الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE Abdelhamid Ibn Badis MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

المرجع: .....

قسم: قانون خاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الزواج الفاسد

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: قانون خاص

التخصص: قانون خاص

من إعداد الطالب:

تحت إشراف الأستاذ:

- قلمـــام عمـــر

- محمد بلخير بافضل

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة).....**بن بدرة عفيف**.....رئيسا

الأستاذ(ة).....**محمد بلخير بافضل**.....مشرفا مقررا

الأستاذ(ة) .....**عبداللاوي جواد** ..... مناقشا

السنة الجامعية: 2020/2019

نوقشت يوم: 2020/09/29

قال الله تعالى:

"ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم

أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم

مودة ورحمة إن في ذلك لآيات

لقوم يتفكرون"

الروم 21

شكر وتقدير

الحمد لله ولا إله إلا الله ، والشكر والثناء له جل جلاله الذي أنجز وعده ونصر عبده وهزم الأنصار وحده ،والذي تفضل علي بالتوفيق لإنجاز هذ العمل والصلاة والسلام على نبينا محمد صلى الله عليه وسلم .

بعد إتمام هذه المذكرة . نوجه جزيل الشكر إلى كل من ساهم معنا في إعدادها خلال فترات جمع مادتها العلمية وتصنيفها وكتابتها وطبعها في شكلها النهائي ونخص بالذكر الأستاذ المؤطر "**بافضل محمد بلخير**" وكذا لجنة المناقشة وجميع أساتذة الحقوق هنا بجامعة عبد الحميد بن باديس وكذلك أساتذة الحقوق بجامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف.

كما أتقدم بالشكر إلى كل من ساهم وساعد في إعداد هذا البحث

الإهداء

اهدي هذا العمل المتواضع إلى من جعلت الجنة تحت أقدامها منبع الحب والحنان والتي أحاطتني برعايتها دائما أمي العزيزة إلى من عمل وتعب وسقاني من عرق جبينه رمز العطاء أبي العزيز إلى جدي وجدتي رحمهما الله سائلا المولى عز وجل أن يغفر لهما ويجعل مأواهما الفردوس الأعلى .

إلى إخوتي وأخواتي وأبنائهم واخص بالذكر إلى الفقيد نصر الدين نعاس عرابة الذي توفاه الله في ريعان شبابه راجيا من الله أن يغفر له و يرحمه.

وفي الأخير اهدي هذا العمل المتواضع إلى الزوجة الكريمة والى ابني خالد أطال الله في عمرهما.

عـــــــمر

مقدمة

مقدمة

الحمد لله الذي أنزل بدائع تشريعاته على أحسن نظام وخص بفهمها من سبق له منه الإحسان والإنعام ووفقه إلى استنباط قواعد الأحكام وهدى إلى العمل بها أهل الإسلام بمباشرة الحلال واجتناب الحرام وأفضل صلاة وأزكى سلام على معلم الخير للأنام وعلى آله و صحبه الكرام .

الزواج أقدم عقد عرفه التاريخ وأكثر عقد تعاملت به البشرية وأهم العقود رعاية وتعظيما في الشرائع السماوية وجاء الإسلام فصاغ أحكامه بمقتضى الاهتمام والتفصيل وبحكمة التكريم والتشريف وجعله أقدس ميثاق وأخطر تكليف ونظم روابطه ورتب شرائطه منها أصول محكمة تأبى النقض واجبة الاعتماد ومنها ما فيه حظ للنظر والاجتهاد .

واليوم لا تزال التشريعات الأسرية محل اهتمام وجدل قانوني واجتماعي وتحوز عناية خاصة من هيئات التشريع في جميع البلاد العربية والأجنبية وذلك لما تمثله الأسرة من خصوصية باعتبارها المكون الأساسي للمجتمع والعاكسة لهويته وربما هذا الذي جعل التشريعات العربية للأسرة وقانون الأسرة الجزائري منها يستند إلى التشريع الإسلامي في استمداد أحكامه وفلسفتها ويحيل عليه فيما سكت عنه .بل نجد المشرع الجزائري ساير الفقه الإسلامي منهجا ومصطلحا ومفهوما.

ومن هنا فلا مناص لدارس قوانين الأسرة دراسة قانونية من الرجوع إلى مصادر الشريعة الإسلامية ومذاهبها للمقارنة على ما اخذ به المشرع واختياراته .

ولما كانت الأسرة تنشأ بمقتضى عقد زواج صحيح تترتب آثاره في حق الزوجين والغير بمقتضى إرادة المشرع المتجلية في نصوص القانون فإنه كثيرا ما تنعقد زيجات مخالفة

لنصوص التشريع الأسري .او تضمن إرادة كل من الزوجين عقد الزواج شروطا إضافية زائدة او متعارضة ومقتضيات عقد الزواج .مما يعرض هذا الزواج للبطلان والفساد .

أهمية الموضوع:

إن المشرع في تحديده أركان وشروط عقد الزواج يمي إلى ضمان العناصر الأساسية المحققة لمقاصد الزواج واستمرار يته ومع ذلك أعطى لسلطان إرادة كل من الزوجين الحرية في اشتراط ما فيه مصلحة لاحدهما أو كليهما ولكنهما قد يشترطان شروطا ترجع بالنقض لمراد المشرع في تشريعاته للأسرة وهنا تظهر الحاجة إلى تحديد الشروط الفاسدة ومعاييرها التي لا يجوز للزوجين اشتراطها في العقد وتحديد أثارها التشريعية.

كما أن الحياة المعاصرة بتطورها دفعت الناس إلى زيجات جديدة مبنية على اشتراطات في عقد الزواج غير معهودة من قبل كزواج المسيار والزواج السياحي والزواج المصلحي وقد يتم الزواج خارج الرسمية ويستمر ويقع الإنجاب فيكون من المهم تحديد الأنكحة الفاسدة التي يمكن تصحيحها واستمرارها تشوفا لاستقرار الأسرة.

إشكالية الموضوع:

في ظل المواد 35/33/32/19 من قانون الاسرةالجزائري02/05 نطرح إشكالية

بحثنا التالية:ما المقصود بالزواج الفاسد وماهي الآثار المترتبة عليه من حيث الفساد وهل مقتضاه الفسخ أم التصحيح .

ويمكن صياغة الإشكاليات الفرعية التالية:

هل كل إغفال لشرط من شروط الزواج يعتبر الزواج فاسدا وهل يمكن تصحيحه مطلقا سواء قبل الدخول او بعد الدخول.

وهل الشروط الفاسدة سواء لها نفس الأثر في عقد الزواج .

أسباب اختيار الموضوع:

لقد اخترت موضوع الزواج الفاسد للأسباب التالية:

1*لظهور كثيرا من عقود الزواج في هذا العصر التي تنبني على شروط تخالف مقتضيات عقد الزواج كزواج المتعة وزواج المسيار وزواج المصلحة

2*للتميز بين الشروط التي يتوجب إغفالها الفسخ مطلقا وبين الشروط المغفلة التي يمكن تصحيحها .

3*التعارض الظاهري بين المادتين 32 و 35 من قانون الأسرة الجزائري 02/05 حيث في المادة32 جعل عقد الزواج يبطل بالشرط المناقض لمقتضاه في حين جاءت المادة 35 بصياغة عامة تنص على أن عقد الزواج المقترن بالشرط الذي ينافيه يصحح بإسقاط الشرط.

4*إن عقد الزواج الفاسد لم يحظ بالدراسة الوافية ذلك تبين من خلال الندرة في المصادر التي وجدناها تتحدث عن هذا الموضوع .

الدراسات السابقة:

لم نظفر بكتب للفقهاء القدامى أفردوا تصنيفا لعقد الزواج الفاسد .وفي تاعصر الحديث كتبت دراسات حول الشروط المقترنة بالعقد منها بحث بعنوان شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية.كذلك دراسة بعنوان عقد الزواج والشروط الإتفاقية .ودراسة الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

صعوبات البحث :

الأنكحة الفاسدة لها خطرها و ضررها وهي من الأبواب العويصة التي تضاربت فيها الإجتهادات والتشريعات ،ومما زاد من صعوبة البحث في هذا الموضوع أن كتب التراث الفقهي لم تفرد في الغالب للنكاح الفاسد وكذلك للشروط أبوابا مخصوصة لها ،فيجد الباحث أحكامها مبعثرة في أبواب شتى كباب الخيارات في الزواج أو باب الصداق مما يتطلب جهدا ووقتا للوقوف على فروع الموضوع وجزئياته .

وكذلك التشريعات القانونية ومنها تشريع الأسرة الجزائري لم يصرح بطبعة الشروط الصحيحة والفاسدة في الزواج لأنه لا يعنى بالتعريفات والتعليلات.

المنهجية المتبعة في البحث:

إن طبيعة الموضوع دعتني إلى اعتماد المنهج الوصفي والمنهج التحليلي بالأساس بمعية المنهج المقارن لمقارنة تشريع الأسرة الجزائري مع الشريعة الإسلامية.

ولما كانت طبيعة الفقه القانوني تختلف عن طبيعة الفقه الإسلامي مصطلحا ومفهوما ومنهجا في تناولها لمفردات مسائل الأحوال الشخصية فالبطلان والفسخ في القانون غيرهما في الفقه الإسلامي ،وهذا ما حملني على جمع شتات بعض جزئيات البحث من مصادر الفقه الإسلامي لسكوت القوانين وكتب الأحوال الشخصية عن تناولها ،

خطة البحث

وقد اعتمدت خطة ثنائية حيث قمنا بتخصيص الفصل الأول إلى ماهية عقد الزواج حيث تعرضنا في المبحث الأول إلى مفهوم عقد الزواج أما المبحث الثاني تعرضنا إلى أركان وشروط عقد الزواج.

أما الفصل الثاني فخصصناه لعقد الزواج الفاسد حيث تعرضنا في المبحث الأول إلى مفهوم عقد الزواج الفاسد أما المبحث الثاني فتعرضنا إلى الآثار المترتبة عن الزواج الفاسد.

فصل تمهيدي

لا شك أن لكل شعب مهما كبرت أو صغرت درجته من الرقي الفكري والعملي فإن أعرافه وعاداته المتأصلة وتقاليده الموروثة التي هي بمثابة القواعد القانونية التي تحكم تصرفاته وعقود معاملاته.وعلى أساسها تسير حياة أفراد هذا المجتمع في الجوانب الشخصية مثل الزواج أو الطلاق أو غير ذلك مما يسنه هذا المتجمع لشؤون الحياة.و من الطبيعي أن تختلف هذه العادات وتتباين تلك التقاليد بين مجتمع ومجتمع آخر في شعب واحد.وقد يرجع هذا الاختلاف لأسباب بيئية أو اجتماعية أو دينية أو اقتصادية أو سياسية أو لغير من ذلك من الأسباب.وعلى ذلك نجد الشريعة الإسلامية أقرت أشياء من العرف والعادات التي كانت موجودة عند العرب قبل الإسلام وأبطلت أشياء أخرى.أما ما أقرته الشريعة السمحة فهو يتفق وكريم العادات وفضائل الأخلاق فقد كان العرب في جاهليتهم يحرمون على الرجل أن يتزوج أمه وبنته وأخته وعمته وخالته وبنت الأخ وبنت الأخت فجاء الإسلام وأقرهم على هذا العرف وأيد هذا التحريم في قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم و عماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت كذلك كان العرب لا يجمعون بين الأختين فأقر الإسلام هذا العرف فقال تعالى وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف وكانوا يكرهون زواج أكبر الأبناء بزوجة أبيه بعد وفاته فأقر الاسلام هذا العرف فقال تعالى ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا.

لقد عرف العرب أنواعا أخرى من الزواج مثل نكاح الاستبضاع ونكاح الخدن وزواج المتعة وزواج الشغار وتعدد الزوجات وقد حرمت الشريعة الإسلامية هذه الأنكحة لمضارها الاجتماعية والخلقية واختلاط الأنساب وكانت هذه الأنواع من الزواج غير

مستحبة عند العرب أما تعدد الزوجات فقد قيدته الشريعة بشروط منها قوله تعالى:وإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم.

وعليه فالشريعة الإسلامية حرصت على إبراز وإظهار مكانة ومتانة النظام الأسري من خلال تحديد العلاقات الأسرية التي تقوم على الزواج كمنطلق لتكوين الأسرة ويكفي أن القران سمى عقد الزواج بالميثاق الغليظ تعظيما له.

التطور التاريخي لعقد الزواج في الجزائر:

في1963/06/29 صدر القانون رقم 244/63 المتعلق بتحديد سن الزواج وتسجيله.ورغم ذلك لم ينل الشعب الجزائري جزء من استقلاله التشريعي وظل طوال مدة واحد وعشرون سنة(21) بال قانون للأحوال الشخصية إلى أن صادق البرلمان الجزائري على قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية وأصبح ساري المفعول في1984/06/09 من القانون 11-84 الذي اشتمل على أربع كتب .الكتاب الأول بعنوان الزواج وانحلاله.والكتاب الثاني بعنوان النيابة الشرعية آما الكتاب الثالث بعنوان الميراث والكتاب الرابع بعنوان التبرعات

وبعد مضي عشرين سنة أخرى عدل القانون11-84 بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في فبراير 2005.

الفصل الأول

طبيعة عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

تعددت مفاهيم عقد الزواج من الشريعة إلى القانون. فالمشرع الجزائري وبعدما كان ينتهج الشريعة الإسلامية في معظم مواده في قانون الأسرة غير طريقه في تعديله لمواد قانون الأسرة في الأمر رقم05-02

المبحث الأول: مفهوم عقد الزواج

المطلب الأول : تعريف الزواج في الشريعة الإسلامية

نظرا للأهمية الكبيرة للزواج في المجتمعات وفي حياة الفرد اهتم به الإسلام اهتماما بالغا.وكذلك فقهاء الشريعة الإسلامية بتحديد مفهومه لأن فيه حفظ للحياة الاجتماعية وترسيخ للقيم الأخلاقية في المجتمع

الفرع الأول:التعريف اللغوي:

يقال زوج وفرد.ويأتي بمعان منها الصنف .النوع من كل شيء ويعني الاقتران والازدواج قال تعالى:" وزوجناهم بحور عين"[1] قوله تعالى أيضا:" أحشروا الذين ظلموا وأزواجهم" ويقول تعالى:" قلنا احمل فيها من كل زوجين اثنين" فكل منها زوج ذكرا كان أو أنثى ويطلق لفظ زوج على الرجل و المرأة إذا اقترنا ببغضهما ويطلق كذلك على كل واحد منهما يقال الزوج زوج المرأة والمرأة زوج بعلها.

قال تعالى: "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج" اي إمراة مكان امرأة.

و حتى لا يحدث التباس بين الرجل والمرأة خصوصا في الميراث فلو قلنا مات زوج .هذا يؤدي بنا إلى الإبهام فلا يفهم المقصود إن كان الرجل أو المرأة وللتفريق بينهما يقال:زوج للرجل ويقال

[1] سورة الدخان ،الاية :54

زوجة للمرأة ونجد بالاظافة إلى كلمة زواج كلمة اقتران أي اقتران الزوج بالزوجة أو الذكر بالأنثى والزوجة إمراة الرجل

ورد مصطلح الزواج مع مصطلح النكاح في القران والسنة .وقد استعمل الفقهاء لفظي الزواج والنكاح بمدلول ومعنى واحد .

الفرع الثاني:التعريف الاصطلاحي:

تعددت المفاهيم في تعريف الزواج بين الفقهاء إلا أنهم اتفقوا على مفهوم واحد وإختلفو في الألفاظ والقيود ويمكن تحديد ذلك من خلال عرض بعض التعريفات

أولا:الزواج في الاصطلاح الشرعي القديم:

01-الزواج عند المالكية:

يعرف المالكية الزواج على أنه عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية ،وأمة كتاية بصيغة"[1] .أي إستمتاع وانتفاع بإمرأة غير محرمة عليه بسبب رضاع أو صهر.

02-الزواج عن الأحناف:

عقد يرد على ملك المتعة قصدا ومعنى ملك المتعة اختصاص الرجل ببعض المرأة

وسائر بدنها إسمتاعا أو ملك الذات أو النفس في حق التمتع.[2]

[1] احمد بن محمد الدردير ،أقرب المسالك لمذهب الامام مالك ،باب ندب النكاح ،مكتبة أيوب ،كانو نيجيريا ،1420ه،ص58.

[2] ابن عابدين،رد المختار على الدار المختار على متن تنوير الابصار ،ج2،كتاب النكاح ،دار الطباعة ،مصر ،بدون تاريخ نشر ،ص179.

03-الزواج عند الشافعية:

ذهب الفقيه الشافعي الرملي إلى أحد الوجهين في تعريف" أن النكاح عقد إباحة أو تمليك"[1] وقال الفقيه الشافعي القليوبي عند شرح التعريف أن الزواج هو عقد يتضمن أباحة الوطء بلفظ إنكاح أو تزويج فهو ملك إنتفاع لا ملك منفعة."[2]

04-الزواج عند الحنابلة:

يبدو أن الحنابلة يذهبون مذهب الشافعية في تعريف الزواج قال **البهوتي** عقد التزويج عقد يعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمة

ثانيا:تعريف الزواج عند الفقهاء المعاصرين

عرفه أبو زهرة:

انه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات.

عرفه الدسوقي:

عقد ينشئ بين الرجل والمرأة حقوق شرعية تقوم على المودة و الرحمة والرحمة والمعروف والإحسان.

[1]ابن شهاب الدين الرملي ،نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ،ج6،ط13 ،دار الكتب العلمية ، بيروت ،لبنان ،1424،ص179.

[2]شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي ،حاشية القليوبي على منهاج الطالبين ،ج3،كتاب النكاح ،ط3،1956

ثالثا:مشروعية الزواج في الإسلام:

الزواج أقرته جميع الشرائع الإسلامية والوضعية واحتفى به الإسلام وجاءت كير من نصوص الوحي قرننا وسنة مفصلة لأحكامه ولم تكتف بإيراد قواعد تشريعية عامة كشأنها في مجال المعاملات المالية وذلك لأن الزواج نظام تشريعي يتعدى أثره إلى المجتمع والأمة ويمتاز بالثبات فيي مصالحه وموجباته المرعية ولا تتأثر أصوله بالتغير والتطور،ومشروعيته وردت في القرآن والسنة .

أ:مشروعية الزواج من القرآن الكريم:

القرآن الكريم تناول موضوع الزواج في أكثر من سبعين آية بتفصيل وتدقيق محكمين وورد ذكر كلمة النكاح وحدها ثلاثا وعشرين مرة في تسعة عشر آية من ذلك:

1:قوله تعالى:"ومن آيته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها"سورة الروم21

2:قال تعالى:"وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتمى فانكحوا ما طاب لكم من النساء "سورة النساء 03

3:قال تعالى :"وانكحوا الأيمى منكم والصلحين من عبادكم وإيماكم"سورة النور32

4:"قال تعالى :"ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية "سورة الرعد 38

5قال تعالى :"وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسفحين "سورة النساء 24.

ب:مشروعية الزواج من السنة:

1-حديث عبد الله بن مسعود قال:"خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم ونحن شباب لا نقدر على شيئ فقال :يا معشر الشباب عليكم بالباءة ف،هـ أغض للبصر وأحصن للفرج فإن لم يستطع منكم الباءة فعليه بالصوم فإن الصوم له وجاء "[1]

وقصر الأمر على الشباب دليل على إنتفاء وجوبه[2]

2:حديث أنس رضي الله عنه :أن نفرا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم سألوا أزواج النبي صلى الله عليه وسلم عن عمله في السر فقال بعضهم :لا أتزوج النساء وقال بعضهم لا أكل اللحم وقال بعضهم لا أنام على فراش فحمد الله وأثنى عليه فقال ما بال أقوام قالوا كذا وكذا لكني أصلي وأنام وأصوم وافطر وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني "[3]

المطلب الثاني:مفهوم عقد الزواج في القانون الجزائري

نصت المادة 04من قانون الأسرة الجزائري "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون وإحصان الزوجين والحافظة على الأنساب

قام المشرع الجزائري بتنظيم عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري في الكتاب الأول الذي جاء تحت عنوان الزواج وانحلاله .

[1]مسلم ،كتاب النكاح ،باب استحباب النكاح رقم794

[2]عبد الوهاب بن نصر البغدادي القاضي ، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ، تحقيق الحبيب بن طاهر ، ج2،ط1 ،بيروت ،دار ابن الحزم،1999،ص 685

[3]البخاري ،باب النكاح ،ج7،ص2 ،رقم 5063،ومسلم ،كتاب النكاح ،ج2 ،ص2010 ، رقم 1401.

الفرع الأول: التعريف اللغوي .

استعملت العرب لفظ الزواج في إقران الشيئين بالأخر وارتباط كل واحد بالآخر بعد أن كانا منفصلين ثم شاع استعمال مصطلح الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار لتكوين أسرة [1].

الفرع الثاني :التعريف الاصطلاحي

هو عقد وضعه الشارع يفيد حل إستمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع وعلى سبيل القصد والتقييد[2]. فإستمتاع الرجل لا يقتصر على زوجته فقط بل يمكن أن يستمتع بغيرها من الزوجات فيما قرره الشرع وهو أربع زوجات وهو ما نصت عليه المادة 08من قانون الأسرة الجزائري 05-02"يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد مبرر شرعي للزواج وتوفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حال عدم الرضا"[3].

نصت المادة04 من قانون الأسرة الجزائري "عقد الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة

والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب "[4]

---

[1]بدران أبو العينين بدران ،الزواج في الطلاق في الاسلام ، مؤسسة شهاب الجامعية ،ط1،الدار الجماهرية للنشر والتوزيع والإعلان ،مصراتة ،1990،ص09.

[2]جميل الشرقاوي ،الاحوال الشخصية لغير المسلمين والاجانب ،ط2،النهضة العربية ،القاهرة ،89،1966

[3]ابو بكر الجزائري ،مرجع سابق ،ص54

[4]دلاندة يوسف ،قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الاحوال الشخصية والمواريث ،دار هومة ،الجزائر ،2004،ص06.

ومن ثمة نلاحظ أن كلمة رضائي أضيفت بموجب التعديل الأخير وذلك من أجل التأكيد والإيضاح على أن عقد الزواج يقوم أساسا على الرضا بين طرفي عقد الزواج[1]

المبحث الثاني :أركان وشروط الزواج

بما أن عقد الزواج هو عقد شرعي ورسمي فإن المشرع نظم أحكامه حيث جعله من أهم المسائل القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية ونظمه في القانون84-11المتضمن قانون الأسرة حيث نصت المادة222من هذ القانون على انه"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"هذا بالإضافة إلى قانون الحالة المدنية الذي أحاط من خلاله المشرع رعاية كبيرة لعقد الزواج.

من خلال هذين القانونين يتضح انه يجب تتوافر في عقد الزواج مجموعة من الشروط .ولما كان للزواج هذه الأهمية فقد أولاه الفقهاء المسلمين بمختلف مذاهبهم عناية خاصة واضعين للعقد أركانا وشروط منها ما اتفقوا عليه ومنها ما إختلفوا فيه وهذا الذي أثر بدوره على مختلف التشريعات العربية بما في ذلك التشريع الجزائري الذي كان يخلط بين أركان وشروط عقد الزواج ولم يكن يميز بينها إلا بعدى التعديل سنة 2005

المطلب الأول: أركان عقد الزواج

أولا:تعريف الركن لغة: الركن هو الجانب الأقوى من كل شيئ وهو عماده الذي يقوم عليه ويستند إليه ويمسكه .كأركان البيت وهي زواياه التي تمسك بناءه.[2]

[1]الرشيد بن شويخ ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دارسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)،ط1،دار الخلدونية ،الجزائر ،2008،ص78.

[2]جر محمود الفضيلات ،بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون،(د ط)،دار الشهاب للطباعة والنشر ،الجزائر ،(د س ن)ص36.

الفرع الاول:أركان عقد الزواج وفق الشريعة الإسلامية

لقد اختلف الفقهاء في تحديد معنى الركن فقد عرفه الجمهور (المالكية .الشافعية .الحنابلة)أنه:ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به بالتالي فأركان العقد عندهم الصيغة وهي الإيجاب والقبول من الزوجة والزوج أو وليهما[1]

أما عند الحنفية فالركن ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون جزء داخلا في حقيقته وركن الزواج عندهم الإيجاب والقبول فقط[2].

01:المالكية:

أركان الزواج أربعة إجمالا وخمسة تفصيلا وهي :الولي والصداق والمحل و الصيغة .

02:الشافعية:

أركان الزواج أربعة وهي الصيغة والزوجة والشاهدان والعاقدان أو وليهما

03:الحنابلة:

أركان الزواج ثلاثة:الزوجان والإيجاب والقبول

04:الحنفية:

ركن واحد هو الإيجاب والقبول .[3]

[1]وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلتها في الأحوال الشخصية ،ج7،ط2،دار الفكر ،سوريا،1989،ص36.

[2]محمد رأفت عثمان ،عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي ،دار الكتاب الجامعي ،مصر ،ص103.

[3]محمد رأفت عثمان ،عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي،د ط دار الكتاب الجامعي ،مصر ،د س ن ،ص103.

الفرع الثاني:أركان عقد الزواج في القانون الجزائري

حاول المشرع الجزائري تدارك التناقضات التي كانت تعتري أحكام قانون الأسرة القديم من خلال التعديل الجديد الذي جاء به بموجب الأمر رقم 05-02 والذي أبقى فيه على ركن وحيد وأساسي في عقد الزواج وهو الرضا أي الإيجاب والقبول وهذا من خلال المادة 09المعدلة بنصها على أنه"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"مسايرا بذلك **المذهب الحنفي**

واعتبر الباقي شروطا له ليضع حدا فاصلا بين ما يعد ركنا وما يعد شرطا في عقد الزواج.[1]

وعليه فالرضا هو توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال عن التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده ويتمثل التعبير فيما يجري من عبارات بين المتعاقدين من إيجاب وقبول[2] و هذا ما جاء به المشرع فإعتبر الرضا أمرا جوهريا في عقد يرتبط فيه شخصان إرتباطا مؤبدا وهذا ما جاء في نص المادة04 من قانون الإجراءات المدنية على أن"الزواج عقد رضائي" ونصت المادة 09على أنه:"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" كما جاء في نص المادة 10"يكزن الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة ".

صور الرضا:

نلاحظ من خلال المادة السالفة الذكر أن للإيجاب والقبول أو الصيغة في عقد الزواج صور مختلفة .

[1]الرشيد بن شويخ ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ،ط1،دار الخلدونية للنشر والتوزيع ا،الجزائر ،2008،ص55.

[2]علي أحمد عبد العال الطهطاوي ،شرح كتاب النكاح ،ط1،دار الكتاب العلمية ،لبنان ،2005،ص61.

01:الصيغة اللفظية: بالرجوع الى نص المادة 10 نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد لا الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب و القبول ولا اللغة التي يتم بها العقد وهذا ما يستلزم الرجوع الى أحكام الفقه الإسلامي وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري

أ:الألفاظ المعبرة شرعا عن النكاح:

هناك الفاظ اتفق عليها الفقهاء وأخرى اختلفوا فيها

الفاظ متفق على صحة العقد بها :

أجمع الفقهاء على أن الزواج ينعقد بكل لفظ مأخوذ من كلمتي الزواج والنكاح لورودهما في نص القرآن الكريم في عدة آيات منها قوله تعالى "**فانكحوا ما طاب لكم من النساء** "[1].

وهناك ألفاظ دالة على تمليك الأعيان في الحال بغير عوض كلفظ الهبة وقد أخذ بذلك مالك وأبو حنيفة وابن حنبل استنادا لقوله تعالى :"وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين "الاية 50 من سورة الأحزاب .

*وهناك الفاظ دالة على تمليك الأعيان في الحال بعوض أي هو اللفظ الذي إقترن بما يدل على إرادة ابرام عقد الزواج وأما من يخالفون هذا الرأي فيرون بأن حقيقة البيع وما يشبهه من المعاملات تخالف حقيقة الزواج فلا يستعمل لفظ فيه.

*** حكم العاجز عن التكلم:**

تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في المادة 2/10 من قانون الأسرة :"ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرف كالكتابة والإشارة"[2]

[1]سورة النساء ،الاية 3.

[2]المادة 10 من ق رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

أولا:انعقاد الزواج بالإشارة:

إذا كان أحد العاقدين أخرس لكن يعرف الكتابة فالرأي الراجح في المذهب الحنفي أنه لا يلجأ إلى الإشارة لأن الكتابة أبين دلالة وأقوى في التعبير عنه الإرادة ، فلا تقبل الإشارة لأنها قاصرة عن الكتابة في الدلالة.

ثانيا:إنعقاد الزواج بالكتابة:

إذا كان أحد العروسين عاجز ولا يملك القدرة اللازمة للتعبير بلسانه عن إرادته في عقد زواجه مع شخص آخر معين ،ولكنه قادراعلى الكتابة والتعبير بها عن مراده في الزواج فإنه يرخص له شرعا وقانونا بالاستعمال بالكتابة كوسيلة للتعبير عن إرادته في الزواج بالإيجاب والقبول على أنه يكون ذلك في مجلس العقد نفسه أمام الموظف المؤهل بتحري العقد [1]

الفاظ متفق على عدم صحة العقد بها :

اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بالألفاظ التي لا تدل على تمليك العين في الحال ولا على بقاء الملك مدى الحياة وهي الإباحة .الإعارة .الإجازة .المتعة.الوصية.الرهن. الوديعة وغيرها [2]

*وما يلاحظ في اشتراط الفقهاء للألفاظ التي يتم بها عقد الزواج أنها تشترط فقط أن يستعملها الموجب في إيجابه أما القابل فلا تشترط فيه وإنما يكفيه أن يقول قبلت أو رضيت .[3]

[1]عبد القادر بن حرز الله،مرجع سابق ص53.

[2]محمد رأفت عثمان ،مرجع سابق،ص114.

[3]محفوظ بن صغير ،الاجتهاد بالقضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري ،رسالة دكتوراه،قسم الشريعة ،كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية ،جامعة باتنة ،2009،ص332.

.بإستقراء نص المادة 10من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع أخذ بما إتفق عليه الفقهاء من ألفاظ النكاح المعروفة وقد زاد عليها بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا أي أنه رجح المذهب الحنفي حيث إعتبر كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ينعقد به العقد[1].

واتفق فقهاء الشريعة الإسلامية أن الصياغة الزمنية التي يعبر بها عن الإيجاب والقبول في عقد الزواج هي لفظ الماضي كأن يقول الأب للخاطب زوجتك إبنتي فيقول الخاطب قبلت .

02:الصيغة غير اللفظية:

ما تجدر الإشارة إليه في هذ الصدد هو مسألة التعبير عن الإرادة عن طريق السكوت وهذا ما يؤدي نا الى طرح التساؤل التالي :ما مدى صلاحية السكوت

للتعبير عن القبول،

الأصل أن مجرد السكوت لا يتضمن أي دلالة على القبول ،لأن الرضا عمل إيجابي والسكوت شيئ سلبي وفقا للقاعدة الشهيرة :"**لا ينسب لساكت قول**"

وإستثناءا على ذلك إعتبرت السنة النبوية سكوت البكر أثناء توجيه الإيجاب إليها بمثابة قبول ضمني ،تبعا لقوله عليه الصلاة والسلام:"الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"

تناول المشرع الجزائري إنعقاد الزواج بغير الكلام في المادة 10من القانون84-11 والتي جاء فيها أنه"و يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة "وما يلاحظ أم المشرع لم يتطرق إلى الإنعقاد بواسطة الرسول والرسالة وكذلك وسائل الاتصال الحديثة.

[1]جبر محمود الفضيلات ،مرجع سابق ،ص42.

شروط الصيغة :

لم ينص المشرع على شروط معينة وعليه يمكن استنباطها من الشريعة الاسلامية حسب نص المادة222 من ق أ ج وهي:

1:التميز: إنى كان احدهما صغيرا أو مجنونا فان الزواج لا ينعقد حيت اكدت المادة 7من قانون الأسرة على شرط اكتمال أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة.

2:سماع كل من المتعاقدين كلام صاحبه :[1]

3:أن يكون مجلس العقد واحد وأن يظل الإيجاب قائما حتى يصدر القبول وكذا التطابق بين الإيجاب والقبول واتصالهم .[2]

4: في الصيغة وهي أن تكون جدية ومنجزة ومنتجة لآثرها في الحال وأن تكون سليمة وخالية من عيوب الإرادة التي تشوب الرضا في الزواج نصت عليه المواد 82و86الى 88 وهي الغلط ،الإكراه والتدليس ."[3]

[1]:الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ،طاهري حسين ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى ،2009،ص 22.

[2]محمد خضر قادر ،دور الإدارة في أحكام الزواج والطلاق و الوصية ،دراسة فقهية مقارنة، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع،الاردن ،2010،ص149

[3]زوبير بولعواد،أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفهما في الشريعة والقانون ،مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ،الدفعة الثانية ،الجزائر ،2001 ص14.

الفرع الثالث : أثر تخلف ركن الرضا في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

أولاُ:أثر تخلف ركن الرضا في الشريعة الإسلامية:

يذهب جمهور فقهاء المسلمين إلى أن تخلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله باطلا ومنعدما لما أصابه من خلل .ولم يرتبوا عليه أية آثار ولم يحلو به الدخول وإذا تم الدخول فوجب التفريق بين الزوجين ويعتبرونه زنا لكن اختلفوا في وجوب إقامة حد الزنا .والمتفق عليه أيضا أنه لا يثبت المهر ولا النفقة ولا الطاعة كما أنه لا يرد الطلاق أما النسب فاختلفوا فيه وذهب الحنفية إلى ثبوته[1] .

ثانيا:أثر تخلف ركن الرضا في قانون الأسرة الجزائري :

تناول المشرع أثر تخلف ركن الرضا في قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 32من الأمر 05-02 على أنه"يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد "هذا ونصت المادة 33من نفس القانون على أنه"يبطل الزواج إذا إختل ركن الرضا .

المطلب الثاني :شروط عقد الزواج

الفرع الأول :تعريف الشرط وأنواعه.

اولا::تعريف الشرط.

1:لـغة:هو الزام الشيئ والتزامه.

[1]زوبير بولعواد ،مرجع سابق ص 07.

2:إصطلاحا:

الشرط لغة هو ما يتوقف عليه الشيء فلا يكون داخلا فيه ،أو هو ما لا يوجد الشيئ بدونه ولكن لا يلزم أن يوجد عنده أو هو الذي يتوقف عليه المؤثر في تأثيره لا في ذاته[1].ومثاله الوضوء فإنه شرط لصحة الصلاة فإذا لم يوجد الوضوء فإن الصلاة لا تصح بدونه [2] .

ثانيا :أنواع الشـــرط.

في عقد الزواج أنواع من الشروط منها شروط الإنعقاد وشروط الصحة وشروط نفاذ العقد وشروط اللزوم.

1:شروط الإنعقاد:

وهي التي تلزم توافرها في أركان العقد أو في أسسه وإذا تخلف شرط منها كان العقد باطلا بالإتفاق .

2:شروط الصحة:

وهي التي يلزم توافرها لترتيب الأثر الشرعي على العقد فإذا تخلف شرط منهما كان العقد عند الحنفية فاسدا وعند الجمهور باطلا.[3]

الفرع الثاني :الشروط الموضوعية لعقد الزواج

أحدث قانون الأسرة تعديلات كبيرة في هذا الموضوع في آخر تعديل له لقانون الأسرة وبالتالي تتمثل الشروط الموضوعية في المادة 9مكرر من الأمر 05-02من قانون الأسرة الجزائري

[1]وهبة الزحيلي ،ص47

[2]عمر سليمان الأشقر ،أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ،دار النفائس للنشر والتوزيع ،الاردن ،ص109.

[3]وهبـة الزحيلي ،المرجع السابق،ص47.

أولا:الشروط الموضوعية لعقد الزواج

تتمثل الشروط الموضوعية لعقد الزواج حسب قانون الأسرة الجزائري في :

01:أهلية الزواج:

أ:التعريف اللغوي للأهلية:

الأهلية كما جاء في معجم الوسيط مؤنث الأهلي ،والأهلي المنسوب إلى الأهل والأهلية للأمر الصلاحية له.

وقد استعرض الدكتور خلف الجابوري تعريفات الأصوليين والفقهاء للأهلية ثم قال :"التعريفات تنوعت ألفاظها إلا أنها متفقة في مدلولها الذي مفاده صلاحية الإنسان ،أما لما يجب عليه من الحقوق وما يلزمه من الواجبات بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف لصحة ثبوت الحقوق والواجبات عليه ومناط الأهلية العقل وفق الخطاب ،فمن لا عقل له وهو المجنون فإنه فاقد للأهلية.[1]

ب:المفهوم الفقهي للأهلية:

يقصد بالأهلية في الفقه الإسلامي صلاحية الشخص للإلزام،بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغيره وتثبت له حقوق من قبل غيره ،فإذا كان الشخص أهلا لثبوت الحقوق المشروعة عليه وأهلا لأن يلتزم بحقوق تنشأ أسبابها القولية ،كانت عنده الأهلية بجزأيها ،أ, كانت عنده ما يسمى في عرف الفقه أهلية الأداء [2]

[1] عمر سليمان الأشقر ،أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ،دار النفائس للنشر والتوزيع،الطبعة الأولى ،1997،ص109.

[2] الإمام أبو زهرة ،الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ،دار الفكر العربي ،بدون سنة ،ص198.

وأهلية الأداء تثبت كاملة للبالغ العاقل الراشد الذي لم يحجر عليه ،حيث لا يجوز للصغير و الصغيرة أن يتزوجا حتى يبلغا،مصداقا لقوله تعالى :"وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ولا تاكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم وكفى بالله حسيبا."سورة النساء 6.

ج:المفهوم القانوني للأهلية:

لقد حددها قانون الأسرة الجزائري في مادته السابعة بواحد وعشرين سنة(21سنة)بالنسبة للرجل والمرأة بتمام الثامن عشر(18سنة)بموجب القانون

رقم84-11.[1]

ولكن قانون الأسرة هذا المعدل بموجب الأمر 5-2 الصادر بتاريخ 2005/05/27،فلقد نص في المادة السابقة منه المعدلة على أن أهلية الزواج

تكتمل بالنسبة للرجل والمرأة سن التاسع عشر (19)سنة.

وبالتالي لا يجوز إبرام عقد الزواج إلا ببلوغ 19 سنة أي بناء ترخيص مسبق يصدر من رئيس المحكمة المختصة .فمن لا عقل له فإنه فاقد للأهلية .[2]

د:السن القانونية للزواج:

تغاضى المشرع الجزائري عن تعريف الأهلية في قانون الأسرة واكتفى بتحديد السن القانونية لاكتمال الأهلية وهي تمام 19 سنة كاملة كأصل عام وبصفة استثنائية إذا تطلبت الحاجة إلى

[1]لمادة7من قانون 84-11 المتضمن قنون الأسرة الجزائري .

[2]عمر سليمان الأشقر ،مرجع سابق

ذلك بصفة استثنائية الترخيص بالزواج ولا يكون إلا بإجازة الولي[1] .والترخيص لا يقبل الطعن بعد منحه .فهو عمل ولائي ورئيس الحكمة هو الذي يقدمه.[2]

ذ:أثر تخلف شرط الأهلية عن عقد الزواج:

إن المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري لم توضح الأثار القانونية عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانونية .

يكون الزواج قبل إكتمال الاهلية باطلا بطلانا مطلقا ويمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين أو أي شخص له مصلحة أما بعد الدخول يصبح البطلان بطلانا نسبيا ويمكن الطعن فيه من الزوجين فقط.

02:الصداق في عقد الزواج:

أ :تعريف الصداق :

لغة: مهر المرأة وهو مشتق من الصدق لأنه عطية يسبقها الوعد بها فيصدقه المعطي.[3]

إصطلاح:هو المال الذي يجب على الذي يجب على الزوج لزوجته بالعقد عليها أو بالدخول الحقيقي بها أو بخصوص تقريره وجوبه على الزوج.[4]

عرف الفقهاء المهر بتعريفات عدة نذكر منها ما يلي :

[1]العربي بلحاج ،مرجع سابق ص 62

[2]عبد العزيز سعد ،قانون الآسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،احكام الزواج والطلاق بعد التعديل ،ط2،دارالهومة ،الجزائر ،2009،ص25.

[3]عبد القادر بن حروز الله ،128.

[4]عيسى حداد ،المرجع السابق،ص128.

الحنفية:اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح ،في مقابله البضع إما بالتسوية أو بالعقد.

المالكية:ما يجعل للزوجة في نظير الإستمتاع بها.

الشافعية:ما وجب بنكاح أو وطء .

الحنابلة:العوض المسمى في عقد النكاح أو المسمى بعده.

قيد سبحانه وتعالى حل المرأة بدفع المهر[1] وهو ما اكدته نص المادة 14 من ق أ ج على أن "الصداق هو ما يدفع نحلة الى الزوجة من نقود أو غيرها من كل ماهو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء[2]

ب: أنواع الصداق :وهما نوعان :

***الصداق المسمى :**

هو الذي يعين ويسمى وقت إبرام العقد أو فرض للزوجة بالتراضي بعد العقد ويكون معجلا أو مؤجلا ويكون واجب للزوجة ويثبت للزوجة على الزوج بمجرد العقد الصحيح ولا بد من تحديده[3] ، سواء دخل بها أو لم يدخل بها .

[1]أحمد فراج حسين ،أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية ،ص200.

[2]ابن منظور ،لسان العرب ،المجلد الأول ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،الطبعة الأولى ،2005،ص184.

[3]العربي بلحاج ،مرجع سابق ،ص61.

***:صداق المثل:**

إذا أغفل ذكر الصداق في العقد يمكن اللجوء الى صداق المثل أي كل صداق يماثل الزوجة من أسرة أبيها مراعاة للتساوي بين الزوجتين وقت العقد من حداثة السن والجمال والثقافة والبكارة والثيوبة[1].

ج :شروط الصداق

يشترط في الصداق ما يشترط في الثمن في البيع إلا أنه لإتيانه على المكارمة قد يغتفر فيه ما لا يغتفر في الثمن وشروطه كالآتي :

*أن يكون مشمولا شرعا.

*أن يكون طاهرا لا نجس فيه إذ لا يقع بالنجس كالخمر .

*أن يكون منفعا به شرعا إذ غير المنتفع به لا يقع فيه تقويم كأنه لهو .

*أن يكون مقورا على تسليمه.

*أن يكون معلوما قدرا وصنفا وآجلا.[2]

ويعتبر الصداق شرط من الشروط الموضوعية لعقد الزواج وقد نصت المادة 15 ق أ المعدلة بالأمر 02/05 بأنه:"يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا ،"وهذا معناه أنه لا بد من تسميته صداق للزوجة ،ولا يجوز اسقاطه بإعتباره من شروط إنعقاده شرعا،[3]

[1]المرجع أعلاه ،ص 103

[2]عب القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ،ص133.

[3]بلحاج العربي ،أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة ،ص340.

وهو في الحقيقة من حق الزوجة لقوله تعالى :"وآتوا النساء صدقاتهن نحلة "النساء 40،وعرف بأنه المال الذي تستحقه الزوجة على الزوج بالعقد عليها .وعرفه الفقه الإسلامي بأنه:"ملك للزوجة لها حرية التصرف فيه ولا يحق للزوجة مطالبته.

ونصت المادة 14 من ق أ :"هو ملك للزوجة تتصرف فيه كما شاءت ولا دخل للولي أو غيره فيه ،فيجوز له بيعه أو رهنه والتنازل عنه إن كانت تتمته بأهلية التبرع ولا يحق للزوج أن يطالب بأي شيئ عوضه كالأثاث والملابس وغيرها"

د:حكم الصداق

1:من الكتاب :قوله تعالى :"وآتوا النساء صدقاتهن نحلة " النساء الأية 40.

وقله تعالى :"فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة " النساء الأية 24.

2:من السنة النبوية: في قوله صلى الله عله وسلم :"إلتمس خاتما ولو من حديد " وأيضا قوله صلى الله عليه وسلم :"من كشف خمار إمرأته ونظر إليها وجب عليه الصداق دخل ها أو لم يدخل بها " فالصداق حق من حقوق الزوجة .

الحكمة من مشروعية الزواج:

هي إكرام المرأة وتمكينها للزواج ما يلزم لها ،فهو رمز التعاطف والمودة ويجب أن يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا وفي حالة عدم تحديد الصداق تستحق الزوجة صداق المثل ،ومنه تتمثل أوضاع الصداق في ثلاث حالات هي :

الحالة الأولى:وتتحق فيها الزوجة الصداق كاملا وهي حالة الدخول بها الى بيت الزوجية أو وفاة زوجها بعد الدخول بها .

الحالة الثانية: هي التي تستحق فيها الزوجة نصف الصداق وهي الحالة التي يقع فيها طلاقها من زوجها بعد إنجاز العقد وقبل الدخول بها .

الحالة الثالثة: هي التي تستحق فيها الزوجة صداق المثل وهي التي يتم فيها إبرام عقد الزواج دون تحديد أو تسمية قيمة الصداق حيث لايكون صداق معلوم لا معجل لا مؤجل حيث نصت المادة 15 أنه في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل.

د:أثر تخلف ركن الصداق في عقد الزواج:

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف الصداق في المادة 33 من ق أ ج والتي نصت على أنه"إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه" وعليه فالمشرع رتب الفسخ على تخلف شرط الصداق قبل الدخول .كما أنه فصل في مسألة عدم إستحقاق الزوجة للصداق في هذه الحالة .وهو ماجاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ1987/03/09 تحت رقم 45301 جاء فيه انه من المقرر شرعا ان الزوجة تستحق كامل الصداق اذا توفي زوجها قبل الدخول بها ولم يكن قد وقع حكم بفسخ العقد بالطلاق "[1]فإذا تم الدخول فالزواج يثبت ويكون صحيحا وتستحق الزوجة بذلك صداق المثل وهذا ما نجده في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/11/17 تحت رقم 21422 الذي جاء فيه أن أن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضى للزوجة بصداق المثل .

03: شرط الولي في عقد الزواج :

يعد الولي شرط من شروط عقد الزواج حسب ما ورد في نص المادة 09 مكرر من ق أ ج والولي هو أبو الزوجة أو الوصي أو الأقرب من عصبتها أو ذوي الرأي من أهلها أو السلطان لقوله

[1]سعد عبد العزيز ،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص375.

صلى الله عليه وسلم"لا نكاح إلا بولي "فيملك الولي سلطة قانونية ولائية على النفس وهي سلطة منحها القانون الحق في تزويج غيره[1].

والولاية في الزواج تنقسم إلى قسمين ،ولاية إختيار وولاية إجبار .

***ولاية الإجبار** :وهي التي يستبد فيها الولي ولايته الكاملة على المولى عليه.[2]

***ولاية إختيار** :وهي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه بل لابد من أن تتلاقى إرادة الزوجة مع إرادة الولي ،ويشترط الإحتيار ،ويتولى هو الصيغة وتكون الولاية على المرأة البالغة سواء كانت بكرا أو ثيب لأنها سلطة ثابتة للولي.[3]

وعليه يشترط في الولي أربعة شروط بحيث لو فقد أحد منها لم يكن له الحق في الولاية .

-أن يكون ذكرا:فلا تصح ولاية الأنثى ،قال الرسول صلى الله عليه وسلم:"لا تزوج المرأة المرأة ،ولا تزوج المرأة نفسها ،فإن الزانية هي التي تزوج نفسها."

-أن يكون بالغا .فلا تجوز ولاية الصبي مميزا كان أوغير مميز.

-أن يكون حرا فلا تجوز ولاية العبد مطلقا.

-أن يكون عاقلا فلا تجوز ولاية المجنون أوالمعتوه

-لا تجوز ولاية المسلم على غير المسلم.لقوله تعالى :"ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"الأية140 سورة النساء .

[1]مريم زيان ،لامية زياني ،تسجيل عقد الزواج والاشتراط فيه،مذكرة لنيل شهادة الماستر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة بجاية ،2010-2011،ص7

[2] محمد أبو زهرة ،المرجع السابق ،ص136

[3] عيسى حداد ،ص120.

-عدم الإحرام بحج أو عمرة :فلا يجوز للمحرم أن يتولى عقد النكاح "لا ينكح الحرم ولا ينكح"

تنص المادة 11 من ق أ ج :"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أوأحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره "دون الإخلال بأحكام المادة 07من هذا القانون "يتولى زواج القصر أوليائهم.وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له."وعليه فالمشرع أخذ بالرأي الذي يشترط الذكورة وهو رأي أغلب الفقهاء

من خلال التعديل الجديد يعترض على المادة11 من الأمر 05-02بإعتبار الولاية أمرا شكليا فالمرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في عقد زواجها كما جعل بإمكان كل شخص غريب أن يكون وليا .

أ:أثر تخلف شرط الولي في قانون الأسرة :

بعد تعديل المشرع لقانون الأسرة وبعد محاولته المساواة بين الرجل والمرأة نص على أن الولي شرط صحة في عقد الزواج .جاء في نص المادة 33".....إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه .يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل "

04:الشهود في الزواج وفقا لقانون الأسرة:

أ :مفهوم الشهادة:

لغة:

الشاهد نفي اللغة عبارة عن الحاضر والشهادة خبر قاطع تقول منه شهد الرجل على كذا وشهد شاهد عند الحاكم أي بين ما يعلمه وأظهره ،وشهد فلان على فلان بحق فهو شاهد وشهيد والمشاهدة أي المعاينة ،ومنه قوله تعالى:"**واستشهدوا شهيدين من رجالكم**."البقرة 282.

شرعـا:

اشتقاق الشهادة من المشاهدة والمعاينة فمن حيث أن السبب المطلق للأداء المعاينة سمي الأداء شهادة وإليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله للشاهد :"**إذا رأيت مثل الشمس فأشهد وإلا فدع** " [1]

لم يخص المشرع الجزائري الشهادة أو الشاهدين بأي تعريف محدد لذا يمكن القول ان الشاهدين هما رجلان أو أكثر يحضران مجلس العقد فيشهد على كل ما يدور بمجلس عقد الزواج ويشترط ف الشهود الشروط التالية :

-**العقل** :فالهدف من الشهادة هو الإعلان والإثبات في حال النزاع.

-**البلوغ** :فلا يمكن للصبي الغير بالغ أن يشهد على عقد الزواج وهو ليس أهلا لذلك.

الإسلام :يجب أن الشهود مسلمين إذا كان الزوجين مسلمين .

-**التعدد**:تماشيا مع ما جاء في سورة البقرة في قوله تعالى "واستشهدوا شاهدين من رجالكم "

-**سماع** الشهود كلام المتعاقدين وفهم المراد منه

-**ذكورة الشاهدين** :فلا تجوز شهادة النساء في الحدود والنكاح والطلاق[2] .

-**بلوغ سن 21 فأكثر** :جاء في نص المادة 33 من القانون المدني الجزائري :"يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونو بالغين 21سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميز فيما يخص الجنس .

[1] عيسى حداد مرجع سابق ،ص153.

[2]وهبة الزحيلي ،مرجع سابق ،ص 74.

وقد اشارت المحكمة العليا في قراراتها المختلفة إلى أن الزواج السري لا يقره الشرع والقانون لأنه يخالف الشروط والأركان للأحكام الرعية الإسلامية وعلى هذا لايكفي حضور شاهد واحد للقضاء بصحة الزواج العرفي والتناقض في الشهادة يزيل أثرها الشرعي ويمنع بناء الحكم عليها ،ونلاحظ في هذا الخصوص بأنه الزواج العرفي بعد موت أحد الزوجين بشهادة الشهود واليمين .[1]

ب: أثار تخلف شرط الشهادة في القانون :

حسب ما جاء في نص المادة 33 من قانون الأسرة فإنه إذا إنعقد مجلس عقد الزواج دون شهود وتم اكتشافه قبل الدخول يفسخ العقد و لا تستحق الزوجة الصداق أما إذا تم الدخول ففي هذه الحالة يثبت بصداق المثل .

05 :شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج:

نص المشرع في المادة 09 على شرط خامس يتعلق بخلو المرأة من الموانع الشرعية للزواج ويقصد بها تلك المنصوص عليها في المواد 23الى 32من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على المحرمات أي المرأة التي لا يمكن للرجل الارتباط بها بعقد زواج لأسباب محددة .

أ: **المحرمات المؤبدة**:نصت المادة 24 على أن :موانع النكاح المؤبدة هي القرابة .المصاهرة والرضاع"

* :**القرابة** :وهي الأمهات .البنات .الأخوات .العمات .الخالات .بنات الأخ.بنات الأخت .

[1] بلحاج العربي ،أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة ،المرجع نفسه،ص434.

***:المحرمات بالمصاهرة:** يقصد بها التحريم بسبب الزواج[1] وهن أصول الزوجة بمجرد العقد عليها وفروعها إن حصل الدخول بها .أرامل أو مطلقات اصول الزوج وإن علو أرامل ومطلقات فروع الزوج وإن نزلوا وهو ما نصت عليه المادة26.

***:المحرمات بالرضاع:**نصت المادة 28 على أنه:"يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها ويسري التحريم عليه وعلى فروعه" وحسب نص المادة 29 فإنه يشترط أن تتوفر في الرضاع جملة من الشروط تتمثل في :

-أن تكون المرضعة إمرأة .

-يجب أن يكون الرضاع في مدة الحولين أو قبل الفطام .

-لا يؤخذ بعين الاعتبار كمية اللبن سواء كانت قليلة أو كثيرة .

ب-المحرمات المؤقتة :نصت المادة 30 على ،أنه"يحرم من النساء مؤقتا المحصنة المعتدة من طلاق أو وفاة والمطلقة ثلاثا .كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع زواج المسلمة من غير المسلم"

3:أثر الزواج بإحدى هذه المحرمات من النساء :يفسخ عقد الزواج قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء هذ ا بموجب المادة 34 من ق أ ج ومعنى الاستبراء أنه يجب على المرأة التي تزوجت وهي محرمة على زوجها حتى تستبرأ رحمها .

[1]عمر سليمان الأشقر ،مرجع سابق ،ص240.

ب : أثر الزواج بإحدى المحرمات في القانون الجزائري :

نص المشرع الجزائري على الأثار المترتبة عن الزواج بإحدى المحرمات في المادة 32المعدلة في القانون05-02بقوله يبطل الزواج إذ إشتمل على ما منع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

الفرع الثالث:الشروط الشكلية لعقد الزواج:

أقرت معظم القوانين الوضعية من بينها القانون الجزائري مجموع الشروط الموضوعية ولأركان السابق ذكرها مع بعض الإختلافات في التسمية والترتيب وحتى تكتمل تلك الشروط ويتم العقد بطريقة صحيحة استوجب إستحضار شروط شكلية تمنح للعقد الصفة الرسمية تتمثل في تسجيل العقد.

أولا:الموظف المختص بتحرير عقد الزواج الرسمي:

نصت المادة 18من ق أ ج على أنه يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف

مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 09 والمادة 09 مكرر من هذا القانون "ونصت المادة 03 الفقرة 03من قانون الحالة المدنية الصادر 1970 بموجب الأمر 20/70 على أنه يكلف ضابط الحالة المدنية ما يلي تحرير عقد الزواج "من خلال قرائتنا للمادة نجد ان المسؤول عن تحرير عقود العقود هو الموثق وضابط الحالة المدنية .

01:الموثق:

تنص المادة 03من القانون رقم 02-06على "إن الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية ،يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية ،وكذا العقود التي رغب

الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة"[1]

02:ضابط الحالة المدنية :

إن ضابط الحالة المدنية هو رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه،وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة القنصلية ورؤساء مراكز القنصلية

ثانيا:إبرام عقد الزواج:

01:الإختصاص النوعي :يتمثل في ما يلي :

-تحرير وتسجيل عقود الزواج تطبيقا للقانون.

-إستلام شهادات الإعفاء من سن الزواج بالنسبة للقاصرين ،وشهادات الإذن

بالزواج للعسكريين.[2]

02:الإختصاص الإقليمي :

داخل الوطن:لإضفاء الصبغة الرسمية للزواج بالنسبة للجزائريين المقيمين داخل الوطن يكون في مقر البلدية أو مكتب الموثق .

خارج الإقليم:أشارت المادة 97من قانون الحالة المدنية أن"الزواج الذي يعقد في بلاد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني "وجاء في الفقرة الثانية

[1]القانون رقم 06-02المؤرخ في 20فبراير 2006،الجريدة الرسمية العدد 14 ، مؤرخة في 08جوان 2006،المتعلقة بمهنة الموثق

[2]دليلة معزوز ،إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلات الإثبات في الزواج العرفي ،مذكرة لنيل الماجستير ،الجزائر ،2004،ص:95.

من نفس المادة :"أنه يتم عقد الزواج أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو القنصل الجزائري ".

ثالثا:إجراءات تسجيل عقد الزواج الرسمي .:

نصت المادة 21 من قانون الأسرة على أنه"تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج "فبالرجوع الى قانون الحالة المدنية نجد أنه حدد إجراءات عقد الزواج من المادة 71 الى المادة 77وهي :

01:الوثائق المطلوبة لابرام عقد الزواج:والتي تتمثل فيما يلي :

-شهادة ميلاد الزوج والزوجة مؤرخة بأقل من 03 أشهر مستخرجة من سجل الحالة المدنية .

-الدفتر العائلي إذا تعلق الامر بشخص يريد إعادة الزواج .

-بطاقة التعريف الوطنية .

اما فيما يخص المرأة التي تزوجت من قبل فيلزم عليها تقديم الوثائق التالية :

-نسخة من عقد وفاة الزوج السابق ،أو نسخة من عقد ميلاده يشار فيها الى وفاته أو نسخة تبين الطلاق .

ومن الوثائق المطلوبة الواجب تقديمها :وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر ،تبين خلو المقبلين على الزواج من أي مرض ،أو مشكل قد يتعارض مع الزواج[1] .

[1]عبد العزيز سعد ،نظام الحالة المدنية في الجزائر ،ط2،دار هومة ،الجزائر ،بدون سنة نشر ،ص:54.

02:كيفية تسجيل عقد الزواج الرسمي :

بعد تأكد الموثق وضابط الحالة المدنية من توفر جميع الوثائق اللازمة لإبرام عقد الزواج يقومون بمباشرة إجراءات التسجيل ،فإذا كان الموثق هو الذي يتكلف بعملية التسجيل فإن عليه أولا التأكد من رضا الطرفين والشروط ،ثم وفي أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ تسجيل العقد يقوم بإرسال ملخص الى ضابط الحالة المدنية لتسجيله بسجلات الحالة المدنية ،ومن ثمة وخلال مدة خمسة أيام الموالية لوصول الملخص يسجل العقد في سجل الحالة المدنية ويسلم للزوجين دفترا عائليا ،يكتب بيان الزواج في سجلات الميلاد على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين .

لا يجوز مخالفة نص المادة 46 من قانون الحالة المدنية التي تنص على أنه:"تبطل العقود عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها ،ولو أن العقد في حد ذاته كان صحيحا شكلا ،كما يجوز أيضا إبطال العقد عندما يكون محررا بصورة غير قانونية ولو كانت بيانات صحيحة"

خلاصة الفصل الأول

تضمن الفصل الأول مفهوم عقد الزواج بشقيه الشرعي والقانوني كما تم التعرض الى مجموعة الشروط والأركان التي يجب أن يتضمنها عقد الزواج ومن ثمة يمكننا القول أن عقد الزواج كغيره من العقود يتضمن مجموعة من النقاط من أجل إتمامه ومن أجل منح القوة القانونية ،وبالتالي تضمن مجموعة من الأركان في ننظر الفقهاء المسلمين ، في حين المشرع الجزائري جعل لعقد الزواج ركنا واحدا في الأمر 05-02 المتمثل في ركن الرضا بعد أن كان لا يفرق في القانون القديم بين الشرط والركن ،والرضا يتمثل في الإيجاب والقبول بين طرفي العقد الرجل والمرأة في نظر كل من المشرع والفقهاء .

بالإضافة إلى ركن الرضا يتوجب أن يتوفر العقد على مجموعة من الشروط تتمثل في الولي والصداق والشاهدان وكذا خلوه من الموانع الشرعية ، بالإضافة إلى مجموعة الشروط والإجراءات الشكلية ، في الوقت الذي لم تحدد فيه الشريعة طريقة معينة من أجل منح تسجيل العقد واكتفت عند قوله صلى الله عليه وسلم :"أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد" .

الفصل الثاني

الزواج الفاسد

يعتبر عقد الزواج أهم العقود التي ينشئها الإنسان في حياته لذلك حضي باهتمام كبير من طرف الشارع الحكيم والمشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة الجزائري نظرا لما يترتب عليه من آثار خطيرة تنتج داخل الأسرة وتمتد حتى إلى المجتمع وعلى أساس هذه النظرة للزواج جاءت أحكام شرعية تفصيلية وكذا قانونية مبينة لطرق قيام عقد الزواج وما يلزم ذلك من أركان وشروط كما بيناه في الفصل الأول .ولكن قد يحدث أحيانا أن تنعدم أو تختل بعض هذه الأركان أو الشروط في عقد *الزواج مما ينجر عنه حتما فساد العقد أو بطلانه وبما أن موضوعنا اليوم هو الزواج الفاسد هذا يدفعنا إلى التساؤل ما هي نظرة كل من الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري في مسألة فساد العقد.

المبحث الأول:مفهوم عقد الزواج الفاسد.

المطلب الأول:تعريف عقد الزواج الفاسد.

قبل التطرق إلى تعريف عقد الزواج الفاسد فقها وقانونا نأتي إلى تعريف العقد الفاسد لغة واصطلاحا ثم تحديد خصائص العقد

الفرع الأول :المعنى اللغوي والإصطلاحي والقانوني

التعريف اللغوي :الفساد لغة هو تغير الشيئ عن الحال السليمة فهو ضد الصلاح .[1]

[1]الراغب الأصفهاني ،معجم مفردات القرآن الكريم،تحقيق يوسف البقاعي (ب ط)،بيروت ،دار الفكر ،2009،ص55.

وقد قال الجوهري في الفساد فسد الشيئ يفسد فسادا والإستفساد خلاف الإستصلاح والمفسدة خلاف المصلحة .[1]

كما أن الفساد يطلق على عدة معاني ،فهو نقيض الصلاح والمفسدة خلاف المصلحة ،[2]وهو التلف والعطب والاضطراب وإلحاق الضرر.[3]

التعريف الإصطلاحي :

عرف الأحناف:

العقد الفاسد بأنه العقد المشروع بأصله لا بوصفه وضابط العقد الفاسد عندهم هو ما فاته شرط من شروط الصحة[4] .فالخلل في العقد الفاسد يرجع إلى وصف من أوصافه أو شرط من شروطه لا إلى ركن من أركانه .

أو هو العقد الذي توفر فيه الرضا واختل فيه شرط من الشروط واشتمل على مانع من الموانع .[5]

وعرفه الزرقا بقوله:هو إختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية

[1]ابراهيم شامي مكاعن شيبة ،الفسخ في العقود المالية ،رسالة ماجستير ،كلية الشريعة الإسلامية ،جامعة أم القرى العربية ،السعودية ،1989،ص14.

[2] ابن منظور ،ج3،ص335.

[3] أنظر ،مجمع اللغة العربية ،معجم الوسيط ،ط4،مكتبة الشروق الدولية ، مصر ،2004،ص 688.

[4]عمر سليمان الأشقر ،احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ،دار النفائس للنشر والتوزيع ،الاردن ،1997،ص94.

[5] سليمان ولد خسال،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ا،الطبعة الاولى ،شرك الأصالة،الجزائر ،2012.ص72.

يجعله مستحقا للفسخ"[1]

فسبب الفساد هو إختلال في شروط صحة العقد وهي عناصر خارج ماهيته مع إنعقاده لسلامة أركانه،

تعريف العقد الفاسد على مذهب الإمام مالك:الفساد نوعان :

1العقد المجمع على فساده :

ومن أمثلة ذلك نجد نكاح المحارم بنسب أو رضاع والجمع بن الأختين وتزوج الخامسة في عدة الرابعة .

2العقد المختلف في فساده:

مثل النكاح في حال الإحرام بالنسك فإنه فاسد عند المالكية صحيح عند الحنفية .وفيه المسمى إن كان حلالا بعد الوطء ومهر المثل إن كان المهر حراما كخمر ولا شي فيه إن فسخ قبل الوطء ومنه نكاح الشغار فإنه وكان لا يجوز الإقدام عليه بالإجماع ولكن الحنفية يقولون بصحته بعد الوقوع والمالكية يقولون بفساده.

تعريف العقد الفاسد على مذهب الإمام احمد بن حنبل:

النكاح الفاسد هو ما إختل فيه شرط ومنه نكاح المتعة ونكاح الشغار ومنه أن يشترط ما ينافي العقد كأن يتزوجها بشرط أن لا يحل له وطؤها .

[1]مصطفى الزرقا،المدخل الفقهي العام ،ج2،ط1،دار القلم ،دمشق،1998،ص739.

تعريف العقد الفاسد عند الشافعية :

النكاح عندهم هو ما إختل شرط من الشروط المقدمة أما النكاح الباطل فهو ما إختل فيه ركن وحكم الفاسد واحد في الغالب[1].

التعريف القانوني :

نجد المشرع الجزائري عنون النكاح الفاسد والباطل معتمدا على التقسيم الثلاثي كون عقد الزواج إما يكون صحيح أو باطل أو فاسد ولكن لم نجد في نصوص مواده كلمة فاسد وإنما أستفيد هذا الوصف من المادة 33 و35 التي تثبت الزواج بعد الدخول مع إختلال العقد،ووافقته في هذه المنهجية المدونة المغربية وقانون الأحوال الشخصية الأردني والسوري ومجلة الأحوال الشخصية التونسية .

المشرع الجزائري لم يعرف الزواج الفاسد في قانون الأسرة بل إكتفى فقط بذكر الأسباب المؤدية إلى فساد عقد الزواج وهذا ما يمكن إستنتاجه من خلال المادة 09مكرر من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 التي تناولت الشروط اللازمة لقد الزواج. بالإضافة إلى ما جاءت به المادة 2/33 من نفس القانون التي تحدثت عن فسخ عقد الزواج قبل الدخول إذا تم دون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة

وجوبه .ويثبت بعد الدخول بصداق المثل .

1نور الدين أبو لحية ،عقد الزواج وشروطه،دار الكتاب الحديث للطباعة والنشر والتوزيع،الطبعة الاولى ،القاهرة ،ص64،ص65.

ويعرف على أنه كل زواج استوفى ركنه الأساسي بالإيجاب وفقد شرط من شروط الصحة.

وعليه من خلال ما جاء في المادتين يمكن إستنتاج تعريف للزواج الفاسد بأنه"كل زواج فقد شرطا من الشروط الواردة في نص المادة 09 مكرر وتبين أمره قبل الدخول طبقا للمادة 33-02 من الأمر 05-02

الفرع الثاني :خصائص العقد الفاسد:

1:العقد الفاسد منعقد في ذاته سليم في جوهره ،ولكن لم يكتمل وجوده لفقده عناصر أساسية بحيث لا يصلح لترتيب أثاره.

2:العقد الفاسد فاقد للمشروعية فهو منهي عنه وموجب للفسخ.

3:العقد الفاسد يقبل التصحيح إذا قامت موانع الفسخ ترجيحا للمصلحة.

4العقد الفاسد يفسخ بإرادة الطرفين وبقوة التشريع وبحكم القاضي فيكون حكمه منشئا.

5:العقد الفاسد تترتب عليه بعث آثار العقد الصحيح .

6:العقد الفاسد لا تلحقه الإجازة ولا يرتفع بها ولكن يزول وصف الفساد عنه بإرتفاع سبب الفساد.[1]

[1]محمد أحمد السراج،نظرية العقد ،ص 177-180.

التكيف الشرعي للزواج الفاسد:

فرق الحنفية بخلاف المذاهب الفقهية الأخرى بين الزواج الفاسد والزواج الباطل وعليه يمك تحديد التكيف الشرعي للزواج الفاسد وفق ما جاء به الأحناف حيث يرون بأنه يقتضي التفرقة بين ما ثبت النهي عنه بدليل قطعي وما ثبت بدليل ظني حتى في باب النكاح فكل نكاح ورد بالنص القاطع تحريمه كنكاح المحارم والمتعة والمؤقت وغيرها باطل وما اختلف فيه فهو فاسد إشارة الى المختلف في صحته وفساده وبين المتفق على بطلانه فعبرو عن الخلافية بالفساد وعن الاتفاقية بالبطلان .

المطلب الثاني :أنواع عقد الزواج الفاسد وحالاته:

الفرع الأول :أنواع عقد الزواج الفاسد وفق الشريعة الإسلامية .

هناك أنكحة فاسدة ورد النهي فيها صراحة نذكر منها :

أولا:نكاح الشغار :

وهو ما كان سائدا في عصر الجاهلية .وصيغته أن يزوج الرجل موليته لرجل آخر على أن يزوجه هذا الأخير موليته ولا صداق بينهما[1].

لقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن نكاح الشغار باطل بإستثناء الحنفية الذين قالوا ببطلان الشرط وصحة العقد مع وجوب مهر المثل لكل واحدة من المرأتين[2] وذلك لأن النبي

[1]رمضان علي السيد الشرنباصي ،أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية،ص60.
[2]الشوكاني ،تيل الأوطار ،ج5،دار الجبل ،بيروت ،لبنان ،ص279.

صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار وقد النهي بنص حديث إبن عمر قال :"نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الشغار .والشغار أن يزوج الرجل إبنته على أن يزوجه إبنته وليس بينهما صداق[1] .

وعلة التحريم هو أن مبادلة إمرأة بإمرأة أخرى دون صداق يعد ظلما كبيرا للمرأة وبخسا لحقها .

أما بالنسبة لقانون الأسرة بالرجوع إلى نص المادة 35 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 التي نصت على أنه "إذا إقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا "[2]

ومنه نستنتج أن زواج الشغار رغم كون ركنه موجود شروطه متوفرة إلا أنه يبطل لوجود توافق إرادتين على إسقاط المهر .

ثانيا:نكاح التحليل :

هو أن يتزوج الرجل المرأة المبتوتة ثلاثا ليحلها لزوجها الأول الذي طلقها ودليل تحريمه حديث إن مسعود رضي الله عنه قال :"لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له"[3]

[1]البخاري ،الجامع الصحيح ،ج9،ص162.

[2]قانون الأسرة الجزائري ،المعدل بالأمر 05-02،المادة 35.

[3] النسائي ،الطلاق باب احلال المطلقة ثلاثا وما فيه من التغليظ،ج9،ص149.

وإتفق الفقهاء المسلمون على حرمة وبطلان نكاح التحليل لكن ذهب الحنفية إلى القول بصحة العقد مع الكراهية وعدم فساد العقد بهذا الشرط الفاسد لأن الشروط الفاسد عندهم لا تبطل العقد بل يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا مرتبا لآثاره وذهب الشافعية إلى القول ببطلان العقد إذا ذكر شرط التحليل في العقد[1] .

أما الملكية والحنابلة فذهبوا إلى القول ببطلان نكاح التحليل مطلقا سواء ذكر شرط التحليل أم لم يذكر لأن العبرة تكون بالنيات لا بالألفاظ والمبادئ[2] .

أما المشرع الجزائري فقد نصت المادة 51 من القانون05-02 على أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء "وعليه فالمشرع قد منع زواج التحليل .

ثالثا-نكاح المتعة :

هو كل نكاح حدد فيه الأجل في العقد كأن يعقد عليها على أن يتزوجها سنة.سواء صرح فيه بلفظ المتعة أم لا .

وجمهور العلماء لا فرق عندهم بين نكاح المتعة الذي ورد فيه النصوص بالنهي عنه وبين النكاح المؤجل أو النكاح إلى أجل[3] .

[1]ن،2001،ص460. رشيد شحاتة،الاشتراك في الفقه الإسلامي ،دار الفكر العربي،ط1،بيروت ،لبنا

[2]لبنان ،ص05. ابن القيم ،زاد المعارف في هدى العباد،مجلد1،دار الكتاب العربي ،

[3]عبد القادر داوي ،المرجع السابق،ص460.

ويختلف نكاح المتعة عن الزواج المؤقت من حيث أن المتعة يكون العقد فيها بلفظ التمتع أما النكاح المؤقت فيكون يلفظ الزواج أو النكاح أو ما يقوم مقامهما بحضور الشهود مع تحديد المدة[1] .

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من هذا النكاح فلقد نص في المادة 32و33 من القانون رقم 05-02 حيث نستنتج أن زواج المتعة باطل وذلك لغياب نية التأكيد رغم توفر كافة الشروط وخلوها من الموانع الشرعية إلا أنه لا يصح .

رابعا -الزواج بنية التطليق :

هذا الزواج ينشأ بلفظ النكاح أو الزواج ولكن يقترن بالصيغة ما يدل على تأقيت الزواج بوقت معين محدد طال أم قصر[2] .

خامسا-نكاح المريض مرض الموت :

من عقد على إمرأة وقت مرض وفاته فإن هذا العقد غير صحيح عند المالكية سواء كان المريض محتاجا للزواج أو لا وسواء أذنه الورثة أم لا و يفسح نكاحه قبل الدخول وبعده إلا إذا شفي من مرضه الذي طلق فيه فإن النكاح عندئذ يعتبر صحيحا أما جمهور الفقهاء فقد قالوا بصحته ولم يجعلوا من شروط صحة النكاح صحة الناكح[3].

سادسا -العقد على الخامسة أثناء عدة الرابعة :

[1]عبد الله حامد قمحاوي ،أحكام الاحوال الشخصة للمسلمين ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ،ص34.

[2]كوثر كامل غلي،أحكام تصرفات المرأة في الشريعة الاسلامية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،الطبعة الاولى ،2006،ص95.

[3]عبد القادر داودي ،الرجع السابق،ص158.

إذا كان الرجل متزوج بأربعة نسوة حرمت الخامسة .فإذ طلق الرابعة طلاقا بائنا فهناك اختلاف بين الفقهاء فمنهم من قال بأنه لا يجوز أن يعقد على الخامسة حتى تنقضي عدة الرابعة البائنة وهذا ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة ومنهم من قال بأنه يجوز العقد على الخامسة أثناء عدة الرابعة البائنة وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية[1].

سابعا –زواج المسيار:

يقول الدكتور أحمد الحجي الكردي في تعريفه :هو أن يتزوج رجل بالغ عاقل إمرأة بالغة عاقلة تحل له شرعا على مهر معلوم وشهود مستوفين لشروط الشهادة على أن لا يبيت عندها ليلا إلا قليلا وأن لا ينفق عليها ،سواء كان ذلك شرط مذكور في العقد أم لا .[2]

غير أن إشتراط اسقاط بعض حقوق المرأة الواجبة على الزوج ،فيه أن الشرط ينافي مقتضى العقد أو يخالف حكما شرعيا ثابتا وقواعد آمرة في قانون الأسرة تنتمي للنظام العام ،ومقتضى ذلك أن العقد يصح ويبطل الشرط عند جمهور العلماء ويقع النكاح فاسدا عند المالكية يفسخ قبل الدخول ويصحح بعده.ولكن بعض الفقهاء أفتوا بفساد هذا النكاح تأسيسا على انعدام مقاصد الزواج فيه وكذا مناقضة مقتضاه إذ لا يجوز إسقاط النفقة عن الزوجة قال تعالى:"وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن

[1]الأهدل عبد الرحمن بن عبد الرحمن ،الانكحة الفاسدة ،منشورات المكتبة الدولية ،الرياض ،مكتبة الخافقين ،دمشق ،الطبعة الاولى ،1983،ص239-240

[2]أسامة عمر الأشقر ،مستجدات فقهية في قضايا الزواج ،لا ط ،الأردن ،دار النفائس ،2000،ص41.

بالمعوف"البقرة233،وفي قوله صلى الله عليه وسلم :"ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف "[1]

وللمرأة حق المطالبة بحق المهر و النفقة عليها وعلى الأولاد لأن شرط إسقاطها عنه فاسد لخالفته للنظام العام من جهة ،ولوقوعه في مقابل النصوص الآمرة والناهية جهة ثانية،لقوله صلى الله عليه وسلم :"ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مـائة شرط"

ومل ذلك شرط التنازل عن حقها في المبيت أو إسقاط القسم فيه مع زوجاته كأن يكون لها أيام معينة ،أو في النهار دون الليل .

الفرع الثاني :حالات الزواج الفاسد وفق قانون الأسرة الجزائري :

يكون الزواج فاسدا في الحالات التالية :

أولا–إذا تم الزواج بفقد شرط واحد من شروط الصحة :

كما لو كان العقد بدون شهود أو بدون ولي في حالة وجوبه أو بدون صداق أو شاب الإرادة عيب من عيوب الرضا بإكراه أو تدليس أو غلط .فإن عقد الزواج يعتبر فاسدا ويفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويصحح بعد الدخول بصداق المثل وهذا ما نصت عليه المادة 33الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري .

[1]مسلم ،الجامع الصحيح ،كتاب الحج باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم ،ج8 ص183.

ثانيا-إذا اشتمل العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد(الشرط الفاسد) :

أو يتعارض مع أحكام القانون وذلك طبقا لما جاء في المادة 19 من ق أ ج "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج وفي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون .

ونصت المادة 32 من ق أ ج على أنه"يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد " غير أن المشرع الجزائري صححه بالدخول حيث قرر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا .هذا اسنادا لما جاء في نص المادة 35 من ق أ ج "إذا إقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا "[1]

ونجد في المدونة المغربية في الفصل 38"إذا إقترن العقد بشرط ينافي نظامه التشريعي أو ينافي مقاصده كان الشرط باطلا والعقد صحيح "والمشرع الكويتي أحسنهم صياغة والتزم المذهب الحنبلي إذ نصت المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي :"إذا إقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد ،وإذا إقترن بشرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه أوطان محرما شرعا بطل الشرط وصح العقد."

[1]هشام ذبيح ،مداخلة حول اشكالية الزواج والزواج الباطل في ظل قانون الاسرة الجزائري ،قدمت في ملتقى تحت عنوان المسائل المقترح تعديلها في قانون الاسرة الجزائري يومي 24-25ماي 2017،جامعة البليدة ،ص03-04.

الفرع الثالث:معيار تصنيف الزواج غير الصحيح الى باطل وفاسد:

للوصول الى معيار فقهي مميز لباطلان الزواج من فساده لابد من تتبع للنصوص الفقهية .

يختلف النكاح الفاسد عن الباطل من حيث ورود النهي في الشرع عنه فقواعد الحنفية تقتضي التفرقة بين ما ثبت النهي عنه بدليل قطعي وما ثبت بدليل ظني حتى في باب النكاح ،فكل نكاح ورد النص القاطع تحريمه كنكاح المحارم والمتعة والمؤقت وغيرها باطل ،وما أختلف فيه فهو فاسد .

ويختلف الفاسد عن الباطل من حي سبب الخلل فالباطل منعدم فيه الركن أو الشرط أو شرط الانعقاد أو وجد وصف مانع تعلق بالمحل ،واما الفاسد ففيه خلل في شرط من شروط الصحة وهذا معيار أساسي لفساد العقد[1]

المبحث الثاني :آثار الزواج الفاسد .

سنتطرق في هذا المطلب إلى تحديد آثار الزواج الفاسد في الفقه الإسلامي قبل البناء وبعده ثم نتناول أثار الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري

[1]ابن حامد الغزالي محمد الطوسي ،الوسيط في المذهب ،تحقيق محمد محمد تامر ،ج5، ، ط1، القاهرة،دار السلام للطباعة و النشر،1997 ص30.

المطلب الأول :أثار الزواج الفاسد في الفقه الإسلامي :

يترتب على الزواج الفاسد عدة آثار قبل الدخول وبعده وسنتناولها كالأتي:

الفرع الأول :أثار الزواج الفاسد قبل الدخول :

العقد الفاسد الأصل فيه أنه لا ينتج أثرا لأنه عقد غير صحيح ومنهي عنه،وبناءا على دلك فإن العقد الفاسد لا ينتقل به الملك ،وليس لأحد العاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ العقد .والعقد الفاسد لا يجوز بالإجازة حيث يقول الزيلغي :"الفاسد لا يجوز بالإجازة ولا يرتفع الفساد به"[1] فالعقد الفاسد و إن كان غير صحيح فهو مع ذلك منعقد وله وجود شرعي لا وجود مادي فقط،ولكن يجوز لكلا المتعاقدين أن يتمسك بفسخه،فالفسخ يعني أن للعقد وجود شرعي فلولا هذ الوجود لم تكن هناك حاجة الى الفسخ [2] فالعقد الفاسد إذن له شرعي ولكن وجوده مهدد بالزوال في كل وقت عن طريق الفسخ لأن فعله معصية فعلى العاقد التوبة منها بفسخه[3] وعليه فيجب على كل من العاقدين فسخه رفعا للفساد .[4] وإذا كان العقد الفاسد يستحق الفسخ دفعا للفساد عنه فإنه يستحقه لغيره لا لعينه حتى لو أمكن دفع سبب الفساد بدون فسخ العقد لا ينفسخ وينقلب صحيحا .

إذا إختل شرط من شروط صحة الزواج يعتبر عقد الزواج فاسدا ويجب على الزوجين الافتراق و إن لم يفترقا وإن لم يفترقا فرق بينهما القضاء ومجرد هذا العقد الفاسد لا

[1] الزيلغي ،ج5،ص182

[2] عبد الرزواق السنهوري ،ج4،ص156

[3] ابن نجيم ،البحر ج6،ص99

[4] محمد كمال بن مصطفى أبن محمود الطرابلسي ،الفتاوى الكاملة في الحوادث الطرابلسية ،ددن،1895،ص77.

يترتب عليه أثر بمعنى أن المتزوجين زوجا فاسدا إذا إفترقا قبل الدخول فلا عدة على الزوجة ولا مهر لها ولا تثبت بينهما حرمة المصاهرة ولا النسب ولا يتوارثان لو مات أحدهما ولا يترتب على مجرد العقد أثر[1]، والزواج الفاسد يعتبر عند الحنفية كالباطل لا أثر له ويجب التفريق بين الزوجين [2].

الفرع الثاني :أثار الزواج الفاسد بعد الدخول

يترتب على الدخول في النكاح الفاسد ما يلي :

*لا يقام على الرجل والمرأة حد الزنا بالاتفاق لوجود الشبهة الدارئة للحد عنهما .

*يجب على الرجل مهر المثل إن لم يكن مسمى لها مهر عند العقد أو بعده فإن كان سمي لها مهرا وجب عليه المهر المسمى .

*تثبت بهذا الدخول حرمة المصاهرة .

*تثبت به العدة على المرأة وقت افتراقهما أو وقت تفريق القاضي ولا تجب لها نفقة في هذه العدة .

*يثبت نسب الولد .

[1]عبد الوهاب خلاف ،أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ،ط2،دار القلم للنشر والتوزيع ،الكويت ،1990م،35.
[2]هشام ذبيح ،المرجع السابق ،ص04.

*لا توارث فيه إذا مات أحدهما ولو قبل التفريق بينهما ولا تجب به على الرجل نفقة ولا سكنى لما لا تجب عليها طاعة للزوج ولا يقع به طلاق للمرأة [1].

المطلب الثاني :أثار عقد الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري .

أكثر القوانين العربية أثبتت آثار أربعة في عقد الزواج الفاسد وهي من آثار الزواج الصحيح فأثبتوا النسب وحرمة المصاهرة ومهر المثل والعدة غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق لحرمة المصاهرة في فصل النكاح الفاسد والباطل والإجتهاد القضائي تكفل بذلك ونص على مهر المثل في المادة 33فقط بإعتباره ذكر النسب والإستبراء فالنكاح الباطل فيثبتان في الفاسد من باب أولى.

رتب المشرع الجزائري الفسخ كجزاء لتخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة المادة 09مكرر وذلك إذا تبين قبل الدخول ولا صداق للزوجة .ويثبت بعد الدخول بصداق المثل هذا ما نصت عليه المادة 33فقرة 2 .

الفرع الأول ا:آثار عقد الزواج الفاسد قبل الدخول :

لا يترتب على هذا العقد أي أثر من أثار الزواج الصحيح فلا تعتد المرأة ولا تجب لها النفقة ولا الصداق (المادة 33 من قانون الأسرة)ولا توارث بين الزوج والزوجة ،ويتعين عليهما أن يفترقا من تلقاء نفسيهما ،بحيث أن الرابطة الزوجية أصبحت فاسدة ،ويعتبر العقد غير موجود حكما[2]

[1]نور الدين بولحية ،المرجع السابق ،ص68.

[2]بن ملحة الغوثي ،ص75

***الزواج بدون شهود:**

أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور حيث اشترط في المادة 9مكرر من قانون الأسرة لصحة عقد الزواج حضور الشاهدين في مجلس العقد ،أثناء تبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين [1]

وبخصوص هذه المسألة تشترط المحكمة العليا في اجتهاداتها الإشهاد لصحة عقد الزواج وهو ما قضت به في قرارها الصادر بتاريخ 2005/02/23 بأنه :"يجوز إثبات أو عدم إثبات واقعيتي الزواج العرفي والطلاق ،سماع الشهود لأول مرة على مستوى الإستئناف "[2] كما قضت أيضا في قراراها الصادر بتاريخ 1999/04/20 أنه:"يثبت الزواج العرفي متى تبين أن أركانه متوفرة طبقا لأحكام المادة09 مكرر من قانون الأسرة ومتى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج متوفرة بما فيها الإستماع الى الشهود والإمام الذي قرأ الفاتحة وتعين المهر وحضور الولي فإن القضاء بقضائهم بإثبات الزواج العرفي المبرم بين المدعية والمرحوم،طبقوا صحيح القانون ومتى كان أستوجب رفض الطعن"[3]

[1] بلحاج العربي أحكام...،ص 330

[2]أنظر ،المحكمة العليا ،غ أ ش ،2005/02/23،ملف رقم 315403،م م ع ،2005،عدد1 ،ص275.

[3]أنظر المحكمة العليا ،غ أ ش ، 1999/04/20، ملف رقم221329،إ ق،2001 ،عدد خاص ،ص60.

وبذلك اعتبر قانون الأسرة الشهادة شرط لصحة عقد الزواج ،يترتب على إغفالها الجزاء المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 33 على أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل .[1]

أما إذا إقترن غياب الشاهدين أثناء إبرام الزواج بغياب الولي ،أو بعدم تسمية الصداق مثلا ،فإن غياب الشهود هنا يتحول الى سبب من أسباب البطلان مع غيره [2]وهو ما أشار اليه المجلس الاعلى في قراره الصادر بتاريخ 1989/01/02 على أنه :"من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح أربعة وهي الصداق والرضا وشاهدين ،بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية ،ومن انه إذا إختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج ،ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بإنتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب رفضه لما كان من الثابت –في قضية الحال –أن الشاهد الأول صرح أنه لا يوجد ولي ولا صداق ،وأن الشاهد الثاني أنه أستدعي لحفلة العشاء ولا يعرف شيئا عن الزوج والزوجة ،فإن قضاة الإستئناف الذين قضوا بالغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء يرفض الدعوى لعدم التأسيس لإنعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.[3]

[1] أنظر ،المجلس الأعلى ،غ أ ش ،،1988/02/29،ملف رقم 48184،م ق 1991،عدد 1 ،ص 49 .

[2]عبد العزيز سعد ،الزواج....،المرجع السابق ،ص187.

[3]أنظر ،المجلس الأعلى ،غ أ ش ،51107/01/02،1989 م ق ،1992،عدد 3 ، ص 53 .

***إذا تخلف شرط الصداق:**

وتم معرفة ذلك قبل الدخول فان الفقرة 2 من المادة 33 من قانون الأسرة المعدل بالآمر 05-02[1] نصت على انه يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ويرتب العقد كافة أثاره .كما نصت المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري على أن الزوجة تستحق الصداق كاملا بالدخول او بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول وعليه فإن استحقاق الصداق للزوجة لا يتحقق الا بالدخول الحقيقي .

هذا ما سارت عليه المحكمة العليا ففي قرارها الصادر بتاريخ 1998/11/17 حيث قضت بأنه "إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضى للزوجة بصداق المثل متى تبين في قضية الحال أن الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العفي ماعدا الصداق بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه، فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب لأن عدم تحديد الصداق لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "[2]و تأكيدا لذلك أيضا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2001/01/23 بأنه:"يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا إختل ركن واحد طبقا

[1]قانون الأسرة الجزائري المعدل بالامر 05-02،المادة 33 فقرة02

[2]المحمة العليا ،غ أ ش ،1998/11/17،ملف رقم 210422،إ ق 2001،عدد خاص نص53.

لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة ،وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خلفوا القانون.[1]

إن الصداق في قانون الأسرة كما يقول الأستاذ فضيل سعد هو شرط صحة ،إذا تخلف كان العقد فاسدا وهو بالمعنى القانوني قابل للإبطال أي باطل بطلانا نسبيا.[2]

***إذا تخلف شرط الولي:**

في حالة وجوبه في عقد الزواج يترتب عليه الفسخ قبل الدخول ولا صداق للزوجة ويثبت بعد الدخول بصداق المثل هذا حسب ما جاء في نص المادة 33الفقرة2 من قانون الأسرة الجزائري *إذا تخلف شرط الإشهاد في عقد الزواج وتم معرفة ذلك قبل الدخول فانه يترتب عليه الفسخ ولا تستحق الزوجة الصداق أما إذا تخلف شرط الإشهاد وتم اكتشاف ذلك بعد الدخول فانه بالرجوع الى نص المادة 33فقرة 2 يثبت بصداق المثل ويرتب العقد كافة أثاره..

الفرع الثاني :حقيقة الفسخ وأنواعه:

يختلف مفهوم ومدلول مصطلح الفسخ بين الشريعة والقانون فما حقيقة ذلك وأيهما إعتمده المشرع الجزائري.

[1]أنظر ،المحكمة العليا ،غ أ ش ،2001/01/23، ملف رقم 253366، م ق 2002 عدد 2 ص 440.
[2]فضيل سعد ،اج1،ص 110.

01:حقيقة الفسخ:

لغة:الفسخ يرد بمعنى النقض والرفع وبمعنى الإزالة وهي معان يجمعها معنى التغيير ،والتحويل فإذا فسخ البناء تغير حاله ،وفسخ العقد إزالة آثاره ورفع حكمه.[1]

أ :في إصطلاح فقهاء الشريعة:

حقيقة حل راطة العقد وقيل هو حل العقد المنعقد لعدم توافر الرضا التام بعد انعقاده ولتعذر التزام كان مقرر بمقتضى العقد أو لمخالفة شرط فيه.[2]

ويظهر من التعريف أن الفسخ إنما يدخل على العقد الصحيح لخلل واقع فيه وخالف الأحناف فجعلوه يدخل على الصحيح والفاسد لأن هذ الثاني عرضة للفسخ لما إعتراه من خلل ،والمالكية يجعلون الفسخ يدخل حصريا على عقد الزواج الفاسد دون الصحيح لأن الصحيح يلحقه الطلاق ،والضابط هنا أن الفسخ إنما يرد على عقد منعقد لأن الباطل معدوم لا وجود له وإنما يفسخ الموجود لا المعدوم .

ب :حقيقة الفسخ في إصطلاح فقهاء القانون:

هوحل الرابطة العقدية في عقد ملزم لجانبين صحيح وساري الأثار جراء إخلال أحد أطرافه بإلتزاماته الناشئة عنه .[3]

---

[1]الراغب الأصفهاني ،معجم مفردات ألفاظ القرآن .ص371.

[2]حوران محمد سليمان ، نظرية الفسخ ،ط1 ،دمشق ،دار النوادر ،2012،ص51

[3]عبد الوهاب عرفة ،الفسخ والإنفساخ والتفاسخ،ط لا ،القاهرة ،دار المجد ،لا ت ،ص22.

ففي القانون الفسخ لا يرد إلا على عقد صحيح ,أما الباطل بطلانا مطلقا أو نسبيا فلا يتصور أن يلحقه الفسخ وذلك أن الأول معدوم والثاني مهدد بالزوال في إنعقاده[1]، كما نلاحظ أن الفسخ في القانون هو جزاء لمصلحة العاقد ،وفي الفقه قد يكون لمصلحة العاقد وبيده إمضاؤه وقد يكون للمصلحة العامة أو من قبيل النظام العام فيسند الفسخ إلى القضاء بمقتضى التشريع كأكثر الحالات الواردة في الأحوال الشخصية .

والمشرع الجزائري أورد لفظ الفسخ أربع مرات في قانون الأسرة 02/05في المادة 08 مكرر حيث رتب الفسخ قبل الدخول حالة الزواج بالزوجة الثانية فما فوقها إذا لم يستصدر ترخيصا بذلك ،وفي المادة 33فقرة2"إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ،ويثبت بعد بصداق المثل "وفي المادة 34"كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده"ثم ذكره في المادة 40 في حالات ثبوت النسب فقال "وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول "والملاحظ أن المشرع الجزائري إستعمل مصطلح الفسخ بطريقة فقهاء الشريعة في مواضع ثلاثة .المادة 8،33،40 وإستعمله في الزواج الباطل بطلانا مطلقا في المادة 34 وهو استعمال غريب حتى في الفقه الإسلامي إذ يوردون عبارة "يفرق بينهما"وقلما يصطلحون على هذه الحالة بلفظ الفسخ إلا تجوزا وأما بمنطق الفقه القانوني فإن لفظ الفسخ أستعمل في غير محله وهو العقد الصحيح الذي إختل فيه الالتزام وليس العقد الباطل وهنا نقرر مجددا أن المشرع الجزائري تأثر بالفقه الاسلامي في قانون الأسرة منهجا وأحكاما.[2]

[1]الرشيد بن شويخ ،دروس نظرية الإلتزام ،ص142.

[2]الرشيد بن شويخ ،شرح قانون الأسرة الجزائري ،ط 1،دار الخلدونية ،الجزائر ،2008 ،ص 100.

02 :الأساس الفقهي لفسخ الزواج

اختلف الفقهاء في تحديد ذلك فمنهم من يرى أن الفسخ له تعلق بمحل العقد (معقود عليه) من حيث عدم صلاحيته الإستمتاع فيكون من قبيل استحالة التنفيذ [1]

ومن يرى من الفقهاء أن أساسه أثار العقد من حيث الوفاء بالإلتزامات فإن تعذر ذلك وإمتنع قام سبب الفسخ ولهذا قال الحنابلة بالفسخ لعدم الوفاء بالشرط الصحيح .وهناك من يرى أن الفسخ قائم على قاعدة دفع الضرر ،قال إبن النجيم وكثير من أسباب الفسخ ترجع الى قاعدة لا ضرر ولا ضرار.[2]

03:طرق فسخ عقود الزواج الفاسدة

هي ثلاثة أنواع مذكورة في الفقه الإسلامي والقانون.

أ:الفسخ الإتفاقي:

وهو لا يتصور إلا في العقد الصحيح بمثابة الإقالة في البيع ولما كان الزواج من العقود التي الأصل فيها اللزوم حيث الفسخ فيها إستثناء ،فإنه لايجوز ولا يتصور الفسخ الإتفاقي في الزواج.[3]

[1]نورالين لمطاعي ،الشرط المقترن بالعقد ،ص96.

[2]زين الدين ب النجيم الحنفي ،الأشباه والنظائر،ص 94

[3]اسمادي محمد نعيم ،نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي ،ص174-176

ب :الفسخ بقوة الشرع أو القانون:

وهذ الفسخ لحق الشرع محافظة على النظام العام ،ونطاقه الأنكحة المتفق على

فسادها كنكاح المتعة حيث ينفسخ النكاح المتفق على فساده من نفسه ولا يحتاج الى حكم قضائي وإن حكم فيه فهو حكم تقريري كاشف لا منشئ.[1]

ج :الفسخ القضائي:

وهذا الفسخ كما يكون حقا للشارع حماية للنظام العام يأتي في العقد الصحيح رعاية لحق العبد أي حماية لمصلحة المتعاقد ،عند الفسخ بالعيب أو لفوات الوصف المشروط أو الإمتناع الوفاء بالشرط الصحيح عند الحنابلة ،[2]

أثر الفسخ في عقد الزواج الفاسد :

وهو مستحق للفسخ بل واجب الفسخ رعاية لحق الشارع في دفع الفساد وسببه ،إذ الفساد في العقد معصية والزجر عنها وعدم إقرار الفاسد على فساده واجب في الشرع ،والعقد المفسوخ عديم مسلوب المشروعية وإن كان منعقدا من وجه.

وخصوصية عقد النكاح لتعلقه بالكرامة الإنسانية تجعل العلاقة الزوجية لا تقوم إلا على الحل والمشروعية التامة ،فإذا تبين فساد النكاح وجب على الزوجين فسخه فإذ كانا متفقان على فساده وامتنعا وجب على القاضي بسلطته أن يفرق بين الزوجين

[1]ابن رشد الحفي ، بداية المجتهد ،ج4،ص28 ،وأبن قدامة ،المغني،ج7 ص 343

[2]قانون الأحوال الشخصية الكويتي ،في المواد 97.98...99.

وحكمه في هذا النكاح الفاسد مقرر وكاشف إذ هو معدوم بمنطوق الشرع فإن كان مختلفا فيه ففسخه موكول للسلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة ،كذلك لم يرد نص قانوني وفسخه واجب فقها ،والمالكية يفسخوا المختلف فيه قبل الدخول وجوبا .

المشرع الجزائري من خلال الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة 02/05 فهو بين نهج طريقة جمهور الفقهاء في المادة 35 ومنهج المالكية في المادة 33 إذ فرق بين مرحلتي العقد الأولى ،إنعقاده قبل الدخول والثانية بعد الدخول ،ففسخ في الأولى وصحح العقد في الثانية غير أنه توسع في الأنكحة الفاسدة القابلة للتصحيح في نظره بمقتضى المادة 33 منه ،فجعل إنعدام الولي والصداق والشاهدين مما يجبر بالتصحيح وهذا ما لم يقل به المالكية ولا حتى المذاهب الأخرى كالأحناف الذين قالوا بفسخ الزواج وهذه إذا إنعدم الإشهاد عليه وأسقط الشرط الفاسد مباشرة،[1]

الفرع الثالث ا:أثار الزواج الفاسد بعد الدخول :

يترتب على الزواج الفاسد بعد الدخول عدة أثار تتعلق بتصحيح العقد الفاسد نذكر منها :

01:الأسباب الموجبة لتصحيح عقد الزواج :

[1]في المادة 35 من قانون الأسرة الجزائري 02/05

أ:استقرار الزواج الدخول : فالرابطة الزوجية التعاقدية لها أثارها الخطيرة التي تنتج عن العقد مباشرة من حرمة مصاهرة وإفضاء الزوجين لبعضهما وربما وجود حمل كل

ذلك يجعل فسخ الزواج في هذه المرحلة ليس كفسخ البيع حيث يقضي الفسخ هناك أن يتردا الطرفان المعقود عليه ويرجع كل منها الى مركزه القانوني الأصلي فكيف يمكن تصور حدوث ذلك في الزواج الفاسد ،إذ عودة الزوجين إلى مركزهما قبل العقد من المستحيل ويعبر عنه الفقهاء بفوات منافع البضع ،والشرع أوجب المهر المسمى الدخول ولو لزم فسخ النكاح لهذا المعنى،فكيف الدخول بالمرأة في النكاح الذي يقبل التصحيح مانعا من الفسخ وحسب القاعدة إذا اجتمع المانع والمقتضى قدم المانع يجب تصحيح ما أمكن لوقوع الدخول بالمرأة .

ب:تعلق حق الغير في الزواج الفاسد بالمدخول فيه:

وذلك أن يكون قد وقع إنجاب أو حمل فالفسخ في هذه الحالة يدخل الضرر على المولود بغير مبرر ولا يمكن دفع هذا الضرر إل بمنع الفسخ فترجح كفة إعتبار الغير مانعا لفسخ الزواج الفاسد المقترن بالشرط لضعف علة الفساد وهو جانب مرجوح في هذه الحالة .

2-وجب مهر المثل :تستحق الزوجة بالزواج الفاسد بعد الدخول صداق المثل إن لم تتم تسميته تسمية صحيحة حسب ما جاء في المادة 33من الأمر 05-02"....وثبت الصداق بعد الدخول بصداق المثل "[1].

[1]بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص388.

حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2001/01/23 على أنه:"يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا إختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون"[1]

3-ثبوت حرمة المصاهرة :وهي تثبت بعد الدخول في النكاح الفاسد على خلاف المالكية اذ أثبتوا حرمة المصاهرة في النكاح الفاسد سواء كان قبل الدخول أو بعده خلافا للجمهور [2].وقد نص المشرع الجزائري على المحرمات بالمصاهرة في المادة 26[3]من ق أ ج من القانون 11/84 والمادة 30 من الأمر 05-02 والماد 34 من قانون الأسرة بحيث انه يحرم على الزوج الزواج بعد الدخول بزوجته أن يتزوج أمها أو إبنتها كما لا يجوز للزوجة أباها أو إبنها .

4-وجوب الإستبراء :

لمعرفة براءة الرحم من الحمل حسب ما جاء في المادة34 ق أ ج .

5-وجوب العدة :

تجب على المرأة العدة من وقت التفريق بينها وبين الرجل للتيقن من براءة الرحم وحتى لا تختلط الأنساب وتعتد المرأة عدة طلاق حتى إذا توفي الرجل لأن عدة الوفاة هي

[1]أنظر المحكمة العليا ،غ أ ش ،2001/01/23،ملف رقم 253366،م ق عدد 2 ص 440

[2]عبد الرحمن الجزائري ،الفقه على بالمذاهب الاربعة ،المرجع السابق،ج4،ص62.

[3]قانون الأسرة ، المرجع السابق،المادة 26،الحرمات بالمصاهرة هي أصول الزوجة بمجرد العقد عليها ،فروعها ،إن حصل الدخول بها ،أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علو ،أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا.

أربعة أشهر وعشرة أيام لغير الحامل لا تكون إلا في الزواج الصحيح وذلك ما نصت عليه المادة 34 من القانون 11/84 وتبدأ العدة من يوم الفرقة بين الطرفين إن كان ذلك من تلقاء نفسهمما أو بمقتضى حكم قضائي[1] .

6-ثبوت النسب : إ

الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح،لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد ويكون ذلك بشوط أهمها :

*ان يكون الرجل مما يتصور منه الحمل.

*تحقق الدخول بالمرأة أو الخلوة بها عند المالكية ،فإن لم يحصل الدخول أو الخلوة بعد الزواج الفاسد كالخلوة في الزواج الصحيح،لإمكان الوطء في كل منهما.[2]

و اشترط الحنفية حصول الدخول فقط ،أما الخلوة فلا تكفي في ثبوت النسب في الزواج الفاسد .

*وإذا تحققت هذه الشروط فلا ينتفي نسبه (الولد) عن الرجل إلا باللعان عند المالكية والشافعية والحنابلة ولا ينتفي نسبه ولو باللعان عند الحنفية ،لأن اللعان لا يصح عند الحنفية إلا بعد الزواج االصحيح ،والزواج هنا فاسد.

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي ،الرجع السابق ،ص341.

[2] الزحيلي وهيبة،678/7

كل المذاهب قائلة بإثبات النسب في النكاح الفاسد المختلف في فساده إحياء للولد ورعاية لمصلحته هذا الزواج أقرب الى الصحيح منه الى الفاسد [1].

ونصت المادة 34 من ق أ ج على أنه كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء وعليه فإنه يثبت النسب بكل زواج تم فسخه قبل الدخول فإذا عقد الرجل على المرأة زواجه وثبت فساده وتفرقا أو فرق بينهما القاضي بعد الدخول ثم أتت بولد قبل مضي أقصى مدة الحمل 10أشهر المادة 42 ق أ ج [2]من وقت التفريق فإنه يثبت نسبه .

حيث قضت المحكمة العليا بهذا الخصوص في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/28 على ما يلي:"من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب بعد إحياء الولد ونفيه قتلا له ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضو برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .[3]

[1]بوكان أبو بكر كريم ،نظرية البطلان والفساد في الزواج ،دراسة مقارنة ،كلية القانون والسياسة ،جامعة السليمانية ،ص116.

[2]قانون الاسرة ،مرجع سابق ،المادة هي (أقل مدة الحمل 06أشهر وأقصاها 10أشهر)

[3]أنظر ،المحكمة العليا ،غ أ ش ،1998/10/28،ملف رقم 172333، م ق ،1997 ،عدد 1 ،ص 42.

ويثبت نسب الولد من أبيه ،إذا جاءت به أمه في مدة الحمل أقلها ستة أشهر من تاريخ الدخول ،وأكثرها عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة [1]، حيث قضت المحكمة العليا بهذا الخصوص في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/15 على أنه : "ومن المقرر أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة

[1]أنظر المادتين 42 و 43 من قانون ألأسرة .

خاتمة

خاتمة

في الختام نحمد الله تعالى على توفيقه في إنجاز هذا البحث الذي قد وجدنا فيه الكثير من الفوائد حيث خلصنا إلى أهم النتائج:

أن قانون الأسرة الجزائري قد بني قواعد أحكامه على عقد أصلي لتأسيس الأسرة وهو عقد الزواج.

أن المشرع الجزائري سار مع الفقه الإسلامي في اعتبار الزواج عقد رضائي أساسه الإرادة السليمة للزوجين بهدف بناء أسرة أساسها المودة الرحمة

أن عقد الزواج قائم على ركن واحد هو ركن الرضا المعبر عنه بالصيغة إيجابا وقبولا وفق قانون الأسرة الجزائري أما في الفقه الإسلامي فهناك اختلاف فقهي بين المذاهب حول طبيعة أركان عقد الزواج وأثر تخلفها .بنما المشرع الجزائري حصر جميع الشروط في نص المادة 09مكرر في قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 والمتمثلة في انعدام الموانع الشرعية والولي والشاهدين والصداق و الأهلية .

وعليه فمتى توافرت هذه الشروط اعتبر عقد الزواج صحيح والعكس صحيح أي ان تخلفها يجعل عقد الزواج فاسدا .وعليه فهو فاقد للمشروعية ،وذلك يوجب فسخه ويقوم الدخول كواقعة مادية سببا مع العقد الفاسد بعض الأثار .

إلا ان الزواج الفاسد يمكن تصحيحه بعد الدخول رعاية لحق الغير ولضمان استمرار العلاقة الزوجية وتجنب خطورة أثار فسخه إعتبارا للمصالح والمفاسد .

المشرع الجزائري عالج موضوع الزواج الفاسد في قانون الأسرة في الفصل الثالث من المادة 32 إلى 33.وما يلاحظ أن المشرع الجزائري تأثر بما جاء في الفقه الإسلامي وخاصة المذهب الحنفي غير أنه لم يدرج تعريف واضح لعقد الزواج الفاسد بل اكتفى بذكر الحالات التي يفسد فيه الزواج وكذا الآثار المترتبة على هذا العقد.

خاتمة

في الأخير نقول أن المشرع الجزائري عند صياغته للمواد الخاصة بعقد الزواج الفاسد التبس عليه الأمر واكتنفه الغموض في التفرقة بين الزواج الفاسد والزواج الباطل ،فكان يستوجب على المشرع الجزاائري ضمن تعديلاته عام 2005 التوفيق بين المادتين 32 و 35 من قانون الأسرة وذلك بإزالة الإلتباس الظاهري بينهما لذلك نوصي بأنه لابد على المشرع القيام بإعادة صياغتها وضبطها بأسلوب سهل وواضح وذلك بإشراف مجلس علماء من ذوي الاختصاص.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم.

ثانيا: السنة النبوية الشريفة .

1- البخاري محمد بن اسماعيل الجعفري، صحيح البخاري تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة1 ،1422هـ.

ثالثا:كتب اللغة

1- ابن منظور ،لسان العرب،ج4 ،ط1 ،الميرية،مصر ،1300هـ.

2- عبد الحميد ،محمد محي الدين ،المعجم المختار من صحاح اللغة ،مطبعة الإستقامة، ب م ن ،ب ت ن .

3- المعجم الوسيط ،مجمع اللغة العربية،المجلد1،الطبعة1 ،مكتبة الشؤون الدولية ،مصر ،1425هـ.

رابعا:كتب الفقه:

1- الأشقر عمر سليمان ،أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة،دار النفائس للنشر و التوزيع ،الأردن ،1991.

2- الأصفهاني أبو القاسم الحسين بن محمد الراغب،معجم مفردات القرآن الكريم ،(ب.ط)،بيروت ،دار الفكر ،2009.

3- ابن القيم ،زاد المعاد في هدى خير العباد ،مجلد 1،دار الكتاب العربي ،لبنان .

4- ابن حامد الغزالي محمد الطوسي ،الوسيط في المذهب ،تحقيق محمد محمد تامر، ج5، ط1، القاهرة،دار السلام للطباعة و النشر،1997

خامسا :كتب القانون:

1- أبو عينين بدران ،الزواج والطلاق في الإسلام ،ط2 ،مصر ،1961.

2- بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ط5 ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الساحة المركزية ،بن عكنون ،الجزائر.2010.

3- أحمد السنهوري عبد الرزاق ،الوسيط في شرح القانون المدني ،المجلد1،الطبعة 3 ،منشورات الحلي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،1998.

4- بلحاج العربي ،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ،ط 1 ،دار الثقافة ،عمان ،الأردن ،2012.

5- الزحيلي وهبة ،الفقه الإسلامي وأدلته الاحوال الشخصية ،ج7،ط2 دار الفكر ،سوريا ،1989.

6- مصطفى الزرقا،المدخل الفقهي العام ،ج2،ط1،دار ، القلم دمشق،

القوانين:

1- مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة في 1956/08/13.

2- القانون المدني ،المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،الجريدة الرسمية ،العدد78.

3- مدونة الأسرة المغربية،07/03 الصادرة بتاريخ 2004/02/03.

4- القانون رقم 11-84 المؤرخ في 09جوان 1984 المعدل بالأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في 27 فيفري 2005،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ،العدد 24.

خامسا:المذكرات والرسائل

1- زيان مريم ،لامية زياني ،تسجيل عقد الزواج والإشتراط فيه،مذكرة لنيل شهادة الماستر ،كلية الحقوق والعلوم الإسلامية ،جامعة بجاية ،2010-2011.

2- شرقي غالية،أثار البطلان والفساد على عقد الزواج ،مذكرة لنيل شهادة الماستر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد بوضياف ،المسيلة 2018/2017.

3- عبيد فاطمة الزهراء ، عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري مذكرة لنيل شهاد الماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم ،2018/2017.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

المحتوى	الصفحة
بسملة	
شكر وتقدير	
اهداء	
مقدمة	أ-هـ
فصل تمهيدي	9
الفصل الأول: طبيعة عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة	
المبحث الاول:مفهوم عقد الزواج.	11
المطلب الأول:تعريف الزواج في الشريعة الإسلامية	11
الفرع الأول:التعريف اللغوي	11
الفرع الثاني:التعريف الإصطلاحي	12
المطلب الثاني:مفهوم عقد الزواج في القانون الجزائري	15
الفرع الأول :التعريف اللغوي	16
الفرع الثاني التعريف الإصطلاحي	16
المبحث الثاني:أركان وشروط الزواج	17
المطلب الأول :أركان عقد الزواج	17
الفرع الأول:أركان عقد الزواج في الشريعة الإسلامية.	18

فهرس الموضوعات

الفرع الثاني :أركان عقد الزواج في القانون الجزائري.	19
الفرع الثالث:أثر تخلف ركن الرضا في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.	24
المطلب الثاني :شروط عقد الزواج	24
الفرع الأول :تعريف الشرط وأنواعه	24
الفرع الثاني :الشروط الموضوعية لعقد الزواج	25
الفرع الثالث:الشروط الشكلية لعقدالزواج	38
الفصل الثاني :الزواج الفاسد	
المبحث الأول:مفهوم عقد الزواج الفاسد	44
المطلب الأول :تعريف عقد الزواج الفاسد	44
الفرع الأول:المعنى اللغوي والإصطلاحي والقانوني	44
الفرع الثاني :خصائص العقد الفاسد	48
المطلب الثاني :أنواع عقد الزواج الفاسد وحالاته	49
الفرع الأول:أنواع عقد الزواج الفاسد وفق الشريعة الإسلامية	49
الفرع الثاني :حالات الزواج الفاسد وفق قانون الأسرة الجزائري	54
الفرع الثالث :معيار تصنيف الزواج غير الصحيح إلى باطل وفاسد	56
المبحث الثاني:أثار الزواج الفاسد	57

فهرس الموضوعات

المطلب الأول :أثار الزواج الفاسد في الفقه الإسلامي	57
الفرع الأول:أثار الزواج الفاسد قبل الدخول	57
الفرع الثاني أثار الزواج الفاسد بعد الدخول	58
المطلب الثاني : أثار عقد الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري	59
الفرع الأول :أثار عقد الزواج الفاسد قبل الدخول	59
الفرع الثاني :حقيقة الفسخ وأنواعه	63
الفرع الثالث :أثار عقد الزواج بعد الدخول .	68
خاتمة	75
قائمة المصادر والمراجع	78
فهرس الموضوعات	82

الملخص

عقد الزواج له أهمية كبيرة وخصوصيته التشريعية وله بنيته التكوينية من أركان ومقومات وشروط فإذا نشأ ترتبت عنه أثاره التي نص عليها التشريع الأسري وإذا إختل نظامه التشريعي فسد أو بطل ولم يرتب أثرا أو إلتزاما إلا ما كان بسبب الدخول بالزوجة، ولما كان الزواج عقدا رضائيا فإن كلا من الزوجين قد يشترط ما يراه مصلحة له ، وتلك الشروط الإرادية منها ما يكون صالحا لازما بالعقد ومنها ما يكون فاسدا يستوجب الإسقاط لمناقضته النظام العام أو مقاصد الزواج ومقتضياته من هنا نجد فساد الشروط مراتب والفقه الإسلامي والتشريعات الأسرية تختلف في تحديد معايير فساد الشروط ونطاقها وكذلك في مدى تأثيرها في عد الزواج وإفساده ،ويترتب على فساد عقد الزواج حالتين إما وجوب فسخه أو تصحيحه عن طريق إنتقاص العقد بإسقاط الشرط ،ومن ثم فنطاق تأثير الشروط الفاسدة يحدد نطاق كل من الفسخ والتصحيح لعقود الزواج المقترنة بها والفقه الإسلامي في هذا يعرف إتجاهات مختلفة إنعكست على تشريعات الأحوال الشخصية الجزائرية والعربية .

الكلمات الافتتاحية: عقد الزواج– الزوجة– الزواج الفاسد

Abstract :

The marriage contract is of great importance and its legislative peculiarity and it has its formative structure of pillars, constituents and conditions, and if it arises, its effects as stipulated in family legislation have resulted from it, and if its legislative system is disturbed, it is corrupt or null, and it does not arrange an effect or obligation except what was due to the entry of the wife. Of the spouses may stipulate what he deems interest in him 'And those voluntary conditions, some of

which are valid and required by the contract, some of which are corrupt and require dropping for contradicting the public order or the purposes and requirements of marriage. From here we find the corruption of the conditions, the ranks of Islamic jurisprudence and family legislation that differ in determining the criteria for corruption of conditions and their scope, as well as in the extent of their influence on the counting of marriage and its corruption. The corruption of the marriage contract has two cases, either it must be annulled or corrected by diminishing the contract by dropping the condition, and then the scope of the influence of the corrupt conditions determines the scope of both the annulment and the correction of the marriage contracts associated with it, and Islamic jurisprudence in this defines different trends reflected in the Algerian and Arab personal status legislation.

Key words: marriage contract - wife - corrupt marriage