مسائل خلاف المشرع الجزائري للفقه المالكي في أحكام الزواج

Issues of disagreement with the Algerian legislator of the Maliki jurisprudence in the provisions of marriage

محمد بريبر

جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، مخبر قانون الأسرة، (الجزائر)

mohamed.briber31@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2024/05/09 تاريخ القبول: 2024/05/20 تاريخ النشر: 2024/07/15

ملخص:

اعتمد المشرع الجزائري عند وضعه لأحكام قانون الأسرة سنة 1984 على أحكام الفقه المالكي بشكل أساسي، غير أن هناك عدة عوامل أدت به إلى تعديل بعض أحكامه سنة 2005، والتي خرج فيها عن الفقه المالكي المعتمد مرجعية دينية للجزائر، فأخذ بالمذاهب الأربعة وخرج عنها في بعض الأحكام، حيث إن الهدف من وراء هذه الدراسة هو إبراز هذه الأحكام وبيان أصلها الشرعي، أو ما توافقه من أحكام المذاهب الأخرى، ولما كانت الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها مرجعا للقاضي في حالة عدم النص على حكم معين بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة، وجب حصر أحكام قانون الأسرة في المذهب المالكي، أو تكوين قضاة مختصين في فقه الأسرة، كما يجب الاقتصار في هذه الحالة على المذاهب الأربعة دون غيرها.

الكلمات المفتاحية: قانون الأسرة؛ فقه مالكي؛ شريعة إسلامية؛ مسائل خلاف؛ أحكام الزواج.

Abstract:

The Algerian legislator, when drafting the provisions of the Family Code in 1984, relied mainly on the provisions of the Maliki jurisprudence. However, there are several factors that led it to amend some of its provisions in 2005. And in which he deviated from the approved Maliki jurisprudence, a religious reference for Algeria, so he took the four schools of thought and deviated from them in some rulings, As the aim of this study is to highlight these rulings and explain their legal origin, or what they agree with from the rulings of other schools of thought. And since Islamic law in its various sects is a reference for the judge, In the event that a specific issue is not stipulated under the text of Article 222 of the Family Code، it is necessary to limit the provisions of family law to the Maliki school, or to form judges specialized in family jurisprudence, It should also be limited in this case to the four schools of thought and not others.

Keywords: Keywords: family law; Maliki jurisprudence; Islamic law; matters of contention; provisions of marriage.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين؛ أما بعد:

فإن المشرع الجزائري اعتبر أحكام الشريعة الغراء مصدرا ثانيا للتشريع في نص المادة الأولى من القانون المدني[1]، واعتمد على أحكامها بمختلف مذاهبها بشكل أساسي في وضع قواعد قانون الأسرة[2]، كما أحال القاضي إليها في حالة عدم وجود نص يحكم مسألة ما، وفق المادة 222 من قانون الأسرة.

ولما كان المذهب المالكي هو المذهب السائد في الجزائر ويمثل المرجعية الدينية فيها؛ فقد استمد المشرع الجزائري أغلب أحكام قانون الأسرة منه، وجعله العمود الفقري الذي يرتكز عليه، وتأثر بذلك القضاء الجزائري من خلال العديد من القرارات القضائية للمحكمة العليا والتي استدل فيها القضاة بأحكامه وبأقوال فقهائه.

ولقد كان للاتفاقيات الدولية دور فعال في التأثير على القضاء الجزائري وبدوره على قانون الأسرة الجزائري[3]، عُدلت العديد من الأحكام، وخرج فيها عما أقره من أحكام المذهب المالكي في العديد من المسائل بموجب تعديل سنة 2005، فأخذ بأحكام المذاهب الأربعة وخرج في بعضها عنها إلى غيرها من المذاهب، ورغم ذلك لازالت أحكام الفقه المالكي تطغى على أحكام قانون الأسرة.

ولما كان لأحكام انعقاد الزواج الأهمية البالغة في المجتمع، فقد أخذت النصيب الأكبر في خروج المشرع الجزائري عن المذهب المالكي في أحكام قانون الأسرة، وذلك نظرا للجدل الكبير الذي كان قائما آنذاك وعلى الخصوص ما تعلق بالأركان والشروط وآثار تخلف أي منها.

إن الغاية من هذا البحث هو إبراز المسائل التي خالف فيها المشرع الجزائري أحكام الفقه المالكي، ودراستها ببيان أحكام الفقه المالكي فيها، وأحكام المذاهب الأخرى التي اعتمد عليها المشرع في وضع قواعد قانون الأسرة المخالفة له ما تعلق منها بأحكام الزواج، والتنبيه عليها.

أما الدراسات السابقة فهي قليلة جدا، ولم تتطرق إلى تفصيل الأحكام واقتصرت على سرد نماذج على العموم دون تخصيص الدراسة لأحكام الزواج بالتفصيل، وهي كالتالي:

- بن عمارة فيروز وحجاج ريان، المسائل التي خالف فيها القانون الجزائري المذهب المالكي – دراسة نماذج ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، جامعة الصديق بن يحي، جيجل، 2020-2021.
- بوعلام سي ناصر، عبد القادر داودي، المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي – دراسة نماذج، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 19، العدد الأول، أفريل 2018.

وعلى إثر كل ما سبق نطرح الإشكالية التالية:

ما هي المسائل التي خالف فيها المشرع الجزائري الفقه المالكي في أحكام الزواج؟ وما هو أصلها الشرعي؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تم اتباع المنهج التحليلي المقارن بتحليل النصوص القانونية ومقارنتها مع أحكام المذهب المالكي، وبيان الحكم الشرعي الموافق لقواعد قانون الأسرة محل الدراسة في المذاهب الأخرى، من خلال خطة تتكون من مبحثين وخاتمة، حيث خصص المبحث الأول لمسائل الخلاف في مقدمات عقد الزواج وشروطه، أما المبحث الثاني فيتناول مسائل الخلاف في أركان عقد الزواج، وأما الخاتمة فقد ضمنتها أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: مسائل الخلاف في مقدمات الزواج وشروطه:

لم يوافق المشرع الجزائري الفقه المالكي في مقدمات عقد الزواج في مسألة استرداد الهدايا، أما ما تعلق بشروطه فقد خالفه في أثر تخلف الشهود عن عقد الزواج قبل الدخول وبعده، وهو ما سنبينه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: استرداد الهدايا حال العدول عن الخطبة:

نص المشرع الجزائري على حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة من طرف الرجل أو المرأة في المادة 5 الفقرة الثانية والثالثة، والتي مفادها:

- أن الخاطب لا يسترد من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.
- وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته.

وعليه فإن المشرع الجزائري خالف الفقه المالكي فيما يجب أن يسترد من الهدايا، فجعل فقهاء المالكية من الاسترداد شاملا لكل الهدايا بالنسبة للذين يرون جواز الرجوع دون تفصيل للذي استهلك أو هلك، فيرد الخاطب كل الهدايا إن كان العدول منه، كما ترد هداياه إن كان العدول من قبلها، حيث ذهب فريق من فقهاء المالكية خروجا عن أصل المذهب إلى أن الأوجه جواز رجوع الخاطب على المخطوبة للمطالبة بالهدايا في حالة العدول عن الخطبة من طرفها[4] – دون تحديد لطبيعة الهدايا وحالها – ويستثنى من ذلك إن وجد عرف، أو تم اشتراط عدم إرجاع الهدايا في حالة الرجوع، حيث جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ما يلي: "وجاز الإهداء في العدة لا النفقة عليها فإن أهدى أو أنفق ثم تزوجت غيره لم يرجع عليها بشيء ومثل المعتدة غيرها ولو كان الرجوع من جهتها، والأَوْجَهُ الرجوع عليها إذا كان الامتناع من جهتها إلا لعرف أو شرط"، ثم قال: "لأن الذي أعطى لأجله لم يتم، أما إذا كان الرجوع من جهته فلا رجوع له عليها قولا واحدا"[5].

وقد حدد المشرع الجزائري ما يحق لأحد المخطوبين استرداده، فيسترد الخاطب ما لم يستهلك أو قيمته إن كان العدول من طرفها، آخذا بحكم فقهاء الحنفية الذين أجازوا للخاطب استرداد القائم من الهدايا دون الهالك والمستهلك ودون النفقة والكسوة، وذلك لأن هدايا الخطبة هبة، وللواهب أن يرجع في هبته إلا إن وجد مانعا للرجوع كهلاك الشيء واستهلاكه[6].

كما أخذت المحكمة العليا بأحكام قانون الأسرة فنصت في قرار لغرفة الأحوال الشخصية على أن الخاطب لا يسترد شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه[7]، وذهبت في قرار آخر إلى أنه يتوجب على المرأة المخطوبة إرجاع ما لم يستهلك من الهدايا وغيرها عند عدولها عن إتمام الزواج[8].

المطلب الثاني: مسائل الخلاف في شرط الشهود:

وافق المشرع الجزائري جمهور الفقهاء في أثر تخلف الشهود قبل الدخول مخالفا بذلك للفقه المالكي، وخالف المذاهب الأربعة في أثر تخلفهم على العقد بعد الدخول، كما أنه لم يشترط العدالة فيهم، وهو ما سنفصل دراسته من خلال الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول: أثر تخلف الشهود قبل الدخول:

توسع المشرع الجزائر في أخذ أحكام قانون الأسرة من مختلف المذاهب الأربعة، فخالف المذهب المالكي في عدة مسائل ومنها أثر تخلف الشهود قبل الدخول، واعتبر الشهود شرط صحة لعقد الزواج، وهو ما نص في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، كما نص في المادة 33 من نفس القانون على فسخ العقد قبل الدخول إن تخلف الشهود عن مجلس العقد.

على خلاف ما ذهب إليه فقهاء المالكية من أن الشهادة شرط تمام عقد الزواج وليست شرطا لصحته، فينعقد الزواج صحيحا دون الإشهاد عليه في مجلس العقد، ولكن لا يتم إلا به، ولذلك يستحب عندهم الإشهاد على عقد الزواج في مجلس العقد، فإن لم يتم ذلك كان واجبا عند الدخول ويعوضون عنه بالإعلان[9]، والظاهر أن المشرع الجزائري قد وافق بذلك فقهاء الحنفية والحنابلة، والشافعية الذين جعلوا من الشهود شرط صحة في عقد الزواج، وتخلفهم عن مجلس العقد يؤدي إلى فساد العقد وفسخه، والذين تتلخص أقوالهم فيما يلي:

1. **الحنفية**: وقت الشهادة عند الحنفية هو وقت وجود ركن العقد وهو الإيجاب والقبول، وليس وقت الإجازة، حتى لو كان العقد موقوفا على الإجازة فيحضرون عقد الإجازة[10].
2. **الشافعية**: ذهب الشافعية إلى اعتبار الشرط وقت إبرام العقد، فلا يصح النكاح إلا بحضور شاهدين[11].
3. **الحنابلة**: الشهادة عند الحنابلة من شروط صحة عقد الزواج[12].

وقد استدل جمهور العلماء بقوله ﷺ: {لاَ نِكاحَ إلاَّ بِوِلّي وَشَاهِدَي عَدل}[13].

الفرع الثاني: أثر تخلف الشهود بعد الدخولَ:

ذهب فقهاء المالكية إلى فسخ عقد الزواج إن تم الدخول دون إشهاد عليه بطلقة بائنة لأنه فسخ جبري من الحاكم، ويحدان إن أقرا بالوطء، أو ثبت الوطء بأربعة كالزنا، إن لم يحصل فشو بوليمة، أو ضرب دف، أو دخان، أو كان على العقد أو على الدخول شاهد واحد غير الولي[14].

وقد ذهبت بقية المذاهب مذهب فقهاء المالكية إلى فسخ عقد الزواج والتفريق بين الزوجين إن تم الدخول دون إشهاد[15]؛ غير أن المشرع الجزائري خالفهم في ذلك، ونص في المادة 33 من قانون الأسرة على ثبات العقد بصداق المثل.

وبما أن المشرع الجزائري خرج عن المذاهب الأربعة؛ فإنه بذلك ربما تأثر بالمذهب الشيعي الجعفري الذي لم يشترط الإشهاد على الإطلاق في عقد الزواج؛ فيكون العقد صحيحا دونه ولا أثر عليه ولو بعد الدخول، حيث جاء في المختصر النافع: "لا يشترط حضور شاهدين ولا ولي إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة على الأصح"[16]، كما ورد في كتاب شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام قولهم: "لا يشترط ... في شيء من الأنكحة حضور شاهدين، ولو أوقعه الزوجان أو الأولياء سرا جاز، ولو تآمرا بالكتمان لم يبطل"[17].

الفرع الثالث: عدالة الشهود.

جاءت أحكام قانون الأسرة عامة في المادتين 9مكرر و33؛ فعموم أحكام هذه النصوص في الشهادة لا تأخذ العدالة شرطا للشهود بعين الاعتبار، والشاهدان سواءً كانا عدلين أم لا، تقبل شهادتهما، وهو بذلك قد خالف الفقه المالكي، الذي اشترط العدالة فيهما وهي عندهم اجتناب كبائر الذنوب، والتحفظ من صغائرها، والمحافظة على المروءة[18]، فلا تقبل شهادة الفاسق، ولا تقبل برجلين عدلين أحدهما الولي[19]، فإن لم يكن هناك رجال عدول للشهادة؛ يكفي الأخذ بشهادة من عرف بعدم الكذب[20].

وبالتالي فإن المشرع الجزائري وافق في ذلك رأي فقهاء المذهب الحنفي الذين تقبل شهادة الفاسق عندهم، فهو من أهل الشهادة؛ وإنما لا تقبل شهادته لتمكن تهمة الكذب، لا تمكن هذه التهمة في الحضور والسماع فكان بمنزلة العدل[21].

المبحث الثاني: مسائل الخلاف في أركان عقد الزواج:

أقر فقهاء المالكية ثلاثة أركان لعقد الزواج وهي: الصيغة (الرضا)، والمحل، والولي، ولم يخالف المشرع الجزائري الفقه المالكي في ركنية الرضا؛ غير أنه خالفه في عديد المسائل المتعلقة به، كما خالفه في عدم النص على ركن المحل والإشارة إليه فقط ضمنيا، وفي عديد المسائل المتعلقة بركن الولي، وهو ما سيتم التطرق إليه بالتفصيل في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مسائل الخلاف في ركن الرضا:

لا شك في أن الرضا يعد ركنا في جميع العقود ولاسيما في عقد الزواج، وهو ما اتفق عليه الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري، غير أن هذا الأخير خالف الفقه المالكي في إفراد النص عليه ركنا لعقد الزواج، وفي العديد من المسائل التي تخص هذا الركن، وهذا ما ستتم دراسته بالتفصيل في الفروع الثلاثة التالية كما يلي:

الفرع الأول: النص على الرضا ركنا وحيدا:

نصت المادة 9 على انعقاد الزواج بتبادل رضا الزوجين، ويستفاد من ذلك أن المشرع الجزائري قد وافق المذاهب الأربعة المجمعة على أن الإيجاب والقبول ركنا لعقد الزواج، فإذا اختل ركن الرضا لا ينعقد العقد في الأصل، ويكون باطلا بطلانا مطلقا قانونا[22].

أما إفراد النص على الرضا ركنا ففيه مخالفة لأحكام الفقه المالكي التي جعلت لعقد الزواج ثلاثة أركان على التحقيق وهي: الولي، والمحل، والصيغة بإيجاب وقبول[23]، وهذا لا ينفي بقية الأركان كون تبادل الإيجاب والقبول يقتضي وجود العاقدين والمعقود عليها، ولذلك فقد اقتصر بعض فقهاء الشريعة على الصيغة ركنا[24]، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري متأثرا بقول الحنفية الذين ذهبوا إلى انعقاد الزواج بالإيجاب والقبول، وإفرادهما بصفة الركن، حيث ينعقد بالإيجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي[25].

الفرع الثاني: الإجبار على الزواج.

لما كان التراضي في عقد الزواج ركنا؛ جعل الفقه المالكي من الإجبار على الزواج حالة استثنائية، فتزوج البكر بإذنها لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"[26]، والبكر عند فقهاء المالكية على ثلاثة أوجه:

1. بكر بالغ تستأذن وتنكح، وهي التي يزوجها وليها أو وصيها.
2. بكر لا تنكح ولا تستأذن، وهي اليتيمة التي لم تبلغ المحيض، فلا يصح إنكاحها، ولا استئذانها، فإن زوجها وليها، أو وصيها فسخ العقد[27]، إلا إذا خيف فساد حالها بفقر، أو زنا، أو عدم حاضن شرعي، أو ضياع مال أو دين، بشرط بلوغها سن العاشرة وأذنت لوليها قولا أو صمتا، فتزوج بمشورة من القاضي[28].
3. بكر تنكح ولا تستأذن، وهي ذات الأب سواء كانت بالغا، أو صغيرة إلا إذا رشدها، فيجبرها على الزواج دون إذنها ويستحسن استئذانها، ويستحب للأب أن يحدثها عن الزوج ويختبر رضاها أو كراهيتها من الأم وغيرها[29]، وروي عن مالك أنه بلغه: "أن القاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله كانا ينكحان بناتهما الأبكار ولا يستأمرانهن، قال مالك وذلك الأمر عندنا في نكاح الأبكار، قال مالك وليس للبكر جواز في مالها حتى تدخل بيتها ويعرف من حالها"[30]، واختلف في اعتبار التعنيس في ذلك فمنهم من قال بعدم جبرها إن عنست، ومنهم من اعتبره[31].

أما الثيب؛ فهي إما بالغة أو صغيرة، أما البالغة الحرة العاقلة فلا جبر عليها، وأما الصغيرة التي لم تبلغ فتجبر لصغرها فإن بلغت فلا جبر عليها، وتجبر البالغة التي تثيبت بزنا ولو تكرر منها حتى زال جلباب الحياء عن وجهها، أو ولدت منه[32]

.

وقد وافق المشرع الجزائري فقهاء المالكية في عدم جواز الإكراه في الزواج على العموم، حيث نص في المادة الرابعة من قانون الأسرة على أن الزواج عقد رضائي بين رجل وامرأة، وجعل من الإكراه عيب من عيوب الرضا؛ فيكون العقد به قابلا للإبطال، حيث نصت المادة 88 الفقرة الأولى من القانون المدني على جواز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، ونصت الفقرة الثانية على بيان قيام الرهبة على بينة وتكون كذلك إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال، وبذلك فإن المشرع الجزائري قد وافق فقهاء المالكية غير أنهم استعملوا مصطلح الخوف بدل الرهبة، ولو أن مصطلح الرهبة أكثر قوة لغويا من الخوف؛ فالخوف هروب القلب من حلول المكروه عند استشعاره، أما الرهبة فهي الإمعان في الهرب من المكروه[33].

غير أن موافقة المشرع الجزائري للفقه المالكي ليست على الإطلاق، فوافقه في عدم جواز إجبار الثيب البالغة على الزواج[34]، والبكر البالغ من غير ذات الأب، واليتيمة القاصر بشرطها، وهو عدم الخوف من فساد حالها، أما ولاية الإجبار في الفقه المالكي للبكر ذات الأب، فقد نهى عنها ولم يوافقهم في ذلك من خلال نص المادة 13 المعدلة من قانون الأسرة التي لم تجز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا أن يزوجها دون موافقتها، سواء كانت ثيبا أو بكرا على أنواعها، والملاحظ أن هناك تناقضا بين نصوص قانون الأسرة في هذه المسألة فأشارت المادة 7 إلى أن القصر يزوجهم أولياؤهم، والقاضي ولي من لا ولي له.

وعليه فقد خالف المشرع الجزائري الفقه المالكي في مسائل الإجبار التالية:

1. **البكر القاصر ذات الأب**: أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إجبار الأب ابنته البكر الصغيرة على الزواج[35]؛ غير أن المشرع الجزائري أخذ برأي ابن شبرمة ومن وافقه في عدم جواز تزويج الصغار والذي ذهب إلى عدم جواز تزويج الأب ابنته الصغيرة حتى تبلغ وتأذن[36].

2. **البكر البالغة العاقلة ذات الأب:** اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في مسألة إجبار البكر البالغ ذات الأب، حيث تأثر المشرع الجزائري بفقهاء الحنفية وفي رواية عن الإمام أحمد كما يلي:

الحنفية: قالوا أن البكر البالغة لا تجبر على النكاح لانقطاع الولاية بالبلوغ[37].

في رواية عن الإمام أحمد: لا يجوز للأب إجبار البكر البالغة على الزواج، وهو اختيار أبي بكر، ومذهب الأوزاعي والثوري، وأبي عبيد، وأبي ثور، وأصحاب الرأي وابن المنذر[38].

3. **الثيب الصغيرة:** خالف المشرع الجزائري فقهاء المالكية في جواز جبر الثيب الصغيرة أي غير البالغة على الزواج، وقد وافق بذلك وجها لفقهاء الحنابلة، والشافعية على النحو التالي:

الحنابلة: المسألة عندهم على وجهين أحدهما أنه لا يجوز إجبارها وهو قول الخرقي واختيار ابن حامد، وابن بطة والقاضي، لأن الإجبار يختلف بالبكارة والثيبوبة لا بالصغر والكبر[39].

الشافعية: قال الشافعية أن الثيب إن كانت صغيرة غير مجنونة وحرة لا تجبر على الزواج، سواء احتملت الوطء أم لا إلا بعد بلوغها وإذنها[40].

4. **البكر اليتيمة القاصر إذا خيف فساد حالها:**

شرط جبر اليتيمة القاصر على الزواج عند فقهاء المالكية هو مخافة فساد حالها، وبشرط بلوغها سن العاشرة وأذنت لوليها قولا أو صمتا، فتزوج بمشورة من القاضي، أما المشرع الجزائري فلم يقيد عدم جبرها بأي شرط موافقا في ذلك أحكام الفقه الحنبلي والظاهرية كما يلي:

الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى القول بأن للأب وحده إجبار كبيرة وتزويج صغيرة[41]، أما اليتيمة الصغيرة التي مات أبوها، فلا يلي غيره نكاحها، ولأن غير الأب قاصر الشفقة[42]. واستدلوا بقوله ﷺ: {تُسْتَأْمَرُ اليَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا، وَإِن أَبَت فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا}[43]، وبحديث: {هِيَ يَتِيمَة وَلَا تنكَحُ إِلَّا بِإِذْنِهَا}[44].

الظاهرية: ذهب ابن حزم إلى القول بأن الصغيرة التي لا أب لها ليس لأحد أن يُنكحها لا من ضرورة ولا غيرها حتى تبلغ[45].

الفرع الثالث: شرط عدم الزواج عليها.

أخذ المشرع الجزائري برأي الفقه المالكي على العموم فيما يخص الاشتراط في عقد الزواج، فنص في المادة 19 من قانون الأسرة على أن للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة، ومن بين هذه الشروط كذلك ألا يسكنها مع أهله، أو مع ضرتها، واشتراطها زيارة أهلها من حين لآخر، أو اشتراط الزوج على زوجته أن تسكن مع أهله والسكن معه أينما طاب له العيش[46].

أما شرط عدم الزواج عليها فقد أتاح المشرع الجزائري للزوجين اشتراط عدم تعدد الزوجات في عقد رسمي على غرار بقية الشروط وخصه بالنص عليه في المادة 19 السالفة الذكر، إلا أن المشرع اكتفي بإعطاء مثالين على الاشتراطات المضافة إلى عقد الزواج، في حين أنه لم يضع لها معايير لصحتها ومنها؛ المصلحة غير المحظورة شرعا، وعدم مساس الاشتراط بحق الزوج الآخر[47]، وهو ما ذهب إليه فقهاء المالكية، إذ أن تعدد الزوجات حق للزوج، وله أن يتزوج عليها إن أراد ذلك، وله أن يوف لأن الشرط ساقط والعقد صحيح[48].

والظاهر أن المشرع الجزائري قد أخذ في ذلك بأحكام الفقه الحنبلي فأجاز للزوجة رفع دعوى تطليق ضد الزوج في حالة مخالفة الشروط المتفق عليها في نص المادة 53 فقرة 9، ومنها الإشتراط عليه أن لا يتزواج عليها، والمادة 8 مكرر التي أتاحت لها ذلك إن لم يأخذ الزوج إذنها بالتعدد، وجعل الحنابلة هذا الشرط من الشروط التي تلزم الزوج، فإن لم يوف به كان فسخ النكاح[49]، واستدلوا بقوله ﷺ: {أَحَقُّ الشُّرُوط أَن يُوفى بِهَا، مَا استَحْلَلْتُم بِهِ الفُرُوج}[50]، كما ردوا على الذين لم يجيزوا ذلك وقالوا أن الشرط يحرم الحلال باستدلالهم بقوله ﷺ: {المسْلِمُون عَلَى شُرُوطِهِم، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا}[51]، بأنه لا يحرم الحلال وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها بالشرط[52].

المطلب الثاني: مسائل الخلاف في ركني المحل والولي:

لابد لأي عقد أن يبرم على محل، ولما كان لعقد الزواج الخصوصية في بناء الأسرة؛ فلا بد أن يكون المحل ذو طابع خاص فيتكون من رجل وامرأة خاليين من الموانع الشرعية، غير أن المشرع الجزائري لم ينص عليهما صراحة في قانون الأسرة واكتفى بالإشارة الضمنية لهما، كما لابد من وجود أطراف يتولون العقد، فجعل فقهاء المالكية هذا الدور للولي، وبينوا مراتب ترتيب الأولياء في العقد، وهي المسائل التي خالف المشرع الجزائري الفقه المالكي فيها نبينها من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الإشارة الضمنية لركن المحل:

المحل في عقد الزواج هو الزوج والزوجة، ولم يذكره المشرع لفروغ الأمر من إلزاميته، ولأن الإشارة إليه ضمنية من خلال الرضائية التي لا تكون إلا بين رجل وامرأة، ويستشف ذلك مما أورده في تعريف الزواج من خلال المادة 4 من قانون الأسرة إذْ أقرن الرضائية بتحديد طرفيها أي رجل وامرأة، ويستخلص من هذا التحديد للمحل أنه ركن، إذ لا يصح الزواج من نفس الجنس أو من الأشياء، كما يشترط في الأنثى أن تكون محققة الأنوثة فلا ينعقد الزواج على الخنثى[53].

كما خالف المشرع الجزائري الفقه المالكي في عدم نصه على ركن المحل، وقد اقتدى في ذلك بما ذهب إليه الأحناف وبعض فقهاء الحنابلة الذين لم يشيروا إلى المحل لوضوحه، ويلاحظ أن المشرع قد جعل من أهلية الزواج والخلو من الموانع الشرعية شروطا لعقد الزواج في نص المادة 9 من قانون الأسرة، وفي الأصل هي شروط في المحل لانعقاد الزواج، وهي التي يلزم توافرها في أركان العقد، وإذا تخلف شرط منها كان العقد باطلا، وقد أشار إليه المشرع في نص المادة 33 من نفس القانون، وبالتالي لا يؤخذ برضا من كان غير أهل لإبرام عقد الزواج، فيكون العقد باطلا لعدم توفر الإرادة والقصد الصحيح المعتبر شرعا، كما لا يؤخذ برضا الرجل والمرأة إن كانت من محارمه.

الفرع الثاني: مسائل الخلاف في ركن الولي:

قيد المشرع الجزائري سلطة الولي في تولي عقد زواج ابنته الراشدة وقبض مهرها، كما خالف الفقه المالكي في ترتيب الأولياء، وهو ما سنبينه كالتالي:

أولا: دور الولي في عقد الزواج: أتاح المشرع الجزائري للولي حضور عقد ابنته الراشدة دون توليه، كما منعه من قبض مهرها.

أ. دور الولي في تولي عقد الزواج:

حسب نص المادة 11 من قانون الأسرة فإن للمرأة الراشدة تولي عقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره؛ وأما القاصر فيتولى زواجها وليها وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له.

وبذلك فإن المشرع الجزائري خالف الفقه المالكي الذي جعل من الولي ركنا للراشدة فيتولى عقد زواجها، ويبطل عقد الزواج إن تم دونه[54]، وقد أخذ المشرع الجزائري حكمه في عدم اشتراط الولي للمرأة الراشدة جزئيا من الفقه الحنفي.

وقد ذهب فقهاء الحنفية إلى أن للراشدة العاقلة الحرة أن تزوج نفسها لصحة حديث النبي ﷺ: {الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صمَاتها}[55]، واحتجوا بأنه حديث معارض لحديث النبي ﷺ: {لاَ نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيّ}[56]، ولحديثه ﷺ: {أيُّمَا امرَأَة نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطل، فَنِكَاحُهَا بَاطل، فَنِكَاحُهَا بَاطِل}[57]، وبأن هذه الأحاديث حسنة أو ضعيفة، وليس للولي إلا مباشرة العقد إن رضيت[58]، وفي ذلك قال الإمام أبو حنيفة وزفر: "ليس لأحد عليها ولاية بطريق الحتم، وإنما تثبت عليها الولاية بطريق الندب والاستحباب"[59].

غير أن حكم الفقه الحنفي في ذلك ليس على إطلاقه؛ فتولي الراشدة الحرة العاقلة زواجها مقيد بزواجها من كفء، وبصداق يعادل أو يفوق مهر مثيلاتها، فإن تزوجت من غير ذي كفء، أو بمهر أقل من مهر مثيلاتها، أو اجتمعا معا؛ أي تزوجت من غير كفء وبمهر أقل من مهر المثل، كان للولي فسخ العقد عند أبي حنيفة[60]، لأنها ألحقت العار بالأولياء فإنهم يتعيرون بأن ينسب إليهم بالمصاهرة من لا يكافؤهم فيكون لهم التفريق عند القاضي[61].

فأبو حنيفة لم يلغ حق الولي عند عدم اشتراطه في عقد الزواج، فأعطاه الحق في إيقاف العقد وفسخه إذا لم يكن الزوج كفئا، أو تزوجت بمهر أقل من مهر المثل، وتوسع الحنفية في بيان ما تثبت به الكفاءة، حيث تثبت عندهم بستة أمور وهي: النسب، الإسلام، الحرية، المال، الديانة – وهي تدين المرأة وصلاحها فلا تزوج من فاسق، والحرفة[62].

وفي هذه الأمور الستة قال أبو زهرة: "هذه هي الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة في المذهب الحنفي، وهو أوسع المذاهب الأربعة بالنسبة لها، لأن إمامه الأول أبا حنيفة إذ أطلق حرية المرأة في الزواج قد احتاط للولي بالتوسع في معنى الكفاءة، والتشدد في اشتراطها، لكيلا تسيء المرأة في الزواج إليه"[63]، وهو ما أغفله المشرع الجزائري الذي وإن كان عليه أن يأخذ برأي الحنفية أن يأخذ الحكم كاملا.

ب. دور الولي في قبض المهر:

إن وجوب تسليم الصداق عاجلا من طرف الزوج يقتضي قبضه، وقد حدد فقهاء المالكية من له الحق في ذلك، فيكون الولي المجبر، وهو الأب، أو وصيه، أو ولي سفيهة، فإن لم يكن لها ولي ولا مجبر فلا يقبضه إلا الحاكم ويشتري لها به جهازا، وإن شاء عين من يقبضه ويتولى شراء الجهاز، وأما الرشيدة فتقبض المهر بنفسها إن لم يكن لها ولي مجبر، ولا يجوز لمن يتولى عقدها قبضه إلا بتوكيل منها[64]، وأما الثيب فلا يقبض وليها الصداق عنها سواء كان أبا أو غيره إلا بإذنها[65].

لم ينص المشرع الجزائري على موقفه صراحة من هذه المسألة، غير أنه يستخلص من عمومية نصوصه، فلها أن تتولى عقد زواجها بنفسها وفقا لنص المادة 11 السالفة الذكر، كما أقر لها المشرع في المادة 14 من قانون الأسرة بأن المهر حق لها تتصرف فيه كما تشاء، ولا خلاف في قبض الأب مهر ابنته القاصر، حيث نصت المادة 2/11 من قانون الأسرة على تولي أولياء القصر زواجهم، فللولي الولاية على شخص القاصر دون ماله، إلا الأب فإنَّ له الولاية على النفس والمال معا وفقا لنصي المادتين 2/11 و 87 من قانون الأسرة[66]، كما يتولى قبض صداق من بها عيب من عيوب الأهلية كالجنون والعته طبقا لنص المادة 81 من قانون الأسرة[67].

أما مسألة قبض البكر الرشيدة ذات الأب – أي الولي المجبر– مهرها؛ فقد أعطى المشرع الجزائري الحق لها بقبض مهرها دون غيرها مخالفا لأحكام الفقه المالكي، وآخذا برأي الحنفية في ذلك.

ولما كان للمرأة الرشيدة تولي زواجها بنفسها عند الحنفية؛ كان لها حق قبض المهر بنفسها، سواء كانت بكرا أم ثيبا ولا يجوز أن يُقبض عنها إلا بإذنها، ويعتبر سكوتها في ذلك رضا بالنسبة للبكر إن قبضه أبوها أو جدها إذا لم تنههما عن ذلك، لأن البكر تستحي من المطالبة بنفسها كما تستحي من التكلم بالنكاح، وليس ذلك إلا للأب والجد فلا يعتبر سكوتها رضا لغيرهما[68].

ثانيا: ترتيب الأولياء للراشدة:

حدد المشرع الجزائري من يتولى الولاية في عقد زواج الراشدة؛ وهو أبوها أو أحد أقاربها على الإطلاق دون تحديد، أو أي شخص آخر تختاره، وهو بذلك قد خالف فقهاء المالكية الذين قسموا الولي إلى مجبر وغير مجبر؛ فأما الذي يجبر فالأب ثم وصيه، وأما الذي لا يجبر فالقرابة، ثم المولى ثم السلطان، والمقدم من الأقارب: الابن، ثم ابنه وإن سفل، ثم الأب، ثم الأخ، ثم ابنه، ثم الجد، ثم العم، ثم ابنه، وقيل الأب أولى من الابن[69].

وبغض النظر عن ترتيب الأولياء؛ فقد استعمل فقهاء الشريعة في ترتيبهم حرف العطف "ثمّ" والذي يفيد الترتيب والتراخي، بينما استعمل المشرع الجزائري حرف العطف "أو" والذي يفيد هنا التخيير، وبالتالي للراشدة أن تختار وليها بين أبيها أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره، ولها تقديم الشخص الذي تختاره على أبيها أو أحد أقاربها، وهذا أمر لم يأت به أحد من فقهاء الشريعة.

خاتمة:

في نهاية هذا البحث يظهر لنا جليا المسائل التي خالف فيها المشرع الجزائري المذهب المالكي، والمذاهب المعتمد عليها في وضع أحكام هذه المسائل في قانون الأسرة الجزائري.

وقد توصلنا بعد الدراسة والبحث في المسائل السابقة إلى جملة من النتائج والاقتراحات، نجملها كما يلي:

أولا: النتائج:

1. أحال المشرع الجزائري المسائل غير المنصوص عليها قانونا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك لتمكين القضاء من الأخذ بالرأي الفقهي الصحيح الذي يجب العمل به، والمسند بالدليل الشرعي القوي.
2. خالف المشرع الجزائري الفقه المالكي في آثار العدول عن الخطبة في مسألة الهدايا حيث وافقه في جزء منها فقط، وخالفه فيما يجب استرداده، موافقا بذلك أحكام الفقه الحنفي.
3. لم يوافق المشرع الجزائري الفقه المالي في عديد المسائل المتعلقة بركن الرضا، ومنها إفراد الرضا بصفة الركن، وفي مسألة الإجبار على الزواج، وشرط عدم الزواج عليها.
4. أشار المشرع الجزائري ضمنيا لركن المحل بالإشارة إلى الرجل والمرأة كطرفي عقد الزواج في نص المادة 4 من قانون الأسرة، فخالف الفقه المالكي في عدم النص عليه صراحة.

5. خالف المشرع الجزائري الفقه المالكي في مسائل الولي، فأعطى للمرأة الراشدة الحق في أن تزوج نفسها دون أي سلطة للولي سواء كان أبا أو غيره وسواء كانت بكرا أم ثيبا، كما أعطى المشرع للمرأة الراشدة حق قبض المهر بنفسها على الإطلاق وليس للولي قبضه أيا كان مجبرا أو غير مجبر، وذلك لتوليها عقدها بنفسها ولأن المهر حق للزوجة تتصرف فيه كما تشاء وفقا لنص المادة 14 من قانون الأسرة، كما خالف المشرع الجزائري أحكام الفقه المالكي في ترتيب الأولياء.

6. خالف المشرع الجزائري الفقه المالكي في أثر تخلف الشهود قبل الدخول، فيفسخ العقد إذا تخلف الشهود عن مجلس العقد على عكس فقهاء المالكية الذين جعلوا من الشهود شرط تمام لا شرط صحة في عقد الزواج فيشترطون الإعلان إن لم يتم الإشهاد في مجلس العقد، كما خالف المذاهب الأربعة في أثر تخلف الشهود بعد الدخول فصحح العقد بصداق المثل على عكس فقهاء المذاهب الأربعة الذي أقروا التفريق بين الزوجين والحد عند بعضهم ومنهم المالكية.

ثانيا: الاقتراحات:

1. إن الانفتاح المطلق على المذاهب الإسلامية فتح المجال للقاضي للبحث في غير المذاهب الأربعة، لذلك كان الأجدر بالمشرع الجزائري التقيد بالمذهب المالكي، أو حصر المجال في المذاهب الأربعة مع تكوين قضاة مختصين في فقه الأسرة وهو الأنسب.

2. إعادة النظر في النص على الرضا ركنا وحيدا لعقد الزواج، وذلك بالأخذ بما ذهب إليه فقهاء المالكية على التحقيق ثلاثة أركان بإضافة المحل مع ذكر شروطه، وإعطاء الولي سلطة أكبر من مجرد الحضور بالنسبة للراشدة.

3. إعادة النظر في أثر تخلف الشهود في عقد الزواج بعد الدخول والأخذ بما ذهب إليه فقهاء المذاهب الأربعة.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر:

أ. **المصادر السنية:**

1. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، المنتقى، شرح موطأ الإمام مالك، بيروت: دار الكتاب العربي، ط.4، 1984.
2. البخاري، أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دمشق- بيروت، دار ابن كثير، (1423هـ، 2002م).
3. البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسن بن علي البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، ط.3، (1424هـ، 2003م).
4. البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، البجيرمي على الخطيب، حاشية البجيرمي المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، (1417هـ، 1996م).
5. الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه محمد ناصر الدين الألباني، الرياض: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1417هـ.
6. ابن جزي، محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، حققه وعلق عليه ماجد الحموي، بيروت-لبنان: دار ابن حزم، (1434هـ، 2013م).
7. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار في شرح المجلى بالاختصار، بيروت-لبنان: دار ابن حزم، (1437هـ، 2016م).
8. الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، تعليق الشيخ محمد يحي بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي الشنقيطي، تصحيح وتحقيق دار الرضوان للنشر، نواكشط- موريطانيا، 2010.
9. أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، (1416هـ، 1996م).
10. الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، نيجيريا، مكتبة أيوب كانو، 2000.
11. الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية، د.ط، د.ت.
12. السرخسي، محمد بن احمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الأئمة، المبسوط، د.ط، نيجيريا، دار المعرفة، 1989.
13. السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، (1405 هـ، 1984م).
14. الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت- لبنان، دار المعرفة، (1418هـ، 1997م).

15. ابن رشد، محمد ابن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، بيروت- لبنان: دار الغرب الإسلامي، (1408هـ، 1988م).
16. الصاوي، حاشية أحمد ابن محمد الصاوي المالكي، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مصر: دار المعارف، د.ط، د.ت
17. عليش، محمد، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، بيروت- لبنان: دار الفكر، (1404هـ-1984م).
18. ابن عابدين، محمد أمين الشهير بابن عابدين، الرد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ط. خاصة، الرياض: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، (2003م، 1423هـ).
19. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغنى، الرياض: دار عالم الكتب، ط.3، (1417هـ، 1997م).
20. ابن قيّم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، مدارج السالكين بين منازل "إياك نعبد وإياك نستعين"، تحقيق وتعليق: محمد المعتصم بالله البغدادي، بيروت- لبنان، دار الكتاب العربي، ط.7، (1423هـ-2003م).
21. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، ط.2، 1986.
22. مالك ابن أنس، الموطأ، رواية يحي ابن يحي الليثي، دمشق-سوريا: مؤسسة الرسالة ناشرون، (1434هـ-2013م).
23. مسلم، بن الحجاج، صحيح مسلم المسمى المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل إلى الرسول ﷺ، تحقيق: نظر بن محمد الفاريابي أبو قتيبة، الرياض: دار طيبة، (1426هـ، 2006م).
24. المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر الحنفي، بداية المبتدى، قام بتجريده من شرح الهداية والعناية بتصحيحه: حامد إبراهيم كرسون، محمد عبد الوهاب بحبرى، حقوق الطبع محفوظة لهما، مصر، (1355هـ، 1936م).
25. ابن مفلح، برهان الدين أبيي إسحاق إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، (1423هـ، 2003م).
26. ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإجماع، حققه وقدم له وخرج أحاديثه أبو حماد صغير أحمد ابن محمد حنيف، الإجماع، عجمان، رأس الخيمة، مكتبة الفرقان، مكتبة مكة الثقافية، ط.2، (1420هـ، 1999م).

ب. المصادر الشيعية:

1. الحِلِّي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الهذلي، المختصر النافع، أو النافع في مختصر الشرائع، قم: مؤسسة البعثة، قم، 1413هـ.
2. الحِلِّي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الهذلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، بيروت- لبنان، دار القارئ، ط.11، (1425هـ، 2004م).

ثانيا: المراجع:

1. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، القبة-الجزائر، الدار الخلدونية، (1429هـ، 2008م).
2. بلحاج، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، أحكام الزواج، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط.6، 2010.
3. شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، بيروت-لبنان، الدار الجامعية، ط.4، (1403هـ، 1983م).
4. فضيل سعد، شرع قانون الأسرة الجزائري، في الزواج والطلاق، ج.1، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، د.ط، 1986.

1. الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

2. قانون 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 15 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15.

3. وعلى الأخص اتفاقية سيداو التي تتعلق بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1996، والتي تهدف إلى تحقيق المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة بحسب زعمهم، صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر 96-03 المؤرخ في 19 شعبان 1416هـ الموافق 10 يناير 1996، جريدة رسمية مؤرخة في 23 شعبان 1416هـ، ع.3، ص.15. ثم صادقت عليها بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي 96-51 مؤرخة في 2 رمضان 1416هـ الموافق 22 يناير 1996، جريدة رسمية عدد 6 مؤرخة في 4 رمضان 1416هـ.

4. الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، تعليق الشيخ محمد يحي بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي الشنقيطي، تصحيح وتحقيق دار الرضوان للنشر، نواكشط موريطانيا، 2010، 226/4.

5. الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية، د.ط، 219/2.

6. ابن عابدين، محمد أمين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الرياض، ط.خاصة، (2003م، 1423هـ)، 304/4، 306.

7. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 219313، المجلة القضائية 2001، العدد الخاص، ص.9.

8. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/07/13، ملف رقم 92714، المجلة القضائية 1995، ع. 1، ص 128.

9. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، 216/2.

10. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، ط.2، 1986، 2/ 256.

11. الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت-لبنان، دار المعرفة، (1418هـ، 1997م)، 194/3، 195.

12. ابن مفلح، برهان الدين أبيي إسحاق إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، الرياض، دار عالم الكتب، (1423هـ، 2003م)، 42/7.

13. رواه البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، منشورات علي بيضون، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، ط.3، 2003 ، ج.7، جماع أبواب ما على الأولياء، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين، رقم الحديث 13718، ص 202.

14. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، 216/2، 2017.

15. شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط.4، بيروت-لبنان، الدار الجامعية، (1403هـ، 1983م)، ص (339، 340).

16. الحِلِّي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الهذلي، المختصر النافع، أو النافع في مختصر الشرائع، قم، مؤسسة البعثة، 1413هـ، ص. 272.

17. الحِلِّي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الهذلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ط.11، بيروت–لبنان، دار القارئ، (1425هـ، 2004م)، 513/1.

18. ابن جزي، محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، حققه وعلق عليه ماجد الحموي، بيروت–لبنان، دار ابن حزم، (1434هـ، 2013م)، ص. 508.

19. الصاوي، حاشية أحمد ابن محمد الصاوي المالكي، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مصر، دار المعارف، د.ط، 335/2.

20. عليش، محمد، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، بيروت–لبنان، دار الفكر، (1404هـ–1984م)، 3/ 258.

21. السرخسي، محمد بن احمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الأئمة، المبسوط، بيروت–لبنان، دار المعرفة، 1989، 31/5.

22. بن شويخ، الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الجزائر، دار الخلدونية، (1429هـ، 2008م)، ص.55.

23. الصاوي، حاشية على الشرح الصغير، المصدر السابق، 335/2.

24. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 54.

25. المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر الحنفي، بداية المبتدى، قام بتجريده من شرح الهداية والعناية بتصحيحه: حامد إبراهيم كرسون، محمد عبد الوهاب بحبرى، حقوق الطبع محفوظة لهما، مصر، (1355هـ، 1936م)، ص. 65.

26. رواه الإمام مالك ابن أنس، الموطأ، رواية يحي ابن يحي الليثي، دمشق–سوريا، مؤسسة الرسالة ناشرون، (1434هـ–2013م)، كتاب النكاح، باب استئذان البكر والأيِّم في أنفسهما، رقم الحديث 1141، ص 406.

27. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، المنتقى، شرح موطأ الإمام مالك، بيروت، دار الكتاب العربي، ط.4، 1984، مج.(3–4)، ج266/3.

28. أنظر: الدردير، أحمد ابن محمد ابن أحمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب كانو نيجيريا، ط.2000، ص(58، 59).

29. الباجي، المنتقى، المصدر السابق، مج.(3–4)، ج.267/3.

30. رواه الإمام مالك، الموطأ، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب استئذان البكر والأيِّم في أنفسهما، رقم الحديث 1143، ص.406.

31. ابن رشد، محمد ابن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، بيروت–لبنان، دار الغرب الإسلامي، (1408هـ، 1988م)، 475/1.

32. أنظر: الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المصدر السابق، ص.58. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، 354/2.

33. ابن قيّم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، مدارج السالكين بين منازل "إياك نعبد وإياك نستعين"، تحقيق وتعليق محمد المعتصم بالله البغدادي، بيروت–لبنان، دار الكتاب العربي، ط.7، (1423هـ–2003م)، 508/1.

34. إلا إذا كان سبب ثيبوبتها الزنا وتكرر حتى زال جلباب الحياء عن وجهها فللولي إجبارها، أنظر: الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، 354/2.

35. ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإجماع، حققه وقدم له وخرج أحاديثه أبو حماد صغير أحمد ابن محمد حنيف، الإجماع، عجمان، مكتبة الفرقان، مكتبة مكة الثقافية رأس الخيمة، ط.2، (1420هـ، 1999م)، ص 103.

36. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد المحلى بالآثار في شرح المجلى بالإختصار، بيروت–لبنان، دار ابن حزم، (1437هـ، 2016م)، 410/12.

37. ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار، المصدر السابق، 159/4.

38. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، الرياض، دار عالم الكتب، ط.3، (1417هـ، 1997م)، 399/9.

39. ابن قدامة، المغني، المصدر نفسه، الجزء التاسع، ص.407.

40. البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، البجيرمي على الخطيب، حاشية البجيرمي المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب، بيروت–لبنان، دار الكتب العلمية، (1417هـ، 1996م)، 4/ 161.

41. ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، 9/ 402.

42. ابن قدامة، المغني، المصدر نفسه، 9/ 403.

43. رواه أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكاب العلمية، بيروت لبنان، ط.1، (1416هـ، 1996م)، ج.2، كتاب النكاح، باب الإستئمار، رقم الحديث 2093، ص. 97.

44. رواه البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسن بن علي البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، طبيروت–لبنان، دار الكتب العلمية، ط.3، (1424هـ، 2003م)، الجزء السابع، كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح اليتيمة، رقم الحديث 13692، ص. 195.

45. ابن حزم، المحلى بالآثار في شرح المجلى بالإختصار، المصدر السابق، 410/12.

46. بلحاج، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.6، 2010، ص. 151.

47. فركوس دليلة، عياش جمال، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، القبة–الجزائر، دار الخلدونية، (1437هـ–2016م)، ص.189.

48. الباجي، المنتقى، المصدر السابق، مج. (3–4)، ج. 296/3.

49. ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، 9/ 483

50. رواه البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دمشق–بيروت، دار ابن كثير، (1423هـ، 2002م)، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، رقم الحديث 2721، ص 666.

51. رواه الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه محمد ناصر الدين الألباني، الرياض، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1417هـ، كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، رقم الحديث 1352، ص. 318.

52. ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، 9/ 485.

53. بربير، محمد، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 68.

54. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، 335/2.

55. رواه مسلم، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم المسمى المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل إلى الرسول ﷺ، تحقيق نظر بن محمد الفاريابي أبو قتيبة، دار طيبة، ط.1، (1426هـ، 2006م)، ج.1، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، رقم الحديث 1421، ص641.

56. رواه الترمذي، سنن الترمذي، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث 1101، ص 259.
57. رواه الترمذي، سنن الترمذي، المصدر نفسه، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث 1102، ص. 259.
58. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، 155/4.
59. السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، بيروت–لبنان، دار الكتب العلمية، هـ، 1984م)، 152/2.
60. السمرقندي، تحفة الفقهاء، المصدر نفسه، 152/2.
61. السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، 25/5، 26.
62. أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط.3، (1377هـ، 1957م)، ص. 138 وما يليها.
63. أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص. 141.
64. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، 464/2.
65. الإمام مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوخي، دار صادر، بيروت– لبنان، أول طبعة ظهرت على وجه البسيطة طبعت بمطبعة السعادة، (1323هـ، 1905م)، 160/2.
66. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 244.
67. أنظر: فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، في الزواج والطلاق، د.ط، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، ج.1، 1986، ص.106، نصت المادة 81 من قانون الأسرة على: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".
68. أنظر: ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار، المصدر السابق، 286/4، أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.(207، 208).
69. ابن جزي، القوانين الفقهية، المصدر السابق، ص. 346.