وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عمار ثليجي الأغواط
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

أركان وشروط النكاح بين قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية(ل.م.د)
تخصص فقه وأصوله

إعداد الطالبين:
شربول لخضر
بسايسة بولرباح

إشراف الأستاذ:
زيغمي نعيمي

السنة الجامعية : 1436هـ-1437هـ/2015م -2016م

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

أركان وشروط النكاح بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية(ل.م.د)

تخصص فقه وأصوله

إعداد الطالبين:

شربول لخضر

بسايسة بولرباح

أعضاء اللجنة

المشرف: الأستاذ زيغمي نعيمي

رئيس اللجنة: الدكتور محمد ورنيقي

المناقش: الدكتور محمد بن السايح

السنة الجامعية : 1436هـ-1437هـ/2015م -2016م

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

شكر و تقدير

الشكر ابتداء لله تعالى مغدق النعم ورافع الهمم، على توفيقه وتيسيره وامتنانه علينا بالجهد والوقت الذي سمح لنا بإعداد هذه المذكرة، فالشكر له أولا وأخيرا، والحمد له ابتداء وانتهاء .

ثم الأحق بالشكر بعد الله عزوجل هو أستاذنا الفاضل زيغمي نعيمي حفظه الله تعالى، الذي بقدر ما كنا نازلة (من حيث اللقاءات والمواقيت المفاجئة التي كنا نقصده فيها) بقدر ما كان صدره واسعا وباله متسعا وابتسامته حاضرة وهو أهل لذلك، فقد تحملنا مشكورا طوال أشهر البحث وأفادنا بتوجيهاته و آرائه الصريحة و الضمنية رغم كثرة أشغاله و انشغالاته، فجزاه الله خير ما جزى أستاذا عن تلميذه ، وأرجو له دوام العافية و موفور الصحة والعافية في الدنيا و التوفيق والثبات وحسن الخاتمة .ونتقدم بالشكر والتقدير إلى الأستاذ قاسم صالح الذي أعاننا على إتمام هذه المذكرة.

كما نتقدم بالشكر والتقدير للأساتذة الكرام اللذين تفضلوا مشكورين بقبول مناقشة رسالتنا وقدموا لنا توجيهاتهم السديدة ونصائحهم القيمة، وإلى جميع الأساتذة الأفاضل حفضهم الله جميعا .

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي. . . . .

إلى من اشترت راحتي وسعادتي بتعبها وشقائها أمي الحبيبة حفظها الله

إلى من كان لي بمثابة الشمعة التي تحترق لتنير طريق دربي أبي محمد رحمه الله

إلى إخوتي حفظهم الله، إلى كل الأهل والأقارب، إلى الأصدقاء الذين جمعت بيننا المحبة: بولرباح، محمد ، إسماعيل، مبخوت، عبد الرحمن، صالح، نصر الدين. . . .

إلى جميع الأساتذة الذين درست على أيديهم من الطور الابتدائي إلى الطور الجامعي.

إلى كل من له فضل علينا وخاصة الأستاذ: نعيمي زيغمي إلى أساتذتنا في قسم العلوم الإسلامية، وإخواني طلبة العلم.

لخضر شربول

الإهداء

أهدي هذا البحث إلى أمي العزيزة ميرة حفظها الله و أطال في عمرها التي لم تبخل علي بأي شيء فجزاها الله عني خيرا و أدخلها فسيح جناته، و إلى أبي العزيز محمد الذي دائما كان و مازال سند لي في حياتي، فجزاه الله عني خير الجزاء و إلى إخوتي الأعزاء من صغيرهم إلى كبيرهم و أبنائهم كلهم بلا تحديد و إلى أصدقائي جميعهم وخاصة إلى لخضر و غسان و مبخوت و عمر و إلى جميع الأساتذة الكرام الذين درسوني في جميع الأطوار الدراسية و خاصة إلى أستاذنا الكريم نعيمي زيغمي الذي لم يبخل علينا بالنصح و الإرشاد و حسن الضيافة فجزاه الله عنا خيرا وفي الختام الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات و الصلاة و السلام على خاتم الأنبياء و المرسلين.

بسايسة بولرباح

قَالَ تَعَالَىٰ:

﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾ الروم: الآية (21)

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك، وأن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم إلى يوم الدين

قال تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ ﴿١٠٢﴾ ﴾[1]

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا ﴿١﴾ ﴾[2]

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ﴿٧٠﴾ ﴾[3]

إن أحسن الكلام كلام الله، وخير الهدي هدي محمد صلى الله عليه وسلم، وشر الأمور محدثاتها، وكل محدثة بدعة، وكل بدعة ضلالة، وكل ضلالة وإلا وصاحبها في النار أما بعد:

إن الأسرة هي اللبنة الأساسية التي يبنى عليها المجتمع حيث يصلح بصلاحها ويفسد بفسادها ولهذا فقد أولاها المولى عزّوجل في كتابه العزيز ورسوله صلى عليه وسلم في عدة أحاديث أهمية كبرى، كما وقد خاض فيها الفقهاء المسلمين بمختلف مذاهبهم واضعين لعقد الزواج الذي تنشأ به الأسرة أركانا وشروطا خاصة به، منها ما اتفقوا عليها وأخرى اختلفوا فيها، والذي أثر بدوره على مختلف التشريعات العربية، باعتبار أن كل تشريع أخذ بمذهب معين، كما نجد أن بعض التشريعات لم تأخذ هذا المنحى، وإنما

1آل عمران:الآية، 102

2النساء: الآية،1

3الأحزاب: الآية،70

أدمجت بين المذاهب ومن بينها قانون الأسرة الجزائري الذي لم يكتف بالدمج بين المذاهب وهذا مما أدى إلى طرح مشاكل لدى القضاة في إصدار بعض الأحكام خاصة بما يتعلق بموضوع الأركان والشروط الذي يقوم عليها عقد الزواج ولهذا فقد ارتأينا أن نقوم ببحث يتعلق بهذا الموضوع والذي أردنا أن يكون بعنوان: أركان وشروط النكاح في قانون الأسرة الجزائري دراسة في ضوء الفقه الإسلام وأردنا من خلال هذه المقدمة أن نبين الإشكالية وأهمية الموضوع وأسباب اختياره والأهداف المراد الوصول إليها والمنهج المتبع وتبين الخطة المتبعة في هذا الموضوع.

الإشكالية:

ما هي أركان وشروط عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟ ما هي نقاط الاختلاف والاتفاق بينها؟ وما أثر ذلك على أحكام الزواج من حيث الصحة والبطلان وغير ذلك من الآثار؟

أهمية الموضوع:

إن أهمية هذا الموضوع تكمن في عدة أمور منها:

-تعد دراسة المواضيع المتعلقة بالزواج بشكل عام، وأركان وشروط النكاح في الفقه الإسلامي والقانون بشكل خاص، من الدراسات الهامة التي تحتاج المزيد من البحث والتقصي لما في ذلك من حفظ للأعراض والأنساب.

-أهمية الزواج في حياة الفرد والمجتمع.

-أركان وشروط النكاح في قانون الأسرة المعدل ومدى تأثيره على الأسرة.

أسباب الاختيار:

-أردنا تبين مدى موافقة قانون الأسرة الجزائري للفقه الإسلامي في أركان وشروط النكاح.
-المصادر التي يعتمد عليها المشرع الجزائري في إصدار القوانين.
-انعكاسات التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري على المجتمع خاصة في باب الزواج.
-محاولة تبين نقاط الاتفاق والاختلاف بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي فيما يتعلق بأركان وشروط النكاح.

الأهداف:

تتلخص في مجموعة من النقاط:

-تبين مراحل التشريع القانوني لقضايا الأسرة في الجزائر.
-بيان المصادر التي يستمد منها قانون الأسرة الجزائري في تشريعه للقوانين.
-توضيح مفهوم النكاح وأهميته في نظر القانون والفقه الإسلامي.
-بيان الأركان والشروط التي يقوم عليها النكاح في قانون الأسرة وفي الفقه الإسلامي وإبراز نقاط الاتفاق والاختلاف بينها.

منهج البحث:

اعتمدنا في هذا الموضوع بعون الله تعالى على أربع مناهج المنهج التاريخ ي والاستقرائي والتحليلي والمقارن حيث قمنا بتتبع تطور تشريع قانون الأسرة الجزائري عبر السنوات أما المنهج الاستقرائي فكان من خلال استقراء نصوص الفقه الإسلامي والنصوص القانونية فيما يخص موضوع الزواج وتحليلها ثم مقارنتها بين الفقه الإسلامي والقانون لإبراز نقاط الاتفاق والاختلاف.

الصعوبات:

-قلة المصادر والمراجع القانونية خاصة بعد التعديل الجديد لقانون الأسرة حيث نجد أن بعض فقهاء القانون لا يطيلون الشرح أثناء تناولهم للمواد.
-المدة الممنوحة للدراسة إذ لم تكن كافية لنا -وهذا من منظورنا الخاص- في بحث الموضوع بالصورة المخطط لها.
-سعة الموضوع (خاصة من الناحية الفقهية) وحصر الدراسة في صفحات معدودة .

الدراسات السابقة:

أثناء بحثنا في الموضوع لم نجد من أفرد هذا العنوان بالخصوص خاصة بعد التعديل الجديد لقانون الأسرة لكن هناك من تطرق إليها بشكل عام :

-الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري بلحاج العربي.
-الخطبة والزواج في الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري، بلقاسم شتوان.
-عقد الزواج دراسة، مقارنة عيسى حداد.
-الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، سليمان ولد خسال.

خطة البحث:

ارتأينا أن تكون خطة البحث كما يلي:

الفصل التمهيدي: مقدمة في قانون الأسرة الجزائري والزواج

المبحث الأول: مقدمة في قانون الأسرة

المطلب الأول: لمحة تاريخية عن قانون الأسرة الجزائري

المطلب الثاني: مصادر قانون الأسرة الجزائري وطبيعته

المبحث الثاني: مفهوم النكاح وحكمه

المطلب الأول: مفهوم النكاح

المطلب الثاني: حكم النكاح والحكمة منه

الفصل الأول: أركان النكاح

المبحث الأول: أركان النكاح في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: الصيغة

المطلب الثاني: الولي

المطلب الثالث: المحل.

المبحث الثاني: أركان النكاح في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: الرضا

المطلب الثاني: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في ركن الرضا

الفصل الثاني: شروط النكاح

المبحث الأول: شروط النكاح في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: شروط الانعقاد

المطلب الثاني: شروط صحة الزواج.

المطلب الثالث: شروط نفاذ العقد

المطلب الرابع: شروط اللزوم

المبحث الثاني: شروط النكاح في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: الأهلية

المطلب الثاني: الصداق

المطلب الثالث: الولي

المطلب الرابع: الشهادة

المطلب الخامس: انعدام الموانع الشرعية.

الفصل التمهيدي:

مقدمة في قانون الأسرة الجزائري و الزواج

المبحث الأول: مقدمة في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: مفهوم الزواج والحكمة منه

قبل الشروع في تبين أركان وشروط النكاح في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وإظهار نقاط الاختلاف والاتفاق وجب التطرق إلى بعض النقاط وهي:

المبحث الأول: مقدمة في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: مقدمة في الزواج.

المبحث الأول: مقدمة في قانون الأسرة الجزائري

في هذا المبحث نتطرق إلى التطور التشريعي لقانون الأسرة الجزائري والمصادر التي يستمد منها الأحكام وذلك في المطلبين التالين:

- المطلب الأول: لمحة تاريخية عن قانون الأسرة الجزائري
- المطلب الثاني: مصادر قانون الأسرة الجزائري وطبيعته

المطلب الأول: لمحة تاريخية عن قانون الأسرة الجزائري

لقد مر قانون الأسرة الجزائري في تقنينه بعدة مراحل قمنا بتقسيمها على الأرجح بثلاث مراحل حيث خصصنا كل مرحلة بفرع على النحو التالي:

الفرع الأول: تقنين قانون الأسرة قبل الإحتلال الفرنسي

منذ أن أشرق نور الفتح الإسلامي على شمال إفريقيا، والجزائر كغيرها من الدول الإسلامية الأخرى، يخضع تنظيمها القضائي في معظمه إلى قواعد الشريعة الإسلامية في أصوله ونظام إجراءاته [1]، فكان مصدر الأحوال الشخصية نصوص الكتاب والسنة والإجماع والقياس وفتاوى أهل العلم واجتهاداتهم الواردة في مختلف كتب الفقه الإسلامي، إضافة إلى اجتهادات القضاة أنفسهم.

وقد أصبح الفقه المالكي مرجعا للأحكام الفقهية لمختلف المسائل، إلا أنه في فترة الحكم العثماني أخذ المذهب الحنفي مكانة في منطقة الجزائر العاصمة، باعتبار تمركز الجالية هناك،وقد ظلت شعوب هذه الدول تخضع لسلطان الدول الإسلامية، ما يربو على ثلاثة عشر قرنا، وهي متمسكة بالإسلام، ومع سقوط معظمها تحت وطأة الاستعمار، ومع تكالب واشتداد الحملات التبشيرية والحروب الصليبية عليها سعيا لإبعادها عن الشريعة الإسلامية، فقد ظلت صامدة مقاومة لا تتزعزع، إلى غاية

[1] د. رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الطبعة الثانية،976 الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ص 67.

أن بدأ يتسلل الضعف والانهيار إليها فكانت آخر حلقاتها متمثلة في الدولة العثمانية التي شملها التغريب في جميع القوانين وشتى الميادين في آخر أيّامها، إلا ما بقي محكوما بالشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية، وهذا حال الدول الإسلامية عموماً ومن بينها الجزائر[1].

الفرع الثاني: تقنين قانون الأسرة في فترة الاحتلال الفرنسي

بعد وقوع الجزائر تحت قبضة المستدمر الغاشم سنة 1830م ،عملت الإدارة الفرنسية على توقيف العمل بالشريعة الإسلامية، وأحلت محلها تدريجيا قوانينها التي شملت جميع المجالات، بما فيها نظام الأسرة، ورغم الصعوبات التي واجهتها نتيجة تباين نظام الأسرة في الجزائر مع أنظمة الجاليات الأوربية الأخرى، إلا أنّها حرصت على تطبيق التنظيم القضائي الفرنسي، من خلال جعل قضاء الأحوال الشخصية من المسلمين الجزائريين، ثم عملت عن طريق "موران" و"موسكيه" على ترجمة مختصر خليل ابن إسحاق المالكي مما يفسر مذهب الإمام مالك في ثنايا أحكام القانون المدني الفرنسي، كما أقرّت للإباضيين مذهبهم في ميزاب وأنشأت محاكم خاصة في الجزائر ووهران، أمّا سكان القبائل فقد أقرت لهم الأعراف السائدة بينهم، ومن هنا تظهر لنا المحاولات الدنيئة و الممثلة في سياسة "فرق تسد"، التي حاول المشرع الفرنسي تجسيدها في أغلب التشريعات التي أصدرها لتطبق على الجزائريين .

وفي مطلع القرن العشرين، حاولت الإدارة الفرنسية تقنين نظام الأسرة مطبقة في ذلك مشروع "موران"، الخاص بأحكام الأسرة دون أن تصدره في شكل تشريع، ولكن بقي حبراً على ورق نتيجة لمقاومة الشعب الجزائري المتمسك بعقيدته وأصالته وحضارته الإسلامية فأعقبت الإدارة الفرنسية هاتين المحاولتين بإصدار تشريعات متتالية منها:

- قانون 1931/05/02م، تناول الخطبة وسن الزواج.
- مرسوم 131/05/19م، المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية.
- الأمر الصادر في 1944/11/23م المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي.

[1] محمد الميلي، الجزائر في مرآة التاريخ، الطبعة الأولى، 1965، مكتبة البعث الإسلامية، ص: 156.

- القانون رقم 57-778 المؤرخ في 1957/07/11م المشتمل على أحكام الغائب، المفقود، الولاية والحجر.
- الأمر592 -74 الصادر في 1959/02/04م الخاص بمسائل الزواج والطلاق في اثنتي عشرة مادة.
- المرسوم رقم 59-1082 الصادر في 1959/09/17م والذي تضمن اللائحة التنفيذية للأمر رقم 59-274 المذكورة سابقا المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر.
- قرار وزير العدل بتاريخ 1959/12/11م حيث تولى بيان الوثائق التي تشترط لإبرام عقد الزواج وتسجيله[1].

كانت هذه أهم التشريعات الصادرة من الإدارة الفرنسية أثناء فترة احتلالها للجزائر، محاولة منها طمس الشخصية العربية الإسلامية للشعب الجزائري.

الفرع الثالث: تقنين الأسرة من الاستقلال إلى غاية قانون الأسرة الحالي.

ولما استقلت الجزائر سنة 1962م، ولمواجهة الفراغ التشريعي والقانوني لجأت إلى تطبيق القانون رقم 1957/62 الصادر في 1962/12/31 والذي ينص على ضرورة استمرار العمل بالقانون الفرنسي عدا مواده الاستعمارية والعنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

ومابين سنة 1963 إلى 1984 صدرت سلسة من القوانين والأوامر تتعلق بأحكام الأسرة منها قانون قانون 29 جوان 1963 والمتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية، والأوامر الصادرة في 03 جوان 1966 و 16 سبتمبر 1969 و22ستمبر 1971 والخاصة بكيفية إثبات الزواج إلى أن ألغى الأمر 29/73 الصادر في 05 جويلية 1975م القانون رقم 157/62 وكذلك القوانين الفرنسية الداخلية.[2]

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر 1416هـ ،1996م، ص10.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6،2010،ج/1 ص19.

وفي سنة 1984م استبشر الشعب الجزائري بقانون الأسرة رقم 11/84 في شهر رمضان ، ثم عدّل بالأمر رقم 02/05 سنة 2005م[1].

المطلب الثاني: مصادر قانون الأسرة الجزائري وطبيعته

لقد قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين أساسين:

الفرع الأول: مصادر قانون الأسرة الجزائري

الفرع الثاني: طبيعة قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: مصادر قانون الأسرة الجزائري

استمد قانون الأسرة الجزائري أكثر أحكامه من فقه الإمام مالك بن أنس –رحمه الله– واستمد بعض أحكامه الأخرى من المذاهب الأربعة، وأخذ بعض الآراء من غير المذاهب الأربعة للحاجة إلى ذلك. كما اعتمد المشرع الجزائري على بعض القوانين العربية التي سبقته، مع بعض التعديل أحيانا ومخالفتها أحيانا أخرى، بما يوافق المصلحة المحلية، والأعراف التي تعارف عليها الناس في المجتمع الجزائري، وتبعا لسياسته التشريعية في حماية الأسرة والسهر على ترقيتها بكافة الوسائل وفي جميع المجالات[2].

ونصت المادة 222 من قانون الأسرة 11/84 على أنه "كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "والمقصود هاهنا بأحكام الشريعة هو مجموع ما فيها من حلول قانونية بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية، وعدم الاقتصار على مذهب الإمام مالك المعمول به في الجزائر في مادة الأحوال الشخصية،وليس الدين الإسلامي كله كما يفهم البعض، وإنّما المراد هنا مسائل المعاملات القابلة للتطور والتحديث والاجتهاد.

وهذا معناه أن القاضي إذا لم يجد نصا تشريعياً في قانون الأسرة لحل موضوع النزاع، طبق مبادئ الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين، فيستلهم أحكامها في كثير من الأقضية لسد الثغرات القانونية والنقائص التشريعية بأحكامها التفصيلية

[1] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى،دار طليطلة ، الجزائر، 1432هـ،2010م، ص11.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1/ ص30.

ونظرياتها العامة والخاصة. وهذا ما أشارت إليه المادة الأولى من القانون المدني، والتي جعلت من الفقه الإسلامي مصدراً للقانون الوضعي الجزائري يأتي بعد النصوص التشريعية مباشرة.

الفرع الثاني: طبيعة قانون الأسرة الجزائري:

نظرا لاعتماد قانون الأسرة الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية كما نصت عليه المادة 222 من القانون رقم 11/84[1] فإن قانون الأسرة يعد فرعا مستقلا بذاته من فروع القانون الخاص، له ذاتية مستقلة، وذو طبيعة خاصة ومتميزة عن باقي القوانين الأخرى، وذلك لأن قوانين الدول الغير الإسلامية تخضع موضوع قانون الأسرة إلى القانون المدني[2]، وكذلك لأن طبيعة مباحث الأحوال الشخصية حالت دون استبعادها من التطبيق لأسباب منها:

1. الصلة الوثيقة بين نظام الأسرة والعقيدة، من حيث الحل والحرمة، وعلاقته الوطيدة بحياة الإنسان من زواج ونسب وميراث...مما جعل أمر استبدال شرعة لا دينية به أمرا مستعصيا.
2. تكامل نظام الأسرة في الإسلام، وشموله على حياة الفرد وأحواله من قبل الولادة إلى ما بعد الموت.
3. شمول مباحث الأسرة بالنصوص الشرعية الثابتة، والتي لم تخل في بعض أصولها من الاجتهاد فيما يتفق وفهم النصوص والالتزام بأحكامها والعمل على تطبيقها لتحقيق المقاصد التي شرعت من أجلها هذه الأحكام.
4. وجود مدونات ومشاريع قوانين بصورة عصرية في معظم البلاد العربية والإسلامية على الطريقة القانونية الحديثة، مما سهل الرجوع إلى القواعد والنظم الإسلامية في مجال الأسرة والاستفادة منها[3].

---

[1] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص12.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ج 1/ ص33.

[3] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، 1430هـ.2009م، ص47.

المبحث الثاني: مقدمة في الزواج

أردنا في هذا في المبحث التطرق إلى مفهوم النكاح لغة وشرعا وقانونا وحكمه في الشرع والحكمة من تشريعه وذلك من خلال المطلبين التالين:

-المطلب الأول: مفهوم النكاح

-المطلب الثاني: حكم النكاح والحكمة منه

المطلب الأول: مفهوم النكاح

سنتطرق في هذا المطلب إلى التعريف اللغوي ثم الاصطلاحي في الفقه الإسلامي وفي القانون وذلك في الفروع التالية :

الفرع الأول: المفهوم اللغوي للنكاح

النكاح لغة: التضام والتداخل والجمع وجاء في لسان العرب نكح: نكح فلان امرأة ينكحها نكاحا إذا تزوجها. ونكحها ينكحها: باضعها أيضا، وكذلك دحمها وخجأها ، وقال الأعشى في نكح بمعنى تزوج:

ولا تقربن جارة، إن سرها ... عليك حرام، فانكحن أو تأبدا

قال الأزهري: وقوله عز وجل: الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك، تأويله لا يتزوج الزاني إلا زانية، وكذلك الزانية لا يتزوجها إلا زان، وقد قال قوم: معنى النكاح هاهنا الوطء، فالمعنى عندهم: الزاني لا يطأ إلا زانية والزانية لا يطؤها إلا زان، قال: وهذا القول يبعد لأنه لا يعرف شيء من ذكر النكاح في كتاب الله تعالى إلا على معنى التزويج ، قال الله تعالى: ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ ﴿٣٢﴾ ﴾[1]فهذا تزويج لا شك فيه ، وقال تعالى: يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ، فأعلم أن عقد التزويج يسمى النكاح، وأكثر التفسير أن هذه الآية نزلت في قوم من المسلمين فقراء بالمدينة، وكان بها بغايا يزنين ويأخذن الأجرة، فأرادوا التزويج بهن.[2]

الفرع الثاني: المفهوم الشرعي للنكاح

هو عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ولامجسوية، بصيغة، لقادر، محتاج أو راج نسلا[3].

شرح التعريف: قوله (عقد) هذا هو الراجح من قولين حكاهما ابن عبد السلام حيث قال: هل هو حقيقة في كل واحد من العقد والوطء، أو في إحداهما. وما هو محل

---

[1] النور: 32

[2] ابن منضور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3 ،1414هـ، ج2، ص 625.

[3] الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته ، مؤسسة المعارف ، بيروت ،ط3 ، 1426ه/2005م ،ج184/3.

الحقيقة؟ والأقرب أنه لغة حقيقة في الوطء، مجازاً في العقد. وفي الشرع على العكس، أي حقيقة في العقد، مجاز في الوطء، فقد جاء لفظ النكاح كثيراً في كتاب الله عزوجل وسنة نبيّه صلى الله عليه وسلم بمعنى العقد حتى قيل: لم يرد في القرآن إلاّ له، وإطلاقه مجازاً على الوطء من باب إطلاق المسبب على السبب. وعند بعض المالكية أن العقد في بعض الآيات بمعنى الوطء.

. قوله: (لحل تمتع) أي استمتاع وتلذذ. وهي العلة الباعثة على العقد. فلا يملك الرجل من المرأة إلا الانتفاع، لا ذات المنفعة، فلذلك كان للرجل منها الانتفاع بنفسه فقط، ويخرج بها سائر العقود إذ الأصل فيها ملك الانتفاع العام وملك الذات.

. قوله:(بأنثى) أي الاستمتاع بأنثى وطئا ومباشرة وتقبيلاً وضماً وغير ذلك.

. قوله:(غير محرم) وصف للأنثى، وهو أن تكون غير محرم بنسب، أو رضاع، أو مصاهرة. فلا يصح العقد على محرّم بنسب، أو رضاع أو مصاهرة.

. قوله :(ومجوسية) أي فلا يصح العقد على مجوسية. ولذلك لو أسلم وتحته مجوسية، فإنه يفسخ نكاحهما الكتابية فلا يمنع العقد عليها.

والمحرم والمجوسية المانع فيهما أصلي، وسيأتي ف ي الشروط من مانعهن عرضي كالملاعنة والمبتوتة والمعتدة من الغير والمحرمة بحج أو عمرة.

. قوله :(لقادر) أي على ما يحصل به النكاح من صداق ونفقة وأما الغير قادر فلا يندب له بل هو حرام إن لم يخف على نفسه العنت كما سيأتي في حكم النكاح.

. قوله: (محتاج أو راج نسلا) سيأتي شرحه في حكم النكاح.

الفرع الثالث: المفهوم القانوني للنكاح

عرف قانون الأسرة الجزائري في الباب الأول منه الزواج في مادته الرابعة (الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب)[1]. ويلاحظ أن المشرع الجزائري جمع بين تعريف الزواج وأهدافه فسار بذلك على عادة رجال القانون وليس بما هو معروف عند الفقهاء. وفي المادة السادسة جمع بين الخطبة

[1] قانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو 1984.

والفاتحة في الحكم وقد أخطأ في ذلك لان الفاتحة في العرف الجزائري هي عقد زواج إذا تم فيها الإيجاب والقبول وهو التعبير بالجزء على الكل.

أما القانون المعدل فـإنه عرّف الزواج في مادته الرابعة [1] بقوله: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

والملاحظ من هذا التعريف أن المشرع الجزائري بين الطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة ونص على ضرورة احترام الشروط الشرعية لعقد الزواج، وذكر الغاية منه والمتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب لكنه لم يتعرض لموضوع عقد الزواج وآثاره القانونية، وربما كان القصد من ذلك هو الخشية من أن يظن البعض، أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذةّ، فاقتصر على ذكر الغاية.[2]

وفي مادته السادسة بينت أن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زو اجا غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توفر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليهما في المادة التاسعة مكرر: هي أهلية الزواج –الصداق –الولي – شاهدان –انعدام المانع الشرعي.[3]

والذي يلاحظ على التعريف الذي جاء في القانون المعدل غير شامل وذلك لوصفه بالرضائية، وهذا قد يكون بين البالغين الراشدين من الذكور والإناث وأما في زواج الإجبار فإن الولي المجبر يزوج وليته بغير رضاها فكيف نشترط فيه الرضائية.

المطلب الثاني: حكم النكاح والحكمة منه

في هذا المطلب سنتطرق إلى حكم الزواج في الإسلام ومالحكمة في تشريعه وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الحكم الشرعي للزواج

---

[1] أمر رقم 05-02 المؤرخ 27 فبراير 2005.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 56،57.

[3] أمر رقم 05-02 المؤرخ 27 فبراير 2005.

اتفق الفقهاء على مشروعية الزواج، إلا أنهم اختلفوا في حكمه على عدّة مذاهب:

المذهب الأول : ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزواج سنّة، وإليه ذهب الحنفية في الأصح عندهم[1]، والمالكية[2]،وهو مشهور في مذهب الأمام أحمد رحمه الله [3]واستدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم **<<لكني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء ،فمن رغب من سنتي فليس مني >>**[4]ذلك فضلا عن مواظبة الرسول صلى الله عليه وسلم على الزواج في دلالة عملية على تلك السنة .بيد أن من أصحاب الرسول رضوان الله عليهم من لم تكن له زوجة، ورسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليهم ذلك فدل ذلك على أن الزواج مطلوب في الشرع على وجه السنة والترغيب ،ولكنه ليس واجبا .[5]

المذهب الثاني: ذهب بعض الحنفية، وأحمد في رواية [6]وأهل الظاهر[7] إلى أن الزواج واجب على كل قادر على الوطء والإنفاق. وقد استدل أصحاب هذا المذهب بنصوص من الكتاب والسنة. أمّا من الكتاب فقوله تعالى: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾[8] ووجه الدلالة من هذه الآية أن الله أمر فيها بالنكاح، والأصل في الأمر أن يكون للوجوب، فيكون النكاح واجبا .

---

[1] ابن عابدين حاشية رد المختار، دار عالم الكتب، الرياض 1423هـ، 2003م ج4، ص 65.

[2] الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، الريان، بيروت،ط2002،1م، ج2، ص491.

[3] ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1417هـ، 1997م،ج9،ص340.

[4]محمد ابن إسماعيل البخاري ،صحيح البخاري، دار ابن كثير،دمشق، ط1، 1423هـ 2002م، كتاب النكاح ، باب الترغيب في النكاح،الحديث رقم5063 ،ص1292.

[5] الحصري النكاح والقضايا المتعلقة به، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، بدون طبعة، 1967، ص15.

[6] ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1417هـ، 1997م،ج9ص340.

[7]ابن حزم، المحلى، مطبعة النهضة، مصر، ط1 ص1347هـ، ج9، ص440.

[8] النساء: 3

وأما من السنة، فقوله صلى الله عليه وسلم: <**حيا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليك بالصوم فإنه له وجاء>>**[1] وقد حملوا الأمر في الحديث على الوجوب.

أما الجمهور القائلون بأن الزواج سنة [2] فقد قالوا: إن الأمر هنا ليس للوجوب وإنما هو محمول على الندب، أما الآية فإن الله تعالى حين أمر بالنكاح فقد علقه الاستطابة، وقال تعالى ﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تُقۡسِطُواْ فِي ٱلۡيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۚ ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ ٣ ﴾[3] والواجب لا يتوقف على الاستطابة، وقوله تعالى ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم ﴾ لا يجب ذلك بالاتفاق، فدل ذلك على أن الأمر في الآية للندب لا للوجوب. وأما الحديث فإنه أمر من لم يستطع النكاح بالصوم، والصوم ليس بواجب في هذه الحالة فكذلك النكاح .

المذهب الثالث: ذهب الشافعية[4] إلى أن التخلي للعبادة وطلب العلم أولى من النكاح إذا كان ممن يأمن على نفسه الوقوع في الزنا، أما إذا كان ممن لا يتفرغ للعبادة فالنكاح أفضل له لئلا تقضي به البطالة إلى الفواحش. قال الشافعي رحمة الله: ومن لم تتق نفسه ولم يحتج إلى النكاح من الرجال والنساء بأن لم تخلق فيه الشهوة التي جعلت في أكثر خلق فإن الله عزوجل يقول ﴿ زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَٰتِ مِنَ ٱلنِّسَآءِ وَٱلۡبَنِينَ وَٱلۡقَنَٰطِيرِ ٱلۡمُقَنطَرَةِ مِنَ ٱلذَّهَبِ وَٱلۡفِضَّةِ وَٱلۡخَيۡلِ ٱلۡمُسَوَّمَةِ وَٱلۡأَنۡعَٰمِ وَٱلۡحَرۡثِۗ ذَٰلِكَ مَتَٰعُ ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَاۖ وَٱللَّهُ عِندَهُۥ حُسۡنُ ٱلۡمَـَٔابِ ١٤ ﴾[5]، أو بعارض أذهب الشهوة من كبر أو غيره فلا أرى بأسا أن يدع النكاح بل أحب ذلك ، وأن يتخلى لعبادة الله .

---

[1] البخاري، صحيح البخاري. كتاب النكاح،باب من لم يستطع الباءة فليصم حديث رقم 5066،ص1292.

[2] ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص63،64

[3] النساء: ٣

[4] محمد الغزالي، الوسيط في المذهب دار السلام، ط1 ،1417هـ 1997م، ج5، ص25.

[5] آل عمران: 14

الترجيح: بعد عرض أقوال فقهاء المذاهب المختلفة يتبين أن الزواج بشكل عام مندوب في الوضع الطبيعي.[1]

ثم إن الزواج من حيث التفصيل تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة من الوجوب، والندب والإباحة، والكراهة، والتحريم . فالزواج واجب في حالة الشهوة المفرطة والخشية من الوقوع في الزنا مع القدرة على أعباء الزواج، لأن صيانة الإنسان لنفسه من الزنا واجب، والزواج وسيلته، ومالا يتم ا لواجب إلا به فهو واجب، وهذا قول عامة الفقهاء. ويكون الزواج مندوبا إذا كان الزوج قادرا على مؤونة الزواج من مهر ونفقة للزوجة وتوقان الوطء. ويكون مكروها لغير الراغب في الزواج وخاف على نفسه أن يوقف عبادة عير واجبة ويكون حراما إذا كان غير راغب ونوى بزواجه الإضرار.

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية النكاح

للنكاح حكم عظيمة نحاول حصرها بإيجاز:

أولا: المحافظة على النوع الإنساني فبالزواج يستمر بقاء النوع الإنساني ويتكاثر، ويتسلسل إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ولا يخفى من هذا التكاثر والتسلسل من المحافظة على الإنساني، ومن حافز المختصين لوضع المناهج التربوية، والقواعد الصحيحة للمحافظة على سلامة هذا النوع آمن الناحية الخلقية والناحية الجسمية على السواء ، وقد نوّه القرآن الكريم عن هذه الحكمة الاجتماعية ، والمصلحة الإنسانية حين قال عزّوجل : ﴿ وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا وَجَعَلَ لَكُم مِّنۡ أَزۡوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةٗ وَرَزَقَكُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِۚ أَفَبِٱلۡبَٰطِلِ يُؤۡمِنُونَ وَبِنِعۡمَتِ ٱللَّهِ هُمۡ يَكۡفُرُونَ ﴿٧٢﴾

[1] عبد الله محمد خليل إبراهيم إصور مستحدثة لعقد الزواج، رسالة ماجستير 2010،جامعة النجاح، فلسطين، ص19.

﴿[1] وقوله : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿١﴾ ﴾[2،3]

وقال الإمام الشاطبي رحمه الله .: (النكاح مشروع للتناسل على القصد الأول)

ثانيا: المحافظة على الأنساب وبالزواج –الذي شرعه الله –يفتخر الأبناء بانتسابهم لأباءهم، ولا يخفى من هذا الانتساب من اعتبارهم الذاتي واستقرارهم النفسي، وكرامتهم الإنسانية ولو لم يكن هذا الزواج الذي شرّعه الله، لعجّ المجتمع بأولاد لا كرامة لهم ولا أنساب، وفي ذلك طعنة نجلاء للأخلاق الفاضلة، وانتشار مريع للإباحية والفساد.

ثالثا: سلامة المجتمع من الانحلال الخلقي فبالزواج يسلم المجتمع من الانحلال الخلقي، ويأمن الأفراد من التفسخ الاجتماعي ولا يخفى على كل إدراك وفهم أن غريزة الميل إلى الجنس الآخر حين تشبع بالزواج المشروع، والاتصال الحلال، تتحلى الأمة– أفرادا وجماعات– بأفضل الآداب وأحسن الأخلاق وتكون جديرة بأداء الرسالة وحمل المسؤولية على الوجه الذي يريده الله منها.

رابعا: سلامة المجتمع من الأمراض وبالزواج يسلم المجتمع من الأمراض الفتاكة التي تنتشر بين أبناء المجتمع نتيجة الزنا، وشيوع الفاحشة، والاتصال الحرام، والتي تقضي على النسل، وتوهن الجسم، وتنشر الوباء، وتفتك بصحة الأولاد.

خامسا: السكن الروحاني والنفساني _وبالزواج تنمو روح المودة والرحمة والألفة ما بين الزوجين فالزوج حين يفرغ آخر النهار من عمله ويركن عند المساء إلى بيته، ويجتمع بأهله وأولاده ينسى الهموم التي اعترته في نهاره ويجد كل واحد منهما في ظل الأخر سكنه النفسي وسعادته الزوجية وصدق الله العظيم عندما صور هذه الظاهرة بأبلغ بيان، وأجمل تعبير حيث قال تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ

---

[1] النحل: 72.

[2] النساء:1

[3] محمود المصري، الزواج الإسلامي السعيد، ط1، مكتبة الصفا،القاهرة،1427هـ 2006م ص17.

أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾[1]

سادسا: تعاون الزوجين في بناء الأسرة وتربية الأولاد فبالزواج يتعاون الزوجان على بناء الأسرة وتحمل المسؤولية، فكل منهما يكمل عمل الأخر، فالمرأة تعمل ضمن اختصاصها، وما يتفق مع طبيعتها وأنوثتها، وذلك في الإشراف على إدارة البيت، والقيام بتربية الأولاد، وصدق من قال:

الأم مدرسة إذا أعددتها أعددت شعبا طيب الأعراق

سابعا: تأجج عاطفة الأبوة والأمومة وبالزواج تأجج في نفس الأبوين العواطف وتفيض من قلبيهما ينابيع الأحاسيس والمشاعر النبيلة.

قال صاحب "مختصر منهاج القاصدين "(وللنكاح خمس فوائد: الولد، وكسر الشهوة وتدبير المنزل، وكثرة العشيرة، ومجاهدة النفس بالقيام بهن).

ثامنا:أما عن الولد فإن التوصل إلى الولد قربة من أربعة أوجه

الأول: موافقة محبة الله بالسعي في تحصيل الولد، لإبقاء النوع الإنساني.

الثاني: طلب محبة رسول الله صلى الله عليه وسلم في تكثير من به مباهاته.

الثالث: طلب التبرك بدعاء الولد الصالح بعده.[2]

الرابع: طلب الشفاعة بموت الولد الصغير إذا مات قبله.

تاسعا: النكاح سبب للغنى وكثرة الرزق قد جعل الله النكاح سببا لكثرة الرزق وذلك كي لا يظن الإنسان أن الزواج سيكون عبئا عليه يتكلف من جرائه مالا يطيق.

قال تعالى: ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ ﴿٣٢﴾ ﴾[1]

---

[1] الروم: 21.

[2] محمود المصري، المرجع السابق، ص16.

قال ابن عباس رضي الله عنه: رغبهم الله في الزواج وأمر به العبيد والأحرار، ووعدهم عليه بالغنى، .....وقال أبوبكر رضي الله عنه أطيعوا الله فيما أمركم به من النكاح ينجز لكم ما وعدكم من الغنى، .....وقال ابن مسعود رضي الله عنه: التمسوا الغنى في النكاح.....وقال صلى الله عليه وسلم << **ثلاثة حق على الله عونهم وذكر منهم . الناكح الذي يريد العفاف**>>.

ولن لم يبلغ حد الخوف من الوقوع في الزنا. ويكون الزواج مكروها بحق من يشتهي النساء وهو لا يخشى الوقوع في الزنا ولكنه يخشى على نفسه من ظلم المرأة وعدم قيامة بحقها، أو أن يقطعه الزواج من عبادة اعتادها. ويكون الزواج محرما إذا تيقن الزوج من ظلمه للمرأة إذا تزوج بها، وأنه لا يخشى على نفسه الوقوع في الزنا يتركه للزواج.[2]

[1]النور: 32

[2]محمود المصري، المرجع السابق،ص17.

الفصل الأول: أركان الزواج

المبحث الأول: أركان النكاح الفقه الإسلامي

المبحث الثاني:أركان النكاح في قانون الأسرة الجزائري

إن عقد الزواج كسائرالعقود يقوم على أركان لكي يكون العقد صحيحا وأركان الزواج قد تختلف أوتتفق بين الفقه الإسلامي والقانون ومن خلال هذا الفصل أردنا التطرق إلى الأركان في الفقه الإسلامي والأركان في قانون الأسرة الجزائري وذلك من خلال المبحثين التالين:

المبحث الأول: أركان الزواج في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: اركان الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: أركان الزواج في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في تحديد أركان عقد النكاح، ولكن بعد التحقيق في كلام أغلب الفقهاء فإنهم يعدون الأركان ثلاثة فقط، وهي: ولي، و محل، وصيغة.

كما قال الحبيب بن الطاهر: (أركان النكاح ثلاثة، لأن العقد لا يحصل إلا من اثنين على حل شيء بما يدل عليه.

1. فالاثنان في النكاح الزوج أو وكيله، وولي الزوجة .
2. والشيء المقصود حله هو المحل المعقود عليه، و هما الزوج و الزوجة، لأنه لا يحل الرجل للمرأة، و المرأة للرجل، إلا بالعقد.
3. و الذي يدل عليه هي الصيغة، وهي التي تدل على العقد، و تكون بالإيجاب و القبول)[1].

وسيأتي تفصيل الأركان في المطالب التالية ركنا ركنا.

- المطلب الأول: الصيغة
- المطلب الثاني: الولي
- المطلب الثالث: المحل

[1] الحبيب بن الطاهر، مرجع سابق، ج3/ص186،187.

المطلب الأول: الصيغة

إن عقد الزواج لا يتم إلا بصيغة يمكن من خلالها التعبير عن إرادة إنشاء عقد الزواج وسنتطرق في هذا المطلب الى ماهية هذه الصيغة و شروطها كما يلي:

الفرع الأول: مفهوم الصيغة

وسنتكلم في هذا الفرع عن التعريف اللغوي والاصطلاحي للصيغة:

أولا: الصيغة في لغة.

الصيغة مَصْدَرُ صاغَ الشيءَ يَصُوغُه صَوْغاً وصِياغةً وصُغْتُه أَصوغُه صِياغةً وصِيغةً وصَيْغُوغة، وصِيغةُ الأَمرِ كَذَا وَكَذَا أَي هَيْئَتُهُ الَّتِي بُنِيَ عَلَيْهَا[1]، و صِيغة مفرد: جمع صيغات وصِيَغ.

بعض الأمثلة على استعمال كلمة صيغة:

1. صيغة الكلام: بناؤه وتراكيبه.
2. –الصِّيغة التَّنفيذيَّة: عبارة معيَّنة يضعها الموظَّفُ المختصّ على صورة الحكم لينفَّذ جبرًا.
3. صيغة الكلمة: صورتها أو هيئتها الحاصلة من ترتيب حروفها وحركاتها.
4. صيغة الأمر: صيغة يُطلب بها إنشاء فعل في المستقبل.[2]

ثانيا: الصيغة في الاصطلاح:

هناك عدة تعاريف منها:

التعريف الأول: لفظ يدل على التأبيد مُدَّة الْحَيَاة كأنكحت، وزوجت، وملكت، وبعت، وَكَذَلِكَ وهبت بِتَسْمِيَة صدَاق وَمن الزَّوْج مَا يدل على الْقبُول.[3]

---

[1] ابن منظور، لسان العرب،مرجع سابق، ج8/ص442،443، وانظر محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، بدون طبعة، 1985م، ج22/ص536 .

[2] د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، دار عالم الكتب، القاهرة، ط1، 2008، ج2/ص1336.

[3] ابن الحاجب الكردي المالكي، جامع الأمهات، الطبعة 01، مؤسسة اليمامة ، بيروت، سنة 1998، ص255.

التعريف الثاني: عرفها الإمام ابن عرفة رحمه الله بقوله:مَا دَلَّ عَلَيْهِ كَلَفْظَةِ التَّزْوِيجِ والإنكاح.[1]

التعريف الثالث : هي اللفظ الدال على النكاح، أي على حصوله وتحققه، إيجابا وقبولا.[2]

و المراد بالإيجاب و القبول: الألفاظ التي يصدرها كل واحد من العاقدين للدلالة على رضاه بالمعقود عليه [3]، و الإيجاب: مأخوذ من وجب الشيء يجب وجوبا إذا لزم و ثبت[4]، و لفظ الإيجاب يوحي بأن العاقد ثبت في ذمته ما ألزم نفسه به بقوله.

و القبول: العبارة الصادرة من العاقد الدالة على رضاه بالمعقود عليه، و معنى القبول في اللغة: الرضا بالشيء و ميل النفس إليه[5].

التعريف الرابع: وهي اللفظ المعبر عن إرادة الطرفين ورغبتهما في إتمام العقد، كأن يقول ولي المرأة: زوجت فلانة لفلان، و يقول الزوج أو وكيله: قبلت النكاح لنفسي، أو موكلي، قال تعالى على لسان شعيب عليه السلام: تهثم جحجم حجم خج خم سجسح سخسم صحصمضجضحضخضمطحظمعجعمغجغمفج فحفخفمقحقم كجكح [6]، و قال صلى الله عليه وسلم للرجل الذي رغب في نكاح المرأة التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه و سلم: <<**اذهب، فقد زوجتكها بما معك من من القرآن**>>[7] والصيغة التي يستعملها الطرف الأول للتعبير عن القبول تسمى إيجابا، وما يعبر به الطرف الثاني عن الرضا يسمى قبولا. [8]

---

[1] محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي، شرح حدود ابن عرفة للرصاع، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ، ج1/157.

[2] الحبيب بن الطاهر، المرجع السابق ج03/ص 20.

[3] أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، الدكتور عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، ط1، 1997م، عمان، الأردن، ص 79.80.

[4] مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004م، ص 1012

[5] مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 713.

[6] القصص27

[7] صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب اذا كان الولي هو الخاطب،رقم 5132، ص 1309.

[8] الصادق عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق،ج2/ ص 514.

الفرع الثاني: شروط الصيغة

سنلقي الضوء في هذا المطلب، على خلاصة شروط الزواج في كل مذهب على حدة:

أولا: شروط الصيغة عند الحنفية[1]

يشترط في الصيغة عندهم ما يلي:

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

والكناية: هي التي تحتاج إلى نية وأن تقوم قرينة على هذه النية، وهي ألفاظ الهبة أو الصدقة أو التمليك أو الجعل، والبيع والشراء، مع نية معنى الزواج.

ولا ينعقد بلفظ الإجارة والوصية، ولا بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع والإقالة والخلع.

2. أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد.
3. ألا يخالف القبول الإيجاب.
4. أن تكون الصيغة مسموعة للعاقدين.
5. ألا يكون اللفظ مؤقتاً بوقت كشهر، وهو نكاح المتعة.

ثانيا: شروط الصيغة عند المالكية

يشترط في الصيغة عندهم ما يلي:

1. أن تكون بألفاظ مخصوصة: وهي أن يقول الولي: زوجت أو أنكحت، أو يقول الزوج: زوجني فلانة. ويكفي في القبول أن يقول: قبلت أو رضيت أو نفذت أو أتممت.
2. الفور[2]: ألا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل طويل، ولا يضر الفاصل اليسير.

---

[1] علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986م، ج2 /ص 229.

[2] عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2002م، ج3/ ص302.

3. ألا يكون اللفظ مؤقتاً بوقت: وهذا هو نكاح المتعة، المنهي عنه.
4. ألا يكون مشتملاً على الخيار، أو على شرط يناقض العقد.

ثالثا: شروط الصيغة عند الشافعية[1]

أما شروط الصيغة عندهم: فهي ثلاثة عشر شرطاً تشترط في العقود وهي ما يأتي:

1. الخطاب: بأن يخاطب كل من العاقدين صاحبه.
2. أن يكون الخطاب واقعاً على جملة المخاطب، فلا يصح على جزئه.
3. أن يذكر المبتدئ بأحد شرطي العقد العوض والمعوض عنه كالثمن والمثمن.
4. أن يقصد العاقد معنى اللفظ الذي ينطق به. فإن جرى على لسانه فلا يصح.
5. ألا يتخلل الإيجاب والقبول كلام أجنبي.
6. ألا يتخلل الإيجاب والقبول سكوت طويل: وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول.
7. ألا يتغير كلام البادئ قبل قبول الآخر.
8. أن يكون كلام كل واحد من العاقدين مسموعاً لصاحبه ولمن يقرب منه من الحاضرين. فإن لم يسمعه من كان قريباً لا يكفي، وإن سمعه العاقد.
9. أن يتوافق القبول مع الإيجاب معنى.
10. ألا يعلق الصيغة بشيء لا يقتضيه العقد، مثل إن شاء فلان أو إن شاء الله.
11. ألا يؤقت كلامه بوقت.
12. أن يكون القبول ممن وجه له الخطاب لا غيره.
13. أن تستمر أهلية المتكلمين بالصيغة إلى أن يتم القبول، فلو جُنَّ أحدهما مثلاً قبل قبول الآخر بطل العقد.

يظهر من هذه الشروط: أنه يشترط في الزواج عدم التعليق مثل: زوجتك ابنتي إن بعتني الأرض الفولانية، ويشترط فيه عدم التأقيت، مثل زوجيني نفسك مدة شهر، وهو نكاح المتعة.

ويضاف إلى هذه الشروط: أن صيغة الزواج مقيدة بلفظي [1] التزويج والإنكاح دون غيرهما، في الإيجاب والقبول. ولا بد من أن تكون الصيغة بلفظ الماضي، ولا يصح

[1] شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط4، 2004، ج2/ ص 245.

بلفظ المضارع ، لأنه يحتمل الوعد ما لم يقل: الآن. ويصح العقد بالألفاظ المحرفة مثل: جوزتك موكلتي، حتى ولو لم تكن لغته على المعتمد، ويصح بلفظ الأم ر: زوجني ابنتك، فيقول له: زوجتك، كما يصح بقول الولي: تزوج بنتي، فيقول له: تزوجت.

رابعا: شروط الصيغة عند الحنابلة

ويشترط في الصيغة أن تكون بلفظ النكاح أو التزويج [2]، لكن يكفي في القبول، كما قال المالكية، وخلافاً للشافعية أن يقول: قبلت أو رضيت، ولا يشترط فيه أن يقول: قبلت زواجها أو نكاحها. ولا يصح أن يتقدم القبول على الإيجاب، ويشترط الفو ر، فإن تأخر القبول عن الإيجاب حتى تفرقا أو تشاغلا بما يقطعه عرفاً فإنه لا يصح. ولا يشترط أن يكون اللفظ عربياً، فيصح بغير العربية من العاجز عن النطق بالعربية بشرط أن يؤدي معنى الإيجاب والقبول بلفظ التزويج أو النكاح.

ولا يصح النكاح بالكتابة ولا بالإشارة إلا من الأخرس، فيصح منه بإشارته المفهمة.[3]

الفرع الثالث: صيغة العقد

قد تكون صيغة الإيجاب والقبول بلفظ الماضي أو بلفظ المضارع أو بلفظ الأمر، واتفق الفقهاء على انعقاد الزواج بصيغة الماضي، واختلفوا في المضارع والأمر

أولا: حكم انعقاد الزواج بلفظ الماضي.

ينعقد الزواج بصيغة الفعل الماضي، كأن يقول ولي المرأة للرجل: زوجتك ابنتي فلانة على مهر كذا، فقال الزوج: قبلت أورضيت، لأن المقصود بهذه الصيغة إنشاء العقد في الحال، فينعقد بها العقد من غير توقف على نية أو قرينة.

ثانيا: حكم انعقاد الزواج بلفظ المضارع.

وأما العقد بصيغة المضارع، مثل أن يقول الرجل للمرأة في مجلس العقد: أتزوجك على مهر قدره كذا، فقالت: أقبل أو أرضى، صح العقد عند الحنفية والمالكية إذا

---

[1] مُصطفى الخِنْ، الدكتور مُصطفى البُغا، علي الشّرْبجي،الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم، دمشق، ط4، 1992م، ج 4/ ص 55،58.

[2] ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م، ج3/ ص20،21.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط7، 1985م، ج7/ص89،94.

كانت هناك قرينة تدل على إرادة إنشاء العقد في الحال، لا للوعد في المستقبل، كأن يكون المجلس مهيئاً لإجراء عقد الزواج، فوجود هذه الهيئة ينفي إرادة الوعد أو المساومة، ويدل على إرادة التنجيز، لأن الزواج بعكس البيع يكون مسبوقاً بالخطبة. فإن لم يكن المجلس مهيئاً لإنجاز العقد، ولم توجد قرينة دالة على قصد إنشاء الزواج في الحال، فلا ينعقد العقد.

ولا ينعقد الزواج عند الشافعية والحنابلة بصيغة المضارع، وإنما لا بد عندهم من لفظ بصيغة الماضي مشتق من النكاح أو الزواج، بأن يقول الزوج: تزوجت أو نكحت أو قبلت نكاحها أو تزويجها، ولا يصح بكناية: كأحللتك ابنتي، إذ لا اطلاع للشهود على النية.

ثالثا: حكم انعقاد الزواج بلفظ الأمر

ويصح العقد عند الحنفية والمالكية بصيغة الأمر: كأن يقول الرجل لامرأة: زوجيني نفسك، وقصد بذلك إنشاء الزواج، لا الخطوبة، فقالت المرأة: زوجتك نفسي، تم الزواج بينهما.

ومقصود ذلك عند الحنفية: أن قول الرجل يتضمن توكيل المرأة في أن تزوجه بنفسها، فقولها: زوجتك نفسي، قام مقام الإيجاب والقبول. والمقصود عند المالكية أن صيغة الأمر تعتبر إيجاباً للعقد عرفاً، ولا تعتبر توكيل عندهم.

رابعا: حكم انعقاد الزواج بلفظ الاستفهام.

أما انعقاد الزواج بلفظ الاستفهام مثل قول رجل لآخر: زوجتني ابنتك؟ فقال الآخر: زوجت، أو قال: نعم، فلا يكون عند الحنفية زواجاً، ما لم يقل الموجب بعدئذا: قبلت، لأن قوله: زوجتني؟ استفهام أو استخبار، وليس بعقد.[1]

الفرع الرابع: انعقاد الزواج بغير الكلام

إذا كان العاقدان في مجلس واحد و كانا قادرين على الكلام فلا ينعقد الزواج بينهما إلا به ، فلا ينعقد بالكتابة، لأنه يشترط في صحته حضور الشهود و سماعهما كلام العاقدين عند جماهير الفقهاء، و هذا لا يتيسر في الكتابة، و لأن عقد الزواج أساسه

[1] السيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، بيروت، ط4، 1983م، ج2/ ص33، 34.

العلنية دون السرية و بالكتابة يكون سرا، و الرسول صلى الله عليه وسلم أمر بإعلانه حيث قال: << **أعلنوا النكاح** >>[1].

و إذا لم ينعقد بالكتابة فأولى ألا ينعقد في هذه الحالة بالإشارة لأنها أضعف في بيانها من الكتابة.

وأما العاجز عن الكلام كالأخرس، فإن كان لا يحسن الكتابة ينعقد بإشارته المعروفة بالاتفاق بين الفقهاء، لأنه لا سبيل له في التعبير عن إرادته إلا بها، و لا يزوجه وليه إن كان بالغا، لأن الخرس كالصمم لا يوجب الحجر عليه.

إذا كان يحسن الكتابة ففي المذهب الحنفي روايتان:

إحداهما: أنه ينعقد، الأصل في العقد أن يكون بالكلام، فإذا عجز عنه طلب معرفة غرضه بأي وسيلة، و يستوي في ذلك الإشارة و الكتابة لأنهما يدلان على مراده.

و ثانيهما: أنه لا ينعقد بالإشارة، بل لا بد من الكتابة، لأنها أقوى بيانا من الإشارة حيث يعرفها كل من يقرأ بخلاف الإشارة فانه لا يعرفه إلا القليل[2].

و الخلاصة: ينعقد نكاح الأخرس بكتابته أو إشارته عند الفقهاء ، وتتعين الكتابة عند الحنفية إذا قدر عليها[3].

المطلب الثاني: الولي

إن الولي ركن مهم في عقد النكاح، و سنتطرق في هذا المطلب على أهم ما يتعلق بهذا الركن، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم الولي

وفي هذا الفرع سنتكلم على مفهوم الولي من حيث اللغة ثم الاصطلاح على النحو التالي:

أولا: الولي في اللغة

---

[1] الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، من حديث عبد الله ابن الزبير عن أبيه رقم 1638، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1999م، ج 26/ص53، هذا الحديث حسن لغيره، أنظر، إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي الجراحي العجلوني الدمشقي، أبو الفداء، كشف الخفاء ومزيل الإلباس، مكتبة القدسي، القاهرة، 1351هـ، ج1/ص145.

[2] مصطف الشلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعية، بيروت، ط4، 1983م، ص105،104.

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 7/ ص 46.

من ولي و الواو واللام والياء، أصل صحيح يدل على قرب، و من ذلك الولي: القرب، يقال: وجلس مما يليني، أي يقاربني، ومنه المولى، وهو المعتق والمعتق، والصاحب، والحليف، وابن العم، والناصر، والجار، كل هؤلاء من الولي وهو القرب، وكل من ولي أمر آخر فهو وليه، وفلان أولى بكذا، أي أحرى به وأجدر.[1]

و الولي له معان كثيرة:

فمنها: المحب، وهو ضد العدو، اسم من والاه إذا أحبه.

و منها: الصديق، و منها: النصير من والاه إذا نصره.

وولي الشيء، و ولي عليه ولاية، وولاية، بالكسر و بالفتح، للمصدر الاسم مثل الإمارة والنقابة، لأنه اسم لما توليته وقمت به، وقيل: الولاية، بالكسر، الخطة والإمارة.[2]

ثانيا: الولي اصطلاحاً

هناك عدة تعاريف منها:

التعريف الأول: قال ابن عرفة: الولي من له علي المرأة ملك، أو أبوة أو تعصيب، أو إيصاء أو كفلة، أو سلطنة أو ذو إسلام[3].

التعريف الثاني: الوِلاية في النِّكاح سلطة شرعيّة، لعصبة نسب، أومن يقوم مقامهم، يتوقَّف عليها تزويج من لم يكن أهلاً لعقده.[4]

الفرع الثاني: مسألة الولاية في النكاح على الحرّة المكلفة

اختلف العلماء في اشتراط الولي في نكاح المرأة على قولين سنبسطها ونعرض لأدلة كل قول كما يلي:

---

[1] معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، دار الفكر، 1399هـ، 1979م.ج6/ص142،141.

[2] مرتضى الزَّبيدي، المرجع السابق، ج40/ص241.

[3] محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، المختصر الفقهي، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الإمارات، ط1، 2014م، ج3/ص151.

[4] عوض بن رجاء بن فريج العوفي، الولاية في النكاح، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط1، 2002م، ج1/ص29.

القول الأول: اشتراط الولي في النكاح، فلا يصح أن تباشر المرأة بنفسها عقد النكاح، فلا تزوج نفسها ولا تزوج غيرها. وهو قول جمهور الفقهاء:

و من أقوال المالكية: قال أبو عمر: (فقد صرح الكتاب والسنة بأن لا نكاح إلا بولي فلا معنى لما خالفهما)[1].

و من أقوال الشافعية: قال الماوردي: (أن الولي شرط في نكاحها لا يصح العقد إلا به وليس لها أن تنفرد بالعقد على نفسها، وإن أذن لها وليها سواء كانت صغيرة أو كبيرة، شريفة أو دنية، بكراً أو ثيباً)[2].

و من أقوال الحنابلة: قال ابن قدامة: (شرائط النكاح: وهي خمسة، أحدها: الولي، فإن عقدته المرأة لنفسها، أو لغيرها بإذن وليها، أو بغير إذنه لم يصح)[1].

و **قال ابن حزم:** (وَلَا يَحِلُّ لِلْمَرْأَةِ نِكَاحٌ، ثَيِّبًا كَانَتْ أَوْ بِكْرًا، إلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا)[3].

وقد استدل أصحاب القول بأدلة منها:

أولا: من القرآن.

1. قوله تعالى: ترتزتمتنتى [4]

وجه الدلالة من الآية:

أن هذا خطاب للأولياء بأن لا ينكحوا المسلمات المشركين ولو فرض أنه يجوز لها إنكاح نفسها لما كانت الآية دالة على تحريم ذلك عليهن لأن القائل بأنها تنكح نفسها يقول بأنه ينكحها وليها أيضا فيلزم أن الآية لم تف بالدلالة على تحريم إنكاح المشركين للمسلمات لأنها إنما دلت على نهي الأولياء عن إنكاح المشركين لا على

---

[1] أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ط2، 1988م،ج19/ ص90.

[2] أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1 :1994م، ج9 /ص 38.

[3] أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003م، ج9 ص35.

[4] البقرة: 221.

نهي المسلمات أن ينكحن أنفسهن منهم وقد علم تحريم نكاح المشركين المسلمات (فالأمر للأولياء دال على أنه ليس للمرأة ولاية في النكاح[1]).

2. قوله تعالى: لخ لم لى لي مجمحمخ[2]

وجه الاستدلال من الآية:

أن هذا خطاب موجه للرجال دون النساء، فالله سبحانه أمر في هذه الآية أولياء المرأة أن يقوموا بتزويجها، والأمر يدل على الوجوب، مما يدل على أنهم هم المكلفون بتزويجهن[3].

ثانيا: أدلتهم من السنة:

1. عن أبي بردة عن أبيه رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: <<لا نكاح إلا بولي>>[4].

وجه الدلالة من الحديث:

أنه يدل بمنطوقه على نفي النكاح بدون ولي، ويدل بمفهومه على عدم جواز مباشرة المرأة لعقد النكاح لنفسها أو لغيرها. قال الخطابي: (فيه نفي ثبوت النكاح على معمومه ومخصوصه إلا بولي)[5]،(فإن عقدته المرأة لنفسها أو لغيرها بإذن وليها أو بغير إذنه لم يصح)[6].

2. ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: << لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل وإن

---

[1] محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام، دار ابن الجوزي، السعودية، ط2، 1421هـ، ج6/ص36.

[2] النور32.

[3] أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، بيروت ط1، 1988م، ج1/ ص 471.

[4] أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب الولي، رقم 2085، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط7، 2009م، ج3/ص427.حديث صححه الترميذي وابن حبان، انظر، كشف الخفاء ومزيل الإلباس، ج2/ص369.

[5] أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1932م، ج3/ص198.

[6] بن قدامة، المرجع السابق، ج4/ص234.

تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له >>[1].

وجه الدلالة من الحديث:

هذا نص في إبطال النكاح بغير ولي من غير تخصيص ولا تمييز[2].

3. حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: <<لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج **نفسها**>>[3].

وجه الدلالة من الحديث:

فيه دليل على أن المرأة ليس لها ولاية في الإنكاح لنفسها ولا لغيرها فلا عبرة لها في النكاح ولا تصح عبارة المرأة في النكاح إيجابا ولا قبولا فلا تزوج نفسها بإذن الولي ولا غيره ولا تزوج غيرها بولاية ولا بوكالة ولا تقبل النكاح بولاية ولا وكالة[4]، والنهي دليل الفساد[5].

القول الثاني: لا يشترط الولي في النكاح، فيصح أن تباشر المرأة عقد النكاح بنفسها، إلا أنه خلاف المستحب، وللأولياء حق الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفؤاً لها، وهو قول أبي حنيفة في المشهور عنه[6].

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب والسنة:

---

[1] الدار قطني، سنن الدار قطني، كتاب النكاح، رقم الحديث 3533، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2004م، ج4/ص323، هذا الحديث قال عنه ابن حبان أنه لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر. أنظر تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري، المعروف بابن دقيق العيد، الإلمام بأحاديث الأحكام، دار المعراج الدولية، السعودية، ط2، 2002م، ج2/ص628.

[2] الماوردي، المرجع السابق، ج9/ص40.

[3] البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم 13634، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003م، ج7/ص178، هذا الحديث قال عنه (ابن كثير: الصحيح وقفه على أبي هريرة، وقال الحافظ: رجاله ثقات، وقال في خلاصة البدر: رواه ابن ماجه من رواية أبي هريرة بسند ضعيف، والدار قطني بإسناد على شرط مسلم لكن لفظه بغير نفسها)، أنظر الحسن بن أحمد بن يوسف بن محمد بن أحمد الرُّباعي الصنعاني، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، دار عالم الفوائد، ط1، 1427، ج3/ص1412.

[4] محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، المرجع السابق،ج6/ص34.

[5] شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1993م، ج5/ص40.

[6] الصنعاني، المرجع السابق، ج2/ص247.

أولا: أدلتهم من القرآن:

1. قوله تعالى: تيثرثزثمثنثىثيفىفيقىقيكاكل[1]

الاستدلال بهذه الآية من وجهين:

الوجه الأول: انه أضاف النكاح إليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي[2].

2.قوله تعالى: لخلملهجمحمخمنجنحنخ [3]

ووجه الاستدلال بهذه الآية من وجهين:

الوجه الأول: أنه أضاف النكاح إلى المرأة، وهذا يقتضي تصور النكاح منها مما يدل، على صحة النكاح بلا ولي.

الوجه الثاني: أنه جعل نكاح المرأة غاية الحرمة، فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها[4].

3. قوله تعالى: تمتهثمجحجخجهسجسحسخسمصحصخصم[5]

وجه الاستدلال من الآية:

أنها نص على انعقاد النكاح بعبارة المرأة وانعقادها بلفظ الهبة[6].

ثانياً: أدلتهم من السنة:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من السنة منها:

1. حديث ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:<<**الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها**>>[7].

---

[1] البقرة: 232.

[2] الصنعاني، المرجع نفسه، ج2/ص248.

[3] البقرة: 230.

4 الكساني، المرجع السابق، ج2/ص248.

[5] الأحزاب: 50

6الصنعاني، المرجع السابق ج2/ص248

[7] الإمام مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، رقم 1421، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999م، ج2/ص1037.

وجه الاستدلال من الحديث:أن الأيم وهي من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا، فأفاد أن فيه حقين حقه وهو مباشرته عقد النكاح برضاها، وقد جعلها أحق منه ولن تكون أحق إلا إذا زوجت نفسها بغير رضاه[1].

2. حديث أم سلمة رضي الله عنها قالت: دخل عليَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد وفاة أبي سلمة فخطبني إلى نفسي فقلت: يا رسول الله إنه ليس أحد من أوليائي شاهداً، فقال:<< **إنه ليس منهم شاهد ولا غائب يكره ذلك**>>، قالت: قم يا عمر فزوج النبي صلى الله عليه وسلم، فتزوجها.[2]

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتظر حضور أوليائها، دل ذلك أن بضعها إليها دونهم، ولو كان لهم في ذلك حق أو أمر، لما أقدم النبي صلى الله عليه وسلم على حق هو لهم قبل إباحتهم ذلك له[3].

3. أن امرأة شكت إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إن أبي زوجني ابن أخيه يرفع بي خسيسته ، فجعل الأمر إليها ، قالت: فإني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء)[4].

وجه الاستدلال بهذا الحديث:

أنه يفيد بعمومه أنهليس لوليها حقا ثابتا في عقد نكاحها.

الترجيح:

---

[1] زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، بدون تاريخ، ج3/ص117.

[2] أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، شرح معاني الآثار، كتاب النكاح، باب النكاح بغير ولي عصبة، رقم4277، دار عالم الكتب، بيروت، ط1، 1994م، ج3/ص11،12.

[3] المرجع نفسه، ص13.

[4] الإمام أحمد، المرجع السابق، من حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، رقم،25043، ج41/ص492، هذا الحديث، قال عنه البيهقي:(هذا مرسل، ابن بريدة، لم يسمع من عائشة، وإن صح، فإنما جعل الأمر إليها لوضعها في غير كفء)، أنظر جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1997م، ج3/ص192.

إن مسألة الولاية في النكاح على الحرة المكلفة أرجحها دليلا، وأحظاها قبولا عند الأمة مذهب الجمهور القائلين باشتراط الولاية في النكاح، لقوة، أدلتهم من الكتاب والسنة، وتلك هي الحجة فيما اخترناه[1].

الفرع الثالث: شروط الولي وترتيب الأولياء

سنتطرق في هذا الفرع إلى شروط الولي وترتيب الأولياء كمايلي:

أولا: شروط الولي.

ونقصد به ولي الزوجة فيه شروط مجمعة فلا تصح ولايته على المعقود عليها إلا بوجودها، كما قال ابن رشد الجد: وللولي ثمانية شروط، ستة منها متفق على اشتراطها في صحة الولاية، وهي البلوغ، والعقل، والحرية، والإسلام، والذكورية، وأن يكون مالكا أمر نفسه، واثنان مختلف فيهما، وهما العدالة والرشد.[2]

وشروط الولي بالتفصيل هي كما يلي:

1 . **الإسلام**[3]: يشترط في الولي أن يكون مسلما إذا كانت التي يتولى عقد نكاحها مسلمة، فان كانت كافرة فلا ولاية له عليها بنتا كانت أو غيرها، كما لا ولاية للكافر على المسلمة لاختلاف الدين.

2 . **الحرية:** يشترط في الولي أن يكون حرا، فلا تصح ولاية العبد القن، ولا من فيه شائبة حرية كالمكاتب، والمدبر، والمبعض، ولو على ابنته، فلو عقد عليها أو على غيرها حارة أو أمة فسخ النكاح ولو بعد الدخول، بل ولو ولدت المرأة الأولاد ولها المهر كاملا بالمسيس.

3 . **رشيد:** يشترط في الولي أن يكون رشيدا، فالسفيه الذي لا يحسن التصرف إذا كان له ولي لا تصح ولايته للعقد.

---

[1] عوض بن رجاء بن فريج العوفي، المرجع السابق، ج1/ص247.

[2] أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج1/ص473.

[3] أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997م، ج2/ص10.

4 . **التكليف:** يشترط في الولي أن يكون مكلفا أي عاقلا بالغا، فالمجنون لا تصح ولايته للعقد، ومثله الصبي.

5 . **عدم الإحرام:** يشترط في الولي أن يكون غير محرم بحج أو عمرة، وإن كان كذلك فلا تصح ولايته للعقد، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: **<<لا ينكح المحرم، ولا ينكح، ولا يخطب>>**[1].

6 . **الذكورة**[2]: يشترط أن يكون الولي ذكر فلا تعقد المرأة للمرأة .

ثانيا: ترتيب الأولياء.

فالولاية في النكاح ولايتان خاصة وعامة[3]:

1 . **الولاية العامة:** هي ولاية الإسلام لقوله تعالى : كل كم كى كيلم [4]

2 . **الولاية الخاصة فإنها تنقسم الى خمسة أقسام و هي:**

أ. ولاية نسب وهي على مراتب أعلاها الأب وأدناها الرجل من العشيرة على مذهب ابن القاسم.

ب.ولاية تقديم وهي على وجهين تقديم من قبل أب وتقديم من قبل السلطان .

ت.ولاية عامة وهي على وجهين مولى أعلى ومولى أسفل .

ث.ولاية سلطان .

ج. ولاية حضانة .

وعليه فإذا زوج على مذهب ابن القاسم الولي من الولاية الخاصة فيما عدا الأب في ابنته البكر والوصي في يتيمته البكر أيضا وثم أولى منه حاضر نفذ النكاح ولم يرد.[5]

---

[1] الإمام مسلم، المرجع السابق، كتاب النكاح، بَابُ تَحْرِيمِ نِكَاحِ الْمُحْرِمِ، وَكَرَاهَةِ خِطْبَتِهِ، رقم1409، ج2/ص1030.

[2] محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط1، 1984م، ج3/ص288.

[3] أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، التلقين في الفقة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004م، ج1/ص113.

[4] التوبة،71

[5] أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج1/ص473.

ويرى مالك رضي الله عنه أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن، فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية، والأبناء عنده أولى وإن سفلوا، ثم الآباء، ثم الإخوة للأب والأم، ثم للأب، ثم بنو الإخوة للأب والأم، ثم للأب فقط، ثم الأجداد للأب وإن علوا. واختلف أصحابه فيمن هو أولى: وصي الأب؟ أو ولي النسب، فقال ابن القاسم: الوصي أولى، مثل قول مالك، وقال ابن الماجشون، وابن عبد الحكم: الولي أولى.[1]

الفرع الرابع: أقسام الولاية في التزويج

تنقسم الولاية عند الفقهاء إلى ولاية إجبار وولاية اختيار:

أولا: ولاية الإجبار

1. **تعريف الإجبار في لغة.**

من أجبره على الأمر أي أكرهه عليه[2]، وأجبرته على كذا بالألف حملته عليه قهرا وغلبة فهو مجبر[3]، والإجبار الإكراه وهو سلب الاختيار من الإنسان في أفعاله[4].

2. **تعريف الإجبار في الاصطلاح**

هو إنكاح الأب ابنته البكر التي لم تذهب عذريتها أي بكارتها إن لم تبلغ قهرا عليها[5]، أو هو سالب الأب المجبر ابنته البكر التي لم تذهب عذريتها الاختيار في الزواج بمن ترغب فيه قهرا، و الذي له الحق في الإجبار الأب، والوصي والسيد.

3. **حق الإجبار لكل من الأب و الوصي**

و سنتطرق إلى إجبار الأب ابنته و وصي الأب كما يلي:

أ. إجبار الأب ابنته:

---

[1] أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1415هـ، ج3/ص28.

[2] زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان بدون طبعة، 1986م، ص39.

[3] أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس المصباح، المنير في غريب الشرح الكبير، دار المعارف، ط2، بدون تاريخ، ج1/ص89.

[4] محمد رواس قلعجي، و حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ط2، 1988م، ص119.

[5] شهاب الدين النفراوي، المرجع السابق، ج2/ص7.

إن الأب له الجبر على ابنته البكر في نكاحها ولو بغير رضاها، أو كان الزوج غير كفء لها في الحسب والنسب، حيث كان حرا مسلما وليس ثم مانع شرعي ولو عنست أي و لو كانت ابنته البكر عانسا كبنت خمسين أو ستين سنة ما لم يرشدها فإن رشدها بأن فك عنها الحجر وقامت بأمورها فلا جبر له عليها، و كذلك له جبر ابنته إن صغرت و التي صارت ثيبا بزوال بكارتها بسبب وطء من نكاح صحيح، أو زالت بكارتها بأمر عارض لها من وثبة أو ضربة أو بعود وقعت عليه، بل ولو زالت بكارتها بزنا، ولو تكرر منها حيث لم تكن بالغة، أو طلقها زوجها بعد أن أزال بكارتها، أو توفى عنها قبل بلوغها، وأما إن طلقها الزوج بعد بلوغها وقد زالت بكارتها أو توفى عنها فلا جبر للأب عليها، وليس له تزويجها حتى ترضى وتأذن بالقول، وأما البكر التي زوجت ثم طلقت ولم تزل بكارتها لا يخلوا إما أن تقيم مع زوجها سنة أو لا، فإن أقامت سنة ثم طلقها الزوج بعد ذلك خرجت من الإجبار لأن إقامة سنة تقوم مقام الثيوبة[1].

ب. إجبار وصي الأب:

فإذا عين له الأب الزوج وقال له: اجبر بناتي على التزويج قبل البلوغ وبعده، أو قال للوصي: أنت بمنزلتي في تزويج بناتي، فإن لم يكن الوصي وصيا من جهة الأب بل أقامه القاضي وصيا على من مات أبوها وهي صغيرة أو أقامته وصيا أمها فليس له الإجبار عليها بذلك.

ثانيا: ولاية الاختيار

1. تعريف الاختيار في لغة:

ومعناه الاصطفاء[2]، مصدر اختار، وهو الانتقاء، وتفضيل الشيء على غيره.

2. تعريف الاختيار في الاصطلاح:

الإتيان بالتصرف على الوجه الذي يريده الشرع ، وهو ضد الإكراه[3].

---

[1] بلقاسم شتوان، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي، دار الفجر، الجزائر، بدون طبعة، 2007م، ص179.

[2] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر،المرجع السابق، ص81.

[3] محمد رواس قلعجي، و حامد صادق قنيبي، المرجع السابق، ص 33.

– و تكون ولاية الاختيار للمرأة البالغة الرشيدة والثيب الحق في اختيار الزوج والرضا به إما بالإذن أو بالإفصاح وعلى هذا فلا تزوج إلا بإذنها، وأما في إبرام العقد بنفسها، أو بإذن وليها ففيه خلاف بين الجمهور والحنفية، كما ذكرنا سابقا[1].

المطلب الثالث: المحل

المحل من أركان النكاح التي تتقوم بها حقيقته الشرعية، و سنتطرق في هذا المطلب إلى ماهية المحل، و أهم الشروط الني يجب أن تتوفر فيه ليكون عقد الزواج صحيحا مستوفي جميع الأركان و الشروط و لقد قسمنا هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم المحل

سنأخذ أولا مفهومه اللغوي ثم الاصطلاحي كما يلي:

أولا: المحل في اللغة

المكان الذي يحل به[2]، و حل الشيء يحل بالكسر حلا خلاف حرم فهو حلال، ومنه المحلل وهو الذي يتزوج المطلقة ثلاثا لتحل لمطلقها، وحلت المرأة للأزواج زال المانع الذي كانت متصفة به، والمحلة بالفتح المكان ينزله القوم.[3]

فالتعبير بالمحل في الزواج لغة كأن الرجل يحل بالمرأة بمكان الزوجية و هي كذلك من باب المجاز اللغوي، أو تحل له و يحل لها بعد أن كانت العلاقة بينهما محرمة، ولذلك قيل لها حليلة و هو حليل كأنهما يحلان بعضهما بعد أن كانا محرمين[4].

ثانيا: المحل في الاصطلاح

المحل ويقصد به الفقهاء: الزوج و الزوجة معا[5]، لكونهما حلال على بعضهما، فالمحل في النكاح الزوجان وهما موضوع العقد.

الفرع الثاني: شروط المحل[1]

---

[1] بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص180,

[2] الرازي، المرجع السابق، ص63.

[3] الفيومي، المرجع السابق، ج1/ص148،147.

[4] بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص123.

[5] شهاب الدين النفراوي، المرجع السابق، ج2/ص5.

للمحل شروط يختص بها الزوج ، وشروط تختص بها الزوجة، وشروط يشترك فيها الزوج والزوجة معا، نأخذها في هذه النقاط التالية:

أولا: شروط يختص بها الزوج

1. الإسلام فلا يصح الزواج من كافر كتابي أو غيره.
2. عدم الإضافة إلى عصمته زوجة خامسة إذا كان في عصمته أربع زوجات.

ثانيا: شروط تختص بها الزوجة

1. الخلو من زوج فلا يصح عقد على متزوجة.
2. أن تكون خالية من عدة غيره، و أما المعتدة منه فيصح إذا لم تكن مبتوتة.
3. أن تكون غير مجوسية، فلا يصح العقد على المجوسية ، والمراد بها غير الكتابية.

ثالثا: شروط التي يشترك فيها الزوجان.

1. عدم الإكراه، فلا يصح نكاح مكره أو مكرهة و يفسخ أبدا.
2. عدم المرض، فلا يصاح نكاح المريض أو المريضة.
3. عدم الإشكال، أي فلا يصح نكاح الخنثى المشكل على أنه زوج أو زوجة.
4. عدم الإحرام بحج أو عمرة، من زوج محرم، أو زوجة، أو ولي.
5. المحرمية، من نسب أو رضاع أو مصاهرة، فلا يصح النكاح.

الفرع الثالث: المحرمات من النساء في الفقه المالكي.

النساء المحرمات، ثمان وأربعون امرأة، خمس وعشرون مؤبدات والبواقي مؤقتات[2]، و سنلقي الضوء عليها كما يلي:

أولا: المحرمات على التأبيد.

وهما المحرمات بسبب: النسب، أو الرضاع، أو المصاهرة، أو اللعان، أو الوطء في العدة ، و أزواج النبي صلى الله عليه وسلم[3].

---

[1] الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، بدون طبعة، وبدون تاريخ، ج2/ص335.

[2] بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص126 وما بعدها.

[3] أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج1/ص454 وما بعدها.

1. المحرمات بالنسب[1]:

أ) أمه: و هي كل امرأة لها عليه ولادة فيدخل في ذلك أمه التي ولدته و أمهاتها و أم أبيه و جداته و إن علون.

ب) بنته: و هي كل امرأة له عليها ولادة فيدخل في ذلك بنته من صلبه و بناتها و بنات ابنه و إن سفلن.

ت) أخته: و هي كل امرأة لأبويه أو أحدهما له عليها ولادة سواء كانت شقيقة أم لأب أم لأم.

ث) عمته: هي كل امرأة شاركت أباه في الولادة سواء أكانت أخت أبيه أو جده، والأصل وإن علا، وسواء أكانت شقيقة أم لأب أم لأم.

ج) خالته: و هي كل امرأة شاركت أمه في الولادة سواء أكانت أخت أمه أم جدته والأصل وإن علا، و سواء أكانت شقيقة أم لأب أم لأم.

ح) بنت الأخ: و هي كل امرأة لأخيك عليها ولادة سواء أكانت بالمباشرة أم بالوساطة والفرع وإن نزل .

خ) بنت الأخت: و هي كل امرأة لأختك عليها ولادة بالمباشرة أو بالوساطة والفرع وإن نزل.

والأصل في تحريم هذا الصنف على التأبيد من النساء بسبب النسب ، ﴿ٱهۡدِنَاٱلصِّرَٰطَ تن تى تي ﴾ **ثر ثز ثم ثن ثى ثي فى فى** [2]

2. المحرمات بالرضاع[3]:

يحرم بالرضاع سبعة أصناف من النساء كذلك كما يحرم بالنساب ، و الأصل في التحريم القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة، فمن القرآن ﴿ٱهۡدِنَاٱلصِّرَٰطَ﴾ **قى قي كا كل كم كى** [4]، وأما من السنة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال النبي

---

[1] شهاب الدين النفراوي، المرجع السابق، ج2/ص22 وما بعدها.

[2] النساء: 23

[3] الدردير، المرجع السابق، ج2/ص712.

[4] النساء: 23

صلى الله عليه وسلم في بنت حمزة:**<<لا تحل لي، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب هي بنت أخي من الرضاعة>>**[1].

3. المحرمات على التأبيد بسبب اللعان ، والعدة ، وأزواج النبي صلى الله عليه وسلم: أما أزواج النبي صلى الله عليه و سلم فلقوله تعالى: جحجم حججم خجم سجسح[2]، و كذلك الملاعنة، بين الرجل و المرأة و المنكوحة في العدة من غير زوجها، مع اختلاف بين الفقهاء فيهن وعلى هذا يكون عدد أصناف النساء المحرمات مؤبدا خمسة و عشرون صنفا.

4. المحرمات بسبب المصاهرة[3].

وهن أربع: أم الزوجة، بنتها، زوجة الأب، و زوجة الابن، و مثلهن من الرضاع أيضا، و الأصل في التحريم القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ئر ئز ئم ئن ئى ئي بر بز بم بن بى بي تر تز تم [4]

وقال كذلك : كي لم لى لي ما مم نر نز نم نن نى ني ىٰ ير يز يم ين يى يي ئج ئح ئخ ئم ئه [5].

ثانيا: المحرمات من النساء على التأقيت[6].

ثلاثة وعشرون امرأة ويختلف سبب التحريم حسب كل صنف وهن:

1. المرتدة. 2. غير الكتابية. 3. الزوجة الخامسة. 4. المتزوجة. 5. المعتدة. 6. المحرمة بحج أم عمرة. 7. أخت زوجته فلا يجوز الجمع بينهما. 8. خالتها فلا يجوز الجمع بينهما. 9. عمتها فلا يجاوز الجماع بينهما . 10. المنكوحة يوم الجمعة عند

---

[1] البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب، والرضاع المستفيض، والموت القديم، رقم، 2645، ص643

[2] الأحزاب: 6

[3] أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، المرجع السابق، ج1/ص120.

[4] النساء: 22

[5] النساء: 23.

[6] أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، المرجع السابق، ج1/ص120، وما بعدها.

الزوال. 11. المخطوبة للغير بعد الركون. 12. اليتيمة غير البالغة 13. الملاعنة حتى يكذب نفسه. 14. المستبرئة. 15. الحامل. 16. الكافرة. 17. المبتوتة. 18. الأمة المشتركة. 19. الأمة الكافرة. 20. الأمة المسلمة لواجد الطول. 21. أمة الابن. 22. وأمته. 23. وسيدته، وأم سيدته[1].

وأصل التحريم نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿ ئر ئز ئم ئن ئى ئي بر بز بم بن بى بي تر تز تم تن تى تي ثر ثز ثم ثن ثى ثي فى في قى قي كا كل كم كى كي لم لى لي مامم نر نز نم نن نى ني [2]، وقوله كذلك: بج بح بخ بم به تج تح تخ تم ته ثم جحجم حجحم [3]، وقوله أيضا: ثى ثي فى في قى قي كا كل كم كى كي لم لى لي ما مم نر نز نم نن نى ني ىٰ ير يز [4]

وأما دلالة التحريم من السنة النبوية الشريفة ما رواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: **<< لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها>>**[5]، وعن أبي هريرة كذلك، قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:**<< لا تنكح العمة على بنت الأخ، ولا بنت الأخت على الخالة >>**[6]، وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:**<<لا ينكح المحرم ولا ينكح، ولا يخطب>>**[7].

---

[1] بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص132،133

[2] البقرة:221

[3] النساء: 23

[4] النساء: 3

[5] البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها، رقم، 5109، ص1303.

[6] صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة و عمتها أو خالتها في النكاح، رقم، 1408، ص1028.

[7] صحيح مسلم، كتاب النكاح، بَابُ تَحْرِيمِ نِكَاحِ الْمُحْرِمِ، وَكَرَاهَةِ خِطْبَتِهِ، رقم،1409، ج2/ص1030.

المبحث الثاني:أركان عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري

لقد كانت المادة التاسعة من قانون الأسرة في الأول تنص على أن العقد يتم برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين، وصداق وهذا النص جعل تحت عنوان أركان الزواج. أما في التعديل الجديد فقد تغير الوضع تماما، فلم يبق من تلك الأركان الأربعة سوى ركن واحد هو الرضا، أما بقية الأركان الأخرى أدرجت ضمن شروط الصحة[1]. وسنأخذ موضوع الرضا بالدراسة من حيث مفهومه، وحكم الوكالة فيه وكذا حكم انعقاده بالوسائل الحديثة ثم نختم هذا المبحث بمقارنة بين الفقهين الاسمي والقانوني بهذا الخصوص.

المطلب الأول: مفهوم الرضا في قانون الأسرة الجزائري

إن القانون يعتبر الرضا ركنا في جميع العقود والتصرفات وهو أساس عقد الزواج لربط الطرفين وفقا لنص المادة 9 المعدلة ق.أ بقولها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا

[1]بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 1429هـ2008م ، ص55.

الزوجين " ولما كان الرضا شيئا كامنا في النفس، لا يظهر إلا بالتعبير عنه بالصيغة التي تدل عليه، جعل الفقهاء هذه الصيغة ركنا من أركان العقد الأساسية، وهي كل ما يدل على الإيجاب والقبول.[1]

وقد أشارت المحكمة العليا في العديد من قراراتها المشهورة، إلى أن رضا الزوجين هو الركن الأساسي للزواج، وأنه يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج، [2]

وطبقا لنص المادة 10[3] من قانون الأسرة ، الرضا هو أن يكون إيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر ، ونتكلم في المطلب على الإيجاب والقبول ، وحكم الوكالة في الزواج، وبعدها نتعرض لموقف المشرع الجزائري في الفروع التالية:

الفرع الأول: الإيجاب والقبول

وللحديث عن الإيجاب والقبول يتطلب منا التطرق إلى التعريف وتوضيح الشروط الواجب توافرها حتى يمكننا الاعتماد عليه بعده إيجابا جديا تترتب عليه الآثار القانونية للعقد عند قبوله[4]. وذلك في الفرعين المواليين:

أولا: الإيجاب

الإيجاب هو العرض الجازم، والكامل الذي يوجه الإرادة، للتعاقد وفقا لشروط معينة، لإحداث الأثر الشرعي والقانوني.

وعليه فإن التعبير الصادر عن الإرادة غير الجادة لا يعد إيجابا، وإنما الإرادة المعتبرة هي التي تصدر عن شخص واحد مِؤهل أي الأهلية ومكلف.

كما أن الإيجاب يتطلب مواصفات معينة وهي:

1. أن يكون باتا بمعنى نهائيا وصريحا.
2. أن يصل إلى علم الطرف الآخر كي يصلح أن يقترن به فيما بعد قبول.

ثانيا: القبول

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص141.

[2] باديس لدبابي، قانون الأسرة، دار الهدى عين الميلة، الجزائر، 2012م ، ص 18.

[3] طبقا لأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[4] عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورت حامعة باجي مختار، عنابة،2006 ، ص30.

هو ما يصدر ثانيا من العاقد الآخر للدلالة على رضاه وموافقته على ما أوجبه الأول وينبغي أن تتوفر فيه ما يلي:

1. أن يكون باتا وصريحا.
2. أن يأتي متطابقا مع الإيجاب حتى ينعقد العقد.[1]

وفي الإيجاب والقبول بعض المسائل يجب التطرق إليها ومراعاة موقف المشرع الجزائري منها:

الفرع الثاني : الوكالة في عقد الزواج

قد ألغى المشرع الجزائري بمقتضى التعديل الجزئي، الحاصل بالأمر رقم 03/05 الوكالة في عقد الزواج، وذلك من خلال إلغائه للمادة 20 من قانون الأسرة القديم. ذلك أن الأصل في العقود أن يقوم بإنشائها العاقدان شخصيا وشفويا، أحدهما بالإيجاب والآخر بالقبول، للتأكد من القصد الحقيقي ورفع كل لبس وإشكال. وبالإضافة إلى هذا، فإن عقد الزواج من العقود التي لها خطرها،فهو ينعقد للدوام والاستمرار والبقاء، وبه تتعلق أحكام خطيرة وجسيمة، من نفقة ونسب وسكن وحضانة وغيرها، مما يستوجب حضور الطرفين شخصيا لإشعارهما بمسؤولية الزواج، وما يترتب عليه من آثار والتزامات مختلفة.[2]

الفرع الثالث : انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة

قد نظم المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني، للتأكد من صحة الرسالة الإلكترونية ودقتها، أي بمعنى أنها قد جاءت من مصدرها، دون أن تتعرض لأي تغيير أو تعديل أو تحريف، أ وتزوير، أو قرصنة، في بياناتها أثناء عملية التبادل الإلكتروني للبيانات[3] وهذا كله يستوجب تعديل بعض التشريعات القائمة، وضرورة استحداث قانون جديد ينظم إبرام العقد الإلكتروني، وأحكام العقود الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني، وحماية المستهلك الإلكتروني، والمسؤولية الإلكترونية وغيرها.

---

[1] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص57.

[2] الحاج بلعربي، المرجع السابق، ص 146.

[3] كما جاء فيس المادتين:323 مكرر 1 و2/327 ق.م المعدلتين بالأمر 10/05 المؤرخ في 2005/06/20.

وعقد الزواج بطريق الإنترنت لا يصح، إلا بعد التأكد من تراضي الزوجين، ووجود الإشهاد، ومراعاة الشكلية الواجبة قانونا، وفقا لمقاصده الشرعية والقانونية، بعد توافر الأمن القانوني المطلوب، لما يترتب عليه من آثار خطيرة تتعلق بالزوجين طول الحياة.[1]

الفرع الرابع : موقف المشرع الجزائري من التعاقد بالإشارة أو الكتابة:

نص المشرع الجزائري صراحة على من لا يستطيع النطق كأن يكون مصابا بعاهة البكم أن يعبر عن إرادته المتجهة إلى إحداث أثر قانوني بجميع الوسائل التي تفيد معنى النكاح شرعا، وفي غير هذه الحالة لا يصح الزواج من طريق الكتابة، والإشارة من القادرين على النطق سواء كانا حاضرين في مجلس العقد، أو تغيب أحدهما ، وهذا بصريح النص حيث جاء في المادة العاشرة الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري "يصح الإيجاب، والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة " ولهذا يكون المشرع قد جعل اللفظ الصريح أصلا والطرق الأخرى استثناء للعاجزين عن التكلم.

ويتضح مما سبق أن موقف المشرع الجزائري قد أخذ بالرأي القائل بعدم إبرام عقد الزواج من الكتابة إلا في حالة الضرورة مثل الأخرس وهذا للمحافظة على مصالح العباد والمجتمع، لأن لعقد الزواج شأنا عظيما، وآثارا تترتب عليه لا تقتصر على الزوجين فحسب بل تتعداهما[2].

المطلب الرابع : مقارنة بين الفقه الإسلامي في أركان النكاح

في هذا نبين نقاط الاختلاف والنقاط بين الفقه الإسلامي والقانون وذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول : فيما يخص الرضا كركن وحيد في عقد الزواج

نرى أن المشرع الجزائري قد جعل أركان عقد الزواج منحصرة في الرضا بعدما كان ينص (قبل قانون 2005 المعدل) على أن أركان الزواج تقوم على الرضا، والولي،

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص147.

[2] عيسى الحداد،المرجع السابق، ص48.

والشاهدين، وصداق. فنجده في التعديل قد أخذ بمذهب الحنفية بعدما كان يأخذ بمذهب الجمهور.

الفرع الثاني : فيما يخص الصيغة اللفظية

نجد أن المشرع أثناء تطرقه للصيغة اللفظية لم يشترط أن تكون بلفظي الزواج أو النكاح بل العكس حيث صرّح في المادة 10 بأي لفظ يفيد معنى النكاح وبهذا نجده في هذه النقطة قد خالف الجمهور الذي يشترط أن تكون بلفظي النكاح أو التزويج (باستثناء المالكية حيث يجيزون بألفاظ الهبة، الصداق، التمليك.

الفرع الثالث : فيما يخص قبول المرأة عن طريق السكوت

نجد أن الفقه الإسلامي أن سكوت البكر يعبر عن قبولها في الزواج بخلاف قانون الأسرة حيث يسر على التعبير عن قبولها أو رفضها بأي وسيلة.

الفرع الرابع : فيما يخص إقتران الإيجاب بالقبول اتفق قانون الأسرة مع الفقه الإسلامي بأن لابد أن يقترن الإيجاب بالقبول بأن يصدر القبول مباشرة بعد الإيجاب من غير فاصل وحتى ولو كان يسير.

الفصل الثاني: شروط عقد الزواج

المبحث الأول: شروط النكاح الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: شروط النكاح في قانون الأسرة الجزائري

سنتطرق في هذا الفصل إلى شروط النكاح في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري محاولين بذلك إبراز نقاط الاختلاف والاتفاق بينهما وذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: شروط النكاح في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: شروط النكاح في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: شروط النكاح في الفقه الإسلامي.

إن لعقد الزواج أربعة أنواع من الشروط هي شروط الانعقاد ، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، وشروط اللزوم، وسنتكلم عليها تباعا في المطالب التالية:

- المطلب الأول: شروط الانعقاد.
- المطلب الثاني: شروط صحة الزواج.
- المطلب الثالث: شروط نفاذ العقد.
- المطلب الرابع: شروط اللزوم.

المطلب الأول: شروط الانعقاد

وهي الشروط التي يلزم توافرها في أركان العقد، أو في أسسه. وإذا تخلف شرط منها، كان العقد باطلا بالاتفاق.

ويعرفها البعض بأنها، الشروط التي يلزم توافرها لترتب الأثر الشرعي على العقد[1].

و يشترط لانعقاد الزواج شروط في العاقدين(الرجل والمرأة) وشروط في الصيغة(الإيجاب والقبول)[2].

وسنتطرق إليها في الفروع التالية كما يلي:

الفرع الأول: شروط العاقدين

يشترط في عاقدي الزواج شرطان:

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص47.

[2] علاء الدين، المرجع السابق، ج2، ص232.

أولا: أهلية التصرف : أن يكون العاقد لنفسه أو لغيره أهلا لمباشرة العقد، وذلك بالتمييز فقط، فإذا كان غير مميز كصبي لم يبلغ السابعة ومجنون، لم ينعقد الزواج؛ ويكون باطلا، لأنه غير مكلف شرعا.

ولا يشترط البلوغ لانعقاد الزواج ، وإنما هو شرط لنفاذ العقد عند الحنفية.

ثانيا: سماع كلام الآخر: أن يسمع كل من العاقدين لفظ الآخر، ولو حكما كالكتاب إلى امرأة الغير حاضرة، ويفهم أن المقصود منه إنشاء الزواج.

الفرع الثاني: شروط المرأة

يشترط في المرأة من أجل انشاء عقد الزواج شرطان:

أولا: أن تكون أنثى م تحققة الأنوثة: فلا ينعقد الزواج على الرجل أو الخنثى المشكل[1].

ثانيا: ألا تكون محرمة على الرجل تحريما قاطعا لا شبهة فيه: فلا ينعقد الزواج على المحارم كالبنت والأخت والعمة والخالة، والمتزوجة بزوج آخر، والمعتدة، والمرأة المسلمة بغير المسلم.

الفرع الثالث: شروط صيغة العقد

فللصيغة هي الإيجاب والقبول، و يشترط فيها أربعة شروط هي لئما يأتي:

أولا: اتحاد المجلس إذا كان العاقدان حاضرين: وهو أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، بأن يتحد مجلس الإيجاب والقبول ، فإن اختلف المجلس، فلا ينعقد العقد، فإذا قالت المرأة: زوجتك نفسي، أو قال الولي: زوجتك ابنتي، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل يفهم منه انصرافه عن المجلس، ثم قال: قبلت بعدئذا، فإنه لا ينعقد العقد عند الحنفية ، وكذلك إذا انصرف العاقد الأول عن المجلس بعد الإيجاب، فقبل الآخر وهو في المجلس في غيبة الأول أو بعد عودته، لم ينعقد العقد. ويتغير المجلس عند الحنفية بالسير حال المشي أو الركوب على دابة بأكثر من خطوتين، كما يعد جلوس العاقدين مضطجعين، لا جالسين، دليل عن الإعراض عن القبول، والمعول عليه في الحقيقة في الحد الفاصل بين اتحاد المجلس

[1] وهو الذي لا يتبين أمره، أهو رجل أم أنثى.

واختلافه هو العرف، فما يعتبر في العرف إعراضا عن العقد أو فاصلا بين الإيجاب والقبول يكون مغيرا لمجلس العقد، وما لا يعتبر فيه إعراضا عن العقد أو فاصلا بين الإيجاب والقبول لا يكون مغيرا للمجلس.

ثانيا: توافق القبول مع الإيجاب ومطابقته له: يتحقق التوافق باتحاد القبول والإيجاب في محل العقد وفي مقدار المهر، فإذا تخالفا فإن كانت المخالفة في محل العقد، مثل قول أبي الفتاة: زوجتك خديجة، فيقول الرجل: قبلت زواج فاطمة، فلا ينعقد الزواج، لأن القبول انصرف إلى غير من قصد الإيجاب فيه، فلا يقبل.

ثالثا: بقاء الموجب على إيجابه: يشترط عدم رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول العاقد الآخر، فإن رجع بطل الإيجاب.

ولا يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلا إذا اتصل به القبول، كما في البيع، فلو وجد الإيجاب من أحد المتعاقدين، كان له أن يرجع قبل قبول الآخر؛ لأن كلا من الإيجاب والقبول ركن واحد، فكان أحدهما بعض الركن، والمركب من شيئين لا وجود له بأحدهما.

رابعا: التنجيز في الحال: الزواج كالبيع يشترط فيه كونه في الحال، فلا يجوز في المذاهب الأربعة كونه مضافا إلى المستقبل، كتزوجتك غدا، أو بعد غد، ولا معلقا على شرط غير كائن، كتزوجتك إن قدم زيد، أو إن رضي أبي، أو إذا طلعت الشمس فقد زوجتك ابنتي، لأن عقد الزواج من عقود التمليكات أو المعاوضات، وهي لا تقبل التعليق ولا الإضافة، ولأن الشارع وضع عقد الزواج ليفيد حكمه في الحال، والتعليق والإضافة يناقضان الحقيقة الشرعية[1].

[1] شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997م، ج3/ص191.

المطلب الثاني: شروط صحة الزواج

وهي الشروط التي لا يعتبر العقد بغيرها موجودا وجودا يحترمه الشارع، وتثبت بها الأحكام التي ناطها بالعقد.[1]

وشروط صحة الزواج يجب توافرها ليصير العقد صالحاً لترتب الأثر الشرعي عليه، فإذا تخلف شيء منها لم يكن العقد صالحاً لترتب الآثار عليه وشروط صحة الزواج، بعضها متفق عليه، وبعضها مختلف فيه[2]، وسنذكرها بالتفصيل كما يلي:

الفرع الأول: الشروط المتفق عليها

أولا: المحلية الفرعية

ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤقتا، أو تحريما فيه شبهة، أو فيه خلاف بين الفقهاء، كتزويج المعتدة من طلاق بائن، وتزوج أخت المطلقة التي لا تزال في العدة، و كتزوج العمة على ابنة أخيها، والخالة على ابنة أختها، فإذا لم تتحقق هذه المحلية الفرعية كان العقد فاسدا عند الحنفية.

وأما المحلية الأصلية: وهي ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا، كالأخت والبنت والعمة والخالة، فهي شرط لانعقاد الزواج، فإذا لم تتحقق هذه المحلية، كان العقد باطلا بالاتفاق، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج

ثانيا: التأبيد في صيغة العقد

فإن أقت الزواج بمدة بطل، العقد، بأن يكون بصيغة التمتع مثل: تمتعت بك إلى شهر كذا، فتقول: قبلت، أو بالتأقيت إلى مدة معلومة أو مجهولة، مثل: تزوجتك إلى

---

[1] محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، مصر، ط2، 1971م، ص91.

[2] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003م، ج4/ص84 وما بعدها، وانظر علاء الدين، المرجع السابق، ج2/ص232، وانظر محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية، بدون طبعة، وبدون تاريخ، ج2/ص236،240، وانظر، الدردير، المرجع السابق، ج2/ص335،340،372 وما بعدها، وانظر الشربيني، المرجع السابق، ج3/ص191، وانظر، ابن قدامة، المرجع السابق،ج9/ص449،453، وانظر، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب، بيروت، ط1997،م، ج4/ص39، وما بعدها.

شهر أو سنة كذا، أو مدة إقامتي في هذا البلد. والنوع الأول يعرف بنكاح المتعة، والثاني يعرف بالنكاح المؤقت.

ثالثا: ألا يكون أحد الزوجين أو كلاهما في مرض مخوف

وهو شرط، فلا يصح نكاح المريض والمريضة المخوف، عليهما.

والمرض المخوف: هو ما يتوقع منه الموت عادة، ويفسخ الزواج إن وقع ولو بعد الدخول، إلا إن شفي المريض قبل الفسخ[1].

رابعا: الرضا والاختيار

و هو شرط ، فلا يصح الزواج بغير رضا العاقدين، فإن أكره أحدهما على الزواج بالقتل أو بالضرب الشديد، كان العقد فاسدا، لقوله صلى الله عليه وسلم: <<**إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه** >>[2]. وروي عن عائشة أنها قالت: جاءت فتاة إلى الله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إن أبي زوجني ابن أخيه يرفع بي خسيسته ، فجعل الأمر إليها ، قالت: فإني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء [3] والمقصود بنفي الأمر عن الآباء نفي التزويج [4]، فدل الحديثان على أن الرضا شرط لصحة الزواج، والإكراه يعدم الرضا، فلا يصح معه الزواج.

خامسا: أن يكون الزواج بصداق

1. تعريف الصداق

أ. الصداق في اللغة:

الصداق بفتح الصاد وكسرها: مهر المرأة، وكذا الصدقة بضم الدال، ومنه قوله تعالى: **يم ين يى يي** [5]، وأصدق المرأة سمى لها صداقا [1]، والصداق مأخوذ من

---

[1] ابن عرفة، المرجع السابق،ج2/ص240.

[2] البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الخلع و الطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره، رقم الحديث، 15094، ج7/ص584، هذا الحديث قال عنه الحاكم: صحيح على شرط الشيخين. أنظر نصب الراية، ج2/ص62.

[3] سبق تخريجه.

[4] الصنعاني، المرجع السابق، ج6/ص41.

[5] النساء: 4

الصدق، بفتح الصاد، اسم للشديد الصلب، فكأنه أشد الأعواض لزوما من جهة عدم سقوطه بالتراضي. وقيل: بكسرها مأخوذ من الصدق، لإشعاره بصدق رغبة الزوج في زواجه[2]، وجمعه أصدقة، وصدق[3] **الصداق في الاصطلاح:**

- عند الحنفية: المال الواجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية أو العقد[4].
- وعند المالكية: المال الملتزم للمخطوبة لملك عصمتها[5].
- وعند الشافعية: أنه ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا كرضاع، ورجوع شهود[6].
- وعند الحنابلة: أنه العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده، بتراضيهما أو الحاكم، ونحوه؛ كوطء الشبهة، والزنا بأمة، أو مكرهة[7].

وللصداق أسماء متعددة، منها: المهر، والنحلة، والفريضة، والعلائق[8].

2. **أدلة مشروعيته.**

الأصل في مشروعية الصداق: الكتاب الكريم، والسنة الشريفة، والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: **يمينيبي** [9].

وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم للصحابي الذي أراد أن يتزوج وليس معه شيء:**<<اذهب فاطلب ولو خاتما من حديد>>**[10].

---

[1] زين الدين، المرجع السابق، مادة (صدق)، ص151، وانظر، قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الوفاء، السعودية،ط1، 1986م، ص150.

[2] ابن منظور، المرجع السابق، مادة (صدق)، ج10/ص197،

[3] محمد رواس قلعجي – حامد صادق قنيبي، المرجع السابق، ص204.

[4] ابن عابدين، المرجع السابق،ج4/ص230.

[5] محمد بن أحمد بن محمد عليش، المرجع السابق، ج3/ص415.

[6] الشربيني، المرجع السابق، ج3/ص291.

[7] البهوتي، المرجع السابق، ج4/ص115.

[8] الزركشي، المرجع السابق، ج5/ص277.

[9] النساء: 4

[10] البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب التزويج على القرآن وبغير صداق، رقم، 5149، ص1313.

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح[1].

3. شروط الصداق

يشترط في الصداق عدة شروط منها:

أ. كونه منتفعا به للزوجة متمولا[2].

أي أن يكون له قيمة مالية، لقوله تعالى: ﴿ﭐﭑﭒﭓﭔﭕﭖﭗﭘﭙﭚﭛﭜﭝﭞﭟﭠﭡﭢﭣﭤﭥﭦﭧﭨﭩﭪﭫﭬﭭﭮﭯﭰﭱﭲﭳﭴﭵﭶﭷﭸﭹﭺﭻﭼﭽﭾﭿﮀﮁﮂﮃﮄﮅﮆﮇﮈﮉﮊﮋﮌﮍﮎﮏﮐﮑﮒﮓﮔﮕﮖﮗﮘﮙﮚﮛﮜﮝﮞﮟﮠﮡﮢﮣﮤﮥﮦﮧﮨﮩﮪﮫﮬﮭﮮﮯﮰﮱﯓﯔﯕﯖﯗﯘﯙﯚﯛﯜﯝﯞﯟﯠﯡﯢﯣﯤﯥﯦﯧﯨﯩﯪﯫﯬﯭﯮﯯﯰﯱﯲﯳﯴﯵﯶﯷﯸﯹﯺﯻﯼﯽﯾﯿﰀﰁﰂﰃﰄﰅﰆﰇﰈﰉﰊﰋﰌﰍﰎﰏﰐﰑﰒﰓﰔﰕﰖﰗﰘﰙﰚﰛﰜﰝﰞﰟﰠﰡﰢﰣﰤﰥﰦﰧﰨﰩﰪﰫﰬﰭﰮﰯﰰﰱﰲﰳﰴﰵﰶﰷﰸﰹﰺﰻﰼﰽﰾﰿﱀﱁﱂﱃﱄﱅﱆﱇﱈﱉﱊﱋﱌﱍﱎﱏﱐﱑﱒﱓﱔﱕﱖﱗﱘﱙﱚﱛﱜﱝﱞﱟﱠﱡﱢﱣﱤﱥﱦﱧﱨﱩﱪﱫﱬﱭﱮﱯﱰﱱﱲﱳﱴﱵﱶﱷﱸﱹﱺﱻﱼﱽﱾﱿﲀﲁﲂﲃﲄﲅﲆﲇﲈﲉﲊﲋﲌﲍﲎﲏﲐﲑﲒﲓﲔﲕﲖﲗﲘﲙﲚﲛﲜﲝﲞﲟﲠﲡﲢﲣﲤﲥﲦﲧﲨﲩﲪﲫﲬﲭﲮﲯﲰﲱﲲﲳﲴﲵﲶﲷﲸﲹﲺﲻﲼﲽﲾﲿﳀﳁﳂﳃﳄﳅﳆﳇﳈﳉﳊﳋﳌﳍﳎﳏﳐﳑﳒﳓﳔﳕﳖﳗﳘﳙﳚﳛﳜﳝﳞﳟﳠﳡﳢﳣﳤﳥﳦﳧﳨﳩﳪﳫﳬﳭﳮﳯﳰﳱﳲﳳﳴﳵﳶﳷﳸﳹﳺﳻﳼﳽﳾﳿﴀﴁﴂﴃﴄﴅﴆﴇﴈﴉﴊﴋﴌﴍﴎﴏﴐﴑﴒﴓﴔﴕﴖﴗﴘﴙﴚﴛﴜﴝﴞﴟﴠﴡﴢﴣﴤﴥﴦﴧﴨﴩﴪﴫﴬﴭﴮﴯﴰﴱﴲﴳﴴﴵﴶﴷﴸﴹﴺﴻﴼﴽ﴾﴿﵀﵁﵂﵃﵄﵅﵆﵇﵈﵉﵊﵋﵌﵍﵎﵏ﵐﵑﵒﵓﵔﵕﵖﵗﵘﵙﵚﵛﵜﵝﵞﵟﵠﵡﵢﵣﵤﵥﵦﵧﵨﵩﵪﵫﵬﵭﵮﵯﵰﵱﵲﵳﵴﵵﵶﵷﵸﵹﵺﵻﵼﵽﵾﵿﶀﶁﶂﶃﶄﶅﶆﶇﶈﶉﶊﶋﶌﶍﶎﶏ﶐﶑ﶒﶓﶔﶕﶖﶗﶘﶙﶚﶛﶜﶝﶞﶟﶠﶡﶢﶣﶤﶥﶦﶧﶨﶩﶪﶫﶬﶭﶮﶯﶰﶱﶲﶳﶴﶵﶶﶷﶸﶹﶺﶻﶼﶽﶾﶿﷀﷁﷂﷃﷄﷅﷆﷇ﷈﷉﷊﷋﷌﷍﷎﷏ﷰﷱﷲﷳﷴﷵﷶﷷﷸﷹﷺﷻ﴾[3]، فلا يجوز أن يكون الصداق غير متقوم مثل التنازل عن حق معنوي، كأن يجب لرجل على امرأة قصاص فيتزوجها ويجعل تنازله عن القصاص منها صداقها، أو يعطيها حبة قمح أو قشرة خبز ، ويصح أن يكون الصداق منافع عقار أو سيارة أو خدمة، كأن يقول رجل للمرأة صداقك أن تستغلي سيارتي أو عقاري، أو أن أقوم بأداء بعض الأعمال نيابة عنك.

ب. أن يكون طاهرا يصح الانتفاع به، فلا يصح أن يكون الصداق بالخمر ، و الخنزير، و الدم، والميتة لأن هذه الأشياء لا قيمة لها في الشريعة الإسلامية[4].

ت. أن يكون مقدورا على تسل يمه: فلا يجوز أن يكون مالا أو عقارا في حوزة شخص أخر أو بمال ضائع على أمل الحصول عليه، لأنه لا يعلم هل يتم لها حصول ذلك أم لا، ومثل ثمار شجرة لم تنضج، حيث يشترط تسليمها بعد طيبها، لأنه لا يعلم هل تسلم الثمار إلى الطيب أو قد تصيبها آفة، فلا تصلح للانتفاع بها[5].

ث. أن يكون خاليا من الغرر بين غير مجهول : فإذا كان في الصداق غرر شديد كالبعير الشارد، أو جنين لازال في بطن أمه، أو ثمرة لم يبد صلاحها فإن هذه

---

[1] ابن قدامة، المرجع السابق، ج10/ص97.

[2] ابن عرفة، المختصر الفقهي، المرجع السابق، ج3/ص419، وما بعدها.

[3] النساء: 24

[4] الصادق عبد الرحمن الغرياني ،المرجع السابق، ج2/ص590.

[5] الرجع نفسه، ج2، ص590.

الأشياء كلها لا تصلح صداقا لتوافر الغرر فيها ويأخذ حكم الغرر أيضا إذا أجل الصداق لأجل غير محدد[1].

4. مقدار المهر

ليس للمهر حد أقصى بالاتفاق [2] ، لأنه لم يرد في الشرع ما يدل على تحديده بحد أعلى، لقوله تعالى: مخ مم مى ين يج يح يخ يم ىٰ ني هج هم هى[3]، أما الحد الأدنى للمهر فمختلف فيه على آراء ثلاثة: قال الحنفية [4]، أقل المهر عشرة دراهم، لحديث: **<<لا مهر أقل من عشرة دراهم >>**[5]، والقياس على نصاب السرقة ، وهو ما تقطع به يد السارق فإنه عندهم دينار، أو عشرة دراهم وهذا تكريما لمكانة المرأة، فيقدر المهر بما له أهمية، وقد منع صلى الله عليه وسلم عليا أن يدخل بفاطمة رضي الله عنها حتى يعطيها شيئا، فقال: يا رسول الله، ليس لي شيء، فقال **:<< أعطها درعك >>**، فأعطاها درعه[6].

وقال المالكية[7]: أقل المهر ربع دينار، أو ثلاثة دراهم فضة خالصة من الغش، أو ما يساويها مما يقوم بها من عروض أو من كل طاهر لا نجس، متمول شرعا من عرض أو حيوان أو عقار، منتفع به شرعا، أي يحل الانتفاع به لا كآلة لهو، مقدور على تسليمه للزوجة، و معلوم قدرا وصنفا وأجلا، ودليلهم أن المهر وجب في الزواج

---

[1] أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ص236

[2] الكساني، المرجع السابق،ج2/ص286، وانظر، ابن عابدين، المرجع السابق، ج4/ص230 وما بعدها، وانظر، ابن جزي، المرجع السابق، ص237، وانظر، الشيرازي، المهذب في فقة الإمام الشافعي، دار القلم، دمشق، ط1، 1996م، ج4/ص194، البهوتي، المرجع السابق، ج4، ص115

[3] النساء: 20

[4] ابن عابدين، المرجع السابق،ج4/ص230، وانظر، الكساني، المرجع السابق، ج2، ص275.

[5] البيهقي ، السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهرا، رقم،14388. هذا الحديث قال عنه (الإمام أحمد: سمعت سفيان بن عيينة يقول: لم أجد لهذا أصلا، يعني العشرة في المهر)، أنظر كشف الخفاء و مزيل الإلباس، ج3/ص368.

[6] البيهقي ، السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب لا يدخل بها حتى يعطيها صداقها أو ما رضيت به، رقم،14462، ج7/ص412، هذا الحديث صححه الحاكم، أنظر فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار ، ج3/ص1461.

[7] الدردير، المرجع السابق، ج2/ص429،428.

إظهارا لكرامة المرأة ومكانتها، فلا يقل عن هذا المقدار الذي هو نصاب السرقة عندهم، مما يدل على خطره، فلو تزوج رجل امرأة بأقل من هذا المقدار، وجب لها إن دخل بها، وإن لم يدخل بها قيل له: إما أن تتم المهر أو تفسخ العقد.

وقال الشافعية والحنابلة [1]: لا حد لأقل المهر، ولا تتقدر صحة الصداق بشيء، فيصح كون المهر مالا قليلا أو كثيرا، وضابطه عندهم: كل ما صح كونه مبيعا أي له قيمة صح كونه صداقا، وما لا فلا، ما لم ينته إلى حد لا يتمول، فإن عقد بما لا يتمول ولا يقابل بما يتمول كالنواة والحصاة، فسدت التسمية ووجب مهر المثل.

الأدلة:

أ. من القران قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ [2]، فلم يقدره الشرع بشيء، فيعمل به على إطلاقه.

ب. وأما من السنة فقوله صلى الله عليه وسلم للصحابي الذي أراد أن يتزوج وليس معه شيء: (اذهب فاطلب ولو خاتما من حديد) [3]، فيدل على أن المهر يصح بكل ما يطلق عليه اسم المال.

5. أنواع الصداق

المهر عند الفقهاء نوعان: مهر مسمى ومهر المثل [4]:

النوع الأول: المهر المسمى.

---

[1] الشيرازي، المرجع السابق، ج2/ص194، وانظر، الشربيني، المرجع السابق،ج3/ص299، وانظر، البهوتي، ج4/ص115، وما بعدها، وانظر ابن قدامة، المرجع السابق، ج9/ص413،414.

[2] النساء: 24

[3] البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب التزويج على القرآن وبغير صداق، رقم 5149، ص1313.

[4] الكساني، المرجع السابق، ج2/ص287،280،277،274، وانظر ابن عابدين، ج2/ص230 وما بعدها، وانظر الشيخ عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ،ج3/ص22، وما بعدها وانظر، ابن عرفة، المرجع السابق،ج2/ص313،300، وانظر، الدردير، المرجع السابق، ج2/ص452،449 وما بعدها، وانظر، الشربيني، المرجع السابق، ج3/ ص229،228،227، وانظر، البهوتي، ج4/ص117،116، وانظر ابن قدامة المرجع السابق، ج9/ص414،413، وانظر، الشيرازي، المرجع السابق، ج2/ص195،194 .

وهو ما سمي في العقد واتفق العاقدان عليه، أو فرض للزوجة بعد العقد الذي خلا عن التسمية بالتراضي وكان العقد صحيحا.

النوع الثاني: مهر المثل

والمراد به مهر امرأة تماثلها أو تقاربها من نساء العصبات في السن والمال والجمال والثيوبة والبكارة والبلد، فإن لم يكن نساء عصبات اعتبر بمهر أقرب النساء إليها من أرحامها، فإن لم يكن لها أقارب من النساء اعتبر بنساء بلدها، ثم بأقرب النساء شبها بها.

-ويجب مهر المثل في الأحوال التالية:

أ. إذا كان المسمى غير مال كالدم أو الميتة.

ب. إذا كان المسمى مالا غير محترم في حق المسلم كالخمر أو الخنزير.

ت. إذا كان المسمى مجهولا جهالة فاحشة.

ث. إذا عقدا على ما يتفقان عليه.

ج. إذا وطئت امرأة بشبهة أو أكرهت على الزنا أو دخل بها بموجب عقد فاسد.

- وقد يستحق المهر على حسب الحال إما كاملا، أو نصفه، أو قد يسقط في بعض الأحول كما سنوضح فيما يلي:

أ. **أحوال وجوبه كاملا:** ويجب للزوجة المهر كاملا على زوجها سواء أكان المهر المسمى أم مهر المثل إحدى هذه الأمور الثلاثة:

الأول: الدخول الحقيقي ، لقوله صلى الله عليه وسلم: <<**فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها** >>[1]، ولأن الزوج بدخوله بمن تزوجها دخولا حقيقيا يكون قد استوفى المقصود بالزواج وهو الاستمتاع بزوجته فوجب لها في المقابل المهر ولأن وطء الشبه يوجب المهر ابتداء فذلك من باب أولى سواء وطئ الزوج زوجته بعد الدخول بها وطئا حلالا أم حرما كأن كانت حائضا أو محرمة بالحج أو بالعمرة، ولا

[1] الطبراني، المعجم الكبير، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، بدون طبعة و التاريخ ، رقم الحديث 11494، ج هذا الحديث قال عنه الترمذي: حديث حسن، أنظر نصب الراية، ج3/ص184.

يستقر المهر كاملا بوطئه فيما دون الفرج كوطئه في الدبر ولا باستدخاله المني في فرجها بدون جماع، ولا بإزالة بكارتها بغير آلة الجماع.

الثاني: موت أحد الزوجين قبل الدخول الحقيقي وقبل الخلوة لإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولأنه لا يبطل به النكاح بدليل التوارث وإنما هو نهاية له.

الثالث: الخلوة الصحيحة: وهي أن يجتمع الزوجان بعد العقد الصحيح في مكان يأمنان فيه من دخول الغير عليهما أو اطلاعه عليهما بدون إذنهما.

ب. أحوال تنصيفه:

يجب للزوجة نصف الصداق ويسقط نصفه بواحد من أمرين:

أولهما: إذا عقد الزوج على زوجته عقدا صحيحا وفرض لها مهرا عند العقد برضاهما ثم طلقها قبل الدخول بها دخولا حقيقيا ، فيجب لها نصف المسمى وسقط النصف الآخر، لقوله تعالى: سجسحسخ صحضحضجضحضخطحظم[1]، تعويضا للزوجة عما لحقها من ضرر معنوي وجبرا لها وتخفيفا للحزن والأسى الذي أصابها بسبب من قبل الزوج، وأوجب الشرع على الزوجة أن تتنازل عن نصف ما كانت تستحقه لأنها لم تفقد شيئا

الثاني: إذا حدثت الفرقة بينهما قبل الدخول الحقيقي أو الحكمي بسبب من جهة الزوج كالفرقة بسبب اللعان، أو الإيلاء، أو الفرقة بسبب امتناع الزوج عن الإسلام بعد إسلام الزوجة، أو وطئها أبوه أو ابنه بشبهة وهي تظنه زوجها.

ت. أحوال سقوط المهر كله:

إذا وجب للزوجة على زوجها المهر بواحد من موجباته السابقة الذكر فإنه يسقط كله عن الزوج ولا يجب للزوجة عليه شيء بواحد من أمور خمسة:

الأول: إذا أبرأت الزوجة زوجها قبل الدخول أو بعده بشرط أن تكون من أهل التبرع، وبشرط أن يكون المهر دينا في الذمة كالنقود وجميع المكيلات والموزونات إذا لم تكن معينة ولا مقصودة لذاتها.

[1] البقرة: 237

الثاني: إذا كانت الفرقة بسبب من جهة الزوجة كأن ارتدت عن الإسلام، أو امتنعت عن الدخول في الإسلام بعد إسلام زوجها، أو فسخ الزواج بناء على طلب ولي أمر الزوجة لعدم كفاءة الزوج أو لنقصان المهر عن مهر المثل.

الثالث: إذا كانت الفرقة من جهة الزوج قبل الدخول، وكانت الفرقة فسخا بسبب خيار البلوغ أو خيار الإفاقة من الجنون أو العته وذلك إذا كان المزوج له حال صغره أو جنونه غير الأب أو الجد ثم يبلغ أو يفيق فيختار لنفسه قبل الدخول حقيقة أو حكما، لما له من حق الخيار وطلب الفرقة بينه وبين زوجته فعند ذلك لا حق للزوجة في شيء من المهر.

الرابع: إذا وهبت الزوجة مهرها كله للزوج وهي من أهل التبرع وقبل الزوج الهبة في المجلس، سواء قبضت الزوجة المهر أم لم تقبضه، وسواء أكان المهر عينا أم دينا.

الخامس: إذا فسد العقد بسبب من الأسباب المقتضية لفساد كأن كان العقد بدون شهود، وحصلت الفرقة بينهما من تلقاء نفسها أو فرق القاضي بينهما قبل الدخول الحقيقي.[1]

سادسا: الشهادة

1. **تعريف الإشهاد:**

أ. **الشهادة في اللغة:** مصدر، أصله شَهِدَ، كَعَلِمَ، وقد تسكن هاؤه، والشين والهاء والدال أصل يدل على حضور وعلم وإعلام، يقول ابن فارس: "لا يخرج شيء من فروعه عن الذي ذكرناه، ومن ذلك الشهادة تجمع الأصول التي ذكرناها من الحضور، والعلم، والإعلام، يقال: شَهِدَ يشهد شهادةً".[2]

[1] محمد عبد اللطيف قنديل، بحث فقه النكاح والفرائض، كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات بالإسكندرية، جامعة الأزهر، ص193، وما بعدها.

[2] ابن فارس، المرجع السابق، مادة شهد، ج221/3.

والشهادة: الإخبار بما قد شوهد، والمَشْهَدُ: محضر الناس.[1]

ب. **الشهادة في الاصطلاح** : عرفت الشهادة عند الفقهاء بعدة تعريفات، واختلفت التعاريف بسبب اختلاف نوع الأداء، فإن كان إخبار بحق للغير فهو الشهادة، وإن بحق للمخبر على آخر فهو الدعوى، أو بالعكس وهو الإقرار، وتطلق الشهادة أيضا على اليمين مجازا.[2] فالشهادة هي: الإخبار بما علمه الشاهد، وهذا في مجلس القضاء، وفي عقد النكاح ليست الشهادة إخباراً، وإنما هي تحمل للشهادة أولاً لصحة العقد، ثم أداء لها في مجلس القضاء عند الحاجة، فلا تكون الشهادة ملزمة بدون القضاء، فهي الإخبار بلفظ الشهادة بإثبات حق أحد في ذمة الآخر في حضور الحاكم ومواجهة الخصمين، ويقال للمخبر شاهد، وللمخبر له مشهود له، وللمخبر عليه مشهود عليه، وللحق مشهود به، وعلاقة المعنى اللغوي بالاصطلاح الشرعي ظاهرة، فالشهادة مشتقة من المشاهدة وهي المعاينة، ومن الشهود وهو الحضور؛ لأن الشاهد يحضر حين تحمل الشهادة وأدائها في مجلس القضاء.[3]

2. حكم الإشهاد في عقد النكاح

اختلف العلماء في أصل الشهادة في عقد النكاح، وعند تأمل أقوال الفقهاء يتبين أن الخلاف في اشتراط الشهادة في عقد النكاح منحصر في قولين:

[1] الفيومي، المرجع السابق، مادة "شهد"، ص325.

[2] محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، المرجع السابق، ص125.

[3] قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي، المرجع السابق، ص235،236.

القول الأول: أن الشهادة شرط لصحة عقد النكاح: وهو قول الإمام أبي حنيفة [1]، والشافعي[2]، والمشهور عن الإمام أحمد، وقال به من الصحابة أمير المؤمنين عمروعلي وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم، ومن التابعين سعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقتادة والثوري والأوزاعي[3].

أدلة القول الأول:

أولاً: استدلوا بعدة أحاديث تدل على اشتراط الشاهدين في عقد النكاح، منها:

1. ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: << **لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل وإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي** له >>[4]. ففي هذا الحديث نص صريح على نفي صحة النكاح إلا بالشاهدين.
2. عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: << **لا يكون نكاح إلا بولي، وشاهدين، ومهر ما كان قل أم كثر** >>[5]. وهذا دليل ظاهر على وجوب الشاهدين في عقد النكاح.
3. عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: <<**لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل**>>[6].

---

[1] محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة،1993م، جم5ص30.

[2] أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المنهاج، جدة، ط1، 2000م، ج/9ص221.

[3] ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج9/ص347.

[4] سبق تخريجه.

[5] الطبراني، المعجم الكبير، رقم الحديث11343، ج11/ص155، هذا الحديث فيه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف، أنظر أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، مؤسسة قرطبة، ط1، 1995م، ج3/ص323.

[6] سبق تخريجه.

4. وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **<<لا نكاح إلا بولي وخاطب وشاهدي عدل>>**[1].
5. روي عن الحسن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: **<<لا يحل نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل>>**[2]. قال الشافعي رحمه الله: هذا وإن كان منقطعاً دون النبي صلى الله عليه وسلم فإن أكثر أهل العلم يقول به، ويقول: هو الفرق بين النكاح و السفاح[3].

ثانياً: استدلوا أيضاً بآثار مروية عن عدد من الصحابة منها:

1. عن الحسن وسعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)[4].
2. وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أُتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: (هذا نكاح السر، ولا أجيزه، ولو كنت تقدمت فيه، لرجمت)[5].

ثالثاً: من المعنى:

1. قالوا: إن اشتراط الشهادة في النكاح آكد من اشتراطها في البيع؛ لأن النكاح يتعلق به حق غير المتعاقدين، وهو الولد ، لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع[1].

---

[1] أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب الأب يزوج ابنه الصغير، رقم الحديث 13816، ج7/ص231، هذا الحديث في إسناده المغيرة بن موسى البصري قال البخاري إنه منكر الحديث، أنظر التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، ج3/ص335.

[2] البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح، إلا بشاهدين عدلين، رقم الحديث 13720، ج7/ص203.

[3] البيهقي، المرجع نفسه، ج7/ص203.

[4] البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح، إلا بشاهدين عدلين، 13727، ج7/ص204، هذا الحديث قال عنه البيهقي: هذا إسناد صحيح، أنظر المرجع نفسه، ج7/ص205.

[5] مالك بن أنس بن مالك، الموطأ، كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح، رقم الحديث 1960، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، ط1، 2004م، ج3/ص767.

2. ولأن في اشتراط الشهادة في عقد النكاح احتياطاً للأبضاع، وصيانة للأنكحة عن الجحود[2].

القول الثاني: الشهادة ليست شرطاً في صحة عقد النكاح: وهذا هو قول الإمام مالك[3]، وداود الظاهري[4]، ورواية عن الإمام أحمد، وفعله ابن عمر رضي الله عنه، وقال به من التابعين الحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحمزة ابنا عبد الله بن عمر، وعبد الله بن إدريس وعبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون والعنبري وأبو ثور وابن المنذر[5]، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[6].

أدلة القول الثاني

أولاً: استدلوا من الكتاب:

1. بعموم قول الله تعالى: ﴿ثى ثي في ىٰ ير ىٰ ني﴾[7]، فلم يذكر الله تعالى الشهادة، فيبقى النص على الإطلاق ولا تشترط الشهادة[8].

---

[1] ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق،ج9/ص348.

[2] الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المرجع السابق، ج2/ص241.

[3] أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1998م، ج4/ص400،399،398.

[4] محمد بن أحمد بن الحسين بن عمر، أبو بكر الشاشي القفال الفارقيّ، الملقب فخر الإسلام، المستظهري الشافعي، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، دار نزار مصطفى الباز، السعودية، ط2، 1998م، ج2/ص863.

[5] ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق،ج9/ص347.

[6] بن تيمية، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، بدون طبعة، 1995م، ج32/ص35.

[7] النساء: 3

[8] الماوردي، المرجع السابق، ج9/ص58.

2. وبعموم قول الله تعالى: ﴿ٱهۡدِنَاٱلصِّرَٰطَ ﴿ثي في ىٰ ير﴾[1]، و النكاح من العقود التي يجب الوفاء بها دون شهود[2].

ثانياً: من السنة:

1. عن أنس بن مالك رضي الله عنه: "اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية بسبعة أرؤس، فقال الناس: ما ندري أتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم أم جعلها أم ولد؟ فلما أراد أن يركب حجبها فعلموا أنه تزوجها" [3]. وجه الاستدلال: أنهم لم يستدلوا على تزويجها إلا بالحجاب مما دل على عدم اشتراط الإشهاد في عقد النكاح[4].
2. ولما روي أن علياً زوج أم كلثوم من عمر ولم يشهد[5].

ثالثاً: استدلوا بآثار رويت عن بعض الصحابة، منها:

1. احتج الإمام أحمد بأن ابن عمر زوج بلا شهود، وهو من أشد الصحابة رضي الله عنهم تمسكاً بالسنة، فعن معمر عن أيوب عن نافع عن حبيب مولى عروة بن الزبير قال: بعثني عروة إلى عبد الله بن عمر لأخطب له ابنة عبد الله، فقال عبد الله: نعم إن عروة لأهل أن يزوج، ثم قال: ادعه، فدعوته لم يبرح حتى

---

[1] المائدة: 1

[2] القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1999م، ج2/ص691.

[3] الإمام مسلم في صحيحه، باب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمته، ثم يتزوجها، رقم الحديث 1365 ج2، ص1045.

[4] ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج9/ص348.

[5] أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، كتاب النكاح، باب ما قالوا في الرجل يزوج الصبية أو يتزوجها، رقم الحديث،17341،دار التاج، بيروت، ط1، 1989م، ج4، ص17.

زوجه، فقال حبيب: وما شهد ذلك غيري وعروة وعبد الله، ، ولكنهم أظهروه بعد ذلك وأعلموا به الناس.[1]

2. فعله الحسن بن علي وابن الزبير[2]، وسالم وحمزة ابنا عبد الله بن عمر[3].

رابعاً: استدلوا أيضاً بعدة تعليلات وأقيسة، منها:

1. قياس النكاح على الرهن والكفالة في عدم اشتراط الإشهاد فيها بجامع أن كلاً منها عقد توثيق[4].
2. قالوا: ولأن كل شخص لا يحتاج إليه في إيجاب ولا قبول لم يكن حضوره شرطاً في انعقاد النكاح كالزوجة وسائر الأجانب.[5]

الترجيح: عند النظر في القولين وتأمل الأدلة، والنظر في أوضاع الناس وواقع المجتمعات، يظهر لنا، والعلم عند الله، رجحان القول الأول القاضي باشتراط الشهادة في عقد النكاح، وذلك لعدة أسباب منها:

1. أن أحاديث اشتراط الشهادة كثيرة، وقد ذكر نا بعضها، وقد رويت بطرق مختلفة وأسانيد متعددة؛ لذا يظهر لمن تأمل أسانيد الأحاديث وطرقها ومتابعاتها أنها صالحة بمجموعها للاحتجاج بها، فأقل ما يقال في الشهادة في عقد النكاح أنها ثابتة بأحاديث حسنة.
2. اشتراط الشهادة في عقد النكاح له فوائد عدة، منها:

أ. إثبات النكاح عند العقد وصيانة له عن الجحود، خصوصاً ونحن في زمن تهاون فيه كثير من الناس في التقاء الزوجين قبل الدخول ببعضهما، وأحياناً

---

[1] أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المصنف، المجلس العلمي، الهند، ط2، 1982م، ج6/ص189،188.

[2] الزركشي،المرجع السابق، ج5/ص23.

[3] ابن قدامة المقدسي،المرجع السابق، ج9/ص347.

[4] القاضي عبد الوهاب، المرجع السابق، ج2/ص692.

[5] المرجع نفسه، ج2/ص692.

الخلوة بها والخروج معها وقد يواقعها؛ مما استدعى الأمر معه إلى إثبات النكاح عند العقد، وليس عند الدخول.

ب. الناس يختلفون في إعلان النكاح بحسب أعرافهم وواقعهم، وقد يطرأ عليهم ما يمنع من إعلانه، ثم إن ضابط الإعلان مختلف فيه، فكان اشتراط الشهادة في العقد أولى من عدمه؛ لأن الشهادة لا مجال فيها للتفاوت أو الاختلاف.

ت. عند تأمل الآثار المترتبة على القول الثاني يظهر رجحان القول الأول، ففي عدم اشتراط الشهادة في عقد النكاح انتشار لنكاح السر، وناهيك عن ما فيه من مفاسد وأضرار على الأفراد والمجتمعات، ولا سيما هذا الواقع الذي كثر فيه التحيل على الحرام وماتت الغيرة في نفوس فئة من المسلمين، بل وانتشرت الدياثة التي تأباها الشريعة والفطر المستقيمة.

ث. أن في الشهادة حفاظا على حقوق الزوجة والولد، لئلا يجحده أبوه، فيضيع نسبه، وفيها درء التهمة عن الزوجين، وبيان خطورة الزواج وأهميته.[1]

3. شروط الشهود

اتفق الفقهاء على أنه يلزم توفر شروط في شاهدي النكاح، إلا أنهم اتفقوا على بعضها، واختلفوا في بعضها الآخر[2]، و تفصيلها على النحو التالي:

أولا: الشروط المتفق عليها و هي:

1. **الإسلام**

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يشترط في شاهدي النكاح الإسلام، وذلك في الشهادة على نكاح المسلم المسلمة باتفاق بينهم، فلا ينعقد هذا النكاح بشهادة غير المسلم لأنه ليس من أهل الولاية على المسلم. ٱهۡدِنَاٱلصِّرَٰطَ ٱللَّهُ ثُمَّ

[1] وهبة الزحلي، المرجع السابق ، ج7/ص71.

[2] الشربيني، ج3/ص،194 وما بعدها، وانظر، الكساني، المرجع السابق، ج2/ص253، وما بعدها، وانظر، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، دمشق، ط2، 1996م، ج5/ص81.

ئز ئم ئن [1]، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **<<لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل>>**.[2]

وأما المسلم إذا نكح ذمية فذهب الشافعية والحنابلة ومحمد وزفر من الحنفية إلى أنه يشترط إسلام الشاهدين على هذا النكاح، لأن شهادة الذميين على الزوجة الذمية غير مقبولة عندهم، وفي الاحتجاج بحديث: **<<لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل>>**[3] وقال محمد وزفر: المراد منه عدالة الدين لا عدالة التعاطي، لإجماعنا على أن فسق التعاطي لا يمنع انعقاد النكاح، ولأن الإشهاد شرط جواز العقد، والعقد يتعلق وجوده بالطرفين الزوج والمرأة، ولم يوجد الإشهاد على الطرفين لأن شهادة الكافر حجة في حق الكافر وليست بحجة في حق المسلم، فكانت شهادته في حقه ملحقة بالعدم، فلم يوجد الإشهاد ، وخالف أبو حنيفة وأبو يوسف فقالا: إذا تزوج المسلم ذمية بشهادة ذميين فإنه يجوز، سواء كانا موافقين لها في الملة أو مخالفين، لعموم الأدلة من الكتاب والسنة، ولأن للكافر ولاية على الكافر[4].

2. **التكليف**

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يشترط في شاهدي النكاح التكليف، أي أن يكون كل منهما عاقلا بالغا، فلا تقبل شهادة مجنون بالإجماع، ولا شهادة صبي، **ٱهۡدِنَاٱلصِّرَٰطَ ثن ثى ثي فى**[5]، ولأنهما ليسا من أهل الشهادة.

ولأن الشهادة من باب الولاية وهي نفاذ المشيئة لأنها تنفيذ القول على الغير، وكل من المجنون والصبي لا ولاية له على نفسه فكيف تكون له ولاية على غيره[6].

---

[1] النساء: ١٤١.

[2] سبق تخريجه.

[3] سبق تخريجه.

[4] الكساني، المرجع السابق، ج2/ص253،254، وانظر، الشربيني، المرجع السابق، ج3/ص194، وانظر، الرحيباني، المرجع السابق، ج5/ص81، وانظر،ابن عرفة، المرجع السابق، ج4/ص165.

[5] البقرة: 282

[6] الكساني، المرجع السابق، ج2/ص253، وانظر، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، دمشق، ط3، 1999م، ج7/ص45، وانظر،الشربيني، ج3/ص195، وانظر، الرحيباني، المرجع السابق، ج5/ص81، ابن عرفة، المرجع السابق، ج4/ص165.

3. العدد

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يصح النكاح بشاهد واحد، بل لا بد من حضور شاهدين لحديث عائشة رضي الله تعالى عنها: **<< لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل>>**[1] .

وأضاف الشافعية أنه لا فرق بين حضور الشاهدين قصدا أو اتفاقا[2].

4.السمع

اتفق الفقهاء في اشتراط السمع في شاهدي النكاح.

فيشترط الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن يكون شاهدا النكاح سميعين ولو برفع صوت إذ المشهود عليه قول فلا بد من سماعه، أي سماع كلام المتعاقدين جميعا، حتى لو سمعا كلام أحدهما دون الآخر، أو سمع أحدهما كلام أحد المتعاقدين وسمع الآخر كلام المتعاقد الثاني لا يجوز النكاح[3] .

ثانيا: الشروط المختلف فيها و هي:

1. العدالة

اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة في شاهدي النكاح.

فيشترط جمهور الفقهاء المالكية والشافعية في الأصح والحنابلة في شاهدي النكاح العدالة، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: **<<لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل >>**[4] فلا ينعقد بفاسقين، لأنه لا يثبت بهما.

---

[1] سبق تخريجه.

[2] الكساني، المرجع السابق، ج2/ص255، وانظر، الشربيني، ج3/ص195، وانظر، الرحيباني،المرجع السابق، ج5/ص81، وانظر، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، بيروت،ط1، 1995م، ج3/ص 153.

[3] الكساني، المرجع السابق، ج2/ص 255، وانظر، ابن عرفة، المرجع السابق، ج4/ص167، وانظر، الشربيني، المرجع السابق، ج195/3، وانظر، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003م، ج6/ص218، ونظر الرحيباني، المرجع السابق، ج5،ص81.

[4] سبق تخريجه.

ونص الشافعية في الصحيح عندهم والحنابلة وهو المذهب على أنه يكفي فيهما العدالة الظاهرة، فينعقد بمستورين العدالة وهما المعروفان بها ظاهرا لا باطنا، بأن عرفت عدالتهما بالمخالطة دون التزكية عند الحاكم، لأن الظاهر من المسلمين العدالة، ولأن النكاح يجري بين أوساط الناس والعوام، فلو اعتبر فيه العدالة الباطنة لاحتاجوا إلى أن من ادعى شرط العدالة فعليه البيان، ولأن الفسق لا يقدح في ولاية الإنكاح بنفسه[1].

2. **الذكورة:**

يشترط المالكية والشافعية والحنابلة في شاهدي النكاح الذكورة، فلا ينعقد النكاح عندهم بشهادة النساء، ولا بشهادة رجل وامرأتين لأنه لا يثبت بقولهن.

وذهب الحنفية وأحمد في رواية إلى أنه لا يشترط ذكورة شاهدي النكاح، فينعقد عندهم بحضور رجل وامرأتين[2] .

3. **البصر**

اختلف الفقهاء في اشتراط البصر في شاهدي النكاح.

فاشترط الشافعية في شاهدي النكاح البصر، لأن الأقوال وهي المشهود عليه في عقد النكاح، لا تثبت إلا بالمعاينة والسماع.

ولا يشترط الحنفية والمالكية والحنابل ة وهو وجه عند الشافعية في شاهدي النكاح البصر، بل يجوز أن يكونا ضريرين إذا تيقنا الصوت تيقنا لا شك فيه، كالشهادة بالاستفاضة، ولأن العمى لا يقدح إلا في الأداء لتعذر التمييز بين المشهود عليه وبين المشهود له، ولأنه لا يقدح في ولاية النكاح ولا في قبول النكاح بنفسه ولا في

[1] الكساني، المرجع السابق، ج2/ص255، وانظر، ابن عرفة، المرجع السابق، ج2/ص216، وانظر، الشربيني، المرجع السابق، ج3/ص195، وانظر، البهوتي، المرجع السابق، ج4/ص60،61، وانظر، جلال الدين ابن الشاش، المرجع السابق،ج3/ص139.

[2] الكساني، المرجع السابق،ج2/ص255، وانظر، جلال الدين ابن الشاش، ج3/ص138،153، ونظر، الشربيني، المرجع السابق، ج3/ص195،وانظر، البهوتي، المرجع السابق، ج5/ص60، وانظر، ابن قدامة، المرجع السابق، ج9/ص350.

المنع من جواز القضاء بشهادته في الجملة، فكان من أهل أن ينعقد النكاح بحضوره[1].

4. النطق

اختلف الفقهاء في اشتراط النطق في شاهدي النكاح.

فيرى الحنفية والحنابلة والشافعية في الأصح أنه يشترط في شاهدي النكاح أن يكونا ناطقين، فلا ينعقد النكاح عندهم بشاهدين أخرسين، أو بشاهدين أحدهما كذلك، لأن الأخرس لا يتمكن من أداء الشهادة.

لكن قال الحنابلة إذا أداها بخطه قبلت ، وعند المالكية ومقابل الأصح عن الشافعية تقبل شهادته[2].

5. معرفة لسان العاقدين

نص الشافعية على أنه يشترط في شاهدي النكاح معرفة لسان العاقدين، فلا يكفي إخبار ثقة بمعنى قول العاقدين، قال الشبراملسي: أي بعد تمام الصيغة أما قبلها بأن أخبره عدل بمعناها ولم يطل الفصل فتصح، وقيل: يكفي ضبط اللفظ.

وحكى أبو الحسن العبادي وجها أن النكاح ينعقد بمن لا يعرف لسان العاقدين لأنه ينقله إلى الحاكم[3] .

6. التيقظ

نص المالكية والشافعية على أنه يشترط في شاهدي النكاح التيقظ والضبط، فلا ينعقد النكاح عندهم بالمغفل الذي لا يضبط، وينعقد ، كما قال النووي ، بمن يحفظ وينسى عن قريب[4].

7. الحرية

---

[1] الكساني، المرجع السابق، ج3/ص255، وانظر، الشربيني، ج3/ص195، وانظر، ابن عرفة، المرجع السابق، ج4/ص167، وانظر، ابن قدامة، المرجع السابق، ج9/ص351 .

[2] ابن قدامة، المرجع السابق، ج9/ص350، وانظر، البهوتي، المرجع السابق، ج4/ص61، وانظر، الرحيباني، المرجع السابق، ج5/ص81، وانظر، شهاب الدين الرملي، ج6ص212.

[3] النووي، المرجع السابق، ج7/ص45، وانظر، شهاب الدين الرملي، ج6/ص218.

[4] ابن عرفة، المرجع السابق، ج4/ص167، وانظر، النووي، المرجع السابق، ج7/ص45، وانظر، شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ج6/ص218، وانظر، جلال الدين ابن الشاش، المرجع السابق، ج3/ص146.

اختلف الفقهاء في اشتراط الحرية في شاهدي النكاح.

فذهب الحنفية والمالكية والشافعية إلى أنه يشترط في كل واحد من شاهدي النكاح أن يكون حرا، فلا ينعقد النكاح بمن فيه رق لأنه ليس أهلا للشهادة.

وذهب الحنابلة إلى أنه لا يشترط كون الشاهدين على النكاح حرين لأنها شهادة على قول أشبهت الاستفاضة[1].

8. أن لا يكون الشاهدان ابني الزوجين

نص الحنابلة في المذهب عندهم على أنه يشترط في كل من شاهدي النكاح أن لا يكون ابن أحد الزوجين، فلا ينعقد النكاح عندهم بشهادة ابني الزوجين ولا بشهادة ابن أحدهما.

وهذا ما يؤخذ من عموم قول الحنفية والمالكية أنه لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده.

وفي المسألة عند الشافعية أوجه أصحها الانعقاد[2].

سابعا: تعيين الزوجين

ذكر الشافعية والحنابلة هذا الشرط، فلا يصح العقد إلا على زوجين معينين ، لأن المقصود في النكاح أعيانهما أو التعيين، فلم يصح بدون تعيينهما، فلو قال الولي: زوجتك ابنتي، لم يصح حتى يعينها بالاسم أو بالصفة أو بالإشارة، فإن سماها باسم يخصها، أو وصفها بما تتميز به عن غيرها، بأن تكون الصفة لا يشركها فيها غيرها من أخواتها، كبنتي الكبرى أو الصغرى أو الوسطى أو البيضاء ونحوه، أو أشار إليها بأن قال: هذه، فيصح العقد، ولو سماها الولي في حال الإشارة، بغير اسمها، أو لم

---

[1] الكساني، المرجع السابق، ج2/ص253، وانظر، الشربيني، المرجع السابق، ج3/ص194، وانظر، ابن عرفة، المرجع السابق، ج4/ص 165، وانظر، جلال الدين ابن شاس، المرجع السابق، ج3 ص 137، وانظر، الرحيباني، المرجع السابق، ج5/ص82.

[2] جلال الدين ابن شاس، المرجع السابق، ج3/ص142، وانظر، النووي، المرجع السابق، ج7/ص46، وانظر، الشربيني، المرجع السابق، ج3/ص195، وانظر، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط1، 1957م، ج8/ص105.

يكن له إلا بنت واحدة فيصح أيضا، فلو قال: زوجتك ابنتي فاطمة هذه، وأشار إلى خديجة، فيصح العقد على خديجة؛ لأن الإشارة أقوى ، وفي حال انفرادها عنده لا جهالة، فإن حدث خطأ في الإيجاب والقبول بأن نوى الولي البنت الكبيرة، ونوى الزوج البنت الصغيرة، لم يصح العقد، لأن الإيجاب في امرأة، والقبول في أخرى.

الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها

أولا: عدم الإحرام بالحج أو العمرة.

هو شرط عند الجمهور غير الحنفية، فلا يصح الزواج إذا كان أحد العاقدين محرما بحج أو عمرة، ولا يجوز نكاح المحرم ولا إنكاحه لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه عثمان: <<**لا ينكح المحرم، ولا ينكح، ولا يخطب** >>[1]، فهذا نهي صريح للمحرم بحج أو عمرة أن يتزوج أو يزوج غيره، والنهي يدل على فساد المنهي عنه.

وقال الحنفية: ليس هذا شرطا لصحة الزواج، فيصح مع الإحرام، سواء أكان المحرم هو الزوج أم الزوجة أم الولي، أي يجوز نكاح المحرم وإنكاحه، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن عباس تزوج ميمونة بنت الحارث، وهو محرم[2].

الترجيح الرأي الأول، لورود رواية أخرى من طرق شتى عن ميمونة نفسها:(أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال)[3] كما قال ابن عبد البر:(والرواية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال متواترة عن ميمونة بعينها وعن أبي رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم وعن سليمان بن يسار مولاها وعن يزيد بن الأصم وهو ابن أختها وهو قول سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وأبي بكر بن عبد الرحمن وابن شهاب وجمهور علماء المدينة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينكح ميمونة إلا وهو حلال قبل أن يحرم وما أعلم أحدا من الصحابة روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم إلا عبد الله بن عباس ورواية

---

[1] مسلم، صحيح مسلم، عن عثمان رضي الله عنه، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم، وكراهة خطبته، رقم 1409.

[2] رواه مسلم عن ابن عباس رضي الله عنه، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم، وكراهة خطبته، رقم 1410، والبخاري في صحيحه، كتاب جزاء الصيد، باب تزويج المحرم، رقم 1837.

[3] رواه مسلم عن ميمونة، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم، وكراهة خطبته، رقم 1411.

من ذكرنا معارضة لروايته والقلب إلى رواية الجماعة أميل لأن الواحد أقرب إلى الغلط وأكثر أحوال حديث ابن عباس أن يجعل متعارضا مع رواية من ذكرنا فإذا كان كذلك سقط الاحتجاج بجميعها ووجب طلب الدليل على هذه المسألة من غيرها فوجدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن نكاح المحرم وقال: << **لا ينكح المحرم ولا ينكح**>>[1]، فوجب المصير إلى هذه الرواية التي لا معارض لها لأنه يستحيل أن ينهى عن شيء ويفعله مع عمل الخلفاء الراشدين لها وهم عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وهو قول ابن عمر وأكثر أهل المدينة)[2].

ثانيا: عدم التواطؤ على كتمان العقد

هو شرط أيضا عند المالكية، فإذا حدث التواطؤ بين الزوج والشهود على كتمان الزواج عن الناس أو عن جماعة، بطل الزواج.

فإن كان الإيصاء للشهود بالكتمان من الولي فقط، أو الزوجة فقط، دون الزوج، أو اتفق الزوجان والولي على الكتم دون إيصاء الشهود، أو أوصى الزوج الولي والزوجة معا، أو أحدهما على الكتم، لم يضر، ولم يبطل العقد[3].

وقال الجمهور: ليس هذا شرطا لصحة العقد، فلو اتفق الزوج مع الشهود على كتمان الزواج عن كل الناس أو عن بعضهم، لم يفسد العقد؛ لأن إعلان الزواج يتحقق بمجرد حضور الشاهدين.

ثالثا: الولي

هو شرط عند الجمهور غير الحنفية، فلا يصح الزواج إلا بولي

و الخلاصة: أن الجمهور يقولون: لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا، فلو زوجت امرأة نفسها، أو غيرها، أو وكلت غير وليها في تزويجها ولو بإذن وليها، لم يصح نكاحها لعدم وجود شرطه وهو الولي.

---

[1] رواه مسلم عن عثمان رضي الله عنه،كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم، وكراهة خطبته، رقم 1409.

[2] بن عبد البر، المرجع السابق، ج3/ص153

[3] ابن عرفة، المرجع السابق، ج2/ص236،237

وقال الحنفية في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: للمرأة العاقلة البالغة تزويج نفسها وابنتها الصغيرة، وتتوكل عن الغير، ولكن لو وضعت نفسها عند غير كفء، فلأوليائها الاعتراض، وعبارتهم: ينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي، بكرا كانت أم ثيبا، عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية، والولاية مندوبة مستحبة فقط. وعند محمد: ينعقد موقوفا[1].

المطلب الثالث: شروط نفاذ العقد

هي التي يتوقف عليها ترتب أثر العقد عليه بالفعل، بعد انعقاده وصحته. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند الحنفية والمالكية موقوفا.[2]

و يقصد بشروط نفاذ عقد الزواج كذلك ، هي تلك الشروط التي تشترط لنفاذ العقد وعدم توقفه على إجازة أحد بعد انعقاده صحيحا، والشروط التي تشترط لنفاذ عقد الزواج وترتب آثاره عليه بالفعل بعد انعقاده صحيحا الشروط الخمسة التالية[3]:

1. أن يكون كل من الزوجين كامل الأهلية إذا تولى عقد الزواج بنفسه، أو بوكيل عنه، وكمال الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية، فمتى كان كل من الزوجين عاقلا بالغا حرا، نفذ العقد وترتبت آثاره عليه، من حل الدخول ووجوب المهر وغيرهما ، أما إن باشر عقد الزواج صبي مميز أو عبد، فيتوقف العقد عند الحنفية والمالكية على إجازة الولي من أب ونحوه، أو سيد ، وإن باشره مجنون أو غير مميز فلا ينعقد أصلا.

   وعند الشافعية والحنابلة: لا تنعقد تصرفات العبد والصبي المميز وغير المميز أصلا، بل هي باطلة.

2. أن يكون الزوج رشيدا، إذا تولى الزواج بنفسه: هذا شرط عند المالكية، فإن كان سفيها غير رشيد ، وهو الذي لا يحسن التصرف في ماله، وتزوج بدون إذن

---

[1] الكساني، المرجع السابق، ج2/ص247

[2] وهبة الزحلي، المرجع السابق،ج7/ص47.

[3] الكساني، المرجع السابق، ج2/ص233 وما بعدها، وانظر ابن عابدين، المرجع السابق، ج4/ص83 وما بعدها، وانظر، الدردير، المرجع السابق، ج2/ص391، وانظر، ابن عرفة، المرجع السابق، ج2/ص241.

الولي، توقف عقد زواجه عند المالكية على إجازة وليه [1]، وقال الشافعية والحنابلة[2]: الرشد شرط لصحة الزواج، فلو تزوج السفيه بغير إذن وليه، كان الزواج باطلا، لأنه تصرف يجب به مال، وفي الزواج ودفع المهر والنفقة إتلاف للمال أو مظنة إتلافه، وقال الحنفية[3]: ليس الرشد شرطا لصحة الزواج ولا لنفاذه، فإن تزوج السفيه امرأة جاز زواجه ، لأنه من حوائجه الأصلية وتصرفاته الشخصية، والحجر إنما هو على التصرفات المالية المحضة ، والقاعدة عندهم: أن كل ما لا يؤثر فيه الهزل كالعتق والنكاح، لا يؤثر فيه الحجر.

3. ألا يكون العاقد وليا أبعد مع وجود الولي الأقرب المقدم عليه ، و هو شرط نفاذ عند الحنفية، فإن زوج الولي الأبعد مع وجود الأقرب منه، كان العقد موقوفا على إجازة الولي الأقرب.وهو شرط صحة عند الشافعية و الحنابلة[4]، فلا يصح زواج الولي الأبعد مع وجود الأقرب إلا إذا كان هناك مانع كالجنون واختلال النظر بهرم أو خبل (فساد في العقل)، والصغر، والحجر بسفه، والعضل (أي المنع من الزواج بغير حق) ، وقال المالكية [5]: إن كان الولي الأقرب غير مجبر كالابن والأخ والجد والعم، كان العقد صحيحا مكروها ، وإن كان الأقرب وليا مجبرا (وهو الأب) فسخ العقد أبدا، إلا إذا أجازه الولي الأقرب، وكان الذي تولاه مفوضا إليه الأمر بالبينة.
4. ألا يخالف الوكيل موكله فيما وكله به ، فإذا وكل شخص غيره ليزوجه فتاة معينة أو بمهر معين، فزوجه فتاة غيرها، أوزوجه بمهر أكثر، لم ينفذ العقد، وكان موقوفا على إجازة الموكل ، فلو لم يعلم حتى دخل بقي الخيار له بين إجازته وفسخه.

---

[1] الدردير، المرجع السابق، ج2/ص396، وانظر، ابن عرفة، المرجع السابق، ج2/ص231.

[2] الشربيني، المرجع السابق، ج3/ص209، وانظر، البهوتي، المرجع السابق، ج4/ص41

[3] الشيخ عبد الغني الغنيمي، المرجع السابق، ج2/ص68.

[4] الشربيني، المرجع السابق،ج3/ص208.

[5] الدردير، المرجع السابق، ج2/ص363، وما بعدها.

5. ألا يكون العاقد فضوليا: والفضولي ، هو من لا يكون له ولاية التزويج وقت العقد، وهو شرط نفاذ عند الحنفية والمالكية ، فإذا زوج شخص امرأة لرجل وقبل عنه، دون ولاية ولا وكالة عنه وقت العقد، كان الزواج موقوفا على إجازة الزوج عندهم، وأما عند الشافعية والحنابلة فتصرف الفضولي من بيع وزواج باطل.

المطلب الرابع: شروط اللزوم

هي التي تلزم لدوام العقد، وبقاء آثاره فلا يكون صالحا للفسخ أو الاعتراض عليه متى تحققت، فإن فقد شرط منها مع توفر الشروط السابقة كان العقد صحيحا نافذا غير لازم.[1]

وهي، كذلك التي يتوقف عليها استمرار العقد وبقاؤه، فإذا تخلف شرط منها، كان العقد جائزا أو غير لازم، وهو الذي يجوز لأحد العاقدين أو لغيرهما فسخه.[2]

ويشترط للزوم الزواج أربعة شروط هي[3]:

1. أن يكون الولي المزوج لفاقد الأهلية كالمجنون والمعتوه، أو ناقصها وهو الصغير والصغيرة، هو الأب أو الجد، وهو شرط عند أبي حنيفة ومحمد ، فلو كان المزوج لهما غيرهما كالأخ والعم، كان لكل منهما حق فسخ العقد عند زوال المانع أي الإفاقة من الجنون أو العته، والبلوغ بعد الصغر، حتى ولو كان الزواج بالكفء وبمهر المثل، وقال أبو يوسف: ليس هذا بشرط، ويلزم نكاح غير الأب والجد من الأولياء، فلا يثبت الخيار للمولى عليه ، لأن هذا النكاح صدر من ولي، فيلزم، كما إذا صدر عن الأب والجد، لأن ولاية التزويج ولاية نظر في حق المولى عليه، وقد اجتهد الولي في تحقيق المصلحة، ونظر فيما هو الأولى والأصلح ، فإذا زوج الحاكم فاقد الأهلية أو ناقصها، فلا خيار للمولى عليه في رأي أبي

[1] بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دار التأليف، مصر، ط2، 1961م، ص55

[2] وهبة الزحلي، المرجع السابق، ج7/ص47.

[3] الكساني، المرجع السابق، ج2/ص315، وما بعدها، وانظر، الشيرازي، المرجع السابق، ج4/ص 130،135،164، وانظر البهوتي، المرجع السابق، ج4/ص94،وما بعدها، وانظر الدردير، المرجع السابق، ج2/ص396، وما بعدها.

حنيفة خلافا لمحمد ، لأن ولاية الحاكم أعم من ولاية الأخ والعم ، لأنه يملك التصرف في النفس والمال، فكانت ولايته شبيهة بولاية الأب والجد، وولايتهما ملزمة، فتلزم ولاية الحاكم.

2. أن يكون الزوج كفئا للزوجة إذا زوجت المرأة الحرة البالغة العاقلة نفسها من غير رضا الأولياء بمهر مثلها، وكان لها ولي عاصب لم يرض بهذا الزواج، فلهذا الولي طلب فسخ الزواج من القاضي ، وهذا شرط عند الحنفية في ظاهر الرواية،وكذلك هو شرط في بقية المذاهب، و الكفاءة في الزوج شرط للزوم الزواج، لا لصحته، فيصح النكاح مع فقدها، وهي حق للمرأة والأولياء كلهم القريب والبعيد، لتساويهم في لحوق العار بفقد الكفاءة، فلو زوجت المرأة بغير كفء، فلمن لم يرض بالنكاح الفسخ، فورا أو تراخيا، سواء من المرأة أو الأولياء جميعهم، لأنه خيار لنقص في المعقود عليه كخيار البيع، ويملكه الأبعد من الأولياء مع رضا الأقرب منهم به، ومع رضا الزوجة، دفعا لما يلحقه من لحوق العار، والدليل على أن الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة أنه صلى الله عليه وسلم: (أمر فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه، فنكحها بأمره)[1]، وروت عائشة (أن أبا حذيفة ابن عقبة بن ربيعة تبنى سالما، وأنكحه ابنة أخيه: الوليد بن عقبة، وهو مولى لامرأة من الأنصار)[2]، وعن أبي حنظلة بن أبي سفيان الجمحي عن أمه قالت: (رأيت أخت عبد الرحمن بن عوف تحت بلال)[3].

3. أن يكون المهر بالغا مهر المثل إذا زوجت الحرة العاقلة البالغة نفسها من غير كفء، بغير رضا الأولياء، وألا يقل عن مهر المثل إذا زوجت المرأة نفسها من كفء، وهذا عند أبي حنيفة، فللأولياء حق الاعتراض وطلب فسخ الزواج، إلا إذا قبل الزوج زيادة المهر إلى مهر المثل، فلا يكون للولي حينئذ حق الفسخ، وبناء عليه إما أن يزيد الزوج إلى مهر المثل أو يفرق بينهما.

وعند أبي يوسف ومحمد: ليس هذا بشرط، ويلزم النكاح بدونه.

---

[1] مسلم في صحيحه ،كتاب النكاح، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، رقم 1480.

[2] البخاري في صحيحه كتاب المغازي رقم4000.

[3] الدار قطني، سنن الدار قطني، كتاب النكاح، القسم في ابتداء النكاح، رقم 3797

4. خلو الزوج عن عيب الجب والعنة عند عدم الرضا من الزوجة بهما.

المبحث الثاني: شروط الزواج في قانون الأسرة الجزائري

لقد بين المشرع الجزائري الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج حيث جاء في نص المادة 9مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية" [1].

وعليه سنتناول الشروط بالتفصيل في المطالب الآتية:

المطلب الأول: أهلية الزواج

المطلب الثاني: الصداق

المطلب الثالث: الولاية

المطلب الرابع: الشهادة

المطلب الخامس: انعدام الموانع الشرعية

المطلب الأول: أهلية الزواج

لقد جعل المشرع الجزائري الأهلية الشرط الأول من شروط انعقاد الزواج حيث يرى أن الزواج من التصرفات التي تقتضي الأهلية الكاملة، لأنها تترتب عليها التزامات مالية وواجبات عائلية واجتماعية[2] ولهذا نصت المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص

[1] أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 116.

بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.
يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".[1]يقصد بالأهلية هنا الأهلية اللازمة لمباشرة عقد الزواج، سواء كان العاقد يعقد لنفسه أو يعقد لغيره بطريق الولاية أو الوكالة [2]، ومن خلال نص المادة يمكن التطرق لمجموعة من النقاط في الفروع التالية:

الفرع الأول: سن الرشد

اعتمادا على المادة السابقة الذكر يتحدد سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري كالآتي:

1. بلوغ الرجل السن القانوني الذي يؤهله للزواج وهو المحدد ببلوغ تسعة عشرة سنة كاملة وكذلك الحال بالنسبة للمرأة.
2. يستثنى من الشرط السابق في تحديد سن الزواج الترخيص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة.
3. تمنح الرخصة للزواج من لدن القاضي المختص الذي يقدّر حالة الضرورة أو المصلحة وبناء عليهما يمكنه منح الإعفاء من السن القانوني وتكمن هذه الشروط في عنصرين هما بلوغ السن القانوني للزواج أو الحصول على إعفاء من هذا السن، وترخيص بالزواج قبل ذلك, من لدن القاضي المختص, وهو رئيس المحكمة وهذا يعني أن الشخص لا يعتبر أهلا للزواج إلا إذا بلغ السن القانوني, وهو الحد الأدنى لإمكانية الزواج , في عموم الأصول لا يسمح للرجل قبل بلوغ تسعة عشرة سنة , ونفس الأمر للمرأة أن يتزوجا مهما كانت إمكانية قابليتهما الجسمانية لهذا الزواج.[3]

---

[1]لأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2]أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2009م، ص44.

[3]عيسى حداد، المرجع السابق، ص95.

والجدير بالملاحظة أنه في حالة عدم اكتمال الأهلية وبدون ترخيص من القاضي يكون الزواج باطلا بطلانا مطلقا ويمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين، أو النيابة العامة، أما بعد الدخول، فيصبح البطلان بطلانا نسبيا، ويمكن الطعن فيه من طرف الزوجين فقط. والذي لم يحترم السن القانوني للزواج تطبق ضده العقوبة الجنائية تتمثل بالحبس من 15 يوما إلى 3 أشهر، أو بغرامة مالية من 400 إلى 1000 دج والعقوبة تشمل هنا، ضابط الحالة المدنية، و الموثق، وكذلك الممثلين الشرعيين للزوجين.[1]

الفرع الثاني: الإذن بالزواج

لا يتم الزواج للذي لم يبلغ السن القانوني للزواج المحدد في المادة 07 من قانون الأسرة وهو 19 سنة كاملة إلا بموافقة الولي باعتباره قاصرا وذلك للفقرة الثانية من نص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري "يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له. [2]" وفي حالة انعدام هذا الأخير (الولي) فالقاضي هو الولي بحيث يرجع له الأمر في التزويج أو انعدامه[3]. كما أن القاضي لا يرخص بالزواج للقصر إلا برخصة من ولي القاصر أو ممثله القانوني ولا تمنح لمجرد طلبها إلا إذا على جانب ذلك وجود مصلحة أو ضرورة[4].

الفرع الثالث: نتـــائج

السن القانوني:لقد خالف قانون الأسرة الجزائري في مسألة السن المرخص بالزواج الفقهاء حيث قام بتحديد السن لكل من الزوج والزوجة وذلك ببلوغهما سن تسعة عشرة كاملة فالفقهاء يجيزون زواج الصبي إن وجدت ضرورة في ذلك.

---

[1] الحاج بلعربي، المرجع السابق، ص118.

[2] أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] بن شويخ آث موليا، المرجع السابق، ص 25.

[4] قديرة سميحة، التعديلات الإجرائية لعقد الزواج في التشريع، مذكرة لنيل شهادة الماستر،2014/2013.

المطلب الثاني: الصداق

سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الصداق ومقداره والحد الأدنى منه وحالات استحقاق الزوجة للصداق وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم الصداق

لقد نصت المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري في تبيينها للصداق على أنه "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"[1]

إذا فالصداق من خلال نص المادة السابقة: هو ما يعطيه الزوج لزوجته تعبيرا عن الرغبة في عقد الزواج، حيث لا يشترط أن يكون مبلغا من النقود، فقد يكون أي مال آخر بشرط أن يكون مباحا شرعا وقانونا، فأساسه هو قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية فقط، ويثبت الزوج بذلك استعداده على تحمل أعباء الزوجية من نفقة وإسكان وكسوة وعلاج الخ. وهو ملك للزوجة دون سواها، ولها الحق في التصرف فيه بكل أوجه التصرف من تبرع أو معاوضة.[2]

الفرع الثاني: مقدار الصداق

[1] الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة (مفسر مادة مادة للمبتدئين والممارسين)، دار الخدونية، ط1 ،2008م، الجزائر، ص27.

لقد جاء في نص المادة 15 قبل التعديل [1] على أنه يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا. وبعد التعديل بموجب رقم 5-2 سنة2005 حذفت منها كلمة يجب وأصبحت تنص على أن يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا. وأضافت أنه إذا لم يحدد الصداق تأخذ صداق المثل [2] ومع ذلك نستنتج من النص -وإن حذفت كلم ة يجب – يبقى تحديد الصداق ملزم في عقد الزواج، سواء كان معجل الدفع أو مؤجل وهذا ضمانا لحق الزوجة. وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق لا يؤدي إلى بطلان العقد، بل تستحق الزوجة صداق المثل، ذلك أنه لا يجوز اتفاق الزوجين على إسقاط الصداق، ويراعي القاضي في تحديد قيمة الصداق وهو صداق المثل استنادا على الوسط الاجتماعي للزوجين والأعراف المعمول بها، وكما هو معلوم أن الأعراف تختلف من منطقة إلى أخرى[3].

ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يقم بتحديد الحد الأدنى للصداق حيث جاء في نص المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري:" الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها، من كل ما هو مباح شرعا" [4]. يظهر لنا من نص المادة بأن المشرع صبّ اهتمامه على تبين الصداق وأنه حق للزوجة ويشترط فيه أن يكون مالا مقوما، مقدورا على تسليمه، ظاهرا ومعلوما وليس مجهولا، مباحا شرعا وقانونا [5] وهو المستفاد من العبارة "من نقود أو غيرها، من كل ما هو مباح شرعا".

الفرع الثالث: حالات استحقاق الزوجة للصداق:

سبق وأن ذكرنا أن المشرع الجزائري قد نص على أن المهر لابد من تحديده عند العقد وهو حق خالص للزوجة، وهذا الأصل العام لكن قد تحدث أمورا تؤثر في العقد لهذا السبب حدد الشارع حالات معينة تستحق المرأة فيها المهر كاملا أو نصفه[6] فلقد

---

[1] قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.47

[3] بن شويخ آيث ملويا، المرجع السابق، ص28.

[4] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[5] الحاج بلعربي، المرجع السابق، ص 211.

[6] عيسى حداد، المرجع السابق، ص185.

نصت المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري [1] على أنه " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول". يظهر لنا من خلال نص المادة أن استحقاق الزوجة للصداق يكون في الحالات الآتية:

الحالة الأولى: تستحق فيها الزوجة الصداق المسمى كاملا في الأمور الآتية:

أ – **الدخول الحقيقي للزوجة:** يثبت حق الزوجة في المهر بالدخول أي إنتقالها من بيت أهلها إلى بيت زوجها والدخول الذي يترتب عليه تأكيد الصداق هو الدخول الحقيقي بحيث يطلع الزوج عليها ويتصل بها جنسيا[2].

ب –**موت أحد الزوجين** : إذا مات الزوج ورثت الزوجة الصداق كاملا فضلا عن ميراثها وإن ماتت الزوجة فللزوج مشاركة بعد دفع الصداق كاملا[3].

الحالة الثانية: حالة استحقاق الزوجة نصف الصداق

تأخذ الزوجة نصف المهر في حالة حصول الطلاق في عقد الزواج الصحيح، وقد سمي الصداق، وسواء كانت تلك الفرقة طلاقا أو فسخا، ولم يدخل الزوج بزوجته بعد، ولم يحصل خلوة بينهما، فللزوجة نصف الصداق المسمى في العقد.[4]

الحالة الثالثة: حالة سقوط جميع الصداق

يسقط الصداق على الزواج في بعض الحالات يمكن إيجازها في ما يلي[5]:

1. إذا فسخا عقد قبل الدخول، لسبب من أسباب الفسخ.
2. إذا وقع الطلاق قبل الدخول دون اختيار الزوج.
3. في الزواج الفاسد، سواء فسخ بطلاق أو بدون طلاق كما نصت عليه المادة 33 من قانون الأسرة "يبطل الزواج إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أولي في

---

[1] قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984.

[2] المرجع نفسه، ص 185.

[3] سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص 72.

[4] الحاج بلحاج، المرجع السابق، ص223 .

[5] المرجع نفسه، ص226.

حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".[1]

الفرع الرابع: الاختلاف في الصداق

لقد أوجب المشرع الجزائري على الزوجين توثيق عقد الزواج كما جاء في نص المادة 18 من قانون الأسرة "يتم عقد الزواج أمام موثق أو أمام موظف مؤهل قانونا" [2] وأوجب كذلك تسمية الصداق طبقا لنص المادة 15 التي سبق ذكرها. وفي حالة إذا لم يوثق الزواج ولم يسمى الصداق وحصل نزاع بين الزوجان في الصداق فالقول قول الزوجة أو ورثتها إذا كان قبل الدخول مع اليمين، وإذا كان بعد ال دخول فالقول قول الزوج أو ورثته مع اليمين [3]، هذا ما نصت عليه المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري[4] حيث جاء فيها" في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

الفرع الخامس: المقارنة بين القانون الجزائري والفقه الإسلامي في شرط الصداق

أولا: مسألة إسقاط الصداق

اتفق قانون الأسرة الجزائري مع الفقهاء في أنه لا يجوز إسقاط الصداق البتة ولو اتفقا الزوجان على ذلك فقد ذهب المشرع الجزائري إلى وجوب تسمية الصداق سواء كان معجلا أو مؤجلا وخالف المشرع الجزائري المالكية عندما نص أن الصداق ملك للمرأة يحق لها التصرف فيه كما تشاء فقد أخذ بمذهب الحنفية والحنابلة.

ثانيا:فيما يخص الحد الأعلى والحد الأدنى للصداق

يرى المشرع الجزائري برأي المالكية بأن الصداق أساسي في عقد الزواج فلا يصح اشتراط إسقاطه، أما الجمهور فإنه يراه حكم من أحكام الزواج، وأثر من آثاره.

---

[1] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] الحاج بلعربي، المرجع السابق، ص228.

[4] طبقا للأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

أما مسألة الحد الأعلى للصداق فالمشرع الجزائري يتفق مع الفقه الإسلامي في أنه لا حد لأكثر الصداق وأما الحد الأدنى فقد خالف فيه المشرع الجزائري المالكية والحنفية حيث يشترطون أقل المهر ربع دينار أما المشرع الجزائري فقد أخذ برأي الشافعية والحنابلة ولم يجعل حد أدنى للصداق.

المطلب الثالث: الولاية

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى تعريف الولي ولهذا نقتصر على التعريف الذي ذكرناه في مبحث الولاية في الفقه الإسلامي وأيضا لم يتطرق إلى الشروط الواجب توافرها فيه فوجب الرجوع في ذلك إلى الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222[1] من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

التكييف القانوني للولي:

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجديد على أن الولي شرط من شر وط الصحة لعقد الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 09 [2]مكرر من قانون الأسرة الجزائري والولاية التي يعتد بها المشرع الجزائري هي ولاية الاختيار أو الشركة أي هي تلك التي يكون فيها الرضا والموافقة قاسما مشتركا بين الولي ومولية، حتى وإن كانت المرأة قاصرة ، لأن المشرع الجزائري شأنه في ذلك شأن التشريعات العربية الأخرى لا يعترف بولاية الإجبار، وهذا ما جاء صريحا في كل من المادة 01/11 [3]من قانون الأسرة "تعقد الراشدة زواجها بحضور وليها"، والمادة 13من الأمر 05 /02 "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

[1] طبقا لقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984.

[2] أمر رقم 05-02 المؤرخ 27 فبراير 2005.

[3] امر رقم 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005.

وتجدر الإشارة إلى أن مصطلح القاصرة في القانون هي تلك الفتاة العاقلة البالغة ولكنها لم تبلغ السن القانوني الذي هو 19سنة أما في الفقه فالقاصرة هي الصغيرة التي لم تبلغ بعد[1]

لكن ماذا لو رضيت الفتاة ورفض الولي زواجها؟ فالإجابة الظاهرة على هذا أن الزواج لا يتم باعتبار الولي شرطا من شروط صحة انعقاد الزواج، وهذا ما يستشف من منطوق المادة 09مكرر والمادة 11[2]من الأمر 02/05

فقد جعل المشرع الجزائري حضور الولي في عقد الزواج شرطا للزومه يعني ذلك أن المرأة الراشدة إذا زوجت نفسها بدون حضور وليها كان الزواج موقوفا على إجازة الولي وذلك أن نص المادة عبّر ب "تعقد المرأة" بما مؤداه أنها إذا عقد زواجها انعقد العقد صحيحا، ولكن القانون باشتراطه حضور الولي –جعل حضوره لإجازة العقد، والإجازة قد تكون وقت العقد وقد تكون بعده. يضاف إلى ذلك أن حضور الولي في عقد الزواج ليس مقصودا به انعقاد العقد لأن الحضور هنا متروك تقديره للمرأة الراشدة، فقد تختار شخصا آخر غير وليها، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون الأسرة قصرت زواج القصر على أولياهم "يتولى زواج القصر أولياؤهم" وحدد النص الأولياء بالأب أو أحد الأقارب الأولين، ثم القاضي باعتباره ولي من لا ولي له[3]. ونجد أن القانون الجزائري في هذه الحالة قد أخذ برأي الجمهور.

الفرع الثاني: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في شرط الولاية

نجد أن قانون الأسرة الجديد (المعدل) في مسألة الولي مقارنة بقانون الأسرة القديم أن قام بعدة تغيرات فيه حيث أنه بعد ما كان يعتبره ركنا أصبح يعتبره شرطا ونلاحظ أن المشرع الجزائري أنه لا يعترف بولاية الإجبار فالولاية عنده قسم واحد فقط وهي ولاية الاختيار ويكون بذلك قد خالف الفقهاء، كما نجد أن المشرع لم يتناول الشروط الواجب توافرها في الولي، وربما ترك ذلك للشريعة الإسلامية، وفي مسألة اختيار الزوجة للولي فنجد أن المشرع الجزائري خالف الشريعة الإسلامية والعرف فيها حيث

[1] سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص59.

[2] امر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3]

عندما نص في المادة 11 بأن المرأة تعقد زواجها بحضور وليها بأن يكون أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره فيفهم من أو هنا أنها للتخيير وبالتالي تستطيع المرأة أن تستغني عن أبوها وتولّي شخص من الغير وفي هذه الحالة قد يقع الزوا ج في بعض الأحيان دون علم الأب، ولم يراعي المشرع الجزائري في ترتيب الأولياء الترتيب الذي سار عليه الفقهاء .

المطلب الرابع: الشهادة

لقد جعل المشرع الجزائري الإشهاد شرطا لصحة انعقاد الزواج وهذا من خلال نص المادة 09 مكرر.[1] فنستنتج من ذلك أن تخلف شرط وجود شاهدين في مجلس عقد الزواج لا ينتج عنه البطلان المطلق مثل ما هو الحال بالنسبة إلى تخلف ركن الرضا، وإنما يمكن أن ينتج عنه الفسخ في بعض الحالات والنفاذ في بعض الحالات الأخرى[2].

بحيث إذا تم الزواج بدون شاهدين يكون العقد فاسدا يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل وذلك طبقا للفقرة الثانية من نص المادة 33 من قانون الأسرة حيث جاء فيها " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل العقد ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".[3]

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يقم بتحديد الشروط الواجب توفرها في الشهود بالرغم أنه ذكرها ضمن شروط العقد كذا ولم يبين لنا جنس الشهود وفي هذه الحالة هل يجب إلى العامة كم هو الحال في عيوب الرضا، أو الرجوع إلى الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 التي تنص على "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية" [4] ومن خلال قرارات المحكمة العليا يمكن استخلاص الشروط فيما يلي:

---

[1] سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص46.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 44.

[3] امر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

[4] عيسى حداد، المرجع السابق، ص173.

1. **يجب أن يكون الشاهد عاقلا وبالغا:** ومن ثم لا تصح شهادة الصبي والمجنون والمعتوه حيث نصت المادة 33[1] من قانون الحالة المدنية هو أن يكون الشاهدان على الزواج بالغين 21 سنة كاملة على الأقل، سواء كان من الأقارب أو غيرهم، دون تمييز فيما يخص الجنس، ويختارون من قبل الأشخاص المعنيين.
2. **يجب أن يكون الشاهد عدلا:** لم يعتبر قانون الأسرة الجزائري العدالة في شهود النكاح غير أن المحكمة العليا سارت على رأي الجمهور في اشتراط العدالة في الشاهدين.
3. **يجب أن يكون الشاهدان على الزواج ذكرين على الأقل:** وإن لم يعتبرها المشرع الجزائري فقد أخذت بها المحكمة العليا على اشتراط الذكورة في الشاهدين، فقد نقضت المحكمة العليا القرار الصادر عن المجلس القضائي الذي جاء خاليا من أية حجة أو بينة تدل على وجود الزواج، وهي شهادة عدلين ذكرين، سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ومخطأ في فهم أنواع الشهادات في الفقه والشروط التي لم تشير إليها المحكمة ولم يذكرها قانون الأسرة الجزائري لا تلغى[2] وإنما تكون معتبرة ويرجع فيها إلى الفقه الإسلامي كما جاء في نص المادة 222 من قانون الأسرة.

نتائج

باعتبار أن المشرع الجزائري قد تناول الإشهاد كشرط من شروط عقد الزواج نجده اتفق مع الفقهاء في ذلك، ولكن الملاحظ أن عند تناول المشرع الجزائري شرط الشهود لم ينص على الشروط الواجب توافرها في الشهود سواء كان مسلم أو غير مسلم، يصلح أو لا يصلح شرعا للشهادة بشأن عقد الزواج، رجلا أو امرأة، كبيرا أو صغيرا، بخلاف الفقهاء حيث تناولوا الشروط الواجب توافرها في الشهود بالتفصيل.

---

[1] الأمر رقم 20/70 في 29 فبراير 1970

[2] بلحاج العربي،المرجع السابق، ص259،261.

المطلب الخامس: انعدام الموانع الشرعية

قد تناول المشرع الجزائري موانع الزواج في قانون الأسرة بشكل تفصيلي مستندا في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث غلق الباب أمام كل من يريد أن ينصب نفسه مجتهدا في تفسير النصوص القانونية، وذلك لما لها من خطر على المجتمع الجزائري باعتباره مجتمعا مسلما [1]، وعليه فقد نصت المادة 23 من قانون الأسرة الجزائري على "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة"[2]. فيظهر لنا من خلال نص المادة بأن هناك موانع مؤبدة وموانع مؤقتة، والمانع هو الوصف الذي يلزم من وجوده العدم، سواء كان المانع موجودا عند العقد (كالزواج بالأخت أو الخالة) أو طارئا بعده (كارتداد أحد الزوجين) فيفسد زواجهما ابتداء من تاريخ الردة كما جاء في نص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياتالعقد.." [3] وقد يظهر المانع بعد إبرام العقد، كما لو تبين أن الزوجين أخوان من الرضاعة.[4]

الفرع الأول: المحرمات المؤبدة

قد جاء في نص المادة 24 من قانون الأسرة الجزائري ما نصه" موانع النكاح المؤبدة هي: القرابة، المصاهرة، الرضاع". ولهذا سنتناول كل عنصر على حدة.

أولا: حرمة القرابة

بينت المادة 25 من قانون الأسرة الجزائري المحرمات بسبب القرابة حيث جاء في نص المادة" المحرمات بالقرابة هي الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت" فقد استند المشرع الجزائري في هذا التفصيل على ما جاء في القرءان الكريم ،حيث اَهۡدِنَاٱلصِّرَٰطَ تن تى تي **ثر ثز ثم ثن**

---

[1] عيسى حداد، المرجع السابق، ص 260.

[2] امر رقم05-02 المؤرخ 27فبراير 2005.

[3] امر رقم05-02 المؤرخ 27فبراير 2005.

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 170.

ثى ثي فى فى [1] وعليه يمكن أن نستنتج التفصيل الآتي: يحرم على الشخص بالقرابة أربعة أنواع:

1. أصوله وإن علو: كالأم والجدة من جهة والأم.
2. فروعه وإن نزلوا: كالبنت وبنت البنت...
3. فروع الأبوين وفروع فروعهم الإناث: وإن نزلن كالأخوات وبناتهن.
4. الطبقة الأولى من فروع الأجداد والجدات: وهن العمات والخالات[2].

ثانيا: حرمة المصاهرة

نصت المادة 26 من قانون الأسرة الجزائري على "المحرمات بالمصاهرة هي:

1. أصول الزوجة بمجرد العقد عليها،
2. فروعها وإن حصل الدخول بها،
3. أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علو،
4. أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا.

ومن خلال نص المادة نجد أن المشرع الجزائري قد اعتمد أيضا في حرمة المصاهرة على ما جاء في الشريعة الإسلامية وانطلاقا من ذلك يكون التفصيل كالآتي:

1. زوجة أصول الشخص مثل زوجة الأب وزوجة الجد سواء كان جدا للأب أو جدا للأم.
2. زوجة فرع الشخص مثل زوجة الابن وزوجة ابن الابن، وزوجة ابن البنت، وابن ابن البنت.
3. أصول زوجة مثل أم الزوجة، وجدة الزوجة وما على.
4. فروع زوجة الرجل المدخول بها مثل بنت الزوجة من رجل آخر وبنت بنت الزوجة وبنت ابن الزوجة[1]

[1] الأية 23 من سورة النساء.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 172.

ثالثا حرمة الرضاع:

لقد نصت المادة 27 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"[2] ويعني ذلك أن المرضعة تنزل منزلة الأم، فتحرم على المرضع هي وكل ما يحرم على من قبل أم النسب، ويجب أن يكون الرضاع قد حصل في الحولين، سواء كان كثيرا أم قليلا، [3]وأيضا نصت المادة 28 من قانون الأسرة الجزائري" يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه "[4]. من خلال المادة نجد أن حرمة الرضاع تنحصر بين الرضيع (ذكر كان أو أنثى) والمرأة التي أرضعته وز وجها ونسلهما فلا يمتد إلى إخوته وأخواته.[5]

ونصت المادة 29 من قانون الأسرة الجزائري على أنه" لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا"[6] ذلك أن الرضيع قد يفطم قبل العامين من عمره، وقد لا يفطم ويبلغ سن العامين وهكذا إذا بلغ العامين ولم يفطم فإن الرضاع الحاصل بعد ذلك لا يعد سببا للتحريم.[7]

الفرع الثاني: المحرمات المؤقتة

هي الموانع الشرعية التي يكون التحريم فيها غير مؤبد، أي بمعنى أن سبب التحريم فيها مؤقت، فيبقى التحريم ببقاء الوصف (أو السبب) ويزول بزواله. وعليه فقد نصت المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا. كما يحرم مؤقتا:الجمع بين الأختين أو بين

---

[1]عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 31.

[2] قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09يونيو 1984.

[3] بن آث ملويا، المرجع السابق، ص 35.

[4]قانون رقم 84-11 المؤرخ في09يونيو 1984.

[5]بلحاج العربي، المرجع السابق، ص176.

[6]قانون رقم 84-11 المؤرخ في09يونيو 1984.

[7]بن آيث، المرجع السابق، ص36.

المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، زواج المسلمة من غير المسلم"[1]. وعليه سنتناولها عنصرًا عنصرًا في النقاط التالية:

1. **المحصنة:** يقصد بالمحصنة هي المرأة المتزوجة، فقد أشارت المحكمة العليا إلى أنه من الموانع المؤقتة المانعة للزواج وجود المرأة في عصمة رجل آخر، ومن ثم فالزواج بها ولو توافرت أركانه، فهو غير صحيح[2].
2. **المعتدة من طلاق أو وفاة:** فيحرم الزواج بالمرأة المطلقة من طلاق رجعي أو المتوفى عنها زوجها حتى تكتمل العدة[3].
3. **المطلقة ثلاثا:** فيحرم الزواج بها مؤقتا لغاية الزواج من شخص آخر وأن تطلق منه وتنقضي عدتها بعد الدخول بها دخولا صحيحا.
4. **الجمع بين المحارم:** نجد أن المشرع الجزائري عندما تناول هذه النقطة قد أخطأ في صياغتها مما قد يترتب عليه التباس في المعنى ولهذا عليه صياغتها كالآتي" أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، ويستوي أن تكون الأختان شقيقتان أو لأب أو لأم أو من الرضاع"[4]
5. **زواج المسلمة بغير المسلم:** فيدخل في التحريم المؤقت لأنه إذا دخل الزوج في الإسلام زال التحريم[5].

نتائج:

نجد أن المشرع الجزائري أنه عندما تناول لهذا الشرط أستند كثيرا لأحكام الشريعة الإسلامية.

---

[1] أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص178.

[3] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق،ص93.

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص183.

[5] آيثملبويا، المرجع السابق، ص38.

الخاتمـــــة

بعد دراستنا لأركان وشروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون خلصنا إلى مايلي :

1. أن المشرع الجزائري عند استناده إلى الفقه الإسلامي لم يقتصر على المذهب المالكي بحكم أنه معمول به في الجزائر وإنما حاول الدمج بين المذاهب .
2. لكن العيب الذي يرى على المشرع الجزائري أنه عند أخذه بمذهب دون آخر لم يراعي الراجح.
3. موقف المشرع الجزائري في بعض النصوص لا يخلو من الغموض والعيوب حيث وجدنا انه لم يستند فيها إلى الفقه الإسلامي ولا إلى التشريعات العربية.
4. أن المشرع الجزائري ينص على أن الزواج يقوم على ركن وحيد وهو الرضا وبذلك قد خالف الفقه الإسلامي(الراجح من أقوال الفقهاء) الذي يرى أن أركان الزواج هي الصيغة، والمحل، والولي.
5. أما بالنسبة لشروط عقد الزواج فيرى المشرع الجزائري أنها محصورة في: الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية، أما في الفقه الإسلامي فقد قام بالتفصيل فيرى أن الزواج يقوم على شروط انعقاد، وشروط صحة، وشروط نفاذ، وشروط لزوم.
6. ومن العيوب التي يمكن ملاحظتها في قانون الأسرة أنه غيب دور الولي بالرغم أنه ذكره ضمن الشروط حيث أعطى للمرأة الحق في مباشرة عقد الزواج بنفسها واشترط المشروع فقط حضور الولي سواء كان أبا أ,و أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره وهذا ما يفتح الباب للتأويل. كما نجده أنه عندما تناول شرط الشهادة لم ينص على الشروط الواجب توافرها في الشاهدين، وفي شرط الأهلية قام بتحديد السن القانوني وخالف بذلك الفقه الإسلامي.

وختاما نحمد الله سبحانه و تعالى على توفيقه لإكمال هذه الدراسة، فما كان فيها من صواب فمن توفيق الله وحده، وما كان فيها من خطأ وتقصير فمنا، ونسأل الله تعالى أن يعلمنا ما ينفعنا، وأن ينفعنا بما يعلمنا، وأن يوفق الجميع لخدمة الإسلام، وأن يتقبل هذا العمل اليسير ، وأن يكتب لوالدينا و معلمينا السعادة في الدنيا والآخرة، وصلى الله على سيدنا و حبيبنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع

القرءان الكريم ، رواية حفص عن عاصم ، المصحف الالكتروني .
1. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003م.
2. ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م.
3. أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المنهاج، جدة، ط1، 2000م.
4. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1998م.
5. أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية.
6. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، بيروت ط1، 1988م.
7. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1415هـ.
8. أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، شرح معاني الآثار، كتاب النكاح، باب النكاح بغير ولي عصبة، رقم4277، دار عالم الكتب، بيروت، ط1، 1994م.
9. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، دمشق، ط3، 1999م.
10. أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1932م.
11. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ط2، 1988م.

12. أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، بيروت،ط1، 1995.
13. أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، التلقين في الفقة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004م.
14. أبوالحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، 1994م.
15. أبومحمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1، 2003م.
16. أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة ، الدكتور عمر سليمان الأشقر ، دار النفائس ، ط1 : 1997م ، عمان ، الأردن.
17. أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997م.
18. أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس المصباح، المنير في غريب الشرح الكبير، دار المعارف، ط2، بدون تاريخ.
19. أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، دار عالم الكتب، القاهرة، ط1، 2008.
20. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دار التأليف، مصر، ط2، 1961م.
21. بلقاسم شتوان، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي، دار الفجر، الجزائر، بدون طبعة، 2007م.

22. بن تيمية، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، بدون طبعة، 1995م.
23. الحاجب الكردي المالكي، جامع الأمهات، الطبعة 01، مِؤسسة اليمامة ، بيروت، سنة 1998،.
24. الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، بدون طبعة، وبدون تاريخ،.
25. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان بدون طبعة، 1986م.
26. زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، بدون تاريخ.
27. السيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، بيروت، ط4، 1983م،.
28. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003م.
29. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، دار الكتب العلمية، بيروت . لبنان ، ط4، 2004.
30. شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1993م.
31. شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997م.
32. الشيخ عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
33. عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ، ط1، 2002م.
34. علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986م.
35. عوض بن رجاء بن فريج العوفي، الولاية في النكاح، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط1، 2002م.

36. قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الوفاء، السعودية،ط1، 1986م.
37. القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1999م.
38. مالك بن أنس بن مالك، الموطأ، كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح، رقم الحديث1960، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، ط1، 2004م.
39. مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004م.
40. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، مصر، ط2، 1971م.
41. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة،1993م.
42. محمد بن أحمد بن الحسين بن عمر، أبو بكر الشاشي القفال الفارقيّ، الملقب فخرالإسلام، المستظهري الشافعي، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، دار نزار مصطفى الباز، السعودية، ط2، 1998م.
43. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
44. محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط1، 1984م.
45. محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام، دار ابن الجوزي، السعودية، ط2، 1421هـ.
46. محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي، شرح حدود ابن عرفة للرصاع، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ.
47. محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، المختصر الفقهي، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية،الإمارات، ط2014،1م.

48. محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، بدون طبعة، 1985م.
49. محمد رواس قلعجي – حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ط2، 1988م.
50. محمد عبد اللطيف قنديل، بحث فقه النكاح والفرائض، كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات بالإسكندرية، جامعة الأزهر.
51. 1مصطف الشلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعية، بيروت، ط4، 1983م.
52. مُصطفى الخِنْ، مُصطفى البُغا، علي الشّرْبجي،الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم ، دمشق ، ط4، 1992م.
53. معجم مقاييس اللغة ، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي ، دار الفكر ، 1399هـ – 1979م.
54. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب، بيروت، ط،1997م.
55. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط7، 1985م.
56. ابن منضور، لسان العرب، دار صادر بيروت، ط3 ،1414هـ.
57. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته ، مؤسسة المعارف ، بيروت ،ط3 ، 1426هـ/2005م .
58. الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، 1423هـ 2002م، الريان، بيروت.
59. ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1417هـ، 1997م.
60. محمد ابن إسماعيل البخاري ،صحيح البخاري،ط1، دار ابن كثير ،دمشق،1423هـ 2002م.
61. محمد الغزالي، الوسيط في المذهب دار السلام، ط1 ،1417هـ 1997م.
62. عبد الله محمد خليل إبراهيم إصور مستحدثة لعقد الزواج، رسالة ماجستير 2010،جامعة النجاح، فلسطين.

63. الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1999م.
64. أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب الولي، رقم 2085، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط7، 2009م.
65. أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1932م.
66. الدار قطني، سنن الدار قطني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2004م.
67. إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي الجراحي العجلوني الدمشقي، أبو الفداء، كشف الخفاء ومزيل الإلباس، مكتبة القدسي، القاهرة، 1351هـ.
68. تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري، المعروف بابن دقيق العيد، الإلمام بأحاديث الأحكام، دار المعراج الدولية، السعودية، ط2، 2002م.
69. البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003م.
70. الحسن بن أحمد بن يوسف بن محمد بن أحمد الرُّباعي الصنعاني، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، دار عالم الفوائد، ط1، 1427.
71. الإمام مسلم، صحيح مسلم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999م.
72. أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، شرح معاني الآثار، كتاب النكاح، باب النكاح بغير ولي عصبة، رقم4277، دار عالم الكتب، بيروت، ط1، 1994م.
73. جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1997م.
74. الطبراني، المعجم الكبير، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، بدون طبعة و التاريخ.
75. أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، مؤسسة قرطبة، ط1، 1995م.

76. أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، كتاب النكاح، باب ما قالوا في الرجل يزوج الصبية أو يتزوجها، رقم الحديث،17341،دار التاج، بيروت، ط1، 1989م.

77. أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المصنف، المجلس العلمي، الهند، ط2، 1982م.

المراجع القانونية:

1. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2009م.

2. بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة (مفسر مادة مادة للمبتدئين والممارسين)، دار الخلدونية، ط1 ،2008م، الجزائر.

3. رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الطبعة الثانية،976 الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ص 67.

4. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى،دار طليطلة ، الجزائر، 1432هـ،2010م.

5. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر 1416هـ ،1996م.

6. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2010.

7. قديرة سميحة، التعديلات الإجرائية لعقد الزواج في التشريع، مذكرة لنيل شهادة الماستر،2014/2013.

8. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، 1430هـ 2009م، ص47.

9. محمد الميلي، الجزائر في مرآة التاريخ، الطبعة الأولى، 1965، مكتبة البعث الإسلامية.

10. باديس لدبابي، قانون الأسرة، دار الهدى عين الميلة، الجزائر، 2012م.

11. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 1429هـ2008م.

12. عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورتحامعة باجي مختار، عنابة،2006م.

الفهـــارس

1-أولا: فهرس الآيات القرآنية

الآيـــة	رقم الآية	السورة	الصفحة
قوله تعالى: ﴿ترتزتمتنتىَّ	221	البقرة	31
قوله تعالى: ﴿تىتيثرثزثمثنثىثيفىفيقىقيَّكاك	232	البقرة	33
قوله تعالى: ﴿ لح لخ لم له مج مح مخ مم نج نح نخَّ	230	البقرة	34
﴿ ٍّ ٰ ئر ئز ئم ئن ئى ئي بر بز بم بن بى بي تر تز تم تن تى تي ثر ثز ثم ثن ثى ثي فى في قى كا كل كم كى كي لم لى لي مم نر نز نم نن ني َّ	221	البقرة	44،31
قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ ثن ثى ثي فىَّ	282	البقرة	71،17
لقوله تعالى: ﴿ سجسحسخسم صحصخصمضج ضحضخضم طحظمَّ	237	البقرة	57،61
قال تعالى: ﴿ زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَٰتِ مِنَ ٱلنِّسَآءِ وَٱلْبَنِينَ وَٱلْقَنَٰطِيرِ ٱلْمُقَنطَرَةِ مِنَ ٱلذَّهَبِ وَٱلْفِضَّةِ وَٱلْخَيْلِ ٱلْمُسَوَّمَةِ وَٱلْأَنْعَٰمِ وَٱلْحَرْثِ ۗ ذَٰلِكَ مَتَٰعُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۖ	14	آل عمران	17

وَٱللَّهُ عِندَهُۥ حُسۡنُ ٱلۡمَـَٔابِ ﴿١٤﴾			
قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا ﴿١﴾ ﴾	1	النساء	18
فقوله تعالى: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾	3	النساء	67 ،44
قَالَ تَعَالَىٰ: ٹن ٹى ٹي ثر ثز ثم ثن ثى ثي فى في قي	23	النساء	94،44، 43،42
قوله تعالَى: ئر ئز ئم ئن ئى ئي بر بز بم بن بى بي تر تز تم تن	22	النساء	57،43
قوله تعالى: بم بن بى بي تر تز تم	4	النساء	56،55
لقوله تعالى: هى هي يج يح يخ يم	24	النساء	59،57
لقوله تعالى: مخ مم مى مي نج نح نخ نم نى ني هج هم هى	20	النساء	58
قَالَ تَعَالَىٰ: ئر ئز ئم ئن	141	النساء	40
قَالَ تَعَالَىٰ: ثى ثي فى في قى	1	المائدة	67

لقوله تعالى :ُ كل كم كى كيلمَّ	71	التوبة	37
﴿ وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا وَجَعَلَ لَكُم مِّنۡ أَزۡوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةٗ وَرَزَقَكُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِۚ أَفَبِٱلۡبَٰطِلِ يُؤۡمِنُونَ وَبِنِعۡمَتِ ٱللَّهِ هُمۡ يَكۡفُرُونَ ﴿٧٢﴾ ﴾	72	النحل	18
قوله تعالى:ُ لخ لم لى لي مج مح مخَّ	32	النور	32 ،20
ُ تهثم جحجم حجحم خجخم سجسح سخسم صحصخصم ضجضحضخضم طحظم عجعم غجغم فجفح فخفم قحقم كجكحكخَّ	27	القصص	23
قال تعالى: ﴿ وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةًۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾	21	الروم	19
قوله تعالى:ُ جحجم حجحم خجخم سجسَّح	6	الأحزاب	43،19
قوله تعالى:ُ تمتهثم جحجم حجحم خجخم سجسح سخسم صحصخصَّم	50	الأحزاب	34

ثانيا: فهرس الأحاديث

طرف الحديث	رقم الصفحة
لكني أصوم وأفطر وأصلي	15
يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج	16
اذهب، فقد زوجتكها بما معك من من القرآن	23
أعلنوا النكاح	28
لا نكاح إلا بولي	32
لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل	32، 71، 72
لا تزوج المرأة المرأة	32
الأيم أحق بنفسها من وليها	34
إنه ليس منهم شاهد ولا غائب يكره ذلك	35
أن امرأة شكت إلى النبي صلى الله عليه وسلم	35
لا ينكح المحرم، ولا ينكح، ولا يخطب	36، 75

لا تحل لي، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب	43
لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها	45
لا تنكح العمة على بنت الأخ	45
إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان	55
اذهب فاطلب ولو خاتما من حديد	57، 59
لا مهر أقل من عشرة دراهم	58
أعطها درعك، فأعطاها درعه	58
فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها	61
لا يكون نكاح إلا بولي، وشاهدين	65
لا يحل نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل	65، 70
لا ينكح المحرم ولا ينكح	76
أمر فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه	81

ثالثا : فهرس المحتويات .

المقدمة ..... أ

الفصل التمهيدي

المبحث الأول: مقدمة في قانون الأسرة الجزائري.....06

المطلب الأول: لمحة تاريخية عن قانون الأسرة الجزائري.....06

الفرع الأول: تقنين قانون الأسرة قبل الإحتلال الفرنسي.....06

الفرع الثاني: تقنين قانون الأسرة في فترة الاحتلال الفرنسي.....07

الفرع الثالث: تقنين الأسرة من الاستقلال إلى غاية قانون الأسرة الحالي.....08

المطلب الثاني: مصادر قانون الأسرة الجزائري وطبيعته.....09

الفرع الأول: مصادر قانون الأسرة الجزائري.....09

الفرع الثاني: طبيعة قانون الأسرة الجزائري.....10

المبحث الثاني: مقدمات في الزواج.....12

المطلب الأول: مفهوم النكاح.....12

الفرع الأول: المفهوم اللغوي للنكاح.....12

الفرع الثاني: المفهوم الشرعي_للنكاح.....13

الفرع الثالث: المفهوم القانوني للنكاح 14
المطلب الثاني: حكم النكاح والحكمة منه 15
الفرع الأول: الحكم الشرعي للزواج 15
الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية النكاح 18

الفصل الأول: أركان عقد الزواج

المبحث الأول: أركان الزواج في الفقه الإسلامي. 21
المطلب الأول: الصيغة 22
الفرع الأول: مفهوم الصيغة 22
الفرع الثاني: شروط الصيغة 24
الفرع الثالث: صيغة العقد 27
الفرع الرابع: انعقاد الزواج بغير الكلام 28
المطلب الثاني: الولي 29
الفرع الأول: مفهوم الولي 29
الفرع الثاني: مسألة الولاية في النكاح على الحرة المكلفة 30
الفرع الثالث: شروط الولي وترتيب الأولياء 36
الفرع الرابع: أقسام الولاية في التزويج 38
المطلب الثالث: المحل 40
الفرع الأول: مفهوم المحل 40
الفرع الثاني: شروط المحل 41
الفرع الثالث: المحرمات من النساء في الفقه المالكي 41
المبحث الثاني:أركان عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري 46
المطلب الأول: مفهوم الرضا في قانون الأسرة الجزائري 46
الفرع الأول: الإيجاب والقبول 47

الفرع الثاني : الوكالة في عقد الزواج 47
الفرع الثالث : انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة 48
الفرع الرابع : موقف المشرع الجزائري من التعاقد بالإشارة أو الكتابة..... 48
المطلب الرابع : مقارنة بين الفقه الإسلامي في أركان النكاح 49
الفرع الأول : فيما يخص الرضا كركن وحيد في عقد الزواج 49
الفرع الثاني : فيما يخص الصيغة اللفظية 49
الفرع الثالث : فيما يخص قبول المرأة عن طريق السكوت 49
الفرع الرابع : فيما يخص إقتران الإيجاب بالقبول 50

الفصل الثاني: شروط النكاح

المبحث الأول: شروط النكاح في الفقه الإسلامي. 51
المطلب الأول: شروط الانعقاد 51
الفرع الأول: شروط العاقدين 52
الفرع الثاني: شروط المرأة 52
الفرع الثالث: شروط صيغة العقد 52
المطلب الثاني: شروط صحة الزواج 54
الفرع الأول: الشروط المتفق عليها 54
الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها 75
المطلب الثالث: شروط نفاذ العقد 78
المطلب الرابع: شروط اللزوم 80
المبحث الثاني: شروط الزواج في قانون الأسرة الجزائري..... 82
المطلب الأول: أهلية الزواج 82
الفرع الأول: سن الرشد 83
الفرع الثاني: الإذن بالزواج 84

الفرع الثالث: نتـــائج 84
المطلب الثاني: الصداق 85
الفرع الأول: مفهوم الصداق..... 85
الفرع الثاني: مقدار الصداق 85
الفرع الثالث: حالات استحقاق الزوجة للصداق 86
الفرع الرابع: الاختلاف في الصداق.....87
الفرع الخامس: المقارنة بين القانون الجزائري والفقه الإسلامي في شرط 88
المطلب الثالث: الولاية 89
الفرع الأول: التكييف القانوني للولي 89
الفرع الثاني: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في شرط الولاية....90
المطلب الرابع: الشهادة 91
الفرع الأول: شروط الشهود 91
الفرع الثاني: نتائج 92
المطلب الخامس: انعدام الموانع الشرعية 93
الفرع الأول: المحرمات المؤبدة 93
الفرع الثاني: المحرمات المؤقتة..... 95
الخاتمة.....97

الفهارس:

قائمة المصادر والمراجع..... 99
فهرس الآيات.....107
فهرس الأحاديث..... 111
فهرس المحتويات.....113

الملخص:

لقد مر قانون الأسرة الجزائري في تقنينه بثلاث مراحل، ففي مرحلة قبل الاستعمار الفرنسي كان مصدر الأحوال الشخصية هو الفقه الإسلامي(المذهب المالكي)، ثم في عهد الدولة العثمانية اعتمد المذهب الحنفي، و في مرحلة الاستعمار الفرنسي حاولت الإدارة الفرنسية توقيف العمل بالشريعة الإسلامية محاولة بذالك تطبيق قوانينها من خلال مشروع موران، الى جانب إصدار مجموعة من القوانين، و بعدها جاءت مرحلة الاستقلال حيث بقيت الجزائر تطبق القوانين الفرنسية لسد الفراغ التشريعي مع إصدار بعض القوانين، و في سنة 1984م، قامت الجزائر بإصدار قانون مستقل للأسرة (الذي كان برقم 11/84).

يعتبر الفقه الإسلامي هو المصدر الأساسي لقانون الأسرة الجزائري و بالأخص الفقه المالكي إلى جانب بعض القوانين العربية.

يعرف النكاح في الفقه الإسلامي بأنه عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم و لا مجوسية بصيغة، لقادر، محتاج أو راج نسلا، أما في القانون فيعرف على أنه عقد يتم بين رجل وامرأة على وجه شرعي وبالنسبة لحكم الزواج فلقد اختلف الفقهاء في ذلك و الراجح أنه مندوب بشكل عام، أما من جهة التفصيل فتعتريه الأحكام التكلفية الخمسة، و الحكمة من مشروعية الزواج عديدة منها، المحافظة على النوع الإنساني و الأنساب، والسلامة من الأمراض....الخ.

كما أن عقد النكاح يقوم على أركان و شروط و قد تختلف و تتفق بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري فنجد الأركان في الفقه الإسلامي (الراجح من أقوال الفقهاء) هي الصيغة، والمحل، و الولي، أما في قانون الأسرة الجزائري فقد اقتصر على ركن وحيد و هو الرضا، أما بالنسبة للشروط ففي الفقه الإسلامي يقوم النكاح على شروط انعقاد (وهي الشروط التي يلزم توافرها في أركان العقد)، وشروط صحة(و هي شروط يجب توفراها ليصير العقد صحيحا)، و شروط نفاذ(و هي الشروط التي يتوقف عليها ترتب أثر العقد عليه بالفعل، بعد انعقاده و صحته)، و شروط لزوم(وهي الشروط التي تلزم لدوام العقد وبقاء آثاره)، أما الشروط التي يقوم عليها عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري فهي: الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية.

Abstract:

The Algerian Family Law had three different stages. The first stage was during the pre-colonial period. his stage the Islamic jurisprudence was the only source of the personal matters (El Madhab El Maliki). The he second stage during the Othmanian decades where in the family laws depended on the Hana urisprudence. Later in the colonial period, the colonizer tried to apply his rules and laws by destroying tl slamic set of laws with Moran Project in addition to several act. Afterwards, Algeria continued using tl rench rules in the independence era in order to fill the gap of the Islamic law. In 1984, Algerian governme announced the Family Future law (which numbered 84/11

The Islamic jurisprudence is considered the main source for the family laws specially El Madhab l Maliki along with some Arabic traditions and laws. According to the Islamic jurisprudence, marriage is ontract to make the female feel the joy by lawful way with a male, who is able, hoping to create family, ar n need of it. While in the government law, it is a contract between a man and a woman in a legal way. Mar egists disagreed on the marriage, but preponderant opinion was the necessity of marriage. In the side etailing, it is befallen by the five provisions. Besides, the necessity of marriage has many benefits such a protection of humanity, keeping of progeny, safety of health…etc

Furthermore, marriage relies on a lot of basic elements and conditions. They may differ either from tl ide of the Islamic jurisprudence or the Algerian Family Law. We find in Islamic jurisprudence the followir asic elements: the formula, the allower, and the responsible. While in Algerian Family Law, it relies only c ne condition which is the contentment. In the other hand, the conditions in the Islamic jurisprudence a epresented in: assembly (the condition that must be existed in the previous elements), trueness (tl ondition that must be existed to make the contract correct), necessity (the conditions that ensure tl ontinuance of the contract), and exhaustion (the conditions that focuses on the finishing of the contract aft insurance of its correctness). While in the Algerian Family Law, the conditions are: qualification, dowe responsible, witnesses, and lack of the legitimate prohibitor