جامعـــــة عمار ثليجي الأغـــــواط

كلية العلوم الانسانية والعلوم الاسلامية والحضارة

قسم : العلوم الاسلامية

شعبة :أصول الفقه

مدى تطبيق الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - الزواج والطلاق نموذجا -

مذكرة نيل شهادة الماستر في العلوم الاسلامية

تخصص : الفقه المقارن وأصوله

إعداد الطالبتين:

- سعيداني يمينة
- سايح حياة

إشراف الدكتور:

حفصي عباس

السنة الجامعية (1440/1439 هـ - 2019/2018 م)

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى :

(وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ

أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً

وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ

يَتَفَكَّرُونَ) الروم الآية 21

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

إلى نبع الحنان ومن تحت قـــدميها الجنان ، إلى القلب الذي سكب أسرار المـــحبة في قلبي ، إلى اليد التي تعهدتني رضيعا وطفلة وشابة ، إلى من نقشت في قلبي حب العلم والإخلاص إلى أمي "زهية"

حفظها الله ورعاها .

إلى من شق لي طريق النجاح وضحى من أجلي بكل ما يملك أبي العزيز "قويدر"رحمه الله.

وإلى من عملوا بكد في سبيلي وعلموني معنى الكفاح وأوصلوني الى ما أنا عليه ، إخوتي حفظهم الله

إلى أختي الغالية وأولادها الى أختي الصغرى مريم الى كل أعمامي وأخوالي وخالتي العزيزة .

وإلى من عملت معي بكد وجهد كبير بغية اتمام هذا العمل إلى صديقة الدرب حياة سايح

إلى كل صديقاتي وزميلاتي طوال المشوار الدراسي.

إليكم جميعا

- يمينة سعيداني -

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

إلى نبع الحنان ومن تحت قدميها الجنان ، إلى القلب الذي سكب أسرار المحبة في قلبي ، إلى اليد التي تعهدتني رضيعا وطفلة وشابة إلى من نقش في قلبي حب العلم والإخلاص إلى أمي حفظها الله ورعاها .

إلى من شق لي طريق النجاح وضحى من أجلي بكل ما يملك أبي العزيز حفظه الله ورعاه .

وإلى كل إخوتي الأعزاء إلى أختي وفقها الله وألحقها إلى مبتغاها الدراسي إلى الكتكوتة عائشة حفظها الله إلى الصديقة التى جمعتني بها الحياة والمستوى الدراسي يمينة سعيداني .

كما أهدي عملي هذا إلى عائلة الثانية وأخص بالذكر زوجي .

- سايح حياة –

شكر وتقدير:

الحمد و الشكر لله سبحانه وتعالى على ما وفّقنا إليه بمشيئته ، كما وأنّنا نتوجه بالشكر والتقدير والامتنان الى جميع من مدّ يد العون والمساعدة لنا ، لإنجاز هذا البحث ، ونخص بالذكر الدكتور الفاضل : **حفصي عباس** ، الذي عمِل معنا بكل جهد وإخلاص في اخراج هذا البحث على أحسن وأتم صورة .

كما نتقدّم بخالص الشكر والتقدير لكل أساتذتنا الذين أشرفوا على تأطيرنا منذ بداية مسارنا الدراسي .

وإلى كـــل من ساهم في تـــذليل الصعوبات التي واجـــهتنا أثناء إعـــداده، وإثراء جوانب هامّة منه .

مقدمة

مقدمة :

إن الحمد لله، نحمدُه ونستغفره ونستعينه ونستهديه ونعوذُ بالله من شرورِ أنفسنا ومن سيئاتِ أعمالنا ، من يهْدِ اللهُ فلا مضِلَّ له ومن يضلل فلا هادي له. وأشهد أنْ لا إله إلا اللهُ وحده لاشريك له **وأن محمد عبده ورسوله** صلى الله عليه وسلم الى يوم الدين .

قال تعالى ﴿ ياأَيُّهَا النَاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾ سورة النـساء الأية 01

إن أحسن الكلام كلام الله وخير الهدي هدي محمد صلى الله عليه وسلم ، وشر الأمور محدثاتها أما بعد :

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع ، يصلح بصلاحها ويفسد بفسادها ،وقد أولاها الله تبارك وتعالى في كتابه الكريم وسنة رسوله الأمين صلى الله عليه وسلم أهمية كبرى في عدة آيات كقوله تعالى (**فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ** ﴾ سورة النـساء الأية 03

شرع الله الزواج كوسيلة للاستقرار والتناسل والحفاظ على النوع الانساني وسكون كل من الزوجين إلى الأخر نظرا للكيان الذي يجمع شملها بعد الزواج ، بحيث يصبح كل واحد منهما لباسا للأخر ، قال تعالى

﴿هُنَّ لِبَاس لَّكُم وَأَنتُم لِبَاس لَّهُنَّ﴾ سورة البقرة الأية 187

ولقد أولى الاسلام للزواج عناية كبرى ، وجعله من أوثق العلاقات بين الناس فالمتتبع لنصوص التشريع في القرآن والسنة يجد أن هذ العقد ظفر بعدد كبير منها ، بحيث وصفه القرآن بأنه ميثاق غليظ في قوله تعالى: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ سورة النساء الأية 21

يُعد عقد الزواج عقدا تـمليك لعين أو منفعة كالبيع والإجارة بل هو عقد مستمر يؤدي إلى الـمودة والرحـمة ، حتى يكاد الزوجان يصبحان شخص واحد في جسدين .

لكن رغم أن الاسلام قدس الزواج ووضع له من القواعد والأحكام وما يضمن بقاءه واستمراره ، حيث أن أصل العلاقة الزوجية تكمن في استمرارها ، حتى يفرق بينهما الموت . إلا أنه قد تسوء العشرة بين الزوجين ويتعثر العيش ولذا شرع الإسلام إنهاء العلاقات الزوجية بينهما بالطلاق وقد وضع لذلك جملة من الأحكام والإجراءات التى ينبغي اتباعها حتى يكون الطلاق صحيح .

كما قد خاض في هذا الباب الفقهاء المسلمين بمختلف مذاهبهم واضعين لعقد الزواج أساسا ولفكه أيضا قواعد منها ما اتفقوا عليها وأخرى اختلفوا فيها والذين أثر بدورهم على مختلف التشريعات العربية باعتبار كل تشريع أخذ بمذهب معين ، كما نجد بعض التشريعات لم تأخذ هذى المنحى وانما أدمجت بين المذاهب ومن بينها قانون الأسرة الجزائري وهذا مما أدى الى طرح مشاكل لدى القضاة في إصدار بعض الأحكام خاصة فيما يتعلق بموضوع الزواج والطلاق ولهذا فقد ارتأينا أن نقوم ببحث يتعلق بالموضوع والذي أردنا أن يكون بعنوان :

مدى تطبيق الفقه المالكي في قانون الأسرة –الزواج والطلاق نموذجا –وأردنا من خلال طرح المقدمة أن نبين الاشكالية و أهمية الموضوع وأسباب اختياره والأهداف المتوصل اليها والمنهج المتبع وتبين الخطة المتبعة في هذا الموضوع .

1-إشكالية البحث:

ما مدى تطبيق الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري في عقد الزواج وانحلاله ؟ وماهي الأثار المترتبة عليه؟

2- أهمية البحث:

إن أهمية هذا الموضوع تكمن في عدة أمور منها :

تعد دراسة المواضيع المتعلقة بالزواج والطلاق بشكل عام ومدى تطبيق الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري بشكل خاص من الدراسات الهامة ، التى تحتاج الى المزيد من البحث والتعمق لما في ذلك ، من حفظ للأسرة وقواعدها وأسمها أهمية الزواج وموضوع الطلاق في حياة الفرد والمجتمع قانون الأسرة الجزائري ومدى أهميته في الفقه المالكي .

3 – أسباب اختيار الموضوع :

ما دفعنا لاختيار هذا الموضوع جملة من الأسباب الموضوعية والذاتية وأهمها:

- أهم المصادر التى يعتمد عليها المشرع الجزائري لإصدار القوانين .

-انعكاسات التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري على المجتمع خاصة في باب الزواج والطلاق

-محاولة تبين علاقة قانون الأسرة الجزائري بالفقه المالكي فيما يتعلق بالزواج والطلاق ومعرفة المواد القانونية المطبقة في ذلك .

4- أهداف البحث :

والهدف من هذه الدراسة :

-توضيح مفهومي الزواج والطلاق وأهميتهما في نظر الفقه المالكي والقانون الجزائري.

-بيان المواد القانونية التى يقوم عليها الزواج والطلاق في قانون الأسرة والفقه المالكي .

-بيان وتحصيل المصادر التى يستمد منها قانون الأسرة الجزائري في تشريعه للقوانين .

5- المنهج المتبع في البحث :

اعتمدنا في أثناء دراستنا لهذا الموضوع على المنهج الاستقرائي من خلال استقراء نصوص الفقه المالكي والنصوص قانون الأسرة الجزائري فيما يخص موضوع الزواج والطلاق، والمنهج التحليلي.

المنهجية :

- كتب الفقه والأحاديث

-عرفنا الأعلام

-رجعنا إلى مراجع القانون والأسرة الجزائري القواميس.

-توثيق الأحاديث .

6- صعوبات البحث :

من بين الصعوبات التى واجهتنا :

-قلة المصادر والمراجع القانونية خاصة بعد التعديل الجديد لقانون الأسرة حيث نجد أن بعض فقهاء القانون لا يطيلون الشرح أثناء تناولهم لمواد القانونية .

-سعة الموضوع من الناحية الفقهية مما صعب علينا ضبط المعلومة .

-وكذلك وجود معلومات لكنها موزعة في مختلف المراجع ، مما صعب استقرائها وجمعها في مادة واحدة .

-إضافة إلى ذلك فهمنا القاصر وقلة زادنا العلمي في ما يتعلق بالموضوع .

7- الدراسات السابقة:

أثناء فترة بحثنا في موضوع لم نجد من تطرق لهذا العنوان بالخصوص خاصة في ما يتعلق بقانون الأسرة لكن هناك من تطرق اليه بشكل عام .

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر بعنوان أركان وشروط النكاح بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي ، بحيث كانت دراستهم شاملة لجميع المذاهب بينما نحن سلطنا الضوء على قانون الأسرة الجزائري في الفقه المالكي ، وكانت من اعداد الطالبين شربول لخضر وبسياس بولرباح ، تحت اشرف الاستاذ زغمي نعيمي ، كلية العلوم الانسانية جامعة عمار ثليجي الاغواط .

إضافة إلى دراسة سابقة تتمثل في أطروحة دكتوراه بعنوان الزواج وانحلاله وقانون الأسرة الجزائري من إعداد الطالب سعادي لعلاء ، باشراف الدكتور بن لملحة الغوثي ، كلية الحقوق جامعة الجزائر

8- خطة البحث:

ومن أجل تغطية جوانب الموضـــوع اعـتمدنا على خطة اشتملت على العناصر التالية :

الفصل الأول :الزواج والطلاق

المبحث الأول :ماهية الزواج

المطلب الأول :مفهوم الزواج لغة واصطلاحا

المطلب الثاني :حكم الزواج

المطلب الثالث :أركان الزواج وشروطه

المبحث الثاني :ماهية الطلاق

المطلب الأول :مفهوم الطلاق لغة واصطلاحا

المطلب الثاني :حكم الطلاق

المطلب الثالث :أقسام الطلاق

الفصل الثاني :تطبيق الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري .

المبحث الأول :علاقة الفقه المالكي بالقانون الجزائري ومدى التزام المشرع بالمذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري .

المطلب الأول :ماهية القانون الجزائري .

المطلب الثاني :علاقة الفقه المالكي بالقانون الجزائري .

المطلب الثالث :مدى التزام المشرع بقانون الأسرة الجزائري .

المبحث الثاني :تطبيق الفقه المالكي في باب الزواج .

المطلب الأول: الزواج أركانه وشروطه .

المطلب الثاني :الصداق والمهر .

المطلب الثالث :ولاية الزواج في الفقه المالكي .

المبحث الثالث :تطبيق الفقه المالكي في باب الطلاق .

المطلب الأول : إنحلال الرابطة الزوجية

المطلب الثاني :صور إنحلال الرابطة الزوجية .

المطلب الثالث :الطلاق وأثاره

خاتمة

الفصل الأول: الزواج والطلاق

شـرع الله الزواج كوسيلة للاستقرار والتناسل والحفاظ على النوع الانساني وسكون كل من الزوجين الى الآخر نظرا للكيان الذي يجمع شملهما بعد الزواج ، بحيث يصبح كل واحد منهما لباسا للأخر لقوله تعالى ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾[1] وبهذا يكون قد أوْلى الإسلام الزواج عنـــاية كبرى وجعله من أوثق العـلاقات بين الناس والمتتبع لنصوص التشريع في القرآن والسنة يجد أن للزواج أركان وشروط وأحكام ويجب مراعاتها، وعليه تطرقنا في هذا المبحث الى ثلاث مطالب ذكرنا فيها ماهية الزواج وحكمه وشروطه وأركانه وحاولنا اختصار المبحث قدر الامكان لتوفره على مراجع ودراسات سابقة وحاولنا الالمام بالأساسيات على النحو الأتي :

[1] سورة البقرة ، الآية 187.

دعا الدين الإسلامي إلى ضرورة الزواج ونهى عن التفكير بالتبتل ، والتبتل عن الزواج هو تركه والزهد فيه ، وقد جعل الله الزواج من سنن الرسل والإنبياء ، وفقد قال الله تعالى في القرآن في سروة الرعد " ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية.8

المبحث الأول :ماهية الزواج

يعقد عقد الزواج عقدا مقدسا فهو ليس عقد تمليك لعين أو منفعة كالبيع والإجارة ، وعليه الزواج كالتالي

المطلب الأول : مفهوم الزواج لغة واصطلاحا .

فرع الأول : تعريف الـــزواج لغة :الـــزواج هو زوج الشـئ بالشئ وزوجـــه اليه [1]قرنه وفي التنزيل قــوله ﴿ كَذَٰلِكَ وَزَوَّجْنَٰهُم بِحُورٍ عِينٍ ﴾[2] أي قرناهم وجاء في الوسيط[3] زوج الأشياء تزوجا وزواجا قرن بعضها ببعض وفلانا امرأة وبها جعله يتزوجها .والزواج اقتران الزوج بالزوجة أو الذكر بالأنثى .وقوله تعالى ﴿ ٱحْشُرُواْ ٱلذِينَ ظَلَمُواْ وَأَزْوَٰجَهُمْ وَمَا كَانُواْ يَعْبُدُونَ﴾[4]

كما جاء في مختار الصحاح[5]:استعملت كلمة الزواج في لغة العرب بمعنى الاقتران والازدواج وقال صاحب مختار الصحاح —والزواج والمزاوجة والازدواج بمعنى-

---

[1] ابن منظور .كتاب لسان العرب .تولى تحقيق لسان العرب نخبة من العاملين .بدار المعارف —هم الاساتذة عبد الله على الكبير —محمد أحمد حسن الله — هاشم محمد الشاذلي —دار المعارف —القاهرة 1119(ب-د-ت) باب الزي ص1886

[2] سورة الدخان الأية 50

[3] شوقي ضيف رئيس المعجم الوسيط ، أشرف على هذا الطبعة مجمع اللغة العربية شعبان عبد العاطي عطية وكيل الوزراء .أحمد حامد حسن المدير العام للشؤون المالية والادارة وجمال مراد حلمي كبيرا الباحثين ومن مكتبة الشروق الدولية عبد العزيز النجار مدير النشر مكتبة الشروق .ط4،سنة 1425هـ 2004م.

[4] سورة الصافات .الاية 22

[5] زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر عبد القادر الحنفي الرازي متوفي 666هـ ،مختار الصحاح ،تح يوسف الشيخ الناشر المكتبة العصرية الدار النموذجية —بيروت صيدا .ط5 .(1420هـ -1999).ج2 ص 119

الفرع الثاني: تعريف الزواج اصطلاحا :

هو عقد يفيد حل استمتاع [1]كل من العاقدين بالأخر على الوجه المشروع ، وعلى شكل القصد والتقيد بالقصد لئلا يشمل العقد بالحل ضمنا ، كملك اليمين الذي يثبت بشراء أو هبة أو ميراث وان أشرف العقود في الشرع الله تعالى من هو عقد النكاح الذي هو سبب الخير والصلاح ولهذا خص بالاشهاد من العدول وحضرة الأولياء من الفروع والأصول صيانة عن التجاحد والعناد.

ويطلق المالكية على الزواج بأنه عقد لحل استمتاع بأنثى غير محرم أو مجوسة وأمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلا.[2]

ويطلق النكاح على الوطء وعلى العقد وهو الكثير والغالب في القرآن الكريم قال تعالى (يَـٰٓأَيُّهَا ٱلذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُومِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ)[3] وعقد النكاح في الشرع بين لكل من الرجل والمرأة حقوق ووجبات وهو حفظ النوع الانساني .[4]

المطلب الثاني :حكم الزواج

لقد وضعت الشريعة لحفظ مصالح العباد[5] في العاجل والآجل وأن تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق وهذه المقاصد ثلاثة أقسام :

---

[1] التواتي بن التواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ،كتاب الأحوال الشخصية ، دار الوعي للنشر والتوزيع ، حي الثانوية رقم 142، رويبة الجزائر ، ط1 ، 1430هـ.2002م.ص49

[2] أبو العباس أحمد ابن محمد الحلوفي الشهير بالصاوي المالكي ،كتاب بلغة الماسك والترج الصغير ، دار المعارف لنشر ، (د.ط) ، (د.ت).ص332.

[3] سورة الأحزاب الأية 49

[4] صادق عبد الرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مؤسسة الريان لطبعة والنشر والتوزيع ، بيروت .لبنان ، ط1 ، 1423.2002 ، ج2 ، ص491

[5] مـراد بن سعيد ، **الميسر في أحكام الزواج والطلاق عند المالكية** ، دار الهدى لـطباعة والنشر والتـوزيع ، عين مليلة .الجزائر ،رقـم الطبعة 2015/133، ص98

القسم الأول :الضروريات وهي التى لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا وجمعت في خمسة أنواع وهي حفظ الدين والنسل والمال والعقل .

القسم الثاني :الحاجيات ويحتاج إليها الإنسان على سبيل التوسيع ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة للاحقة .

القسم الثالث :التحسينات وترتبط بمحاسن العبادات التى تتطلبها النفس ، البشرية أما التى تأنفها العقول البشرية كالمدنسات في التى تتجنبها ..

ولقد شرع الزواج في الاسلام ، وفيه مقاصد لصالح البشر في دنياهم وآخرتهم، وحكمه، في الإسلام على السبيل الايجاز وهو الوجوب على من قدر على مؤنته وخشى على نفسه العنت والوقوع في الحرام ويسن على من قدر عليه ولم يخف العنت والوقوع فى الحرام لقوله صلى الله عليه وسلم "يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"[1]

كما جاء في مدونة الفقه المالكي[2] :للحبيب بن الطاهر أن الأصل في النكاح دون اعتبار لحالة الشخص أنه مندوب ودليل الأمر قوله تعالى (فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ)[3] وقوله تعالى

[1] رواه مسلم في كتاب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه اليه ووجد مؤونة رقم الحديث 1400، الكتاب المسند الصحيح ،أحمد بن الحاج أبو الحسن القشتري النيسايوري متوفي 261هـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار أحياء التراث العربي بيروت

[2] لحبيب بن طاهر ، الفقه المالك وأدلته ،مؤسسة المعارف للطباعة والنشر ، بيروت .لبنان .ط3. ، 2005، ج3، ص184

[3] سورة النساء الأية 03

(وَأَنكِحُواْ ٱلأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ)[1]وعن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال "تزوجوافاءني مكاثربكم الأمم"[2] أمر بالنكاح الا أن الأمر محمول على الندب .

وجاء في مدونة الفقه المالكي أن:الأصل في النكاح أنه مندوب [3]، فهو سنة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم وسنة الأنبياء قبله ، قال تعالى (وَلَقَدۡ أَرۡسَلۡنَا رُسُلٗا مِّن قَبۡلِكَ وَجَعَلۡنَا لَهُمۡ أَزۡوَٰجٗا وَذُرِّيَّةٗ)[4]

وقوله عز وجل (يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَحۡلَلۡنَا لَكَ أَزۡوَٰجَكَ ٱلَّٰتِيٓ ءَاتَيۡتَ أُجُورَهُنَّ)[5]

وقد خص النبي عليه الصلاة والسلام على النكاح وندب اليه ، فقد جاء عنه في صحيح السنة "يامعشر الشباب من استطاع منكم الباء فاليتزوج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فاءنه له وجاء " وصح عنه صلى الله عليه وسلم قوله "لكني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني "[6] ، وهذا في الرد على النفر الثلاثة الذين انقطعوا للعبادة وتركوا الزواج ، فدل بذلك على أن الزواج أفضل من التفرغ للعبادة ، هذا هو الاصل في النكاح لعامة الناس ، لكن قد يتعرض الانسان مايصير النكاح في حقه واجبا ، وذلك اذا كان قادر على تكاليف ويخش الزنا ، بتركه وقد يعرض له مايصيره في حقه حرام ،

---

[1] سورة النور الأية 32

[2] رواه أبو داود صحيح سنن أبي داود ، للامام الحافظ سليمان بن الاشعث السخبلتاني ، متوفي 675هـ ، تأليف محمد ناصر الدين الألباني ،كتاب النكاح باب تزويج الأبكار حديث رقم 2050 مكتبة المعارف ، للنشر والتوزيع ،ط1 ،1998،1419

[3] مدونة الفقه المالكي ، مصدر سابق ، ج2 ، ص491-492

[4] سورة الرعد ، الأية 39

[5] سورة الأحزاب ، الأية 50

[6] رواه البخاري ،كتاب النكاح ، باب التغريب في النكاح لقوله تعالى فانكحوا مطاب لكم من النساء ، رقم 5063

وذلك اذا ترتب عليه الضرر بالمرأة ، مثل عدم الانفاق عليها أو الانفاق عليها من حرام ، أو عدم الوطئ أو كان لايخش على نفسه الزنا بتركه ، وقد يكون مباحا ، وذلك في حق من لايولد له ولاارب له في النساء مثل الشيخ الكبير والمريض .

وقد يكون مكروه، وذلك في حق من لا يشتهي النساء ولا يرجو نسلا ويخش أن يقطعه النكاح عن عبادة اعتادها [1]

والمرأة في ذلك كالرجل فقد يكون النكاح في حقها واجبا ، إذا خافت الزنا بتركه ، وهي قادرة على القيام بحق الزوج ويكون في حقها حرام ، إذا لم تخش الزنا وعملت من نفسها عدم القيام بحق الزوج وكذا

المطلب الثالث :أركان وشروط الزواج

الفرع الأول :أركان الزواج

المالكية قالو أركان الزواج خمسة:[2]

أحدهما ولي للمرأة [3] يشترط الأتية :فلا ينعقد النكاح عندهم بدون ولي ثانيهما الصداق فلا بد من وجوده ولكن لا يشترط ذكره عند العقد ثالثهما زوج رابعهما زوجة خالية من الموانع الشرعية كالإحرام والعدة خامسهما الصيغة والمراد بالركن عندهم ما لا توجد الماهية الشرعية الا به فالعقد لايتصور الإ من عاقدين وهما الزوج والولي ومعقود عليه وهما المرأة والصداق والصيغة ، الصيغة وهي اللفظ الذي يتحقق به العقد

[1] محمود على السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الفكر للنشر وتوزيع ،ط3، 2010، د.ج ، ص14

[2] عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس أبو عمر جمال الدين ابن الحاجب الكردي المالكي المتوفي سنة 646هـ ، جامع الأمهات ، المحقق أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري ، دار النشر ، اليمامة للطباعة والنشر ، ط2 ، 2000، ج1 ، ص255

[3] عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، (دط) ، 2003، ج4 ، ص16-17

شرعا وبذلك يندفع ماقيل :أن الزوجين الذاتان والعقد معنى فلا يصح كونهما ركنين له وماقيل أن الصداق ليس ركنا ولا شرطا لأن العقد يصح بدونه وما قيل أن الصيغة والولي شرطان لا ركنان لخروجهما عن ماهية العقد ذلك انما يرد ، اذا أريد ماهية العقد الحقيقية مقصورة على الايجاب والقبول والارتباط بينهما ، أما إذا أريد من الركن ما لاتــوجد الــماهية الشرعية الإ بــه سواء كان هو عين ماهيتها أولا فلا إيراد.

الفرع الثاني:شروط الاركان

أولا :المالكية قالو بأن لكل ركن من أركان النكاح المتقدمة شروط فيشترط في الصيغة شروط :

الشرط الأول : أحدهما أن تكون بألفظا مخصوصة وهي أن يقول الولي زوجت أو نكحت [1] أو يقول له زوجني فلانة ومتى تلفظ الولي أو الزوج بلفظ الانكاح أو التزويج فيكفي أن يجيبه الآخر بما يدل على القبول بأي صيغة فأن يقول قبلت أو رضيت أو نفذت أو أتممت ولا يشترط أن يقول :قبلت نكاحها أو زواجها .

ثانيا :**الشرط الثاني**:الفور [2] أن لايفصل بين الإيجاب والقبول فاصل طويل يقتضي الاعتراض فإذا قال الولي زوجتك فلانة قال الزوج قبلت ذلك الزواج ولا يضر الفاصل اليسير :مثال أن يفصل بخطبة قصيرة

ثالثا :**الشرط الثالث** :أن لا يكون اللفظ مؤقتا بوقت كأن يقول للولي زوجيني فلانة شهرا كذا ، أو يقول قبلت زواجها مدة شهرا بكذا وهذا هو النكاح المتعة المنهي عنه

[1] الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سابق،ص24.

[2] عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري شرح الزرقاني على مختصر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ،2002.

رابعا :الشرط الرابع :أن يكون مشتملا على الخيار أو على شرط يناقض العقد

ويشترط في الولي ثمانية شروط:

الذكورة الحرية[1] العقل البلوغ وعدم الإحرام وعدم الكفر إذا كان وليا لمسلمة أما ولاية الكافر لمثله صحيحة وعدم السفه ...، إذا لم يكن عاقلا أما إذا كان سفيها ولكن اذا كان ذا عقل ورأى فإن سفيهه لا يخرجه عن الولاية فله حق إجبار المرآة عدم الفسق.

الصداق[2] أن يكون مما يملك شرعا فلا يصح الصداق إذا كان خمرا أو خنزيرا أو ميتة ، أو كان مما لا يصح بيعه كالكلب أو كان جزء صحيحة فإذا وقع العقد على صداق من هذه الاشياء كان فاسدا ويفسخ وجوبا قبل الدخول فاءذا دخل بها فاءن العقد يثبت بصداق المثل .

أما الشهادة عند مالك أنها ليست شرط [3] لإنشاء العقد بل الشرط لإنشاء العقد مطلق الإعلان والشهادة شرط لحل الدخول أي أنها ليست شرط للإنعقاد ، ولكنها شرط لترتيب الأثار والشهادة وحدها لا تكفي للإعلان وأن الشاهدين إذا تواصيا بالكتمان ، لا ينشأ العقد بل لا بد من توافر الاعلان للانعقاد ثم تتعين الشهادة لترتيب الآثار .

[1] أحمد غانم أو غنيم ابن سالم ابن منها شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد الفيرواني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،ط1 ،1997، ج2 ، ص10

[2] عبد الرحمان الجزري ،الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سابق ،ج4 ، ص25 ،

[3] محمد أبو زهر ، محاضرات في عقد الزواج وأثاره ، دار الفكر العربي للنشر ، د.ط ، د.ت ، ص93

المحل وهما الزوجان الخاليان من الموانع الشرعية كالاحرام بالحج أو العمرة أو المرض والعدة بالنسبة للمرأة بصيغة تدل على الرضا من الزوج والولي أو من كليهما .[1]

خامسا :شروط الزوج [2]

-أن يكون أهلا لصدور اللفظ منه وذلك بالعقل والتميز وقيل العقل والبلوغ

-التراضي من الزوجين أو من من يقوم مقامهما لأن العقد لهما فاءعتبر تراضهما به كالبيع فاءن كان الزوج بالغا عاقلا لم يجز بغير رضاه وليس هناك من يملك اجباره على الزواج .

-أن يكون الزوج مسلما ان كانت الزوجة مسلمة فاءن عقده على غير المسلمة باطل وذلك بنص الأية الكريمة (وَلاَ تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُومِنُواْ وَلَعَبْدٌ مُّومِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوَ اَعْجَبَكُمْ وَٱوْلَٰٓبِكَ يَدْعُونَ إِلَى ٱلنَّارِ)[3]

خامسا :شروط الزوجة:

على الزوجة أن تكون مستكملة للشروط الآتية [4]أن تكون خالية من الموانع فلا يصح العقد على الرجل ولاعلى الخنثى المشكل ولا على الوثنية ولا على المحرمة بالنسب أو رضاع أو مصاهرة ، أن لا تكون المرأة

---

[1] أحمد بن غانم أو غنيم بن سالم بن مهنا شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي ،مرجع نفسه ، ج2 ، ص4

[2] التواني بن تواني ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ،كتاب الاحوال الشخصية ، دار الوعي للنشر والتوزيع ، حي الثانوية ، رقم 142، رويبة الجزائر ، ط1، 2002، ص170

[3] سورة البقرة ، الأية 221

[4] تواتي بن التواتي ،المبسط فى الفقه المالكي ، مرجع سابق ، ج4 ، ص175

زوجة للغير أو معتمدة منه لقوله تعالى [1] (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ)

الفرع الثالث :شروط النكاح

ان لعقد الزواج أربعة أنواع من الشروط هي شروط الانعقاد وشروط الصحة وشروط النفاذ وشروط اللزوم وهي كالتالي:

شروط الانعقاد :وهي الشروط التي يلزم توافرها في أركان العقد أو في أسسه واذا تخلف شرط منها كان العقد باطلا بالاتفاق ويقرها البعض بأنها الشروط التى يلزم توافرها لترتيب الأثر الشرعي على العقد [2] ويشترط لانعقاد الزواج شروط في العاقدين الرجل والمرأة وشروط في الصيغة الايجاب والقبول[3] .

أولا:شروط العاقدين

يشترط في عاقدي الزواج شرطان

---

[1] سورة النساء الأية 23

[2] وهبة بن مصطفى الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، دار الفكر ، سوريا ، ط7 ، 1997، ص47

[3] علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكساني الحفني ، متوفي 587هـ ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، بدون محقق ، دار الكتب العلمية ، ط2 ، 1986، ج2 ، ص232

أ-أهلية التصرف :وهي أن يكون العاقد لنفسه أو لغيره أهلا لمباشرة العقد وذلك بالتميز فقط فإذا لم يكن مميز لم ينعقد الزواج .

ب-سماع الكلام الأخر :أن يسمع كل من العاقدين لفظ الأخر ولو حكما كالكتاب إلى إمرأة غير حاضرة ويفهم أن المقصود منه إنشاء الزواج.

ثانيا :شروط المرأة

يشترط في المرأة من أجل انشاء عقد الزواج شرطان

أ- أن تكون أنثى محققة الأنوثة فلا ينعقد الزواج على الرجل أو الخنثى المشكل .[1]

ب-أن لا تكون محرم على الرجل تحريما قطعيا لا شبهة فيه ، فلا ينعقد الزواج على المحارم كالبنت والأخت والعمة والخالة المتزوجة بزوج أخر والمعتدة والمرأة المسلمة بغير مسلم .

ثالثا:شروط صيغة العقد

وهي الايجاب والقبول ويشترط فيها أربعة شروط

أ-اتحاد المجلس اذا كان العاقدان حاضران أي أن يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد فإن اختلف المجلس فلا ينعقد العقد

ب-توافق القبول مع الايجاب ومطابقته له بتحقق التوافق بإتحاد القبول والايجاب في محل العقد

[1] وهو الذي لايتبين أمره أهو رجل أم أنثى

ج-بقاء الموجب على ايجابه يشترط عدم رجوع الموجب عن الايجاب قبل قبول العاقد الاخر فإن رجع بطل العقد.

د-التنجيز في الحال الزواج كالبيع يشترط فيه كونه في الحال فلا يجوز في المذاهب الأربعة كونه مضافا الى مستقبل كتزوجك غدا أو بعد غد ولا معلقا على شرط غير كائن كتزوجك ان قدم زيد لأن عقد الزواج من عقود التمليكات أو المعاوضات وهي لاتقبل التعليق ولا الاضافة ولأن الشارع وضع عقد الزواج ليقيد حكمه في الحال والتعليق والاضافة يناقضان الحقيقة الشرعية .[1]

هـ-شروط صحة الزواج:وهي الشروط التى لايعتبر العقد بغيرها موجودا وجودا يحترمه الشارع وتثبت بها الاحكام التى ناطها بالعقد .[2] وشروط صحة الزواج يجب توافرها ليصير العقد صالحا لترتيب الأثر الشرعي عليه فاءذا تخلف شيئ منها لم يكن العقد صالحا لترتيب الاثار عليه وشروط صحة الزواج بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيها .[3]

أولا/ الشروط المتفق عليها :

1- المحلية الفرعية :ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤقتا أو تحريما فيه شبه أو فيه خلاف بين الفقهاء ،كتزويج المعتدة من طلاق بائن ، وتزويج أخت المطلقة التي لاتزال في العدة ، وكتزوج العمة على إبنة أخيها والخالة على ابنة أختها فإذا لم تتحقق هذه المحلية الفرعية كان العقد فاسدا عند

[1] معني المحتاج الى معرفة معاني الالفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي ، متوفي 977هـ ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1994 ، ج3 ، ص191

[2] محمد أبو زهرة ،محاضرات في عقد الزواج وأثاره ، دار الفكر العربي ، مصر ، ط2 ، 1971، ص91

[3] ابن عابدين ،دار المحتار على الدار المختار ، شرح تنوير الابصار ، دار الكتب العلمية ، الرياض ، طبعة خاصة ،2003، ج4 ، ص84

الحنفية .، وأما المحلية الأصلية وهي ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤيدا كالاخت والبنت والعمة والخالة ،فهي شرط الانعقاد الزواج ، فإذا لم تتحقق هذه المحلية ، كان العقد باطلا بالإتفاق ولا يترتب عليه أي أثر من أثار الزواج.

2-التأبيد في صيغة العقد

إن أقتّ الزواج بمدة بطل العقد بأن يكون بصغة التمتع مثل تمتعت بك الى شهر كذا ، فتقول قبلت أو بالتأقيت إلى مدة معلومة أو مجهولة مثل تزوجتك الى شهر أو سنة كذا وهذا النوع يعرف الأول بنكاح المتعة والثاني بنكاح الوقت.

3 – أن لايكون أحد الزوجين أو كلاهما في مرض مخوف

وهو شرط فلا يصح نكاح المريض أو المريضة المخوف عليهما.

والمرض المخوف هو مايتوقع منه الموت عادة يفسخ الزواج ان وقع ولو بعد الدخول إلا أن ينفي المريض قبل الفسخ.

4 –الرضا والاختيار:وهو شرط فلا يصح الزواج بغير رضا العقدين فأن أكره أحدهما على الزواج بالقتل أو بالضرب الشديد كان العقد فاسدا لقوله صلى الله عليه وسلم « إن الله تجاوز لي عن أمتى الخطأ والنسيان وما إستكرهوا عليه » .[1] وروي عن عائشة أنها قالت:جاءت فتاة الى الرسول صلى الله

[1] البيهقي السنن الكبرى ،كتاب الخلع والطلاق باب ماجاء في طلاق المكره ، رقم الحديث 1694، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 2003 ، ص415

عليه وسلم فقالت :يارسول الله ان أبي زوجني إبن أخيه يرفع بي خسيسته ، فجعل الأمر اليها قالت قد أجزت ماصنع أبي ، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للأباء من الأمري شيئ .ويدل الحديثان على أن الرضا شرط لصحة الزواج والإكراه يعدم الرضا فلا يصح معه الزواج.

5 –الصداق

الصدق أو المهر هو المال الملتزم للمخطوبة لملك عصمتها [1] والأصل في مشروعية الصداق الكتاب والسنة والاجماع أما من الكتاب قوله تعالى (وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا)[2]وأما من السنة قوله صلى الله عليه وسلم للصحابي الذي أراد أن يتزوج وليس معه شيء "**إذهب فاطلب ولو خاتما من حديد**"[3] وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون على المشروعية في الصداق في النكاح شرط أن يكون الصداق له قيمة مالية مقومة وطاهرة يصح الانتفاع به أن يكون مقدورا على تسلمه فلا يجوز أن يكون مال في حوزة شخص أخر .

6 –الشهادة:

عرفت الشهادة عند الفقهاء بعدة تعريفات واختلفت التعاريف بسبب إختلاف نوع الأداء فإن كان

[1] محمد بن أحمد بن محمد عليش ، أبو عبد الله المالكي المتوفي 1299هـ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، بيروت ، (دط) ، (ت.ن) ، 1989،

[2] سورة النساء الآية 04.

[3] رواه البخاري ، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم ، صحيح البخاري ، محمد بن اسماعيل ابو عبد الله البخاري الجعفي ، تحقيق محمد زهير ابن ناصر الناصر ، الناشر ، دار طواق النجاة ، ط1 ،كتاب النكاح باب التزويج على القرآن وبغير صداق ، رقم 5149، ص1313

الأخبار بحق للغير فهو الشهادة وان بحق للمخبر أخر فهو الدعوى أو بالعكس وهو الإقرار ،فالشهادة هي الأخبار بما علمه الشاهد أما في عقد النكاح فهي ليست أخبارا وانما هي تحمل للشهادة أولا لصحة العقد ثم أداء لها في مجلس القضاء عند الحاجة فلا تكون الشهادة ملزمة بدون القضاء فهي الأخبار بلفظ الشهادة بإثبات حق أحد في ذمة الآخر، والشهادة مشتقة من المشاهدة وهي المعاينة ومن الشهود والحضور لأن الشاهد يحضر حين تحمل الشهادة وأدائها في مجلس القضاء .[1]

ثانيا :الشروط المختلف فيها

1 –عدم الإحرام بالحج أو العمرة

لايصح الزواج اذا كان أحد العاقدين محرما بحج أو عمرة ولايجوز نكاح المحرم ولا انكاحه لقوله صلى الله عليه وسلم"لاينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب "[2]وهذا نهي صريح للمحرم بحج أو عمرة أن يتزوج أو يزوج غيره وهذا النهي يدل على فساد المنهي عنه .

2–**عدم التواطؤ** على كتمان العقد :وهو شرط أيضا عند المالكية ، فإذا أحدث التواطؤين الزوج والشهود على كتمان الزواج على الناس أو عن جماعة بطل الزواج .

فإن كان الإيصاء للشهود بالكتمان من الولي فقط أو الزوجة فقط دون الزوج أو إتفق الزوجان والولي

[1] قاسم بن عبد الله بن أمير على القانون الرمي الحنفي المتوفي 978هـ ، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، المحقق يحي حسن مراد ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2004 ، ص235 .236

[2] رواه مسلم الجامع المسند صحيح مسلم ، أحمد بن الحجاج أبو الحسن القشتري النيسابوري ، كتاب النكاح باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته رقم 1410 ، دار الاحياء التراث العربي بيروت

على الكتم دون إيصاء الشهود أو أوصى الزوج الولي والزوجة معا أو أحدهما على الكتمان لم يضر ولم يبطل العقد [1]

3-**الولي** :وهو شرط فلا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا فلو زوجت امرأة نفسها أو غيرها أو وكلت غيرها ولياالها في تزويجها ولو باءذن وليها لم يصح نكاحها لعدم وجود شرط وهو الولي .

4-شروط نفاذ العقد :هي التى يتوقف عليها ترتب أثر العقد عليه بالفعل بعد انعقاده وصحته فإذا تخلف شرط منها كان العقد عند الحنفية والمالكية موقوفا [2] ويقصد بشرط نفاذ عقد الزواج كذلك ، هي تلك الشروط التى تشترط لنفاذ العقد وعدم توقفه على ايجازة أحد بعد انعقاد صحيحا وشروط نفاذ عقد الزواج هي خمسة كالتالي [3]:

1-أن يكون كل من الزوجين كامل الأهلية اذا تولى عقد الزواج بنفسه أو بوكيل عنه وكمال الاهلية بالعقل والبلوغ والحرية.أما ان لم يتوفر هذا الشرط يصبح العقد باطل

2-أن يكون الزوج رشيدا اذا تولى الزواج بنفسه هذا شرط عند المالكية فإذا كان سفيها غير رشيد ، وهو الذي لايحسن التصرف في ماله وتزوج بدون اذن الولي يتوقف عقد زواجه عند المالكية .

[1] محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، (متوفي 1230هـ)حاشية الدسوقي على شرح الكبير ، دار الفكر ، د ط ،ج2 ،ص ص236 237

[2] وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ، ج7 ،ص47

[3] علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكساني الحفني ، متوفي 587هـ ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مرجع سابق، ج2 ، ص233

3-ألا يكون العاقد وليا أبعد مع وجود الولي الأقرب المقدم عليه وهو شرط نفاد والمالكية [1] قالو ان كان الولي الأقرب غير مجبرا كالابن والاخ والجد والعم ، كان العقد صحيحا مكروها ، وإن كان الولي الأقرب وليا مجبرا (وهو الأب) فسخ العقد أبدا الا إذا أجازه الولي الأقرب وكان الذي تولاه مفوضا إليه الامر بالبينة

4-إلا يخالف الوكيل موكله فيما وكله به ، فإذا وكل شخص غيره ليزوجه فتاة معينة بمهر معين ، فزوجه فتاة غيرها أو زوجة بمهر أكثر لم ينعقد العقد وكان موفوقا على ايجازة الموكل ويبقى الايجازه له اذا لم يعلم حتى دخل اما اجازته أو فسخه.

5 -أن لايكون العاقد فضوليا والفضولي هو: من لا يكون له ولاية التزويج وقت العقد وهو شرط عند المالكية فإذا زوج شخص امرأة لرجل وقبل عنه دون ولاية ولا وكالة عنه وقت العقد كان الزواج موقوفا على إجارة الزوج.

6-شروط اللزوم

هي التي تلزم لدوام العقد وبقاء أثاره فلا يكون صالحا للفسخ أو الاعتراض عليه متى تحقق فإن فقد شرط منها مع توفر الشروط السابقة كان العقد صحيحا نافذا غير لازم [2] وهي التي يتوقف عليها

[1] أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي –الشهير بالصاوي المالكي (متوفي 241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على شرح الصغير (الشرح الصغير هو الشيخ الدردير –المسمى اقرب المسالك لمذهب لمذهب الامام مالك ، دار المعارف ،(د ط) ،ج2 ،ص363

[2] بدران أبو العينين بدران ، أحكام الزواج والطلاق في الاسلام ، دار التأليف ، مصر ، ط2 ، 1961، ص55

استمرار العقد وبقاؤه ، فإذا اختلف شرط منها كان العقد جائزا أو غير لازم وهو الذي يجوز لاحد العاقدين أو لغيرهما فسخه [1] ويشترط للزوم الزواج أربعة شروط هي: [2]

1-أن يكون الولى المزوج لفاقد الاهلية كالمجنون والمعتوه .الاب أو الجد

2-أن يكون الزوج كفئا للزوجة اذا زوجت المرأة الحرة البالغة العاقلة نفسها والكفاءة في الزوج شرط للزوم الزواج لا لصحته فيصح النكاح مع فقدها .

3-أن يكون المهر بالغا مهر المثل اذا زوجت الحرة العاقلة البالغة نفسها من غير كفأ.

4-الخلو من العيوب التى لا ترضى بهم الزوجة .

المبحث الثاني :ماهية الطلاق

المطلب الأول :تعريف الطلاق لغة واصطلاحا

رغم أن الاسلام قدس الزواج ووضع له من القواعد ما يضمن بقاءه وإستمراره الى أنه قد تحدث وتسوء العشرة بين الزوجين وتتعثر الحياة الزوجية وتفشل ، لذا شرع الاسلام إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق وهذا ما نتعرض له في المبحث التالي ، من تعريف لغوي واصطلاحي للطلاق .

[1] وهبة الزحيلي ، فقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ج7 ، ص47

[2] الكساني ، مرجع سابق ، ج2 ، ص315 .

الدردير ، مرجع سابق ، ج2 ، ص396 .

فرع الأول: تعريف الطلاق لغة

ط–ل–ق –طلق –وطليق الوجه [1] وقد أطلق من باب ظرف ورجل طلق اليدين أي سمح وامرأة طلق اليدين أيضا ورجل طلق اللسان وطلق اللسان وطليق اللسان، ولسان طلق ،واطليق والطلق، وجع الولادة ،وقد طلقت تطلق على ما لم يسم فاعله، ويقال غد الفرس، طلقا أو طليق أي شوطا أو شوطين وأطلق الأسير خلاه وأطلق الناقة، من عقالها فطلقت هي بالفتح وأطلق يده بالخير وطلقها أيضا بالتخفيف والطليق الأسير الذي أطلق عنه اساره وخلى الذهاب واستطلاق البطن مشيه وطلق امرأته تطليقا وطلقت هي تطلق بالظم طلاقا فهي طالق وطالقه أيضا :قال الأخفش[2]:لا يقال طلقت بالظم، وجاء في المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ط–ل–ق طلق الرجل امرأته[3] تطليقا فهو مطلق فاءن كثر تطليقه للنساء قيل مطليق ومطلاق والاسم الطلاق وطلقت هي تطلق من باب قتل وفي لغة من باب قرب فهي طالق بغيرها وكلهم يقول طالق بغيرهاء يقال أراد طالقة غدا وانما اجترأ عليه لأنه يقال طلقت فحمل النعت على الفعل وامرأة طالق طلقها زوجها وطالقة غدا فصرح بالفرق لأن الصفة غير واقعة اذا كان النعت منفردا به الأنثى دون الذكر لم تدخله الهاء نحو طالق وطامث وحائض لأنه لايحتاج الى فارق الاختصاص الأنثى به يقال طالق وطالقة ويقال امرأة ذات طلاق وذات حيض أي هي موصوفة بذلك حقيقة ولم يجروه على الفعل

[1] زيد الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر عبد القادر الحنفي الرازي متوفي 666هـ ،مختار الصحاح ،المحقق يوسف الشيخ الناشر المكتبة العصرية الدار النموذجية –بيروت صيدا .ط5 .1420هـ -1999 .ج1ص 192

[2] الأخفش الكبير شيخ العربية أبو الخطاب البصري ، يقال اسمه عبد الحميد ابن عبد المجيد تخرج به سيبويه وحمل عنه النحو لولا سبويه لما اشتهر وأخذ عنه أيضا ، عيسى ابن عمر النحوي وغيره وله أشياء غريبة ينفرد بنقلها عن العرب ، لم أجد له وفاة . سير أعلام النبلاء لشمس الدين أبو عبيد الله بن عثمان بن قايماز الذهبي ،ج7 ، ص25

[3] أحمد بن محمد بن على الفيومي ثم الحصوي أبو العباس (المتوفي 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، الـــمكتبة العلمية ، بيروت ، ج2 ، ص376

ويحكى عن سيبوه[1] أن هذه نعوت مذكرة وصف بهن الإناث كما يوصف المذكر بالصفة المؤنثة نحو علامة ونسابة وهي سماع وقال الفارابي[2] نعجة طالق بغير هاء اذا كانت مخلاة ترعى وحدها فالتركيب يدل على الحل والانحلال وجاء في كتاب مقياس اللغة :[3] ومن البـــاب عد الفرس طلقا أو طلقتن وامرأة طالق (طلقيها) وطالقة غدا وأطلقت الناقة من عاقالها وطلقها فطلقت ورجل طلق الوجه وطليقة كأنه منطلق . وهو ضد الباسر لأن الباسر الذي لا يكاد يهش ولا ينفسخ ببشاشة وأهل اليمن يقولون أبسر المركب إذا وقف ويقال طلق يده بالخير وأطلق بمعنى وطالق الناقة ترسل لترعى حيث شاءت ويقال للظبي إذا مرلا يلوى على شئ وقد تطلق ورجل طلق اللسان وطليقه وهذا اللسان طلق ذلق ويقال :هذا أمر ما يطلق نفسي له أي لا تنشرح له ويقال طلق السليم ،ذا سكن وجعه بعد العداد قال تطلقه طورا وطورا تراجع فأمه يقول كما تعترى الأهوال رأس المطلق فإنه يروي كذلك بفتح اللام :المطلق هو الذي طلق من وجع السم .

الفرع الثاني :تعريف الطلاق اصطلاحا

لقد أورد الفقهاء [4] عـــدة تعاريف للـــطلاق من الناحية الشرعية بحسب المذاهب الفقهية التى ينتمون اليها ، في كل الصياغات التى قدموها بشأن هذا المصطلح كان المؤدى واحد .

---

[1] **سيبوه** امام النحو ، حجة العرب ، أبو بشر عمر بن عثمان بن قمبر الفارسي البصري برع في العربية وسادة أهل العصر ألف كتابه وسار الى بلاد فارس فإتفق موته في بشرار فيما قيل وقيل كان فيه مع فرط ذكائه حبس في عباراته وانطلاقا في قلمه

[2] **الفارابي** شيخ الفلاسفة الحكيم أبو نصر محمد بن محد بن طرفان بن أوزليغ التركي الفربي المنطقي المولود 260هـ 874 م في فراب في اقليم تركستان له تصانيف مشهورة منهاما ابتغى الهدى ظل وجار قيل أنه دخل على الملك سيف الدولة ابن حمدان بزي الترك قيل أنه دخل على الملك سيف الدولة ابن حمدان بزي الترك وكان فيما يقال يعرف بسبعين لسانا .ويقال أنه أول من اخترع القانون ذكره أبو العباس .

[3] أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسن(لمتوفي 395 هـ)، **معجم مقايس اللغة** ، المحقق عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر ، 1979 ، ج4 ، ص421

[4] مـراد بن سعيد ، الميسر في أحكام الزواج والطلاق عند المالكية ، دار الهـدى للطباعة والنشر والـــتوزيع ، عين مليلة الجزائر ، ط133، 2015 ، ص81

وعرف المالكية الطلاق بأنه صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزواج [1] بزوجته وهو حل العصمة المنعقدة بين الزوجين بألفاظ مخصوصة .

وجاء في المبسط أن الطلاق هو رفع قيد النكاح [2] من الحال أو المال بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناه ورد تعريف الطلاق شرعا في الواضح في أحكام الطلاق كمايلي[3] هو حل "رابطة الزواج وانهاء العلاقة الزوجية بأحد ثلاثة أمور باللفظ صريحا كان أو كناية أو بالكتابة أو بالاشارة عند تعذر النطق والكتابة كالاخرس. لقوله تعالى (لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ)[4]

المطلب الثاني :حكم الطلاق

الطلاق للعدة مباح وان كرهت المرأة [5] مسيئة كانت أو محسنة قبل الدخول وبعده الا أن مكثر الطلاق مذموم وليس ذلك من محاسن الأخلاق وطلاق كل مسلم عاقل بالغ يلزمه وسواء كان عبدا أو حرا أو مالكا لنفسه أو مولى عليه وطلاق السكران وعتاقه لازم له عند مالك وأكثر أهل المدينة وطلاق المكره الا يلزم إذا أكره عليه ولم تكن له فيه نية ، ولايجوز طلاق الصبي حتى يحتلم ولا المجنون حتى يعقل ولا المغمى عليه حتى يفيق أضف إلى ذلك ، كان مالك لايرى طلاق الكافر يلزمه في حال كفره ويلزم الأخرس طلاقه

[1] أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان الرعيني الحطاب ، مواهب الجليل شرح خليل ، مطبعة السعادة ، مصر، ط1 ، ج4 ، ص18

[2] التواتي بن التواتي ، المبسط في الفقه المالكي وأدلته كتاب الأحوال الشخصية ، دمرجع سابق، ص355.

[3] طارق بن أنوار آل سالم ، الواضح في أحكام الطلاق ، دار القمة ، (د ط) ، ج1 ، ص9

[4] سورة البقرة أية 236

[5] أبو عمر يوسف بن عبد الله بن البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفي 463 هـ) الكافي في فقه أهل المدينة ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض المملكة العربية السعودية ، ط2 ، 1980 ، ج2 ، ص571.

إذا طلق باشارة مفهومة أو كتاب وللطلاق سنة لا ينبغي أن تتعدى عليها ومن تعداها عصى ربه وظلم نفسه ولزمه فعله.

وعليه يكون الأصل فيه أنه مكره الا لحاجة وهو قول الجمهور [1] ولذلك يدور حكم الطلاق على الأحكام الخمسة كالنكاح .أما لعبرة من جواز أحكام الطلاق فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضررا وبذلك تكون أضرب الطلاق الخمسة كالتالي [2]:

أولا: واجب وهو طلاق المولى بعد التربص وطلاق الحكمين في الشقاق اذا رأيا ذلك أصلح للزوجين وكل طلاق تكون الحياة بدونه فيها ضرر لا يحتمل عادة للزوجة أو يكون عدمه سببا في الوقوع في المعصية .

ثانيا: مكروه وهو طلاق من غير حاجة إليه وقال بعضهم فيه روايتان أحدهما أنه محرم لأنه ضرر بنفسه وبزوجته واعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة .

والثانية أنه مباح لقوله صلى الله عليه وسلم "أبغض الحلال الى الله الطلاق "

ثالثا: مباح وهو عند الحاجة اليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض .

رابعا: مندوب اليه وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها ولا يمكن للرجل اجبارها عليها أو تكون له امرأة غير عفيفة قال عز وجل (وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَآ

[1] طارق بن أنوار آل سالم ، الواضح في أحكام الطلاق ، دار القمة ، د ط ، ج1 ، ص90.

[2] حسن أيوب ، فقه الأسرة المسلمة ، دار السلام ، مصر ، ط1 ، 2002 ، ص158.

ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَنْ يَّاتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ)[1] ويحتمل أن يكون الطلاق في هذا الموضع واجب ومندوب اليه .

خامسا : المحضور [2] وهو الطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه فقد أجمع العلماء في جميع الامصار والمعمورة على تحريمه ، ويسمى طلاق البدعة لأن المطلق خالف السنة وترد أمر الله تعالى قال عز وجل (فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ).[3]لأن في الطلاق كفر لنعمة الله لأن الزواج نعمة من نعمه ، وكفران النعم حرام [4] فلا يحل الطلاق الا لضرورة ومن بين هذه الضرورة التى تبيحه أن يرتاب الرجل في سلوك زوجته ، أو أن يستقر في قلبه عدم اشتهائها فإن الله مقلب القلوب ، وإن لم تكن هناك حاجة تدعو الى الطلاق يكون حينئذ محض كفر وسوء أدب من الزوج فيكون مكروها محضورا

المطلب الثالث :أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق الى أربعة أقسام سني –بدعي –رجعي –بائن وهذا على قسمين وهما كالآتي:

القسم الأول أقسام الطلاق على حسب الوجه الموافق للشرع الى سني وبدعي .

[1] سورة النساء الأية 19

[2] مرجع سابق ، فقه الأسرة المسلمة ، ص159

[3] سورة الطلاق ، الأية 1

[4] السيد سابق ، فقه السنة نظام الأسرة الحدود والجنايات ، دار الفكر ، بيروت –لبنان ، طجديدة ومنقحة ، ط4 .1973 ، مجلد 2 ، ص207

1-السني :وجه تسمية هذا القسم بالسني لأنه أذنت في فعله السنة ورد على هذا القول بأن القرآن أيضا أذن فيه يقوله تعالى (لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ)[1] ثم ان السنة ليست في مقابلة القرآن وقيل لان أحكامه عملت تفصيلا من السنة وان كانت في الكتاب مجملة :المراد بالسنة الطريقة الشرعية

وصفة الطلاق السني :هي التى تخضع للشروط الخمسة [2]:

أ-أن يكون طلقة واحدة لا أكثر أي فمازاد على الواحدة بدعة والدليل

قوله تعالى (ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ)[3] وجه الاستدلال أن الاية وردة لبيان سنة الطلاق وهو التفريق لان الطلقتين اذا اجتمعتا لم يكن الطلاق مرتين .

قوله تعالى (يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ) [4] وجه الاستدلال أن الاية توجب أن يكون الطلاق الواقع من الزوج موجبا لعدة في حال تعتد الزوجة تعتد الزوجة منه ، والطلاق الواقع ثانيا أو ثالثا لاتوجب ، فكان ممنوعا .

---

[1] سورة البقرة ، الأية 236

[2] الحبيب بن طاهر ، الفقه المالكي وأدلته ، دار ابن حزم ، بيروت لبنان ، ط1 ، 1998، ج4 ، ص26

[3] سورة البقرة ، الأية 226

[4] سورة الطلاق ، الأية 01

قوله تعالى ﴿لاَ تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْراً ۝١ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ اَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[1]

وجه الاستدلال أن الأمر الذي لعل الله يحدثه هو الندم على الطلاق وارادة الرجعة والطلاق الواقع ثلاثا لا رجعة فيها ولا يمكن تلقيها ، فيكون غير داخل تحت الأية .[2]

ب/أن يكون طلقة كاملة لا بعض ، كنصف طلقة أي على جملتها لا على بعضها كيدها طلق .

ج/أن يكون واقعا في طهر ، لا في حيض أو نفاس ودليل هذا الشرط قوله تعالى[3] ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ فوجه الاستدلال أن اللازم في "لعدتهن " لام التوقيت ، أي الوقت المضاف الى عدتهن أي طلقوهن في الزمان الذي جعل وقتا للطلاق وهو وقت العدة وأنثى بالعدة عن الطهر ، وبهذا جاء قول ابن عمر تفسير للأية فعن عبد الله بن دينار أنه قال: سمعت عبد الله بن عمر يقرأ هذه الاية هكذا :يأيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لقبل عدتهن)[4] أي يطلقها على طهارة .

---

[1] سورة الطلاق ، الأية 01 الى 02

[2] أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، متوفي 520هـ، المقدمات الممهدات ، تحقيق ، محمد حجمي ، دار الغرب الاسلامي ، بيروت لبنان ، ط1 ، 1988، ج1 ، ص543

[3]. سورة الطلاق ، الأية 01في باب تحريم طلاق الحائض بغير رضها لأنه لو خالف واقع الطلاق ويأمر برجعتها ، صحيح مسلم ، طيبة ، محقق نظر بن محمد الفاريابي ، أبو قتيبة ، دار طيبة ، 2006/1427 مجلد 2 ، ط1 ، رقم الحديث 674 ، ص9

[4]رواه مسلم ،كتاب الطلاق ، تحريم طلاق الحائض ، رقم الحديث 674، (صحيح مسلم طيبة المحقق نظر بن محمد الفريابي أبو قتيبة ، دار طيبة ، 1427 هـ 2006.ط1 ، ص9، الجلد 2

د/أن لا يطأ المطلق مطلقته في الطهر الذي طلق فيه [1].

هـ/أن لايكون واقعا في عدتها من طلاق رجعي قبل هذا الطلاق وان انتفت هذه الشروط أو بعضها بأن أوقع المطلق أكثر من طلقة واحدة أو أوقع بعض طلقة أو أوقعها على بعض المرأة أو في حيض أو نفاس أو طهر مسها فيه أو أردف طلقة أخرى في عدة طلاق رجعي فهو طلاق بدعي.

2- البدعي :الطلاق البدعي هو ما انتفي من الطلاق شرط أو أكثر من الشروط المتقدمة والطلاق البدعي مكروه [2]

صفة الطلاق البدعي:هي أن يطلقها حائضا أو في طهر مسها فيه ولو طقلة واحدة وهذا بالاجماع [3] لقوله تعالى (يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ)[4] ولحديث ابن عمر الذي طلق امرأته وهي حائض أمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجعها [5] ومن البدعي أن يطلقها ثلاثة بكلمة واحدة أو بكلمات في طهر لم يصبها فيه .

أو أن يطلق بعض طلقة كأن يقول أنت طالق نصف طلاق أو يطلق جزاء منها كأن يقول بيدك طالقة

---

[1] الفقه المالكي ، مرجع سابق ، ج4 ، ص29

[2] الفقه المالكي وأدلته ، لحبيب بن طاهر مرجع سابق ، جزء 4 ، ص29

[3] أبو الوليدمحمد بن أحمد بن راشد القرطبي الشهير باءبن رشد الحفيد متوفي 595 ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، بدون محقق ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 ، ج2 ، ص47

[4] سورة الطلاق ،الأية 01

[5] أخرجه البخاري في كتاب الطلاق،كتاب الأحكام ، باب هل يقضي الحاكم أو يقضي وهو غضبان ، 236/4 ،

وكون الطلاق يكون بدعيا لمخافة الزمن والعدد المحدد بالنسبة وله حرام أو واجب الخ بإعتبار أخر فمثال الطلاق محرم لعارض أن يكون الرجل متعلقا باءمرأته اذا طلقها يخشى على نفسه الوقوع في الزنا والراجح عند المالكية أن الطلاق البدعي محرم [1].

القسم الثاني :أقسام الطلاق على حسب امكانية الــرجعة من عدمها ينقسم الى طلاق رجعي وطلاق بائن :

أ-الرجعي :هو الذي يملك فيه الزوج ارجاع زوجته المدخول بها الى عصمته من غير عقد ومن غير اختيارها بالاتفاق[2] قال تعالى (وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ)[3]

أي أن أزوجهن أحق بردهن الى عصمتهن في وقت التربص وانتظار انقضاء العدة لغرض الاصلاح .

صوره : هو ماكان دون الثلاث ، في المدخول بها وبدون عوض تبعا للقيود التالية

أن يكون دون الثلاث وأن تكون المرأة مدخول بها دخول حقيقي .

أن يكون هذا الطلاق بلا عوض أي ليس مقابل مال ، وذلك أنه لو كان طلاقا مكملا كثلاث لكان طلاقا بائنا [4] وكذلك اذ لم يكن الزوج دخل بزوجته دخولا حقيقيا لبنات منه أيضا وكذلك اذا كان الطلاق في مقابل مال فصار أيضا بائنا .

---

[1] عبد الرحمن بن محمد عوض الجزري –المتوفي 136 هـ الفقه على المذاهب الأربعة ، بدون تحقيق ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ط2 ، 2003، ج4 ، ص45.

[2] إبن رشد ،بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مرجع سابق ، ج2 ، ص45.

[3] سورة البقرة ، الأية 226.

[4] طارق بن أنور آل سالم ، الواضح في أحكام الطلاق ، مرجع سابق ، ص78

-واستثناء الحالات الثلاث من الطلاق الرجعي فثابتة بالقرآن الكريم

فالطلاق المكمل للثلاث يبين المرأة وحرمها على الزوج ولا يحل له مراجعتها حتى تنكح زوجا أخر نكاح لا يقصد به التحليل بالشروط الثلاث السابق ذكرها .

قال تعالى (فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُۥ)[1] أي أن طلقها الطلقة الثلاثة بعد طلقتين فلا تحل له من بعد الطلاق المكمل بثلاث حتى تتزوج غيره زواجا صحيحا .

والطلاق قبل الدخول يبينها كذلك ، لان المطلقة في هذه الحالة لا عدة عليها والمراجعة انما تكون في العدة وحيث انتهت العدة انتفت المراجعة [2] قال تعالى (يَـٰٓأَيُّهَا ٱلذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُومِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلًا)[3] والطلاق على مال من أجل أن تخلع المرأة نفسها من زوجها الكارهة له بينها كذلك لأنها أعطت هذا المال نظيرا وهو خلاص عصمتها ، ولا

[1] سورة البقرة ،الأية 230

[2] طارق بن أنور آل سالم ، الواضح في أحكام الطلاق ، مرجع سابق ، ص78

[3] سورة الأحزاب ، الأية 49

يكون الخلاص إلا إذا كان الطلاق بائنا ، قال تعالى (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ)[1] وللطلاق الرجعي أحكام إرتئينا أن نوضحها مختصر

1-لايرفع عقد الزواج ولايزال الملك ولا يؤثر في الحل وبالتالي لايمنع للاستماع بالزوجة

2-اذا مات أحدهما ورثه الاخر مادامت العدة قائمة لم تنته بعد

3-نفقتها واجبة عليه أثناء العدة .

4-الطلاق الرجعي ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته

5-لايحل بالطلاق الرجعي مؤخر الصداق المؤجل لاحد الاجلين (الموت أو الطلاق) وانما يحل مؤخر الصداق باءنقضاء العدة .

ب/البائن

الطلاق البائن :هو أن يطلقها قبل الدخول ولو واحدة تبين بها ، أو يطلقها ثلاث في مجالس متفرقة بالإتفاق ، أو يطلقها ثلاث بلفظ واحد بأن يقول أنت طالق ثلاث ، أو بألفاظ في مجلس واحد ، بأن يقول أنت طالق ...أنت طالق ...أنت طالق على قول جمهور العلماء [2] والطلاق البائن يقع على أقسام وهو :

[1] سورة البقرة ، الأية227

[2] بن رشد ،بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مرجع سابق ، ج2 ، ص46

أولا: البائن بينونة صغرى

وهو الذي لا يملك معه المطلق حق مراجعة مطلقته إلا بعقد ومهر جديدين كما لو كان يتزوجها إبتدءا [1]

ثانيا :البائن بينونة كبرى

وهو الذي لايملك معه المطلق ، حق مراجعة مطلقته الا بنكاح زوج أخر لقوله تعالى (**فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ**)[2]ويشرط لصحة هذا النكاح الذين تحل به المرأة لزوجها الأول ثلاث شروط :[3]

1/أن يكون نكاح رغبة لا لغرض التحليل

2/أن يكون زواجا صحيحا غير فاسد

3/أن يذوق كل منهما عسيلة الاخر كناية عن الجماع .

صور الطلاق البائن : يقع الطلاق بائنا في خمس صور أربعة للبينونة الصغرى وصورة واحدة للبائن بينونة كبرى .

[1] التواتي بن التواتي ، المبسط في الفقه المالكي وأدلته كتاب الأحوال الشخصية ، دار الوعي للنشر والتوزيع حتى الثانوية رقم 142 رويبة الجزائر ،ط1 ، 2002 ، ص355

[2] سورة البقرة ، الأية 230

[3] طارق بن أنور آل سالم ، أحكام الطلاق ، مرجع سابق ، ص75

أ/صور الطلاق البائن بينونة صغرى :

أن يطلقها طلاقا رجعي، أو طلقتين ثم يتركها فلا يـراجعه حتى تنقضي عدتـها فتبن عنه ، بمجرد انقضاء العدة .

أن يطلقها قبل الدخول بها وهنا تبين بمجرد وقوع الطلاق عليها

طلاق الحكمين في الشقاق الواقع بين الزوجين اذا رأيا الطلاق هو الــحل الوحيد لنزع قتيل الشقاق بينهما ، وكذلك طلاق القاضي عليه للضرر أو لغيبته.[1]

ب/صورة الطلاق البائن بينونة كبرى : وهي صورة واحدة

وهي أن يبين طلاقهما بأن يطلقها طلقة ثالثة بعد اثنتين قبلها أي يطلقها الطلاق المكمل لثلاث ، فلا تحل له في هذه الحالة حتى تنكح زوجا غيره ، أما عن أحكام الطلاق البائن بنوعية أي :

البينونة الصغرى والبينونة الكبرى فهي :

1/يرفع عقد الزواج ويزيل المحل ويؤثر في الحل وبالتالي يمنع الاستمتاع بالمرأة.

2/لايرث أحدهما الاخر.

3/نفقتها غير واجبة عليه.

[1] محمود محمد غريب ، الطلاق تحبونه هينا وهو عند الله عظيم ، ب.ت ، الناشر دار القلم للتراث القاهرة ، ط2، 2004،ج1 ، ص12.13

4/يحل بالطلاق البائن مؤخر الصداق المؤجل الى أبعد الاجلين (الموت أو الطلاق)

5/ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته .

6/للزوج أن يعيد المطلقة طلاقا بائنا ببيونة صغرى الى عصمته بعقد ومهر جديد.

الفصل الثاني:تطبيق الفقه المالكي في قـــانون الأسرة – الزواج والطلاق –

الحاجة التى تقتضيها حياة الناس وتجدد أعرافهم وعاداتهم وتقاليدهم تبرز لنا مدى تطبيق الفقه المالكي في قانون الاسرة الجزائري ومدى صلاحية الفقه المالكي في خظم تغير الأحكام والمستجدات ، فعلى هذا نجد أن القانون الجزائر بالأخص قانون الاسرة الجزائري يخضع لقواعد الشرع وأحكامه حيث نرى أنه إذا دعت الحاجة الى اجراء تعديل على النص سابق ، إستند على عرف أو أدى تطبيقه الى مناقصة الغاية التى شرع من أجلها جاز لولى الأمر حينها إعادة الأمر نصابه بوضع تدابير تحقق غايات الشرع من أحكامه معتمدا في ذلك على أسس شرعية ومن خلال هذه المقدمة سنقوم في هذا الفصل بإبراز مفهوم القانون الجزائري ، وعلاقة القانون الجزائري بالفقه المالكي في المبحث الأول أما المبحث الثاني لقد خصصناه في باب الزواج مبرزين في ذلك مدى تطبيق الفقه المالك في قانون الأحوال الشخصية معتمدين في ذلك على ثلاث مسائل مبسطة في ثلاث مطالب ، أما المبحث الثالث فقد خصصناه في باب الطلاق معتمدين في ذلك على ثلاث مسائل في هذا الباب مقارنة بالقوانين الجزائرية لإبراز مدى تطبيق الفقه المالكي في القانون الأسرة الجزائري ، وهذا ماوضعناه وفق الخطة التالية:

المبحث الأول :علاقة الفقه المالكي بالقانون الجزائري ومدى التزام المشرع بالمذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري .

يعتبر قانون الاسرة الجزائري من بين أكثر القوانين الجزائرية ، تعرضا للدراسة والبحث وذلك لخصوصية مواضيعه ، وحساسيتها ، والتى تتعلق بتنظيم الاسرة والعلاقة بين أفرادها ، ومن أهم المواضيع التى نعالجها في هذا المبحث هو العلاقة الموجودة بين الفقه المالكي وقانون الاسرة ومدى التزام المشرع بالمذهب المالكي مبرزين في ذلك ، إسهامات الفقه المالكي في ترتيب العلاقات ومواجهة كل المستجدات ومواكبة القانون الجزائري ، في باب وخاصة الأحوال الشخصية ، فقد وضعنا ذلك في ثلاث مطالب هي على التفصيل التالي:

المطلب الأول :ماهية القانون الجزائري

الفرع الأول : تعريف القانون في اللغة

القانون :

لغة :من قنن والقن تتبع الأخبار ، والتفقد بالبصر والضرب بالعصا وبالظلم .جبل الصغير وبالكسر .عبد الملك هو أبواه ، للواحد والجمع أو يجمع أقنانا وأقنة ، أو هو الخالص العبودية ، بين القنونة والقنانة أو الذي ولد عندك ولا تستطيع اخراجه عنك ، والقنة ، قوة من قوى الحبل أو يخص الليث والقانون مقياس كل شيء جمع قوانين [1]

[1] مجد الدين أبو طهر محمد بن يعقوب .الفيروز زبدي متوفي 817هـ.القاموس المحيط .تحقيق .مكتب تحقيق التراث مؤسسة الرسالة .بإشراف محمد نعيم العرقوسي .الناشر مؤسسة الرسالة لطباعة والنشر والتوزيع .بيروت .لبنان .ط2005،8، ص.ص1225.1226

وجاء في كتاب مختار الصحاح في تعريفه مادة قنن ق.ن.ن القن العبد اذا ملك هو وأبواه يستى فيه الاثنان والجمع والمؤنث وربما قالو عبيد أقنان ، ثم يجمع على أقنة والغنة أعلى الجبل مثل القلة والجمع قنان مثل برمة وبرام وقنن والقنينة بالكسر والتشديد ماجعل فيه الشراب والجمع قناني والقوانين الأصول الواحد قانون وليس بعربي [1]وقن تتبع الاخبار ، قيل الصواب القس بالسين ، والقن –التفقد بالبصر ومنه القنقن والقناقن للمهندس ، والقن الضرب بالعصا قبل الصواب فيه القنن والقن بالضم الجبل الصغير ، وفي بعض النسخ الحبل بالحاء المهملة وسكون الموحدة والقانون مقياس كل شيئ وطريقة جمع قوانين قيل رومية وقيل فارسية والقانون كتاب للرئيس أبي على بن سينا[2] ينقل منه المصنف بعض الطبيات والقوانين لأصول [3]

القانون يعني القاعدة المنضبطة : أو القضية الكلية فالقانون مقياس كل شيئ ويريد علماء القانون بكلمة قانون في اصطلاحهم مجموعة القواعد التى تحكم سلوك الفرد في الجماعة بحيث يتعين على كل فرد أن يخضع لها طـــوعا أو كرها ومتى رفض الفرد الانقياد لها ، وإطاعتها فإإن الدولة تجبره على ذلك والقاعدة القانونية عند العلماء القانون تسمى بالحكم الشرعي عند المسلمين .

ويطلق بعض علماء القانون كلمة القانون كلمة قانون على كل قاعدة من القواعد القانونية ويطلقه آخرون على مـــجموعة من قواعد الاحكام التى تدور حول معنى معين ، كالقانون الـــجنائي أو الـــمدني أو

[1] أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي المتوفي 666هـ مختار الصحاح –المحقق يوسف الشيخ محمد ،المكتبة العصرية ، الدار النموذجية ، بيروت ، ط5 ، 1420هـ ، ص261

[2] العلامة الشهير الفيلسوف أبو على ابن سينا هو علي الحسين بن عبد الله بن الحسن بن علي بن سينا، عالم وطبيب بخاري، اشتهر بالطب والفلسفة واشتغل بهما. ولد في قرية أفشنة بالقرب من بخارى من أب من مدينة بلخ وأم قروية. ولد سنة 370 هـ وتوفي في همدان سنة 427 هـ. عُرف باسم الشيخ الرئيس وسماه الغربيون بأمير الأطباء وأبو الطب الحديث في العصور الوسطى .

[3] أبو الفيض الملقب بالمرتضى الزبيدي المتوفي 1205هـ–تاج العروس من جواهر القاموس –المحقق مجموعة من المحققين ، دار الهداية ، ب.س.ن.–جزء 36، ص(20- 24)

التجاري ، وهم يردون به في هذا الحال المدونة التى تظم كل القواعد التى تدور حول موضوع من الموضوعات وسميت الشرائع والقوانين بالوضعية لأنــها وضعت من قبل البشر في مقابلة الشرائع من عند الله [1]

الفرع الثالث :تعريف المركب الإضافي

ماهية القاعدة القانونية :هي التى يتكون من مجموعها القانون أي هي الوحدة أو الخلية التى يتكون منها القانون بأكمله ويمكن أن نعرفها كمايلي القاعدة القانونية هي : مبدأ قانوني عالي يستهدف تنظيم السلوك الإنساني داخل المجتمع وتوجيهه توجيها عاما وملزما وفق نظام إجتماعي يتوافق مع الغايات والأهداف المتراكبة في الضمير الجماعة العام المجتمع المعين وهي بالنظر لهذا المفهوم تتميز بأنها قاعدة اجتماعية لايمكن تصور وجدها الى في جماعية وهي قاعدة عامة ومجردة لا تعنى شخص معين بالذات وهي قاعدة سلوك تبين مايجب أن يكون عليه سلوك الافراد داخل المجتمع وهي قاعدة ملزمة لأفراد المجتمع .

بما أن موضوع دراستنا الزواج والطلاق ارتئينا أن نعرف قانون الأحوال الشخصية حتى يكون أكثر دقة ووضوح من عموم التعريف

التعريف بمفهوم قانون الاحوال الشخصية

المقصود بالمصطلاح الاحوال الشخصية هي الاوضاع التي تكون بين الانسان واسرته وما يترتب على هذه الأوضاع من اثار قانونية والتزامات معنوية اومادية ولم يعرف الفقه الاسلامي هذه التسميات الا حديثا

[1] 4 عمر سليمان الأشقر ، مدخل الى الشريعة والفقه الاسلامي ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط 1، 2005، ص 46

حيث اطلق الفقهاء اسم الاحوال الشخصية على نظام الاسرة واحكامها الحقوقية في مقابلة الاحوال المدنية او العينية التي تحكم علاقة الانسان بأفراد المجتمع خارج حدود اسرته فاءن المراد باءصطلاح الاحوال الشخصية هو مجموعة القواعد القانونية التى تننظم علاقة أفراد الأسرة بوصفهم في أسرة واحدة تجمعهم علاقة النسب أو المصاهرة فهي مسائل الزواج والطلاق وأثارهما والولادة ونتائجها ، والاهلية والنياية الشرعية والوصية والميراث .

المطلب الثاني:علاقة الفقه المالكي بالقانون الجزائري

هذه دراسة فقهية قانونية حول بعض المواد من قانون الأسرة الجزائري المعدل الصادر بتاريخ فبراير 2005 يبن من خلال هذه الدراسى مدى التزام المشروع الجزائري بالمذهب المالكي في تعديلاته و كذلك مدى توفيقه في تحقيق المقاصد التي ابتغاها من هذا التعديل ، مقارنا ذلك ببعض التشريعات العربية ، مبديا بعض الاقتراحات التي تساهم في اخراج قانون الأسرة في صورة جيدة وسلمية ، ان نظام الاسرة يعد الركيزة الأساسية في بناء الاجتماعي العام للدولة ويعبر عن هذه المنظومة ويسيرها قانون الأسرة المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ، من منابع المذهب المالكي السائدة بالمغرب العربي [1] وقد إرتأ المشرع الجزائري ادخال تعديلات على هذا القانون [2]بما و يتماشى مع التطورات الواقعة في المجتمع فتم الغاء مواد و إضافة أخرى ، فأحببنا في هذه الدراسة الفقهية القانونية ان نبين مدى التزام المشروع الجزائري بالمذهب المالكي في تعديلاته و كذلك في توفيقه في تحقيق المقاصد التي ابتغاها من هذه التعديلات .

[1] وفقا التعديل قانون الاسرة بالامر رقم 5-2 المؤرخا في 27 فبراير 2005

[2] وفقا للمادة 2 من قأ –بأمر رقم 5-2-المؤرخ في 27 فيبراير 2005.

لقد عرف المغرب العربي في تاريخه الطويل منذ الفتح الإسلامي مذاهب عدة و لعل أهمها المالكي والظاهري والحنفي والشيعي والرافضي غير ان الغلبة كانت في الأخير للمذهب المالكي تقريبا مع بداية القرن الخامس هجري خصوصا لما تواطدت صلة المذهب بالحكم والقضاء حيث كان يشترط في حكم المرابطين أن يكون المرشح للقب أمير المؤمنين أن يكون على مذهب الامام مالك وكذلك بالنسبة لتولي منصب القضاء [1] واستمر الوضع على ذلك مع وجود محاولات عديدة للتراجع عن المذهب من قبل بعض الامراء غير ان احتضان المغرب العربي عموما والجزائر خصوصا للمذهب المالكي كان عميقا وذلك لمكانة صاحب المذهب الدينية و العلمية في نفوسهم وكونه امام دار الهجرة ودار الحديث و السنة وأثار الصحابة و لملائمته لحاجياتهم ونفوسهم لكون أصول المذهب المالكي مراعية للمصالح والمقاصد واعتبار الأعراف الصحيحة كل ذلك ساهم في انتشار المذهب على باقي المذاهب الأخرى [2] وعند بزوغ فجر الاستقلال ضل المشرع الجزائري معتمدا في تشريع قانون الاسرة على المذهب المالكي ،وارتبطت مواده بالفروع الفقهية ارتباطا يكاد يكون كلي فسعت الجزائر بعد استقلالها الى تنظيم مجال قانون الأحوال الشخصية ، فأبقي في البداية القضاء المتعلق بالأسرة وفق النظام في المرحلة الاستعمارية سدا للفراغ التشريعي وذلك في الامر الصادر في 1961/12/31 ونص على ضرورة استمرار العمل بالقانون الفرنسي في ما عدا مواده الاستعمارية والعنصرية او المخالفة للحقوق و الحريات العامة وصدر في 1963/06/29 القانون المتعلق بتنظيم سن الزواج و اثبات العلاقة كما صدر بعد ذلك أوامر خاصة بكيفية اثبات الزواج ، ثم ألغى المشرع الجزائري بمقتضى الامر الصادر في 1973/07/05 العمل بالقوانين الفرنسية الداخلية [3] و في

[1] عمر الجيدى ، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب العربي ، بدون تحقيق ، (د د ن) ، ط1 ، 1993 ، ص 25-26.

[2] محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره –آراؤه وفقه ، دار الفكر العربي ، ط2 ، ص112.

[3] كاملي مراد ، الوجيز في قانون الأسرة ، قسم الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ، 2009 ، 2010 ، ص4

1984/06/09 صدر القانون رقم 48-11 المتضمن قانون الاسرة الجزائري وتم العمل به لسنوات طويلة الى غاية التعديل بالأمر 5-2 المؤرخ في 2005/02/27.

المطلب الثالث : مدى إلتزام المشرع بالمذهب المالكي في قانون الاسرة

ان الدارس لدروس قانون الاسرة الجزائري المعدل يلاحظ ان المشرع اعتمد في جل الاحكام على الفقه المالكي بما هو مشهور من المذاهب أو بما جرى العمل به يتجلى ذلك بوضوح في غالب المواد ففي أثر العدول عن الخطبة المتعلقة بالهدية نظر المشرع الى الجهة العادلة ورتب الأمر على ذلك فان كان العدول منه فلا يسترد شيئا و ان كان العدول منها فاسترد ما اهدى لها مما لم يستهلك وهو مذهب مالك [1] وهو قول وسط و فيه مراعاة الجهة التي تسببت في عدم إتمام الخطبة وذهب الشافعية إلى وجوب رد الهدية مطلقا استهلكت ام لم تستهلك وذهب الحنفية الى القول بالرد ما لم تتغير او تستهلك المادة05[2] .

من قانون الاسرة الجزائري المعدل التي تنص على ما يلي :

الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة اذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي او معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما اهداه ان كان اعدول منه و عليه ان يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما اهدته له أو قيمته ان كان العدول من المخطوبة فعليها ان ترد ما لم يستهلك من هدايا او قيمة وذهب المشرع الجزائري في حالة التنازع حول الصداق بين الزوجين الى الفصل في المسألة بناءا على العرف وقبل الدخول والبناء يقابل قول المراة و تصدق فيما تدعيه

[1] السيد سابق (المتوفي 1420 هـ)، فقه السنة ، الكتاب العربي ، بيروت لبنان ، ط3، 1977 ، ج2 ، ص32

[2] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط7 ، 2018/2017 ، ج1 ، ص85

مع اليمين و بعد الدخول يصدق الزوج مع يمينه وهو قول المالكية [1] و العرف الصحيح مصدر في الشرع والقانون معتبر تبنى عليه الاحكام عند عدم وجود النص المادة 17 من قانون الاسرة [2] كما ان المشرع الجزائري اعتبر مطلق الرضاع يثبت الحرمة قليلا كان او كثيرا وان الارضاع بعد الفطام او إتمام الحولين وهو مذهب مالكي [3] المادة 29 [4] من قانون الاسرة الجزائري حيث ينص على ما يلي لا يحرم الرضاع الا ما حصل قبل الفطام او الحولين سواءا كان اللين قليلا او كثيرا ،بينما ذهب الشافعية الى أن حرمة الرضاع تثبت بخمس رضعـات [5] وكان على المشرع في هذا الحكم ، أن يأخذ برأي غير المالكية بما فيه من تأكيد وثبوت لعملية الرضاع وهو الأمر المفتي به واقعيا من خلال لجنة في مسألة بين الدخول وعدم الدخول .

واجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطليق بسبب عدم الانفاق عليها بشرط وهو مقتضى راي الجمهور الفقهاء المالكية [6] .

فنصت المادة 53 [7] من قانون الاسرة الجزائري على ما يلي يجوز للزوجة ان تطلب الطلاق للأسباب التالية.

---

[1] أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث القرطبي الباجي الأندلسي (توفي 474 ه) المنتقى شرح الموطأ ، مطبعة السعادة ،مصر ، ط1 ، 1332 ه ، ج3 ، ص319

[2] دلاند يوسف ، قانون الأسرة ، دار هومه ، الجزائر ، ط1 ، 2005، ص15

[3] عبد الله بن أحمد بن أبي بكر بن فرح النصاري الخدزرجي شمس الدين القرطبي (توفي 671 ه) ، الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي ، تحقيق أحمد البردوني وابراهيم أطفيش ،دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ط2 ، 1964 ،ج5 ، ص110

[4] العربي بلحاج ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص84

[5] الشافعي أبو عبد الله محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرسي المكي (متوفي 204 ه) الأم ، دار المعرفة ،بيروت ، د ط ، 1990 ، ج5 ، ص25

[6] محمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص 518.

[7] غنية قري ، شرح قانون الأسرة المعدل –دراسة مقارنة بين الشرع والقانون –دار طليطلة المحمدية الجزائر ، ط1 ، 1432 ه .2011 م ، ص128

عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة باعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون

المبحث الثاني : تطبيق الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري في باب النكاح

نظرا لأهمية الزواج في الإسلام و الذي من خلاله يتم تكوين الأسرة و المجتمع فقد حث الإسلام عن النكاح و شرع أحكام تنظيمية ، و ذلك لكون عقد الزواج ينتج اثار في حياة الرجل و المراة على حد سواء ولهذا حري بنا ان نتعرض في هذا المبحث إلى شروط عقد الزواج وأركانه والصداق و المهر و ولاية الزواج في الفقه المالكي مع ذكر المواد القانونية بكل عنصر من العناصر في باب الأحوال الشخصية .

المطلب الأول : الزواج أركانه و شروطه .

الفرع الأول : ماهية الزواج في الفقه المالكي و قانون الاسرة الجزائري

المالكة عرفوا النكاح بانه عقد على مجرد متعة التلذذ بادمية غير موجب قيمتها ببينة قابلة غير عالم عاقدة حرمتها ان حرمها الكتاب على المشهور او الاجماع على غير المشهور و معنى هذا ان النكاح عبارة عن عقد على متعة التلذذ المجردة قوله عقد شامل سائر العقود و وقوله على متعة التلذذ خرج بها كل عقد على متعة التلذذ كالبيع و الشراء و خرج بكلمة التلذذ العقد على متعة معنوية كالعقد على منصب او جاه و خرج بقوله المجردة عقد شراء امة للتلذذ بها[1] . وجاء في كتاب القانون تعريف النكاح كما يلي : نصت المادة الرابعة من قانون الاسرة الجزائري على ما يلي : الزواج هو عقد ارضائي يتم بين الرجل و المرأة

[1] عبد الرحمان بن محمد عوض الجزري (المتوفي 1360 هـ ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط2 ، 2003 ، ج4 ، ص8

على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين اسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الانساب [1] .

الفرع الثاني : أركان الزواج في قانون الفقه المالكي :

في البداية نمهد للكلام عن اركان الزواج ببيان معنى الركن في اللغة وفي إصطلاح العلماء و ذلك لأن ملاحظة العلماء لمعنى الركـن قد ترتب عليها إعتبار بعض الأمور تخص الأركان و بـيان ذلك يأتي على النحو التالي :

أولا : تعريف الركن في اللغة :[2]

ركن الى الشيء و ركن يركن و يركن ركنا مرنكونا فيهما وركانة وركنية أي مال اليه و سكن وقال بعضهم : ركن يركن بفتح الكاف في الماضي و الاتي و هو نادر قال الجوهري [3]و هو على الجمع بين اللغتين . قال كراع : ركن يركن و هو نادر أيضا و نظيره فصل يفصل و حضـــر يحضر ونعم ينعم و في قوله عز وجل (وَلا تَرْكَنُوٓاْ إِلَى ٱلذِينَ ظَلَمُواْ)[4] .

[1] الأمر رقم 2/5 المؤرخ في 27 فبراير 2005 من ق أ.

[2] محمد بن مكرم بن على أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الافريقي (متوفي 711 هـ) ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، ط3 ، 1414 هـ ، ج13، ص185

[3] الجوهري الامام الحافظ المجود صاحب المسند الأكبر أبو اسحاق ابراهيم بن سعيد البغدادي الجوهري وأصله من طبرستان ولد بعد السبعين ومآة قال الخطيب كان ثقة ثبتا مكثرا صنف المسند .توفي مرابطا بعين ظربة فقيل مات سنة 947 وقيل سنة 44 وقيل 49 وقيل 253 هـ الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، ج12 ، ص 149-151

[4] سورة هود الأية 112

ثانيا :تعريف الركن في الاصطلاح : هو ما كان جزاء من حقيقة الشئ فاءذا ماحصل خلل في كل ركن من الأركان كان خللا في نفس العقد أو التصرف وماهيته ولايوجد ذلك الشئ الا بوجوده كالايجاب والقبول في عقد الزواج كالركوع في الصلاة [1].

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد أركان الزواج ، وانعكس هذا الخلاف على التشريعات والقوانين العربية بصفة عامة والقانون الجزائري بصفة خاصة وبالرجوع الى قانون الاسرة رقم 84-11 من المادة 09والى المادة 17 نجد أن أركان الزواج هي الرضا والولي والصداق والشهود الا أن هذا القانون جاء مشوبا بالعديد من النقائص والتناقضات ، حيث ترتب على اختلاف هذاه الاركان فسخ العقد وهذا في الحقيقة لاينسجم من الناحية القانونية لأن الفسخ يعني أن العقد مستجمع لجميع أركانه [2]

ثالثا –أركان النكاح في الفقه المالكي والقانون الجزائري

أركان الزواج عند الجمهور أربعة صيغة وهي الايجاب والقبول ، وزوجة وزوج وولي ، وهما العاقدان وأما المعقود عليه فهو الاستمتاع الذي يقصده الزوجان من الزواج وأما المهر فلا يتوقف عليه العقد وانما هو شرط كالشهود بدليل جواز نكاح التفويض ، وأما الشهود فشرط أيضا وجعل الشهود والمهر ركن مجرد للاصطلاح بعض الفقهاء [3]

شرح مبسط للأركان مع ذكر مادته القانونية :

1– الولي :ولا يصح الزواج بدونه وهذا ما نصت عليه المادة 11من قانون الأسرة [4]

---

[1] سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون السرة الجزائري ، دار الأصالة للنشر والتوزيع ، ط2 ،المدية ، الجزائر ، 2012، ص44

[2] أحمد شامي ، قانون الجزائري –طبقا لأحداث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، ط1 ، الاسكندرية ،2010، ص51

[3] وهبة بن مصطفى الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ج7،ص 65.

[4] وفقا للمادة 11 –ق أ –المعدلة الأمر رقم 5-2 معدل في 2005/02/27

2- الصداق :لايصح نكاح بغير صداق لكن لايشترط ذكره عند عقد النكاح وذلك بجواز نكاح التفويض وهذا بنص المادة 14 من قانون الأسرة والمادة 15و16[1]

3- المحل :وهو ماتقوم به الحقيقة الزوج والزوجة : الخالتين من الموانع الشرعية وهذا مانصت عليه المادة 23 من قانون الأسرة .[2]

4- الصيغة:وهي الايجاب والقبول التى تصدر من الزوج بلفظ التزويج أو التمليك وهذا بنص من المادتين 9و 10 من قانون الأسرة .[3]

الفرع الثالث:شروط النكاح في الفقه الاسلامي

أولا -تعريف الشرط في اللغة :

الزام الشيئ والتزامه في البيع ونحوه كالشرط وجمع شروط في المثل الشرط أم لك عليك أم لك وبزغ الحجام ، يشرط ويشرط فيهما والدون اللئيم السافل جمع أشراط وبالتحريك العلامة .

وجمع أشراط وكل مسيل صغير يجئ من قدر عشر أذرع وأول الشئ ، ورذال وصغارها ، والأشراف أشراط أيضا ضد والشرطان محركة نجمان من الحمل وهما قرناه والى جانب الشمالي كوكب صغير ومنهم منيعده معهما فيقول هذا المنزل ثلاثة كواكب ويسميها الأشرط وأشرط ابلة أعلم أنها للبيع ومن ابلة اعد شيئا للبيع [4].

---

[1] وفقا للمادة 14 و15 و16 من ق أ الأمر رقم 5-2 معدل في 27 /2005/02

[2] وفقا للمادة من ق أ الأمر رقم 5-2 معدلة في 2005/02/27

[3] وفقا للمادة 9-10 من ق أ –رقم 5-2 معدلة في 27فبراير 2005

[4] مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز بادي المتووفي 817هـ ، القاموس المحيط –دون تحقيق –، مكتبة تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة .، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع ، بيروت .لبنان ،ط2005، ج1 ، ص673

ثانيا :التعريف الاصطلاحي للشرط :

يعتبر الشرط من المصطلحات الأصولية لذا قمنا بتقديم تعريف الأصولين على تعريف الفقهاء

قال صاحب الشرح الكوكب المنير الأحكام توجد بوجود الأسباب والشرط وتنفى بوجود المانع وانتفاء الأسباب والشرط [1] وما عرفه الأصوليون اسم لما يضاف الحكم اليه وجودا عنده ولا وجوبا به فاءن قول القائل لامرأته : ان دخلت الدار فأنت طالق –يجعل دخول الدار شرطا حتى لا يقع الطلاق بهذا اللفظ عند الدخول [2]

ب/ شروط النكاح

1/ الأهلية يقصد بالأهلية في الفقه الاسلامي صلاحية الشخص بالالتزام فاءذا كان الشخص أهلا لثبوت الحقوق المشروعة له وثبوت الحقوق المشروعة عليه وأهلا لأن يلتزم بحقوق تنشأ أسبابها القولية كانت عنده الأهلية بجزئيها أو كانت عنده مايسمى في عرف الفقه أهلية الأداء أو ان كان الشخص صالحا لثبوت الحقوق له ووجوب الواجبات عليه كإنتقال الملك له وكوجوب نفقته على الغير أهلية الوجوب [3]

وأهلية الأداء تثبت كاملة للبالغ العاقل الراشد لقوله تعالى (وَابْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ...)[4] ولا يشترط جمهور الفقهاء الانعقاد الزواج البلوغ والعقل وأكد صحة الزواج للصغير والمجنون وقد كانت أراء الفقهاء واضحة فلم يعينوا الرشد

[1] ابن النجار شرح الكوكب المنير ، تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد ، مكتبة العينكان ، ط2 ، 1997، ص435

[2] السرخسي، أصول السرخسي ، دون تحقيق ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ط1 ، 1993، ص303

[3] محمد سراج ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، (دط)، دس ، د س ن ، ص 64

[4] سورة النساء الأية 6

سنا ولم يعنوا البلوغ سنا اذ جعل أبو حنيفة نهاية للسن الحجر ونقص الاهلية فحددها بخمس وعشرين سنة 25[1]

ثانيا :المفهوم القانوني للأهلية :

لقد حددها قانون الأسرة الجزائري في مادته 7 بواحد وعشرون سنة بالنسبة للرجل والمرأة بتمام ثمانية عشر بموجب القانون رقم 11/84[2]

ولكن قانون الأسرة هذا المعدل بموجب الأمر 5-2 الصادر بتاريخ 27-5 /2005 فلقد نص في المادة السابقة منه المعدلة على أن أهلية الزواج تكتمل بالنسبة للرجل والمرأة في سن التاسع عشر .[3]

2/الصداق

التعريف الفقهي للصداق ما جعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها .[4]

وقد نصت المادة 14 من قانون الأسرة على أن الصداق هو ما يدفع للزوجة من نقود أو غيرها من كل مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء وقد نصت كذلك عليه المواد 7-15-16 من قانون الأسرة . [5]

3/الولي :

شرعا :سلطة شرعية تخول لصاحبها انشاء العقود والتصرفات ، وجعلها نافذة سواء كان موضوع التصرف يخصه أو كان من في ولايته ممن له عليه بسلطة مستمدة من الغير ، بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود

[1] وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، ج9، ص6682

[2] المادة 7 من ق أ-11/24

[3] الأمر رقم 2/5المعدل في 2005/05/27

[4] جميل فحري محمد فحري محمد ، أثر الزواج في الفقه والقانون ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، ط1 .2009-ص111

[5] المحكمة العليا ، أ –ش الأمر رقم 5-2 المؤرخ في 27فيراير .

عقد الوكالة [1] والولاية هي الشرط الثالث من شروط عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري وهذا مانصت عليه المادة 9 هي سلطة شرعية تجعل تصرف الانسان نافذا شرعا وهي تشمل سلالة التزوج والتربية والتعليم وغيرها من الحقوق الشخصية .

4/الشاهدان

التعريف الاصطلاحي : هي اخبار عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على أخر بشهادة مأخوذة من المشاهدة وهي أن يخبر الانسان بما رأى وأدرك بأحد حواسه وتعد من وسائل الاثبات والبيانات عند وصول التناكر والتجاحد[2] .

التعريف القانوني :وفقا للمادة 33 من قانون الاسرة اذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولاصداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل .[3]

5/انعدام الموانع الشرعية : يطلق مصطلح الموانع الشرعية على المحرمات .

الاصطلاح القانوني: هي كل مايتعلق بالمرأة ويحول بينها وبين الرجل في الزواج وهذا ضمن المواد 23 من قانون الاسرة الجزائري 23 الى 33[4]

لما صدر الأمر رقم 2005/02/05 بتعديل قانون الاسرة اشتمل مااشتمل عليه هذا القانون ولم يتناول بالتعديل سوى المادتين 31و 32 حيث أهمل النص تلك التى تزيد على العدد الحر خص شرعا [5]

[1] مذكور محمد سلام –أحكام الاسرة في الاسلام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون طبعة ، 1967، ص170

[2] البشير كوثر ، أحكام الزواج في قانون الاسرة الجزائري

[3] الأمر 5-2 مؤرخ في 2005/02/27

[4] المحكمة العليا .غ .أ .ش الأمر رقم 5-2 المؤرخ في 27 فيبراير

[5] سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر ، ط3، الجزائر ، 1999، ص29

المطلب الثاني :الصداق والمهر

سبق وأن تعرضنا لتعريف اللغوي والفقهي للصداق لذا عمدنا أن نتعرف على شروط الصداق في الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري :

الفرع الأول شروط الصداق :يشترط في المهر ما يشترط في الثمن في البيع إلا أنه لا يأتيانه على المكارمة قد يغتفر فيه ما يغتفر في ثمن وشروطه كالتالي :

1/أن يكون مشمولا شرعا ودليل اشتراط التمويل أن الله تعالى لما أمران يكون النكاح بالاموال لم يجزأ أن يبدل فيه ما ليس بمال وحقيقة المال ما تتعلق به الاطماع ويعد للانتفاع فلا يجرأ الصداق إذا لم يكن مشمولا ومن ذلك اذا وجب على الرجل لامرأة قصاص فيتزوجها على تركه ، فيفسخ قبل الدخول فإن دخل ثبت الصداق المثل أن يتزوجها ليكون سد مسار في بيع سلعة لها ، وأما لو جعلت له شئ يساوي دينار في نضير السمسرة فله جعله صداقا .

2/أن يكون طاهر لانجس فيه اذ لايقع بنجس تقويم شرعا كالخمر .

3/أن يكون منتفعا به شرع اذا غير المنتفع به لايقع فيه تقويم كأنه لهو مثلا فلا يصح دفعها صدقا .

4/أن يكون مقدورا على تسليمه .

5/أن يكون معلوما قدرا وصنفا وأجلا [1]

[1] عبد القادر حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ،دون تحقيق ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، ط1 ، 2007، ص133

أما بالنسبة للمادة القانونية التى تنص على أن المهر واجب في حق الزوجة فهي التى أكدها المشرع نفسه المواد المكررة -14- وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري والتى تنص على أن المهر هو الحق المالي الذي يجب على الرجل لمرأته بالعقد عليها والمهر يعتبر كرمز لرغبته في الاقتران بها ، في حياة دائمة وشريفة ملؤها الطمأنينة والسعادة [1]

فرع الثاني :أنواع وحالات المهر

المهر عند الفقهاء نوعان مهر مسمى ومهر المثل [2]:

أ- المهر المسمى : وهو ماسمى في العقد واتفق العاقدان عليه أو فرض للزوجة بعد العقد الذي خلا عن التسمية بالتراضي وكان العقد صحيحا .

حالات وجوب المهر المسمى :

اذا صحت التسمية للمهر سواء كانت في العقد أو بعده وجب المسمى لتراضيهما عليه وصحت التسمية تتوقف على الشروط الآتية :

1/أن يكون المسمى مالا متقوما في نظر الشارع أو ماهو في حكم المال من المنافع التى تقوم بالمال .

2/أن يكون معلوما بأن يكون خاليا من الجهالة الفاحشة .

[1] المادة 9-14-من ق أ –الأمر رقم 2/5/المؤرخ في 2005/02/27

[2] علاء الدين أبو بكر مسعود بن أحمد الكساني الحنفي ، الصنائع في ترتيب الشرائع ، بدون تحقيق ، دار الكتب العلمية ، ط2 ،1996 ، ج2 ، ص ص281.283

3أن يكون عقد الزواج صحيحا فاءن كان فاسدا لايلتفت الى المسمى بل يجب مهر المثل وعليه نتطرق لمهر المثل وحالات وجوبه .

النوع الثاني:مهر المثل

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

حالات وجوب المهر المثل[1] :

1-اذا كان المسمى غير مال كالدم أو الميتة .

2-اذا كان المسمى مالا غير محترم في حق المسلم كالخمر أو الخنزير .

3-اذا كان المسمى مجهولا جهالة فاحشة .

4-اذا عقد على ما يتفقان عليه .

5-اذا وطئت امرأة بشبهة أو أكرهت على الزنا أو دخل بها بموجب عقد فاسد وقد يستحق المهر على حسب الحال اما كاملا أو نصفه أو قد يسقط في بعض الأحوال .

[1] تواتي بن التواتي ،المبسط في الفقه المالكي وأدلته ، مرجع سابق، ج4 ، ص152

وهذا مانصت عليه المادة القانونية رقم 5 من قانون الأسرة [1] التى نصت على مايلي في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل [2]

الفرع الثالث :مقدار المهر

ليس للمهر حد أقصى بالاتفاق [3]لأنه لم يرد في الشرع مايدل على تحديد بحد أعلى لقوله تعالى (وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً)[4]

أما الحد الأدنى للمهر فمختلف فيه على أراء أما رأي المالكية فهو كالتالي [5]

أقل المهر ربع دينار ، أو ثلاث دراهم فضة خالصة من الغش ، أو ما يساويها مما يقوم بها من عروض أو من كل ظاهر لانجس ، متمول شرعا من غرض أو حيوان ، أو أعقار ،منتفع به شرعا أي يحل الانتفاع به لا كألة له ، مقدور على تسليمه للزوجة ، ومعلوم قدرا وصنفا وأجلا ، ودليلهم أن المهر وجب في الزواج اظهار 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 أن دخل بها ، وان لم يدخل قيل له اما أن تتم المهر أو تفسخ العقد .

---

[1] المادة 5 من–ق أ–الأمر رقم 5.2 مؤرخ في 27 /2005/02

[2] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط1 ، 2010 ، ج1 ، ص207

[3] علاء الدين أبو بكر بم مسعود بن أحمد الكساني ،بدائع الصناع في ترتيب الشرائع مرجع سابق ، ص 274.277.280.287

[4] سورة النساء الأية 03

[5] أبو العباس أحمد بن محمد الخلوفي الشهير بالصاوي المالكي ، لغة المسالك وشرح الصغير ، دار المعارف للنشر ، د ط د ت ن، ص194 .

وعليه يرى المشرع الجزائري برأي المالكية بأن الصداق أساسي في عقد الزواج فلا يصح اشتراط اسقاطه وهذا بنص المادة 15 من ق-أ قبل التعديل [1] على أنه يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا وبعد التعديلات بموجب رقم 2005/2/5 حذفت منها كلمة يجب وأصبحت تنص على أن يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا وأضافت أنه اذا لم يحدد الصداق تأخذ صداق المثل [2] ومع ذلك نستنتج من النص وان حذفت كلمة يجب يبقى تحديد الصداق ملزما في عقد الزواج سواء كان معل الدفع أو مؤجل ، وهذا ضمان لحق الزوجة ، وفي حالة عدم تحديد مقدر الصداق لايؤدي الى بطلان العقد بل تستحق مقدار المثل ، وذلك أنه لايجوز اتفاق الزوجين على اسقاط الصداق ، ويراعي القاضي في تحديد قيمة الصداق وهو صداق المثل استنادا على الوسط الاجتماعي للـــزوجين والأعرف المعمول بها وكما هو معمول أن الأعرف تختلف من مـنطقة الى أخرى [3]

المطلب الثالث : ولاية الزواج في الفقه المالكي

الولاية ركـــن مهم في عقد النكاح لذا أردنا أن نتعرف على الـمعنى اللغوي للولاية وأقـــسامه على الفروع الأتية :

الفرع الأول :تعريف الولاية لغة واصطلاحا

أ –لغة : الواو وللام والياء أصل صحيح يدل على القرب من ذلك الولي ، الـــقرب ، يقال تباعد بعد ولي ، أي قرب وجلس مما يلي ، أي يقاربني ، والولي مطر يجئ بعد الوسمي ، سمي بذلك لأنه يلي الوسمي .

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

[2] عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه ،الجزائر ، ط3 ، 1996 ، ص147

[3] بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دار الخلدونية الجزائر ، 2008 ، ص28

ومن الباب المولى المعتق والمعتق والصاحب والحليف وابن العم والناصر والجار كل هؤلاء من الولي وهو القرب وكل من ولي أمر أخر فهو وليه وفلانة أولى بكذا (أي أحر به وأجدر) [1]

وجاء تعريف الولاية في كتاب التعريفات كما يلي :

الولي: فعيل بمعى الفاعل ، وهو من توالت طاعته من غير أن يتخللها عصيان أو بعنى المفعول فهو من يتولى عليه احسان الله وأفضاله والوالي هو العارف بالله وصفاته بحسب مايمكن ، من الموضب على الطاعات التجنب عن المعاصي المعرض عن الانتهاك في للذات والشهوات .

الولاية: من الولي وهو القرب فهي قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من المولات

الولاية وهي قيام العبد بالحق عند الفناء عن نفسه [2]

ب/ اصطلاحا :هناك عدة تعريفات منها

التعريف الأول :الولي من له على المرأة ملك او أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطة أو ذو إسلام[3]

والولاية هي القدرة على انشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد والقدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على اجـــازة أحد ويسمى متولى العقد الـــولي ومن قوله تعالى

[1] أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسن ، معجم مقايس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر ، 1997، ج6 ، ص141

[2] على بن محمد بع علي الزين شريف الجرجاني ، الحقق جماعة من العلماء ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ط1 ،1983 ج1 ، ص254

[3] محمد بن محمد ابن عرفة الوغمي التونسي المالكي ، المختصر الفقهي ، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية ، الامارات ، ط1 ، 2014 ، ج3 ، ص151

(فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ)[1] لم يتطرق قانون الاسرة الجزائري الى تعريف الولي ولهذا نقتصر على التعريف الفقهي فقط كما نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجديد على أن الولي شرط من شروط الصحة لعقد الزواج وهذا مانصت عليه المادة 9مكرر من قانون الأسرة الجزائري[2] والولاية التى يعتد بها المشرع الجزائري هي ولاية الاختيار او الشركة أي هي تلك التى يكون فيها الرضا والموافقة قاسما مشتركا بين الولي ومولية حتى وإن كانت المرأة ، لأن المشرع الجزائري شأنه في ذلك شأن التشريعات العربية الأخرى لايعترف بولاية الاجبار وهذا ماجـاء صريحا في كل من المادة 01/11 من قانون الأسرة [3]تعقد الراشد زواجها بحضور وليها والمادة 13 من الأمر 02/5 لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التى هي في ولايته على الزواج ولايجوز له أن يزوجها بدون موافقتها .

وتجدر الاشارة الى أن مصطلح القاصر في القانون هي تلك الفتاة العاقلة البالغة لكنها لم تبلغ السن القانوني الذي هو 19 سنة أما في الفقه فالقـاصر هي الصغيرة التى لم تبلغ بعد [4] لكن ماذا لو رضيت الفتاة ورفض الـولي زوجها ؟ فالاجابة الظاهرة على هذا أن الزواج لايتم باءعتبار الولي شرطا من شروط صحة انعقاد الزواج وهذا مايستشف من منطوق المادة التاسعة [5]مكررة والمادة 11 من الأمر 05-02

[1] سورة البقرة ، الأية 263

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

[3] أمر رقم 02/05 مؤرخ 2005/02/27

[4] سليمان ولد خصال ،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ، ص59.

[5] أمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27

الفرع الثاني: أقسام الولاية عند المالكية

الولاية تنقسم الى الى قسمين : خاصة وعامة [1]

1-**الولاية العامة** :وهي ولاية الاسلام لقوله تعالى (وَالْمُومِنُونَ وَالْمُومِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ يَامُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَوٰةَ وَيُوتُونَ الزَّكَوٰةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُۥٓ)[2]

2-الولاية الخاصة تنقسم الى خمسة أقسام وهي :

أ /ولاية نسب وهي على مراتب أعلاها الأب وأدناها الرجل من العشيرة على مذهب ابن القاسم [3]

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 .

[1] أبو محمد عبد الوهاب بن على بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي ، التلقين في الفقه المالكي ، المحقق أبي أويس محمد بوخبزة الحسني التطواني ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2004، ج1 ، ص113

[2] سورة التوبة الأية 71

[3] ابن القاسم المالكي :هو أبو عبد الله عبد الرحمن ابن القاسم بن خالد ابن حنادة العتقي بالولاء الفقيه المالكي ، جمع بين الزهد والعلم فتفقها بالاحكام مالك وقيل ولد سنة اثنتين وقيل 133 وقيل 28 وهو صاحب المدونة في المذهب المالكي توفي سنة 191 هـ (أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن ابراهيم بن ابي بكر من خلكان البرماكي الاربالي –وفيات الأعيان – تحقيق احسان عباس) ، دار صادر بيروت ، ط1 ،1971 ، ج3 ،ص129.

وعليه فاءذا زوج على مذهب ابن القاسم الولي من الولاية الخاصة فيما عدا الاب في ابنته البكر والوصي في يتيمته البكرا أيضا وثم أولى من هو حاضر نفذ النكاح ولم يرد [1]

ويرى مالك رضى الله عنه أن الولاية معتبرة بالتعصيب الابن ، فمن عصبة كان أقرب عصية كان أحق بالولاية ، والأبناء عنده أولى وان سلفوا ، ثم للأباء ثم الاخوة للأب والأم ثم للأب ثم بنو للأخوة للأب والأم ثم للأب فقط ، ثم الأجداد للأب وان علوا واختلفو أصحابه فيمن هو أولى : وصي الأب أو ولي النسب فقال ابن القاسم : الوصي أولى ، مثل قول مالك وقال أخرون الولي أولى .[2]

الفرع الثالث : حكم الولاية

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى أن النكاح لايصح الا بولي فاءن زوجت المرأة نفسها بغير اذن وليها كان زوجها باطلا [3] واعتمدت أدالتهم من الكتاب والسنة

من الكتاب قال تعالى (..فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَّنكِحْنَ.)[4] الاستدلال:قالو هذا خطاب للأولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهو من العظل وسبب النزول يدل على ذلك ، قال تعالى (وَلاَ تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُومِنُواْ)[5]

[1] أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، ط1 ، 1415 هـ ، ج 3 ، ص28

[2] أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3 ، ص28

[3] أبي عبد الله بن أحمد بن أبي بكر القرطبي ، مرجع سابق، ج3 ، ص158.

[4] سورة البقرة الأية 229.

[5] سورة البقرة الأية 221.

من السنة :ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أي امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطلا ثلاث مرات ، وان دخل بها فالمهر لهما بما أصاب منها ، فاءن اشتجروا ، فالسلطان ولي من لاولي له "[1] يدل النص النبوي على اعتبار الولي في النكاح .

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها "[2]وجه الاستدلال يدل على أن المرأة ليس لها ولاية في الانكاح لنفسها ولالغيرها فلا عبارة لها في النكاح اجبارا وقبولا

وعن أبي بردة بن أبي موسى رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لانكاح إلا بولي "[3]

المبحث الثاني : تطبيق الفقه المالكي في قانون الأسرة في باب الطلاق

جعل الله سبحانه وتعالى لنا الزواج وسيلة للاستقرار والسكون ، وبناء أسرة متماسكة لكن لكل أصل عام استثناء وهو أنه قد يحدث وأن يصيب بعض الأسر التفكك ويصبح العيش مستحيلا بين الزوجين ، فجعل لنا في كتابه الكريم وفي سنة نبيه عليه الصلاة والسلام ، الحلول والمنافذ لكل المشاكل التى قد تواجه الانسان فقد يسر الله سبحانه وتعالى هذا في الطلاق الذي أجاره في الأحوال التى تصعب فيها استمرارية الرابطة الزوجية رغم أن الله سبحانه وتعالى جعله أبغض الحلال لكنه يبقى الوسيلة الوحيدة في العديد من الحالات وكذلك المشرع الجزائري لم يهمل هذا الباب وأعطاه حقه من مواد قانونية وعليه نتعرض في هذا

[1] صحيح سنن أبي داود ، محمد ناصر الدين الألباني كتاب النكاح باب في الولي ، رقم الحديث (6/320/1817)ط1 ، 1423ه/2002

[2] رواه ابن الملقن في شرح البخاري عن أبي هريرة ، ص24 رقم 403

[3] صحيح سنن أبي داود محمد ناصر الدين الألباني في كتاب النكاح ، باب الولي ، رقم الحديث 1818.321.6.

المبحث الى انحلال الرابطة الزوجية وصور انحلالها والطلاق وأثاره مع ابراز أهم المواد القانونية كل عنصر من العناصر في باب الأحوال الشخصية .

المطلب الأول: مفهوم انحلال الرابطة الزوجية

لغة :انـحلال الرابطة الــزواج : هو انــهاؤه باختيار الــزوج أو بـحكم القاضي والفرقة لغة ، بــمعنى الافــتراق ، وجمعها فرق

اصطلاحا: هي انحلال رابطة الزواج وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب [1]من الناحية القانونية تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة وفقا لنص المادة 47 من –ق أ –ّ يحل عقد الزواج بالطلاق الذي بإرادة الزوج أو تراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة

الفرع الثاني: أسباب انحلال الرابطة الزوجية لانحلال الرابطة الزوجية عدة أسباب: عامة وقانونية فمن الأسباب العامة نذكر انحلال عقد الزواج بوفاة أحد الزوجين أو الطلاق –المادة 47 ق أ –أما الأسباب القانونية فاءنه يمكن حصرها في الطلاق بالارادة المنفردة للزوج –المادة 48 ق أ – والطلاق بالتراضي بين الزوجين –المادة 48 ق أ – والطلاق بطلب الزوجة في حدود ما وردة في المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة والطلاق بسبب نشوز أحد الزوجين –المادة 55 ق أ –وأخيرا المخالعة أو الطلاق بالتراضي الزوجين على مال تدفعه الزوجة للزوج لقاء خسارته بالطلاق –المادة 54 ق أ –

[1] وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج9، ص6863

المطلب الثاني: صور انحلال الرابطة الزوجية

صار من المعلوم بضرورة الشرع والقانون أن انحلال الرابطة الزوجية لا يتم إلا بالطريقة الرئيسية التالية :

وهي طريقة الانحلال بالألفاظ المخصومة المؤدية للطلاق لكون أن الانحلال له صوره والتي يقصد بها اظهار رغبة الزوج في طلاق زوجيته اما باءرادته المنفردة أو بالرغبة عن طريق التراضي ، أو بوسطة الخلع ، وعليه صور الانحلال تكمن في مايلي :

أولا :الصورة الأولى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والارادة المنفردة للزوجة : تعرض المشرع الجزائري في المادة 48 من التقنين الى الطلاق بالارادة المنفردة حيث اعتبره حل لعقد الزواج باءرادته فهو بهذا أحذ من فقهاء الشريعة الاسلامية ومنه أن المشرع أوكل مصير العشرة الزوجية الى الزوج طبقا لأحكام القرآن ومقتضى السنة ، وذلك ليس انكارا لحق المرأة في القرار وانما كون التصرف في ذاته له طبيعة خاصة تميزه عن غيره من التصرفات الأخرى ، ولكونه أيضا في غاية الخطورة فلو جعل الشارع الحكيم الطلاق بيد المرأة لضطربت الحياة الزوجية ولما استقر لها قرار لسرعة تأثرها وانفعالها وندفاعها وليس هنالك ما يحملها على التروي حيث لا ترغم شيئا اضافة المرأة بحكم وظيفها في الحياة الاجتماعية خلقت على طباع وغرائز تجعلها أشد تأثر وأسرع انقياد لحكم العاطفة [1]

وعليه وضع الشارع الحكيم الطلاق من حق الزوج لأنه أكثر ادراك وتقدير لعواقب الأمور ولكونه أحرص على بقاء الحياة الزوجية التي أنفق في سبيلها من المال ما أنفق مايحتاج الى انفاق مثله أو أكثر اذا طلق وأراد أن يعقد زوجا أخر [2] ، رغم ذلك فاءن الشريعة الاسلامية الغراء لم تهمل جانب المرأة وحقها في

[1] عبد الفتاح تقية ، قانون الأسرة –دراسة مقارنة –، دار الكتب الحديث ، (د ط) ، (د ت) ، ص215.

[2] طارق بن أنور آل سالم ، الواضح في أحكام الطلاق ، دار الايمان ، د ط ، ص15.

الطلاق فقد أعطت لها حق في الطلاق بواسطة القضاء وهذا مايطلق عليه التشريع الجزائري التطليق وهو أن ترفع دعوى أمام القضاء طالبة فيها من زوجها اذا كان هناك سبب شرعي كإعسار بنفقتها وغيابه أو ضرر معتبر شرعا وهذا بنص المادة 53 –ق أ –¯ بجوز للزوجة أن تطلب التطليق للاسباب التالية :

واقتصرنا بأخذ مثال طلب التطليق لعدم النفقة : ان نفقة الزوجة واجبة لها على زوجها بالدخول به حسب وسعه الا اذا ثبت نشوزها المادة 55-74-79-8-من قانون الأسرة [1] فاءن امتنع الزوج عن الانفاق عليها أو عسر بالنفقة فلها أن تطلب التفريق القضائي بينها وبينه

موقف الفقه المالكي من هذا : ذهب المالكية الى جواز التفريق لعدم الانفاق في جميع الحالات التي يمتنع فيها الزوج عـن الانفاق وأن امساكه لـــــــها مع الامتناع هو ضرر بالغ بـــها [2] واستدلو بقوله تعالى (وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُواْ)[3]

ثانيا :موقف المشرع من انحلال الرابطة الزوجية :

لقد أخذ القانون الجزائري برأي الشرع في التفريق لعدم الانفاق المادة 53 –ق أ –¯ حيث تنص المادة 53 –ق أ – على أنه يجوز للزوجة أن تطلب الحكم لها بتطليقها من زوجها استنادا على ارادتها المنفردة في حالة عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوب به الم تكن عالمة باءعساره وقت الزواج مع مراعات المواد 78-79-80 –ق . أ –وهي المواد المتعلقة بشمولات النفقة وتقديرها وتاريخ استحقاقها [4]

[1] الأمر رقم 5-2 –المؤرخ في 2005/02/27.
[2] الأمر رقم 5-2 –المؤرخ في 2005/02/27.
[3] سورة البقرة الأية 229
[4] العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق ، ص357

ثالثا الصورة الثانية : الطلاق بالتراضي

يقصد بالطلاق بالتراضي بين الزوجين انهاء الرابطة الزوجية بينهما بناء على رغبتهما بموجب المادة 48 والتى ورد فيها تحديد مايلي أو يترضى الزوجين أنه من الجيد ملاحظة وعلى ضوء الصورة أعلاه نجد أن المشرع ما يتعلق بتراضي بين الزوجين في الطلاق وهو أن يتفق على انهاء الرابطة الزوجية بينهما باءعلان ارادتهما في الوقوع وفق لرغبتهما أو بناء على طلب أحدهما وموافقة للاخر أن يتطلقا بتراضيهما وباالحسان تبعا لقوله تعالى (فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ آَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ)[1] دون خصام أو نزاع

وما يلفت الانتباه في هذا الصدد أن الفقه الاسلامي أوجب حق الطلاق للزوج بالارادة المنفردة ولا يحتاج الى قبول الزوجة باءعتبارها المحل في الطلاق وما على الزوجة الا الخضوع لهذا الحق على عكس نظرة المشرع الجزائري في هذه الحالة حيث تأثر بتشريعات أخرى في صورة التراضي بالطلاق .

المطلب الثالث : الطلاق وأثاره

سبق أن تعرضنا لتعريف الطلاق من الناحية اللغوية والناحية الاصطلاحية وعليه سنتطرق له في باب القانون فقط

تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري :ورد تعريف الطلاق في المادة 48[2] يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم باءرادة الزوج أو باتراضي الزوجين ، أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53و 54 من هذا القانون

[1] سورة البقرة الأية 255

[2] المعدلة بالأمر رقم 05-02-والمؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 077/02 /1984 والمتضمن قانون الأسرة

من الأثار المترتبة على الطلاق العدة وسنتطرق في هذا الفرع الى تعريفها سببها والحكمة منها .

أولا : الفرع الأول مفهوم العدة من الناحية اللغوية

أولا:العين والدال أصل صحيح واحد لايخلو من العد الذي هو الاحصاء ومن الأعداد والذي هو تهيئة الشئ والعدة ومن العدة وتجمع على عداد [1] وقوله تعالى (وَأَحْصىٰ كُلَّ شَيْءٍ عَدَداً)[2]

ثانيا التعريف الاصطلاحي للعدة :عرفها المالكية بأنها مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه [3] وتعريف أخر للعدة هو اسم المدة التى تنتظر فيها المرأة ممتنعة عن الزواج أو مات عنها زوجها فلا يحل لها أن تتزوج بغيره حتى تنتهي المدة التى حددها الشارع الكريم .

أما اذا فارق الرجل زوجته بطلاق ، فلا يجب الانتظار قبل أن يتزوج غيرها فله أن يتزوج مباشرة دون الانتظار.[4]

---

[1] أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسن ، معجم مقايس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر ، د ط ، 1997 ، ج 4 ، ص ص 29 30.

[2] سورة الجن ، الأية 29.

[3] شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المعرب بالخطاب الرعشي المالكي ، موهب الخليل في شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، ط2 ، 1992 ، ج4 ، ص140

[4] تواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي ، مرجع سابق ، ج4 ، ص675

الفرع الثاني دواعي العدة :

سببها[1]

الاسلام أحرص الأديان على نجاح العلاقة الزوجية وتكون الأسرة في كنف المودة والرحمة والطاعة ، ذلك أن الرباط المقدس بين الرجل والمرأة وصفه القرأن الكريم بالميثاق الغلظ وفشل علاقة الزوجية تعد في الاسلام من أكبر المعضلات المتسببة في تشتيت المجتمع وتفريقه ، ولأن وقع الطلاق عظيم على كل من الزوجين ، وجبت العدة على المرأة بسببه سيما اذا كانت مدخول بها أما اذا لم يكن هناك دخول أو خلوة صحيحة فلا تعتد المرأة ، أما اذا كانت العدة متعلقة بوفاة الزوج وكان العقد صحيحا فاءن معظم الفقهاء قالو بوجوب اعتداد الزوجة غير المذخول بها ،عدة الوفاة حتى ولو لم يكن هناك دخول مصادق لقوله تعالى (وَالذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ)[2]

وانما وجبت العدة على المتوفي عنها الزوج رغم عدم الدخول بها وفاء له ومراعاة لحقه ، أما اذا كانت الفرقة لغير وفاة الزوج فاءن العدة لاتجب على الزوجة الا اذا دخل بها الزوج واختلى بها ، أما اذا لم يختلى بها فلا تجب عليها العدة مصداق لقوله تعالى (يَـٰٓأَيُّهَا ٱلذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُومِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ

[1] اعداد سعادي لعلى ، أطروحت دكتوراه ، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة – ، اشراف بن ملحى الغوثي ، قسم القانون الخاص ، جامعة الجزائر ،كلية الحقوق ، 2015/2014، ص330

[2] سورة البقرة الآية الأية 231.

تَعْتَدُّونَهَا)[1] ولقد تبنى المشرع الجزائري في قانون الأسرة الرأي السائد عند الفقهاء والقائل بأن لاعدة للزوجة غير المدخول بها ، وذلك ما يستشف في المادة 58-ق أ- [2] والتي تنص على مايلي : تعتد المطلقة المخول بها غير الحامل بثلاث قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق .

فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة عدد على سبيل الحصر الزوجات المطلقات الواجب عليهن الاعتداد وذكر المدخول بها غير الحامل والمدخول بها اليائس من المحيض ، ولم يذكر المطلقة غير المدخول بها .

أما عدة المتوفي عنها زوجها فهي أربعة أشهر وعشرة أيام وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم يفقده وهذا بنص المادة 59 –ق أ-

وتنص المادة 61 من –ق أ- على مايلي لاتخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من السكن والعائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها الا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق .[3]

[1] سورة الأحزاب الآية 49

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

[3] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق، ص 179.

الفرع الثالث :الحكمة من العدة

الحكمة من العدة :[1]

تعتبر العدة من الأمور التى تجلب مصالح عديدة وتحقق مآرب الهدف منها تفخيم أمر الزواج وتعظيم أثره وأثاره وانفكاكه لاسيما وأن الأمر يتعدى الى المحافظة على المجتمع من حيث تركيبته ونسله وقد حصر الفقهاء الحكمة العدة ومشروعيتها في نطاق منها

أ/ التأكد من براءة الرحم وخلوه من أي حمل منعا من اختلاط الأنساب بعضها ببعض والحكمة من ذلك تكون لصالح الزوج الذي فارق زوجته حتى لاينسب ولده لغيره ولصالح الزوج الذي يريد الزواج من هذاه المرأة المطلقة لئلا ينسب اليه ولد من غيره

ب/ امهال الزوجين فترة يستطيعان فيها مراجعة نفسيهما ، فيمهل الزوج لمراجعة نفسه في ارجاع مطلقته وامهال الزوجة أيضا مراجعة نفسها والمقارنة بين حياة الزوجة وبين البعد عنها وذلك يتجلى من خلال قوله تعالى (يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ وَاتَّقُوا۟ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَـٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ)[2]

وقوله أيضا (وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ) [3]

[1] محمد على السرطاوي ، شرح قانون الأسرة ، دار الفكر للنشر والتوزيع ، ط3 ، 2016 ، ص337

[2] سورة الطلاق الآية 01

[3] سورة البقرة الآية 228

الفرع الرابع :الحضانة

اولا :تعريفها لغة واصطلاحا

أ/ **تعريف الحضانة في اللغة** :الحضانة مأخوذة من الحضن وهو الجنب لمادون الابط الى كشح ، أو الصدر والعضدان وبينهما ويقال حضن الشئ اذا اضمه اليه وجعله في حضنه ومنه حضن الطائر بيضه أي ضمه تحت جناحيه وحضنت المرأة ولدها ضمته اليها [1]

ب/**تعريف الحضانة اصطلاحا** :لقد وردت عدة تعريف فقهية للحضانة تكاد تتفق في ألفاظها ومدلولها عرفها المالكية بقولهم : الحضانة هي خفظ الولد في مبيته ومؤنــته طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه .[2]

ومما يؤخذ على هذا التعريف اهماله الجانب الروحي للمحضون .

ت/ **تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** : جاء في المادة 62من قانون الأسرة بأن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .[3]

مشروعية الحضانة

الحضانة واجبة شرعا لسبيل حفظ المحظون من الهلاك من قبيل حفظ النفس الذي أوجبه الله عز وجل وهذا الوجوب كفائيا اذا تعدد المستحقون للحضانة أما اذا واجد حاضن واحد فقط فهي فرض عين عليه[4]

---

[1] محمد بن مكرم بن على أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الافريقي ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت لبنان ، ط144/03، ج3 ، ص122

[2] الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل ، مرجع سابق ، ج4 ، ص214

[3] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27

[4] المبسط في الفقه المالكي ، مرجع سابق ، ج4 ، ص862

وعليه تثبت مشروعية الحضانة التى أعطت الأولوية لحضانة الصغير الى الأم من السنة والاجماع.

من السنة :فقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في حضانة الصبي حيث جاءته امرأة فقالت يارسول الله ان ابني هذا كان بطنى وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني وأراد أن ينزعه ني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أنت أحق بهم الم تنكحي "[1]

من الاجماع :يروى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما فرآه في الطريق وأخذه فذهبت جدته أم أمه ورأه ، وتنازعا بين يدي أبى بكر الصديق فآعظاه اياه وقال لعمر الفاروق "ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك "[2] واذا كانت الحضانة حقا للأم دون الأب فقد اقتضى القياس ان يكون للنساء أولاد دون الرجال واقتضى أن أن تكون الأم مقدمة عن قرابة الأب [3].

ثالثا : حكمة مشروعيتها

ان قدرة الفرد على تحمل أعباء الحياة والاطلاع بمسؤليتها منوطة بنشأته السوية ، في الصغر ولا يمكن للطفل أن ينشئ سويا الا اذا واجد من يحوطه برعاية ، ويعنى بتربيته عقليا وروحيا وبدانيا ويمده بالحنان والعطف اللذان يعدان غذاء روحيا له وهذه هي مهمة الحاضن .[4]

---

[1] أخرجه أبو داود في سننه ،كتاب الطلاق باب من أحق بالولد ، ج2 ، ص292 واللفظ له وأحمد في مسنده ، ج2 ، ص603 ، والحاكم المسند كتاب الطلاق ، باب الحضانة الولد والمرأة المطلقة مالم تنكح ، ج2 ، ص573

[2] أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الوصية ، باب ماجاء في المؤنث والرجال ومن أحق بالولد جديث ، 317/02/2230

[3] الامام محمد أبو زهرة ، الأحول الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط3 ، ص406

[4] فقه السنة ، السيد السابق ، ص288

رابعا :موقف قانون الأسرة الجزائري من الحضانة

هناك عدة مواد قانونية تنص على مشروعية الحضانة وهي :

المادة 62 [1]التي تنص على أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك .

بحيث تنص المادة 64 من- ق أ – [2]على أن الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة الأم ثم الجد للأب ثم الخالة والعمة ، ثم الأقربون درجة مراعات مصلحة المحضون في كل ذلك والقاضي يحكم باءسناد الحضانة.

[1] الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27

[2] الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27

خاتمة

خاتمة :

بعد هذه الدراسة تمت بحمد الله هذه المذكرة والتى ذكرنا فيها مدى تطبيق الفقه المالكي في قانون الأسرة الذي اقتصرناه في هذه الدراسة على الزواج والطلاق نموذجا وبهذا نكون قد أتينا على أهم ما قصدنا من هذه الجولة في رحاب المذهب المالكي والقانون الجزائري للأسرة سائلين الله بمنه وكرمه وتوفيقه ولعله من مناسب المقام أن نعود الى ما سلف ذكره باستعراض أهم النتائج :

1/أن الأساس الذي تقوم عليه الأسرة هو عقد النكاح القائم بشروطه وأحكامه وأركانه.

2/أما اذا استحالت الحياة الزوجية فيكون التسريح بإحسان وهو ما يعرف بإنحلال الرابطة الزوجية بين الرجل والمرأة .

3/كما استنتجنا أن كل من الشريعة والقانون جعلا العصمة بيد الزوج وهذا بنص المواد القانونية

4/ان المشرع الجزائري عند استناده الى الفقه الاسلامي لم يقتصر على المذهب المالكي بحكم أنه معمول به في الجزائر وإنما وجدنا أنه حاول الدمج بين المذاهب

5/اسهامات الفقه المالكي في ترتب العلاقات ومواجهة كل المستجدات ومواكبة القانون الجزائري في الأحوال الشخصية .

6/ الأثار المترتبة على إنحلال الرابطة الزوجية والمواد القانونية التى نصت عليها وموفقة الشرع عليها .

وختاما نحمد الله سبحانه وتعالى على توفيقه للإتمام هذه الدراسة ، فما كان فيها من صواب فمن توفيق الله وحده ، وماكان فيها من خطأ وتقصير فمنا .

كما نسأل الله تعالى أن يوفقنا إلى ما يحبه ويرضاه ويوفق الجميع لخدمة الإسلام ، وأن يتقبل هذا العمل اليسير ، وأن يكتب لوالدينا ومعلمينا السعادة وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الفهـــارس

فهرسة الآيات

الآية	رقم الاية	الصورة	الصفحة
هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ.	187	البقرة	07
وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّار.	221	البقرة	65
لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ	236	البقرة	29
الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ	229	البقرة	31
بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ	228	البقرة	75
فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ	230	البقرة	36
فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ	229	البقرة	35
فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ	230	البقرة	34
فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ.	686	البقرة	62
فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ	232	البقرة	65
وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا	221	البقرة	16
وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُواْ	229	البقرة	69
وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا	234	البقرة	72
فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ	3	النساء	11
حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ	23	النساء	16
وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا	4	النساء	21
وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ	19	النساء	29
وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ	6	النساء	54
وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً	3	النساء	59
وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَ	71	التوبة	63

(وَلا تَرْكَنُوٓاْ إِلَى ٱلذِينَ ظَلَمُواْ	112	هود	50
وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ	38	الرعد	11
وَأنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ	32	النور	11
يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ	50	الاحزاب	12
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلً	49	الاحزاب	9
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا	49	الاحزاب	73
احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ	22	الصافات	08
كَذَٰلِكَ وَزَوَّجْنَٰهُم بِحُورٍ عِينٍ	54	الدخان	08
فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ	1 1	الطلاق	29
لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا إِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ	2-1	الطلاق	31
يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ	1	الطلاق	75
وَأَحْصَىٰ كُلَّ شَيْءٍ عَدَدًا	28	الجن	71

فهرسة الأحاديث

طرف الحديث	الراوي الأعلى	المصنف	الصفحة
أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل	عن عائشة رضى الله عنها	صحيح سنن أبي داود	65
أنت أحق بهم ا لم تنكحي	عبد الله بن عمر بن العاص	سنن أبي داود	76
"إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"	عن عائشة رضى الله عنها	السنن الكبرى	20
أمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجعها	عمر ابن الخطاب	صحيح البخاري	33
إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ فِي قُبُلِ عِدَّتِهِنَّ	عبد الله بن عمر	صحيح مسلم	32
تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم .	عن عائشة رضى الله عنها	سنن أبي داود	11
ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك .	عمر بن الخطاب رضي الله عنه	موطأ مالك	76
قال اذهب فاطلب ولو خاتما من حديد.	سهل بن سعد الساعدي	صحيح البخاري	21
لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ، وَلَا يُنْكِحُ، وَلَا يَخْطُبُ .	عثمان	صحيح مسلم	22
لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها	أبي هريرة رضي الله عنه	شرح البخاري	65
لا نكاح إلا بولي	أبي بردة بن أبي موسى رضي الله عنه	صحيح سنن أبي داود	65
لكني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني	أنس بن مالك	صحيح البخاري	12
يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فعليه بصيام فإنه له وجاء	عبد الله بن عمر	صحيح مسلم	11

فهرسة الأعلام

الرقم	العـــــــــــلـــــم	الصفحة
1	الأخـفـــــش	25
2	سبويه	26
3	الفارابي	26
4	ابن سينا	42
5	ابن القاسم المالكي	63
6	الجوهري	50

قـــــائـــــمة

المصادر والمراجع

القرآن الكريم –برواية ورش عن نافع –المصحف الالكتروني

1- أحمد ابن غانم أو غنيم ابن سالم ابن منها شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد الفيرواني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1997 م .

2- أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي أبو الحسن، معجم مقايس اللغة، 1399 هـ .1980 م .

3- أحمد بن محمد بن على الفيومي أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، د ط.

4- أحمد شامي ، قانون الأسرة طبقا لأحداث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ط1، الاسكندرية، 2010.

5- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الاسلام، دار التأليف، مصر، ط2، 1961.

6- بشرى النية ، مدخل لدراسة العلوم القانونية .

7- البشير كوثر أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، اشرف الأستاذ يزيد خالد ، قسم القانون الخاص ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم 2017 /2018.

8- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط7 د ت .

9- التواتي بن التواتي ، المبسط في الفقه المالكي ، دار الواعي، رويبة الجزائر ط1 ، 1430 هـ .2002م.

10- جميل فخري محمد فخر، أثر الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر، عمان، ط1، 2009.

11- حسن أيوب فقه الأسرة المسلمة ، دار الاسلام ، مصر ، ط1 ، 1422 هـ .2002 م .

12- دلاندا يوسف ، قانون الأسرة ، دار هومه ، بوزريعة الجزائر ، د ط ، 2005 م

13- زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر عبد القادر الحنفي الرازي ، مختار الصحاح ، المكتبية العصرية ، الدار النموذجية ، بيروت ، ط5 ، 1420 هـ .1999 م .

14- السرخسي، أصول السرخسي، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، 1414 هـ 1993 م .

15- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر ،ط3، 1999 م .

16- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الأصالة للنشر والتوزيع، ط2، المدية الجزائر.

17- السيد سابق، فقه السنة دار الفكر، بيروت لبنان، ط4، 1403 هـ.

18- الشافعي أبو عبد الله محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي، الكتاب الأم ، دار المعرفة ، بيروت، د ط، 1410 هـ 1990 م .

19- شمس الدين أبو عبد الله بن عثمان ابن غيماز الذهبي، سير أعلام النبلاء، دار الحديث، القاهرة ، د ط ، 1427 هـ .2006 م .

20- شمس الدين محمد بن آل الخطيب الشربيني ، مغني محتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1415 هـ .1994 م .

21- شوقي ضيف ، المعجم الوسيط ، مكتبة الشروق ، ط4 ، 1425 هـ .2004 م .

22- صادق عبد الرحمن الغريني ، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مؤسسة الريان ، بيروت لبنان ، ط1 ، 1423 هـ .2002 م.

23- بن شيوخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية الجزائر، 1429 هـ 2008 م

24- طارق بن أنوار آل سالم ، الواضح في أحكام الطلاق ، دار الفقه دار الايمان ، د ط. د ت .

25- أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن ابراهيم بن أبي بكر بن خلكان البرمكي الاربلي ، وفيات الأعيان ، دار صادر بيروت ، ط1، 1971م .

26- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوفي الشهير بالصاوي المالكي ، لغة المسالك وشرح الصغير ، دار المعارف للنشر ، د ط د ت ن .

27- عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري ، شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ط1 ، 2002 م .

28- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، د ط ، 1424 هـ .2003 م .

29- عبد الرحمن بن سعد بن على التشري ، حكم تقنين الشريعة الاسلامية ، دار الصميم للنشر والتوزيع ، الرياض السعودية ، ط1 ، 1428 هـ .2007 م .

30- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية للنشر ، ط1 ، 2007 م .

31- عبد الله محمد بن أحمد بن ابي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ط2 ، 1384 هـ 1964 م .

32- عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس أبو عمر جمال الدين ابن الحاجب الكردي المالكي ، جامع الأمهات ، دار النشر ، اليمامة ،ط2 ، 1421 هـ .2000 م .

33- علاء الدين أبو بكر ابن مسعود بن أحمد الكساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، ط2 ، 1406 هـ .1986 م .

34- على بن محمد بن على الزين شريف الجرجاني ، التعريفات ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ط1 ، 1403 هـ .1983 م .

35- عمر الجيدي ، مباحث في المذهب المالكي في المغرب العربي ، د د ن ، ط1 ، 1993 م .

36- عمر سليمان الأشقر ، مدخل الى الشريعة والفقه الاسلامي ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط1 ، 1425 هـ .2005 م .

37- ابن عابدين ،دار المحتار على الدار المختار ، شرح تنوير الابصار ، دار الكتب العلمية ، الرياض ، طبعة خاصة ،2003، ج4 .

38- أبو عمر يوسف ابن عبد الله ابن عبد البر ابن عامر النمري القرطبي ، الكافي في فقه أهل المدينة ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض السعودية ، ط2 ، 1400هـ .1980 م .

39- أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني الحطاب، مواهب الجليل في شرح الخليل، ط1، د ت .

40- غنية قري ، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة بين الشرع والقانون) ، دار طليطلة ، المحمدية الجزائر ، ط1 ، 1432 هـ .2011 م .

41- أبو الفيض الملقب بمرتضى الزيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، د ط ب.س .ن

42- قاسم بن عبد الله بن أمير على القونوي الرومي ، أنيس للفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداول بين الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، د ط ، 1424 هـ .2004 م .

43- كميلي مراد ، الوجيز في قانون الأسرة ، قسم الحقوق والقانون السياسية ، جـــامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2009.2010م .

44- لحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان، ط3، 1426هـ .2005 م .

45- مجد الدين أبو الطاهر محمد يعقوب الفيروزبادي ، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة للطباعة ، بيروت لبنان ، ط8 ، 1426 هـ .2005 م .

46- محمد أبو الزهرة ، مالك حياته وعصره أرؤه وفقه ، دار الفكر العربي ط2 ، دت .

47- محمد أبو الوليد بن أحمد بن رشد القرطبي ، المقدمات الممهدات ، دار الغرب الاسلامي ، بيروت ، ط1 ، 1408 هـ .1988 م .

48- محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزاج وأثاره ، دار الفكر العربي للفكر والنشر ، د ط ، د س.

49- محمد بن أحمد ابن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار احياء الكتب العربية ، دط. دت .

50- محمد بن أحمد بن محمد عليش عبد الله المالكي، منهج الجليل شرح مختصر خليل ، دار الفكر بيروت، دط ، 1409 هـ .1989 م .

51- محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي ، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح البخاري)، دار طوق النجات ، ط1 ، 1422 هـ .

52- محمد بن عرفة الدسوقي ، المالكي حاشية الدسوقي على شرح الكبير ، دار الفكر ، د ط دت .

53- محمد بن محمد ابن عرفة الوغني التونسي المالكي ، المختصر الفقهي ، مؤسسة خلف ، أحمد الحيتور للأعمال الخيرية ، الامارات ، ط1 ، 2014 م .

54- محمد بن مكرم بن على أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الافريقي ، لسان العرب ، دار صادر بيروت ، ط3 ، 1414 هـ .

55- محمد سراج ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، دط.دت .دن .

56- محمود على السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية دار الفكر، ط3، 1431هـ 2010 م .

57- محمود محمد، غريب الطلاق تحسبونه هين وهو عند الله عظيم، دار القلم للتراث، القاهرة، ط2، 1423 هـ2004 م.

58- مدكور محمد سلام ، أحكام الأسرة في الاسلام ، دار النهضة العربية ، قاهرة ، د ط ، 1967م

59- مراد بن سعيد، الميسر في أحكام الزواج والطلاق عند المالكية، دار الهدى، الجزائر، د ط ،2015م .

60- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسبوري ، المسند الحيح المختصر بنقل العدل عن العدل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، د ط .د ت .

61- ابن النجار ، شرح الكوكب المنير ، مكتبة البعنكان ، ط2 ، 1418-1997م

62- وهبة ابن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا دمشق، ط7، 1997 م .

63- أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التاجي القرطبي ، الباجي الأندلسي ، شرح الموطأ ، مطبعة السعادة ، المحافظة .مصر ، ط1 ، 1332 هـ.

64- أبو الوليد محمد ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 ، ب ت .

65- يوسف القرضاوي ، مدخل لدراسة الشريعة،مكتبة وهبة ، القاهرة ، ط1 1414 هـ.1993 م.

66- يوسف بن تغري بردي بن عبد الله الطاهري أبو المحسن جمال الدين، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة ، د ط. دن. د ت .

67- أطروحة دكتوراه اعداد سعادي لعلى، أطروحة دكتوراه ، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة – ، اشراف الاستاذ بن الملحي الغوثي ، قسم القانون الخاص ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 2014 2015 .

فهرس

المحتويات

فهرس المحتويات :

إهداء .....،.....

شكر.....

مقدمة .....**أ – هـ**

الفصل الأول : الزواج والطلاق.....**6**

تمهيد : **7**

المبحث الأول :ماهية الزواج 8

المطلب الأول :ماهية الزواج لغة واصطلاحا 9

المطلب الثاني :حكم الزواج .....10-12.

المطلب الثالث :أركان الزواج وشروطه 13-25

المبحث الثاني :ماهية الطلاق 26-27

المطلب الأول :ماهية الطلاق لغة واصطلاحا 28

المطلب الثاني :حكم الطلاق 29-33

المطلب الثالث :أقسام الطلاق.....34-39

الفصل الثاني :تطبيق الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري .

المبحث الأول :علاقة الفقه المالكي بالقانون الجزائري ومدى التزام المشرع بالمذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري .

المطلب الأول :ماهية القانون الجزائري 42-44

المطلب الثاني:علاقة الفقه المالكي بالقانون الجزائري 45-46

المطلب الثالث :مدى التزام المشرع بقانون الأسرة الجزائري 47-48

المبحث الثاني :تطبيق الفقه المالكي في باب الزواج 49

المطلب الأول: الزواج أركانه وشروطه 50-55

المطلب الثاني :الصداق والمهر 56-61

المطلب الثالث :ولاية الزواج في الفقه المالكي 62-67

المبحث الثالث :تطبيق الفقه المالكي في باب الطلاق 68

المطلب الأول : إنحلال الرابطة الزوجية 69

المطلب الثاني :صور إنحلال الرابطة الزوجية 70-72

المطلب الثالث :الطلاق وأثاره.....73-79

خاتمة.....81

الملخص :

يعرف النكاح في الفقه المالكي بأنه عقد لحل بأنثى غير محرم ولا مجوسية بصيغة لقادر ، محتاج أو راج نسلا أما في القانون فيعرف على أنه عقد يتم بين الرجل وامرأة على وجه شرعي ، أما بالنسبة لحكم الزواج فلقد اختلف الفقهاء في ذلك والراجح أنه مندوب بشكل عام أما من جهة التفصيل فتعتريه الأحكام التكلفية الخمسة .

كما أن عقد النكاح يقوم على أركان وشروط وقد تختلف بين الفقه وقانون الأسرة .

كما يعتبر الفقه هو المصدر الأساسي لقانون الأسرة الجزائري وبالأخص الفقه المالكي في كلا الحالتين اما الزواج أو الطلاق فاءذا استحالت الحياة الزوجية ، يلجأ المشرع الجزائري والفقه الى ما يسمى بحل الرابطة الزوجية (الطلاق) بين الرجل والمرأة ودراسة مواده القانونية و الأثار المترتبة عليه ، من عدة وحصانة ...الخ

Summary : Marriage is known in Maliki's jurisprudence as a contract to solve a female is not forbidden or magician in the form of able، need or request seed، but in the law is known as a contract between men and women legally، as for the rule of marriage has differed scholars in that and most likely a delegate in general In terms of detail، the five provisions of the mandate. The marriage contract is based on principles and conditions and may vary between jurisprudence and family law. It is also considered jurisprudence is the basic source of the Algerian family law، especially the Maliki jurisprudence in both cases either marriage or divorce is impossible marital life، the Algerian legislator and jurisprudence resort to the so-called dissolution of the marital relationship (divorce) between men and women and study the legal articles and the implications of it، ...etc

Ammar Thaliji University of Laghouat

Faculty of Humanities, Islamic Sciences and Civilization

Department: Islamic Sciences

Division: Principles of jurisprudence

The application of the Maliki jurisprudence in the Algerian family - law - Marriage and divorce model

Certificate of Master's Degree in Islamic Sciences

Specialization: comparative jurisprudence and its

Preparation of the two students:

- **SAIDANI YAMINA**
- **SAYAH HAYAT**

The supervision of Dr:

*** Hafsi Abbas**

University year (1439/1440 H - 2018/2019 AD)