

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية



كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
شعبة العلوم الإسلامية

آثار الخطبة وعقد الزواج بين الشريعة و القانون

مذكرة معدة لاستكمال متطلبات شهادة الليسانس في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

تحت إشراف الأستاذ:

أ. عبد العالي بوعلام

إعداد الطلبة:

➤ بطاش حدة

➤ لغويني نادية

➤ هبال نورة

السنة الجامعية: 1433-1434هـ / 2012-2013م

شكر وتقدير

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من لم يشكر الناس لم يشكر الله »
بعد العناء المتواصل وسهر اللياليوبعد أن من الله عز وجل علينا بإتمام هذه
المذكرة نحمد الله تعالى ونزيد حمدا وشكرا على ما يسره لنا , ووقفنا في إنجاز هذا
المجهود المتواضع فلك اللهم الحمد الكثير ياذا الجلال والإكرام .

كما نتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الأستاذ بوعلام عبد العالي , الذي تفضل بالإشراف على
مذكرتنا , ولما بدله لنا من نصح وإرشاد , فجزاه الله عنا خير الجزاء وجعل عمله هدا في ميزان حسناته
يوم القيامة .

كما لا ننسى بالشكر والدعاء بالخير إلى أساتذة وقسم العلوم الإسلامية

ولكل من أسدى لنا معروفا وقدم لنا

النصيحة لإنجاز هذا العمل .



المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله والمبعوث بالهدى ودين الحق رحمة للعالمين سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه إلى يوم الدين وبعد؛ لقد أعطت الشريعة الإسلامية للأسرة جل اهتمامها وأولتها عناية ورعاية خاصة، كما حرصت على أن تكون العلاقة بين الزوجين قائمة على علاقة وطيدة، مبنية على أسس متينة من المحبة و المودة و الألفة والاستقرار؛ لقوله تعالى «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ» «الروم:21.

فهذا الميثاق الغليظ وهذا العقد المتين الذي هو الزواج سنت له الشريعة السماوية مراحل معينة، ورتبت عليه آثار عند إتمامه وإنهائه، ومن هذه المراحل مرحلة الخطبة إذ تعتبر مقدمة هذا العقد والتي يتعرف فيها الخاطبين على بعضهما وقد يكون هناك تفاهم بينهما لإيجاد حلو المحبة و الألفة لإتمام المقصود ومن هذه المراحل أيضا مرحلة إتمام عقد النكاح و ما يتبع ذلك من حقوق و واجبات لكلا الطرفين. في نفس السياق حاول القانون الجزائري تنظيم هذا العقد في شكل قوانين معينة تضمن لكلا الطرفين حقوقهما و واجباتهما.

ومن هذا المنطلق وفي إطار التحضير لتقديم مذكرة بحث لنيل شهادة ليسانس ارتأينا تقديم موضوع بعنوان آثار الخطبة والنكاح بين الشريعة و القانون الجزائري قصرا، نقارن فيه بين أحكام الشريعة وقانون الأسرة بتعديله الأخير.

أهمية الموضوع:

1. تتمثل أهمية الموضوع في توضيح ومقارنة آثار الخطبة والنكاح في الشريعة والقانون.
2. مثل هذه الأمور لها علاقة بالواقع المحسوس وليست مواضيع نظرية.
3. إبراز التغيرات و الإسقاطات الموجودة في القانون من خلال الإقتراحات.
4. من المسائل الهامة في هذا العصر التي اختلف فيها آراء الفقهاء اختلاف بينا، كما جاء هذا المبحث عقب صدور الأمر 02.05 المؤرخ في 27/02/2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة، وما صاحب ذلك من تداعيات و صراعات بين تيارات وقوى متضاربة، ذهب الغلو ببعض منها إلى حد المطالبة بإلغاء قانون الأسرة والاستعاضة عنه بتشريع مدني بدعوى هضمه لحقوق المرأة وعدم مسابته لتطورات العصر، ولعل هذه الدراسة تسهم في جلاء الرؤية عن هؤلاء، وبيان عظمة الفقه الإسلامي و غزارة ثورته الفكرية، وفهم مقاصد الشريعة من تنظيم أحكام الأسرة بما يكفل نموها واستقرارها.

أسباب اختيار الموضوع:

- 1/ الأهمية الكبيرة التي سبقت الإشارة إليها.
- 2/ الدافع الشخصي لدينا للبحث في مواضيع عملية أكثر منها نظرية لها نفع ملموس.
- 3/ إثبات سعة الفقه الإسلامي و غزارة إنتاجه الفكري واثبات مرونته وقابليته لمواكب التغيرات الاجتماعية والاقتصادية طالما أن باب الاجتهاد مفتوح للتكفل بجميع الإشكالات التي قد تعترض المجتمع مما يجعله المصدر الأساسي لقانون الأسرة بما لا يقل عن أحداث النظريات في القانون الوضعي.

الدراسات السابقة:

سبق وأن تناولوا هذا الموضوع في شكل مذكرات تخرج، في مواضيع متفرقة لا تجمع بين الخطبة والزواج ومن هذه الدراسات أحكام الخطبة، و الحقوق الزوجية و آثار عقد الزواج ، ولجأنا إلى الجمع بينهما لبيان الفرق الكبير و أهمية كلا منهما .

الإشكالية:

كيف راعت الشريعة الإسلامية و القانون آثار الخطبة و عقد الزواج؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات منها:

- ما هي آثار الخطبة بين الشريعة والقانون؟
- ما هي آثار عقد الزواج بين الشريعة والقانون؟

الفرضيات:

راعت الشريعة الإسلامية أغلب جوانب هذا الموضوع وأولته أهمية ورعاية خاصة لحساسيته ومكانته في المجتمع، حيث أن القانون الجزائري اكتفى بذكر التعريف بالخطبة و العدول عنها إلى جانب حقوق و واجبات الزوجين، حينما ترك فراغ في بقية أحكام الخطبة ونص في مادته إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

المنهج المستعمل:

اعتمدنا على المنهج الاستقرائي من خلال استقراء المعلومات من أحكام الشريعة و القانون والمنهج التحليلي من خلال تحليل المعلومات وقد اعتمدنا كذلك على المنهج المقارن بين المذاهب الأربعة ومع ما ورد في قانون الأسرة الجزائري من أجل توضيح مدى استفادة القانون من الفقه الإسلامي وعلى أي مذهب اعتمد، أما منهج البحث فقد اعتمدنا على المنهجية التالية:

1. الالتزام بقواعد المنهج العلمي من حيث:

- كتابة الآيات القرآنية: غزو الآيات إلى مواضعها من السور ورقم الآية واعتمدنا في ذلك على رواية حفص لندرة رواية ورش أو انعدامها.

- تخريج الأحاديث: وهذا من خلال غزو الأحاديث إلى مضامينها عن طريق المنهجية التالية:

- إذا ذكر الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفى به أما إذا لم يوجد فإننا نخرجه على حسب ما ورد في كتب السنة.

- أحيل الحديث على الكتاب الذي ورد فيه وعلى الباب تم رقم الحديث، ثم الجزء والصفحة وإذا استعملته لاحقا أكتب سبق تخريجه.

- أما تهميش الكتب فقد اكتفينا بالمؤلف واسم الكتاب والجزء والصفحة على ما أعطي لنا في الدليل، وقد استعملنا ألفاظ المرجع نفسه والموضع نفسه والمرجع السابق ومرجع سابق على ما هو متعارف عليه في كيفية كتابة بحث عند إعادة ذكر مصادر ومراجع سبق الإشارة إليها.

2. الأعلام:

أما الأعلام فإننا لم نقم بالترجمة إلا لمن ليس مشهور أو ليس معروفا إذ إن المعروف شهرته تغني عن ترجمته وهذا على مستوى الصحابة و التابعين و أئمة المذاهب و علمائها ولا يخفى أن الشهرة أمر نسبي وهذا كله حتى يتسنى لنا التركيز على الموضوع أكثر؛ ضف إلى ذلك ما قد تستهلك العملية من صفحات خاصة أن الموضوع فقهي قانوني مقارن زيادة على العدد المحصور للمذكرة.

3. المراجع:

قد اعتمدنا على أمهات المصادر و المراجع في غالب الأحيان، كما أننا قد استأنسنا بكتب المعاصرين عند الحاجة على ذلك كتوضيح مبهم أو شرح مشكل أو بيان غامض أو في كون المسألة لم تذكر عند المتقدمين.

أما عند التهميش للموضوع، فإننا استعملنا الأسلوب العلمي و المعطى لنا في الدليل وإذا استعمل مرة لاحقة استعمل القواعد المبنية في كيفية تهميش مصادر و مراجع سبق الإشارة إليها. وإذا أضفنا كلمة "أنظر" أمام اسم الكتاب معنى ذلك أن هذا النص متصرف. أما عند فهرست المراجع فإننا ذكرنا المعلومات الكاملة بخلاف التهميش.

الخطبة:

خطبتنا كانت عبارة عن مقدمة وفصلين وخاتمة هي على النحو التالي:

الفصل الأول: آثار الخطبة بين الشريعة و القانون.

- المبحث الأول: ماهية الخطبة.
 - المبحث الثاني: أحكام الخطبة.
 - المبحث الثالث: آثار العدول عن الخطبة.
 - الفصل الثاني: آثار عقد الزواج بين الشريعة و القانون.
 - المبحث الأول: ماهية عقد الزواج.
 - المبحث الثاني: آثار عقد الزواج الصحيح.
 - المبحث الثالث: آثار عقد الزواج غير الصحيح.
- خاتمة: ذكرنا فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها.

أهم الصعوبات:

خلال إنجازنا لهذا البحث واجهتنا بعض الصعوبات من بينها:

- قلة المراجع و المصادر وهذا راجع إلى افتقار المكتبة الجامعية لأمهات الكتب الفقهية.
 - بالإضافة إلى ضيق الوقت المخصص لإعداد هذه المذكرة مع مزاحمتها للبحوث الفصلية و الدراسة، و قد حاولنا قدر المستطاع أن تكون هذه الدراسة ملمة و شاملة للموضوع ما أمكن
- فإن أصبنا فمن الله و إن أخطأنا فمن أنفسنا و الشيطان.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى

آله وصحبه وسلم

الفصل الأول

آثار الخطبة بين الشريعة و القانون

لقد جعل الإسلام الخطبة إحدى مراحل النكاح ورتب عليها آثار منذ انعقادها بين الخطيبين و بعد العدول عنها، ليتحقق المقصد الذي يسعى إليه و لأجل هذا سنطرق في هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: ماهية الخطبة.

المبحث الثاني: أحكام الخطبة.

المبحث الثالث: آثار العدول عن الخطبة.

المبحث الأول: ماهية الخطبة.

إن من مستلزمات الماهية أن نتناول فيها عناصر معينة عن طريق المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الخطبة

المطلب الثاني: مشروعية الخطبة.

المطلب الثالث: أنواع الخطبة.

المطلب الأول: تعريف الخطبة

سوف نتعرض إلى مفهوم الخطبة لغة و اصطلاحا و قانونا.

الفرع الأول: لغة:

الخطبة مصدر بمنزلة الحُطْبُ وهو بمنزلة قولك: إنه لحسن القعدة و الجلسة و العرب تقول: فلان حُطِبُ فلانة إذا كان يخطبها و يقول الخاطب: حُطِبُ فيقول المخطوب المهم نكح! و هي كلمة كانت العرب تتزوج بها و كانت امرأة من العرب يقال لها أم خارجة يضرب بها المثل، فيقال أسرع من نكاح أم خارجة، وكان الخاطب يقوم على باب خبائها فيقول حُطِبُ! فتقول نكح! حُطِبُ فيقال نُكْحُ!⁽¹⁾

الفرع الثاني: اصطلاحا:

وقد عرفته المذاهب الأربعة كالتالي:

أولاً: تعريف المالكية ولهم تعاريف متعددة منها:

1. استدعاء النكاح.⁽²⁾

2. التماس التزويج و المحاولة عليه صريحا مثل أن يقول: فلان يخطب فلانة أو غير صريح؛ كأريد

الاتصال بكم و الدخول في زمرتكم.⁽³⁾

ثانياً: تعريف الشافعية: التماس الخاطب من جهة المخطوبة.⁽⁴⁾

ثالثاً: تعريف الحنابلة: الخطبة بالكسر خِطْبَةُ الرجل لينكحها و الخُطْبَةُ بالضم هي الحمد لله و التشهد.⁽⁵⁾

رابعاً: تعريف الحنفية: طلب التزويج.⁽⁶⁾

و يمكن أن نعرفها مايلي:

¹ / ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص 335.

² / الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج3، ص 407.

³ / الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج3، ص 167.

⁴ / الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص 190.

⁵ / ابن قدامة، المغني، ج7، ص 520.

⁶ / ابن عابدين، رد على الدار المختار، ج3، ص 8.

هي إظهار الرغبة في الزواج بإمرأة معينة وإعلام المرأة أو وليها بذلك ، وقد يتم هذا الإعلام مباشرة من الخاطب أو بواسطة أهله.⁽¹⁾

الفرع الثالث: قانونا

إذا كان معنى الخطبة في ثقافة شعبنا هو إجراء يعني إظهار رغبة الخاطب أو ممثله في تزويجه بفتاة معينة من عائلة معينة ، دون أن تكون لهذه الخطبة صفة العقد الرسمي للزواج ، فإن الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون الأسرة المعدلة تعديلا شكليا بموجب أمر رقم 05-02 وقد عرفت الخطبة بأنها: "وعد بالزواج ، يجوز للطرفين العدول عنها".⁽²⁾

الفرع الرابع: الرأي الخاص

نرى هناك اتفاق بين الرأي الفقهي و القانوني حول أن الخطبة هي وعد بالزواج.

المطلب الثاني: مشروعية الخطبة.

الخطبة مشروعة بالكتاب و السنة

الفرع الأول: من الكتاب :

أولا: قال تعالى: «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ» (البقرة:235).

وجه الدلالة: واضحة من الآية على مشروعية الخطبة.

ثانيا: قال تعالى: «قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ» (القصص:27).

وجه الدلالة: واضحة في مشروعية الخطبة.

الفرع الثاني: من السنة:

قد دلت على مشروعية الخطبة في عدة أحاديث منها :

¹ / وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص 6492.

² / المادة 5 : (أمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005).

عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ص 15.

أولاً: عن جابر⁽¹⁾ بن عبد الله رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إذا حَظَبَ أحدُكم المرأةَ فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل ، قال: فخطبت جارية ، فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها و تزوجها ، فتزوجتها»⁽²⁾.

وجه الدلالة: يدل الحديث دلالة واضحة على مشروعية الخطبة.

ثانياً: و قوله أيضاً: « ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يُأذَن لهُ الخاطب»⁽³⁾ وجه الدلالة: يدل دلالة واضحة على مشروعية الخطبة في الإسلام

ثالثاً: و قد ثبت أن الرسول صلى الله عليه و سلم خطب بعض زوجاته مثل عائشة وحفصة وأم سلمة رضي الله عنهم ، فالسيدة حفصة بنت عمر ابن الخطاب تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم و هي أرملة ؛ حيث خطبها من أبيها ، فزوجه إياها . قال عمر : "خطب النبي صلى الله عليه وسلم إلي حفصة فأنكحته".⁽⁴⁾

السيدة صفية بنت حي بن أخطب كان أبوها سيد بني النضير من بني إسرائيل و قد أسرت بعد مقتل زوجها في إحدى الغزوات، فأستدعها النبي صلى الله عليه وسلم وقال لها: أن تكوني على دينك لم نكرهك، فإن اخترت الله والرسول صلى الله عليه وسلم اتخذتك لنفسي، قالت: بل أختار الله والرسول، فأعتقها الرسول صلى الله عليه وسلم وتزوجها و جعل مهرها عتقها.

وعن أنس بن مالك قال «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها»⁽⁵⁾

وجه الدلالة من الأحاديث واضحة في مشروعية الخطبة.

¹ / جابر بن عبد الله بن حرام، بمهلة واره، الأنصاري ظن ثم السلمي بتفتحتين، صحابي جليل ابن صحابي غرزا تسع عشرة غزوة ومات بعد السبعين وهو ابن أربعة وتسعين، أنظر ابن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، ص 75.

² / أبو داود، سنن أبو داود تصحيح الألباني، كتاب النكاح، باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزوجها، رقم 2082، ص332، وقال عنه الألباني: حديث حسن.

³ / أحمد علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، رقم 5142، ج9، ص 170.

⁴ / البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج الأب ابنته من الإبن، رقم 5134، ج3، ص 944.

⁵ / مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمته ثم يتزوجها، رقم 3515، ج2، ص514.

الفرع الثالث: من الإجماع

انعقد الإجماع على جواز الخطبة.⁽¹⁾

المطلب الثالث: أنواع الخطبة:

الخطبة إما أن تكون بإبداء الرغبة فيها و تنقسم الخطبة في الشريعة إلى قسمين: صراحة، كأن يقول الخاطب: أريد الزواج من فلانة، وإما أن تكون مفهومة ضمناً أو بالتعريض والقرائن، بمخاطبة المرأة مباشرة بكلام غير صريح، كأن يقول لها: إنك جديرة بالزواج، أو يسعد بك صاحب الحظ أو أبحث عن فتاة لائقة مثلك⁽²⁾ ونحوها إذن فالخطبة نوعان:

الفرع الأول: الخطبة الصريحة:

عن طريق التصريح بالقول وهي عبارة عن الإفصاح عما في النفس بلفظ يدل صراحة على إرادة الخطبة ولا يحتمل غيرها، وأن يذكر الخاطب أو وكيله كلاماً لا يحتمل سوى معنى الخطبة، كقوله: "أريد فلانة للزواج، أو أريد أن أخطبك أو أتزوجك".

الفرع الثاني: الخطبة بالتعريض:

وهي الخطبة بطريق التلميح (الكلام الغير الصريح) كلاماً يفهم منه ضمناً الرغبة في الخطبة دون أن يصرح بها كأن يقول الرجل للمرأة التي يرغب في الزواج منها، إني أريد أن أتزوج امرأة صالحة وجميلة مثلك أو يقول لها أبحث عن فتاة لكي أخطبها في مثل أخلاقك [أو أنك جديرة بالزواج أو سعيد بك صاحب الحظ]، وما أشبه ذلك من العبارات التي يفهم منها أن الشخص يقصد الخطبة.⁽³⁾

¹ / محمد عقله، نظام الأسرة في الإسلام، ج1، ص 213.

² / وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص 24.

³ / رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة والأولاد، ج1،

المبحث الثاني: أحكام الخطبة.

سنتطرق في هذا المبحث إلى بعض أحكام الخطبة من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: النظر إلى المخطوبة وحدوده.

المطلب الثاني: الخلوة بالمخطوبة.

المطلب الثالث: الخطبة على الخطبة.

المطلب الأول: النظر إلى المخطوبة وحدوده.

الفرع الأول: النظر إلى المخطوبة:

أولاً: عند الفقهاء

قد اختلف الفقهاء في بيان ما يجوز للحاطب أن ينظر إليه ممن أراد التزوج بها، وسنفصل ذلك فيما يلي:

1. المذهب المالكي: أجاز النظر إلى المرأة عند الخطبة إلى الوجه و الكفين فقط.⁽¹⁾
 2. المذهب الشافعي: لا ينظر غير الوجه و الكفين ظهرا و بطناً؛ لأنها مواضع زينة.⁽²⁾
- المشار إليها في قوله تعالى: «وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» (النور: 31)

والحكمة في الاقتصار على ذلك: أن الوجه ما يستدل به على الجمال، وفي اليدين ما يستدل على خصوبة البدن.⁽³⁾

3. المذهب الحنفي: أجاز النظر إلى الوجه و الكفين و القدمين.⁽⁴⁾
4. المذهب الحنبلي: ينظر إلى الوجه و الرقبة و اليدين و القدم.⁽⁵⁾

ثانياً: قانونا

لم يتطرق القانون الجزائري إلى الخوض في موضوع حدود النظر إلى المخطوبة.

ثالثاً: الرأي الخاص

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى حدود النظر وترك المجال مفتوح إلى ما ذكر في الشريعة الإسلامية وذلك ما جاء في قول أنه إذا لم يوجد نص قانوني يرجع إلى الشريعة الإسلامية و نقترح أن يأخذ برأي جمهور الفقهاء في حدود النظر و ذلك أن لا ينظر غير الوجه و الكفين .

¹ / ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص04.

² / الشريبي، مرجع سابق، ج2، ص128.

³ / الشيرازي، المهذب، ج2، ص34.

⁴ / ابن رشد، المرجع والموضع نفسه.

⁵ / البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، ص10

الفرع الثاني: وقت النظر :

اختلف الفقهاء في وقت النظر إلى المرأة المخطوبة على النحو التالي:

أولاً: عند الفقهاء

1. المذهب الأول:⁽¹⁾ ذهب المالكية إلى أنه يجوز نظر وجه الزوجة و كفيها خاصة قبل العقد ليعلم بذلك حقيقة أمرها بعلم منها أو وليها، ويكره استغفالها، والنظر يكون بنفسه أو وكيله إن لم يكن على وجه التلذذ بها ، و إلا منع كما يمنع ما زاد على الوجه و الكفين لأنه عورة.
2. المذهب الثاني⁽²⁾: ذهب الشافعية إلى انه ينبغي أن يكون نظر الخاطب إلى المرأة قبل الخطبة، أن تكون خفية بغير علم المرأة أو ذويها ، مراعاة لكرامة المرأة و أسرتها و هذا المعقول ، و الراجح عملا بظاهر الأحاديث التي تدل على أنه يجوز النظر إليها سواء أكان ذلك بإذنها أم لا .
3. المذهب الثالث:⁽³⁾ ذهب الحنفية و الحنابلة إلى أن وقت النظر إلى المرأة المخطوبة قبل الخطبة بعد العزم على النكاح ، وقيده الحنابلة بما إذا غلب على ظنه إجابته على نكاحها و ذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إذا ألقى الله قلب امرئ خطبة إمراة فلا باس أن ينظر إليها».

الرأي الراجح:

المذهب القائل بأن وقت النظر إلى المرأة المخطوبة يكون قبل الخطبة و بعدها ، أما النظر إليها قبل الخطبة و بعد العزم على النكاح ، فيجب أن يكون في حدود ما شرع الله و التزام الآداب، بحيث لا يسيئ إلى المرأة المخطوبة .

ومما يدل على إباحة النظر إليها قبل الخطبة ما يأتي:

من الأحاديث المروية عن الرسول صلى الله عليه وسلم و التي منها:

- عن عائشة رضي الله عنها: « قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم أريتك في المنام يجيء بك الملك في سرقة من حرير فقال لي: هذه امرأتك فكشفت عن وجهك الثوب واذا أنت هي فقلت ان يك هذا من عند الله فاليمضه».⁽⁴⁾

¹ / أنظر الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص340.

² / أنظر الشربيني، مرجع سابق، ج3، ص128.

³ / أنظر بن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص453.

⁴ / البخاري، مصدر سابق، كتاب النكاح، باب النظر إلى المرأة قبل التزويج، رقم 5125، ج3، ص1306.

وجه الدلالة: يدل الحديث على جواز النظر.

ثانيا: قانونا

لم يتعرض القانون الجزائري حول موضوع وقت النظر.

ثالثا: الرأي الخاص

بما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى وقت النظر فوجب على المشرع يأخذ بمقالة جمهور الفقهاء في قولهم يجيزون النظر قبل الخطبة و بعدها لما هو ضروري في بناء العلاقة الزوجية فوجب وضع نص قانوني يأخذون بعين الاعتبار الشريعة الإسلامية كمرجع أولى.

الفرع الثالث: حكم النظر

أولا : عند الفقهاء:

لقد أباح الشريعة الإسلامية أن ينظر إلى المرأة المخطوبة التي يريد خطبتها، استثناء من الأصل إلى العام الذي ينص على غض البصر، و لقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على أن يتحرى الرجل النظر إلى المرأة التي يرغب في خطبتها، و يفهم منه كذلك إباحة نظر المرأة للرجل الذي يأتي خاطبا، فاختلف الفقهاء في حكم النظر إلى المخطوبة على مذهبين:

1. المذهب الأول: ذهب عامة الفقهاء⁽¹⁾ إلى النظر إلى المرأة المخطوبة و قال جمهورهم: باستحباب النظر إلى المخطوبة استنادا إلى الأدلة التالية:

أ- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار ، قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنظرت إليها قال: لا قال: اذهب فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئا»⁽²⁾

ب- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا خَطَبَ أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل » قال: فخطبت جارية ، فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها»⁽³⁾.

وجه الدلالة: تدل هذه الأحاديث دلالة واضحة على تحريم الخلوة بالمرأة وبالمخطوبة.

¹ / ابن رشد، مرجع سابق، ج 2، ص 3.

² / مسلم، مصدر سابق، كتاب النكاح، باب ندب النظر إلى وجه المرأة وكيفيها لمن يريد تزويجها، رقم 1434، ج 2، ص 104.

³ / سبق ترجمه في ص 9 .

المذهب الثاني: ذهب بعض الفقهاء⁽¹⁾ إلى كراهية النظر إلى المرأة المخطوبة ، قال ابن عبد البر القرطبي: "ومن أراد نكاح امرأة فليس له عند مالك النظر إليها ، ولا يتأمل محاسنها، وقد روي عنه أنه ينظر إليها وعليها ثيابها".⁽²⁾

وقال النووي: "حكى القاضي عن قوم كراهيته".⁽³⁾

وقد استدلووا على كراهية النظر إلى المرأة المخطوبة بأن الأصل تحريم النظر إلى النساء و قد تمسكوا بهذا الأصل.⁽⁴⁾

وقد أوجب على هذا الاستدلال بأن هذا الرأي مخالف لصريح الأحاديث النبوية الشريفة و مخالف لإجماع الأمة على جواز النظر للحاجة عند البيع و الشراء و الشهادة و نحوها.

ثانيا: القانون :

لم نعتز على نص قانوني في هذه المسألة .

ثالثا: الرأي الخاص :

نقترح على القانون الجزائري التطرق إلى موضع حكم النظر إلى المخطوبة ووضع مادة لكي تحدده و تضبطه.

المطلب الثاني:الخلوة بالمخطوبة :

من المعلوم أن الخطبة لا تعتبر زواجا ، ولكنها وعدا بالزواج فقط فالمرأة المخطوبة تعد أجنبية بالنسبة لخاطبها ولذلك نجد أن الفقهاء قد اتفقوا على أن رؤية الخاطب لمخطوبته لا تكون في خلوة دون أن يكون معها محرم و ذلك سد للذرائع ومقاومة لدواعي النفس الأمارة بالسوء و تعتبر وسيطة الإسلام في إباحته للرؤية و تحريم الخلوة بالأجنبية يقف موقف الاعتدال بين إفراط الجاهلين الذين يمنعون رؤية الخاطب لمخطوبته و بين تفريط المسرفين الاباحيين الذين راحوا يقلدون الأمم غير المسلمة تقليدا أعمى فأباحوا للخاطب أن يخلوا بمخطوبته و يختلط بها . ومما لا يرب فيه أن سنة التشريع في خطبة النساء وما

¹ / ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص3.

² / بن عبد البر، الكافي، ج2، ص219.

³ / النووي، شرح النووي لصحيح مسلم، ج5، ص 227.

⁴ / ابن رشد، المرجع والموضع نفسه.

شرعه الله للتعرف هي الطريقة المثلى التي تقتضيها الفطرة السليمة⁽¹⁾ فقال صلى الله عليه وسلم: «لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم فقام رجل فقال: يا رسول الله امرأتي خرجت حاجة واكتتبت في عزة كذا وكذا قال: ارجع فحج مع امرأتك». ⁽²⁾

الفرع الأول: أدلة تحريم الخلوة بالمخطوبة.

أولاً: من السنة :

وردت أحاديث كثيرة في تحريم الخلوة بالأجنبية منها:

أ. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم» ⁽³⁾.

ب. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إياكم و الدخول على النساء، فقال رجل من الأنصار يا رسول الله ! أفرايت الحمو؟ قال الحمو⁽⁴⁾ الموت» ⁽⁵⁾.

وجه الدلالة: تدل هذه الأحاديث على تحريم الخلوة بالأجنبية سواء كانت للخطبة أم لغيرها؛ لأنها جاءت عامة، فشملت الجميع ولم يرد في الشريعة الإسلامية ما يخص هذه الأحاديث بالنسبة للخطبة فتبقى على عمومها، قال النووي في دلالة تحريم الخلوة بالأجنبية وفي هذه الأحاديث التي تحرم الخلوة بالأجنبية، وإباحة الخلوة بمحارمها وهذان الأمران مجمع عليهما. ⁽⁶⁾

ثانياً: الإجماع :

أجمع العلماء على تحريم الخلوة بالأجنبية و المخطوبة ولا تزال أجنبية في هذه الحالة. ⁽⁷⁾

الفرع الثاني: حكمة تحريم الخلوة بالمخطوبة

أولاً - عند الفقهاء:

¹ / الشحات إبراهيم محمد منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص14-15.

² / البخاري، مصدر سابق، كتاب النكاح، باب لا يخلون رجل بامرأة إلا ذو محرم والدخول على المغيبة، رقم 5233، ج3، ص1333.

³ / سبق تحريه، في ص17.

⁴ / الحمو: بفتح وسكون، ج أمهاء، أبو الزوج أو الزوجة، انظر محمد رواس قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، ص 165.

⁵ / البخاري، المصدر نفسه، كتاب النكاح، باب لا يخلون رجل بامرأة إلا ذو محرم والدخول على المغيبة، رقم 5232، ص1331.

⁶ / النووي، شرح صحيح مسلم، مرجع سابق، ج7، ص409.

⁷ / الشوكاني، نيل وطار، ج6، ص112، شرح صحيح مسلم، المرجع، والموضع نفسه.

إن لتحريم الخلوة بالمخطوبة أحكام متعددة يمكن سردها فيمايلي:

1. إن الخلوة بالمخطوبة ذريعة إلى الوقوع فيما حرم الله تعالى واقتراف المعصية ، فلا تؤمن مغبة الخلوة دون حضور محرم، إذ يحول حضوره من الوقوع في الإثم و ارتكاب المعصية ، وجاء في المغني ولأنه لا يؤمن مع الخلوة مواقعة المحذور.⁽¹⁾

2. المحافظة على سمعة المخطوبة وعدم تعريضها للخطر و مقالة السوء خاصة في حالة فسخ الخطبة وعدم إتمام الزواج بينهما، بعد أن بين تحريم الخلوة بالمخطوبة إلا مع وجود محرم؛ وفي هذا القدر أمان وضمنان وبعد عن التعرض لمخاطر الاحتمالات في المستقبل من فسخ الخطوبة وغيره ، و به يتحقق المطلوب بالجلوس و التحدث إلى المرأة عند وجود محرم لها، وهذا هو الموقف الحكيم المعتدل دون إفراط ولا تفريط.⁽²⁾

ثانيا: القانون :

لم نعث على أي نص قانوني حول موضوع الخلوة بالمخطوبة.

ثالثا: الرأي الخاص :

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تحريم الخلوة بالمخطوبة، بل ترك المجال مفتوحا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث: الخطبة على الخطبة

الفرع الأول: خطبة الرجل على الرجل:

سنتناول في هذا الفرع حكم الخطبة على الخطبة وما هي شروطها

أولا- حكم خطبة الرجل على الرجل.

1- عند الفقهاء: اختلف الفقهاء.⁽³⁾ في حكم خطبة الرجل على الرجل على مذهبين:

أ. المذهب الأول: ذهب عامة الفقهاء إلى أنه يحرم خطبة الرجل على الرجل بشروط وقد استدلووا على

ذلك بمايلي:

¹ / انظر السيد سابق، فقه السنة، ج2، ص30.

² / وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص25.

³ / الشافعي، الأم، ج2، ص34.

* من السنة:

- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه، إلا أن يؤذن له». (1)

- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يئس المسلم على سوم أخيه، ولا يخطب على خطبته». (2)

- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «المؤمن أخو المؤمن، فلا يحل للمؤمن أن يتتاع على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر». (3)

وجه الدلالة: هذه الأحاديث واضحة الدلالة في تحريم الخطبة على الخطبة؛ حيث أن النهي الوارد فيها نهي تحريم، وليس نهي إرشاد و تأديب، ويقول الامام النووي: "هذه الأحاديث ظاهرة في تحريم الخطبة على خطبة أخيه، وأجمعوا على تحريمهما إذا كان قد صرح للخاطب بالإجابة ولم يأذن ولم يترك". (4)

* من المعقول

- إن خطبة الغير إفساد على الخاطب الأول، واعتداء على حقه، وذلك بمزاحمته في خطبة الفتاة تعلق قلبه بها ويأمل في الزواج منها، وقد نهي الإسلام عن ذلك واعتبره محرماً لما فيه من الظلم حيث حرم الله تعالى الظلم بكل أشكاله في الحديث القدسي «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته» (5) فكان محرماً كالنهي عن أكل ماله وسفك دمه.

- إن في الخطبة على الخطبة ضرر بالمرأة المخطوبة، كما لو خطبها شخص فركنت إليه ثم يخطبها ثان فرجعت لهذا الخاطب الثاني، ولكنه عدل عن خطبتها، وفي ذلك إلحاق الضرر بالمرأة حيث فوت عليها الخاطب الأول، وقد تلوكها ألسنة الناس بعد عدول الخاطب الثاني عن خطبتها، وفي هذا من الفساد و الضرر وما لا يخفى وقد نهي عنه الإسلام بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر و لا ضرار» (6)

1 / مسلم، مصدر سابق، كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك، رقم 3472، ج2، ص509.

2 / المصدر نفسه، نفس الكتاب والباب السابقين، رقم 3479، ج2، ص 509.

3 / المصدر نفسه، نفس الكتاب والباب السابقين، رقم 3481، ص 410.

4 / النووي، مرجع سابق، شرح صحيح مسلم، ج5، ص214 - 215.

5 / البخاري، مصدر سابق، كتاب المظالم، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه، رقم 2442، ج2، ص46.

6 / الدار قطني، سنن الدار قطني، ج3، ص77.

ب. المذهب الثاني: ذهب بعض الحنفية⁽¹⁾ إلى القول بکراهية الخطبة على الخطبة وقد استدلوا على ذلك بما يأتي:

* النهي الوارد في الأحاديث النبوية الشريفة للإرشاد و التأييد ، وليس للتحريم قال أبو جعفر العکبري: "خطبة الرجل على خطبة أخيه في موضع النهي مکروهة غير محرمة ، وهذا فهي تأديب لا تحريم"⁽²⁾ ونقل عن الامام الخطابي قوله بعد ذکر حديث «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه»⁽³⁾، نهيه عن ذلك نهي تأديب ليس بنهي تحريم يبطل العقد عند أكثر الفقهاء.⁽⁴⁾

ثانيا: شروط تحريم الخطبة على الخطبة:

تحرم الخطبة الرجل على خطبة أخيه إذا توفرت الشروط الآتية:

أ. الشرط الأول:⁽⁵⁾ أن تكون هناك خطبة سابقة، ثم خطبة لاحقة ، فإن لم تكن هناك خطبة سابقة، سابقة، بل كان بين الرجل والمرأة مجرد تعارف دون طلبها للزواج ، أو كانت هناك رغبة له تظهر في صورة خطبة ، لم تحرم خطبة الثاني لأنه حينئذ لا تكون خطبة على خطبة.

ب. الشرط الثاني:⁽⁶⁾ أن تكون الخطبة الأولى جائزة شرعا ، أما إذا كانت الخطبة الأولى غير جائزة شرعا شرعا كما لو خطب محرمة عليه ، أو صرح بخطبة معتدة الغير ، فلا تحرم الخطبة الثانية .

ج. الشرط الثالث⁽⁷⁾ أن يكون الخاطب الثاني على علم بالخطبة الأولى، وبإباحة الخاطب الأول وبجرمة الخطبة على الخطبة، فإن كان يجهل شيئا من ذلك يعذر لجهله ولا إثم عليه لانعدام سوء القصد.

د. الشرط الرابع⁽⁸⁾ أن تكون الخطبة السابقة لا تزال قائمة، أما إن انتهت الخطبة السابقة بعدول أحد الخاطبين أو وفاته، جازت خطبة الثاني ؛ لأنه بتركه الخطبة لم يصح له حق يراعاه الشارع ومنع غيره من الخطبة على خطبته السابقة إضرار بالمخطوبة ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، وكذلك إذا نكح من يحرم

¹ / الخطابي، معالم السنن، ج3، ص194.

² / ابن قدامة- مرجع سابق، ج7، ص523.

³ / سبق تخريجه في ص19.

⁴ / النووي، المجموع، ج7، ص369.

⁵ / سليمان، حاشية سليمان الجمل، ج4، ص129.

⁶ / أنظر الخطاب، مرجع سابق، ج3، ص411.

⁷ / أنظر الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص199.

⁸ / أنظر الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص24.

جمع المخطوبة معها فإن ذلك إعراض منه عن الخطبة ، فيجوز عندئذ لغيره أن يخاطبها ، ويلحق بالأعراض ما لو طال الزمان بعد إجابته مع وجود قرينة تدل على أنه معرض كأن يتناسى موضوع الخطبة ، و يؤخر العقد بحيث تتضرر المخطوبة أو يسافر سفرا منقطعا ويعتبر إذن الخاطب الأول لغيره بخطبة مخطوبته بمثابة الترك والإعراض ؛ فإذا أذن بخطبتها من غير اكراه أو حياء ، جازت خطبة الثاني .

هـ . الشرط الخامس: "أن يكون الخاطب الأول قد أجب بالقبول من قبل المرأة البالغة العاقلة أو وليها إذا كانت بخلاف ذلك تصريحاً باتفاق الفقهاء"⁽¹⁾، أما إذا عرض بالإجابة ولم يصرح فقد اختلف الفقهاء في تحريم الخطبة على الخطبة على مذهبين:

- **المذهب الأول:** ذهب الحنفية و المالكية و الشافعية⁽²⁾ في الصحيح إلى عدم حرمة الخطبة على الخطبة إذا كانت الإجابة بالتعريض. وقد استدلوا على ذلك مايلي:

• أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب فاطمة بنت قيس لأسامة بعد أن أخبرته أن معاوية قد خطبها ولم يسألها، هل ركنت لأحدهما أو رضيت به أم لا ؟

فدل على أن الحكم لا يختلف بذلك لأن الظاهر من حالها أنها ما جاءت تستشير به إلا وقد رضيت بذلك وركنت إلى أحدهما.⁽³⁾

• و لأنه لم يصرح للخاطب الأول بالإجابة فأشبهه ما لو سكت عنه.⁽⁴⁾

- **المذهب الثاني:** ذهب الحنابلة⁽⁵⁾ إلى أن الخطبة على الخطبة تحرم إن عرض بالإجابة للخاطب الأول.

وقد استدلوا على ذلك مايلي:

• عموم الأحاديث النبوية الشريفة التي تحرم الخطبة على الخطبة .
• إن الركون إلى الخاطب يستدل عليه بالتعريض تارة و بالتصريح أخرى ، و لأنه وجد من المخطوبة ما دل على الرضا به و سكونها إليه ، فحرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك.⁽⁶⁾

¹ / الزبيدي، إتخاف السادة، ج5، ص 329

² / المرجع والموضع نفسه.

³ / أنظر النووي، المجموع، مرجع سابق، ج7، ص370.

⁴ / الشيرازي، مرجع سابق، ج7، ص 368.

⁵ / القفال، حلية العلماء، ج6، ص402.

⁶ / ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص522.

2- رأي القانون :

لم يتعرض القانون الجزائري لموضوع الخطبة على الخطبة ولم يحدد له مادة معينة.

3- الرأي الخاص :

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى موضوع الخطبة على الخطبة بل ترك ذلك مفتوح بين أيادي الشريعة الإسلامية و نقترح أن يضع المشرع الجزائري قانونا ليحصر و يضبط موضوع الخطبة على الخطبة و يحدد له مادة معينة.

الفرع الثاني:خطبة المرأة على المرأة

أولا: رأي الفقهاء:

1- حكم خطبة المرأة على المرأة:

يجوز للمرأة أن تخطب الرجل ، كما يجوز لوليها أن يعرض تزويجها على الرجل الصالح، بل يستحب للمرأة أن تخطب أهل الفضل من الرجال ، كما فعلت المرأة التي وهبت نفسها للرسول صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليها ، إنما زوجها لأحد أصحابه ، كما جاء في الحديث الذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: «جاءت إمراة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله جئت أهب لك نفسي فنظر إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فصعد النظر فيها شيئا جلست، فقام رجل من أصحابه فقال: يا رسول الله ! إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها ...»⁽¹⁾.

جاء في نهاية المحتاج قوله: "و يستحب خطبة أهل الفضل من الرجال ،فمن خطب وأجاب ،الخطبة مكملة للعدد الشرعي ،أو لم يرد إلا واحدة حرم على إمراة ثانية خطبته بالشروط السابقة"⁽²⁾، وكذلك إذا كان الرجل متزوجا ولا يريد أن يتزوج بأكثر من واحدة ، أو كان متزوجا بأربع من النسوة ، فإنه يحرم على المرأة أن تخطبه.

2- الأدلة على تحريم خطبة المرأة على المرأة:

أ. النهي الوارد في الأحاديث النبوية الشريفة أن يخطب الرجل على خطبة أخيه و يستدل به و يقاس عليه تحريم خطبة المرأة على المرأة .

¹ / البخاري، مصدر سابق، كتاب النكاح، باب النظر إلى المرأة قبل التزويج، رقم 5125، ج3، ص1306.

² / الرملي، مرجع سابق، ج6، ص 207.

ب. عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه و لا يسوم على سوم أخيه، ولا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفى صفحتها». (1)

وجه الدلالة: ينهى الحديث الشريف المرأة أن تسأل الرجل طلاق زوجته لتحل محلها حيث يقول الإمام النووي: "ومعنى هذا الحديث فهي المرأة الأجنبية أن تسأل الزوج طلاق زوجته وأن ينكحها ويصير لها من نفقتها و معروفه ومعاشرته و نحوها ما كان للمطلقة فعبر عن ذلك باكتفاء ، ما في الصفحة مجازا". (2)

أما إذا رغب الزواج بأكثر من واحدة ، فلا تحرم خطبة المرأة الثانية على خطبة الأولى و كذلك إذا كان متزوجا بواحدة و لم يبد رغبة في عدم الزواج بأكثر من واحدة يجوز للمرأة أن تخطبه ، وكذلك يجوز لوليها أن يعرض عليها تزويجها ، فإن لم يكمل العدد ولا أراد الاقتصار على واحدة فلا حرمة مطلقا لامكان الجمع. (3)

ثانيا رأياً القانون:

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لموضوع خطبة المرأة على المرأة لا صراحة ولا ضمنا

ثالثا: الرأي الخاص :

ترك المشرع الجزائري الباب مفتوحا على مصرعيه ولم يحدد أي نص قانوني يتحدث حول موضوع خطبة المرأة على المرأة، نقترح أن توضع مادة تحدد ذلك .

¹ / مسلم، مصدر سابق، كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، رقم 3460، ج2، ص509.

² / النووي، شرح النووي، مرجع سابق، ج5، ص208.

³ / الرملي، مرجع سابق، ج6، ص207.

الفرع الثالث: الخطبة في حالة الإحرام

أولاً: عند الفقهاء :

يكره للمحرم بالحج أن يخطب لنفسه أو لغيره، وتكره خطبة المحرمة وتكره الخطبة للمحرم، ويكره للمحرم أن يخطب للمحليين.⁽¹⁾ وقال الإمام الشافعي: "وأكره للمحرم أن يخطب على غيره، كما أكره له أن يخطب لنفسه"⁽²⁾. وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

1 . عن عثمان رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا ينكح المحرم ولا يُنكح ولا يخطب»⁽³⁾

2 . عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أنه كان يقول: "لا تَنكح المحرم ولا يخطب على نفسه ولا على غيره"⁽⁴⁾

3 . لأن المحرم تسبب إلى الحرام فأشبهه الإشارة إلى الصيد.⁽⁴⁾

4 . إن الخطبة المحرمة يختلف عن خطبة المعتدة، وذلك لأن التحلل من الإحرام لا يتوقف على إخبارها، فمتى تحللت من الإحرام جاز لها أن تنكح، ولها الخروج من إحرامها بأن تعجل الطواف إذا كانت معتمرة، وأن تعجل الزيارة يوم النحر فتطوف أن كانت حاجة، أما المعتدة فليس لها أن تقدم الخروج من عدتها ساعة.⁽⁵⁾

إن النهي الوارد في الحديث الشريف بقوله عليه الصلاة والسلام "لا يخطب"، نهي تنزيه وليس نهي تحريم، لذلك فإن الكراهة للتنزيه وليست للتحريم، قال الإمام النووي وأما قوله صلى الله عليه وسلم: "ولا يخطب"، فهو نهي تنزيه ليس بجرام،⁽⁶⁾ وقال الشرييني وأما المحرم ففي زوائد الروضة في الحج: يستحب له ترك الخطبة وقال الشافعي: "ولو توقى رجل أن يخطب امرأة محرمة كان أحب إلي، ولا أعلمه يضيق عليه خطبتها في إحرامها، لأنها ليست معتدة ولا في معناها".⁽⁷⁾

¹ / ابن قدامة، مرجع سابق، ج3، ص314.

² / الشافعي، مصدر سابق، ج5، ص70.

³ / مسلم، مصدر سابق، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم و كراهية خطبته، رقم 3466، ج2، ص508.

⁴ / مالك، الموطأ، ج1، ص283.

⁵ / ابن قدامة، المرجع و الموضع نفسه.

⁶ / النووي، شرح النووي، مرجع سابق، ج5، ص211.

⁷ / الشافعي، المصدر الموضع نفسه.

إذا خطب المحرم امرأة لنفسه أو لغيره، أو تقدم رجل لخطبة امرأة محرمة فلا إثم عليه وإن خالف الأولى، فإن عقد النكاح بعد التحلل من الإحرام، فعقد نكاحه صحيح باتفاق الفقهاء. أما إذا عقد النكاح وهو محرم - سواء أكانت هنالك خطبة سابقة أم لم تكن - لنفسه أو لغيره، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

أ. المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن النكاح باطل يجب فسخه⁽¹⁾

أكره للمحرم أن يخطب على غيره، كما أكره له أن يخطب على نفسه، ولا تفسد معصية بالخطبة انكاح الحلال، وانكاحه طاعة، فإن كانت معتمرة أو كان معتمرا ولم ينكح واحد منهما حتى يطوف بالبيت و بين الصفا و المروة و يأخذ من شعره، فإن نكح قبل ذلك فنكاحه مفسوخ، فإن كانت أو كانا حاجين و لم ينكح واحد منهما حتى يرمي و يخلق و يطوف يوم النحر أو بعده فأيهما نكح قبل هذا فنكاحه مفسوخ و ذلك أن عقد النكاح كالجماع فمتى لم يحل للمحرم الجماع لم يحل له عقد النكاح.

وقال أيضا؛ فأى نكاح عقده محرم لنفسه أو لغيره، فالنكاح مفسوخ وقال أيضا؛ لو توفى رجل أن يخطب امرأة محرمة كان أحب إلي، و لا أعلمه يضيق عليه خطبتها في إحرامها، لأنها ليست بمعتدة ولا في معناها، متى خرجت من إحرامها جاز لها أن تنكح.⁽²⁾

ب. المذهب الثاني: ذهب الإمام ابوحنيفة إلى أنه يجوز أن يعقد المحرم عقد النكاح حالة الإحرام.⁽³⁾

الإحرام.⁽³⁾

وقد استدل المذهب الأول بما يلي:

- عن عثمان رضي الله عنه أن رسول اللصلى الله عليه وسلم قال: «لا ينكح المحرم ولا يُنكح ولا يخطب»⁽⁴⁾

وجه الدلالة: يدل الحديث الشريف على تحريم الخطبة في حالة الإحرام.

إن الإحرام يحرم الطيب فيحرم النكاح كالعدة.⁽⁵⁾

¹ / ابن رشد، مرجع سابق، ج1، ص331.

² / الشافعي، مصدر سابق، ج5، ص70.

³ / النووي، شرح النووي، مرجع سابق، ج5، ص210.

⁴ / سبق تحريجه في ص 25.

⁵ / ابن قدامة، مرجع سابق، ج3، ص312.

وقد استدل المذهب الثاني بمايلي

- عن أبي بكر أن النبي صلى اله عليه وسلم: «تزوج ميمونة وهو محرم».⁽¹⁾

وقد أجاب الجمهور عن الحديث ميمونة بأجوبة منها:

أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة حلالا ، هكذا رواه أكثر الصحابة ، ومن الروايات:

زاد ابن نمير بعد أن ذكر حديث ابن عباس قوله: "فحدث به الزهري فقال أخبرني يزيد بن الأصم أنه نكحها وهو حلال".⁽²⁾

حدثت ميمونة بنت الحارث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال، قال وكانت خالتي و خالة ابن عباس.⁽³⁾

- يمكن تأويل حديث ابن عباس على أنه تزوجها في الشهر الحرام، أو في بلد الحرام وهو حلال، لأنه يقال لمن في الحرم، أنه محرم و إن كان حلالا.⁽⁴⁾

* قيل بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة حلال، وأظهر أمر تزويجها وهو محرم ثم بنى بها وهو حلال بسرف في طريق مكة.⁽⁵⁾

إن كانا الحديثان صحيحان، فعند تعارض القول و الفعل يقدم القول على الفعل لأنه يتعدى إلى الغير، و الفعل قد يكون مقصور عليه.⁽⁶⁾

- هناك رأي عند بعض الفقهاء، بأن النبي صلى الله عليه وسلم أن يتزوج في حالة الإحرام وهو مما خص به دون الأمة، و الرأي الثاني: أنه حرام في حقه و ليس من الخصائص.⁽⁷⁾

¹ / مسلم، مصدر سابق، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم، 3469، ج2، ص508..

² / المصدر نفسه، نفس الكتاب والباب السابق، رقم 3469، ج2، ص508.

³ / المصدر نفسه، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهية خطبته، رقم 3471، ج2، ص 509.

⁴ / ابن قدامة، مرجع سابق، ج1، ص 282.

⁵ / الترمذي، مصدر سابق، ج2، ص234.

⁶ / ابن قدامة، مرجع نفسه، ج3، ص 312، 314.

⁷ / ابن قدامة، المرجع والموضع نفسه.

- إن عقد النكاح عقد يملك به الاستمتاع، فلا يجرمه الإحرام كإحرام كإحرام وقد أوجب على الاستدلال بأن: عقد النكاح يخالف شراء الأمة، فإنه يحرم بالعدة و الردة و اختلاف الدين، وكون المنكوحه أختا له من الرضاة و يعتبر له شروط غير معتبرة في الشراء.⁽¹⁾

ثانيا: رأي القانون :

لم يأخذ القانون الجزائري موضوع الخطبة في حالة الإحرام بعين الإعتبار.

ثالثا: الرأي الخاص:

لا بد على المشرع الجزائري التطرق إلى موضوع الخطبة في حالة الإحرام و يأخذون بما قاله جمهور الفقهاء: بأن عقد النكاح باطل يجب فسخه كما جاء في الاستدلال بأحاديثهم على تحريم الخطبة في حالة الإحرام .

¹/المغني، مرجع سابق، ج3، ص313.

المبحث الثالث: آثار العدول عن الخطبة

بعد أن سبق و أن عرفنا أن الخطبة هي وعد بالزواج، فقط سنتناول في هذا المبحث آثار العدول في هذه المرحلة من مراحل إتمام عقد الزواج من عدم وجوه، وسنتاوله في هذه المطالب:

المطلب الأول: آثار العدول على الهدايا.

المطلب الثاني: آثار العدول على المهر.

المطلب الأول: آثار العدول⁽¹⁾ على الهدايا.

إن الهدف من الهدايا هو تأليف القلوب و تقريبها من بعضها البعض ولكنها في بعض الأحيان ستكون محلاً للنزاع و إثارة الخلافات بين المرأة و الرجل إثر العدول عن الخطبة؛ لأن هذه الهدايا غالباً ما تكون نفيسة و في بعض المناطق تفوق قيمة المهر؛ لأن بمجرد تمام الخطبة يكون الخاطب ملزماً عرفاً بتقديم الهدايا في كل مناسبة ، وربما تطول هذه الخطبة لمدة سنتين أو ثلاث وكذلك قد تقدم المخطوبة هدايا لخطيبها فما حكم هذه الهدايا في حالة العدول عن الخطبة؟⁽²⁾

الفرع الأول: رأي الفقهاء تعددت المذاهب في المسألةأولاً: مذهب الحنفية :

الحنفية يوجبون رد المخطوبة الهدايا دون الهالكة و المستهلكة لأنه في معنى الهبة.⁽³⁾ ، هذا المذهب أعطى للهدية حكم الهبة، وبالتالي فلو هلكت أو استهلكت الهدية كالقماش مثلاً إذا أخطى أو أهدي إلى الغير، أو خاتماً فضاع، فهذا لا يسترد الخاطب الهبة لفوات عينها أصلاً واستهلاكها.⁽⁴⁾

ثانياً: مذهب الحنابلة:

يرى فقهاء أنه لا يجوز لأحد الخاطبين في حالة العدول أن يسترد الهدية؛ لأنهم اعتبروا هذه الأخيرة هبة، فبذلك لا يجوز الرجوع عنها، وفي هذه الحالة لم تقدم بعد ، أما إذا قدمت و انتقلت إلى المهدي إليه فلا رجوع فيها، فهذا المذهب بدوره لم يفرق بين ما إذا كان العدول من طرف الخاطب أو المخطوبة، فالحكم واحد بينهما وهو عدم جواز الاسترداد سواء كانت الهدية قائمة أو استهلكت.⁽⁵⁾

ثالثاً: مذهب الشافعية :

إن للخاطب الرجوع بما أهداه لأنه إنما أنفق لأجل تزوجها، فيرجع إن بقي، ويبدله إن تلف.⁽⁶⁾

^{1/}العدول لغة: عَدَلَ عَدْلًا و عُدُولًا: أي مال، ويقال عَدَلَ عن الطريق بمعنى حاد ، وَعَدَلَ إليه: رجع، أنظر الفيروز أبادي، قاموس المحيط، ج 1 ، ص 13320.

^{2/} نصر سليمان ،سعاد سطحي، أحكام الخطبة و الزواج، ص64.

^{3/}ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3، ص153.

^{4/}زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية ، ص78.

^{5/}سعيد خيذر، التكييف القانوني للخطبة ، ص 78.

^{6/} وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ج 7، ص 40.

رابعاً: مذهب المالكية :

فهو مذهب وسطي في هذه المسألة، فإنه يرى إذا كان العدول عن الخطبة من جهة الخاطب فلا يكون له الحق في استرداد شيء مما أهداه لخطيبته أما إذا كان العدول من جهة المخطوبة فللخاطب الحق في استرداد ما أهداه لها ، إن كان قائماً استرده بعينه وإن استهلك رجع بقيمته إن كان قيماً أو بمثله إن كان مثلياً، إلا إذا وجد شرط أو عرف يقضي بغير ذلك.⁽¹⁾

الفرع الثاني: رأي القانون:

جاء في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري المعدل الفقرة الرابعة بقولها "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إذا كان العدول منه ، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، إن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته.⁽²⁾"

الفرع الثالث: الرأي الخاص:

إن المذهب المالكي هو المعتمد و المتبع في الجزائر، نجد أن المشرع الجزائري استمد معظم مواضعه من الشريعة الإسلامية، فنلاحظ في هذه الحالة أنه اعتمد على ما جاء به المذهب المالكي حول مسألة الهدايا

¹ / زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص78.

² / مولود ديدان ، قانون الأسرة ، ص4.

المطلب الأول: آثار العدول⁽¹⁾ على الهدايا.

إن الهدف من الهدايا هو تأليف القلوب و تقريبها من بعضها البعض ولكنها في بعض الأحيان ستكون محلا للنزاع و إثارة الخلافات بين المرأة و الرجل إثر العدول عن الخطبة؛ لأن هذه الهدايا غالبا ما تكون نفيسة و في بعض المناطق تفوق قيمة المهر؛ لأن بمجرد تمام الخطبة يكون الخاطب ملزما عرفا بتقديم الهدايا في كل مناسبة ، وربما تطول هذه الخطبة لمدة سنتين أو ثلاث وكذلك قد تقدم المخطوبة هدايا لخطيبها فما حكم هذه الهدايا في حالة العدول عن الخطبة؟⁽²⁾

الفرع الأول: رأي الفقهاء: تعددت المذاهب في المسألةأولا: مذهب الحنفية :

الحنفية يوجبون رد المخطوبة الهدايا دون الهالكة و المستهلكة لأنه في معنى الهبة،⁽³⁾ هذا المذهب أعطى للهدية حكم الهبة، وبالتالي فلو هلكت أو استهلكت الهدية كالقماش مثلا إذا أخطى أو أهدي إلى الغير، أو خاتما فضاع، فهذا لا يسترد الخاطب الهبة لفوات عينها أصلا واستهلاكها.⁽⁴⁾

ثانيا: مذهب الحنابلة:

يرى فقهاء أنه لا يجوز لأحد الخاطبين في حالة العدول أن يسترد الهدية؛ لأنهم اعتبروا هذه الأخيرة هبة، فبذلك لا يجوز الرجوع عنها، وفي هذه الحالة لم تقدم بعد ، أما إذا قدمت و انتقلت إلى المهدي إليه فلا رجوع فيها ، فهذا المذهب بدوره لم يفرق بين ما إذا كان العدول من طرف الخاطب أو المخطوبة ، فالحكم واحد بينهما وهو عدم جواز الاسترداد سواء كانت الهدية قائمة أو استهلكت.⁽⁵⁾

ثالثا: مذهب الشافعية :

إن للخاطب الرجوع بما أهداه لأنه إنما أنفق لأجل تزوجها ، فيرجع إن بقي، ويبدله إن تلف.⁽⁶⁾

¹ / العدول لغة: عدل عدلا وعدولا: أي مال، ويقال عدل عن الطريق بمعنى حاد، وعدل إليه: رجع، أنظر الفيروز أبادي، قاموس المحيط، ج1، ص13320.

² / نصر سليمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص64.

³ / ابن عابدين، مرجع سابق، ج3، ص153.

⁴ / زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية ، ص78.

⁵ / سعيد خيدر، التكييف القانوني للخطبة، ص78.

⁶ / وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص40

رابعاً: مذهب المالكية :

فهو مذهب وسطي في هذه المسألة، فانه يرى إذا كان العدول عن الخطبة من جهة الخاطب فلا يكون له الحق في استرداد شيء مما أهداه لخطيبته أما إذا كان العدول من جهة المخطوبة فللخاطب الحق في استرداد ما أهداه لها ، إن كان قائماً استرده بعينه وإن استهلك رجع بقيمته إن كان قيماً أو بمثله إن كان مثلياً، إلا إذا وجد شرط أو عرف يقضي بغير ذلك.⁽¹⁾

الفرع الثاني: رأي القانون:

جاء في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري المعدل الفقرة الرابعة بقولها "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إذا كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، إن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته."⁽²⁾

الفرع الثالث: الرأي الخاص:

إن المذهب المالكي هو المعتمد والمتبع في الجزائر، نجد أن المشرع الجزائري استمد معظم مواضعه من الشريعة الإسلامية، فنلاحظ في هذه الحالة أنه اعتمد على ما جاء به المذهب المالكي حول مسألة الهدايا

المطلب الثاني: آثار العدول عن المهر

الفرع الأول: رأي الفقهاء :

نجد أن الفقهاء اتفقوا على أن للخاطب الحق في استرداد ما قدمه من مهر إذا قرر العدول عن الخطبة⁽³⁾ وذلك لأن المهر من متطلبات عقد الزواج وليس من متطلبات الخطبة و بالتالي لا يجدر من المخطوبة أخذ المهر لانعدام سببه حتى ولو تم العقد و طلقت قبل الدخول فلها الحق في نصف الصداق لا كله لقوله تعالى «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» (البقرة: 237).

وهذا إذا تم العقد و قبل الدخول ، فكيف إذا لم يحصل العقد أصلاً فالمرأة المخطوبة لا تحصل على نصف الصداق إلا بالعقد وهذا الأخير لم يتم ، فيعتبر ما قدم لها ملكاً للخاطب و ليس لها.⁽⁴⁾

¹ / زكي الدين، مرجع سابق، ص78.

² / مولود ديدان، قانون الأسرة، ص4.

³ / زكي الدين شعبان، المرجع والموضع نفسه.

⁴ / محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة ، ص60.

وبالتالي فإن الفقهاء أجمعوا على أن للخاطب استرداد ما دفعه من مهر إلى خطوبته سواء كله أو جزءاً منه، فإن له الحق في استرداد عين ما أداه إن كان قائماً أو بدله مثلاً أو قيمته إن هلك و استهلك؛ لأن المخطوبة لا تستحق المهر إلا بعقد الزواج بحيث إذا لم يتم العقد فيبقى المهر خالصاً للخاطب، وكلاهما - الخاطب والمخطوبة - يستويان فيما ينتج بعد العدول.⁽¹⁾

الفرع الثاني: رأي القانون :

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لموضوع المهر لا صراحة و لا ضمناً.

الفرع الثالث: الرأي الخاص:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى آثار العدول على المهر و ترك المجال مفتوحاً إلى ما ذكر في الشريعة الإسلامية بإتفاق الفقهاء للخاطب الحق في استرداد ما قدمه من مهر إذا قرر العدول عن الخطبة، وذلك لأن المهر من متطلبات عقد الزواج وليس من متطلبات الخطبة.

¹ / أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص 66.

الفصل الثاني

سنتطرق فيه إلى آثار عقد الزواج بين الشريعة و القانون

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج بين الشريعة والقانون.

يعتبر عقد الزواج البداية الفعلية لإقامة أسرة ما وهذه الأسرة ستبنى على مجموعة من الحقوق و الواجبات و هذا ما سنعرفه من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: ماهية الزواج.

المبحث الثاني: آثار عقد الزواج الصحيح.

المبحث الثالث: آثار عقد الزواج غير الصحيح.

المطلب الأول: تعريف عقد الزواج.

سوف نتعرض إلى مفهوم النكاح لغة و اصطلاحاً وقانوناً.

الفرع الأول: لغة

جاء في كتب اللغة:

نَكَحَ: نَكَحَ فلان امرأة يَنْكِحُها نكاحاً إذا تزوجها، و نكحها يَنْكحُها، باضعها أيضاً، و كذلك دَحَمَها و حَجَّأَها، و قال الأعشى في نَكَحَ بمعنى تزوج.

وَلَا تُقْرَبَنَّ جَارَةً، إِنْ سَرِهَا
عليك حرامٌ، فانكحَنُ أو تأبدا

وقوله عز وجل: «الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ» (النور: 03).

تأويله لا يتزوج الزاني إلا زانية و كذلك الزانية لا يتزوجها إلا زان و قد قال قوم: معنى النكاح: الوطاء فالمعنى عندهم: الزاني لا يطأ إلا زانية و الزانية لا يطأها إلا زان ، وقال: هذا القول يبعد لأنه لا يعرف شيء من ذكر النكاح في كتاب الله تعالى إلا على معنى التزويج قال تعالى: «وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَى مِنْكُمْ» (النور: 32) فهذا تزويج لا شك فيه وقال تعالى «يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ» (الاحزاب: 49)، فأعلم أن عقد التزويج يسمى النكاح.⁽¹⁾

الفرع الثاني: اصطلاحاً

قد عرفته المذاهب الأربعة كالتالي:

أولاً - المالكية: "النكاح هو عقد⁽²⁾ لحل تمتع بأنثى غير محرم و غير مجوسية و غير أمة كتابية بصيغة لقادر و محتاج أو راج نسلًا.⁽³⁾

ثانياً - الشافعية: هو عقد يتضمن إباحة وطاء بلفظ الإنكاح، أو التزويج و ما اشتق منها⁽⁴⁾

¹ ابن منظور، مصدر سابق، م2، ص 742.

² عقد: بفتح العين اتفاق بين الطرفين فيه كل منهما تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، ولا بد من إيجاب وقبول. محمد رواس قلعه جي، مرجع سابق، ص 287

³ الدردير، مرجع سابق، ج2، ص 332-334.

⁴ الشريبي، مرجع سابق، ج3، ص123.

ثالثا: الحنابلة: "النكاح هو عقد التزويج فاعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل".⁽¹⁾

رابعا: "النكاح هو عقد يرد على مالك المتعة قصدا".⁽²⁾

و يمكن أن نعرف عقد الزواج:

بأنه اتفاق يقصد به حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر و إئتناسه به طلب للنسل على الوجه المشروع.⁽³⁾

الفرع الثالث: رأي القانون

عرفته المادة الرابعة من قانون الأسرة المعدل (أمر رقم 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005) على الصورة التالية: الزواج عقد رضائي يتم بين الرجل و المرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب مع ملاحظة أن كلمة رضائي أضيفت بمقتضى التعديل الجديد للدلالة على أن عقد الزواج يقوم أساسا على الرضا باعتباره العنصر الجوهري في العقد.⁽⁴⁾

الفرع الرابع: الرأي الخاص

نرى أن هناك اتفاق بين الرأي الفقهي و الرأي القانوني حول أن النكاح هو عقد رضائي يتم بين الرجل و المرأة على الوجه المشروع.

المطلب الثاني: مشروعية وحكم الزواج

الفرع الأول: مشروعية عقد الزواج

أولا- من الكتاب

1. قوله تعالى: « فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعًا » (النساء: 02)

وجه الدلالة: واضحة في جواز عقد النكاح على امرأة أو اثنان لو ثلاث أو أربع.

2. وقوله أيضا: « وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ » (النور: 32)

وجه الدلالة: واضحة في جواز النكاح.

¹ / ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص 333.

² / ابن نجيم، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، ج3، ص136.

³ / عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ص16.

⁴ / ابن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربي، ص 24.

ثانياً: من السنة

1. عن معقل⁽¹⁾ بن يسار قال بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «تناكحوا تكاثروا فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة.»⁽²⁾

وجه الدلالة: واضحة في مشروعية النكاح.

2. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج من لو استطاع فعله بالصوم فإنه له وجاء.»⁽³⁾

وجه الدلالة: واضحة في دعوة الشريعة من قدر من الشباب على النكاح.

الفرع الثاني: حكم الزواج

إن الزواج تنظمه الأحكام الخمسة وهي الندب، الكراهية، الحرام، الواجب، الفرضية.

أولاً: مندوب

يستحب الزواج في حق من وجد القدرة على الإنفاق و كانت لديه القدرة أيضا على الجماع، ولكن لا يخاف على نفسه من الوقوع في الزنا أو مقدماته وإنما يستحب الزواج لما فيه من المنافع الدنيوية و الأخروية .

ثانياً: الكراهية

يكره الزواج إذا خاف الشخص الوقوع في الجور و الضرر خوفا لا يصل إلى اليقين أن تزوج، لعجزه عن الإنفاق أو إساءة العشرة، أو فتور الرغبة في النساء.

يكون الزواج مكروه إذا خاف الشخص الوقوع في الزنا، وخاف في نفس الوقت حصول الظلم أو الجور فيه إذا تزوج، وتقدم الخوف الثاني على الأول هو الذي جعل الزواج مكروها، وهذا آت من الجور معصية متعلقة بالعبادة و حق من حقوقهم بينما المنع من الزنا هو حق من حقوق الله تعالى وكما نعلم أن حق العباد عند التعارض مقدم على حق الله، لاحتياج الأول و عن الله سبحانه وتعالى .

¹ / معقل بن يسار: صحابي ممن بايع تحت الشجرة وكنيته أبو علي علي المشهور، هو الذي ينسب إليه نهر معقل بالبصرة مات بعد الستين عام، أنظر بن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، مرجع سابق، ص472.

² / البخاري، مصدر سابق، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، رقم 5063، ج3، ص932.

³ / المصدر نفسه، كتاب النكاح، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم " من استطاع منكم...". رقم 5065، ج 3، ص932.

ثالثا: الحرام

يُحرم الزواج في حق من فقد القدرة على الجماع و النفقة ،وانعدام الباعث عليه ،والدافع إليه ،وخاف أتتزوج أن يقع في المحذور كأن يجد نفسه مضطرا إلى كسب رزقه من طريق غير مشروع فإنه يجب عليه في هذه الحالة أن لا يقدم الزواج على صيانة دينه حتى تتوفر أسبابه أو يقضى الله أمر كان مفعولا.⁽¹⁾

رابعا: الواجب

يجب الزواج على من قدر عليه و تاقت نفسه إليه و خشي العنت، لأن صيانة النفس وعفافها عن الحرام الواجب، و لا يتم ذلك إلا بالزواج.

قال القرطبي: المستطيع الذي يخاف على نفسه و دينه من العزوبة لا يرتفع عن ذلك إلا بالزواج، لا يختلف في وجوب التزويج عليه.

خامسا: الفرضية

يكون الزواج عند الفقهاء فرضا إذا أيقن الإنسان الوقوع في الزنا لو لم يتزوج، وكان قادراً على نفقات الزواج من مهر الزوجة، وحقوق الزواج الشرعية ، ولا يستطيع الاحتراز عن الوقوع في الفاحشة بالصوم و نحوه، لأنه يلزمه عفاف نفسه و صونها عن الحرام.⁽²⁾

¹ /انظر محمد بكر اسماعيل، الفقه الواضح في الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة، ج2، ص 6-7. وانظر وهبة الزحيلي،

مرجع سابق، ص32.

² / وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 31.

المطلب الثالث: أركان عقد الزواج

هناك اختلاف غير جوهري بين المذاهب الأربعة؛ حيث اعتبرت بعض الأركان عند بعض المذاهب شروطاً، كالولي مثلاً، فإنه معتبر عند الشافعية والمالكية ركن من الأركان، في حين أن الحنفية يعدونه شرطاً من الشروط وقصر الركن على الإيجاب والقبول وهذه الأركان هي: العاقدان، الولي، الشهود، الصداق، الصيغة⁽¹⁾. وقبل التطرق إلى شرح هذه الأركان سوف نتناول تعريف الركن والشرط.

أولاً - الركن

1. لغة: ركن إلى الشيء وركن لركن ويركن ركنًا وركونا فيها أي مال إليه و سكن، وركن بركن ركونا إذا مال إلى الشيء واطمأن له.⁽²⁾
2. اصطلاحاً: وهو ما يقوم به الشيء فهو من التقويم، وإن قوام الشيء بركنه لا من القيام، وقيل ركن الشيء ما يتم به وهو داخل فيه.⁽³⁾

ثانياً - الشرط

1. لغة: الشرط معروف، وكذلك الشريطة والجمع شروط و شرائط، والشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط، وفي الحديث لا يجوز شرطان في بيع.⁽⁴⁾
2. اصطلاحاً: الشرط هو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده ويلزم من عدمه عدم الحكم، والمراد وجوده الشرعي الذي يترتب عليه أثره، فالشرط أمر خارج عن الحقيقة المشروط، ويلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود؛ فالزوجية شرط لإيقاع الطلاق، فإذا لم توجد زوجية لم يوجد طلاق، ولا يلزم من وجود الزوجية وجود الطلاق وهكذا...⁽⁵⁾

وهناك فرق بين شروط النكاح والشروط في النكاح:

أ. شروط النكاح قيود وضعها الشرع ولا يمكن إبطالها، والشروط في النكاح وضعها العاقد ويمكن إبطالها.

¹ / عبد الحميد حراز، فلسفة الزواج وبناء الأسرة في الإسلام، ص 118 .

² / ابن منظور، مصدر سابق، ج 13، ص 220.

³ / محمد محدة، مرجع سابق، ص 117.

⁴ / ابن منظور، المصدر نفسه، ج 7، ص 382.

⁵ / عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص 112 - 119.

ب. شروط النكاح يتوقف عليها صحته، والشروط في النكاح يتوقف عليها لزومه.⁽¹⁾

الفرع الأول: أركان الزواج المتفق عليها بين الفقه و قانون الأسرة الجزائري.

أولاً- العاقدان

1- شرعا: المراد بالعاقدان الزوجان أو وليهما أو وكيلهما.

ويشترط فيهما العقل و التمييز فلا يصح أن يتولى العقد مجنون أو محجور عليه لسفه أو نخوه، ولا يصح أن يتولى العقد صبي غير مميز، فإن كان أحد الزوجين صغيرا أو مجنونا تولى عقد الزواج وليه، ويشترط أن يكون الزوج مسلما إن أراد أن يتزوج مسلمة، فلا يجوز لغير المسلم أن يتزوج مسلمة.⁽²⁾

أما المرأة التي يريد المسلم أن يتزوجها فيشترط أن تكون من غير المحرمات.⁽³⁾

2- قانونا:

جاء في (نص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري): "تكتمل أهلية الرجل والمرأة، بتمام 19 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذاك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج."⁽⁴⁾

3- الرأي الخاص:

لقد نحى المشرع الجزائري منحى الفقهاء عندما حرم الزواج بالمحرمات تحريما مؤبدا إذ جاء في نص (المادة 23 ق أ) "يجب أن يكون كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية المؤبدة و المؤقتة".

ثانيا: الصيغة

1- عند الفقهاء: هي لفظ يقتضي الملك على التأيد كالنكاح و التزويج... و منه فإن صيغة التعاقد في الزواج هي: كل ما يدل على نية الارتباط الشرعي بين الرجل و المرأة يظهر معنى الرضا بينهما من قول أو إشارة مفهومة أو كتابة.⁽⁵⁾

حيث ضمن الفقهاء صيغة العقد الشرعي جملة من الشروط منه:

¹ / محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، ص48.

² / عبد الحميد خراز، مرجع سابق، ص 118.

³ / المحرمات : من يحرم نكاحه حرمة مؤبدة، أنظر قلعه جي، مرجع سابق، ص380.

⁴ / فضيل العيش، شرح وجيز قانون الأسرة الجديد، ص132.

⁵ / عبد القادر بن عزوز، أحكام فقه السنة، ص48.

أ. اجتماع إرادتي العاقدین على الزواج في مجلس العقد أمر لازم لكي يحصل الارتباط المقصود بينهما، فإذا وجد ما يدل على تفكيك الإرادتين، بأن أعراض أحد المتعاقدين أو كلاهما بعد صدور الإيجاب، لم ينعقد الزواج ولو وجد القبول بعد ذلك، لأن الأعراض يبطل الإيجاب الصادر و إن اتحد المجلس، و بعد شروع أحد المتعاقدين في عمل لا صلة له بالعقد بعد صدور الإيجاب أعرضاً كما يعد قيام من يقبل صدور الإيجاب مطلقاً له ولا ينعقد العقد وإن أصدر القابل قبوله خارج المجلس.

أو عاد بعد وقت إلى المجلس أو إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر، لأن الرجوع يبطل الإيجاب، وكذا لو انصرف الموجب من المجلس ثم قبل القابل بعد انصرافه لتبديل المجلس.

ب. اتحاد مجلس الإيجاب و القبول شروط تحقق ارتباطها، فلو عقدا و هما يمشیان أو يركبان دابة سائرة لا ينعقد، فإن كانا في سفينة جارية جاز لأن السفينة تعتبر مكاناً.

ج. توافق الإيجاب و القبول، و تلاقيها في القصد و الهدف أمر لازم فلو وجد تحالف بينهما لم ينعقد، مثال وإذا قال الموجب: زوجتك ابنتي زينب، فقال القابل: قبلت زواج ابنتك عائشة.

وكذلك التحالف في المهر الذي يذكر مع الإيجاب، و يصير جزء منه يؤثر على العقد، فيجب أن يأتي القبول على وفاقه لكي ينعقد العقد، فلو قالت المرأة تزوجتك بمائة فقال: قبلت بخمسين، لم ينعقد لمخالفة الإيجاب في المهر، إذ قد طلبت هي مائة، ولم يقبل هو إلا بخمسين. أما إذا كانت الزيادة من جهة الرجل صح العقد.

د. فورية القبول للإيجاب لا تشترط عند الحنفية و الحنابلة لأن المجلس جامع للتفرقات، فلو قالت: زوجتك نفسي، فتكلم في المجلس بكلام له صلة بالعقد ثم قال: قبلت، يصح عندهما و شرط الشافعية و المالكية الفورية مع اغتفار الفاصل اليسير إذا كان العاقدان حاضرين، فإذا كان أحدهما غائباً و صدر الإيجاب في كتاب أو رسالة فيعتبر مجلس العقد هو محل تبليغ الرسول، و وصول الكتاب.

هـ. الإيجاب لا يلزم الموجب، فله أن يرجع عنه قبل قبول الآخر لأن الإيجاب و القبول ركنا العقد، وأحدهما بعض الركن، و المركب من شيئين لا يوجد بوجود جزئه.⁽¹⁾

2- قانوناً:

لما كان العقد الزواج عقد إرادياً يقوم على تراضي المتعاقدين، كان الرضا ركن من أركانه، وفق لما نصت عليه (م 9 ق أ) وهذا الرضا أو التراضي يوجد بتواجد إرادتين متوافقتين، و متطابقتين متجهتين لإحداث أثر

¹ / بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ص 59 - 60.

شرعي معين، و هو حلية الاستمتاع بالزواج مع تحمل باقي آثار العقد الشرعي، ومظهر ذلك كله هو الإيجاب و القبول المعتبرين حقيقة ركنا من أركان عقد الزواج، و مكونا من مكونات الماهية الحقيقية و الشرعية للعقد.⁽¹⁾ ومعنى أن تكون الإرادة معتبرة؛ أن تصدر من شخص ذي أهليه، أن يكون الشخص الذي يعبر عن إرادته أهلا لهذا التعبير، أن يكون بالغاً راشد يمكنه أن يبرم عقد الزواج بنفسه.

ولما كان عقد التراضي يتطلب وجود العاقدین بالأصالة أو بالوكالة، و كذا وجود الصيغة أي الإيجاب و القبول.⁽²⁾

فاعليه كان الرضا ركن من أركان عقد الزواج و فق ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في (المادة 10ق أ) فقرة 1 على أن: " يكون الرضا بالإيجاب من أحد الطرفين و قبول من طرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

ثم نصت الفقرة 2 منها على أنه: " يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة أو الإشارة ".⁽³⁾

3- الرأي الخاص:

الإيجاب و القبول شرط لمعرفة الرافض أو القابل للعقد، وبدونه لا يتم قبول العقد و انعقاده و ذلك ما اعتبره المشرع الجزائري وهو ما يوافق به الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: الأركان المختلف عليها بين الفقه الإسلامي قانون الأسرة الجزائري.

أولاً: الولي

1 . عند الفقهاء: وهو الأقرب إلى البنت من العصابة بالنسب، كالأب و الجد و الأخ و العم... الخ.

وقد قسم الفقهاء الأولياء إلى نوعين:

ولي مجبر: وهو الذي له حق تزويج من له الولاية عليها بدون إذنها كالأب ووصية بعد موته.

ولي منخير: وهو الذي ليس له تزويج من له الولاية عليها بدون إذنها و رضاها كالأبناء و الأخوة.

¹ / محمد محدة، مرجع سابق، ص 125.

² / الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 56- 57.

³ / مولود ديدان، مرجع سابق، ص 08.

وقد اختلف الفقهاء في ترتيب الأولياء حسب عصبتهم في النسب، ولعل أهم صور ذلك الخلاف هو أن الحنفية قدموا الابن و ابن الابن على الأب، في حين أن فقهاء المذاهب الأخرى المالكية والشافعية والحنابلة قدموا الأب عليهم⁽¹⁾، حيث اعتبروا الحنفية الولي شرط و ليس ركن، أما الذين اعتبروه ركن استدلوا بقوله تعالى: «وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ» (النور: 32)، والولي واجب في نكاح القاصرة و البالغة على حد سواء لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا نكاح إلا بولي»⁽²⁾ وقوله أيضا: «أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل»⁽³⁾ ولا يصح العقد إلا برضا الولي و موافقة، وفي حالة امتناع الولي عن زواج البنت و وقوفه منها موقف متعنتا من غير إظهار سبب مشروع في الممانعة جاز للبنت أن ترفع أمرها للقاضي، فإن رأى القاضي المسلم أن الأسباب التي تعلق بها غير معقولة، أمر بتزويجها، فإن أصر على الممانعة زوجها القاضي ممن خطبها و لا يلتفت إلى معارضة الولي حينذاك لقوله صلى الله عليه وسلم: « فإن اشتجروا أي اختصموا فالسلطان ولي من لا ولي له»⁽⁴⁾.

2 . قانونا: بمقتضى التعديل الجديد ألغى قانون الأسرة الجزائري أحكام المادة(12ق أ) على أن يتولى زواج المرأة وليها ولم يسمح لها أن تنفرد بإبرام العقد، فألغيت هذه المادة، لتخلفها في الأحكام، و لقد جاء في نص (م11 من القانون نفسه) "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره" و التي اتضح من خلالها أن المرأة أعطي لها حق مباشرة عقد زواجها بنفسها و اشترط حضور أي ولي أو أي شخص تختاره.⁽⁵⁾

3 . الرأي الخاص:

لم يأخذ المشرع الجزائري بالشرط الذي وضعه الحنفية لذلك، في مثل هذه الحالة، حيث اشترط الحنفية أن يكون الزوج كفاء، و الا للأب أن يفسخ هذا الزواج.

و جاء المشرع بالحكم المخالف للحنفية في ولايتها الإيجاب على القاصر في المادة (13ق أ) على أنه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته وتحت رعايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها".

¹ / عبد الحميد خراز، مرجع سابق، ص 119.

² / أبو داود، مصدر سابق، كتاب النكاح، باب ما جاء لانكاح إلا بولي، رقم 2087، ج2، ص191.

³ / الترمذي، مصدر سابق، كتاب النكاح، باب ما جاء، لانكاح إلا بولي، رقم 1102 ج2، ص280-281، وقال: هذا حديث حسن.

⁴ / المصدر نفسه نفس الكتاب والباب السابقين، رقم1125، ج2، ص353، قال: حديث حسن.

⁵ / مولود ديدان، مرجع سابق، ص8-10.

ثانيا: الشهود

1- عند الفقهاء:

يرى جمهور الفقهاء على اختلاف مذاهبهم: أن الإشهاد ركن أو شرط من شروط صحة النكاح ولا ينعقد بدونه، لعموم قوله تعالى « وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ » (الطلاق: 02)، وقوله عليه الصلاة والسلام: «البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بيّنة»⁽¹⁾. ولما روي عن عمر ابن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل و امرأة فقال: « هذا نكاح السر ولا أجزئه، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت ».

ما يشترط في الشاهدين مايلي:

- أ. الإسلام: اتفق الفقهاء على اشتراط الإسلام في الشهود و عدم قبول شهادة الكافر⁽²⁾ ذلك لقوله تعالى: «مَنْ تَرَضَوْا مِّنَ الشَّهَدَاءِ» (البقرة: 282)، وقوله: «أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» (الطلاق: 02).
- ب. البلوغ: اشتراط البلوغ في الشاهد فلا تقبل شهادة الصبي⁽³⁾ وذلك لقوله عز وجل: «وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (البقرة: 283). فالمولى عز وجل اخبر في هذه الآية بأن الشاهد الذي يكتم الشهادة هو آثم، و الصبي لا يأثم إذن فهو ليس بشاهد⁽⁴⁾
- ج. العقل: اتفق الفقهاء على رد شهادة المجنون و المغفل⁽⁵⁾ و ذلك لقوله تعالى: «وما شهدنا إلا بما علمنا» (يوسف: 81)، وقوله «مَنْ تَرَضَوْا مِّنَ الشَّهَدَاءِ»، والمجنون غير مرضي ولا علم له بما شهد به.
- د. العدد: لا بد أن يكون عدد الشهداء اثنين ولا تقبل الشهادة بأقل من ذلك وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: «البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة»، ويستحب الإكثار من الشهود، خاصة في المناطق التي يقل فيها الوازع الديني.
- هـ. العدالة: لم ي تفق ابوحنيفة مع بقية الفقهاء على اشتراط العدالة في الشهادة على النكاح، وإذ خالفه غيره مشترطين إياها وقد إستندوا إلى أدلة منها:

¹ / الترمذي، مصدر سابق، كتاب النكاح، باب ماجاء لا نكاح إلا ببيّنة، رقم 1127، ج 2، ص 358.

² / الشافعي، مصدر سابق، ج 7، ص 49.

³ / الجصاص، أحكام القرآن، ج 1، ص 497.

⁴ / القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص 415.

⁵ / ابن عابدين، مرجع سابق، ج 5، ص 462.

قوله عز وجل «أَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ» (الطلاق:02)، وقوله أيضا «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا» (الحجرات:06)، فدللت الآية الأولى على وجوب اشتراط العدالة في الشهود، ودلت الثانية على رد شهادة الفاسق.

بحيث تعتبر الشهادة وسيلة إثبات عند الجحود، فكيف يعتمد فيها على شهادة الفاسق كما أنه ينبغي أن تكون في الشاهد صفات يتحلى وينفرد بها، حتى تكون له مزية عن غيره، توجب له رتبة الاختصاص بقبول قوله.⁽¹⁾

وقد استند من لم يشترط العدالة في شهود عقد النكاح إلى أن الفاسق له ولاية على نفسه فيحوز له أن ينشئ العقد على نفسه، فمن باب أولى أن يشهد على إنشائه، ولأن العرض من الإشهاد الإعلان و يتحقق ذلك بشهادة العدول أو الفسوق، كما أن الفاسق يصح له أن يتولى أمر العامة فتقبل شهادته.⁽²⁾

و الذكورة: ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط الذكورة في شهود النكاح وعدم قبول شهادة النساء.⁽³⁾ وأدلتهم ما يأتي قوله تعالى: «فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا» (الطلاق:02).

وردت في الآية كلمة "ذوي" التي لا تصلح إلا للمذكر بخلاف ذواتنا التي تصلح إلا للمؤنث، فاقتضى ذلك شهادة الذكور دون الإناث.⁽⁴⁾

ي/ سلامة الحواس: لا بد من سماع الكلام المتعاقدين لكي يصح لإشهاد، واختلف الفقهاء في شهادة الأعمى و الأخرس، منهم من ردها ومنهم من قبلها، وهذا الخلاف موجود حتى في المذهب الواحد.⁽⁵⁾

¹ / القرطبي، مرجع سابق، ج3، ص 396.

² / الكساني، بدائع الصنائع، ج2، ص 255.

³ / النووي، المجموع، مرجع سابق، ج20، ص255.

⁴ / القرطبي، المرجع نفسه، ج18، ص 159.

⁵ / الكساني، المرجع والموضوع نفسه.

2- قانونا:

ورد في المادة التاسعة من قانون الأسرة الجزائري مايلي: "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين وبولي الزوجة، وشاهدين و صديق"⁽¹⁾. ونصت المادة 33 منه على مايلي: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صديق، يفسخ قبل الدخول ولا صديق فيه، و يثبت بعد الدخول بصديق المثل، إذا أختل ركن واحد، ويبطل إذا أختل أكثر من ركن واحد"⁽²⁾.

3- الرأي الخاص:

لا يصح عقد الزواج، ولا يبرم أصلا إلا بحضور شاهدين و بالتالي نرى أن قانون الأسرة الجزائري أخذ بمذهب الجمهور في هذه المسألة مع العلم بأنه في جميع الدول الإسلامية لا يسجل عقد الزواج إلا بحضور شاهدين. حتى فقهاء المذهب المالكي الذين قالوا بأنه يجب الإشها عند الدخول لا وقت العقد، ذهبوا إلى أنه يستحب الإشهاد عند العقد.

ثالثا: الصداق:

1- عند الفقهاء اعتبره بعض فقهاء المالكية ركنا من أركان النكاح⁽³⁾. وذهب بعضهم الآخر إلى اعتباره شرطا من شروط الصحة لأنه لا يجوز التوطؤ على تركه.⁽⁴⁾

ومنهم من لم يبين هل هو ركن أم شرط ولكن صرح بأنه واجب على الرجل ولا يجوز زواج بدون مهر، وإليه نحا الحنفية و الشافعية⁽⁵⁾. ولمن لا يشترط تسميته عند العقد و يصح عقد الزواج دون ذكره، بدليل قوله تعالى « لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ » (البقرة:236).

أما شروط الصداق فهي نفس الشروط الثمن؛ فيشترط فيه الطهارة والانتفاع و القدرة على التسليم و المعلومية لا خمر ولو كانت الزوجة ذمية ولا آبق وثمره لم يبد صلاحها على التبقية.⁽⁶⁾

¹ / مولود ديدان، مرجع سابق، ص 08.

² / المرجع نفسه، ص 18.

³ / ابن جزوي، مرجع سابق، ص 192.

⁴ / ابن رشد، مرجع سابق، ج 2، ص 18.

⁵ / الشافعي، مصدر سابق، ج 5، ص 58.

⁶ / العدوي، حاشية العدوي، ج 2، ص 37.

إذن فكل ما جاز أن يمتلك ويبيع و يكون عوضا جاز أن يكون صداقا، مع سلامته من الغرر. وأن يكون معلوما فلا يجوز بمجهول إلا في نكاح التفويض.⁽¹⁾

2- قانونا:

لقد أخذ المشرع الجزائري بأن الصداق شرط من شروط الزواج (م9 مكرر ق أ) كما قرر وجوب الصداق بمجرد العقد حيث قالت المادة (15 ق أ) "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".⁽²⁾

كما جاء في نص المادة (33 ق أ) "إذا تم الزواج بدون ولي، أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثب بعد الدخول بصداق المثل، إذا اختل ركن واحد و يبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".

3- الرأي الخاص:

ذهب القانون الجزائري إلى ما ذهب إليه المشرع الجزائري وهو الصداق مباحا شرعا، وأنه حق المرأة تستحقه بأكمله وبالدخل أو الوفاة، كما أنه أشار إلى عقد النكاح بدون الصداق يفسخ قبل النكاح، ويسقط الصداق.

و إن القانون لم يتطرق إلى نكاح التفويض الذي يتم بدون مهر.

¹ / ابن جزوي، مرجع سابق، ص 197.

² / العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ص102.

المبحث الأول: ماهية الزواج.

سنتناول في هذا المبحث ماهية الزواج من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف عقد الزواج.

المطلب الثاني: مشروعية و حكم الزواج.

المطلب الثالث: أركان و شروط عقد الزواج.

المطلب الأول: الحقوق المشتركة

الفرع الأول: حل الاستمتاع بين الزوجين.

أولاً: عند الفقهاء

من مقومات العشرة الزوجية بالمعروف حل الاستمتاع كل منهما بالآخر مما يقتضيه الطبع الإنساني على الوجه المأذون به والمقرر شرعاً بالزواج ما لم يوجد عذر شرعي كحيض أو نفاس أو مرض⁽¹⁾ لقوله عز وجل «فَاعْتَرِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ» (البقرة:222)، وهذا الحق المشترك يتضمن مزيجاً من الحقوق المادية و المعنوية في آن واحد فبمجرد انعقاد عقد الزواج صحيحاً تصبح الزوجة محبوسة لحق الزوج بما يمكنه من الاستمتاع بها و يوجب لها النفقة الشاملة من مأكّل و مشرب و ملبس و مسكن، وتظل النفقة التزاماً على الزوج ما لم يحدث نشوز من الزوجة بالوجه الذي لا يستطيع الزوج الاستمتاع بها فتسقط تلك النفقة.

إذن فحق النفقة للزوجة يدور وجوداً وعدمًا مع واجبها في تمكين الزوج من الاستمتاع بها استمتاعاً معتبراً حدوده الشرعية.⁽²⁾

أما من حيث مشروعية الاستمتاع فيحل للزوج من زوجته ما يحل لها منه و هذا الاستمتاع حق مشترك للزوجين و ليس لأحدهما أن ينفرد به دون الآخر لقوله تعالى: «هُنَّ لِيَاسٍ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَاسٍ لَهُنَّ» (البقرة:187)، وقوله: «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (البقرة:228)، و يعتبر هذا الحق من المقاصد السامية للشريعة الإسلامية التي يقرها الشارع الحكيم عبر عقد الزواج الصحيح الذي يهدف إلى تحصين أعراض الأزواج و ضمان عفتهم و ستر لهم يقيهم من الوقوع في المعاصي كجريمة الزنا لا قدر الله، لقوله صلى الله عليه وسلم مخاطباً الشباب: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج؛ فإنه أغض للبصر و أحصن للفرج».⁽³⁾

ثانياً: قانوناً:

لم يتطرق القانون إلى هذا العنصر بنص صريح ولكن ترك الحديث عنه بمجال مفتوح و ذلك في نص المادة 36 "يجب على الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية و واجبات الحياة المشتركة".

¹ / أنظر، عبد الفتاح إبراهيم، بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانوناً، ص53.

² / محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، وآثاره، ص297.

³ / سبق تخرجه، ص37.

و بما أن هذا العنصر مشترك بينهما فيندرج ضمن هذه المادة.

ثالثا: الرأي الخاص

أخذ المشرع الجزائري برأي الشريعة الإسلامية واعتبره الهدف عن الإحصان و التعفف عن الوقوع في الفاحشة إذا لم يصرح بنص يوجب هذا الفعل لأنه من المقاصد السامية للشريعة الإسلامية وبهذا اكتفى بما تقوله.

الفرع الثاني: ثبوت النسب

أولا: عند الفقهاء

يعتبر النسب أول ثمرة من ثمرات الزواج فالحمل و الولادة من النتائج الطبيعية و الشرعية للعلاقة الزوجية التي تربط كلا من الرجل والمرأة برباط الألفة و المودة و الرحمة، تزداد هذه الرابطة قوة و متانة بالولد الذي هو من ثمرة الزواج.

لذاك فإن من حقوق الولد على والديه ثبوت نسبه منهما، وبهذا الثبوت في النسب تثبت حقوق الطفل على والديه، وحقوق الوالدين على أولادهما و على هذا الأساس توعد رسول الله صلى الله عليه وسلم من تنكر لنسب والديه بتحريم الجنة عليه، فعن سعد ابن أبي وقاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام»⁽¹⁾ و يثبت نسب الولد إلى والديه بالزواج الصحيح.

و لذلك فإن كل ولد جاء من زواج صحيح، فإنه ينسب إلى والديه، ويثبت نسب الولد لأبيه في الزواج الصحيح إذا جاءت به أمه في مدة الحمل و اقلها ستة أشهر من وقت الدخول عند الجمهور، ومن وقت العقد عند أبي حنيفة، وأكثرها سنة شمسية من وقت التفريق.⁽²⁾

أما الولد الذي جاء من زنا، فقد قطع الشرع نسبه عن الزاني، وبذلك فإن نسبه لا يثبت للزاني، وإنما يلحق بأمه و يحمل اسمها فقد روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁽³⁾. ومعنى الحديث الشريف أن النسب يثبت للأب و الأم إن أتت به على فراش الزوجية الصحيحة، أما الزاني فليس له إلا الخيبة، ولا حق له في نسب الولد، وعليه الرجم إذا ثبت بالبينة و الإحصان.

¹ / البخاري، مصدر سابق، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه، رقم 6385، ج3، ص55.

² / ابن عابدين، مرجع سابق، ج3، ص 134.

³ / مسلم، مصدر سابق، كتاب الرضاع، باب، " الولد للفراش " وتوقي الشبهات، رقم 3630، ج2، ص 532.

ثانيا: قانونا:

جاء في المادة 40 ق أ، بأنه يثبت النسب بالزواج الصحيح كما أنه طبقا للمادة 41 ق أ، فإن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا. أمكن الإتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة ومن هنا فإنه يشترط لثبوت النسب الزواج الصحيح.

كما أنه طبقا للمادة 42 ق أ، التي تنص بأن اقل مدم حمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.⁽¹⁾

ثالثا: الرأي الخاص:

لقد أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور (م40 و41 ق أ) وهو الصحيح الذي يتفق مع قواعد التشريع الإسلامي و المنطق و المعقول، والولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة حمل وأمكن الاتصال، وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق، وعليه فإنه إذا تم العقد بين زوجين غائبين بالمراسلة أو بالوكالة فإن هذا العقد يكون سببا لثبوت النسب ضمن هذه الفترة المقررة قانونا و شرعاً.

الفرع الثالث: ثبوت التوارث بين الزوجين:

شرعت الشريعة توارث الزوجين من بعضهما من خلال العديد من آيات الموارث المعروفة إلا أنها اشترطت لذلك شروط التي نتناولها فيما يلي، ثم نتطرق إلى نصيب كل زوج من الميراث.

أولا: شروط الإرث

يجب لثبوت التوارث بين الزوجين توفر شروط معينة نتطرق إليها بالتفصيل فيما يلي:

1 . الزواج الصحيح:

يعتبر عقد الزواج الصحيح سببا من أسباب الميراث بمقتضى العلاقة الزوجية هذه يثبت التوارث بين الزوجين إذا ما توافرت شروط الميراث.⁽²⁾

فلا توارث إذا كان العقد فاسد، و إذا استمرت العشرة بمقتضى هذا العقد إلى الوفاة فمن عقد على امرأة تبين أنها أخته من الرضاع، فلا توارث بينهما، وإن لم يعلم بذلك إلا بعد الدخول بها، بل وإن لم يعلم

¹ / العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 190.

² / رمضان علي سيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص 411.

بذلك إلا بعد الوفاة لأن العقد الفاسد لا يرتب أي حكم من الأحكام الشرعية التي تكون إثر للعقد الصحيح، وإن اعترف الشارع ببعض الأحكام التي تكون سبب الدخول بالعقد الفاسد أحياناً.

فالسبب الموجب لهذه الأحكام هو الدخول مع وجود الشبهة القوية المانعة لإتمامه ولذلك يثبت المهر و النسب و العدة لمن يكون ثمرة هذا الدخول، وفي حالة ثبوت النسب من العاقد المتوفى فإنه يرث وإن كانت أمه لا ترث، ولا فرق في ذلك بعد العلم بالسبب الموجب للفساد أو قبل العلم بالفساد لأنه إن علم السبب الموجب لذلك تبين أن الفساد لحق العقد من وقت وجوده فالشارع لا يرتب عليه أي حكم من الأحكام، إلا ما يوجبه الدخول بشبهة قوية في بعض العقود الفاسدة.⁽¹⁾

2 . قيام الرابطة الزوجية أثناء الوفاة أو كانت في حالة عدة الطلاق الرجعي: الزوج يرث من تركته زوجته، إذا ماتت قبله ولا يحجب من ميراثها حجبا مطلقا والدليل على ميراث الزوجة قوله تعالى «وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ» (النساء:12)، والزوجة ترث من تركته زوجها إذا مات قبلها وهي لا تحجب من ميراث زوجها حجبا مطلقا والدليل على ميراث الزوجة قوله تعالى «وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ» (النساء:12).

3 . أن لا يحول عن الإرث مانع من موانع الإرث:

و لكي يكون الباحث على بينة لا بد من شرح موانع التوريث، وعرف موانع الإرث انه؛ ما تفوت به أهلية الإرث رغم قيام سببه وتوفر شروطه ونحصر موانع الميراث في هذه الجملة "عش لك رزقك" ومعناها، الكفر، القتل، الرق، الشك ، اللعان، الزنا، عدم الإستهلال وما يهمننا في هذا المبحث هو الكفر و القتل و الشك.

أ - عند الفقهاء:

والموانع المتفق عليها إجمالاً بين المذاهب هي الكفر و القتل وقد اختلف في الشك.

¹ / محمد أبو زهرة، أحكام التركات و الموارث، ص 107 - 108.

• الكفر:

فهو اختلاف الدين بين الوارث والمورث، فإنه يمنع توريث المسلم من غير المسلم مهما يكن بينهما من علاقة قرابة حتى ولو كانت علاقة زوجية وهذا قول الجمهور و قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم»⁽¹⁾ وجاء في مذهب مالك أن الممل التي تتفق في عبادة واحدة تتوارث و إلا فلا توارث، فعباد الشمس يتوارثون بينهم.⁽²⁾

• القتل:

أجمع الفقهاء من التابعين و الأئمة المجتهدين على أن القاتل لا يرث لقوله صلى الله عليه وسلم «ليس للقاتل شيء» مع اتفاق جمهور الفقهاء أن القاتل لا يرث إلا أنهم قد اختلفوا في حقيقة القتل المانع من الإرث، فما جاء به المذاهب الحنفي والمالكي أنهم اعتبروا القتل المانع من الميراث هو القتل العدواني الصادر من المكلف بغير عذر بأي طريق كان، بالتحريض أو الاشتراك أو شهادة الزور فالعبرة عند مالك هي العدوان و القصد من شخص ناقص الأهلية فلا حرمان من الميراث.

• الشك:

وهذا عنصر مختلف فيه و الشك هو أسبقية الوفاة بحيث لا ندري أيهما مات قبل الآخر و يرى كثير من الفقهاء أن هذا المانع يندرج في شروط الإرث، لأن من شروط الميراث تحقق حياة الوارث بعد وفاة المورث، فمسألة الغرقى و الهدمى و الحرقى و غيرهم ممن يموتون ولا يعرف أيهما الأسبق و بينهم أسباب التوارث فهؤلاء لا توارث بينهم، إنما ميراثهم لغيرهم من الأحياء، وكل واحد يرثه ورثته الأحياء.⁽³⁾

ب- القانون:

لقد نص المشرع الجزائري من خلال المواد التالية على استحقاق كل من الزوجين الميراث وهي:

المادة 130: "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع البناء"

المادة 131: "إذا ثبت بطلاق النكاح فلا توارث بين الزوجين."

¹ / مسلم، مصدر سابق، كتاب الفرائض، رقم 4156، ج3، ص 607.

² / محمد أبو زهرة، أحكام التركات و الموارث، مرجع سابق، ص 93.

³ / المرجع نفسه، ص 90.

المادة 132: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منها الإرث." (1)

كما جاء في نص المادة 135: يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

- ❖ قاتل المورث عمداً أو عدواناً سواء كان القاتل فاعلاً أصلياً أو شريكاً.
- ❖ شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه
- ❖ العالم بالقتل أو تدييره إذا لم يخبر السلطات المعنية.

كما جاء في نص المادة 138: "يمنع من الإرث اللعان و الردة." (2)

ت- الرأي الخاص:

لقد أخذ المشرع الجزائري بقول جمهور الفقهاء في حالات التي يرث فيها الزوجين بعضهما البعض كما نظرت أيضاً في بعض المواد إلى الحالات المانعة للإرث.

رابعاً: نصيب الزوجين من الميراث:

أ . عند الفقهاء

الزوجان من أصحاب الفروض في الميراث أي أن لهما نصيب محدد، كما هو معروف فإن أصحاب الفروض قدرت أنصبتهم و حددت في القرآن الكريم ماعدا الحالات الإستثنائية لأنها لو تركت للاجتهاد لوقع الخلاف. أما عن ميراث الزوجين فإن لكل واحد منهما حالتان للميراث، وهو ما سنتطرق إليه بالتفصيل.

1 . نصيب الزوج من الميراث:

– النصف: إذ لم يكن للزوجة فرع وارث مذكر أو مؤنث منه أو من غيره لقوله تعالى «وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ» (النساء: 12)، والولد في اللغة هو الابن مطلقاً الذكر أو الإناث، ولا يعني الولد الذكر كما هو متعارف

– الربع: إذا لم يكن للزوج فرع وارث، منها أو من غيرها لقوله تعالى «فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ» (النساء: 12)،

¹ / العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ص 96.

² / مولود ديدان، مرجع سابق، ص 15- 16.

2 . نصيب الزوجة من الميراث:

– الربع: إذا لم يكن للزوج فرع وارث، منها أو من غيرها لقوله تعالى « وَهَئِنِ الرَّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ » (النساء: 12).

– الثمن: إذا كان للزوج فرع وارث منها أو من غيرها لقوله تعالى « فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ » (النساء: 12).⁽¹⁾

ب . قانونا :

لقد نص القانون على أن الزوج يستحق النصف من تركة زوجته بشرط عدم وجود الفرع الوارث لها (م1/144 ق أ) وأنه يستحق الربع عند وجود الفرع الوارث لها (م1/145 ق أ) كما نص على أن للزوجة أو الزوجات الربع بشرط عدم وجود الفرع الوارث للزوج (م1/145 ق أ) و لها أو لهن الثمن عند وجود الفرع الوارث للزوج (م1/146 ق أ) و للزوجة ولو كانت مطلقة رجعيا إذا مات زوجها وهي في العدة أن ترثه (م132 ق أ).⁽²⁾

ج . الرأي الخاص

لقد توافق القانون الجزائري مع الشريعة الإسلامية في تحديد نصيب كلا من الزوجين مقدار كل منهما وحالاته.

المطلب الثاني: حقوق الزوج

يرتب الزوج كغيره من العقود حقوقا متبادلة للطرفين، وهي حقوق متقابلة و متعادلة لكليهما، بحيث جعل الله عزو جل للرجال القوامة على النساء بما أودعه الله فيهم من القوة البدنية و العقلية فالرجل هو الذي يرفع البيت، و يندب عن الحرم، وهو الذي يقوم بالإفناق و يدفع الصداق، وهو الذي يقدر على الجهاد و تحمل المشاق⁽³⁾ لقوله تعالى «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ» (النساء: 34). و كما سبق التعريض للحقوق المشتركة بينهما وحقوق الزوجة فمن المنطقي أن تتبادل أيضا حقوق الزوج نحوها.

¹ / محمد عبد الله بخيت، محمد عقله، الوسيط في فقه الموارث، ص 59 – 60.

² / العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، ص 134.

³ / الصادق عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 2، ص 628.

ومن خلال دراستنا وجدنا أن قانون الأسرة الجزائري على الرغم من أنه قد نص صراحة على واجبات كل من الزوج و الزوجة في المواد 36.37.39 منه، ونص على حقوق الزوجة في المادة 38 ملغاة، فإنه لم يخصص نصا معينا للحديث عن حقوق الزوج، ولكن المادة 222 منه تنص على مايلي: "أن كل ما لم يرد نص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" وخاصة نصوص القرآن الكريم ويمكن تحديد حقوق التي تضمنها الآيات التالية: قوله تعالى «وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ» (البقرة: 228). و قوله أيضا: « وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى » (الأحزاب: 33)، و قوله تعالى: « وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا » (النساء: 34) ، ومن خلال تحليل هذه النصوص يمكننا أن نستخرج منها حقوق أساسية منحها الله للزوج المسلم في مقابل ما منحه من حقوق الزوجة وهي حق الطاعة وحق التأديب بالإضافة إلى الحقوق التي سنتطرق إليها كل على حدى:

الفرع الأول: حق الطاعة

إذا كان علينا أن نسلم بأن الأسرة هي الخلية الأساسية لنمو المجتمع وبنائه على قواعد تعتمد على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة، ونبذ الآفات الاجتماعية، كما ورد ذلك في المادتين الثانية و الثالثة من قانون الأسرة: فإن من أهداف الزواج تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون، فذلك لا يأتي للزوجين إلا بالاعتراف لأحدهما بحق الأشراف على هذه الأسرة، ورعيتهما و إطاعته في ما يأمر به أو ينهى عنه في إطار ما أمر الله و ما نهى عنه، وإن الشخص المؤهل لتحمل المسؤولية عن إدارة الأسرة ورعيتهما شرعيا و طبيعيا وقانونيا هو الزوج، وهو الذي تجب طاعته لأنه لا يمكن تصور مجتمع مهما قل عدد أفرادده، دون أن يكون له رئيس يرجع إليه عند الحاجة، ويؤخذ برأيه في الملهمات، لذلك فإن من حق الزوج على زوجته أن تطيعه وان تحترم رأيه طالما كان رأيه شرعيا وقانونيا، وإن حق طاعة الزوج على زوجته لا ينفي أبد أن تستشار هي أيضا فيما يتعلق بمصالح الأسرة، و الحفاظ على ترابطها، وان يكون رأيها رأيا معتبرا يستعين به الزوج في اتخاذ قرارته كرئيس أسرة.⁽¹⁾

ومن هنا يجب على الزوجة أن تطيع زوجها في غير ما نهى الله عنه، وتحفظه في نفسها و ماله حال حضرته وغييبته، وذلك بالامتثال لأوامره و الامتناع عن نواهيه بإعتباره رئيس العائلة لقوله تعالى « الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ » (النساء: 34).

¹ / عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 203.

وقوله تعالى «وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ» (البقرة: 228). والدرجة هنا معناها، درجة الرئاسة المنزلية و العائلية، ودرجة القوامة التي أقيمت على عاتقه.

أما فيما يخص الطاعة فهي التزام الزوجة بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج، و الانقياد للزوج لا يعني استسلام الزوجة له، و لاستجابة لرغباته المشروعة و الممنوعة، ودائما هي انقياد بالمعروف وهو ما أمر به الشرع و أباحه فالطاعة هذا ليست مطلقة، وأهم ما ينطوي على حق الطاعة جانبان هما الانتقال إلى بيت الزوجية و القرار فيه، واستئذان الزوج و الإستجابة لحاجاته.

أولا: أوجه الطاعة:

1 . الانتقال إلى منزل الزوجية والقرار فيه:

لا تتحقق وظيفة المرأة في الأسرة إلا بانتقالها إلى منزل الزوجية و القرار فيه حتى تستطيع التفرغ لما شرع الله له الزواج من إنجاب الأولاد والعناية بهم و تهيئة وسائل الراحة لهم ولزوجها، و انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واجب قضاء و ديانة.⁽¹⁾

و للانتقال إلى بيت الزوجية يجب على الزوج توفير ثلاثة شروط:

1. أن يهيئ الزوج المسكن الشرعي الملائم
2. أن يؤدي لها المعجل من مهرها.
3. أن يدعوها إلى الدخول في طاعته مع عدم وجود المانع الشرعي.

فإذا توفرت الشروط وجب شرعا أن تنتقل الزوجة إلى بيت الزوجية لقوله سبحانه وتعالى: « وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى » (الأحزاب: 33)، وهذا القول واضح المعنى ظاهر الحكمة، ويعني أنه من حق الزوج على زوجته أن تستقر في منزل الزوجية فلا تبرج ولا تتزين ثم تترك أطفالها لتذهب إلى حيث تريد و حيث لا يريد الزوج.

غير أن حق الزوج على زوجته في استقرارها بمنزل الزوجية للقيام بما يجب للمنزل والأولاد وبما يناسب طبيعتها أثناء الحمل و الولادة، وما يتمشى مع المبدأ الطبيعي لتقسيم العمل بينها وبين زوجها، وإن كان يتأتى في مع تمردها و خروجها متبرجة و متزينة بدون إذنه أو إلى مكان لا يرضيه أو يحرك هواجس الشك في نفسه فإنه مع ذلك لا يتنافى مع ترك الزوجة لمنزل الزوجية و إذا كان ذلك من أجل تأدية خدمة للمجتمع، أو تقديم عمل مفيد للوطن على أن لا يتعارض مع العمل الآخر على الزوجة هو أيضا حق من

¹ / محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ص 146-147.

حقوق الأولاد على أمهم، وهو حق لا يعني احتباس الزوجة في البيت وحرمانها من الخروج إلى المحافل الثقافية والعلمية و حرمانها من متعة الحياة، أو المساهمة في الأعمال الخيرية بعد القيام بالتزاماتها نحو أولادها وزوجها و أقاربها وأقارب زوجها، لأن ذلك من شأنه أن يعكس صفو العلاقات الزوجية ويتسم الزوج بالظلم و سوء استعمال حقه مما قد يتنافى مع واجباته كرئيس عائلة ملزم بإسعادها و حمايتها و توفير أسباب الرقي والتقدم لها.⁽¹⁾

2 . استئذان الزوج:

الإسلام حريص على حقوق الزوج، حتى لا تتعرض الحياة الزوجية لعواصف عائلية، وقد تأتي على البناء الأسري من أساسه، استئذان الزوج أحد جوانب حق الطاعة، فالإسلام أثبتته للزوج بمقتضى عقد الزواج سواء في مجال العبادات أو المعاملات.

أ. في مجال العبادات:

❖ إذا سافرت المرأة لأداء فريضة الحج فعليها استئذان زوجها عند الأحناف فيرى أبو حنيفة بسقوط نفقتها لفوات الاحتباس بسبب من جهتها، ويرى أبو يوسف أنها تستحق النفقة حال السفر لأن أداء الحج ضرورة دينية.

❖ ليس للزوجة صوم نفل أو تطوع إلا بإذنه لقوله صلى الله عليه وسلم «لا يحل للمرأة أن تصوم و زوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه» والمقصود بالصوم هنا صوم تطوع كما فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر وللزوج منع زوجته من الخروج إلى المساجد.⁽²⁾

ب. في مجال المعاملات:

❖ للرجل على المرأة ألا تخرج من بيته دون رصاه، وحتى لو كانت لعمل أو زيارة مريض و الأحناف أجازوا خروج المرأة بغير إذن زوجها إذا مرض أحد أبويها، أما عند الشافعية فيكره منعها من عيادة أبيها إذا أتقل المرض وحضور مواراته إذا مات لأن منعها يؤدي إلى النفور ويغريها بالحقوق.

❖ ليس للزوجة أن تعمل غلا برضا الزوج، لأن العمل فيه فوات الاحتباس وقت العمل، وفوات الاستئذان عند الخروج، وكلاهما من حقوق الزوج.

❖ للزوج مطالبة الزوجة بالامتناع عن العمل متى ثبت أن عملها يتنافى مع مصلحة الأسرة، أو كان مشوبا بإساءة استعمال الحق.

¹ / عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 204 - 205.

² / محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 148.

الفرع الثاني: ولاية التأديب

الحياة الزوجية قائمة على المحبة و المحاملة بين الزوجين، ولكن الحياة الرتيبة تؤدي إلى ظهور بعض المشاكل التي تكدر الحياة الزوجية، فالإسلام لم يقف من هذه الحالات الطارئة موقف المتفرج، ولأنه يحافظ على الأسرة، لأنها أساس المجتمع.⁽¹⁾

زمن المعروف عرفا و قانونا، أن التأديب بإجراء لمحاولة علاج العصيان أو التمرد، وهو في نفس الوقت عقاب على خطأ يرتكبه الإنسان عن وعي و إدراك و تعمد، والزوجة المسلمة يفترض فيها أن تكون عارفة لحقوقها، واعية بواجباتها، راعية لبيت زوجها ولكن يمكن أن نكون هناك زوجة أخرى من صنف آخر سريعة التغير و التقلب و ترى الدنيا من خلال عواطفها أو حاجياتها الخاصة، أو أن تتمرد على الأوضاع المتعارف عليها وتخرج عن تقاليد المجتمع وعن نظام الحياة الزوجية، فيؤدي بها الأمر إلى العصيان و النشوز و الخروج عن الطاعة، مما يؤدي إلى اتخاذ إجراءات تأديبية معينة من شأنه المساعدة على عودتها إلى الصراط القويم و إلى جو المودة و الرحمة، وهي إجراءات ورد النص عليها في قوله تعالى «فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي خُقَاتُونَ نُشُوزُهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً» (النساء:34)، ومن خلال هذه الآيات سوف نتطرق إلى مراحل التأديب الثلاثة بصفة مختصرة:

أولاً: وعظ الزوجة وإرشادها

الموعظة الحسنة يقصد بها تذكير المرأة بنا أوجب الله عليها من حسن الصحبة و جميل العشرة للزوج، حيث تشعر أن قلب زوجها هو لها و هو معها عندما ينتهي الفتور فالموعظة تفتح باب التفاهم وتزيل الكثير من العقد النفسية التي قد تكون المرأة وقعت تحت سلطانها.⁽²⁾ والوعظ و التأديب هذا يجب أن يمر عبر مراحل ثلاثة وهي أن ينبه الزوج إلى الخطأ الذي ارتكبه، ويبين لها مضار و مساوئ هذا الخطأ و أثاره السيئة على كيان الأسرة وعلى العلاقات الزوجية، ثم يرشدها إلى السلوك القويم بأسلوب فيه شيء من العتاب و الملامة، وشيء من النهي عن المنكر و الأمر بالمعروف و عفا الله عما سلف، وهذا ومن شأن الموعظة الحسنة من الزوج إلى زوجته أن تفتح مجالا واسعا للمناقشة والحوار و التصاني و التفاهم وإزالة الضغائن و صفاء النفس، خاصة إذا كانت الزوجة ممن تقدر العواقب و تخشى الله ورسوله الكريم.

¹ / عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ أحكام الفقه الإسلامي، ص 161.

² / المرجع نفسه، ص 162 - 163.

ثانيا: الهجر في المضجع

إذا كانت الزوجة من الصنف الذي لا تنفع ولا تفيد معه الموعظة فإن الشريعة الإسلامية وحرصا منها على دوام الروابط ودعم بناء الأسرة منحت الزوج حق تأديب الزوجة التي لا تنفع معها الموعظة باستعمال طريقة أخرى وهي الهجر في المضجع.⁽¹⁾

وهو أن يضاجعها ويوليها ظهره ولا يجامعها أو تركها وحدها في فراش النوم لمدة مؤقتة، وتعتبر هذه الطريقة طريقا وسطا، و مرحلة تالية لمرحلة الموعظة الفاشلة بسبب الزوجة أو بسبب تدخل الغير بينهما وبين زوجها، كما لا يجوز الهجر أربعة أشهر وهي مدة الإيلاء المقدره شرعا لإباحة التفريق بين الزوجين⁽²⁾

أما عند الجمهور أن لا يضربها وقال النووي: الأظهر بضرب لقوله تعالى « وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ » (النساء:34)، والمراد: اهجروهن إن نشزت واضربوهن إن أصرت على النشوز أي إن لم يتكرر نشوز الزوجة و عظها في المضجع وضربها في رأي الشافعية.⁽³⁾

ثالثا: الضرب

إذا كانت طريقة التأديب في المرحلة الأولى تقتصر على الموعظة بالكلام و اللسان و طريقة التأديب في المرحلة الثانية تقتصر على اتخاذ موقف سلبي من الزوج تجاه الزوجة التي لا تنفع فيها موعظة فإن طريقة التأديب في المرحلة الثالثة تختلف عنها و تتعددها على المساس بجسم الزوجة و بضربها إذا كان الضرب هو العلاج الأخير الذي يملكه الرجل، فشرط أن لا يكون مبرحا ولا مؤديا، كما على الزوج أثناء الضرب أن يجتنب الوجه تكرمة له، ويجتنب البطن و المواضع المخوفة خوف القتل، ويجتنب الواضع المستحسنة لئلا يشوهها، ويكون الضرب عند الحنفية عشرة أسواط فأقل.

لقوله صلى الله عليه وسلم «لا يجلد أحدكم فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله»⁽⁴⁾ فإن تلفت من الجلد فلا ضمان عليه عند الحنابلة والمالكية، لأن الضرب مأذون فيه شرعا وقال أبو حنيفة و الشافعي إنه يضمن؛ لأن استيفاء الحق مقيد بشرط السلامة للآخرين.⁽⁵⁾

1 / عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 206.

2 / رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص 120.

3 / وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 339.

4 / مسلم، مصدر سابق، كتاب الحدود، باب قدر أسواط التعزير، رقم 4476، ج3، ص655.

5 / وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 34.

ثالثاً: القرار في البيت

القرار في بيت الزوجية من حقوق الزوج على زوجته، لأنها القائمة بشؤونه، المحافظة على ما فيه، والتوزيع الطبيعي في الوجود يقتضي أن يكون عمل الرجل في الخارج وعمل المرأة في الداخل وكل من قال غير ذلك، فقد خالف الفطرة وطبيعية الوجود الإنساني ولذلك قال الله تعالى في حق المعتدات « وَلَا يَخْرُجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ » (الطلاق: 01)، وإذا كان خروج المعتدات فاحشة مبينة فأولى بذلك خروج المتزوجات و القرار في البيت حق للزوج إذا كان قد قدم لها معجل صداقها، ولم يكن خروجها لصله ذي رحم محرم منها، وعلى هذا لا تخرج إلا بأذنه إذا كان قد قدم لها ما يجب عليه .

أما إذا كانت تريد زيارة ذي رحم محرم منها، فإن كان أحد أبويها، فلها زيارته ولو لم يأذن زوجها كل أسبوع، أو يكون أحدهما في حال مرض، فلها أن تعود من غير قيد، لأن ذلك من صلة الرحم، ومنعها قطع للرحم، ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق وإن كان غير أبويها فلها أن تزورهم كل سنة مرة، وقيل كل شهر.

وليس لها أن تبيت عند أحد إلا بإذن زوجها، وإذا كان أحد أبويها مريضاً ولم يجد من يتعهده سواها، فلها أن تتعده، وبقيم عنده بقدر حاجته من التعهد من غير أن تكون عاصية أو آثمة سواء أمن أبوها مسلماً أم كان غير مسلم لأن الإحسان إلى الأبوين، لا يشترط في وجوبه الإسلام.

وليس لها أن تدخل أحداً في بيته بغير إذنه، إلا أن يكون ذا رحم محرم أي يزورها أبواها كل أسبوع، وسائر محارمها كل سنة على الراجح.⁽¹⁾

رابعاً: خدمة المرأة لزوجها و أولادها

اتفق عامة الفقهاء على أن من حقوق الزوج على زوجته أن تقوم الزوجة بخدمة زوجها و بيته و أولادها، إذا كانت قادرة على ذلك ومن بيته يقوم نساؤها بهذا النوع من الخدمة كالكس و التنظيف و الطبخ وغيره، وأنها تقوم بالخدمة بحسب العرف و مكانتها، إن كانت عاجزة أو من بيته لا يقوم نساؤها بذلك، فإنه لا يجب عليها شيء من ذلك، وقال بعض الفقهاء إن الوجوب في حال القدرة وجوب ديانة القضاء.⁽²⁾ وذهب بعض الحنفية إلى أنه يجب عليها خدمة زوجها في شيء و إن فعلت لكان أفضل لها و حجتهم في ذلك أن الآثار المروية عن الصحابة في خدمة فاطمة وأسماء و غيرهن لأزواجهن إنما كان على

¹ / أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 222.

² / ابن قدامة، مرجع سابق، ج9، ص 237.

سبيل التبرع، و نحن لا نمنع من ذلك إن تطوعت المرأة به.⁽¹⁾ واختلفوا في حالة إذا كانت الزوجة ممن تخدم نفسها لكونها من ذوي الأقدار أو مريضة، هل يجب عليها خدمة البيت أم لا على النحو التالي:

أولاً: المذهب الأول

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يجب عليها خدمة زوجها وبيته و أولاده في شيء⁽²⁾ و قد استدلوا على ذلك بما يلي:

1. قوله تعالى « وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » (النساء:19)، والعشرة بالمعروف أن لا تكون الزوجة للخدمة فلا بد لها من خادم.
2. لأن عقد النكاح إنما اقتضى الاستمتاع، لا الاستخدام وبذل المنافع، فليس من مقتضاد خدمة البيت و القيام بشؤونه.

ثانياً: المذهب الثاني

ذهب بعض الشافعية إلى أنه يجب عليها أن تخدم زوجها في كل شيء و قد استدلوا على ذلك بما يلي:

1. قوله تعالى « وَهُنَّ مِثْلُ مَثَلِ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ » (البقرة: 228)، و المعروف أن تقوم الزوجة بخدمة زوجها و البيت، و أما ترقية المرأة و خدمة الزوج و كنسه و غسيله و فرشته و قيامه بخدمة البيت فمن المنكر.
2. قوله تعالى: « وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ » (البقرة: 228)، لقد جعل الله تعالى القوامة في الآية الكريمة للرجال، فإذا لم تقم الزوجة بخدمة زوجها، بل قام هو بالخدمة و تدبير شؤون البيت، فإن القوامة في هذه الحالة للزوجة على زوجها.⁽³⁾

¹ / الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج4، ص4.

² / ابن قدامه، مرجع سابق، ج9، ص 237.

³ / ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، ج5، ص 138.

المطلب الثالث: حقوق الزوجة

الفرع الأول: المهر

أولاً: تعريف المهر ومشروعيته

1. تعريف المهر:

أ. لغة: مَهَرُ المرأة، أي جعل لها مهراً، وأعطائها واعطاها مهراً مهراً، أمهر المرأة، سمي بها مهر، أو أعطائها المهر.⁽¹⁾

ب. اصطلاحاً: عرف الفقهاء⁽²⁾ المهر لعدة تعريفات ويمكن أن نعرفه بما يلي: "المال الذي يجب على الرجل للمرأة بسبب عقد الزواج عليها أو وطئه لها.

ج. قانوناً:

لقد جاء في نص المادة 14 من ق أ "الصداق هو ما يدافع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".⁽³⁾

د. الرأي الخاص: لقد اعتمد ق أ على تعريف المهر من الشريعة الإسلامية و موافقته لها في ذلك.

2. مشروعيته:

المهر مشروع في الكتاب والسنة والإجماع.

أ. من الكتاب:

- قال تعالى «وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَمَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ» (النساء: 24).
- قوله تعالى: «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً» (النساء: 04).
- وقوله تعالى: «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً» (النساء: 24).

¹ / ابن منظور، مصدر سابق، ج 5، ص 184.

² / تعريف الحنفية" اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع، إما بالتسمية أو بالعقد" ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3، ص 101.

المالكية " ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بما"، الدردير، مرجع سابق، ج 2، ص 428.

الشافعية "ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهر كرضاع ورجوع شهور" الشربيني مرجع سابق، ج 3، ص 220.

الحنابلة " العوض المسمى في عقد النكاح أو المسمى بعده" الرحيباني، مرجع سابق، ج 5، ص 173.

³ / مولود ديدان، مرجع سابق، ص 11.

وجه الدلالة من الآيات واضحة في وجوب إعطاء المهر للزوجة.

ب. من السنة النبوية:

• عن أنس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم: «أنه اعتق صفية وجعل عتقها صداقها»⁽¹⁾

• عن أنس رضي الله عنه «أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن بن عوف أثر صفرة فقال: ما هذا؟ قال يا رسول الله إني تزوجت امرأة على نواة من ذهب قال: فبارك الله لك أو لم ولو بشاه»⁽²⁾

عن سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذي طلب منه أن يزوجه من امرأة جعلت أمرها الرسول صلى الله عليه وسلم «هل عندك من شيء؟ فقال: لا والله يا رسول الله؟ فقال اذهب إلى أهلِكَ، فأنظر عمل تجد شيئاً؟ فذهب ثم رجع فقال: لا والله! ما وجدت شيئاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنظر ولو خاتم من حديد».⁽³⁾

ب . الإجماع:

أجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح.

ثانياً: حد المهر

1. ما يصلح أن يكون مهراً

أ. عند الفقهاء

اختلف الفقهاء في بيان ما يصلح أن يكون مهراً على النحو التالي:

• المذهب الأول:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن كل ما صلح أن يكون مالا متقوماً عيناً أو ديناً حالاً أو مؤجلاً في حق المسلم كالذهب و الفضة والعقار، أو كان منفعة لقوم كسكنى دار أو زراعة أرض أو عمل كتعليم ورعي وبناء، صلح من يكون مهراً، وكل ما لم يكن متقوماً بماله ذاته كالميتة و الدم المسفوح، أو كان متقوماً بماله

¹ / مسلم، مصدر سابق، كتاب النكاح، باب فضيلة اعتاقه أمته ثم يتزوجها، رقم 3515، ج2، ص 514.

² / المصدر نفسه، كتاب النكاح، باب الصداق وجوار كونه تعليم القرآن، خاتم من حديد وغير ذلك، رقم 3507، ج2، ص

513.

³ / المصدر نفسه، نفس الكتاب والباب السابقين، رقم 3503، ج2، ص 513.

في حق غير المسلم كالخمر و الخنزير أو فيه غرر كالمعدوم و المجهول أو غير مقدور التسليم كالطير في الهواء فإنه لا يصلح أن يكون مهراً فإن تزوج على شيء مما لا يصلح مهراً فإن العقد يكون صحيحاً و تفسد التسمية و يجب مهر المثل⁽¹⁾. وقد استدلووا على ذلك بمايلي:

قوله تعالى: « قَالَ إِيَّيْ أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّحٍ » (القصص:24).

• المذهب الثاني:

ذهب الحنفية⁽²⁾ إلى منافع الحرر تكون وفي رواية عن أبي حنيفة غلى منافع الزواج فقط لا تكون صداقاً فإذا تزوج رجل امرأة على أن يخدمها لمدة سنة مثلاً وان يزرع لها حقلاً أو يخيط لها ثوباً، فالمهر عنده غير صحيح ولها مهر مثلها، والدليل على ذلك قوله تعالى « وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ » (النساء: 24). وخدمة الحر ليست مالا و مثله الزواج على تعليم القرآن لأنه ليس بمال.

2. أقل المهر:

اختلف الفقهاء في تحديد أقل مهر على مذهبين:

أ. المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء الشافعية و الحنابلة إلى أنه لا حد لأقل المهر فكل شيء صح أن يكون ثمناً وله قيمة صح أن يكون مهراً⁽³⁾. وقد استدلووا على ذلك بمايلي:

• من القرآن الكريم:

قوله تعالى « وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ » (النساء:24).

وجه الدلالة: أن الآية الكريمة عامة في جواز تقديم ما قل أو أكثر من المهر للنساء ابتغاء الإحصان، وإن تحديد المهر بحد أدنى بعيداً عن معنى الآية فلا يقال به.

• من السنة النبوية:

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لمن زوجه «التمس ولو خاتم من حديد»⁽⁴⁾.

¹ / أنظر ابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ج5، ص 132.

² / أنظر، ابن العابدین، مرجع سابق، ج3، ص 106.

³ / الشريبي، مرجع سابق، ج3، ص320.

⁴ / سبق ترجمه، في ص 64.

ب. المذهب الثاني: ذهب الحنفية والمالكية إلى تحديد اقل المهر بمقدار معين ولكنهم اختلفوا في أقله فقال مالك وأبو حنيفة أقل المهر ما تقطع به يد السارق وهو عند الحنفية عشرة دراهم، و عند المالكية ربع دينار أو ثلاثة دراهم؛ لأن هذا حد القلة في الأموال في نظر الشارع فلا تقطع يد السارق فيما هو دون ذلك.⁽¹⁾

3. أكثر المهر:

أ. عند الفقهاء

اتفق الفقهاء⁽²⁾ على أنه لا حد لأكثر المهر، بل كل ما تراضى عليه الزوجان وإن بلغ ما بلغ يجوز أن يكون مهراً.

و قد استدلووا على ذلك من بمايلي:

• من القرآن:

قوله تعالى: « وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا » (النساء: 20).

وجه الدلالة من الآية الكريمة على أن المهر حق للمرأة ولا يجوز لأحد أن يأخذ منه شيء بالغاً ما بلغت قيمته، فدل على أنه يجوز تقييد المهر بحد.

ويستحب عدم المغالاة في المهور للأدلة التي بينت فضل تقليل المهور وكرهية المغالاة فيها و منها:

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل رجل عن امرأة تزوجها فقال: «على كم تزوجتها؟ قال "على أربع أواق"⁽³⁾ " فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: على أربع أواق؟ إنما تنتحون الفضة من عرض هذا الجبل".⁽⁴⁾

¹ / ابن رشد، مرجع سابق، ج 2، ص 18.

² / ابن قدامة، مرجع سابق، ج 2، ص 4، 5.

³ / الأوقية من الفضة تساوي أربعين درهماً، أي ما يعادل 119.04 غ وبذلك يكون الصداق خمسمائة درهم، أنظر قلنجي، مرجع سابق، ص 449.

⁴ / مسلم، مصدر سابق، كتاب النكاح، باب نذب النظر إلى وجه المرأة، كفيها لمن يريد تزويجها، رقم 3503، ج 2، ص

وجه الدلالة استنكر الرسول عليه الصلاة والسلام في الحديث الشريف على الصحابي المهر الذي دفعه لعلمه بعجزه وقلة يده، و أنه كلف نفسه ما لا يطيق، مما يدل على كراهية إكثار المهر بالنسبة إلى حال الزوج.

ب. قانونا:

نصت المادة 15: "يجب تحديد الصداق في العقد سواء أكان معجلا أو مؤجلا".⁽¹⁾

ج. الرأي الخاص:

لم يتطرق القانون إلى تحديد أكثر المهر و أقله وإلى ما يصلح أن يكون مهرا بل ترك المجال مفتوحا بأوجب تحديده فقط في العقد.

ثالثا: أنواع المهر

وهو نوعان نهر مسمى ومهر المثل

1 . عند الفقهاء

أ. المهر المسمى:

يجب المهر المسمى إذا كنت التسمية صحيحة في العقد، فإن لم تكن التسمية صحيحة وجب مهر المثل، وتكون التسمية صحيحة إذا توافرت فيها شروط المهر وهي:

- **الشرط الأول:** أن يكون مالا متقوما له قيمة: فإذا كان المهر خمرا أو خنزيرا لم يجب المسمى، لأنه ليس بمال ولا قيمة له عند المسلمين و إذا كان يسيرا لا قيمة له كحبة حنطة لم يجب المسمى أيضا لأنه غير متقوم، ويصح المهر من غير النقود إذا كان مالا له قيمة مثل العقار.⁽²⁾

- **الشرط الثاني:** أن يكون معلوما لا جهالة فيه: تغتفر الجهالة اليسيرة عند الجمهور وذلك كأن يجهل المهر بقرة أو شاة من غير أن يعيدها، ولها الوسط من الجنس المذكور، لأن الجهالة هنا كالجهالة في مهر المثل الذي يقدر بمهر نساء قومها، و لما كان مهر المثل جائزا كانت هذه التسمية صحيحة، لأن عقد النكاح مبني على المكارمة لا على المشاحة كما هو الشأن في البيع فاغتفرت الجهالة اليسيرة فيه، أما إذا

¹ / مولود ديدان، مرجع سابق، ص 12.

² / ابن رشد، مرجع سابق، ج 2، ص 27.

كانت الجهالة فالحشة كجعل المهر دابة وجعل المهر ثوب من غير تمييز فلا تصح التسمية، ويجب مهر المثل.⁽¹⁾

- **الشرط الثالث:** أن لا يقل المهر المسمى عن عشرة دراهم عند الحنفية وعن ربع دينار أو ثلاثة دراهم عند المالكية وأن يكون مالا متمولا عند الجمهور.⁽²⁾

- **الشرط الرابع:** اشترط الحنفية أن لا تكون منفعة حر أو من القرب كتعليم القرآن وأجاز الجمهور منفعة الحر وإن كانت منفعة الزوج، كما أجازوا أن يكون المهر تعليم القرآن ومنع ذلك الحنفية وبعض الحنابلة و المالكية.⁽³⁾

- **الشرط الخامس:** أن لا يكون الصداق مغصوبا، فإن سمي لها صداقا مغصوبا لم يصح الصداق و يصح العقد، وكان لها مهرا المثل عند الشافعية والحنابلة، وقال ذلك الحنفية إلا إذا أجازها عين المالك فله عين المسمى وقال المالكية إن كان المال المغصوب معلوما لهما فسد العقد ويفسخ قبل الدخول و يجب مهر المثل بعد الدخول، أما إذا لم تعلم الزوجة بالغصب فإن النكاح يصح ولها عين المغصوب أو مثله أو قيمته.⁽⁴⁾

ب. مهر المثل:

مهر المثل هو مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد، و المعتبر عند الفقهاء مهر من يماثل الزوجة من أسرة أبيها كأخواتها و عماتها وبنات أعمامها في الصفات التي ترغب في نكاحها وهي السن و الجمال والعصر والبلد والمال و الدين و البكارة و الأدب و الخلق والفصاحة و العلم و الشرف و كونها ذات ولد أو ليست كذلك فإن لم يكن من أسرة أبيها من تماثلها في هذه الصفات أو بعضها اعتبر من تماثلها من أسرة أبيها عند الحنفية.⁽⁵⁾

و ذهب الشافعية و الحنابلة إلى أن لم يكن من أسرة أبيها من يماثلها اعبر من يماثلها من أقاربها ذمي رحمها أيا كانت قرابتهم؛ لأن القرابة ولو من الأم أولى بالاعتبار، لذلك المعتبر عندهم مهر أختها من الأبوين ثم ترتيب العصابات، فإن لم يماثلها أحد أو جهل مهرهن أو لم ينكحهن فيعتبر من أرحام لها كأمها و

¹ / الخرشي، مرجع سابق، ج3، ص 255.

² / ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص18.

³ / ابن عابدين، مرجع سابق، ج3، ص106.

⁴ / الجزيري، مرجع سابق، ج4، ص102.

⁵ / ابن عابدين، مرجع نفسه، ج3، ص137.

جداتها وخالاتها و بناتهن فإن فقدن فالمهم امرأة أجنبية تماثلها من بلدها ثم أقرب النساء بها شبيها. (1) ويجب مهر المثل حالا؛ لأنه بدل متلف إلا إذا كانت عادة نساءها تأجيل المهر كله أو بعضه ففيه وجهان: الأول يفرض حالا والثاني: يفرض حسب عادة نساءها من التأجيل و التعجيل. (2)

2. قانونا:

لم يتطرق القانون الجزائري ينص صريح إلى أنواع المهر بل أدرجه في بعض المواد وهو أن تستحق الزوجة مهر المثل مثلا أم مهر المسمى.

3. الرأي الخاص:

اكتفاء المشرع الجزائري بما ذهب إليه الشريعة الإسلامية وهو عين الصواب لأنه في ذلك رجوع إلى أحكام القرآن والسنة.

رابعاً: موجبات المهر و مسقطاته

بيننا فيما سبق بأن المهر سواء أكان المهر المسمى أم مهر المثل يجب بنفس العقد إذا كان العقد صحيحاً ولكن ليس ثابتاً على الدوام بل يكون قابلاً للسقوط كله أو بعضه وهذا ما سنبحثه في الأقسام التالية:

1. عند الفقهاء

أ . موجبات المهر كاملاً:

يجب جميع المهر إذا تأكد بأحد المؤكدات التالية:

• الموت:

اتفق الفقهاء على انه يجب المهر كله بالموت قبل الدخول و الخلوة الصحيحة سواء أكان الذي مات الزوج أم الزوجة، وسواء أكان الموت طبيعياً أم بفعل أجنبي أم بقتل الزوج لزوجته، أو قتل الزوج نفسه. (3)

¹ / الشيرازي، مرجع سابق، ج2، ص60.

² / ابن قدامه، مرجع سابق، ج8، ص59.

³ / النووي، روضة الطالبين، ج5، ص587.

• الدخول الحقيقي بالزوجة:

اتفق الفقهاء على أن الدخول الحقيقي في العقد الصحيح وإن كان حراما لوقوعه في الحيض أو الإحرام يوجب المهر سواء كان المهر مسمى أو مهر المثل.⁽¹⁾

• الخلوة الحقيقية:

و هي أن يجتمع الزوجان بعد العقد منفردين في مكان يأمنان فيه الإطلاع الغير عليهما، ولم يوجد مانع يمنع الدخول الحقيقي، فإذا حصل الاجتماع على ذلك النحو، فقد اختلف الفقهاء في تأكيد المهر بالخلوة على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية و الشافعية في القديم إلى أن المهر يتأكد وتجب العدة على الزوجة بالخلوة الصحيحة،⁽²⁾ وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

قوله تعالى « وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ أَحْدَانُ فَنَطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا (20) وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا (21) » (النساء: 21.20).

وجه الدلالة من الآية الكريمة على أن الخلوة الصحيحة تقرر المهر، و ذلك لأن الله تعالى منع الزوج من أن يأخذ منها شيئا من المهر، و هذا المنع مطلقا ترك العمل به قبل الخلوة فوجب أن يبقى معمولا به بعد الخلوة و الإ فضاء مشتق من الفضاء وهو المكان الخالي.⁽³⁾

المذهب الثاني: ذهب المالكية و الشافعية في الجديد و الحنابلة إلى أنه لا يستقر المهر بالخلوة الصحيحة وأن المختلى بها إن طلقت، فقد طلقت قبل الدخول و ليس لها إلا نصف المهر.⁽⁴⁾

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

قوله تعالى: « وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصِفْ مَا فَرَضْتُمْ » (البقرة: 237).

¹ / الأزهرى، جواهر الإكليل، ج1، ص308.

² / الكساني، مرجع سابق، ج2، ص 292.

³ / الرازي، التفسير الكبير، ج 6، ص 152.

⁴ / ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص22.

وجه الدلالة: أن الله تعالى اوجب نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه لأن المراد من المس هو الجماع، ولم يفصل بين حال وجود الخلوة وعدمها، فمن أوجب كل من المفروض فقد خالف النص.⁽¹⁾

2. موجبات نصف المهر:

اتفق الفقهاء⁽²⁾ على أنه إذا عقد الرجل على امرأة عقد زواج صحيحا، وسمى لها في العقد مهر صحيحا، وقبل أن يدخل بها دخولا صحيحا أو يخلو بها خلوة صحيحة فارقها و حل عقدة النكاح بسبب من عنده كأن يطلقها أو يرتد عن الإسلام أو بفعله ما يوجب حرمة المصاهرة أو رده أو لعانه.

ومن هنا يتبين لنا انه يجب على الزوج لزوجته نصف النهر إذا تحققت الشروط التالية:

- أن يكون عقد الزواج صحيحا.
- أن تكون تسمية المهر صحيحة.
- أن يقع الطلاق قبل الدخول الحقيقي أو الخلوة الصحيحة.
- أن لا يحصل من أحد الزوجين للآخر عفو عن المهر أو نصفه أو جزء منه و ذلك كما هو ثابت في قول الله تعالى: «إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُ النَّكَاحِ» (البقرة: 237).

3. مُسْقَطَات المهر:

يسقط جميع المهر إذا حصلت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة في الحالات التالية:

— الحالة الأولى:

أن تقع الفرقة بين الزوجين قبل الدخول و الخلوة الصحيحة بسبب من جهة الزوجة كأن ترتد الزوجة عن الإسلام و العياذ بالله أو أن تأبى الدخول في الإسلام إن كانت مشركة لا تدين بدين سماوي و أسلم زوجها. أو فعلت مع احد أصوله أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة أو قيامها بإرضاعها زوجته الصغيرة، أو أن تفسخ العقد قبل الدخول و الخلوة الصحيحة لوجود خيار فسخ العقد بالبلوغ أو الإقامة أو العتق.

¹ / الرازي، مرجع سابق، ج6، ص152.

² / أنظر الشيرازي، مرجع سابق، ج2، ص85.

- الحالة الثانية:

أن تقع الفرقة بين الزوجين من جهة الزوجة لعيب أو علة في الزوجة فإنه يسقط جميع المهر لأنها كالفرقة من جهتها، فكأنها هي الفاسخة للعقد.

- الحالة الثالثة:

أن تقع الفرقة بين الزوجين من جهة الزوجة لعيب أو علة في الزوج.

- الحالة الرابعة:

أن تقع الفرقة قبل الدخول و الخلوة الصحيحة من جهة الزوجة بسبب عدم كفاءة الزوج كأنها يزوجها وليها، ثم تعلم بالزواج، فتطلب فسخ العقد لعدم كفاءة الزوج أو أن تزوج نفسها بدون إذن الولي، فيعترض الولي و يطلب فسخ العقد لعدم كفاءة الزوج⁽¹⁾.

2 . قانونا:

لقد نص قانون الأسرة الجزائري في م16 ق أج على أنه " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عن الطلاق قبل الدخول" كما يلاحظ على هذا النص القانوني أنه استعمل لفظ الطلاق بصيغة العموم فلم يحدد بدقة من تسبب بالطلاق، كما لم يحدد المطلق، أم أنه وقع الاتفاق بينهما، والمفروض أن المشرع في النص عليه أن يحدد بدقة الشخص الذي طلق وهو الزوج لأن هذه هي الحالة المقصودة إذ من غير المعقول أن يتسبب الزوج في الطلاق ثم يسترد المهر كله.⁽²⁾

3 . الرأي الخاص:

اكتفى المشرع الجزائري بذكر استحقاق الزوجة المهر كاملا ونصفه ولم يتطرق إلى حالات سقوطه ورجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية، كما أنه لم يحدد في الطلاق من المتسبب بل ذكر استحقاقها النصف مع أن لو كان الطلاق من الزوجة فليس لها نصف المهر، والغريب أن قانون الأسرة أغفل هذه المسألة وكان من المفروض أن ينص عليها لكثرة حدوثها.

¹ / ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص102.

² / رشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص77-78.

الفرع الثاني: النفقة

النفقة الزوجية تجب للزوجة على زوجها لكون ذلك من أحكام الزواج الصحيح وحقا من الحقوق الثابتة للزوجة بمقتضى العقد، لذلك تجب على الزوج ولو كانت الزوجة غنية أو لها راتب، سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة، لأن سبب الوجوب هو الزواج الصحيح و هو متحقق للزوجات جميعا.

أولا: تعريف النفقة

أ. لغة:

النفقة في اللغة مأخوذة من النفوق وهو الهلاك ويقال نفقت الدابة نفوقا إذا هلكت إما أن تكون مشتقة من النفاق وهو الرواج، ويقال نفقت السلعة نفاقا إذا راجت بين الناس و لهذا سمي المال الذي ينفقه الشخص على أولاده بالنفقة، لأن إنفاقه عليهم بالمال المنفق يعد إفناء.⁽¹⁾

ب. اصطلاحا:

اختلف الفقهاء⁽²⁾ في تعريفها فهناك من عرفها بأنها عبارة عن كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته، وهناك من عرفها بأنها اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته، وعياله وأقاربه و مالكيه من طعام وكسوة و مسكن وخدمة، فالمراد بالنفقة الزوجية ما تحتاج إليه لمعيشتها من الطعام و الكسوة و الخدمة وكل ما يلزم من فراش و غطاء و أدوات منزلية بحسب العادة الجارية بين الناس.⁽³⁾

ج. قانونا:

عرف القانون الجزائري من خلال المادة 78 أنها "تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

مثال: ما يعتبر من الضروريات: النقل عند الحاجة و نلاحظ أن المشرع الجزائري أضاق العلاج إلى النفقة فصار حقا للزوجة على زوجها، وليس مجرد تفضيل منه عليها.⁽⁴⁾

¹ / ابن منظور، مصدر سابق، ج10، ص480.

² / تعريف الحنفية: "هي الطعام والكسوة والسكنى" ابن عابدين، مرجع سابق، ج3، ص572.

المالكية: "ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سورف" الخرشبي، مرجع سابق، ج4، ص183.

الحنابلة: "هي كفاية من يمونه خبزاً وإدماً وكسوة ومسكناً وتوابعها"، البهوتي، الروض المربع، ج2، ص359.

³ / عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص167.

⁴ / نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً، ص275.

د. الرأي الخاص:

لقد اتفق كلا من الشريعة و القانون على تعريف النفقة و أنه تشتمل الغذاء و الكسوة و ما شابه ذلك إلى ما يحتاج إليه الإنسان في حياته اليومية .

ثانيا: مشروعية النفقة

النفقة حق من حقوق الزوجة، و واجبة على زوجها مقابل احتباسها و قصرها نفسها عليه بحكم عقد الزواج الصحيح، و الدليل على وجوب النفقة ثابت بالقرآن و السنة و الإجماع.⁽¹⁾

أ. من القرآن الكريم:

- قوله تعالى «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (البقرة: 233).

- وقوله أيضا «لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا» (الطلاق: 07).

و المقصود بالمولد له هو الزوج، وهو المأمور بالإنفاق بقدر سعته.

- قوله تعالى «أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّنْ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ» (الطلاق: 06).

ب. من السنة:

- عن عائشة رضي الله عنها أن هند زوجة أبي سفيان قال يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني و ولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال «خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف».⁽²⁾

ج. الإجماع:

أجمع الفقهاء على أن نفقة الزوج واجبة على زوجها بالدخول بها، فالإجماع هنا يؤكد على صحة م فهم من الآيات و الأحاديث السابقة بأنها قاطعة في وجوب نفقة الزوجة على زوجها، بسبب وجودها كون الزوجة تحبس نفسها في البيت من أجله و تمكنه من نفسها في مصالحه و ترعى بيته و أولاده نيابة عنه.⁽³⁾

¹ / مولاي ملياني بغدادي، حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، ص 200.

² / مسلم، مصدر سابق، كتاب الأقضية، باب قضية هند، رقم 4493، ج 3، ص 658.

³ / الصادق عبد الرحمن الغرياني، مرجع سابق، ج 2، ص 639.

ثالثا: شروط استحقاق النفقة وحالات سقوطها

1 . شروط استحقاق النفقة:

أ . عند الفقهاء:

تجب النفقة للزوجة على زوجها إذا توفرت الشروط التالية:

– **العقد الصحيح:** يشترط لوجوب النفقة أن يكون بين الزوجين عقد نكاح صحيح ولو مع اختلاف الدين بينهما فالمرأة المعقود عليها بعقد فاسد، والمرأة المدخول بها بناء على شبهة لا نفقة لهما لأن النفقة لقاء الاحتباس و التسليم و لا احتباس الزوج على زوجته في العقد الفاسد و الدخول بناء على شبهة، بل يجب مفارقتها منعا للفساد وإذا لم يفارقها من تلقاء نفسها فرق القاضي بينهما.

أما إذا تم العقد بين الزوجين ولم يتبين أن العقد كان فاسدا كأن يتزوج من امرأة ثم يتبين أنها أخته بالرضاعة، فلا نفقة عليه، فإن أنفق عليها بحكم القاضي كان له الرجوع بما أنفق عليها، لأنه كان يعطيها النفقة مقابل الاحتباس و التسليم في عقد صحيح ثم تبين فساد العقد، وقد تبين فساد العقد، وليس متبرعا، لأن القضاء ألزمه بالنفقة و إن كان يعطيها النفقة من تلقاء نفسه ثم تبين فساد العقد فلا يرجع عليها بما أنفق لأنه متبرع.⁽¹⁾

– أن تكون الزوجة صالحة للاستمتاع و المعاشرة الزوجية و قادرة على القيام بالواجبات المنزلية، لأن هذه أهم مقاصد الزواج، فإن فاتت هذه ولم يسبق للاحتباس موجب، فيفوت سبب النفقة.

– التمكين التام من نفسها: بمعنى أن لا تفوت عليه حق الاحتباس بمبرر غير مشروع أو سبب لا يعود إليه، فإن منعت نفسها أو منعها أوليائها أو تساكنتا بعد العقد، فلم تبذل ولم يطلب فلا نفقة لها وإن أقاما زمنا.⁽²⁾

ب . قانونا:

اقر المشرع الجزائري في م74 ق أ بقوله "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتهما إليه بينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون" ومن استقراءنا لنص المادة نجد أنه بقصد بالزوجة التي عقد عليها يعقد صحيح مكتمل الأركان و الشروط، و الشرط الثاني هو الدخول بالزوجة أي تسليمها

¹ / أنظر ابن قدامة، مرجع سابق، ج9، ص229-230.

² / المرجع نفسه، ج9، ص281-282.

نفسها و تمكينها له أو على الأقل طلبها هي ذلك وامتناعه من جهته ففي هذه الحالة تجب النفقة على الزوج. (1)

ج . الرأي الخاص:

موافقة القانون للشريعة الإسلامية هو الصواب وقد أحسن المشرع الجزائري في ذلك واختياره للشروط التي تستحق فيها الزوجة النفقة مراعاة لأحكام الشريعة واعتبارها مصدر أساسي ومهم في حياة الأفراد.

2 . الحالات التي لا تستحق الزوجة النفقة فيها:

أ. عند الفقهاء:

بناء على الشروط السالفة الذكر هناك حالات لا تستحق الزوجة فيها النفقة وهي:

• المنكوحة بعقد فاسد والموطوءة وطء شبهة:

لا نفقة للزوجة التي عقد زواجها عقدا فاسدا و المرأة المدخول بهت بناء على شبهة لأن النفقة مقابل احتباس الزوجة لمنفعة زوجها، وهذا الإحتباس للزوج عليها لأن الواجب التفريق بينهما لفساد العقد. (2)

– الزوجة الصغيرة: تنقسم هذه الحالة إلى ثلاثة الأقسام.

القسم الأول: صغيرة لا يمكن الانتفاع بها في الخدمة ولا في الاستئناس، فلا نفقة لها بإجماع الفقهاء.

القسم الثاني: صغيرة يمكن الانتفاع بها في الخدمة أو المؤانسة ولمن لا يمكن الدخول بها فقد اختلف الفقهاء فيها على قولين:

الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا نفقة لها، لأن المقصود من العقد لا يمكن استيفاءه.

الثاني: ذهب الشافعية والحنفية إلى وجوب النفقة لها لإمكان الانتفاع بالخدمة والاستئناس قياس على الحائض والنفساء.

القسم الثالث: صغيرة يمكن الدخول بها فإن لها النفقة كالكبيرة لأن أحكام الزواج يمكن استيفائها منها. (3)

¹ / مولود ديدان، مرجع سابق، ص 11.

² / ابن قدامة، مرجع سابق، ج9، ص293.

³ / الشريبي، مرجع سابق، ج3، ص435.

❖ الزوجة الصغيرة التي بها عيب منعها من المعاشرة الزوجية كالرتق^(*) والقرن^(*):

اختلف الفقهاء في هذه الحالة على مذهبين:

- ذهب جمهور الفقهاء الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى أن لها النفقة لأنه يمكن الاستمتاع بها.⁽¹⁾
- ذهب المالكية إلى أن الزوجة الصغيرة التي بها عيب يمنع من الوصول إليها كالرتق^(*) ولا نفقة لها إلا إذا كان الزوج عالماً بعيبها و استمتع بها بغير وطء.⁽²⁾

❖ الزوجة المريضة مرضاً يمنع من الوطء:

اختلف الفقهاء في هذه الحالة على النحو التالي:

- المذهب الحنفي: للزوجة نفقة على زوجها إن هذه مرضت في بيته لأن الإحتباس بحقها قائم، و الانتفاع بها ممكن كحفظ البيت و الاستئناس ونحوه، إذا مرضت في بيته وانتقلت بإذنه الا بين أهلها، فلها النفقة إلا إذا طالبها بالانتقال إلى بيته.⁽³⁾
- المذهب الشافعي: تستحق النفقة ما لم تمتنع عن الانتقال إلى بيت الزوجية.⁽⁴⁾
- المذهب المالكي: تجب النفقة ما لم تمتنع عن الانتقال إلى البيت، والمرض الشديد الذي لا يمكن مع الاستمتاع، ولم يبلغ صاحبه حد النزاع وكان قبل الدخول إذا دعيت، فلا نفقة لها، أما إذا كان المرض بعد الدخول فتجب لها النفقة.
- المذهب الحنبلي: المريضة تستحق النفقة سواء أكان مرضها قبل الدخول و الانتقال إليه إن بذلت وقتها الإمكانية الاستمتاع بها، أم حصل بعد الدخول و الانتقال إلى بيت الزوجية، لأن الاستمتاع ممكن ولا تفريط من جهتها وإن منع الوطء.⁽⁵⁾

(*) القرن: بفتح القاف والراء قرنت المرأة قرناً إذا كان في فرجها قرن، وهو عظم أو غدة مانعة من ولوج الذكر، والقرن من عيوب النكاح، أنظر قلعه جي، مرجع سابق، ص 166.

(*) الرتق: بفتح الراء والتاء مصدر تقت (بكسر التاء): إذا التحم فرجها وانسد فرج المرأة بعضلة ونحوها بشكل يمنع الجماع، المرجع نفسه، ص 269.

¹ / ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3، ص 57.

² / الخرشبي، مرجع سابق، ج 3، ص 195.

³ / ابن عبادين، المرجع نفسه، ص 375.

⁴ / ابن قدامة، مرجع سابق، ج 9، ص 285.

⁵ / المرجع والموضع نفسه.

- المرأة الناشئة: إذا تركت الزوجة بيت الزوجية أو خرجت من الطاعة أو أبت أن تنتقل إليه بدون مبرر شرعي، تعتبر ناشئة، بالنشوز تسقط النفقة لأنه لا يتصور احتباس معه.

ومثال ذلك في الحكم ما إذا منعت زوجها من دخول بيتها الذي يقيم معها فيه، دون سابق إنذار له بطلب نقلها إلى بيت له وترك هذا البيت لتنتفع به في غير السكن وهذا السقوط معيناً لمدة النشوز فإن عادت إلى الطاعة عاد حقها في النفقة ولا حق لها في المطالبة بنفقتها عن فترة نشوزها.⁽¹⁾

• الزوجة المحبوسة في الدين:

اختلف الفقهاء في حكم النفقة للزوجة المحبوسة، فقد ذهب الحنفية إلى أنه إذا حبست الزوجة و لو ظلماً، فلا نفقة لها، لأن النفقة مقابل الاحتباس وقد فات الاحتباس المقصود من النكاح بسبب من غير جهة الزوجة.⁽²⁾

ذهب المالكية إلى أن للزوجة المحبوسة النفقة، ولو حبست بحق عليها لأن المانع ليس من جهتها.

أما إذا حبس الزوج بدين أو حق بقي حق الزوج في النفقة لأن المانع ليس من جهتها.⁽³⁾

• الزوجة المغصوبة:

اختلف الفقهاء في حكم النفقة للزوجة المغصوبة، فقد ذهب الحنفية إلى أنه إذا خطفت الزوجة فلا نفقة لها، لأن النفقة مقابل الاحتباس وقد فات الاحتباس المقصود من النكاح بسبب من غير جهة الزوج.⁽⁴⁾

وذهب المالكية إلى أن للزوجة المغصوبة النفقة، لأنها مكرهة مضطرة، ولا يد لها في الغضب ويستى من ذلك ما إذا كانت الزوجة راضية بالغضب، فلا نفقة لها.

• الزوجة المسافرة:

إذا سافرت المرأة وحدها أو مع محرم، فهي عاصية سواء كان سفرها قبل الانتقال إلى بيت الزوجية أو بعده بإذن الزوج أو دون إذنه، وإن أذن لها الزوج فهو آثم ولا نفقة لها.

¹ / محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 429.

² / ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3، ص 578.

³ / الزهري، مرجع سابق، ج 1، ص 404.

⁴ / ابن عابدين، المرجع والموضع نفسه.

وإذا سافرت المرأة مع محرم قبل الانتقال إلى بيت الزوجية سواء كان سفرها لأمر ديني كالحج أو دينوي كالتجارة، فلا نفقة لها بإتفاق الفقهاء، لأنها فوتت حقه في التسليم بإمتناعها منه بعد وجوبه. أما إذا سافرت بعد الانتقال إلى بيت الزوجية مع محرم لها، فإن كان سفرها يغير إذن الزوج سقطت نفقتها، لأنها ناشز سواء كان حاضرا أم غائبا، وكذلك إذا انتقلت من منزله بغير إذنه. وإن كان سفرها بإذن الزوج لقضاء حاجته، فلها النفقة بإتفاق الفقهاء لأنها سافرت لغرضه فلا موجب لسقوط نفقتها.

وإن كان سفرها بإذنه لحاجتها، ففي المسألة عند الشافعية و الحنابلة قولان:

الأول: لا نفقة لها لأنها فوتت حق التمكين، وسواء في ذلك سفر التجارة، و زيارة الأقارب أما إذا ما سافرت مع زوجها وجبت نفقتها، لأنها ما خرجت عن قبضته ولا طاعته.⁽¹⁾

• الزوجة المحترفة:

إذا كانت الزوجة تحترف عملا يضطرها إلى أن تكون خارج بيت الزوجية طوال النهار أو أكثره أو الليل كله أو أكثره ثم رجع إليه بعد فراغها منه كالموظفة والمحامية وإذا كان ذلك برضا الزوج فلا تسقط نفقتها، لأنه برضاه قد أسقط حقه في الاحتباس الكامل و اكتفى منه بالناقص.

أما إذا كان بدون رضاه و موافقته بأن شرط عليها ترك عملها عند عقد الزواج ولم توف بهذا الشرط سقطت نفقتها، لأنها فوتت بذلك حقه في الاحتباس الكامل الذي تستحق النفقة نظيره.

وكذلك لو رضي به أول الأمر ثم طلب منها الامتناع عن العمل لما يترتب عليه من اضطراب الحياة الزوجية ولم تجبه إلى طلبه سقطت نفقتها ما دام الزوج عنده القدرة على متطلبات الحياة، لأن رفض طلبه يعتبر نشوزا منها و الناشزة لا تستحق أما إذا كان عملها في بيتها كالخياطة أو القراءة و التأليف مثلا، بحيث لا يعطلها عن القيام بواجبات الزوجية فلا يسقط حقها في النفقة.⁽²⁾

ب. قانونا:

كانت المادة 37 ق أج قبل التعديل تنص على أن نشوز الزوجة يعد من مسقطات حقها في النفقة لأن هذا الحكم مستمد من الشريعة الإسلامية، ولكن بعد التعديل ألغيت المادة المذكور وتركت فراغا تشريعي في

¹ / الزهري، مرجع سابق، ص 404.

² / مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 429.

الموضع وبالتالي لا نجد حالة النشوز إلا في م55 ق أج التي تقضي بالتطليق في حالة النشوز وكأن الطلاق هو الحل الوحيد ولا يوجد حلول متدرجة أخرى كمنع النفقة.

ج. الرأي الخاص:

لقد أعطى المشرع الجزائري حق النفقة مهما كانت حالتها ولم يتطرق إلى حالات سقوطها بالإضافة إلى حذف حالة النشوز واعتبر الطلاق فقط من مسقطات النفقة.

ثالثا: أنواع النفقة و مقدارها

1 . أنواع النفقة:

أ. عند الفقهاء:

النفقة الزوجية نوعان هما نفقة تمكين و نفقة تملك.

- نفقة تمكين:

الأصل في وجوب النفقة أن يوفر الزوج لزوجته ما تحتاج إليه من طعام و كسوة و مسكن و يهيئ لها ما تحتاج إليه بالرضا و الاتفاق، و تتصرف الزوجة بما وضعه الزوج بين يديها حسب حاجتها بصدق و أمانة، وهذه هي الصورة الحقيقية للعلاقة الزوجية القائمة على الثقة و المحبة و الود و هذا ما يطلق عليه نفقة التمكين.

و مدام الزوج مؤديا لواجباته، والزوجة تعيش معه، و قد هيأ لها المسكن و الطعام و اللباس و هي تتناول منه قدر كفياتها، و تأكل معه كما هي عادة الناس، فليس لها الحق في أن تطلب من القاضي بفرض النفقة، و تسقط نفقتها في هذا الحالة من تملك ولا تطلب عوض، و علة سقوطها جريان العادة في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم و بعده من غير نزاع ولا إنكار، و لم ينقل أن امرأة طالبت بنفقة بعده.

- نفقة تملك:

أما إذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة، أو قصر بخل في توفير النفقة الزوجية لها من غير حق شرعي بحيث يلحق بها الضرر، فلها الحق في هذه الحالة أن تطلب من القاضي أن يفرض لها نفقة، ومتى ثبت للقاضي قيام الزوجية بينهما و تركه لها دون نفقة أو تقصيره في النفقة دون مبرر شرعي، فرض لها نفقة عليه، إما عينية كمقادير من الطعام و اللباس، أو نقدية ك مبلغ من المال لتتولى الإنفاق على نفسها.

و يفرض القاضي لها من النفقة ما يكفيها بالمعروف و حسب الأحوال غلاء، ورخص، يفرض لها عليه ما يحقق كفايتها وحالته، ويعتبر المعروف في ذلك هو فرق التقتير دون الإسراف، لأنه مأمور بمراعاة مصلحة كل من الزوجة والزوج معا.⁽¹⁾

ب. قانونا:

لم يتطرق القانون إلى أنواع النفقة.

ج. الرأي الخاص:

اكتفى المشرع الجزائري بالأنواع التي حددتها الشريعة و اعتمد على ذلك في تقسيم النفقة.

2 . مقدار النفقة:

أ. عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في مقدار النفقة على النحو التالي:

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الحنابلة إلى أن النفقة مقدرة بالكفاية واستدلوا على ذلك بمايلي:

— قوله تعالى: « وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » (البقرة: 231)

وليس من المعروف أن تعطي المرأة مقدار لا يكفيها، ومن المعروف أن تعطي ما يكفيها ولو كان اقل من مد.

— قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند زوجة أبي سفيان (خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف)⁽²⁾ أمر رسول عليه الصلاة والسلام زوجة أبي سفيان أن تأخذ ما يكفيها بالمعروف من غير تقديره و ترك الاجتهاد في ذلك إليها.

المذهب الثاني: ذهب الشافعية إلى أن النفقة مقدرة بمقدار معين، وأنها تجب على الموسر وهو الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه في كل يوم مدان وعلى المعسر وهو الذي لا يقدر على النفقة بمال و لا كسب في كل يوم مد وعلى المتوسط كل يوم مد ونصف.

و قد استدلوا على ذلك بمايلي:

¹ / أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 280.

² / سبق ترجمه، ص 74.

قياس النفقة على الكفارة بجامع أن كلا منهما مال يجب بالشرع ويستقر بالذمة وأكثر ما يجب في الكفارة مد لكل مسكين في كفارة الأذى في الحج وقل ما يجب مد لكل مسكين في كفارة الظهار.

المذهب الثالث: ذهب بعض من الحنابلة إلى أنها مقدرة مقدار ولا يختلف في القلة الكثرة وقالوا بأن الواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق المسر و المعسر اعتبار بالكفارات يختلف الموسر عن المعسر في الجودة فقط لا في المقدار و ذلك لأن الموسر و المعسر سواء في قدر المأكل و فيما تقوم به البينة.⁽¹⁾

ب. قانونا:

جاء في المادة 79ق أ ج "يراعي القاضي في تقدير النفقة و حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".⁽²⁾

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 10/02/1986. على أنه "تقدير النفقة هو أمر موكل إلى قابل الموضوع على أساس إمكانيات الزوج المادية الاجتماعية بعد مراعاة العادة والعرف و الأسعار الجارية في البلد.

ج. الرأي الخاص:

توافق كلا من الشريعة و القانون أمر منطقي لا بد منه لأنه في ذلك مراعاة لحالة الأشخاص ولطفًا اعتبار لقوله تعالى «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا» (البقرة: 286). و كيف لهم أن يكلف الإنسان ما لا طاقة له به مما يجعله يرتكب أشياء خارجة عن إرادته و إرادة الله تعالى.

الفرع الثالث: العدل

أولاً: عند الفقهاء

الشرط الذي، اشترطه الإسلام لتعدد الزوجات فهو ثقة المسلم في نفسه أن يعدل بين زوجته أو زوجاته في المأكل و المشرب والملبس و المسكن و المبيت و النفقة، فمن لم يثق في نفسه بالقدرة على أداء هذه الحقوق بالعدل و السوية حرام عليه أن يتزوج بأكثر من واحدة، قوله تعالى: «فَإِنْ حَفِظْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً» (النساء: 03).

¹ / ابن القيم، مرجع سابق، ج5، ص364 - 368.

² / نبيل صقر، مرجع سابق، ص 275.

وقوله صلى الله عليه وسلم «من كانت له امرأتان يميل لأحدهما على الأخرى جاء يوم القيمة يجر أحد شقيه ساقطاً أو مائه». .

و الميل الذي حذر منه هذا الحديث هو الجور على حقوقها، لا مجرد الميل القلبي فإن هذا داخل في العدل الذي لا يستطيع والذي عفا الله عنه و سامح في شأنه قال تعالى: «وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ» (النساء: 129).

و لهذا كان الرسول صلى الله عليه وسلم يقسم ويعدل، فيقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا املك يعني بما لا يملكه أمر القلب، والميل العاطفي إلى إحداهن خاصة.

وكان إذا أراد سفر حكم بينهم القرعة فأيتهن خرج سهمها سافر بها⁽¹⁾ وإنما فعل ذلك لوخز الصدور وترضية للجميع.⁽²⁾

ثانيا: قانونا

مسألة العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة اقرها المشرع الجزائري في المادة 8 من قانون الأسرة بالقول يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط ونية العدل.⁽³⁾

ثالثا: الرأي الخاص

العدل واجب على كل فرد سواء كان في الزواج أو في أي مسألة أخرى و القانون رعى ذلك في مسألة الزواج واعتبر العدل شرط لإباحة التعدد، ولكي لا تعم الفوضى ويصبح المجتمع بلا قانون يرضى مصالحهم غير أن الشريعة رعت ذلك واعتبرته هي كذلك شرط و واجب على كل فرد.

¹ / البخاري، مصدر سابق، كتاب الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها، رقم 2593، ج 2، ص 218.

² / يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ص 159 - 160.

³ / يوسف دلاندة، قانون الأسرة، ص 34.

المبحث الثاني: آثار عقد الزواج الصحيح

إن أي عقد يبرم لا بد أن تنجم عنه آثار تتعلق بالطرفين ولذا سنتحدث في هذا المبحث عن آثار عقد

النكاح الصحيح بالنسبة للزوج و الزوجة من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين.

المطلب الثاني: حقوق الزوج.

المطلب الثالث: حقوق الزوجة.

المطلب الأول: بطلان العقد وفساده

وفي هذا المطلب وتمهيدا لبطلان العقد وفساده نعرف معنى البطلان وفساده.

الفرع الأول: التعريف اللغوي و الاصطلاحي:**أولا: التعريف اللغوي**

معنى البطلان في اللغة الضياع والخسران، ويقول ابن منظور "بطل بطلان" ذهب و ضياع و حنسى فهو باطلا.

الفساد: نقيض الصلاح، مأخوذ من الفساد اللحم إذا نتن ولم ينتفع به.⁽¹⁾

ثانيا : اصطلاحا

معنى البطلان وهو عدم ترتب آثار العمل عليه في الدنيا كما نقول في العبادات أنها باطلة بمعنى أنها غير مجزئة لذمته ولا مسقطة للقضاء وذلك يكون بمخالفتها أمر الشارع بترك ما يتوافق عليه من شرط أو ركن.⁽²⁾

معنى الفساد ما اعترى الخلل وصفه أي نفضل منه بعض الشروط المكملة لحكمته المترتبة لأثاره⁽³⁾

الفرع الثاني: الفرق بين الفساد و البطلان للأصوليين في المسألة

هناك رأيين في المسألة رأي الجمهور (مالكية. شافعية. وحنابلة) فالفساد والبطلان بمعنى واحد و رأي الحنفية الفساد غير البطلان.

أولا : عند الفقهاء :

رأي الجمهور الفساد و البطلان بمعنى واحد و نفضل ذلك بقول أئمة المذاهب الربعة في المسألة.

1. المذهب المالكي:

يقول المالكية الفساد والبطلان معنى واحد وذلك أن حكم سواء أكان الخلل في ركن العقد أو في وصفه.

¹ / ابن منظور، مصدر سابق، ج6، ص230 .

² / الشيخ محمد الخضري، أصول الفقه، ص74.

³ / محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ص56.

2. المذهب الشافعي:

يقول الشافعية الزركشي " الفاسد و الباطل عندنا مترادفين، فكل باطل هو فاسد وكل فاسد هو باطل، والباطلان هو الوقوع غير كاف لإسقاط القضاء عند البعض، وعندنا لا فرق بينهما".

3. المذهب الحنبلي:

يقول الحنابلة "عندنا مرادف الباطل الفساد فهما اسمان لمسمى واحد ومنه القول أن الفساد والباطلان عندنا واحد".⁽¹⁾

ثانيا: عند الحنفية

إن الحنفية يفرقون بين الباطل والفساد فيجعلونهما نوعين لا نوعا واحد والفساد عندنا قسم آخر وراء الجائز والباطل.⁽²⁾

ثالثا: قانونا

لم يتطرق إلى معنى الباطل والفساد فجعله مرتبط بالنكاح فيقول في المادة 32(الأمر رقم 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005) يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد و كذا في مادة 33 و 34 و 35 من قانون الأسرة الجزائري.⁽³⁾

رابعا: الرأي الخاص:

لم يتطرق القانون إلى تعريف معنى الفساد والباطل بل ذكره في قانون الأسرة فلم يحدد معنى الفساد و بطلان، و تقترح على وضع نص يشرح فيه معنى الفساد و البطلان و بفرق بينهما.

¹ / أنظر محمد أبو زهرة، أصول الفقه، المرجع السابق، ص 320.

² / محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 68.

³ / مولود ديدان، مرجع سابق، ص 17.

المطلب الثاني: آثار البطلان الزواج وفساده:

وستتطرق في هذا المطلب إلى تعرف معنى الزواج الباطل والفساد لمعرفة آثار المترتبة عنهما.

الفرع الأول: تعريف الزواج الفاسد والباطل:**أولاً: تعريف الزواج الباطل**

هو الذي حصل خلل في صيغة العقد كأن صدرت الصيغة بلفظين يعبر بهما عن المستقبل أو بما لا يدل على تمليك المتعة لا حقيقة ولا مجاز، أو حصل في أصله أهليه العقد لفقده التمييز بسبب الجنون أو الصغر أو فقد أي شرط من شرائط الانعقاد كان الزواج باطلاً ولا يترتب على هذا العقد أثر ويعتبر وجوده كعدمه ويجب عليهما الافتراق وإن لم يفترقا فرق بينهما القاضي إذا دخل بمن عقد عليها عقداً باطلاً كان هذا الدخول بمنزلة الزنا غير أن شبهة العقد تسقط الحد.

ثانياً تعريف الزواج الفاسد:

هو أن يحتل شرط من شروط صحة الزواج كما إذ عقد الزواج بغير حضور الشهود كان الزواج فاسداً ويجب على الزوجين الافتراق وإن لم يفترقا فرق بينهما القاضي وبمجرد هذا العقد لا يترتب عليه اثر بمعنى أن المتزوجين زواجا فاسداً إذا افترقا قبل الدخول لا يترتب عليهما أي أثر من آثار الزواج الصحيح.⁽¹⁾

ثالثاً: قانوننا

في المادة 32(الأمر رقم 02.05 المؤرخ في 27/02/2005) يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد وكذا المادة 33 تنص يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا و إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه.

و كذا المادة 34 "كل زواج بإحدى المحرمات يُفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه النسب، ووجوب الإستبراء".⁽²⁾

¹ / عبد الوهاب خلاف، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص 39.

² / مولود ديدان، مرجع سابق، ص 17.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على بطلان وفساد الزواج:

أولاً: عند الفقهاء

عقد الباطل والفساد عند الفقهاء والآثار المترتبة عنهما:

1. عند الجمهور:

أ. قبل الدخول:

إن العقد عند الجمهور سوء أكان الخلل في ركن العقد وهو ما يعبر عنه بالباطل أما إذا كان الخلل في وصفه، وهو ما يعبر عنه بالفساد وعلى ذلك لكون النكاح باطلاً هو فاسد والفساد هو الباطل فالعقد غير صحيح ولا يترتب عليه شيء مطلقاً، لأن الأصل في علاقة الرجل و المرأة هو التحريم حتى يقوم بسبب شرعي و يثبت الحال وهو العقد الصحيح فإذا وجد نقل تلك العلاقة من التحريم إلى الحل، وإن وجد غير مستوف شروط الصحة فهو غير معترف به من الشارع فلا يترتب عليه حكماً شرعياً بمقتضى الوجود المجرد لذلك لا يثبت النسب والنفقة و الطاعة ولا توارث.

ب. بعد الدخول:

إذا حصل في العقد الغير الصحيح فهناك نجد واقعة لها تنظيم في أحكام الشارع الإسلامي وذلك أنه من المقرر أن الزني فيه حد، وإن الحدود تدرأ بالشبهات، وأنه إذا سقط الحد في الدخول بالمرأة وجب المهر وأن الشبهة أحياناً تسقط الحد وتمحو وصف الزني عند الدخول بالمرأة وحينئذ يثبت النسب وتثبت العدة.⁽¹⁾

2. عند الأحناف:

أ. قبل الدخول في الزواج الباطل:

إذا كان الزواج باطلاً، فوجب الافتراق وإن لم يفترقا فرق بينهما القضاء.

ب. بعد الدخول في الزواج الفاسد:

إذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقداً باطلاً كان الدخول بمنزلة الزنا غير أن شبهة العقد تسقط الحد والاعادة على المدخول بما المذكور، ولا يثبت النسب ولا توارث ولا يجب المهر ولا نفقة ولا طاعة ولا أي حق من الحقوق الزوجية و واجباتها.

¹ / محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 149.

• قبل الدخول في الزواج الفاسد:

إذا كان الزواج فاسدا وجب الافتراق وإن لم يفترقا فرق بينهما القضاء وإذا افتراقا قبل الدخول فلا عدة على الزوجة ولا مهر لها ولا يثبت حرمة المصاهرة ولا نسب ولا يتوارثان لو مات أحدهما ولا يترتب على مجرد هذا العقد أي أثر.⁽¹⁾

• بعد الدخول في الزواج الفاسد:

إذا دخل الزواج حقيقيا بمن تزوجها زواجا فاسدا فإنه يترتب على هذا الدخول أربعة آثار الزوجية ووجوب المهر على الزوج، أما مهر المثل إذا لم يكن سمي في العقد مهر و الأقل من المسمى ومن مهر المثل أن المسمى في العقد مهر وذلك لأن الدخول الحقيقي بالمرأة لا بد أن تترتب عليه في الشريعة الإسلامية احد الأمرين الحد أو المهر، وحيث انتقى هذا الحد الشبهة العقد فيجب المهر وهذا معنى قول الفقهاء الوطاء شرعا لا يخلو من عقر أو عقر أي حد أو مهر.

وجوب العدة على الزوجة بعد التفريق بينهما مبدؤها من وقت التفريق وحكمه وجوبها اتقاء اختلاط الإنسان.

وكذا ثبوت النسب الولد الذي تحمل به من الدخول في هذا الزواج وذلك احتياط لإحياء الولد وعدم ضياعه.

حرمة المصاهرة فيحرم على زواجها أصولها وفروعها وتحرم على أصول و فروعها.⁽²⁾

ثانيا: قانونا

العقد الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح ولا ينشأ عنه أي التزام على أحد الزوجين تجاه الزواج الآخر بل يعتبره الشرع الإسلامي كأنه غير موجود سواء قبل الدخول أو بعده العقد الفاسد يترتب عليه التفريق بين الزوجين وفسخ عقد زوجهما إذ كشف الأمر قبل الدخول لا أثر له وذلك ما نصت عليه المادة 33 المذكور سابقا.

¹ / عبد الوهاب خلاف، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 39 - 40.

² / المرجع نفسه، ص 40.

أما ما يترتب من آثار على إبرام عقد الزواج مع إحدى المحرمات فإن المادة 34 تنص صراحة على وجوب التفريق بين الزوجين وفسخ عقد الزواج قبل الدخول وبعد الدخول بترتب النسب والإستبراء كما تجب للزوجة نفقة العدة.⁽¹⁾

ثالثا: الرأي الخاص

إن القانون الجزائري اكتفى بالتفريق بين الزوجين وإثبات النسب و وجوب العدة في الفاسد و الباطل بالصداق أي أن المشرع الجزائري أخذ برأي الحنفية في بعض أمور ونقترح يتضمن نص قانوني تعريف الحنفية للباطل والفاسد وأثارهما ولا يكتفي بأخذ أثر دون حد.

¹ / عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 27.

الخاتمة

من خلال ما سبق ذكره من الآراء والمناقشات توصلنا إلى النتائج التالية:الجواب عن الإشكالية والمتمثل فيما يلي:

راعت الشريعة الإسلامية آثار الخطبة و عقد الزواج مبينة في ذلك كل ما يرد عليها من أحكام، كما راعى القانون الجزائري جانب مهم منها و أغفل البعض ذلك لأن الشريعة ربانية بينما القوانين وضعية يتخللها السهو والنسيان.

و من خلالها توصلنا إلى النتائج التالية :

* توافق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية بأن الخطبة ليست إلا وعد بالزواج .

* إن الحكمة البالغة لمشروعية الخطبة ، هي أنها وسيلة لتحقيق الغاية من عقد الزواج و ذلك بتوفير أسباب الوفاق و الدوام ، ونظرا لخطورة هذا العقد و أهميته ، جعلت الخطبة كوسيلة تمهيدية لهذا العقد ، ففي هذه المرحلة - الخطبة - يتم التعرف بين الطرفين على كثير من النواحي التي يتوقف عليها إتمام العقد، و لذا اهتمت الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية بأمر الخطبة .

* بينت الشريعة مواقع النظر إلى المخطوبة و حدوده مع أهميته في إتمام العقد .

* مراعاة للأحكام الإلهية و تحريم الخلوة بين الرجل و المرأة فإن الخلوة بالمخطوبة من بين المحرمات شرعا ، غير أن الشريعة أجازت ذلك بضوابط معينة .

* الإعتداء على الغير محرم شرعا ، و تعتبر الخطبة على الخطبة اعتداء إلا إذا توفرت شروط ذلك .

* أجازت الشريعة و القوانين الوضعية للخاطبين العدول عن الخطبة مع مراعاة النتائج و المخالفات المترتبة على ذلك .

كما فرق المشرع الجزائري في مسألة الهدايا التي يكون فيها العدول سواء من ناحية الخاطب أو المخطوبة و ذلك في موضوع حالة استهلاكها أو عدم استهلاكها .

* حكم النكاح و أهدافه أكثر من أن تحصى ، و بهذا فهو عقد رضائي يتم بين الرجل و المرأة و ذلك ما توافق عليه كل من الشريعة و القانون الجزائري .

* راعت الشريعة الإسلامية مصالح المرأة بوجود الولي في عقد الزواج .

* من خلال ما ورد في مواد قانون الأسرة الجزائري نجد أن أحكامها مستمدة من الشريعة الإسلامية و متوافقة معها ، إذ جاءت حاتة على المحافظة على كيان الأسرة و عرى الزوجية .

* بيان حقوق وواجبات كل طرف اتجاه الآخر ، إذ جعلت هذه العلاقة مبنية على التعاون و المحافظة على روابط القرابة .

* إحترام كل منهما للآخر ، هذا مع طاعة من قبل المرأة ، و العدل في المعاملة من قبل الرجل إذا كانت تحته أكثر من زوجة .

* ضمنت الشريعة الإسلامية حقوقا لمن تزوج بزواج غير صحيح مع موافقة القانون الجزائري لها في بعض الحقوق .

* وجب التفريق بين المتزوجين بالزواج غير الصحيح مع اتفاق كلا من الشريعة و القانون في ذلك .

* تترتب آثار بعد فسخ الزواج غير الصحيح سواء في الشريعة أو القانون .

كما نقترح على فقهاء القانون الجزائري أن يضبطوا أحكام الخطبة في مواد صريحة تدل على أهميتها مثل النظر إلى المخطوبة و الخلوة بالمخطوبة ، و الخطبة على الخطبة .

* كما أن المادة 37 ق أ ج قبل التعديل تنص على أن نشوز الزوجة يعد من مسقطات حقها في النفقة

لأن هذا الحكم مستمد من الشريعة الإسلامية ، لكن بعد التعديل ألغيت المادة المذكورة و تركت فراغا

تشريعي في الموضوع و بالتالي نحبذ لو أن القانون يضبط الحالات المسقط للنفقة كمواد أساسية ، كما هو موجود بالنسبة عند المذاهب .

فهرس الأيات

الصفحة	رقم الآية	إسم السورة وطرف الآية
		البقرة
49	187	« هن لباس لكم و أنتم لباس لهن » -
62 .57.56.49	228	« و لهن مثل الذي عليهن بالمعروف..... » -
74	233	« و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف » -
46	235	« و لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء..... » -
.37.70	236	« و لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن » -
71.70.37	237	« و إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن » -
82	286	« لا يكلف الله نفسا الا وسعها..... » -
		النساء
36	02	« فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع..... » -
52	03	« فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة » -
63	04	« و أتوا النساء صدقاتهن نحلة » -
55.54.52	12	« فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن » -
70.66	20	« و إن أردتم إستبدال زوج مكان آخر و آتيتن » -
66	21	« و كيف تأخذونه و قد أفضى بعضكم » -
65.63	24	« فما أستمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن..... » -
60.59.56.55	34	« و الا تي تخافون نشوزهن فعظوهن » -
		النور
35	03	«الزاني لا ينكح إلا زانية.....» -
12	31	« و لا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها » -
36.35	32	« و أنكحوا الأيامي منكم و الصالحين من عبادكم » -
		الروم
	21	« و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا » -

الصفحة	رقم الآية	إسم السورة وطرف الآية
		القصاص
08	27	« قال إني أريد أن أنكحك إحدى إبنتي » -
		الأحزاب
35	49	« .. يأيتها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات..... » -
57.56	33	« و قرن في بيوتكن و لا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى » -
		الحجرات
45	06	« يأيتها الذين ءامنوا إن جاءكم فاسق نبأ فتبينوا » -
		الطلاق
45.44	02	« وأشهدوا ذوي عدل منكم » -
74	06	« أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » -
74	07	« و لينفق ذو سعة من سعته » -

الصفحة	فهرس الأحاديث
15-9	« إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها » -
20-9	« لا يخطب الرجل على خطبة أخيه » -
9	« خطب النبي صلى الله عليه و سلم إلى حفصة فأنكحته » -
64-9	« أن رسول الله صلى الله عليه و سلم أعتق صفية و جعل عتقها صداقها » -
14	« إذا ألقى الله في قلب امرئ خطبة امرأة » -
13	« قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم اريتك في المنام » -
15	« كنت عند النبي صلى الله عليه و سلم فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار.. » -
16	« لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم » -
17	« إياكم و الدخول على النساء فقال رجل من الأنصار : يا رسول الله » -
17	« فلا يخلون رجل بامرأة لا تحل له فإن ثالثهما » -
19	« لا يبيع الرجل على يبيع أخيه » -

الصفحة	فهرس الأحاديث
19	« لا يسوم المسلم على سوم أخيه » -
19	« المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يتتاع على بيع أخيه..... » -
20	« المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه » -
20	« فحدثت به الزهري فقال : أخبرني يزيد بن الأصم » -
	« تزوج ميمونة و هو محرم » -
27	« حدثت ميمونة بنت الحارث أن رسول الله صلى الله عليه و سلم تزوجها و هو حلال.. » -
27	« لا ينكح المحرم و لا ينكح و لا يخطب » -
27	« جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت : يا رسول الله جئت أهب لك نفسي..... » -
25	« لا يخطب الرجل على خطبة أخيه و لا يسوم على سوم أخيه و لا تنكح المرأة على عمتها..... » -
23	« تناكحوا تكاثروا فإني أباهي بكم الأمم » -
23	« يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة » -
37	« إلتمس و لو خاتم من حديد » -
49.37	« إتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله » -
74	« خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » -
66.64	« لا يرث الكافر المسلم و لا المسلم الكافر » -
81	« من إدعى إلى غير أبيه ، و هو يعلم » -
74.81	« أن النبي صلى الله عليه و سلم رأى على عبد الرحمان بن عوف أثر » -
75	« أولم و لو بشاه » -
53	« على كم تزوجها ؟ قال على أربع » -
50	« لا يجلد أحدكم فوق عشرة أسواط » -
64	« لا نكاح إلا بولي..... » -
67	« أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها » -
60	« فإن إشتجروا أي إختصموا » -
43	« الولد للفراس و للعاهر الحجر » -

الصفحة	فهرس الأحاديث
43	- « أئما إمرأة نكحت بغير إذن وليها »
43	- « فإن اشتجروا أي اختصموا »
51	- « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

الصفحة	فهرس المصطلحات الغربية
17 - الحمـــــو
30 - العـــــدول
35 - العـــــقد
40 - المحرـــــمات
35 - الأوقـــــية
40 - الرتـــــق
67 - القـــــرن
الصفحة	فهرس الأعلام
37 - معقل بن يســـــار
9 - جابر بن عبد الله
17 - عامر بن ربيعة بن كعب

- 1- ابن رشد القرطبي « بداية المجتهد و نهاية المقتصد » ط 6. 1402 هـ . 1982م دار المعرفة للطباعة و النشر . بيروت . لبنان .
- 2- ابن عابدين « در المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار » ط 1 . 1405 هـ . 1994م . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان .
- 3- ابن عبد البر النمري القرطبي « الكافي في فقه أهل المدينة المالكي » ط 1 . 1398 هـ . 1978 م . مكتبة الرياض الحديثة .
- 4- ابن قيم الجوزية « زاد المعاد في هدي خير العباد » ط 1 . 1420 هـ . 1999م . مكتبة الإيمان المنصورة مصر .
- 5- أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير « الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك
- 6- أبو بكر بن مسعود الكاساني « بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع » ط 2 . 1402 هـ . 1982 م دار الكتاب العربي . بيروت . لبنان .
- 7- أبو داود « سنن أبو داود تصحيح الألباني » دار الكتاب الحديث . دون ذكر رقم الطبعة و تاريخها و بلد الطبع .
- 8- أبي الحسين مسلم بن الحجاج « صحيح مسلم » دار الكتب العلمية بيروت . لبنان .
- 9- أبي محمد زيد القيرواني « الرسالة الفقهية » ط 1 . 1406 هـ . 1998م دار العرب الإسلامي . دون ذكر بلد الطبع .
- 10- أحمد الشاشي القفال « حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء » ط 1 1988م مكتبة الرسالة الحديثة عمان . الأردن .
- 11- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، « تقريب التهذيب، » ط 1 . 1416 هـ . 1996 م مؤسسة الرسالة . بيروت .
- 12- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، « فتح الباري شرح صحيح البخاري، » ط 2 . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان دون ذكر تاريخ الطبع .

- 13- أحمد بن علي حجر العسقلاني « سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام » 1182 هـ
1099 م المكتبة العصرية صيدا . بيروت .
- 14- أحمد فراج حسين « أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية » 1988 م . الدار الجامعية . بيروت .
لبنان . دون ذكر رقم الطبعة .
- 15- الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني « نيل الأوطار » ط 1 . 1403 هـ 1983 م . دار الكتب
العلمية . بيروت . لبنان .
- 16- بدر الدين محمد الزركشي « البحر المحيط في أصول فقه » ط 2 . 1413 هـ . 1992 م . دار الصفاوة
للطباعة و النشر و التوزيع . الغروقة . مصر .
- 17- بدران أبو العينين بدران « أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام » ط 2 مطبعة دار التأليف دون ذكر
تاريخ و بلد الطبع .
- 18- بن الشويخ رشيد « شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية
» ط 1 . 1429 هـ 2008 م . دار الخلدونية للنشر الفنية القديم . الجزائر .
- 19- البهوتي « الروض المربع » ط 2 . 1424 هـ . 2004 م دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان .
- 20- الترمذي . « سنن الترمذي » دار الكتاب العربي . بيروت . لبنان . دون ذكر رقم الطبعة و تاريخها .
- 21- جمال الدين محمد بن منظور « لسان العرب » ط 1 . 1426 هـ . 2005 م دار الكتب العلمية .
بيروت . لبنان .
- 22- الخرخشي « الخرخشي على مختصر سيدي خليل » دار صادر . بيروت . لبنان . دون ذكر رقم الطبعة و
تاريخها .
- 23- د . نصر سليمان . د . سعاد سطحي . « أحكام الخطبة و الزواج » ط 1 . 1426 هـ . 2005 م
دار الفجر للطباعة و النشر . قسنطينة . الجزائر .
- 24- د . زكي الدين شعبان « الأحكام الشرعية » ط 6 . 1993 م . منشورات جامعة قاريونس بنغازي
ليبيا .
- 25- د . محمد محدة « سلسلة فقه الأسرة الخطبة و الزواج » ط 2 . 1994 م دون ذكر دار و بلد النشر .

- 26- رمضان علي السيد الشرنباصي « أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية » 2001 م الدار الجامعية القاهرة . دون ذكر رقم الطبعة .
- 27- رمضان علي السيد الشرنباصي . جابر عبد الهادي سالم الشافعي « أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و الأولاد » ط1 . 2007 . منشورات الحلبي الحقوقية . لبنان .
- 28- زين العابدين ابن نجيم « البحر الرائق شرح كنز الدقائق » ط1 . 1311 هـ . المطبعة العلمية . دون ذكر بلد الطبع .
- 29- سعيد خيدر « التكييف القانوني للخطبة دراسة مقارنة لنيل شهادة المحستير » كلية الحقوق 1993م بن عكنون . الجزائر .
- 30- سليمان الجمل « حاشية سليمان الجمل على شرح المنهج » دار إحياء التراث العربي . بيروت . لبنان . دون ذكر رقم الطبعة و تاريخها .
- 31- السيد سابق « فقه السنة » ط2 . 1392 هـ 1973 م دار الكتاب العربي . بيروت . لبنان .
- 32- الشحات إبراهيم محمد منصور « أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية » 1999 م . دار النهضة العربية .
- 33- شهاب الدين الرملي « نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على الإمام الشافعي » 1414هـ 1939م . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان .
- 34- الشيخ محمد الخضري « أصول الفقه » 1424 هـ . 2003م . دار الحديث . القاهرة . دون ذكر الطبعة .
- 35- الشيرازي إبراهيم بن علي « المهذب » دار الفكر بيروت . دون ذكر رقم الطبعة و تاريخها و البلد .
- 36- الصادق عبد الرحمن الغرباني « مدونة الفقه المالكي و أدلته » ط1 . 2006م . مؤسسة الريان . دون ذكر بلد الطبع .
- 37- عبد الحميد حراز « فلسفة الزواج و بناء الأسرة في الإسلام » ط2 دار الشعاب للطباعة و النشر . دون ذكر .
- 38- عبد الرحمن الجزيري « الفقه على المذاهب الأربعة » 1406 هـ . 1986م دار الفكر الكتب العلمية . بيروت . لبنان . دون ذكر رقم الطبعة .

- 39- عبد السميع الآبي الأزهري « جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل » دار المعرفة . بيروت . لبنان
دون ذكر رقم الطبعة و تاريخها .
- 40- عبد العزيز سعد « قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل »
ط2 . 2009م . دار هومة للنشر و التوزيع . دون ذكر بلد الطبع .
- 41- عبد العزيز معد « الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري » ط3 دار هومة . الجزائر . دون ذكر
تاريخ الطبع
- 42- عبد الفتاح ابراهيم بهني « أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا » 1998 م . مكتبة
الإشعاع . الإسكندرية مصر بدون ذكر الطبعة .
- 43- عبد الفتاح تقية « مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي
1990م/2006م » دون ذكر الطبعة و بلد الطبع .
- 44- عبد القادر بن عزوز « أحكام فقه السنة » ط1 . دار قرطبة . الجزائر . دون ذكر تاريخ الطبع .
- 45- عبد القادر بن عمر الشيباني « نيل المآرب بشرح دليل الطالب » 1403هـ . 1983م . مكتبة
الفلاح .
- 46- عبد الوهاب خلاف « الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية » ط1 . 1410هـ . 1990 م دار
قلم نشر و توزيع . الصفاة الكويتية .
- 47- العربي بلحاج « الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري » ط5 . 2007 م ديوان المطبوعات الجامعية
بن عكنون الجزائر .
- 48- العربي بلحاج « أحكام التركات و الموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد » ط1 . 1430هـ
2009م . دار الثقافة للنشر و التوزيع . دون ذكر بلد الطبع .
- 49- عمر سليمان الأشقر « أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة » ط1 1418هـ . 1997م . دار
النفائس للنشر . الأردن .
- 50- العيش فضيل « قانون الأسرة مدعم بإجتهادات المحكمة العليا » ط2 . 2007 م ديوان المطبوعات
الجامعية . بن عكنون الجزائر .

- 51- فخر الدين الرازي « التفسير الكبير » 2008 م – 2009 م . دار إحياء التراث العربي . بيروت
دون ذكر الطبعة .
- 52- فضيل العيش « شرح و جيز قانون الأسرة الجديد 2008م » مطبعة الطالب . الجزائر دون ذكر رقم
الطبع .
- 53- الفيروز بادي « قاموس المحيط » ط 8 . 1426 هـ . 2005م مؤسسة الرسالة دون ذكر البلد .
- 54- مالك بن أنس « الموطأ » ط 2 . 1413 هـ . 1993 م . دار إحياء التراث العربي . بيروت . لبنان
.
- 55- محمد أبو زهرة « أحكام التركات و الموارث » 1963م دار الفكر العربي . القاهرة . مصر . دون ذكر
رقم الطبعة
- 56- محمد أبو زهرة « أصول الفقه » ط 2 . 1377 هـ . 1958 م . دار الفكر العربي . دون ذكر بلد
الطبع .
- 57- محمد أبو زهرة « الأحوال الشخصية » ط 3 . دار الفكر العربي . دون ذكر تاريخ و بلد الطبع .
- 58- محمد الحسيني الزبيدي « أتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين » دار الفكر . دون ذكر رقم
الطبعة
- 59- محمد الشربيني « مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج » دار الفكر دون ذكر رقم الطبعة و تاريخها و
البلد .
- 60- محمد بكر اسماعيل « الفقه الواضح من الكتاب و السنة على المذاهب الأربعة » ط 2 . دار المنار
للنشر و التوزيع دون ذكر تاريخ الطبع و بلدها .
- 61- محمد بن ادريس الشافعي « الأم » 1388 هـ . 1968 م . دار الشعب . دون ذكر رقم الطابع و
البلد . علي بن عمر الدار قطني « سنن الدار قطني » 1386 هـ . 1966م . دار المحاسن للطباعة .
القاهرة مصر . دون ذكر رقم الطبعة .
- 62- محمد بن اسماعيل البخاري « صحيح البخاري » ط 1 . 1407 هـ . 1987م . دار صادر بيروت
لبنان .

- 63- محمد بن عبد الرحمن المغربي « مواهب الجليل لشرح مختصر خليل » ط 3 . 1412 هـ . 1992 م .
دار الفكر . بيروت . لبنان .
- 64- محمد بن محمد الخطابي البستي « معالم السنن » ط 1 1351 هـ . المطبعة العلمية . حلب
- 65- محمد رواسي قلعجي « معجم لغة الفقهاء عربي . انجليزي . فرنسي » دار النفائس . دون ذكر رقم
الطبعة و تاريخها و بلدها .
- 66- محمد عبد الله بجيت . محمد عقلة « الوسيط في فقه المواريث » ط 1 . 1428 هـ 2007 م . دار
الثقافة للنشر و التوزيع . دون ذكر بلد الطبع .
- 67- محمد عقلة « نظام الأسرة في الإسلام » ط 1 . 1403 هـ . 1983 م . مكتبة الرسالة الحديثة .
عمان
- 68- محمد كمال الدين إمام « الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي » ط 1 . 1996 م المؤسسة الجامعية
للدراسات . دون ذكر بلد الطبع .
- 69- محمد مصطفى تبلي « أحكام الأسرة في الإسلام » ط 2 . 1397 هـ . 1977 م دار النهضة العربية
للطباعة . بيروت
- 70- محي الدين بن شرف النووي « روضة الطالبين و عمدة المفتين » ط 2 . 1405 هـ . 1985 م المكتب
الإسلامي . بيروت . دمشق .
- 71- محي الدين بن شرف النووي « شرح النووي لصحيح مسلم » ط 1 . 1415 هـ . 1995 م . دار
أبي حيان
- 72- محي الدين بن شرف النووي . « المجموع بشرح المذهب » 1415 هـ . 1995 م . دار إحياء التراث
العربي . دون ذكر رقم الطبعة .
- 73- مصطفى الرحيباني « مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى » منشورات المكتب الإسلامي . دمشق
. سوريا .
- 74- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي « كشف القناع عن متن الإقناع » ط 1 . 1366 هـ . 1947 م .
مطبعة عالم الكتب . بيروت لبنان . دون ذكر رقم الطبعة .

- 75- موفق الدين بن قدامة . المغني . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان . دون ذكر رقم الطبعة . و تاريخها .
- 76- مولاني ملياني بغداددي « حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية » قصر الكتاب . البليدة . دون ذكر الرقم و تاريخ الطبع .
- 77- مولود ديدان « قانون الأسرة » دار بلقيس . دار البيضاء . الجزائر دون ذكر رقم الطبعة و تاريخها .
- 78- نبيل صقر « قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا » دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع . عين مليلة الجزائر دون ذكر رقم و تاريخ الطبع .
- 79- النجيم الدين أحمد « الرعاية في الفقه » 1428هـ . مكتبة الملك فهد الوطنية دون ذكر رقم الطبعة و بلد الطبع
- 80- وهيبه الزحيلي « الفقه الإسلامي و أدلته » ط4 . 1944 . دار الفكر دمشق . سوريا .
- 81- يوسف القرضاوي « الحلال و الحرام في الإسلام » ط4 . 1378هـ . 1967م منشورات الكتب الإسلامية . دون ذكر بلد الطبع .

فهرس الموضوعات

* الإهداء...

* شكر و تقدير...

* المقدمة

- * أهمية الموضوع ا.
- * أسباب إختيار الموضوع ب.
- * الدراسات السابقة ب.
- * الإشكالية ب.
- * الفرضيات ب.
- * المنهج المستعمل ب.
- * خطة البحث ج.

فصل الأول : أثار الخطبة بين الشريعة و القانون

المبحث الأول: ماهية الخطبة ..

المطلب الأول: تعريف الخطبة ..

الفرع الأول: لغة 7

الفرع الثاني : إصطلاحا 7

أولا: تعريف المالكية 7

ثانيا: تعريف الشافعية 7

ثالثا: تعريف الح10 نابلة 7

رابعا: تعريف الحنفية 7

الفرع الثالث: قانونا 8

الفرع الرابع: الرأي الخاص 8

المطلب الثاني : مشروعية الخطبة 8

الفرع الأول: من الكتاب 9

الفرع الثاني : من السنة 10

- 10.....الفرع الثالث : من الإجماع.
- المطلب الثالث : أنواع الخطبة 10
- 10.....الفرع الأول : الخطبة الصريحة
- 10.....الفرع الثاني : الخطبة بالتعريف
- 11.....المبحث الثاني: أحكام الخطبة
- 12.....المطلب الأول : النظر إلى المخطوبة و حدوده .
- الفرع الأول : حدود النظر..... 12
- 12.....أولا : عند الفقهاء
- 12.....ثانيا : القانون
- 13.....ثالثا : الرأي الخاص
- 13.....الفرع الثاني : وقت النظر
- المطلب الثاني : الخلوة بالمخطوبة 16
- الفرع الأول : أدلة تحريم الخلوة بالمخطوبة 17
- 17.....أولا : من السنة
- 17.....ثانيا : الإجماع
- 18.....الفرع الثاني : حكمة تحريم الخلوة بالمخطوبة
- 18.....أولا : عند الفقهاء
- 18.....ثانيا : القانون
- 18.....ثالثا : الرأي الخاص
- المطلب الثالث : الخطبة على الخطبة 19
- الفرع الأول : خطبة الرجل على الرجل 19
- 19.....أولا : عند الفقهاء
- 22.....ثانيا : رأي القانون
- 22.....ثالثا : الرأي الخاص

- 23..... الفرع الثاني : خطبة المرأة على المرأة
- 23..... أولا : عند الفقهاء
- 24..... ثانيا : رأي القانون
- 24..... ثالثا : الرأي الخاص
- 24..... الفرع الثالث : الخطبة في حالة الإحرام
- 25..... أولا : عند الفقهاء
- 28..... ثانيا : رأي القانون
- 28..... ثالثا : الرأي الخاص
- 29..... المبحث الثالث : آثار العدول عن الخطبة
- 30..... المطلب الأول : آثار العدول علة الهدايا
- 30..... الفرع الأول : الرأي الفقهي
- 30..... أولا :مذهب الحنفية
- 30..... ثانيا :مذهب الحنابلة
- 30..... ثالثا:مذهب الشافعية
- 31..... رابعا : مذهب المالكية
- 31..... الفرع الثاني : الرأي القانوني
- 31..... الفرع الثالث : الرأي الخاص
- 31..... المطلب الثاني : آثار العدول عن المهر
- 31..... الفرع الأول : الرأي الفقهي
- 23..... الفرع الثاني : رأي القانون
- 32..... الفرع الثالث : الرأي الخاص
- الفصل الثاني : آثار عقد الزواج بين الشريعة و القانون
- 34..... المبحث الأول : ماهية الزواج
- 35..... المطلب الأول : تعريف عقد الزواج
- 35..... الفرع الأول : لغة

- 35..... الفرع الثاني : اصطلاحا
- 35..... أولا : المالكية
- 35..... ثانيا : الشافعية
- 36..... ثالثا : الحنابلة
- 36..... رابعا : الحنفية
- 36..... الفرع الثالث : قانونا
- 36..... الفرع الرابع : الرأي الخاص
- 36..... المطلب الثاني : مشروعية و حكم الزواج
- 36..... الفرع الأول : مشروعية عقد الزواج
- 36..... أولا : من الكتاب
- 37..... ثانيا : من السن-ة
- 37..... الفرع الثاني : حكم الزواج
- 37..... أولا : مندوب
- 37..... ثانيا : الكراهية
- 38..... ثالثا : الحرام
- 38..... رابعا : الواجب
- 38..... خامسا : الفرضية
- 39..... المطلب الثالث : أركان عقد الزواج
- 39..... الفرع الأول : الركن
- 39..... الفرع الثاني : الشرط
- أولا : الفرع الاول
- 40..... أركان الزواج المتفق عليها بين الفقه و قانون الأسرة الجزائري .
- 40..... 1/العاقدان اولاً
- 40..... ا- عند الفقهاء

ب-قانون.....	40
الرأي الخاص.....	40
2/الصيغة ثانيا.....	40
شرعا عند الفقهاء.....	40
قانونا.....	41
الرأي الخاص.....	42
أولا : الفرع الثاني	
أركان المختلف عليها بين الفقه و قانون الأسرة	
الجزائري.....	42

01 / الولي	42
أ - شرعا عند الفقهاء.....	42
ب - قانونا	46
ج - الرأي الخاص	46
02 / الشهود	44
أ - شرعا عند الفقهاء.....	44
ب - قانونا	46
ج - الرأي الخاص.....	46
03 / الصداق	46
أ - شرعا عند الفقهاء.....	46
ب - قانونا	47
ج - الرأي الخاص	47
المبحث الثاني : آثار عقد الزواج الصحيح	
المطلب الأول : الحقوق المشتركة	49

- 49..... الفرع الأول : الاستمتاع بين الزوجين
- 49..... أولا : شرعا عند الفقهاء
- 49..... ثانيا : قانونا .. عند الفقهاء
- 50..... ثالثا : الرأي الخاص
- 50..... الفرع الثاني : ثبوت النسب
- 49..... أولا : شرعا عند الفقهاء
- 49..... ثانيا : قانونا
- 51..... ثالثا : الرأي الخاص
- 51..... الفرع الثالث : ثبوت التوارث بين الزوجين
- 51..... أولا : شروط الإرث
- 52..... أولا : شرعا عند الفقهاء
- 53..... ثانيا : قانونا
- 54..... ثالثا : الرأي الخاص
- 54..... ثانيا : نصيب لزوجين من الميراث
- 54..... أولا : شرعا عند الفقهاء
- 55..... ثانيا : قانونا
- 55..... ثالثا : الرأي الخاص
- 55..... المطلب الثاني : حقوق الزوج
- 56..... الفرع الأول : حق الطاعة
- 57..... أولا : أوجه الطاعة
- 57..... الانتقال إلى منزل الزوجية و القرار فيه .
- 58..... / استئذان الزوج
- 8..... الفرع الثاني : ولاية التأديب
- 59..... أولا : وعظ الزوجة و إرشادها
- 59..... ثانيا : الهجر في المضجع

- 60..... ثالثا : الضرب
- 60..... رابعا : الفرار في البيت
- 61..... الفرع الثالث : خدمة المرأة لزوجها و أولادها
- 62..... المطلب الثالث : حقوق الزوجة
- 63..... الفرع الأول : المهر
- 63..... أولا : تعريف المهر و مشروعيته
- 63..... 01 / تعريف المهر
- 63..... أ - لغة
- 63..... ب - اصطلاحا
- 63..... ج - قانونا
- 63..... د - الرأي الخاص
- 63..... 02 / المشروعية
- 63..... أ - الأدلة من الكتاب
- 64..... ب - من السنة النبوية
- 64..... ج - الإجماع
- 64..... ثانيا : حد المهر
- 64..... 01 / ما يصلح أن يكون مهرا
- 65..... 02 / أقل المهر
- 66..... 03 / أكثر المهر
- 67..... 04 / قانونا
- 67..... 05 / الرأي الخاص
- 67..... ثالثا : أنواع المهر
- 67..... 01 / المهر
- 68..... 02 / مهر المثل
- 69..... 03 / قانونا

- 04 / الرأي الخاص 69
- رابعاً : موجبات المهر و مسقطاته 69
- 01 / موجبات المهر كاملاً 69
- 02 / موجبات نصف المهر 71
- 03 / مسقطات المهر 71
- 04 / قانوناً 72
- 05 / الرأي الخاص 72
- الفرع الثاني : النفقة 72
- أولاً : تعريف النفقة 73
- 01 / لغة 73
- 02 / اصطلاحاً 73
- 03 / قانوناً 73
- 04 / الرأي الخاص 73
- ثالثاً : شروط استحقاق النفقة و حالات سقوطها 75
- 01 / شروط استحقاق النفقة 75
- أ - العقد الصحيح 75
- ب - أن تكون صالحة للاستمتاع 75
- ج - التمكين التام من نفسها 75
- د - قانوناً 75
- هـ - الرأي الخاص 76
- 02 / الحالات التي لا تستحق الزوجة النفقة فيها
- أ - عند الفقهاء 76
- ب - قانوناً 79

- ج - الرأي الخاص 80
- رابعاً : أنواع النفقة 80
- 01 / أنواع النفقة 80
- أ - نفقة تمكين 80
- ب- نفقة تملك 80
- ج - قانونا 81
- د- الرأي الخاص 81
- 02 / مقدار النفقة
- الفرع الثالث : العدل 81
- أولاً : شرعا 82
- ثانياً : قانونا 83
- ثالثاً : الري الخاص 83
- المبحث الثالث : آثار عقد الزواج الغير الصحيح
- المطلب الأول : بطلان العقد و فساده 85
- الفرع الأول : التعريف اللغوي و الاصطلاحي 85
- أولاً : التعريف اللغوي 85
- ثانياً : اصطلاحاً 85
- الفرع الثاني : الفرق بين الفساد و البطلان للأصوليين في المسألة
- 86.....
- أولاً : رأي الجمهور 87
- ثانياً : رأي الحنفية 86
- ثالثاً : رأي القانون 86
- رابعاً : الرأي الخاص 87
- المطلب الثاني : آثار بطلان الزواج و فساده 87
- الفرع الأول : تعريف الزواج الفاسد الباطل 87

- أولا : الزواج الباطل 87
- ثانيا : الزواج الفاسد 87
- ثالثا : رأي القانون 88
- الفرع الثاني : الآثار المترتبة على بطلان و فساد الزواج 88
- أولا : عقد الباطل و الفاسد عند الفقهاء و الآثار المترتبة عنهما 88
- 01/ عند الجمهور 88
- أ – قبل الدخول 88
- ب – بعد الدخول 89
- 02/ عند الأحناف 89
- أ/ قبل الدخول في الزواج الباطل 89
- ب/ بعد الدخول في الزواج الفاسد 89
- ج/ قبل الدخول في الزواج الفاسد 89
- د/ بعد الدخول في الزواج الفاسد 89
- ثانيا : رأي القانون في الزواج الباطل و الفاسد و آثارهما 90
- ثالثا : الرأي الخاص 90

الخاتمة

فهرس المواد القانونية

الصفحة	المادة:
8	المادة:4
36	المادة: 2/5
31	المادة:2/5
40	المادة:7
83	المادة:8
41	المادة: 9
41	المادة:9مكرر
47	المادة:10
42	المادة:11
43	المادة: 12
43	المادة:13
63	المادة:14
15;47;67	المادة:15
6	المادة: 16
40	المادة:17
88-87	المادة:23
47-45	المادة:32
88	المادة: 33
50-57	المادة:34
57	المادة:36
56	المادة:37
51	المادة: 38
51	المادة:40
42-51	المادة:41
80	المادة: 55
75	المادة:74
73	المادة:79
82	المادة: 131
53--130	المادة: 132
54	المادة:135

54	المادة: 138
54	المادة: 144
55	المادة: 145
56	المادة: 146
	المادة: 147
	المادة: 222