

مركز الفقه المالكي في الاجتهاد القضائي الأسري الجزائري
(باب الزواج نموذجاً)

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

إشراف الأستاذ

أ.د. بوجمعة حمد

إعداد الطالبتين:

نية مبخوتة ربحانة

العيشي حنان

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ.د. حمادي عبد الفتاح	محمد بوضياف-المسيلة	رئيساً
أ.د. بوجمعة حمد	محمد بوضياف-المسيلة	مشرفاً ومقرراً
د. مجيدي العربي	محمد بوضياف-المسيلة	عضواً مناقشاً

السنة الجامعية : 2024 - 2025



الكلية الإنسانية والاجتماعية
FACULTY OF HUMANITIES
AND SOCIAL SCIENCES

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and
Student Issues

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
تلبية الحاجة للدراسات والمشتغل المرتبطة بالطلبة

وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع:

مركز الفقه المالكي في الاجتهاد القضائي

للشريعة الجبرائلي - باب الزواج خوضا

إعداد الطلبة:

- 1- نية حبزوقد ريانة رقم التسجيل: 0513.3.1.071144
- 2- العيشي حنان رقم التسجيل: 0520.3.1.071143

القسم: العلوم الإسلامية - الشريعة

التخصص: شريعة وقانون

إشراف: أبو جعفر محمد

الرتبة: أستاذ دكتور

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طويلة الموسم الجامعي: 2024 / 2025 وأسمح بإيداعه على مستوى إدارة القسم للمناقشة والتقييم.

رئيس فريق الاختصاص:

موافقة وإمضاء الأستاذ المشرف:

موا فف



Web site:
Face book:
Tel / Fax:

http://virtuelcampus.univ-msila.dz/facshs/
https://www.facebook.com/FshsUnivMsila/
+ 213 35 35 3044

شعار الجامعة
البريد الإلكتروني
مكتب



Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and
Student Issues

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نهاية المعادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: 2024/

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإجازة بحث

انا الممضي (ة) ادناه :

السيد(ة): ذبية ميخوتة رجانه

الصفة(طالب, استاذ باحث, باحث دائم): طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: ٢٠٣٦٤١٣٦٨

المصادرة بتاريخ: ١٥-٣١-٢٠١٨ عن دائرة: بوسعادة

المسجل(ة) بكلية: العلوم الإنسانية, الإبتدائية العلوم الاسلامية

تخصص: الشريعة والقانون تحت رقم التسجيل: ١٩٨٩٣١٥٦٤٤٤

والمكلف بإجازة اعمال بحث (منكرة التخرج ليسانس, منكرة ماستر, منكرة ماجستير, اطروحة دكتوراه)

عنوانها: مركز الفقه المالكي في الاقتصاد القضائي

للأسرى الجبرائلي - باب المزاج نحو دجا -

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في
انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في:

امضاء الممضي (ة):

٨١٩

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 2016-07-28 المحدد للقواعد المتعلقة بالوفاية من السرقات العلمية ومكافئتها.



Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Dean's Office of the College for Studies and
Student Affairs

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
تجهة لدراسة الدراسات والمسابقات المرتبطة بالكلية
الرقم: 2024/

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي (ة) أدناه :

السيد(ة): العيشي حنا

الصفة (طالب، استاذ باحث، باحث دائم): طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 11 002102200900008

الصادرة بتاريخ: 19-12-2023 عن دائرة: بوسعادة

المسجل(ة) بكلية: العلوم الأساسية قسم: العلوم الإنسانية

تخصص: الدراسات والبحوث تحت رقم التسجيل: 20235071432

والمكلف بإنجاز أعمال بحث (منكرة للخروج لبحث، منكرة لمشت، منكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)

عنوانها: مركز البحث في الدراسات الإنسانية والاجتماعية

المختار: باب الزواج في تونس

أصرح بشرفي بالتزامي بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في
إنجاز البحث المذكور أعلاه

المسيلة في:

امضاء الممضي (ة):

العيشي حنا

المراجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 2016-07-28 المتخذ للتقاع المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافئتها.



شكر و عرفان

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ويفضله تتحقق المقاصد والغايات والصلاة والسلام على خير من
في البريات سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

قال النبي ﷺ : " من لا يشكر الناس لا يشكر الله " رواه الترمذي

انطلاقاً من هذا المعنى السامي نتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى قسم العلوم الإسلامية بجامعة محمد
بوضياف المسبلة ، منبر العلم ومنارة الفكر، لما قدموه من دعم علمي وتوفير بيئة أكاديمية محفزة طيلة
فترة الدراسة حيث كانت مقررات القسم وأعضاء هيئة التدريس مصدر إثراء علمي كبير ، ساهموا في
صقل مهارتنا البحثية ، كما نخص بالشكر والتقدير مشرفنا الأستاذ الدكتور بوجمعة حمد على توجيهاته
السديدة ونصائحه القيمة ، وتحفيزه المستمر الذي كان له الدور الأبرز في إنجاز هذا البحث الأكاديمي
بنجاح حيث كان دعمه العلمي والمعنوي الدافع الأساسي لاستمرارنا وتقديم أفضل ما لدينا، كما نتقدم
بخالص الشكر والاحترام إلى رئيس قسم العلوم الإسلامية وأحد أعمدتها الدكتور بشير عثمان على
تفانيه في قيادة القسم بروح مسؤولة جعلت من هذا القسم منبراً للتميز وسراجاً للعلم الشرعي وحافزاً
للبحث والاجتهاد ، وكما لا ننسى بتوجيه خالص شكرنا للدكاترة سديد بلخير ومجيدي العربي والعمارة
عبد الرزاق دكتور كلية الحقوق لما أبدوه لنا من توجيه علمي رصين ودعم أكاديمي مثمر مما أنتج أثراً في
إثراء هذا البحث، كما نتقدم بخالص الشكر والامتنان إلى كافة أساتذة قسم العلوم الإسلامية الذين
أرفدونا طوال خمس سنوات من الدراسة بالعلم والمعرفة ورافقونا في مسيرتنا بصبرهم وتفانيهم وكان
لتوجيهاتهم الحكيمة وملاحظاتهم البناء ودعمهم المستمر الأساس المتين الذي بنينا عليه هذه البحوث
نسأل الله أن يوفقهم لما فيهم من خير لخدمة العلم والطلاب وأن يجعل هذا العمل تنويجاً لجهودهم
المباركة، كما لا ننسى ولا يفوتنا أن نعبر عن تقديرنا العميق لكل طاقم موظفي قسم العلوم الإسلامية
على إخلاصهم وصبرهم في أداء مهامهم وجهودهم التي تبقى خلف الكواليس مما ساهمت في نجاح هاته
الأسرة التعليمية التربوية

نسأل الله أن يوفقهم ويسدد خطاهم ويجزيهم خير الجزاء على ما بذلوه من عطاء وإخلاص.

هَدَاة

إلى روح والدي الطاهرة، الذي وإن غاب بجسده، بقيت سيرته العطرة مصدر إلهام وفخر لي
وإلى والدي العزيزة نبع الحنان وملاذ القلب وضياء الروح، كانت الحصن الذي احتواني في لحظات
ضعفي و سندي في الحياة، بدعائها وصبرها وحبها الذي لا يُضاهى.

شكرا لحبك النقي ولصبرك اللامحدود ولدعائك الذي رافق خطواتي في هذه الرحلة العلمية
إلى شياخي ومعلمي الفاضل، الشيخ ناجم أحمد، الذي قوم اعوجاج لساني بكلام الله و رباني على مائدة
القرآن فكان قدوة في العلم والأدب.

إلى أخي فتحي، الداعم الأول بعد والدي، والظل الذي احتميت به في لحظات الضعف.

إلى أخواني الحبيبات، صفية، امباركة، وشيماء، رفيقات الرحلة ومصدر الدعم والتشجيع .

إلى أولاد وبنات أخواني الأعزاء، أيوب وفاروق وربوكة وسوزان وإيلاف وسبأ، الذين أضأوا أيامي رغم
المشاغبات، فكانوا حافزًا للصبر والاستمرار.

إلى رفيقة دربي في البحث، ربحانة، التي شاركتني لحظات التحديات والإنجاز والنجاحات ودامت لي سندًا
،عرفانا لجهودك القيمة .

إلى زميلاتي العزيزات، أشواق وسلمى وخيرة ونادية وماري،خولة اللواتي شاركني رحلة التعلم أشكركن
على الرفقة الطيبة والمساندة.

إلى روح صديقتي الغالية حنان، التي وإن رحلت، ستظل حاضرة في قلبي وذاكرتي.

إلى كل من دعمني وساندني من الأهل، الأصدقاء، الزملاء والجيران، إلى من سقطت أسماؤهم سهوا من
قلمي ولكنهم في قلبي حاضرين ، لكم جميعًا شكري وامتناني.

أسأل الله أن يتقبل هذا العمل بقبول حسن، ويجعله خالصًا لوجهه الكريم، وينفع به، ويجعل النجاح
حليفنا في كل مسعى

العيشي حنان

هَدَايَا

إلى أولئك الواقفين على ثغور العزة، إلى المرابطين في فلسطين الذين يكتبون بدمائهم دروس الكرامة والصبر، إليكم أهدي هذا الجهد، عربون وفاء وإكبار، ودعاء بالنصر والتمكين.

إلى من كان أول من علّمني الصبر، وغرس فيّ حب العلم ومكارم الأخلاق، رحمك الله يا أبي، وجعل هذا العمل صدقة جارية في ميزانك. ولأمي، نبع الحنان الذي لا يجفّ، كل حرف في هذا العمل يحمل من عطائكما شيئاً لا يوصف.

إلى أختي صفية نبض قلبي وسري الذي لا يُقال .

إلى إخوتي وأخواتي الشافعي وزوجته هاجر و العصفورة نوران .

إلى أختي خديجة و زوجها يوسف و أولادهما محمد الفاتح، لخصر، حيدر و عبد الباري .

إلى أختي إيمان وزوجها عيسى و أولادهما رائد صلاح و معاذ .

إلى صديقي الصدوق أختي فاطمة الزهراء و زوجها البختي و فراشاتي جوري و ندى .

إلى أبطالي علي حيدر و الصادق الأمين، رفاق العمر، ومصدر البهجة في كل لحظة، أهديكم هذا الإنجاز المتواضع، بحبّ لا ينقص.

إلى أساتذتي الأفاضل، من غرسوا فيّ حب المعرفة، ورافقوني بعلمهم ونصحهم وتوجيههم، لكم جزيل الشكر وعظيم الامتنان، و أخص بالذكر أستاذي المشرف القدير حمد بوجمعة الذي تابعتنا بصبره و حلمه و علمه.

وإلى صحبة الإيمان و مؤنساتي هدى سهير و دنيا من كنّ البلمس في تعب الأيام، والدعم في أوقات الضعف .

إلى صديقتي ورفيقتي في هذا البحث، من تقاسمت معي الجهد والسهر والقلق حنان .

إلى كل من كان له في قلبي أثر، لكم جميعاً أرفع ثمرة هذا الجهد، دعاءً وامتناناً وحباً لا يزول.

نية مخونة بحانة

مختصرات البحث

د ط: دون طبعة

د ت : دون تاريخ نشر

ت: تاريخ الوفاة

ج: جزء

هـ: السنة الهجرية

ط: طبعة

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري

ص: صفحة

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، القائل في محكم تنزيله: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [سورة الجاثية: 18] والصلاة والسلام على سيدنا محمد الأمين، المبعوث رحمة للعالمين، القائل: "من يُرد الله به خيراً يُفقهه في الدين"، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، ورضي الله عن العلماء العاملين المخلصين الذين حملوا أمانة العلم وأدّوها بحقها أما بعد:

إنَّ القاعدة الشهيرة: "لا اجتهاد مع وجود النص" تُعد من المبادئ الأساسية في الشريعة الإسلامية والأنظمة القانونية الحديثة، حيث يُلزم القاضي بتطبيق النصوص القانونية النافذة عند وجودها دون تجاوزها أو إهمالها. غير أن واقع العمل القضائي يكشف عن محدودية النصوص القانونية مقارنة بتعدد الوقائع والنوازل التي تطرأ على المجتمع، ما يضع القاضي أمام مستجدات لا تحسمها النصوص صراحة. ومهما اجتهد المشرع في تقنين مختلف الأحكام، تبقى بعض المسائل خارجة عن دائرة التفصيل التشريعي، كما هو الشأن بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 الذي بالرغم من التعديلات التي طرأت عليه، لم يُغطِّ كافة الاحتمالات الواقعية التي قد تُعرض على القضاء.

في هذا السياق، يبرز الاجتهاد القضائي بوصفه آلية حيوية لسد الفراغات التشريعية ومعالجة الثغرات التي تشوب نصوص قانون الأسرة، سواء من جهة الغموض أو النقص. وقد جاء في نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ما يؤكد هذا الاتجاه بوضوح، حيث تنص على "أن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". كما أن المشروع التمهيدي لقانون الأسرة لسنة 1981 قد رسّخ هذا التوجه، حين اعتبر الشريعة الإسلامية "تُعد المصدر الأصلي والأول لأحكامه، مما منح القاضي سلطة اللجوء إلى أحكام الفقه الإسلامي عند الاقتضاء، وفي هذا

الإطار يجد نفسه أمام تراث فقهي ثري يتضمن اجتهادات فقهية عديدة من بينها المذاهب الأربعة وغيرها من المدارس الفقهية.

من هنا برزت الحاجة إلى تسليط الضوء على أحد أبرز هذه المذاهب، وهو الفقه المالكي، الذي يُعد المرجع السائد في الجزائر تاريخًا وممارسة، والوقوف عند مدى حضوره في اجتهادات القضاء الأسري، ولا سيما في مسائل الزواج. وقد جاء هذا البحث ليعالج هذه المسألة تحديدًا، باعتماد نموذج الزواج كمدخل تطبيقي لدراسة مركز الفقه المالكي ضمن منظومة الاجتهاد القضائي الجزائري، انطلاقًا من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا.

ومن هذا المنطلق سيكون موضوع بحثنا في هذه المرحلة من الدراسة بعنوان مركز الفقه المالكي في الاجتهاد القضائي الأسري الجزائري - باب الزواج نموذجًا - .

أهمية الموضوع:

- تكمن أهمية الموضوع في اعتبار الزواج من أقدس الروابط الاجتماعية بين الزوجين ' حيث حظي هذا الأخير بعناية خاصة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري لما يترتب عليه من آثار شرعية وقانونية تمس بكيان الفرد والمجتمع.
- كما تتجلى أهمية دراسة هذا الموضوع كونه يسلط الضوء على مدى حضور الفقه المالكي باعتباره المرجعية الفقهية السائدة في الجزائر ' داخل الاجتهاد القضائي لاسيما في مسائل الأسرة التي تمثل مجالا حساسا يمس باستقرار الأسرة والمجتمع.
- كما يكتسي هذا الطرح أهمية بالغة من حيث سعيه إلى إبراز مدى التزام المشرع الجزائري واعتماده على أحكام الشريعة الإسلامية عموما وبالفقه المالكي على وجه الخصوص في إصدار أحكامه.

أسباب اختيار الموضوع:

جاء اختيارنا لهذا الموضوع مدفوعاً بعدة اعتبارات؛ منها ما هو شخصي (ذاتي)، ومنها ما تملّيه مقتضيات البحث العلمي (موضوعي).

أسباب ذاتية:

يتصل هذا البحث بميول أكاديمية يتمثل في الشغف بمجال الفقه المالكي، والرغبة في التعمق في هذا الموروث الغني. كما يتماشى مع مسعانا لفهم كيفية تفاعل القضاء مع نصوص الشريعة في سياق قانوني معاصر. ونحن، كطالبات في تخصص الشريعة والقانون، نطمح من خلال هذا البحث إلى تطوير كفاءتنا في التحليل والمقارنة بين الفقه والتشريع، والتمكن من أدوات الفهم القضائي التي تؤهلنا مستقبلاً للاندماج في مجالات القضاء أو المحاماة.

أسباب موضوعية:

أما من الناحية العلمية، فإن طبيعة الموضوع تفرض ذاتها في ظل تزايد القضايا الأسرية التي تتطلب اجتهاداً دقيقاً، وتستدعي الرجوع إلى أصول الفقه الإسلامي لإيجاد حلول تراعي الخصوصيات الثقافية والدينية للمجتمع الجزائري. كما أن القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا غالباً ما تتضمن إشارات صريحة أو ضمنية إلى اختيارات المذهب المالكي، مما يجعل من تتبع هذه القرارات وتحليلها مجالاً خصباً للبحث. وبذلك، يسعى هذا العمل إلى رصد مدى استلهام القضاء الجزائري للأحكام المالكية، ومدى انضباطه لأصول المذهب عند إصدار أحكامه في قضايا الزواج.

أهداف الموضوع:

تهدف هذه الدراسة إلى مايلي:

- التعريف بالمذهب المالكي من خلال توضيح مفهومه اللغوي والاصطلاحي ، بالإضافة إل

تتبع مراحل تطوره ورصد العوامل المساهمة في انتشاره وصولاً إلى دخوله واستقراره في الجزائر كمذهب معتمد في الحياة الدينية والفقهية .

• تسليط الضوء على مرجعية المذهب المالكي في الفتوى والقضاء، وبيان دوره في صياغة

الأحكام الفقهية السائدة داخل المجتمع الجزائري .

• التطرق لبيان مفهوم الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري وتحديد موقعه ضمن مصادر

القانون، إضافة لاستعراض تطور التنظيم القضائي وبيان مدى انعكاسه على التعامل مع قضايا الأسرة، خصوصاً في ظل اعتماد القضاة على آلية الاجتهاد عند غموض النصوص أو سكوتها.

• تحديد دوافع الاجتهاد القضائي واثاره في قضايا الأسرة ، من خلا الكشف عن الظروف التي

تستوجب الاجتهاد ومدى تأثيره على استقرار الأحكام القضائية.

• انتقلنا إلى الجانب التطبيقي من خلال تحليل عينة من القرارات القضائية الصادرة عن

المحكمة العليا في مسائل الزواج ومقارنتها بأحكام المذهب المالكي ، بهدف الوقوف على مدى مرجعية الاجتهاد القضائي لأحكام الفقه المالكي في هذا الباب.

إشكالية موضوع البحث:

انطلاقاً من كل ما سبق يمكن طرح الإشكالية التي يتمحور خلالها موضوع دراستنا وهي:

- ما مدى التزام القضاء الجزائري بالمرجعية الفقهية المالكية في إصداره للأحكام القضائية المتعلقة بالزواج؟

إشكاليات فرعية :

- ما هي حدود التوفيق بين النصوص القانونية الوضعية وأحكام الفقه الإسلامي في الاجتهاد القضائي الأسري الجزائري؟

- كيف تعامل الاجتهاد القضائي الجزائري مع تطور الواقع الاجتماعي في مسائل إثبات الزواج والشروط في عقده؟

- كيف تعامل القضاء مع غياب التنصيص على بعض الحقوق كالمسكن المستقل، وهل وفق في ذلك؟

المنهج المعتمد للبحث:

قد اعتمدنا في هذا البحث على مناهج علمية متعددة منها:

- 1- المنهج الاستقرائي : الذي استخدمناه في تتبع النصوص القانونية وقرارات المحكمة العليا.
- 2- المنهج الوصفي : وذلك من خلال ذكر التعريفات لبعض المصطلحات الفقهية والقانونية وإسناد الأحكام إلى أصحابها.
- 3- المنهج التحليلي : الذي مكننا من مناقشة وتحليل النصوص القانونية التي تخص باب الزواج.
- 4- المنهج المقارن : الذي عقدنا من خلاله المقارنة بين نصوص القانون، ومضامين الأحكام القضائية، وأصول المذهب المالكي في مسائل الزواج.

الدراسات السابقة:

قد حظي هذا الموضوع باهتمام كبير من الباحثين، حيث اعتمدنا في بحثنا على بعض المراجع الفقهية وعلى دراسات أكاديمية سابقة من بينها:

- 1- أطروحة دكتوراه للأستاذ محفوظ بن صغير الموسومة بـ: "الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري" جامعة الحاج لخضر باتنة 2008/2009 حيث تطرق من خلالها إلى إبراز الاجتهاد في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وتطبيقاته في مسائل الزواج والطلاق واثارهما باتباع المنهج المقارن، أوجه التشابه بين موضوع بحثنا وهذا البحث في تناولنا لجزئية الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة ' أما أوجه الاختلاف تتمثل في أن موضوع الأطروحة جاء

بشكل عام وموسع في تفصيل أجزائه ولم تركز على الفقه المالكي تحديداً ' ولم تفصل في قرارات المحكمة العليا بشكل دقيق أما بالنسبة لبحثنا جاء بشكل خاص يعالج مركزية الفقه المالكي في الاجتهاد القضائي من خلال استقراء عينة من القرارات في مسائل الزواج دون التطرق لأحكام الطلاق وما يترتب عليه من اثار.

2- مقال للأستاذ د/ عليان بوزيان الموسومة ب: " المرجعية الفقهية المالكية للاجتهاد القضائي في الجزائر - الواقع والمأمول - " جامعة تيارت ، من الدراسات ذات الصلة بموضوع بحثنا حيث يظهر تشابه الدراستين في اعتماد المرجعية الفقهية المالكية كإطار مرجعي للاجتهاد القضائي ومدى تطبيق هذه المرجعية ضمن المنظومة القانونية الجزائرية ، غير أن دراستنا تتميز عنها إذ تركز بشكل خاص على باب الزواج كنموذج تطبيقي من خلال تحليل عينة من القرارات القضائية التي تسمح بقياس مدى تجذر الفقه المالكي في معالجة القضايا الأسرية المتعلقة بالزواج مما يمنحها طابعاً تخصيصياً أكثر دقة ، خلافاً للدراسة السابقة التي اتسمت بطابع نظري عام .

مقارنة بهذه الأعمال، تحاول هذه الدراسة أن تركز تركيزاً مباشراً على مدى حضور الفقه المالكي في الاجتهاد القضائي الجزائري في باب الزواج تحديداً، معتمدين على تحليل قرارات المحكمة العليا، في محاولة للإجابة عن تساؤلات تتعلق بمدى التناسق أو التباين بين الاجتهاد القضائي وروح الفقه المالكي، وكيفية تعامل القضاء مع حالات لم يرد فيها نص قانوني صريح، وكذلك مدى توظيف المبادئ الفقهية في البناء القضائي للقرارات.

الصعوبات والعوائق:

واجهتنا، أثناء إعداد هذا البحث، بعض الصعوبات؛ أهمها صعوبة الحصول على قرارات المحكمة العليا المتعلقة بمسائل الزواج، نظراً لطبيعة هذه الوثائق وحساسيتها. بالإضافة إلى ذلك، واجهتنا محدودية المراجع المتخصصة التي تتناول الاجتهاد القضائي الأسري بمنهج تحليلي دقيق.

خطة البحث:

للإجابة عن الإشكالية المطروحة، قمنا بتقسيم هذا العمل إلى ثلاثة فصول :الفصل التمهيدي يتناول الجانب النظري من خلال تقديم نبذة موجزة عن المذهب المالكي تمهيدًا للانتقال إلى دراسة الاجتهاد القضائي كأحد الآليات التفسيرية في التشريع الجزائري.وفصلين تطبيين لتحليل عينات من الاجتهادات القضائية، ومحاولة تبيان صلتها بأحكام الفقه المالكي.

الفصل التمهيدي: المذهب المالكي والاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري

تمهيد

المبحث الأول:المذهب المالكي وعوامل انتشاره.

المبحث الثاني:مدخل للاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري..

خلاصة الفصل

الفصل الأول: الاجتهاد القضائي في أركان عقد الزواج وشروط انعقاده

المبحث الأول:مسألة وجوب توفر الأركان في عقد الزواج.

المبحث الثاني:مسألة استحقاق الزوجة للصدّاق بوفاة الزوج قبل الدخول..

المبحث الثالث:مسائل الإشهاد في عقد الزواج..

الفصل الثاني: الاجتهاد القضائي الجزائري في مسائل عقد الزواج وإثباته والحقوق الزوجية

المبحث الأول:مسألة إثبات الزواج العرفي بعد وفاة أحد الزوجين.

المبحث الثاني:مسألة حق الزوجة في السكن المنفرد.

المبحث الثالث: مسألة الشروط التي لا يقضيها عقد الزواج

الفصل التمهيدي:

المذهب المالكي والاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري

تمهيد:

يمثل هذا الفصل مدخلاً لفهم الركائز الفقهية والقضائية التي ترتكز عليها منظومة القانون والأسرة في الجزائر. يبدأ بتسليط الضوء على المذهب المالكي، الذي يُعتبر من أهم المذاهب الفقهية الإسلامية التي أثرت في التشريع الجزائري. يتم ذلك من خلال دراسة مفهومه اللغوي والاصطلاحي، وتطورات التاريخة، ودخوله إلى الجزائر، فضلاً عن مرجعيته في الفتوى والقضاء. بعد ذلك، ينتقل الفصل إلى دراسة الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري، حيث يُعرّف الاجتهاد قانوناً، ويُستعرض موقعه ومجالاته بين مصادر القانون. يركز هذا الجزء على تطوره وأهميته في قانون الأسرة، بالإضافة إلى الدوافع التي تحث على الاجتهاد وآثاره في الأحكام الأسرية. يهيئ هذا التمهيد القارئ لفهم أعمق للعلاقة بين الفقه المالكي والاجتهاد القضائي ضمن الإطار القانوني الجزائري.

المبحث الأول: المذهب المالكي وعوامل انتشاره

يعد المذهب المالكي واحدا من ابرز المذاهب الفقهية في العالم الإسلامي ، حيث كانت نشأته على يد الإمام مالك بن أنس وتميز بكثرة انتشاره لأسباب راجعة لمجموعة من العوامل التاريخية والثقافية التي ساعدت في تعزيز وجوده في مختلف أنحاء العالم الإسلامي ، ومن خلال ذلك سوف نتناول دراسة حول المذهب المالكي مع التركيز على العوامل التي ساهمت في انتشاره .

المطلب الأول: مدخل للمذهب المالكي

الفرع الأول: التعريف بالمذهب المالكي

أولاً: التعريف اللغوي للمذهب

يرجع أصل كلمة "مذهب" جذرياً إلى "ذهب"، ولها معانٍ كثيرة في اللغة بحسب الجملة والسياق؛ فـ"مذهب الرجل" تعني سيرته، و"مذهبه في الدين" أي معتقده، أما "مذهبه في الفقه" فتشير إلى مدرسته في الاستنباط والترجيح. ومن معاني المذهب أيضاً "الخلاء"، وقد يأتي مصدراً بمعنى "ذهاب"، أو يأتي بمعنى "موضع الذهاب".¹ وعندما يقال: "فلان يذهب إلى قول أبي حنيفة"، فذلك يعني أنه يأخذ به.²

وقيل المذهب مصدر ميمي مذهب ذهاباً بمعنى مر ومضى، يقال ذهب الأثر أي زال ومنه قوله تعالى: ﴿ذَهَبَ اللَّهُ بِنُورِهِمْ﴾ [سورة البقرة: 17] ويقال ذهب على قول فلان أخذ به وذهب مذهب فلان فالمذهب هو الطريقة والمعتقد الذي يذهب اليه.³

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للمذهب

هنالك عدة تعريفات للمذهب نذكر من بينها:

¹ نشوان بن سعيد الحميري ، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1999م ، ص 2304/4

² أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري ، أساس البلاغة ، مادة ذهب ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى

1998م ، ص 210

³ عبد الحكيم بونور ، مرجعية المذهب المالكي في قانون الأسرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة البويرة ، السنة الجامعية 2019-2020 ،

ص 11.

هو ما ذكره ابن حمدان: "ما نص عليه الإمام، أو أوماً إليه، أو خرّجه أصحابه، أو ما استنبطوه من قوله أو تعليقه." وعلى هذا، فمذهب مالك هو ما ذهب إليه الإمام مالك في الأحكام الاجتهادية¹ أو على تعريف القرافي: "ما اختص به مالك من الأحكام الشرعية الفرعية الاجتهادية وما اختص به من أسباب الأحكام والشروط والموانع والحجج المثبتة لها".²

الفرع الثاني: عوامل انتشار المذهب المالكي

بعد عرضنا لمفهوم المذهب المالكي، نبين العوامل أو الأسباب التي أدت لانتشاره وجعلته يبلغ الآفاق ويدخل البلدان ويحظى بالقبول. تعود هذه الأسباب إلى ثلاثة أقسام رئيسية:

- عوامل راجعة إلى الإمام نفسه.
- عوامل راجعة إلى المذهب نفسه.
- عوامل راجعة إلى السلطان والحاكم.

أولاً: العوامل الراجعة إلى الإمام نفسه:

يقصد بها تلك السمات الشخصية الراسخة في تكوين الإمام مالك بن أنس، والتي كان لها دور محوري في انتشار مذهبه الفقهي، وقبول الناس له، وتعزيز مكانته العلمية.³

1- فقه الإمام وسعة علمه:

قبل الحديث عن علم الإمام وشهادات الأئمة والتلاميذ الأتباع، ينبغي الوقوف على حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي قال فيه، فيما رواه أبو هريرة: "يوشك أن يضرب الناس أكباد الإبل يطلبون العلم

¹ مروان ابن مصطفى نافع المالكي المغربي، مرجع سابق، ص 08.

² الإمام القرافي، شهاب الدين أبي العباس، أحمد ابن ادريس، اعتنى به عبد الفتاح بوعدة، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام والتصرفات، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط2، 1416هـ/1995م، ص 195.

³ عبد الحكيم بونور، مرجع سابق، ص 14.

فلا يجدون أحدًا أعلم من عالم المدينة¹ ومعنى يضربون أكباد الإبل: أي جنب البعير الذي فيه الكبد وهو أيضا كناية عن الإسراع والرحيل والرغبة في الوصول إلى المكان المطلوب، خشية فوات الغرض إذ الإبل هي الوسيلة الوحيدة للسفر يومها والمعنى العام للحديث: الإخبار منه صلى الله عليه وسلم بأنه يوشك ويقرب أن يتهاافت الناس على طلب العلم فلا يجدون عالما أعلم من عالم المدينة²، وقد كان سفيان بن عيينة يقول في هذا الحديث: "أراه مالكا"³. وقال القاضي عبد الوهاب: "أما إنه لا ينازعنا في هذا الحديث أحد من أرباب المذهب، إذ ليس منهم من له إمام من أهل المدينة ' فيقول المراد به إمامي ' ونحن ندعي أنه صاحبنا بشهادة السلف، وبأنه إذا أطلق بين أهل العلم عالم المدينة وإمام دار الهجرة فالمراد به مالك عندهم دون غيره من علمائها، كما إذا قيل الكوفي فالمراد أبو حنيفة دون سائر فقهاء الكوفة"⁴، وقال ابن معين: "مالك من حجج الله على خلقه، إمام من أئمة المسلمين، مجمع على فضله"⁵.

2- ورعه وتقواه:

إلى جانب علمه وتبحره في أمور الدين والفقه الذي هو من المسلمات فقد كان الإمام رحمه الله ورعا تقيا، مراقبا لله سبحانه في كل أحواله في سره وعلا نيته متمثلا بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ﴾، [سورة فاطر: 280] فقد قال محمد بن خالد بن عتمة: إذا رأيت وجه مالك رأيت أعلام الآخرة في وجهه، فإذا علمت أن الحق يخرج من فيه"⁶.

وغيرها من الفضائل، فبذلك لمن حاز هذا المقدار من الصلاح والخشية والاستقامة وطهارة النفس ان يكون قدوة وإماما، تنتشر من خلاله آرائه وأقواله وأفكاره، ويجعل عند الناس حجة بينهم وبين الله.⁷

¹ الترمذي، السنن، كتاب العلم (39)، باب ما جاء في عالم المدينة (18)، حديث رقم 2680، 5، ص 810.

² محمد التأويل، خصائص المذهب المالكي، طبعة أنفوبرانت 12، شارع القادسية، ص 07.

³ ابن عبد البر، الإقتضاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء، تحقيق أبي غدة، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 1997، ص 50.

⁴ القاضي عياض، ترتيب المدارك في أعلام مذهب مالك، بيروت، مكتبة الحياة، د.ت، 1، ص 126.

⁵ القاضي عياض، المرجع نفسه، 1، ص 133.

⁶ القاضي عياض، المرجع نفسه، 1، ص 169.

⁷ عبد الحكيم بونور، مرجع سابق، ص 16.

3 - إفتائه وتدريسه:

لقد بارك الله تعالى في عمر مالك، فطال عمله وصلاح. فقد تصدر للتدريس والإفتاء في سن مبكرة من حياته بعد تزكية علماء بلده له، إذ قال: "ليس كل من أحب أن يجلس في المسجد للحديث والفتيا جلس، حتى يشاور فيه أهل الصلاح والفضل من الجهة في المسجد، فإن رأوه أهلاً لذلك جلس. وما جلست حتى شهد لي سبعون شيخاً من أهل العلم أني موضع لذلك"¹.

لم يتوقف هذا العطاء المبكر للإمام مالك وينقطع سريعاً، بل استمر وطال إلى أن توفي، رحمه الله تعالى. فقد كانت مدة تدريسه وإفتائه تقارب الستين سنة ونيقاً، وهو أمر نادر بين العلماء. فترة طويلة كهذه جديرة بأن تجعل الإمام محل رحلة وتمسك من قبل الطلاب، كما أن من شأنها أن تجعل صاحبها ذا قدر واسع من العلم، مما يزيد شهرته ومكانته. فطول الإفتاء والتدريس للإمام، كما يرى بعضهم، هو أحد مرجحات المذهب على غيره، إذ يقول القرافي، رحمه الله، في بيان المرجحات: "ومنها طول عمره في الإقراء والإفتاء سنين، ومعلوم أنه ينبوع الاطلاع"².

4- كثرة تلاميذه:

لقد تزامم الطلاب على الإمام للسمع منه والأخذ منه، وذلك لشهرته التي حظي بها على جميع المستويات الدينية والأخلاقية والعلمية، فمن كثرة تلاميذه لا يحصون عدداً، فقد كان مجلس درسه يضم تلاميذاً كثيراً من مختلف الاقطار والامصار، من الحجاز واليمن ومصر.... قال القاضي عياض: "كنا قديماً جمعنا الرواة عن مالك على حروف المعجم على ما اشرنا إليه أول الكتاب فاجتمع لنا منه على الألف اسم وثلاثمائة اسم...."³.

¹ القاضي عياض، المرجع السابق، ص 126.

² القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994/1414، ص 1، ص 34.

³ القاضي عياض، مرجع سابق، ص 254.

لكثرة هذا التنوع، كان له دور بارز في انتشار آراء الإمام ومروياته. وكان لهؤلاء الطلبة الفضل في تعليم الناس وإفتائهم، وإرشادهم على مذهب مالك. لقد كانوا، أي هؤلاء الطلبة، اللبنة الأولى لانتشار المذهب في بلدانهم.¹

ثانيا: العوامل الراجعة إلى المذهب نفسه

ونقصد بذلك السمات والصفات والخصائص التي اختص بها المذهب، فكانت طريقا لانتشاره واتساعه وسببا لقبوله عند الناس، فبهذه المواصفات نال المذهب المالكي مقاما عاليا ومكانة مرموقة بين المذاهب الفقهية المتبعة "فهو أصحابها أصولا، وأكثرها فروعا وأشملها قواعد، وأوسعها مقاصد، وأكثرها مرونة واقعية، وأقربها لحياة الناس وأكثرها ملائمة لفطرتهم وطبائعهم".² ويقول أبو زهرة كذلك: "وإننا نقر غير مجازفين أنه المذهب المالكي " مذهب الحياة والإحياء وقد اختبره العلماء في عصور مختلفة فأتسع لمشاكلهم واختبره علماء القانون في عصرنا الحاضر فكان مسعفا لهم في كل يحتاجون إليه من علاج"³ ومن بين هاته الميزات والصفات التي اختص بها المذهب المالكي على حسب تنوعها من حيث مستوى الأصول، والفقه وغيره نذكر من بينها:

1- صحة أصوله وكثرتها:

إن أصول المذهب هي أصول الصحابة والتابعين التي كانوا يرجعون إليها إذا اجتهدوا في القضايا واختلفوا في الأحكام. لذا يقول ابن تيمية، رحمه الله: "من تدبر أصول الإسلام وقواعد الشريعة، وجد أصول مالك وأهل المدينة أصح الأصول والقواعد".⁴ فالأصول التي اعتمدت في المذهب المالكي، بقدر ثروتها

¹ عبد الحكيم بنونور، مرجع سابق، ص 17.

² محمد أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية، 1422 / 2022، ص 89.

³ أبو زهرة، مالك حياته واثاره، القاهرة، دار الفكر العربي، ط 2، 1952، ص 376.

⁴ ابن تيمية تقي الدين، صحة عمل أهل المدينة ضمن مجموع الفتاوى، تحقيق عامر الجزار وأنور الباز، المنصورة، دار الوفاء، 2001، ط 2، ص 157.

العلمية، ورثها الإمام عن الصحابة والتابعين، إذ إن موطن الإمام والمذهب هو المدينة المنورة التي كانت مستقر النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة، ومهبط التشريع في زمن غير بعيد عن الإمام مالك.¹

من أجود ما تميز به المذهب كثرة أصوله ووفرتها وتنوعها، سواء كانت عقلية أو نقلية، مما أدى إلى إثرائه. وقد أعطت هذه الكثرة المذهب الحيوية والحركية، ووقّرت لعلمائه وسائل الاجتهاد وأدوات الاستنباط.²

فعند الموازنة بين أصول المذاهب، نجد أن الأصول عند أبي حنيفة هي: الكتاب، السنة، الإجماع، القياس، الاستحسان، والعرف. أما عند الشافعية، فهي: الكتاب، السنة، الإجماع، والقياس. وعند المالكية، فأقل ما اتفقوا عليه تسعة أصول، وهي المذكورة عند الحنفية ويُزاد عليها إجماع أهل المدينة، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع.

في هذا الصدد، يقول أبو زهرة: "أما كثرة أصوله فإنه أكثر المذاهب أصولاً". فهذه الكثرة في الأصول تسهل على الأئمة الاجتهاد، وذلك بقصد استيعاب التطورات والمستجدات، واختيار ما هو أصح وأنسب لحياة الناس ومصالحهم. وفي هذا يقول أبو زهرة أيضاً: "إن كثرة الأصول تطلق تخريج المخرج، فإنه بلا شك كلما كثر ما بين يدي المفتي من أصول صالحة للإفتاء يختار منها أصلها وأقربها إلى العدل والدين فيما يفتي به".³

2- الواقعية: على الصعيد الفقهي، امتاز المذهب المالكي بكونه مذهباً واقعياً، يبتعد عن الخيال والافتراض. فهو فقه مبني على الواقع وتغييراته، فنوازل وفروعه في شتى الأبواب والمجالات تتراوح بين ما هو واقع وما يمكن وقوعه. وقد كان الإمام، رحمه الله، إذا سُئل عن شيء يقول للسائل: "سل عما يكون ودع ما لا يكون"، وقد يُعرض عن السائل أخذاً بحديث: "اللهم إني أعوذ بك من علم لا ينفع".⁴

¹ أحمد محمد نور سيف، عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الطبعة الثانية، 2000، ص 76-77.

² محمد الروكي، المغرب مالكي لماذا، المغرب، وزارة الأوقاف، 2003، ص 39.

³ محمد الروكي، مرجع نفسه، ص 376.

⁴ عبد الحكيم بونور، مرجع سابق، ص 20.

3- المرونة والتجديد: إن المتتبع لأحكام المذهب وفروعه يجدها تتصف بالمرونة كما يجدها قابلة للتجديد والتطور. ذلك أن الفروع والأحكام تُبنى على الأعراف والمصالح والاستحسان. ولما كانت هذه الأخيرة تتغير بتغير الزمان والمكان، فإن ذلك يؤدي حتمًا إلى تغير الأحكام، مما يفتح باب الاجتهاد على مصراعيه أمام المجتهدين لاختيار ما يتناسب ويتلاءم مع حياة الناس ويتمشى مع مصالحهم.¹

4- كثرة اعلام المذهب ومؤلفاتهم: لقد تميز المذهب المالكي بعدد كبير من الأئمة والأعلام المنتسبين إليه، سواء الذين تخرجوا مباشرة على يد الإمام أو على يد تلاميذه. فلا يخلو مكان ولا زمان من علماء المالكية وأتباعهم، كما يتضح من كتب طبقاتهم كـ "ترتيب المدارك" أو "الديباج".

لقد كان هؤلاء العلماء على أتم الاستعداد، وقد كرسوا جهدهم ووقتهم لهذا المذهب، فأغنوه وأثروه بالاجتهاد والتخريج ليكون مواكبًا لحياة الناس. هذا الأمر هيا الطريق للمذهب للانتشار والاتساع. ومن أفضل ما قدموه هو تركهم لمؤلفات ومصنفات غنية زخرت بها المكتبة الإسلامية إلى اليوم، مما أدى إلى انتشار المذهب وترسيخه.²

ثالثا: العوامل الراجعة للسلطان

1- مناصرة السلطان للمذهب والمضايقة على المخالف

إن دعم السلطان أو الحاكم لفكرة أو مذهب ما يجعله ذا قوة ونفوذ. فالمذهب المالكي كان من المذاهب التي لقيت قبولا من قبل الحكام، وقد يكون هذا القبول من أجل مآرب وأطماع سياسية. إلا أنه في كثير من الأحيان، كان تبني السلطان لمذهب ما مبنيا على قناعات واعتقادات علمية موضوعية مسبقة. وتتجلى هذه المناصرة خاصة في إلزام القضاة والمفتين بعدم الخروج عن المذهب المالكي في الحكم والفتوى..³

2- اشراك الفقهاء في الحكم

¹ أبو زهرة، مرجع سابق، ص 367_368.

² عبد الحكيم بونور، المرجع نفسه، ص 22.

³ عبد الحكيم بونور، المرجع نفسه، ص 23.

يُعتبر هذا مظهرًا من مظاهر دعم السلطان للمذهب المالكي، إذ ثبت أن بعض السلاطين كان لهم تقدير خاص للعلماء ومكانة مرموقة، مما جعلهم يتواضعون لهم ويأخذون بأرائهم، بل كان العلماء والفقهاء يشاركون في أمور الدولة والحكم، ومن الأمثلة على ذلك ما كان ليحيى بن يحيى الليثي مع الأمير عبد الرحمن بن الحكم الذي كان يحترمه، بل وينفذ أوامره، فكان لا يستقضي قاضيًا، ولا يعقد عقدًا، ولا يمضي في الديانة أمرًا إلا عن رأيه ومشورته.¹ وغيره من العلماء الذين كانوا على علاقة وطيدة بالسلطان مما حققوا بها انتصارا وانتشارا ورسوخا للمذهب المالكي.²

المطلب الثاني: تطور المذهب المالكي

الفرع الأول: مراحل تطور المذهب المالكي

أولاً: مرحلة النشوء

تبدأ هذه المرحلة مع مؤسس المذهب، مالك بن أنس الأصبحي (ت. 179هـ)، الذي خلص إليه علم فقهاء المدينة. "وكانت رصانة رأيه وصلابة دينه وقوة نقده قد هيأت له بتوفيق الله تعالى ذلك المقام الجليل، مقام الضبط والتصحيح والتحرير"³ وتنتهي مع بداية القرن الرابع تقريباً، واعتماد هذا الزمن بالذات، أي : بداية القرن الرابع فيصلاً كذلك بين متقدمي المذهب ومتأخريه لما امتاز به زمن متقدمي المذهب من اثرء للمذهب، تميز اساساً في جمع روايات امام المذهب مالك رحمه الله وسماعات التلاميذ والتخريج عليها، ولما امتاز به المتأخرون من ترجيح بين الاقوال المتعددة المنقولة عن المتقدمين في المسألة الواحدة، طلباً

¹ حسن شرجيلي، تطور المذهب المالكي بالغرب الإسلامي، المغرب، وزارة الأوقاف 2000م، ص 169_168.

² عبد الحكيم بنونور، مرجع سابق، ص 23.

³ محمد الطاهر ابن عاشور، كشف المغطى من المعاني والألفاظ الواقعة في الموطأ، د.ت، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، ط 1، 2006، ص 20.

للقول المشهور والمفتي به في المذهب، وتعيين الرواية الأخيرة عن مالك رحمه الله إذا تعددت الروايات عنه ابتغاء اعتمادها.¹

اعتمد الإمام أبو محمد بن أبي زيد القيرواني (ت. 386هـ) فيصلا بين جيل متقدمي ومتأخري المذهب، لما له من مكانة سامية في المذهب. ربط بعضهم هذا التقسيم الاصطلاحي للمتقدمين والمتأخرين في المذهب تعلقاً بقول عبد السلام: "إن خيركم قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم". وهذا التاريخ وإن كان في أواخر القرن الرابع (386هـ)، إلا أن إلغاء الكسر معلوم في كثير من موارد الشريعة، وما قارب الشيء أُعطي حكمه. يقسم بعض المهتمين بتاريخ المذهب هذه المرحلة إلى قسمين:

• دور النشوء: ويقصدون به زمن الإمام مالك، رحمه الله، فقط.

• دور التفريع: ويقصدون به زمن تلاميذه.²

ثانيا: مرحلة التطور

من بداية القرن الرابع إلى بداية القرن السابع، ويكون كتاب "عقد الجواهر الثمينة" لابن شاس (ت. 616هـ) من آخر ما أُلِف في هذا الدور، وهذه المرحلة من أعظم مراحل المذهب، لما حوته من مؤلفات سعى أصحابها لربط الفرع بأصله، والتدليل للترجيحات والاختيارات، ويسمونها بعضهم مرحلة التطبيق.³

ثالثا: مرحلة الاستقرار

فتبدأ هذه المرحلة من بداية القرن السابع الهجري حتى زمننا هذا، ويُعد كتاب "جامع الأمهات" لابن الحاجب (ت. 646هـ) من أوائل الكتب التي أُلِفَت في هذه الفترة، أي فترة استقرار المذهب.

وإنما سميت بمرحلة الاستقرار لأن المذهب قد ضبطت رواياته المعتمدة، وضبط مشهوره ومعتمده وراجحه والمفتي به، ويسمونها بعضهم مرحلة التتقيح والتمحيص وهي المرحلة التي على رغم ما قدمته من

¹ مجلة حوباد أحمد، أحسن زقور، الاستقرار الأولي للمذهب المالكي، المجلة الجزائرية للمخطوطات، ص 172.

² مجلة حوباد أحمد، أحسن زقور، المرجع نفسه، ص 173.

³ ينظر محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، د.ت، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ط 1، 2000، ص 375.

ضبط للأقوال المتعددة في المسألة الواحدة، وهو الامر الذي لا مناص منه خاصة في البلاد التي تتبنى المذهب المالكي مذهباً رسمياً في الفتوى والقضاء، إلا أنها قتلت روح الاجتهاد والترجيح.¹

الفرع الثاني: دخول المذهب للجزائر

لقد دخل المذهب المالكي إلى الجزائر عن طريق تلاميذ الإمام الذين درسوا عليه وأخذوا منه مباشرة، ثم عادوا إلى بلدانهم. فعملوا على تعليم الناس وإفنائهم على مذهب إمام دار الهجرة كما سمعوا منه. وقد كانت بلاد المغرب تشمل المغرب العربي كاملاً، كما هو الحال اليوم، بما فيه الجزائر. ومن العلماء أصحاب الطبقة الأولى الذين أدخلوا المذهب المالكي للمغرب².

أولاً: أبو محمد عبد الله بن فروخ الفارسي، ثم المغربي، فقيه القيروان ولد بالأندلس سنة 115 هـ. وقد رحل إلى المشرق وأخذ عن الأعشب، وابن جريج، وأبي حنيفة، والثوري، ومالك.

تفقه مدة بمالك، وأخذ عليه الفقه والحديث. ثم رجع واستوطن بالقيروان، وتعلم على يده خلق كثير من أهلها. توفي سنة 176 هـ عند منصرفه من الحج.³

ثانياً: أبو الحسن علي بن زياد السبتي التونسي، الفقيه العابد، توفي بتونس سنة 183 هـ. رحل وسمع من الثوري ومالك، وهو من أكابر أصحاب مالك وأول من أدخل "الموطأ" إلى المغرب. وقد روى عنه البهلول بن راشد، وأسد بن الفرات، وسحنون..⁴

ثالثاً: أبو علي شقران بن علي القيرواني، الفقيه المتوفى بالقيروان سنة 186 هـ. روى عنه سحنون وغيره من العلماء، وكان مؤاخياً للبهلول ابن راشد⁵. فقد كانت بلدان المغرب العربي، بما فيها الجزائر، تابعة

¹ حو باد أحمد/أحمد زقور، مرجع سابق، ص173.

² عبد الحكيم بنونور، مرجع سابق، ص24.

³ محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ببيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2003، ص91.

⁴ محمد مخلوف، المرجع نفسه، ص91_90.

⁵ محمد مخلوف، المرجع نفسه ص 90

للمدرسة القيروانية في الجانب العلمي والثقافي؛ لذلك فإن دخول المذهب المالكي إلى الجزائر كان بسبب تلاميذ الإمام الأوائل، الذين أخذوا عنه مباشرة ثم استقروا في القيروان.¹

ثم جاءت مرحلة الطبقة الثانية من الأعلام الذين لم يلقوا مالكا، وإنما أخذوا عن من لقيه كسحنون أبي سعيد عبد السلام بن سعيد التونسي القيرواني المتوفى سنة 240 هـ، الذي اخذ عن بن القاسم، وابن وهب، وأشهب، وغيرهم من تلاميذ الإمام الأوائل، قال الشيرازي: "انتهت إليه الرياسة ف العلم بالمغرب، وولي القضاء بالقيروان وعلى قوله المعول بالمغرب وعنه انتشر علم مالك في المغرب".²

وغيرهم من التلاميذ الذين بفضلهم هؤلاء الأعلام دخل المذهب المالكي إلى تلك البلاد، وعن هذا يقول القاضي عياض: "أما إفريقيا وما وراءها من المغرب، فقد كان الغالب عليها في القديم مذهب الكوفيين إلى أن دخل علي بن زياد وابن الأشرس، والبهلول بن راشد، وبعدهم أسد بن الفرات، وغيرهم بمذهب مالك، فأخذ به كثير من الناس، ولم يزل يفشو إلى أن جاء سحنون، فغلب في أيامه وفض حلق المخالفين، واستقر المذهب بعده في أصحابه، فشاع في تلك الأقطار إلى وقتنا هذا".³

ومنه ما يجب التنبيه عليه أن المذهب المالكي تسلل الى الجزائر عن المدرسة القيروانية وأعلامها إذ أن المتتبع لعلماء الجزائر في بجاية وتلمسان أو غيرها لا يعدم في الغالب له رحلة إلى القيروان والسماع من فقهاءها.⁴

كما أن مختصر خليل بن اسحاق الجندي (ت767هـ) دخل إلى الجزائر على يد الفقيه محمد بن فتوح التلمساني، وهو الذي اشاعه في فاس وكما كان أول من أدخل الشامل وشروح المختصر لبهرام الدميري

¹ موسى اسماعيل، المدرسة المالكية الفقهية في الجزائر، ضمن اعمال الملتقى الخامس للمذهب المالكي، وزارة الشؤون الدينية والاوقاف، عين الدفلى، 2009، ص 46.

² محمد مخلوف، مرجع سابق، 1، ص 103_104.

³ القاضي عياض، المرجع سابق، ص 54.

⁴ عبد الحكيم بونور، مرجع سابق، ص 26.

وشرح ابن هلال على ابن الحاجب ، هو محمد بن إبراهيم بن عبد الرحمان بن محمد بن عبد الله بن الإمام التلمساني (ت845هـ)¹.

يجب الإشارة إلى أن المذهب المالكي، وإن دخل إلى الجزائر وانتشر فيها، فقد مر بانتكاسات أوهنت من قوته؛ فتجده يضعف أحياناً ويقوى أحياناً أخرى، حتى استقر أمره. كان ذلك بسبب الدول المتعاقبة على أرض الجزائر والمغرب الأوسط. فمنذ الفتح الإسلامي إلى غاية الاستعمار الفرنسي سنة 1830م، تعاقبت اثنتا عشرة دولة على الجزائر بين مؤيد ومناصر للمذهب المالكي، ومحايد ومعاد.

من الجدير بالذكر أن المذهب المالكي في الجزائر كان له أعلامه الكثر، حيث إنه في كل فترة يتميز بظهور مجموعة من الفقهاء الذين كان لهم الأثر البارز في خدمة المذهب ونشره، سواء من ناحية التدريس والتأليف أو الفتوى ومناصرة المذهب، حتى إن بعض المؤلفين في التراجم والأعلام حاولوا جمع أعلام الجزائر في مصنف واحد.²

تضح مما سبق أن الجزائر عرفت عبر تاريخها حضوراً بارزاً لعلماءها وأعلامها من الفقهاء المالكيين، والذين توزعوا على مختلف مناطق البلاد، من بينها: بسكرة، بجاية، تلمسان.

المطلب الثالث: مرجعية المذهب المالكي

منذ دخول المذهب المالكي إلى الجزائر وانتشر فيها، كان هو المرجع بلا منازع، فمؤلفاته وكتبه هي مقررات التدريس، واجتهاداتهم واختياراتهم المعتمد عليها في الفتوى والقضاء، الفتوى التي يقصد بها هي: "إخبار بحكم شرعي من غير إلزام"³ فالمفتي يبين الحكم الشرعي من وجوب أو تحريم، أو ندب أو كراهة، أو إباحة، من غير أن يلزم المستفتي ويجبره عليه، فمهمة المفتي تتوقف على الإخبار والبيان.

¹ ماحي قندوز، جهود فقهاء الجزائر في خدمة المذهب المالكي، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، جامعة تلمسان، العدد 7، سنة 2014، ص61.

² عبد الحكيم بونور، مرجع سابق، ص26_27.

³ القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، تحقيق الشيخ أبي غدة، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط 2، 1995، ص99.

أما القضاء فهو الإخبار بحكم شرعي على وجه الإلزام، وبهذا يكون القضاء مغايراً للفتوى في مسألة الإلزام وعدمه، فللقاضي يبين الحكم الشرعي ويفصل بين المتخاصمين مع الإلزام.¹

تُعد الفتوى والقضاء من الركائز الأساسية ذات الأهمية البالغة في المنظومة الإسلامية، لما لهما من دور محوري في تنظيم شؤون المسلمين الدينية والدنيوية. إذ تتوقف عليهما مصالح الأفراد والمجتمعات في مختلف مجالات الحياة، سواء في العبادات أو المعاملات، وكذلك في السلوك والأخلاق.

وبها تنظم أمورهم وتضامن حقوقهم وتراعى مصالحهم، وعليه فإن أمر الفتوى والقضاء بين الناس عظيم، فلا يتولاه إلا من استجمع الشروط من علم وورع وفهم وغيرها، ولقد تصدى لهذه المهمة في بلاد المغرب علماء المالكية، الذين تتلمذوا على يد الإمام مباشرة أو عن طريق تلاميذهم الذين أخذوا عنهم وسمعوا منهم.²

إذ غلب المذهب المالكي في تلك البقاع، وسيطر عليها من حيث الفتوى والقضاء. قال القاضي عياض: "وغلب مذهب أبي حنيفة على الكوفة والعراق وما وراء النهرين وكثير من بلاد خراسان إلى وقتنا، وظهر بإفريقيا ظهوراً كبيراً إلى قريب من أربعمئة عام، فانقطع منها ودخل منه شيء ما وراءها إلى المغرب قديماً بجزيرة الأندلس، وبمدينة فاس. وغلب مذهب الأوزاعي على الشام، وعلى جزيرة الأندلس، إلى أن غلب عليها مذهب مالك بعد المئتين فانقطع".³

فأصحاب مالك وتلاميذه الذين أدخلوا المذهب إلى المغرب، وأفتوا الناس به ودرسوا "الموطأ" و"المدونة"، هؤلاء من اصحاب الطبقة الأولى أو من الطبقة الثانية أو غيرهم من علماء المذهب الذين كانوا هم المرجع في الفتوى، فألقوا في ذلك المصنفات والمدونات، إذ كانت عادتهم كتابة فتاويهم ثم جمعها في كتب مثل فتاوى الشيخ ابن أبي الحسن اللخمي القيرواني، فتاوى المازري، ومسائل أبي الوليد الباجي وغيرها من المؤلفات، إذ كانوا يشترطون في المفتي أن يختم "مختصر خليل" مرة في السنة وكما سيطر المالكية على الفتوى، فإنهم كذلك سيطروا على القضاء. وقد كان سحنون قاضياً سنة 234 هـ ولم يزل

¹ عبد الحكيم بنونور، مرجع سابق، ص 99.

² عمر الجبدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، الرباط، دون دار نشر، ط 1، 1993م، ص 105.

³ قاضي عياض، مرجع سابق، ص 1، 66.

قاضياً إلى أن مات. وكان لا يُولى القضاء إلا من كان مالكيًا. تظهر سيطرة المالكيين على القضاء أيضًا من خلال ظهور مؤلفات كتب الأحكام، أو فقه القضاء، وهي المؤلفات التي التزم أصحابها بدراسة المسائل العملية التي يكثر وقوعها بين الناس ويكثر السؤال عنها، وهذه المسائل المتعلقة بالمعاملات. وأغلب مؤلفي هذا النوع من الكتب كانوا من القضاة الممارسين لمهنة القضاء.¹

وما يبين سيطرة المالكية على القضاء في المغرب بصفة عامة، هو أنهم عرفوا ترتيبًا يقضي بوجود فقيه مشاور إلى جانب القاضي، ليستشيره في النوازل المهمة. هذا الفقيه أو المفتي كان يُختار من خيرة العلماء والفقهاء، وكانوا لا يخرجون عما به الفتوى والقضاء من القول الراجح والمشهور، وما جرى به العمل. ومن بين الكتب التي ألفت في القضاء والأحكام ما يلي:

كتاب مذاهب الحكام في نوازل الأحكام للقاضي عياض، اصول الاحكام فيما جرى به عمل المفتين والحكام للقاضي ابي الوليد الباجي وغيرها من المؤلفات.²

وقد كان للإمام عبد الحميد بن باديس دور في تكريس المذهب المالكي حيث شكلت مادة الفقه الإسلامي أحد المواد الأساسية في البرنامج التعليمي والمقرر الدراسي الذي سطرهما الشيخ عبد الحميد بن باديس لتلاميذه الذين كانوا يتوافدون عليه من شتى أنحاء القطر الجزائري ، ففي البرنامج الذي أعلنت عنه "الصراط السوي" لسان حال جمعية العلماء والذي يتضمن برنامج الدروس العلمية حيث تشتمل على التفسير للكتاب الحكيم وتجويده والحديث وعلى الفقه في المختصر وغيره وعلى العقائد الدينية وعلى اللغة العربية بفنونها كالمنطق والحساب وغيرها

وفي التقرير الذي نشرته جريدة البصائر الغراء ، لسان حال جمعية العلماء المسلمين الجزائريين عن التعليم المسجدي والحركة العلمية بالجامع الأخضر والذي تعرض إلى العلوم التي تدرس نذكر منها :

التفسير ، الحديث ،الفقه ،الفرائض ، العقائد ،التجويد ، الأصول ، البلاغة ،التاريخ ..

¹ عبد الحكيم بونور، مرجع سابق، ص 31.

² عمر الجيدي، مرجع سابق، ص 105.

وهكذا نرى أن الشيخ عبد الحميد بن باديس قد جعل من مادة الفقه مائة أساسية في دروسه العلمية ومن بين الكتب التي كان يدرسها لطلابه ويستقي منها مادته الفقهية في التدريس لقد نشر في التقرير السالف الذكر عناوين الكتب (الموطأ، أقرب المسالك، الرسالة، ابن عاشر، المفتاح....الأجرومية) إضافة إلى هذه الكتب ذكر الشيخ عبد الحميد بن باديس كتابا آخر مهما وهو بداية المجتهد ونهاية المقتصد للفقيه المالكي الكبير أبي الوليد ابن رشد (595هـ) وعليه فيمكننا القول بأن منهج التفقيه الذي اعتمده الشيخ عبد الحميد بن باديس في تكوين طلاب الدراسات الشرعية هو المذهب المالكي السائد في شتى أقطار الشمال الإفريقي وهذه المدونات الفقهية هي الموطأ، مختصر خليل، أقرب المسالك، الرسالة... وامتازت فتاواه بأنها وفق المشهور من مذهب مالك فقد كان حريصا على الفتوى وفق المشهور.¹

ومنه عموما فالمذهب المالكي هو السائد والمسيطر وهو المرجع في الفتوى والقضاء في المغرب بصفة عامة بما في ذلك الجزائر، حيث دخل إلى المغرب بصفة عامة والجزائر جزء منه عن طريق تلاميذ الامام الذين تتلمذوا على يده مباشرة ثم انتشر المذهب واستقر وأصبحت له المرجعية في حياة البشرية، من عدة جوانب التدريس، التأليف، الفتوى، القضاء... رغم تعرضه للمنافسة الشديدة من قبل المذاهب، الحنفية وغيرهم.²

المبحث الثاني: مدخل للاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري

يُعد الاجتهاد القضائي من المصادر التفسيرية الهامة في النظام القانوني الجزائري؛ إذ يسهم في توضيح النصوص القانونية وتكييفها مع الوقائع المستجدة. وعلى الرغم من أن التشريع يبقى المصدر الرسمي الأول، فإن الاجتهاد القضائي يكمله ويبرز أهميته خاصة عند غياب أو غموض النصوص القانونية.

المطلب الأول: الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري

الفرع الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي قانونا

¹ أ.د. دراجي محمد، المرجعية الفقهية المالكية عند الشيخ عبد الحميد بن باديس بين التعصب المذهبي والتحرر الفكري، مجلة كلية العلوم الإسلامية - الصراط، جامعة الجزائر، العدد 10، سنة 2004م، ص 50-64.

² عبد الحكيم بونور، مرجع سابق، ص 32.

أولاً- تعريف الاجتهاد القضائي: بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية، فالاجتهاد القضائي كمصدر للقانون هو: "مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم في المسائل التي تفصل فيها".¹

ويقصد به: مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم في مسألة معينة²؛ أي رأي المحاكم واجتهادها في المسائل القانونية المعروضة عليها، وعلى هذا يقال: اجتهادات المحاكم في أحكامها، ويطلق على الاجتهاد القضائي أيضا اسم القضاء، وكلمة القضاء تفيد في أحد معانيها³: "الحكم الصادر عن القاضي في قضية ما، والقاضي ليس في حاجة إلى أن يجتهد في كل حكم يصدره، بل إن عمله يقتصر في كثير من القضايا على مجرد تطبيق نصوص التشريع الصريحة الواضحة".⁴

كما يقصد به: "استقرار أحكام المحاكم في مسألة معينة على نحو معين، وبهذا المعنى يقال مثلاً: استقر القضاء على الحكم بالتعويض حال حدوث ضرر نتيجة عمل معين، ولذا فإن كلمة القضاء لا يقصد بها هنا جميع أحكام المحاكم، وإنما الأحكام التي تتضمن اجتهادات قضائية فيما يعرض للقاضي من منازعات يستوجب عليه الفصل فيها فحسب، ومن ثم كان اليوم في عالم القانون والنظم القضائية أن رأي محكمة النقض (المحكمة العليا) وحدها في تفسير النص القانوني هو الاجتهاد القضائي الملزم، ليكون الاجتهاد القضائي (كالنص القانوني) رأياً وتفسيرياً واحداً معروفاً".⁵

ثانياً- الاجتهاد في العرف القضائي: الحادثة في محل النزاع في العرف القضائي كما قال ابن القيم: "لا يتمكن الحاكم فيها من الحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم، أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه واستنباط

¹ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009، ص231.

² عبد المنعم البدر، مبادئ القانون، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1972، القاهرة، ص244.

³ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص231.

⁴ خليفة غربي، إسهام الإجهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، حقوق، جامعة الجلفة، سنة 2017-2018، ص19.

⁵ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 2004، ص316.

علم حقيقة ما وقع بالقرآن والإمارات والعلامات حتى يحيط به علماً، والثاني: فهم الواجب في الواقع، أي فهم حكم الشارع في هذا الواقع، ثم يطلق أحدهما على الآخر¹.

لا شك أن كلاً من فهم الواقع وفهم حكم الشرع فيه قد يكون جلياً، فيبدو وجه القضاء في الحادثة واضحاً لا خفاء فيه. كما لو ادعى رجل على امرأة دعوى نكاح مستوفية لشرائطها الشرعية والقانونية، فأقرت المرأة بدعواه أو أنكرت فأثبتها بالبينة، ف قضى له القاضي بالزوجية. في هذه الحالة، تكون القضية عادية لا تدخل في عداد القضايا ذات المبادئ².

وقد يتعرض هذان المفهومان، أو أحدهما، لنوع من الخفاء؛ فيُشتبه فهم الواقع أو يُشتبه فهم النص الشرعي أو القانوني الذي يراد تطبيقه على هذا الواقع، لاختلاف فيه أو إجمال أو إشكال. فتدعو الحال حينئذ إلى إعمال الرؤية والتفكير، وتشتد الحاجة إلى البحث والتنقيب، لا لالتماس تصور الحادثة أو استنباط حكمها من بين تلك المشكلات. وما يبدو للباحث في هذا المقام ويتخذ أساساً لرفع الاشتباه، أو ترجيح بعض الآراء، أو إزالة الخفاء، ويرتب عليه حكمه في الحادثة، هو الذي سُمي بالاجتهاد القضائي (مبادئ القضاء). وإليه يُرجع في مثلها ويُحتذى في نظائرها. وتفسير الاجتهاد (المبدأ) بهذا المعنى هو المشهور في الدوائر القضائية.

وبناء عليه تعرف القضية المجتهد فيها (القضية ذات المبدأ) بأنها قضية اشتبه بها وجه القضاء فبنى الحكم فيها على توجيه يرفع الإشكال ويزيل الخفاء³.

ومن المقرر أن أحكام المحاكم لا تعتبر حجة إلا في المسألة التي فصلت فيها، وذلك يعني أن المحاكم لا تكون ملزمة بإتباع المبادئ التي وضعتها من قبل، ولكن الذي يحدث عملياً أنه عرض على المحاكم نزاع لا يوجد نص قانوني بحكمه، أو يكون تطبيق هذا النص محل خلاف، فإن هذه المحاكم

¹ ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص4، وجامع الفقه لابن القيم، جمع وتوثيق يسري السيد محمد، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، ط1، سنة 2000، 123/7.

² محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص232.

³ محمد ضاحي، الحياة القضائية، مطبعة النصر، مصر، ط1، 1938، ص15_16.

تسير كلها في نفس الاتجاه، أو تختلف المحاكم فيما بينها فتقوم المحكمة العليا وهذا دورها الرئيسي، بتوحيد المبدأ القانوني في هذه المسألة عندما تعرض عليها.¹

الفرع الثاني: مجال الاجتهاد القضائي وموقعه من بين مصادر القانون

أولاً- مجال الاجتهاد القضائي عند وجود النص: الأصل في سلطة القاضي هو تقييده بالنص القانوني، وإطلاقها فيما لم يرد فيه نص قانوني صريح. وعليه، فقد يجتهد القاضي إما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم تطبيقها، أو من خارج هذه النصوص. فعند تطبيق النصوص التشريعية، يضطر القاضي إلى أن يجتهد في حالتين أساسيتين:²

1. غموض النص أو إبهامه من جهة: يعني أن النص ليس له معنى واضح محدد، وإنما هو يحتمل أكثر من تأويل. وعلى القاضي في هذه الحالة أن يجتهد في فهم النص وتحديد معناه وهو حين يفعل ذلك، إنما يحدد الحكم الذي يتضمنه هذا النص. وقد تختلف الاجتهادات القضائية تبعاً لاختلاف القضاة في فهم النصوص وتفسيرها.³

2. النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة ثانية: فيقع عندما يتعرض المشرع

لبعض المسائل مباشرة ويتناولها بالتنظيم، ويغفل في الوقت نفسه مسائل أخرى فلا يبين أحكامها. إذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها، كان لا بد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك باللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى. يحاول القاضي في هذه الحالة أن يستخلص من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكت عنها المشرع، مستعيناً في ذلك بطرائق التفسير المتاحة له، ولا سيما طرائق الاستنتاج المختلفة. لا يقف القاضي في اجتهاده عند تفسير النصوص التشريعية محدداً معانيها أو مستخلصاً منها أحكاماً جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحياناً وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعديل أحكامها، فنصوص التشريع تمثل غالباً ما يكون آخر ما وصل إليه في الوقت الذي وضعت فيه. ولكن هذه

¹ خليفة غربي، مرجع سابق، ص 21.

² عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2007، ص 181.

³ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، 234.

النصوص تبقى ثابتة، ويستمر المجتمع في تطوره فتنشأ فيه ظروف وأوضاع مادية، واقتصادية، واجتماعية جديدة، بل قد تتغير فيه المبادئ والمثل. فتصبح النصوص التشريعية، إذا لم تُعدّل، متخلفة عن مواكبة تطور المجتمع وتلبية حاجاته ويحرص القضاء في مثل هذه الحالة على التوفيق بين نصوص التشريع الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة. فيتجاوز، كما ترى المدرسة التاريخية في التفسير، إرادة المشرع الذي وضع تلك النصوص، ويعطي النصوص معاني جديدة تختلف عن معانيها الأصلية، وأحكاماً مغايرة لما أراده واضعوها؛ كي تصبح أكثر ملائمة لأوضاع المجتمع الذي تُطبق فيه.¹

ثانيا - مجاله في عدم ورود النص: وإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لا بد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك باللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى، ومن أهم هذه المصادر "العرف"، والقاضي لا يصنع العرف طبعاً كما أنه، خلافاً لما يراه بعضهم ليس هو الذي يكسبه قوته الإلزامية، لأن العرف ملزم بذاته قبل أن يطبقه القضاء، ولكن للقاضي مع ذلك دوراً مهماً في الأخذ بالعرف² لأنه هو الذي يتحقق من توافر شروطه ويثبت وجوده، وعرف هو ما إعتاده الناس والجمهور والفرد من قول وفعل تكرر مرة بعد مرة، حتى تمكن أثره على نفوسهم وصارت تلقاه عقولهم بالقبول وما تعود الناس عليه أو جمع منهم والفرد حتى استقر في نفوسهم من فعل شاع بينهما وكثر استعماله في معنى خاص بحيث يتدابر منه عند إطلاقه دون معناه الأصلي³، ومن المصادر الرسمية التي أحال عليها كل من القانونين المصري والسوري وبعض القوانين العربية، الأخرى (مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)، وهذه المبادئ والقواعد ليست مدونة في مرجح معين أو قائمة محددة، فإذا أحتاج القاضي إلى الرجوع إليها، ونادراً ما يحتاج إلى ذلك، كان عليه أن يحدد ما يراه موافقاً منها، لذا فإن إحالة القاضي على هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد منها، كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، (إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء)⁴، أما المشرع الجزائري فقد نص

¹ محفوظ بن صغير ، المرجع نفسه، ص 234.

² محفوظ بن صغير، المرجع سابق ، ص 235.

³ خليفة غربي، مرجع سابق، ص 22.

⁴ خليفة غربي، مرجع نفسه، ص 23.

في المادة الأولى في فقرتها الثانية من القانون المدني على أنه: (إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).¹

حيث يرى جانب من الفقه أن مجال عمل القاضي، وهو يُنشئ القواعد ابتداءً من غياب النص، يُشبه إلى حد بعيد عمل المشرع المتمثل في إنشاء القواعد القانونية. فمجال عمل القاضي يُشبه أيضًا فكرة إنشاء حق جديد، فالقاضي الذي يتدخل ليضع حلًا قانونيًا لنزاع محدد في غيبة النص الذي يحكمه، إنما يمارس سلطة جوهرها وحقيقتها ذات طابع تشريعي واضح.²

ثالثا- موقع الاجتهاد من بين مصادر القانون: وعليه فقد اختلف موقع الاجتهاد القضائي بين مصادر القانون باختلاف النظم القانونية، ففي النظم التي يمكن للقضاء فيها أن يضع قواعد عامة وملزمة، كما كان الحال في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم في بعض الحالات، وكما هو عليه الحال حاليًا في القانون الإنجليزي الذي يعتبر السوابق القضائية الصادرة عن القضاء (من قرارات أو اجتهادات) من المصادر الرسمية للقانون. فالطبيعة الملزمة لنظرية السوابق القضائية الإنجليزية ترجع إلى القواعد المتبعة عملاً، والتي يُطلق عليها "القواعد السابقة"، وقد روعي في صياغتها ما يؤكد فعالية القاعدة الأساسية التي تقضي بأن القانون الإنجليزي يركز إلى حد بعيد على قانون القضايا³، أما في النظم التي لا يجوز فيها للقضاء وضع قواعد عامة وملزمة، وإنما يرجح إلى اجتهاداته على سبيل الاستئناس كما هو في القانون الفرنسي المعمول به اليوم، وبعض القوانين العربية التي تأثرت به ومنها الجزائر، فيعد الاجتهاد القضائي من المصادر غير الرسمية للقانون أو من المصادر التفسيرية، وبالتالي لا يجوز للقاضي إصدار قواعد عامة وملزمة.⁴

أما في الفقه الإسلامي فعلى الرغم مما كان للاجتهاد الفقهي والقضائي من دور كبير في وضع المبادئ الفقهية وإثراء هذا التراث الفقهي حتى عد أحد مصادره، فإنه لا يمكن عد الاجتهاد مصدراً رسمياً

¹ الأمر رقم 58.78 المؤرخ في: 1975_2609 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة، العدد 31، المؤرخ 2007.

² عبد الحكيم إبراهيم، معايير تعريف العمل القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1، 1994، ص 65.

³ خليفة غربي، مرجع سابق، ص 24.

⁴ نادية فضيل، دروس في مدخل العلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1999، ص 78.

فيه، فالاجتهادات الفقهية ليست سوى آراء لأصحابها قد يؤخذ بها أو لا يؤخذ والاجتهادات القضائية لا تتمتع بصفة قوة الإلزامية إلا في القضايا التي صدرت فيها¹، ومن الجائز للقاضي الذي صدر عنه اجتهاد ما، ولغيره من القضاة عدم التقيد باجتهاده في القضايا المماثلة، ومن هنا يتبين الدور الحقيقي الذي يقوم به الاجتهاد القضائي في النظام القانوني الجزائري من إرساء لقواعد القانون، فرغم أنه لا يعتبر مصدرا رسميا من مصادر القانون، إلا أنه يصنع القانون، ولكن تبقى هذه القواعد القانونية التي يبتكرها القضاة مستندة في قوتها الملزمة إلى تطبيقها بالفعل بواسطة المحاكم نفسها، دون أن ترقى إلى مرتبة الإلزام التشريعي، فإذا طرأت المحاكم على مقتضى مبادئ الاجتهاد أمكن القول باستقرارها عملا لا قانونا، والواقع أن القاضي لا يخلق القانون للحالة المعروضة عليه، بل يطبق القانون عليها، كما أنه في تفسيره للنصوص الغامضة أو سده نقصا في القانون أو عند فصله في المسائل الجديدة إنما يوسع في مضمون القاعدة القانونية، فهو لا يستمد القانون من اجتهاده، بل يكشف عنه ثنايا التشريع، فإن ما يخلق من قواعد جديدة لا يعتبر من قبيل القواعد القانونية في معناها الدقيق، لأن هذه الاجتهادات لا تتعدى الأحكام التي صدرت بشأنها.²

المطلب الثاني: تطور التنظيم القضائي في القانون الجزائري وأهميته في قانون الأسرة من الوجهة العملية

الفرع الأول: تطور الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري والعوامل المساعدة له

إن مسايرة القضاة الشرعي في مجال الأحوال الشخصية لما تتطلبه الأوضاع المختلفة للمجتمع في مختلف مراحل تطوره إنما يدل على مرونة التشريع الإسلامي بوجه عام وصلاحيته لاستيعاب ما يجد من قضايا ناتجة عن التطور العلمي الذي يشهده هذا العصر، أو ناتجة عن الظروف السياسية والاجتماعية، كذا الأوضاع الثقافية التي استحكمت في بعض الدول العربية، مما جعل الدور مناطا بالمحاكم الشرعية للنهوض بالإجتهاد في مجال قضاء الأحوال الشخصية، الأمر الذي أسهم في المحافظة على إبقاء الشريعة الإسلامية مصدرا لأحكام الأسرة³، وفيما يأتي البيانات الآتية:

¹ خليفة غربي، مرجع سابق، ص 24.

² خليفة غربي، مرجع سابق، ص 25.

³ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 199.

أولاً- التطور العلمي: إن غزارة الدراسات الاجتماعية والأبحاث العلمية والابتكارات المتسارعة مكنت البشرية من الوصول إلى كثير من الحقائق التي كانت مجهولة سابقاً. ومن هذه الحقائق بعض الجوانب المتعلقة بالأحوال الشخصية، مثل تقدير أطول مدة للحمل وإثبات النسب.

أصبح إثبات النسب يعتمد على ما يُعرف بـ"البصمة الوراثية"، والتي تُعرف على أنها: "الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق جزء من حامض الـ DNA الذي يحتوي على خلايا جسده". فالبصمة الوراثية هي الناتج عن فحص البنية العينية (الوراثية) التفصيلية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه. إن ظهور مثل هذه المسائل التي تحتاج إلى بيان حكمها الشرعي المناسب لها، لا يكون إلا عن طريق الاجتهاد فيها.¹

ثانياً- الوضع السياسي والاجتماعي: تأثر قانون الأحوال الشخصية، كغيره من القوانين، بالوضع السياسي والاجتماعي السائدين. فبعد انتهاء حكم الدولة العثمانية الذي كان يعتمد الشريعة الإسلامية في كثير من الدول العربية والإسلامية، حل الاحتلال الأجنبي الذي أقصى تطبيق الشريعة الإسلامية في مختلف مناحي الحياة المدنية على الخصوص، وأبقى على الأحوال الشخصية محكومة بقواعد الفقه الإسلامي.

غير أن الأمر لم يبق على حاله بعدما تأثر بعض المسلمين بمناهج المحتل، فانعكس ذلك على فهمهم لدينهم، وعلى مدى التزامهم بتطبيقه على الوجه الصحيح.²

ثالثاً- التأثير بالحضارات الوافدة: إن من أبرز ما خلفه تلاقي الحضارات وتعارف الشعوب على المجتمع الإسلامي هو زعزعة الثقة بالأحكام الشرعية، وخاصة في قضايا الأسرة التي تُعتبر البنية الأولى للمجتمع. هذا الأمر أدى إلى العمل على تغييرها ولو تدريجياً. ومن هنا، كانت حجج المطالبين بالتعديل وتبريراتهم مبنية على حتمية استنباط أحكام تتماشى مع روح العصر، واستجابة لميولهم لتقاليد الأمم الأخرى في هذا الاتجاه، واتباع الأمم التي تواكب هذا التطور، مما يؤدي إلى اتباع هذا التطور والتماشى معه، وذلك عن طريق مجموعة من الاجتهادات للوصول إليها.

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكرن بيروت، ط7، 1996، ص687.

² محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص260_261.

فكان للاجتهاد دور في بيان تفوق النظام الإسلامي بكل جوانبه على ما لدى الآخرين من أنظمة. فما أعطته الأحكام الشرعية للمرأة يفوق ما أعطته القوانين والأنظمة في دول الغرب، والنظم المقارنة. وهذا ما صرح به الكثير من الباحثين في هذا المجال، حيث نجد أن الاجتهاد الذي لعبه في الشريعة الإسلامية كان له دور بالغ الأهمية أكثر من الدول الغربية¹.

الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة من الوجهة العلمية

إذا لم تكن الاجتهادات القضائية في القانون الفرنسي والقوانين العربية التي سارت على خطاه تعد من الوجهة النظرية قواعد قانونية عامة وملزمة، فإنها في الواقع تتمتع من الوجهة العملية بقوة ملزمة تكاد لا تقل أهمية عما تتمتع به قواعد القانون الناشئة عن مصادره الرسمية، وكثير من الاجتهادات التي صدرت عن القضاء الفرنسي ولا تزال تطبق حتى اليوم كأنها قواعد ملزمة مع أنها ليست قواعد قانونية.

ولعل السبب الرئيسي لهذه القوة إلي يتمتع بها الاجتهاد القضائي من الناحية العملية يكمن في تسلسل أنواع المحاكم من جهة، فحين تتبنى محكمة النقض في أحكامها رأياً معيناً وتستقر عليه تتبنى بعدها سائر المحاكم هذا الرأي وتطبقه بانتظام، ولا شك في أن اجتهاد محكمة النقض ليست له من الوجهة النظرية أي قوة إلزامية، ويمكن لأية محكمة مخالفته إذا شاءت، ولكن المحاكم التي هي أدنى من محكمة النقض تدرك أن لا فائدة من مخالفة اجتهاداتها المستقرة؛ لأن أحكامها ستنتقض إن هي فعلت ذلك، لذا فهي تلزم نفسها غالباً بتلك الاجتهادات سواء اقتنعت بها أم لم تقتنع، حتى لا تكون أحكامها عرضة للنقض، وعلى هذا تصدر عن محكمة النقض أحكام تتضمن مبادئ قانونية، يطلق عليها اسم "الأحكام المبادئ"، وهكذا ينشأ اجتهاد ثابت مستقر تطبقه جميع المحاكم كما تطبق قواعد القانون، وليس ما يمنع محكمة النقض من تغيير اجتهادها الثابت إذا دعت الحاجة لتغييرها، وعندئذ يحصل تغيير في الاجتهاد، وينشأ اجتهاد جديد لدى محكمة النقض يصبح فيما بعد اجتهادها المستقر الذي تنقيد به المحاكم الأخرى.

¹ محفوظ بن صغير، مرجع نفسه، ص 261.

وقد كان للتطبيق العملي لأحكام الأسرة في البلاد العربية-ومنها الجزائر-الأثر الكبير على الاجتهاد القضائي، فحينما توجد مشكلة لم يتناولها القانون المعمول به يقترح ما يعطي هذه المشكلة عن طريق الاجتهاد، وعندما تظهر صعوبة في تطبيق مادة ما، أو في حال تعدد الأفهام حولها، يأتي التعديل الجديد عن طريق الاجتهاد ليضع حدا للاختلاف، وينقل القانون إلى صياغة أمثلة تساعد في ضبط التعليق نحو الأفضل، ومن أمثلة ذلك ما يلي:¹

أولا : ليس للمرأة حق التطليق بسبب فقد زوجها أو غيابه عنها بالسجن أو السفر، وفقا للمذهب الحنفي المطبق في كثير من الأقطار الإسلامية، حيث جاء التعديل ليأخذ برأي الجمهور الذي يعطي المرأة حق طلب التفريق لهذه الأسباب، وذلك رفعا للضرر عنها، وهو ما نصت عليه المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا : ليس للمرأة الحق في طلب فسخ عقد الزواج لسبب الإعسار بالنفقة اعتمادا على المذهب الحنفي الذي لا يجيز ذلك، فجاء التعديل (الاجتهاد) ليأخذ برأي الجمهور الذي يعطي للمرأة حق طلب الفسخ لهذا السبب، وهو ما نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

ثالثا : وبخصوص كثرة دعاوى الزوجات بعدم الإنفاق عليهن لمدة طويلة سابقة على رفعالدعوى يصعب إثباتها أحيانا، جاء التعديل ليعطي المرأة حقها في النفقة المستحقة سابقا إذا ثبت ذلك بالبينة، وهو ما نصت عليه المادة 80 من الأمر رقم 84_11 لسنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.²

المطلب الثالث: دواعي الاجتهاد القضائي وآثاره في أحكام الأسرة

يستند الاجتهاد في قضايا الأسرة إلى الدواعي التالية:

أولا-التيسير ورفع الحرج عن الناس: فإذا ثبت وقوع الناس في الضيق والحرج باتباع رأي فقهي ما، وكان في الفقه الإسلامي بديل للرأي المتبع دون مخالفته النصوص الشرعية، جاز العدول عن المادة القانونية

¹محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 262.

²محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 262_263.

المؤدية إلى الحرج إلى مادة أخرى مكانها مستمدة من أيسر المذاهب الفقهية، ما لم يؤد تطبيقها إلى مفسد أكبر منها.¹

ثانيا - الحاجة التي تقتضيها حياة الناس: وتجدد أعرافهم وعاداتهم وتقاليدهم، فإذا دعت الحاجة إلى إجراء تعديل على نص سابق، استند على عرف أو أدى تطبيقه إلى مناقضة الغاية التي شرع الحكم من أجلها، جاز لولي الأمر إعادة الأمر إلى نصابه، بوضع التدابير والنصوص التي تحقق غايات الشرع من أحكامه معتمدا على أسس شرعية.

ثالثا - الاستفادة من المناهج القانونية الحديثة: مع الاحتفاظ بهوية الفقه الإسلامي، وعدم الإكثار من استعمال المصطلحات القانونية بديلا عن المصطلحات الفقهية.²

رابعا - مراعاة قيم الأمة وأعرافها: ذلك أن الغاية الأساسية من سن القوانين تتمثل في إصلاح المجتمعات وتنظيمها.³

الفرع الثاني: آثار الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة

من أبرز الآثار الإيجابية للاجتهاد القضائي في مجال الأسرة ما يلي:

أولا: إن الاجتهاد وفق الضوابط الشرعية من طرف القضاة فيه نماء للفقه الإسلامي وثناء للقانون ومواكبة لتطورات الحياة ومستجداتها المتشعبة.

ثانيا: إن الاجتهاد في الأحكام الشرعية يحقق المقاصد الشرعية التي من أجلها شرعت الأحكام في موضوع الأحوال الشخصية، لأن الغاية من الاجتهاد هو تحقيق لمقصد الشريعة من سن الأحكام.

ثالثا: إن الاجتهاد يحمي الفقه الإسلامي في قضايا الأحوال الشخصية من اللجوء إلى استخدام الأبواب غير المشروعة فبالاجتهاد يحل المشاكل التي تحدث، ببناء الأحكام الشرعية المناسبة لها.

¹ سيد معين الدين قدرى، التقليد والتلفيق في الفقه الاسلامي، مجلة المسلم المعاصر، دار الفكر، بيروت، دمشق، ط1، 2000،

ص119.

² محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص270.

³ محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص271.

رابعاً: إن في الاجتهاد رد فعلي للذين يشكون في مرونة وصلاحيّة أحكام الشريعة لكل زمان ومكان وقدرتها على معالجة كافة المشاكل التي تطرأ وإيجاد الحلول المناسبة لكل المستجدات

خامساً: تفعيل وتحريك الطاقات الفاعلة لدى الفقهاء وفتح باب الاجتهاد لإعادة الدور الريادي للفقهاء الإسلامي في مجال القضاء.¹

خلاصة الفصل:

في هذا الفصل، قُدِّمَ عرض شامل للمذهب المالكي من حيث تعريفه ومراحله التاريخية وصولاً إلى دوره ومرجعياته في الفتوى والقضاء، مع التركيز على حضور المذهب في الجزائر. كما تُمَّ تناول الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري، حيث وُضِّح مفهومه القانوني ومجالات استخدامه، بالإضافة إلى تطوره في قانون الأسرة ودوافعه وأثره في الأحكام القضائية. وبذلك، يوفر الفصل أساساً نظرياً مهماً لفهم كيفية تأثير المذهب المالكي على الاجتهاد القضائي في القانون الجزائري، وخاصة في قضايا الأسرة.

¹ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 270-272.

الفصل الأول:

الاجتهاد القضائي في اركان عقد الزواج وشروط انعقاد

تمهيد:

لقد أولى الاسلام أهمية بالغة للزواج و وضع له نظاما محكما لتحقيق الاستقرار الأسري و لما له من عظيم الشأن و جليل الأثر على الفرد و الأسرة و المجتمع فضلا عن أنه استجابة لحقائق الفطرة و مناط الشرف فجعل ارتباط الرجل بالمرأة ارتباطا نبيلًا قائما على رضاها. ويتناول هذا الفصل بالتحليل ثلاثة مباحث أساسية تُبرز تدخل القضاء في ضبط الجوانب التأسيسية لعقد الزواج. فيُعالج المبحث الأول الأركان التي يقوم عليها العقد، أما المبحث الثاني، فيُسلط الضوء على مسألة استحقاق الزوجة للصدّاق بوفاة الزوج قبل الدخول، أما المبحث الثالث، فيتناول حضور الشهود في عقد الزواج.

المبحث الأول: مسألة وجوب توفر الأركان في عقد الزواج

لعقد الزواج كبقية العقود أركان ضرورية لا بد من توافرها لقيامه و قد عالجت المحكمة العليا مسألة أركان عقد الزواج انطلاقاً من أحكام الفقه المالكي و للوصول إلى بيان ذلك حري بنا التطرق مفهوم أركان عقد الزواج في الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري (المطلب الأول) و بيان أحكامها (المطلب الثاني) ثم في الاجتهاد القضائي الأسرى الجزائري (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم أركان عقد الزواج في الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: مفهوم الزواج

أولاً: تعريف الزواج و أهميته

1-تعريف الزواج:الزواج لغة هو الارتباط أو المصاحبة بين شيئين، ومنه قولته تعالى: ﴿احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ﴾[سورة الصافات: الآية 22] أي وقرناءهم، وهو أيضا الاقتران بعقد النكاح فيقال زوجه امرأة، أي أنكحه إياها، وتزوج امرأة أي نكحها، وفي ذلك قوله تعالى: ﴿كَذَلِكَ وَوَجَّهْنَاهُمْ حُجُورَ عَيْنٍ﴾[سورة الدخان: الآية 54] أي قرناهم بهم¹ كما يأتي الزواج بمعنى النضير، حيث قال الزجاج في قوله تعالى: ﴿احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ﴾[سورة الصافات: الآية 22]، "بمعنى نظراءهم وضرباءهم، فالزوج نظير الزوجة"²، ومنه قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا إِلَى الْأَرْضِ كَمْ أَنْبَتْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ زَوْجٍ كَرِيمٍ﴾[سورة الشعراء : 7].

¹ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم ابن منظور الافريقي المصري (ت: 711) ، لسان العرب، دار بيروت للطباعة والنشر، الطبعة الأولى (1410هـ - 1990م)، ج 2، ص 293 .

²ابن منظور، المرجع نفسه، ج 2، ص 239.

أمّا في الاصطلاح الشرعي، فقد صاغ الفقهاء تعريفاتٍ متقاربة، تتباين في العبارة لكنها تتوحد في مقصدها الأساس؛ إذ تدور جميعها حول بيان أنّ العقد يُبيح استمتاع الرجل بزوجته و قد عرفه أبو زهرة بأنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق، وما عليه من واجبات"¹.

و ذهب المشرع الجزائري في تعريفه للزواج في المادة الرابعة من قانون الأسرة علّانه: " عقد يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب "².

2-أهمية الزواج : للزواج أهمية عظيمة لماله من تأثير يمتد من الفرد الى الأسرة و المجتمع و تتمثل هذه الأهمية في عدة نقاط أهمها التالي :

أ-الزوجية تمثل أساس الخلق في الإنسان وسائر المخلوقات³ قال تعالى :﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾[سورة الذاريات: 49].

ب-الزوجية آية الله في خلقه في ذلك يقول ﷺ :﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[سورة الروم:21]

ج-يُعد الخلق على هذا النحو دلالة باهرة على عظمة الله، وبياناً لقدرته ، وعلمه المحيط، وحكمته البالغة.⁴

¹ أبو زهرة : محمد أحمد مصطفى أحمد أبو زهرة (ت: 1394)، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، ص 17.

² المادة (4 ق.أ.ج) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في: 2005/02/27 وحررت في ظل القانون 84-11 المؤرخ في:

1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، كما يلي: "الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

³ عمر سليمان الأشقر(ت:2012)، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، دار النفائس، الأردن، ط1، (1418هـ-1997م)،

ص17.

⁴ عمر سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص 17 .

د- استمرار النوع الإنساني ضمن إطار شرعي: كل كائن حي يحتاج إلى التكاثر لضمان بقاء نوعه، وينطبق هذا على الإنسان أيضًا. غير أن خصوصية الإنسان وكرامته التي منحها الله إياها، اقتضت أن يكون تكاثره من خلال وسيلة مشروعة ومشرفة، وهي الزواج. ولو ترك الأمر دون تنظيم، عبر اختلاط غير مضبوط، لأدى ذلك إلى اختلاط الأنساب، واندلاع النزاعات، وانهيار القيم الأخلاقية والاجتماعية. بذلك قال ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾ [سورة النساء، الآية 1].

هـ- صيانة النفس بإشباع الغريزة الجنسية في إطار الزواج: من أبرز الغايات التي شرع الزواج من أجلها، تلبية الحاجة الغريزية لدى الإنسان بطريقة مشروعة وسليمة، تحفظ الكرامة وتصور المجتمع. فلو تركت هذه الحاجة دون إطار شرعي كالزواج، لانجرف كل من الرجل والمرأة إلى انتهاك الحرمات وارتكاب الفواحش، مما يؤدي إلى تفشي الفساد والخلل الأخلاقي. ويؤكد هذا المعنى الحديث الشريف يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباء فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"¹.

ثانيا: مشروعية الزواج و طبيعته القانونية

1- مشروعية الزواج: النكاح مشروع بدلالة النصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية، وباتفاق علماء الأمة. و منه قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنَّ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يَغْنَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [سورة النور: 32]. تتضمن الآية أمراً صريحاً للأولياء بتزويج من لا زوج له من الرجال والنساء، حيث يُقصد بـ"الأيامى" جمع أيم، أي الذين لم يتزوجوا من كلا الجنسين، وإن كان استعمالها أكثر في النساء.²

¹ أخرجه ابن ماجة في سننه (ت: 273هـ)، تحقيق فؤاد عبد الباقي، دار الاحياء العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، ج1، ص592 ورواه البخاري في كتاب النكاح باب من لم يستطع الباء فليصم 5/1950 (4779) ومسلم في كتاب النكاح باب استحباب النكاح لمن تافت نفسه اليه و وجد مؤنة و اشتغال من عجز عن المؤن بالصوم 2/1018 (1400).

² القرطبي: ابو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2 (1384هـ-1964م)، ج15، ص229.

وقد وردت في السنة النبوية أحاديث عديدة تحت على الزواج وتبين فضله، من ذلك قوله صلى الله عليه و سلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج" ¹، كما وردت أحاديث أخرى تحذر من ترك الزواج منها قوله: "النكاح سنتي فمن لم يعمل بسنتي فليس مني" ².
وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على أن النكاح مشروع ³.

2- الطبيعة القانونية للزواج: اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لعقد الزواج، فمنهم من اعتبره مجرد اتفاق لا يرقى إلى مرتبة العقد، ومنهم من قرر أنه عقد قانوني. وقد تباينت آراء الفريق الثاني أيضاً، فذهب بعضهم إلى اعتباره عقداً مدنياً، في حين رأى آخرون أنه عقد ديني. كما دار خلاف آخر حول طبيعته من حيث الشكل، بين من اعتبره عقداً رضائياً يُبنى على إرادة الطرفين، ومن قال إنه عقد شكلي يتطلب توفر شروط شكلية كالإيجاب والقبول أمام الشهود ووجود الولي. وسنتناول هذه الاتجاهات باختصار فيما يلي:

أ- الزواج عقد أم مجرد اتفاق: قبل الوقوف على موقف المشرع الجزائري، من المفيد عرض ما

ذهب إليه الفقه بشأن الطبيعة القانونية للزواج. فقد رأى بعض الفقهاء، ومنهم السنهوي، أن الزواج لا يُعد عقداً بالمعنى الفني، بل مجرد اتفاق خارج عن نطاق المعاملات المالية، قائلاً: "يجدر ألا تُعد هذه الإتفاقات عقوداً، وإن وقعت ضمن القانون الخاص، لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية" ⁴. في المقابل، يرى فريق آخر أن الزواج يرقى إلى مرتبة العقد، نظراً لكونه تصرفاً إرادياً يُنشئ التزامات متبادلة. وقد حسم المشرع الجزائري هذا الخلاف من خلال المادة الرابعة من قانون الأسرة، التي تنص

¹ سبق تخريجه.

² أخرجه ابن ماجه في سننه (ت: 273هـ)، تحقيق فؤاد عبد الباقي، دار الاحياء العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، ج1، ص592.

³ ابن قدامة: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت: 620)، المغني، تحقيق طه الزيني و محمود عبد الوهاب فايد و عبد

القادر عطى و محمود غانم غيث، مكتبة القاهرة، ط1 (1388-1389هـ)، ج1، ص4.

⁴ السنهوي.

صراحةً على أن: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..."، مما يدل بوضوح على اعتباره عقدًا شرعيًا¹.

ب- الزواج عقد مدني أم ديني أم هو ذو طبيعة أخرى: اعتبره بعضهم عقدًا مدنيًا مستندين إلى

أن قوانين الأحوال الشخصية تندرج ضمن القوانين الوضعية، ومن هؤلاء عمر فروخ الذي وصف الزواج بأنه "عقد مدني لفظي أو خطي بين رجل وامرأة بالغين راشدين يُحفظ به العفاف والصالح وتنشأ به الأسرة". في المقابل، رأى آخرون أنه عقد ديني يخضع للأحكام الشرعية، معتبرين أن القانون المدني لا ينظم سوى المعاملات المالية، بينما ينظم الزواج ضمن إطار ديني. وذهب فريق ثالث إلى اعتباره عقدًا مدنيًا ذا طبيعة خاصة نظرًا لما يحمله من قدسية. كما رأى بعضهم أنه عقد شرعي لورود النصوص الدينية المبيّنة له دون اشتراط طقوس دينية كحضور رجل الدين. ويؤكد هذا الاتجاه ما جاء في المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري، التي عرّفت الزواج بأنه "عقد شرعي"².

ج- عقد الزواج بين الرضائية والشكلية: ذهب البعض إلى اعتبار عقد الزواج عقدًا رضائيًا لقيامه

على إرادة الطرفين، ذهب الرأي الراجح - والذي أقرّه القضاء الجزائري فيما سبق - إلى اعتباره عقدًا شكليًا، نظرًا لاشتراط حضور الشهود ووجود الولي، وهما من الشروط الشكلية. وقد دعم المشرّع هذا الاتجاه بإضافة شروط إدارية وتنظيمية تضمن ترتب الآثار القانونية للعقد³.

¹ مخربش منصورية، أركان الزواج و شروطه دراسة مقارنة بين الشريعة و قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع قانون خاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، كلية الحقوق، 20-2022، ص 17.

² مخربش منصورية، المرجع نفسه، ص 18.

³ مخربش منصورية، المرجع السابق، ص 18.

الفرع الثاني: تعريف الركن لغة و اصطلاحا

أولاً: التعريف اللغوي: الركن بالضم: "الجانب الأقوى من كل شيء، والجمع أركان وأركان، وأركان العبادات: جوانبها التي عليها مبناها وبتركها بطلانها. والمعنى هو جانب الشيء الذي يستند إليه ويقوم به، كأركان البيت وهي زواياه التي تمسك ببناءه"¹.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي: خالف فقهاء الحنفية جمهور المالكية والشافعية والحنابلة في بيان معنى الركن على النحو التالي:

1- عند الجمهور: "هو ما يتوقف عليه وجود الشيء و ان لم يكن جزءا داخلا في حقيقته"²

2- عند الحنفية: "هو ما يتوقف عليه وجود الشيء و كان جزءا داخلا في حقيقته"³.

نظراً لاختلاف الفقهاء في تحديد مفهوم الركن، لم يحصل اتفاق مطلق بينهم حول أركان الزواج، إذ ذكر كل مذهب ما يعتبره ركناً من أركان العقد، وإن كان بعض تلك الأركان محل اتفاق بينهم.

المطلب الثاني: أركان عقد الزواج في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري

الفرع الأول: أركان عقد الزواج في الفقه الاسلامي

أولاً: أركان الزواج عند جمهور الفقهاء: عدد الجمهور من المالكية والشافعية وبعض الحنابلة أركان الزواج على اختلاف ظاهري فيما بينهم كما أن المشرع الجزائري حدد أركان عقد الزواج في المادة التاسعة من قانون الأسرة الجزائري .

ذهب بعض فقهاء المالكية إلى أن أركان عقد الزواج تتمثل في: الولي، والصدّاق، والمحل، والصيغة¹، دون إدراج الشهود ضمن هذه الأركان، لكون ماهية العقد في نظرهم لا تتوقف على

¹ نخبة من اللغويين بجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط2 (1392هـ-1972م)، ص 370-371.

² وهبة الزحيلي: وهبة بن مصطفى الزحيلي (ت: 2015)، الفقه الاسلامي و أدلته، دار الفكر، سوريا، ط 4، ج4، ص 2930.

³ وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 2930.

وجودهم. وقد علّل الشيخ محمد البناني هذا الاتجاه بقوله إن العقد لا يمكن تصوّره شرعاً من دون طرفين عاقلين، وهما الولي والزوج، ومعقود عليه وهو الزوجة. كما أن النكاح لا ينعقد عندهم مع إسقاط المهر، غير أن ذكره عند العقد لا يُعد شرطاً لصحة العقد، إذ يصح نكاح التفويض ونكاح التحكيم²، ولا يتصور العقد إلا بصيغة.

وإذا كان بعض فقهاء المالكية يعدون أركان الزواج خمسة "العاقدان -زوج وزوجة- الولي، الصداق، الصيغة"³، فإن بعضهم يعدونها ثلاثة كما ذهب إلى ذلك أحمد الدردير، فإنه قد صرح بأن أركان النكاح ثلاثة هي: المحل والولي والصيغة، وإن كان قد اعتبر الزوج والزوجة ركناً واحداً وعبر عنهما بالمحل، فهي في الحقيقة تعتبر أربعة. وقد علّل انحصار الأركان فيما ذكره من الولي والمحل والصيغة بأن العقد لا يحصل إلا من اثنين على حلّ شيء بما يدل عليه، ولم يعتبر المهر ركناً كما اعتبره بعض علماء المذهب حيث يزيد الدسوقي ركناً رابعاً وهو الصداق، فقد جاء في حاشيته على الشرح الكبير: "أركانه أربعة: الأول ولي والثاني صداق والثالث محل زوج وزوجة، والرابع صيغة"⁴.

قال الخطّاب: "أما الولي والزوجة والزوج والصيغة فلا بد منها، ولا يكون نكاحاً شرعياً إلا بها، لكن الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان". وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما، غاية الأمر أنه شرط في صحة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصداق، ويشترط في جواز الدخول بالإشهاد⁵.

يرى جمهور فقهاء الشافعية أن الشاهدين يُعدّان من أركان عقد الزواج، إضافة إلى الأركان المتفق عليها، إلا أنهم اعتبروها ركناً واحداً لا اثنين، على خلاف موقفهم من الزوجين اللذين عُدَّ كل

¹ أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي: مواهب الجليل من أدلة خليل، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط1 (1403هـ)، ج3، ص22.

² عبد السميع الابی الأزهری، جواهر الإكليل في شرح مختصر الشيخ خليل، المكتبة الثقافية، بيروت، ج1، ص277.

³ الخطّاب: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي (ت: 954)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3 (1412هـ)، ج3، ص419.

⁴ الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، (د ط، د ت)، ج2، ص220.

⁵ الخطّاب، المرجع السابق، ص419.

منهما ركناً مستقلاً. وقد يُعزى هذا الجمع بين الشاهدين في ركن واحد إلى كونهما يشتركان في نفس الشروط ولا يتم العقد بأحدهما دون الآخر، فالعقد يتعلق بهما معاً. وبناءً عليه، عدّ الشافعية أركان الزواج خمسة: الصيغة، والزوج، والزوجة، والولي، والشاهدان. أمّا المهر، فقد أدرج ضمن أحكام الزواج لا ضمن أركانه. وقد ذهب بعض فقهاء الشافعية إلى القول بأن حضور الشاهدين شرط لا ركن، غير أن تساهل العلماء في التعبير أوقعهم أحياناً في عدّهما ركنًا، استناداً إلى ما لهما من أهمية متعلقة بإشهار الزواج، مما جعلهما في مرتبة الجزء المتمم للعقد، وإن لم يكونا من ماهيته. أمّا فقهاء الحنابلة، فقد ذهبوا إلى أن أركان الزواج ثلاثة فقط، هي: الزوجان، والإيجاب، والقبول، إذ اعتبروا أن ماهية العقد لا تقوم إلا بهذه العناصر، وأنه لا ينعقد دون توفرها¹.

ثانياً: أركان الزواج عند الحنفية: يرى فقهاء الحنفية أن الركن الوحيد في عقد الزواج هو الصيغة، أي الإيجاب والقبول، وهو ما وافقهم عليه بعض فقهاء الحنابلة. غير أن هذا التصور، وبالرغم من اقتضائه الظاهري على الصيغة، يتضمن ضمناً عناصر أخرى لا ينفك العقد عنها، وهي العاقدان والمعقود عليه. ذلك أن وجود الإيجاب والقبول يقتضي بالضرورة وجود طرفين يصدر عنهما، وهما الزوج والزوجة، كما يستدعي وجود محل يقع عليه العقد، وهو المرأة المعقود عليها. وعليه، فإن الصيغة عندهم تشمل في معناها الضمني الأركان الأساسية للعقد، من عاقلين ومعقود عليه².

الفرع الثاني: أركان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

شهدت التشريعات المتعلقة بقانون الأسرة في الجزائر تحولات جوهرية في موقف المشرع من أركان وشروط عقد الزواج، لا سيما مع تعديل قانون الأسرة لسنة 2005. قبل هذا التعديل، كان الموقف التشريعي متبايناً، حيث اعتبر المشرع أن للزواج أركاناً محددة دون الإشارة إلى شروط الزواج بشكل صريح، فحدد الأركان في الرضا، والولي، والشاهدين، والصدّاق، مستنداً بذلك إلى أحكام المذهب المالكي. كما خصّص الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون لموانع

¹ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في الفقه و أصوله، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2009، ص 325.

² محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص 326.

الزواج، دون توضيح ما إذا كانت تعد من الشروط أو الأركان. ووفقاً لذلك، رتب القانون آثاراً قانونية على اختلال الأركان، منها الفسخ في حال اختلال ركن واحد، والبطان إذا اختل أكثر من ركن، كما ثبت الزواج بعد الدخول عند اختلال ركن واحد. أما بعد تعديل سنة 2005، فقد تبنى المشرع موقفاً مختلفاً، إذ اعتبر أن ركن الزواج الوحيد هو الرضا، متوافقاً بذلك مع المذهب الحنفي، مما يعكس توجهاً نحو تبسيط أركان العقد والتركيز على عنصر الإرادة الحرة للطرفين.

حدد المشرع الجزائري أركان عقد الزواج في المادة التاسعة من قانون الأسرة، والتي نصت على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"¹، وعليه فإذا اختل ركن الرضا ت ي رتب عليه حكماً بالبطالان، وفقاً للفقرة الأولى من المادة 33 التي تنص على أنه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"²، ومما يمكن ملاحظته في هذا الصدد ما يلي:

أولاً: سار المشرع الجزائري وفق مذهب الحنفية وما ذهب إليه بعض الحنابلة في جعل ركن الزواج الإيجاب والقبول المعبر عنهما بالصيغة التي ينشأ بها العقد، وهي الأسلوب الذي يلجأ إليه المتعاقدان للتعبير عن رضاهما بالعقد سواء جرى ذلك بطريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل. وقد عني الفقهاء عناية فائقة بموضوع الصيغة التي اعتبرها الحنفية الركن الوحيد في انعقاد العقد، كما عني بها الجمهور كذلك باعتبار أن الرضا هو المعنى الذي تدور حوله أركان العقد، والرضا أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه وتتوب الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره لأنها هي التعبير عنه وهي الشكلا الذي يعتد به وتتخذ هذه الصيغة شكل الإيجاب والقبول³.

ومنه فإن الرضا لا يعد ركناً من الأركان؛ لأنه أمر معنوي داخلي نفسي لا مجال لإدراكه ولا الإحساس به، وإنما يعبر عنه بالصيغة التي تمثل الركن، والمعبر عنها بالإيجاب والقبول؛

¹ عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 وحرر في ظل القانون 84-11 المؤرخ في / 1984 6/9 كما يلي: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصادق"

² عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في: 2005/02/27 وحرر في ظل القانون 84-11 المؤرخ في / 1984 6/9 كما يلي: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صادق يفسخ قبل الدخول ولا صادق فيه، ويثبت بعد الدخول بصادق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد"

³ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 327

لأن الرضا في حقيقته شرط انعقاد وليس ركناً، ذلك لأن شروط الانعقاد هي تلك الشروط التي يطلب توافرها في أركان العقد عند انعقاده، والرضا مطلوب توافره عند الزوجين حال إبرام عقد الزواج. ومن هنا يتبين أن الركن الحقيقي للعقد هو المعبر عنه بالقول أو الفعل أو الكتابة أو الإشارة. وإلى هذا المعنى تشير عبارات الفقهاء القدامى، جاء في الوسيط: "الصيغة هي الإيجاب والقبول الدالان على جزم الرضا دلالة صريحة قاطعة"¹، وجاء في مواهب الجليل: "الصيغة المطلوبة من الزوج هي كل ما دل على القبول، كقبولت وقال في الشرح الكبير: ورضيت واخترت"²، وعليه يكون من الأفضل صياغة المادة التاسعة على اعتبار أن ركن الزواج هو الصيغة وفق النحولاتي: "ينعقد الزواج بتبادل الإيجاب والقبول الدالين على الرضا"³.

على أنه بالرجوع إلى المادة العاشرة التي جاءت مفسرة لمعنى الرضا بنصها: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة". فإن المشرع الجزائري قد سكت عن ذكر الطريقة التي يعبر بها الطرفان عن إرادتهما ورضاهما بالزواج، ما إذا كانا للتعبير عن الرضا صادراً عنهما شخصياً في مجلس العقد، أو عن طريق الولي أو المفوض أو الوكيل الخاص⁴.

ثانياً: إن اعتماد المشرع الجزائري للرضا. المتمثل في الإيجاب والقبول. كركن وحيد لانعقاد عقد الزواج، يُعدّ عدولاً صريحاً عن الموقف الذي كان عليه قبل تعديل قانون الأسرة رقم 84-11⁵، حيث كان يأخذ بأحكام المذهب المالكي التي تُعدّ الولي من أركان الزواج. وقد كان هذا ظاهراً بوضوح في نص المادة التاسعة من القانون قبل تعديلها، والتي كانت تنص على أن: "يتم عقد الزواج برضا

¹ الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، (ت: 505هـ)، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط 1 (1417)، ج 5، ص 44.

² الخطاب، المرجع السابق، ص 422.

³ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 328.

⁴ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 328.

⁵ الأمر رقم 84-11 المؤرخ في: 09/06/1984، المعدل و المتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في: 27/02/2005.

الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصادق". ويُفهم من هذا التحول أن المشرع الجزائري يتجه تدريجياً نحو تقليص دور الولي في عقد الزواج، بما يُقرب موقفه من المذهب الحنفي، الذي لا يشترط الولاية لانعقاد النكاح¹.

ثالثاً: أن المشرع الجزائري قد ذكر تحت عنوان أركان الزواج الشروط اللازمة لتوافرها في عقد الزواج حسب المادة التاسعة مكرر، والتي نصت على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"، وكان عليه أنيفرد ذكر هذه الشروط تحت مسمى شروط عقد الزواج.

وخلاصة القول، أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة، بعد تعديله لسنة 2005، حصر أركان عقد الزواج في عنصر واحد فقط، هو الرضا، المعبر عنه بالإيجاب والقبول، وذلك من خلال نص المادتين 9 و 10 من القانون. غير أنه لم يفصل عناصر هذا الرضا أو مكوناته على نحو دقيق، مما يفتح المجال للرجوع إلى ما قرره الفقه الإسلامي من أحكام وضوابط في هذا السياق، قصد استكمال الفراغ التشريعي وضمان انسجام التطبيق القضائي مع المقاصد الشرعية للعقد.

المطلب الثالث: اجتهاد المحكمة العليا في مسائل أركان عقد الزواج.

ذهبت المحكمة العليا في عديد من قراراتها إلى ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي في تحديد أركان الزواج بـ الرضا و الولي و الصداق و الشاهدين - فنصت في قرار 34438 بتاريخ 1984/09/24 على ما يلي: " متى كان من المقرر شرعاً أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا على أركان مبينة بوضوح ، و يقول ابن أبي زيد القيرواني في رسالته " لا نكاح الا بولي و صداق و شاهدي عدل"² و أيضا لا يزوج البنت أب ولا غيره الا برضاها و تأذن بالقول و من ثم فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

¹ محفوظ بن صغير، المرجع نفسه.

² ابن أبي زيد القيرواني: أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن النفزي القيرواني المالكي (ت: 386هـ)، متن الرسالة، دار الفكر، ص 89.

و لما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف، و من جديد قضا ب صحة الزواج بين الطاعنين اعتمادا على تصريحات شهود لا يتبين منها توافر هذه الأركان، فانهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشرع¹.

استقر اجتهاد القضاء الجزائري على اعتبار ركن الرضا، المعبر عنه بالإيجاب والقبول، هو الركن الأساسي لانعقاد عقد الزواج. وبناءً على ذلك، فإن انعدامه يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، وذلك انطلاقاً من كون الرضا يُعدّ جوهر العلاقة الزوجية، وشرطاً جوهرياً لقيامها، بما ينسجم مع ما نصت عليه المادة 9 من قانون الأسرة بعد تعديلها، ومع المبادئ العامة في الفقه الإسلامي التي تُعلي من شأن الإرادة الحرة في العقود.

و جاء في نص قرار اخر ما يلي: " حيث جاء في قول الشيخ خليل الجزء الثاني الصفحة 203 " و ركنه أي اركانه الاربعة الاول ولي الثاني صداق و الثالث محل زوج و زوجة معلومان خاليان من الموانع الشرعية و الرابع صيغة²، و صح بتسمية صداق وهبت لك ابنتي او تصدقت عليك بها بكذا فان لم يسم صداقا لم ينعقد و قال شارحه صفحة 203 فقرى 2 و مرادهم بالركن ما تتوقف عليه حقيقة الشيء فيشمل الزوج و الزوجة و الولي و الصيغة"³.

وتأسيساً على ما سبق، يُستفاد من توجهات القضاء الجزائري أنه في العديد من اجتهاداته قد سار على نهج فقهاء المالكية، حيث اشترط لصحة انعقاد عقد الزواج توافر رضا الطرفين، يُعبر عنه بألفاظ تُفيد معنى الزواج لغةً أو شرعاً، يتم تبادلها في مجلس واحد، وبحضور شاهدين عدلين، مع تسمية صداق يُمنح للزوجة. ويُعدّ هذا الموقف القضائي تأكيداً لانسجام القضاء مع المرجعية الفقهية التي يستند إليها قانون الأسرة، رغم الاقتصار في النصوص القانونية على الرضا كركن وحيد.

من الملاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد أركان عقد الزواج بنص المادة 9 من قانون الأسرة (قبل التعديل) ، حيث جاء فيها: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين وصداق".

¹ القرار رقم: 34438، المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 1984/09/24، المجلة القضائية 1990، العدد 1، ص 64.

² محمد بن أحمد عlish، كتاب منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط 1 (1404 هـ)، ج 3، ص 266.

³ القرار رقم: 51107، المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 1989/01/02، المجلة القضائية 1992، العدد 3، ص 63.

كما نصت المادة 10 من قانون الأسرة على أن: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً..."، غير أن هذه النصوص، وإن كانت تؤسس للأركان العامة لعقد الزواج، لم تتطرق بدقة إلى الكيفية أو الصيغة اللفظية التي يتم بها الإيجاب والقبول، مما فتح المجال للاجتهاد القضائي في هذا الباب.

وبالتالي، فإن القضاء الأسري الجزائري قد عوّض الفراغ التشريعي الجزئي في تحديد الصيغة الشرعية للرضا، بالرجوع إلى آراء فقهاء المالكية الذين قرروا أن الإيجاب والقبول يكون بكل لفظ صريح يدل على الزواج في العرف واللغة، سواء أكان بلفظ "أنكحتك" أو "زوجتك"، وهو ما يعكس تماهي الاجتهاد القضائي مع أصول الفقه المالكي في تنظيم الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني: مسألة استحقاق الزوجة للصدّاق بوفاة الزوج قبل الدخول

يعد الصدّاق من الحقوق المالية الناتجة عن الزواج، وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بوضع أحكامه وتحديد أنواعه وحلول مسائل النزاع وكذا حالات استحقاقه، ويعتبر أحد الحقوق الذي أقره الله سبحانه وتعالى للزوجة، وهي تتصرف فيه كما تشاء والمشرع الجزائري أعطاه أهمية كبيرة في النصوص القانونية، تماشياً مع أحكام الشريعة وللصدّاق مجموعة من المواد لتنظيم أحكامه من المادة 14 إلى المادة 17 والمادة 33 من قانون الأسرة وللوصول إلى الاجتهاد القضائي في مسألة استحقاق الزوجة للصدّاق بوفاة الزوج قبل الدخول (المطلب الثالث) كان حري بنا التطرق إلى بيان مفهوم الصدّاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (المطلب الأول) و التطرق لحالات استحقاقه كاملاً (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الصدّاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: تعريف الصدّاق

أولاً: التعريف اللغوي: عرف الصداق لغة بأنه: "دفع مال المُشهر بالرغبة في الزواج، أو هو مهر الزوجة، وجمعه أصدقة وصدق"¹، ويقال: المهر والطول والنحلة، والصداق حق لله تعالى²:

و قيل جمع الصدقة صدقات لقوله تعالى في كتابه العظيم: " وقيل: جمع الصدقة، {وَأَتُوا النِّسَاءَ صُذُقَاتٍ}، [سورة النساء: 04] .

والصداق له مسميات عدة منها: الصداق، الصدقة، المهر، النحلة، الأجر، الفريضة، العلائق، الحباء والعقر³.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي : تعددت التعاريف الفقهية للصداق، وكلها تدور حول معنى واحد، وهذه بعضها:

حيث عرفه الحنفية بأنه: "اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابل البضع"، وقد أخذ على هذا التعريف عدم شموله لما يجب بالوطء بشبهة، مما دفع بعض فقهاء المذهب إلى تعريفه بأنه: "اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء"⁴. و أما المالكية، فقد عرّفوا الصداق بأنه: "ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها"، كما عرّفه بعضهم بأنه: "المال الملتزم للمخطوبة لملك عصمتها". وفي حين عرّفه الشافعية بأنه: "ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً". وقد سُمّي مهرًا لإشعاره بصدق رغبة الزوج في النكاح، وهو الأصل في إيجابه. وقال البلقيني: "الأحسن أن يقال: هو اسم لما وجب بسبب عقد أو وطء أو تفويت بضع"، وذلك ليشمل المال وغيره، كتعليم صنعة، ويدخل ضمنه الوطء بشبهة، والرضاع، وشهادة الشهود ثم رجوعهم. أما الحنابلة، فقد عرفوه بأنه: "العوض في النكاح، سواء سُمّي في العقد أو فُرض بعده، بتراضي الزوجين أو بفرض الحاكم، أو ما في حكم النكاح كوطء الشبهة". ومن التعاريف المعاصرة، عرّفه بدران أبو العينين بدران بأنه:

¹ المعجم الوسيط، ص 510 .

² تواتي (ت: 2009) المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، دار الوعي، الجزائر، ج4، ط1، ص140.

³ بوجادة سمية، الآثار المالية للطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجامعة الأفريقية، أدرار، 2013-2014، ص93.

⁴ ابن عابدين :محمد أمين ابن عابدين (ت:1252)، حاشية رد المحتار، دار الفكر، بيروت، ط2، (1386هـ)، ج3، ص 100-101.

"اسم للمال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولاً حقيقياً"¹ كما عرفه عبد العزيز سعد بأنه: "المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربوناً ورمزاً لرغبته في الاقتران بها"².

تعريف المشرع الجزائري : عرف المشرع الجزائري الصداق في نص المادة من 14 قانون الأسرة بأنه: "هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

الفرع الثاني: التكييف الشرعي و القانوني للصداق

أولاً: التكييف الشرعي للصداق : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الصداق ليس ركناً من أركان عقد الزواج، ولا شرطاً من شروط صحته أو نفاذه أو لزومه، وإنما يعد من آثار العقد التي تترتب عليه بعد انعقاده. وعليه، فإن المهر يجب بمجرد تحقق العقد، ولو لم يُسمَ أو يُذكر فيه.

فمن تزوّج امرأة دون تحديد مهر، أو على مهر فاسد، أو مع اشتراط عدم المهر، فالعقد في كل هذه الصور صحيح، إلا أن الشرط باطل، ويجب للمرأة حينها مهر المثل. ويستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى: {لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً...}، [سورة البقرة: 236]، والآية تدل على صحة عقد الزواج دون تسمية الصداق فيه³.

وفي هذا السياق، صرح الماوردي بأن: "الصداق في عقد النكاح واجب، فإن تزوجها على غير صداق سمي في العقد، صح العقد وإن كرهنا ترك التسمية فيه"⁴.

أما في المذهب المالكي، فقد ذهب بعض فقهاء إلى اعتبار الصداق ركناً من أركان عقد الزواج، بدليل فساد العقد إن تضمن شرط إسقاطه؛ وذلك لأن عقد النكاح في نظرهم عقد معاوضة،

¹ بدران أو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، 1998، ج1، ص181 .

² محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص343.

³ محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص345.

⁴ الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (ت: 450)، الحاوي الكبير، تحقيق الشيخ علي محمد معوض الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1419 هـ)، ج9، ص393 .

ولا يصح اشتراط سقوط العوض فيه، فقد نصّ الدسوقي على اعتباره ركناً رابعاً، حيث قال في حاشيته: "أركانه أربعة: الأول: الولي، والثاني: الصداق، والثالث: المحل، والرابع: الصيغة".

أما الخطاب، فقد رأى أن الشهود والصداق لا ينبغي إدخالهما ضمن الأركان أو الشروط، لأن النكاح الشرعي قد يتحقق دونهما، ولكن مع ذلك يُشترط عدم اشتراط إسقاط الصداق، ويُشترط الإشهاد عند الدخول.

وقد أكد هذا التوجه ابن جُزَي بقوله: "الصداق شرط بإجماع، ولا يجوز التراضي على إسقاطه، ولا اشتراط سقوطه"¹. وإذا وقع العقد على شرط إسقاطه يُفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بصداق المثل. وهو ما ذهب إليه أيضاً الظاهرية².

ثانياً: التكييف القانوني للصداق : وكما سبق ذكره أيضاً فإن المشرع الجزائري كيف الصداق بأنه ركن من أركان عقد الزواج موافقاً لذلك المذهب المالكي ونص صراحة في المادة التاسعة من القانون 11-84 على أن الصداق هو ركن من أركان عقد الزواج، وهذا ما كرسته التطبيقات القضائية في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 17 مارس 1998 "ومتى تبين في قضية الحال أن المستأنفة أتت بشهود مبينين في شهادتهم أركان عقد الزواج من ولي وشهود وصداق"³. وعن طريق تعديل المادة التاسعة بموجب الأمر 02-05 لم يعدل المشرع عما هو مقرر عند بعض فقهاء المالكية فجعل الصداق شرطاً لصحة عقد الزواج بموجب المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة الجزائري، وذلك على غرار ما ذهب إليه معظم التشريعات العربية⁴.

وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 15 المعدلة من نفس القانون بقولها: "في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل"⁵، كما نصت الفقرة الثانية من المادة 33 على

¹ - ابن جزي: محمد بن أحمد بن محمد ابن جزي الكلبي، (ت: 741) قوانين الأحكام الشرعية، ص 200.

² - الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، (د ط ، د ت) ، ج2، ص 441.

³ - ملف رقم: 188707 القضائية، عدد خاص، 2001، ص 50 .

⁴ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 346.

⁵ - عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في: 2005/02/27 وحرر في ظل القانون 11-84 المؤرخ في: / 1984 6/9 كما يلي:

يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً.

أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

المطلب الثاني: حالات استحقاق الزوجة لكامل الصداق في الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: حالات استحقاق الزوجة لكامل الصداق في الفقه الاسلامي

أولاً: الدخول الحقيقي بالزوجة: يثبت للزوجة كامل الصداق المسمى إذا حصل الدخول الحقيقي، أي تم الوطء بعد انعقاد العقد الشرعي، وكان الزوج بالغاً والزوجة مطيقة، وذلك استناداً إلى قوله تعالى: {وَإِنْ أَرَدْتُمَا بُدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا} [سورة النساء: 20]، ووجه الدلالة من الآية أن الاستحقاق التام للصداق إنما يتحقق بالدخول، ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

أما إذا كان المسمى صداقاً فاسداً، فإن مهر المثل يتأكد بالدخول، في حين لا يثبت شيء في الذمة قبل الدخول. ويلحق بالدخول الحقيقي ما يُعرف بـ الدخول الحكمي أو الخلوة الصحيحة، وهي عند الحنفية والحنابلة بمنزلة الدخول الفعلي في ترتب استحقاق الصداق كاملاً، خلافاً للمالكية الذين لا يرون الخلوة الصحيحة كافية في تقرير كامل المهر، وإنما يشترطون الوطء الفعلي.

ثانياً: الموت قبل الدخول:² إذا توفي الزوج بعد انعقاد العقد، فإن الزوجة تستحق كامل الصداق المسمى، إضافة إلى نصيبها في الميراث. أما إذا توفيت الزوجة، فإن الصداق المترتب لها يتحول إلى تركة، ويُصرف إلى ورثتها بعد استيفائه من الزوج أو من تركته. وقد اختلف الفقهاء في حالة وفاة الزوج قبل الدخول بالزوجة وقبل تسمية الصداق، حيث يرى الحنفية أن الزوجة تستحق مهر المثل كاملاً، بينما يرى المالكية أنها لا تستحق صداقاً في هذه الحالة، وإنما يفرض لها المتعة فقط. أما المشرع الجزائري، فقد تناول المسألة بعبارات عامة دون تفصيل، إذ تنص المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري على استحقاق الزوجة للصداق بمجرد العقد، دون تمييز بين حالتي الدخول وعدم الدخول،

¹ بغورة السبتي لطلوحي نصر الدين، أحكام الصداق بين الفقه و القانون، مذكرة ماستر قانون الأسرة، الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020-2021، ص 98-99.

² بغورة السبتي، لطلوحي نصر الدين، المرجع نفسه، ص 100.

أو التسمية وعدمهما، وهو ما يُعدّ محلّ ملاحظة وانتقاد. أما بعد الدخول، فقد اتفق الفقهاء على استقرار الصداق واستحقاقه كاملاً. غير أن الخلاف وقع بينهم في الحالات التي يموت فيها أحد الزوجين قتلاً، سواء كان القتل عمداً أو خطأً، أو كان القاتل أحد الزوجين أو شخصاً أجنبياً.

ثالثاً: الخلوة الصحيحة:¹ تُعدّ الخلوة الصحيحة في عقد الزواج - عند من يقول بها - موجبة لتأكيد الصداق كالدخول الحقيقي، وذلك إذا اجتمع الزوجان في مكان مغلق يؤمن فيه الاطلاع عليهما، دون وجود مانع حقيقي أو شرعي أو طبيعى يحول دون الوطء، وتكون الزوجة مطيقة له، فإن حصل هذا الاجتماع ترتبت عليه آثار الدخول، ولو لم يقع وطء فعلي. وقد اختلف الفقهاء في مدى ترتب آثار الدخول على الخلوة الصحيحة، فذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الخلوة الصحيحة تقوم مقام الدخول الحقيقي في تأكيد الصداق ووجوب العدة. في حين خالفهم الشافعية والمالكية، فلم يرتبوا على الخلوة نفس آثار الدخول الحقيقي.

ويمكن إجمال الآثار المترتبة على الخلوة الصحيحة - وفق من قالوا بها - فيما يلي:

- 1- البينونة عند الطلاق: فإذا طلق الزوج بعد الخلوة الصحيحة، فإن الطلاق يُعدّ بائناً، وترتب عليه آثاره.
- 2- ثبوت الصداق كاملاً: تستحق الزوجة الصداق المسمّى كاملاً، وإن لم يكن مسمى، فتلزم بمهر المثل.
- 3- ثبوت النسب: لو طلقها بعد الخلوة، ثم ولدت بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ الطلاق، ثبت نسب الولد للزوج، كما هو الحال في الدخول الحقيقي.
- 4- وجوب العدة: فالعدة تجب بعد الخلوة الصحيحة، كما تجب بعد الدخول الفعلي، عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة. حرمة المصاهرة: تثبت حرمة الزواج من المحرّمات النسبيات للزوج بعد الخلوة الصحيحة، كحرمة نكاح أم الزوجة أو بنتها.

¹ بغورة السبتي، لطلوحي نصر الدين، المرجع السابق، ص 99-100.

5- وجوب النفقة والسكنى أثناء العدة: كما في حالة الطلاق بعد الدخول الحقيقي.

ويُشار إلى أن بعض الفقهاء قيدوا الآثار المترتبة على الخلوة، فذهبوا إلى أن ما يُثبت بالخلوة هو المهر والعدة فقط، أما ثبوت النسب فهو من آثار العقد الصحيح، بينما تُعدّ النفقة وحرمة المصاهرة من آثار العدة بعد الدخول أو ما يقوم مقامه.

الفرع الثاني: استحقاق الزوجة للصدّاق في قانون الأسرة الجزائري

أولاً: الدخول الحقيقي بالزوجة: وقد نصت عليه المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري¹ تستحق الزوجة الصّدّاق كاملاً بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، إذ يؤكد المهر المسمى وقت العقد أو المتفق عليه بعده أو مهر المثل فإن حصل دخول لا يسقط المهر بإبراء الزوجة أي تنازلها عنه، ومسقطاته الواردة في القرآن الكريم والحديث والقياس، ذلك أن الزوجة تكون بالدخول قد أوفت ما التزمت به أو جله فيكون على الزوج الوفاء بالحقوق التي وجبت عليه، وفي مقدمتها المهر².

ثانياً: وفاة أحد الزوجين: وقد نصت عليه أيضاً المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري تستحق الزوجة الصّدّاق كاملاً بدخولاً أو وفاة الزوج.

وللفقهاء في هذا تفصيل إذ الموت يؤكد المهر سواء أصاب الزوج أو الزوجة، فهو ينهي عقد الزواج وقد تقررت أحكامه منها الميراث والمهر، إذ اتفق الفقهاء على الموت الطبيعي وعلى قتلاً لأجنبي لأحدهما لأنه كالموت الطبيعي لا يد لأحدهما فيه، وكذلك على قتل الزوج لزوجته، لأن الجناية منه لا تسقط حقاً واجبا عليه، وكذلك على قتل الزوج نفسه، لأن ذلك لا يسقط حقوقاً لغير التي ترتبت بذمتهو ان الفقه الإسلامي قد دخل في تفاصيل وفاة أحد الزوجين، الأمر الذي لم يعالجه قانون الأسرة الجزائرية، و من الواضح أنه يقضي بالوفاة الطبيعية، كما أن معالجة المحكمة العليا

¹ المادة 16 من الأمر رقم 02-05 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، سالف الذكر.

² تسرين شريقي، قانون الأسرة الجزائري سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس، الدار البيضاء - الجزائر، 2018، ص 25.

لهذه المسألة جاءت مقتضية و نصت على وفاة الزوج فقط، حتى ولو كانت قبل الدخول دون الإشارة إلى وفاة الزوجة أيضاً، وبالتالي أيلولة صداقها لورثتها.¹

المطلب الثالث: اجتهاد المحكمة العليا في مسألة استحقاق الزوجة للصدّاق بوفاة الزوج قبل الدخول

ذهب القضاء الجزائري مذهب الفقه المالكي وقانون الأسرة في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا، في استحقاق الزوجة المتوفى عنها زوجها قبل الدخول الصداق كاملاً في القرار رقم 4531 بتاريخ 1987/03/09: "من المقرر شرعاً أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدخول ولم يحكم بفسخ العقد أو الطلاق ومن ثم فإن القرار المطعون فيه بانتهاك القواعد الشرعية غير سديد.

ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن زوج المطعون ضدها توفي قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أبا الزوج باسترجاع نصف الصداق لوفاة ابنه قبل الدخول طبقوا المبادئ الفقهية تطبيقاً سليماً، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن...". يقول الشيخ خليل وسقط المزيد فقط بالموت.²

ومن الملاحظ أنه، وبالرغم من قابلية المسألة المطروحة للاجتهاد القانوني في ضوء نص المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على استحقاق الزوجة كامل الصداق في حالات محددة، إلا أن المحكمة العليا ارتأت أن تؤسس اجتهادها على المرجعية الفقهية المالكية، تأكيداً على الطابع الشرعي المستمد من فقه أهل البلد، عملاً بأحكام المادة 222 من القانون ذاته.

وقد استند القرار إلى أقوال أعلام المذهب المالكي، مثل الإمام خليل بن إسحاق الجندي في "مختصره"، والإمام ابن عاصم في "تحفة الحكام"، حيث جاء في حيثيات القرار: "فيما يخص السبب المستدل به على طلب النقض، يقول الشيخ خليل: وسقط المزيد فقط بالموت، أي سقط على الزوج ما

¹ نسرین شرقي، المرجع السابق، ص 25-26.

² القرار رقم: 45301، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1987/03/09، المجلة القضائية 1992، العدد 3، ص 66.

زاد عن الصداق المتفق عليه بعد العقد، فإن اتفقا على مقدار معين وتفضل الزوج على زوجته بشيء زائد، فإن هذا الزائد يسقط بالموت، أما أصل الصداق فيبقى كاملاً للزوجة دون تشطير. ومثل هذا في قول ابن عاصم: (ووجب جميعه بالدخول أو الموت)."

وبالتالي، فإن المحكمة العليا لم تكتفِ بمجرد الإحالة على النصوص القانونية، بل فضّلت التأسيس الفقهي عبر استدعاء النصوص المعتمدة في المذهب المالكي، مما يُكرّس مرجعية هذا المذهب في مجال الاجتهاد القضائي الأسري بالجزائر، خاصة في حالات غياب أو غموض النصوص القانونية الصريحة.

المبحث الثالث: مسائل الإشهاد في عقد الزواج

نظراً للمكانة المتميزة التي يحتلها عقد الزواج، بصفته أحد العقود ذات الطابع الديني والاجتماعي، فقد أحيط بعناية خاصة من قبل الفقه المالكي والتشريع الجزائري، لاسيما من حيث ضرورة الإشهاد عليه.

فالشهادة في هذا السياق لا تؤدي فقط وظيفة إثبات العقد، بل تُعد وسيلة لحماية الحقوق ودرء الشبهات حول العلاقة الزوجية، لما لهذا العقد من آثار عميقة تمس بكيان الأسرة والمجتمع. وانطلاقاً من هذه الأهمية، تبرز الحاجة إلى دراسة مسألة الإشهاد في عقد الزواج ضمن نطاق الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: تعريف الشهادة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: تعريف الشهادة

أولاً-التعريف اللغوي للشهادة: هي خبر قاطع، يقال "شهد كعلم"، و"شده كسمعه شهوداً" أي حضره، فهو شاهد. وقد تأتي بمعنى اليمين، فتقول "أشهد بكذا" أي أحلف. و"شهد لزيد بكذا شهادة" أي أدى ما عنده من الشهادة، فهو شاهد؛ وهو العالم الذي يبين ما علمه¹ ومنه قوله تعالى: {يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ حِينَالْوَصِيَّةِ إِنَّنَا نَدْعُوا عَدْلَ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ}، [سورة المائدة: 106].

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ص 239.

ثانياً-التعريف الاصطلاحي: عرف فقهاء الشريعة الشهادة بتعاريف عديدة، نجدها تتفق جميعها في المعنى وإن اختلفت الألفاظ أبرزها فيما يلي¹:

1-عرفها الحنفية: الشهادة بأنها "إخبار صدق لإثبات حق"²

2-عرفها المالكية: بأنها "إخبار عدل حاكما بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه"³ ولم يشترط فقهاء المالكية صيغة معينة للشهادة وهو الأظهر عندهم.⁴

3-عرفها الشافعية: بأنها "إخبار الشخص بحق على غيره".⁵

4-عرفها الحنابلة: بأنها "حجة شرعية تظهر الحق ولا توجبها وهي الإخبار بما علمه بلفظ خاص"⁶

الفرع الثاني: الشهادة على الزواج في قانون الأسرة الجزائري

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف الشهادة في قانون الأسرة الجزائري، واكتفى بإدراجها ضمن شروط عقد الزواج. فقد اعتبر أن الرضا وحده ليس كافياً لصحة عقد الزواج في نظر المشرع الجزائري؛ إذ لا بد من حضور شاهدين لإعلان الزواج وإشهاره. ذلك لأن عقد الزواج له خطره القانوني والاجتماعي، ولما يترتب عليه من مصالح دينية ودنيوية والتزامات وحقوق متبادلة بين الزوجين، فمن الواجب إعلانه للناس حتى لا يلتبس بالزنا وتكون العلاقة بين الزوجين محل شبهة أو سوء ظن.⁷

¹ مازن مصباح الصباح، أحكام الشهادة على النكاح في الفقه الإسلامي، غزة، جامعة الأزهر، 2009، ص1.

² ابن عابدين، الرد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الرياض، طبعة خاصة، سنة 2003م، ج8، ص172

³ الصاوي، أحمد بن محمد الصاوي المالكي، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار المعارف مصر، بدون طبعة، الجزء 4، ص273

⁴ الصاوي، الشرح الصغير، المصدر نفسه، ص238

⁵ أبو بكر ابن السيد محمد الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة، ج4، ص273

⁶ البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب ببيروت لبنان، دون طبعة، سنة 1983م، ج6، ص404

⁷ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010،

الجزء 1، ص252.

كما ترفع الشبهات والشكوك بالشهادة والإعلان لقوله صلى الله عليه وسلم "أعلنوا النكاح، واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدف".¹

إضافة إلى أن الإشهاد على الزواج يمثل وسيلة إثبات هامة يجوز الاعتماد عليها أمام القضاء للحكم بوجود الرابطة الزوجية في حالة جحود أحد الزوجين للعلاقة الزوجية الصحيحة.²

وقد اشترط المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر قانون الأسرة الجزائري حضور شاهدين لصحة عقد الزواج وبأن يسمع الشاهدان معا كلام المتعاقدين وأن يفهما المراد منه حتى يتحقق الغرض من الشهادة وهو الإعلان والإشهار بهذا، فإن اشتراط الإشهاد قد ميّز عقد الزواج عن سائر العقود المدنية الأخرى، وذلك لشرف محله وخطورة آثاره المتعلقة بالأعراض والأنساب، مثل ثبوت النسب والإرث والحرمان وغيرها..³

المطلب الثاني: شروط الشهود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: شروط الشهود في الفقه الإسلامي

أولاً-شروط الشهود عند الحنفية: اشترط الحنفية في الشهود في عقد الزواج الإسلام، وإن تزوج المسلم ذمية بشهادة ذميين، فإنه جائز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، سواء كانا موافقين لها في الملة أم مخالفين، على خلاف قول محمد وزفر اللذين احتجا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل". إذ أن المقصود بالعدالة هنا هو عدالة الدين لا عدالة التعاطي. كما يشترط في الشاهدين البلوغ، والعقل، والحرية.⁴

¹ أخرجه الترمذي (1089) والبيهقي (15095)، هداية الرواة ' باب إعلان النكاح، ص 266/3

² العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 252.

³ خليفة فضيلة، الإشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، جامعة الجلفة، سنة 2013-2014، ص 13

⁴ الكساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1986، الجزء الثاني، ص 253.

ويشترط في الشاهدين السمع لسماع كلام المتعاقدين، كما يشترط العدد فلا ينعقد الزواج بشاهد واحد، أما العدالة فغير مشترطة، أما الذكورة فليست بشرط عندهم وينعقد الزواج بحضور رجل وامرأتين.¹

ثانيا- شروط الشهود عند المالكية: اشترط فقهاء المالكية مجموعة من الشروط في الشاهدين وهي: الإسلام، والعقل، والبلوغ، الحرية، التيقظ، عدم التهمة،² كما اشترطوا فيهما أن يكون رجلين عدلين³، كما لا يجوز أن يكون الشهود رجل وامرأتان، لأن هذه الشهادة تتعلق بحق من حقوق الأبدان الذي لا يكون إلا بشهادة رجلين، لقوله تعالى "وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله" (سورة الطلاق / الآية 2) وفي هذه الآية قال ابن العربي: قال علماءنا: لا مدخل لشهادة النساء فيما عدا الأموال، كما لا تجوز بأقل من رجلين⁴ كما يجب في الشاهد كي تقبل شهادته العلم بالواقعة، وبذلك تقبل شهادة الأعمى ما يتحقق علمه بسمعه.⁵

و أما الإسلام والعقل يشترطان بإجماع العلماء، فلا تجوز شهادة الكافر على المسلم، أما الذكورة فللقوله تعالى: "من رجالكم"، والمقصود به البالغون من الذكور المسلمين، لانتقاء صفة الرجولة عن الطفل والمرأة، والعاقل هو الذي يلم من الجنون والعته، كما لا تقبل شهادة السفه المحجور عليه، ولا تقبل شهادة الفاسق، ولا تقبل برجلين عدلين أحدهما الولي، فإن لم تكن هناك رجال عدول للشهادة يكفي الأخذ بشهادة من عرف بعدم الكذب، وأما التيقظ: فهو لاجتناب الشاهد المغفل الذي لا تقبل شهادته، ولو كان مشهودا له بالصلاح، وأما شرط عدم التهمة فهو كأن يشهد كل ذي قرى لقريبه، كشهادة الولد لأبيه أو الأب لابنه، وكل ذي نسب، أو سبب يقضي إلى صلة تقطع بها التهمة.⁶

¹ الكساني، المرجع السابق، ص 254.

² ابن الجزي: محمد ابن أحمد الجزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبية على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، المكتبة العصرية صيدا، بيروت، الطبعة الأولى 1420 هـ / 2000 م، ص 327.

³ الدريدر، أحمد ابن محمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب كانو نيجيريا، طبعة 2000، ص 58.

⁴ ابن العربي بكر أبو محمد ابن عبد الله، أحكام القرآن، منشورات محمد علي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2003، ج 4، ص 283.

⁵ ابن العربي، مرجع نفسه، الجزء الأول، ص 333.

⁶ انظر ابن الجزي، القوانين الفقهية، المرجع سابق، ص 328.

ثالثا- شروط الشهود عند الشافعية: اشترط فقهاء الشافعية شاهدين على عقد الزواج أن يكونا مسلمين سواء كانت الزوجة مسلمة أو ذمية، كما يشترط فيهما البلوغ والعقل فلا شهادة لصبي ومجنون، وأن يكونا حرين حرية كاملة، وذكرين ذكورة محققة، وأن يكون اثنين كما قال بعضهم فلا ينعقد بمن فيه رق ولا بامرأة ولا بخنثى إلا إن بان ذكرا، ويشترط فيهما العدالة، وذهب بعضهم إلى أنه في حالة تعذر شرط العدالة في قطر قدم أقلهم فسقا، وكذلك السمع والبصر لأن المشهود عليه قول فاشترط السمع حقيقة، ولأن الأقوال لا تثبت إلا بالمشاهدة والسمع.¹ والأصح عند الشافعية انعقاد الزواج بشهادة ابني الزوجين، كما ينعقد بشهادة الجد إن لم يكن وليا، وقد يكون الأب شاهدا لاختلاف دين أو رق، وينعقد بالحواشي كالإخوة والأعمام إن كان الولي غيرهم.²

رابعا- شروط الشهود عند الحنابلة: اشترط الحنابلة في عقد الزواج الإسلام، سواء كان الزوجان مسلمان أو الزوج وحده مسلماً. كما اشترطوا العدالة، وقد جاء في "المغني" أن حقيقة العدالة غير معتبرة في ذلك، إذ يكفي أن يكون الشاهدان مستوري الحال. هذا لأن النكاح يكون في القرى والبادية، وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة، واعتبارها فيه مشقة؛ فاعتبار ظاهر حال الشاهد مستورا لم يظهر فسقه..³ وتشترط الذكورة في الشاهدين، وفي رواية محتملة عن الإمام أحمد أنه قال: "إذا تزوج بشهادة نسوة، لم يجز، فإن كان معهن رجل فهو أهون"، وهو قول أصحاب الرأي.

كما يشترط البلوغ والعقل والسمع والكلام، فلا ينعقد بشهادة صبيين ولا مجنونين، ولا ينعقد الزواج بشهادة أصمين لا يسمعان ولا أخرسين لا ينطقان، وفي شهادة ابني الزوجين الوجهان عند الحنابلة.⁴

الفرع الثاني: شروط الشهود في قانون الأسرة

¹ انظر الرملي، شمس الدين محمد ابن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثالثة 2003، الجزء السادس، ص 217-218.

² بريير محمد، مكانة الشهود في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث الأسرية، جامعة الجزائر 1، المجلد 3، العدد 1، سنة 2023، ص 53.

³ بريير محمد، مرجع نفسه، ص 53.

⁴ بريير محمد، مرجع نفسه، ص 53_54.

لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة لتحديد شروط الشاهد في عقد الزواج ، حتى تصح شهادته، مما يتحتم علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.¹

ونظرا لخطورة عقد الزواج ولأهمية الإشهاد عليه يشترط في الشاهدين الشروط التالية:

أولا : العقل: يجب أن يكون الشاهد عاقلا، لأن غاية الإشهاد الإعلان والإثبات عند الجحود² والإنكار ومن ثم فلا تصح شهادة المجنون والمعتوه وفقا لنص المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري.³

التي تبين أن التصرفات التي تصدر عن أشخاص ثبت فيهم حالة جنون أو عته أو سفه حين قاموا بها لا يعترف بها قانونا، وبالتالي فشهادتهم في عقد الزواج باطلة ولا يعتد بها. بمعنى آخر، ما دام الشخص غير قادر قانوناً على التصرف في أمواله الخاصة لعدم توفر الأهلية اللازمة، فإن التساؤل يطرح بشأن مدى مشروعية الاعتماد على شهادته، لاسيما في عقد الزواج. ففاقد الأهلية أو ناقصها لا يعتد بتصرفاته المالية، فكيف يعتد بشهادته في واقعة ذات طابع شخصي حساس كهذا.

ثانيا : البلوغ: اشترط البلوغ في عقد الزواج، فلا تصح من الصبي غير المميز فهو ليس أهلا للولاية على نفسه فبالإتالي لا يكون وليا على غيره بالشهادة⁴، ومن الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قبل التعديل اشترط بلوغ الشهود لسن 21 سنة في نص المادة 33 من قانون الحالة المدنية بموجب الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فيفري 1970 وبعد التعديل بالقانون رقم 08/14 المؤرخ في 9 أوت 2014 (ج، ر) (2014/49) التي تنص " يجب على الشهود المذكورين في شهادة الحالة المدنية أن يكونوا بالغين سن 19 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون تمييز فيما يخص الجنس ويتم اختيارهم من

¹ قانون رقم 11/84 مؤرخ في: 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم ب (الأمر رقم

02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005) ضمن الأحكام الختامية في الفصل الرابع، ص 43.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، الجزء السابع، 1982، ص 73.

³ قانون الأسرة، الكتاب الثاني، النيابة الشرعية، الفصل الأول، أحكام عامة، ص 18.

⁴ خليفة فضيلة، مرجع سابق، ص 32.

قبل الأشخاص المعنيين " حددت سن الشهود ب19 سنة ولم تفرق بين جنس الشهود سواء كانوا ذكورا أو إناثا.¹

ثالثا : الإسلام: اتفق الفقهاء على أن يكون الشهود مسلمين لقوله تعالى: {وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا}، [سورة النساء: 141]، واختلفوا في مسألة إذا كانت الزوجة كتابية فجمهور الفقهاء اشتراطوا أن يكون الشاهدين مسلمين، خلافا للحنفية الذين أجازوا أن يكون الشاهدين كتابيين.²

رابعا : العدالة: سكت المشرع الجزائري عن اعتبار العدالة في شهود النكاح غير أننا نجد أنا المحكمة العليا أخذت برأي الجمهور في اشتراط العدالة في الشاهدين مخالفا لرأي الحنفية وفي ظل سكوت المشرع عن الشروط الواجب توافرها في الشهود يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية المادة 2 من قانون الاسرة الجزائري.³

خامسا : الذكورة: ذهب المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر المضافة بالأمر 02/05، التي تنص على الشاهدين كشرط في العقد، فحدد العدد باثنين، فلا تجوز بشاهد واحد حيث وافق المشرع رأي الفقه المالكي في عدد الشهود وفي صفة الشاهدين بأن يكونا ذكرين، لاستعماله مصطلح " الشاهدين " في المادة 9 مكرر إلا أن المادة 33 من قانون الحالة المدنية السالفة الذكر، حيث نصت على أنه يجب أن يكون الشاهدان بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون تمييز فيما يخص الجنس، يختارون من قبل الأشخاص المعنيين.⁴

¹ قانون الحالة المدنية، الأمر رقم: 20/70 المؤرخ في: 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970، معدل ومتمم بالقانون رقم 08/14 المؤرخ في: 13 شوال عام 1435 الموافق 9 أوت سنة 2014 (ج، ر: 2014/49)، وبالقانون رقم 03/17 المؤرخ

في: 11 ربيع الثاني عام 1438 الموافق 10 يناير سنة 2017، ج، ر: 02/2017

² خليفة فضيلة، المرجع السابق، ص 32.

³ خليفة فضيلة، المرجع السابق، ص 33.

⁴ بربير محمد، مركز الفقه المالكي في قانون الاسرة الجزائري احكام الزواج والطلاق نموذجا، اطروحة دكتوراه علوم تخصص قانونخاص، جامعة الجزائر 1، سنة 2020، ص 154.

حيث استقر القضاء الجزائري القديم في اشتراط الذكورة في الشاهدين في عقد الزواج اخذا برأي المذهب المالكي "إن الشهادة المقررة في الزواج شهادة عدلين ذكرين"¹

سادسا : العدد: اتفق الفقهاء على عدم صحة عقد الزواج بشاهد واحد مستثنين بالحديث الشريف: "لأنكاح إلا بولي وشاهدي عدل"²

حيث نجد أن المشرع باستعماله مصطلح "الشاهدين" في المادة 9.3³
حدد العدد باثنين موافقا لرأي الفقهاء.⁴

الفرع الثالث: شهادة الأقارب في عقد النكاح

أولا: شهادة الأقارب في عقد النكاح في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء فيما إذا كان الشاهدان في عقد النكاح من أصول أو فروع الزوجين أو كان من أصول أو فروع الموجب لعقد النكاح وهو الولي فانقسموا إلى مذهبين:⁵

أولا: ذهب الحنفية والصحيح عند الشافعية ووجه عند الحنابلة واختاره ابن قدامة⁶ إلى القول بانعقاد النكاح بشهادة عمودي النسب للزوجين أو للولي حيث استدلوا بالحديث النبوي: " لأنكاح إلا بولي وشاهدي عدل" الذي لم يرد ما يخص هذان الشاهدان، فالحكم عام يتناول أي شاهدين.

ثانيا: ذهب ابن عاصم والحنابلة ووجه عند الشافعية إلى القول بعدم انعقاد النكاح بشهادة عمودي النسب للزوجين أو عمودي نسب الولي واستدلوا ب: والأب لابنه وعكسه منع....وفي ابن زوجة وعكس ذا اتبع فإن كان شاهد متهم في شهادته بسبب القرابة، فهو كأن يشهد كل ذي قرابة لشهادة الولد لأبيه أو

¹ خليفة فضيلة، المرجع السابق، ص33.

² رواه البيهقي، أبو بكر أحمد ابن الحسين ابن علي، السنن الكبرى، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2003، ج 7، جماع أبواب ما على الأولياء، باب لأنكاح إلا بشاهدين عدلين، رقم الحديث 17318، ص 202.

³ قانون الأسرة، الأمر رقم 02-05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005، باب أركان الزواج، ص5.

⁴ محمد بريبر، مكانة الشهود في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص55.

⁵ مازن مصباح الصباح، المرجع السابق، ص145.

⁶ ابن قدامة المقدسي، المغني، القاهرة، دار الحديث، 2004، المجلد التاسع، ص123.

الأب لابنه، وكل ذي نسب، أو سبب يفضي إلى صلة تقع بها التهمة ترد شهادته لما فيها من تهمة، فلا تقبل شهادة أصل الفرع أو العكس ولا ينعقد بها عقد النكاح.¹

ثانيا: شهادة الأقارب في قانون الأسرة الجزائري: بداية لم يتطرق المشرع الجزائري لشهادة الأقارب في قانون الأسرة الجزائري، مما يتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالإحالة إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: " كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، حيث نجد أن القضاء الجزائري ذهب إلى عدم جواز شهادة الأقارب والتي لم يجزها فقهاء المذهب للتهمة، في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا بتاريخ 1988/02/29 ملف رقم 481184، المجلة القضائية 1991، و لكن لم يستقر على ذلك حيث جعل شهادة الأقارب جائزة في قانون الأسرة الجزائري ولم يمنعها، كما أن المادة 33 من قانون الحالة المدنية بعد التعديل بالقانون رقم 14/08 التي نصت على أنه " يجب على الشهود

المذكورين في شهادة الحالة المدنية، أن يكونوا بالغين سن 19 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون تمييز فيما يخص الجنس ويتم اختيارهم من قبل الأشخاص المعنيين" وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2007/02/14 (يثبت الزواج العرفي بشهادة الأقارب) ملف رقم 381880 حيث أجاز شهادة الأقارب.²

المطلب الثالث: اجتهاد المحكمة العليا في مسألة الشهود في عقد الزواج

في هذا المطلب، سنذكر نماذج من اجتهادات المحكمة العليا وموافقتها للمذهب المالكي باعتباره المرجع الأصلي، مما يؤكد اهتمام المشرع الجزائري به.

جاء في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج "يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية:

¹ خليفة فضيلة، مرجع سابق، ص 18.

² محمد بريبر، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج والطلاق نموذجا، مرجع سابق، ص 158.

أهلية الزواج ،الصدّاق،الولي،الشاهدان "ولم ينص المشرع الأسري على الشروط الواجب توافرها في الشاهدين وعليه يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملاً بنص الإحالة الذي صرح في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري فيستمد قاضي شؤون الأسرة حكم المسألة من أحكام الشريعة الإسلامية،حيث نجده يجتهد من الفقه الإسلامي وفي غالب الظن أن المذهب السائد عند أهل البلد في كثير من المسائل الإجتهدية استمدها قضاة المحكمة العليا من المذهب المالكي فعمل أن هذه المسألة كذلك سيأخذ بها القضاء الأسري الجزائري أحكام المذهب المالكي والذي وجدنا أنه اشترط الذكورة في الشهود بقوله مصطلح "الشاهدين " وكونه لم ينص على رجل وامرأتين، هذا بمفهوم المخالفة يفهم منه أن شهادة رجل وامرأتين غير مقبولة ولو كان من المحتمل أن يعتد بشهادة رجل وامرأتين لكان قد نص عليه في قانون الأسرة الجزائري

ولذلك كان قضاء المحكمة العليا موافقا لقانون الأسرة أولا لاستعماله مصطلح "الشاهدين " وللمذهب المالكي في عدد الشهود و من أنه يوجب في صفة الشاهدين الذكورة.¹

كما أن المحكمة العليا قد جاء في أحد قراراتها:(284) رقم القرار 43889 الصادر بتاريخ 13/12/1986، نجد أنها ذهبت في قرارها إلى الأخذ بالشاهدين كحد أدنى في الزواج،وبصفة الذكورة فيهما، ووافقت بذلك فقهاء المذهب المالكي في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية الذي جاء فيه:" من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن اثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي والشهادة المعتبرة هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كان من الثابت في-قضية الحال -أن القرار المطعون فيه جاء خاليا من أية حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لايعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة"².

¹ محمد بريبر، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج والطلاق نموذجا، مرجع سابق، ص 154.

² قرار رقم 43889 الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، 15/12/1986، المجلة القضائية 1993، عدد رقم 2، ص 659.

كما نص عليه في شرح القضية سيدي خليل: بأن ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو بالسماع الفاشي يقول الشاهد أن في الأولى أنهما حضرا العقد مبينين أركانه وفي الثاني يقولان إنهما سمعا غير مأمرة من الثقات وغيرهم أن فلانا زوج فلانة وأن فلانة امرأة فلان والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين فلا تقبل فيه شهادة رجل مع اليمين ولا شهادة رجل مع امرأتين.¹

وفي هذا الصدد يقول ابن زيد القيرواني في رسالته: "لا نكاح إلا بولي وصادق وشاهدي عدل".² فيتضح من خلال هذا القرار محل التعليق، أن المحكمة العليا في قرارها قد استندت في تسبيب حكمها إلى المرجعية الفقهية للمذهب المالكي و ذلك من خلال استشهادها بقول الشيخ خليل صاحب "المختصر" المشهور فهو عمدة المذهب يدل صريحا على اعتمادها و موافقتها للمذهب المالكي ورجوعها إليه صراحة.

إلا أن القضاء الجزائري اتخذ موقفا مغايرا لما سار عليه في قرار حديث، حيث أشارت المحكمة العليا إلى قبول شهادة رجل وامرأتين في إثبات الزواج العرفي³، ومن خلال هذا القرار فإن القضاء الجزائري أخذ بقول الحنفية⁴.

و قد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية "من المقرر قانونا وشرعا أن الزواج يثبت بالشهود الذين حضروا العقد أو على الأقل الفاتحة إذا كانت مشتملة على أركانه أو شهادة السماع ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ومخالفة القواعد الشرعية غير مؤسس يستوجب الرفض.

¹ قرار رقم 43889 الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، تاريخ 15/02/1986، رقم القرار المجلة القضائية 1993، عدد رقم 2، ص 659.

² أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن النفزي القيرواني المالكي، المرجع سابق، ص 89.

³ القرار رقم 381880، الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية 2007، بتاريخ 14/02/2007، ص 483.

⁴ محمد بريبر، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج والطلاق نموذجا، مرجع سابق، ص 155.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة أقرت على نفسها بأن علاقتها مع المطعون ضده لم تكن شرعية ولم تقم على عقد مبني على الأركان المعروفة في الزواج، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطاعنة الرامي إلى إثبات زواجها لم يخالفوا الشريعة الإسلامية وانتهكوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.¹

نجد أن المحكمة العليا في اجتهادها قد حسمت هذا الإشكال بأن الزواج يقوم إثباته على شهادة رجلين ليس من بينهم والد الزوج الذي لا تقبل شهادته لابنه، كما جاء في قرار المحكمة العليا مايلى "الأب لا يعمل بقوله فيما ينفع ابنه والأم لا تقبل شهادتها في النكاح لأن المرأة لا تكون شاهدة في الزواج".²

وذلك لقول ابن عاصم في الشهادات "والأب لابنه وعكسه منع... وفي ابن زوجة وعكس ذا اتبع..."³ وفي شرح القضية أن الطاعنة أقرت على نفسها بأن علاقتها مع المطعون ضده لم تكن شرعية ولم تقم على عقد مبني على الأركان المعروفة في الزواج ومطالبتها بإثبات الزواج لم تكن مرفقة بدلائل بينة بل اقتصر على والد الزوج الذي حضر الزفاف مع أصحاب له، وعليه فإن الزواج يثبت حقا بالشهود الذين حضروا العقد أو على الأقل الفاتحة إذا كانت مشتملة على أركانه والطاعنة لم تقدم أي شيء من هذا القبيل سوى قولها بحضور والد الزوج، والمجلس بقراره رفض دعوى الطاعنة كان على صواب في قراره وموافقا لأحكام الشريعة.⁴

حيث أقرت على شرط عدم التهمة كأن يشهد كل ذي قرى لقريبه، كشهادة الولد لأبيه أو الأب لابنه، وكل ذي نسب أو سبب يفضي إلى وصلة تقع بها التهمة، ومن التهمة شهادة البدوي على القروي فالمشهور عدم جوازها عند مالك.⁵

¹ القرار رقم 4818، الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/02/29، المجلة القضائية، عدد رقم 1، 1991، ص 452.

² المرجع نفسه، ص 453.

³ محمد ابن محمد، أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، المحقق عبد السلام محمد، دار الآفات العربية، القاهرة، ط 1، 432 هـ/2011 م، ج 1، ص 23.

⁴ القرار رقم 48184، الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/02/29، المجلة القضائية 1991، ص 452.

⁵ بريبر محمد، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 156.

وعليه يتبين من خلال هذا القرار محل التعليق أن استدلال المحكمة العليا بقول ابن عاصم أحد أعلام المذهب المالكي في التحفة يدل على موافقتها للمذهب المالكي، ومن الجدير بالذكر أن القضاء الجزائري يأخذ برأي المذهب المالكي في مسألة شهادة الأقارب ولكن لم يستقر في ذلك إذ نجده في قرارات أخرى أجاز بشهادة الأقارب ولم يمنعها لعموم نصوصه، والتي لم يجزها فقهاء المذهب للتهمة، كما جاء في المادة 33 من قانون الحالة المدنية المعدل والمتمم 08/14 المؤرخ في 09 أوت 2014 (ج،ر) التي لم تميز بين الأقارب وغيرهم في الشهادة، حيث نصت على ما يلي: يجب في الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 19 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون تمييز فيما يخص الجنس، ويختارون من قبل الأشخاص المعنيين هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراراتها حيث أقرت شهادة الأقارب في الزواج¹ العرفي².

خلاصة الفصل:

يتبين من خلال هذا الفصل أن الاجتهاد القضائي الجزائري لعب دوراً بارزاً في إرساء قواعد متينة لعقد الزواج، من خلال تأصيل المسائل المرتبطة بانعقاده وضبط عناصره الأساسية. وقد أتاح هذا الاجتهاد مساحة لتفسير النصوص القانونية بما يحقق الانسجام مع المرجعية الفقهية، ويسهم في إرساء الأمن القانوني في مجال الأسرة.

¹ المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، 1998/03/17، ملف رقم 179557، المجلة القضائية 2001، العدد الخاص، ص 162، جاء فيه من المقرر أيضاً أنه تجوز شهادة الأقارب في قضايا الحالة كالزواج والطلاق والوفاة والولادة.

² قرار رقم 381880 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2007.02.14، م.م.ع 2007، ص 484 فما بعد

الفصل الثاني:

الاجتهاد القضائي الجزائري في امسائل عقد الزواج
واثباته والحقوق الزوجية

تمهيد:

يتناول هذا الفصل ثلاثة مباحث كبرى تبرز مظاهر تدخل الاجتهاد القضائي في معالجة مسائل عقد الزواج. يُخصص المبحث الأول للزواج العرفي، بوصفه من أبرز الإشكالات المعاصرة التي تطرح تحديات قانونية في الإثبات وآثار العقد. أما المبحث الثاني، فيتناول حق الزوجة في السكن المستقل، بوصفه من الحقوق الزوجية الجوهرية التي أقرّها الفقه المالكي وأكّدها بعض الاجتهادات القضائية حمايةً لكرامة المرأة واستقرار الأسرة. أما المبحث الثالث، فيعالج مسألة الشروط المقتترنة بعقد الزواج، من حيث مشروعيتها، ونطاق تنفيذها، ومدى التزام القاضي بها في ضوء قواعد الشريعة والقانون.

المبحث الأول: مسألة اثبات الزواج العرفي بعد وفاة احد الزوجين

يعد الزواج العرفي ظاهرة اجتماعية و قانونية تزداد يوما بعد يوم، ورغم انه يعد زواجا صحيحا شرعا الا ان عدم استكمال توثيقه، عرض الاسرة لعدة مشاكل و نزاعات، وللوصول الى رأي الاجتهاد القضائي الاسري الجزائري في هذه المسألة ارتأينا أنه من المنهجي أن نعرفه (المطلب الأول) ثم أننعرج الى حكمه الشرعي و القانوني وطرق اثباته (المطلب الثاني)، و أخيرا أن نبرز اجتهاد المحكمة العليا في مسألة اثبات الزواج العرفي بعد وفاة الزوج (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: التعريف اللغوي للزواج العرفي

مصطلح الزواج العرفي مركب من كلمتين الزواج و العرفي سنقوم بتعريف الزواج و العرف

أولا: **الزواج في اللغة:** هو الاقتران و الارتباط و المخالطة¹ و اقتران الزوج بالزوجة او الذكر بالأنثى²

ثانيا: **العرف في اللغة:** يقول الازهري تطلق العرب على العرف بانه كل ما تعارفه النفس من الخير و تطمئن اليه³، منسوب الى العرف و العرف في لغة العرب "العلم"⁴.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج العرفي

أولا: التعريف الشرعي

عرفه الدكتور وهبة الزحلي في تعريفه للزواج العرفي " هو زواج يراد به التأييد لكن يتم بحضور الولي والشهود ويجري فيه تبادل الإيجاب والقبول، ولكنه لا يوثق، أو لا يسجل في الحكومة كالقضاء الشرعي أو دائرة الأحوال الشخصية"¹.

¹ ابن منظور، مرجع سابق، ج2، ص193.

² المعجم الوسيط، ج1، ص405.

³ الأزهري أبو منصور، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، دار احياء التراث العربي، د ط ، (2001 م)، ج4، ص58.

⁴ ابن منظور، مرجع سابق، ج9، ص236.

ويقول عمر سليمان الأشقر أنه " عقد لم يسجل في المحكمة الشرعية ولم يجر على يد المأذون ولم تصدر فيه وثائق الزواج"².

ثانيا: التعريف القانوني : يعرف الزواج العرفي من الناحية القانونية في التشريع الجزائري بنفس تعريف الزواج الوارد في المادة 04 من القانون 11/84 المعدل والمتمم بالقانون 02/05 فقد نصت المادة 4 منه على أن: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، وإذا كان الزواج قد انعقد بطريقة رسمية، مستوفيا بذلك الإجراءات الشكلية من حيث تسجيله، فإنه بهذه الطريقة لا يطرح أي إشكال من حيث إثباته، إذ يثبت بواسطة مستخرج من سجل الحالة المدنية. وعليه، فإن عقد الزواج العرفي هو عقد زواج كامل الأركان والشروط المطلوبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري غير أنه لم يتم تسجيله، وبذلك يُعتبر هذا العقد معترفا به من الناحية القانونية والشرعية، غير أنه لا يمكن الاحتجاج به من طرف الزوجين إلا بعد تسجيله، كأن يتزوج شخص زواجا رسميا ثم بعد ذلك يتزوج زواجا عرفيا، دون أن يعلم زوجته الأولى كما يستوجب القانون في المادة 8 من قانون الأسرة³.

وقد سماه المشرع الجزائري في قانون الحالة المدنية على أنه عقد بين رجل وامرأة يتم وفق الأحكام الشرعية ولم يسجل في سجلات الحالة المدنية خلال المدة المحددة قانونا لذلك، وهي ثلاثة أيام من تاريخ انعقاد العقد إذا تم إبرامه داخل التراب الوطني، وفي خلال سنة إذا تم إبرامه بين جزائريين خارج الوطن⁴.

¹ الزحيلي، وهبة الزحيلي، قضايا الفقه و الفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط1 (2007م)، ص 8-9.

² عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 17 .

³ عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة الدراسات الفقهية و

القضائية، المجلد 1، العدد 1 (2015)، ص 130.

⁴ جلال نسيم، عوامل انتشار ظاهرة الزواج العرفي في المنطقة الجنوبية للمجتمع الجزائري (دراسة استطلاعية لعينة من المتزوجين

عرفيا في ولاية تمنراست)، مجلة آفاق العلمية، مجلد 11، عدد 3 (2019م) ص 544-545.

و اصطلاح عليه الفقهاء مصطلح الزواج العرفي لأنه يتم وفقاً لما تعارف عليه الناس منذ عهد الرسل عليه الصلاة والسلام، كما هناك من يسميه بالزواج المغفل لأنه لم يتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية¹.

ومن ثم يُستنتج أن الزواج العرفي هو عقد زواج شرعي يجري بين رجل وامرأة مستوفٍ لكافة أركانه وشروطه الشرعية من رضا، وولي، وشاهدين، وصدّاق، ويتم إشهاره بين الناس، غير أنه يفتقر إلى التوثيق الرسمي أمام الجهات المختصة، مما يجعله قائماً من الناحية الشرعية، لكنه يفتقد بعض الآثار القانونية المرتبطة بإثباته الرسمي.

المطلب الثاني: حكم الزواج العرفي و طرق اثباته

الفرع الأول: حكم الزواج العرفي شرعاً

²النكاح المكتمل في أركانه وشروطه، نكاح صحيح، لا غبار عليه، إذ أن أنكحة المسلمين كانت كذلك عبر الأزمان والتوثيق ليس ركناً ولا شرطاً في العقد، وإنما هو أمر مصلحي صار من الأحكام الإدارية يراعى فيه انتظام الحقوق وضمانها.

ولكن التوثيق اليوم أصبح حاجة في المجتمعات، وله أهميته البالغة، فتحفظ به الحقوق من الضياع، وخاصة حقوق الزوجة، حين يتصل عنها الزوج، وينكر ارتباطه بها، وما قد يترتب عليه من التلاعب بهذه الرابطة العظيمة، وانتشار الفساد؛ والواقع مليء بالأحداث لكثير من فتيات المسلمين اللواتي تزوجن زواجاً غير موثق، ثم تتصل عنهن أزواجهن منكّرين ارتباطهم بهن، تاركين وراءهم أثراً ومفاسد كبيرة على المرأة وأولادها خاصة.

ومنه فإن الزواج العرفي إذا ما كان مكتمل الأركان والشروط التي أقرتها الشريعة الإسلامية فهو زواج صحيح، وانعدام التوثيق لا يبطل العقد، غير أن وجوده يحفظ الكثير من الحقوق.

¹ عبدلي أمينة، إثبات عقد الزواج العرفي في التشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، ص 38-54، العدد 1 (2000م)، ص 41.

² صلاح الدين أحمد محمد عامر، النكاح العرفي في ميزان الإسلام، ماجستير، كلية الشريعة (قسم الفقه) -، جامعة الإيمان، باليمن، ص 67-68.

ولقد أجمع العلماء المعاصرين على إباحة وصحة هذا الزواج يقول عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين: " في شروط عقد النكاح: الولي، والشاهدان، والإيجاب، والقبول، وانتقاء الموانع، فإذا الشروط تمت الشروط وازلت الموانع صح عقد النكاح وليس من شروطه إثبات ذلك فيوثائق، وإنما جعل هذا الشرط أخيرا لما احتاج إلى إثبات الزوجة في دفتر العائلة خوفا من التزوير ومناكذب"¹.

الفرع الثاني: طرق إثبات الزواج العرفي

أولاً: الإقرار: ²الإقرار بوجه عام هو واقعة مادية، تتطوي على تصّرف قانوني مفاده اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق أو لم يقصد كما يُعرف بالإقرار في القانون المدني الجزائري حسب نص المادة 341 بأنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة الواقعة"³.

وينقسم الإقرار حسب القواعد العامة للإثبات إلى نوعين:

1. الإقرار غير القضائي: هو الإقرار الذي تم خارج مجلس القضاء، كأنيقر فلان أن فلانة

زوجته خارج مجلس القضاء، سواء أكان ذلك كتابة أم شفاهة، وسلطة التقدير لمثل هذا الإقرار موكلة للقاضي، يُقدرها وفقاً لظروف الدعوى وملاساتها، ويظهر مثل هذا النوع من الإقرار في الزواج العرفي، عند تحريالموثق لما يسمى بعقد الإقرار بزواج بناء على طلب الزوجين معا وبالإرادة الحرة لكل منهما، وليس بالإرادة المنفردة لأحدهما.

2. الإقرار القضائي: هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، كأن يقف

الزوج أمام القاضي، ويقر بقيام علاقة زوجية بينه وبين المدّعي عليها.

¹ طلاس شريفة بلعاليا وسام، الزواج العرفي في إطار الفقه والقانون، رسالة ماستر في القانون تخصص القانون الخاص، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، (2020-2021)، ص 35.

² عبد الله حاج أحمد، المرجع السابق، ص 133-134.

³ الأمر رقم 58-75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جريدة رسمية لسنة 1975، عدد 78، المعدل والمتمم.

أ- **حجية الإقرار:** يعتبره جمهور الفقهاء حجة قاصرة على المقر وحده، ولا يتعداه إلى غيره، إلا أنهم اعتبروه وسيلة كافية في حد ذاته لإثبات الزواج، إذا ما أقربه أحد الطرفين، فيقول الإمام أبو زهرة: "إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج، فادعى الرجل وجوده تسأل المرأة فإن أقرت قضى بالزواج وثبتتصادقهما، وإن أنكرت فإن عجز عن البينة وجهت اليمين إلى المرأة على رأيالصاحبين"¹.

وعليه، فإن الفقه الإسلامي يعتبر الإقرار حجة، أي وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، فإن رفض أحد الطرفين الإقرار يكون الاتجاه للبينة.

أما المشرع الجزائري فقد نص صراحة في المادة 342 من القانون المدني علاناً: "الإقرار حجة قاطعة على المقر"².

ويعني ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم حجة على المقر، ويتعدى إلنورثته بصفتهم خلفا عاما له ولا تتعداه إلى غيرهما، إلا أن القضاء الجزائري لا يعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، وذلك لما يتميز بهذا العقد من خصوصية وطابع اجتماعي لا نكاد نلتمسه في باقي العقود الأخرى، حيث يتم اللجوء للبينة أو ما يسمى بشهادة الشهود، باعتباره الدليل الأنجع منحيث القوة الثبوتية.

ثانياً: إثبات العلاقة الزوجية بالبينة:³ الشهادة في الإثبات تُعرّف بأنها: إخبار صادر من شخص في مجلس القضاء عن واقعة رآها أو سمعها بنفسه، وكان من شأنها أن تؤسس أو تسقط حقاً لغيره. ويشترط فيها أن تكون واقعة ماضية، غير صادرة من الشاهد نفسه، وأن تكون متعلقة بحق محل نزاع، ويُشترط كذلك أن يكون الشاهد أهلاً لأداء الشهادة.

¹ أبو زهرة، مرجع سابق، ص 17.

² الأمر رقم 58-75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جريدة رسمية لسنة 1975، عدد 78، المعدل والمتمم.

³ يوسف رحمن، الأساليب القانونية لإثبات الزواج غير الموثق دراسة معززة بقرارات المحكمة العليا، مجلة القانون والعلوم السياسية المجلد 5، العدد 01 2019، ص 308-309.

وحتى تعطى لشهادة الشهود قيمة قانونية في الإثبات يجب أن يكوف هذا الشاهد قد حضر الوقائع التي يدلي بها أو سمعها من الغير.

فمثلاً؛ إذا كنا بصدد إثبات عقد زواج عرفي أمام القضاء و إلحاق نسب الأبناء، فإن المحكمة لا تستجيب لهذا الطلب مالم تتوفر أداة الإثبات، وهي شهادة الشهود لأن هذه الأخيرة تعتبر شرط صحة الزواج طبقاً للمادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري¹، كما يشترط في الشهود أن يكونوا من الأشخاص الحاضرين للزفاف أو سمعوا به ، بمعنى فلاف تزوج من فلانة، وقد أخذت محكمة العليا الجزائرية في غرفة الأحوال الشخصية بهذه الشهادة طبقاً للقرار رقم 53272 بتاريخ 1989/03/27: "من المقرر شرعاً، أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشيد أصحابها اللذين حضروا قراءة الفاتحة، أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشيد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه، بانعدام الأساس القانوني، ومخالفة قواعد الإجراءات، فهي غير محله يستوجب الرفض"².

كما يجب على أن تتوفر في شهود مجموعة من الشروط كالبلوغ أي تتوفر فيه الأهلية و أن يكون مسلماً لأنه لا تصح شهادة غير المسلم على المسلم ، وأن يكون هذا الشاهد مقبولة شهادته أي صادق.

كما يشترط في إجراءات سماع الشهود طبقاً للمادة 152 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجب سماع الشهود على انفراد سواء في حالة حضور أو غياب الخصم ... كما يجوز إعادة سماع الشهود ومواجهة بعضهم البعض وذلك إذا ماتم إثبات الزواج العرفي أمام القضاء وفي الشروط الشرعية أصبح زواج كاملاً وصحيحاً ينتج جميع آثاره القانونية.

¹ حيث تنص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري : " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية : " أهلية الزواج الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج.

² قرار رقم 53272 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/03/27، مجلة القضائية الجزائرية، العدد، 1999، ص 82.

ثالثا: النكول عن اليمين كأداة لإثبات العلاقة الزوجية:¹ يقصد بالنكول عن أداء اليمين هو امتناع الشخص، أو من وجه إليه اليمين عن أدائها، وتقع هذه الحالة إذا ما عجزت المدعية في إثبات العلاقة الزوجية عن طريق شهادة الشهود، أو يقر المدعي عليه بقيام هذه العلاقة الزوجية. فإذا قام المدعي عليه بأداء اليمين حكم القاضي برفض الدعوى، كما يرب هذا الاتجاه أن القضاء بهذا الحكم في حالة أداء المدعي عليها اليمين لا يكون سبب مانع في إعادة المدعية رفع الدعوى، إذا توفرت لها وسيلة الإثبات والمتمثلة في شهادة الشهود.

أما في حالة ما إذا رفض أي نكل من وجه إليه اليمين حكم ضده بالزواج، لأن النكول هو إقرار منه ونص المادة 347 من القانون المدني صريحة حيث جاء فيها "كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه"².

أما ما هو معمول به في القضاء الجزائري في العديد من قرارات المحكمة العليا، لا يأخذ بوسيلة اليمين للإثبات إلا في حالة وفاة أحد الزوجين؛ كحالة ما إذا توفي أحد الزوجين وادعى أحدهما، كان زوج أو زوجة بوجود علاقة زوجية فيقول. القاضي بسماع الشهود، بالإضافة لتوجيه اليمين للمدعي. فإذا ما تحققت الشروط الشرعية حكم القاضي بتثبيت الزواج العرفي كما يجب تسجيله في سجل الحالة المدنية بسعي النيابة العامة.

المطلب الثالث: اجتهاد المحكمة العليا في مسألة اثبات الزواج العرفي بعد وفاة الزوج

حكمت المحكمة العليا في هذه المسألة بتثبيت الزواج و استندت الى قول الشيخ المالكي خليل ابن اسحاق حيث جاء في نص القرار رقم 204254 بتاريخ 1998/09/22: "يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج، بشهادة الشهود ويمين وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة " لا نكاح بعد الموت "³.

¹ يوسف رحمن، الأساليب القانونية لإثبات الزواج غير الموثق، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 5، العدد 1، 2019 م.

² الأمر رقم 58-75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جريدة رسمية لسنة 1975، عدد 78.

³ خليل: خليل بن اسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت: 776)، مختصر خليل، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط1، (1426هـ)، ص 225.

ومن ثم، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها، حول إعادة زواجها العرفي منالهالك، إضافة إلى سماع شهادة الشهود ، طبقوا القانون تطبيقاً سليماً.

....يثبت الزواج بحكم اذا توفرت فيه اركان الزواج المنصوص عليها بالمادة 9¹ من قانون الأسرة وهذه الاحكام تنطبق على الازواج الاحياء بخلاف ما اذا كان اثبات الزواج بعد موت احدهما تصبح الدعوى قضية مدنية في خصوص الارث و الصداق لأنه وفقاً لقول خليل في باب احكام الشهادة "لا نكاح بعد الموت "

و بالتالي تقبل فيها سماع شهادة رجلين او رجل و امرأتين او شاهد و يمين و هذا طبقاً لقول خليل في باب احكام الشهادة "لا نكاح بعد الموت" و عليه فالوجه غير مؤسس الامر الذي يتعين معه رفض الطعن.²

و تأسيساً على ذلك، فإن اعتماد القضاة على القاعدة الفقهية المستمدة من قول الشيخ خليل: "لا نكاح بعد الموت" يُفهم في سياقه الصحيح، وهو أن عقد الزواج لا يُنشأ شرعاً بين طرفين إذا كان أحدهما قد توفى، إذ يشترط لصحة العقد بقاء الطرفين على قيد الحياة حال الإيجاب والقبول. غير أن القضاة لم يقصدوا بهذا الاستدلال إنكار وجود زواج تمّ في حياة الزوجين، وإنما قصدوا إثبات قيام عقد زواج صحيح أبرم بينهما في حال الحياة، وطرأت الوفاة لاحقاً، مما يجيز إثباته قضاءً، لا باعتباره عقدًا مستحدثاً، وإنما باعتباره زواجاً سابقاً صحيحاً تثبت آثاره القانونية والشرعية بعد وفاة أحد الزوجين.

ويُفهم من ذلك أن منطوق العبارة يفيد بطلان إنشاء عقد الزواج بعد وفاة أحد الطرفين، بينما يفيد مفهومها جواز إثبات زواج تمّ في حياة الزوجين وتوفّي أحدهما لاحقاً، متى توفرت البيئة الشرعية. وبالتالي، فإن اتجاه القضاء لإثبات الزواج العرفي بعد الوفاة، متى قامت البيئة وشهادة الشهود أو الشهادة مع اليمين، إنما هو تطبيق لما جاء في الفقه المالكي، الذي أجاز إثبات الزواج

¹ الأمر رقم 84-11 المؤرخ في: 09/06/1984، المعدل و المتمم بالأمر 05-02.

² قرار رقم 204254 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 22/09/1998، مجلة القضائية الجزائرية، العدد 2، 2000، ص173.

في مثل هذه الحالات وفق قواعد الشهادة، حماية للحقوق المترتبة عن العقد كالصداق والميراث والنسب، لا سيما إذا تعذر التوثيق الرسمي لعقد الزواج أثناء حياة الزوجين.

ومنه فإن اعتماد المحكمة العليا قاعدة "لا نكاح بعد الموت" كما قررها خليل، لتأكيد إمكانية إثبات الزواج العرفي بعد وفاة أحد طرفيه، متى توفر الدليل من الشهادة واليمين، باعتبار أن النكاح قد تم في حياة الطرفين يظهر مرجعية الفقه المالكي في اجتهاداتها.

المبحث الثاني: مسألة حق الزوجة في السكن المنفرد

لا تتحقق معاني الزوجية من غير وجود سكن لذلك كان واجباً على الزوج تجهيز مسكن للزوجة للاستتار عن عيون الناس والقدرة على التصرف في أمرها وحفظ متاعها وممارسة حياتها الزوجية بعيداً عن مراقبها ويلاحظها وللزوجة الحرية في عدم إسكان أحد معها من أهله ولا يجبرها الزوج على ذلك و قد حفظت الشريعة الإسلامية للزوجة هذا الحق و المشرع الجزائري اكتفى بذكر السكن دون أن يبين شروطه في مشمولات النفقة، بموجب الامر 02/05. إلا أن اجتهاد القضاء الجزائري تدخل لسد هذا الفراغ التشريعي من خلال منح حلول للقضايا المطروحة أمامه مستندا في ذلك على أحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما سنتطرق اليه في هذا المبحث ، فيتعين بداية بيان مفهوم السكن (المطلب الأول) ثم التطرق الى حق الزوجة في السكن المنفرد في الفقه الاسلامي و القانون الجزائري (المطلب الثاني) و اخيرا الاجتهاد القضائي الاسري الجزائري في مسألة حق الزوجة في السكن المنفرد (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم السكن في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري

الفرع الأول: التعريف السكن

أولاً: التعريف اللغوي : جاء في لسان العرب في مادة (سكن)، السُّكُونُ ضدَّ الحركة سَكَنَ الشيءُ يَسْكُنُ سُكُوناً إذا ذهبَت حركته،... وكل ما هَدَأَ فقد سَكَنَ كالريح والحرّ والبرد ونحو ذلك. والسَّكْنُ كل ما

سَكَنْتَ إِلَيْهِ وَاطْمَأْنَنْتَ بِهِ مِنْ أَهْلِ وَغَيْرِهِ وَرَبِمَا قَالَتْ الْعَرَبُ السَّكَنُ لِمَا يُسْكَنُ إِلَيْهِ وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: {جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ سَكَنًا}، [سورة:]وَالسَّكَنُ الْمَرْأَةُ لِأَنَّهَا يُسْكَنُ إِلَيْهَا¹.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي: بيت الزوجية هو محل منفرد معين مختص بالزوجة، لا يشاركها أحد في سكناه من أهال الزوج المميزين، وله غلق يخصه ومرافق سواء كانت في البيت أو في الدار، على ألا يشاركها فيها أحد إلا برضاها، وهذا في غير الفقراء الذين يشتركون في بعض المرافق²

الفرع الثاني: حكم السكن

³اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على وجوب المسكن المنفرد للزوجة، واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم و السنة النبوية والمعقول:

أولا: القرآن الكريم: قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [سورة الطلاق: الآية 6] وجه الدلالة: يدلّ على أنّ هذا الحقّ ثابت لها رغم انتهاء الرابطة الزوجية. فدلّ ذلك بطريق أولى على استحقاق الزوجة التي ما تزال في عصمة الزوج للسكنى، إذ إن استمرار عقد الزواج أولى في ترتيب هذا الحقّ من حالة انتهائه .

قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة النساء: الآية 19] ووجه الدلالة أن المعاشرة بالمعروف تشمل كل ما جرى به العرف من حسن التعامل والقيام بحقوق الزوجة، ومن ذلك توفير مسكن لائق بها. والمعروف في العرف والعادة أن تُسكن الزوجة في مسكن مستقل يسترها من أعين الناس، ويحفظ كرامتها وخصوصيتها، ويوفر لها الراحة والأمان، ويقيها من الحر والبرد، ومن ثمّ فإنّ توفير هذا السكن يدخل ضمن مقتضيات الأمر الإلهي بالمعاشرة بالمعروف.

¹ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص211 .

²الموسوعة الفقهية، ج8، ص235 .

³جاسر جودة شحادة سعيد، نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير تخصص القضاء الشرعي كلية الشريعة و القانون، جامعة غزة، 2007 م-1428 هـ، ص106.

ثانياً: السنة : أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها فلم يجعل لها النبي نفقة ولا سكنى وإنما قال: "إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة"¹. ووجه الدلالة أن النبي جعل النفقة والسكنى للمرأة إذا كانت مطلقة رجعيًا، فدل ذلك على مشروعية المسكن .

و أمر فريعة بنت مالك بِقوله: "أَمْكُثِي فِي بَيْتِكَ حَتَّى بُلُغَ الْكِتَابِ أَجَلُهُ ،قَالَتْ: فَأَعْتَدْتُ فِيهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ عَشْرًا"². ووجه الدلالة أن النبي قد أوجب للمعتدة من وفاة السكنى فدل ذلك على مشروعية المسكن³.

ثالثاً: المعقول:

1. يعتبر المسكن كالنكاح والنفقة بجامع الحاجة إليها على الدوام.
 2. تتضرر الزوجة من مشاركة غيرها معها في المسكن؛ لأنها تكون عرضة لاطّلاعهم على أحوالها.
 3. إن الزوجة لا تأمن على متاعها بمشاركة غيرها لها في المسكن.
 4. إن وجود غير الزوجين في مسكن الزوجية يمنع من كمال المعاشرة والاستمتاع.
- واستثنى الفقهاء من التعميم السابق بعض الحالات التي تجيز للزوج إسكان غير الزوجة معها مثل طفله، واستدلوا على ذلك: بأن رضا الزوجة بانتقاص حقها بالانفراد فيمسكن الزوجية أجاز لزوجها إسكان غيرها معها⁴.

المطلب الثاني: حق الزوجة في السكن المنفرد في الفقه الاسلامي و القانون الجزائري

¹ أخرجه النسائي، سنن النسائي، كتاب الطلاق باب الرخصة في ذلك، رقم 3403، صحيحها جماعة وقرئت على الشيخ حسن محمد المسعودي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ط1، (1348)، ج6، ص144.

² أبو داود: أبو داود سليمان ابن الأشعث بن اسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت: 675هـ)، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، (د ط د ت)، ج2، ص91 .

³ عاطف مصطفى البراوي النتر، حقوق الزوجة المالية في الفقه الاسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير تخصص القضاء الشرعي كلية الشريعة و القانون، جامعة غزة، (2006 م- 1427 هـ)، ص 110-111.

⁴ جاسر جودة شحادة سعيد، المرجع السابق، ص107 .

الفرع الأول: حق الزوجة في السكن المنفرد في الفقه الاسلامي

قال تعالى مخاطباً الأزواج ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [سورة الطلاق، الآية 7]، فالزوج هو المأمور شرعاً بالإنفاق على زوجته ، والإنفاق على الزوجة هو قيام الزوج بتوفير الغذاء والكسوة والسكن والعلاج والخدم بحسب القدرة المالية للزوج والمركز الاجتماعي والمالي للزوجين معا ، وبحسب المعتاد والمتعارف عليه في البلدة او المدينة او المنطقة.

وبناءً على ذلك فإن الشريعة الإسلامية توجب على الزوج أن يوفر لزوجته السكن الشرعي الذي يتناسب مع قدرته المالية والمركز الاجتماعي والمالي للزوجين معا وبحسب المسكن الشرعي الذي يعده الأزواج الآخرون المماثلون للزوج في المركز المالي والاجتماعي في المدينة او البلدة التي يقيم فيها الزوجان.

ومن **عظمة** الشريعة الإسلامية وصلاحياتها لكل الناس في أي زمان ومكان انها قررت فقط الشروط التي يجب توفرها في المسكن الشرعي التي تمثل الحد الأدنى للسكن الشرعي وتركت الشريعة تفاصيل المسكن الشرعي ومكوناته لإمكانات وقدرات الأزواج المتفاوتة بحسب تفاوت الامكنة والازمنة، فقد قرر الفقه الإسلامي الشروط الآتية في المسكن الشرعي:

أولاً: أن يكون ملائماً لحالة الزوج المالية، ويكون المسكن كالطعام والكسوة على قدر يسار الزوجين وإعسارهما فإن كانا موسرين يجب عليه توفير مسكن يليق بحالهما من بناء وأثاث وما يشتمله، وإن كانا متوسطي الحال عليه أنيسكنها بدار متوسطة، أو شقة في عمارة، وإن كانا فقيرين فيسكنها بقدر حاله، وإن كان موسراً و هي معسرة فعليها توفير سكن منفرد ولو صغير ليساره، ولو كان هو فقيراً و هي موسرة، فإن عليه إسكانها ببيت من دار بها مرافقها الخاصة به، أو مشتركة مع البيوت الأخرى بالدار، ولا يكلف الزوج بأكثر من ذلك ¹.

ثانياً: أن يكون المسكن منفرداً و مستقلاً عن الأهل، فلا يصح أن يسكن معه أهله وإخوته البالغين،

¹ عبد الكريم زيدان: المفصل، ج 7، ص.

لما فيه من تقييد لحريتها، و لما فيه من ضرر الاطلاع على أسرارها، وفرق المالكية بين المرأة الشريفة التي جاءت على جانب من المال، فيجب أن يهيأ لها مسكن، والوضيعة التي تقبل بالعيش مع والديه في سكن أقل من المعتاد، اشترطوا أن لا تتضرر، وأن تكون في مأمن من الاطلاع على أسرارها¹.

ثالثا: عدم الجمع بينها وبين ضررتها في نفس المنزل، لما في ذلك من ضرر، فهي في أحسن الأحوال تمتنع عن إسكانها مع أهله فمن باب أولى عدم إسكانها مع ضررتها، ووجب عليه المساواة في المسكن إذا فرض لكل زوجة مسكنا خاصا بها².

رابعا: وإذا كان السكن حقاً لها فليس للزوج أن يشرك غير زوجته فيه، إلا إذا رضيت بذلك، كما أنه ليس للزوجة أن تسكن أحداً من أقاربها بغير رضاه، ويصح أن يسكن معها ابنه من غيرها إذا كان غير مميز، وليس لها منعه من ذلك، ولا يجوز لها منعه من إسكان والديه، خاصة إذا كانا عاجزين، ولا يملكان مسكنا مستقلا، وليس له الاعتراض على سكن ولدها من زوج آخر، وأن لا تدخل أحد فيه بغير إذنه ولها أن يسكنها قرب جيران صالحين، و أن لا يسكنها في مكان منقطع عن الناس مخافة الضرر، و أن يسمح لأهلها بزيارتها³.

خامسا: ويشترط في المسكن أن يكون مؤثقا، بكل ما تحتاجه من أثاث النوم و أواني الطهي و أفرشة، وتوفره علماء الكهرباء و الغاز، وكل ما يعتبر في العرف و العادة ضروريا لمسكن الزوجية، و يجب عليه تهيئة كل ما يكفيها بحسب حالتها، لأن ما كان يعتبره الفقهاء في زمانهم، يختلف كثيرا عن ما يحتاجه مسكن الزوجية في وقتنا الحاضر، وذلك لبساطة الأثاث في زمانهم، أما في زماننا الحاضر

¹المواق: التاج والإكليل، ج 5، ص549. جميل فخري جانم: آثار عقد الزواج، ص.2.

²الخرشي: شرح مختصر خليل، ج 4، ص 188.

³الخرشي: المرجع نفسه، ج4، ص188.

فزادت تعقيدات أثاث بيت الزوجية، فأصبحت الكثير منها ضرورية وتجهيز البيت يخضع للعرف حسب الزمان و المكان¹.

الفرع الثاني: حق الزوجة في السكن المنفرد في القانون الجزائري

² جاء في المادة 78 من قانون الأسرة ما نصه: "تشمل النفقة الغذاء و الكسوة والعلاجو السكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

و تجدر الإشارة الى ان المشرع الجزائري بموجب الامر 84-11 اورد حق الزوجة في النفقة الشرعية في الفصل الرابع حقوق و واجبات الزوجين المادة 37 "يجب على الزوج نحو زوجته :

1. النفقة الشرعية حسب وسعه الا اذا ثبت نشوزها

2. العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة "

إلا أنه ألغاه بعد التعديل و اكتفى بذكر السكن، في مشمولات النفقة، بموجب الامر 02/05 في المادة 78 فبينت المادة أن السكن يندرج ضمن مشتملات النفقة، غير أنه لم يبين النص القانوني، إذا كان للزوجة الحق في المطالبة بسكن مستقل، أم يمكن للزوج إرغامها على السكن مع أهلها وهذا نقص لا يستقيم معه الفهم السليم للنص، ومن ثم تطبيقه تطبيقا صحيحا، إلا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ باعتبارها صاحبة الولاية في كل ما لم يُنص عليه في قانون الأسرة الجزائري.

و بالرجوع إلى القضاء الجزائري نجد أحكامه مستقرة على حق الزوجة في السكن المنفرد عن أهل الزوج، ومن قبيل ذلك ما قرره المحكمة العليا في عدة قرارات لها من بينها القرار الصادر بتاريخ 1986/01/13 و الذي قضت فيه بما يلي: "من المقرر فقها وقضاء أن إسكان الزوجة بعيدة عن

¹ سالم جاسم علي، حق الزوجة في الانفراد بمسكن الزوجية، شؤون اجتماعية، الإمارات، 1998م، ص 15، ص 42.

² شيخ سناء، حق الزوجة في المسكن بين التشريع والممارسة القضائية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد 1، ص 463.

أقارب زوجها حق من حقوقها، وإن تمادي الزوج في رفض طلب توفيره لها لا يخول له الشرع إجبارها على العودة إلى السكن الذي يسكنه أقاربه"¹.

ولقد قضت المحكمة العليا بحق الزوجة في السكن المنفرد عن أهل الزوج ولو لم تحتفظ بهذا الحق عند إبرام عقد الزواج، أو سبق لها أن سكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت منهم بسبب الضرر اللاحق بها بسببهم.

هذا، وبالاطلاع على القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، يتبين أنها اعتبرت رفض الزوجة الرجوع إلى بيت الزوجية شريطة توفير سكن مستقل لها عن أهل الزوج لا يعد نشوزا، كما قضت بأن مطالبة الزوجة بحقها في سكن مستقل لا يعد مساسا بالطاعة الواجبة عليها تجاه زوجها.

المطلب الثالث: اجتهاد المحكمة العليا في مسألة حق الزوجة في السكن المستقل .

قد حسم اجتهاد المحكمة العليا هذه القضية بتكريس حق الزوجة في السكن المستقل عن أهل الزوج، وهذا ما نجده في العديد من قراراتها؛ منها القرار رقم 159732 بتاريخ 1997/05/13 الذي نصه: " من المقرر شرعا أنه يحق للزوجة أن تطلب سكنا منفردا عن أهل الزوج وذلك لقول خليل في مختصره في باب النفقة : (ولها الامتناع أن تسكن مع أقاربه)"². ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما حكموا في قضية الحال - بعدم تلبية طلب الزوجة في الانفراد بالسكن عن عائلة زوجها الذي يعتبر بمثابة حق لها فإنهم خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية و عرضوا قرارهم للنقض، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار"³.

ومنه يتّضح أن المشرّع الجزائري، وإن كان قد أقرّ ضمناً في قانون الأسرة بحق الزوجة في السكن باعتباره أحد عناصر النفقة الواجبة على الزوج، إلا أنه لم يُفصّل في مسألة حق الزوجة في السكن المستقل عن أهل الزوج، مما يشكّل فراغاً تشريعياً في هذا الباب. وقد استدعى هذا القصور

¹ القرار رقم: 39390، المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 1986/01/13، المجلة القضائية 1990، العدد 2، ص 62.

² خليل، مختصر العلامة خليل، تحقيق احمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط 1 (1426هـ)، ص 136.

³ القرار رقم: 159732، المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 1997/05/13، المجلة القضائية 1997، العدد 2، ص 100.

التشريعي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، عملاً بالمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، التي تنص على الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي عند غياب النص.

وقد عبّرت المحكمة العليا عن هذا التوجّه في أحد قراراتها القضائية حين قضت بحق الزوجة في السكن المستقل، مستندةً في ذلك إلى المرجعية الفقهية المالكية، وتحديدًا إلى قول الإمام خليل بن إسحاق الجندي في مختصره المعتمد في المذهب، حيث قرر: "ولها الامتناع أن تسكن مع أقاربه".

وهو ما يعكس عمق الصلة بين القضاء الأسري الجزائري والمذهب المالكي، بما يضمن تحقيق التوازن بين مقتضيات النص القانوني ومقاصد الشريعة الإسلامية، ويصون كرامة الزوجة وحقوقها في الاستقرار النفسي والمعيشي.

المبحث الثالث: مسألة الشروط التي لا يقضيها عقد الزواج

المطلب الأول: الشروط المقتترنة بالعقد

الفرع الأول: تعريف الشرط المقتترن بالعقد

أولاً: تعريف الشرط

1- لغة: قال ابن منظور: "الشرط لغة معروف، وكذلك الشريطة، والجمع شروط وشرائط، والشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه"¹.

2- اصطلاحاً: عرفه صاحب روضة الناظر بقوله: "ما يلزم من انتقائه انتفاء الحكم، كالإحصان مع الرجم، والحول في الزكاة، فالشرط ما لا يوجد المشروط مع عدمه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده"².

ثانياً: تعريف الشروط المقتترنة بالعقد: تعرف الشروط المقتترنة بالعقد على أنها: "التزام العاقد في عقده أمراً زائداً على أصل العقد سواء أكان الالتزام مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكداً له، أو كان منافياً

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص 29 .

² ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، مؤسسة الريان، ط2، (1423هـ)، ج1، ص179 .

له، و سواء كان يحقق منفعة لمن اشترط له الشرط، أو كانا لاشتراط لصالح الغير، أو لم تكن هناك مصلحة لأحد مطلقاً¹.

وبالتالي فالشروط المقترنة بعقد الزواج، هي شروط مصاحبة لهذا العقد بعد أن نشأ صحيحاً مستكملاً سائراً لأوصاف المطلوبة، وعليه فالشروط المقترنة بعقد الزواج ليست مرتبطة بجوهر العقد، إنما هي شروط أضافها الزوجان أو أحدهما تحقيقاً لمصلحة يريدانها.

و تعرف عند البعض بالشروط الجعلية وهي الشروط التي تكون من احد طرفي الزواج وهي تحدد اثار الزواج الى حد ما و يجب الوفاء بها اذا كانت مشروعة².

الفرع الثاني: أنواع الشروط المقترنة بالعقد

تختلف هذه الشروط بين الفقهاء، في كونها شروط متفق على عدم صحتها، وشروط متفق على صحتها، وشروط مختلف فيها بين الفقهاء فهناك من أجازها، وهناك من لم يجزها كاشتراط الزوجة العمل، وعدم التزوج عليها وعدم اخراجها من بلدها.

أولاً: الشروط المتفق على عدم صحتها : وهي على نوعان : شروط منافية لمقتضى عقد الزواج، وشروط نص الشرع على فسادها.

1- الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج: اتفق الفقهاء على فساد الشروط التي تنافي لمقتضى عقد الزواج، أو تخالف الشريعة كشرط الخيار، أو المخالفة لمقصود النكاح الأصلي، كاشتراط الزوج على الزوجة عدم الإنفاق عليها أو أن لا ترثه، أو أن لا مهر لها، أو اشتراط الزوجة أن لا يوطأها، فإن هذه الشروط لا تجوز بحال، وتكون أقوالهم جميعاً متفقة على إبطال الشرط وصحة النكاح³.

¹ مسعودي يوسف: الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة بشار، 2007م، ص13.

² عمران عائشة، الشروط الجعلية في عقد الزواج، مجلة الحقوق و العلوم الانسانية و جامعة الأغواط، العدد 4، ص103.

³ ابن قدامة، المغني، ج7، ص95.

2- الشروط التي نص الشرع على فسادها: و هي الشروط المنصوص شرعا على فسادها بنصوص صريحة، و هي باطلة مبطله لعقد الزواج، فيها وبطلانكاح من أصله ، ومثال ذلك شرط تأقيت الزواج، أو ما يسمى بنكاح المتعة¹.

ثانيا: شروط يقتضيها العقد : وهي شروط يقتضيها العقد، وإن لم يذكره المتعاقدان، كاشتراط الزوجة العشرة بالمعروف، والعدل بينها وبين الزوجات الأخريات، والإنفاق عليها، أو يشترط هو أن لا تخرج إلا بإذنه، أو مما جرى العرف الصحيح في البلد كاشتراط تعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه الآخر²، وهذه الشروط باتفاق الفقهاء لا تؤثر على العقد ، ووجوب الوفاء بها إذا كانت مما يقتضيه عقد الزواج³.

ثالثا: شروط ليست من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولكنها لا تخالفه: وهي الشروط التي لا تنافي العقد، ولا تكون من مقتضاه، وتكون فيها مصلحة للطرفين، ولم يرد من الشرع نهيعنها، كاشتراط الزوجة أن لا يخرجها من دارها، أو ان لا يتزوج عليها او ان لا يخرجها من بلدها⁴

المطلب الثاني : حكم الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري.

الفرع الأول :حكم الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الاسلامي

الشروط في الزواج أنواع مختلفة: فمنها ما يجب الوفاء به باتفاق الفقهاء، كاشتراط العشرة بالمعروف، والإنفاق عليها وألا يقصر في شيء من حقوقها ونحو ذلك مما هو من مقتضيات عقد الزواج ومقاصده، ومنها ما لا يجوز الوفاء به باتفاق الفقهاء، كأن تشترط عليه أن يطلق ضررتها ونحو ذلك.

¹ ابن قدامة، المرجع نفسه، ص 95 .

² إسماعيل نواهضة وأحمد المومني، الأحوال الشخصية، ص 190 .

³ ابن قدامة: المرجع السابق، ص 93.

⁴ جميل فخري جانم، مقومات عقد الزواج، ص 59.

ومنها ما اختلف الفقهاء فيه، فمنهم من أجازوه ومنهم من لم يجزه، كاشتراط ألا يتزوج عليها، أو تشترط الزوجة خروجها للعمل بعد الزواج أو استمرارها فيه ونحو ذلك. وهذا النوع الأخير هو محل البحث والمناقشة وفي ذلك انقسم الفقهاء إلى ثلاثة أقوال:

أولاً : القول الأول: ذهب أصحاب هذا القول إلى أن مثل هذه الشروط باطلة، ولا يجب الوفاء بها حتى يرد دليل شرعي على اعتبارها، وفساد هذه الشروط لا يعني كون العقد باطلاً، بل يصح العقد و يلغى الشرط، سواء كان قبل الدخول أو بعده، وقد قال به الحنفية¹ والشافعية²، و أدلتهم على عدم صحة هذا النوع من الشروط:

1- قول رسول الله: "...والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً"³.

ووجه الاستدلال من الحديث أن الشروط التي تحرم الحلال كشرط عدم التزوج عليها والسفر؛ أنها ليست من مصلحة العقد ولا مقتضاه، كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها⁴.

2- ان عائشة قالت: جاءت بريرة، فقالت: إني كاتبته أهلي على تسعأواق في كل عام أوقية، فأعينيني، فقالت عائشة: إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة وأعتقك فعلت، ويكونوا لك لي، فذهبت إلى أهلها فأبوا ذلك عليها، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا، إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع بذلك رسول الله، فسألني فأخبرته، فقال: " خذيها فأعتقها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق"، قالت عائشة: فقام رسول الله في الناس، فحمد الله، وأثنى عليه، ثم قال: " أما بعد، فما بال رجال منكم يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، فأيا شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل، وإن كان

¹ ابن همام: فتح القدير، ج 3، ص 350.

² الشافعي: الأم، ج 5، ص 70.

³ أخرجه الترمذي في سننه: أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، حديث رقم 1352، ج 3، ص 2.

⁴ الزيلعي: تبیین الحقائق، ج 2، ص 149.

مائة شرط فقضاء الله أحق بشرط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقول أحدهم: أعتق يا فلان ولي الولاء، إنما الولاء لمن أعتق" ¹.

ووجه الاستدلال من الحديث أن هذه الشروط ليست في مصلحة العقد و لا مقتضاه، فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتاب الله عز و لج ، إذا كان في كتاب الله أو سنة رسول الله خلافاً، ومن الشروط التي تبطل وفي كتاب الله خلافاً، هو اشتراط الزوجة عدم التزوج عليها، والله تعالى أحل تزوج أربع نساء، وما ملكت يمينك، فتكون الزوجة بشرطها هذا حظرت ما وسع الله تعالى عليه في الزواج ².

ثانياً: القول الثاني: ذهب أصحاب هذا القول إلى صحة هذه الشروط، ووجوب الوفاء بها، ما لم يخل بالمقصود من عقد النكاح، فإن لم يف المشتري عليه جاز للمشتري فسخ عقد النكاح، وهو قول عمر بن الخطاب، وسعد بن أبي وقاص، ومعاوية وعمر بن العاص ، ومذهب الحنابلة ³. وأدلتهم على صحة هذا النوع من الشروط:

1- عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي الخير، عن عقبة، عن النبي قال: "أحق ما أوفيت من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج" ⁴.

ووجه الاستدلال من الحديث أنه دل على أن شروط الزواج أحق بالوفاء، مما دل على صحتها ولزومها، وتقديمها على باقي العقود بالوفاء ⁵.

2- أن رسول الله قال : "...والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً" ⁶. ومادامت هذه الشروط لم تحل حراماً، و لم تحرم حلالاً، فالأولى أنها صحيحة ولازمة الوفاء.

¹ صحيح البخاري: كتاب المكاتب، باب استعانة المكاتب و سؤاله الناس، حديث رقم 2563، ج2، ص2.

² شافعي، الأم، ج5، ص79.

³ ابن قدامة، المغني، ج7، ص93.

⁴ خرجه البخاري: كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، رقم 5151، ج3، ص242.

⁵ ابن قدامة، المغني، ج7، ص93.

⁶ سبق تخريجه، ص134.

3-الأثر المروي عن عمر بن الخطاب، عن عبد الرحمن بن غنم قال: كنت جالسا عند عمر حيث تمس ركبتي ركبته فقال رجل لأمير المؤمنين: تزوجت هذه وشرطت لها دارها، وإنني أجمع لأمري أو لشأني أني أنتقل إلى أرض كذا وكذا فقال: لها شرطها، فقال رجل: هلكت الرجال إذا، لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقت، فقال عمر: "المسلمون على شرطهم عند مقاطع حقوقهم"¹.

ووجه الاستدلال من الأثر أن عمر لما أمر بالوفاء بالشروط، لم ينكر عليه أحد من الصحابة، وهو دليل على وجوب الوفاء بالشروط، زيادة على أنه شرط للزوجة، وفيه منفعة لا تتنافى مع القصد من الزواج فكان لازما².

ثانيا : القول الثالث: وهو قول للمالكية³، وذهبوا إلى كراهة هذا النوع من الشروط، وحكم العقد الواقع على هذا الشروط لا يفسخ سواء كان قبل العقد أو بعده، ولا يلزم الوفاء به، وإنما يستحب، ما لم التزمها لها وهي الشروط المقيدة بتمليك أو طلاق، فيجب عليه حينئذ الوفاء لها هذه الشروط، ودليلهم في كراهة الشروط :

1-حديث عائشة لأن رسول الله قال: "فما بال رجال منكم يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، فأيا شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل، وإن كان مائة شرط فقضاء الله أحق وشرط الله أوثق"⁴.

كذلك قول الإمام مالك: "أشرت على قاض أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط، وألا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته، وأنه كتب بذلك كتابا، أعلن به الناس في الأسواق والطرقات، وعابها عيبا شديدا"⁵.

وأدلتهم في إستحباب الإلتزام بالشروط:

¹ أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الشرط في النكاح، رقم 663، ج 1، ص 211-212.

² بن قدامة: المغني، ج 7، ص 93.

³ الحبيب بن الطاهر: الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، ط 2005 م، ج 3، ص 237-238.

⁴ سبق تخريجه، ص 140.

⁵ ابن رشد الجد: المقدمات الممهدات، ج 1، ص 482.

1- عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي الخير، عن عقبة، عن النبي قال " : أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج" ¹، ووجه الاستحباب أن الحديث علق الشروط بالوفاء بها، وهو دليل على أنه لا يحكم بها عليها أن ذلك مصروف إليه ²، ورغم ما قال به المالكية من استحباب الوفاء بالشروط، فإن ما جاء به الدليل الأخير، يجعل الوفاء بالشروط واجبا ³.

الفرع الثاني: حكم الاشتراط في عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري

لقد أعطى المشرع الجزائري في المادة 19 المعدلة⁴ حق اشتراط الزوجين أي شرط يريانه في مصلحتهما ما دام لم يتنافى هذا الشرط مع القانون، ويكون ذلك في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، والجديد الذي أتى به المشرع هو إشارته إلى نوعين من الشروط ولكن على سبيل المثال لا على سبيل الحصر وهما شرط عدم تعدد الزوجات، وشرط عمل المرأة؛ وذلك بقوله: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع القانون". في حين نجد أنه في المادة 19 قبل التعديل لم يحدد هذه الشروط بل قيدها بعدم مخالفتها للقانون فقط⁵.

حيث يتضح من نص هذه المادة المعدلة أن المشرع الجزائري أجاز وبصريح النص للزوجين أن يتفقا على كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تكن مخالفة للقانون. ففي حالة الاتفاق مثلا على أن الزوج يسمح لزوجته بالعمل أو عدم تعدد الزوجات، وأخل الزوج بالتزاماته التعاقدية فإنه واستنادا

¹ سبق تخريجه، ص

² الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج3، ص23.

³ محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، ص356.

⁴ عدلت بالأمر الأمر 02-05، المؤرخ في: 2005/02/27 وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتنافى مع هذا القانون". والواضح أن المشرع لم يأت بجديد يذكر عدا النص على شرطي العمل وتعدد الزوجات على سبيل المثال لا الحصر، وذلك راجع في نظر المشرع أن الشرطين الأخيرين هما أساس كل خلاف عائلي، والصحيح غير هذا. إذ أن الوعي والنضج الفكري والتربية الصحيحة لدى الزوجين، كل ذلك كفيل بحل مشاكل العلاقة الزوجية.

⁵ سعادي لعل، الزواج و انحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2014-2015 م، ص170.

لأحكام الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة فإن للزوجة أن تقيم ضد زوجها دعوى قضائية تتضمن طلبتطبيقها. كما يلاحظ أن المشرع قد أطلق العنان للزوجين في حرية اشتراط ما يريانه ضروريا، بغض النظر عن موافقة هذه الشروط للضوابط الشرعية من عدمها، حتى ولو جاءت مقيدة بعدم منافاتها لأحكام القانون، إلا أن القانون نفسه جاء منافيا لأحكام الشريعة في هذه الجزئية عندما جعل للمرأة الحق فيطلب التطلاق من خلال المادة 53 من القانون نفسه رد الزواج عليها، أو لمنعها من العمل لضرورة أو مصلحة¹.

ومنه يفهم أن للزوج مثلا أن يشترط على الزوجة إسقاط حقها في النفقة أو أن تتفق على نفسها منمالها، أو أن تتنازل عن حقها في التصرف في مالها إذا رضيت بذلك. ولا شك أن التوسع في مجال الاشتراط في عقد الزواج وعدم التقيد بالضوابط الشرعية في نطاق الشروط المختلف فيها بين الفقهاء قد تنجم عنه آثارا ومفاسد عند الإخلال بها من أحد الطرفين كما ذهبت إلى ذلك المادة 53 في فقرتها التاسعة عندما جعلت طلب التطلاق جزاء لإخلال الزوج بأي شرط من الشروط المتفق عليها عند إبرام العقد².

ومنه فإن هذه المادة تطرح عدة إشكاليات فقهية؛ لكونها لم تميز بين أنواع الشروط وأقسامها-بين صحيحها وفاسدها- من حيث وجوب الوفاء بها من عدمه، فلم تفرق بين الآثار المترتبة على جزاء الإخلال بشرط من هذه الشروط المتفق عليها أثناء العقد، على أنه لا إشكال في بطلان الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج بنص المادة 35 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا".

وعليه كان لا بد من تكملة هذا القصور بما جاء في احكام الشريعة الاسلامية.

المطلب الثالث: اجتهاد المحكمة العليا في مسألة اشتراط الزوجة عدم اخراجها من بلدها

¹ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي و تطبيقاته في ق.أ.ج، ص 453-454.

² محفوظ بن صغير، المرجع نفسه.

ذهب الاجتهاد القضائي - حتى قبل صدور قانون الأسرة - على تطبيق الرأي القائل بصحة هذه الشروط وجوازها نظرا لحاجة الناس إليها ثم عاد في قرار لاحق الى الحكم بعدم جوازها لما فيه من التحجير على الزوج و قد اعتمد بذلك على قول الامام الدسوقي في الحاشية على شرح الدردير حيث في نص القرار رقم 49575 بتاريخ 1988/06/20 : " من المقرر شرعا ان الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد و لا ينافيه و الذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج و من ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية.

و لما كان من الثابت -في قضية الحال- ان قضاة الموضوع الزموا الزوج -بالعرف- بتعهده بالبقاء بزوجه بالعاصمة ، يكون بقضائهم بذلك قد خالفوا احكام الشريعة و فرضوا عليه قيда هو مخير فيه و متى كان كذلك استوجب نقض و ابطال القرار المطعون فيه.

....من المقرر فقها ان الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه كما اذا اشترطت الزوجة على زوجها الا يتزوج عليها او لا يخرجها من مكان كذا او من بلدها فهذه الشروط تدخل في باب الكراهة لما فيها من تحجير و لكنها لا تلزم الزوج بالوفاء بها ولا تؤثر في عقد الزواج.

الجزء الثاني : من حاشية الامام الدسوقي على شرح الامام الدردير¹ صفحة 212².

يتضح من خلال القرار القضائي رقم 49575 المؤرخ في 1988/06/20 أن الاجتهاد القضائي الجزائري، وإن كان قد أجاز في بداية الأمر بعض الشروط الخاصة في عقد الزواج مراعاةً لحاجة الناس، إلا أنه عاد لاحقاً ليتقيد بأصول الفقه المالكي، حيث قرر عدم جواز إلزام الزوج بالشروط التي لا تقتضيها طبيعة العقد ولا تنافيه، باعتبارها من باب الكراهة لتحجيرها على الزوج. وقد استند القضاء في ذلك إلى رأي الإمام الدسوقي في حاشيته على شرح الدردير، مما يؤكد المكانة المركزية للفقه المالكي كمصدر مرجعي في الاجتهاد القضائي الأسري الجزائري.

¹ الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د.ط.د.ت، ج2، ص211-212.

² القرار رقم: 49575، المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 1988/06/20، المجلة القضائية 1991، العدد2، ص54.

خلاصة الفصل:

أوضح هذا الفصل كيف شكّل الاجتهاد القضائي وسيلة مرنة لمعالجة الإشكالات التي تطرأ بعد إبرام عقد الزواج، سواء تعلق الأمر بإثباته أو بتنظيم الحقوق الناتجة عنه. كما أظهر تفاعل القضاء مع الواقع الاجتماعي والفقهّي لضمان حماية الأسرة و الحفاظ على قداسة العلاقة الزوجية، بما ينسجم مع مقاصد الشريعة ومبادئ القانون.

خاتمة

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع "مركزية الفقه المالكي في الاجتهاد القضائي الأسري الجزائري - باب الزواج نموذجًا"، توصلنا إلى جملة من النتائج، مصحوبة ببعض التوصيات، كما يلي:

- تُبرز المعطيات الواردة في هذه الدراسة الأهمية البالغة التي يحتلها المذهب المالكي في البنية الفقهية والتشريع الجزائري؛ إذ شكّل هذا المذهب الإطار المرجعي الذي استند إليه الفقهاء، بل وحتى القضاء في معالجة النوازل المختلفة، لا سيما في مجال الأحوال الشخصية.
- وقد تبين من خلال المباحث المدروسة أن حضور هذا المذهب في الجزائر لم يكن ظرفيًا أو محدودًا، بل جاء نتيجة عوامل تاريخية وعلمية وثقافية متراكبة مكّنته من الاستقرار والرسوخ، وترك بصمة واضحة في المجتمع الجزائري.
- كما مثّل الاجتهاد القضائي أداة حيوية في التوفيق بين الأحكام الفقهية والمستجدات والنوازل الواقعية؛ حيث أتاح للقاضي إمكانية ملء الفراغ التشريعي والتفاعل مع الحالات التي لم تُضبط نصيًا، خصوصًا في مسائل الأسرة التي تتطلب فهمًا عميقًا للنصوص وتنزيلها على الواقع.
- وقد أظهر التحليل، من خلال القرارات محل التعليق، أن الاجتهاد القضائي في هذا الباب يستند في الغالب إلى قواعد مستمدة من الشريعة الإسلامية، وخاصة من المذهب المالكي الذي لا يزال يشكل مرجعًا معتمدًا في كثير من الأحكام، وفقًا لما تنص عليه المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.
- أقرّ القضاء الجزائري بأن انعقاد الزواج الصحيح يتوقف على توافر أركانه الأساسية وفقًا للفقه المالكي، بما يعكس التزامه بالمرجعية الإسلامية ويجسّد توازنًا بين النص القانوني وروحه المستمدة من الشريعة.
- كرّس القضاء الجزائري المذهب المالكي مرجعًا أساسًا، خاصة في مسألة استحقاق الصداق

كاملاً بوفاة الزوج قبل الدخول مع وجود النص القانوني، ما يعكس سعيه للتكامل بين النص القانوني والهوية الفقهية المحلية

- يستند الاجتهاد القضائي الأسري في الجزائر، خصوصاً في قضايا إثبات الزواج بشكل واضح في الفقه المالكي وقد تجلّى هذا التوجه في قرار صادر عن المحكمة العليا، حيث رفضت قبول شهادة النساء أو شهادة رجل وامرأتين لإثبات الزواج وأصرت على ضرورة شهادة عدلين ذكرين اعتماداً على أحكام الشريعة الإسلامية كمقررها فقهاء المالكية، استناداً إلى ماورد في تحفة ابن عاصم.
- وقد أقر الاجتهاد القضائي لاحقاً إمكانية إثبات الزواج العرفي بشهادة رجل وامرأتين في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 14/02/2007 ملف رقم 381880 م.م. عام 2007 مستنداً في ذلك إلى أحكام المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية.
- يُظهر تطوّر الاجتهاد القضائي الجزائري تدرّجاً في موقفه من شهادة الأقارب في إثبات الزواج، إذ رفضها بدايةً استناداً إلى الفقه المالكي، ثم عاد ليجيزها لاحقاً في بعض الحالات، ما يدل على مرونة قضائية تستوعب متغيرات الواقع مع الحفاظ على المرجعية الفقهية.
- اعتمد القضاء الجزائري القاعدة الفقهية "لا نكاح بعد الموت" لإثبات الزواج العرفي بعد الوفاة، مؤكداً صحته إن ثبت حصوله في حياة الزوجين، مما يعكس تكييفاً قضائياً مرناً يجمع بين المرجعية المالكية وضمان الحقوق الشرعية عند تعذر التوثيق.
- أكد القضاء الجزائري، بالاستناد إلى الفقه المالكي، حق الزوجة في السكن المستقل، باعتباره جزءاً من النفقة الواجبة، معتمداً على الشريعة الإسلامية لسد النقص التشريعي، بما يعكس انسجاماً بين القانون والفقه في حماية الحقوق الزوجية.
- تبنّى الاجتهاد القضائي الجزائري موقف المالكية والإمام أحمد في جواز الشروط التي تحقق

مصلحة للزوجة، ما دامت لا تخالف الشريعة ولا تناقض العقد، مع عدم إلزام الزوج بشروط الكراهة أو التحجير.

من التوصيات المقترحة:

1- فتح المجال لطلبة الشريعة والقانون للتعين في السلك القضائي:

ضرورة فتح المجال لطلبة الشريعة والقانون للتعين في السلك القضائي ،لاسيما في المحاكم المختصة بقضايا الأحوال الشخصية ، نظرا إلى أن اجتهاد القضاة يستمد أحكامه من الفقه الإسلامي، لضمان تحقيق التطبيق السليم للقانون وضمان الاتساق بين المرجعية الفقهية الإسلامية والتطبيق القضائي المعاصر.

2- تضيق نطاق الاجتهاد القضائي من خلال التدخل التشريعي:

ينبغي على المشرع الجزائري أن يتجه نحو تضيق نطاق الاجتهاد القضائي وذلك من خلال التدخل التشريعي الصريح على المسائل التي تثير إشكالات كثيرة في واقعنا العملي كقضايا السكن ، أو الزواج العرفي دون ترك المجال لتقدير القاضي أو اجتهاده.

3- إعداد مذكرات تفسيرية وإيضاحية للنصوص القانونية:

ضرورة إعداد مذكرات تفسيرية وإيضاحية للنصوص القانونية، خاصة تلك التي تتسم بالغموض أو الإبهام كقانون الأسرة ، بهدف توضيح المقاصد التشريعية وتحديد نطاق تطبيق الأحكام.

4-إنشاء منصة رقمية للاجتهادات القضائية: ضرورة إنشاء منصة رقمية تضم اجتهادات قضائية متعلقة بقانون الأسرة الجزائري سواء الصادرة في ظل القانون رقم 84/11 المؤرخ في 9 جوان 1984 أو القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 بحيث تكون هذه الاجتهادات مرقمة ومصنفة حسب مواضيعها ، بهدف وصول الباحثين ،الطلبة ،أساتذة ، لهاته الاجتهادات مما يعزز من فعالية البحث العلمي في المجال القانوني .

5-إعادة النظر في صياغة نص المادة 222:

ينبغي على المشرع إعادة النظر في صياغة المادة 222 التي منحت للقاضي سلطة الرجوع إلى المذاهب الفقهية دون تقييد ، الأمر الذي قد يفضي إلى غياب الإنسجام في الأحكام في ظل تنوع الآراء الفقهية في المسائل الخلافية .

فهرس سور و آیات
القرآن الکریم

فهرس سور وآيات القرآن الكريم

رقم الآية	رقم الصفحة	السور والآية
سورة البقرة		
17	0	﴿ذَهَبَ اللَّهُ بِنُورِهِمْ﴾
236	51	﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾
سورة النساء		
01	38	﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾
04	49	﴿وَاتُوا النِّسَاءَ صُذَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾
19	20	﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾
20	53	﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾
141	62	﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾
سورة المائدة		
106	57	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ صُرْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ﴾
سورة النور		

39	32	﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾
سورة الشعراء		
37	07	﴿أَوَلَمْ يَرَوْا إِلَى الْأَرْضِ كَمْ أَنْبَتْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ زَوْجٍ كَرِيمٍ﴾
سورة الروم		
38	21	﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾
سورة فاطر		
1	280	﴿إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ﴾
سورة الصافات		
36	22	﴿احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ﴾
سورة الدخان		
36	54	﴿كَذَلِكَ زَوَّجْنَاهُمْ بَحُورٍ عِينٍ﴾
سورة الذاريات		
37	49	﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾
سورة الطلاق		
82	06	﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾
84	07	﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ﴾

فهرس الأحاديث النبوية

رقم الصفحة	الحديث
38	.. يا معشر الشباب من استطاع منكم الباء فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء..
39	.. يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج..
39	.. النكاح سنتي فمن لم يعمل بسنتي فليس مني..
63_59	.. لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل..
83	.. إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة..
92	..والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً..



قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

1. القرآن الكريم .
2. ابن الجزي: محمد ابن أحمد الجزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، المكتبة العصرية صيدا، بيروت، الطبعة الأولى 1420هـ/ 2000م.
3. ابن العربي بكر أبو محمد ابن عبد الله، أحكام القرآن، منشورات محمد علي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2003، ج4.
4. ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص4، وجامع الفقه لابن القيم، جمع وتوثيق يسري السيد محمد، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، ط1، سنة 2000، 123/7.
5. ابن تيمية تقي الدين، صحة عمل أهل المدينة ضمن مجموع الفتاوى، تحقيق عامر الجزار وأنور الباز، المنصورة، دار الوفاء، 2001، ط2، 20.
6. ابن جزي: محمد بن أحمد بن محمد ابن جزي الكلبي، (ت:741) قوانين الأحكام الشرعية،
7. ابن رشد الجد: المقدمات الممهدات، ج1.
8. ابن عابدين :محمد أمين ابن عابدين (ت:1252)، حاشية رد المحتار، دار الفكر، بيروت، ط2، (1386هـ)، ج3.
9. ابن عبد البر، الإنتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء، تحقيق أبي غدة، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 1997.
10. ابن قدامة المقدسي، المغني، القاهرة، دار الحديث، 2004، المجلد التاسع، ص123.
11. ابن قدامة: أبو محمد عبد الله بت أحمد بن محمد بن قدامة (ت:620)، المغني، تحقيق طه الزيني و محمود عبد الوهاب فايد و عبد القادر عطى و محمود غانم غيث، مكتبة القاهرة، ط1(1388هـ-1389هـ)، ج1.
12. ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، مؤسسة الريان، ط2، (1423هـ)، ج1.

13. ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم ابن منظور الافريقي المصري (ت: 711)، لسان العرب، دار بيروت للطباعة والنشر، الطبعة الأولى (1410هـ - 1990م)، ج 2.
14. ابن همام: فتح القدير، ج 3.
15. أبو داوود: أبو داوود سليمان ابن الأشعث بن اسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت: 675هـ)، سنن أبي داوود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، (د ط د ت)، ج 2.
16. ابو زهرة: محمد أحمد مصطفى أحمد أبو زهرة (ت: 1394)، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 3.
17. أبو زهرة، مالك حياته واثاره، القاهرة، دار الفكر العربي، ط 2، 1952.
18. ابن أبي زيد القيرواني: أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن النفزي القيرواني المالكي (ت: 386هـ)، متن الرسالة، دار الفكر.
19. أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن النفزي القيرواني المالكي، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 3.
20. أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي: مواهب الجليل من أدلة خليل، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط 1 (1403هـ)، ج 3.
21. أحمد محمد نور سيف، عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الطبعة الثانية، 2000.
22. ابن ماجة في سننه (ت: 273هـ)، تحقيق فؤاد عبد الباقي، دار الاحياء العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، ج 1، ص 592 ورواه البخاري في كتاب النكاح باب من لم يستطع الباءة فليصم 1950/5 (4779) و مسلم في كتاب النكاح باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه اليه و وجد مؤنة و اشتغال من عجز عن المؤن بالصوم 1018/2 (1400)
23. ابن ماجة في سننه (ت: 273هـ)، تحقيق فؤاد عبد الباقي، دار الاحياء العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، ج 1.
24. البخاري: كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، رقم 5151، ج 3.

25. الترمذي (1089) والبيهقي (15095)، هداية الرواة ' باب إعلان النكاح، ص 266/3
26. النسائي، سنن النسائي، كتاب الطلاق باب الرخصة في ذلك، رقم 3403، صححها جماعة وقرئت على الشيخ حسن محمد المسعودي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ط1، (1348)، ج6.
27. سعيد بن منصور ، سنن، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الشرط في النكاح، رقم 663، ج1.
28. الأزهرى أبو منصور، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، دار احياء التراث العربي، د ط ، (2001 م)، ج4.
29. إسماعيل نواهضة وأحمد المومني، الأحوال الشخصية.
30. الإمام القرافي، شهاب الدين أبي العباس، أحمد ابن ادريس، اعتنى به عبد الفتاح بوغدة، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام والتصرفات، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط2، 1416هـ/1995م.
31. انظر الرملي، شمس الدين محمد ابن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثالثة 2003، الجزء السادس.
32. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، 1998، ج1.
33. الترمذي، السنن، كتاب العلم(39)، باب ما جاء في عالم المدينة (18)، حديث رقم 2680، 5.
34. تواتي (ت: 2009) المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، دار الوعي، الجزائر، ج4، ط1.
35. جميل فخري جانم، مقومات عقد الزواج.
36. الحبيب بن الطاهر: الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، ط2005 م، ج3.
37. حسن شرحبيلي، تطور المذهب المالكي بالغرب الإسلامي، المغرب، وزارة الأوقاف 2000م.

38. الخطاب: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي (ت: 954)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3 (1412هـ)، ج3.
39. خرجه الترمذي في سننه: أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، حديث رقم 1352، ج3.
40. خليل: خليل بن اسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت: 776)، مختصر خليل، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط1، (1426هـ).
41. الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، (د ط، د ت)، ج2.
42. الدردير، أحمد ابن محمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب كانو نيجيريا، طبعة 2000.
43. الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د.ط.د.ت، ج2.
44. الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، (د ط، د ت)، ج2.
45. رواه البيهقي، أبو بكر أحمد ابن الحسين ابن علي، السنن الكبرى، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2003، ج 7، جماع أبواب ماعلى الأولياء، باب لانكاح إلا بشاهدين عدلين، رقم الحديث 17318.
46. الزحيلي، وهبة الزحيلي، قضايا الفقه و الفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط1 (2007م).
47. الزيلعي: تبیین الحقائق، ج 2.
48. سالم جاسم علي، حق الزوجة في الانفراد بمسكن الزوجية، شؤون اجتماعية، الإمارات، 1998م، مج15.
49. سيد معين الدين قدری، التقليد والتلفيق في الفقه الاسلامي، مجلة المسلم المعاصر، دار الفكر، ببيروت، دمشق، ط1، 2000.
50. الشافعي: الأم، ج5.

51. صحيح البخاري: كتاب المكاتب، باب استعانة المكاتب و سؤاله الناس، حديث رقم 2563، ج2.
52. عبد الحكيم ابراهيم، معايير تعريف العمل القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1، 1994.
53. عبد السميع الابي الأزهري، جواهر الإكليل في شرح مختصر الشيخ خليل، المكتبة الثقافية، بيروت، ج1.
54. عبد الكريم زيدان: المفصل، ج 7، ص.
55. عبد المنعم البدرابي، مبادئ القانون، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1972، القاهرة.
56. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، الجزء 1.
57. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2007.
58. عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، الرباط، دون دار نشر، ط1، 1993م.
59. عمر سليمان الأشقر (ت:2012)، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، دار النفائس، الأردن، ط1، (1418هـ-1997م).
60. الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، (ت:505هـ)، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1 (1417)، ج 5.
61. القاضي عياض، ترتيب المدارك في أعلام مذهب مالك، بيروت، مكتبة الحياة، د.ت، 1.
62. القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، تحقيق الشيخ أبي غدة، ببيروت، دار البشائر الاسلامية، ط 2، 1995.
63. القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1414/1994.
64. القرطبي: ابو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني و إبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2 (1384هـ-1964م)، ج15.

65. الكساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1986، الجزء الثاني.
66. الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (ت: 450)، الحاوي الكبير، تحقيق الشيخ علي محمد معوض الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1419 هـ)، ج9.
67. محمد ابن محمد، أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، المحقق عبد السلام محمد، دار الآفات العربية، القاهرة، ط1، 432هـ/2011م، ج1.
68. محمد أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية، 1422/2022.
69. محمد التأويل، خصائص المذهب المالكي، طبعة أنفوبرانت12، شارع القادسية.
70. محمد الروكي، المغرب مالكي لماذا، المغرب، وزارة الأوقاف، 2003.
71. محمد الطاهر ابن عاشور، كشف المغطى من المعاني والألفاظ الواقعة في الموطأ، د.ت، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، ط1، 2006.
72. محمد بن أحمد عlish، كتاب منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط1 (1404 هـ)، ج3.
73. محمد ضاحي، الحياة القضائية، مطبعة النصر، مصر، ط1، 1938.
74. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2003.
75. مروان ابن مصطفى نافع المالكي المغربي، محمد بن محمد الشافعي، المذهب المالكي أصوله ونوادره.
76. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 2004.
77. المعجم الوسيط، ج1.
78. المواقى: التاج والإكليل، ج5.
79. جميل فخري جانم: آثار عقد الزواج.

80. نخبة من اللغويين بجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط2 (1392هـ-1972م) .
81. نشوان بن سعيد الحميري، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1999م.
82. نسرین شریقی، قانون الأسرة الجزائري سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس، الدار البيضاء - الجزائر، 2018.
83. وهبة الزحيلي: وهبة بن مصطفى الزحيلي (ت:2015)، الفقه الاسلامي و أدلته، دار الفكر، سوريا، ط 4، ج 4 .
84. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكرن بيروت، ط7، 1996.
85. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، الجزء السابع، 1982.
86. محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، د.ت، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الامارات العربية المتحدة، ط1، 2000،

ثانيا: المقالات

1. بريبر محمد، مكانة الشهود في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث الأسرية، جامعة الجزائر 1، المجلد 3، العدد1، سنة 2023.
2. جلال نسيمه، عوامل انتشار ظاهرة الزواج العرفي في المنطقة الجنوبية للمجتمع الجزائري (دراسة استطلاعية لعينة من المتزوجين عرفيا في ولاية تمنراست)، مجلة آفاق العلمية، مجلد 11، عدد3 (2019م).
3. شيخ سناء، حق الزوجة في المسكن بين التشريع والممارسة القضائية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد1.
4. عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة الدراسات الفقهية و القضائية، المجلد 1، العدد1(2015).
5. عبدلي أمينة، إثبات عقد الزواج العرفي في التشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد4، العدد 1 (2000م).

6. عمران عائشة، الشروط الجعلية في عقد الزواج ، مجلة الحقوق و العلوم الانسانية و جامعة الأغواط، العدد 4.
7. ماحي قندوز، جهود فقهاء الجزائر في خدمة المذهب المالكي، مجلة البحوث العلمية والدراسات الاسلامية، جامعة تلمسان، العدد 7، سنة 2014.
8. مجلة حوباد أحمد، أحسن زقور، الاستقرار الأولي للمذهب المالكي، المجلة الجزائرية للمخطوطات.
9. الموسوعة الفقهية، ج8.
10. موسى اسماعيل، المدرسة المالكية الفقهية في الجزائر، ضمن اعمال الملتقى الخامس للمذهب المالكي، وزارة الشؤون الدينية والاوقاف، عين الدفلى.
11. يوسف رحمن، الأساليب القانونية لإثبات الزواج غير الموثق دراسة معززة بقرارات المحكمة العليا، مجلة القانون والعلوم السياسية المجلد 5، العدد 01 2019.
12. يوسف رحمن، الأساليب القانونية لإثبات الزواج غير الموثق، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 5، العدد 1، 2019 م.

ثالثا: البحوث الأكاديمية

1. بريبر محمد، مركز الفقه المالكي في قانون الاسرة الجزائري احكام الزواج والطلاق نموذجا، اطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 1، سنة 2020.
2. بغورة السبتي لحوي نصر الدين، أحكام الصداق بين الفقه و القانون، مذكرة ماستر قانون الأسرة، الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020-2021،
3. بوجادة سمية، الاثار المالية للطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجامعة الأفريقية، أدرار، 2013-2014.
4. جاسر جودة شحادة سعيد، نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير تخصص القضاء الشرعي كلية الشريعة و القانون، جامعة غزة، 2007 م-1428هـ.

5. خليفة غربي، إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، حقوق، جامعة الجلفة، سنة 2017-2018.
6. خليفة فضيلة، الإشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، جامعة الجلفة، سنة 2013-2014.
7. سعادي لعل، الزواج و انحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2014-2015 م.
8. صلاح الدين أحمد محمد عامر، النكاح العرفي في ميزان الإسلام، ماجستير، كلية الشريعة (قسم الفقه) -، جامعة الإيمان، باليمن.
9. طلاش شريفة بلعاليا وسام، الزواج العرفي في إطار الفقه و القانون، رسالة ماستر في القانون تخصص القانون الخاص، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، (2020-2021).
10. عاطف مصطفى البراوي التتر، حقوق الزوجة المالية في الفقه الاسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير تخصص القضاء الشرعي كلية الشريعة و القانون، جامعة غزة، (2006 م-1427هـ).
11. عبد الحكيم بونور، مرجعية المذهب المالكي في قانون الأسرة لنيل شهادة الماستر، جامعة البويرة، السنة الجامعية 2019-2020.
12. مازن مصباح الصباح، أحكام الشهادة على النكاح في الفقه الإسلامي، غزة، جامعة الأزهر، 2009.
13. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في الفقه و أصوله، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2009.
14. مخربش منصورية، أركان الزواج و شروطه دراسة مقارنة بين الشريعة و قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع قانون خاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، كلية الحقوق، 2020-2022.

15. مسعودي يوسف: الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة بشار، 2007م.
16. نادية فضيل، دروس في مدخل العلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1999.

رابعاً: النصوص القانونية

1. الأمر رقم 58-75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جريدة رسمية لسنة 1975، عدد 78، المعدل والمتمم.
2. الامر رقم 58-78 المؤرخ في: 1975-09-26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة، العدد 31، المؤرخ 2007.
3. قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في: 09 فبراير 1984، المعدل بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادرة بتاريخ 12/06/1984.
4. قانون الحالة المدنية، الأمر رقم: 20/70 المؤرخ في: 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970، معدل ومتمم بالقانون رقم 08/14 المؤرخ في: 13 شوال عام 1435 الموافق 9 أوت سنة 2014 (ج، ر: 2014/49)، وبالقانون رقم 03/17 المؤرخ في: 11 ربيع الثاني عام 1438 الموافق 10 يناير سنة 2017، ج، ر: 2017/02
5. القرار رقم 4818، الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/02/29، المجلة القضائية، عدد رقم 1، 1991.
6. القرار رقم: 39390، المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 13/01/1986، المجلة القضائية 1990، العدد 2.
7. قرار رقم 204254 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 22/09/1998، مجلة القضائية الجزائرية، العدد 2، 2000.

8. القرار رقم 381880، الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية 2007، بتاريخ 14/02/2007.
9. قرار رقم 43889 الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، تاريخ 15/02/1986، رقم القرار المجلة القضائية 1993، عدد رقم 2.
10. القرار رقم 48184، الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 29/02/1988، المجلة القضائية 1991.
11. قرار رقم 53272 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 27/03/1989، مجلة القضائية الجزائرية، العدد، 1999.
12. القرار رقم: 159732، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 13/05/1997، المجلة القضائية 1997، العدد 2.
13. القرار رقم: 34438، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 24/09/1984، المجلة القضائية 1990، العدد 1.
14. القرار رقم: 4531، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 09/03/1987، المجلة القضائية 1992، العدد 3.
15. القرار رقم: 49575، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 20/06/1988، المجلة القضائية 1991، العدد 2.
16. القرار رقم: 51107، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 02/01/1989، المجلة القضائية 1992، العدد 3.
17. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، 17/03/1998، ملف رقم 179557، المجلة القضائية 2001، العدد الخاص، ص 162، "جاء فيه من المقرر أيضا أنه تجوز شهادة الأقارب في قضايا الحالة كالزواج والطلاق والوفاة والولادة".
18. قرار رقم: 188707 المجلة القضائية، عدد خاص، 2001،



فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	العنوان
أ	مقدمة
	الفصل الأول
07	تمهيد
	المبحث الأول: المذهب المالكي وعوامل انتشاره
08	المطلب الأول: مدخل للمذهب المالكي
08	الفرع الأول: التعريف بالمذهب المالكي
08	أولاً: التعريف اللغوي للمذهب
08	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للمذهب
09	الفرع الثاني: عوامل انتشار المذهب المالكي
09	أولاً: العوامل الراجعة إلى الإمام نفسه
12	ثانياً: العوامل الراجعة إلى المذهب نفسه
15	ثالثاً: العوامل الراجعة إلى السلطان والحاكم
16	المطلب الثاني: تطور المذهب المالكي
16	الفرع الأول: مراحل تطور المذهب المالكي
16	أولاً: مرحلة النشوء
17	ثانياً: مرحلة التطور
17	ثالثاً: مرحلة الاستقرار
17	الفرع الثاني: دخول المذهب للجزائر
17	أولاً: أبو محمد عبد الله بن فروخ الفارسي، ثم المغربي، فقه القيروان
18	ثانياً: أبو الحسن علس بن زياد السبتي التونسي
18	ثالثاً: أبو علي شقران بن علي القيرواني
20	المطلب الثالث: مرجعية المذهب المالكي
22	المبحث الثاني: مدخل للاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري

22	المطلب الأول: الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري
22	الفرع الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي قانونا
22	أولا: تعريف الاجتهاد القضائي
23	ثانيا: الاجتهاد في العرف القضائي
24	الفرع الثاني: مجال الاجتهاد القضائي وموقعه من بين مصادر القانون
24	أولا: مجال الاجتهاد القضائي عند وجود النص
25	ثانيا: مجاله في عدم ورود النص
27	ثالثا: موقع الاجتهاد من بين مصادر القانون
28	المطلب الثاني: تطور التنظيم القضائي الجزائري وأهميته في قانون الأسرة من الوجهة العملية
28	الفرع الأول: تطور الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري والعوامل المساعدة له
28	أولا: التطور العلمي
29	ثانيا: الوضع السياسي والاجتماعي
29	ثالثا: التأثير بالحضارات الوافدة
30	الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة من الوجهة العلمية
31	المطلب الثالث: دواعي الاجتهاد القضائي وآثاره في احكام الأسرة
31	أولا: التسيير وؤفع الحرج عن الناس
31	ثانيا: الحاجة التي تقتضيها حياة الناس
32	ثالثا: الاستفادة من المناهج القانونية الحديثة
32	رابعا: مراعاة قيم الأمة وأعرافها
32	الفرع الثاني: آثار الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة
33	خلاصة الفصل:
	الفصل الأول
35	تمهيد:

36	المبحث الأول: مسألة وجوب توفر الأركان في عقد الزواج
36	المطلب الأول: مفهوم أركان في عقد الزواج في الفقه الاسلامي
36	الفرع الأول: مفهوم الزواج
36	أولا: تعريف الزواج وأهميته
39	ثانيا: مشروعية الزواج وطبيعته القانونية
41	الفرع الثاني: تعريف الركن لغة ولصطلاحا
41	أولا: التعريف اللغوي
41	ثانيا: التعريف الاصطلاحي
42	المطلب الثاني: أركان عقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري
42	الفرع الأول: أركان عقد الزواج في الفقه الاسلامي
42	أولا: أركان الزواج عند جمهور الفقهاء
43	ثانيا: أركان الزواج عند الحنفية
44	الفرع الثاني: أركان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري
47	المطلب الثالث: اجتهاد المحكمة العليا في مسائل أركان عقد الزواج
49	المبحث الثاني: مسألة استحقاق الزوجة للصدّاق بوفاة الزوج قبل الدخول
49	المطلب الأول: مفهوم الصدّاق في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري
49	الفرع الأول: تعريف الصدّاق
49	أولا: التعريف اللغوي
50	ثانيا: التعريف الاصطلاحي
51	الفرع الثاني: التكييف الشرعي والقانوني للصدّاق
51	أولا: التكييف الشرعي للصدّاق
52	ثانيا: التكييف القانوني للصدّاق
53	المطلب الثاني: حالات استحقاق الزوجة لكامل الصدّاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري
53	الفرع الأول: حالات استحقاق الزوجة لكامل الصدّاق في الفقه الاسلامي

53	أولاً: الدخول الحقيقي بالزوجة
53	ثانياً: الموت قبل الدخول
54	ثالثاً: الخلوة الصحيحة
55	الفرع الثاني: استحقاق الزوجة للصدّاق في قانون الأسرة الجزائري
55	أولاً: الدخول الحقيقي بالزوجة
55	ثانياً: وفاة أحد الزوجين
56	المطلب الثالث: اجتهاد المحكمة العليا في مسألة استحقاق الزوجة للصدّاق بوفاة الزوج قبل الدخول
57	المبحث الثالث: مسائل الاشهاد في عقد الزواج
57	المطلب الأول: تعريف الشهادة في الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري
57	أولاً: التعريف اللغوي للشهادة
57	ثانياً: التعريف الاصطلاحي
58	الفرع الثاني: الشهادة على الزواج في قانون الأسرة الجزائري
59	المطلب الثاني: شروط الشهود في الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري
59	الفرع الأول: شروط الشهود في الفقه الاسلامي
59	أولاً: شروط الشهود عند الحنفية
60	ثانياً: شروط الشهود عند المالكية
60	ثالثاً: شروط الشهود عند الشافعية
61	رابعاً: شروط الشهود عند الحنابلة
62	الفرع الثاني: شروط الشهود في قانون الأسرة
64	الفرع الثالث: شهادة الأقارب في عقد النكاح
64	أولاً: شهادة الأقارب في عقد النكاح في الفقه الإسلامي
65	ثانياً: شهادة الأقارب في قانون الأسرة الجزائري
65	المطلب الثالث: اجتهاد المحكمة العليا في مسألة الشهود في عقد الزواج
70	خلاصة الفصل:

الفصل الثاني	
72	تمهيد
73	المبحث الأول: مسألة الزواج العرفي بعد وفاة احد الزوجين
73	المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري
73	الفرع الأول: التعريف اللغوي للزواج العرفي
73	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج العرفي
73	أولا: التعريف الشرعي
74	ثانيا: التعريف القانوني
75	المطلب الثاني: حكم الزواج العرفي وطرق اثباته
75	الفرع الأول: حكم الزواج العرفي شرعا
76	الفرع الثاني: طرق اثبات الزواج العرفي
76	أولا: الاقرار
78	ثانيا: اثبات الزوجية بالبينة
79	ثالثا: النكول عن اليمين كأداة لإثبات العلاقة الزوجية
80	المطلب الثالث: اجتهاد المحكمة العليا في مسألة اثبات الزواج العرفي بعد وفاة الزوج
81	المبحث الثاني: مسألة حق الزوجة في السكن المنفرد
82	المطلب الأول: مفهوم السكن في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري
82	الفرع الأول: تعريف السكن
82	أولا: التعريف اللغوي
82	ثانيا: التعريف الاصطلاحي
82	الفرع الثاني: حكم السكن
83	أولا: القرآن الكريم
83	ثانيا: السنة النبوية
84	المطلب الثاني: حق الزوجة في السكن المنفرد في الفقه الاسلامي والقانون الأسرة

	الجزائري
84	الفرع الأول: حق الزوجة في السكن المنفرد في الفقه الاسلامي
86	الفرع الثاني: حق الزوجة في السكن المنفرد في القانون الجزائري
88	المطلب الثالث: اجتهاد المحكمة العليا في مسألة حق الزوجة في السكن المستقل
89	المبحث الثالث: مسألة الشروط التي لا يقضيها عقد الزواج
89	المطلب الأول: الشروط المقترنة بالعقد
89	الفرع الأول: تعريف الشرط المقترنة بالعقد
89	أولاً: تعريف الشرط
89	ثانياً: تعريف الشروط المقترنة بالعقد
90	الفرع الثاني: أنواع الشروط المقترنة بالعقد
90	أولاً: الشروط المتفق على عدم صحتها
91	ثانياً: شروط يقتضيها العقد
91	ثالثاً: شروط ليست من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولكنها لا تخالفه
91	المطلب الثاني: حكم الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري
91	الفرع الأول: حكم الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الاسلامي
95	الفرع الثاني: حكم الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري
96	المطلب الثالث: اجتهاد المحكمة العليا في مسألة اشتراط الزوجة عدم اخراجها من بلدها
98	خلاصة الفصل:
99	الخاتمة
104	الملحق رقم 1
105	الملحق رقم 2
106	الملحق رقم 3
107	فهرس سور وآيات القرآن الكريم

111	فهرس الأحاديث النبوية
112	قائمة المصادر والمراجع
125	فهرس الموضوعات
/	ملخص البحث

تم بعد الله

ملخص الدراسة:

تهدف دراستنا لعنوان مركز الفقه المالكي في الاجتهاد القضائي الأسري الجزائري باب الزواج نموذجاً إلى تحليل مدى حضور الفقه المالكي في أحكام الاجتهاد القضائي الأسري الجزائري ، لاسيما في قضايا الزواج كنموذج تطبيقي ، وقد تم التركيز على دراسة الأسس الفقهية والقضائية التي تقوم عليها منظومة قانون الأسرة الجزائري، بدءاً بتسليط الضوء على المذهب المالكي أحد أعمدة المذاهب الإسلامية الفقهية من حيث تعريفه، عوامل انتشاره، إلى حين دخوله الجزائر فضلاً عن مكانته في الفتوى والقضاء ، كما تناولت الدراسة مفهوم الاجتهاد القضائي في المنظومة القانونية الجزائرية، ودوره كمصدر من مصادر القانون، مع إبراز تطوره وأهميته في مجال الأحوال الشخصية والدوافع التي تقتضي اللجوء إليه وآثاره في الأحكام الأسرية انتقالاتاً إلى الجانب التطبيقي الذي من خلاله تم تحليل عينة من قرارات المحكمة العليا المتعلقة بقضايا الزواج لقياس مدى توافقه مع أحكام المذهب المالكي بهدف إبراز التفاعل بين المرجعية الفقهية المالكية و الاجتهاد القضائي المعاصر في المجال الأسري.

الكلمات المفتاحية: الفقه المالكي، الاجتهاد القضائي الأسري، قرارات المحكمة العليا، الزواج.

Abstract:

This study aims to analyze the extent to which Maliki jurisprudence influences the judicial reasoning in Algerian family law, using marriage-related cases as a practical model. The research focuses on exploring the legal and jurisprudential foundations underlying the Algerian Family Code, beginning with an overview of the Maliki school one of the major schools of Islamic jurisprudence by defining it, examining the factors behind its spread, and tracing its establishment in Algeria, as well as its central role in legal opinions (fatwa) and judicial rulings.

The study further explores the concept of judicial *ijtihad* in the Algerian legal system, its role as a source of law, and highlights its development, importance in matters of personal status, the reasons that necessitate its use, and its impact on family law judgments.

The applied section of the study analyzes a sample of Supreme Court decisions related to marriage, in order to assess their alignment with the principles of Maliki jurisprudence, thereby illustrating the dynamic interaction between traditional Islamic legal heritage and contemporary judicial practice in Algerian family law.

Keywords: Maliki jurisprudence, family judicial *ijtihad*, Supreme Court decisions, marriage.