وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

عنوان المذكرة

أحكام الزواج الباطل و الفاسد في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالبتين:

- شرفية مليكة
- بن زهرة يمينة

بإشراف :

د/ عشير جيلالي

لجنة المناقشة:

1) الأستاذة:مرباح صليحة.....رئيسا.

2) د.عشير جيلالي..... مشرفا و مقررا.

3) الأستاذ:قرمال بوعلام..... عضوا مناقشا

تاريخ المناقشة:.30ماي 2018

السنة الجامعية :2018/2017

الإهداء

أحمد الله عز وجل على منه وعونه لإتمام هذا البحث .

إلى الذي وهبني كل ما يملك حتى أحقق له آماله ، إلى من كان يدفعني قدما نحو الأمام لنيل المبتغى ، إلى الإنسان الذي امتلك الإنسانية بكل قوة ، إلى الذي سهر على تعليمي بتضحيات جسام مترجمة في تقديسه للعلم ، إلى مدرستي الأولى في الحياة.

أبي الغالي على قلبي أطال الله في عمره.

إلى التي وهبت فلذة كبدها كل العطاء و الحنان، إلى التي صبرت على كل شيء ، التي رعتني حق الرعاية وكانت سندي في الشدائد ، وكانت دعواها لي بالتوفيق ، تتبعني خطوة خطوة في عملي ، إلى من ارتحت كلما تذكرت ابتسامتها في وجهي نبع الحنان أمي أعز ملاك على القلب والعين جزاها الله عني خير الجزاء في الدارين.

إليهما أهدي هذا العمل المتواضع الذي أدخل على قلبهما شيئا من السعادة إلى

إخوتي و أخواتي الذين تقاسموا معي عبء الحياة .

إلى زميلاتي وزملائي قسم الأحوال الشخصية .

إلى زميلاتي وزملائي في العمل .

كما أهدي ثمرة جهدي لأستاذي الكريم الدكتور **عشير جيلالي** الذي كلما تظلمت الطريق أمامنا لجأنا إليه فأنارها لنا وكلما سألنا عن معرفة زودنا بها وكلما طلبنا كمية من وقته الثمين وفره لنا بالرغم من مسؤولياته المتعددة ، إلى كل أساتذة قسم الحقوق ، و إلى كل من يؤمن بأن بذور نجاح هي في ذواتنا وفي أنفسنا قبل أن تكون في أشياء أخرى .

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع

يـــــمينة

الإهداء

إلى أعز ما أملك خالقي و صديقتي و أمي

إلى إخوتي و أخواتي

و إلى كل أفراد عائلتي

إلى كل من جمعتني بهم الأقدار خلال المراحل الدراسية.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي المتواضع هذا.

مليكة

كلمة شكر وتقدير

نتقدّم بخالص الشكر إلى أسرة البحث العلمي بالكلية
أساتذة و طلبة و إدارة .
و نخص بالذكر أستاذي المحترم : عشير جيلالي مشرفا على هذه المذكرة
الذي لم يدخّر جهدا أو نصحا جزاه الله خيرا
و أعضاء لجنة المناقشة .
كما لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر إلى جميع العاملين بالمكتبات الجامعية
و خاصة موظفين مكتبة جامعة الجيلالي بونعامة
و موظفي مكتبة عين الدفلى

والحمد لله من قبل ومن بعد، فهو ولي كل توفيق.

قائمة المختصرات

ج 1 ، ج 2 ..... : الجزء

ج ، ر ، ع : جريدة رسمية ، عدد ...

د ، س ، ن : دون سنة نشر .

د ، ط : دون طبعة .

ف1 ، ف2 ..... فقرة

ق،أ،ج : قانون الأسرة الجزائري

ق ، إ ، م ، إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ق ، ح ، م : قانون الحالة المدنية .

مقدمة

يعتبر الزواج من أقدم العقود التي عرفها التاريخ و تعاملت به البشرية، و أهم العقود رعاية و تعظيما في الشرائع السماوية، و جاء الإسلام و صاغ أحكامه بكل تفصيل و إهتمام،و جعله أقدس ميثاق و سمّاه الميثاق الغليظ، حيث قال تعالى« وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ إِذَآ أَنتُم بَشَرٌ تَنتَشِرُونَ ﴿٢٠﴾ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾[1]،حتى أن النبي صلى الله عليه و سلّم أسماه بالسنة و ربطه به لقوله« **النكاح من سنّتي فمن لم يعمل بسنتي فليس مني**»[2].

وبالزواج تتكون الأسرة التي تعتبر الوحدة الأساسية للمجتمع و هي الوسيلة الوحيدة و الشرعية للتكاثر و حفظ النوع الإنساني فيها يعرف الإنسان ما له من حقوق و ما عليه من واجبات و فيه تتكون الألفة و المحبة التي تساهم في تقدم المجتمع و إزدهاره.

و لهذا حثّ الإسلام على الزواج و دعا الشباب إليه لقوله صلّى الله عليه و سلّم« **يا معشر الشباب من إستطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغضّ للبصر، و أحصن للفرج ، فمن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه لم و جاء**»[3] .

---

(1) الاية 21 سورة الروم

(2) سنن ابن ماجه (كتاب النكاح باب ماجاء في فضل النكاح)، تعليق محمد ناصر الدين ، الألباني ،ط1،مكتبة المعارف للنشر و التوزيع ، الرياض ، دس ن ، ص321

(3) سنن عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل الدرامي (كتاب النكاح باب من كان عنده طول فليتزوج) ، ط1 ، دار ابن حزم ، لبنان ، 2002 ،ص 295

أما في قانون الأسرة الجزائري فقد نظّم أحكامه القانون 84-11[1]،لذلك يتطلب الشرع و القانون ضرورة توافر أركان حيث لا يكون صحيحا بدونها و هي الصيغة و العاقدان و المعقود عليه.

فيجب أن يتضمن العقد إيجاب أحد العاقدين و قبول من الطرف الآخر، و أن يكون في مجلس العقد، و أن لا تكون مدة زمنية طويلة بين الإيجاب و القبول مما يدلّ على الإعراض عن الزواج ، كما يجب أن تكون الصيغة منجزة أي غير مضافة إلى زمن المستقبل و لا معلقة على شرط .

كما يجب أن تكون الصيغة مؤبدة غير مؤقتة بمدة زمنية، ذلك أن الهدف من الزواج هو إنشاء رابطة زوجية مؤبدة نشوءها المودة و الرحمة، و تجدر الإشارة إلى أن صورة الإيجاب و القبول يجب أن تكون بصيغة الماضي.

أما العاقدان فأهم ما يشرط فيهما هو العقل و التمييز و توفر الإرادة لديهما و أن تكون خالية من العيوب (التدليس، الإكراه و الغلط).

و أخيرا يجب أن تكون العلاقة التي تربط بين الزوجين شرعية، أي لا تكون بينهما علاقة تحريم قطعية لا شبهة فيها سواء تحريم مؤبد أو مؤقت شرعا و قانونا.

إضافة إلى ما سبق ذكره لابد من توافر شروط أساسية لإنعقاد الزواج ، كعدم إبرام المرأة زواجها بنفسها بل بوليها، كما يجب أن يحضر العقد شاهدين بالغين عاقلين ، كما يجب أن يقدم الزوج لزوجته مقدارا من المال دليل على صدقه و رغبة منه في إنشاء علاقة زوجية دائمة.

---

(1) القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن ق.أ.ج ، عدد 31 المعدّل و المتمّم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري ، ج ر ، عدد 15 ، المؤرخ في 27 فيفري 2005.

فإذا ما اجتمعت كل هذه الأركان و الشروط الأساسية للصحة كان العقد صحيحا، أما إذا تخلّف ركن من أركان الانعقاد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، أما إذا تخلّف شرط من شروطه الصحة كان عقد الزواج فاسدا و يجب فسخه.

حيث أن المشرع الجزائري تناول موضوع الزواج الباطل و الفاسد و خصّص له 4 مواد و هي:32-33-34-35 من ق.أ.ج.

و انطلاقا ممّا ذكر فإن الموضوع يطرح إشكالية رئيسية و هي: **فيما تتمثل أحكام الزواج الباطل و الفاسد في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري؟**

و من اجل الجواب على هذه الإشكالية ارتأينا طرح الأسئلة الفرعية التالية:

- ما هي الحالات التي تؤدي إلى بطلانه أو فساده ؟
- ما هي الآثار التي تترتب عليهما في الفقه و القانون؟

أهمية الدراسة و أهدافها:

إن موضوع دراستنا جديد لم يتمّ التطرق له من قبل، لذا اخترنا هذا الموضوع لدراسته من كل جوانبه الفقهية و القانونية.

تهدف دراستنا إلى تحديد مفهوم الزواج الباطل و الفاسد في الفقه الإسلامي و القانون و ذلك من خلال الحالات التي تؤدي إلى بطلانه أو فساده، و كذا الآثار التي يرتّبها الشرع و القانون على فساد و بطلان عقد الزواج.

كذلك تكمن أهمية الدراسة على تبيان الأسباب التي من أجلها شرّع الله سبحانه و تعالى الزواج الصحيح لإعمار الأرض و تكاثر النسل و تحريم الأنكحة الفاسدة درءا للمعصية و المحافظة على الإنسان و صلة الرحم.

كما و من أهداف دراستنا هو الوقوف عند موقف المشرع الجزائري فيما يخصّ أحكام الزواج الباطل و الفاسد، و تحديد المذهب الذي تأثر به من مذاهب الفقه الإسلامي.

أسباب إختيار الموضوع:

- ظهور الكثير من عقود الزواج في وقتنا الحاضر التي تخل بأركان و شروط عقد الزواج، سواء كان هذا الإخلال عن قصد أو عن سوء نية و عدم العلم.
- التعارض الكبير و عدم الانسجام بين المادتين 32 و35 ق.أ.ج ، حيث قرّر المشرع لنفس الواقعة و هي اشتمال عقد الزواج على شرط ينافيه باطلا ، في حين جاءت المادة 35 بصياغة عامة تنصّ على أن العقد يصحّح بإسقاط الشرط.

صعوبات البحث:

- إن موضوع الزواج الباطل و الفاسد لم يحظى بدراسة وافية تحليلية حسب إطلاعنا على مجموعة من المؤلفات و لم يتطرّق له شُرّاح القانون أو حتى في الدراسات الجامعية الأكاديمية، بل تعرّضوا له أثناء دراستهم لموضوع الزواج أو الطلاق فقط.
- إن كتب الفقه لم تخصص لهذا الموضوع دراسة خاصة ،حيث يجد الباحث أحكام الزواج الباطل و الفاسد في أبواب متفرقة مما يتطلب جهدا ووقتا كبيرين للوقوف على جزئيات هذا الموضوع ،و ما زاد الأمر صعوبة هو ما جاء في ق.أ.ج حيث أن مواده جاءت غامضة و غير منسجمة.

و للإجابة على هذه الإشكاليات تمّ اعتماد منهجين أساسين هما:

- المنهج التحليلي: الذي يقوم على تحليل النصوص الفقهية و الآراء على ضوء المبادئ العامة الموجودة في الشريعة الإسلامية و القانون.
- المنهج المقارن: حيث يتمّ عرض المسائل والأحكام الفقهية و مقارنتها مع ما جاء في قانون الأسرة الجزائري بغية التوصل إلى نقاط التشابه و كذا الاختلاف و ذلك بالاعتماد على الأدلة الشرعية عن الكتاب و السنة.

حتى تكون دراستنا وافية ملمة بكافة جوانب الموضوع ارتأينا تقسيم بحثنا إلى فصلين :

- خصص الفصل الأول إلى تحديد مفهوم الزواج الباطل و تبيان الحالات التي يكون فيها الزواج باطلا في المبحث الأول، و تقرير بطلان عقد الزواج و الآثار المترتبة عنه في المبحث الثاني.
- أما الفصل الثاني فقد تطرقنا فيه إلى مفهوم الزواج الفاسد و تبيان الحالات التي يكون فيها الزواج فاسدا في المبحث الأول، و صور الزواج الفاسد و الآثار المترتبة عليه في المبحث الثاني.

فيما يخص الدراسات السابقة :

أولا: دراسة بعنوان فسخ عقد الزواج للباحث توفيق شندارلي حيث تناول في هذه الدراسة طبيعة الشروط الصحيحة و الشروط التي تُوجِب فسخ عقد الزواج ، حيث كانت الدراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية و قانون الأسرة الجزائري، حيث ركّز على نظرية الفسخ و البطلان.

ثانيا : دراسة بعنوان الأنكحة الفاسدة في المذهب الإباضي مقارنة بالمذهب المالكي و قانون الأسرة الجزائري للباحث مصطفى بن حمو رشوم ، حيث جاءت الدراسة تحت عنوان الأنكحة الفاسدة ، و لم يقسم عقد الزواج إلى باطل و فاسد ،فهو لم يفرّق بين البطلان وا لفساد حيث جاءت الدراسة مقارنة بين المذهب الإباضي و المالكي و قانون الأسرة الجزائري، حيث أن المذهب الإباضي ليس مرجعية فقهية لقانون الأسرة الجزائري.

ثالثا : دراسة بعنوان المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة و القانون للباحثة مناد وفاء حيث خلصت الدراسة إلى أن المشرع الجزائري بتخلفه عن الولاية قد ساهم في نشر العداوة في المجتمع ،و انتقل من ركنية الولي في العقد إلى شرط.

رابعا : دراسة بعنوان قانون الأسرة بين جدوى التغيير و ضرورة التعديل للباحثة بومعزة ليلى الدفعة العاشرة ،عنابة

الفصل الأول

الزواج الباطل في الفقه الإسلامي

و قانون الأسرة الجزائري

تمهيد:

يُعتبر عقد الزواج من أخطر العقود التي يبرمها الإنسان في حياته ، كونه يمسّ الأسرة بإعتبارها كيان المجتمع و هو كغيره من العقود يتطلب في تكوينه توافر أركان و شروط حتى ينشأ صحيحا .

أما إذا تخلف ركن من أركان إنعقاده كان الزواج باطلا و منعدما لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج لأن وجوده و عدمه سواء، و قد نظّمه المشرّع الجزائري في المواد 35.34.33.32 قانون الأسرة الجزائري.

و من أجل التوضيح أكثر حول الموضوع سنحاول في هذا الفصل التطرق إلى مفهوم الزواج الباطل و بيان حالاته من خلال المبحث الأول و سنتناول في المبحث الثاني تقرير بطلان عقد الزواج و الآثار المترتبة عليه.

المبحث الأول: مفهوم الزواج الباطل و بيان حالاته في الفقه الإسلامي و القانون

يعتبر عقد الزواج من أهم و أخطر العقود التي يبرمها الإنسان في حياته نظرا لما يترتب عليه من آثار تمسّ المتعاقدين و الأسرة معا ، لذلك اوجب المشرّع و القانون توافر كل الأركان الأساسية و الشروط المطلوبة لكن إذا تخلّف ركن من أركان الزواج الأساسية فالزواج يكون باطلا معدوما لا يُنشِئ أثرا .

و لهذا سنتناول في هذا المبحث تعريف الزواج الباطل و أدلته الشرعية في الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة الجزائري حيث قسمنا المبحث إلى مطلبين و هما:

المطلب الأول: تعريف الزواج الباطل في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الزواج الباطل رغم إختلاف الفقهاء في تعريف الزواج الباطل تعريفا دقيقا، و لهذا سنعرض أهم الآراء الفقهية في الفرع الأول و موقف المشرّع الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الزواج الباطل في الفقه الإسلامي:

أولا : لغة: البطلان هو الضياع و الخسران، أو سقوط الحكم، يُقال بطُل الشيء يبطُل بطلا و بُطُولا و بُطلانا، بمعنى ذهب ضياعا و خسرانا و سقط حكمه، و الباطل نقيض الحق[1].

---

[1] ابن منظور ، لسان العرب،دار صادر ، بيروت ، د س ن ،ج 11، ص56

ثانيا:اصطلاحا: لقد اختلف الفقهاء في تعريف الزواج الباطل فرأي اعتبر البِطلان خلل في أركان الزواج ، و رأي اعتبر الزواج الباطل الذي فقد شرطا من شروط الانعقاد [1].

و الزواج الباطل عند الجمهور هو ما فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط صحته، أما عند الحنفية فهو ما فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط انعقاده [2]، و هو العقد غير المشروع بأصله و لا بوصفه

و من ثَم يُعرَّف العقد الباطل في اصطلاح الفقهاء بأنه: مالا يكون مشروعا لا بأصله و لا بوصفه [3].

الفرع الثاني : تعريف الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري

لقد تجنب المشرع الجزائري وضع تعريف للزواج الباطل، و اكتفى بذكر الحالات التي يكون فيها العقد باطلا [4]، و هو ما تناولته المادتين 32 [5]و 33 فقرة أولى [6]من ق.أ.ج .

و عليه فإن حالات بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة هي كما يلي :

---

[1] د.محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)،ط 1، دار الثقافة،2008،ص147

[2] وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ط 3 ، دار الفكر ،1989،ج7، ص95

[3] ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، شركة علاء الدين للطباعة ،بيروت ، ج6، د س، ص75

[4] عبد القادر تقية ، الإشكالات القانونية بين النظرية و التطبيق في قانون رقم 84-11 ،م ج ،2003، ع2،ص95

[5] تنصّ المادة 32 على انه :« يبطل الزواج ، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد»

[6] تنص المادة 33 على انه : :« يُبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا»

- فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي و المتعلق برضا الزوجين، وهو ما نصّ عليه المشرع في المواد 4،9،33 من ق.أ.ج [1].
- الزواج بإحدى المحرمات لوجود موانع شرعية بين الزوجين سواء كانت منها مؤبدة أو مؤقتة و هو ما نصّ عليه المشرع في المادة 34 ق.أ.ج .
- اشتمال عقد الزواج على شرط ينافي مقتضيات العقد، كأن يكون شرط التوقيت بمدة زمنية .

الفرع الثالث :التفرقة بين العقد الباطل و الفاسد في الفقه الإسلامي و القانون :

لقد اختلف الفقه في التفرقة بين الباطل و الفاسد، فرأي فرَّق بينهما و رأي يعتبر الباطل مرادف الفاسد،أي لهما نفس المعنى و لهذا سنحاول التطرق إلى رأي الفقه الإسلامي أولا و في القانون ثانيا على النحو التالي:

أولا : في الفقه الإسلامي:

1. رأي المالكية:

جمهور الفقهاء يرون أن العقد إذا لم يتوفر على أركانه او شروطه كان باطلا ، و قد يعبّر عنه بالفاسد من باب ترادف الألفاظ على المعنى الواحد ن فلا فرق بين البطلان و

(1) القانون 84-11 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 ، مرجع سابق

الفساد فكلاهما يعتبر وجوده كعدمه ،و الحال ينطبق على جميع العقود بما فيها عقد الزواج[1].

2. رأي الحنفية :

و يمثل هذا الرأي الحنفية بحيث يُفرِّق فقهاء الحنفية بين العقد الباطل و الفاسد في المعاملات المالية ما عدا عقد الزواج[(2)].

فيرى بعضهم أن التفرقة محصورة في العقود المالية ، أما في نطاق عقد الزواج فلا فرق بين الباطل و الفاسد ، فالحكم عندهم سواء كان الخلل في ركن العقد أو شروط انعقاده ،و بناءا عليه لا يترتب على الزواج الباطل أو الفاسد شيء من آثار الزواج الصحيح ما لم يحصل دخول ، و لكن إذا حصل دخول فتُرتِّب بعض آثاره[3].

غير أن الذي يؤكد الكثير من فقهاء الحنفية أن هناك فرق بين الزواج الباطل و الفاسد شأنه شان سائر العقود المالية ، و بناء على ذلك فالقول بعدم ترادف البطلان و الفساد ، و من ثم التمييز بينهما يعني استحداث مرتبة وسطى بين العقد الصحيح المشروع بأصله

[(1)] محمد مصطفى شبلي،أحكام الأسرة في الإسلام ،دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون ، دار النهضة العربية،بيروت ، ط 2 ،1977، د ج، ص337 .

[(2)] محمد ابو زهرة ، محاضرات عقد الزواج و آثاره ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، س ط 1971 ، د ط ، د ج، ص199-200.

[(3)] برهان الدين علي بن أبي بكر المرغناني ، الهداية ، شرح بداية المبتدئ ، المطبعة الكبرى ، مصر ، ط1 ، 1316 ، ج2،ص382

ووصفه ، و العقد الباطل غير المشروع بأصله ووصفه ، و هذه المرتبة هي العقد الفاسد المشروع بأصله دون وصفه ،و هذا التمييز اختص به الحنفية دون بقية المذاهب[1].

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري:

لقد تأثر المشرّع الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي حيث قسّم العقد إلى ثلاث تقسيمات:

الزواج الصحيح الذي إستوى كل أركانه الأساسية و شروط صحته ، و الزواج الباطل و الزواج الفاسد في حال اختلال ركن من أركان عقد الزواج أو شرط من شروط صحته[(2)].

حيث أنه ميّز بين الزواج الباطل و الفاسد و استعمل مُصطلحي الباطل و الفاسد[(3)]، و هو ما جاء في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من ق.أ.ج و المتعلق بالزواج و انحلاله[4].

و هو بذلك تبنى الرأي الذي يفرق بين الزواج الباطل و الفاسد حسب ما جاء في المادة 32 من ق.أ.ج على انه:«**يبطُل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد**»[5].

[(1)] فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله ، ط2 ،بيروت ، 2008، ص319

[(2)] وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ،ص112

[(3)] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج 1، ط 6 ، ديوان المطبوعات الجزائرية ، الجزائر، س ط 2010، ص288.

[(4)] بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، ط 1، دار الثقافة ، الأردن ، س ن 2012، ص375.

[(5)] القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدّل و المتمّم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

و المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري. على انه:« **يبطُل الزواج إذا اختلّ ركن الرضا** »[1].

المطلب الثاني: حالات بطلان عقد الزواج

نتناول في هذا المطلب أهم الحالات و الأسباب التي تؤدي إلى بطلان عقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ،و ذلك استنادا إلى نص المواد 9 و32 و 33 و 34 من قانون الأسرة الجزائري و هذا على النحو التالي:

الفرع الأول: بطلان عقد الزواج بسبب تخلف ركن الرضا

لقد اتفق معظم فقهاء الشريعة على أن تخلف ركن الرضا يبطل عقد الزواج و سنحاول في هذا الفرع التطرق إلى تعريف ركن الرضا و أثر تخلفه في عقد الزواج و ذلك على النحو التالي:

أولا: تعريف ركن الرضا:

يُعتبر عقد الزواج في قمة العقود الرضائية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي حيث يحتاج لقيامه إلى توافق إرادتين و لهذا سنقوم ببيان معنى الركن لغة و اصطلاحا ثم نتطرق إلى تعريف الرضا في عقد الزواج.

1. **تعريف الركن:**

أ- **لغة:** الجانب القوي للشيء فيكون ركن البيت من الشيء و أركان الشيء أجزاء ماهيته و في اللسان :أركان كل شيء جوانبه التي يستند إليها و يقوم بها[2].

---

(1) القانون 11/84 ، مرجع سابق .

(2) ابن منظور ، لسان العرب،دار صابر ، بيروت ، د س ن ،ج 3 ، ص86

ب- اصطلاحا: لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد معنى الركن تِبعا لذلك تباينت مواقفهم في عدد أركان الزواج فقد عرفه فقهاء الحنفية على أنه ما يتوقف عليه وجود الشيء، و يكون جزءا داخلا في حقيقته.

والركن الوحيد عند الحنفية الإيجاب و القبول فقط أما عند جمهور الفقهاء (المالكية و الشافعية و الحنابلة) الركن هو مالا توجد الماهية الشرعية إلا به، أو ما تقف عليه حقيقة الشيء سواء كان جزءا منه أو خارجا عنه[1].[أركان الزواج عندهم (الإيجاب و القبول) و زوجة و زوج و الولي].

2. تعريف الرضا:

من المعلوم أن الطابع الرضائي هو السمة المميزة لكل التصرفات و العقود على وجه عام و عقد الزواج على وجه خاص، و لهذا سنحاول تعريف الرضا لغة و اصطلاحا على النحو التالي:

أ- لغة: تُستعمل كلمة الرضا للدلالة على القناعة الذاتية بأمر معين و الرضا شيئا كامنا في النفس لا يظهر إلا بالتعبير عنه بالصيغة التي تدل عليه[2].

ب-اصطلاحا: لقد عرّف الفقه الإسلامي الرضا بأنه توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدّال عن التصميم على إنشاء الارتباط، و يتمثل التعبير فيما يجري من عبارات بين المتعاقدين من إيجاب و قبول[3].

---

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الأحوال الشخصية ، ط 3، دار صابر، بيروت، د س ن ، ج 3 ،ص36

(2) بلحاج العربي ،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ،مرجع سابق،ص188

(3) علي احمد عبد العال الطهطاوي ،شرح كتاب النكاح، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية،لبنان،2005، د ج ،ص61

ج – موقف المُشرّع الجزائري:

لقد سار المشرع الجزائري على منوال الفقه الإسلامي فاعتبر الرضا أمرا جوهريا في عقد يرتبط فيه شخصان ارتباطا مُؤبدا[1]، لكنه لم يُعرِّفه حيث نصّ في المادة 9 قانون الأسرة الجزائري على انه « **ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين** »،كما نصّت المادة 10 في فقرتها الأولى قانون الأسرة الجزائري على: «**يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر....**»[2] .

3. التعبير عن الرضا (الصيغة):

بما أن الرضا هو ركن من أركان عقد الزواج فقد يكون التعبير بكل لفظ يُفيد الزواج و لهذا سنحاول التطرق إلى رأي فقهاء الشريعة حول الألفاظ و الصيغة التي ينعقد بها عقد الزواج و من ثَمَّ موقف المُشرِّع الجزائري[3].

أ – موقف الفقه الإسلامي:

– **رأي الحنفية** : بناءا على تعريفهم للزواج أنه تمليك للمتعة و أن النكاح ينعقد بلفظ النكاح و التزويج و هذان اللفظان ليس فيهما اختلاف بين الفقهاء[4] .

– **رأي المالكية:** لقد أجازوا الزواج بألفاظ الهبة و الصدقة و التمليك إذا ذكر معهما الصداق ليكون قرينة على إرادة الزواج من هذه الألفاظ[5].

---

(1) محمد محدة، سلسلة الفقه الإسلامي،الخطبة و الزواج،دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية ، ط 2، دار الشهاب، الجزائر،2000، د ج ،ص128

(2) بلحاج العربي ،مرجع سابق ،ص188

(3) محمد سمارة، مرجع سابق ، ص45

(4) نفس المرجع ،ص 45

(5) بلحاج العربي، مرجع سابق،ص 189

و قد ورد في القرآن الكريم استعمال لفظ الهبة للدلالة على النكاح لقوله عز و جل:

« يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَحۡلَلۡنَا لَكَ أَزۡوَٰجَكَ ٱلَّٰتِيٓ ءَاتَيۡتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتۡ يَمِينُكَ مِمَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَيۡكَ وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّٰتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَٰلَٰتِكَ ٱلَّٰتِي هَاجَرۡنَ مَعَكَ وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۖ قَدۡ عَلِمۡنَا مَا فَرَضۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ وَمَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ لِكَيۡلَا يَكُونَ عَلَيۡكَ حَرَجٞۗ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورٗا رَّحِيمٗا ۝٥٠.

ب- **موقف المشرّع الجزائري:**

إن المشرع الجزائري لم يحدد الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب و القبول و هو ما نصت عليه المادة 10 في فقرتها الأولى قانون الأسرة الجزائري « **يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بلفظ يفيد معنى النكاح شرعا**»[1]، و هذا ما يستلزم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وفقا لنص المادة 222 قانون الأسرة الجزائري:« **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون ،يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**»[2].

4. لـــغة إبـرام عقد النكـــاح:

أ- **موقف الفقه الإسلامي :**

إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يغفلوا عن التطرق لهذه المسألة، فاتفقوا على أنه إذا كان العاقدان أو احدهما لا يفهم اللغة العربية فان العقد يصحّ باللغة التي يفهمها العاقدان أيا كانت هذه اللغة بشرط أن تكون مفهومة للشهود أيضا[3].

---

(1) القانون 84-11 ، مرجع سابق

(2) القانون 84-11، مرجع سابق

(3) رمضان علي السيد الشرنباصي ، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية ، ط 2 ،2011 ، د ج ، ص127

و ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو مسألة التعبير عن الإرادة عن طريق السكوت ، وهذا ما يؤدي بنا إلى طرح التساؤل التالي: ما مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول؟

الأصل أن مجرد السكوت لا يتضمن أي دلالة على القبول،لأن الرضا عمل ايجابي و السكوت شيء سلبي و فقا لقاعدة «لا يُنسَب لساكت قول »[1].

ب- **موقف المشرّع الجزائري:**

كما سبقت الإشارة فان المشرع الجزائري من خلال المادة 10الفقرة الأولى قانون الأسرة الجزائري لم يُقيَّد بأية ألفاظ مخصوصة،و لم ينصّ إطلاقا على اللغة التي يجب أن يُبرم بها عقد الزواج بل اكتفى فقط بذكر كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا[2].

ثـــــانيا: أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج :

1- في الفقه الإسلامي :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن تخلف الإيجاب و القبول في عقد الزواج يجعله باطلا و منعدما لما أصابه من خلل ،و لم يرتبوا عليه أية آثار فلم يُحلِّلوا به الدخول و لم يُوجِبوا فيه لا المهر و لا النفقة و لا الطاعة و لا يُثبت به النسب و لا التوارث بين الزوجين ، و اتفقوا على وجوب التفريق بين الزوجين إذا تم الدخول باعتباره زنا[3]،و قد خالف في ذلك أبو حنيفة الذي لا يرى إقامة الحد لشبهة العقد و يترتب على الدخول حرمة المصاهرة[4].

---

(1) بلحاج العربي ، مرجع سابق ،ص192 و تُنسب هذه القاعدة للإمام الشافعي رحمه الله .

(2) رمضان علي السيد الشرنباصي ، مرجع سابق، ص 127

(3)زكريا البري،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ،دار النهضة العربية، د ط، د س ن ، ص118

(4) محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط 2، 1950، دج ، ص 149

2- موقف المشرّع الجزائري:

لقد تناول المشرع الجزائري اثر تخلف ركن الرضا في نص المادة 33 قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى على انه:« **يبطُل الزواج إذا اختل ركن الرضا**»[1]، ومفادها أن الزواج يكون باطلا بُطلانا مطلقا لاختلال ركنه الأساسي ، ذلك انه لا يوجد زواج بدون رضا و لا ينتج عن العقد أي أثر، وعلى الزوجين الافتراق و لو بعد الدخول[2]، إلا أنه كاستثناء على ذلك نصت المادة 40 قانون الأسرة الجزائري على ثبوت النسب رعاية لحقوق الطفل إذا وُلِد طفل من زواج باطل[3] ، « **يُثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تمّ فسخُه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و34 من هذا القانون** »[4].

و تجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري لم ينص على كيفية إبطال عقد الزواج و لا على من له الحق في طلب إبطاله ، و كذا الإجراءات الواجب إتباعها[5]

الفرع الثاني: اشتمال عقد الزواج على مانع من موانع الزواج:

لانعقاد الزواج يجب أن لا تكون المرأة محرّمة على الرجل الذي يريد الزواج بها، بأن تكون محلا لوُرود العقد عليها[6]، و هذه الموانع أما أن تكون سببا في حرمتها حرمة مؤبدة حيث لا تصلح محلا للعقد أصلا، و إما أن تكون الموانع سببا في حرمتها مؤقتا.

---

(1) القانون 84-11 ، مرجع سابق

(2) بلحاج العربي ،مرجع سابق ،ص 376

(3) الأمر رقم 05-02 ، المرجع السابق

(4) قانون 84-11 ، مرجع سابق

(5) عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج و طلاق بعد التعديل ،ط2 ، دار الهومة الجزائر، 2009،189

(6) وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ،ص 129

لذلك سنبين أنواع هذه الموانع و بعد ذلك أثر الزواج بإحدى هذه المحرمات و ذلك على النحو التالي:

أولا: مـــوانع الـــزواج المـؤبـــدة:

يقصد بها النساء اللواتي تُحرَّم على الرجل أبدا و المحرمات على وجه التأبيد لا يحل على الرجل أن يتزوج بهنّ أبدا لسبب دائم فيها [1]، و تنحصر في ثلاثة أسباب و هي القرابة ،المصاهرة ،الرضاع و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 24 قانون الأسرة الجزائري« **موانع النكاح المؤبدة هي :**

- **القرابة.**
- **المصاهرة.**
- **الرضاع.**

و سنحاول التطرق إلى كل حالة على حدى .

1- المحرمات بالقرابة (النسب) :القرابة هي اتصال في عمود النسب تثبت حقيقةً بواقعة الولادة و ثبت شرعا في العقد الصحيح و صورها كثيرة منها : الأبوة و الأخوة[2]،و قد دلّ على التحريم بالنسب ما ورد في الآية الكريمة لقوله تعالى :« حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ

(1) وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ص 130

(2) محمد كمال الدين إمام ،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين ، س ط 1994.ص 141

ٱلَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٢٣﴾ »[1]

و هن أربعة أنواع :

أ. أصول الشخص و إن علون: و هي الأم و الجدة سواء من جهة الأب أو الأم مهما علت [2].

ب.فروع الشخص و إن نزلن: و هي البنت و بنت البنت و بنت الابن مهما تباعدت تُحرَّم على الرجل[3].

ت.فروع الأبوين و فروع فروعهم الإناث وإن نزلن : كالأخوات و بناتهن (سواء شقيقة أو لأب أو لأم)

ث.الطبقة الأولى أو المباشرة من فروع الأجداد و الجدات و هنّ: العمّات و الخالات (سواء كانت العمة أختا شقيقة لأب أو لأم). أما الطبقة الثانية فما دونها من هذه الفروع فلا تحرم كبنات العم أو العمة و بنات الخال و الخالة[4]، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 25 قانون الأسرة الجزائري على انه «**المحرمّات بالقرابة هي : الأمهات،و البنات ، و الأخوات ، والعمّات ، و الخالات، و بنات الأخ ، و بنات الأخت**»[5].

---

(1) الآية 23 سورة النساء.

(2) وهبة الزحيلي ،مرجع سابق ،ص 130

(3) محمد سمارة ،مرجع سابق، ص 72

(4) العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري،ص 77

(5) القانون 84-11 ،مرجع سابق .

حكمة تحريم النكاح بسبب القرابة :

لا يحرم الإسلام شيئا إلا لدفع مفسدة محققة ولا شكّ ان تحريمه لنكاح الاقارب فيه حكم كثيرة من ذلك :

- المحافظة على كيان الأسرة و توثيق الروابط بين الأرحام .
- إن الزواج بين الأقارب الأقربين يُضعِف النسل ، و أن التزاوج بين المتباعدين يقويه [1].

و إذا كان التحريم الوارد في موضوع الزواج فان كل ما هو من معاني الزواج يُحرَّم أيضا،فيحرم الاستمتاع بمن ذكرن بأية صورة من الصور كاللمس أو النظر[2].

2- المحرّمات بالمصاهرة: المحرمات بسبب المصاهرة أربعة أنواع و هنّ:

أ. زوجة الأصول : و إن علوا عصبة كانوا أو ذوي أرحام سواء دخل بها الأصل أو عقد عليها و لم يدخل ،كزوجة الأب و الجد (أبي الأب أو أبي الأم) لقولة تعالى «وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٢٢﴾ » [3].

ب.زوجة فروعه : و إن نزلوا سواء كنّ عصبات أو ذوي رحم،و سواء دخل بها الفرع أو لم يدخل و لو بعد أن فارقها بالطلاق أو الوفاة ،كزوجة الابن أو ابن الابن أو البنت و إن نزلوا، و يكون العقد عليها باطلا و لا يرتب عليه أي اثر و ألحق الحنفية بتحرير زوجة الأصول و الفروع موضوعة الأصل أو الفرع بالزنا[4].

---

(1) مصطفى بن حمو رشوم ،الأنكحة الفاسدة في المذهب الإباضي مقارنة بالمذهب المالكي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ،قسنطينة،1999-2000، ص105 .

(2) محمد سمارة ،مرجع سابق،ص 72

(3) الاية 22 من سورة النساء

(4) وهبة الزحيلي ،مرجع سابق،ص 132

ت.أصول الزوجة و إن علون: سواء دخل بزوجته أو لم يدخل كأم الزوجة و جدتها، سواء أكانت الجدة من جهة الأب أو من جهة الأم[1].

ث.بنت الزوجة و إن نزلت: تُحرَّم على زوج الأم إذا دخل بأمها[2]، فان لم يدخل بها ثم فارقها بالطلاق أو الوفاة فلا تحرم البنت على الزوج،سواء أكانت بنت الزوجة ساكنة في بيت زوج أمها أم لا[3].

و قد نصّ المشرّع الجزائري على هذه الأنواع في نص المادة 26 من قانون الأسرة الجزائري على أنه المحرمات بالمصاهرة هي:

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

حكمة التحريم :

إن الشرائع السماوية قد وافقت الشريعة الإسلامية في التحريم بسبب المصاهرة، حيث أن المرأة إذا تزوجت من رجل أصبحت فردا من الأسرة و أبوه كأبيها و ابنه كابنها و مثلها في ذلك الرجل، فبزواجه تصبح أم زوجته كأمه و بنتها كابنته[4].

---

(1) نفس المرجع ،ص 133

(2) محمد سمارة ،مرجع سابق، ص73

(3) وهبة الزحيلي ،مرجع سابق ،ص133

(4) مصطفى بن حمو رشوم ، مرجع سابق ، ص 116.

3- المحرمات بالرضاع :

لقد اتفق الفقهاء على أن الرضاع هو مصّ الرضيع اللبن من ثدي أنثى آدمية سواء قليلا أو كثيرا ، ولو وقعت مرة واحدة في وقت مخصوص هو مدة الرضاع[1].

و قد ثبت التحريم بالرضاع لقوله تعالى«حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٢٣﴾ »[2].

وفي السنة لقوله صلى الله عليه و سلّم «**يحرُمُ من الرضاع ما يحرُمُ من النسب**»[3]،و هو الحديث الذي نقله المشرع الجزائري في المادة 27 قانون الأسرة الجزائري على انه: « **يحرُمُ من الرضاع ما يحرُمُ من النسب**»[4].

- وقد ألحق الفقهاء(ليس كلهم) المصاهرة بالنسب فقالوا:[كل من تحرم بالنسب أو المصاهرة تحرم بالرضاع][5].

---

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ،ص 213

(2) سورة النساء الآية 23

(3) رواه البخاري و مسلم ،ص 336

(4) القانون 84-11 ، مرجع سابق

(5) عبد الوهاب خلاف ،أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب ابي حنيفة و عليه العمل بالمحاكم ، ط 2 ، دار القلم للنشر و التوزيع ، الكويت ،1990،د ج ، ص 47

و التحريم بالرضاع يشمل ما يلي :

أ- الأم من الرضاعة و الجدّات مهما علون.

ب- البنت من الرضاعة و بنت ابنها رضاعًا مهما نزلن

ت- فروع الأبوين : و هي أخته من الرضاع و بنت أخيه و بنت أخته و إن نزلن

ث- العمّات و الخالات من الرضاعة: أي أخت زوج المرضعة و أخت المرضعة أما بنت العم و بنت العمة و بنت الخال و بنت الخالة فيحلون له.

ج- أم الزوجة و جداتها من الرضاعة مهما علون: سواء دخل بالزوجة أم لا.

ح- البنت من الرضاع و بنات أولادها مهما نزلن : إذا كانت الزوجة مدخولا بها و إلا فلا تحرّم فروعها من الرضاع عليه.

خ- زوجة الأب أو الجد من الرضاع مهما علا : سواء دخل بالزوجة أم لم يدخل بها.

و القاعدة أن هذا التحريم يسري على الرضيع و فروعه فقط و لا يمتد مطلقا إلى إخوته و أخواته[1]، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 28 قانون الأسرة الجزائري على انه:« يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته و أخواته ولدا للمرضعة و زوجها وأخا لجميع أولادها ، و يسري التحريم عليه و على فروعه»[2].

شـــروط الرضـــاع المـــحـــرم :

- أن يحصل الرضاع في الحولين و قبل الفطام، لقوله صلى الله عليه و سلم«**لا رضاع إلا ما كان من حولين »**[3].

(1) العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص 233

(2) القانون 84-11 ، مرجع سابق

(3) بدر الدين أبي محمد محمود بن احمد العيني ،كتاب النكاح ،باب من قال لا رضاع إلا ما كان من حولين ،ص96

و هذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 29 قانون الأسرة الجزائري على انه: «**لا يحرم من الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا**»[1]، و على هذا فان الرضاع المحرم هو الذي يحصل في العامين الأولين من ولادة الرضيع لان التغذية باللبن في هذه المدة هي التي تنبت اللحم و تنشز العظام[2].

- أن لا يُخلط اللبن بغيره،فإذا اختلط اللبن بغيره و أُعطي للرضيع كانت العبرة بالغالب، إذا غَلَب اللبن ثبُت التحريم و إذا لم يَغلب فلا تحريم
- تيقُّن انتقال اللبن إلى حلق الرضيع أو جوفه يقينا سواء بطريق الامتصاص من الثدي أو شربه من إناء.
- أن يثبت الرضاع بإقرار أو بينة حتى يكون محرما أو مانعا للزواج.
- أن يكون الرضاع في وقت الرِضاع .
- أن يكون الرضاع من لبن امرأة[3].

مقـــدار الـــرضاع المـــحـــرّم :

اختلف الفقهاء في مقدار الرضاع المحرم،حيث ذهب الحنيفة و المالكية إلى أنه لا يشترط في التحريم بالرضاع مقدار معين ، فقليل اللبن و كثيره سواء في ثبوت الحرمة بالرضاعة[4]، أما الشافعية و الحنابلة فالرضاع المحرم عندهم خمس رضعات مُشبِعات فأكثر، استنادا لقوله صلى الله عليه و سلّم:« **لا تُحرِّم المصّة و المصتان** »[5]

---

(1) القانون رقم 11/84 ، المرجع السابق

(2) بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، مرجع سابق،ص232

(3) رمضان علي السيد الشرنباصي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية ، د س ن ، د ط ، ص85

(4) نفس المرجع ،ص 86

(5) الدرامي ، كتاب النكاح ، باب كم رضعة تحرّم ،مرجع سابق ،ص308

حكمـــــة التحـريـم من الـرضـــــاع :

يحدث التحريم بالرضاع بسبب تكوُّن أجزاء البنية الإنسانية من اللبن، فلبن المرأة يُنبِت لحم الرضيع و يُنشِز عظمه حتى يكبُر[1]، كما أن الحرمة جاءت لترسخ معنى الطهر و النقاء القائم بين الأم المُرضِعة و الرضيع كونها أصبحت لها مكانة مثل الأم تماما[2].

ثـــانيـــا :مـــوانـــع الـــزواج المـؤقتـــة :

و هي الموانع الشرعية التي يكون التحريم فيها غير مؤبد اي بمعنى ان سبب التحريم فيها مؤقت ،فيبقى التحريم ببقاء السبب و يزول بزواله، فمتى تغيّرت الحالة و زال سبب التحريم و ارتفع المانع الذي كان قائما بالمرأة المحرّمة مؤقتا على من يريد التزوج بها صارت حلالا لمن كانت محرمة عليه فيجوز له أن يتزوجها.

و سنتناول كل واحدة من المحرمات على النحو التالي:

1- **من تعلّق بها حق الغير** : فيحرم على الشخص أن يتزوج بمن تعلق بها حق الغير بسبب زواج لا يزال قائما أو عِدّة من وفاة أو طلاق أو دخول من زواج فاسد أو دخول من شُبهة[3]،و هذا يشمل مايلي:

أ. **المرأة المتزوجة** :فلا يحل لأحد أن يعقد عليها مادامت متزوجة لتعلق الغير بها و ذلك لقوله تعالى « وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۖ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡۚ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم مُّحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَۚ فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا تَرَٰضَيۡتُم بِهِۦ مِنۢ بَعۡدِ ٱلۡفَرِيضَةِۚ

---

(1) وهبة الزحيلي ،مرجع سابق ،ص 141

(2) العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ،مرجع سابق ،ص 233-234

(3) رمضان علي السيد الشرنباصي،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ،مرجع سابق،ص 89

إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٢٤﴾[1]، و المراد بالمحصنات أي المتزوجات سواء أكان الزوج مسلما أو غير مسلم ،و الحكمة من تحريم المتزوجة هي منع الاعتداء على حق الغير و حفظ الأنساب من الاختلاط[2].

ب.المرأة المعتدّة: وهي المرأة التي تكون في عدة غيره ، سواء من طلاق رجعي أو بائن أو وفاة ،فالمرأة مادامت في العدة يحرم على غير الزوج التزوج بها لقوله تعالى

« وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾ »[3].

و حكمة تحريمها هي التربص مدة من الزمن لتعلم فراغ رحمها من الولد لكي لا تختلط الأنساب فيُنسب ما في بطنها إلى زوجها[4]، حيث نصّ المشرع الجزائري على هذا النوع من التحريم المؤقت في المادة 30 قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثانية على انه: **« يحرم من النساء مؤقتا:**

- **المحصنة.**
- **المعتدة من طلاق أو وفاة »**[5].

---

(1) سورة النساء الاية 24

(2) وهبة الزحيلي ،مرجع سابق،ص 147

(3) سورة البقرة الآية 228 .

(4) رمضان علي السيد الشرنباصي ،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية مرجع سابق ،ص 89

(5) القانون 11/84 ، مرجع سابق .

2- **المطلقة ثــلاثــا:** إذا طلق الزوج زوجته ثلاث طلقات ،فلا يحل له أن يعقد عليها مرّة أخرى[1]، إلا إذا انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره و دخل بها دخولا حقيقيا ثم طلقها ثم انقضت عدتها منه ،فإذا حصل كل ذلك جاز لزوجها الأول أن يعقد عليها عقدا جديدا و مهرا جديدا ثم يدخل بها[2] .

و هو ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 51 قانون الأسرة الجزائري على انه:

« لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء»[3]، والحكمة في ذلك هي تأديب الزوجين على الأخطاء التي ارتكباها في المراحل السابقة[4]، و اشتراط تزوُّج الغير و الدخول بها دخولا صحيحا هي أن الزوجة بعشرتها للزوج الثاني تعرف قيمة زوجها فتحسِن معاملته أن كانت الإساءة من جانبها فيسود الحياة الجديدة بعد طلاقها من الثاني و رجوعها إلى الأول المودة و الطمأنينة بعد الاضطراب فيما قبلها[5].

---

(1) وهبة الزحيلي ،مرجع سابق ،ص 143

(2) علي السيد الشرنباصي ،مرجع سابق،ص93

(3) قانون 11/84 ، مرجع السابق

(4) رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ،ط1 ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ،2008، د ج ، ص 95

(5) محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية ، مرجع سابق ،ص88

3- **الجمع بين محرمين:**المراد من المحرمين كل امرأتين بينهما علاقة محرمة ،فلا يصح الجمع بين الأختين أو المرأة و عمتها و لا بين المرأة و خالتها[1].

و يكون التحريم حال قيام الزوجية، أما إذا طلق الأولى و انقضت عدتها منه فلا يحرم عليه أن يتزوج أختها لأن المنهي عنه إنما هو الجمع بينهما[2]، و قد ثبت التحريم بالكتاب و السنة، فمن الكتاب لقوله تعالى « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٢٣﴾»[3]،و من السنة قوله صلى الله عليه و سلم « **و لا تنكح المرأة على عمتها و لا على خالتها و لا على ابنة أخيها و لا على ابنة أختها** »[4].

---

(1) نفس المرجع ،ص 84

(2) رمضان علي السيد الشرنباصي ،مرجع سابق،ص100

(3) الاية 23 من سورة النساء

(4) البيهقي ،كتاب النكاح ،باب ما جاء في الجمع بين المرأة و عمتها و بينها و بين خالتها،ص 269

و قد نصّ المشرع الجزائري على هذا النوع ن التحريم في نص المادة 30 في فقرتها الخامسة من قانون الأسرة الجزائري « **الجمع بين الأختين أو بين المرأة و عمتها أو خالتها ، سواءا كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع**»[1].

4- **زواج المسلمة بغير المسلم** : اتفق الفقهاء على عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم سواء أكان مشركا أو كتابيا[2]، لقوله تعالى « وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ »[3].

و الحكمة من ذلك أن زواج المسلمة بغير المسلم يجعلها في مرتبة أدنى من الكافر لان القوامة تكون للرجل مما يجعل المرأة و الأبناء يخضعون لرغبة و ديانة الزوج[4].

و قد نصّ المشرع الجزائري على هذا النوع من التحريم في الفقرة السادسة من المادة السابقة الذكر« **زواج المسلمة من غير المسلم**».

5- **زواج المرتدّ عن الإسلام اختيارا** : و المقصود بالمرتدّ هو من رجع عن دين الإسلام اختيارا بدون إكراه على تركه[5]، فانه يفرق بينه و بين زوجته على أساس مانع الكفر[6].

و لم ينصّ المشرع الجزائري على مانع الردة صراحة و لكن يستشف من المادة 32 قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر كما نص في المادة 138 قانون الأسرة الجزائري على أنه: «**يُمنع من الإرث اللِعان و الرِدّة** »[7] ، حيث أنه إذا لاعن الزوج زوجته و نفى نسب الإبن فإن اللعان يكون مانعا من موانع الإرث.

---

(1) القانون رقم 11/84 ، مرجع سابق

(2) بلحاج العربي ،احكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد ، مرجع سابق ،ص241

(3) الاية 222 من سورة البقرة

(4) بلحاج العربي ، نفس المرجع،ص242

(5) رمضان علي السيد الشرنباصي ،مرجع سابق،ص111

(6) بلحاج العربي ، مرجع سابق،ص242

(7) القانون 11/84 ،مرجع سابق

و بخلاف المرأة المسلمة فإنه يجوز للرجل المسلم أن يتزوج بالكتابية المؤمنة بكتاب مُنزَّل (كاليهودية أو النصرانية) [1] لقوله تعالى «وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ أُو۟لَٰٓئِكَ يَدْعُونَ إِلَى ٱلنَّارِ ۖ وَٱللَّهُ يَدْعُوٓا۟ إِلَى ٱلْجَنَّةِ وَٱلْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِۦ ۖ وَيُبَيِّنُ ءَايَٰتِهِۦ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ﴿٢٢١﴾»[2].

و لم يَنُصّ المشرع الجزائري صراحة على هذا النوع من التحريم في قانون الأسرة الجزائري مما يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية و ذلك حسب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري«**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون ،يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**»[3].

6- الزيادة على القدر المسموح به شرعا:

أباحت الشريعة الإسلامية للرجل أن يتزوج أربع زوجات ليس بينهن قرابة محرميه، و حرمت عليه زواج الخامسة حتى يُطلِّق إحدى زوجاته و تُمضي عدتها سواء أكانت العدة من طلاق رجعي أو بائن[4]، و هذا لقوله تعالى « وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟ ﴿٣﴾ »[5].

---

(1) بلحاج العربي ،مرجع سابق،ص242

(2) الاية 221 من سورة البقرة.

(3) القانون 11/84 ،مرجع سابق

(4) بلحاج العربي ،احكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد ،مرجع سابق، ص 247

(5) الاية 3 من سورة النساء

و قد استدلّ العلماء بهذه الآية على أن يُباح للرجل أن يجمع في عصمته بين أربع نساء و أن يحرم عليه الزيادة عليهنّ[1]، و لقد قيّد الفقه الإسلامي تعدد الزوجات بحصرها في أربع زوجات فقط بشرط العدل بين النساء و القدرة على الإنفاق و حسن المعاشرة ،أما الحكمة في تعدد الزوجات فتظهر في مرض الزوجة بمرض مزمن أو عقم أو في دوافع المصلحة أو الحاجة الطبيعية ،فالتعدّد في التشريع الإسلامي هو علاج و وقاية[2].

موقف المُشرّع الجزائري :

لقد نصّ المشرع الجزائري على أن التعدد هو حالة استثنائية يسمح به عند الضرورة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرّر الشرعي و القدرة على الإنفاق و المساواة بين الزوجات وفقا للمادة 8 من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص على انه «**يُسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرّر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل** »[3]،كما انه يجب إشعار الزوجة الأولى بالرغبة في التزويج عليها و الثانية بأنه متزوج بغيرها ، و أن يأذن له القاضي المختص بالتعدّد و ذلك حسب المادة 8 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة الجزائري على انه:« **يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يُقبِل على الزواج بها و أن يقدِّم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية**»[4].

---

(1) رمضان علي السيد الشرنباصي،مرجع سابق،ص98

(2) بلحاج العربي ،مرجع سابق ،ص248

(3) القانون 11/84 ، مرجع سابق

(4) الأمر 05-02، مرجع سابق .

ثالثا : أثر الزواج بإحدى المحرمات

لقد نصّ المشرع على حكم الزواج بإحدى لمحرمات في نص المادة 34 ق.أ.ج كما يلي :« كل زواج بإحدى المحرمات يُفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء» ، و نستخلص من النص ما يلي :

- فسخ العقد قبل الدخول و بعده .
- ثبوت النسب ، فكل عقد أُبرِم بإحدى المحرمات و تمّ فسخه سيترتب عليه إثبات نسب الحمل أو الولد إلى الزوج [1].
- وجوب الإستبراء : فإذا دخل الرجل بالمرأة و تمّ فسخ العقد بينهما لثبوت المانع وجبت عليه العدة من وقت الفرقة للتأكد من براءة رحمها [2].

الفرع الثالث : اشتمال عقد الزواج على شرط يتنافى و مقتضيات العقد

يقصد بالشرط هو ما يشترطه احد الزوجين على الآخر مما له فيه غرض و يراد به الشروط المقترنة بالإيجاب و القبول[3]، فقد يشترط أحد الزوجين شروطا عند العقد شروطا عند العقد ليحقق لنفسه مصلحة خاصة خوفا من أن الطرف الثاني قد يحرمه من هذه الميزة أو المصلحة التي لم يشترطها ،غير أن إباحة الاشتراط في عقد الزواج ليست على إطلاقها و من هنا كان للفقهاء مجال واسع في بحث تلك الشروط ، و على هذا يمكن تقسيم الشروط المقترنة بعقد الزواج إلى نوعين[4]:

---

(1) عبد العزيز سعد ،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط 3، دار هومة ، الجزائر،1996، د ج ،، ص113

(2) عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ،ط1،دار الخلدونية ،الجزائر،2008ص163

(3) وهبة الزحيلي ،مرجع سابق ،ص52

(4) محمد سمارة ،مرجع سابق ،ص131

شروط صحيحة و شروط غير صحيحة[1].

أولا: الشروط الصحيحة المقترنة بالعقد

1- في الفقه الإسلامي

- **عند الحنفية** : الشرط الصحيح هو الذي يقتضيه العقد ،أو يؤكد مقتضى العقد أو ورد به الشرع أو جرى به عُرف، ولا يتنافى مع أحكام الشرع وجب الوفاء به [2].
- **عند المالكية** : هي شروط جائزة يقتضيها العقد حتى و لو لم تُذكر كشروط كان لابد من القيام بها كحسن المعاشرة و النفقة و المبيت ، و غير ذلك من مقتضيات النكاح[3].

ومن بين الشروط الصحيحة اشتراط الزوجة على الزوج في عقد الزواج التعجيل بصداقها[4]، و كاشتراط الزوج أن يكون له حق الطلاق إذا تعثرت الحياة الزوجية أو اشتراط الزوجة أن يكون أمرها بيدها [5].

- **عند الحنابلة:** الشروط الصحيحة هي التي يقتضيها العقد أو لا يقتضيها العقد و لكن فيها منفعة لأحد العاقدين، و لم يرد في الشرع ما ينهى عنها مادامت لا تُخِلّ بالعقد[6].

2- موقف المشرع الجزائري:

يجوز للزوجين الاشتراط في عقد الزواج مالم تخالف هذه الشروط القانون و الشريعة الإسلامية ،أو ماسّة بالنظام العام فهي مقبولة[7]،و هو ما نصّ عليه المشرع الجزائري صراحة

---

(1) محمد مصطفى شبلي،مرجع سابق ،ص 154

(2) وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ،ص 54

(3) محمد سمارة ، مرجع سابق ،ص 132

(4) العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص200

(5) محمد مصطفى شبلي ،مرجع سابق ، ص155

(6) وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ،ص57

(7) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 206

صراحة في المادة 19 قانون الأسرة الجزائري على أنه :« **للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية،ولاسيما شرط تعدد الزوجات و عمل المرأة،ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون**»[1]،حيث أعطى المشرع كلا الزوجين حقّ أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية[2]،

ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة و هذه الشروط جاءت على سبيل الحصر حسب نص المادة 19 قانون الأسرة السالفة الذكر.

ثانيا: الشروط الغير صحيحة:

و هي الشروط المنافية لمقتضيات العقد ،و تخلّ بمقصود عقد النكاح الأصلي [3]، كاشتراط كاشتراط عدم الوطء أو كان يشترط الزوج على زوجته أن لا ترث منه أو كان تشترط الزوجة أن لا يعدل بينها و بين ضرتها في المبيت ، فهذه الشروط تتنافى مع ما تقتضيه طبيعة عقد الزواج و تخالف أحكام الشرع[4]،فان وقع هذا الشرط بطل عقد الزواج،و هذا ما سنوضحه كالآتي :

1- الشروط الباطلة و الفاسدة في الفقه الإسلامي:

لقد اختلف فقهاء المذاهب الأربعة بشأن الشروط الباطلة و الفاسد التي تبطل العقد ، فالبعض يرى انه إذا اقترن عقد الزواج بشرط فاسد بطُل عقد الزواج و الشرط معا،و البعض

---

(1) القانون رقم 84-11، مرجع سابق

(2) عبد القادر داودي،احكام الاسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري،دار البصائر،الجزائر، د ط ،سنة 2010،ص152

(3) محمد سمارة ،مرجع سابق، ص131

(4) بلحاج العربي ،مرجع سابق ، ص 201

يرى أن اقتران الشرط الفاسد بالعقد يبطل الشرط و يبقى العقد صحيحا،و سنوضح هذا الاختلاف على النحو التالي :

- **عند الحنفية** : إذا اقترن العقد بالشرط الفاسد ،أي لا يلاءم مقتضى العقد أو لا تجيزه أحكام الشرع ، كاشتراط الخيار لأحد الزوجين أو لكل منهما أن يعدل عن الزواج في مدة معينة فيكون العقد صحيح و يبطل الشرط وحده.[1]
- **عند المالكية** : فهي الشروط التي تنافي أو تناقض مقتضى عقد الزواج أو المقصود منه ، كأن تشترط الزوجة على أن يكون أمرها بيدها أي تطلق نفسها متى شاءت، أو أن لا يعدل بينها و بين ضرتها في المبيت بأن يؤثرها عليها[2]،و حكم هذه الشروط الفاسدة إنها تبطل العقد و يجب فسخه ما لم يدخل الرجل بالمرأة ،فان دخل بها مضى العقد و أُلغي الشرط [3].
- **عند الشافعية:** أما الشروط الفاسدة المقترنة بعقد الزواج فهي التي تخالف مقتضى عقد الزواج كشرط ألا يتزوج عليها أو ألا نفقة لها أو ألا يسافر بها أو ألا ينقلها من بلدها و حكمها أن الزواج صحيح و يفسد الشرط لأنه يخالف لمقتضى العقد.
- **عند الحنابلة** : و يفرقون بين نوعين من الشروط:

---

(1) وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 54

(2) توفيق شندارلي ،عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ و التصحيح ،دراسة مقارنة ،مذكرة ماجيستير ،2014-2015، ص91

(3) وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ،ص56

- الشروط التي تنافي مقتضى العقد كاشتراط الزوج ألا يدفع لزوجته مهرا ، أو ألا ينفق عليها ، أو تشترط الزوجة على زوجها ألاّ يطأها، أو يقسم لها أكثر من ضرتها[1] ، فهذه الشروط كلها باطلة لأنها تنافي مقتضى العقد [2].
- الشروط التي ورد عن الشرع النهي عنها، كاشتراط تأقيت الزواج لمدة معينة و هو نكاح المتعة ،أو تزوج الرجل بامرأة على شرط تحليلها لمطلقها ثلاثا، و حكمه أن الشرط فاسد و العقد صحيح [3].

- **المذهب الجعفري:** فالشرط الباطل هو المنافي لمقتضى العقد و طبيعته كاشتراط المرأة ألا يمسّها و تكون كالأجنبية أو ألا يتزوج عليها أو لا يطلقها، و حكم هذا الشرط انه يبطل وحده و يصح العقد[4].

2- موقف المشرّع الجـزائـــري:

لقد أدرج المشرع الجزائري موضوع الشروط الباطلة أو الفاسدة في فصل النكاح الفاسد و الباطل في مادتين مختلفتين و منفصلتين[5]، حيث نصّت المادة 32 قانون الأسرة الجزائري على أنه:« **يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد»**[6]،حيث تأثّر بالحنابلة الذين قالوا ببطلان الشرط و الزواج معا [7].

---

(1) توفيق شندارلي ، مرجع سابق ، ص92

(2) وهبة الزحيلي ،مرجع سابق ،ص58

(3) توفيق شندارلي ،مرجع سابق ،ص92

(4) محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ، ص157

(5) عبد القادر داودي ، مرجع سابق ، ص 153

(6) القانون 84-11 ،مرجع سابق

(7) بلحاج العربي ،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق ، ص 205

ثم عاد في المادة 35 قانون الأسرة الجزائري و التي تنص على أنه :«**إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه، كان ذلك الشرط باطلا و العقد صحيحا**»[1]، ليقرر بطلان الشرط و بقاء العقد صحيحا [2] وفقا للمذهب الحنفي .

و نلاحظ تعارض أو عدم انسجام بين المادة 32 (ق.أ.ج) المعدّلة و المادة 35 في فقرتها الأولى السالفة الذكر فإنه أقرّ لنفس الواقعة (الشرط الذي ينافي العقد) حكمين مختلفين تارة بطلان العقد و تارة أخرى الشرط باطل و العقد صحيح.

المبحث الثاني: تقرير بطلان عقد الزواج و الآثار المترتبة عليه

نظرا لأهمية الزواج في حياة العاقدين و المجتمع ككل ، يتطلب الشرع و القانون توافر أركان أساسية للانعقاد و شروط الصحة، لكن إذا تخلّف ركن من هذه الأركان يكون العقد باطلا، و لا يمكن أن يترتب عليه اثر من آثار الزواج الصحيح بل وجوده كعدمه.

و عليه سوف نوضح مفهوم بطلان عقد الزواج في الفقه و في قانون الأسرة الجزائري و الآثار المترتبة على هذا البطلان قبل الدخول و بعده.

المطلب الأول: الاختلاف بين فسخ عقد الزواج و بطلانه

يعد كل من الفسخ و البطلان الجزاء المترتب على اشتمال العقد على خلل في أركان العقد و شروطه الأساسية و هو في كلتا الحالتين عقد غير صحيح،إلا أنه ثمّة اختلاف بسيط و يظهر ذلك في السبب الذي يقوم عليه كل من الفسخ و البطلان ، ثم في المحل الذي يرد عليه كل منهما.

---

(1) القانون 84-11 ، مرجع سابق

(2) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 205

الفرع الأول: من حيث السبب

يعتبر كل من البطلان و الفسخ من الجزاءات المقررة على المخالفات التي تصيب العقد،إلّا أنهما يختلفان في الأسباب الموجبة منهما نتيجة الاختلاف في مدى أهمية و خطورة المخالفة على وجود العقد من الناحية الشرعية و القانونية و عليه سنوضح السبب الموجب للفسخ و البطلان كما يلي :

1- فـــي الـفقه الإسلامي

يُرجِع فقهاء الشريعة الإسلامية سبب البطلان إلى مخالفة نظام العقد من ناحية جوهرية لخلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط الصحة[1]، كعدم تطابق القبول مع الإيجاب ،أو أن لا تكون المرأة محلاً للزواج بهذا الرجل ،كأن تكون أخته من الرضاع أو زوجة للغير مع علم المتعاقدين بذلك .

أما فسخ عقد الزواج فأسبابه تتعلق بمخالفة شروط صحته على العموم سواء تعلّق الأمر بمرحلة تكوين العقد كما لو لم يحضره الشاهدين [2]، فينشأ معيبا غير صحيح مما يستوجب فسخه او تعلق الأمر بمرحلة تنفيذ العقد ،كما لو نشأ صحيحا ثُم طرأ عليه طارئ يمنع بقاءه و استمراره فيكون مستحقا للفسخ[3].

---

(1) الزرقا مصطفى ؛المدخل الفقهي العام، ط1 ،دمشق،دار القلم ،1998،ج1

(2)أحمد الغندور ،الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ،ط1 ، الكويت ، مكتبة فلاح ، 1972.ص152

(3) توفيق شندارلي ،عقد الزواج ، مرجع سابق ،ص59

2- في قانون الأسرة الجزائري

لقد سار المشرع الجزائري وفق آراء فقهاء الشريعة الإسلامية باعتبار سبب البطلان هو اختلال في ركن من أركان عقد الزواج الأساسية حسب نص المادة 32 و المادة 33 فقرة أولى قانون الأسرة الجزائري[1]، فكلما كان السبب قوي كان الزواج باطلا[2] .

الفرع الثاني: من حيث المحل

يترتب على اختلاف سبب كل من البطلان و الفسخ اختلاف المحل الذي يرِد عليه كل منهما .

فمحل الفسخ عقد له وجود غير تام في أغلب حالاته،بينما البطلان محله دائما عقد ليس له اي وجود في نظر الشارع و القانون ، و عليه سنوضح المحل الذي يرد عليه الفسخ و البطلان في الفقه الإسلامي أولّا و القانون ثانيا.

1- في الفقه الإسلامي :

ان البطلان يرد دائما على عقد الزواج الباطل[3]،لان العقد منعدم لتخلف ركن من أركانه او شرط من شروط انعقاده ،و بالتالي يكون البطلان تقرير للانعدام و يكون معاصرا لتكوينه.

أما الفسخ فقد يرد على عقد الزواج الصحيح كما قد يرد على غير الصحيح على حدّ سواء،فأحيانا ينشأ العقد مستوفيا لكافة أركانه و شروطه،لكن بعد فترة ما يصيبه عارض يمنع استمراره و بقاءه.

---

(1) القانون 84-11 ، المرجع السابق

(2) العربي بلحاج ، مرجع سابق ،ص 148

(3) وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي و أدلته ،ج 4 ، ص 3154

و أحيانا يرد الفسخ على عقد غير صحيح عند تكوينه بأن توافر للعقد كافة أركانه لكن تخلّف شرط من شروط صحته كتخلّف الصداق أو الشهود.

2- في قانون الأسرة الجـزائـــري

لقد اتفق المشرع الجزائري مع آراء فقهاء الشريعة الإسلامية و اعتبر البطلان محله عقد منعدم لا وجود له ، لتخلف ركن من أركان انعقاد عقد الزواج الأساسية حسب نص المادة 32 قانون الأسرة الجزائري[1]،و هو عقد وُلِد ميتا و لم يكن صحيحا في أي وقت و يلازمه البطلان [2].

الفرع الثالث: من حيث السلطة التقديرية للقاضي

تتفق آراء فقهاء الشريعة الإسلامية أن القاضي لا تمنح له أي سلطة تقديرية في إيقاع الفسخ و البطلان طالما كان السبب يعود إلى عدم احترام أركان العقد الأساسية و شروط صحته،و عليه سوف نوضح مدى تمتع القاضي بالسلطة التقديرية في إيقاع الفسخ دون البطلان لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أولا ثمّ في قانون الأسرة الجزائري ثانيا .

1- لدى فقهاء الشريعة الإسلامية:

إن عقد الزواج الباطل منعدم لا ينتج عنه أي أثر من آثار الزواج الصحيح الذي اشتمل على كل الأركان و الشروط، و نظرا لبطلان العقد فان القاضي لا يتمتع بأي سلطة تقديرية في إيقاع البطلان،بل عليه التأكد من مدى توافر أركان العقد و شروطه فقط،فإذا تأكد من إن العقد اختل فيه ركن من أركان الانعقاد كان له إقرار بالبطلان و يكون حكمه كاشفا له[3].

(1) القانون 84-11، المرجع السابق.

(2) بلحاج العربي ، مرجع سابق ،ص 389

(3) أحمد الغندور ،مرجع سابق ،ص 101

كذلك الأمر ينطبق على الفسخ حيث لا يتمتع القاضي بأي سلطة تقديرية في إيقاعه، و هذه الحالة التي تتعلق بتخلف احد الشروط عند تكوين العقد،كتخلف الشاهدين،فهنا على القاضي التحقق من واقعة عدم حضورهما وقت إبرام العقد ثم ينطق بالفسخ ،و حكمه يكون كاشفا لا منشأ له لأن العقد نشأ نشأة غير صحيحة[1] مثله مثل الباطل،إلا أن هناك حالات يتمتع فيها القاضي بالسلطة التقديرية في إيقاعه.و تنحصر في الحالات التي تتعلق بالمسائل التي تختلف فيها أنظار الناس و تقديراتهم و ذلك حسما لكل نزاع ،و من ذلك مسألة مهر المثل و العيوب عند من يعتبرونها سببا للفسخ[2].

2- في قانون الأسرة الجزائري

لقد ساير المشرع الجزائري ماذا بعدت إليه آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في عدم إعطاء القاضي أي سلطة تقديرية في إيقاع البطلان، فالقاضي لا يجوز أن يحكم ببطلان الزواج لمجرد أنه أبرم بمخالفة حكم من أحكام قانون الأسرة ،بل يلزم لذلك أن يوجد نص خاص يُصرح بوقوع الزواج باطلا [3].

المطلب الثاني : تقرير بطلان عقد الزواج و إجراءات الدعوى:

إن البطلان من الجزاءات المدنية المترتبة على تخلف ركن من أركان عقد الزواج الأساسية للانعقاد ،و هذا البطلان يلحق عقد الزواج مثلما يلحق العقود المدنية مع بعض التفاوت التي تمليه طبيعة مسائل الزواج الخاصة.

---

(1) محمد بلقادحي ،دراسات في أحكام الاسرة ،مقارنة بين الشريعة الإسلامية و غيرها ، د ط ، مكتبة شباب مصر ،القاهرة ،1979،ص186

(2) احمد نصر الجندي ، موسوعة الأحوال الشخصية ،ج1 ، ص329.

(3) العربي بلحاج ، أحكام الزواج ، المرجع السابق ، ص 380.

- و عليه سنتناول في الفرع الأول تقرير بطلان عقد الزواج و في الفرع الثاني إجراءات ممارسة دعوى البطلان و ذلك على النحو التالي :

الفرع الأول: تقرير بطلان عقد الزواج الباطل

إن البطلان هو الجزاء المدني المترتب على تخلف ركن من أركان عقد الزواج الأساسية و لهذا لا يمكن للأفراد توقيعه بأنفسهم بل يكون كقاعدة عامة أمام القضاء عن طريق إتباع إجراءات معنية، و بالرجوع إلى قانون الأسرة نجده لم يتضمن أي نصّ إجرائي في ذلك،كما انه لم يُشِر بتاتا إلى الإحالة إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1].

و هو المعمول به في المحاكم و لو بدون إحالة، و ذلك حسب جاء به العرف في مثل هذه المسائل.

و عليه يمكن طرح التساؤل التالي: من هم الأشخاص الذين لهم الحق بطلب تقرير البطلان؟ و للإجابة على هذا التساؤل سنوضح ذلك كما يلي:

1- **لكل من له مصلحة** : بناء على ما تم تناوله في الدراسة السابقة فالزواج الباطل هو الزواج الغير صحيح الذي لا يترتب عليه أثر من آثار الزواج الصحيح[2] ، فإذا انعقد الزواج باطلا منذ نشأته ثم بعد فترة من الزمن اكتشف أمره كما لو تزوج الشخص بأخته من الرضاع دون علمهما و تمّ الدخول بالخطأ فانه إذا كان الزوجان حسنيّ نية ولا يرغبان في مواصلة الحياة في ظل هذا العقد الباطل،أو أن يكون الغير مما له مصلحة يرغب في بطلانه ، و في هذه الحالة يجوز لأحد الزوجين و لكل واحد من له مصلحة في بطلان

(1) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

(2) بلحاج العربي ،مرجع سابق ،ص 378

عقد الزواج أن يتقدم إلى المحكمة المختصة و يرفع دعوى أمامها يُعرِب فيها عن رغبته في الحكم بالبطلان أو تقرير بطلانه [1].

2- **النيابة العـــامة:** كما يمكن لممثل النيابة العامة أن يقوم بنفس الإجراء لأن البطلان المنصوص عليه في المادة 32 (ق.أ.ج المعدّلة) السالفة الذكر هو من النظام العام[2]، لأن الباطل هو ضد الصحيح و لا يمكن إصلاحه، و من واجب النيابة العامة الحرص عليه [3]، وفقا لنصّ المادة 3 مكرّر قانون الأسرة الجزائري التي تنصّ على أنه «**تُعدّ النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون**»[4] .

3- **المحكمة** : كما يجوز للمحكمة حق إثارته تلقائيا بمجرد تأكدها من توافر احد الأسباب المؤدية للبطلان[5]،كما انه لا يجوز للقاضي أن يحكم ببطلان الزواج لمجرد انه ابرم بمخالفة حكم من أحكام قانون الأسرة ،بل يلزم لذلك أن يوجد نص يصرح بوقوع الزواج باطلا بسبب مخالفة ،و هذا وفقا للقاعدة التي تقضي «**لا بطلان للزواج بغير نص يصرح به**»[6]،و لا بد للقاضي أن يتأكد أن العقد اختل فيه ركن من أركان عقد الزواج.

الفرع الثاني :إجراءات رفع دعوى بطلان عقد الزواج

سنتطرق في هذا الفرع إلى تبيان شروط قبول الدعوى أولا ثمّ الاختصاص ثانيا و ذلك على النحو التالي :

---

(1) عبد العزيز سعد ، إجراءات ممارسة دعاوى الشؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية ، د ط ، دار هومة ، الجزائر،2013 ، د ج ، ص42 – 43.

(2) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 380.

(3) عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ،ص 189

(4) القانون 84-11 ، المرجع السابق

(5) يجوز للقاضي ان يحكم من تلقاء نفسه،المحكمة العليا غ.ق.خ 1966/12/07 م.ج 1968 ،العدد 01،ص139

(6) بلحاج العربي ،احكام الزواج ، مرجع سابق، ص280

أولا: شروط رفع الدعوى : إن الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى سواء تعلق الأمر ببطلان عقد الزواج أو غيرها من الدعاوى المدنية هي ذاتها الشروط المذكورة في المادة 13 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية «**لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة،و له مصلحة قائمة أو محتملة يُقِرها القانون**»[1]، و هي الشروط المتعلقة بالشخص المدعِي و المُدَّعَى عليه.و سنوضحها كالآتي:

1-**الصفة** : بالرغم من التداخل الحاصل بين الصفة و المصلحة و اختلاف الفقه بشأنهما ما إذا كانا متميزين عن بعضهما أو يعتبران شيئا واحدا[2]، إلا أن الراجح فقها هو التمييز بينهما[3]،خصوصا و أن المشرع الجزائري ذكرهما معا في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،و الصفة تعني« **تلك العلاقة المباشرة التي تربط أطراف الدعوى (مدعيا كان أو مدعى عليه) بموضوع النزاع**»[4].

أو هي «**صلاحية الشخص للادعاء بالحق المعتدى عليه، سواء لمصلحته الشخصية المباشرة أو لمصلحة من يقوم مقامه بمقتضى تمثيل قانوني**»[5].

و من خلال هذا يمكن تحديد حالات الصفة و ذلك بالنظر إلى المدعى الذي يكون أصيلا عن نفسه أو ممثلا لغيره :

أ- فقد يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق محل المطالبة ،و في هذه الحالة يكون رافع الدعوى مرتبطا مباشرة بالحق المدعى به،و هنا تجتمع كلا من الصفة و المصلحة في نفس

---

(1) القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

(2) عبد الوهاب بوضرسة، النظرية العامة و الخاصة لقبول الدعوى بين النظرية و التطبيق ، د ط ، دار هومة ،الجزائر ،2005، د ج ،ص141

(3) الطيب زروتي ،الكامل في العرائض القضائية ، ط1 ،مطبعة الفسيلة،الجزائر،2010،د ج ،ص 7

(4) سائح شنقوقة ،شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، د ط ، دار الهدى ،الجزائر،2011، ج1،ص45

(5) سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،د ط ، دار الهدى ،الجزائر،2006، ج1،ص10

الشخص،حيث قضت المحكمة العليا بهذا الخصوص في قرارها الصادر بتاريخ 2006/10/11 على أنه:« **ترفع دعوى الطلاق أو التطليق قبل البناء من طرف الزوجة و ليس من طرف الولي**» [1].

ب- و قد يكون رافع الدعوى ممثلا عن صاحب الحق ،و في هذه الحالة يعطي هذا التمثيل القانوني للممثل صلاحية اتخاذ إجراءات رفع الدعوى و مباشرتها نظرا لاستحالة مباشرة صاحب الحق دعواه شخصيا بسبب عذر مشروع [2]، ومن أمثلة ذلك الولي أو الوصي بالنسبة الى ناقص الأهلية كذلك القيم أو المقدم بالنسبة إلى المحجوز عليه أو المفقود طبقا للمواد 81-87-92-104-111 من قانون الأسرة الجزائري.[3]

أما إذا كان من حقوق الله فالصفة ثابتة لكل مسلم مكلف شرعا و ذلك بالادعاء أمام القضاء بل واجب عليه ذلك رعاية لحق الله تعالى[4]،و ذلك من قبيل الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر المأمور به لقوله تعالى﴿ كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ ﴿١١٠﴾ ﴾ [5] ،و لما كان بطلان عقد الزواج من حقوق الله ،فانه يجوز لكل ذي مصلحة بما في ذلك أحد الزوجين أو كل من له صفة الإدعاء في الموضوع و كذلك يمكن للنيابة بوصفها ممثلة المجتمع الإدعاء ببطلان عقد الزواج بإعتبار أن ذلك من النظام العام حسب المادة 3 مكرّر قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر.

---

(1) انظر: المحكمة العليا ، غ أ ش ،2006/10/11، ملف رقم 369494 ،م م ع ،2007،عدد 02،ص 449

(2) سليمان بارش ، المرجع السابق ، ص10

(3) القانون 84-11 المرجع السابق .

(4) محمد إبراهيم بدارين ،الدعوى بين الفقه و القانون ، د ط، دار الثقافة ،عمان ،2010، د ج ، ص113

(5) الاية 110 من سورة آل عمران

2- **المصلحة** :إن المبدأ المستقر عليه فقها و قضاء هو أنه « لا دعوى بغير مصلحة»،لان المصلحة هي مناط الدعوى بحيث لا يحق لأي أحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم تكن له مصلحة في ذلك[1] ،و تطبق جميع المحاكم هذه القاعدة،و يقصد بالمصلحة «الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من رفعها سواء كانت مادية أو معنوية »[2]، أو هي «المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء»[3]، و حتى تكون المصلحة جديرة بالاعتبار يجب أن تتوافر فيها أوصاف أو شروط و هي :أن تكون المصلحة قانونية و أن تكون قائمة و حالة.

أ- **المصلحة القانونية** : و يقصد بها أن تستند إلى حق أو مركز قانوني يعترف به القانون و يحميه ،كرفع دعوى بطلان العقد لانعدام ركن الرضا، الذي يعترف به القانون و يحميه في حالة الإخلال به، و هو ما نص عليه المشرع في نص المواد 4-9-33 من قانون الأسرة الجزائري[4]، و تطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في هذا الشأن في قرارها الصادر بتاريخ 2001/02/21 بمايلي :« **إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح القانون**»[5].

ب-المصلحة القائمة و الحالة : و يقصد بها أن يكون وقع بالفعل اعتداء على حق المدعي أو المركز القانوني الذي يسعى إلى حمايته،فيتحمل المدعي ضررا حالا نتيجة هذا الاعتداء و بالتالي توجد له مصلحة قائمة و حالة في إصلاح هذا الضرر تبرر اللجوء إلى القضاء،و

---

(1) سليمان بارش ،المرجع السابق ،ص13

(2) الطيب زروتي ،المرجع السابق، ص6

(3) بربارة عبد الرحمن ،شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ط1 ، منشورات البغداوي ، الجزائر،2009 ، د ج ،ص38

(4) المواد 4-9-33 قانون الاسرة الجزائري

(5) انظر : الحكمة العليا ،غ أ ش، 2001/02/21 ،ملف رقم 255711 ،م ق 2002 ،العدد 02 ،ص424

قد توجد مصلحة قائمة و حالة رغم الاعتداء على حق المدعي لم يقع بعد، إذ يهدد هذا الحق خطر محدق يحتمل وقوعه،لأن هذا الخطر المحتمل وقوعه يهدد استقرار المدعي و يبعث الخوف و عدم الاطمئنان في نفسه ،و لذا توجد له مصلحة قائمة و حالة في الوقاية من هذا الضرر المحتمل و إزالة ما يعتريه من خوف و تدخّل القاضي لمنع الضرر أوْلى من تدخله لإصلاح هذا الضرر[1]،و قد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقوله «.. **و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون** »

ثانيا: الاخـتصاص

يعد الاختصاص من المسائل الجوهرية في سير الدعوى القضائية و يقصد به « ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة وفقا لمعايير النوع و الموقع الإقليمي»[2]،و لما كان الاختصاص النوعي و الإقليمي في مجال شؤون الأسرة و هو جزء من الاختصاص العام ،ستتمحور دراستنا حول الاختصاص النوعي و الإقليمي في مسائل شؤون الأسرة مع الإشارة إلى مسألة بطلان عقد الزواج غير الصحيح.

1-الاختصاص النوعي : يقصد به صلاحية الجهة القضائية للنظر في نزاع يدخل ضمن ولاية اختصاصها[3]، و قد وزّع الاختصاص بين مختلف الوحدات القضائية على النحو التالي:

أ- **المحكمة** : يقوم النظام القضائي في الجزائر على وحدة الجهة القضائية أي المحكمة حيث تنظر في جميع القضايا المطروحة أمامها بحسب طبيعة النزاع و تتشكل من أقسام و كذا

---

(1) عثمان التكروري ،الوجيز في شرح قانون المحاكمة الشرعية ، ط1 ،مكتبة الثقافة ،عمان،1997 ، د ج ، ص55-56

(2) بربارة عبد الرحمن ، مرجع السابق ،ص 74

(3) سليمان بارش ، مرجع سابق،ص 67

أقطاب متخصصة ،ولقد حدّد المشرع عدد الأقسام المشكلة للمحكمة و نوعها و ذكرها في نص المادة 32 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تنص على أنه: «**المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام و تتشكل من أقسام**» [1]،أما بالنسبة لقسم شؤون الأسرة فالمادة 423 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تنصّ على أنه :

«**ينظر قسم شؤون الأسرة،على الخصوص في الدعاوى الآتية :**

1-الدعاوى المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع إلى بيت الزوجية و إنحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الأسرة ،

2- دعاوى النفقة و الحضانة و حق الزيارة ،

3-دعاوى إثبات الزواج و النسب ،

4-الدعاوى المتعلقة بالكفالة ،

5-**الدعاوى المتعلقة بالولاية و سقوطها و الحجر و الغياب و الفقدان و التقديم .**»[2]

لقد تضمنت المادة عدة أنواع من الدعاوى أُسنِد الاختصاص له بالفصل فيها، باعتبارها أهم الدعاوى التي يعرفها القضاء، و لكنها لا تمثل كل الدعاوى التي يختص بها هذا القسم، فلقد استعمل المشرع عبارة «على وجه الخصوص» الذي تفيد أن ما ذكره جاء على سبيل المثال[3].

و بناءا على ما تقدم تعتبر دعاوى بطلان عقد الزواج من اختصاص قسم شؤون الأسرة الذي يفصل فيها دون سواه من الأقسام الأخرى .

---

(1) القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق .

(2) القانون 08-09 ، نفس المرجع .

(3) الطيب زروتي،المرجع السابق ،ص23

ب- المجلس القضائي : تنص المادة 34 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه :

« **يختص المجلس القضائي بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى و في جميع المواد ،حتى ولو كان وصفها خاطئا**»[1]، و من خلال قراءة المادة 57 من قانون الأسرة على أنه:« **تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية.**

تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف».

من خلال تحليل المواد سالفة الذكر نجد أن المبدأ العام هو أن المجلس القضائي ينظر في الإستئنافات المقدمة من الأحكام الصادرة عن مختلف المحاكم التابعة له إقليميا،و استثناءا من ذلك توجد ثلاث فئات من الأحكام الصادرة عن قسم شؤون الأسرة لا يجوز الطعن فيها بطريق الاستئناف على مستوى الدرجة الثانية و هي :

- فئة الأحكام الفاصلة في موضوع الطلاق سواء بناء على الرغبة المشتركة للزوجين أو بناء على رغبة الزوج المنفردة.
- فئة الأحكام الفاصلة في موضوع التطليق لسبب من الأسباب الواردة ذكرها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري[2].
- فئة الأحكام الفاصلة في موضوع الطلاق مقابل المال .

و بالرغم من أن المشرع لم يرد نص خاص يتعلق بإجراءات ممارسة دعوى بطلان عقد الزواج ، فإنه يمكن القول أن الأحكام الفاصلة في دعوى بطلان عقد الزواج تكون نهائية ،

---

(1) القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

(2) القانون 84-11 ، المرجع السابق

أي لا تقبل الطعن بطريق الاستئناف أمام المجلس القضائي ما عدى جوانبها المادية من نفقة أو سكن أو متاع البيت أو التعويض في حالة الضرر ، وذلك قياسا على ما ورد في المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري [1].

ت- المحكمة العليا : تنص المادة 349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:« **تكون قابلة للطعن بالنقض ،الأحكام و القرارات الفاصلة في موضوع النزاع و الصادرة في آخر درجة عن المحاكم و المجالس القضائية**»،و بتحليل مضمون نص المادة فإن الأحكام الصادرة في موضوع بطلان عقد الزواج تكون قابلة للطعن بالنقض على مستوى المحكمة العليا في كل ما يتعلق بالجوانب القانونية دون الموضوعية أو المادية.

و تجدر الإشارة إلى أن الاختصاص النوعي يتعلق بالنظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و ذلك من خلال المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية«**على أنه عدم الاختصاص النوعي من النظام العام،تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوة**»،لأن المشرّع هو الذي حدّده و ذلك لاعتبارات تخص المصلحة العامة و ليس مصلحة الأشخاص المتقاضين و اعتبار مسألة الاختصاص من النظام العام تترتب عليه النتائج التالية:[2]

- لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص النوعي .

---

(1) القانون 84-11 ، المرجع السابق

(2) سليمان بارش ، مرجع سابق ،ص 80-81

- ينبغي على النيابة العامة إذا كانت طرفا في الدعوى إثارة مسألة الاختصاص متى كان متعلقا بالنظام العام حتى و لو لم يتمسك به الخصوم و تعد النيابة طرفا أصليا في جميع دعاوى شؤون الأسرة حسب نص المادة 3 مكرّر قانون الأسرة الجزائري[1].

2- الاختصاص الإقليمي: يقصد بالاختصاص الإقليمي « توزيع العمل بين المحاكم على أساس جغرافي»[2]، و الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة هو قسم مشتق من الاختصاص الإقليمي العام للمحكمة و التي تعتبر قسم شؤون الأسرة قسم من أقسامها،و هذا ما أكدته المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي ورد فيها إسناد الاختصاص للمحكمة بشكل صريح، حيث أن هذه المادة حددت الاختصاص لقسم شؤون الأسرة بالمحكمة تبعا لطبيعة كل نزاع إما في موطن المدعى عليه أو موطن المدعي أو بناءا على اختيار الطرفين و سنتناول ذكرها على سبيل المثال على النحو التالي:

- المحكمة المختصة في موضوع العدول عن الخطبة: على المدعي التوجه إلى المحكمة المختصة إقليميا و هي محكمة موطن المدّعى عليه و ذلك حسب المادة 426 التي تنص على أنه :« **في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعي عليه**»[3].
- في موضوع إثبات الزواج حيث تنص المادة 426 في فقرتها الثاني على أنه :«**في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعي عليه**»[4].

---

(1) القانون 84-11 المرجع السابق

(2) بربارة عبد الرحمن ،المرجع السابق ،ص 83

(3) القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

(4) القانون 08-09 ،نفس المرجع.

و معنى ذلك انه إذا ادعى أحد الزوجين أن العقد صحيح ثم أراد أن يطلب تسجيله و ذلك من أجل إثباته و الاحتجاج به اتجاه الغير ، و زعم الزوج الآخر أن العقد غير صحيح أو انه غير موجود أصلا، ثم نشأ نزاع بينهما ،فإن لجوء أحدهما إلى المحكمة لإثبات هذا العقد و تسجيله في سجلات الحالة المدنية يتطلب أن يقيم دعوى عادية أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة التي يكون فيها موطن المدّعى عليه.

- في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طلب الترخيص
- في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية .

من خلال نص المادة نصّ المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مع مضمون قانون الأسرة نجد هناك مسائل لم يرد النص على اختصاصها لقسم شؤون الأسرة بالمحكمة، و من بين هذه المسائل الدعاوى المتعلقة ببطلان عقد الزواج أو فسخه.

و منه يمكن طرح التساؤل التالي: ما هي المحكمة المختصة إقليميا في هذه الحالة؟

للإجابة عن هذا التساؤل نكون أمام فرضيتين هما:

- **الفرضية الأولى:** المحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعي عليه باعتبار أن المسألة تتعلق بقيام الزوجية سواء كانت صحيحة أو باطلة أو فاسدة.
- **الفرضية الثانية** : المحكمة المختصة هي محكمة وجود مسكن الزوجية باعتبار ان كل من الطلاق و البطلان و الفساد من أسباب الفرقة الزوجية .

المطلب الثالث: آثار الزواج الباطل في الفقه الإسلامي و القانون:

الأصل في العقد غير الصحيح انه لا يُنتج آثارا ، ولكن خصوصية الزواج جعلت له أحكاما و آثارا في حالة بطلانه بعد الدخول تختلف باختلاف المذاهب الفقهية.

و لقد إتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه لا يترتب على النكاح الباطل أي أثر ما لم يحصل دخول[1]، و لهذا سنبين آثاره في الفقه الإسلامي في الفرع الأول وفي الفرع الثاني سنتناول موقف المشرع الجزائري و ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول:آثاره في الفقه الإسلامي:

إن جمهور الفقهاء يتفق مع الحنفية في أن النكاح الباطل لا يترتب عليه أثر من آثار الزواج الصحيح قبل الدخول الحقيقي ، و لكن الاختلاف في الآثار بعد الدخول، و سنبين رأي الفقهاء كمايلي :

أولا : رأي الحنفية : إن الزواج الباطل هو زواج معدوم[2] لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح، فلا يحل به الدخول بل الدخول فيه معصية.

- يوجِب الحدّ ، إذا كان الفاعل عالما بالحرمة .
- لا يُثبت به مهر ولا نفقه ولا طاعة، ولا يُثبَت به نسب ولا توارث ولا مصاهرة، و يجب عدم التمكين من الدخول بينهما[3].
- لا تجب به العدّة .
- لا يقع فيه طلاق .

---

(1) محمود علي السرطاوي ،شرح قانون الأحوال الشخصية ،ط2 ، دار الفكر ،الأردن ،1428هـ -2007، ص 87.

(2) محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ، ص337.

(3) وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق ،ص112.

و إذا دخل الرجل بالمرأة بناءا على هذا العقد كانت المخالطة بينهما حرام ، و يجب الافتراق ، فإذا لم يفترقا فرّق القاضي بينهما نو على كل من يعلم بذلك أن يرفع الأمر إلى القاضي[1]،لأن البطلان مفروض شرعا في سبيل النظام العام و ليس في مصلحة الزوجين .

ثانيا : رأي جمهور الفقهاء :

عند جمهور الفقهاء العقد الباطل و الفاسد لهما نفس المعنى ، فكلاهما لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح قبل الدخول[2]، فحكمهما التحريم ووجوب فسخه في الحال رفعا للمعصية ، فإن تمّ الفسخ فليس للمرأة شيء لأن القاعدة « **كل نكاح فسُخَ قبل الدخول فلا شيء فيه** » ، فليس الفسخ قبل الدخول كالطلاق قبل الدخول في الزواج الصحيح فلا شيء من الصداق .

أما بعد الدخول كالزواج بإحدى المحرمات فحكمه وجوب المهر بالدخول لا بمجرد الخلوة ، و المهر المستحق هو المسمىّ إذا كان مسمىّ[3]،أو مهر مثل إن لم يتم تسميته تسمية صحيحة .

- ثبوت النسب للولد و لم يُعتبر الوطء زنا ، إذا لم يكن الرجل عالما بالتحريم ، فإن كان عالما اعتبر زنا ووجب الحدّ و لا يُثبت النسب .
- ثُبوت حرمة المصاهرة بالدخول بشرط ألا يُعتبر الوطء زنا موجبا للحدّ، فإن اعتبر زنا لا تُثبت به حرمة المصاهرة.

---

(1) محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ، ص338.

(2) شرف الدين الدسوقي ، الدسوقي على الشرح الكبير ، دار إحياء للكتب العربية ،د س ن ، ج3 ،ص54

(3) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ،مرجع سابق ، ج7 ،ص114

- وجوب العدّة إذا دخل الرجل بالمرأة أو إختلى بها خلوة يتمكن فيها من الإتصال الجنسي ، ثم يُفسخ العقد و تبدأ العدّة من وقت الفرقة بينهما بعد الفسخ .

الفرع الثاني: آثاره في قانون الأسرة الجزائري

لقد تأثر المشرع الجزائري بالفقه الإسلامي بأن الزواج الباطل لا يرتّب أي أثر من آثار الزواج الصحيح قبل الدخول[1]، فهو لا يُرتِب إلا أحكاما عرضية بوصفه واقعة مادية تستوجب التنظيم [2].

غير أنه أقر بعض الآثار بعد الدخول و هي كالآتي :

- لا يرتب صداق للزوجة حسب نص المادة 33 ق.أ.ج .
- لا ينشأ للزوج حقّ على زوجته و لا للزوجة على زوجها [3].
- لا توارُث بين الزوجين طبقا لنص المادة 131 ق.أ.ج [4].
- ثبوت النسب رعاية لحقّ الطفل طبقا لنصّ المادة 34 و 40 [5]ق.أ.ج ، و هو بهذا يُسايِر الفقه الإسلامي في ثبوت النسب بعد الدخول .
- إذا فسُخ الزواج الباطل بعد الدخول وجب على المرأة الإستبراء بثلاث حيضات ، أما قبل الدخول فلا يجب عليها لأنها شُرِع لبراءة الرحم من الحمل طبقا لنصّ المادة 34 و58 ق.أ.ج.

---

(1) بلحاج العربي ، احكام الزواج .... ، مرجع سابق ،ص 378

(2) فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ،د ط ،ج1 ،1986، ص168

(3) بلحاج العربي ، مرجع سابق ،379.

(4) أُنظر المادة 131 ق.أ.ج « إذا ثبُت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين »

(5) أُنظر المادة 40 التي تنص على انه : « يُثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة ، أو بكل زواج تمّ فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و 34 من هذا القانون ».

- إذا كان البطلان واضحا قبل الدخول و كان الزوجان سيئا النية أي يعلمان بأن زواجهما مُحرم ،فإن الحدّ يُطبَق عليهما ولا يُثبت نسب للولد لأنه إبن زنا [1].

(1) بلحاج العربي ، أحكام الزواج.... ، ص388

الفصل الثاني

الزواج الفاسد في الفقه الإسلامي

و قانون الأسرة الجزائري

تمهيد:

يُعتبر عقد الزواج من أخطر العقود التي يبرمها الإنسان في حياته ، كونه يمسّ الأسرة بإعتبارها كيان المجتمع و هو كغيره من العقود يتطلب في تكوينه توافر أركان و شروط حتى ينشأ صحيحا .

أما إذا تخلف ركن من أركان إنعقاده كان الزواج باطلا و منعدما لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج لأن وجوده و عدمه سواء، و قد نظّمه المشرّع الجزائري في المواد 35.34.33.32 قانون الأسرة الجزائري.

و من أجل التوضيح أكثر حول الموضوع سنحاول في هذا الفصل التطرق إلى مفهوم الزواج الباطل و بيان حالاته من خلال المبحث الأول و سنتناول في المبحث الثاني تقرير بطلان عقد الزواج و الآثار المترتبة عليه.

تمهيد

عقد الزواج كغيره من العقود الأخرى ، التي تتطلبها الشريعة والقانون عند تكوينها توافر أركان وشروط معينة ،حتى ينشأ عقداً صحيحاً وتترتب عليه آثاره .

لكن إذا تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده كان الزواج باطلا لا يرتب عليه أي أثر سواء قبل الدخول وبعده ،أما إذا توافرت أركانه و شروط انعقاده ولكنه فقد شرطاً من شروط صحته فهنا يكون فاسدا ،فلا يرتب عليه أي أثر قبل الدخول فيستوي في ذلك مع الباطل ،أما بعد الدخول فتترتب عليه بعض الآثار كما سنرى.

وعليه سوف نتناول في هذا الفصل الزواج الفاسد في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الذي قسمناه إلى مبحثين اثنين:

المبحث الأول:تعريف النكاح الفاسد وبيان أسبابه وحالاته في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة

المبحث الثاني:صور النكاح الفاسد وآثاره في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

المبحث الأول: مفهوم الزواج الفاسد وبيان حالاته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

نتناول في هذا المبحث تعريف النكاح الفاسد في قانون الأسرة الجزائري انطلاقا ما بينته المرجعية الفقهية له ،كما نتطرق إلى بيان الحالات والأسباب المؤدية إلى فساد عقد الزواج ،وذلك من خلال مطلبين اثنين.

المطلب الأول:مفهوم النكاح الفاسد في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة

بما أن النكاح الصحيح هو المنعقد الذي استجمع شروط وأركان النكاح ، فالنكاح الفاسد هو الذي فقد شرطا أو ركنا من شروط و أركان النكاح ، وبالتالي نكون أمام نكاح فاسد الذي ينقصه لكي يكون صحيحا صفة من صفات التي يتطلبها الشرع في الأمور التي تدخل في أصل العقد .

نتعرض في هذا المطلب إلى تعريف النكاح الفاسد في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، ثم نبين أهم الآراء الفقهية التي تحدثت عن موضوع النكاح الفاسد وذلك من خلال فرعين أساسيين هما كالآتي.

الفرع الأول: تعريف النكاح الفاسد لغة

1. **تعريفه: لغة:**الفساد في اللغة نقيض الصلاح ، فسَد يفسُد ويفسد فساداً فسودا فهو فاسدا فسيدا[1]و الاستفساد خلاف الاستصلاح مأخوذ من فساد اللحم إذا نتن ولم ينتفع به .

(1) الفيومي أحمد محمد بن علي:المصباح المنير، المكتبة العصرية، بيروت، ط1 ،1417هـ، 1996، ج1 ،ص245

ويمكن تعريف الفساد بأنه تغير الشيء عن الحال السليمة و خروجه عن الاعتدال و الفساد ضد الصلاح: فيقال فسد اللبن مثلا إذا اعتراه تغير حتى أصبح غير صالح[1].

الفرع الثاني:تعريف الزواج الفاسد في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري

أولا:الزواج الفاسد في الشريعة الإسلامية

إن نظرية العقد الفاسد حنفية المنشأ،فالاجتهاد الحنفي هو الذي قررها و أنفرد بها دون الاجتهادات الفقهية الإسلامية الأخرى ،التي تجعل بين البطلان و الصحة مرتبة ثالثة .

وأطلق الفقه الحنفي اصطلاح الفساد على حالة يعتبرون فيها العقد مختلا في بعض نواحيه الفرعية اختلالا يجعله بين الصحة والبطلان ، فالعقد الفاسد في هذا الفقه لا هو بالباطل غير المنعقد وذلك أن الخلل لم يمس ناحية جوهرية كما في حالة العقد الباطل ،ولا هو بالعقد الصحيح ،و ذلك لأن فيه اختلالا مس ناحية فرعية غير جوهرية ، فالعقد الفاسد عقد موجود حسا و شرعا بوجود العاقدين اللذين هما أهلا للعقد ، ووجود المعقود عليه القابل له ،ولكنه جاء على نحو أو صفة لا يقرها الشارع بل ينهى عنها ،فهو قد وافق العقد الصحيح بسلامة أصله ،و خالفه بوجود هذا الوصف المنهي عنه شرعا ،فيكون لذلك بين الصحيح و الباطل من العقود .

وعليه فالعقد الفاسد بخلاف العقد الباطل ،يستجمع شروط انعقاده،أو بعبارة أخرى يستحوذ على ما يدخل في أصل العقد ،ولكنه ينقصه لكي يكون صحيحا ،صفة من الصفات أو وصف من الأوصاف التي يتطلبها الشرع في الأمور التي تدخل في أصل العقد و التي تعود إلى التراضي و المعقود عليه[2].

---

(1)بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 288

(2) محمد سعيد جعفور ، نظريات في صحة العقد و بطلانه في القانون المدني و الفقه الإسلامي ، دار هومة للطباعة و النشر ، ص 103-118.

فالعقد الفاسد عند الحنفية هو الزواج الذي فقد شرطا من شروط الصحة ،كالزواج بغير شهود و الزواج بمن تحرم عليه وهو يجهل هذه الحرمة ثم علم بها بعد الدخول [1]أي هو الزواج الذي شرع بأصله دون وصفه [2] من خلال ماسبق يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد تأثر في هذه النقطة بالمذهب الحنفي حيث قسم عقد الزواج غير الصحيح إلى زواج فاسد وباطل ، وهو ماجاء في ماسبق بالنسبة للمرجعية الفقهية ، فالزواج الفاسد ينتهي بالفسخ أو الإبطال ، وهو ماقصده المشرع الجزائري في المواد رقم 32-33-34 من قانون الأسرة ، وعليه فإن أسباب الفسخ في الزواج الفاسد هو كل عقد وجد فيه الإيجاب و القبول ، ولكنه فقد شرط من شروطه الأساسية الواردة في المادة رقم 09 مكرر من قانون الأسرة ، كأن يكون العقد بدون ولي أو بغير شهود أو بدون تسمية الصداق ، فالزواج الفاسد هو الذي يختل فيه شرط من شروط الصحة ،بمعنى الذي توافر فيه سبب من أسباب الفسخ أو البطلان و بين أمره قبل الدخول.

ثانيا: الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري

من خلال المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل ".

يمكن لنا أن نستخلص أن الزواج الفاسد هو كل عقد وجد فيه الإيجاب والقبول أي الرضا ،إلا أنه اختل فيه شرط من شروط الصحة الواردة في المادة 09 مكررمن قانون الأسرة الجزائري ،كالعقد بدون شاهدين أو بدون ولي في حال وجوبه،ومثله الزواج بإحدى المحرمات.

---

[1] عبد العزيز رمضان :أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و القانون المصري ، دار النهضة العربية القاهرة 2007،ص191.

[2] أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 110.

وبالتالي نلاحظ أن المشرع الجزائري قد تأثر بالفقه الإسلامي، باستعماله مصطلحي الباطل والفاسدحيث عنون الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول بالنكاح الفاسد و الباطل، وهو بذلك قد تبنى الرأي الذي يفرق بين الفساد و البطلان.

لكن باعتماده المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية ": أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج[1].

المطلب الثاني: حالات فساد عقد الزواج

نتطرق في هذا المطلب بالشرح والتحليل لنص الماد 09 مكرر و المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري اللتين هما نص في هذا الموضوع كما أننا سوف نتناول بالتفصيل أيضا نص المادة 08 مكرر من قانون الأسرة الجزائري التي أضافت سببا من أسباب فساد عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري و هذا على النحو التالي :

الفرع الأول: حالات الزواج الفاسد المنصوص عليها في نص المادة 09 مكرر و المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري

عددت كل من المادة 09 مكرر و المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري حالات فساد الزواج ،فنصت المادة 09 مكرر "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية أهلية الزواج ،لصداق ،الولي ،شاهدان ،انعدام الموانع الشرعية للزواج[2]

(1) محمد سعيد جعفور ،مرجع سابق،ص 116-118.

(2) قانون رقم 84-11مرجع سابق.

ونصت المادة 33 من قانون الأسرة "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا،إذا تم الزواج بدون شاهدين أو ولي في حالة وجوبه،يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، يثبت بعد الدخول بصداق المثل "[1].

إن المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري حصرت حالات فساد عقد الزواج على تخلف الولي والصداق و الشهود بينما المادة 09 مكرر أضافت سببين آخرين و هما أهلية الزواج و انعدام الموانع الشرعية للزواج.

فهل الأهلية في الزواج و انعدام الموانع الشرعية لهما نفس مرتبة وقيمة الصداق و الولي و الشهود ؟ و هل تخلفهما يؤدي إلى فساد عقد الزواج أم إلى إبطاله ؟

الجواب على هذا السؤال منصوص عليه في المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري التي جاءت صريحة بأنه "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع....."[2].

و المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري التي أكدت أن " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده " وكذا المادة 33 من قانون الأسرة التي نصت على أنه "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا....." وعليه ،وباستقراء نصوص هذه المواد تؤكد أن تخلف أهلية الزواج ووجود مانع من موانع الزواج يؤديان إلى بطلان العقد لا فساده .

و بالتالي فإن المشرع الجزائري قصد بالشروط التي تنص عليها في المادة 09 مكرر "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية "شروط الانعقاد و شروط الصحة ،فشروط الصحة هي الولي و الصداق و الشهود وتخلفها يؤدي إلى فساد عقد الزواج .

---

(1) قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

(2) عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفاس للنشر و التوزيع، ط2، الأردن 1488، 1997م ص 93.

أما أهلية الزواج وانعدام الموانع الشرعية فهي شروط انعقاد و تخلفها يؤدي إلى بطلان العقد كما سنبينه في محله .

وسنتناول بالشرح و التحليل حالات فساد العقد المنصوص عليها في المادة 09 مكرر و المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري.

أولا:أهلية الزواج:إن أهلية الزواج قد تكون تامة وقد تكون غير تامة.

1-**الأهلية التامة:** فهي التي لا يتطلب القانون فيمن يتمتع بها سوى اكمال سن الرشد وهو بلوغ سن 19 سنة والعقل ويقصد به عدم وجود عارض من عوارض الأهلية (الجنون ،العته ،السفه ، والغفلة والتي تؤدي إلى إنقاص أهلية صاحبها أو انعدامها ،أو انعدامها ، و بالتالي مع وجود هذين العنصرين في الشخص فإنه يعد كامل الأهلية وبإمكانه إجراء عقد زواجه بنفسه في أي وقت ودون أن تفرض عليه ولاية.

2-**الأهلية غير التامة:**فقد تكون لمن أكمل الخامسة عشرة من العمر فنكون بصدد زواج ناقص الأهلية، وقد تكون للمريض العقلي فنكون بصدد زواج عديم الأهلية

3- أثر تخلف شرط الأهلية وانعدام الترخيص بالزواج

لم ينص المشرع الجزائري صراحة ولا ضمنا عما يترتب من آثار على مخالفة سن أهلية الزواج ،وعقد أي زواج قبل بلوغ السن المحددة ، وذلك على عكس القانون 63/224 الصادر في 29جوان 1963 الذي تناول هذه المسألة وحدد سن الزواج ب 18 سنة للذكر و16 سنة للأنثى.

ورتب آثار معينة في حالة مخالفة شروط الأهلية أو الترخيص ،حيث جاء فيه مايلي :

المادة 1: "ليس للرجل قبل بلوغه ثماني عشرة سنة كاملة ولا للمرأة قبل بلوغها ستة عشرة سنة كاملة أن يعقد زواجهما ، ومع ذلك فلرئيس المحكمة الكلية أن يمنح بناء على دوافع قوية بعد أخذ رأي مفوض الدولة الإذن بالإعفاء من شرط السن".

المادة 2: "يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية أو القاضي المأذون و الزوجان و ممثلوهما القانونيون ومن أسهم معهم الذين لم يراعو السن بالحبس من خمسة عشر يوما إلى ثلاثة أشهر ، وبغرامة من أربعمائة إلى ألف فرنك جديد ، أو بإحدى هاتين العقوبتين "

المادة3: "يبطل كل زواج لم يحصل فيه دخول تم عقده على خلاف ما تقضي به المادة الأولى، ويجوز الطعن فيه من قبل الزوجين أنفسهما أو من جانب كل ذي مصلحة أو من جانب السلطة العامة،فإن كان قد حصل فيه دخول لم يصح الطعن فيه إلا من جانب الزوج فحسب [1]

المادة 4: ومع هذا فإن الزواج المعقود من زوجين لم يبلغا السن المقررة، أو الذي لم يبلغ فيه أحدهما هذه السن لا يصح الطعن فيه في الحالتين الآتيتين:

أولا: إذا كان الزوجان قد بلغا السن القانونية.

ثانيا: إذا كانت الزوجة لم تبلغ السن وقد حملت ".

وبالمقارنة بين ما ورد في قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 وما جاء في القانون رقم 63/224 يمكن الوصول إلى النتائج الآتية :

أولا تلغى المادة 7من قانون الأسرة حكم المادة 01 من قانون 63/224.

---

(1) محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ،رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية،جامعة باتنة ص 429.

ثانيا: جواز تطبيق أحكام المواد 2،3،4 وذلك لعدم وجود ما يماثلها من الأحكام في قانون الأسرة الحالي ، إضافة إلى عدم وجود نص يلغيها ، إذ تقضي المادة 223 بإلغاء الأحكام المخالفة دون غيرها .

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنه مادام أن قانون الأسرة لم ينص على إلغاء القانون 63/224، ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلا للتطبيق على كل من يخالف سن أهلية الزواج.

غير أن المادة 222 من قانون الأسرة نصت على أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "وبما أن القانون لم ينص على الحكم إذا تم زواج من لم يكمل التاسعة عشرة من عمره ، فإن هذا يقتضي وبحكم القانون الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وليس إلى أحكام القانون 63/224 كما ذهب ذلك الأستاذ عبد العزيز سعد ، لأنه لو كان كذلك لجاء النص بذلك[1]

وعليه فإنه عند مخالفة هذا الشرط القانوني فإن الزواج يرتب جميع آثاره الشرعية قبل الدخول وبعده، من الناحية الشرعية، ومن الناحية القانونية يثبت بحكم قضائي بعد الدخول طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة "في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي "

ثانيا :الزواج بدون صداق

1- **تعريف الصداق:**

أ- **الصداق** في اللغة هو دفع مال المشهر بالرغبة في الزواج أو مهر الزوجة،وجمع صداق أصدقة، و صدق[2].

(1) محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص430.

(2) المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، الطبعةالرابعة، 2004، ص 510.

ب- **الصداق** شرعا هو مال يحسب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع،إما بالتسمية أو بالعقد[1].

ج- الصداق قانونا :هو ما يدفعه نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء و هذا ما جاء في نص المادة 14 من قانون الأسرة ,أي هو المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربونا ورمزا لرغبته في الاقتران بها[2].

2-التكييف القانوني للصداق

اعتبر المشرع الجزائري في تعديله في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الصداق شرطا من شروط صحة عقد الزواج وليس ركنا كما كان عليه في النص الأصلي ،و هذا ما أكدته المادة 15 الفقرة الثانية من نفس القانون بنصها "في حالة عدم تحديد قيمة الصداق , تستحق الزوجة صداق المثل " كما نصت المادة 33 المعدلة الفقرة الثانية على أنه "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه ، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ،ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ".

وهذا وإن جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة ذهبوا إلى عدم اعتبار الصداق لا ركنا و لا شرطا في صحة الزواج ولا نفاذه ولا لزومه و إنما هو واجب على أنه حكم من أحكام الزواج المترتبة عليه بعد تمامه و أثر من آثاره التي تثبت بعده ،ومن هنا يجوز انعقاد الزواج دون ذكر الصداق بمعنى لا يتوقف وجود عقد الزواج ولا صحته شرعا على ذكر المهر فيه بل يثبت الصداق بمجرد العقد الصحيح[3].

---

(1)المعجم الوسيط، مرجع سابق ،ص 511.

(2) عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد لاحكام الزواج و الطلاق ،مرجع سابق، ص 46

(3)عبد الرحمان العدوي، الوسيط في الفقه الإسلامي،أحكام الأسرة،المكتبة الأزهرية للتراث،مصر1996، ص 62

وبالتالي فإن كل من الحنفية و الحنابلة و الشافعية و معظم التشريعات العربية التي أخذت بهذه المذاهب اعتبرت الصداق حكم من أحكام الزواج وليس ركنا ولا شرطا.

ويستدلون على رأيهم هذا أن خلو العقد من المهر لا يؤثر فيه من حيث الصحة و النفاذ و لا من حيث اللزوم و ذلك بقوله تعالى:﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ ۚ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۚ وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ ۚ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِىٓ أَنفُسِكُمْ فَٱحْذَرُوهُ ۚ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴿٢٣٥﴾ ﴾[1]

فهذه الآية تدل دلالة واضحة على صحة الزواج بدون تحديد الصداق ولاتسمية في العقد، في حين نجد المذهب المالكي كيفه على أنه ركن من أركان عقد الزواج وذلك بعدم صحة العقد الذي يتم فيه اشتراط إسقاط المهر ، فعقد الزواج هو عقد معاوضة يفسد بشرط نفي العوض ، كما سبق ذكره أيضا فإن المشرع الجزائري كيف الصداق بأنه ركن من أركان عقد الزواج موافقا بذلك المذهب المالكي ونص صراحة في نص المادة 09 على أن الصداق هو ركن من أركان عقد الزواج و هذا ما كرسته التطبيقات القضائية في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 17 مارس 1998 تحت رقم 188707 "ومتى تبين في قضية الحال أن المستأنفة أتت بشهود مبينين في شهاداتهم أركان عقد الزواج من ولي وشهود وصداق[2].

3-مقدار الصداق

المشرع الجزائري لم يجعل للصداق حدا أدنى ولا أعلى هذا ما نصت عليه المادة 14 من قانون الأسرة التي جاءت مطلقة في هذا الشأن و هذا ما ذهب إليه فقهاء الشافعية و

[1] الآية 235 سورة البقرة.

[2] عبد الرحمان العدوي،مرجع سابق، ص 61.

الحنابلة ،و هذا الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري يتماشى و روح التشريع في التسيير ورفع الحرج[1].

4-أنواع الصداق

ينقسم الصداق من حيث الأنواع إلى قسمين مهر مسمى وهو ما سمي في العقد أو بعده بالتراضي بين الزوجين [2]ومهر غير مسمى فهو مهر المثل[3]

5- حالات الصداق

نصت المادة 15 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري على أنه "**يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل** ".

يتضح من خلال نص المادة بأن تحديد الصداق في العقد يكون إما أن يكون الصداق مؤجلا و هو أن يتفقا طرفا العقد أن يؤجل الصداق بعد تسميته و تحديد قيمته أو نوعه أثناء إبرام العقد إلى ما بعد الدخول أو إلى تاريخ لاحق و إذا لم يتفق الطرفان على التاريخ فإنه يستحق بعد الطلاق مباشرة أو بعد الوفاة[4].

6- استحقاق الصداق

نص المشرع الجزائري على استحقاق الصداق في الفقرة الثانية من المادة 15 و المادة 16 من قانون الأسرة بحيث نستخلص من المادتين بأن الزوجة تستحق الصداق كاملا بالدخول أو بالوفاة، و لم يفرق المشرع الجزائري بين الوفاة الطبيعية و الوفاة الغير طبيعية.[5]

---

(1) عبد الرحمان العدوي، مرجع سابق، ص 62.

(2) وهبة الزحيلي، مرجع سابق ،ص 266.

(3) مصطفى شلبي ،مرجع سابق ،ص370.

(4) عبد العزيز سعد، مرجع سابق ،ص48 -47.

(5) مصطفى شلبي ، المرجع السابق ،ص 393-394

و في حالة وفاة الزوجة فالقانون الجزائري لم ينص عليها ، هذا لم يفهم من سكوت المشرع أن الزوجة يسقط حقها في المهر إذا لم يدخل زوجها بها قبل وفاتها وذلك استنادا للمادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بحيث أجمع الفقه الإسلامي على أن الزوجة غير المد خول بها لها المهر كاملا بعد وفاتها .

أما إذا أعطى لها جزءا من مهرها و توفيت قبل حصوله على الجزء الثاني فحقها هنا يؤول إلى ورثتها ، وفي حالة إذا كانت وفاتها غير طبيعية كالانتحار أو القتل هنا لا يوجد نص على حكم المهر و لقد تضاربت الآراء إذا قتلت الزوجة نفسها .

بحيث تناول المشرع الجزائري في الفصل الأول الخطبة و الزواج ,ونص المادة التاسعة عن الصداق وعده ركنا بقوله " يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي و شاهدين و صداق " ولو نرجع لمفهوم الركن في الاصطلاح فهو ما يقوم هذا الشيء ولا تتحقق ماهيته إلا به ،لكونه جزءا منه فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء [1] .وباعتماد المشرع على ركنية الصداق استلزم من جهة عدم انعقاد العقد بدونه ،ومن جهة أخرى الفسخ سواء تم الدخول أو لم يتم ،وقد ذهب إلى ما ذهب إليه الفقه المالكي إلا أنه تناقض مع ما سار إليه في هذا الاتجاه عندما نص في المادة 33 بأن " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".

فالناضر لهذه النصوص يرى كأن المشرع لم يرد التأكيد على ركنية الصداق و الاستمرار بل سار إلى ما سار عليه الرأي الثاني من مالكية و غيرهم إذا أن الصداق لا يتوقف عليه العقد بدليل صحته ،و ذلك لصحة نكاح التفويض بالإجماع ، فقالوا إن كان لابد منه فيكون شرطا في صحة النكاح لأن صحته تستلزم أن يتم بصداق حتى أنه إذا لم يذكر عند العقد فلابد من ذكره عند الدخول.

(1) عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء الزواج، دار الفكر العربي، ط1 ،1984، ص 30.

فنجد المشرع بأنه تناقض في ترتيب أحكام الصداق ،لأننا لو نناقش خلفية المواد ، نجده بداءة تشدد لما رآه في سلوك الناس من قتل وتحايل الوازع الديني فأعطى المهر صفة الركنية من جهة[1].

ثم راعى من جهة أخرى ظاهرة تفكك الأسر و تشرد الأولاد و تحطيم ما سعى إليه الزوجان فأقر بصحته و أكد على استمرا يته وبقائه.

لكننا لما ناقشنا المواد قانونيا وجدنا تناقض في صياغة المواد ،إذ أن المشرع باعتباره للصداق ركن من عقد الزواج في المادة 14 على أن الصداق ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء كأن تتنازل عنه مثلا باعتباره حقا خالصا لها ،و هذا مالا يتناسب ومفهوم القواعد العامة لأركان العقود إذ لا يجوز التنازل عنها تحت طائلة البطلان المطلق انعدام العقد و عدم استقامته إلا بتوافر أركان مجتمعة ،إلا أنه جاء في المادة 33 و استدرك الأمر .

ومن هذا كله فالمشرع بنصوصه تلك أراد الجمع بين الآراء فاعتبره ركنا ولكن ذو طبيعة خاصة، ولكن هذا الحكم لا يتماشى مع المقصود من الركن كما سبق و أن بينا ولا ينطبق عليه من حيث الأثر[2].

رأي جمهور الفقهاء

يرى جمهور الفقهاء أن الزوجة تستحق كل المهر لأنه حق للورثة فلا يسقط بفعلها ويرى فريق آخر أنه ليس لها شيء على أساس أن القتل جناية وبهذه الجناية تكون قد فوتت حق الزواج عليها ،أما إذا قتلت زوجها عمدا يرى الشافعية و المالكية أن حقها يسقط وتحرم في هذا من الميراث.

---

(1) بومعزة ليلى، قانون الأسرة بين جدوى التغيير و ضرورة التعديل ، مذكرة نهاية التربص لدى مجلس قضاء عنابة ،الدفعة 10 ، ص 08

(2) نفس المرجع، ص 08.

وتستحق صداق المثل في حالة ما إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه ويثبت بعد الدخول حسب فـ2 من المادة 33 المعدلة من قانون الأسرة، قرر المشرع الجزائري استحقاق الزوجة لصداق المثل متى تم الدخول بها دون صداق.

أما في حالة استحقاق نصف الصداق يكون في حالة الطلاق قبل الدخول و مؤدى ذلك أنه يوجد عقد الزواج صحيح شرعا.[1] لأن الطلاق لا يكون إلا في الزواج الصحيح.

وقد ساير الاجتهاد القضائي ما كرسه القانون و ذلك في عدة أحكام و قرارات صادرة عن كل درجات التقاضي.

7- **حكم تخلف ركن الصداق:** لقد نص قانون الأسرة الجزائري على حالة تخلف شرط الصداق في عقد الزواج في نص المادة 33 منه**(يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.)**

أما في حالة ما إذا لم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول،فإن الفقرة الثانية من المادة 33 قد نصت على الزواج يثبت بصداق المثل[2]، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

بحيث إذا عقد الزواج بدون صداق و علم به من له مصلحة وكان قبل الدخول فسخ العقد لتخلف أحد شروطه،أما بعد الدخول فيثبت بصداق المثل كزواج الشِغار الذي يتم فيه

---

(1) قضت الحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1994/09/24 ملف رقم 246924 من المقرر قانونا أنه تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج و تستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول ، ولما كان ثابت في قضية الحال أي الزوجة طلقت قبل البناء فإن القضاة الموضوع باعتبارهم الطلاق المحكوم به فسخا.
والحكم على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع أنها تستحق نصفه أشارت إليه المجلة القضائية عدد خاص 2001 ص 269.

(2) الإمام الحافظ ابن عبد البر الأندلسي :التمهيد لما في الموطأ من المعاني و الأسامي مرتبا على الأبواب الفقهية للموطأ، ط4 ، ج 11 ، دار الرشيد ، 1928هـ، 2007 م ، ص 83

تزويج الولي موليته لرجل على أن يزوجه الآخر من في ولايته وليس بينهما صداق[1] فحكم هذا الزواج أنه يفسخ قبل الدخول و إن حصل دخول فسخ منه ما كان بدون صداق و ما أعطى فيه صداق لا يفسخ.

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/13/17 حيث قضت بأنه "من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق .ومتى تبين في قضية الحال –أن المستأنفة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج مبينين في شهادتهم لأركان الزواج من ولي وشهود وصداق ،فإن قضت قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون .ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".[2]

ثالثا: الزواج بدون ولي

1-تعريف الولاية

شرعت الولاية في الإسلام حفاظا لحقوق العاجزين عن التصرف بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها و رعاية لمصالحهم و شؤونهم حتى لا تضيع و تهدر ذلك أن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة ومن عجز عن رعاية مصلحته أقام له المشرع من يتولى أمره و يحقق النفع ويدفع عنه الضرر .وعلى هذا الأساس نعرف الولاية كما يلي:

أ- **الولايــة: لغة:** الولاية بفتح الواو و كسرها مصدر فيقال ولي عليه ولاية إذا أمكن أمره وقام به ومن معاني الولي أيضا النصير، ومنه قوله تعالى:﴿ أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ ٱللَّهَ لَهُۥ مُلْكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ ۖ وَمَا لَكُم مِّن دُونِ ٱللَّهِ مِن وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ ﴿١٠٧﴾ ﴾[3].

---

(1) نفس المرجع، ص84

(2)عبد العظيم شرف الدين ،تاريخ التشريع الإسلامي ، منشورات جامعة فاريونس ، بنغازي ، ليبيا ،ط4 ، 1993 ،ص 601

(3) الآية 107من سورة البقرة

ب- الولاية قانونا: هي سلطة شرعية تجعل تصرف الإنسان نافذا شرعا وهي تشمل سلطة التزويج والتربية والتعليم وغيرها من الحقوق الشخصية.

ج- الولاية اصطلاحا:هي سلطة شريعة أو حق شرعي تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة سواء كان موضوع التصرف هو أو يخص من في ولايته ممن عليه سلطة مستمدة من الشارع أو مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة[1].

كما اعتبرها الفقهاء شرطا لصحة عقد الزواج .

2- أنواع الولاية

أ- ولاية الاختيار La contraint facultative

وتسمى ولاية المشاركة وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة فالخيار لها، غير أنه يستحسن أن تستشير وليها، وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد و الأعراف.

و قد اعتبر الإمام أبو زهرة الولاية شرطا للنفاذ وليس شرط للصحة و يقول "يشترط لنفاذ العقد أن يكون الذي يتولى إنشائه له ولاية إنشائه فإذا كان الذي ولى عقد الزواج كاملا الأهلية وعقد لنفسه فعقده صحيح (ولاية الإنشاء بالأصالة)، و كذلك إذا عقد لمن هو في ولايته (الولاية الشرعية) أو من وكله (الوكالة)،و إن لم يكن للعاقد ولاية للإنشاء ، إما لأنه ليس كامل الأهلية أو لأنه كامل الأهلية لكن عقد لغيره من غير إنابة بحكم الشارع أو بتوكيل صاحب الشأن فإن العقد لا يكون نافذا بل يكون موقوفا[2].

---

(1) عيسى حداد،عقد الزواج، دراسة مقارنة ،منشورات جامعية ، باجي مختار ،عنابة ،2006،ص114

(2) الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديزان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية ، بن عكنون ، ط3 ، الجزائر ،2008

ويقصد ولاية الإجبار والاختيار و الوكالة وقد اعتبر الدكتور الغوثي بن ملحة حضور الولي و الشاهدين شروط شكلية ، وليست أركانا في عقد الزواج[1].

ب- ولاية الإجبار: La contrainte matrimoniale

فهي ولاية الأب أو الجد على الفتاة البكر و الصغيرة والمجنون فيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليها ولا يشاركه أحد لعدم توفر في المولى عليها شروط العقل و البلوغ و أهلية الزواج[2].

وقد خالف الإمام أبو حنيفة سائر الفقهاء و قال " أن للمرأة الحق في أن تنفرد باختيار الزوج من غير إشراك وليها ، ولها أن تنشئ عقد زواجها بعباراتها ،ولكن يستحسن أن يتولى ذلك وليها و أن يكون راضيا بحالة الزوج[3] واستدل بقوله تعالى :﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ ٢٣٠﴾[4].

و قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗاۚ وَٱذۡكُرُواْ نِعۡمَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيۡكُم مِّنَ ٱلۡكِتَٰبِ وَٱلۡحِكۡمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٞ ٢٣١﴾[5].

---

(1) الغوثي بن ملحة، مرجع سابق

(2) وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ج7 ، ص 82

(3) د.وهبة الزحيلي،المرجع السابق ، ص 82

(4) سورة البقرة الآية 230

(5) سورة البقرة الآية 231

و قوله تعالى أيضا: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٢٣٢﴾ ﴾[1].

وقوله ﷺ "الأيم أحق بنفسها من وليها ".

فالشريعة أسندت للمرأة البالغة العاقلة العقد، كما قسم الفقهاء الولاية من حيث نفاذ التصرفات إلى نوعين ولاية قاصرة وولاية متعدية.

فالولاية القاصرة هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص به بنفسه وتنفيذ أحكامه، أما الولاية المتعدية فهي قدرة الشخص على إنشاء العقد لغيره، وهي قسمان ولاية على المال وولاية على النفس.

فالولايـة على المال:هي القدرة على إنشاء العقود المالية وتنفيذها،و سلطة التصرف فيا.

أما الولايـــة على النفس:فهي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد[2].

3- ولاية التزويج

أ- زواج المرأة الراشدة

تنص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره "[3].

(1) سورة البقرة الآية 232

(2) محمد السباعي الأحوال الشخصية في الأهلية والوصاية و التركات، المطبعة الجديدة، ط5، دمشق 1978،ص 40.

(3) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص42-42.

نستنتج من نص الفقرة أن المشرع الجزائري لم يفرق كون المرأة بكرا [1] أو ثيبا[2].

كما نرى بأن نص هذه الفقرة قد ساوى بين حضور الأب أو غيره ممن تختاره المرأة لعقد زواجها ، كما أنه لم يبين فيما إذا كان ذلك في حالة عدم وجود الأب أو أحد الأقارب ، أو حتى في حالة وجودهم وسواء امتنعوا عن تزويجها أم لا[3].

ب- إجبار البكر البالغة

المشرع الجزائري لم يعتبر البكر والبلوغ أسباب كافية لجواز أن تعقد المرأة لنفسها، أو يعقد لها أبوها لأن العبرة عنده ببلوغ الزوجة السن القانونية المحددة لأهلية الزواج وهي19 سنة[4].

ج- انفراد المرأة البالغة العاقلة بعقد زواجها

يتخذ المشرع الجزائري موقفا متذبذبا في حكم المرأة التي بلغت السن القانونية لأهلية الزواج بمباشرة عقد زواجها بنفسها[5] فلم يقرر إلغاء إذن الولي صراحة ولم يقرر اشتراطه صراحة ، ويتبين ذلك من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة .

"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".

---

(1)البكر:هي التي تفتض وجمعها أبكار ، و البكر من النساء التي لم يقربها رجل ، أشار إليها ابن منظور ، مرجع سابق ، ج4،ص 334

(2)الثيب:هن النساء التي تزوجن وفارقت زوجها بأي وجه كان بعد أن مسها ، أشار إليه ابن منظور ، نفس المرجع ،ج6 ،ص 525

(3) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص43

(4) مناد وفاء ،المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة والقانون ، مذكرة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، الموسم الجامعي 2014-2015،جامعة محمد خيضر بسكرة ص17.

5- أحمد صقر ، موسوعة الفكر القانوني ،دار الهلال للخدمات الإعلامية ، سنة 2004،الجزائر ،ص84-85

د-حكم تخلف شرط الولي

إذا تخلف شرط الولي وتم الدخول ،يفسخ العقد و تستحق الزوجة صداق المثل على حسب نص المادة 33 المعدلة الفقرة الثانية من قانون الأسرة ، أما إذا تخلف شرط الولي وتم معرفة ذلك قبل الدخول ، فإن الفقرة 2 من المادة 33 قد نصت على أنه يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق.

إذا تخلف شرط الولي ولم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول، فإن الفقرة 2 من المادة 33 قد نصت على أن الزواج يثبت بصداق المثل،ويرتب أثار العقد الصحيح.

بينما جمهور الفقهاء رتب على تخلف الولي عدم صحة العقد و بالتالي يكون العقد باطلا[1]مستدلين بأدلة كثيرة من ذلك حديث عائشة –رضي الله عنها –أن النبي ﷺ قال: "**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ،فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له**"–رواه أحمد ، و أبو داوود ،وابن ماجة .[2]

وحسب ما جاء به المذهب المالكي جعل من الولي ركنا من أركان الزواج ورتب عليه في حال عدم وجود الولي البطلان، ولم يفرق قبل الدخول أو بعده فقد اعتبر الزواج باطلا من الأساس.

(1) أحمد الشامي، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم الشريعة، 2008-2009مصر، ص أ.

(2)عوض بن رجاء العوفي ،الولاية في النكاح ،مكتبة الملك فهد الوطنية ، ط1 ،2002،ج1 ،السعودية،ص69-70.

أما الحنفية فيرون بأنه إذا زوجت الحرة البالغة العاقلة نفسها بدون إذن وليها سواء كانت ثيبا أو بكرا فزواجها صحيح ونافذ ولازم متى تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل ولا عبرة لرضا أو عدم رضا الولي[1].

الفرع الثاني: حالات الزواج الفاسد المنصوص عليها في المادة 08 مكرر من قانون الأسرة الجزائري

نتناول في هذا الشأن كل من حالات الزواج الفاسد المنصوص عليها في المادة 08 مكرر و08 مكرر 1 من قانون الأسرة الجزائري من خلال تبيان مشروعية التعدد والقيود القانونية الواردة عليه على النحو التالي:

المادة 8 مكرر"**حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق**"

المادة 8 مكرر1 "**فسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في الماد 8 مكرر.**[2]

أولا: مشروعية تعدد الزوجات: تعدد الزوجات أمر مشروع،و قد دل عل مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع.

أ- **من الكتاب** قوله تعالى :﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾﴾[3].

---

(1) محفوظ بن صغير، مرجع سابق ،ص 404

(2) قانون رقم 84-11، مرجع السابق

(3) سورة النساء الآية 03

و قوله أيضا:﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ ۚ وَإِن تُصْلِحُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿١٢٩﴾ ﴾[1]

ب- **من السنة:** روي عن الحارث بن قيس قوله " **أسلمت وعندي ثمان نسوة فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال النبي ﷺ اختر منهن أربعا** " ومن هذا انعقد الإجماع في عصر الصحابة و استمر حتى الآن[2].

ثانيا:القيود القانونية للتعدد

تكمن هذه القيود فيما يلي .

أ- **وجود المبرر الشرعي:** اشترط المشرع الجزائري على الشخص الذي يريد أن يتزوج بأكثر من واحدة أن يتوفر لديه المبرر الشرعي الذي دفعه إلى ذلك[3] وهذا ما نصت عليه المادة 08 من قانون الأسرة التي جاء فيها "يسمح بأكثر من واحدة متى وجد المبرر الشرعي ".

ب- **توفر الشروط ونية العدل:** اشترط المشرع الجزائري لمن يريد التزوج بأكثر من زوجة واحدة توفر الشروط ونية العدل.

ج- القدرة على توفير الشروط الضرورية للحياة: تناول المشرع الجزائري هذه الشروط في نص المادة 08 فقرة الثالثة من قانون الأسرة التي نصت على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية، نلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالشروط الضرورية للحياة.

---

(1) سورة النساء الآية 129.

(2) الحبيب بن الطاهر، لفقه المالكي و أدلته، الجزء الثالث، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان، ط3، 2005، ص 209.

(3) محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ،ص405-406

د- إخبار الزوجة السابقة واللاحقة: اشترط المشرع الجزائري على الزوج الذي يود الزواج بأكثر من واحدة أو أنه متزوج من قبل بالنسبة للزوجة أو الزوجات اللواتي يريد أن يتزوج بهن.

هـ- طلب الترخيص بالزواج من القضاء : قد منح المشرع للزوجتين السابقة و اللاحقة حق طلب التطليق حال التدليس بنص المادة 08 مكرر كما حكم بفسخ الزواج الجديد إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 مكرر بموجب تعديل 2005 التي تنص "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق .[1]

و المادة 08 مكرر جاءت تكملة للمادة 08 وهي مادة جديدة بموجب تعديل 2005 حيث إذا كان الزوج قد أخل بشرط الإخبار الذي تطلبه القانون و أهمله عمدا أو جهلا فإن القانون في مثل هذه الحالة لم يرتب على مخالفة و إغفال أي جزاء ولم يجعل من عقد الزواج بامرأة ثانية دون إخبارها بأنه متزوج مع غيرها و دون إخبار الأول بأنه يرغب في الزواج مع غيرها عقدا باطلا أو فاسدا .

كما حكم المشرع الجزائري بفسخ الزواج الجديد إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 مكرر 1 حيث تنص " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه .

(1) قانون رقم 84-11 ،مرجع سابق.

ثالثا:حكم عدم الحصول على الترخيص بالتعدد

يترتب على عدم الترخيص المسبق للزواج الجديد الفسخ قبل الدخول، وفي حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق[1].

كما حكم المشرع بأنه في حالة ما بعد الدخول فإن المشرع قد سكت عنها و هذا مايؤدي إلى الاعتقاد بأن الزواج الثاني دون رخصة يفسخ قبل الدخول و يثبت بعده و لا تأثير على سلامة العقد بعد الدخول ولا يمكن وصفه بأنه فاسد ولا باطل كما لا يقبل الإدعاء أمام القضاة بفساده أو بطلانه .

من خلال ها ته المواد 08 إلى 08 مكرر 1 أنها لا توقف الزواج العرفي خاصة أنه عند مخالفة هاته المواد لا يوجد جزاء قد يؤدي إلى بطلان الزواج أو فسخه بعد الدخول بالمرأة الثانية .

وبالتالي المرأة الثانية يعتبر زواجها صحيحا و المرأة الأولى حتى و إن أعطاها القانون حق التطليق إلا أنها تجد نفسها مجبرة للبقاء لأنها هي الخاسر الأكبر إذا طلبت التطليق فقط يمكنها رفع دعوى تدليس لعدم إخبارها بالزواج الثاني الذي يتطلب الترخيص من القاضي

خامسا:الزواج بدون شهود

هذه الشهادة تلعب دورا هاما في الشريعة الإسلامية إذ أن عقد الزواج في ظلها لا تتوقف صحته على الرسمية بل تكتفي بإبرامه أمام شاهدين وقد أخذ المشرع بهذا الشرط في نص المادة 09 مكرر المعدلة.

(1) يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة ، دار هومة ، الجزائر ، طبعة 2007 ، ص 29

1-آراء الفقه الإسلامي

أ-موقف الشيعة الجعفرية: يرون أنه لا يشترط في عقد الزواج حضور الشاهدين إذ لو كان هناك أهمية للشهادة في عقد الزواج لذكرها القرآن.

ب-موقف جمهور الفقهاء:

يرى جمهور الفقهاء أن حضور الشاهدان في مجلس العقد شرطا من شروط صحة العقد بحيث لابد أن يحضر عقد الزواج شاهدان رجلان ،لأنه يترتب على عدم حضور الشهود أن يرتاب الناس و يسيئوا الضن إذا رأوا رجلا يتردد على امرأة من غير أن يكون قد أعلن زواجه بها ولذا ورد في الحديث "((لا نكاح إلا بشهود))[1].

غير أن المذهب المالكي قد اشترط حضورهما يوم الدخول لأنها بمثابة الإعلان عن الزواج لذلك لو اتفق شاهدان على الزواج على كتمان الزواج يبطل الزواج.

ج-موقف المشرع الجزائري: المشرع الجزائري اشترط في المادة 9مكرر حضور شاهدان غير أنه جاء في المادة 32/2 المعدلة بعدم قبول أي طلب لإبطال الزواج بعد الدخول ولولم يحضر لهذا العقد الشاهدان ومعناه أن المشرع لم يرتب على فقه الشاهدان البطلان بعد الدخول[2].

د- الشروط التي يجب أن تتوفر في الشاهدين

لم ينص المشرع الجزائري على الشروط في قانون الأسرة ولكن اكتفى بذكر الشهادة في عقد الزواج مما ينبغي الرجوع إلى الشريعة العامة حيث أن المادة 33 من قانون الحالة المدنية تنص "يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 19

(1)10.45 .droid –Tlemcen-over –blog.com

(2) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص26.

سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون تمييز فيما يخص الجنس و يختارون من قبل الأشخاص المعنيين ".

هذا النص يمكن تطبيقه بشأن الشهود في عقد الزواج و ما ورد فيه خاص بشهادات الحالة المدنية وعقد الزواج له طابع خاص و هذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات .

-نلاحظ أن هذا النص لم يميز بين الجنسين في عقد الزواج و هذا عكس ما تراه المحكمة العليا استنادا للفقه الإسلامي.

تتمثل الشروط الواجب توفرها في الشاهدين كما يلي :

-الأهلية و الرشد أي بالغ 19 سنة متمتعا بجميع قواه العقلية.

-أن يكون مسلما إذ لا يجوز شهادة الكافر على المسلم لأن الشهادة بمثابة الولاية.

-يشترط في شهادة الشهود أن يكون ذكرين حسب قرار المحكمة العليا 02/01/1989 أخذت بالمذهب المالكي[1].

وعلى هذا فالشهادة شرط صحة في الدخول و شرط كمال في الانعقاد و الحكمة من اشتراط الإشهاد على الزواج بيان خطورته و أهميته ،و إظهار أمره بين الناس لدفع الظن و التهمة بين الزوجين ،و إثبات حقوق الزوجية ،وتمييز الحلال والحرام[2]،اشترط العلماء في الشهود على العقل ، البلوغ ،الإعلان ،التعدد، الذكورة .

-**الذكورة:** هو شرط عند الجمهور غير الحنفية، فلابد أن يكون الشاهدان رجلين، فلا يصح الزواج بشهادة النساء وحدهن، ولا بشهادة رجل و امرأتين، أما عند الحنفية فتجوز شهادة رجل و امرأتين في عقد الزواج.

[1] 10 :45Droit –telmcen.over-blog.com .

(2) عقلة محمد، نظام في الإسلام، جزء الأول، مكتبة الرسالة الحديثة، الطبعة الثانية، عمان، 1989 ص 334

الحرية، العدالة ، الإسلام ، البصر وهو شرط عند الشافعية دون الجمهور[1].

سماع الشهود كلام العاقدين وفهم المراد منه، شرط عند أكثر الفقهاء فلا يصح شهادة نائمين أو أصمين، لأن الغرض من الشهادة لا يتحقق بأمثالهما[2].

و- حكم تخلف شرط الشهود

لقد نص المشرع على حالة تخلف الإشهاد في عقد الزواج في نص المادة 33 المعدلة من قانون الأسرة ففي حالة تخلف شرط الإشهاد ولم يتم معرفة ذلك قبل الدخول يفسخ العقد و لا تستحق الزوجة الصداق ، أما في حالة ما إذا تخلف شرط الإشهاد ولم يتم معرفة ذلك قبل الدخول يفسخ العقد و لا تستحق الزوجة الصداق ،أما في حالة ما إذا تخلف شرط الإشهاد و لم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول فالزواج يثبت بصداق المثل و يرتب العقد البطلان[3].

ويرتب المالكية على تخلف شرط الإشهاد البطلان بحيث إذا تخلف أثناء الدخول، وبالتالي يجب فسخ عقد الزواج بطلقة بائنة ولا حد ين على الزوجين[4].

فمثلا زواج السر الذي يتم الزواج فيه بدون شهود أو بشهادة رجل و امرأة واحدة، أو أن يعقد العاقدان عقد الزواج ويوصيان بكتمانه عن الناس.

---

(3)وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 76.

(2) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 54.

(3) عبد الرحمان الجزايري الفقه على المذاهب الأربعة ، د ط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،لبنان، سنة 1990 ، ج4، ص 28.

(2)الغرياني الصادق عبد الرحمن ،مدونة الفقه المالكي و أدلته ، مؤسسة الريان ، ط1 ،1423هـ-2002م، ج2 ،ص 537-572.

واتفق أبو حنيفة و الشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح [1]،واختلفو هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد ،و اتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر ، و اختلفوا إذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر أو ليس بسر؟ فقال مالك : هو سر ويفسخ ،وقال أبو حنيفة و الشافعي : ليس بسر ، وسبب اختلافهم أو الإنكار ، فمن قال حكم شرعي قال : هي شرط من شروط الصحة ، ومن قال توثق قال: من شروط التمام ، والأصل في هذا ما روي عن ابن عباس ((لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد)) ولا مخالف له من الصحابة .

نلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يشر إطلاقا إلى الشروط الواجب توفرها في الشاهدين ، و لعله قد ترك الحديث عنها قصدا ، وذلك اعتمادا على ما ورد من شروط في المادة 33 من قانون الحالة المدنية [2] التي تشير إلى أنه يجب أن يكونوا من أقارب الزوجين أم من غيرهما ، ولا فرق بين أن يكونوا رجالا أو نساء، وبين أن يكونوا مسلمين أو غير مسلمين ، و دون أن يتعرض إلى تحديد عدد الشهود الذين يدعون للشهادة .

---

[1] الإمام القاضي ابي الوليد محمد ابن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي الشهير ب"ابن رشد الحفيد، دار الكتب الإسلامية ، ط2 ،سنة 1403هـ-1938م،ج1 ،ص30

[2] – قانون رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية رقم 21 بتاريخ 1970/02/27 ص 274.

المبحث الثاني: صور النكاح الفاسد في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة وبيان آثاره

تختلف صور النكاح الفاسد و تتعدد حسب اختلاف العقد ، فبعض أنواعه تترتب عليه آثار تخصه بمجرد إنشائه و البعض الآخر لا يرتب على العقد أي أثر من آثار الزواج ، إنما يترتب بعض الآثار إذا حدثت علاقة بمقتضى العقد الذي لم يستوفي الشروط الشرعية ، فينظمها الشارع باعتبار أمر قد وقع .

ونعرض في هذا المبحث أهم الآراء الفقهية الناظرة في أنواع النكاح مع إبراز الآثار المتخلفة عنها خاصة بعد الدخول لأن قبل الدخول لا يرتب النكاح الفاسد أي أثر و لهذا ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين .

المطلب الأول: صور النكاح الفاسد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

يمكن الإشارة إلى أن هناك بعض الأنكحة الفاسدة التي لم يشر إليها القانون الجزائري ، وبالتالي لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية و هذا حسب نص المادة رقم 222 من القانون رقم 84/11 كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه غلى أحكام الشريعة الإسلامية [1]ومن هذا المنطلق سوف نتحدث عن أهم صور النكاح الفاسد وهي كالآتي :

الفرع الأول: نكاح المتعة

إن أهم وأعظم حكم النكاح حفظ التناسل عن طريق التكاثر ، ولما كان هذا الهدف لا يتحقق إلا بالعشرة بين الزوجين و التي لابد أن تكون مطلقة المدة باعتبار أن عقد الزواج هو عقد مؤبد لا تنفك عقدته إلا بالطلاق ، فإن أي اشتراط للتأقيت يعرض هذا النكاح إلى الفساد .

[1] القانون رقم 84-11، مرجع سابق.

أولا : تعريف نكاح المتعة.

1- تعريف نكاح المتعة: لغة :متعة تدور حول معنى التلذذ و الانتفاع.

قال في القاموس: المُتعة بضم الميم،و حكى كسرها اسم للمُتَمتِع كالمتاع، و إن تزوج امرأة تتمتع بها أياما ثم تخلي سبيلها، وأن تضم حجا إلى عمرتك[1].

2- تعريف نكاح المتعة فقها :

- **قال القرطبي** : قال أبو عمر :لم يختلف العلماء من السلف و الخلف أن المتعة نكاح إلى أجل لا ميراث فيه ، والفرقة تقع عند انقضاء الأجل من غير طلاق[2].
- **وعرفه الشيخ محمد الحامد** : هو أن ينكح الرجل المرأة بشيء من المال مدة معينة ، ينتهي النكاح بانتهائها من غير طلاق ، وليس فيه وجوب نفقة وسكن ، وعلى المرأة استبراء رحمها بحيضتين ، ولا توارث بينهما إن مات أحدهما قبل انتهاء النكاح [3].

ومن هذين التعريفين نستنتج بأن المتعة تخالف النكاح الشرعي فيمايلي:

- المتعة مؤقتة بزمن بخلاف النكاح الشرعي الأبدي .

- زواج المتعة لا يخلف أثر الميراث بين الزوجين بعكس النكاح الشرعي فإن الزوجة ترث.

- لا طلاق يلحق بالمرأة المتمتع بها، بل تقع الفرقة بانقضاء المدة المتفق عليها عكس الطلاق في الزواج الشرعي.

---

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، مطبعة المؤسسة العربية ،ص 86.

(2)أبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن الكريم ، دار الكتاب العربي ، ط3 ، ص 132

(3) ابن حجر العسقلاني ، المطبعة السلفية بتصحيح محب الدين الخطيب ، ص 05.

– المتمتع بها لا تجب لها النفقة إلا في حدود الإنفاق عكس نفقة الزوجة اللازمة مالم تكن ناشزا.

– الولي و الشهود ليسا شرطا صحة بخلاف النكاح الصحيح.

ثانيا: حكم نكاح المتعة

يتفق الفقهاء على تحريم نكاح المتعة.

1_ الدليل من الكتاب :

قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ۝٦ فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ ۝٧ ﴾[1].

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن من صفات المؤمنين المفلحين أنهم حافظون لفروجهم إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم لا لوم عليهم في ذلك ، و المرأة المستمتع بها في نكاح التأقيت ليست زوجة ولا مملوكة و أما الدليل على كونها غير زوجة ، فهو انتفاء لوازم الزوجية عنها ، كالميراث و العدة و الطلاق و النفقة ، فلو كانت زوجة لورثت و اعتدت ووقع عليها الطلاق ووجبت لها النفقة ،فلما انتفت عنها لوازم الزوجية ، علما أنها ليست بزوجة ، لأن نفي اللازم يقتضي نفي الملزمون بإجماع العقلاء[2].

[1] الآيات 5–6–7 من سورة المؤمنون

[2] محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي ،أصول البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ،مطبعة المدني ، ص 772.

3- الدليل من السنة :

عن الربيع بن سيرة الجهني أن أباه حدثه مع رسول الله ﷺ فقال :"يا أيها الناس إني كنت قد أذنت لكم في الاستمتاع من النساء ، و إن الله حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله و لا تأخذوا مما آتيتموهن شيئ[1].

وقد قال النووي: وفي هذا الحديث التصريح بالمنسوخ و الناسخ في حديث واحد من كامل رسول الله ﷺ كحديث "كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها " وفيه التصريح بتحريم نكاح المتعة إلى يوم القيامة.

ويلاحظ القارئ للفظ الحديث " أذنت لكم في الاستمتاع " إن هذا الإذن قد سبقه تحريما ، أي إنها تكرر نسخها ، لأنه ثبت تحريمها في غزوة خيبر ، فعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر .

وكذلك ماروي عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير أن خولة بنت حكيم دخلت على عمر بن الخطاب فقالت : إن ربيعة بن أمية استمتع بامرأة فحملت منه ، فخرج عمر بن الخطاب فزعا يجر ردائه فقال : هذه المتعة و لو كنت تقدمت فيها لرجمت [2]، فقد كانت المتعة مباحة قبل خيبر لعزوبة بين الناس كانت شديدة ، ونذكر بأن هذا الترخيص إنما كان في أسفارهم في الغزو و عند ضرورتهم و عدم النساء ، و إنما أباحه هنا الرسول ﷺ ، إلا أنه لم يبحه لهم في بيوتهم و لهذا نهاهم عنه غير مرة ، ثم أباحه لهم في أوقات مختلفة حتى حرمها عليهم في آخر أيامه ﷺ ، وذلك في حجة الوداع و كان تحريم تأبيد لا تأقيت .

---

(1) ابن زكريا يحي ابن شرف النووي ، شرح صحيح مسلم ، المطبعة الكدية و مكتبتها ، ص 189.

(2) موطأ الإمام مالك،بتحقيق وتصحيح محمد فؤاد عبد الباقي ، رواية يحي الليثي،دار إحياء الكتب العربية،د ط ، د س ن ، ص 296.

3- الدليل من القانون

بالنسبة للمواد رقم 32.33 من القانون رقم 84/11 و التي مسها التعديل و متعلقة بالنكاح الفاسد و الباطل ، و التعديل الذي مس المادة رقم 32 " **يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد** " فهنا لم يذكر الموانع كلها ، فزواج المتعة باطل لغياب نية التأبيد رغم توفر جميع الأركان و خلوه من الموانع الشرعية .[1]

الفرع الثاني :نكاح الشِغار

إن المهر هو حق من حقوق الزوجة على زوجها،فهو يدفع المال إبانة لشرف عقد الزواج، وقد أمرالله تعالى الأزواج بأن يدفعوا المهر للنساء فقال:﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ٤ ﴾[2].

و لكن ومع أن المهر حق لازم للمرأة وأثر من آثار العقد الصحيح ، إلا أنه ليس شرط صحة ، فلو خلا العقد من ذكر المهر صح ، ووجب لها مهر المثل ، لكن إنكان هناك اتفاق على نفس المهر ، فما الحكم في مثل هذه الحالة ؟ ومن صور هذه المسألة نكاح الشغار الذي نحن بصدد الكلام عليه[3].

أولا : تعريف نكاح الشِغَار

1-تعريفه لغة: الشِغارُ بكسر الشين : أصله في اللغة الرفع ، يقال : شَغَرَ الكلب إذا رفع رجله ليبول .

---

(1) القانون رقم 84/11، مرجع سابق.

(2) الآية 4، سورة النساء

(3) كمال الدين ابن همام ،شرح فتح القديم ،مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، دط ، دس ن، ص86

وفي القاموس :الشِغارُ بكسر الشين،أن يزوج الرجل قريبته رجلا آخر ، على أن يزوجه هذا الآخر قريبته بغير مهر منهما.

زواج الشِغارُ :وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته من رجل على أن يزوجه ابنته أو أخته وكلتاهما بغير مهر[1].

قيل إنما سمي شِغارًا لقبحه ، تشبيها بقبح الكلب حين يرفع رجله ليبول ، أو كأنه قال : لا ترفع رجل بنتي حتى ترفع حتى أرفع رجل بنتك وقيل : هو من شُغور البلد إذ خلا ، لخلوه من الصداق وجهها في كل منهما فهو خال من الصداق و الرفع فيه موجود[2]

2- تعريفه فقها

لقد قسم الفقهاء نكاح الشِغار إلى صورتين :

الأولى : أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الرجل الآخر ابنته، وليس بينهما صداق أو أن يضع كل واحد منهما صداق الأخرى ، و الملحوظ هنا أن العقد خال من الصداق وقد جعل البضع مقابلا للبضع الآخر وليس المقضي بالبطلان هنا هو خلق العقد من تسمية المهر و إنما هو جعل البضع صداقا.[3]

الثانية: أن يشترط كل من الوليين على آخر أن يزوجه وليته ،وعليه فإن المقتضى للنهي هو التعليق و التوفيق ، فكأنه يقول له : لا ينعقد نكاح ابنتي عليك حتى ينعقد نكاح ابنتك علي ، و هذه الصورة هي نوع من الشِغار .

(1) https://www.arabdict.coma23 :20

(2) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ،مرجع سابق ، ص 62.

(3) موطأ الإمام مالك بتحقيق أحمد راتب عمروش ، رواية يحيى الليثي، د س ن ، دط ، ص 153.

و الصورة الكاملة لنكاح الشِغار هي أن قول : زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، على أن يكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى ، ولا يكون مع البضع شيء آخر[1].

ثانيا : حكم نكاح الشِغار

سنتناول حكمه في المذهب الحنفي وفي المذهب المالكي ، فبالرغم من إجماع جميع الفقهاء على ثبوت النهي عن هذا الضرب من الأنكِحة إلا أن الخلاف دار حول كون النهي يقتضي البطلان أو لا يقتضيه ؟.

أ- مذهب الحنفية:

صورة الشِغار عندهم أن يزوج الرجل أخته لآخر على أن يزوجه الآخر أخته أو يزوجه ابنته على أن يزوجه ابنته.

فأساس الشِغار عندهم خلوه من التسمية ، أما إذا وجدت فلا شِغار ،وقالوا في حكمه : العقد صحيح ، لأن النكاح مؤبد أدخل فيه شرطا فاسدا ، حيث أشترط فيه أن بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى ، ولبضع لا يصلح مهرا ، فيبطل ذلك الشرط ويصح عقد الزواج ، ويجب لكل واحدة منهما مهر المثل ، ولا موجب لإبطاله لأنه شرط فاسد اقترن به ، والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة[2].

وحكي عن عطاء و عمر بن دينار و الزهري و الثوري ، أنه يصح و تفسد التسمية ، و يجب مهر المثل لأن الفساد في التسمية ، ويجب مهر المثل ، لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد ، كما لو تزوج شخص وكان مهره حرام كخمر أو خنزير.[3]

---

(1) أبو حامد الغزالي ،إحياء علوم الدين ، ج4 ، ص 163.

(2) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، مرجع سابق، ص 143.

(3) أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قامة ، المعين مطابع سجل العرب ، المطبعة الأولى، 1389 هـ ، بتحقيق عبد الوهاب فايد وعبد القادر أحمد عطاء ، ص 176.

ب- **مذهب المالكية** :يقسم المالكية الشِغار إلى قسمين ولكل ضابطه.

الأول- يسمى وجه الشِغار

الثاني – يسمى صريح الشِغار

وضابط الأول : أن ينكر المهر و الشرط كأن يقول : زوجني أختك بمائة ، وحكم العقد بهذه الصيغة الفساد ، هذا إن وقع على وجه الشرط أي تزويجا مشروطا بتزويج ، أما إذا لم يقع على وجه الشرط بل على وجه المكافأة من غير توقف أحدهما على الآخر ، فذلك جائز، كأن زوجه أخته أو ابنته فكافأه الآخر بمثل ذلك ، من غير أن يفهم توقف أحدهما على الآخر ، و ضابط صريح الشِغار ، و هو أن ينكر المهر وينكر الشرط ، مثاله : زوجني أختك أو ابنتك على أن أزوجك أختي أو ابنتي .

و وجه التسمية للقسم الثاني صريحا، لخلوه من الصداق و هو فاسد أيضا، ويلاحظ هنا أن الفساد عندهم ليس منشأه خلو النكاح من الصداق، ولكن منشأ الفساد وجود شرط في صيغة العقد.

ج- الدليل من القانون :

المادة رقم 33 من القانون رقم 84/11 نصت على أنه " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا " ونجد أن في زواج الشغار رغم أن أركانه موجودة وشروط انعقاده ونفاذه ولزومه موجودة ، لكنه باطل لوجود توافق الإرادتين على إسقاط المهر[1].

(1) القانون رقم 84-11 ،مرجع سابق.

الفرع الثالث: نكاح المحلل

قال تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـٔٗا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ ۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ٢٢٩ ﴾[1].

وقال تعالى أيضا ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ ٢٣٠ ﴾[2].

ومنه نستنتج تحريم المطلقة ثلاثا صريحا في القرآن[3].

أولا : تعريف نكاح المحلل

أ-**تعريفه لغة**:حل العقدة فتحها فإن حلت، و التحليل الزوج،والحليلة:الزوجة، و المحلل في النكاح الذي يتزوج المطلقة ثلاثا حتى تحل للزوج الأول[4].

ب-تعريفه فقها :هو أن يتزوج الرجل المطلقة ثلاثا حتى إذا حلها لمطلقها بعد و طئها طلقها ، وبما أن الأصل في الزواج الصحيح أن يكون قائما على الرغبة من الجانبين للعيش الدائم و تكوين الأسرة ، فتقييده بوقت جعل منه فاسدا .

ولكن الناس فهموا الأمر على غير حقيقته ، فضنوا أن زواج الزوج الثاني ليس مقصودا ، لذاته ، و إنما قصد به تحليل المرأة لزوجها الأول ، فكان ما يحدث كثيرا أن يقع هذا الزواج بقصد التحليل ، أما مجرد النية و القصد عند العقد من غير أن يصدر منهما كلام

---

[1] الآية 229 سورة البقرة.

[2] سورة البقرة الآية رقم 230.

[3] نشوى العلواني،عقد الزواج و الشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد ، دار ابن حزم ،سنة النشر 2003 ، ص 142.

[4] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 250.

يدل على ذلكالقصد ،[1]و أما مع اشتراطه أثناء العقد أو قبله ، كأن يقول لها :تزوجتك على أن أحلك لمطلقك مما جعل الفقهاء يبحثون في هذا العقد من جهة صحته و أنه يحقق التحليل أو

ثانيا :حكم نكاح المحلل

لقد اختلف العلماء حول حكم نكاح المحلل ،فذهب الإمام مالك و أحمد و الزهري و جمهور الصحابة و التابعين أن هذا النكاح باطلا ،أما أبو حنيفة والشافعي يعتبران هذا النكاح صحيح و هناك اختلاف آخر فقال الأوزاغي :أن الزوج الثاني يكون مسيئاً و يصح نكاح[2].

ويرى الظاهرية بأن شرط التحليل إذا لم يذكر في صلب العقد لا يؤثر في العقد ويكون للزوج الخيار إن شاء طلقها أو أمسكها ،فلو طلقها حلت للأول ،أما إذا ورد شرط التحليل في عقد النكاح فيعتبر العقد فاسد ومفسوخ.[3]

فعن جابر بن عبد الله وعن حارث عن علي قال :إن رسول الله ﷺ لعن المُحِل والمُحَلَلْ له [4]

أ-**رأي الحنفية** : فصلوا في المسألة بين ما إذا كان التحليل مجرد نية لم يوجد ما يدل عليها أثناء العقد ، وبين ما إذا كان مشروطا فيه ، فإذا كان منويا فقط صح العقد و أفاد الحل إذا تم على الوجه المرسوم شرعا لعدم وجود ما يؤثر في العقد بالفساد .

رأي المالكية: قالوا: أن تزوج إمرأة ابنتها بنية إحلالها ، أو بنية الإحلال مع نية الإمساك إن أعجبته بأن نوى التحليل إن لم تعجبه و إمساكها إن أعجبته ، فإن نكاحه يفسخ قبل الدخول وبعده ، ولا تحل بوطئه،لانتفاء نية الإمساك للمطلقة المشترطة شرعا في الإحلال

[1] محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 512.

[2] محمد عبد المقصود جاب الله ،الأحوال الشخصية ،المكتبة المصرية ، الإسكندرية ،1999 ، ص 24.

[3] سنن الترميذي ، ج3 ، ط1 ، مطبعة الأندلس ، حمص ، سنة 1966 ،ص27

[4] الكاساني ، المرجع السابق ، ص 513.

،لما خالطها من نية التحليل إن لم تعجبه فلما انتفت نية الإمساك على الدوام المقصود من النكاح ، وجب التفريق بينهما قبل البناء وبعده[1].

وأما لو شرط عليه أن يحلها لزوجها الأول، ووافق على ذلك ظاهرا ونوى إمساكها على التأبيد، فالنكاح صحيح لحصول المقصود منه، وهو الإمساك على الدوام.

فالحاصل أن المالكية يرون أنها لا تحل حتى يتزوجها بالغ زواج رغبة ، لم يقصد به التحليل ، فإن قصده فسخ قبل الدخول وبعده ولم يحل ، ولا أثر لنية المطلق البات التحليل كما لا أثر لنيتها لذلك أنه لا فرق بين أن يذكر شرط التحليل في صلب العقد وقبله ، و إلا وجب الفسخ قبل الدخول وبعده[2].

الرأي المختار:

الصورة الأولى: إذا اشترط عليه في صلب العقد أن يطلقها بعد إصابتها لتحل للأول (لزوجها الأول) فهذه ظاهرة البطلان، و ذلك أنه اشترط في صلب العقد ماينافيه.

الصورة الثانية: وهي فيما إذا حصل التواطؤ على ذلك قبل العقد ولا يذكر لفظا في صلب العقد، ولكنه منوي معلوم.

فهذه أيضا ظاهرة البطلان ، ولأنه نكاح شرط انقطاعه دون غاية ، فشابه بنكاح التأقيت، ولأن الألفاظ بلفظها للمعاني و المقاصد فلا عبرة بالألفاظ ، إذ هي وسائل لها[3].

الصور الثالثة: وهي باطلة أيضا وهي أن ينوي المحلل بقلبه أن يتزوج المرأة البائنة بعد انقضاء عدتها ، وفي نيته أنه متى دخل بها طلقها لتحل لزوجها ،من غير أن تعلم المرأة و لا

[1] وهبة الزحيلي ،ج7،المرجع السابق ، ص 478.

[2] أبي عبد الرحمان أحمد بن شعيب بن علي النسائي ، سنن النسائي ، المطبعة المصرية بالأزهر ،ط1 ، 1338هـ، بشرح جلال الدين السيوطي وحاشيته ، لإمام سندي ، 216.

[3] إبن تيمية ، إقامة الدليل على إبطال التحليل ، ص 198 ضمن الفتاوى .

وليها بذلك ،لأن هذا الإضمار يؤثر في صحة النكاح و يبطله ، لأنه من التحليل الملون صاحبه ، ولأن من شرط النكاح أن يكون نكاح رغبة في الزوجة ، و الدافع هنا هو التحليل.

قال الشوكاني: عند تفسيره لقوله تعالى " فإن طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره " هنا في الآية دليل على أنه لابد و أن يكون ذلك نكاحا شرعيا مقصودا لذاته ، لا نكاحا غير مقصود لذاته ، بل حيلة للتحليل وذريعة إلى ردها إلى الزوج الأول ، فإن ذلك حرام[1].

الصورة الرابعة : وهي إذا شرط عليه الطلاق بعد الإصابة لكنه غير رأيه في نفسه وعقد عليها ، وفي نيته أنه نكاح رغبة فلا ينوي تحليلها لزوجها الأول ، ولا تطليقها بعد الدخول فإن هذا العقد صحيح ، ذلك أنه خلا من نية التحليل وشرطه ، و لأن الزوج هو الذي إليه المفارقة و الإمساك ، فمتى كان الدافع له على النكاح إنما هي الرغبة صحَ، و لأنه لم ينو التحليل ، فلا يقع عليه اللعن ، و يؤكد ذلك قول ابن عمر رضي الله عنه ، " لا،الإنكاح رغبة " لمن سأله لأن يحل امرأة لزوجها دون علم أحد[2].

د- : الدليل من القانون

وقد أشارت المادة رقم 51 من القانون رقم 84/11 إلى الزواج المحلل " لايمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء " وبالتالي فالطلقات الثلاثة المتتالية ، تمنع مراجعة الزوج لزوجته حتى تتزوج زوجا آخر ، على أن لا يكون زواج تحليل للزوج الأول ، و بالتالي فالمشرع الجزائري قد منعه زواج المحلل[3].

[1] محمد بن علي الشوكاني ، فتح القدير ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط3 ، 1383، ص 239.

[2] الكاساني ، المرجع السابق ، ص 223.

[3] القانون رقم 84-11 ،مرجع سابق.

ثالثا: الحكمة من كون المطلقة ثلاثا لا تحل إلا بعد أن تنكح زوجا غيره.

قال أهل التفسير :و الحكمة في ذلك في أنه إذا علم المطلق أنه إذا علم المطلق أنه لا يستطيع مراجعة المطلقة ، إلا بعد أن يفترشها غيره إن طلقها أو مات عنها فإنه يرتدع ، لأنه مما تأباه غيره الرجال و شهامتهم .

و إن الذي يطلق زوجته ثم يشعر بالحاجة إليها ،فيرجعها نادما على طلاقها ، ثم يمقت عشرتها بعد ذلك فيطلقها ، ثم يبدو له و يترجح عنده عدم الاشتياق عنها فيرجعها ثانية ، فإنه يتم له بذلك اختياريا لأن الطلاق الأول ربما جاء عن غير روية تامة ، ومعرفة صحيحة منه بمقدار حاجته إلى امرأته ، و لكن الطلاق الثاني لا يكون كذلك ، لأنه لا يكون إلا بعد الندم على ماكان أولا و الشعور بأنه كان خطأ لذلك قلنا أن الاختيار يتم به ، فإذا هو راجعها بعده كان ذلك ترجيحا لإمساكها على تسريحها ، و يبعد أن يعود إلى ترجيح التسريح بعد أن رآه بالاختيار التام مرجوحا ، فإذا هو عاد وطلق ثلاثة كان ناقص العقل يستحق التأديب ، فلا يستحق أن تجعل المرأة كرة بيده يقذفها متى شاء ، بل تكون الحكمة أن تبين منه ويخرج أمرها من يده [1].

لأنه علم أن لا ثقة بإلتمائها، إقامتها حدود الله تعالى، فإن اتفق بعد ذلك إن تزوجت رجلا آخر عن رغبة ، و اتفق إن طلقها الآخر أو مات عنها ثم رغب فيها الأول واجب أن يتزوج بها ، وقد علم أنها صارت لغيره ورضيت بالعودة إليه ، فإن الرجاء في إلتآمها و إقامتهما حدود الله يكون حينئذ قويا جدا ، و ذلك أحلت له بعد العدة.

الفرع الرابع: الجمع بين المحارم

إن الجمع بين المحارم هو الجمع في النكاح بين امرأتين لو قدرت إحداهما ذكرا حرمت الأخرى، كأن يتزوج رجل امرأة ثم يتزوج أختها، أو عمتها أو خالتها.

[1] محمد رشيد رضا ،تفسير المنار، دار النشر، بيروت، ط 12، ص 20.

أولا: الدليل من القرآن: الأصل في تحريم الجمع بين محرمين في قوله عز وجل: ﴿ وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴿٢٢﴾ ﴾[1]

و بالتالي، فقد حرم الله عز وجل الجمع بين الأختين إلا ما قد سلف قال تعالى :

﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٢٣﴾ ﴾[2]

قد كان منكم في جاهليتكم و كذلك الجمع بين سائر المحارم، و ذلك لأنه إذا كان الجمع بين الأختين حراما خشية أيحاش قلبها بالعداوة بينهما[3].

ثانيا :الدليل من السنة

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ " لا تنكح المرأة على عمتها ولا العمة على بنت أخيها ،ولا المرأة على خالتها ، ولا الخالة على بنت أختها ، و لا تنكح الكبرى" و قال أيضا أبو عيسى حديث ابن عباس و أبي هريرة حديث حسن صحيح و

[1] الآية 22 سورة النساء

[2] الآية 23 سورة النساء

[3] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، مرجع سابق ، ص 86

العمل على هذا عند عامة أهل العلم ، لا نعلم بينهم اختلافا أنه لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأة و عمتها أو خالتها ، فإن نكح امرأة و عمتها أو خالتها أو العمة على ابنة أخيها ، فنكاح الأخرى منهما مفسوخ و به يقول عامة أهل العلم.[1]

وعن جبير بن مطعم رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال " لا يدخل الجنة قاطع رحم " فلذلك منع هذا الجمع حتى و إن رضيت الأولى بنكاح قريبتها ، فإنه لا يحل أيضا لأن الطبع يتغير[2]

ثانيا : الجمع بين المرأة و إحدى محارمها

لا يجوز الجمع بين المرأة وبين عمتها و بينها وبين خالتها ، سواء كانت العمة و الخالة حقيقة أو مجاز ، كعمات أباها و خالاته ، وعمات أمها وخالاتهن و إن علت درجتهن من نسب أو رضاع ، لأن العمة بمنزلة الأم لبنت أخيها و الخالة بمنزلة الأم لبنت أختها ، و تحريم الجمع بين من ذكر موضع اتفاق بين جمهور أهل العلم ، منهم الأئمة الأربعة ، و الشرط عندهم في تحقيق الجمع أن تكون الحرمة ثابتة من الجانبين ، وهو أن يكون كل واحد منهما لو قدرت ذكراً حرمت الأخرى، فإن فرضت الصغرى ذكراً لحرمت العمة أو الخالة و إن فرضت الكبرى ذكرا حرمت عليه البنت لأنها ابنة أخته[3].

ونجد أن هذه القاعدة احتوت على صورتان هما :

أ-**الصورة الأولى** : إذا كان فرض إحداهما يحرم الأخرى دون العكس لو افترضنا أن نبقي الزوج ذكراً للمرأة لأنها زوجة أبيه ، فتحرم ولا يتأتى افتراض العكس فتنعدم هذه الصورة

[1] أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 127.

[2] إبن عيسى محمد بن سورة الترمذي ، سنة الترمذي بتحقيق محمد فؤاد ، 03/424 رقم 1126 ، مطبعة البابي الحلبي الثانية ، ص 220.

[3] الكاساني ، المرجع السابق ، ص 1398 /3.

،وقد روى البيهقي بسنده إلى الشافعي ، قال حدثنا ابن عيينة عن عمر بن دينار أن عبد الله بن صفوان ، جمع بين امرأة رجل من شقيق و ابنته أي من غيرها .[1]

قال البخاري "وجمع عبد الله بن جعفر بين ابنة علي و امرأة علي " ورواه الدار قطي عن قتم مولى ابن عباس قال: تزوج عبد الله بن جعفر ابنة علي و امرأة علي النهشلية[2]

ثانيا : عدم تأتي افتراض الذكورة في الشق الثاني

الجمع بين المرأة و زوجة أبيها ، فإننا لو فرضنا المرأة رجل لما جاز له أن ينكح زوجة أبيه هذا هو الشق الأول ، و الشق الثاني زوجة الأب ، فلا يمكن أن نعتبرها في هذه الخالة زوجة أب و مثل ذلك المرأة و زوجة ابنها، فلو افترضنا أن المرأة ذكر لحرم عليه زوجة إبنه ولا يتأتى افتراض زوجة الابن ذكرا ، لأنه يخرجه عن كونه زوجة ابن، وزفر يرى حرمة الجمع بينهما في هاتين الصورتين لأنه اكتفى من القاعدة في التحقيق بوجود التحريم ،افترضها في شق واحد ، فيحرم الجمع بين المرأة وزوجة أبيها و المرأة وبنت زوجها الأول ونحو ذلك و يرى الآخرون كما سبق جواز الجمع ، لأن عليه منع الجمع بين المحارم هو خشية القطيعة بينهم ،إذا كانت إحداهما ضرة ، و هذا المعنى غير موجود في هذه الصور إذ لا قرابة بين المرأة و زوجة أبيها ، و لا بين المرأة وبين بنت زوجها الأول ، ولا بنت المرأة وبين زوجة الابن.[3]

ونجد من صور الجمع المحرم الجمع بين خالتين و صورتها : أن ينكح كل واحد من الرجلين ابنة الآخر فيولد لكل واحد منهما بنت ، فكل من البنتين خالة للأخرى ، لأنها أخت أبيها .

---

[1] أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، مرجع سابق ، 7/620.

[2] أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري الجعفري ، صحيح البخاري ، المطبعة السلفية بتصريح محب الدين الخطيب ، مع النووي ، ص 9/153.

[3] أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة ،المعني مطابع سجل العرب ، ط1 ، 1389 هـ.

ويحرم الجمع أيضا بين عمتين بأن ينكح كل واحد منهما أم الأخرى ، فيولد لكل واحد منهما بنت فكل من البنتين عمة للأخرى ،لأنها أخت أبيها لأمها و يحرم الجمع بين عمة وخالة[1].

الفرع الخامس : زواج المِسيار

أولا: زواج المِسيار لغة:فالسير الذهاب ،تقول العرب : سار الرجل يسير سيراً و مسيراً، وسياراً و مسيرة و سيرورة ،وتقول : وسار به غيره ، وسيره ، و الإسم السيرة و السيرة : الكثير السير،وتقول :سار القوم يسيرون سيراً و مسيراً إذا امتد بهم اليسر في جهة توجهوا لها .

ثانيا:زواج المسيار شرعا

ظهر هذا النوع من الزواج و انتشر في السنوات الأخيرة ، في بعض المجتمعات و ذلك لرغبة الزوج في إخفاء حقيقة زواجه من ثانية عن زوجته الأولى ، أو بسبب غلاء المهور ،فزواج المسيار مستحدث و يحتاج الأمر في تحديد معناه إلى فترة زمنية حتى يستقر القول في تحديد معناه.[2]

فعرفه الأستاذ أحمد التميمي في بحث أجراه حول هذا الموضوع بأنه : يعقد الرجل وفق هذا الزواج –زواجه على امرأة عقدا شرعيا مستوفي الأركان ، لكن المرأة تتنازل عن السكن و النفقة.

وعرفه الدكتور أحمد الحجي بقوله : إن أهم صورة الدراجة في نظري هي أن يتزوج رجل بالغ عاقل ، امرأة بالغة عاقلة تحِل له شرعاً ، على مهر معلوم بشهود مستوفين لشروط

[1] بتحقيق عبد الوهاب قايد و عبد القادر أحمد عطاء ،07/115.

[2] أبو خليفة فرج العائب ،مجلة العلوم القانونية والشرعية ،طبعة ديسمبر 2015، ص 319.

الشهادة ، على أن لا يبيت عندها ليلاً إلا قليلاً، و أن لا ينفق عليها ، سواء كان ذلك بشرط مذكور في العقد أو بشرط ثابت بالعرف أو بقرائن الأحوال [2].

فهو زواج تتوافر فيه جميع أركان عقد النكاح ، ولكن الزوجة تتنازل عن حقِها في النفقة و المبيت ، و تكتفي بالزيارة في أوقات يتفقان عليها معاً ، ولهذا سمي بزواج المسيار [1].

وبالتالي لابد قبل التطرق إلى موضوع زواج المسيار أن نتعرض في دراستنا إلى مسألة الشرط الجائزة و غير الجائزة في الزواج ، و ماهي الشروط التي يصح أو يفسد بها الزواج ، و قد روى البخاري في إحدى رواياته : " المسلمون على شروطهم ، إلا شرط ليس في كتاب الله ، فهو باطل و إن كان مائة شرط ".

أ – كثرة الفتن تؤدي إلى التحايل على الشرع

إن الله عز وجل خلق لنا من أنفسنا أزواجا لنسكن إليها ، و جعل بيننا و بينهن مودة و رحمة ، جعل هذا النكاح و هذا العقد عقدا مقدسا في الشريعة له شروطه ، وله واجباته و أركانه ، ومع كثرة الشهوات في هذا الزمن و كثرة المغريات و الفتن ، و عم الشر ولم يغض الكثير من الرجال أبصارهم ، فعمت المغريات التي فيها إثارة الفتن ، فوقع الكثير منهم في المحرمات و الكبائر و الزنا ، و انتهاك حرمات الله و حدوده ، فويل لهم من عذاب يوم أليم ، ومن الناس من تحمل الصعاب لأجل الحصول على عقد بأي طريقة كانت ، ليتوصل به إلى وطء المرأة ، فدخل بعضهم في بعض الأنكحة المحرمة ، و بعضهم يذهب إلى أماكن معينة فيها بنات وكاتب أنكحه و شهود ، يتزوج ثم يطلق ، وبعضهم يقول : وهبت نفسها لي فتزوجتها بموافقتها بالأولى و لا شهود ولا مهر.

ثم جاءوا بزواج سموه بزواج المِسيار قالوا فيه إن الرجل يتزوج المرأة فيقيم عندها أو عند أهلها ، و يشترط عليها ألا مبيت و لا نفقة ، أو أنه يأتيها بالنهار دون الليل.[1]

ونحو ذلك فما هو حكم هذا النكاح ؟ و ماحكم الزواج بنية الطلاق الذي يفعله بعضهم إذ ذهب إلى بلاد الغربة، أو إذا سافر سفراً ؟ و ماحكم إخفاء النكاح، لأنه لايريد مشكلة مع الزوجة الأولى [2]؟

قبل الإجابة على هذه التساؤلات لابد من معرفة ما هو الشرط ؟

ب : الشرط لغة و أنواعه .

الشرط لغة هو:الإلزام و الالتزام و ينقسم الشرط إلى قسمين.

1-**شرط شرعي** : وهي تك الشروط التي اشترطها الشارع في العقود و التصرفات ، والعبادات و إقامة الحدود كاشتراط الولي في النكاح .

2-**شرط جعلي** : فهو شرط لم يرد في الشريعة الإسلامية، كما يشترط الواقف شروطا معينة للوقف ، أن يكون الوقف مثلا على طلبة العلم الفقراء، و هي مقيدة بقيود شرعية معينة ،فليس للشخص أن يشترط أي شرط يريده ، بل لابد أن يكون الشرط غير مناف للشريعة لقوله تعالى " و الموفون بعهدهم إذا عاهدوا " سورة البقرة الآية رقم 177 ، وعن عقبة بن عامر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال " إن أحق الشروط أن توفوا، بها ما استحللتم به الفروج رواه البخاري .

[1] أبو القاسم خليفة فرج العائب ،مجلة العلوم القانونية و الشرعية ،كلية التربية بالزراية ،جامعة الزاوية ، ديسمبر 2015، ع 7 ، ص 319- 320

[2] أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة ،المعني مطابع سجل العرب ، ط1 ، 1389 هـ ، بتحقيق عبد الوهاب قايد و عبد القادر أحمد عطاء ،07/115.

و بالتالي فموضوع النكاح له ما يتعلق به من الشروط ، و معلوم أنها إذا كانت شروط شرعية أو جعلية، لا تتعارض مع الشريعة ، فإن الشريعة تقرها ، عن عقبة بن عامر رضي الله عنه ، عن رسول الله ﷺ قال : " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " رواه البخاري لأن هذه الشروط وقعت في مقابل استحلال فرج كان محرما ، فاستحل ذلك الفرج بهذا الشرط ، فإذا كان الشرط شرعيا لا يخرج عن نطاق الشريعة ، فهو من أحق الشروط بالوفاء ، و قد يرد الشرط صريحا في العقد منصوصا عليه ، فيجب اعتباره و العمل به ، كأن تشترط المرأة في عقد النكاح مثلا :ألا يخرجها من بلدها.

3-الشروط العرفية

لا يكون الشرط مذكورا في العقد ، لكنه مما تضمنه العقد أو دل عليه العرف ، و الأعراف تختلف من منطقة إلى أخرى ، و الأعراف التي يعمل بها و التي ينطبق عليها قول العلماء المعروف عرفا كالمشروط شرطا" هي الأعراف الموافقة للشريعة ، أما إذا خالف العرف الشرع ،فلا يلتفت إليه ، و لا يعمل به ، و كانوا في الجاهلية متعارفين على نكاح الشِغار ،و المتعة و الاستبضاع، أمور سارية و منتشرة متعارف عليها بينهم ، لكنها تخالف الشريعة[1].

4- أقسام الشروط في النكاح

الشروط في النكاح تنقسم إلى قسمين صحيحا وفاسدا

أ- الشرط الصحيح في النكاح الصحيح نوعان :

النوع الأول: شرط يقتضيه العقد، كتسليم المرأة نفسها إلى زوجهاو تمكينه من الاستمتاع بها.

[1] http// :www.islam.chrisianitiy.net

النوع الثاني : شرط نفعي معين في العقد، لا يلزم إلا اشتراطه، كأن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها ، أو أن تكمل دراستها و نحو ذلك ، فهذه الشروط لا تشترط مع الشريعة الإسلامية فهي شروط مباحة لقوله تعالى:

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ ١﴾[1]

فلابد على الزوج أن يوفي بوعده حسب ما جاء في العقد.

ب-الشرط الفاسد في النكاح

في هذه القضية سنتحدث عن مسألة توصلنا إلى حكم زواج المسيار ، و غير المسيار و هذا من خلال فقه قضية الشروط .

الشرط الفاسد نوعان :

النوع الأول :ما يفسد بنفسه مع بقاء العقد على صحته ، فالعقد صحيح ، و هو باق و الشرط فاسد،كأن يشترط عليها ألا مهر لها أو أن يرجع عليها بالمهر بعد ذلك ، فيأخذه منها ،أو يشترط عليها أنه لا نفقة لها ، أو أن نفقته عليها أو ألا يطأها بها ، فهذه الشروط ذكر عدد من أهل العلم ، أنها شروط فاسدة ، لكنها لا تفسد العقد ، فالعقد صحيح ، و لكن الشرط فاسد للزوجة أن تطالب بحقها .

النوع الثاني :من الشروط الفاسدة ما يفسد النكاح من أصله ، مع فساده في ذاته فهو فاسد مفسدا لا يصح معه النكاح ، مثل نكاح المتعة ، فإذا قال : زوجتك بنتي شهرا أو أسبوعا أو ساعة ،فهذا الشرط فاسد مفسد للعقد ، و العقد باطل من أساسه ، و المعاشرة زنا

[1] الآية 1 سورة المائدة

حرام ،أو نكاح الشغار ، أو نكاح التحليل ، هذه شروط فاسدة مثل أن يقول : أزوجها لك على أن تطلقها لتحل لزوجها الأول ، ونحو ذلك ، هذه الشروط فاسدة مفسدة للعقد.

و انطلاقا من هذه الفكرة يمكن أن نتعرض إلى حكم المسيار و دليله[1].

ثالثا: حكم نكاح المسيار

من خلال عرضنا إلى جملة من أمثلة عن نكاح المسيار ، مع دليله من الكتاب و السنة سيتبين لنا حكمه.

أ-دليله من الكتاب

قال تعالى:﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ٤﴾ [2]، فإذا اشترط الرجل على امرأته ألا مهر لها ، فإن العقد صحيح و الشرط فاسد باطل ، لأن المهر من حقوق المرأة الثيب يستحقها ، فلا يسقط بنفيه لهذا المهر ، أما إذا طالبته بعد ذلك بمهرها ، وجب عليه أن يعطيها المهر ، و إذا سكتت، أو تنازلت له عنه ، فإن ذلك اشتراط الزوج عند العقد على امرأته ألا ينفق عليها ، فكل هذا داخل في زواج المسيار .

و كذلك فإن من الشروط الفاسدة، نفي التوارث بينهما، كأن يقول لها أشترط عليك أن لا ميراث بيننا فهو شرط فاسد باطل لا يجوز العمل به.

[1] http//www.islam.christianity.net

[2] الآية رقم 04 من سورة النساء.

و قال تعالى:﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ۚ مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴿١٢﴾﴾[1].

فالإرث أثر من آثار النكاح و لابد من إعطائه لصاحبه، و التنازل عنه قبل العقد تنازل عن شيء لأنها لم تستحق الإرث، فإن انعقد العقد صحيح و الشرط باطل، وترث رغما عن كل أوليائه، و يرث منها رغما عن كل ورثتها[2].

ب : دليله من القانون

إن الشرط الفاسد الذي يشترط في العقد ، و المذكور في نص المادة رقم 19 من القانون رقم 84-11 من طرف أحد الزوجين ، فإن كان الشرط محرما فسخ العقد قبل الدخول ، فإن تم الدخول فينصرف الفساد إلى الشرط فاسد و عقد صحيح ، فيصح العقد و يبطل الشرط مثل ماهو موجود في زواج المِسيار .

[1] الآية رقم 12 من سورة النساء

[2] http.//www.islam –christianité .net a 10 :50

وقد أشارت المادة رقم 35 من القانون رقم 84-11 أيضا بالنسبة للشرط الفاسد.

ومنه فساد المهر، كما لو تزوجت المرأة بمهر مجهول أو حرام كما هو في زواج المِسيار ،وحسب نص المادة رقم 14 و المادة رقم 15 من القانون رقم 84-11 فإن العقد يصح بعد الدخول بمهر المثل أو المهر المسمى بشرط أن يضبط كله ،أما قبل الدخول فيفسخ العقد ، و بالتالي إذا توفر سبب من أسباب البطلان أو الفسخ ، و ذلك قبل الدخول .

و في المادة رقم 32 من القانون رقم 84-11 بين لنا المشرع أسباب الفساد باعتبار أن كل عقد اختل منه ركن أو اشتمل على مانع أو شرط منافي ، و يتبين أمره قبل الدخول ، ومن ثم تكون أسباب الفسخ[1].

رابعا:آراء العلماء في حكمه و أرجحها

أ-آراء العلماء في حكم زواج المسيار: قام جدل لم ينته بعد حول شرعية هذا الزواج أو عدم شرعيته ، و اختلف الفقهاء المعاصرون في حكمه ومدى شرعيته ،

وبيان ذلك مايلي :

القول الأول :القائلون بتحريمه ذهب إلى هذا القول عدد من أهل العلم ، منهم الشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، و الأستاذ إبراهيم فاضل ،لأن هذا الزواج يقترن به بعض الشروط التي تخاف مقتضى العقد و مقصودة من سكن ومودة ووجوب عدل ونحو ذلك ، كما يتضمن عقده تنازل المرأة عن حق النفقة وغيرها ، والعقود بمقاصدها لا بصورها ،ولذلك لم يبح الشرع زواج المحلل و إن كانت صورته شرعية ، ولم يبح البيع وقت صلاة الجمعة و إن كانت صورته شرعية ، ولم يبح السلاح وقت الفتنة ، و إن توفرت في العقد الأركان و

[1] القانون رقم 84-11، مرجع سابق.

[2] أبو القاسم خليفة فرج العائب ،مرجع سابق، ص 324

الشروط و غير ذلك ، و إذا نظرنا إلى مقاصد الشريعة في المنع من الصور الماضية و غيرها رأيناها تدرأ مثل هذه المفاسد المترتبة على هذه العقود .

القول الثاني:القائلون بإباحته مع الكراهة أحيانا.ذهب إلى هذا القول الشيخ محمد سيد طنطاوي بأنه لا يرى به باساً، والأستاذة وهبة الزحيلي بأنه صحيح غير مرغوب فيه شرعاً،والشيخ سعود الشريم إمام وخطيب المسجد الحرام بإباحته ولم يحبذه وقال :"هذا الزواج يحقق الإحصان ، لكنه لا يحقق السكن"

المطلب الثاني: أثار النكاح الفاسد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

الفسخ هو الجزاء الذي قرره المشرع الجزائري على العقد الفاسد الذي لم يستوف الشروط التي تجعله صحيحا، كالعقد بدون شاهدين أو بدون صداق أو بدون ولي في حالة وجوبه، يعتبر زواجا فاسدا.

أما ما يترتب عليه من آثار على إبرام عقد الزواج بدون شاهدين أو بدون صداق فإن الفقرة الثانية من المادة رقم 33 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 05/02 تنص على وجوب التفريق بين الزوجين وفسخ عقد زواجهما إذا اكتشف الأمر قبل الدخول ولا أثر له و أما يترتب من آثار على إبرام عقد الزواج مع إحدى المحرمات فإن المادة رقم 34 من قانون الأسرة تنص صراحة على وجوب التفريق بين الزوجين و فسخ عقد زواجهما قبل الدخول ،ولا تنتج عنه أية آثار أخرى ، و بعد الدخول يترتب عليه ثبوت النسب و الاستبراء كما تجب للزوجة نفقة العدة [1]

[1] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 81

وهذا ما سنبينه من خلال ما يلي:

الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج الفاسد في القانون الجزائري

ألحق الشارع الحكيم و القانون الزواج الفاسد بالزواج الصحيح في ثبوت النسب لأن القاعدة أن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد وهذا بموجب المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص " يثبت النسب...وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و 33و34 من هذا القانون ".

أولا: شروط ثبوت النسب من الزواج الفاسد: يتحقق ثبوت النسب في فراش الزوجية في النكاح الفاسد بالدخول الحقيقي ، لذا تحسب مدة الحمل من تاريخ الدخول ،لأنه لو حسبت من تاريخ العقد لكان في هذا ترتيب آثار على العقد الفاسد ، و هو قول جمهور الفقهاء و المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة و بالتالي إذا ولدت المتزوجة زواجا فاسدا لأقل من ستة أشهر من حين الدخول الحقيقي فلا يثبت نسبه من الزوج لأنها ولدته بأقل من أقل مدة للحمل ، فلابد أن تكون حملت به قبل أن تصير زوجة في العقد الفاسد ، أما لو أتت به لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول فإنه يثبت نسبه من الزوج ، أما أقصى فترة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد فإنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين ،فإذا جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من أبيه [1]

[1] محمد سماره ، المرجع السابق ،ص 357.

ثانيا :إثبات النسب عند الحنفية

يرى الأحناف أن الولد إذا ثبت نسبه بالزواج الفاسد فلا يمكن نفيه أصلا ، لأن النفي يستدعي اللعان و هو لا يكون إلا بين زوجين في عقد زواج صحيح استنادا إلى الآية الكريمة الواردة لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٦ ﴾[1]

و هذا معناه أن الفراش الثابت بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بالزواج الصحيح لأن هذا الأخير يمكن نفي النسب به وفقا للشروط الذكورة [2].

ثالثا: إثبات النسب عند الوطء بشبهة

ما يعاب على نص المادة 40 من قانون الأسرة أن المشرع أقر بثبوت النسب بنكاح الشبهة و بكل نكاح فاسد ، و بالتالي المعنى الظاهر أن نكاح الشبهة شيء و النكاح الفاسد شيء آخر و هذا المعنى فاسد و غير صحيح لأن النكاح الفاسد ماهو إلا نوع من أنواع نكاح الشبهة و من هنا نرى أن المشرع اختلطت عليه الأمور إذ كان عليه أن يتكلم عن الوطء بشبهة بدلا من النكاح بشبهة مادام أنه أقر بثبوت النسب بالنكاح الفاسد في النص ذاته و هذا هو المعمول به فقها و عليه فإنه لا مناص إذا من إعادة صياغة المادة 40 من قانون الأسرة بحيث تصبح على النحو التالي "يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالزواج الفاسد و بالوطء بشبهة .."[2]

مثل العقد على امرأة و بعد الدخول تبين أنها من المحرمات و هو مانص عليه المشرع الجزائري في المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري ، و مثال هذا النوع من الشبهات أن يتزوج شخص أمه أو أخته و يدخل بها بناءا على ذلك أو خامسة على أربع في عصمته و

[1] الآية 06 سورة النور

[2] بلحاج العربي،مرجع سابق، ص 195.

فيها يسقط الحد عن الفاعل و إن قال علمت أنها عليا حرام و أما عند أبي يوسف و محمد فإن الحد لازم و لا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة لأن الفعل صار زنا[1]

و بالرجوع إلى القانون الجزائري فإن المشرع اعتبر النكاح بشبهة بسبب من أسباب ثبوت النسب من غير أن يفرق بين شبهة وشبهة بقوله "يثبت النسب بالزواج الصحيح ...وبنكاح الشبهة ..."في نص المادة 40 من قانون الأسرة و بالرجوع إلى نص المواد 40و 42 من قانون الأسرة التي أوجبت مراعاة المدة القانونية في أقل و أقصى مدة الحمل حتى يكون النسب ثابت في نكاح الشبهة و عليه إن خالط الرجل امرأة بشبهة كان الفراش ملحقا بالفراش الصحيح و الذي يعتبر فراش قوي يثبت به النسب من غير توقف على دعوة من الرجل [2]

الفرع الثاني: ثبوت حرمة المصاهرة في الزواج الفاسد

إذ يحرم على الزوج بالزواج الفاسد بعد الدخول أن يتزوج بأصول الزوجة وفروعها كما لا يمكنها هي التزوج بأصول الزوج و فروعه حسب نص المادة 26 من قانون الأسرة.

القانون الجزائري لم يتعرض في مواده إلى قضية ثبوت حرمة المصاهرة من الزواج الفاسد ووطء الشبهة و الزنا أو مقدماته لقد اكتفى المشرع الجزائري بذكر المحرمات بالمصاهرة وهي أصول الزوجة بمجرد العقد عليها ، فروعها أن حصل الدخول بها ، أرامل أو مطلقات أصول الزوج و أن علوا ، أرامل أو مطلقات فروع الزوج و إن نزلوا "

[1] بلحاج العربي ، مرجع السابق ،ص 297

[2] نفس المرجع ، ص 298.

عكس فقهاء الحنفية الذين يرون أن العقد الفاسد يشمل على دخول لا يوجب حرمة المصاهرة [1] فمن عقد على امرأة عقدا فاسدا و لم يدخل بها فلا تحرم عليه أمها، أما الذي يوجب الحرمة فهو الوطء أو الدخول بعقد فاسد أو شبهة[2].

ولما كان الإسلام حريصا على صلة الرحم و تقوية أواصر المودة بين الأقارب ، فقد توخّى في تشريعه تحريم الافتراش الجنسي بين أنواع الأقارب حتى تظل العلاقة تنمو وتزداد على مر الزمن ،ومن هنا كان الأنسب أن يحرم الإسلام الزواج ببعض القريبات و جعله نكاحا فاسدا لذاته ،وجعلهن من المحرمات سواء بالنسب أو الرضاع و كذلك و كذلك بالمصاهرة[3].

الفرع الثالث:ثبوت النفقة في الزواج الفاسد

لقد نص قانون الأسرة الجزائري على نفقة الزوجة إذا دخل بها عقد صحيح أو ادعت ذلك بالبينة الثابتة مادامت في عصمة الرجل في عقد صحيح و كذا إذا كانت مطلقة رجعيا ،إلا أنه لم يتعرض لذكر نفقة الزوجة من الزواج الفاسد قبل الفسخ و بعده .

كما جاء في المادة 74 من قانون الأسرة "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة ".

وقد حدد القانون في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري مستلزمات النفقة الزوجية "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

---

[1] زكرياالبري،مرجع سابق ، ص 199.

[2] عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، ط1 ، 2005، ص 35.

[3] ابن عبد الله الحاكم النيسابوري ،المستدرك الثالث ، مطبعة مكتبة المطبوعات الإسلامية ،ص 233.

كما اتفق جمهور الفقهاء على أن العقد الفاسد لا يوجب للمرأة النفقة على زوجها قبل الدخول بها ، بل ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه لو عقد عليها ثم ظهر فساد العقد أو بطلانه بعد ذلك فإنه له حق الرجوع عليها بما أنفق[1]وذهب المالكية إلى وجوب النفقة بالدخول لكل امرأة مازالت في العصمة أو مطلقة طلاقا رجعيا مادامت في العدة ،و ووجوبها للمرأة حتى ولو لم تكن حاملا لأنهم يربطون النفقة بالاحتباس[2]وعلى هذا فإن الزوجة المعقود عليها بعقد فاسد ، و المدخول بها بشبهة بغير عقد أصلا ،لا تستحق نفقة على زوجها ، لعدم تحقق شرط صحة عقد الزواج .

نلاحظ بأن القانون قد وافق الفقه الإسلامي في وجوب النفقة على الزوج و تكون في ضروريات الحياة وفق ماجرى به العرف و العادة في المجتمع.

وجوب نفقة الزوجة عند الجمهور

يرى جمهور الفقهاء أنه إذا كان العقد فاسدا فلا نفقة على الزوج ، لأن الواجب في حالة فساد العقد فسخه و التفريق بين الزوجين ولا يمكن بذلك اعتبار الزوجة محبوسة لحق الزوج ، لأن النفقة لقاء الاحتباس و التسليم ولا احتباس للزوج على زوجته في العقد الفاسد و الدخول بناء على شبهة ، و إذا تم العقد بين الزوجين ثم تبين أن العقد كان فاسدا كأن يتزوج من امرأة ثم يتبين أنها أخته من الرضاعة فلا نفقة عليه ، فإن أنفق عليها بحكم القاضي جاز له الرجوع بما أنفق عليها.[3]

[1] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 296.

[2]– الغوثي بن ملحة مرجع سابق ، ص 80.

[3]- عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق، ص 383.

الفرع الرابع : ثبوت العدة و الإستبراء في الزواج الفاسد

لم يغفل قانون الأسرة الجزائري قضية عدة المرأة و استبرائها بعد الدخول بها ، فقد نصت المادة 58 من قانون الأسرة على عدة المطلقات فقال " تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء و اليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق " والمادة 59 من قانون الأسرة فقد نصت على عدة المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر و عشرة أيام ، و كذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بالفقدان " أما المادة 60 من قانون الأسرة فنصت عل أنه "عدة الحامل وضع حملها ، و أقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الموت " .

حيث نلاحظ أن القانون الجزائري وافق الشريعة الإسلامية في بيان أنواع العدة و مدتها في خالة ما إذا كان الزواج صحيحا.

أما إذا كان الزواج فاسد فقد نصت المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري أن" كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب ، ووجوب الإستبراء.

نلاحظ أن القانون أوجب حالة الإستبراء دون التفريق بين الدخول و عدمه و هذا خلافا للفقهاء الذين أوجبوا العدة في النكاح الفاسد بعد الدخول .

أولا: دليل مشروعية العدة من القرآن و السنة

الأصل في وجوب العدة و مشروعيتها:الكتاب، و السنة، و الإجماع.

أ – من الكتاب فقوله تعالى:

﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾﴾[1] .

وقوله تعالى:

﴿وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُو۟لَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مِنْ أَمْرِهِۦ يُسْرًا ﴿٤﴾﴾[2]

وقوله تعالى:

﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٢٣٤﴾﴾[3]

ب: من السنة – فحديث المسور بن مخرمة رضي الله عنه " أن سبيعة الأسلمية رضي الله عنها نفست بعد وفاة زوجها بليال ،فجاءت إلى النبي ﷺ ، فاستأذنته أن تنكح ، فأذن لها ، فنكحت " ، وغير ذلكمن الأحاديث .

[1] سورة البقرة الآية 228

[2] سورة الطلاق الآية 4

[3] سورة البقرة 234

ثانيا: الحكمة من مشروعية العدة

الحكمة من ذلك : إستبراء رحم المرأة من الحمل ، لئلا يحصل اختلاط الأنساب ،و أيضا إتاحة الفرصة للزوج المطلق ليراجع نفسه إذا ندم ، و كان طلاقه رجعيا ، و أيضا صيانة حق الحمل إذا كانت المفارقة عن حمل [1].

نستنتج مما سبق على أنه لا يجوز للمرأة أن يطأها غير زوجها و الإيمان بالله يقتضي التسليم لأحكامه و شرعه فهو الحكيم العليم بما يصلح للبشر فقد ندرك الحكمة من الحكم الشرعي و قد لا ندركها كما حذا حذوه المشرع الجزائري في قانون الأسرة .

[1] الفقه الميسر في ضوء الكتاب و السنة، شبكة فقهية.ص275

خاتمة

في هذه الخاتمة تبرز أهم النقاط ،وكافة الاستنتاجات المستخرجة من هذه الدراسة ، في بادئ الأمر نذكر كل من يطلع على هذه المذكرة بقوله تعالى"وما أوتيتم من العلم إلا قليلا ".

إننا عدا الدراسة للموضوع من جانبيه القانوني و الفقهي الإسلامي ، وبعد التحليل و التحول إلى بعض تفاصيله ، و المتعلقة بهذه الجوانب ، يتبين و دون شك أن النكاح الباطل و النكاح الفاسد موضوع واسع ، الأمر الذي ترك المجال مفتوح على مصراعيه ،ليكون لهذا الموضوع حظا من اهتمام دراسي بالنسبة للفقه و القانون ، ولعل هذا الأمر الذي جعلنا نقصد هذا الموضوع

فبما أن عقد الزواج من أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته ، فلابد أن يحظى هذا العقد بحماية من طرف الشريعة و كذا القانون ،و ذلك بالنص على أهميته وحكمته ، و الحكمة من تشريعه كنكاح صحيح و طريق وحيد لتنظيم العلاقة بين الرجل و المرأة على وجه مشروع ، وتبيان أركانه و شروطه التي في حالة تخلفها ، تؤدي بهذا العقد إلى الفساد أو البطلان ، و ذلك من خلال ما جاء به القانون رقم 84/11 وكذا الأمر رقم 05/02 المتمم و المعدل .

و كيف أن الشريعة الإسلامية و كذا القانون الوضعي ، قد وضعا أحكاما تنهي و تحرم مختلف صور النكاح الفاسد، و ذلك لما تشتمل عليه من أهداف ، لا تتماشى مع طبيعة النكاح الصحيح ،و الغايات التي جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيقها بتشريع هذا النكاح من عفاف للإنسان نفسه من الوقوع في الحرام وحفظ الأنساب وبقاء النسل .

كما نستنتج أن المشرع الجزائري وقع في تناقض ففي نص المادة 32 من قانون الأسرة ينص على البطلان إذا كان هناك مانع قانوني أو شرعي أي مانع من الموانع المؤبدة أو المؤقتة أي المحرمات في حين في نص المادة 34 من القانون الجزائري ينص على الفسخ

سواء قبل الدخول أو بعده إذا كان الزواج بإحدى المحرمات إذ كان من الأجدر استعمال كلمة "يبطل "لأنه زواج باطل في الشريعة .

بحيث إذا اختل شرط من شروط صحة الزواج كما إذا عقد الزواج بغير حضور الشهود كان الزواج فاسدا ، ويجب على الزوجين الافتراق و إن لم يفترقا فرق بينهما القضاء ومجرد هذا العقد الفاسد لا يترتب عليه أثر بمعنى أن المتزوجين زواجا فاسدا إذا افترقا قبل الدخول فلا عدة على الزوجة ولا مهر لها ولا تثبت بينهما حرمة المصاهرة ولا النسب ولا يتوارثان لو مات أحدهما ولا يترتب عل مجرد هذا العقد أي أثر.

من خلال ما سبق تتضح إلينا بعض النتائج:

*فقهاء الحنفية متفقون على تقسيم الزواج الغير صحيح إلى باطل وفاسد.

*لكن هذا غير مسلم به، لأنه إذا نظرنا إلى صور الزواج الفاسد في المذهب الحنفي عموما نجد في واقعها تتنوع إلى نوعين. نوع لا يرتب عليه أثر من آثار الزواج حتى ولو دخل الرجل بالمرأة فيه، ونوع يترتب على الدخول بالمرأة فيه بعض الآثار.

*جمهور الفقهاء لا يفرقون بين البطلان والفساد فالجزاء عندهم واحد وهو البطلان أو الفساد سواء كان الخلل في العقد أو في الوصف اللازم له.

*فالزواج الباطل هو ما اتفق الفقهاء على فساده، أو كان الدليل فيه قويا، وهو ما أ خذ به المالكية.

*الزواج الفاسد هو المجمع على فساده، وهو ما أخذ به الحنابلة وهذا ما لاحظناه بالنسبة لحالات الزواج الفاسد وصوره المتعددة والآثار الناتجة بعد الدخول لأن قبل الدخول لا يرتب أي أثر.

* المشرع الجزائري تأثر بأحكام الفقه الإسلامي وخصوصا الفقه الحنفي باستعماله مصطلحي الباطل والفاسد.

*من المواد 32-35 من قانون الأسرة يتضح أن المشرع الجزائري قد تأثر بأحكام الفقه الإسلامي باستعماله مصطلحي الباطل والفاسد ولكنه عبر عنهما بما يدل على أنه تأثر بقواعد القانون المدني ذلك أنه استعمل الركن للدلالة على كل من شروط الصحة و الانعقاد الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة غير أنه في المادة 32 يجعل كل الأركان في درجة واحدة من القوة بلا تفرقة بين الأركان و يقرر فسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه .

*كما أن المادة 33 تفرق بين ما يعتبره ركنا وما يعتبره شرط صحة رغم أنه يكون لفظ يبطل لأنه في الإسلام هو باطل سواء قبل أو بعد الدخول.

*نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب الحنفي خلافا عن جمهور الفقهاء ولا خلاف في وجود الفرق بين الباطل و الفاسد في الفقه الإسلامي بالنظر إلى آثاره.

*نلاحظ من المواد 9-32-33-34ما يلي:لقد حدد المشرع الجزائري أركان عقد الزواج في المادة 9 وهي ": أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج.، وكان من باب اللزوم المنطقي أن يرتب حكم البطلان عند غياب أحد الأركان لأحكام الفسخ كما جاء في المادتين 32و 33.

ويكون العقد باطلا في حالة تخلف أكثر من ركن واحد طبقا للمادة 33، ويلاحظ عدم ورود ركن الرضا مما قد يفهم منه أنه الركن الوحيد الذي يؤدي تخلفه بمفرده إلى الحكم بالبطلان على عقد الزواج .

وفي الأخير نتمنى أن نكونا قد أجبنا ولو على القليل من التساؤلات المطروحة ، و أن يكون بحثنا هذا منطلقا و بداية لتساؤلات و إشكالات و دراسات أخرى في هذا المجال.

التوصيات:

في ضوء الدراسة والنتائج المتوصل إليها، فإننا نوصي ببعض التوصيات:

1-نقترح على المشرع الجزائري أن يعيد صياغة المادة 32 من قانون الأسرة حتى يرفع التناقض بين المادة 32 و 35 من قانون الأسرة.

2-نقترح على المشرع الجزائري التفصيل والتوضيح أكثر في مسألة الشرط الفاسد وتحديد معاييره وضبطه بدقة، و وهذا من أجل رفع الحمل الكبير الذي يرهق القضاء الجزائري الذي لم يستقر على موقف محدد فتارة يعتبر بعض الشروط صحيحة وملزمة ، وتارة أخرى يعتبرها مكروهة وغير ملزمة .

3- نقترح على المشرع الجزائري أن يحاول إعادة إدراج الولي بصفته ركنا وليس شرطا في عقد الزواج في التعديلات القانونية اللاحقة.

4-نقترح على المشرع الجزائري وضع شروط معينة يجب أن تتوفر في الولي على غرار باقي التشريعات العربية الأخرى، إذ ليس لأي شخص أن يكون وليا.

5-نقترح على المشرع الجزائري تحديد منهج بالنسبة للمذاهب الأربعة واختيار مذهب في المسائل المتعلقة بالولي والأخذ به.

6-نقترح على المشرع عدم ربط مسألة الولي بالسن فيما يخص القاصرة البكر والقاصرة الثيب من جهة والبالغة البكر والثيب من جهة أخرى ، مع تحديد المذهب الذي اعتمده.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا : كتب السنة النبوية

1. ابو بكر احمد ابن الحسين ابن علي البيهقي ، السنن الكبرى ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، ط3، دار الكتب العلمية ،لبنان ،2003، ج7.

2. أبي عبد الرحمان أحمد بن شعيب بن علي النسائي ، سنن النسائي ، المطبعة المصرية بالأزهر ،ط1 ، 1338ه، بشرح جلال الدين السيوطي وحاشيته ، لإمام سندي.

3. إبن تيمية ، إقامة الدليل على إبطال التحليل ، ضمن الفتاوى

4. إبن عيسى محمد بن سورة الترمذي ، سنة الترمذي بتحقيق محمد فؤاد ، 03/424 رقم 1126 ، مطبعة البابي الحلبي الثانية

5. أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري الجعفري ، صحيح البخاري ، المطبعة السلفية بتصريح محب الدين الخطيب ، مع النووي.

6. عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل الدرامي، مسند الدرامي ، سنن الدرامي (كتاب النكاح) ، ط1 ، دار ابن حزم ، لبنان ، 2002.

7. أبو عبد الله محمد ابن يزيد ابن ماجه قزويني ابن ماجه ، تعليق محمد ناصر الدين الألباني ،ط1 ،مكتبة المعارف لنشر و التوزيع ن الرياض ، د س ن .

8. بدر الدين أبي محمد محمود بن احمد العيني ، عمدة القارئ ،(شرح صحيح البخاري) ،ج20 ، دط ،دار الفكر ، د س ن .

9. بدر الدين أبي محمد محمود بن احمد العيني ، كتاب النكاح ، باب من قال لا رضاع إلا ما كان من حولين

10.سنن الترميذي ، ج3 ، ط1 ، مطبعة الأندلس ، حمص ، سنة 1966

ثالثا: الكتب

- **المراجع العامة :**

1. ابن زكريا يحي ابن شرف النووي ، شرح صحيح مسلم ، المطبعة الكدية و مكتبتها
2. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، د ط ، ج 11، د س ن.
3. ابن منظور، لسان العرب، دار صابر ، بيروت ، د س ن ،ج 3 .
4. ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، شركة علاء الدين ، بيروت، د ط ، ج 6 ، د س ن.
5. ابن نجيم ، الأشياء و النظائر ،دار الفكر ، دمشق ، د ط ،1999.
6. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج4،ج5،ج6 ، شركة علاء الدين للطباعة ،بيروت ، د س ن ، د ط.
7. ابن حجر العسقلاني ، المطبعة السلفية بتصحيح محب الدين الخطيب
8. ابن عبد الله الحاكم النيسابوري ،المستدرك الثالث ، مطبعة مكتبة المطبوعات الإسلامية
9. أبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن الكريم ، دار الكتاب العربي ، ط3
10. أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قامة ، المعين مطابع سجل العرب ، المطبعة الأولى، 1389 هـ ، بتحقيق عبد الوهاب فايد وعبد القادر أحمد عطاء
11. أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين ، ج4، د ط ، د س ن.
12. أبو خليفة فرج العائب ،مجلة العلوم القانونية والشرعية ،طبعة ديسمبر 2015
13. أحمد الشامي ، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة ، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق ،قسم الشريعة ، مصر ،2008-2009

14. أحمد صقر ، موسوعة الفكر القانوني ،دار الهلال للخدمات الإعلامية ،الجزائر ،د ط ،2004.

15. الإمام الحافظ ابن عبد البر الأندلسي :التمهيد لما في الموطأ من المعاني و الأسامي مرتبا على الأبواب الفقهية للموطأ، ط4 ، ج11 ،دار الرشيد ، 1928هـ، 2007 م

16. الإمام القاضي ابي الوليد محمد ابن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي الشهير ب"ابن رشد الحفيد، دار الكتب الإسلامية ،ط2 ،سنة 1403هـ-1938م.

17. الزرقا مصطفى ؛المدخل الفقهي العام، ط1 ،دمشق،دار القلم ،1998،ج1

18. الطيب زروتي، الكامل في العرائض القضائية ،ط1،مطبعة الفسيلة،الجزائر ،2010، د ج.

19. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي و أدلته، مؤسسة المعارف،بيروت ، ط2003،3،ج3

20. الفيومي أحمد محمد بن علي،المصباح المنير،المكتبة العصرية، بيروت، ط1 ،1417هـ، 1996، ج1

21. الفقه الميسر في ضوء الكتاب و السنة، شبكة فقهية.

22. المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004

23. بربارة عبد الرحمن ،شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ط1 ، منشورات البغداوي ، الجزائر،2009 ، د ج

24. بن شويخ رشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ،ط1 ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ،2008، دج.

25. سائح شنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، د ط، دار الهدى ، الجزائر،2011، ج1.

26. سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،د ط ، دار الهدى ،الجزائر،2006، ج1.

27. شرف الدين الدسوقي ، الدسوقي على شرح الكبير ،دار إحياء الكتب العربية، د س ن ،ج3 .

28. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفقها و قضاء الزواج ، دار الفكر العربي ، ط1 ،1984.

29. عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى الشؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية، د ط ،دار هومة،الجزائر،2013 ، د ج.

30. عبد العزيز سعد ،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط 3، دار هومة ، الجزائر،1996، د ج .

31. عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد احكام الزواج و طلاق بعد التعديل ، ط2 ، دار الهومة الجزائر، 2009

32. عبد الوهاب خلاف ،أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة و عليه العمل بالمحاكم ، ط 2 ، دار القلم للنشر و التوزيع ، الكويت ،1990،د ج .

33. عبد الوهاب بوضرسة، النظرية العامة و الخاصة لقبول الدعوى بين النظرية و التطبيق ، د ط، دار هومة ، الجزائر ،2005، د ج .

34. عبد الرحمان العدوي، الوسيط في الفقه الإسلامي،أحكام الأسرة،المكتبة الأزهرية للتراث،مصر1996

35. عثمان التكروري ،الوجيز في شرح قانون المحاكمة الشرعية ، ط1 ،مكتبة الثقافة ،عمان،1997 ، د ج .

36. عبد العزيز رمضان ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة المصري ، دار النهضة العربية ، د ط ،القاهرة ،2007.

37. علاء الدين ابن بكر ابن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع ، مطبعة العاصمة ، القاهرة ، دس ن ، د ط .

38. عوض بن رجاء العوفي ،الولاية في النكاح ،مكتبة الملك فهد الوطنية ، ط1 ،2002،الجزء الأول ،السعودية

39. فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله ، ط2 ،مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 2008.

40. فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ،د ط ،ج1 ،1986.

41. محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي ،أصول البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ، مطبعة المدني .

42. محمد إبراهيم بدارين ،الدعوى بين الفقه و القانون ، د ط، دار الثقافة ،عمان ،2010، د ج.

43. محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط 2، 1950، دج.

44. محمد أبو زهرة، محاضرات عقد الزواج و آثاره ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، س ط 1971 ، د ج.

45. محمد بلقادحي ، دراسات في أحكام الأسرة ،مقارنة بين الشريعة الإسلامية و غيرها ، د ط ، مكتبة شباب مصر ،القاهرة ،1979.

46. محمد سعيد جعفور ، نظريات في صفة العقد و بطلانه في القانون المدني و الفقه الإسلامي ، دار هومة للطباعة و النشر ، د ط ، د س.

47. محمد كمال الدين إمام ،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين ، س ط 1994.

48. محمد سمارة ، أحكام و آثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)،ط 1، دار الثقافة،2008.

49. محمد عبد المقصود جاب الله ،الأحوال الشخصية ،المكتبة المصرية ، الإسكندرية ،1999

50. مجد الدين محمد ابن يعقوب الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، مطبعة المؤسسة العربية، د س، دط.

51. موطأ الإمام مالك،بتحقيق وتصحيح محمد فؤاد عبد الباقي، رواية يحي الليثي،دار إحياء الكتب العربية،د ط ، د س ن

52. موطأ الإمام مالك بتحقيق أحمد راتب عمروش ، رواية يحيى الليثي، د س ن ، دط

53. كمال الدين ابن همام ،شرح فتح القديم ،مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، دط ، دس ن

54. نشوى العلواني ، عقد الزواج و الشروط الإتفاقية في ثوب عصر جديد ، دار ابن حزم ، سنة النشر 2003.

55. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ط 3 ، دار الفكر ،1989،ج7.

56. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الأحوال الشخصية ، ط 3، دار صابر، بيروت، د س ن ، ج 3 .

57. يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة ، دار هومة، د ط ، الجزائر ، س ن 2007 .

- **المراجع الخاصة:**

1. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ط1، الكويت، مكتبة فلاح، 1972

2. احمد فراج حسني، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

3. أحمد نصر الجندي ، موسوعة الأحوال الشخصية ،ج1

4. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة في ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، السساحة المركزية، بن عكنون ، الجزائر ، ط3، 2008.

5. أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة، د ط، د س ن.

6. الغرياني الصادق عبد الرحمن ، مدونة الفقه المالكي و أدلته ، ط1، مؤسسة الريان ، 2002، ج2 .

7. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج 1، ط 6 ، ديوان المطبوعات الجزائرية ، الجزائر، س ط 2010.

8. بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، ط 1، دار الثقافة ، الأردن ، س ن 2012.

9. برهان الدين علي بن أبي بكر المرغناني ، الهداية ، شرح بداية المبتدئ ، المطبعة الكبرى ، مصر ، ط1 ، 1316 ، ج2.

10. سليمان ولد خسال ،المُيسِر في شرح القانون الجزائري ،دار طليلة ، دس ن ، د ط ، القاهرة .

11. رمضان علي السيد الشرنباصي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية ، د س ن ، د ط .

12. رمضان علي السيد الشرنباصي،دراسة لقوانين الأحوال الشخصية ، ط 2،2011 ،د ج .

13. زكريا البري ،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ،دار النهضة العربية،د ط،د س ن.

14. علي أحمد عبد العال الطهطاوي ، شرح كتاب النكاح ،الطبعة الأولى ،دار الكتب العلمية ، لبنان،2005، د ج .

15. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري،دار البصائر،الجزائر، د ط ،سنة 2010.

16. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ط2،الأردن ، 1988 ،1997.

17. عبد العظيم شرف الدين، تاريخ النشر الإسلامي، منشورات جامعة بنغازي، ليبيا، ط 4، 1993.

18. عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ،ط1،دار الخلدونية ،الجزائر،2008.

19. عقله محمد ،نظام في الإسلام ، مكتبة الرسالة الحديثة ، عمان ، ط1989،2،ج1.

20. عبد الرحمن الجزايري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دط ، دار الكتب العلمية ،بيروت ، 1990،ج4 .

21. عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، المكتب الجامعي الحديث للإسكندرية، ط1،2005 ،ج1.

22. فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ،د ط ،ج1 ،1986.

23. محمد بن علي الشوكاني ، فتح القدير ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط3 ، 1383

24. محمد محدة، سلسلة الفقه الإسلامي،الخطبة و الزواج،دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية ، ط 2 ، دار الشهاب، الجزائر،2000، د ج .

25. محمد مصطفى شبلي،أحكام الأسرة في الإسلام ،دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون ، دار النهضة العربية،بيروت ، ط 2 ،1977، د ج .

26. محمود علي السرطاوي ،شرح قانون الأحوال الشخصية ،ط2 ، دار الفكر ،الأردن ،1428هـ -2007.

27. محمد السباعي، الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصاية و الشركات و المطبعة الجديدة، ط5، دمشق، 1978.

28. محمد رشيد رضا ، تغيير المسار، دار النشر ،بيروت ، ط12، د س ن.

رابعا : المذكرات و الرسائل الجامعية

1. بومعزة ليلى ،قانون الأسرة بين جدوى التغيير و ضرورة التعديل ، مذكرة نهاية التربص لدى مجلس قضاء عنابة ، دفعة 2010 .

2. توفيق شندارلي ،عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ و التصحيح ،دراسة مقارنة ، مذكرة ماجيستير ،2014-2015.

3. مناد وفاء، المركز القانوني للوليّ في عقد الزواج بين الشريعة و القانون، مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2004-2005.

4. محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ،بحث لنيل شهادة الدكتوراه ،العلوم الإسلامية ،...

5. مصطفى بن حمو رشوم ،الأنكحة الفاسدة في المذهب الإباضي مقارنة بالمذهب المالكي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ،قسنطينة،1999-2000.

6. أحمد الشامي ، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة ، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق ،قسم الشريعة ، مصر ،2008-2009

رابعا : المجلات القانونية

1. أبو القاسم خليفة فرج العائب ، مجلة العلوم القانونية و الشرعية ،كلية التربية بالزراية ،جامعة الزاوية ، ديسمبر 2015، ع7

2. تيشوار جيلالي ، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، م ج ،ع1 ،2002.

3. عبد القادر تقية ، الإشكالات القانونية بين النظرية و التطبيق في قانون رقم 84-11 ،م ج ،2003، ع2

4. عيسى حداد ، عقد الزواج دراسة مقارنة ، منشورات جامعية ،باجي مختار ،عنابة ،2006.

خامسا: القوانين

1. قانون رقم 84-11 ، المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج. ر عدد 31 الصادر بتاريخ 1984، المعدّل و المتمّم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج. ر ،عدد 15.

2. القانون رقم 63-224 ، الصادر في 29 جوان 1963 ، املتعلق بتنظيم سنّ الزواج و إثبات العلاقات الزوجية، ج.ر.ع 44 المؤرخة في 2 جويلية 1963.

3. قانون رقم 08-09 ، المؤرخ في 18 صفر 1492هـ الموافق ل 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

4. قانون رقم 70-20 ، مؤرخ في 13 ذي الحجة 1379هـ الموافق ل 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية.

فهرس المحتويات

المحتويات	الصفحة
الإهداء	
كلمة الشكر و التقدير	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ- ح
الفصل الأول :الزواج الباطل في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	
تمهيد	2
المبحث الأول :مفهوم الزواج الباطل و بيان حالاته في الفقه و القانون	**3**
المطلب الأول:تعريف الزواج الباطل في الفقه و القانون	3
الفرع الأول: تعريف الزواج الباطل في الفقه الإسلامي	3
الفرع الثاني:تعريف الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري	4
الفرع الثالث: التفرقة بين البطلان و الفساد في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	5
المطلب الثاني: حالات بطلان الزواج الباطل في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	8
الفرع الأول: بطلان عقد الزواج بسبب تخلف عقد الرضا	8
الفرع الثاني: اشتمال عقد الزواج على مانع من موانع الزواج	13
الفرع الثالث: اشتمال عقد الزواج على شرط يتنافى و مقتضيات عقد الزواج	28
المبحث الثاني :تقرير بطلان عقد الزواج و الآثار المترتبة عليه	**33**
المطلب الأول: الاختلاف بين فسخ عقد الزواج و بطلانه	33
الفرع الأول: من حيث السبب	34
الفرع الثاني: من حيث المحل	35
الفرع الثالث: من حيث السلطة التقديرية للقاضي	36

المطلب الثاني : تقرير بطلان عقد الزواج و إجراءات الدعوى	37
الفرع الأول: تقرير بطلان عقد الزواج	38
الفرع الثاني : إجراءات رفع دعوى بطلان عقد الزواج	39
المطلب الثالث: آثار الزواج الباطل في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	49
الفرع الأول: آثاره في الفقه الإسلامي	49
الفرع الثاني: آثاره في قانون الأسرة الجزائري	51
الفصل الأول :الزواج الفاسد في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	
تمهيد	54
المبحث الأول: تعريف النكاح الفاسد وبيان أسبابه وحالاته في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	55
المطلب الأول: تعريف النكاح الفاسد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة	55
الفرع الأول: تعريف النكاح الفاسد	55
الفرع الثاني: تعريف الزواج الفاسد في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية	56
المطلب الثاني: حالات فساد عقد الزواج	54
الفرع الأول:حالات الزواج الفاسد المنصوص عليها في نص المادة 09 مكرر و المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري.	54
الفرع الثاني: حالات الزواج الفاسد المنصوص عليها في المادة 08 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.	71
المبحث الثاني: صور النكاح الفاسد في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري وبيان آثاره	79
المطلب الأول: صور النكاح الفاسد في الفقه الإسلامي	79
الفرع الأول: نكاح المتعة	79
الفرع الثاني : نكاح الشِغار	83

فهـرس المحتويـات

الفرع الثالث: نكاح المحلل	87
الفرع الرابع: الجمع بين المحارم	91
الفرع الخامس : زواج المِسيار	95
المطلب الثاني: أثار النكاح الفاسد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	103
الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج الفاسد في القانون الجزائري	104
الفرع الثاني: ثبوت حرمة المصاهرة في الزواج الفاسد	106
الفرع الثالث: ثبوت النفقة في الزواج الفاسد	107
الفرع الرابع : ثبوت العدة و الإستبراء في الزواج الفاسد	109
خاتمة	113
قائمة المراجع	119
فهرس المحتويات	