون الحالة المدنية<sup>3</sup>

## 3- بيانات عقد الزواج

لقد حدد ق.أ.ج لا سيما المعدل منه بعض البيانات او العناصر التي تتضمنها وثيقة عقد الزواج وترك البعض الاخر لقانون الحالة المدنية ولا سيما المادة 73.<sup>4</sup>

## الفرع الثالث

### اثبات عقد الزواج و تسجيله

و عليه فان خلاصة ما يمكن أن نقوله في مجال اثبات عقد الزواج و تسجيله هو أن ق.أ.ج قد حدد وسيلة واحدة و وحيدة لإثبات قيام عقد الزواج قانونيا بين أي رجل و أية امرأة و هذه الوسيلة الوحيدة التي لا يقبل غيرها هي النسخة المنقولة أو المستخرجة من وثيقة عقد الزواج المسجلة أو المدونة في سجلات الحالة المدنية.<sup>5</sup>

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق.أ.ج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 135.

2 سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 75-76.

3 الأمر رقم 20 / 70 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 معدل. و متمم

بالقانون رقم 08 / 14 المؤرخ في 9 اوت لسنة 2014 (ج-ر: 49 / 2014) وبالقانون رقم 03 / 17 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438 الموافق 10 يناير لسنة 2017 (ج-ر: 02 / 2017).

4 سليمان ولد خسال، مرجع نفسه، ص 76 - 77.

5 عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في ق.أ.ج، ط 2 مزيدة و منقحة، دار البعث، قسنطينة الجزائر، 1989 م،

اما الشخص الذي يبرم عقد زواجه بين يدي جهة أخرى وفق لقواعد الشريعة الاسلامية وتبعاً لإجراءات " الفاتحة " التي تعارف عليها الناس في بلادنا فليس من الممكن أن يثبت بسهولة عقد زواجه عندما تطلب منه إحدى الإدارات أو المصالح الوطنية المعنية إثبات عقد زواجه إذا أراد أن يحصل على فوائد يمنحه القانون إياها إلا بعد أن يستصدر حكم من المحكمة تبعاً للإجراءات المحددة في قانون الأحوال المدنية يثبت انعقاد زواجه في المكان وبالتاريخ الحقيقي المبرم وفقاً للقواعد المشار إليها في المادة التاسعة من ق.أ.ج الأحكام المحددة في الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>.

### ثانياً : اجراءات تسجيل عقد الزواج :

لا توجد حالات كثيرة نحتاج فيها إلى تطبيق أحكام قانون الحالة المدنية بشأن تسجيل عقد الزواج بل توجد هناك حالة واحدة هي الحالة التي لا يبرم فيها المتزوجون عقود زواجهم أمام الموثق أو أي موظف غيره مؤهل قانوناً لتحرير وتسجيل عقود الزواج، ويبرمونها أمام هيئة أخرى أو جماعة من المسلمين غير مؤهلة قانوناً لأن تبرم أو تسجل لديها عقود الزواج، مخالفين بذلك نص المادة 18 من ق.أ.ج ثم يحتاج فيها أحد الزوجين أو كلاهما لإثبات عقد زواجه الغير مسجل لهم من سبيل إلى ذلك إبلا بعد أن يكونوا قد قاموا في سجلات الحالة المدنية. وليس الاجراءات اللازمة التي ستمكنهم من تسجيل أو تقييد عقود زواجهم في سجلات الحالة المدنية واستخراج نسخ عنها بعد ذلك.<sup>2</sup>

1 عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 165

2 عبد العزيز سعد، مرجع نفسه، نفس الصفحة.

## المبحث الثاني

## موانع الزواج و تعدد الزوجات

الزواج رسالة انسانية قبل ان يكون وعاء لغرائز الانسان ولذلك و وضعت له موانع و حدود لا يمكن ان يتجاوزها المقبل عليه و الفطرة بحد ذاتها تجعل من هذه الموانع و الحدود واجبة قبل ان يقولها الدين او القانون

## المطلب الأول

## موانع الزواج

قال الله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمْ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴾ النساء، الآية 23

## الفرع الأول

## موانع الزواج المؤبدة

أولاً : مفهوم مصطلح المانع :

الموانع جمع مانع و المانع هو الحائل و يقصد به هنا الحائل الذي يمنع من تحقيق

ارادة شخصين من الزواج و الاقتران ذلك لان المرأة لا تحل لكل عاقل<sup>1</sup>.

1 عبد الفتاح تقيية، مرجع سابق، ص 43

ثانيا : الموانع الشرعية المؤبدة : هي الأسباب التي تؤدي إلى منع الزواج أصلا و الفسخ فورا اذا تم الزواج سواء دخل بها أو لم يدخل و خلو المرأة من الموانع الشرعية أي المرأة محل صالح للعقد عليه<sup>1</sup>

أ- المحرمات قرابة و نسبا :

- 1- الأمهات : المقصود بهن هنا من كانت لها رابطة ولادة مباشرة
- 2- البنات : المقصود بها أي البنت من كانت للشخص عليها ولادة
- 3- الأخوات : سواء اكنا شقيقات أو لأب أو لام .
- 4- بنات الأخ : و هن كل من كانت لأخيه عليهم ولادة .
- 5- بنات الأخت : مهما كان نوعهن .
- 6- العمات : سواء أكنا أخوات للأب شقيقات أو لأب فقط أو لأم فقط .
- 7- الخالات : و هن أخوات الأم أو الجدة مهما علت و سواء كانت الواحدة منهن شقيقة أو لأب أو لأم .<sup>2</sup>

ب- المحرمات بالمصاهرة : المحرمات بالمصاهرة هي .

- 1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.
- 2- فروعها ان حصل الدخول بها .
- 3- أرامل المطلقات أصول الزوج و ان علو .
- 4- أرامل أو مطلقات فروع الزوج و ان نزلو .

1 عبد الفتاح تقيية، مرجع سابق، ص 44

2 عبد الفتاح تقيية، مرجع نفسه، ص 45 .

ج- المحرمات بالرضاعة : الرضاعة في اللغة هو اسم لمص الثدي سواء أن كان الثدي لأدمية أو لبهيمية .<sup>1</sup>

أما شرعا : فهو وصول لبن أنثى أدمية إلى جوف الصغير أو حلقه و لم يرده سواء كانت المرأة حية أو ميتة، صغيرة أو كبيرة .  
و الرضاعة هنا أثره لا ينجر إلا على الراضع و فروعه فقط .

### 1- شروط الرضاع :

- أن تكون المرضعة امرأة
- أن يكون الرضاع في الحولين و قبل الفطام .
- أن يصل اللبن إلى الحلق أو الجوف .
- أن لا يخلط اللبن بغيره .
- أن يثبت الرضاع بإقرار أو بينة حتى يكون محرما و مانعا للزواج

### 2- الاصناف المحرمة رضاعاً :

- الأم بالرضاع : يحرم على الرضاع الزواج بأمه التي ارضعته .
- الفرع رضاعاً : ان كان ذكرا لا يجوز له الزواج بأمه و لا بجذاته و لا يجوز لهن الزواج به و لا بابنه و لا بابن ابنه، ان كان الفرع أنثى لا يجوز الزواج هما و لا لفروعه أو أصوله .<sup>2</sup>
- الأخت من الرضاع : هي من شاركت الرضاع في الأم .
- بنت الأخ : أي بنت من شارك الشخص في الارضاع .
- بنت الاخت : هي بنت من شاركتها أيضا .
- العممة من الرضاع : و هي اخت زوج المرضعة .
- الخالة رضاعاً : و هي أخت الزوجة المرضعة .

1 محمد محدة، مرجع سابق، ص 312

2 محمد محدة، مرجع نفسه، ص 317

## الفرع الثاني

## الموانع المؤقتة

ان المحرمات تحريماً مؤقتاً هن اللاتي يقبل سبب تحريمهن الزوال بنزول التحريم بزواله و يكون ذلك في أحوال منها:<sup>1</sup>

أولاً : زوجة الغير: يحرم على الشخص أن يتزوج زوجة غيره .

ثانياً : المعتدة من الغير : يحرم على الشخص أن يتزوج بمن لا تزال في عدة الغير .

ثالثاً : المطلقة ثلاثاً على مطلقها : فمن طلق زوجته طلاقة مكملة لثلاث لا يحل أن يتزوج بها و تحرم عليه تحريماً مؤقتاً إلى أن تتزوج بغيره بعد انقضاء عدتها منه ثم يموت عنها زوجها الثاني أو يطلقها بعد دخوله بها و تنقضي عدتها منه .<sup>2</sup>

رابعاً : الجمع بين ذوات الأرحام: الجمع بين المرأة و عمتها أو خالتها، اتفق علماء المذاهب الأربعة على تحريم زواج البنت على عمتها أو خالتها .

خامساً : الجمع بين الأختين: و حالة الأختين ثلاث حالات<sup>3</sup> :

أ- أن يتزوج الأختين بعقد واحد، اتفق الفقهاء على فساد نكاحهن .

ب- أن يتزوج كل واحدة بعقد مستقل، واحدة بعد الأخرى، إذا دخل بالأولى و

عقد على الثانية و لم يدخل بها فيفرق بينهما و لا شيء لها عليه، و إذا دخل

بهما بفرق بينهما و لها الأقل من المسمى، و اقل من مهر المثل.

ج- لا يدري أيتها الأولى يفرق بينهما و لا يجوز لها التحري

<sup>1</sup> عبد الفتاح تقيية، مرجع سابق، ص59

<sup>2</sup> عبد الفتاح تقيية، نفس المرجع 60

<sup>3</sup> عبد الفتاح تقيية، نفس المرجع، ص63

سادسا : المرأة الخامسة : لمن كان متزوجا بأربع سواها، فالرجل الذي هو متزوج بأربع زوجات ليس له أن يتزوج خامسة حتى يفرق عن احدها و تنتهي عدتها<sup>1</sup>.

### النصوص القانونية المتعلقة بموانع الزواج

نظم المشرع الجزائري موانع الزواج في باب خاص في 9 مواد قانونية من المادة 23 حتى المادة 31 منه جاءت كالتالي:

المادة 23: يجب ان يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة و المؤقتة .  
المادة 24: موانع النكاح المؤبدة هي:

\_ القرابة،

\_ المصاهرة،

\_ الرضاع،

المادة 25: المحرمات بالقرابة هي:

الامهات ،والبنات ،والاخوات، و العمات ،والخاللات، وبنات الاخ، وبنات الاخت.

المادة 26: المحرمات بالمصاهرة هي:

1\_ اصول الزوجة بمجرد العقد عليها ،

2\_ فروعها ان حصل الدخول بها،

3\_ ارامل او مطلقات اصول الزوج وان علوا،

<sup>1</sup> عبد الفتاح تقيّة، مرجع سابق، ص 64.

4\_ ارامل او مطلقات فروع الزوج وان نزلوا،

المادة 27: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

المادة 28: يعد الطفل الرضيع وحده دون اخوته او اخواته ولدا للرضعة وزوجها واخا لجميع

اولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعها.

المادة 29: لا يحرم الرضاع الا ما حصل قبل الفطام او في الحولين سواء كان لبن قليلا او

كثيرا .

المادة 30: (معدلة) يحرم من النساء مؤقتا:

\_ المحصنة ،

\_ المعتدة من طلاق او وفاة،

\_ المطلقة ثلاثا ،

كما يحرم مؤقتا:

\_ الجمع بين الاختين او بين امرأة وعمتها او خالتها سواء كانت شقيقة او لام او لاب او من

رضاع.

\_ زواج مسلمة مع غير مسلم .

المادة 31: (معدلة) يخضع زواج الجزائريين و الجزائريات بالأجانب من جنسين الى احكام

تنظيمية.

و يتضح من خلال النصوص القانونية انها اخذت بأحكام الشريعة الاسلامية و خاصة

اذا تعلق الامر بثوابت لا يمكن المس بها .

## المطلب الثاني

## تعدد الزوجات

بداية نقول بأن الإسلام ليس أول من شرع تعدد الزوجات، فقد كان موجودا في الأمم القديمة عند اليونانيين، والصينيين والهنود، والبابليين، وعند المصريين. وقد أباحتها الديانة اليهودية دون حد، وأنبياء التوراة قد أكثروا من النساء كداود، وسلميان. ولم يرد في كتب الديانة المسيحية نص صريح بتحريم تعدد الزوجات. وكان العرب قبل الإسلام يعملون بنظام تعدد الزوجات بدون وجود قيد.<sup>1</sup>

## الفرع الأول

## موقف الشريعة من تعدد الزوجات

ان الاسلام لم ينشئ نظام تعدد الزوجات و لم يدع إليه، و انما وجدته، فأبقاه، و زاد فنظمه و حدد عدد الزوجات بعدد لا يجوز أن يتجاوز الأربعة في أي حال من الأحوال ثم حذرنا من عدم القدرة على العدل، و من الخوف من عدم اقامة العدل بينهما لذلك فمن لم يستطع العدل أو خاف أن لا يعدل بين الزوجات كان ينبغي عليه أن يكتفي بواحدة فقط كما نستنتج ايضاً انه اذا كان الاسلام قد منح المسلم حال تزوج أربعة نساء حالما يكون قادرا على العدل و المساوات بينهما فان هذا الحق سوف لا يكون ممكنا استمرار ممارسته اذا لم يكن بإمكان الزوج اقامة العدل الحقيقي .<sup>2</sup>

قال الله تعالى في سورة النساء: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ النساء، الآية 3 .

1 بن الشويخ رشيد، مرجع سابق، 106 .

2 عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 143

و على ذلك فالآية دالة على منع الزيادة فوق اربع نسوة كحد اقصى و قد جاءت السنة النبوية موافقة لهذا النص فقد روي أن غيلان الثقفي أسلم و تحته عشر نسوة، تزوجهن في الجاهلية و أسلمن معه، فقال له الرسول ﷺ "امسك اربعا و فارق سواهن " و لم نجد في حياة الرسول ، و لا بعده الى يومنا هذا احدا قد جمع بين اكثر من اربع زوجاته في زواج صحيح<sup>1</sup>

و عندما أباح الله تعالى التعدد في الزواج، اشترط فقط العدل بين الزوجات لقوله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ النساء - 3 ثم يعود القرآن و ينفي هذه الاستطاعة في العدل لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾ النساء؛ الآية 4 و لا يوجد تعارض بين النصين، و لذلك فالعمل بكليهما أمر مطلوب، فالنص الأول يشير إلى العدل المادي بين الزوجات، أما الآية الثانية التي تنفي استطاعة العدل بين الزوجات فهو العدل القلبي<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني

#### موقف ق.أ.ج من تعدد الزوجات

نص ق.أ.ج على موضوع التعدد في المادة 8 المعدلة حيث جاء فيها ما يلي :

"يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الاسلامية متى وجد

المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل "

إن نظام تعدد الزوجات في بلادنا بالشكل المقرر في الشريعة الاسلامية ليس به ما

يعيبه و ان تدخل المشرع في تنظيمه بقواعد قانونية من أجل ضمان العدل له أمر جائز<sup>2</sup>.

1 ابن الشويخ رشيد، مرجع سابق، ص 106، ص107

2 عبد العزيز سعد ، مرجع سابق، ص 147-148ص .

اما الشروط الواجب توفرها فجاءت محصورة في القانون و بمقتضى التعديل الجديد قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة لكنه فرض جملة من الضوابط و الاجراءات لا يمكن ابرام الزواج الا من خلالها .

### ضوابط تعدد الزوجات :

- أ- وجود المبرر الشرعي
- ب- توفر شروط و نية العدل .
- ت- اخبار الزوجة السابقة و اللاحقة .
- ث- تقديم الشهادة الطبية التي تثبت الخلو من الأمراض التي قد تشكل خطرا على الحياة الزوجية .
- ج- تقديم ما يثبت موافقة الزوجتين على هذا الزواج .
- ح- تقديم طلب الترخيص المسبق بالزواج لرئيس المحكمة الكائن بمكان مسكن الزوجية .

لكن المشرع الجزائري ترك الموضوع مبهم وخاصة اذا تعلق الامر بالمادتين 8 و 22 من ق.أ.ج في حالة اثبات زواج عرفي بزوجة ثانية دخل بها دون علم الزوجة الاولى او حتى برفضها له فهو مطالب بإثبات الزواج بجميع طرق الاثبات وهذا ما جاء في القرار القضائي رقم: 0881943 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 16 جانفي 2014 حيث جاء فيها :

"استقر الاجتهاد القضائي لغرفة شؤون الاسرة و المواريث بالمحكمة العليا على

جواز اثبات القضاة الزواج الثاني ،حتى ولو كان عرفيا، بجميع طرق الاثبات"<sup>1</sup>

1مجلة المحكمة العليا الجزائر ، غرفة شؤون الاسرة و المواريث ، قرار رقم 0881943 ، (قضية ب ج ضد ص ف ) ، العدد 1 ، 2014 ، ص332

### المبحث الثالث

#### انواع الزواج و آثاره

اذا توفر عقد الزواج على اركانه و شروطه كان زواجا صحيحا و هو اغلب ما يحدث لكن ماذا اذا تخلف ركن الرضا او اختل شرط من شروط هذا العقد او اكثر؟

#### المطلب الأول

##### انواع الزواج من حيث الفساد والبطلان

من النظر إلى أقوال الفقهاء الأوائل وأصحاب المذاهب الأربعة يجد أنهم كانوا يقسمون النكاح إلى قسمين صحيح و فاسد، ولم يجعلوا النكاح الباطل من ضمن الأقسام الكبرى الأساسية بل هو في حقيقة أمره النكاح الفاسد بعينه، لهذا نجد عبارتهم قد تبدأ بالكلام عن نوع معين من الأنكحة الفاسدة وتنتهي بذكر البطلان وانعدام الآثار.<sup>1</sup>

#### الفرع الأول

##### الزواج الفاسد

#### أولاً : تعريفه

أ- فقها : لعل من التعاريف الفقهية التي تبدو اقرب الى التعاريف القانونية تلك التي جاء بها فقهاء الأحناف و هذا بقولهم " هو ما كان مشروطاً بأصله، لا بوصفه، أي ما نقص فيه شرط من شروط الصحة كالشهود مثلاً " <sup>2</sup>

1 محمد محدة، مرجع سابق، 336

2 سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 82

ب- قانونا : هو " العقد الذي توفر فيه الرضا و اختل فيه شرط من الشروط واشتمل على مانع من الموانع الشرعية ."

### ثانيا : أوصافه القانونية

نجد أوصاف العقد الفاسد استنتاجا من المواد القانونية كما يلي :

- كل زواج اختل فيه شرط من شروط صحته .
- كل زواج اشتمل على مانع من الموانع الشرعية بناءً على المادة 34 من ق، ا، ج
- كل زواج اشتمل على شرط يتنافى و طبيعة عقد الزواج .
- كل زواج وقع فيه تعدد للزوجات و لم يستصدر الزوج فيه ترخيصا من القاضي و كان ذلك قبل الدخول المادة 8 مكرر 1<sup>1</sup>

### ثالثا : آثاره

و من آثار الزواج الفاسد شرعا و قانونا :

#### في الفقه

- اذا تم قبل الدخول فانه يفسخ وجوبا ولا يترتب عنه أي أثر .
- اذا تم بعد الدخول فان بعض الآثار تترتب عليه مع وجوب التفريق بينهما

#### في القانون

- أما قانونا فإنه قرر بإمكانية تصحيحه و تثبيته المادة 33 من ق.أ.ج

1 محمد الشماع ، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج و الطلاق و الميراث ، دار القلم دمشق ، الدار الشامية بيروت ، ط1 ، 1965 ، ص 68.

## الفرع الثاني

## الزواج الباطل

أولا : تعريفه

أ- فقها :

اما الزواج الباطل فهو ما كان غير مشروع لا بأصله و لا بوصفه<sup>1</sup> ،

كزواج المسلمة بغير المسلم

ب- قانونا :

لم يعرف المشرع الجزائري الزواج الباطل، لكن باعتماد المادة 09 و 9 مكرر

و المادة 33 من الأمر 05-02 يمكن الوصول إلى ان الزواج الذي اختل

فيه ركن الرضا أو أكثر من شرط واحد من شروط الصحة فهو باطل.

ثانيا : أوصافه

يكون الزواج الباطل في الحالات التالية :

- اذا اختل فيه ركن الرضا .
- اذا اختل فيه أكثر من شرط واحد .
- زواج المسلمة بغير المسلم و هذا فقها و ليس قانونا<sup>2</sup> .

ثالثا : آثاره

أما عن آثاره فلم يتحدث عنها المشرع الجزائري عدا مادة واحدة تتعلق بالميراث هي

المادة 131 من القانون 11/84 التي تنص على انه اذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين

1 محمد الشماخ ، مرجع سابق ، ص 68.

2 سليمان خسال ، مرجع سابق، ص86

الزوجين، و لا دليل لمن ثال بثبوت النسب مراعاتاً للأطفال شرعاً، كما أن ردة أحد الزوجين تجعل من العقد عقداً فاسداً لأبد من فسخه فقهاً، اما قانوناً فقد ألغى المشرع الجزائري هذه المادة أي المادة 32 من القانون رقم 11/84 حيث لم تظهر في المادة 32 من الأمر 05 - 02 و على كل يمكن الرجوع إلى أحكامها من خلال المادة 222 من القانون رقم 11/84<sup>1</sup>

### - الفرق بين النكاح الباطل والفساد

وهناك من الفقهاء المتأخرين والكتاب من فرق بين البطلان والفساد بناءً على فقدان أحد الأركان أو الشروط، فما فقد ركناً عد باطلاً ومن ثم لا يرتب أي أثر، وكأنه يفقده لذلك الركن غير موجود أصلاً. أما إذا فقد والخلل على العقد في الشرط أو الوصف فإن مصيره الفساد<sup>2</sup>

أما المالكية فلم يتكلم فقهاؤهم لا قديماً و لا حديثاً عن تقسيم الزواج إلى فاسد وباطل وإنما تكلموا عن تقسيم الفساد في حد ذاته فقسّموا هذا الفساد إلى فساد في الصداق وفساد في العقد وفساد الصداق يكون نتيجة جهل أو غرر أو محرمة أو عدم تحديد للصداق وما إلى ذلك، وهذا الفساد يفسخ به النكاح قبل الدخول وجوباً متى علم ويكون ذلك بطلاق<sup>3</sup>.  
يختلف النكاح الباطل عن الفساد من حيث الجزاء الذي فرضه القانون لكل منهما، ففي الوقت الذي يتقرر البطلان للنكاح يكون العقد منعماً منذ النشأة، بينما النكاح الفاسد ينتهي بالفسخ وهذا ما أراده المشرع الجزائري في المواد 32، 33، 34 من هذا القانون :

1سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 82

2 محمد محدة، مرجع سابق، ص 336

3محمد محدة، مرجع نفسه، ص 339

- 1-النكاح الباطل هو الذي يتخلف فيه ركن من أركانه الأساسية المعبر عنها بشروط الانعقاد . وأما النكاح الفاسد فهو الذي تخلف فيه ركن من الأركان المذكورة في المادة 33 والتي حصرها المشرع في الولي والشاهدين والصدّاق أو أي شرط آخر له طبيعة تنافي طبيعة العقد، كما أشار إلى ذلك في المادة 32 من ق أ ج .<sup>1</sup>
- 2- أن النكاح الباطل يترتب حرمة الدخول بالزوجة نهائيا ويكون معصية يستوجب الجزاء الذي هو حد الزنا إلى جانب البطلان بخلاف العقد الفاسد، فهو شبهة، تمنع توقيع الحد على من دخل بزوجته وعلى الزوجة نفسها .
- 3-أن النكاح الباطل لا يترتب الا احكاما عرضية بوصفه واقعة مادية تستوجب التنظيم في نظر الاسلام والشريعة الاسلامية بخلاف العقد الفاسد أو النكاح الفاسد الذي يقوم غير مستوفي الشروط النكاح الشرعي<sup>2</sup>
- الشبهة ترفع وصف الزنا في العقد الفاسد أما العقد الباطل فإن الفقهاء اتفقوا على أن الدخول به يعتبر زنا<sup>3</sup>

### مصير الشرط في عقد الزواج

نص المشرع الجزائري على الحالة التي يصاحب فيها العقد شرط من الشروط التي تتنافى مع عقد الزواج وأغراضه الشرعية في المادة 34 من ق.أ.ج بقوله : اذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا، ومن أمثلة ذلك أن تشترط عليه

1فضيل سعد، مرجع سابق، 164

2فضيل سعد، مرجع نفسه، 165

3فضيل سعد، مرجع نفسه، 167

أن تكون العصمة بيد أبيها أو أنه لا يخالطها جنسيا الا مرة في الشهر . فيكون العقد صحيحا والشرط هذا باطلا لمنافاته لعقد الزواج<sup>1</sup>

و مما سبق ذكره يتضح ان المشرع الجزائري لم يعتمد مرجعية فقهية واضحة للترقية بين الزواج الباطل و الفاسد و خير دليل على ذلك في اثار زواج المسلمة بغير المسلم .

## المطلب الثاني

### أثار الزواج

هي مجموعة الأثار التي تنتج بمجرد عقد الزواج من واجبات و حقوق سواء بين الزوجين او بين الاباء و الابناء او حتى محارم كل منهما و كذا ما يترتب من نفقة و نسب.

### الفرع الأول

#### الحقوق الزوجية

إن من أهم الواجبات المشتركة هو إحسان كل منهما للآخر وذلك بتمكينه فعل ما يقتضيه الطبع الإنساني ويحترمه الزواج الشرعي الإسلامي

كما أن من أهداف الزواج المحافظة على الروابط الزوجية من التفكك للدافع الغريزي من أثر حيث يقصر الزوجة على زوجها والزوج على زوجاته، وعدم القول بهذا الواجب يؤدي إلى ارتكاب جريمة الزنا الذي تحرمه الشريعة تحريما باتا، وترفضه النفس السليمة لما فيه من أذى واختلاط أنساب.

ومن هذا جاء نص المادة 1/ 36 مشيرا إلى وجوب ما يثبت الروابط الزوجية ويحافظ عليها

<sup>1</sup>فضيل سعد، مرجع نفسه، 168

كما أن من بين الواجبات المشتركة التعاون على مصلحة الأسرة، فلا تبدد أموالها - أي الأسرة - عبثاً أو تترك أعراضها مهبة للظنون والشكوك بل عليهما أن يعملوا على جلب الخير ودفح الشر بجميع معانيه، وأن يتمثلاً أمام الأبناء على صورة وسلوك، نصد محاكاتهم وغرس الأخلاق الحميدة فيهم، كما عليهم أيضاً السهر على تربيتهم ورعايتهم، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 36 .<sup>1</sup>

- حسن المعاشرة فكل من الزوجين مطالب بإحسان العشرة على معنى يسعى كل منهما إلى ما يرضي الآخر من حسن المخاطبة واحترام الرأي والتسامح والتعاون على الخير ودفح الأذى، والبعد عما يجلب الشقاق والنزاع لقوله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ النساء، الآية 11 ، وكذا قوله سبحانه عز وجل : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ﴾ البقرة، الآية 228.

-حرمة المصاهرة فيحرم على الزوج التزوج بأصول زوجته وفروعها، كما يحرم عليها التزوج بأصوله وفروعه، قد سبق ذكر ذلك بالتفصيل في مواعن الزواج.

### حقوق الزوجة على زوجها

تعرض ق.أ.ج قبل التعديل إلى حقوق الزوجة على زوجها عليها في المادتين 37 و 38 .وهي ( النفقة، العدل في حالة التعدد، حق زيارة أهلها واستضافتهم، حرية التصرف في مالها). وهذه الحقوق مستمدة أساساً من أحكام الشرع الإسلامي.

1- النفقة : سبب استحقاق النفقة هو الزواج الصحيح و سيأتي تفسير ذلك في فرع

مستقل

2- العدل في حالة التعدد : اذا تزوج الزوج بأكثر من زوجة فيجب عليه العدل في

المأكل و الملبس و المسكن .

3- عدم الاضرار بالزوجة : لا يجوز للزوج أن يؤدي زوجته سواء بالفعل أو بالقول أو

نحو ذلك مما يخدش شعورها و يؤدي كرامتها<sup>2</sup>

1 عبد الفتاح تقيّة، مرجع سابق، ص 158

2 ابن الشويخ رشيد، مرجع سابق، ، ص 144

4- حق التصرف في مالها : من المعلوم أن الذمة المالية للزوج و الزوجة مستقلتان في الشريعة الاسلامية

5- زيارة أهلها من المحارم و استضافتهم بالمعروف .<sup>1</sup>

### حقوق الزوج

إن ق.أ.ج على الرغم من أنه قد نص صراحة على واجبات كل واحد من الزوج والزوجة في المواد 36-37-39 منه. ونص على حقوق الزوجة في المادة 38 فإنه لم تخصص نصا معيناً للحديث عن حقوق الزوج. ولكن لما كانت المادة 222 منه تنص على أن «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية» فإن رجوعنا إلى الشريعة وخاصة نصوص القرآن الكريم يساعدنا بسهولة على معرفة حقوق الزوج، وهي:<sup>2</sup>

1- **القرار في البيت**: عقد الزواج رابطة تتضمن تعهد كل من الزوجين بالقيام بمطالب الزوجية.

2- **حق الطاعة والقوامة**: بمجرد إبرام عقد الزواج ودعوة الزوج الزوجة إلى بيت الزوجية فعلى الزوجة أن تطيع زوجها في الأمور التي أباحها الله تعالى، فإذا كان الأمر يتعلق بمعصية فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، ويكفي الزوجة شرفاً ومكانة أن الإسلام اعتبر طاعة الزوجة زوجها جهاداً في سبيل الله.<sup>3</sup>

3- **حق تأديب الزوجة**: التأديب إجراء لمحاولة علاج العصيان أو التمرد و هو في نفس الوقت عقاب على خطأ يرتكبه الإنسان عن وعي.<sup>4</sup>

لكن المشرع الجزائري بالغاه المادة 39 الامر 05-02 يكون قد تراجع عن حق طاعة الزوج و بذلك يكون مرة اخرى لم يلتزم مرجعية فقهية لأحكام الشريعة الاسلامية و خاصة اذا تعلق الامر برئاسة البيت و ما ينجر عليه من تدمير للأسرة

1 عبد العزيز سعد ، مرجع سابق، ص 200 .

2 عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 203 .

3 ابن الشويخ رشيد، مرجع سابق، ص 162 .

4 عبد العزيز سعد ، مرجع سابق، ص 204 .

المسلمة و الملاحظ كذلك في هذا الامر انه رضخ للضغوط من جهات تسعى الى فرض ارادتها على مجتمع مسلم .

## الفرع الثاني

### النفقة

- تعريفها لغة واصطلاحا

- النفقة لغة: وطعامه نفقا ونفاقا، كلاهما: نقص وقل، وقيل فني وذهب. وأنفقوا: نفقت أموالهم.

وأنفق الرجل إذا افتقر، ومنه قوله تعالى: إذا لأمسكم خشية الإنفاق، أي خشية الفناء والنفاد. وأنفق المال: صرفه.

وفي التنزيل:

وإذا قيل لهم أنفقوا مما رزقكم الله، أي أنفقوا في سبيل الله وأطعموا وتصدقوا. واستنفقه: أذهب. والنفقة: ما أنفق، والجمع نفاق. حكى اللحياني: نفدت نفاق القوم ونفقاتهم، بالكسر، إذا نفدت وفنيت<sup>1</sup>

النفقة اصطلاحا:

- تعريفها شرعا: أما في اصطلاح الفقهاء، فهي اخراج مؤنة من تجب عليه نفقته من خبز، و ادم ، و كسوة ، و مسكن ،و ما يتبع ذلك من ثمن م ، و دهن ، و مصباح .و نحو ذلك، مما يأتي اما حكمها التي توصف به ، فهو الواجب ، فتقول نفقة واجبة على الزوج، او الاب ،او السيد<sup>2</sup>

- تعريف النفقة قانونا:

لم يأت المشرع الجزائري بتعريف للنفقة ، ولكنه أورد الأصناف الذين تجب لهم النفقة من خلال نصوص المواد:74، 75، 76، 77 من القانون -11/84

1 ابن منظور ، مرجع سابق ، ج10،ص 358 .

2 عبد الرحمن الجزيري ،الفقه على المذاهب الاربعة، دار الكتب العلمية،2003، ط2، ص485

لكن في المادة 78 منه ذكر على ما تشمل النفقة ((تشمل النفقة على الغذاء و الكسوة و العلاج ، و السكن او اجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ))

### - آثار الامتناع عن النفقة :

إذا امتنع الزوج عن النفقة يترتب عن ذلك ما يلي:

#### الأثر الأول:

حق الزوجة في رفع دعوى النفقة اعتمادا على القضاء العادي حسب المادة 74 من القانون 11 / 84، أو على حكم استعجالي كما نصت بذلك المادة 57 مكرر من الأمر 02/05

#### الأثر الثاني:

حق الزوجة في طلب التطلاق اعتمادا على الفقرة 1 من المادة 53 من الأمر 02/05، التي تنص على (( يجوز للزوجة ان تطلب التطلاق للحالات التالية :

عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون.....))

#### الأثر الثالث:

العقوبة الجنائية للزوج: وهذا ما نصت عليه المادة 331 من قانون العقوبات والتي تنص على : ((يعاقب بالحبس من (6) اشهر الى (3) سنوات و بغرامة من 50.000 دج الى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ، و لمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة اسرته ، و عن اداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه سواء الى زوجه او اصوله او فروعها ، و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة اليهم .....))<sup>1</sup>

1 قانون العقوبات الجزائري أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج عدد 49 صادر في 11 يونيو سنة 1966،

و بهذه الاثار السابقة الذكر يكون المشرع قد شدد على الزوج في ضرورة التزامه بالنفقة و هذا مراعاة لمصلحة من تجب فيهم سواء كانت الزوجة او اصول الزوج او فروعهم.

### الفرع الثالث

#### النسب

#### أولا : تعريف النسب

النسب هو الحاق الولد بأبيه قانونا ودينا واعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد، فالنسب اذن هو احدى أهم قواعد تشريع الأحوال الشخصية لأهمية دوره في ضمان انسجام التشريع مع آثاره، وقبل أن يتصف هذا الاحاق بأية صفة أخرى فهو احقاق للحق وأبطال للباطل لأنه اثبات لواقعه اللقاه الجنسي بين أنثى وذكر كان سببا في هذا النتاج من جهة ولأنه رفع للظلم الذي يتعرض له طفل بريء بجهل نسبه ولم يفعل ما يجلب له ظلم الظالمين<sup>1</sup>

#### 1 - أقل مدة الحمل :

لكي يثبت نسب الولد من رجل معين بذاته لا بد أن تكون أمه - أي أم الولد - قد وضعت له ستة أشهر على الأقل، كما قال جمهور الفقهاء وذلك من وقت الدخول أو إمكانية الوطء<sup>2</sup> وقول الفقهاء هذا مستمد من القرآن الكريم من قوله تعالى : ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۚ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۚ وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ الأحقاف ، الآية 15 .

وقوله تعالى أيضا : ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾

لقمان ، الآية 14 .

ذلك أن الآية الأولى حددت لنا الحمل والفصال معا بثلاثين شهرا والآية الثانية حددت لنا الفصال وحده بعامين وبخصمنا مدة الفصال من الثلاثين شهرا تبقى ستة أشهر وهي أقل مدة الحمل.

1 فضيل سعد، مرجع سابق، ص 210 .

2 محمد محدة، مرجع سابق، ص 420 .

وقد زكى هذا التفسير ترجمان القرآن الصحابي الجليل عبد الله بن عباس رضي الله عنه، فقد روي أن رجلاً تزوج امرأة ثم جاءت بولد لسته أشهر من تاريخ زواجها فهم عثمان رضي الله عنه بتنفيذ عقوبة الزنا عليها، فرده ابن عباس، وقال له : إنها لو خاصمتكم، بكتاب الله لخاصمتكم، قال الله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ الأحقاف، الآية 14 فلم يبق للحمل إلا ستة أشهر فمنع عثمان رضي الله عنه الحد وأثبت نسب الولد من زوجها واشتهر هذا بين الصحابة رضوان الله عليهم فلم ينكره أحد منهم.<sup>1</sup>

كما أن الطب الحديث يؤكد إمكانية الوضع خلال هذه المدة أو بعدها بمدة قصيرة أو طويلة وقد نص ق.أ.ج في المادة 42 على هذا المعنى بأن اعتبر اقل مدة الحمل هي ستة أشهر.

غير أنه لم يبين متى يبدأ حساب هذه المدة من تاريخ العقد أم من تاريخ الدخول لاحتمال وجود فارق زمني بينهما. ونرى اعتماد تاريخ الدخول لأن العبرة تلاقي الزوجين والإنجاب لا يكون إلا من هذا الطريق إلا إذا تم بواسطة التلقيح الاصطناعي، وهو أسلوب حديث.<sup>2</sup>

و اعتماد تاريخ الدخول اوجب بحكم الاخذ بالحد الادنى للحمل فالعقد قد يسبق الدخول بمدة و لو كانت قصيرة .

## 2 - أقصى مدة الحمل :

اما مسالة اقصى مدة للحمل فقد اختلف فيها الفقهاء فمنهم من قال سنتين و منهم من قال اكثر من ذلك:

فالحنفية مثلا ذهبوا إلى أن أقصى مدة للحمل هي سنتان مستنديين في ذلك بما أخرجه الدار قطني والبيهقي في سننهما من طريق ابن المبارك حيث يقول حدثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريح عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضي الله عنها قالت ما تزيد المرأة في الحمل عن سنتين قدر ما يتحول به ظل المغزل وفي لفظ قالت لا يكون الحمل أكثر من سنتين الحديث.<sup>3</sup>

1 محمد محدة، مرجع سابق، ص 420

2 محمد محدة، مرجع نفسه، ص 421

3 محمد محدة، مرجع نفسه، ص 422

اما الإمام مالك فلقد ذهب إلى أن أقصى مدة الحمل هي ثلاث سنوات استناد إلى ما رواه الواقدي من قوله : " سمعت مالك بن أنس يقول : قد كان الحمل ثلاث سنين وقد حمل ببعض الناس ثلاث سنين بعني نفسه، لأنه كما يقال في كتاب المناقب والسير أن أمه حملت به ثلاث سنين " <sup>1</sup>

وقيل في رأي آخر أربع، ووافقهم في هذا الشافعية وغيرهم مستندين في ذلك على حدوث بعض الوقائع

وهناك رأي ثالث للمالكية أن مدة الحمل خمس سنين، وقال بهذا الليث بن سعد وعباد بن العوام وقال مالك بلغني عن امرأة حملت سبع سنين أما ق.أ.ج، فأخذ بمدة أقل وهي عشرة أشهر. ولا ندري هل اعتمد على رأي فقهي معين أم استند إلى الخبرة الطبية، لأنه قد تحدث متاعب صحية للمرأة فنتأخر ولادتها بعض الشيء إلى ما بعد 10 أشهر . <sup>2</sup>

قال إمام المذهب إمام أهل السنة و الجماعة ، أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى : نساء بني عجلان يحملن أربع سنين و امرأة عجلان حملت ثلاث بطون ، كل دفعة أربع سنين <sup>3</sup>

### في قانون الاسرة الجزائري

اما بالنسبة للجانب القانوني فنصت المادة 42 من قانون الاسرة الجزائري على: ((اقل مدة الحمل ستة اشهر و اقصاها (10) عشر اشهر))

ان اعتماد المشرع الجزائري اقل مدة للحمل ستة اشهر هو التزام لما جاءت به احكام الشريعة الاسلامية و وافق بذلك كل المذاهب الفقهية ، لكنه خالف ذلك في كل الآراء الفقهية في اقصى مدة التي حددها بعشرة اشهر .

1 محمد محدة، مرجع سابق،، ص 424 .

2 محمد محدة، مرجع نفسه، ص 425 .

3 بن قدامة ، مرجع سابق ، ج 11،ص 233

طرق إثبات النسب

طريق الزواج الصحيح:

فالنسب لا يكون إلا إذا كان الزواج صحيحا ويتحقق فيه البناء، ولقد نصت المادة 40 الفقرة 1 من الأمر 02/05 على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح.<sup>1</sup>

مما يلحق بطريق الزواج الصحيح في إثبات النسب ما يقوم به البعض كاللجوء إلى التلقيح الاصطناعي عندما يتعذر عليهم الإنجاب، ولقد أجازته المشرع الجزائري في التعديل الجديد في الأمر 02/05 من المادة 45 مكرر على أن جواز التلقيح الاصطناعي يخضع للشروط

أ- أن يكون الزواج شرعيا

ب- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

ج- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.

ويبدو أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما حاول الاستفادة من التطورات العلمية الطبية خصوصا وأن هذه الاستفادة تنبئ عن مدى تفتح الجزائر عن العالم الخارجي، وعن حرصه في تحقيق رغبة شريحة معتبرة من الشعب الجزائري، ممن ترغب في إنجاب الأولاد.<sup>2</sup>

طريق الزواج الفاسد

ويلاحظ أن المشرع الجزائري بدل أن يصرح بالزواج الفاسد، أحال على حالاته من خلال المواد: 32 و 33 و 34 من هذا القانون، رغم أن هذا الزواج أكثر وقوعا من نكاح الشبهة الذي ذكره صراحة؟! و بالرجوع كذلك الى نص المادة 32 من الامر 02/05 يلاحظ ان المشرع الجزائري استعمل مصطلح " يبطل " و كان عليه تصويبه بمصطلح " يفسد " وإلا كيف يثبت نسبه بزواج باطل<sup>3</sup>

1 سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 103 .

2 سليمان ولد خسال، مرجع نفسه، ص 105 .

3 سليمان ولد خسال، مرجع نفسه، ص 106.

## طريق نكاح الشبهة

رغم ان نكاح الشبهة وهو الزواج الذي يقع بطريق الخطأ نادر الحدوث و خاصة في هذا الوقت الى ان المشرع الجزائري ، صرح ونص على أن النسب يثبت به وهذا من خلال المادة 40 من الأمر 02/05 .

## ثبوت النسب بالبينة :

وقد نص عليه المشرع الجزائري ايضا في المادة 40 من الأمر 02/05 والمقصود بالبينة هنا كل حجة أو دليل يؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرها من وسائل الإثبات القانونية والشرعية مما ورد النص عليها في قانون الإجراءات أو لم يرد مثل شهادة ويؤكد الفقه أنه إذا كان الاختلاف بينهن في المولود فيكتفي بشهادة امرأة واحدة قولاً واحداً<sup>1</sup> .

نظرا للتطور العلمي الرهيب الذي نعيشه فالمشرع الجزائري سمح بالاستفادة منه في اثبات النسب الا ان نفي النسب ربطه باللعان فقط وهذا ما وافق به أحكام الشريعة الإسلامية .

1 مصطفى السباعي ، شرح قانون الاحوال الشخصية، مرجع سابق ، ص 267 .

# الخاتمة

## الخاتمة

من خلال تناول موضوع المرجعية الفقهية لأحكام الزواج في ق.أ.ج يتضح جليا بأن هذا القانون مصدره الشريعة الإسلامية وهو ما يميزه عن باقي القوانين الأخرى و المادة 222 منه تبين ذلك، رغم عدم تقييدها بمذهب فقهي واحد وهذا ما خالفت به بعض القوانين الأخرى في الأحوال الشخصية في أكثر البلاد العربية التي تحدد مرجعيتها وفق المذهب السائد في البلد فنجد في المغرب المادة 400 من مدونة الأسرة تعتمد المذهب المالكي وفي قانون الأحوال الشخصية المصري تذهب الى ابعد من ذلك حيث تحيل إلى الراجح من المذهب الحنفي ...

و بالرجوع الى بعض الاحكام نجد ان المشرع الجزائري لم يتقيد بالمذهب المالكي رغم انه يعتبر الشرعية الدينية في الجزائر بل ذهب في بعض الأحكام بما يخالف المذهب كالولاية و طاعة الزوج .

و في بعض الأحكام الأخرى نجد المشرع قد خالف الشريعة في الثابت منها و بآراء جميع فقهاء الامة و خاصة فيما يتعلق بآثار زواج المسلمة من غير المسلم. اما مسألة تكوين قضاة في شؤون الاسرة تكوينا قانونيا دون تمكينهم من الجانب الفقهي تطرح جملة من الاسئلة ، لان هذه المساحة تبدو اوسع من قدرات أي قاضي و ذلك لعدم تمكن القضاة من الجانب الفقهي و هذا ما ينتج عنه عيوب كثيرة في الاحكام والقرارات القضائية .

ثم بعض التعديلات التي تمس جوهر قانون الاسرة و التراجع عن قضايا متفق عليها ليس له أي مبرر و هذا:

"ما يثير الغرابة لدى الباحث في قانون الاسرة الجزائري المعدل هو جملة النصوص القانونية الملغاة بالأمر 02/05 و التي تتعلق في مجملها بقضايا متفق عليها عند الفقهاء او عند جمهورهم على الاقل، و مع ذلك يعمد المشرع الى الغاء النصوص ، التي تعالج احكامها ليقعنا في مازق الفراغ من جديد"<sup>1</sup>

1 أحمد غرابي ، مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 191 .

و مما يعيب قانون الاسرة الاختصارات الشديدة في نصوصه حيث يترك فراغات يصعب من عمل القاضي.

ثم ان الزواج مرتبط بعقيدة الاشخاص و اعرفهم فيجب ان يكون بعيدا عن التجاذبات السياسية و الآراء الفكرية الشاذة ، فلا يخفى عن دارس لقانون الاسرة الجزائري رضوخ المشرع في بعض الاحكام الى الاتفاقيات الدولية (( اتفاقية سيداو )) و هذا ما يطرح اشكالية اخرى ما مدى اعتماد احكام الشريعة الاسلامية في التعديلات القادمة لقانون الاسرة الجزائري ؟

### التوصيات

ومن خلال ما تم التطرق إليه نوصى بالتالي :

- إعادة النظر في المواد الملغاة بالأمر 02/05 كالمادة 39 المتعلقة بطاعة الزوج وارضاع الاولاد.
- اضافة مواد قانونية لوضع الأحكام لكل المسائل ممكنة الحدوث اثناء مقدمات الزواج او بعده .
- عدم الاختصار في المواد مما يترك فراغات تصعب من مهمة القاضي مما يجعل من الاحكام و القرارات القضائية قاصرة.
- تخصيص قضاة في شؤون الأسرة وتكوينهم تكويناً شرعياً متخصصاً فلا يمكن لقاضي له أيديولوجية معينة أن يحكم في مسائل تتعلق بالشريعة الإسلامية .
- عدم اخضاع التعديلات في ق.أ.ج إلى المعاهدات والاتفاقيات الدولية فهي احكام مرتبطة بعقيدة الاشخاص و لا يجوز المماس بها .
- تجنب البحث عن رخص من آراء فقهية شاذة مسايرة لبعض التيارات الفكرية لأن الشاذ يحفظ و لا يقاس عليه.



# قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

أولا : القرآن الكريم برواية ورش

ثانيا : كتب الحديث

- 1) صحيح البخاري ، الجامع الصحيح ، ، دار البيان العربي الازهر ، القاهرة، مصر
- 2) صحيح مسلم ، حققه عصام الاصباطي و آخرون ، ط1 ، دار ابن حيان للطباعة و النشر و التوزيع ، 1995 .

3) الامام احمد، (مسند عائشة ) ، المسند، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1995

ثالثا : كتب اللغة

- 1) ابن منظور لسان العرب: ، اعداد يوسف خياط، دار لسان العرب، بيروت-لبنان
- 2) الزمخشري : أساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود ، ج2، محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 1998.
- 3) ابراهيم مصطفى و آخرون المعجم الوسيط ، ، دار الدعوة ، اسطنبول، تركيا .
- 4) الفيومي: أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، 1990م.

ج-الكتب الفقهية

2003

- 1) ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار قدمه محمد بكري اسماعيل ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1994م .
- 2) ابن عرفة ، كتاب الحدود ، دار الغرب الاسلامي، بيروت ، لبنان ، ط1، 1993.
- 3) ابن قدامة ، المغني على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبدالله بن أحمد الخرقى ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان .
- 4) أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج ، دار الفكر العربي ، ( د ط ، د ت ) .
- 5) بدران ابو العينين بدران ، احكام الزواج و الطلاق في الاسلام ، دار التأليف ، مصر ، ط 2 ، 1961

6) بن الهمام ، شرح فتح القدير، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية،

بيروت، لبنان، 2002

- (7) البهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع ، دار الفكر ، بيروت - لبنان .
- (8) الحطاب : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ضبطه زكريا عميرات ، ط3 ، دار الفكر 1992 م .
- (9) الخرشبي، على مختصر سيدي خليل ، دار صادر ، بيروت، لبنان .
- (10) الدردير ، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك ،الدكتور مصطفى كمال واصف ، دار المعارف ، مصر 1392 هـ .
- (11) الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا بن شرف النووي ، دار المعرفة، بيروت ، لبنان ، ط1، 1997
- (12) عبد الرحمن الجزيري ،الفقه على المذاهب الاربعة، دار الكتب العلمية، ط2،
- (13) عبد الوهاب خلاف ،احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ،دار القلم، صفاة، الكويت، ط 2،1990.
- (14) عمر فروخ ، الأسرة في الشرع الاسلامي ، المكتبة العصرية ، ط1 ، 1951
- (15) محمد وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي و أدلته ، دار الفكر ، دمشق ، ط1 ، ج7، 1984 م.
- (16) مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام دراسة مقارنة ، ط4 ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، 1993.

#### د-الكتب القانونية

- (1) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح ق.أ.ج ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2002 .
- (2) بن الشويخ رشيد ، شرح ق.أ.ج المعدل ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1 ، 2008 ،
- (3) جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون ، دار الحامد للنشر ، عمان ، الأردن .
- (4) جميل فخري محمد جانم ، مقدمات عقد الزواج ، دار الحامد ، عمان ، الأردن ، ط1 ، 2009 م
- (5) سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح ق.أ.ج ، دار طليطلة ، ط1 ، 2010.

- 6) عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في ق.أ.ج ، ط 2 مزيدة و منقحة ، دار البعث ، قسنطينة الجزائر ، 1989 م ، .
- 7) عبد الفتاح تقية ، مباحث في ق.أ.ج من خلال مبادئ و أحكام الفقه الاسلامي ، د. ط ، دار ثالة ، 1999-2000 م
- 8) فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، د ط، ج1،
- 9) المجلة العربية للفقه و القضاء: الأمانة العامة ، القاهرة ، مصر .
- 10) محفوظ بن الصغير ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و ق.أ.ج المعدل بالأمر 02-05 ، دار الوعي ، الجزائر ، 2012
- 11) محمد محدة ، سلسلة فقه الأسرة ، الخطبة و الزواج ، ج 1 ، ط2 ، 1994
- 12) محمد الشماع ، المفيد من الأبحاث في احكام الزواج و الطلاق و الميراث ، دار القلم دمشق ، الدار الشامية بيروت ، ط1 ، 1965 .
- 13) مصطفى السباعي ، المرأة بين الفقه و القانون ، دار ابن حزم ، بيروت ، 2010 م .
- 14) مصطفى السباعي ، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط7، ج 1 ، 1997،
- 15) مجلة المحكمة العليا ، غرفة شؤون الاسرة و المواريث، الجزائر ، العدد الاول، 2014

#### هـ - المقالات

- 1) احمد غرابي ، المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الاسرة الجزائري و موقع مذهب الامام مالك منها ، مجلة الحقوق و العلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور ، الجلفة، العدد 23 ، 2015 ، ص122
- 2) احمد غرابي، مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الاسرة الجزائري ، المجلة العربية للأبحاث في العلوم الانسانية و الاجتماعية، جامعة زيان عاشور ، الجلفة، العدد22، مارس 2016 .

و- القوانين

- 1) الأمر رقم 20 / 70 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 معدل. و متمم بالقانون رقم 08 / 14 المؤرخ في اوت لسنة 2014 (ج-ر: 49 / 2014 )
- 2) الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني السنة الثالثة رقم 146 ، 28 مارس 2005.
- 3) الجريدة الرسمية ،المملكة المغربية ، عدد 5184، بتاريخ 5 فيفري 2004 القانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الاسرة المغربية.
- 4) قانون 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 :المتضمن قانون الاسرة ، المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 رمضان 1426هـ الموافق ل 27 فبراير 2005م الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية العدد 15
- وبالقانون رقم 03 / 17 المؤرخ في 10 يناير لسنة 2017 (ج-ر: 02 / 2017 ).
- 5) قانون العقوبات الجزائري أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج عدد 49 صادر في 11 يونيو سنة 1966،

فهرس

الموضوعات

أ	مقدمة
7	الفصل الأول في المرجعية الفقهية لأحكام الخطبة و الولاية و الصداق
7	المبحث الأول مفهوم الخطبة حكم العدول والآثار المترتبة عنه
7	المطلب الأول مفهوم الخطبة
7	الفرع الأول تعريف الخطبة
10	الفرع الثاني أنواع الخطبة
11	الفرع الثالث شروط الخطبة
13	المطلب الثاني العدول عن الخطبة حكمه و آثاره
13	الفرع الأول تعريف العدول
13	الفرع الثاني حكم العدول عن الخطبة
15	الفرع الثالث آثار العدول عن الخطبة
20	المبحث الثاني الولي
20	المطلب الأول مفهوم الولاية
20	الفرع الأول تعريف الولاية
21	الفرع الثاني أنواع الولاية
25	الفرع الثالث الشروط الواجبة في الولي
26	الحكمة من اشتراط الولي ومنع تحكم الولي في الزواج
26	الفرع الأول الحكمة من اشتراط الولي
27	الفرع الثاني منع تحكم الولي في الزواج
28	الفرع الثالث ترتيب الأقارب حسب الأولوية حصولهم على الولاية
29	المبحث الثالث الصداق
29	المطلب الأول تعريف الصداق وأدلته وحكمه
29	الفرع الأول تعريف الصداق
30	الفرع الثاني أدلة الشرعية للصداق
31	الفرع الثالث حكم الصداق

32	المطلب الثاني أنواع الصداق و شروطه والتنازع فيه
32	الفرع الأول أنواع الصداق
35	الفرع الثاني شروط الصداق
36	الفرع الثالث التنازع في الصداق
<b>41</b>	<b>الفصل الثاني المرجعية الفقهية لأحكام أوصاف الزواج موانعه و اثاره</b>
	<b>المبحث الأول الزواج شروطه و طرق اثباته</b>
41	المطلب الأول مفهوم الزواج
41	الفرع الأول تعريف الزواج
43	الفرع الثاني حكم الزواج والحكمة منها
45	الفرع الثالث الطبيعة القانونية و الفقهية لعقد الزواج
47	المطلب الثاني شروط الزواج وإثباته
47	الفرع الأول الشروط الموضوعية
48	الفرع الثاني الشروط الشكلية
49	الفرع الثالث إثبات عقد الزواج و تسجيله
51	المبحث الثاني موانع الزواج وتعدد الزوجات
51	المطلب الأول موانع الزواج
51	الفرع الأول موانع الزواج المؤبدة
54	الفرع الثاني الموانع المؤقتة
57	المطلب الثاني تعدد الزوجات
57	الفرع الأول موقف الشريعة من تعدد الزوجات
58	الفرع الثاني موقف ق.أ.ج من تعدد الزوجات
60	المبحث الثالث أنواع الزواج وإثارة
60	المطلب الأول أنواع الزواج من حيث والفساد البطلان
60	الفرع الأول الزواج الفاسد
62	الفرع الثاني الزواج الباطل

65	المطلب الثاني أثار الزواج
65	الفرع الأول حقوق الزوجين
68	الفرع الثاني النفقة
70	الفرع الثالث النسب
75	الخاتمة
78	قائمة المصادر و المراجع
83	فهرس الموضوعات

## ملخص

تعالج هذه المذكرة موضوع المرجعية الفقهية لأحكام الزواج في قانون الاسرة الجزائري حيث تم طرح الآراء الفقهية و ما يقابلها من نصوص قانونية نظمها المشرع و دراسة مدى التزام المشرع بهذه الآراء.

وتوصل البحث الى ان المشرع الجزائري لم يلتزم مرجعية فقهية واضحة مرتكزة على مذهب واحد رغم انه استمد احكامه على العموم من الشريعة الاسلامية باستثناء حالات شاذة خالف فيها الثابت منها.

و حتى لما احال الى احكام الشريعة الاسلامية في المادة 222 في حالة عدم وجود نص فلم يحدد المذهب الفقهي المتبع بل ترك المجال مفتوح لجميع الآراء الفقهية.

## Résumé

Ce mémorandum traite du sujet de la référence jurisprudentielle aux dispositions du mariage dans le droit Algérien de la famille, où les avis jurisprudentiels et les textes juridiques correspondants organisés par le législateur ont été présentés et l'étendue de l'engagement du législateur à ces avis a été étudiée.

La recherche a conclu que le législateur algérien n'a pas adhéré à une référence jurisprudentielle claire basée sur une doctrine, bien qu'il tirait généralement ses décisions de la loi islamique, sauf dans des cas exceptionnels où il était en désaccord avec celles établies.

Et même lorsqu'il s'est référé aux dispositions de la loi islamique à l'article 222, en l'absence de texte, il n'a pas précisé la doctrine de jurisprudence suivie, mais a laissé le champ libre à toutes les avis jurisprudentielles.