جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام عقد الزواج في المذهب الإباضي مقارنا بالمذهب المالكي و التشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق

تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالب:

- حميدة عامر

إشراف الأستاذ الدكتور:

– عز الدين مسعود

لجنة المناقشة:

الأستاذ الدكتور: اسعد المحاسن لحرش	رئيســـــــا
الأستاذ الدكتور: عز الدين مسعود	مشرفا و مقررا
الدكتور: جمال عبد الكريم	مناقشـــــــا

السنة الجامعية2016/ 2017 م

قال الله تعالى:

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾

سورة الروم الآية (21)

شكر وعرفان:

نشكر الله عز وجل الذي وفقنا لإتمام هذا العمل
كما نتوجه بالشكر الجزيل لكل من ساعدنا في إنجاز هذه
الدراسة كما يشرفنا أن نتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير إلى الأستاذ
المحترم : **أ د. عز الدين مسعود**
على صبره معي طيلة هذه الدراسة فكان خير دليل ومنبر لي في هذا
الطريق وكان نعم المشرف .
كما نشكر السادة : **د مصطفى بن حمو ارشوم و أ بن دريسو مصطفى**
وشكرا لكل من قدم لنا المساعدة و النصيحة
من قريب أو من بعيد .

إهـــــداء

أهدي هذا العمل إلى الوالدين الكريمين
كانا مصدر قوة لي وتشجيع في أصعب اللحظات
وطيلة المشوار الدراسي وإلى
زوجتي الغالية وأولادي الذين هم قرة أعيني
أهدي هذا العمل المتواضع إلى زملائي في الدراسة
وخارج الدراسة .

الفصل التمهيدي

التعريف بالمذهب المالكي و الإباضي ولمحة عن قانون الأسرة الجزائري

تمهيد:

يعتبر المذهب المالكي من أبرز المذاهب الفقهية الموجودة في الجزائر والمعمول به في قوانين الأحوال الشخصية ويعتبر هذا المذهب مرجعا لجميع القضايا المتعلقة بالأسرة في حين نجد أن الاجتهاد القضائي الصادر عن الحكمة العليا تخضع لأحكام الإسلام لا غير ولا يطبق الأعراف المحلية بين المسلمين ، بالإضافة إلى المذهب الإباضي الذي يعتبر من أقدم المذاهب الموجودة في الجزائر باعتبار أنه لا توجد هناك نصوص شرعية تنظم إجراءات التقاضي باستثناء ما نص عليه مرسوم 29-12 -1890 الذي نظم الأحكام الواجبة التطبيق حسب المذهب الإباضي في جنوب البلاد، لذا نجد أن المشرع الجزائري لا يميل في الأحوال الشخصية إلى مذهب معين وإنما عمل على مقارنة بين المذاهب وجعل قوانين خاصة لحماية الأسرة من التشتت والانحراف، حيث سن قوانين من آراء الفقهاء دون تعصب أو ميل لمذهب معين.

ومن خلال ذلك قسمنا هذا الفصل على النحو التالي :

-المبحث الأول: التعريف بالمذهب المالكي ومصادر استدلاله

-المبحث الثاني: التعريف بالمذهب الإباضي ومصادر استدلاله

-المبحث الثالث: لمحة تاريخية عن قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: التعريف بالمذهب المالكي و مصادر استدلاله

سنتناول في هذا المبحث التعريف بالمذهب المالكي و مصادر استدلاله من خلال المطالب التالية

المطلب الأول: التعريف بالمذهب المالكي ومؤسسيه

الفرع الأول: التعريف بالمذهب المالكي:

ترجع تسمية المذهب المالكي إلى مؤسسه أبي عبد الله مالك بن انس بن أبي عامر الأصبحي إمام دار الهجرة، ولد بالمدينة المنورة سنة 93هـ واستقر فيها طوال حياته حتى توفي سنة 179هـ ودفن في البقيع.

و لد الإمـام مـالك ـ رضي الله عنه ـ في عهد الوليد بن عبد الملك الأموي، وتوفي في عهد الرشيد العباسي، و على ذلك إدراك مالك العهدين الأموي و العباسي، فقد عاش نحو أربعين سنة في العصر الأموي مالك العهدين و سنة أربعين في العصر العباسي ، فقد بلغ أشده عندما سقطت الدولة الأموية و كان في سن الرجولة الكاملة عندما استقر الأمر لبني العباس [1].

نشأ الإمام مالك في رحاب العلم مخلصا له منقطعا إليه شأن كل إمام جليل ،حيث أغرق نفسه في بحر العلم منذ نعومة أظافره وليس ذلك غريبا عن أسرته فقد كان أبوه وأعمامه وجده من أصحاب العلم وأرباب الفضل، لهم مع العلم صلات ووشائج ومع الفضل روابط وأسباب، وقد ترعرع في المدينة المنورة ورأى آثار الصحابة والتابعين، كما رأى وعاين قبر النبي ﷺ ،والمشاهد العظام وفتح عينه بنور العلم فأثر ذلك كله في شخصيته العلمية.[2]

أثنى عليه كثير من العلماء و منهم :سفيان الثوري قال : رحم الله مالكا ما كان اشد مالك للرجل، و كان لا يحدث أحدا و لا يبلغ من الحديث إلا ما كان صحيحا ، و ما رأيت أحدا أعقل منه قال سفيان الثوري إمام في الحديث و ليس بإمام في السنة و الاوزاعي إمام في السنة و ليس بإمام في الحديث ، و مالك إمام فيهما جميعا[3] .

---

[1] عبد العزيز سليمان الحوشان، **موطأ مالك أحد مصادر التشريع الإسلامي**، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ،لبنان،2010، ط01، ص23.

[2] أبو زهرة محمد: **مالك حياته عصره آراؤه وفقهه**، دار الفكر العربي ، مصر، 1971،ص 18.

[3] عبد العزيز سليمان الحوشان، **موطأ مالك أحد مصادر التشريع الإسلامي**، المرجع السابق، ص 14.

أما الحياة السياسية في العصرين الأموي و العباسي نجد أن الإمام مالك قد أدرك الدولة في عهد الأموية في عهد الوليد بن عبد الملك الذي استقر فيه الملك الأموي بعد النزاع الطويل المستمر و كان الاستمرار له ثمرته فقد فتحت في عهده الأمصار النائية ، فوصل الإسلام غربا إلى جنوب أوروبا و غزت كتائبه وسطها ، ووصل الإسلام شرقا إلى حدود الصين، بل دخل إلى أهلها و بفضل استقرار الأمور سمح الزمان لعمر بن عبد العزيز عادل بني مروان فقد أدرك مالك إذن نعمة الاستمرار و ثمرته، ثم وصل إلى علمه ما كان من فتن بين معاوية و علي، و ما كان من فتن في عهد يزيد استبيحت فيها الحرمات في المدينة و انتهك فيها حمى رسول الله صلى الله عليه و سلم ابن مروان، و كيف سرى الفساد بسببها بين الجماعات الإسلامية ، و اصطلى المسلمون بنيران أكلت الأخضر و اليابس[1] .

الفرع الثاني: مؤسسي المذهب المالكي

أولا: شيوخ مالك

تتلمذ مالك بن أنس على عدد كبير من أعلام عصره في المدينة المنورة، وأول من جلس إليهم من فقهاء المدينة ربيعة بن أبي عبد الرحمان فروخ المدني المشهور بربيعة الرأي، فأخذ عنه الفقه والحديث والأدب.

وكان أستاذه الثاني عبد الله بن هرمز وقد لزم مالك صحبته سبع سنين أو ثمانية لزوما متصلا لا يختلط بغيره ومن شيوخه كذلك نافع بن سرجس الديلمي مولى بن عمر فنقل عنه الفقه ، عبد الله بن عمر وأحاديثه، وكذلك أبو بكر محمد بن مسلم بن شهاب الزهري، وجعفر الصادق بن محمد بن علي بن الحسين، وكان رأس آل البيت في المدينة وغيرهم[2].

[1] عبد العزيز سليمان الحوشان، **موطأ مالك أحد مصادر التشريع الإسلامي**، مرجع سابق، ص24.

[2] أبو زهرة محمد ، **مالك حياته عصره آراؤه وفقهه** ، مرجع سابق ، ص 89.

ثانيا: أصحاب مالك وتلامذته

من أشهر تلاميذ مالك وأبرزهم من المصريين أبو عبد الله عبد الرحمان بن القاسم وأبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم وأشهب عبد العزيز القيسي ومن تلامذته المغاربة أبو الحسن علي بن زياد التونسي وأبو عبد الله زياد بن عبد الرحمان القرطبي وأسد بن الفرات بن سنان التونسي وسحنون عبد السلام بن سعيد التنوخي، ومن تلامذته اللذين نشروا مذهبه في الحجاز والعراق أبو مروان عبد الملك بن أبي سلمة المجشون وأبو إسحاق إسماعيل بن إسحاق[1].

انتشار المذهب المالكي وغلبته على المذاهب الأخرى وقد أشار إلى ذلك القاضي عياض في مداركه فقال : غلب مذهب مالك على الحجاز والبصرة ومصر وما والاها من بلاد إفريقيا والأندلس وصقلية والمغرب الأقصى إلى بلاد من أسلم من السودان إلى وقتنا هذا وظهر ببغداد ظهورا كثيرا وضعف بها بعد أربعمائة سنة وظهر بني صابور، وكان بها وبغيرها أئمة ومدرسون[2].

المطلب الثاني: مصادر الاستدلال عند المالكية :

مصادر الاستدلال عند المالكية هي:

- القرآن الكريم بنصه وظاهره وهو العموم. ودليله وهو مفهوم المخالفة ومفهومه وهو مفهوم الموافقة وتنبيهه وهو تنبيه على العلة كقوله تعالى: "**فإنه رجس أو فسقا**" سورة الأنعام الآية 145.
- السنة النبوية .
- الإجماع.
- القياس وشروطه وضوابطه المعروفة عند علماء الأصول.
- عمل أهل المدينة.
- قول الصحابة.
- المصالح المرسلة.

[1] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، سوريا ، 1985، ج01، ط02 ، ص31-32

[2] أبو زهرة ،، **مالك حياته عصره آراؤه وفقهه**، مرجع سابق، ص 382.

- والاستحسان.
- العرف.
- سد الذرائع.
- الاستصحاب.
- وشرع من قبلنا.
- مراعاة الخلاف أحيانا[1].

❖ أهم المؤلفات في الفقه المالكي:

- مالك بن أنس الأصبحي توفي سنة 179هـ، الموطأ صححه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث القاهرة –مصر،1993 والمدونة الكبرى رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم ،دار الكتب العلمية، لبنان.

- الحطاب أبو عبد الله محمد بن محمد المغربي توفي 954هـ من أشهر كتبه مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل بهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله العبدري الشهير بالموافق توفي سنة 867هـ، طبعة 3، دار الفكر،1992 ،مطبعة السعادة ، مصر.

- الدردير :أبو البركات سيدي أحمد بن محمد بن أحمد توفي سنة 1201 هـ ، من أشهر كتبه الشرح الكبير لمختصر الخليل مع حاشية الدسوقي ،مطبعة التقدم العلمية ، 1329 هـ ، شرح الصغير مطبوع بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي .

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للمؤلف أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد المتوفي 595هـ ،دار الحديث،القاهرة –مصر،تاريخ النشر: 1425هـ – 2004م.

- كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر النمري القرطبي .

[1] أبو بكر حسن الكشناوي، **أسهل المدارك شرح إرشاد المسالك في فقه إمام الأئمة مالك**، دار الفكر، بيروت، بدون سنة، ج01 ،ص07.

المبحث الثاني: التعريف بالمذهب الإباضي و مصادر استدلاله

سنتناول في هذا المبحث التعريف بالمذهب الاباضي و مصادر استدلاله مما يلي :

المطلب الأول: التعريف بالمذهب الإباضي ومؤسسيه

الفرع الأول: تعريف المذهب الإباضي

يرجع المذهب الإباضي في نشأته و تأسيسه إلى عصر التابعين، فمؤسسه الحقيقي الذي ارسي قواعد الفقه الإباضي و أصوله هو التابعي الشهير أبي الشعثاء جابر بن زيد الأزدي العماني ، فهو إمام محدث و فقيه، برع في التفسير و الحديث و الفقه، وكان ذا مذهب خاص به في الفقه، و لد بعمان سنة إحدى و عشرين للهجرة على أرجح الروايات، و كان أكثر استقراره بالبصرة، و بها توفي سنة ثلاثة و تسعين هجرية[1].

و قد تتلمذ جابر بن زيد على أيدي كثير من الصحابة و التابعين، و اخذ عنهم مختلف العلوم التأسيسية في الشريعة و اللغة، و كان يقول:(**أدركت سبعين بدريا فحويت ما عندهم من العلم إلا البحر**)، و يعني به عبد الله بن عباس بحر الأمة و ترجمان القرآن، فقد كان أبو الشعثاء يستمد علمه بالشريعة الإسلامية من مصادرها الأصلية، و ينهل من منابعها الصافية، و يكفي انه تعلم على يد عائشة أم المؤمنين زوج الرسول (ﷺ) فقد كان يسألها عن كل شيء و خاصة ما يتعلق بفقه النساء و العلاقات الزوجية، و عبد الله بن عباس احد المكثرين من رواية الحديث، و عبد الله بن عمر، و عبد الله بن مسعود، و أنس بن مالك ،و هم يعدون من كبار الصحابة، و من أقرب المقربين إلى الرسول ﷺ و هذا الاقتراب من الرسول يجعلنا على ثقة كاملة من المعلومات التي و صلتنا عن طريق الإمام جابر بن زيد، سواء تعلق ذلك بالأصول أم الفروع [2]. وقد وصفه عبد الله بن عمر بن الخطاب بأنه من فقهاء أهل البصرة البارزين، وقال له :(بلغني يا أبا الشعثاء

[1] يحي بكوش، **فقه الإمام جابر ابن زيد**، ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1986، ط01، ص 11.

[2] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا وآثارا في المذهب الإباضي**، ط01 (مقارنة بالمذاهب الإسلامية والقوانين الوضعية)، مطابع النهضة بسلطنة عمان،2002،ص 14.

انك من فقهاء البصرة وانك تستفتى فلا تفتين إلا بقرآن ناطق و سنة ماضية، فانك إن فعلت غير ذلك هلكت و أهلكت)[1].

الفرع الثاني: أصل تسمية المذهب الإباضي ومؤسسيه

أولا- أصل تسمية المذهب الإباضي :

نسبة تسمية المذهب الإباضي تعود إلى عبد الله بن أباض المري التميمي و هو تابعي من أهل العراق، عاصر معاوية بن أبي سفيان (ق 1هـ) و توفي في أواخر أيام عبد الملك بن مروان (ق1هـ)، فهي نسبة عرضية كان سببها بعض المواقف الكلامية و السياسية التي اشتهر بها ابن أباض، و تميز بها فنسب المذهب الإباضي إليه و لم يستعمل الاباضية في تاريخهم المبكر هذه التسمية، فكانوا يستعملون عبارة جماعة المسلمين أو أهل الدعوة و الاستقامة و أول ما ظهر استعمالهم لكلمة الاباضية كان في أواخر القرن الثالث الهجري[2] .

قال السيابي في معرض حديثه عن نشأة المذهب الإباضي و نسبته:(كان الإمام أبو الشعثاء و أبو عبيدة و أبو عمرو و العلامة صحار بن عباس، وضمام بن السائب و من انضم إليهم من رجالات العلم و العمل، و عبد الله بن أباض الركن الأكبر لهؤلاء، و عليه أطلق عليهم اسم الاباضية لكون عبد الله صار لهم بمنزلة الزعيم، لا انه عالمهم الذي يرجعون إليه في مهامهم و يصدرون عن فتاويه فيما يعينهم من أمر دينهم كبقية رجال العلم الذين صاروا لأتباعهم مرجعا،و لإخوانهم مصدرا علميا قلدوهم عليه واعتمدوا أقوالهم فيه، كابي حنيفة و الشافعي و مالك و ابن حنبل و من في معناهم من رجال العلم الذين اشتهروا في أيامهم ...) ثم أضاف قائلا: (و لما رأوا منا موافقة عبد الله بن أباض في إنكاره على من يسمونهم أمير المؤمنين أضافونا إليه و أطلقوا علينا اسم الاباضية نسبة لأبيه أباض لان عبد الله كان على وتيرة أبيه و كان أبوه أشهر منه فلذلك سموا هذه الأمة بذلك[3] .

---

[1] مهني بن عمر التيواجيني ،**أشعة من الفقه الإسلامي**، ط01 مطابع النهضة ، روي سلطنة عمان ،1996، ص65.

[2] مهني بن عمر التيواجيني ،**أشعة من الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، ص 65.

[3] السيابي سالم بن حمود بن شامس، **إزالة الوعثاء عن أتباع أبي الشعثاء**، مطابع سجل العرب، القاهرة ، مصر،1979، ط01، ص 50.

ومن أهم المناطق التي انتشر فيها المذهب الإباضي بفضل هؤلاء الأتباع و غيرهم هي: الكوفة و حضرموت والحجاز و عمان و خراسان و بلاد السند و الأندلس، و في إفريقيا كمصر و الجزائر و تونس و ليبيا و تنزانيا وغانا، وبفضل الحروب و التعصب المذهبي انحصر المذهب إلى مناطق محدودة و ما يزال أتباعه يحافظون عليه و يعملون على نشره و تعليمه كسلطنة عمان، ووادي ميزاب بالجنوب الجزائري، و جزيرة جربة بالجنوب التونسي، و جبال نفوسة بليبيا و أقلية في زنجبار بتنزانيا و في غانا[1].

ثانيا- مؤسسي المذهب الإباضي :

كقتادة و أيوب السختياني، و عمرو بن دينار، و حيان الأعرج، و أبي المنذر تميم بن حويص، و منهم من يأخذ عنه أكثر مما يأخذ عن غيره أو يكاد يختص بمجلسه كأبي عبيدة مسلم، و ضمام بن السائب، و أبي نوح صالح الدهان، و الربيع بن حبيب، و عبد الله بن إباض [2]

المطلب الثاني: مصادر التشريع و الاستدلال عند الاباضية

الفرع الأول: مصادر التشريع عند الاباضية

أولا- مصادر الاباضية:

تكمن المصادر الاستدلالية عند الاباضية فيما يلي:

- القرآن
- السنة
- الإجماع
- القياس

ثانيا- الاستدلال عند الاباضية

الاستدلال و يدخل تحت الاستدلال :

- الاستصحاب

[1] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق ، ص 16.

[2] نفس المرجع السابق ،ص 62-65.

- الاستحسان
- المصالح المرسلة
- سد الذرائع
- شرع من قبلنا
- العرف
- قول الصحابي، و عرفت بالأدلة المختلف فيها أو المصادر التبعية

و قد يطلقون على الإجماع و القياس و الاستدلال كلمة **(الرأي)**، فيقولون عندما يتحدثون عن مصادر التشريع و هي الكتاب و السنة و الرأي . لذلك أخطأ بعض من كتب عنهم، فظن أنهم ينكرون الإجماع [1].

الفرع الثاني: أشهر المؤلفات الفقهية عند الاباضية

أول من ألف فيه جابر بن زيد (ق 1هـ)، فقد ألف ديوانا شاملا للحديث، و التفسير، و الاستنباطات الفقهية، و أقوال الصحابة و التابعين، و لكن مع الأسف قد ضاع مع عوادي الزمن و لم يبق من تراثه إلا بعض الجوابات و الرسائل كرسالتيه في النكاح و الصلاة ، و ألف تلميذه أبو عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي كتابا في الزكاة و ترك تلميذه الربيع بن حبيب الفراهيدي مسندا في الحديث يسمى بالجامع الصحيح و هو معتمد الإباضية في الحديث ،و موسوعات فقهية إباضية كموسوعة بيان الشرع في 73 مجلدا لمحمد بن إبراهيم الكندي (ق 5هـ)و قاموس الشريعة لجميل بن خميس السعدي في 90 مجلدا و منهج الطالبين و بلاغ الراغبين في 20 مجلدا لخميس بن سعيد الشقصي (ق 11هـ) و شرح كتاب النيل و شفاء العليل في 17 مجلدا لمحمد بن يوسف أطفيش .و ديوان المشايخ و هو تأليف جماعي ألفه سبعة من الفقهاء الإباضية في 12 جزءا في العبادات و الأحوال الشخصية و المعاملات و القضاء و الأحكام .

[1] علي يحي معمر، **الإباضية مذهب إسلامي معتدل**، مطبعة الألوان الحديثة ، سلطنة عمان،1988، ط03، ص30.

أما المؤلفات المختصرة منها كتاب النيل و شفاء العليل لعبد العزيز الثميني و كتاب زكريا يحي الجناوني في نكاح و الصوم ،و كتاب الوضع[1].

- شرح كتاب النيل والشفاء العليل لقطب أمحمد بن يوسف اطفيش كتاب النكاح الذي يحتوي على 17 جزء .مكتبة الإرشاد جدة السعودية .

- منهج الطالبين وبلاغ الراغبين في عشرين مجلدا لخميس بن سعيد الشقصي الرستاقي العماني .

- إبراهيم الكندي بيان الشرع تحقيق سالم بن حمد بن سليمان الحارثي نسخة مخطوطة في مكتبة المضيرب ،سلطنة عمان ونسخة مطبوعة، طبعة 01 ، نشر وزارة التراث القومي ، سلطنة عمان،1993. و الذي يحتوي على 73 مجلدا .

الجناوني أبو زكريا يحي بن الخير له كتاب النكاح تعليق علي يحي معمر أعده للنشر سلمان محمد عون الله محمد ساسي زعرود بالمطابع العالمية عمان 1988.

[1] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا**_، مرجع سابق، ص20-21.

المبحث الثالث: لمحة عن قانون الأسرة الجزائري

من خلال هذا المبحث نتطرق الى لمحة عن قانون الأسرة قبل و أثناء و بعد الاستعمار الفرنسي

المطلب الأول: قانون الأسرة الجزائري قبل وبعد الاحتلال

الفرع الأول: قانون الأسرة الجزائري قبل الاحتلال

قبل الاحتلال الفرنسي للجزائر 1830 كانت أحكام الشريعة الإسلامية، هي القانون المعمول به والمطبق في جميع ميادين الحياة العامة ومنها نظام الأسرة، وكانت أحكام المذهب المالكي هي المطبقة على الأهالي في جميع ميادين الحياة العامة، بل كان المذهب المالكي تحديدا هو المطبق على الأهالي في كل أنحاء الوطن، باستثناء سكان الأتراك فقد كانوا يخضعون للمذهب الحنفي، وكذلك الإباضيين فقد كانوا يحتكمون بالمذهب الإباضي[1] .

وفي هذه الأثناء كان قضاة المحاكم الشرعية أو الإسلامية، كما يسمونها في ذلك العهد يطبقون أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الزواج والطلاق والوصية والميراث ويميلون أكثر إلى المذهب المالكي باعتبار أنه لم يكن يوجد لديهم أي قانون مكتوب يستندون إليه في محاكمهم ولا توجد نصوص شرعية تنظيمية تنظم إجراءات التقاضي باستثناء ما نص عليه المرسوم 29-12 - 1890 الذي نظم الأحكام الواجبة التطبيق حسب المذهب الإباضي في جنوب البلاد وما تضمنه مرسوم 8-12-1922 بشأن تطبيق التقاليد القبائلية وإنشاء ما يسمى بالنظام القضائي في مناطق القبائل[2].

أما في ما يتعلق بالقضاء الجزائي والتجاري والإداري وقواعد الإجراءات فقد كانت القوانين الفرنسية هي المطبقة على جميع البلاد وعلى جميع السكان دون تمييز، واستمرت هذه القوانين طيلة الاحتلال لذلك أصبحت المحاكم الإسلامية تختص بالفصل في قضايا الجزائريين المدنيين وكذلك مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والطلاق والتبرعات، وكان قضاة المحاكم جزائريون

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، حسب آخر تعديلاته، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر، 2007 ، ط01، ص 14 .

[2] عبد العزيز سعد ، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، ط01، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص 8.

مسلمون يحكمون في القضايا المطروحة أمامهم من أصول الدين رغم معرفتهم اللغة الفرنسية ، والأحكام الصادرة عن هؤلاء القضاة تقبل الطعن أمام القضاء الفرنسي وتسمى غرفة الطعون الإسلامية [1].

الفرع الثاني : قانون الأسرة الجزائري أثناء الاحتلال

بعد الاحتلال الفرنسي للجزائر استوطن عدد كبير من المدنيين والعسكريين من أصول أوربية، وهو ما أعاق اندماجهم مع الشعب الجزائري ، مما أثر على نظام البلاد وأدى بالفرنسيين إلى طمس النظام القضائي الجزائري واستبداله بنظام قضائي فرنسي، وبعد فشلهم تركوا الجزائريين وشأنهم يطبقون قواعد الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية .

وأول قانون مكتوب بشكل منظم يتعلق بالزواج والطلاق مهتم بشؤون الأسرة هو الأمر رقم 59/274 الصادر في 1959/02/04 والمتضمن في المادة منه أركان عقد الزواج واشتمل في الثالثة على قواعد تسجيل عقد الزواج وحفل الزواج، ونظم في مواده من 04 إلى 08 أحكاما تتعلق بالوعد بالزواج، وأهلية الزواج، وانحلال عقد الزواج، وما يمكن اتخاذه من إجراءات .

والمرسوم رقم 59-7082 المؤرخ في 17-09-1959 الذي تضمن لائحة تنفيذية لهذا الأمر والذي نص على توضيح نصوص متعلقة بانحلال عقد الزواج بالإضافة إلى قرار وزير العدل بتاريخ: 21-11-1959 والذي حدد أنواع الوثائق التي يجب في إبرام عقد الزواج وتقديمها إلى ضابط الحالة المدنية والمرسوم رقم 29-12-1890 المتضمن إنشاء المحاكم الاباضية في الجزائر، أما في ما يخص القواعد الأساسية الخاصة بالوصاية والولاية والحجر والغياب والفقدان نظمتها جميعا في القانون رقم 57/778 الصادر في 11 جويلية 1957 وظلت سارية إلى بعد الاستقلال.

أما في ما يخص الإجراءات واجبة التطبيق فقد نظمها الأمر المؤرخ في : 23-11- 1944 المتعلق بالنظام القضائي الإسلامي في الجزائر، حيث تضمن هذا الأمر قواعد القضاء المستعجل والحجر وقسم التركات والطعن والإلغاء.

[1] عبد العزيز سعد ، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد** ، مرجع سابق، ص 8.

وأحكام المرسوم 08-01-1970 المتعلق بالنظام القضائي في مناطق القبائل[1].

وظلت هذه القوانين تحكم الجزائريين في عهد الاستعمار الفرنسي بالإضافة إلى قوانين فرنسية ومحاكم فرنسية هي المسيطرة على قضايا المواطنين في ذلك العهد.

المطلب الثاني: قانون الأسرة الجزائري بعد الاستقلال

لما استردت الجزائر حريتها من الاستعمار الفرنسي، أخذ الجزائريون يفكرون في كيفية التخلص من الازدواجية والتبعية القضائية من القوانين الفرنسية وإنشاء جهاز قضائي يتلاءم مع متطلعات الشعب وحريتهم وتقاليدهم وإسلامهم، فكان أن صدر قانون رقم 63/218 المؤرخ في : 18-05-1963 يلغي ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن المحاكم الاستثنائية لينشئ مكانه المجلس القضائي الأعلى.

وبعد الاستقلال استمر القضاء المتعلق بالأسرة في الجزائر وفق النظام الفرنسي وذلك لسد الفراغ التشريعي والقانوني قبل أن يصدر قانون الأسرة خلال العام 1984، فصدرت قبله عدة قوانين متنوعة نظمت قواعد مختلفة أهمها إثبات وتقييد عقود الزواج وتحديد سن الزواج، وهذا من القوانين ، القانون المدني وقانون الحالة المدنية وقانون الإجراءات المدنية .

وبعد هذه المحاولات صدر قانون الأسرة عام 1984 بعد مناقشات عديدة وانتظار له دام عشرون سنة تقريبا.[2]

وما يلاحظ على هذا القانون هو أول قانون في الوطن العربي قنن أحكام الأسرة في قانون واحد يشتمل على جميع أحكام الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وأهلية وميراث فتميزه كمن في شموله هذه الصفة التي كانت تفتقدها القوانين العربية السابقة في الأحوال الشخصية مثل قانون حقوق العائلة العثماني سنة 1917 م وقانون حقوق العائلة الأردني وقانون الأحوال الشخص ية

[1] عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، ط01، مرجع سابق، ص9.

[2] العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،ص 20.

السوري ومجلة الأحوال الشخصية التونسية ومدونة الأحوال الشخصية المغربية وقانون الأحوال الشخصية العراقي وقانون المحاكم الشرعية السوداني 1967[1].

إن القانون الجزائري استمد أحكامه من المذهب المالكي مع الاعتماد على المذاهب الأخرى في بعض أحكامه إذا ادعت الحاجة، والقانون الجزائري مستمدا من أحكام الشريعة ومجسدا لهوية الأسرة الجزائرية، وهناك من اعتبر قانون الأسرة يقوم على مبدأ عدم المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق وأنه أنصف الرجل على حساب المرأة وأدى إلى الاحتجاجات على هذا القانون وامتدت إلى المحافل والمؤتمرات الدولية .

وعدل قانون الأسرة بعد الدراسة الطويلة والتي امتدت حوالي عشرين سنة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في :08 محرم عام 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005.

والقانون الجديد عدل قانون الأسرة رقم 84-11 حيث تم إلغاء المواد 12-20-38-39-67 وتم وعدل المواد (04-05-06-07-08-11-13-15-18-19-22-30-31-32-33-36-37-40-48-49-52-53-54-57-64-67-72-87).

كما أن التعديل الأخير لقانون الأسرة أدخل وأضاف مواد جديدة وهي:

- المادة 03 مكرر ،08 مكرر،08 مكرر 01 ،09 مكرر،45 مكرر،53 مكرر،57 مكرر.

من خلال هذا التعديل للنصوص القانونية من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم 05-02 والذي دام حوالي 20 سنة من التفكير والنقاش وإعادة النقاش التي مر بها خلال فترات متعددة، فإننا نعتقد أن مجرد صدور هذا القانون.

يعتبر نصرا مشرفا للمناضلين ومكسبا للقضاة والحقوقيين ومرجعا للمحامين وان كانت قواعده تتضمن نقصا في أحكامه، وتشتمل على بعض الغموض، ومع ذلك يعتبر هذا القانون مسندا ومكسبا للقضاة والمحاميين وكل طلاب القانون لهم.

[1] عبد القادر بن حرز الله ، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق ، ص16.

الفصـــل الأول

أحكام عقد الزواج الصحيح بين المذهبين المالكي و الإباضي والتشريع الجزائري

تمهيد

تعتبر أحكام الزواج من المباحث الفقهية والقانونية التي تحظى باهتمام كبير من الشرائح الاجتماعية لاتصالها بحياة الجميع وقد بينت الشريعة الإسلامية أحكام الزواج من القرآن والسنة، وأعطت للإنسان حقوقا كغيره من المخلوقات الأخرى مثل: الميراث، النسب، المصاهرة... وغيرها من الحقوق.

وقد حرص أهل الاختصاص من الفقهاء والقانونيين وأصحاب العلم والمعرفة على تجسيد الأركان والشروط عقد الزواج، في الفترة التي سبقت مشروع التعديل لقانون الأسرة الجزائري رقم 05-09 المؤرخ في:04 مايو 2005.

ونجد الكثير من الناس يبحثون في الفقه الإسلامي على اختلاف مدارسه ومذاهبه في قضايا الأسرة الذي تشهده الجزائر اليوم فأصبحت الفتوى بغض النظر عن منهجها ومذهبها تصل إلى المواطن.

ونظرا لتعدد الآراء الفقهية في أركان وشروط عقد الزواج فيزداد الباحث في حيرة أمام تعارض بعض الفتاوى واختلافها في خصوص قضايا الزواج.

وسوف تتم معالجة هذا الفصل من خلال المبحثين كما يلي:

المبحث الأول: مفهوم صحة عقد الزواج عند المذهبين المالكي و الإباضي و التشريع الجزائري .

المبحث الثاني: أركان وشروط إبرام عقد الزواج الصحيح بين المذهبين المالكي و الإباضي والتشريع الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم صحة عقد الزواج عند المذهبين المالكي و الإباضي والتشريع الجزائري

سنتناول في هذا المبحث تعريف عقد الزواج الصحيح عند المالكية و الاباضية ورأي المشرع الجزائري وحكمهو مشروعية الزواج مستدلا بالقرآن والسنة والإجماع.

المطلب الأول: تعريف صحة عقد الزواج عند المالكية و الاباضية والتشريع الجزائري

الفرع الأول: تعريف صحة عقد الزواج

أولا- تعريف الصحة في اللغة: يقال فلان صحيح ليس فيه مرض ولا علة، أي صحيح البدن ويختلف مدلول الصحة بين الفقهاء والأصوليين في العبادات والمعاملات.

عرف الأمدي والغزالي والسالمي الصحة بأنها عبارة عن موافقة أمر الشارع وجب القضاء أو لم يجب، إذ بموافقة أمر الشارع يحصل الثواب من فعل العبادات[1].

وتحليل هذا التعريف وهو موافقة الشارع لاشتماله على ما يعتبر فيه شرعا من الشروط والأركان، ومخالفا لعدم اشتماله على مايعتبر فيه شرعا .

إن أفعال المكلفين إذا وقعت مستوفية أركانها وشروطها حكم الشارع بصحتها، ومعنى أن أفعال المكلفين تقع صحيحة أنها تترتب عليها أثارها الشرعية ، فإذا كانت من العبادات برئت ذمة المكلف منها **(كالصلاة أو الحج)** المستوفى لجميع أركانه وشروط صحته .

و إذا كانت من المعاملات كانت صالحة لأن تكون مستندا للملكية ولاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات الناشئة عن التعامل.

ثانيا- تعريف عقد الزواج لغـــــة: إحكام الشيء وتقويته والجمع بين أطرافه بالربط المحكم، فيقال عقدت الحبل أي شددته وقويته وربطت بين أطرافه، ثم استعمل اللفظ في الربط بين كلامين فكانا لابد للعقد في حقيقته من طرفين أي من عاقدين.[2]

وهو في اللغة الازدواج والاقتران والارتباط، ومنه قوله تعالى:" احشروا اللذين ظلموا وأزواجهم وما كانوا يعبدون" سورة الصافات الآية 22، أي وقرناءهم، ومن معانيه أيضا النظام والتداخل

---

[1] الأمدي سيف الدين أبو الحسن علي ، **الأحكام في أصول الأحكام** ،ج1 دار الكتب العلمية ،بيروت ، ص112 .

[2] محمد بن أبي بكر الرازي، **مختار الصحاح**، ضبط وتخريج وتعليق الدكتور مصطفى الديب البغا، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة ،الجزائر، ،1990 ، ط04، ص 288.

والجمع والضم، يقال تناكحت الأشجار إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض، ويقال نكحت الحصى أخفاف الإبل أي دخلت فيها وتمكنت منها، ثم استعمل في الوطء مجازا[1] .

ثالثا – تعريف عقد الزواج شرعا:

اختلف العلماء في المعنى الشرعي للزواج على ثلاثة أقوال:

أ – أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد كالمعنى اللغوي من كل وجه، فمتى ورد النكاح في الكتاب والسنة بدون قرينة يكون معناه الوطء كقوله تعالى:" **وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا** " سورة النساء الآية 22، معناه في هذه الآية الوطء، إذ النهي يتصور منه لاعن العقد في ذاته لأن مجرد العقد لا يترتب عليه غيرة تنقطع بها صلات المودة والاحترام وهذا هو رأي الحنفية.

ب – أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء عكس المعنى اللغوي ويدل على ذلك كثرة وروده بمعنى العقد في الكتاب والسنة، ومن ذلك قوله تعالى: "حتى تنكح زوجا غيره وذلك هو الأرجح عند المالكية والشافعية.

ت – أنه مشترك لفظي بين العقد والوطء، وقد يكون هذا أظهر الأقوال الثلاثة لأن الشرع تارة يستعمله في العقد وتارة يستعمله في الوطء دون أن يلاحظ في الاستعمال هجر المعنى الأول وذلك يدل على أنه حقيقة فيهما[2]

اختلف الفقهاء في حقيقة النكاح في الشرع، فقال بعضهم هو الجماع نفسه، وقال بعضهم وهو العقد لأن العرب تسمي العقد نكاحا لأنه يبيح الوطء فسمي السبب باسم المسبب له.[3]

رابعا– معنى صحة عقد الزواج اصطلاحا: لا يبعد معنى العقد في اصطلاح الفقهاء عن معناه اللغوي بل هو في الواقع تقييد للمعنى اللغوي وحصر له وتخصيص لما فيه من العموم.[4]

ومن خلال هذا التعريف الاصطلاحي للعقد له معنى عام ومعنى خاص.

أ ــ المعنى العام:

---

[1] تفسير بن عرفة ، عن عبد القادر بن حرز الله،، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص 24.

[2] عبد القادر بن حرز الله، ، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص 25.

[3] مصطفى بن حمو أرشوم ، **النكاح صحة وفسادا** ، مرجع سابق، ص(34).

[4] محمد سعيد جعفور، **نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي**، دار هومة، 1998، الجزائر، ،ص 19

هو كل التزام تعهد الإنسان بالوفاء به سواء كان الالتزام في مقابل التام آخر،كالبيع ونحوه أم لا، كالطلاق واليمين، وسواء كان التزامه دينيا كأداء الفرائض والواجبات، أم التزاما دنيويا.

ب ــ المعنى الخاص:

وهو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين، وهذا هو المراد في الغالب لدى معظم الفقهاء عند إطلاق لفظ العقد على هذا المعنى الخاص[1].

وفي نفس المعنى فقد عرف فقهاء القانون العقد بأنه:

ارتباط إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، فينشأ العقد بارتباط إرادتين ولا تكفي الإرادة المنفردة لإنشائه[2].

الفرع الثاني: تعريف عقد الزواج عند المالكية :

ومفهوم الزواج عند المالكية عند إطلاقه يراد به العقد، فهو حقيقة فيه، وإطلاقه على الوطء، إطلاق مجازي بعكس مفهومه في اللغة، وفي رأي بعض المالكية أن النكاح مشترك بين كل من العقد والوطء، وإن كان أكثر استعماله في
العقد [3].

الزواج هو عقد لحل التمتع بأنثى غير محرم ومجوسية بصيغة لقادر محتاج أو راجي نسلا[4].

حل التمتع المراد به الاستمتاع والانتفاع والتلذذ وهو الباعث على العقد، والمعقود عليها هي الزوجة وأن تكون غير محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة.

عرف الزواج أنه عقد يفيد حل الاستمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، ويمكن القول أن الزواج هو عقد يتضمن إباحة الاستمتاع بالمرأة.

والنكاح يطلق على لفظ الزواج في المعنى الشرعي ونلاحظ أن القرآن استعمل لفظ النكاح أكثر من الزواج وكذلك الفقهاء وكل ذلك يفيد معنى واحد.

---

[1] محفوظ بن صغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري** ، رسالة دكتوراه كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة ، 2009 ، ص283.

[2] محمد حسن رفاعي العطار، **البيع عبر شبكة الانترنيت**، مصر،دار الجامعة الجديدة،2007، ص14

[3] أحمد الحصري، **النكاح والقضايا المتعلقة به**، دار ابن زيدون للطباعة والنشر للتوزيع، بيروت، 1986، ط 01، ص(08)

[4] عبد القادر بن حرزالله ، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص25.

وفي ذلك يقول أبو زهرة : وإذا كانت تعريفات الفقهاء لا تكشف عن المقصود من هذا العقد في نظر الشارع الإسلامي ، فإنه يجب بيانه بتعريف كاشف عن حقيقته والمقصود منه عند الشارع والعقلاء، ولعل التعريف الموضح لذلك أن نقول إنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطابع الإنساني ،وتعاونيهما مدى الحياة ويحد لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات[1].

النكاح هو ارتباط ناشئ عن إيجاب و قبول موافق لهذا الإيجاب قصد بهما إباحة المتعة بالآدمية على أن تسبق هذه المتعة إعلام و شهود[2] .

والأصل في النكاح دون اعتبار لحالة الشخص أنه مندوب وهو ما ذهب إليه الجمهور ،وقال أهل الظاهر بوجوبه، وقال المتأخرون من المالكية هو في حق بعض الناس وواجب، وفي حق بعضهم مندوب إليه، وفي حق بعضهم مباح وذلك بحسب ما يخاف على نفسه من العنت[3].

الفرع الثالث: تعريف عقد الزواج عند الاباضية:

وذهب جمهور الفقهاء الاباضية وآخرون إلى أن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء، لأنه مشهور في القرآن والسنة[4].

في حين نجد كل من المالكية و الاباضية وافقوا على تعريف الزواج : يطلق في الشرع على العقد والوطء، وأكثر استعماله في العقد .

- وخلاصة القول وافق المالكية على رأي الاباضية فقالوا : النكاح حقيقة التداخل، ويطلق في الشرع على العقد والوطء وأكثر استعماله في العقد والصحيح أنه لا يطلق على الصداق، وقيل ورد بمعنى الصداق في قوله تعالى: "وليستعفف اللذين لا يجدون نكاحا" سورة النور الآية 33 و لا خلاف في انه حقيقة في الوطء عند أهل اللغة، و أما إطلاقه عند العقد فقيل حقيقة، والصحيح أنه مجاز، وعلله فقيل مجاز مساو، وقيل راجح، وهو الصحيح.[5]

---

[1] أبو زهرة ، عن الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء**، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية ، بن عكنون- الجزائر ،2008 ط2 ، ص28/27.

[2] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق، ص 38.

[3] ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان ،1995، ،ص 393.

[4] اطفيش ، **شرح النيل والشفاء العليل**، مكتبة الإرشاد، جدة المملكة العربية السعودية ، 1985، طبعة03 ، ج 6 ، ص(05).

[5] الحطاب ابو عبد الله محمد ، **مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل**، دار الفكر ، سوريا، 1993، ، ط03، ج03 ،ص03-04.

واستدل جمهور المالكية و الاباضية على رأيهم من القرآن والسنة لقوله تعالى:" **فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ** " سورة البقرة الآية 230 ، ووجه الاستدلال حتى تتزوج و يعقد.

كما عرف الدكتور محمد مصطفى شلبي الزواج بأنه عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها وحل استمتاع المرأة به [1] .

الزواج استعملته العرب في اقتران أحد الشيئين بالآخر وارتباط كل واحد بالآخر بعد أن كانا منفصلين لقوله تعالى: "**وإذا النفوس زوجت**" أي قرنت بأبدانها أو بأعمالها لذلك شاع لفظ الزواج الرجل بالمرأة أي اقترانهم على سبيل الاستمرار والدوام.

الفرع الرابع: تعريف عقد الزواج في التشريع الجزائري وطبيعته القانونية

أولا- تعريف عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة **04** منه :

"**الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه: تكوين أسرة ،أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**[2]".

ويلاحظ في هذا التعريف القانوني أن المشرع صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة كما صرح بعنصر الرضا وفي المادة المعدلة،كما نص على ضرورة احترام الشرعية وذكر الغاية من عقد الزواج وآثاره القانونية ولم يتعرض المشرع لعقد الزواج وآثاره في هذه المادة والتي تتعلق بالمفهوم القانوني للزواج،ربما خشية من أن يظن أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة فعدل عن ذلك إلى ذكر الغاية منه[3] .

والملاحظ أن كلمة رضائي أضيفت بمقتضى التعديل للدلالة على أن الزواج يقوم على أساس الرضا بين الزوجين باعتباره عنصر جوهري في العقد وإذا اختل هذا الركن لم ينعقد هذا الزواج ويكون باطلا كما نصت عليه المادة **33** من قانون الأسرة فقرة **01** الآتي نصها : " **يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا** "[4].

---

[1] محمد مصطفى الشلبي ، **أحكام الأسرة في الإسلام**، دار الجامعية، بيروت-لبنان ، 1983، ط 04 ، ص46.

[2] قانون الأسرة رقم 11/84 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة .معدل و متمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير، سنة 2005 .

[3] العربي بلحاج ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** ، مرجع سابق، ط01، ص 31.

[4] قانون الأسرة المعدل والمتمم رقم 05-02 ،ص 21 .

ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد أغفل لموضوع عيوب الرضا كالإكراه المعنوي فالسؤال مطروح ماهو مصير الزواج؟.

والرضا يكون معبر عنه وخالي من العيوب التي تؤثر في صحته.

ثانيا- الطبيعة القانونية لعقد الزواج :

أنه يدخل في دائرة العلاقات التعاقدية ويختص هذا العقد بالاستمرارية والدوام، و انه يعتبر من العقود الفورية و يتطلب ذلك الإرادة والرضا أي الإيجاب والقبول ويترتب عليه الحقوق والالتزامات. وعقد الزواج قائم على شروط أساسية وضرورية لإنشائه وهذه الشروط تكون موضوعية وشكلية مثل: اختلاف الجنسين والأهلية في الزواج والعنصر النفسي ويعني به الإرادة والرغبة في الزواج بالإضافة إلى العنصر الاجتماعي والذي يتعلق بموانع الزواج والعنصر المادي المتمثل في الصداق.أما من الناحية الشكلية تسجيله في سجل الحالة المدنية لتترتب عليه الحقوق الزوجية .

و مما سبق ذكره إن المشرع قد وافق المذهبين في تعريف عقد الزواج من الناحية الفقهية و طبيعته القانونية .

المطلب الثاني: حكمه ومشروعيته عند المذهبين المالكي و الإباضي و قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: حكم عقد الزواج عند المذهبين

لابن القيم أن عقد النكاح يشبه العبادات في نفسه بل هو مقدم على نقلها، ولهذا يستحب عقده في المساجد، وينهى عن البيع فيها. فإذا تكلم به أحد رتب الشارع حكمه، وإن لم يقصده بحكم ولاية الشارع على العبد، فالمكلف قصد السبب والشارع قصد الحكم.

لم تزل الشرائع تعني بضبط أصل نظام تكوين العائلة الذي هو اقتران الذكر بالأنثى المعبر عنه بالزواج فإنه أصل تكوين النسل وتفريع القرابة بفروعها وأصولها وانتظام العائلات في الأمة أساس حضارتها لذلك الاعتناء بنظام الأسرة من مقصد الشرائع البشرية وكان ذلك من أول ما عني به الإنسان أن يثبت المرء انتساب نسله ، وجاءت الشريعة الإسلامية مهيمنة على الحق فكانت الأحكام التي شرعتها للأسرة أعدل الأحكام وأوثقها.

والمقصد الأصلي هو المحافظة على النسل من الانقطاع ،وجاء في إحياء علوم الدين للإمام الغزالي أن للزواج خمسة فوائد:

الولد وكسر الشهوة وتدبير المنزل وكثرة العشيرة ومجاهدة النفس بالقيام بشؤون الزوجات وأم الولد وهو الأصل المقصود وله وضع النكاح، والمقصود بقاء النسل أن لا يخلو العالم من جنس الإنس.

لقد جعل الشارع الزواج لغرض معين في المجتمع الإسلامي يهدف إلى تكوين أسرة متماسكة تكون بمثابة شجرة مثمرة، لذلك نجد اهتمام كبير من التشريع الإسلامي على هذه الرابطة المقدسة والحرص على تماسكها ونجد حكمة الزواج في مايلي:

- السكينة والطمأنينة في النفوس
- الإبقاء على النوع البشري بالتناسل الناتج عن الزواج الشرعي
- تكوين سلالة بشرية نظيفة.
- تعاون كل من الزوجين على تربية النسل و المحافظة على حياته
- تنظيم العلاقة بين الرجل و المرأة على أساس المودة و الرحمة و تبادل الحقوق و أداء الواجبات و تقاسم الأعباء.

الفرع الثاني: مشروعية عقد الزواج عند المذهبين المالكي و الإباضي

أولا – من القرآن:

شرع الله الزواج لتنظيم المعاشرة وفي ذلك ترتبط الأسرة برباط وثيق قائم على المودة والرحمة لقوله تعالى:

"**وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا** سورة النساء الآية 21.

فالزواج هو عماد الأسرة والمقوم الأول لها والأسرة هي الوحدة الأساسية لبناء المجتمع وفيه تسود معاشرة الألفة والأخوة الإنسانية.

قال تعالى:" فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾" سورة النساء الآية 03.

وقوله تعالى: "وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّـهُ مِن فَضْلِهِ ۗ وَاللَّـهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴿٣٢﴾" سورة النور الآية 32.

ثانيا – من السنة النبوية :

عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن الرسول ﷺ :" **يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر ، وأحصن للفرج ،ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء**".

من خلال نص الحديث يرغب الشباب للزواج من كان قادرا على تكاليفه المادية والمعنوية والصوم قاطع للشهوة من لم يقدر على الزواج .

عن معقل بن ياسر قال بلغنا أن النبي ﷺ قال : **تناكحوا تكاثروا فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة**[1].

حديث الرهط الثلاثة اللذين عزموا على أمور:

- الأول أن يصلي الليل أبدا.
- الثاني أن يصوم الدهر أبدا.
- أن يعتزل النساء فلا يتزوج أبدا.

فقال النبي ﷺ **(أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم ولكني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني).**[2]

ثالثا- من الإجماع:

أجمعت الأمة الإسلامية من بعد وفاة الرسول صلى الله علية وسلم لا نعلم خلافا عن ذلك إلى يومنا هذا على مشروعية النكاح لكل من قدر على تكاليفه ومستلزماته الضرورية،وقد اقتدى سلفنا الصالح أن الصحابة والتابعين للرسول ﷺ فتزوجوا النساء وداموا عليه ولم ينقل عن أحدهم مخالفة هذه السنة في الزواج والمداومة والمتابعة دليل على المشروعية[3].

والحكم الشرعي للزواج رغب فيه الإسلام كما علمنا من خلال الآيات والأحاديث النبوية، والحكم الشرعي الذي يناسب كل مكلف يختلف عن الآخر بالقدرات المالية والجسمانية والخلقية فالزواج يكون لبعض الناس واجبا والبعض الآخر غير واجب أو مستحبا

فالزواج تعتريه أحكاما تكليفية وهي :

---

[1] رواه أبو داوود والنسائي ،وصححه محمد الشوكاني : **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار** ،دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، بدون سنة ،ص (118).

[2] رواه أبو داوود والنسائي ،وصححه محمد الشوكاني : مرجع سابق ، ص (118).

[3] الزحيلي ،**الفقه الإسلامي وأدلته** ، دار الفكر، سوريا ، 1985 ، ط 2 ، ج08، ص(30).

- أن يكون واجبا في حق المسلم الذي يخاف على نفسه الوقوع في المعصية أو الزنا (العنت).
- أن يكون مندوبا إذا كان الشخص يتوق إلى الزواج ولكن يأمن على نفسه من الوقوع في الزنا لو لم يتزوج ولديه القدرة على تحمل مسؤولية الزواج .
- أن يكون مكروها لمن يخاف على نفسه الجور والميل أو لا يقدر على القيام بالواجبات الشرعية والزوجية فهنا يكره له الزواج وهذا يؤدي إلى الإضرار بالزوجة والضرر لا يكون في الزواج (لا ضرر ولا ضرار).

الفرع الثالث: رأي المشرع الجزائري من حكمة عقد الزواج ومشروعيته

وافق المشرع الجزائري المذهبين في الحكمة من الزواج وذلك من خلال المادة 04 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتعلق بقانون الأسرة أن الزواج من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة، الرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

ومن خلال ما ذكر نلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى اهتماما كبيرا للأسرة موافقا في ذلك آراء الفقهين المالكي و الإباضي حول حكمة الزواج.

المبحث الثاني: أركان و شروط إبرام عقد الزواج الصحيح بين المذهبين المالكي و الإباضي و التشريع الجزائري

اختلف الفقهاء في تحديد مدلول الركن والشرط وانعكاس هذا الاختلاف في تحديد عناصر عقد الزواج وهذا الاختلاف لا يترتب عليه اثر من حيث صحة الزواج ومشروعيته بحيث إذا اختل في الركن يجعل العقد باطلا ولا وجود له أما الشرط فيجعل العقد فاسدا.

المطلب الأول: أركان وشروط عقد الزواج الصحيح عند المذهبين المالكي و الإباضي و التشريع الجزائري .

لعقد الزواج أركان خاصة، ولكل ركن شروط عديدة ومختلفة، وقد وقع الخلاف في بعض الأركان والسؤال المطروح :

هل الأركان هي نفسها الشروط؟.

لم يتفق الفقهاء على أركان الزواج، فبعض الحنابلة يرون أن أركان عقد الزواج هو الصيغة فقط أي الإيجاب والقبول ، والشافعية يرون الأركان هي خمسة: الصيغة – الزوجة – الزوج– الولي– الشاهدان.

والمالكية يرون أن الأركان ثلاثة الصيغة والمحل والولي. ومن المالكية يرون أن الأركان أربعة: الولي – المحل – الصداق– الصيغة.

والخلاف في ذلك يعود للخلاف في معنى الركن ومعنى الشرط، فالركن عند الفقهاء ما به قوام الشيء ووجوده فلا يتحقق إلا به أو ما لابد منه أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء سواء كان جزءا منه أو خارج عنه.

أما الشرط فعند الفقهاء ما يتوقف عليه وجود الشيء وليس جزءا من ماهيته.

الفرع الأول : رأي فقهاء المالكية من أركان و شروط عقد الزواج

يرى جمهور المالكية حصر أركان الزواج في ثلاثة: **ولي – محل – صيغة.**[1]

أن أركان عقد النكاح أربعة وهي: **الولي ، الصداق، محل العقد (الزوج والزوجة) ، الصيغة (الإيجاب والقبول)** ويؤكد هذا ما جاء في متن خليل قوله:

" **وركنه ولي وصداق ومحل والصيغة: بأنكحت وزوجت** "[2] .

أولا – الولي:

شرعت الولاية في الإسلام حفاظا لحقوق العاجزين لسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها ورعاية لمصالحهم حتى لا تضيع، وأقام الشرع من يتولى أمر الولاية يحقق له النفع ويدفع عنه الضرر، والولاية عند المالكية عامة وخاصة.

أ – **الولاية الخاصة** : وهي تثبت لأشخاص معينين وهم ستة أصناف وهم: الأب ،أو وصيه،والقريب العصبة ، والمولى ، والسلطان وأسباب هذه الولاية ستة: الأبوة و الإيصاء و العصوبة والملك والكفالة والسلطنة[3] .

ب – **الولاية العامة:** تثبت بسبب واحد وهو الإسلام، تكون لكل مسلم على أن يقوم بها واحد منهم بأن توكل امرأة أحد المسلمين ليباشر عقد زواجها بشرط أن لا يكون لها أب أو وصي ويشترط أن تكون دنيئة وهي المرأة الخالية من الجمال والمال والحسب والنسب (بنت زنا) أو المعتوقة من الجواري.

ثانيا– الصيغة:

وهو اللفظ الدال على حصول الزواج وتحقيقه إيجابا وقبولا والإيجاب هو التعبير على الرضا والقبول يصدر من الطرف الثاني دليل على موافقته.

وكذلك يقصد بالصيغ اللفظ الدال على حصول الزواج وتحقيقه بالإيجاب والقبول وتكون باللفظ الصريح فلا تكفي الإشارة ولا الكتابة مع القدرة على النطق كأن يقول الولي :"**أنكحتك ابنتي فلانة**"

---

[1] الشرح الكبير عن عبد القادر بن حرزا لله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** ، مرجع سابق، ص50.

[2] صالح الأزهري، **جواهر الإكليل شرح مختصر الخليل**، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ، بدون سنة، ص(277).

[3] عبد القادر بن حرزا لله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص 60.

أو موكلتي ويقول الطرف الثاني: "**قبلت ورضيت**" ولو قامت قرينة على الهزل والمزاح إذا كانا راشدين لقوله ﷺ: "**ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق**".

أن تكون صيغة العقد بالألفاظ الواضحة والدالة على الزواج بإجماع الفقهاء أي التعبير عن إرادتي الطرفين سواء كانت هذه الألفاظ حقيقة لغوية في دلالتها عليه،أم مجازا يكون الرضا بكل لفظ يفيد معنى النكاح أي الإيجاب والقبول وكل لفظ يفيد التزويج في عرف الناس يجوز العقد به مثل لفظ الزواج والنكاح، والألفاظ الدالة على تمليك الأعيان في الحال بغير عوض كلفظ الهبة وقد أخذ بذلك مالك وأبو حنيفة وابن حنبل استنادا لقوله تعالى :" **وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ** "، سورة الأحزاب الآية 50 . الألفاظ الدالة على تمليك الأعيان في الحال بعوض، إذا قصد بها معنى الزواج، ومن كان على هذا الرأي، يفسره بأن اللفظ الذي اقترن بما يدل على إرادة إبرام عقد الزواج،يفيد ملك العين الذي يقتضي حل المتعة، كان مستعملا في حقيقة معنى الزواج ،فيجوز [1].

ثالثا– الرضا:

إن عقد الزواج لا يتم إلا إذا ثبت وضوح الطرفين إرادة حقيقية يربطا مصيرهما كل واحد راضي على الزواج وبالتالي فالرضا هو الذي يعبر في آن واحد عن إرادة كل من الزوجين وإرادة المتعاقد تتحدد إثر مراحل نفسية وعليه فإن الرضا هو الذي يحقق مشروع الزواج ويجعله تصرفا قانونيا ويرتب آثارا قانونية، لذا فالخطبة ليس لها مفعول والتعبير على الإرادة كل عمل أو تصرف يهدف إلى إخبار الغير اتجهت إليه الإرادة والتعبير عن إرادة باللفظ الصريح أو بالكتابة أو الإشارة المتداولة ،وفي ذلك يقول أبو زهرة لا ينعقد الزواج إلا بالألفاظ الدالة عليه.

رابعا–الصداق:

هو ما يعطى للزوجة مقابل الاستمتاع بها، ويسمى مهرا أو صداق مشروع في الكتاب والسنة وهو واجب على الزوج يدفعه للزوجة ليحل فرجها، والصداق يكون مما يجوز تملكه ويكون حلالا وأن يكون معلوما وأن يسلم من الغرر، ويجب قبل الدخول أو بعد الدخول ويسمى بصداق المثل.

[1] الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ، مرجع سابق، ط 02، ص (41).

هو واجب على أنه حكم من أحكام الزواج التي تترتب عليه عند إتمامه ،وهو كذلك أثر من آثاره التي تثبت بعده، فإن لم تحصل تسمية الصداق فالعقد صحيح ويجب فرض للزوجة صداق المثل والصداق يجب بالدخول أو بغير دخول ، والصداق هو ما يدفع للزوجة نحلة من نقود أو غيرها.

خامسا–الشاهدان :

والقصد من اشتراط الشهادة في عقد الزواج هو إظهار الزواج وإعلانه بين الناس دون إنكاره من احد الزوجين فلا بد من مراعاة الشهادة عليه، ومن شروط الشاهدين العقل والبلوغ والإسلام أما العدالة في الشاهدين فاختلف فيها الفقهاء حيث يرى الشافعية والمالكية وأحمد اشتراط العدالة في الشهود، وذهب الحنفية إلى القول بعدم اشتراط العدالة في شهود عقد الزواج حيث يصح شهادة الفاسق وذلك لعموميات النكاح المتعلقة بالشهادة مطلقة عن الشرط والرأي الراجح هو رأي الفقهاء باشتراط العدالة لقوله ﷺ: "**لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل**"[1]

أن الشهادة ليست شرطا لإنشاء العقد بل الشرط هو الإعلان فلا تكفي الشهادة للإعلان فلو اتفق الزوجان مع الشاهدين على كتمان العقد وعدم إذاعته يكون العقد باطلا ويجب فسخه قبل الدخول كما يفسخ بعده فإذا طال الوقت بعد الدخول فيصح العقد ويعاقب الزوجان والشهود لأنه يعتبر نكاحا في السر[2] .

كما أن المالكية استحبوا الشهادة عند العقد إلا أنهم لم يكتفوا بها لوحدها في إعلان النكاح بل اشترطوا أن يشهر الزواج زيادة على الشهود.

اتفق الفقهاء على أن الشهادة شرط في صحة الزواج فلا يصح إلا به شاهدين اثنين غير الولي وروى الترمذي عن ابن عباس من قوله ﷺ: **(البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة)** [3]، وتأكيدا لشرط الشهادة قال المالكية يفسخ نكاح السر وهو الذي يوصي فيه الزوج الشهود بكتمه عن جماعة ولو أهل المنزل.

---

[1] الترمذي، ابو عيسى محمد ، **سنن الترمذي (كتاب النكاح الصحيح)**،رقم الحديث 1101، دار الكتب العلمية بيروت– لبنان، ص407.

[2] محمد بن عرفة الدسوقي، **شرح الكبير لمختصر الخليل**، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت– لبنان، بدون سنة، ج03، ص(116).

[3] نيل الأوطار ، عن عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** ، مرجع سابق، ص 142.

ويرى المالكية أن الشهادة شرط لصحة الزواج سواء أكانت عند إبرام العقد أم بعد العقد وقبل الدخول ، ويستحب فقط كونها عند العقد، فإن لم تصح الشهادة وقت العقد أو قبل الدخول، كان العقد فاسدا، والدخول بالمرأة معصية، ويتعين فسخه كما بينا فالشهادة عندهم شرط في جواز الدخول بالمرأة لا في صحة العقد[1].

الفرع الثاني : رأي الفقهاء الإباضيين من أركان و شروط عقد الزواج الصحيح

أولا– الرضا:

يرى جمهور فقهاء الاباضية أن عقد النكاح لا يتم إلا بأربعة عناصر وهي: **الولي ،الناكح (الزوج)،الشهود،رضا المرأة** . وكل عقد اختل فيه أحد هذه العناصر فهو باطل مردود لا ينعقد،وجاهل من عقده[2] .

بينما نجد بعض الاباضية يكتفي بذكر : **ولي المرأة ، والزوج ، والشاهدين** ، ولم يذكر رضا المرأة .

ولعله اعتبر رضا ولي المرأة يقوم مقامها لأن المرأة لا تحضر مجلس العقد.[3]

قال أبو إسحاق الخضرمي لا يتم النكاح إلا بأربع خصال إحداهما الولي، الثاني رضا المرأة والثالث قبول الزوج والرابع حضور الشاهدين[4].

ثانيا–الصداق:

وبعض فقهاء الاباضية اعتبروا الصداق من أركان عقد النكاح ،(إنما يتم النكاح بولي وشهود ورضا وصداق[5].

وقد علق على هذا القول علي يحي معمر قائلا: "مفهوم هذه العبارة أن أركان النكاح هي : **الولي ،الشهود ، الرضا ،الصداق).**فإذا تخلف واحد منها لم يتم النكاح والمعمول به عند الاباضية أنه لو تخلف الولي أو الشهود عن العقد لم يتم .أما الرضا فإن وقع قبل المس ولو بعد العقد فالنكاح

---

[1] نيل الأوطار ، عن عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** ، مرجع سابق، ص 143.

[2] خميس الشقصي ، **منهج الطالبين وبلاغ الراغبين** ، وزارة التراث القومي و الثقافة، سلطنة عمان ،1984 ، ج 15، طبعة 01 ، ص(78).

[3] مصطفى بن حمو أرشوم ، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق، ص(44).

[4] أبو إسحاق الخضرمي، **مختصر الخصال** ، نشر وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان،1983، ط01، ج 02 ، ص157.

[5] الجناوني أبو زكريا يحي ، **كتاب النكاح** ، المطابع العالمية روي، سلطنة عمان،1988، الطبعة 03، ص(84).

صحيح أما إذا وقع بعد المس فإن كان مغالبة فإن الزوج عاصي،وتحرم المرأة على ما رجحه القطب وبكلي ويثبت الصداق والنسب .[1]

ثالثا- الصيغة:

يرى جمهور فقهاء الاباضية أن صيغة العقد الواضحة باللفظ الصريح لا تكفي بالإشارة ولا بالكتابة مع القدرة على النطق، وقال صاحب سراج السالك (الركن الرابع من أركان النكاح الصيغة التي يتم بها العقد لاشتمالها على الإيجاب والقبول بالإفصاح)؛ أي باللفظ الصريح فلا تكتفي الإشارة ولا الكتابة مع القدرة على النطق[2].

ولم يجز الاباضية لفظ الهبة لإثبات النكاح خاص بالنبي ﷺ لقوله تعالى:

" وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ۗ ، ويترتب عليه أن من وهب ابنته لرجل واشهد على ذلك ودخل عليها ، يفرق بينهما ولا تحل له أبدا؛ لأن الفروج لا توهب كما جاء في عبارة صاحب منهج الطالبين حيث قال: (ومن وهب لرجل ابنته أو امرأة هو وليها ويلي تزويجها فقبل الرجل المرأة ودخل بها فليس هذا بنكاح، ولو شهد الشهود على الهبة فالفروج لا توهب ، ويفرق بينهما ولا تحل له أبدا، وإن دخل بها فلها مثل صدقات نسائها وإنما كانت الهبة للنبي ﷺ وذلك ما خصه الله به دون أمته)[3].

رابعا- الشاهدان :

ورأي جمهور الفقهاء من الاباضية والحنفية والشافعية والحنابلة حيث ذهبوا إلى أنه لا يصح عقد النكاح بدون حضور شاهدين للدلالة السابقة وخطورة عقد النكاح لأن الشارع طلب إعلان الزواج لإظهار قدره وإشهاره بين الناس ليتبين الفرق الواضح بين الحلال والحرام وبين النكاح والسفاح فتنقطع ألسنة السوء وتغلق الباب أمام كل من يحاول إنكار عقد الزواج[4] .

الإباضيين كرهوا نكاح السر وان كانوا الشهود في الملأ من الناس إن استكتموهم أو طلبوا منهم الكتمان ورغم جملة قول الاباضية والجمهور جواز العقد إذا كان بشهود وولي مع كراهتهم له لأنهم

---

[1] معمر علي يحي ، **الاباضية مذهب إسلامي معتدل** ، مطبعة الألوان الحديثة ، مسقط- سلطنة عمان ،1988، طبعة 03 ،ص(84).

[2] عثمان الجعلي ،**سراج المسالك شرح أسهل المدارك**، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت-لبنان ، سنة 1988، ج 01 ، ص 42.

[3] خميس الشقصي، **نهج الطالبين وبلاغ الراغبين** ، مرجع سابق ، ج15، ص(77).

[4] ابن بركة :أبو محمد عبد الله، **كتاب الجامع**، دار الفتح ، بيروت-لبنان، 1973، ج02، ط02، ص (122).

حملوا ذلك النهي على الكراهية، ويفهم من هذا أنهم لا يقولون بفساد نكاح السر والتفريق بينهما، لأنه يمكن أن يراد بوجوب الإعلان التأكيد مجرد نفي السر بدون أن يعتبر هناك غيره[1].

لقد أجمع الفقهاء المسلمون على أن المقصود من حضور الشاهدين عند إنشاء عقد الزواج هو شهر الزواج وإعلامه بين الناس.

وعقد الزواج هو جدير بكل تقدير ولذا فإن الشارع حرص على إعلان الزواج وأكد على إشهاره بين الخاص والعام ليتضح الفرق بين الحلال والحرام ما روي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: " **أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف**"[2].

قال أبو بكر الصديق: "**لا يجوز نكاح السر حتى يعلن عنه ويشهد عليه** "[3].

خلاصة القول:

أن الإباضيين لم يحددوا أركان النكاح بين فقهائهم المتقدمين والمتأخرين واضطربت عباراتهم في التمييز بين الأركان والشروط وعلى فرض أنها أركان كما وصفها المتأخرون فيمكن القول أن هناك اختلاف فيما بين الفقهين المالكية و الاباضية في حين نجد توافق بين المذهبين في اعتبار أن الولي والزوج من عناصر العقد واختلفوا في الصداق ورضا المرأة والشهود والصيغة .

- يرى الاباضية الشهادة من أركان العقد بينما المالكية يعتبرها شرطا في تمام العقد .
- يرى الاباضية رضا المرأة من العناصر الأساسية للعقد باختلاله يبطل العقد، ويرى المالكية من شروط صحة العقد.
- يرى الاباضية الصداق من شروط كمال العقد ويمكن أن يتم إنشاء العقد بدون تسمية الصداق وهو ما يسمى بنكاح التفويض، ويجب بالدخول بينما المالكية يعتبرون الصداق من أركان عقد الزواج .
- أن تكون صيغة العقد منجزة ما ينعقد بها الزواج ويترتب عليه آثاره في الحال بمعنى أن تكون الصيغة قاطعة في إنشاء العقد .

---

[1] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق، ص(63-62).

[2] رواه الترمذي، أبو عيسى محمد، **سنن كتاب النكاح**، مرجع سابق حديث رقم 1089،ص(398).

[3] ذكره أحمد ابن حنبل في رواية عن ابنه عبد الله انظر الشوكاني،نيل الاوطار،المرجع السابق،ص 142-143

وعقد الزواج لا يقبل الصيغة المضافة لزمن المستقبل مثل أن يقول الرجل للمرأة أتزوجك بعد ثلاثة أيام فتقول المرأة قبلت فهذه الصيغة تبطل العقد وكذلك الصيغة المعلقة على شرط فلا يصح بها العقد وقد اقر الفقهاء بطلان هذين النوعين من الزواج وهما الزواج المؤقت وزواج المتعة.

- أن تكون الصيغة مفيدة للدوام والاستقرار.
- أجاز مالك و ابن حنبل و الحنفية زواج الهبة اما الاباضية لم يجز زواج الهبة لانها خاصة بالنبي و الفروج لا توهب.

نستخلص من الرأيين ما يلي :

واتفق جمهور الفقهاء المالكي و الإباضي باعتبار أن الصداق يعتبر شرطا وليس ركنا من شروط صحة العقد ولا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى : "**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا** سورة النساء (الآية رقم 04).

وقوله تعالى :" **فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**" سورة النساء (الآية 25).

في حين نستنتج أن فقهاء المالكية و الاباضية رغم اتفاقهم في تحديد مدلول الركن والشرط إلا أنهم اختلفوا في تطبيق ذلك أي في تحديد عبارات الأركان والشروط والتمييز بينهما واعتبروه أركانا قد يكون شروط كالصداق والشهود لأنهما لا علاقة لهما بنشوء العقد ووجوده.

ومما سبق ذكره نلاحظ أن الاباضية لم يحددوا أركان النكاح حسب عبارتهم بشكل صريح وبين، خاصة عند المتقدمين منهم، ومن ثم فلا يمكن الجزم بأن تلك العناصر الأربعة التي ذكروها هي أركان العقد، وعلى فرض أنها أركان، كما وصفها المتأخرون منهم، فيحصل لدينا اختلاف في بعضها مع المالكية[1]

و نلاحظ أن الفقهاء حرصوا على توضيح أركان و شروط عقد الزواج و ما يترتب عليه من نتائج و مسؤولية . و عقد النكاح من الأمور التي لا تقيل الهزل قال صلى الله عليه و سلم: " **ثلاث جدهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق و الرجعة** "[2].

[1] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا** ، مرجع سابق، ص 47.

[2] أخرجه الترمذي عن أبي هريرة حديث و قال حسن سنن النكاح عيسى محمد، مرجع سابق، حديث رقم 1184، ص49.

وعقد الزواج لا ينبغي أن يخلو من الشهود مع إعلان الزواج أو إشهاره قبل الدخول حتى لا تكون هناك شبهة.

الفرع الثالث: رأي المشرع الجزائري من أركان و شروط عقد الزواج الصحيح

بناءا على المادة 09 من قانون الأسرة "**ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين'**

أي بالإيجاب والقبول من الطرفين بكل لفظ يفيد المعنى الشرعي للزواج لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة أو كل لفظ يفيد معنى الزواج وهذا ما تؤكده المادة 10 من نفس القانون .

والرضا في عقد الزواج عنصر أساسي لا يمكن أن ينعقد العقد إلا به، والرضا عنصر أساسي في جميع العقود، حيث أن أطراف العقد يعبر عن إرادته في التعاقد من الطرف الثاني على عمل من الأعمال الشرعية والقانونية ومتى صدر التعبير فهو توافق بين إرادتين على إحداث أثر قانوني وشرعي وهو عقد الزواج.

ولما كانت الإرادة أمرا خفيا لا يعلمها إلا صاحبها فإنها كانت في حاجة إلى ما يظهرها إلى الوجود ويصح عنها بقول يصدر من العاقد ويتلفظ به اللسان أو بقول مكتوب أو إشارة أو فعل من الأفعال الدالة على الرضا في العقود وهو ما يسمى بصفة العقد.

من خلال نص المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد جعل الرضا الركن الوحيد من أركان الزواج وإذا اختل هذا الركن يبطل العقد ،و الجدير بالذكر أن الإباضيين يعتبرون رضا المرأة من العناصر الأساسية للعقد فهي في درجة الأركان والتي باختلالها يبطل العقد وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في حين نجد المذهب المالكي يعتبر رضا المرأة من شروط صحة العقد .

ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد ألح في المادة 09 من قانون الأسرة على توفر الرضا بين الزوجين كركن لانعقاد الزواج لكنه سكت عن الطريقة التي يعبر بها الطرفين عن إرادتهما ورضائهما بالزواج ،ولم يذكر ما إذا كان يجب أن يكون التعبير شخصيا في مجلس العقد أو يكون بواسطة الولي أو الوكيل وهذا خلافا للقانون السوري في المادة 08 والقانون المغربي في الفصل العاشر من مدونة الأحوال الشخصية[1].

[1] عبد العزيز سعد ،**قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد** ، مرجع سابق، ص39.

بناء على المادة 09 مكرر من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة : "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج
- الصداق
- الولي
- الشاهدان
- انعدام الموانع الشرعية للزواج.[1]

من خلال نص المادة سالفة الذكر نلاحظ أن المشرع الجزائري جعل **أهلية الزواج** من شروط العقد وحدد شروط معينة حيث ربط سن الزواج بالأهلية وهذا لا يتصل بالبلوغ وحسب الأحكام العامة للشريعة الإسلامية فإن شروط انعقاد عقد الزواج التي يجب توفرها عند إنشاء العقد أن لا يكون أحد المتعاقدين فاقدا للأهلية ، والسن المعين للزواج حدده الشرع بالبلوغ ولا صلة له بسن الرشد كما ورد في المادة 40 من القانون المدني، التي حددت سن الرشد بـ 19 سنة[2].

و نصت المادة 07 من قانون الأسرة 05-02 و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج و من خلال هذه المادة القاصر المتزوج يكتسب أهلية التقاضي أمام القضاء في كل ما يتعلق من حقوق و التزامات في عقد الزواج .

و نلاحظ أن المشرع الجزائري ساوى بين الرجل والمرأة في سن أهلية الزواج، وهذه المساواة شكلية أكثر منها مساواة جوهرية، حيث أن المجتمع الجزائري يشكو من العنوسة ولا يشكو من الزواج المبكر ونلاحظ أن هذه المادة مستنسخة من النص القديم الصادر في أوائل شهر ماي 1930 ، حيث استعمل كلمة قاضي ولم يستعمل كلمة رئيس المحكمة في مجال منح رخصة الإعفاء من سن أهلية الزواج .

وقد أجاز المشرع الجزائري انعقاد الزواج للقاصر بالنسبة للمرأة، وفي هذه الحالة فلا يترتب على إبطال العقد أو فسخه وهذا ما تؤكده المادة 11 الفقرة 02 :(يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب ،فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له)[3].

---

[1] قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

[2] القانون المدني الجزائري ،ط 2011-2012.

[3] قانون الأسرة الجزائري ، مصدر سابق.

- "**أما المرأة الراشدة فتعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره)** المادة 11الفقرة 01 من نفس القانون سالف الذكر.

- من خلال هذه الفقرة نجد أن المشرع الجزائري جعل الولي من شروط العقد وأجاز للمرأة الراشدة أن تختار أي رجل لولايتها وهذا يعتبر خروجا عن الفقهين واختلاط الولي بالشاهد.

- فيقول أبو زهرة أنه يجيز لها أن تنشئ العقد بنفسها ومن يتولاه يكون وكيلا عنها إذا كانت بالغة، عاقلة ، وعند جمهور الفقهاء وليها يتولى عنها من غير توكيل،إذ هو الذي يملك إنشاء العقد وإن كان لابد من رأيها فلا حاجة إلى توكيلها ، وإنما الحاجة إلى رضاها [1].

- و من المادة 13 من نفس القانون عدم جواز للأب أو غيره على إجبار القاصر التي هي في ولايته على الزواج. و هذا ما ذهب إليه الفقهاء أن الرضا نص عليه القانون و الفقهاء المذهب المالكي و الفقه الإباضي المعبر عنه بالصيغة و هي التعبير الخارجي عن الرضا .

- *من المادة 14 من نفس القانون **الصداق** هو ما يدفع للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء .من خلال هذه المادة أن المشرع جعل الصداق من شروط الزواج و هو ملك لها مقابل حلية الاستمتاع و لم يحدده و يعتبره من الصداق ما جرى عليه العرف و هذا ما يسمى في المجتمع الجزائري جهاز.

- لم يتفق المشرع الجزائري مع الفقه الإباضي في الصداق و اعتبره هذا الأخير من شروط كمال العقد و الفقه المالكي من الأركان و المشرع من شروط العقد .

- أخذ القانون الجزائري برأي الفقهاء في اشتراط **حضور الشاهدين** لصحة عقد الزواج عن طريقهم يتحقق الإشهار والعلنية من المادة 09 مكرر ولكنه لم يرتب على انعدامها البطلان بعد الدخول طبقا لما جاء في المادة 33 الفقرة 02 من قانون الأسرة من أنه :(إذا تم الزواج بدون شاهدين فإنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ، والمشرع الجزائري يجعل من غياب الشاهدين سببا من أسباب الفسخ إذا حصل وحده ولم يقترن بسبب آخر، وفي حالة غياب الشهود يتحول العقد السبب من أسباب البطلان.

- الشهود : اعتبر المشرع الجزائري الشاهدان من شروط عقد الزواج في حين نجد الفقه الإباضي جعلوا الشهود من الأركان . و الفقه المالكي جعل الشهود شرطا للدخول فقط.

[1] أبو زهرة محمد ،**محاضرات في عقد الزواج وآثاره** ، دار الفكر العربي ، مصر، 1971، ط01، ص(179).

- أن يكون العاقد مسلما، فإن عقد غير مسلم على مسلمة بطل العقد، بناءا على المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري يحرم من النساء مؤقتا زواج المسلمة مع غير المسلم، ومن خلال هذه المادة اعتمد المشرع الجزائري رأي الجمهور

– لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى الشهادة بشكل دقيق حيث جعل الشهادة من شروط الزواج ولم يهتم القانون للشروط الواجب توفرها في الشاهد سواء كان مسلما أو غير مسلم أو صالحا أو غير صالح شرعا للشهادة رجلا أو امرأة ،كبيرا أو صغيرا مع العلم أن قانون الحالة المدنية ينص في المادة 33 منه على وجوب بلوغ الشاهد سن الواحد والعشرين سنة لتقبل شهادته في عقد الزواج وما يترتب من آثار على الإخلال بشرط الشهادة في عقد الزواج، وإذا تم عقد الزواج بدون شاهدين يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، إذا فالإشهاد شرط من شروط عقد الزواج من فقهاء المالكية حيث أنهم لا يشترطون الإشهاد في عقد الزواج وإنما يشترطون الإشهار والعلنية ،وذلك لإثبات الزواج وإخراجه من السرية[1].

المطلب الثاني: شروط إبرام عقد الزواج الصحيح بين المذهبين المالكي و الإباضي و التشريع الجزائري

الفرع الأول: شروط العاقد عند المذهبين المالكي و الإباضي

أولا– يشترط الفقهاء في العاقد أن يكون أهلا للعقد وأن يكون بالغا ،قادرا ،عاقلا، مميزا ،غير مجنون ولا معتوه، فإن العقد يعتمد أساسا على الإرادة والقصد والرضا من العاقد وتجعل تصرفاته قانونية يترتب عليها آثارا بمجرد نشوء العقد.

و إذا كان احدهما ناقص الأهلية انعقاده موقوفا على إجازة من له الإجازة ليمكن تلاقي الضرر المحتمل من هذا العقد.

واختلف الفقهاء في خصال الكفاءة فعند المالكية اثنان هما الدين والحال أي السلامة من العيوب المثبتة للخيار، لا الحال بمعنى الحسب والنسب[2].

- أن يكون المزوج لفاقد الأهلية أو ناقصها أو المعتوه الأب أو الجد المعروفين بحسن التصرف .

---

[1] عبد العزيز سعد ، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، مرجع سابق ، ص 45–46.

[2] عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، مرجع سابق، ط1 ص 68.

- أن لا يكون الزوج قد غرر في أمور تتعلق بكفاءته كأن يدعي نسبا معينا ثم ظهر كذبه كان العقد غير لازم بالنسبة للزوجة ولها حق طلب الفسخ.
- أن لا يكون في الزوج عيب من العيوب الموجبة للفسخ وهي العيوب المستحكمة التي لا تستطيع الزوجة أن تعيش معها إلا بضرر واضح.

ثانيا– أن يتولى عقد النكاح الولي نيابة عن الزوجة سواء كانت كبيرة أو صغيرة عاقلة أو غير عاقلة ، فإن توليته هي أو وكيلها دون رضا الولي كان العقد باطلا عند الاباضية والمالكية، وهو قول الجمهور والعلماء[1].

واستدل الفقه الإباضي والمالكي على اشتراط الولي في العقد من القرآن والسنة لقوله تعالى :" **فانكحوهن بإذن أهلهن**" سورة النساء الآية 35 ، وعن أبي بردة بن أبي موسى عن أبيه رضي الله تعالى عنهما قال رسول الله ﷺ:" **لا نكاح إلا بولي**" [2]

وعن عائشة أن النبي ﷺ قال :" **أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له**"[3] .

ثالثا– أما العاقد المجنون و غير المميز فعقده باطل بطلان مطلق.

الفرع الثاني : شروط المعقود عليه (الزوجة) عند المذهبين المالكي و الإباضي

أجمع جمهور الفقهاء على عقد الزواج الصحيح أن تتوفر شروط الزوجة على ما يلي:

أولا– أن تكون الزوجة محلا للعقد

ثانيا– أن لا تكون محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا.

ثالثا– أن تكون المرأة المعقود عليها معلومة عند الزواج باسمها في مجلس العقد وان لم يذكر اسمها لا يصح العقد.

---

[1] اطفيش ، **شرح النيل**، ،المرجع السابق، ج 06، ص(101).

[2] رواه أحمد والأربعة وصححه ابن المديني و الترمذي، وابن حيان وأعل بالإرسال، ينظر الصنعاني محمد :سبل السلام، نشر دار الكتب العربي بيروت لبنان سنة 1995 . ج3، ط8 ، ص249.

[3] رواه الخمسة إلا النسائي أنظر الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ، المرجع السابق، ج06، ص134.

قال القطب : " يجب تعيين المنكوحة باسمها و لو واحدة فلو قال زوجتك بنتي أو أمتي و عنده بنت واحدة أو امة واحدة لم يجز و قيل جائز فيما بينهم و بين الله و لا يشهد به قلت هو جائز في الحكم أيضا عندي أن عرفت بذلك فيشهد به و أن زوجها بغير اسمها فرقا و لو مست و قيل يجوز عند الله إذا أرادها والشهود والزوج "[1].

رابعا– أن لا يقل مهرها عن مهر أمثالها من قوم أبيها إذا زوجت نفسها.

الفرع الثالث: شرط حضور الشاهدين عند المذهبين المالكي و الإباضي

لقد أجمع الفقهاء المسلمون على أن المقصود من حضور الشاهدين عند إنشاء عقد الزواج هو شهر الزواج وإعلامه بين الناس.

وعقد الزواج هو جدير بكل تقدير ولذا فإن الشارع حرص على إعلان الزواج وأكد على إشهاره بين الخاص والعام ليتضح الفرق بين الحلال والحرام ما روي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: " **أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدف**"[2].

قال أبو بكر الصديق: "**لا يجوز نكاح السر حتى يعلن عنه ويشهد عليه** "[3].

أولا– رأي الفقه المالكي في الشهادة

أن الشهادة ليست شرطا لإنشاء العقد بل الشرط هو الإعلان فلا تكفي الشهادة للإعلان فلو اتفق الزوجان مع الشاهدين على كتمان العقد وعدم إذاعته يكون العقد باطلا ويجب فسخه قبل الدخول كما يفسخ بعده فإذا طال الوقت بعد الدخول فيصح العقد ويعاقب الزوجان والشهود لأنه يعتبر نكاحا في السر[4] .

كما أن المالكية استحبوا الشهادة عند العقد إلا أنهم لم يكتفوا بها لوحدها في إعلان النكاح بل اشترطوا أن يشهر الزواج زيادة على الشهود.

---

[1] محمد اطفيش، **شرح النيل**، ، المرجع السابق، ج 06 ص(261).

[2] رواه الترمذي، أبو عيسى محمد، **سنن كتاب النكاح**، مرجع سابق، ما جاء في إعلان النكاح ،قال غريب حسن ،حديث رقم 1089 ص398–399.

[3] بدران أبو العينين، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة و القانون**، دار النهضة العربية، بيروت، 1967 ، ص61.

[4] محمدبن عرفة الدسوقي، **شرح الكبير لمختصر الخليل** ،مرجع سابق، ج03 ، ص(116).

ثانيا- رأي الفقه الإباضي في الشهادة:

يرى جمهور الفقهاء من الاباضية ووافقهم الحنفية والشافعية والحنابلة حيث ذهبوا إلى أنه لا يصح عقد النكاح بدون حضور شاهدين للدلالة السابقة وخطورة عقد النكاح لأن الشارع طلب إعلان الزواج لإظهار قدره وإشهاره بين الناس ليتبين الفرق الواضح بين الحلال والحرام وبين النكاح والسفاح فتنقطع ألسنة السوء وتغلق الباب أمام كل من يحاول إنكار عقد الزواج[1] .

كرهوا نكاح السر وان كانوا الشهود في الملأ من الناس إن استكتموهم أو طلبوا منهم الكتمان ورغم جملة قول الاباضية والجمهور جواز العقد إذا كان بشهود وولي مع كراهتهم له لأنهم حملوا ذلك النهي على الكراهية، ويفهم من هذا أنهم لا يقولون بفساد نكاح السر والتفريق بينهما، لأنه يمكن أن يراد بوجوب الإعلان التأكيد مجرد نفي السر بدون أن يعتبر هناك غيره[2].

خلاصة القول:

ونظرا لأهمية الرابطة الزوجية ومكانتها في الشريعة الإسلامية و رابطة مقدسة حيث قال الله "**وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا** سورة النساء الآية 21.

و نلاحظ أن الفقهاء حرصوا على توضيح أركان و شروط عقد الزواج و ما يترتب عليه من نتائج و مسؤولية . و عقد النكاح من الأمور التي لا تقيل الهزل قال صلى الله عليه و سلم: " **ثلاث جدهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق و الرجعة** "[3].

وعقد الزواج لا ينبغي أن يخلو من الشهود مع إعلان الزواج أو إشهاره قبل الدخول حتى لا تكون هناك شبهة، والتصريح بالزواج الثاني كشرط لإبرام عقد الزواج في حالة التعدد.

الإسلام شرط لعقد زواج المسلمة:

إن الزواج رابطة بين اثنين من بني الإنسان وتشمل أوسع الاستجابات المتبادلة بين الفردين إذا لابد من التقاء قلبين على عقيدة واحدة، ولكي تتوحد القلوب يجب أن تتوحد ما تنعقد عليه وهي العقيدة الدينية أشمل وأوسع شيء يعمر النفوس،يقول الله سبحانه وتعالى : " **ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن**" ، "**والأمة المؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم**" .

---

[1] ابن بركة ، **الجامع**،لمرجع سابق ، ج02 ،ص (122).

[2] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق، ص(63-62).

[3] أخرجه الترمذي عن أبي هريرة حديث حسن،ابو عيسى محمد، مرجع سابق.

من خلال هذه الآيات تحرم إنشاء أي نكاح بين المسلمين والمشركين، حيث أنهم لا يلتقيان لقيام منهجية الحياة والشرك وحده عقبة في استقرار المنهج فان كان إيمان من الفردين دعامة الأسرة فقد زالت الفاصلة المعترضة .

إن طريق المشركين والمشركات يدعون إلى النار والمؤمنين والمؤمنات هو طريق الله والله يدعو الى الجنة ومغفرة فما ابعد أولئك عن دعوة الله ، إن الله يحذر من تلك الدعوة المردية ويبين آياته للناس لعلهم يتذكرون فمن لم يتذكر واستجاب لتلك الدعوة فهو ملوم .

والرأي القائل بالمنع مطلقا : منع أن يتزوج المسلم بأي مشركة كانت كتابية أو غير كتابية وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه حيث قال، أو رأى القائل بالكراهية على أقل تقدير له ما يسوغه وخصوصا في ظل ظروف الحياة المعاصرة[1]

الفرع الرابع- رأي المشرع الجزائري من شروط إبرام عقد الزواج الصحيح

لزوم وقت إنشاء العقد ويسمعان إلى الإيجاب والقبول أثناء مجلس العقد والشاهد على عقد الزواج أن يكون عاقلا ،بالغا فلا تصح شهادة الصبي ولو كان مميزا لأن الشهادة تخضع إلى أحكام الشريعة، والشهادة في عقد الزواج يكون وسيلة إثبات الزواج .

و الأهلية الكاملة تجعل العقد صحيحا أما ناقصها فتجعل العقد موقوفا على من له الولاية أو الوكالة كان يوكله في زواج امرأة معينة و بمهر معين .

وإذا زوج السفيه أو عنده غفلة نفسه صح العقد ونفذ ولو كان محجورا عليه، لأن عقد الزواج تصرف شخصي لا يرد عليه الحجر وإنما الحجر على التصرفات المالية[2].

أما شرط لزوم عقد الزواج أن لا يكون لأحد الزوجين أو غيرهما حق الفسخ بعد تمامه، وشروط اللزوم إذا تحققت كلها لا يحق لأحد حق فسخ العقد وإذا تخلفت الشروط بعضها أو كلها كان العقد غير لازم ويجوز فسخه.

وعقد الزواج لازما إذا تم إنشائه ومستوفي لكل أركانه وشروطه وهذا اللزوم لا يكون إلا إذا توفر الرضا الكامل من الجانبين فإذا وجد فيه ما ينقصه ثبت له خيار الفسخ ويكون العقد غير لازم .

---

[1] ابراهيم الكندي، **الأسرة في القرآن الكريم** ، دار البيان للنشر والتوزيع، القاهرة –مصر، 1997، ص 43-44-45-46.

[2] محمد مصطفى شلبي ، **أحكام الأسرة في الإسلام**، المرجع السابق، ص 119.

أن يكون الذي تولى إنشاء عقد الزواج كامل **الأهلية** وهذا من المادة 40 من القانون المدني والمادة 86 من قانون الأسرة (من بلغ سن الرشد ولم يحجز عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني) حيث حددت المادة 40 أن سن الرشد 19 كاملة فإن له الأهلية الكاملة لمباشرة حقوقه المدنية فيكون العقد صحيحا ونافذا.

وإذا عقد لمن هو في ولايته وليس في كامل الأهلية كأن كان مميزا أو معتوها

فهذه الحالة يكون العقد موقوفا على صاحب الشأن لذلك عقد الزواج أن يكون العاقد بالغا، عاقلا، حرا يعقد بنفسه أو لمن هو في ولايته أو لمن وكله والمادة 81 من قانون الأسرة الجزائري من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن

أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي، وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون[1]

والمادة 83 من قانون الأسرة الجزائري والتي تحدد تصرفات سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي في ما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء[2] .

يترتب على العقد الصحيح التزامات على عاتق المتعاقدين يجب الوفاء بها تحت طائلة التنفيذ الجبري حيث تكون إلزامية العقد على هذا الأساس وذلك لاستقرار المعاملات حتى يطمئن الناس ويعم السلام باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين مما يستلزم احترامه ووفقا للمادة 53 من القانون المدني :"تسري على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها النصوص القانونية التي قررتها"[3].

والالتزام القانوني وفقا للمادة المذكورة أعلاه ينشئه النص القانوني الذي ورد في شأنه كما يعتبر مصدرا مباشرا له ويحدد أركان هذا الالتزام ويوضح أحكامه والالتزامات القانونية تكون في النطاق القانوني العام والخاص ومنها في قانون الأسرة الالتزامات بالنفقة فيما بين الزوجين المادة 74 من قانون الأسرة وفيما بين الأقارب المادة 77 من قانون الأسرة والتزامات كل من الزوجين في مواجهة الزوج الآخر المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري .

---

[1] قانون الأسرة الجزائري، مصدر سبق ذكره.

[2] قانون الأسرة الجزائري.

[3] القانون المدني الجزائري ،ط 2011-2012

أما شروط الصحة في تخلفها في العقد يترتب عليه البطلان النسبي كالفساد لعيوب الرضا (الغلط والتدليس والغش والاستغلال).

خلاصة الفصل:

الزواج من سنن المرسلين وهدى الأنبياء، يجب على كل مسلم أن يقتدي بهداهم قال تعالى: "**ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية** "، حيث نجد أن الزواج كونه مدعما للمودة والرحمة والسكون، والمرأة الصالحة خير رصيد يضاف إلى الرجل وإنها من خير الدنيا والآخرة ،والزوجة الصالحة من سعادة دار الدنيا ، لذلك نجد أن كل من المذهبين يعتمد في استدلالهم على عقد الزواج من أصول القرآن والسنة والإجماع والقياس ،إلا أن هناك اختلاف بين المذهبين من حيث الأركان والشروط في عقد الزواج ،وهذا الاختلاف في حقيقة الأمر هو اختلاف طفيف يعود إلى تفسير الفقهاء للآيات واستدلالهم بالأحاديث ، وإتباع عمل أهل المدينة في حين نجد أن المشرع الجزائري قد ساير الفقهاء في عقد الزواج من حيث الأركان والشروط ومفهومه ، إلا أن المشرع الجزائري جعل ركن الرضا في عقد الزواج الركن الوحيد أي الإيجاب والقبول وهذا هو أساس العقد.

الفصـــــل الثانـــي

أحكام الزواج الفاسد بين المذهب المالكي و الإباضي والتشريع الجزائري

تمهيد:

إن عقد الزواج يقوم على أركان وشروط مستمدة من القرآن والسنة والإجماع والقياس ولا ينعقد هذا الزواج إلا بالقواعد التي أرستها الشريعة الإسلامية، وإذا اختل ركن أو شرط يجعل هذا العقد فاسدا يستوجب البطلان في بعض الأحيان إذا كان لا يحتوي هذا العقد على أركان الزواج أما إذا اختل العقد على أحد الشروط فإنه يجعله فاسدا ومنطلقنا لهذه الدراسة هو الزواج الفاسد المؤبد والمتفق عليه من **(النسب– الرضاع – المصاهرة – اللعان)** وآراء الفقهين أو المذهبين والقانون الجزائري ما اتفقوا على صحته أو فساده الذي يؤدي إلى بطلانه.

كما نجد أن الفقهين قد اتفقا على الزواج الفاسد مؤقتا وهو الجمع بين المحرمين و الأكثر من أربعة والمعتدة والمحصنة والمطلقة ثلاثا، بالإضافة إلى الزواج الفاسد المؤبد والمؤقت والمختلف فيه بين المذهبين ودراسة آراء الفقهاء ببطلانه أو عدم بطلانه في بعض الحالات من حيث الأركان والشروط وما يترتب عليه من آثار للعقد وإمكانية فساد العقد بوجود خلل في أركانه أو شروطه أو إزالة الفساد والخلل وتصحيح العقد.

و من خلال ما تقدم سنعالج هذا الفصل وفق المبحثين التاليين :

المبحث الأول: الزواج الفاسد المؤبد و المؤقت و المتفق عليه بين المذهبين و التشريع الجزائري.

المبحث الثاني: الزواج الفاسد المؤبد و المؤقت و المختلف فيه بين المذهبين المالكي و الإباضي والتشريع الجزائري

المبحث الأول: الزواج الفاسد المؤبد و المؤقت و المتفق عليه بين المذهبين المالكي و الإباضي

سنتناول في هذا المبحث إبراز رأي المذهبين حول الزواج الفاسد المؤبد و المؤقت و المتفق عليه و موقف المشرع الجزائري منهما و ذلك من خلال ثلاثة مطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم الفساد والبطلان بين المذهبين و موقف المشرع الجزائري

المطلب الثاني: الزواج الفاسد فسادا مؤبدا و المتفق عليه

المطلب الثالث: الزواج الفاسد فسادا مؤقتا و المتفق عليه

المطلب الأول : مفهوم الفساد والبطلان بين المذهبين وموقف المشرع الجزائري

سنتناول في هذا المطلب تعريف الزواج الفاسد والباطل ورأي المذهبين المالكي و الإباضي من الفساد والبطلان وموقف المشرع الجزائري من ذلك.

الفرع الأول : تعريف الفلسد والبلطل

أولا: تعريف الفاسد

لغة: الفساد في اللغة من فسد فسادا و فسودا ضد صلح ، والفساد أخذ المال ظلما، والجدب والمفسدة ضد المصلحة، تفاسدوا قطعوا الأرحام ، واستفسد ضد استصلح فالفاسد ضد الصلاح ، وتغيير الشيء عن الحالة السليمة يقال: فسد الطعام، إذا أصبح غير صالح [1].

اصطلاحا: ذكر السالمي الفاسد من نوعين(يقصد العبادات والمعاملات) ما خالف أمر الشارع أو وافق نهيه، إذ بمخالفة الشرع يفوت الثواب الأخروي، والمنافع الدنيوية وتحصل المفسدة[2].

ثانيا: تعريف الباطل:

لغة: الباطل ضد الحق، وجمعه أباطيل وفي حديثه بطالة هؤلاء، ورجل بطال ، ذو باطل بين المبطل وتبطل بينهم، داولوا الباطل، ورجل بطل بين البطالة، والبطولة شجاع ، تبطل جراحته فلا يكترث لها، ويجمع على أبطال، والباطل نقيض لحق، والبطلان هو سقوط الشيء لفساده ،

[1] ابن منظور محمد ، **لسان العرب**، مرجع سابق، ج1 ،ص432 –433.

[2] السالمي أبو محمد عبد الله ،**العقد الثمين** ، نشر وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1985، ط02،ج02، ص 215.

بطل دم القتيل إذا ذهب هدرا،والباطل مالا ثبات له عند الفحص ، وإبطال الشيء إفساده وإزالته ،حقا كان الشيء في ذاته أو باطلا [1] .

اصطلاحا: إن أفعال المكلفين إذا لم تقع علي هذا الوجه حكم الشارع بعدم صحتها، فهو من الباطل والقاعدة : ما بني علي الباطل فهو باطل ، ولذا فإذا وقعت أفعال العباد باطلة لتخلف شيء من أركانها أو شروط صحتها كانت كمن ولد ميتا فهي غير قابلة لترتيب أي آثار شرعية عليها، فلا تصلح أن تبرئ بها الذمة إن كانت من العبادات ، ولا أن تكون مستندا لاكتساب الحقوق أو إثبات الملكية أو مصدر لالتزام إن كانت من المعاملات وذلك لأن الآثار الشرعية تترتب فقط علي ما استوفى الأركان التي أوجبها الشارع إلي جانب شروط صحتها.

فإن الأعمال المقبولة عند الله تعال ى هي الأعمال الصحيحة ظاهرا وباطنا ، وما سوي ذلك كانت مردودة عند الله تعالى غير مأجور عليها صاحبها ، ولا يقتصر الأمر علي ذلك بل هي أعمال باطله لها ما لسائر الأعمال الباطلة عند الله من جزاء .

ومدلول الباطل والفاسد في المعاملات فمنهم من يطلق الباطل على الفاسد ولا يفرق بينهم ومنهم من يفرق بينهما لاختلافهما في الأركان والشروط وما يترتب عليهما، أما في العبادات فلا فرق بينهما.

الفرع الثاني: تعريف الزواج الفاسد والباطل

أولا- تعريف الزواج الفاسد

يقصد بالزواج الفاسد هو كل زواج تم أركانه الأساسية و لكنه فقد شرطا من شروط الصحة بمعنى الذي توفر فيه سبب من أسباب الفسخ أو الإبطال و تبين أمره قبل الدخول فان الزواج فاسد لا يترتب عليه أي اثر قبل الدخول ،فان حصل الدخول فانه يختلف عن الباطل لأنه يرتب عنه بعض الآثار[2].

[1] ابن منظور محمد ، **لسان العرب**، مرجع سابق، ج1 ،ص432 -433.

[2] بلحاج العربي ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات** ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ج01، ط06، ص 295.

ثانيا- تعريف الزواج الباطل

الزواج الباطل ما حصل خلل في ركن من أركانه، أو في أهلية العاقدين، أو فقد شرطا من شروط انعقاده، ولا يرتب عليه أثر شرعي ويعتبر وجوده كعدمه[1].

وهو ذلك الزواج الذي اختل فيه ركن أو شرط يتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية فيكون العقد معدوما.

الفرع الثالث: رأي جمهور الاباضية والمالكية من عقد الزواج الفاسد والباطل

اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الفساد والبطلان في الزواج فمنهم من يرى أنهم مترادفان لهم معنى واحد مثل العبادات ومنهم من يفرق بين النكاح الفاسد والباطل.

ولعل الفرق بين النكاح الفاسد والباطل عند الحنفية يظهر عند الدخول بعد العقد ولذلك قالوا انه لا فرق بين الزواج الفاسد والزواج الباطل قبل الدخول الحقيقي حيث لا يترتب على العقد أي أثر من آثار الزواج الصحيح فإذا اختلى الزوج بزوجته التي تزوجها بعقد فاسد أو باطل فلا مهر ولا نفقة ولا طاعة ولا توارث ويحرم على كل منهما أن يستمتع بالآخر ويجب عليهما الافتراق [2].

يرى جمهور الاباضية والمالكية والشافعية والحنابلة أن مدلول الباطل والفاسد واحد في الشرع لا فرق بينهما في العبادات والمعاملات سواء كان عدم الصحة لاختلال ركن من الأركان أو لفقد شرط من الشروط، وسواء أكان الفعل عبادة أو تصرفا أو عقدا فهم يرون أن كل مالا يترتب عليه آثاره لخلل في أصله أو وصفه غير صحيح، ولا يفرقون بينهما في التعبير بلفظ باطل أو فاسد فهما لفظان مترادفان يطلقان على شيء واحد وهو غير صحيح [3].

ولتأكيد ما سبق يقول الأمدي وهو من فقهاء الشافعية وأما الفاسد فمرادف للباطل عندنا [4].

وأما الغزالي فيقول: الفاسد مرادف للباطل في اصطلاح أصحاب الشافعي فالعقد إما صحيح وإما باطل وكل باطل فاسد [5].

---

[1] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا** ، مرجع سابق، ص 87.

[2] نفس المرجع السابق، ص87.

[3] نفس المرجع السابق، ص 80.

[4] الأمدي ، **الأحكام في أصول الأحكام** ، مرجع سابق، ص113.

[5] الغزالي أبو حامد محمد ، **المستصفى من علم الأصول** ، دار إحياء التراث العربي ،بيروت-لبنان، 1993، ط02، ج1، ص95.

كما عرف مصطفى بن حمو أرشوم الباطل لا وجود له ولا يرتب عليه الشارع أي حكم من الأحكام.

أما العقد الفاسد فله وجود ولكن يرتب الشارع على ذلك العقد شيئا بل يوجب فسخه[1].

الفرع الرابع: رأي المشرع الجزائري من فساد وبطلان عقد الزواج

يتأثر عقد الزواج ببعض العوامل إذا حصل خلل في أركانه أو في الركن منها أو فقد شرطا من شروط انعقاده كان العقد باطلا.

إذا فقد شرطا من شروط الصحة واستوفى أركانه كان العقد فاسدا وهذا ما ذكره المشرع الجزائري في مواده من 32 إلى 35 من أحكام الزواج الفاسد والباطل[2].

بناء على المادة 18من قانون الأسرة: يتم الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون.

إذا استوفى عقد الزواج الأركان والشروط فإنه يكون عقدا صحيحا كما يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو الموثق بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها قانونا، وقد نصت المادة 21 من قانون الأسرة الجزائري أنه تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج.

وفي حالة عدم تسجيله في سجل الحالة المدنية يثبت عقد الزواج بحكم قضائي و بسعي من النيابة العامة إذا توفرت أركانه وشروطه وفقا لقانون الأسرة من المادة 22.

يترتب على بطلان العقد و فسخه زوال كل أثاره و هذا هو التشابه بين البطلان و الفسخ أي انعدام الرابطة القانونية بين المتعاقدين .

و الفسخ يرجع إلى عدم التنفيذ من المواد 119 إلى 121 من القانون المدني[3] .

إما الفسخ في عقد الزواج إذا فقد العقد شرط من الشروط مثل الصداق يفسخ العقد قبل الدخول و يصحح بعده بصداق المثل بعد الدخول.

---

[1] مصطفى بن حمو أرشوم،**النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق، ص85.

[2] قانون الأسرة الجزائري المعدل ، ط2016/2015.

[3] القانون المدني الجزائري وتعديلاته ، إلى غاية 13 مايو 2007.

لذلك قرر قانون الأسرة الجزائري وجوب الصداق بمجرد العقد من المادة 15 من قانون الأسرة يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا.

المطلب الثاني: الزواج الفاسد فسادا مؤبدا والمتفق عليه

سوف نتطرق من خلال هذا المطلب الزواج الفاسد المؤبد المتفق عليه بين المذهبين من النسب و الرضاع و المصاهرة و اللعان .

الفرع الأول : المحرمات المؤبدة بسبب القرابة الدموية (النسب)

– الموانع: مفرد مانع والمانع هو الحائل ويقصد به الحائل الذي يمنع من تحقق إرادة شخصين من الزواج والاقتران وفي الاصطلاح القانوني كل ما يتعلق بالمرأة يحول بينها وبين الرجل في الزواج[1].

إن المرأة لا تحل في أي وقت من الأوقات لان السبب في ذلك يتصل بالصفة اللازمة للمرأة وهي غير قابلة للزوال مثل القرابة[2] .

أسباب تحريم المرأة على سبيل التأبيد عند الفقهاء:

- النسب
- الرضاع
- المصاهرة
- اللعان

وأضاف بعض الفقهاء عند الاباضية سبب آخر، هو سبق زنا الرجل بالمرأة التي يريد التزوج بها[3].

وهي من الموانع المؤبدة التي تحول بين زواج الرجل والمرأة قال تعالى :

" حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ سورة النساء الآية 23.

[1] عيسى حداد، **عقود الزواج دراسة مقارنة** ،منشورات جامعة باجي مختار، عنابة،2006، ص203.

[2] غوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء** ، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون ، الجزائر ، 2008، ط02، ص50.

[3] مصطفى بن حمو أرشوم ، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق ، ص 103.

أولا- يحرم الزواج بين الأصول والفروع تحريما مؤبدا:

المقصود بالأصول الأب وإن علا وأب الأم يحرما على البنت والأم وإن علت محرمة بالنسبة للابن أما الفروع الابن وان نزل محرما على الأم والبنت وان نزلت محرمة على الأب، وفروع الأبوين وهم الإخوة وفروع كل منهم محرم على الآخر كالأخ بالنسبة لأخته أو الشخص بالنسبة لبنت أخته وان نزل الفرع، وفروع الأجداد كالعم والعمة والخالة[1].

فتحرم عليه أمه وجداته من جهة أبيه ، أو من جهة أمه جميعا وان علون لأنه جزؤهن، أما أمه فالتحريم ظاهر من النص المذكور في الآية وأما الجدات فالتحريم بالنسبة لهن ثابت أيضا من عبارة النص المذكور، لأن الأم معناها لغة الأصل والجدات أصول، والقرآن الكريم يطلق الأم ويريد الأصل، وذلك ظاهر في قوله تعالى: " وَإِنَّهُ فِي أُمِّ الْكِتَابِ لَدَيْنَا لَعَلِيٌّ حَكِيمٌ ﴿٤﴾" سورة الزخرف الآية 04.

و فوق العبارة فتحريم الجدات ثابت من دلالة النص أيضا، لأن الله تعالى حرم العمات والخالات، فالجدات أولى بالتحريم لأن الجدات طريق اتصال العمات والخالات بالشخص، فيفهم تحريمهن بدلالة النص.

كما ثبت تحريم الجدات بالإجماع لأن الإجماع منعقد على تحريمهن اعتمادا على الآية الكريمة المذكورة[2].

وذكر الدكتور عبد القادر بن حرز الله التحريم المؤبد وأسبابه خمسة النسب والرضاع والصهر واللعان والوطء في العدة[3] .

والتحريم من النسب يتعلق بسبعة أصناف من النساء أمه وهي كل امرأة لها عليه ولادة فتدخل في ذلك أمه التي ولدته وأمهاتها وأم أبيه وجداته وان علون.

- بنته وهي كل من له عليها ولادة فيدخل في ذلك بنته من صلبه وبناتها وبنات ابنه وان نزلنا.

---

[1] عيسى حداد، **عقود الزواج دراسة مقارنة** ، مرجع سابق ، ص 205.

[2] احمد اطفيش ، **شرح النيل** ، مرجع سابق، ج06 ، ص 22-23 ، أبو غانم الخرساني ، **المدونة الكبرى**، ج03 ،تحقيق وترتيب محمد بن يوسف اطفيش، ،ص 19-20.

[3] عبد القادر بن حرز الله ، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي والقانون**، دار الخلدونية، الجزائر، ،2007 ، ط01 ،ص154.

- الأخت سواء كانت شقيقة لأم أو لأب.
- عمته سواء كانت أخت أبيه أو جده ما على سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم.
- خالته سواء كانت أخت أمه أو جدته ما علت سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم.
- بنت الأخ وهي كل من لأخيه عليها ولادة سواء كانت بمباشرة أو واسطة .
- بنت الأخت وهي كل من لأخته عليها ولادة سواء كانت بمباشرة أو واسطة[1].

ثانيا- فروع الشخص من النساء وان نزلن:

فتحرم عليه بنته وبنت بنته وابنة ابنه مهما نزلنا، وتحريم البنت ثابت بعبارة النص آنف الذكر وتحريم بنات الابن وبنات البنت وان نزلنا ثابت أيضا بهذه العبارة لأن المراد بالبنات في هذا النص الفروع من النساء وكلمة البنت تطلق لغة على كل فرع من النساء وفضلا عن ذلك فإن بنات الأبناء وبنات البنات تحريمهن ثابت بدلالة النص المحرم لبنات الأخ ولبنات الأخت وهن أبعد من بنات الأولاد،فالنص الدال على تحريمهن يكون دالا على تحريم بنات الأولاد بطريق أولى وزيادة على ذلك فتحريم أولاد الشخص ثابت بالإجماع[2].

أما بنت الزنا عند الاباضية والمالكية وغيرهم من الفقهاء تحرم على من زنى بأمها فأنجبها لأنها بنته حقيقة وصلة الدم ثابتة فيثبت التحريم تبعا لذلك.

وخالف الشافعي وقال إن القرابة التي تكون من السفاح لا تحرم النكاح، وإنما الذي يحرم النكاح هو القرابة التي منشؤها النكاح، لأنها هي المثبتة للنسب شرعا دون غيرها، فقد أباح الشافعية مع الكراهة نكاح الزاني من بنته من الزنا.

قال الشيرازي في بيان هذه المسألة (وإن زنا بامرأة فأتت منه ببنت فقد قال الشافعي رحمه الله أكره أن يتزوجه، فإن تزوجها لم أفسخ) فمن أصحابنا من قال إنما كره خوفا من أن تكون منه فعلى هذا إن علم قطعا أنها منه بأن أخبره النبي في زمانه لم تحل له ومنهم من قال إنما كره ليخرج من الخلاف لأن أبا حنيفة يحرمها فعلى هذا لو تحقق أنها منه لم تحرم وهو الصحيح

[1] عبد القادر بن حرز الله ، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق ،ص154.

[2] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق ، ص 105.

لأنها ولادة لا يتعلق به ثبوت النسب فلم يتعلق بها التحريم كالولادة لما دون ستة أشهر من وقت الزنا[1].

ثالثا- فروع الأبوين وان نزلنا:

وهم الإخوة وفروع كل منهم محرم على الآخر كالأخ بالنسبة لأخته أو الشخص بالنسبة لبنت أخته وإن نزل الفرع [2].

رابعا- فروع الأجداد :

والمقصود بهم العم والعمة والخال والخالة.

أ- موقف المشرع الجزائري من الموانع المؤبدة (من النسب) :

نصت المادة 25 من قانون الأسرة الجزائري المحرمات بالقرابة هي : الأمهات، البنات،الأخوات ، العمات،بنات الأخ، بنات الأخت .

ويفهم من نص المادة المذكورة أعلاه تحرم الأخوات من فروع الأبوين وإن نزلنا وبنات الأخت وبنات الأخ وفروعهن كما أن هذا النص يحرم فروع الأجداد والجدات، وكذلك العمات والخالات ويحرم أيضا عمات الأصول وخالاتهم .

ب- حكمة تحريم الزواج بسبب القرابة (النسب) :

- تكمن حكمة الشرع الإسلامي في تحريم بعض النساء بسبب النسب بالحرص على صلة الرحم والمحافظة على الروابط لأن الزواج من المحرمات يؤدي إلى تصدع وتشتت هذه الروابط في حين نجد الرابطة الزوجية والقرابة أساسها الرحمة والحنان والعطف والاحترام ، إلى جانب الروابط الزوجية فهي المتعة واللذة يزول معها الاحتشام والوقار وقد يؤدي هذا إلى الخلاف فتتحول القرابة إلى عداوة.

- إن الإسلام لا يحرم شيئا إلا لدفع مفسدة والحكمة من تحريم الزواج بسبب القرابة أن العلاقة الزوجية تعتريها نزاعات وخلافات تؤدي إلى قطع هذه العلاقة لذلك حرم الإسلام الزواج بسبب القرابة حرصا على توثيق الروابط بين الأرحام .

---

[1] أبو إسحاق الشيرازي ، **المذهب في فقه الإمام الشافعي**ـ وبديله كتاب ،**النظم المستعذب في شرح غريب المهذب**، لمحمد بن أحمد الركبي اليمني ضبطه وصححه ووضح حواشيه الشيخ زكريا عميرات، ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان،1995، ج02، ط01 ص 330، الدسوقي، **الحاشية** ، مرجع سابق، ج02 ، ص250 -251، اطفيش ، **شرح النيل**، ، مرجع سابق، ج06، ص48.

[2] عيسى حداد ، **عقود الزواج دراسة مقارنة**ـ مرجع سابق، ص 205.

- الأصناف التي ذكرناها سابقا في تحريم الزواج بسبب القرابة لها صلة مباشرة بالشخص لقوله ص في شأن بنته (فاطمة قطعة مني).[1]

- الإخوة مصدرهما واحد لها منشأ ومثبت واحد وبنات الأخ وبنات الأخت بمنزلة الشخص ذاته وصلة المرء بعماته وخالاته كصلته بأصله.

الفرع الثاني – المحرمات المؤبدة بسبب الرضاع:

أولا– معنى الرضاع في اللغة:

الرضاع و الرضاعة في اللغة هو مص اللبن من الثدي، سواء كان ثدي أدمية أو غيرها، وسواء كان المص صغيرا أو كبيرا[2].

وعرفه اطفيش: بأنه مص الرضيع اللبن من ثدي أدمية في وقت مخصوص، هو مدة الإرضاع[3].

الرضاعة مشتقة من الفعل رضع يرضع رضعا ورضاعة فهو راضع الجمع رضع والراضع رضع اللئيم من ثدي أمه دون واسطة وقيل هو الذي رضع اللؤم من ثدي أمه أي أنه في اللؤم.[4]

ثانيا– اصطلاحا:

هو مص الطفل لبن المرأة من ثديها في مدة معينة، كما يلحق بالمص في حكم التحريم إعطاء الطفل لبن المرأة في إناء أو أنبوبة أو عن طريق الأنف لإيصاله إلى جوفه[5].

الرضاع هو مص الرضيع اللبن من ثدي امرأة في وقت مخصوص هو مدة الإرضاع وسبب التحريم هو وصول اللبن إلى معدة الرضيع على وجه يساهم في إنبات اللحم وانتشار العظم [6].

يحرم بسبب الرضاعة أصناف ثمانية الأربعة المحرمة بسبب النسب ولا خلاف فيها بين الفقهاء والأربعة المحرمة بسبب المصاهرة.

وقد خالف فيها بعض الفقهاء والسنيين وجهة نظرهم عند الاستدلال.

---

[1] ابن حجر فتح الباري على صحيح البخاري ، **كتاب فضائل الصحابة**،، ،دار البلاغة ومؤسسة علا، بيروت–لبنان ، 1986 ، ج07، ص 105.

[2] ابن منظور، **لسان العرب**، مرجع سابق ،ص232.

[3] اطفيش، **شرح النيل والشفاء العليل**، مرجع سابق ، ج 06 ،ص 26.

[4] ابن منظور، **لسان العرب**، مرجع سابق، ص 166.

[5] عبد الرحمان تاج، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية** ، دار الكتاب العربي، القاهرة، بدون سنة، ص 406.

[6] ابن الشيخ رشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل** ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ط01، ص 91.

- أصول الشخص من الرضاع: وهي أمه وأم أمه وأم أبيه من الرضاع مهما علت درجتهن، فإذا رضع الطفل من امرأة حرم عليه الزواج بمن أرضعته لأنها صارت أما له من الرضاع ،وتكون بمنزلة أمه من النسب ،وكذلك بأم أمه و إن علت درجتها وأم أبيه رضاعا مهما علت، ويصير زوج المرضعة هو سبب إدرار اللبن أبا له ولمن أرضعته[1].

- فروع الشخص من الرضاع: وهي بنته وبنت بنته وبنت ابنه من الرضاع وان نزلنا مثال ذلك إذا أرضعت طفلة من امرأة صارت ابنة لزوج المرضعة فيحرم عليه الزواج بهذه البنت وفروعها ولو كان طفلا يحرم عليه التزويج ببناته وبنات أولاده مهما نزلنا.

- فروع أبويه من الرضاع : وهن أخواته وبناته وبنات أخواته من الرضاع مهما نزلت درجتهن .

- فروع الجدة والجد من الرضاع: وهن عماته وخالاته من الرضاع.

- أصول زوجته من الرضاع : وهن أمها وجدتها من جهة الأب والأم يحرم التزوج بواحدة من هن بمجرد العقد عليها سواء دخل بها أم لا أي التحريم والمصاهرة.

- فروع زوجته: وهن بناتها وبنات أولادها من الرضاع وإن نزلت مثل إن تزوج رجل امرأة كانت متزوجة قبله وأرضعت طفلة فإن هذه الطفلة بنتها من الرضاع وتصير بالنسبة له بنت زوجته فتحرم عليه إذا دخل بأمها ويحرم التزويج بإحدى فروعها من الإناث مهما نزلت مثلما يحرم من النسب.

- زوجات أصوله من الرضاع : وهن زوجات أبيه وجده وإن علا سواء دخل بها الأب أو الجد أم لا مثال ذلك إذا رضع طفل من امرأة متزوجة صار زوجها أبا له من الرضاع وأبو الزوج جدا له كذلك.

- زوجات فروعه: أي زوجة ابنه وابن بنته من الرضاع وان نزل سواء دخل الفرع بزوجته أم لا.

وأدلة مشروعية التحريم بالرضاعة لقوله تعالى: "**وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ** سورة النساء الآية 23.

[1] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق، ص 123.

وبهذا يكون أن الطفل الرضيع يعد وحده دون إخوته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه.

ووجه الاستدلال الإشارة إلى التحريم كل اتصال بالنسب من الأصول والفروع والتحريم يقتصر على الرضيع بمن أرضعته صلة الفرع بأصله.

ومن السنة النبوية ما رواه ابن عباس في الحديث المتفق عليه أن النبي ﷺ:

لما طلب إليه أن يتزوج ابنة عمه حمزة قال :(**إنها لا تحل لي إنها ابنة أخي من الرضاعة ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب)**[1].

وفي رواية عن عائشة رضي الله عنها قالت: أن النبي ﷺ قال :(يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة)، ومن هنا ذهب جمهور الفقهاء إلى انه يحرم بالمصاهرة كل ما يحرم بالنسب.

ثالثا- شروط رضاع المحرم:

1 - أن يكون اللبن من امرأة لأنها تثبت أمومتها للرضيع

2 - أن يتحقق وصول اللبن إلى جوف المعدة إلا عن طريق الفم أو الأنف.

3 - أن لا يخلط اللبن بعنصر آخر يغلب عليه[2].

رابعا- مدة الإرضاع:

قدرها الاباضية والمالكية والحنابلة والصاحبان من الحنفية أبى يوسف و محمد بن الحسن والشافعي بسنتين فإن حصل الإرضاع في هذه المدة ولو بعد الفطام تعلق به التحريم وان حصل بعدها ولو قبل الفطام لا يثبت التحريم[3].

قال تعالى : "**وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ**" سورة لقمان الآية 14.

وقال ﷺ : **(لا رضاع إلا ما انشر العظم وانبت اللحم)**[4].

وقد ساق الاباضية دليلا آخر على أن الرضاع لا يكون محرما إلا في الحولين إجماع الجميع أن للأم أن تطالب بنفقة الرضاع إلى الحولين، فإذا طالبت به بعد الحولين لم يحكم لها وكذلك لو طالبها الرجل بالإرضاع بعد الحولين لم يكن ذلك عليها[1].

---

[1] محمد الشوكاني، **نيل الأوطار**، مرجع سابق ، ج06، ص 269.

[2] أبو إسحاق الحضرمي ، **مختصر الخصال** ، نشر وزارة التراث القومي والثقافة ، سلطنة عمان ، ج02، ص 108.

[3] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق، ص 131.

[4] أبو داود سليمان ، **السنن**، دار الكتب العلمية ، بيروت-لبنان، بدون سنة، ص 222.

واستحسن بعض الفقهاء الاباضية زيادة أربعة شهور بعد العامين، بينما استحسن الإمام مالك زيادة شهر أو شهرين بعد الحولين إذا كان الطفل لم يكتف بالطعام عن الرضاع[2].

خامسا- مقدار رضاع المحرم:

لقد اختلف الفقهاء في مقدار الرضاع المحرم، فيرى الحنفية والمالكية أن قليل الرضاع وكثيرة سواء وعلى هذا الرأي كثير من الصحابة والتابعين، وحجتهم في ذلك أن النصوص الدالة على الرضاع مطلقة لم تقيد بعدد معين من الرضاعات[3].

ذهب الاباضية والمالكية والحنفية واحمد في رواية عنه أنه لا يشترط مقدار في التحريم بالرضاع، بل القليل والكثير سواء في إفادة التحريم متى تحقق حصول الرضاع في معدته فتكفي المصة والمصتان للتحريم[4].

واستدل الجمهور الفقهاء من الكتاب والسنة من ذلك .

قال تعالى :" **وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ**" سورة النساء الآية 23.

وقوله ﷺ:**(يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)**[5].

سادسا- حكمة التحريم بالرضاع:

أ. الحفاظ على رابطة النسب إذا رضع الطفل من ثدي امرأة إنما تغذيه من جسمها يكون جزءا منها فإن لبنها در من دمها ،وهنا تكون كأمه.

ب. الرضاعة إحياء للأطفال الذين ليس لهم أمهات يرضعنهن.

ج. الرضاعة تكثر النسل.

د. تعزيز الصلة بين الولد والمرضعة .

هـ. إعطاء المرضعة مكانة في المجتمع.

و. المساهمة في تنفيذ الوصايا الربانية .

ز. توسيع مكانة المرأة المرضعة لدائرة أمومتها التي هي أسمى ما تعتز به المرأة.

---

[1] العوتبي سلمة بن مسلم الصحاري ، **الضياء**، وزارة التراث القومي والثقافة ، سلطنة عمان، 1991، ج08، ص 132.

[2] صالح الأزهري، **الإكليل شرح مختصر الخليل**، مرجع سابق ، ص 298.

[3] بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، مرجع سابق ، ص 91.

[4] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق ، ص133.

[5] سبق تخريجه.

سابعا- موقف المشرع الجزائري من المحرمات المؤبدة بسبب الرضاع:

نص قانون الأسرة الجزائري على المحرمات بالرضاع في المادة 27 مجسدة هذا المعنى في قولها:(**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)**[1].

وهذا التحريم يشتمل على ما يلي:

أ. أصول الشخص من الفروع.

ب.فروعه من الرضاع.

ج. فروع أبويه من الرضاع.

د. فروع جديه إذا انفصلنا بدرجة واحدة أي عماته وخالاته رضاعا وهؤلاء كما يحرمن نسبا فيحرمن كذلك رضاعا .

والقرآن الكريم عندما أطلق على المرضعة لفظ الأم الذي أرضعته فيتعلق الأمر بالولد الرضيع وحده دون إخوته لذلك فان التحريم بالرضاع يشمله وحده وهذا ما حددته المادة 28 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: (يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه)[2].

والمشرع الجزائري عمل بأحكام الفقهاء المالكي و الإباضي في المادة 29 من قانون الأسرة الجزائري (لايحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا[3].

ومن خلال المواد 27-28-29 سالفة الذكر أن المشرع الجزائري وافق رأي فقهاء المالكية و الإباضية في تحريم الرضاع ومقدار الذي تناوله الرضيع قليل أو كثير لأنها قضية في غاية الصعوبة من حيث الإثبات والحفاظ على كيان الأسرة حتى لا يترك المجال للتفسيرات التي قد تؤدي إلى أحكام خروج من إطار الشرع والقانون وقيد مدة الإرضاع بمدة معينة من المادة 29. لذلك نجد المشرع كرس هذه المواد لمبدأ المنع من حيث القرابة بمعنى العقد على المحارم باطلا.

[1] قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

[2] قانون الأسرة الجزائري ، مصدر سابق.

[3] نفس المصدر السابق.

والقانون لم يتعرض لوسائل الإثبات في الرضاعة في حالة ما إذا شب خلاف حول هذه المسألة والسؤال المطروح هل يستوجب الرجوع إلى وسائل الإثبات في القواعد العامة أو الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.؟

الفرع الثالث – المحرمات المؤبدة بسبب المصاهرة :

تنحصر المحرمات بسبب المصاهرة في أربعة أصناف :

أولا– زوجات الأصول وإن علون:

يحرم على الرجل زوجة أبيه وزوجة جده سواء كان الجد من جهة الأب أو الأم سواء دخل الأب أو الجد بالزوجة أو لم يدخل أي بمجرد العقد عليها ،فإنها تحرم على ابنه وابن ابنه وابن بنته مهما نزلت .

فلو طلق الأب أو الجد أو فسخ عقد زواجه أو مات عنها لا يصح الزواج لواحد من أولادهما وهذا التحريم مصدقا لقوله تعالى :" **وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا** " سورة النساء الآية 22.

ثانيا– زوجات الفروع وإن نزلن:

يحرم على الرجل زوجة ابنه وابن ابنه وابن بنته سواء دخل الفرع بزوجته أو لم يدخل فإذا عقد الفرع زواجه على امرأة عقدا صحيحا حرمت على أصله بمجرد تمام العقد فلا يحل له أن يتزوجها أبدا حتى وإن فارقها الفرع بالطلاق أو الموت فإن عقد عليها الأب مع العلم بالحرمة كان العقد باطلا لا يترتب عليه أي أثر من الآثار[1].

ودليل هذا التحريم لقوله تعالى: "**وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ**" سورة النساء الآية 23.

والتبني كان متبعا وشائعا بين العرب في الجاهلية وجاء الإسلام أبطل نظام التبني مصداقا لقوله تعالى: " **وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ ۚ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ ۖ وَاللَّـهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٤﴾ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّـهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ** " سورة الأحزاب الآية 04-05.

[1] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق، ص 112.

ويفهم من خلال النص لا تحرم زوجة المتبني إذا فارق كل منهما زوجته أو مات عنها حل للآخر أن يتزوجها، وقد تزوج النبي ﷺ بنت جحش مطلقة زيد بن حارثة الذي كان متبنى له ﷺ.

ثالثا- أصول زوجة الشخص:

تحرم أم الزوجة وجدتها وان علت سواء كانت من جهة الأب أو الأم بمجرد العقد سواء دخل بالزوجة أو لم يدخل، العقد على البنات يحرم الأمهات[1].

ودليل التحريم لقوله تعالى: "**حرمت عليكم أمهاتكم** " سورة النساء الآية 23.

وأخرج البهقي عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن الرسول **ص** قال: **(أيما رجل نكح امرأة فدخل بها أو لم يدخل فلا يحل له نكاح أمها وأيما رجل نكح امرأة فدخل بها فلا يحل له نكاح ابنتها وان لم يدخل بها فلينكح ابنتها إن شاء)**[2].

رابعا - فروع الزوجة المدخول بها:

المقصود بفروع الزوجة المدخول بها بنات بناتها وبنات أبنائها مهما نزلن فإذا عقد الرجل زواجه على امرأة ودخل بها حرمت عليه بهذا الدخول فروعها وإذا لم يدخل بها فلا تحرم فروعها بمجرد العقد فلو طلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت قبل أن يدخل بها فله أن يتزوج ببنتها ودليل ذلك لقوله تعالى: "**وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ** " سورة النساء الآية 23.

خامسا- موقف المشرع الجزائري من المحرمات المؤبدة بسبب المصاهرة :

بناءا على المادة 26 من قانون الأسرة الجزائري:

- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها .
- فروعها إن حصل الدخول بها .
- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا.
- أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا.

---

[1] الجعلي عثمان بن حسين ، بري المالكي، **سراج السالك ،شرح أسهل المدارك**، ، لأبي بكر بن الحسن الكشناوي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ،بيروت-لبنان ،1982، ج02، ص 49.

[2] البيهقي أبو بكر أحمد، **السنن الكبرى** ، دار المعرفة ، بيروت- لبنان ، 1992، ج07 ، ص 160.

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد استمد أحكام التحريم بالمصاهرة وفق التشريع الإسلامي.

والمادة 27 من قانون الأسرة الجزائري اقتصرت على ذكر محرمات الرضاع من النسب ولم يذكر محرمات الرضاع بالمصاهرة ومن هنا قصد المشرع عدم التوسع في هذه الحرمة، وهذا يتفق مع رأي ابن تيمية وابن القيم وهما من فقهاء الحنابلة[1].

وعليه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

والسؤال المطروح: هل تثبت حرمة المصاهرة بالزنا ؟

اتفق الفقهاء على أن المعقود عليها عقدا فاسدا إذا دخل بها الزوج يترتب على هذا الدخول حرمة المصاهرة، وأن المدخول عليها بشبهة، وهي من زفت إلى غير زوجها وهو لا يعلم يترتب على الدخول بها حرمة المصاهرة[2] .

وأما مالك ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي أنه لا يحرم وروي عنه ابن القاسم المالكي مثل قول أبي حنيفة، وقد رجح بعض العلماء أن الزنا لا يحرم فلا يكون الصهر بالزنا كالنسب[3] .

الفرع الرابع – المحرمات المؤبدة بسبب اللعان:

أولا– تعريف اللعان:

أ–لغـة: مصدر لاعن من اللعن، وهو الطرد والإبعاد من رحمة الله تعالى، وقيل الإبعاد والطرد من الخير، ومن خلف السب والدعاء.

اللعان مصدر لاعن كقاتل، من اللعن: وهو الطرد من رحمة الله تعالى ويسمى به تلاعن الزوجين لأن كل واحد منهما يلعن نفسه في المرة الخامسة إن كان كاذبا[4].

ب–شرعـا: عرفه المالكية بأنه حلف زوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته، أو على نفي حملها منه، وحلف زوجة على تكذيبه أربعة أيمان، بصيغة: **(أشهد بالله لرأيتها تزني ونحوه)**[5]

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، **_الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص157.

[2] نفسه .

[3] نفس المرجع السابق ، ص158.

[4] عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** ،مرجع سابق ، ص 305.

[5] أحمد الدردير، **الشرح الكبير لمختصر الخليل**،دار الكتب العلمية ، بيروت –لبنان ، 1995 ، ج02، ص657.

وعرفه الاباضية بأنه يمين الزوج بزنا زوجته أو نفي نسب ويمين الزوجة على تكذيبه، ويلعن الرجل نفسه في الخامسة إن كان كاذبا، بينما تذكر المرأة في الخامسة أن عليها غضب الله والذي هو في معنى اللعن[1].

ثانيا- مشروعية اللعان :

أ -من القرآن:

قوله تعالى: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤﴾ سورة النور الآية 04.

وقوله تعالى: "**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّـهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّـهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّـهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّـهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ** " سورة النور الآية 06-07-08.

ب-من السنة النبوية:

وروي أبو عبيدة عن جابر قال : أتى رجل إلى رسول الله ﷺ يقال عاصم ابن عدي الأنصاري فقال: يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يصنع ؟فكره النبي ﷺ المسالة حتى عابها و بلغ بالرجل مبلغا عظيما ،ثم أتاه بعد ذلك رجل يقال له عويمر العجلاني فسال النبي ﷺ عن المسالة بعينها فقال له رسول الله ﷺ : **(قد نزلت فيك و في صاحبك فذهب فأتى بها)** فأتى بها فتلاعنا ، ففرق الرسول الله ﷺ بينهما قال الربيع : قال أبو عبيدة : **لا تحل له أبدا و إن نكحت زوجا غيره فمات عنها أو طلقها**[2].

ج -من الإجماع :

[1] اطفيش ، **شرح النيل والمختصر الخليل** ، مرجع سابق، ج07، ص356.

[2] رواه الربيع في مسنده باب الحدود والرجم (36)،ج02، ص 231.

فقد أجمع المسلمون ولا خلاف بينهم أن اللعان بين الزوجين مشروع في الإسلام وان الأحكام تتعلق بها إذا توفرت شروطه[1] .

ثالثا-أسباب اللعان:

أ. هو قذف الرجل لزوجته قذفا يوجب حد الزنا وهو عند المالكية : ادعاء رؤية الزني بشرط أن لا يطأها بعد الرؤية، فإن ادعى الزنا دون الرؤية ، حد للقذف، ولم يجز اللعان على المشهور عندهم خلافا لغيرهم من الفقهاء.

ب. نفي الحمل أو الولد، ولو من وطء شبهة أو نكاح فاسد.

ج. ويشترط المالكية لنفي الحمل :أن يدعي الزوج أنه لم يطأ زوجته لأمد يلحق به الولد، وأن يدعي الاستبراء بحيضة واحدة، وأن ينفيه قبل رضعه، فإن سكت حتى وضعته حدا، ولم يلاعن[2].

رابعا-أركان اللعان:

ذكر جمهور الفقهاء للعان أركانا: وهي الملاعن والملاعنة وسببه ولفظه.

واشترط المالكية الإسلام في الزوج لا في الزوجة فإن الذمية تلاعن لرفع العار عنها[3].

ويكون اللعان بحضور جماعة من المسلمين لا ينقصون عن أربعة ويستحب أن يكون بعد صلاة العصر، ويشترط في اللعان أن يكون الزوج أهلا للشهادة على المسلم وطرفا للعان والزوجين حرين ،عاقلين، بالغين ، مسلمين ولا من أحدهما صبي أو مجنون أو أخرص للشبهة.

خامسا-حكم نكاح المرأة الملاعنة:

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب اللعان فهل تحرم الزوجة على زوجها حرمة مؤبدة أم مؤقتة؟ ، وهل هذا اللعان فسخا أم طلاقا ، وهل يجوز للملاعن أن يعود لزوجته إذا كذب نفسه.

ويرى فقهاء الاباضية والمالكية وآخرون أن الفرقة باللعان تعتبر فسخا وهي توجب حرمة مؤبدة بعد اللعان. فلا تحل المرأة الملاعنة على زوجها الملاعن ولا يمكن أن يعود المتلاعنان إلى الزواج بعدها أبدا، وعلى هذا لو كذب الزوج نفسه أو خرج عن أهلية الشهادة أو صدقته الزوجة

---

[1] ابن رشد محمد ، **بداية المجتهد نهاية المقتصد**، مرجع سابق ، ج05، ص361.

[2] عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**،مرجع سابق ، ص 306.

[3] المرجع السابق ، ص308.

فلا تحل له أبدا كما روي عن ابن عباس أن النبي ص قال :(المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا)[1].

وجاء في مقدمات ابن رشد والفرقة في اللعان فسخ بغير طلاق ، وهي مؤبدة لا يتراجع الزوجان بعده أبدا. هذا مذهب مالك وجميع أصحابه وأكثر أهل العلم والدليل على ذلك قول النبي ص للزوج بعد تمام اللعان: **(لا سبيل لك إليها)**[2].

لأن ظاهره التأبيد إذا لم يقيد ذلك بشرط يحلها له به: لأن التحريم إذا أطلق من غير تقييد محمول على التأبيد ألا ترى أن المطلقة ثلاثا لولا قول الله عز وجل فيها: "**حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ**" سورة البقرة الآية 230.

لن تحل له أبدا بظاهر قوله تعالى:" **فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ** سورة البقرة الآية 230.[3]

أكد مالك هذا الحكم في مدونته (أرأيت المتلاعن إذا كذب نفسه بعد تمام اللعان، أيحل له أن ينكحها في قول مالك)؟ قال:(لا تحل أبدا، ويضرب الحد ويلحق به الولد) قال مالك: (السنة في المتلاعنين أنهما لا يتناكحان أبدا، وإن كذب نفسه جلد الحد ولحق به الولد، ولم ترجع إليه امرأته)، قال مالك: (وتلك السنة لا شك فيها)[4].

سادسا- الحكمة من التحريم بسبب اللعان:

أ. تكرار الأيمان هي قائمة مقام الشهود في الزنا.

ب.فقدان الثقة بين الزوجين.

ج. انهيار العلاقة الزوجية بسبب اتهامه له بالزنا.

د. المساس بعرض الزوجة إذا كذب نفسه بعد اللعان.

سابعا- موقف المشرع الجزائري من اللعان:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على اللعان كسبب للتفريق بين الزوجين في باب الطلاق مع أنه منصوص عليه شرعا، إلا أنه أخذ به كسبب مانع من الميراث في المادة 138:

---

[1] الشوكاني محمد ، **نيل الأوطار** ،مرجع سابق ، ج06 ، ص 304.

[2] رواه البخاري عن ابن عمر **في كتاب الطلاق** ،ج07، ص457.

[3] ابن رشد، **مقدمات المدونة الكبرى لمالك**، دار الكتب العلمية ، بيروت-لبنان،1994، ج05، ص366.

[4] الإمام مالك رواية سحنون بن السعيد التنوخي، **المدونة الكبرى**،دار الكتب العلمية ،بيروت-لبنان ،1994، ج02، ص354.

(يمنع من الإرث اللعان والردة)[1].

كان على المشرع أن ينص على اللعان في باب الطلاق نظرا لما يرتبه من نتائج على الزوجين وقد تمتد هذه النتائج إلى النسب والميراث.

ولم ينص قانون الأسرة الجزائري ولا جل القوانين العربية على موضوع اللعان كسبب للتفريق مع أنه معتمد من الناحية القضائية، ولا ندري السبب الذي جعل هذه التشريعات لا تنص عليه صراحة وإنما تعرضت له فقط في باب النسب.[2]

المطلب الثالث:الانكحة الفاسدة فسادا مؤقتا والمتفق على فساده بين المذهبين المالكي و الإباضي

الزواج الباطل أو الفاسد عند المالكية هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرطا من شروط صحته، واتفق الفقهاء في الزواج الفاسد مؤقتا فيما يلي:

الفرع الأول : الجمع بين المحرمين

يحرم على الرجل أن يجمع في عصمته بإحدى المحارم بنسب أو رضاع، والمراد بالمحرمين أن تربطهما علاقة محرمة كالأختين الشقيقتين، أو لأب،أو لأم،والمرأة وعمتها ، أو خالتها، أو بنت أخيها أو بنت أختها .

و اتفق العلماء على عدم جواز الجمع بين المرأة ومحارمها أثناء العدة من الطلاق الرجعي، فلو طلق زوجته طلاقا رجعيا، لم يجز له الزواج بواحدة من قريباتها المحارم إلا بعد انقضاء العدة لأنها في حكم الزواج السابق.

فإن فعل ذلك كان زواجه فاسدا، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل الثابتين بالزواج، فيكون الزواج في العدة قائما حكما ، فإذا تزوج الآخر كان جامعا بينهما والجمع بين المحارم غير جائز شرعا[1].

[1] قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق .

[2] بن الشويخ رشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، مرجع سابق ، ص217.

وذهب بعض الاباضية والمالكية والشافعية إلى أنه يصح الزواج بأخت المطلقة ومن في حكمها من المحارم في أثناء العدة من الطلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى لانقطاع أثر الزواج السابق، فصارت كالأجنبية، فلا يحل لمن طلقها إلا بعقد جديد وحين إذن لا تجتمع المرأتان في حكم فراش واحد فلا يكون جامعا بين محرمين، لأن جمع المحرم هو الجمع في النكاح، وقد زال إحداهما[2].

وأجمع الفقهاء على أنه يجوز الجمع بين المرأة ومحارمها بعد الوفاة إذا ماتت الزوجة جاز للزوج أن يتزوج بأختها أو عمتها من غير انتظار.

واستدل جمهور الفقهاء على حكم التحريم بالمحرمين بأدلة من القرآن والسنة والإجماع.

أولا :من القرآن:

قوله تعالى: "**وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ** " سورة النساء الآية 23.

وأضاف الكدمي توضيحا لمدلول هذه الآية فقال: (فالجمع يقع بنفس العقدة للتزويج، لا نعلم في ذلك اختلافا أنه لو عقد له التزويج معا بأختين لبطل نكاح الجميعتين، أو رضيت به إحداهما، فكان الحكم واقعا بالعقد في التحريم، والتحليل كذلك واقع بالعقد والمعقود عليه على ما لا يجوز، ولا يحل من الإثم والتعدي لحدود الله إذا فعلوا ذلك على العلمي، وكان قوله تعالى :" **وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ**" سورة النساء الآية 23.

مع الأخوات من النسب من أي وجه كان من الرضاع.[3]

والجمع بين المرأة وابنتها حرام كالجمع بين الأختين لأن قرابة الولادة أقوى من القرابة الأخرى.

ثانيا :من السنة النبوية

روي عن الترمذي وغيره عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال:

---

[1] عثمان الجعلي، **سراج المسالك شرح أسهل المدارك** لأبي بكر بن حسن الكشناوي ،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، لبنان،1982،ج02، ص 50.

[2] خميس الشقصي، **نهج الطالبين وبلاغ الراغبين**، مرجع سابق ، ص 146.

[3] أبو سعيد الكدمي، **الاستقامة**، مطابع النهضة ، مسقط،سلطنة عمان،ج03، ص200، الجناوني ، **كتاب النكاح**، مرجع سابق، ص 38.

(لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا العمة على بنت أخيها، ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على بنت أختها لا الكبرى على الصغرى، ولا الصغرى على الكبرى[1]).

كما وردت روايات عديدة في مسند الربيع ابن حبيب و البخاري ومسلم ومالك وغيرهما من كتب السنن عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: **(لا يجمع الرجل بين المرأة وعمتها ولا خالتها في التزويج، وهما في الحرمة سواء).[2]**

ثالثا : من الإجماع:

وقد نص فقهاء الاباضية والمالكية في مصنفاتهم:

و قال صاحب النيل: **(وضابطه كل امرأتين بينهما من القرابة أو الرضاعة ما يمنع نكاحهما لو كانت إحداهما ذكرا والأخرى أنثى).[3]**

و قال صاحب السراج: (إن كل امرأتين لو قدرت إحداهما أنثى والأخرى ذكرا، ليجوز للذكر منهما نكاح الأنثى في التقدير، لا يجوز الجمع بينهما في عصمة، بل يحرم إجماعا وذلك كالأختين، والمرأة مع عمتها أو خالتها).[4]

رابعا :موقف المشرع الجزائري من الجمع بين محرمين:

نجد أن المشرع الجزائري قد وافق آراء الفقهاء في تحريم الجمع بين ذواتي المحارم وهذا في المادة 30 من قانون الأسرة بنصها:

(يحرم الجمع بين الأختين، وبين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع)[5].

حيث نجد أن المشرع حرص كل الحرص على تحريم هذا الجمع موافقا رأيه من رأي الفقهاء في هذه المسألة الذي يستند إليها الفقه الإسلامي من القرآن والسنة وإجماع العلماء.

الفرع الثاني :الجمع بين أكثر من أربعة نسوة

---

[1] رواه الترميذي في كتاب النكاح ، الحديث رقم 1126، ج03 ،ص 433.

[2] الربيع الجامع الصحيح، مسند الإمام الربيع ابن حبيب، **كتاب النكاح**، حديث رقم 517، ج02، ص208.

[3] عبد العزيز الثميلي، **كتاب النيل (شرح أحمد اطفيش)**، ج06، ص32-33.

4 عثمان الجعلي ، **سراج المسالك شرح أسهل المدارك** ، مرجع سابق ، ج02، ص 50.

[5] قانون الأسرة الجزائري معدل .

اتفق الفقهاء على أنه يحرم على الرجل أن يجمع أكثر من أربعة نسوة في عصمته في وقت واحد.

قال اطفيش : **(ولا يحل لمن له أربعة أن يتزوج خامسة حتى يطلق إحداهن وتتم العدة ، أو طلق طلاقا لا تجوز فيه الرجعة ولو لم تتم العدة أو تموت ولو لم تتم العدة بعد الموت أو تحرم وتتم العدة).**[1]

واستدل الفقهاء هذا التحريم :

أولا: من القرآن:

يقول الله تعالى:" **إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا** " سورة النساء الآية 03.

نلاحظ من خلال هذه الآية الكريمة العدل مع الزوجات والاقتصار على واحدة في حالة عدم العدل .

ويلاحظ أن لفظ مثنى معدول به عن اثنين اثنين، نقول: جاءني القوم مثنى أي اثنين اثنين، وهكذا ثلاثا ورباعى بيانا لأنواع الزيجات، وفئات الناس، وما يباح لهم أثناء تعدد الزوجات فالعطف بالواو للتخيير لا للجمع[2].

ثانيا: من السنة النبوية:

ما رواه ابن عمر قال أسلم غيلان الثقفي وتحته عشرة نسوة في الجاهلية فأسلمنا معه، فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعا[3].

وعن قيس ابن الحارث، قال أسلمت وعندي ثمانية نسوة فأتيت الرسول ﷺ، فذكرت ذلك له فقال: **(اختر منهن أربعا)**[4].

---

[1] أحمد بن يوسف اطفيش، **شرح كتاب النيل** ،مكتبة الإرشاد، جدة– المملكة العربية السعودية، 1985، ط03، ج06، ص 39.

[2] ابن حجر العسقلاني ، **كتاب النكاح** ، دار إحياء التراث العربي، بيروت– لبنان، 1991، ط01، ص 59.

[3] رواه أحمد الترميذي ، **كتاب النكاح** ، حديث رقم 1238، ج03، ص 435.

[4] رواه أبو داوود وابن ماجه أنظر الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج 06، ص 168.

ثالثا- من الإجماع:

أجمع الفقهاء على حرمة الجمع أكثر من أربعة نسوة ولم ينقل عن أحد من أسلافنا في عهد الصحابة ولا التابعين أنه جمع أكثر من أربعة نسوة ،ولا نعلم أي خلاف إلى يومنا هذا إلا الظاهرية والإمامية أنهم يوجزون التعدد أكثر من أربعة نسوة في عصمة رجل واحد.

رابعا:موقف المشرع الجزائري من الجمع بأكثر من أربعة نسوة:

من الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في :27 فبراير 2005 لقانون الأسرة من المادة 08 منه:

(يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط نية العدل)[1].

و أضاف المشرع الجزائري من نفس المادة في الفقرة الثانية من نفس القانون المذكور أعلاه:

(يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة بالمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية).

و يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.[2]

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد وافق الفقهاء على تعدد الزوجات بالعدد المسموح به شرعا وهو أربعة نسوة فقط دون زيادة ، واشترط المشرع نية العدل والقدرة على الزواج بالإضافة إلى وجوب ترخيص من الزوجة الأولى وموافقة الزوجة الثانية ، وهذا لضمان وحماية الأسرة وكذا حقوق الزوجية.

كما أشار المشرع الجزائري في حالة التدليس **(يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق)** وهذا ما أكدته المادة 08 مكرر.

كما أضافت المادة 08 مكرر 01 بقولها (يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستدر الزوج ترخيصا من القاضي وهذا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه.

[1] قانون الأسرة الجزائري المعدل ، ص 14.

[2] نفس المصدر السابق.

نلاحظ من هذه المواد سالفة الذكر أن المشرع الجزائري قد أعطى للزوجة حق المطالبة بالتطليق وهذا ما أكدته المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري سالف الذكر في حالة مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه وهذا في البند السادس من نفس المادة 53.

الفرع الثالث: الزوجة المحصنة والمعتدة:

أولا- الزوجة المحصنة:

أجمع الفقهاء أنه لأحد أن يعقد على امرأة متزوجة سواء كان الزوج مسلما أو غير مسلم لقوله تعالى: " **وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** " سورة النساء الآية 24 .

وعن رويفع ابن ثابت أن النبي ﷺ قال: **(من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي بمائه ولد غيره).**[1]

قال أبو السعيد الكدمي: **(حرم عليكم المحصنات من النساء في النكاح، والمحصنات من النساء هاهنا ذوات الأزواج المتزوجات ، فكل امرأة منكوحة متزوجة قد وقع عليها حكم الزوجية ورضيت بزوجها ووجب عليها حكم نكاحه فهي حرام على غيره من الرجال بالنكاح)**[2].

ثانيا- المرأة المعتدة:

وهي تلك المرأة التي تكون في أثناء العدة من الطلاق أو الوفاة فيكون الدخول بها زواجا فاسدا والدخول يكون بشبهة ، وقد ثبت التحريم لقوله تعالى : " **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** سورة البقرة الآية 228 .

وقوله تعالى: "**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** سورة البقرة الآية 234.

وقوله تعالى: " **وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** " سورة الطلاق الآية 04.

من خلال هذه الآيات يحرم الزواج بالمعتدة كما تحرم خطبتها غير أن خطبة المعتدة من الوفاة جائز بنص الآية كما أجازه الفقهاء أما عقد الزواج لا يجوز أثناء العدة وهذا ما أجمع عليه الفقهاء.

[1] ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، مرجع سابق، ج 02، ص 39.

[2] أبو سعيد الكدمي، **الاستقامة**، مرجع سابق ، ج03 ، ص 198.

وقد نقل ابن عبد البر إجماع العلماء في تحريم نكاح المعتدة فقال: (واجتمعت الأمة على أنه لا يجوز عقد النكاح في العدة).[1]

ثالثا- موقف المشرع الجزائري من زواج المرأة المحصنة والمعتدة:

من خلال نص المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري المعدل (يحرم من النساء مؤقتا :

المحصنة – المعتدة من الطلاق أو الوفاة ...)

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد استمد هذا التحريم من الشريعة الإسلامية حيث نرى أن المشرع لم يخالف الشريعة في هذا التحريم.

الفرع الرابع: الزواج بمطلقته ثلاثا

المطلقة ثلاثا هي بينونة كبرى وأجمع الفقهاء على تحريم الزواج بها مؤقتا على من طلقها ثلاث مرات فلا تحل له مرة أخرى إلا إذا نكحت زوجا غيره ودخل بها ثم طلقها أو مات عنها فيجوز حينئذ أن يعود إليها بعقد جديد.

أولا- من القرآن:

لقوله تعالى:"**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**"سورة البقرة الآية 229-230.

ثانيا- من السنة النبوية:

بينت السنة النبوية عن زواج بمطلقته ثلاثا فقد جاء في البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت :

جاءت امرأة **(رفاعة القرضي)** إلى رسول الله ﷺ فقالت: **(إني كنت عند رفاعة فطلقني فبت طلاقي ، فتزوجني عبد الرحمان ابن الزبير وما معه إلا مثل هدبة الثوب)** ، فتبسم النبي صلى الله عليه وسلم وقال: **(تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ ،لا،حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك)**[2].

ثالثا- موقف المشرع الجزائري من زواج المطلقة ثلاثا :

بناء على المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري : " **يحرم من النساء مؤقتا :**

[1] ابن عبد البر ،**الكافي في فقه أهل المدينة المالكي** ، دار الكتب العلمية ، بيروت- لبنان، ط 02 ، ص 336.

[2] رواه البخاري في **كتاب الطلاق** ، حديث رقم 5260-5261 .

1. المحصنة
2. المعتدة من الطلاق أو الوفاة
3. المطلقة ثلاثا
4. الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة لأب أو لأم أو من الرضاعة
5. زواج المسلمة مع غير المسلم.

نلاحظ المشرع الجزائري قد وافق فقهاء الشريعة في المحرمات المؤقتة للزوجة فإن الزوج تحرم عليه زوجته إن طلقها ثلاث مرات حتى تنكح زوجا آخر وهذا ما أكدته المادة 51 من نفس القانون الآتي نصها :

(لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء).

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخطأ في كلمة أن يراجع الرجل وكان من المفروض أن يقول الزوج وكذلك لم يبين المشرع الجزائري لفظ الطلقات الثلاثة المتتالية في زمن واحد أو متباعدة وهذا هو الغموض الذي وقع فيه المشرع الجزائري يمكن أن يكون سهوا منه ، وهذا يعتبر خروجا عن الشريعة الإسلامية.

الفرع الخامس: زواج المسلمة بغير مسلم ومن لا تدين بدين سماوي:

أولا- زواج المسلمة بغير مسلم:

قال مالك: (ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله ورسوله صلى الله وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر إلا فرقت هجرتها بينها وبينه، إلا أن يقدم زوجها مهاجرا قبل أن تنقضي عدتها)[1].

[1] مالك ، **المدونة الكبرى**، مرجع سابق ، ص 213-214.

وروي أن رجلا من تغلب أسلمت زوجته، وأبى هو أن يسلم ففرق عمر بينهما [1].

وروي عن ابن عباس أنه قال: " إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها فهي أملك نفسها "[2].

قال الله تعالى: "**وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ** سورة البقرة الآية 221.

وأجمع الفقهاء على تحريم زواج المسلمة بغير مسلم منذ عهد الصحابة والتابعين فكان هذا التحريم بنص القرآن حجة قاطعة لا مجال فيها للشك، وبناء على هذه الحجج القاطعة أن المسلمة لا ينعقد زواجها على غير مسلم ويفرق بينهما لأن الإسلام اشترط الإسلام.

والحكمة من هذا التحريم خوف وقوع المؤمنة في الكفر ، والنساء عادة أنهن يتبعن أزواجهن ويقلدونهم ويؤثرون بأفعالهم ،وهذا ما دلت عليه الآية الكريمة: " **أولئك يدعون إلى النار** " سورة البقرة الآية 221 ، أي يدعون المؤمنات إلى الكفر.

أما زواج من لا تدين بدين سماوي أباحت الشريعة الإسلامية للمسلم أن يتزوج بالمرأة المسلمة والمرأة التي تدين بدين سماوي وتكون من أهل الكتاب الإلهية كالنصرانية واليهودية والتوراة ودليل إباحة هذا الزواج

قوله تعالى: "**الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ ۖ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُم**"سورة المائدة الآية 05.

ثانيا– زواج من لا تدين بدين سماوي:

حرمت الشريعة الإسلامية زواج المسلم بالمرأة المشركة وهي التي لا تدين بدين سماوي سواء كانت وثنية أم مجوسية أو صابئة أو ملحدة وهذا ما دلت عليه الآية الكريمة والسنة لقوله تعالى : "**و لا تنكحوا المشركات حتى يؤمن**" سورة البقرة الآية 221.

---

[1] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق ، ص 181.

[2] أخرجه عبد الرزاق بن عكة، عن ابن عباس باللفظ والنصرانية تكون تحت النصراني فتسلم قبل أن يدخل بها قال يفرق بينهما ولا صداق لها.

و الحكمة من زواج المشركة أنه لا يحقق أهداف ومقاصد الشريعة الإسلامية لأن هناك تناقض بين المسلم والمشركة والتنافر بين الإسلام والأديان الوثنية شديد فكيف تكون نشأة الأولاد من أبوين متنافرين حول العقيدة.

ثالثا- موقف المشرع الجزائري من زواج المسلمة بغير مسلم وزواج من لا تدين بدين سماوي:

تنص المادة 30 من قانون الأسرة:(يحرم من النساء مؤقتا ... زواج المسلمة مع غير المسلم).[1]

من خلال نص المادة المذكورة أعلاه نلاحظ أن المشرع الجزائري قد طبق الشريعة الإسلامية في موانع النكاح المؤقتة،وفي حالة اشتمال عقد الزواج على مانع أو شرط يتنافى مع العناصر المذكورة في المادة 30 فإن الزواج يكون باطلا، وهذا يتنافى مع مقتضيات العقد وهذا ما حددته المادة 32 من قانون الأسرة.

أما زواج الجزائريين والجزائريات يخضع زواجهم بالأجانب إلى أحكام خاصة، وهذا ما تقرر في المادة 31والتي تنص على ما يلي : (يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية).[2]

المبحث الثاني: الزواج الفاسد المؤبد و المؤقت و المختلف فيه

إذا تم الزواج فاقدا لشرط من شروط الصحة فإنه يفسخ قبل البناء ولا صداق فيه وبعد البناء يصحح إذا كان هذا الفساد مؤقتا وإذا اشتمل العقد على شرط يتنافى مع مقتضيات العقد وأحكام

[1] قانون الأسرة الجزائري.

[2] قانون الأسرة الجزائري.

الشريعة فإنه يتقرر البطلان وبقاء العقد صحيحا فلذلك فلا يحكم القاضي بفسخ العقد إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا.

ومن خلال ذلك سندرس في هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين ما يلي:

المطلب الأول : الزواج الفاسد فسادا مؤبدا والمختلف فيه بين المذهبين ورأي المشرع الجزائري.

المطلب الثاني: الزواج الفاسد المؤقت والمختلف فيه بين المذهبين ورأي المشرع الجزائري.

المطلب الأول: الزواج الفاسد فسادا مؤبدا والمختلف فيه بين المذهبين المالكي و الإباضي

الفرع الأول – زواج الشغار:

أولا– تعريف الشغار :

أ– لغـة: الشغار بكسر الشين العجمةِ في أصل اللغة من الرفع، مأخوذ من قولهم: شغر الكلب رجله: إذا رفعها ليبول، ثم استعملوه في ما أشبهه، فقالوا شغر الرجل المرأة إذا فعل لها ذلك للجماع.[1]

كان الرجل في الجاهلية يقول للرجل : شاغرني أي زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي بلا مهر، لهذا المعنى ، وقيل إنما قيل له شغار لأن كل واحد منهما رفع الصداق عن صاحبه.[2]

وقيل الشغار: إخلاء النكاح من الصداق أخذ ذلك من قولهم بلد شاغر أي خال من الناس[3].

ب– شرعا:

[1] ابن منظور، **لسان العرب**،_ مرجع سابق ، ص 144.

[2] مصطفى بن حمو أرشوم،_**النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق ، ص 192.

[3] ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، مرجع سابق ، ص 269.

اصطلح الفقهاء على إطلاق الشغار على النكاح الذي يكون بغير مهر حين يزوج الرجل من تحت ولايته لآخر على أن يزوجه في المقابل من تحت ولايته بحيث تكون صداق كل منهما هو بضع الآخر.[1]

وقال القرطبي تفسير الشغار بما ذكر صحيح موافق لما ذكره أهل اللغة فإن كان مرفوعا فهو المقصود وإن كان من قول الصحابي فمقبول أيضا: "لأنه أعلم بالمقام وأفقه بالحال[2].

ثانيا- حكم زواج الشغار عند الفقهاء:

أ-الرأي الأول : تعددت الآراء عند فقهاء المالكية و الاباضية وذهب هذا الرأي إلى بطلان العقد ولزوم فسخه ولو بعد الدخول وأن على جماعة المسلمين إن علموا به أن يفسخوه[3].

قال سحنون في المدونة يسأل عبد الرحمان ابن القاسم قلت : أرأيت نكاح الشغار إذا وقع فدخلا بالنساء وأقاما معهما حتى ولدتا أولادا أيكون ذلك جائزا أو يفسخ؟ قال : قال مالك يفسخ على كل حال، قلت وإن رضي النساء بذلك فهو شغار عند مالك؟ قال : نعم [4]

وقد قسم الفقهاء المالكية حكم زواج الشغار وما يترتب عليه إلى ثلاثة أقسام هي:

1-صريح الشغار: وهو الخالي من الصداق من الجانبين وهو أن يقول الرجل للآخر : زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك على أن يكون بضع كل منهما مهرا للآخر وحكم هذا النوع أنه باطل ولا يصح به العقد وقالوا يفسخ بطلاق قبل الدخول وبعده وإن ولدت الأولاد ولو طال الزمن ، وللمدخول بها مهر مثلها، وأما غير المدخول بها فلا شيء لها[5].

---

[1] البسيوني ، **جامع أبي الحسن البسيوني** ،نشر وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1984، ط01، ص 26.

[2] فتح الباري، **شرح صحيح البخاري**، مطبعة دار البلاغة ومؤسسة العلا ، بيروت ، لبنان،1986، ص 91-92.

[3] اطفيش، **شرح النيل ومختصر الخليل**،مرجع سابق ،ص 322-323، وابن حجر أحمد ،**شرح صحيح البخاري**، المرجع السابق ، ص 93.

[4] مالك ، **المدونة الكبرى رواية سحنون بن سعيد التيوخي** ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، 1993، ج02، ص 98.

[5] مصطفى بن حمو أرشوم ، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع السابق ، ص 194.

2-وجه الشغار: وهو الذي يجعل لكل واحدة صداقا متساويا أو تفاوتا مثل أن يقول رجل لآخر زوجتك ابنتي بثلاث مئة دينار على أن تزوجني ابنتك بثلاث مئة دينار أو زوجني أختك بمئة دينار على أن أزوجك أختي بمئة وخمسين دينار.

وحكم هذا العقد أنه يفسخ الزواج قبل الدخول بالمرأة أما بعد الدخول فلا يفسخ ولكل واحدة منهما الأكثر من مهر المثل والمسمى على الرأي المشهور. [1]

وقد نقل خميس الشقصي في مصنفه حديث أنس ابن مالك الذي نهى فيه الرسول ﷺ عن الشغار مستدلا به، ثم عقب بعده فقال روي عن أنس ابن مالك عن النبي ﷺ كان يقول: **(لا شغار في الإسلام).** [2]

3- مركب من الوجهين: أي من صريح الشغار ووجه الشغار، وذلك إذا سمي الصداق لواحدة دون الأخرى مثل أن يقول رجل لآخر زوجني ابنتك بخمسمائة دينار على أن أزوجك ابنتي بغير مهر، وحكمه الفسخ قبل الدخول بالزوجة، ويثبت زواج التي سمي لها مهر بعد الدخول بها، ولها مهر المثل، وقيل : لها الأكثر من المسمى ومن مهر المثل، ويفسخ زواج من لم يسمى لها مهرا وليس لها إلا مهر المثل عند الدخول. [3]

ب-الرأي الثاني : و ذهب إليه بغض الاباضية و الحنفية و الزهري و مكحول و الثوري و الليث و هو انه يصح عقد نكاح الشغار ، فهذه الصورة من باب عقد الزواج الذي أضيف إليه شرط باطل فيصح العقد و يبطل الشرط كما هو الشأن في كل عقد الزواج اقتران بشرط غير صحيح و يجب لكل واحد من الزوجين مهر مثلها لأنه يجب عند خلو العقد من تسمية المهر تسمية صحيحة [4]

---

[1] أبو بكر الكشناوي، **أسهل المدارك شرح إرشاد المسالك في فقه إمام الأئمة مالك** ،مرجع سابق ، ج02، ص87.

[2] أخرجه ابن حيان ، **كتاب النكاح**، باب الشغار، حديث رقم :41421.

[3] محمد بن عرفة الدسوقي ،**الشرح الكبير لمختصر الخليل**، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت –لبنان، بدون سنة، ج 03 ، ص 307-308.

[4] بدران أبو العينين ،**الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون**،مرجع سابق ، ص 53.

ج-الرأي الثالث : فسخ النكاح قبل الدخول لا بعده و هو رواية أخرى عن الإمام مالك .[1]

مما سبق يتضح لنا ما يلي:

1. بعض الاباضية و المالكية لزوم الفسخ قبل الدخول و بعده .
2. بعض الاباضية و الحنفية هو صحة عقد الزواج مع وجوب مهر المثل بعد الدخول و رواية عن مالك و هي لزوم الفسخ قيل الدخول لا بعده .

الفرع الثاني: زواج المتعة

يعتبر عقد نكاح المتعة أو المؤقت من العقود المعروفة في الجاهلية ، ومن شروط عقد الزواج الصحيح أن يكون خالي من التوقيت فإذا دل ذلك يكون العقد باطلا عند الفقهاء والتشريع لأن من خصائص عقد الزواج الاستمرار والدوام وينتهي بالوفاة أو الطلاق.

أولا: تعريف زواج المتعة عند فقهاء المالكية و الاباضية

عرفه المالكية: عن ابن عبد البر المالكي :(**هو أن يتزوج الرجل المرأة بشيء مسمى إلى أجل معلوم يوما أو شهرا أو مدة من الزمان المعلومة على أن الزوجية تنقضي بانقضاء الأجل).**[2]

وقد عرف نكاح المتعة عند فقهاء المعاصرين بتعاريف متقاربة في المعنى وقال محمد محي الدين (زواج المتعة هو أن يقول الرجل للمرأة أتمتع بك أياما بدينارين أو أتمتع بك مدة إقامتي في هذه البلدة بكذا دينار، أو أتمتع بك شهرا بكذا دينار، فتقول في كل ذلك قبلت.[3]

عرف فقهاء الاباضية نكاح المتعة بعدة تعاريف بمايلي:

يقول الشيخ اطفيش في زواج المتعة بأنه: "**تزويج بولي وشهود وصداق معلوم لأجل مسمى ورضا** "[4].

---

[1] مالك، **المدونة الكبرى رواية سحنون** ، مرجع سابق ،ص 98.

[2] محمد بن عرفة الدسوقي، **الشرح الكبير لمختصر الخليل**، مرجع سابق، ج02، ص 238.

[3] محمد محي الدين ، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة مع مقابلها في الشرائع الأخرى** ، دار الكتاب العربي ،بيروت- لبنان، 1984، ط01 ، ص33.

[4] أمحمد أطفيش ،**شرح النيل** ، مرجع سابق، ص 319.

كما عرفه الجناوني : "أن يتزوج الرجل بامرأة على صداق معلوم إلى أجل معلوم، فإذا تم الأجل الذي بينهما خرجت عنه بغير طلاق، وان اتفقا أن يزيدها في الصداق وتزيده في الأجل فعلا ، وإن مات أحدهما قبل الأجل الذي بينهما فلا يتوارثان"[1].

يلاحظ من هذا التعريف أن الاباضية حددوا أركان نكاح المتعة وهي الولي –الشهود–الصداق– رضا المرأة –الأجل المعلوم وهذه الأركان لا تختلف عن أركان العقد الصحيح المشروع، إلا في تحديد الأجل المؤقت.[2]

ويلاحظ من مجموع هذه التعاريف أنها ذكرت الآجال والصداق ورضا المرأة ولم تشترط رضا الولي ولا حضور الشهود خلافا للإباضية[3].

ثانيا: تعريف النكاح المؤقت

عرفه أبو زهرة: (هو الذي ينشأ بلفظ من الألفاظ التي ينعقد بها عقد الزواج، ولكن يقترن بالصيغة ما يدل على تأقيت الزواج بوقت معين محدود طال الوقت أو قصر).[4]

كما عرفه محمد بن محي الدين : (والزواج المؤقت أن يقول الرجل للمرأة ، تزوجيني مدة شهر بمهر قدره كذا، فتقول قبلت، ويكون ذلك بحضرة شهود مستكملين لشرائط الشهادة على الزواج).[5]

ثالثا ـ الفرق بين نكاح المتعة والنكاح المؤقت:

بعض العلماء فرقوا بين زواج المتعة والمؤقت يرى الحنفية أن الزواج المؤقت ينعقد مؤبدا ويلغى شرط التوقيت لأن الصيغة عند الحنفية صالحة لإنشاء عقد الزواج والصيغة تدل على التأقيت كأن يقول الرجل للمرأة تزوجتك على أن أطلقك بعد شهر أو شهرين، فهنا يمكن القول أن الزواج يكون صريحا وإذا ألغي الشرط يكون الزواج مؤبدا.

وبعض الفقهاء يرون أن النكاح المؤقت ونكاح المتعة له فروق.

---

[1] الجناوني ، **كتاب النكاح**، مرجع سابق ، ص147.

[2] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا وآثارا في المذهب الإباضي**، مرجع سابق ،ص 202.

[3] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا** ، مرجع سابق ، ص202.

[4] أبو زهرة ، **محاضرات في عقد الزواج وآثاره**، مرجع سابق ، ص86.

[5] محمد محي الدين، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى** ، نشر دار الكتاب العربي ، لبنان ، 1984،ط01، ص 203.

يرى ابن محي الدين أن هناك ثلاثة فروق بين نكاح المتعة والمؤقت فيقول أن المتعة تكون بلفظ التمتع لا غير، والمؤقت يكون بلفظ الزواج والنكاح وما يؤدي معناهما .

أ. أن الشهود ليسوا شرطا في زواج المتعة، وهم شرط في الزواج المؤقت .

ب.أن تعيين الوقت ليس شرطا في زواج المتعة وهو شرط في الزواج المؤقت.[1]

وأضاف الصباغ شرطا آخر وهو أن نهاية النكاح المؤقت تكون بالطلاق أما نهاية نكاح المتعة تكون بالفسخ دون الطلاق[2].

ويرى فقهاء الاباضية والمالكية أنه لا فرق بين المدلولين بل يعتبر النكاح المؤقت من أفراد نكاح المتعة أو هو مرادف له [3].

رابعا ـ القائلون ببطلان نكاح المتعة واستدلالهم:

أجمع جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء من الاباضية والحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن نكاح المتعة باطل وغير منعقد، فلا يترتب عليه أي حكم من أحكام الزوجية، فمن نكح امرأة نكاح متعة أو مؤقت فنكاحه باطل ويجب فسخه ويجب على جماعة المسلمين أن يعملوا على التفريق بينهما[4].

خامسا- القائلون بجواز نكاح المتعة:

يرى فقهاء الشيعة الامامية الإثنا عشرية أن نكاح المتعة جائز، ويسمونه بالزواج المنقطع لأن الزواج عندهم نوعان زواج دائم وزواج منقطع، فالزواج الدائم له شروطه الخاصة أما الزواج المنقطع فهو نكاح المتعة ويعرفونه بأنه عقد ازدواج بين طرفين معلومين إلى أجل معين بمهر معين ويذكر في متن العقد، فإذا انتهى الأجل انحلت العقدة بينهما دون الحاجة إلى طلاق وتعتد الزوجة بحيض تين أو خمسة وأربعين يوما إن كانت لا تحيض وهي في سن من تحيض ، وإذا مات الزوج وهي في أثناء المدة لحقتها عدة الوفاة ومقدارها أربعة أشهر وعشرة أيام، أو وضع الحمل إذا كانت حاملا وتأخذ بأبعدهما أجلا، والولد من الزواج المنقطع كالولد من الزواج الدائم في وجوب التوارث والنفقة، فقد سأل الإمام جعفر الصادق عن المرأة المتمتع به إذا حملت فقال:

---

[1] محمد محي الدين، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى**، مرجع سابق ، ص34.

[2] الصباغ ، **الإيضاح في أحكام النكاح**، عن مصطفى بن حمو أرشوم، مرجع سابق ، ص205.

[3] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق ، ص 205.

[4] المرجع السابق ، ص206.

هو ولده ويرون أن لا حد لعدد النساء المستمتع بهن ، فللرجل أن يستمتع بأي عدد من النساء ، وتوجد عندهم روايات أخرى تدل على عدم الزيادة على الأربع في المتعة كما هو الحكم في الزواج الدائم منها.[1]

وقد حكي عن ابن عباس قوله بجواز المتعة، وتبعه في ذلك أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن و به قال عطاء وطاووس وابن جريج، وحكي ذلك عن أبي سعيد الخذري وجابر ابن عبد الله كما ورد هذا الجواز عند بعض فقهاء الاباضية ولكنه قول شاذ غير معمول به عند أصحاب المذهب ولم يقل به إلا محمد ابن محبوب وعبد الملك ابن صفرة والنبهان ابن عثمان وأبو الحواري وأبو الحسن وأبو العباس أحمد بن أبي بكر المشهور بأبي مسألة [2].

إن جمهور فقهاء الاباضية يخالفون هذا الرأي ويقولون بتحريم نكاح المتعة وبطلان عقده، وقد نسخ بآية الإرث أو بالنهي عنه ﷺ كما ذكره صاحب كتاب النيل، قال الشيخ اطفيش: "نسخ نكاح المتعة عند الأكثر بآية الإرث أو بالنهي"[3] .

وقال أبو الحواري في جامعه (ولم نعلم أن أحدا من أصحابنا فعل تزويج المتعة ونحن بهم نقتدي وبنورهم نهتدي)[4].

واستدل أصحاب هذا الرأي من القرآن قال الله تعالى: " **فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ** " سورة النساء الآية 24.

يرى أصحاب هذا الرأي لجواز المتعة من هذه الآية وهو إعطاء المرأة أجرها مقابل الاستمتاع بها ومن السنة عن جابر ابن عبد الله وسلمة ابن الأكوع قالا : كنا في جيش فأتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: **(إنه قد أذن لكم أن تستمتعوا فاستمتعوا)**[5].

---

[1] مصطفى بن حمو أرشوم،_**النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق ، ص 211.

[2] محمد بن الحواري ، **جامع أبي الحواري** ، نشر وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان ، 1985، ج03، ص123 .

[3] امحمد اطفيش ، **شرح النيل** ، مرجع سابق، ج 06، ص 320.

[4] محمد بن الحواري ، **جامع أبي الحواري**، مرجع سابق، ج03، ص 132، أمحمد اطفيش ، ج06، ص 321.

[5] أخرجه البخاري في كتاب النكاح، الحديث رقم 5117-5118.

مجمل القول :

إن زواج المتعة أو المؤقت بقية من بقايا الجاهلية ونوع من أنواع زواجهم إلى أن جاء الإسلام وأبطل هذه العادة السيئة التي تتنافى مع عقد النكاح الصحيح الذي بينته الشريعة الإسلامية وكفلت حقوقا وواجبات على كل من الزوجين ، ونكاح المتعة من الانكحة الباطلة التي تتنافى مع الحقوق الزوجية التي أقرها الإسلام من أركان وشروط في العقد الصحيح والآثار المترتبة عليه من نسب و ميراث وحقوق الطلاق، حيث جاء النص قاطعا بالتحريم لقوله تعالى:

"**الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ ۖ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ** " سورة المائدة الآية 05.

إذا فكل المذاهب الأربعة بما فيهم الاباضية أجمعوا على نكاح المتعة أو المؤقت فهو نكاح باطل لا يجوز عقده لأنه مخالف لأحكام الزواج الشرعي وتجدر الإشارة إلى أن بعض الشيعية وافقوا الجمهور في منع نكاح المتعة وإبطاله ومنهم الإمامان أبو جعفر محمد، الباقر وأبو عبد الله جعفر الصادق وهم في ذلك تبع للإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه

الذي منعها وقال: (ولا أوتي بمستمتعين لرجمتهما).[1]

الفرع الثالث: زواج التحليل

أولا- تعريف زواج التحليل:

قال العتيبي : (ذلك أن الرجل يطلق المرأة ثلاثا، ثم يندم ويرغب في مراجعتها فيقول لها تزوجي زوجا يحللك لي، فيتزوج بها رجل ليحلها له)[2].

ذهب الجمهور إلى تحريم زواج التحليل لأنه يتنافى مع مقاصد الشريعة وخصائص عقد الزواج الذي يختص بالدوام والاستقرار والإحسان وحسن المعاشرة ، في حين نجد بعض الفقهاء ذهبوا إلى جواز هذا النكاح إذا كان القصد به الإصلاح بين الزوجين، وبطلانه إذا تبين نية التحليل وبعضهم لا يبطله إذا كان التحليل غير مشترطا في العقد.

---

[1] أبو زهرة ،**محاضرات في عقد الزواج وآثاره**، مرجع سابق ، ص 73 ، وبدران ، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون**، مرجع سابق، ص58.

[2] العتبي سلمة ابن مسلم الصحاري ، **الضياء**، مرجع سابق، ص 223.

الرأي الأول:

ذهب المالكية و الاباضية والحنابلة إلى أن نكاح التحليل حرام وباطل وفاسد يفسخ قبل الدخول وبعده سواء كان التحليل مشروطا في العقد أو قبله أو منويا فقط، ويكفي في ذلك نية المحلل، فلا يجوز لمن فعله معاشرة الزوجة ولا تحل به لزوجها الأول، ويأثم الولي والشهود والمرأة إن علموا بذلك [1].

هذا النكاح فاسد على كل حال ويفسخ أبدا بطلقة بائنة للاختلاف فيه ولو بعد ولادة الأولاد وطول الزمن.[2]

و قال القطب : يأتي الفساد من الأخير إن أراد التحليل فان علم به الأول فلا يتزوجها و إن اتفق المحلل و المحلل له لا المرأة فلا تحل له بإرادة التحليل و إن اتفق مع زوجها فتزوجت غيره بلا اتفاق معهما أو به معه لم يحل لها الأول و إن تزوجها المحلل على اتفاق منهما لتحليلها فلا يمسها و لا يمسكها و إن مسها أصدقها و ثبت ولده و لا تحرم عليه و قيل إن تابا فلهما أن يقيما على نكاحهما و قيل تحرم عليه و إن لم يرد إلا قضاء وطره كعابر سبيل و غيره فلا عليه و إن أراد قضاء الوطر و التحليل لم يحل له ذلك .[3]

ونقل ابن تيمية اتفاق الصحابة والتابعين في تحريم نكاح التحليل منهم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وغيرهم ...،حتى قال بعضهم لا يزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة إذا علم الله من قلبه أنه يريد أن يحلله له، وينسب هذا الرأي كذلك الأئمة والتابعين منهم جابر ابن زيد والسعيد ابن المسيب والحسن البصري والنخعي وغيرهم ، وهو مذهب مالك والأوزاعي والثوري والإمام أحمد.[4]

وأدلة أصحاب هذا الرأي عن ابن مسعود قال ﷺ : لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له[5].

وعن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه أنه ﷺ لعن المحلل والمحلل له[1].

---

[1] العتبي سلمة ابن مسلم الصحاري ، **الضياء**، مرجع سابق، ص 223.

[2] عثمان الجعلي، **سراج المسالك**، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ،بيروت- لبنان، 1982 ج 2، ص 52.

[3] امحمد اطفيش، **شرح النيل** ،مرجع سابق، ج6 ،ص 375.

[4] ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم ، **مجموع فتاوي النكاح وأحكامه**، دار المصرية اللبنانية، القاهرة-مصر ، 1992، طبعة 01، ص204.

[5] رواه الترمذي – حديث رقم1130، ص428.

الرأي الثاني:

ذهب جمهور الحنفية و الشافعية إلى أن التحليل إذا لم يشترط في العقد فالعقد صحيح، وتحل به المرأة للزوج الأول إذا دخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا ثم فارقها وانقضت عدتها منه لأن العبارة صدرت سليمة من العيب وهي المظهر الخارجي للعقد فيوجد العقد بوجودها، ولا عبرة بما نوى أو قصد أو بما شرطه قبل العقد أو بعده، أما إذا شرط التحليل في العقد كما إذا قال لها : تزوجتك لأحلك لزوجك الأول، أو قالت هي له ذلك فقد اختلف فقهاء الحنفية في هذا الزواج .[2]

إن الزواج صحيح لاستكمال أركانه وشروطه الشرعية ويبطل الشرط ولا يعمل به فلا يجبر الزوج الثاني على أن يطلقها ولكن إذا طلقها بعد الدخول الحقيقي وانقضت عدتها منه حلت لزوجها الأول ومع هذا فالزواج مكروه كرهة التحريم.[3]

واستدل أصحاب هذا الرأي لقوله تعالى: "**فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ** " سورة البقرة الآية 230.

وهذا الزواج قد استوفى الأركان والشروط المشروعة مع مراعاة الموانع الشرعية ، وهو راغب في ردها إلى زوجها الأول، فيدخل في حديث ابن عباس أن الرسول ﷺ قال : **(إلا نكاح رغبة).** [4] وهذا نكاح رغبة في تحليلها للمسلم، كما أمر الله تعالى بقوله : "حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ "، والنبي صلى الله عليه وسلم إنما شرط في عودها إلى الأول مجرد ذوق العسيلة بينهما، فالعسيلة حلت له بالنص.[5]

مجمل القول:

الخلاف بين الرأيين في هذه المسألة يعود إلى فهم النصوص الواردة في القرآن والسنة وشرحها وفق القواعد المعتمدة لكل مذهب، حيث نجد أن الحنفية والشافعية أخذوا بسد الذرائع وتصحيحهم للعقد مادام لم يشترط فيه التحليل أثناء العقد صراحة ،لذا فإن زواج المحلل بلا شرط صريح في العقد وإنما بالنية وهو مكروه والعقد الصحيح إذا استوفى أركانه وشروطه فإنه لا يتأثر بالقصد.

---

[1] رواه الترمذي – حديث رقم 1119 ،ص 427.

[2] مصطفى بن حمو أرشوم،**النكاح صحة وفسادا** ، مرجع سابق ، ص 230.

[3] أبو الحسن ، **الهداية** ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت–لبنان، 1995، ج02، ص 258.

[4] أخرجه ابن ماجه في كتاب النكاح ، حديث رقم 1934، ص 622.

[5] مصطفى بن حمو أرشوم،**النكاح صحة وفساداء** مرجع سابق، ص 232.

ويتضح لنا أن كل من الرأيين في حكمهما على عقد نكاح التحليل يتماشى مع قواعده الأصولية وفهمه للنصوص الشرعية فهناك من اعتبر النية تؤثر في العقد ولو لم يلفظ وفساد الزواج إذا نوى ولو بغير لفظ وجعل اشتراط التحليل يفسد العقد.

وخلاصة القول أن الاباضية والمالكية والحنابلة نجدهم يتوافقون في تحريم نكاح التحليل وباطل ويفسخ قبل الدخول وبعده سواء كان التحليل مشروطا أو منويا وهذا خلافا لما ذهب إليه الحنفية والشافعية إلى أن التحليل إذا لم يشترط في العقد فالعقد صحيح وتحل به المرأة.

الفرع الرابع: زواج الزاني والزانية

اختلف الفقهاء في حكم زواج الزاني والزانية وتعددت فيه الآراء والسؤال الذي يطرح هل الزواج بالزانية هل هو صحيح أم فاسد؟ وهل تحرم الزانية على الزاني حرمة مؤبدة أو مؤقتة ؟وهل يؤثر الزنا على العلاقة الزوجية؟ كل هذه التساؤلات سنتطرق للإجابة عليها.

أولا- الرأي الأول: الاباضية

ذهب فقهاء الاباضية على أن من زنى بامرأة متعمدا يحرم عليه نكاحها حرمة مؤبدة سواء تابا من فعلتهما أم لم يتوبا، أو تاب أحدهما ولم يتب الآخر، أو كان الزنا برضا وطواعية، أو بدونهما، وسواء كانا مسلمين أو مشركين وقت الزنا أو كان أحدهما مسلما والآخر مشركا، أو كان أحدهما طفلا والآخر بالغا أو كان أحدهما عاقلا والآخر مجنونا أو كان أحدهما يقظا و الآخر نائما وسواء زنا بها في الفرج أو في غير الفرج من جسدها لأن النظر إلى الفرج عمدا أو لمسه كل ذلك في حكم الجماع موجب الحرمة عند الاباضية.[1]

ومن يقولون بهذا الرأي هم جابر بن زيد وأبي عبيدة مسلم ومحبوب بن الرحيل ومحمد ابن محبوب وصالح الدهان والربيع بن حبيب ووائل ابن أيوب وموسى ابن علي وعبد الله ابن عبد العزيز وأبو المورج.[2]

وقال الشيخ أحمد بن أحمد الخليلي إن ما ذهب إليه أصحابنا رحمهم الله هو قول الأحوط والأسلم و الأقطع لشأفة الفساد وهو مروي عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليه منهم: أم المؤمنين

[1] الجناوني، **كتاب النكاح**، مرجع سابق، ص 41 ،امحمد اطفيش ، **شرح كتاب النيل** ، مرجع سابق ج06، ص 47.

[2] مصطفى بن حمو أرشوم،**النكاح صحة وفسادا** ، مرجع سابق، ص241.

عائشة وابن مسعود و البراءة ابن عازب فقد روي عن كل من هؤلاء أن من زنى بامرأة ثم تزوجها فهما زانيان أبدا[1].

واستدل هذا المذهب من قوله تعالى: **الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ۚ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ** " سورة النور الآية 03 .

ذهب جمهور الاباضية إلى منع وتحريم نكاح الرجل مزنية غيره ،يجوز زواجها بزان مثلها شريطة أن لا يكون قد زنى بها أو شهد فاحشتها أو علم بزناها وأن يكونا أقيم عليهما الحد.[2]

يرى جمهور فقهاء الاباضية أنه لو زنى أحد الزوجين بأجنبي وعلم الآخر بذلك أو رآه يزني أو أقر بالزنا على نفسه وصدقه الآخر فإنه يحرم كل منهما على الآخر وهذا بخلاف ما إن لم يعلم الآخر ،فإنه في هذه الحالة لا تثبت الحرمة بينهما ولكن بإثم الزنا ، أما إذا ثبت الزنا بإحدى قريبات زوجته ينتج عنه التحريم بالمصاهرة [3].

استدلال الإباضيين:

استدل فقهاء الاباضية على حكم تحريم نكاح الزاني بمزنيته من القرآن والسنة والإجماع :

أ-من القرآن:

قال تعالى: " **الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ۚ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ** " سورة النور الآية 03، ووجه الاستدلال مأخوذ من الآية وهو زواج الزاني بالزانية أو المشركة .

ب-من السنة النبوية:

ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: " **أيما رجل زنى بامرأة ثم تزوجها فهما زانيان إلى يوم القيامة**".[4]

وروي عن النبي ﷺ قال: "**لا نكاح بعد سفاح**".[5]

---

[1] أحمد بن أحمد الخليلي، **فتاوي فقهية**، 1998

[2] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق، ص 253.

[3] المرجع السابق، ص 257.

[4] الشقصي ، **منهج الطالبين وبلاغ الراغبين**، مرجع سابق، ج15، ص167. (لم نعثر على الحديث في كتب السنن).

[5] امحمد اطفيش ،**شرح النيل**، مرجع سابق، ج06، ص48. (لم نعثر على الحديث في كتب السنن).

وذكر عن علي ابن أبي طالب كرم الله وجهه أنه فرق بين رجل وامرأة زنى بها ثم تزوجها ففرق بينهما علي قبل أن يدخل بها.[1]

ج-من القياس:

قاس الاباضية مسألة تحريم نكاح الرجل بزانيته بمسألة نكاح الرجل بملاعنته: (أي المرأة التي لاعنها).[2]

ثانيا ــ الرأي الثاني: رأي المالكية

ذهب جمهور فقهاء المالكية والمذاهب الأخرى إلى أنه يجوز للرجل أن يتزوج بامرأة زنى بها، ونقلوا هذا الحكم عن بعض الصحابة رضي الله عنهم كعبد الله ابن عمر وعبد الله ابن عباس وأبي بكر الصديق، ومن التابعين: كمجاهد، سعيد ابن المسيب والثوري وسعيد ابن جبير وقتادة وغيرهم...[3]

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة وبعض الاباضية إلى جواز نكاح الرجل مزنية غيره شأنه في ذلك شأن المرأة التي زنى بها، إلا أنهم اختلفوا في وجوب التوبة واستبرائها من الزنا ولا يجوز العقد عليها ولا الدخول بها حتى تستبرئ بثلاثة حيضات أو ثلاثة أشهر حتى ماء الحلال بالحرام .

يرى جمهور فقهاء المالكية أنه لو زنت زوجة رجل مع غيره لم يفسد النكاح وإذا زنى الزوج لم يفسد زواجه مع زوجته ولا يفسخ العقد سواء وقع الزنا قبل الدخول أو بعده لأن دعواه الزنا عليها لا يبينها من زوجها. ولو كان الزواج ينفسخ به لانفسخ بمجرد دعواه كالرضا، ولأن الزنا معصية لا تخرج عن الإسلام فأشبهت السرقة .

ولكن استحب بعض العلماء للرجل مفارقة امرأته إذا زنت وقال: "لا أرى أن يمسك مثل هذه،وذلك أنه لا يؤمن أن تفسد فراشه وتلحق به ولدا ليس منه".[4]

استدلالهم: استدل المالكية جواز هذا النكاح من القرآن والسنة والقياس.

أ-من القرآن:

---

[1] القرطبي أبو عبد الله، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج12، ص169.

[2] مصطفى بن حمو أرشوم،**النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق، ص244.

[3] ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد_** ، مرجع سابق، ج03، ص1003.

[4] ابن قدامة المغني ، **روضة الناضر وجنة المناظر_**، دار الكتاب العربي، لبنان، 1994، ج06،ص603.

قال تعالى" **الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ۚ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ** " سورة النور الآية 03 .

وجه الاستدلال:

قال تعالى: "**وانكحوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ**" سورة النور الآية 32.

وقال ابن عمرو دخلت الزانية في أياما المسلمين قال أبو جعفر النحاس وهذا القول عليه أكثر العلماء، وأهل الفتيا يقولون: إن من زنى بامرأة فله أن يتزوجها ولغيره أن يتزوجها وهو قول ابن عمر وسالم وعطاء والطاوس ومالك ابن أنس وهو قول أبى حنيفة وأصحابه، وقال الشافعي فيها كما قال سعيد ابن المسيب (**إن شاء الله منسوخة)**[1]

ب-من السنة النبوية:

عن ابن ماجه عن ابن عمر و البهيقي عن عائشة أن النبي ﷺ قال: "**لا يحرم الحرام الحلال**".[2]

وسأل ابن عباس عن هذا النكاح فقال:(**كأن أوله سفاح وآخره نكاحا ومن تاب، تاب الله عليه).**[3]

ج- من القياس:

سأل سحنون أحد فقهاء المالكية شيخه عبد الرحمان بن القاسم عن رأي المالكية في نكاح الرجل مزنيته فقال: "قلت أرأيت الرجل إذا زنى بامرأة أيصلح له أن يتزوجها ؟قال: قال مالك: "نعم يتزوجها، ولا يتزوجها حتى تستبرئ رحمها من مائه الفاسد"[4].

وقال القرطبي: (وبهذا أخذ مالك رضي الله عنه فرأى أنه لا ينكحها حتى يستبرئها من مائها الفاسد لأن النكاح له حرمة ومن حرمته أن لا يصب على ماء السفاح فيختلط الحرام بالحلال ويمتزج ماء المهانة بماء العزة)[5].

ثالثا- مناقشة الخلاف بين المذهبين:

---

[1] القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، مرجع سابق ج12، ص169.

[2] ابن ماجه ، **سنن النكاح**، دار الحديث ، القاهرة- مصر، حديث رقم 2015،ج 02، ص214.

[3] مالك ، **المدونة الكبرى**، رواية سحنون، مرجع سابق، ج02، ص 173.

[4] نفسه.

[5] القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، مرجع سابق، ج12، ص170.

بعد دراسة وجهة نظر كل من فقهاء المذهبين في حكم نكاح الزاني والزانية ورغم استدلالهم من التحريم وجوازه وبعد التأمل فإنه يرجع هذا الاختلاف في كيفية تفسير الآية: "**الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة...**" وكذلك بعض الأحاديث النبوية والتي لم نعثر عليها ربما تكون في اعتقادنا أنها أحاديث ضعيفة.

فنرى الاباضية أنهم فسروا الآية بما يتفق مع ما ذهبوا إليه في زواج الزاني والزانية على أنه زواج حرمة مؤبدة وهذا العمل أنه يفسد العلاقة الزوجية ، وقد أوضح الشارع عقوبات ردعية للزنا كالرجم للمحصنين والجلد لغير المتزوجين وكما شرع اللعان بين الزوجين والذي يؤكد حكم الفرقة الأبدية بعد الملاعنة.

وذهب بعض الاباضية أن الزاني أو المزنية يجوز الزواج بمثله أي لا ينكح الزاني إلا زانية مثله والزانية ينكحها زاني مثلها.

نجد الاباضية شددوا في حكم تحريم نكاح الزاني والزانية وذلك لحماية العلاقة الزوجية للعابثين وهذا لحفظ النسل والأعراض .

يرى فقهاء المالكية أن نكاح الزاني والزانية أنه يجوز ولا يفسد عقد الزواج إلا أنه اختلفوا في وجوب التوبة و الاستبراء من الزنا بثلاث حيضات أو ثلاثة أشهر ولا يجوز العقد على المرأة الحامل من الزنا ولا الدخول بها حتى تستبرئ وهذا حفاظا على ماء الحلال بماء المهانة ،وأجازوا المالكية هذا النكاح مستدلين بالآية ونسخها وكذلك من السنة ومن القياس سالف الذكر .

ويرى المالكية جواز هذا النكاح وهو الحفاظ على الأعراض والأنساب لأن الإسلام يجب ما قبله والتائب من الذنب كمن لا ذنب له وهذا يدعو إلى الستر حتى لا تتزعزع العلاقة الزوجية بسبب نزوة عابرة ومادام الزاني والزانية أرادا إصلاح خطيئتهما بعد التوبة فيجوز لهما تجديد النكاح واستمرار حياتهما.

رابعا- موقف المشرع الجزائري من زواج الزاني و الزانية :

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى نكاح الشغار ، والتحليل،المتعة بل أرجعها إلى المادة 222 أي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية .

أما نكاح الزنا تعرض إليه المشرع الجزائري في المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري باعتبار أن الزنا له طبيعة خاصة تقتضي التفاعل بين شخصين لإحداث علاقة جنسية ولا تتحقق هذه

الجريمة إلا بعد حصول الوطء أو الجماع بين الرجل والمرأة ويمكن القول أن الزنا اتصال جنسي بين الرجل والمرأة بغير زوجة وهذا يؤدي إلى الاعتداء بالأسرة والمجتمع.

والمشرع الجزائري لا يعاقب على الشروع في جريمة الزنا لكنه بالمقابل لا يشترط إتمام العلاقة الجنسية باعتبار أن الزنا هي جنحة من المادة 05 من قانون العقوبات الجزائري ولا عقوبة على الشروع في الجنح إلا بناءا على نص صريح في المادة 31 من قانون العقوبات .

إذا حصل الوطء سواء من الزوج أو الزوجة في الزواج الباطل أو الفاسد لا يعتبر زنا لأن الرابطة الزوجية تنشأ إلا بعد الزواج الصحيح والأمر نفسه إذا وقع الزنا في فترة الخطوبة .

والقانون لا يعاقب على الوطء قبل الزواج لو حملت المرأة وتحقق وضعها منه بعد الزواج فإنه يثبت النسب ويثبت الزواج بكل الوسائل ويكون بحكم قضائي وجريمة الزنا لا تقوم إذا كان الزواج باطلا أو فاسدا ويقضي ببطلانه أو فساده ونجد المشرع الجزائري وضع الفواحش من ذوي المحارم والعلاقات الجنسية التي تترتب بين الأقارب في المادة 337 مكرر والمعدلة من قانون العقوبات الجزائري وكذلك المادة 39 من نفس القانون.

في حين نجد أن المشرع الجزائري قد أباح زواج القاصر في المادة 326 إذا تزوجت من الخاطف وتسقط المتابعة القضائية إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في إبطال الزواج.

من خلال المادة سالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري قد تعارض مع أحكام المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري والتي تتضمن أن ركن الزواج يكمن في الرضا لذلك نجد أن اغتصاب الفتاة القاصر دون رضاها تسقط هذه الجريمة إذا تزوجها الخاطف وتسقط المتابعة ، نلاحظ أن المشرع عمل على جبر الضرر بالنسبة للقاصر بالزواج بها وهذا يتعارض مع مبدأ الرضا المنصوص عليه في المادة سالفة الذكر باعتبار أن الرضا هو الركن الوحيد في الزواج في القانون الجزائري وهذا هو اللبس الذي وقع فيه المشرع ، وهذا يتنافى مع الفقهين المالكي و الإباضي .

المطلب الثاني: الزواج الفاسد فسادا مؤقتا والمختلف فيه بين المذهبين ورأي المشرع الجزائري

الفرع الأول: المرأة الكتابية

هي كل امرأة تدين بدين سماوي كاليهودية والنصرانية تعتبر من أهل الكتاب لقوله تعالى:" **أَن تَقُولُوا إِنَّمَا أُنزِلَ الْكِتَابُ عَلَىٰ طَائِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا**" سورة الأنعام الآية 156.

والكتابية لها أنواع هي كتابية حربية، ذمية، معاهدة: وسنتطرق إلى توضيح آراء الفقهاء لكل نوع.

الكتابية الحربية: المقصود بها المرأة اليهودية أو النصرانية تعيش في دار الحرب مع المسلمين والسؤال الذي يطرح: **هل يجوز الزواج بها أم لا؟** .

أولا- رأي المالكية:

ذهب جمهور المالكية والشافعية إلى كراهة التزوج بالحربية كراهة شديدة نظرا لما يؤدي إليه التزوج بها من مفاسد مثل إفساد دين المتزوج ودين أبنائه وتعرضه لميل الكافرين وموالاتهم أو تعرض أبنائه من الحربية للسبي والاسترقاق[1].

مجمل القول يترتب على زواج الكتابية الحربية إلى تحريمها عند الإباضيين لأنها تشكل خطرا على المسلمين أما عند المالكية يجوز النكاح بها مع الكراهية الشديدة .

ثانيا- رأي الإباضية:

ذهب جمهور الفقهاء من الاباضية والحنفية وبعض الشيعة إلى تحريم نكاح الكتابية الحربية .[2]

وقال الجناوني ولا يحرم عليه نكاح الحائض من أهل الكتاب اللواتي كن في المسالمة دون من كان منهن في المحاربة فلا يحل له نكاحهن[3].

واستدل الإباضيين في تحريم نكاح الكتابية الحربية :

- إن في التزوج بالحربية جمع بين حل الكتابية بالعقد وحلها بملك اليمين لأنها معرضة للسبي وهذا ممنوع شرعا، وممن أشار إلى ذلك الشيخ السالمي .[4]

- وقوله تعالى : "**وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ** " سورة المائدة الآية 05.

- إن في التزوج بالحربية إنشاء علاقة مودة ومحبة بين المسلم ومن كان عدوا للمسلمين، الأمر الذي يؤدي إلى موالاة الكافرين والتفريط في ضرورات حماية المسلمين، ولا يجوز للمسلم أن

[1] مالك ، **المدونة الكبرى**، مرجع سابق ،ج02، ص218.

[2] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق، ص 278.

[3] الجناوني ، **كتاب النكاح** ، مرجع سابق، ص 29-30.

[4] نور الدين السالمي ، **جوابات الإمام السالمي**، مطابع النهضة ، سلطنة عمان ،1996، ج02، ص 446.

يرتبط بعلاقة محبة أو نصرة لأعداء الإسلام الذين يحاربونه أو يتربصون به و قهر أتباعه والتحكم فيه.

ثالثا- الكتابية الذمية أو المعاهدة:

والمقصود بها المرأة التي تعيش في دار الإسلام وهي من أصل أهل الكتاب أي تحت حكم راية المسلمين سواء كانت يهودية أو نصرانية فيطلق عليها اسم الذمية، أما المعاهدة أو الاتفاقية فهي التي تعاهد المسلمين وتربطهم بمعاهدات في ما بينهم .

رابعا- الرأي الأول: القائلون بالجواز مع الكراهية

ذهب جمهور فقهاء المالكية والشافعية إلى القول بجواز نكاح النساء من أهل الذمة أو المعاهدة مع الكراهية .[1]

واستدل على هذا الجواز مع الكراهية ما جاء في المدونة الكبرى لرواية سحنون عن ابن القاسم قلت: أفكان مالك يكره نكاح نساء أهل الذمة قال، قال مالك: أكره نكاح نساء أهل الكتاب اليهودية والنصرانية قال: وما أحرمه في ذلك أنها تأكل الخنزير وتشرب الخمر ويضاجعها ويقبلها وذلك في فيها وتلد منه أولادا فتغذي ولدها على دينها وتطعمه الحرام وتسقيه الخمر.[2]

خامسا- الرأي الثاني:القائلون بالجواز مطلقا

ذهب جمهور الفقهاء من الاباضية والحنفية والحنابلة ورأي عند المالكية إلى جواز نكاح المرأة الكتابية المعاهدة أو الذمية مطلقا دون كراهية [3].

تزوج ابن فارط امرأة من أهل الكتاب فولدت له خالد ابن عبد الله ابن فارط.[4]

وقد قال بتحليل نكاح أهل الكتاب من الصحابة والتابعين جماعة منهم عثمان وطلحة وابن عباس وجابر بن عبد الله وحذيفة وكعب ابن مالك ومن التابعين سعيد ابن المسيب والسعيد ابن جبير والحسن ومجاهد والطاوس وعكرمة والشعبي والضحاك وفقهاء الأمصار.[5]

---

[1] الشيرازي أبو إسحاق إبراهيم ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، دار الكتب العلمية ، بيروت- لبنان ، 1995، ج02، ص442.

[2] مالك، **المدونة الكبرى**، مرجع سابق، ج02، ص 219.

[3] أحمد الصاوي، **فقه السالك لأقرب المسالك**، دار الكتب العلمية ،بيروت- لبنان، 1995، ج02، ص271، هو رأي عبد الرحمان بن القاسم تلميذ مالك ابن أنس.

[4] مالك ، **المدونة الكبرى**، مرجع سابق، ج02، ص219.

[5] القرطبي ،**الجامع لأحكام القرآن** ،مرجع سابق، ج03 ، ص68.

– مناقشة آراء الفقهاء :

نلاحظ أن الفقهاء قد انقسموا إلى قسمين رغم تصريح الآية في سورة المائدة بجواز نكاح المحصنات من أهل الكتاب واختلفوا في الجواز مطلقا و الجواز مع الكراهية وذهب آخر إلى تحريم ذلك، ونجد الاختلاف في تأويل الآية طائفة تحرم بنكاح المشركات في سورة البقرة ثم نسخ من هذه الجملة نساء أهل الكتاب فحلهن في سورة المائدة ، وروي هذا القول عن ابن عباس، وبه قال مالك ابن أنس وسفيان ابن السعيد الثوري وعبد الرحمان ابن عمرو الأوزاعي وقال قتادة والسعيد ابن الزبير لفظ الآية العموم : كل كافرة والمراد بها الخصوص في الكتابيات وبينت الخصوص الآية المائدة ولم يتناول العموم قط الكتابيات وهذا أحد قول الشافعي وعلى قول الأول يتناولهن العموم ثم نسخت آية المائدة بعض العموم وهذا مذهب مالك رحمه الله ذكره ابن حبيب وقال : ونكاح اليهودية والنصرانية وان كان قد أحله الله تعالى مستثقل مذموم .[1]

سادسا – موقف المشرع الجزائري:

تنص المادة 31 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيراير 2005 لقانون الأسرة الجزائري (يخضع زواج الجزائريين و الجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية)[2]

من خلال نص المادة نرى أن المشرع الجزائري لم يرفض على الزواج بالأجنبيات إلا أنه اشترط أحكاما خاصة حيث أجاز زواج الجزائريين والجزائريات بين الأجانب سواء كن مسلمات أو غير مسلمات.

ونجد قانون الحالة المدنية الجزائري الأمر رقم 70– 20 المتعلق بالحالة المدني المعدل و المتمم رقم 14– 08 المؤرخ في 09 غشت 2014 الذي نظم زواج الجزائريين مع الأجانب حالتان هما

1–زواج الجزائري مع الأجنبية من المادة 97 من قانون الحالة المدنية، تنص : يعتبر صحيحا إذا تم الزواج حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية للقانون الوطني أو إذا تم أمام القنصليات وفق القوانين الجزائرية .

2–زواج الجزائرية مع الأجنبي : إذا تم داخل الوطن يجب أن يستوفي الشروط مع حصول على إذن مسبق من الجهات المختصة .

---

[1] نفس المرجع السابق ، ص 67.

[2] قانون الأسرة الجزائري.

وعند إبرام الأجنبي لعقد الزواج مع جزائري أو أجنبي مثله يتطلب مراعاة الشروط الموضوعية والإجرائية للقانون الجزائري

والزواج بالأجانب يترتب عليه آثارا فيما يلي:

1. اكتساب الجنسية بالزواج بموجب مرسوم بشروط وهي :
2. الزواج قانونيا وقائما منذ ثلاثة سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس .
3. الإقامة المعتادة المنتظمة بالجزائر عامين على الأقل.
4. حسن السيرة .
5. إثبات وسائل المعيشة.
6. يمكن عدم الأخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة من الخارج .
7. يمكن فقدان الجنسية من المادة 18 من قانون الجنسية المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي وأذن لها بمرسوم.

الفرع الثاني: زواج المحرم بحج أو عمرة

اختلف الفقهاء في زواج المحرم بحج أو عمرة فمنهم من أجازه وبعضهم الآخر منعه، وكل فريق له أدلته وحجته.

أولا- رأي المالكية وبعض الاباضية

ذهب الجمهور من الفقهاء الاباضية[1] والمالكية والشافعية[2]

والحنابلة والشيعية إلى تحريم نكاح المحرم وبطلانه فلا ينكح ولا ينكح فإن فعل ذلك فالنكاح باطل لا تترتب عليه آثاره الشرعية، لأنهم يشترطون أن يكون الولي والزوج والزوجة حلالا لأن الإحرام من أحد الثلاثة بمنع صحة العقد سواء كان إحراما بحج أو عمرة [3].

أدلتهم:

[1] محمد بن أحمد الشربيني الخطيب: **الإقناع في حل الألفاظ أبي الشعاع** ، دار الخبر للطباعة والنشر ،دمشق - 1996، ج02، ط01، ص576.

[2] عبد القادر الشيباني وابراهيم بن ضوباني : **المعتمد في فقه الإمام أحمد** ، دار الخبر للطباعة والنشر، بيروت- دمشق ، 1994 ،ج02، ط02، ص180.

[3] مصطفى بن حمو أرشوم، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق، ص 305.

ما رواه أصحاب السنن عن عثمان ابن عفان قال ، قال رسول الله عليه وسلم : "لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب"[1].

وعن مالك عن داود ابن الحصين أن أبا غطفان ابن طريف المري أخبره أن أباه طريفا تزوج امرأة وهو محرم فرد عمر ابن الخطاب نكاحه[2].

وقال الترمذي حديث عثمان حديث حسن والعمل على هذا عند بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فمنهم عمر بن الخطاب وعلي ابن أبي طالب وابن عمر رضي الله عنه وهو قول بعض فقهاء التابعين وبه يقول مالك والشافعي وأحمد و إسحاق لا يرون أن يتزوج المحرم قالوا : (فإن نكح فنكاحه باطل)[3].

ثانيا- رأي الإباضية

ذهب فقهاء الحنفية وبعض الاباضية إلى القول بجواز نكاح المحرم بحج أو عمرة سواء كان المحرم زوجا أو زوجة أو وليا أو وكيلا أو شاهدا، فلو عقد النكاح كان صحيحا بدون كراهة ويترتب عليه كل الحقوق والواجبات الزوجية.[4]

أدلتهم:

استدل أصحاب هذا الرأي بالحديث الذي رواه الجماعة عن أبي الشعثاء أن ابن عباس أخبره أن النبي ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم[5].

قال أبو غانم في المدونة: سألت ابن عبد العزيز نكاح المحرم أيتزوج الرجل وهو محرم قال : نعم ، لا بأس بذلك ثم أضاف قائلا : إن هؤلاء يقولون وير وون عن فقهائهم أن لا يتزوج الرجل وهو محرم ، قال: ليس فيما يقولون شيء

وقد قال حدثني أبو عبيدة عن جابر ابن زيد عن ابن عباس أنه قال : تزوج الرسول ﷺ ميمونة الهلالية وهو محرم ، قال وكذلك حدثنا أبو المورج عن أبي عبيدة عن جابر ابن زيد عن ابن عباس في تزويج رسول الله ﷺ ميمونة وهو محرم[1].

---

[1] مسلم أبو الحسن في كتاب النكاح ، دار الحديث ، القاهرة –مصر ،1998 ،حديث رقم 41-43-44، ج05، ص 208.

[2] مالك، **الموطأ** ، دار الحديث ،القاهرة –مصر ، 1993، حديث رقم 72-71 ، ج01،ص283.

[3] أبو عيسى محمد الترمذي: **سنن الترمذي**، دار الكتب العلمية ،بيروت- لبنان، 1987، حديث رقم 840،ج03، ص199.

[4] الجناوني ، **كتاب النكاح** ، مرجع سابق ، ص 125، أمحمد اطفيش ، **كتاب النيل**، مرجع سابق ، ج06، ص253.

[5] أخرجه البخاري أبو عبد الله محمد، **باب نكاح المحرم**، مكتبة العبقرية للطباعة، لبنان، 1997، حديث رقم 5114، ج03، ص 1647.

مجمل القول:

من خلال مما سبق يتضح لنا أن الفقهاء قد اختلفوا في الجواز والمنع بل حتى في المذهب الواحد نجد أن الفقهاء الاباضية انقسموا إلى رأيين من جواز ومنع زواج المحرم بحج أو عمرة فمنهم من أخذ برأي الحنفية وقالوا بجوازه وهذا استنادا إلى حديث ابن عباس ،أما المذهب المالكي أخذ برأي الجمهور وقالوا بالتحريم استنادا إلى حديث عثمان بن عفان .

الفرع الثالث: زواج المريض مرض الموت

أولا- رأي المالكية

ذهب جمهور فقهاء المالكية وعطاء [2] من التابعين إلى تحريم نكاح المريض مرض الموت سواء كان المريض ذكرا أو أنثى أو كليهما، ومن فعل ذلك مريضا فسخ نكاحه قبل الدخول وبعده، ويجب على من اطلع على العقد أن يمنعه ويفرق بينهما، لأن العقد وقع باطلا لا يجوز البقاء عليه بحال ولو كان المريض منهما في حاجة إلى التزوج لتحقيق مصلحة شرعية أقرها الشارع كأن يكون فقيرا وعاجزا عن العمل يحتاج لمن ينفق عليه أو يحتاج لمن يخدمه أو اتخذه وسيلة للنسل أو للعلاج ونحوه ويمنع المريض كذلك من التزوج ولو سمح له الورثة الرشيد بالزواج مادام لا يلحق الضرر بالورثة[3].

قال المالكية بجواز نكاح المريض مرض الموت مادام في حاجة ماسة إلى التزوج أو أذن له الورثة بذلك وهذا نصه :

"إذا احتاج المريض أو أذن له الورثة جاز"[4]

ونقل عن سحنون في المدونة رواية عن ابن القاسم أن مالكا له رأيين في المسألة فمرة قال بالفسخ بعد الصحة ومرة أقر النكاح بعد الشفاء فقال عن المريضة قلت: فإن صحت أيثبت النكاح قال :قد

---

[1] أبو غانم الخرسياني، **المدونة الكبرى**، مرجع سابق، ج02، ص42.

[2] عطاء بن رياح بن أسلم ،عن مصطفى بن حمو أرشوم،**النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق، ص318.

[3] خليل ابن إسحاق المالكي، **مختصر الخليل**، دار الفكر، لبنان، 1981، ط01، ص115.

[4] أحمد الصاوي ، **بلغة السالك على الشرح الصغير للدردير** ، مرجع سابق ،ج02، ص275.

اختلف فيه وأحب قوله إلي أن يقيم على نكاحه ولقد كان مالك مرة يقول يفسخ ثم عرضته عليه فقال :أمحه ،والذي أخذ به نكاح المريض والمريضة أنهما إذا صحا أقر على نكاحهما[1].

ثانيا- أدلة فقهاء المالكية:

إن في جواز نكاح المريض مرض الموت إلحاق الضرر بالورثة، حيث أن الصحيح منهما يرث بعد موته وهو بذلك قد زاحم الورثة من أنصبتهم فقد يكون لا يقصد من هذا الزواج البقاء لمدى الحياة وإنما ينتظر الوفاة للميراث[2].

ثالثا- رأي الاباضية ،الحنفية ، الشافعية ،الحنابلة ، الشيعة

ذهب جمهور الفقهاء من الاباضية والحنفية والشافعية و الحنابلة والشيعة إلى جواز نكاح المريض مرض الموت وحكمه حكم الصحيح فإذا وقع العقد كان صحيحا يترتب عليه كل الآثار الشرعية للزواج مادام لا يوجد نص شرعي يمنع ذلك ويبطله [3].

واشترطوا أن يكون المهر الذي يدفعه المريض للزوجة في حدود مهر المثل أما الزيادة عليه فهي محاباة تعد بمنزلة الوصية للوارث، لأن فيها معنى التبرع ولذلك فإنه يبطل القدر الزائد عن مهر المثل ولا يصح إلا بإجازة الورثة، وقيل تصح المحاباة في حدود الثلث[4].

وروي عن معاذ أنه قال في مرضه زوجوني فإني أكره أن ألقى الله عزبا [5].

قال الشقصي في هذا الصدد:" **ومن تزوج وهو مريض ومعه عقله يحفظ الصلاة ويعلم ما يأخذ وما يعطي فتزويجه جائز**"[6].

- مجمل القول:

---

[1] مالك، **المدونة الكبرى**، مرجع سابق ، ج02، ص170.

[2] مصطفى بن حمو أرشوم ، **النكاح صحة وفسادا**، مرجع سابق، ص 320.

[3] خميس الشقصي ، **منهج الطالبين وبلاغ الراغبين** ، مرجع سابق، ص311.

[4] ابن قدامة موفق الدين ،**روضة الناضر وجنة المناظر** ، دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان، 1994، ج06، ص94.

[5] خميس الشقصي ، **منهج الطالبين وبلاغ الراغبين**، مرجع سابق ، ص311-312.

[6] نفسه .

نرى أن الفقهاء قد اختلفوا في زواج المريض مرض الموت، هناك من أجازه وهناك من منعه ،حيث نرى أن الاباضية أجاز هذا النكاح لأنه مستوفي كل الشروط والأركان التي جاءت بها الشريعة الإسلامية ولا يوجد مانع في ذلك أما المالكية فإنهم يحكمون على هذا الزواج بفساده حتى في حالة الرضا بين الزوجين والورثة وحاجة المريض لهذا الزواج ،لأن إدخال وارث له قياس مصلحة لا يجوز عند أكثر الفقهاء، واستدلوا ذلك أن المريض لا يمكن أن يستمتع بالزوجة باعتبار هذه الأخيرة لها حقوق على زوجها في الفراش، في حين نرى أن بعض المالكية قد أجازوا هذا النكاح بعد الشفاء من المرض.

رابع- موقف المشرع الجزائري:

نرى أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على زواج المحرم أو العمرة أو زواج المريض مرض الموت وأسندها إلى أحكام الشريعة الإسلامية من المادة 222.

من خلال دراسة الانكحة الفاسدة المؤبدة والمؤقتة المتفق عليها والمختلف فيها بين المذهبين وما يترتب عليها من أحكام شرعية ، نلاحظ أن الفقهاء لا يبطلون عقد الزواج في بعض الحالات مع وجود خلل في أركان أو شروطه ، لذلك نجد أن الفقهاء يصححون عقد الزواج إذا اقترن بشرط فاسد ويبطلونه إذا اختل بركن من أركان الزواج كما يمكن لبعض الفقهاء أنهم لم يختلفوا في بعض الزواج الفاسد ومثال ذلك زواج المتعة نجد أن كل من المذهب المالكي و الإباضي حرموا زواج المتعة إلا أن بعض الإباضيين أجازوه، واستنكر الفقهاء المتقدمين من الإباضيين على هذا الزواج وحرموه تحريما قطعيا.

خاتمـــــــــــــة

من خلال دراستنا لمقارنة المذهب الإباضي بالمذهب المالكي والتشريع الجزائري يترتب آثارا وأحكاما على عقد الزواج الصحيح والفاسد حيث أن كلا المذهبين المالكي و الإباضي يعتمدان في استدلالهما على أصول الشريعة وذلك من خلال القرآن والسنة والإجماع والقياس، إلا أن هناك اختلاف بينهما في مسائل الزواج الصحيح والزواج الفاسد المؤبد والمؤقت في بعض القضايا المحدودة وذلك يعود إلى تفسير الآية والسنة وإتباع رواد الحديث، بالإضافة إلى المكانة الاجتماعية والجغرافية في كل منطقة ، في حين نجد المشرع الجزائري لم يميل إلى مذهب معين في نصوصه القانونية حيث أخذ بجميع آراء الفقهاء حفاظا على الأسرة من التشتت بعيدا عن التعصب المذهبي ومتحاشيا النصوص القانونية المستوردة من الدول الغربية ،ومن خلال هذا البحث المتواضع توصلت إلى النتائج التالية:

1. تكمن دراستنا في نظرية الزواج الصحيح والفاسد مقارنة بين المذهبين والمشرع الجزائري وبعض المذاهب الأخرى وذلك لموازنة المذهب الإباضي في المذاهب الأخرى في حالة اتفاق المذهب المالكي و الإباضي، فاتضح لنا أن المذهبين وغيرهما اتفقوا على مفهوم الصحة في الزواج ومشروعيته ، والفساد والبطلان هما مصطلحان مترادفان لهدف واحد وهو إخلال الزواج بأحد الأركان أو شروط الصحة .

2. الفقهاء لا يبطلون عقد الزواج في بعض الحالات رغم وجود خلل في أركان أو شرط الزواج، فإن العقد صحيح إذا استوفى أركانه وشروطه رغم أن القاعدة هي الفساد وكان الشرط يتنافى مع شروط صحة العقد، فإن العقد يصح ، وهذا للحفاظ على صيانة العقد، فإنهم في مثل هذه الحالة إزالة الفساد والخلل وتصحيح العقد ومثال ذلك الزواج في العدة ونكاح التحليل فإنه يصح عند البعض ويبطل عند البعض الآخر الشرط إذا التزم المحلل بتغيير نية التحليل والاستمرار مع الزوجة.

3. هناك اختلاف بين المذهبين في الزواج الفاسد والمتفق على فساده ،وهذا الاختلاف يظهر في زواج الرجل بمزنيته لا ينعقد عند الاباضية أما المالكية فالعقد صحيح ولا تكون الزوجة من المحرمات الأبدية.

4. إن زواج المسلم بالكتابية الحربية فإنها تحرم عليه عند الاباضية أما المالكية تصح مع الكراهية، أما الكتابية المعاهدة أو الذمية فلا تحرم من المذهبين يعود سبب التحريم الخوف على المسلمين و المفسدة.

5. خالف الاباضية المالكية في زواج المريض مرض الموت ،حيث ذهب الاباضية إلى جوازه إذا استوفى هذا الزواج الأركان والشروط الشرعية أما المالكية يحكمون بفسخه وذلك لوجود ضرر بالورثة وإدخال وارث جديد.

6. أما الزواج الفاسد المختلف فيه بين المذهبين يجوز استئناف العقد عند الاباضية إذا وقع الفسخ قبل الدخول وإذا دخل بها فإنها تحرم عليه ، خلافا للمالكية يجوز ذلك مطلقا.

7. النكاح الفاسد تثبت حرمة المصاهرة عند الاباضية من الوطء الحرام أو مقدماته، أما عند المالكية فتثبت حرمة المصاهرة دون الوطء الحرام أو مقدماته فلا تثبت به حرمة المصاهرة خلافا للإباضية، واستثنى من هذه القاعدة ولد الزنا، فإنه يصح من التزوج بأبيه من الزنا ومن أصوله وفروعه.

8. إن قانون الأسرة الجزائري معظم نصوصه من الشريعة الإسلامية معتمدا في ذلك المذهب المالكي باعتباره المذهب المعمول به في الجزائر، ومع ذلك نرى أن المذهبين المالكي و الإباضي لا توجد فوارق كبيرة في أحكام الزواج بينهما.

9. المشرع لم يتقيد بمذهب معين في نصوصه القانونية بل أخذ من جميع المذاهب وهذا حفاظا ومراعاة تطور الحياة الأسرية والجدير بالذكر أن المشرع وافق المذهبين بتعريف الزواج بأنه عقد رضائي بين الزوجين يقوم على أساس الإيجاب والقبول.

10. إن القانون رغم التعديل الجديد لم يبين في بعض الحالات وخاصة في تعدد الزوجات ولم يبين ماهو المبرر الشرعي مما يجعل هذا الأمر إلى القضاء ولم يوضح المشرع مسألة الوطء المحرم أو الزنا كسبب من أسباب تحريم الزواج لأن ماء الزنا لا حرمة له ولا صهر فالرجوع إلى المادة 222.

11. رغم التعديلات الجديدة الموجودة في قانون الأسرة لم يوضح المشرع الزواج الباطل والفاسد كما أنه لم يبين في مواده من 32 إلى 35 آثار وأحكام كل واحد منهما وهناك غموض والتباس وتضارب في النصوص وهذا يؤدي إلى تعديل آخر، وأغفل المشرع الجزائري على ثبوت النسب في الزواج الباطل المادة 34 والزواج المتفق على فساده من المادة 33 فقرة 02 ولم يبين المشرع حالات الزواج المتفق على فساده ولا أنواع الزواج الفاسد مكتفيا بذكر بعض آثار قانونية التي تترتب عليه المادتين 33-34 تستوجب الرجوع إلى المادة 222 لهذا تأثر المشرع بأحكام الفقه الإسلامي.

الاقتراحات والتوصيات:

1. تعديل المواد من 32 إلى 35 والتي لم يوضح فيها المشرع الجزائري الزواج الفاسد والباطل بشكل دقيق ولم يبين آثار وأحكام كل منهما وهناك غموض والتباس وتضارب في النصوص وهذا حتما يؤدي إلى تعديل جديد في قانون الأسرة.

2. لابد من توضيح مسألة الزنا كسبب من أسباب التحريم للزواج فالمشرع الجزائري رجع إلى المادة 222 وهذا فيه اختلاف بين الفقهاء.

3. لابد للمشرع الجزائري أن يبين المبرر الشرعي في حالة تعدد الزوجات يلاحظ من خلال هذا أن هناك غموضا والتباسا في المادة.

4. لابد من إعادة النظر في المادة 51 من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضبط المصطلح الدقيق **(لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية)**.

I. قائمة القوانين :

1. قانون الأسرة الجزائري 05-02 المؤرخ في :2005/02/27.
2. قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في :27 فبراير 2005.
3. قانون الحالة المدنية رقم :14-08 المؤرخ في :09 أوت 2014.
4. قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم 66/156.
5. القانون المدني الجزائري، طبعة 13 ماي 2007 .

II. قائمة المراجع :

1. السيابي سالم بن حمود، إزالة الوعثاء عن أباع أبي الشعثاء، مطابع سجل العرب، مصر،1979، ط01.
2. ابن الشيخ رشيد، شرح قانون الأسرة المعدل ، دار الخلدونية، الجزائر،2008، ط01.
3. ابن بركة، كتاب الجامع،دار الفتح ، لبنان، 1973، ط02.
4. ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم، مجموع فتاوي النكاح وأحكامه، دار المصرية اللبنانية، القاهرة- مصر،1992، ط01.
5. ابن حجر، كتاب النكاح، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، 1991، ط01.
6. ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مطبعة دار البلاغة، لبنان،1986، ط01.
7. ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم ،بيروت-لبنان، 1995،ج03، ط01.
8. ابن رشد، مقدمات المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1994، ط01.
9. ابن عبد البر الكافي ،في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط02، بدون سنة.
10. ابن قدامة موفق الدين، روضة الناظر وجنة المناظر، دار الكتاب العربي، لبنان، 1994.
11. ابن ماجه ، سنن النكاح، دار الحديث ،القاهرة-مصر ،1998.
12. ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، 1995.

13. أبو إسحاق الخضرمي، مختصر الخصال، نشر وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1983، ج02، ط01.
14. أبو إسحاق الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت،1995، ط01.
15. أبو داوود سليمان ، السنن،دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان ،بدون سنة.
16. أبو زهرة محمد، مالك حياته عصره آراؤه الفقهية،دار الفكر العربي، مصر،1971.
17. أبو زهرة محمد ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، مصر،1971.
18. أبو سعيد الكدمي، الاستقامة، مطابع النهضة ، مسقط–سلطنة عمان، بدون سنة.
19. أبو غانم الخرساني، المدونة الكبرى، دار اليقظة العربية، سوريا، 1974،ج01.
20. أحمد الحصري، النكاح والقضايا المتعلقة به، دار ابن زيدون، بيروت– لبنان، 1986، ج01.
21. أحمد الدردير، الشرح الكبير لمختصر الخليل، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995.
22. أحمد بن أحمد الخليلي، فتاوي النكاح، مطبعة عمان، سلطنة عمان، 1998.
23. الإمام مالك، المدونة الكبرى، رواية سحنون، دار الكتب العلمية ، لبنان، 1993، ج02.
24. أمحمد بن يوسف اطفيش، شرح النيل ، مكتبة الإرشاد، جدة–السعودية، 1985، ج06، ط03.
25. بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة و القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1967.
26. الجعلي عثمان، سهل المدارك في شرح المسالك، دار الفكر العربي، بيروت، 1982.
27. الجناوني أبو زكريا يحي، كتاب النكاح، مطابع العالمية ، سلطنة عمان ،1988 ،ط03.
28. خميس الشقصي ، نهج الطالبين وبلاغ الراغبين، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1984.
29. صالح الأزهري، شرح مختصر الخليل، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ،1986.

30. عبد الرحمان التاج، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الكتاب العربي ، القاهرة، بدون سنة.
31. عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية ، الجزائر، 2007.
32. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2010.
33. علي يحي معمر، الاباضية مذهب إسلامي معتدل، مطبعة الألوان الحديثة ، عمان، 1988، ط03.
34. العتبي سلمة بن مسلم الصحاري، الضياء، وزارة التراث القومي والثقافة ، سلطنة عمان، 1991، ج08.
35. عيسى حداد، عقود الزواج دراسة مقارنة ، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.
36. الغزالي أبو حامد محمد، المستصفى من علوم الأصول، دار إحياء التراث العربي، لبنان،1993، ج01، ط02.
37. الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ،الجزائر، 2008، ط02.
38. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، 1990، ط04.
39. محمد بن عرفة الدسوقي، الشرح الكبير لمختصر الخليل، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت– لبنان.
40. محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي ، دار هومة ، الجزائر، 1998.
41. محمد محي الدين، الأحوال الشخصية ، دار الكتاب العربي ، لبنان، 1984، ط01.

42. مصطفى بن حمو أرشوم ، النكاح صحة وفسادا وآثارا في الفقه الإباضي ، مطابع النهضة، عمان، 2002، ط01.

III. قائمة مذكرات التخرج :

1. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه ،كلية العلوم الإسلامية ،جامعة باتنة ،2009.

فهرس المحتويــات	ص
مقدمـــة	أ
الفصل التمهيدي: التعريف بالمذهب المالكي و الإباضي وعلاقتهما الفقهية و قانون الأسرة الجزائري	**01**
المبحث الأول: التعريف بالمذهب المالكي ومصادر استدلاله	**03**
المطلب الأول: التعريف بالمذهب المالكي ومؤسسيه	03
الفرع الأول: التعريف بالمذهب المالكي	03
الفرع الثاني: مؤسسي المذهب المالكي	04
المطلب الثاني: مصادر الاستدلال عند المالكية	05
المبحث الثاني: التعريف بالمذهب الإباضي ومصادر استدلاله	**07**
المطلب الأول: التعريف بالمذهب الإباضي ومؤسسيه	07
الفرع الأول: تعريف المذهب الإباضي	07
الفرع الثاني: أصل تسمية المذهب الإباضي ومؤسسيه	08
المطلب الثاني: مصادر التشريع والاستدلال عند الاباضية	09
الفرع الأول: مصادر التشريع عند الاباضية	09
الفرع الثاني: أشهر المؤلفات الفقهية عند الاباضية	10
المبحث الثالث: لمحة تاريخية عن قانون الأسرة الجزائري.	**12**
المطلب الأول: قانون الأسرة الجزائري قبل وأثناء الاحتلال	12
الفرع الأول: قانون الأسرة الجزائري قبل الاحتلال	12
الفرع الثاني: قانون الأسرة الجزائري أثناء الاحتلال	13
المطلب الثاني: قانون الأسرة الجزائري بعد الاستقلال	14
الفصل الأول : أحكام عقد الزواج الصحيح بين المذهب المالكي و المذهب الإباضي و التشريع الجزائري	**16**
المبحث الأول: مفهوم صحة عقد الزواج عند المذهبين المالكي و الإباضي والتشريع الجزائري	18
المطلب الأول: تعريف صحة عقد الزواج عند المالكية و الاباضية و التشريع الجزائري	18
الفرع الأول: تعريف صحة عقد الزواج	18
الفرع الثاني: تعريف عقد الزواج عند المالكية	20
الفرع الثالث: تعريف عقد الزواج عند الاباضية	21

الفرع الرابع: تعريف عقد الزواج في التشريع الجزائري وطبيعته القانونية	22
المطلب الثاني: حكمه و مشروعيته عند المذهبين المالكي و الإباضي وقانون الأسرة الجزائري	23
الفرع الأول: حكم عقد الزواج عند المذهبين المالكي و الإباضي	23
الفرع الثاني: مشروعية عقد الزواج عند المذهبين المالكي و الإباضي	24
الفرع الثالث: رأي المشرع الجزائري من حكمة عقد الزواج ومشروعيته	26
المبحث الثاني: أركان وشروط إبرام عقد الزواج الصحيح بين المذهبين المالكي و الإباضي و التشريع الجزائري	27
المطلب الأول :أركان وشروط عقد الزواج الصحيح عند المذهبين المالكي و الإباضي و التشريع الجزائري	27
الفرع الأول: رأي فقهاء المالكية من أركان وشروط عقد الزواج الصحيح	28
الفرع الثاني: رأي الفقهاء الإباضيين من أركان وشروط عقد الزواج الصحيح	31
الفرع الثالث: رأي المشرع الجزائري من أركان وشروط عقد الزواج الصحيح	35
المطلب الثاني: شروط إبرام عقد الزواج الصحيح بين المذهبين المالكي و الإباضي و التشريع الجزائري	38
الفرع الأول: شروط العاقد عند المذهبين المالكي و الإباضي	38
الفرع الثاني: شروط المعقود عليه (الزوجة) عند المذهبين المالكي و الإباضي	39
الفرع الثالث: شرط حضور الشاهدان عند المذهبين المالكي و الإباضي	40
الفرع الرابع: رأي المشرع الجزائري من شروط إبرام عقد الزواج الصحيح	42
الفصل الثاني :أحكام الزواج الفاسد بين المذهب المالكي و الإباضي و التشريع الجزائري	**45**
المبحث الأول: الزواج الفاسد المؤبد و المؤقت و المتفق عليه من المذهبين المالكي و الإباضي	47
المطلب الأول: مفهوم الفساد والبطلان بين المذهبين وموقف المشرع الجزائري	47
الفرع الأول: تعريف الفاسد والباطل	47
الفرع الثاني: تعريف الزواج الفاسد والباطل	48
الفرع الثالث: رأي جمهور الاباضية والمالكية من الزواج الفاسد والباطل	49
الفرع الرابع: رأي المشرع الجزائري من فساد وبطلان عقد الزواج	50
المطلب الثاني: الزواج الفاسد فسادا مؤبدا و المتفق عليه	51
الفرع الأول: المحرمات المؤبدة بسبب القرابة الدموية (النسب)	51
الفرع الثاني:المحرمات المؤبدة بسبب الرضاعة	55
الفرع الثالث: المحرمات المؤبدة بسبب المصاهرة	60

الفرع الرابع: المحرمات المؤبدة بسبب اللعان	62
المطلب الثالث: الانكحة الفاسدة فسادا مؤقتا والمتفق على فساده بين المذهبين المالكي و الإباضي	66
الفرع الأول: الجمع بين المحرمين	66
الفرع الثاني: الجمع بين أكثر من أربعة نسوة	69
الفرع الثالث: الزوجة المحصنة والمعتدة	71
الفرع الرابع: الزواج بمطلقته ثلاثا	72
الفرع الخامس: زواج المسلمة بغير مسلم ومن لا تدين بدين سماوي	74
المبحث الثاني: الزواج الفاسد المؤبد و المؤقت و المختلف فيه	76
المطلب الأول: الزواج الفاسد فسادا مؤبدا و المختلف فيه بين المذهبين المالكي و الإباضي و رأي المشرع الجزائري	76
الفرع الأول: زواج الشغار	76
الفرع الثاني: زواج المتعة	79
الفرع الثالث: زواج التحليل	83
الفرع الرابع: زواج الزاني والزانية	86
المطلب الثاني: الزواج الفاسد فسادا مؤقتو المختلف فيه بين المذهبين المالكي و الإباضي و رأي المشرع الجزائري	92
الفرع الأول: المرأة الكتابية	92
الفرع الثاني: زواج المحرم بحج أو عمرة	95
الفرع الثالث: زواج المريض مرض الموت	97
الخاتمة	100
قائمة المصادر والمراجع	104
فهرس المحتويات	108