الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

عيوب الرضا في عقد الزواج

شهـادة متممـة لنيـل شهـادة ماستـر تخصص قانون الأحوال الشخصية.

إعداد الطالب :

سلوغة عبد الرحمان

تحت إشراف الأستاذة:

الدكتورة: عتيق نظيرة

لجنة المناقشة

أ.بن مشيرح محمد ..... رئيسا.

أ. عتيق نظيرة..... مشرفا ومقررا.

أ.مناجلي محمد أمين..... مناقشا.

السنة الجامعية 2015- 2016

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهـــداء

إلى رمز الحب والحنان والدفء إلى من ضحت بالغالي والنفيس في سبيل
إتمام دراستي والوصول إلى هدا المستوى أملا في تقديم المزيد
من النجاحات مهما قلت لن تكفيني فيها الكلمات
إلى أمي الحبيبة والغالية على قلبي
وإلى أبي رحمه الله وأدخله فسيح جنانه وشمله بالرحمة والمغفرة
إلى جدي الغالي الذي منحني كل الحب والحنان والدعم خلال
مراحل حياتي كان الدعم والسند الدائم لي في كل الأوقات أطال الله في عمره
وشفاه من كل مرض وداء وإلى أمي الثانية جدتي رحمها الله وأسكنها فسيح جنانها
فمهما حاولت أن أرد لها الجميل فإني لن أستطيع ذلك ولو عشت ألف سنة
لما منحتني إياه من الحب والحنان والعطف والدعم ما لم تمنحه الأم لولدها وإلى عمتي نصيرة شاكرا
إياها على كل ما فعلته من أجلي طوال حياتي حفظها الله.
إلى اخي أحمد الذي تعب من أجلي طوال مراحل حياتي قائلا له مهما حاولت رد الجميل
يبقى الدين معلقا في رقبتي لما فعلته من أجلي طوال حياتي
وأخي نور الدين الذي كان داعما لي في كل الأوقات
إلى أخواتي البنات فتيحة نوال نسيمة مريم وإبتسام وخديجة شكرا وتقديرا وعرفان لهم بجميلهم عليا
في حياتي الدراسية وخارجها
إلى أزواج أخواتي : كل من أستاذي عبد الفتاح أحسن وكمال شاكرا لهم لدعمهم لي طوال الوقت
وإلى كل أبناء وبنات أخواتي
وكي أوفي حقهم إلى زملائي في الأحوال الشخصية وأخص بالذكر زميلتي قمرة التي دعمتني كثيرا
طوال مشواري الدراسي وفي إعداد هدا العمل، فتيحة ومريم وخديجة .....إلى زملائي الطلب
علاء الدين حسين محمد رضوان وعماد وحسين محمود، ورابح وصديقي احسن
كما لا أنسى بالشكر أصدقاء دربي وطفولتي، زكرياء، أسامة، محمد أمين، لقمان، عبد الحميد
.....ومن لم يسعني المقام لذكره أقدم لهم تحية خاصة كل باسمه ولقبه

شكر وعرفان

أول الشكر وآخره لله العلي القدير الذي

منحنا الصحة والقوة والعزم لإنجاز

هذا العمل وإتمامه

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله..... وبعد

يشرفني بأن أتوجه بخالص الشكر وعظيم التقدير

والإمتنان والعرفان بالجميل إلى أستاذتي المحترمة عتيق نظيرة

لنصائحها القيمة لتوجيهها السديد

لما كان لها من الأثر البالغ في إنجاز هذا العمل

أسال الله العلي القدير أن يثيبها خير الثواب كما لا أنسى بالشكر والتقدير

لأستاذتي نسمة التي ساعدتني كثيرا في إعداد وإتمام هذا العمل

إنه سميع مجيب الدعاء

وأشكر كل من ساعدني في إنجاز

هذا البحث من قريب أو بعيد

مقدمـــــة:

إن الزواج فطرة طبيعية عند جميع المجتمعات البشرية لما يكتسبه من أهمية كبيرة في حياة الأفراد بصفة خاصة و المجتمع بصفة عامة وقد سعت جميع مجتمعات الدول قديما وحديثا إلى تنظيم الزواج بوضعها تشريعات وقوانين تنظم مسألة الزواج و من أهم الشرائع وأكملها على الإطلاق التي أحاطت الزواج بعناية خاصة لما يسكبه الزواج من أهمية فالشريعة الإسلامية حرمت أي علاقة بين الرجل والمرأة خارج إطار الزواج بجعلها الزواج علاقة مقدسة بين الرجل والمرأة فاظ على استقرار الأفراد والمجتمعات ودواء لكل المفاسد وما يترتب عنها من فساد للمجتمع والفرد فأوردت الشريعة الإسلامية الزواج وأحاطته برعاية وعناية بالغة من المراحل التمهيدية له وهي الخطبة إلى غاية انتهائه بالطرق المقررة له شرعا ومنها الطلاق لقوله تعالى:﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾.(البقرة:229). ومن مظاهر عناية الإسلام والشريعة الإسلامية بالزواج أن يكون الزواج برضا الطرفين بعيدا عن أي عيب قد يشوب هذا الرضا، فالشريعة الإسلامية تعرف الزواج على أنه عقد شرعي يفيد من خلال حل الاستمتاع لزوجين وتحقيق مقاصد منه، ويتطلب الزواج لقيامه رضا الطرفين وقبول كل طرف بالأخر وذلك مصداقا لقوله تعالى ﴿ قال إني أريد أن أنكحك إحدى إبنتيا على أن تؤجرني ثماني حجج فإن أتممت عشرا فمن عندك وما أريد أن أشق عليك ستجدني إن شاء الله من الصالحين ﴾القصص (26،27).

أما المشرع الجزائري فقد عرف الزواج في نص المادة 04 " بقوله أن عقد الزواج عقد رضائي بين رجل وامرأة " ومن خلال هذا التعريف " رضائي " يأخذنا المقام إلى إعطاء مفهوم الرضا، وباعتبار الرضا هو المبدأ الأساسي التي تقوم عليه مختلف العقود باعتبار أن الإنسان حر في التعاقد وهذا مبدأ قانوني " العقد شريعة المتعاقدين " ولكن قد تشوب الرضا في العقود بعض العيوب، ومن بين تلك العيوب ما هو منصوص عليه في القانون المدني الجزائري الغلط والتدليس و الإكراه والاستغلال والغبن في جملة المواد 81-102، في مقابل ذلك أن المشرع الجزائري في نصوص مواد الأسرة لم يتطرق لا جملة وتفصيل إلى العيوب التي يمكن أن تشوب الرضا عقد الزواج، إلا ما أورده في نص المادة 33 قانون الاسرة بقوله

يبطل عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا وهذا ما دفعنا إلى طرح الإشكالية الآتية إلى أي مدى يمكننا تطبيق نظرية عيوب الإرادة المنصوص عليها في القانون على عقد الزواج ؟ والسؤالين الذين يتفرعا عن هذه الإشكالية ما هي الآثار الناتجة عن كون الرضا مشوب بهذه العيوب ؟

وما هو موقف المشرع الجزائري من كل هذا ؟

وبالنسبة للأسباب التي دفعتني إلى اختيار الموضوع هي جملة من الاسباب نجيزها في التالي:

– الخصوصية التي يتمتع بها عقد الزواج على غيره من العقود الأخرى كالبيع والإيجار وغيرها.

– الرغبة في محاولة فهم موقف المشرع الجزائري في مسألة الرضا في الزواج بإعتباره الركن الوحيد ومسألة عيوب الرضا وتطبيقها على عقد الزواج.

أهمية الدراسة: فدراستنا لهذا الموضوع نقدم أهمية معتبرة للراغبين في الإطلاع على مسائل الرضا والزواج ومدى تأثير عيوب الرضا في عقد الزواج ومحاولة تقديم فهم أوضح وأقرب لمسألة عقد الزواج والرضا والعيوب التي تشوبه وما هو موقف الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري والنية لأهداف دراسة الموضوع فتخلص في الآتي:

– استعراض موقف المشرع الجزائري بخصوص مسألة عيوب الرضا في القانون الجزائري مع بيان موقف الشرعة الإسلامية لهذا الخصوص.

– تقديم فهم أوضح ومحاولة تبسيط وشرح عيوب الرضا وأثرها في عقد الزواج.

– تبيان النقص التشريعي في مجال قانون الأسرة خصوصا في مسألة عيوب الرضا التي قد تشوبه في عقد الزواج.

– إعطاء رأي شخصي في الموضوع قد يفيد في حالات التعديلات القادمة لقانون الاسرة.

وبالنسبة للصعوبات التي واجهتني في موضوع الدراسة وهذا البحث نستعرضه موجزا في الآتي:

- نقص المراجع وندرتها في خصوص هذا الموضوع.
- تناقض المشرع الجزائري مع مبادئ المجتمع الجزائري في بعض المسائل.
- التبيان بين طبيعة الموازنة بين نصوص القانون المدني ونصوص قانون الأسرة.
- نقص المادة القانونية في خصوص مسألة عيوب الرضا في عقد الزواج عند المشرع الجزائري.

وأما بالنسبة لدراسات السابقة للموضوع:

- بلعربي خاليدة: آثار عيوب الرضا على عقد الزواج، رسالة ماجيستر 2014 – 2015.
- قاضي سعد رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية.
- الشيخ محمد الزرقاء: عيوب الرضا وآثارها على القرينة العقدية
- فيصل بن عبد الله بن مكدي السبيعي التدليس في عقد الزواج جامعة، نايف للعلوم القانونية.
- حسين مهداوي، التعديلات القانونية الواردة على عقد الزواج.
- نعيمة إلياس، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص.

وأما بالنسبة للمنهج المتبع في الدراسة فهو منهج استقرائي تحليلي قد اعتمدنا الخطة التالية بحيث قسمنا الموضوع إلى فصلين نتناول في الفصل الأول الرضا والزواج تحت عنوان ماهية ركن الرضا في عقد الزواج لنقسم هذا الأخير إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول عقد الزواج، نستعرض فيه العقد الزواج ندرس فيه كمطلب أول ماهية عقد الزواج وفي المطلب الثاني ندرس شروطه وإجراءات تسجيله محاولا تبيان أهمية ذلك لنختم بالإجابة عن التساؤل حول اعتبار الزواج مبدأ الرضائية والشكلية .

أما المبحث الثاني : ركن الرضا في عقد الزواج نتناول في المطلب الأول مفهوم الرضا ونتطرق في المطب الثاني إلي كيفية التعبير عن الرضا أو بمعنى آخر الإيجاب القبول لنختم في المطلب الثالث بأثر التخلف الرضا في عقد الزواج أما بالنسبة للمبحث الثاني أما الفصل الثاني فقد قسمناه إلى ثلاث مباحث لضرورة استدعت ذلك ومسايرة المشرع الجزائري في ترتيبه العيوب من خلال التقنين المدني بالتطرق إلى عيب الغلط كمبحث أول (81 – 85 ق.م) وعيب التدليس كمبحث ثاني (86 – 87 ق.م) وفي الأخير عيب الإكراه (88 – 89 ق.م) ولم نتطرق إلى عيب الاستغلال نظرا لاستبعاد إمكانية وقوعه في عقد الزواج ومسايرة لذلك لفقهاء الشريعة الإسلامية.

قائمـــة المختصـــرات

ق . أ: ..... قانون الأسرة الجزائري.

ق . م: ..... القانون المدني.

ق . ح . م: ..... قانون الحالة المدنية.

ص: ..... الصفحة.

ج: ..... جزء.

م: ..... المادة.

د . ط: ..... دون طبعة.

د . ط . س: ..... دون سنة طبعة.

د . ب . ن: ..... دون بلد النشر.

د . ع: ..... دون عدد.

د . ب . ط . س: ..... دون بلد ورقم الطبعة وسنة النشر.

غ . أ . ش: ..... غرفة الأحوال الشخصية.

م . ج: ..... مجلة العلوم القانونية الجزائرية.

مج: ..... مجلد.

ط: ..... طبعة.

الفصل الأول: ماهية ركن الرضا في عقد الزواج

مما لا شك فيه إن عقد الزواج له خصوصية شرعية قبل أن يكون متميزا بمجموعة الخصائص الأخرى والتي يتشارك فيه مع بقية العقود، و المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية والإسلامية أحاط الزواج بجملة من الحماية الخاصة نظرا لأهميته وما يترتب عنه من أثار تؤثر في الحياة الخاصة للأفراد قبل تأثيرها في المجتمع ,نص المشرع الجزائري في نص المادة 04 على عقد الزواج بوصفه عقد رضائي بين رجل وامرأة، ليأتي في نص المادة 09 من نفس القانون باعتباره الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج، بقوله: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ومن هذا المنطلق نفتح الباب لدراسة موضوع الرضا وعقد الزواج معتمدين من خلال هذا الفصل :ماهية ركن الرضا في عقد الزواج وكيف يعبر عنه وماهي الآثار المترتبة عن تخلف ركن الرضا في عقد الزواج , و ماهية هي بخصوص عقد الزواج ودليل على مشروعيته والغاية أو القصد منه، وماهي الشروط والإجراءات الخاصة به، وفي خلاصة هذا الفصل نخلص إلى تساؤل حول مدى اعتبار عقد الزواج بين الشكلية والرضائية.

المبحـــــث الأول: مـــــاهية عــقد الــزواج

إن الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة على وجه الاستمرار يقصد منه الإنجاب والإمعان بقصد إنشاء أسرة تحت قوامه الزواج على أسس ثابتة تضمن لكل من الزوجين القيام بواجبات الزوجية في ود واحترام حيث يكون لكل طرف منهم واجبات مترتبة عليه حين الزواج وحقوق مكتسبة بصفته زوج أو زوجة وقد عرف المشرع الجزائري عقد الزواج في نص المادة 04 بقوله: " عقد رضائي بين رجل وامرأة " لكن ما يثير التساؤل هو فكرة الزواج في حد ذاته ولكي نحاول أن نقرب الزواج أكثر بفهم أضح وشرحا بسيطا قمنا بطرح الإشكالية التالية ما مفهوم عقد الزواج والدليل على مشروعيته والحكمة المرتجاة منه ؟ والسؤال الثاني في هذه الإشكالية ماهي شروط عقد الزواج وفقا القانون الجزائري وإجراءات تسجيله ؟ ولخلاصة إشكاليتنا هو هل عقد الزواج رضائي أم عقد شكلي ؟ وللإجابة على هذه الإشكاليات تطرقت في هذا البحث إلى مفهوم الزواج كمطلب أول نأخذ فيه فرع أول تعريف الزواج لغة واصطلاحا وفرع ثاني نتناول فيه الدليل على مشروعية الزواج والمقاصد منه، ونأتي في المطلب الثاني بأخذ شروط وإجراءات تسجيل عقد الزواج لنختم هذا المبحث بمطلب ثالث نجيب فيه عما إذا كان عقد الزواج شكلي أو رضائي.

المطلـب الأول: مفهــوم عقــد الـزواج:

الفرع الأول: تعريف الزواج

أولا: الزواج لغة: اسم من زوج بالتشديد مثل سلم وكلم كلاما ويجوز الكسر ذهابا إلى غنه من باب المفاعلة لا يكون إلا بين اثنين[1].

– وقال تعالى ﴿ وإذا النفوس زوجت ﴾ أي اقترنتا كل شيعة بما شايعت أو اقترنت بأعمالها لأنه ليس في الآخرة تزويج.(سورة التكوير 07).

أشاع لفظ الزواج في اقتران الزوج بزوجته على سبيل الدوام والاستمرار. والزواج يطلق على كلا الزوجين فيقال الرجل والمرأة، والمرأة زوج الرجل[2]وقد جاء بذلك القرآن الكريم بقوله تعالى ﴿ اسكن أنت وزوجك الجنة ﴾.(سورة البقرة 35).

– والزواج في اللغة أيضا هو الاقتران والاختلاط كقول العرب زوج فلان إبله أيا قرن بعضها ببعض[3]ومنها قوله تعالى ﴿ واحشروا الذين ظلموا وأزواجهم وما كانوا يعبدون﴾.(الصافات: 20) أي قرنائهم الذين كانوا يخصونهم على الظلم ويغرونهم به ومن ذلك أيضا قوله تعالى ﴿ وزوجناهم بحور عين ﴾ أي قرناهم بهن.(سورة الدخان 54).

ويطلق على لفظ الزواج النكاح وهو الأخير أكثر شيوعا في الشريعة والفقه الإسلامي ومن ذلك قوله تعالى ﴿ ولا تعزموا عقد النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾.(البقرة: 233).

وقوله أيضا في كتابه الكريم ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ﴾.(البقرة: 239) وقوله تعالى ﴿ فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت إيمانكم وإن تعدلوا اقترب لتقوى ﴾.(النساء: الآية 03).

---

[1]– المصباح المنير، ج2، ص 194.

[2]– أحمد حسن فراج: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، ص 10.

[3]– المعجم الوسيط، ج1، ص 407.

ثانيا: الزواج اصطلاحا: قبل أن تأتي لذكر التعريف الاصطلاحي لعقد الزواج نقوم بإعطاء التعريف الاصطلاحي لعقد الزواج على حسب المذاهب الفقهية:

1- المالكية: عقد لحل استمتاع بأنثى غير محرم يفيد استمتاع كل منها بالآخر على الوجه المشروع[1].

2- الحنفية: عقد يرد على ملك المتعة قاصدا[2].

3- وعرفه الشافعية بأنه عقد يتضمن إباحة الوطن بلفظ النكاح أو تزويج أو ترجمته[3].

4- أما الحنابلة " لفظ عقد يعبر فيه لفظ إنكاح وتزويج في الجملة والمقصود عليه منقعة الاستمتاع وقد عرف بعض العلماء المعاصرون بأنه[4]".

- الإمام محمد أبو زهرة: " عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات[5]".

- في القانون الجزائري: عرف المشرع الجزائري عقد الزواج في نص المادة 04 من ق.أ. والتي تنص في مضمونها على أن عقد الزواج " عقد رضائي بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب[6]".

---

[1]- أحمد حسين فراج أحكام الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، أمام كلية الحقوق، الإسكندرية، 1997، ص 10.

[2]- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، أحكام الزواج والطلاق، د ط، سنة 1999، ص 29.

[3]- حمد أحمد: الأسرة، التكوين، الحقوق والواجبات، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتاب الجامعية، طنطة، ط2، 1986، ص 218.

[4]- الرافعي سالم بن عبد الغني: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2002، ص 204.

[5]- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 41.

[6]- قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

– وما يلاحظ من خلال نص المادة 04 من ق.أ. أن المشرع الجزائري قد أضاف كلمة رضائي بعد التعديل سنة 2005[1].

– ومن ذلك أيضا استبعاد المشرع الجزائري لأي نوع من أنواع الزواج لآخر المعرفة في مختلف دول العالم بذكره عقد رضائي بين رجل وامرأة، والعقد هنا بكلمة رجل وامرأة أي رجل كامل الرجولة وامرأة كاملة الأنوثة كما ذكر أن الغاية من الزواج معي الأمهان والإنجاب وهذه تعد من المقاصد الأساسية لعتد الزواج كما أنه لم يغفل ما يقام عليه الزواج وهي المودة والرحمة والتعاون وهذه من أساس قيام العلاقة الزوجية والفهم من كل ذلك تكوين أسرة والتي تعد أساس تكوين المجتمعات وتقدمها[2].

الفرع الثاني: مشروعية عقد الزواج و حكمته:

لقد عني الإسلام عناية خاصة بعقد الزواج لأهميته الكبيرة في بناء المجتمعات ونستنتج ذلك من خلال التأكيد على مشروعية عقد الزواج والتي نصفها كالآتي:

أولا– مشروعية عقد الزواج

–أدلة مشروعيته من الكتاب:

أ– قوله تعالى ﴿ وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت إيمانكم ذلك أدنى ألا تعدلوا﴾.

(النساء 03).

ب– قوله تعالى: ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم إمائكم إن يكون فقراء يغنيكم الله من فضله والله واسع عليم ﴾.(النور 32)

---

[1]– ملاحظة شخصية.

[2]– سعد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، ص 10.

الأيامى: جمع أيم والايم مكانه زوج له من البناء والرجال وإن كان أكثر الرجال استعماله في البناء، أنضر الرازي مختار الصحاح، ص 36.

جـ- قوله تعالى ﴿ هو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها فلما تغشاها خيلت حملا خفيفا فمرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن أتيتنا صالحا لنكون من الشاكرين ﴾.(الأعراف 189)

د- قوله تعالى: ﴿ ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية وما كان لرسول أن يأتي بآية إلا بإذن الله لكل أجل كتاب ﴾.(الرعد 38)

ت- وقوله أيضا ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنو إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك للآيات لقوم يتفكرون ﴾.(الروم 21)

2- من السنة: وردت الكثير من الأحاديث بهذا الخصوص منها ما وري عن ابن مسعود رضي الله عنه قال. قال الرسول صلى الله عليه وسلم " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء[1]".

وفي ذلك ما رواه أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ﴿ .....أما والله لا أخشى كم لله وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني[2]﴾.

- إن الرسول صلى الله عليه وسلم اتبع الفطرة السليمة لدى البشر وما ذكر عنه من أحاديث في هذا الخصوص دلالة إلى إباحة الزواج لأن في الزواج إحصان انفس وتحقيق للمودة والسكينة بين الزوجين والحفاظ على النسل وتكثير أمة محمد صلى الله عليه وسلم ودرء للمفاسد والوساوس الشيطانية فإذا كان الشاب قادر التحمل مسؤولية الزواج فعليه بذلك ومن عجز عنه فإن رسولنا الكريم نصحه بالصوم لأن فيه خير ومنفعة كبيرة[3].

---

[1]- أخرجه البخاري، في كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فل يصم، ج9، ص 14.

[2]- أخرجه البخاري، في كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، ج9، ص 24.

[3]- محمد بن فنخور العبد اللي: الأنكحة المستحدثة، ص 16.

الباءة: قيلة أن المراد منها مؤونة النكاح، ويقصد بالباءة في الوجه الظاهر من الحديث هي القدرة بمختلف أنواعها.

3- الإجماع: انعقد الإجماع على مشروعية النكاح منذ فجر الإسلام إلى يومنا هذا وإلى بعد هذا الزمان وينتقل إلى الأجيال القادمة من بعدنا وأساس ذلك إننا نتبع سنة الله ورسوله الكريم فبعد أن أمر الله رسوله بالزواج وإباحته فإنه لا يوجد ولا يعقل إن يكون أو يقول أحدهم إن الزواج حرام ومخالفا لشريعة الإسلامية[1].

إن من الطبائع البشرية هي الرغبة في تحقيق السكن والاستقرار والطمأنينة مما يؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة المصادقة الخاصة وهذا بهدف مشروع وهو الإبقاء على النسل البشري والمحافظة عليه وهذه فطرة في الإنسان فطره الله عز وجل عليه ولو إن الله عز وجل لم يوجد الزواج كفطرة في النفس البشرية ومن ثم تنظيمها بما أورده في القرآن الكريم من آيات دالة على إباحة الزواج ومن سنة نبيه الكريم محمد صلى الله عليه وسلم لكان الوضع مختلف تماما على ما هو عليه وكانت العلاقة بين الرجل والمرأة علاقة لا تعدو على كونها علاقة حيوانية تقوم على أساس الغريزة وهذا قد يسبب مشكلات كبيرة جدا في المجتمعات ولا تقيم الحياة من دون تلك القواعد التي شرعها الله ورسوله في خصوص مسألة إباحة عقد الزواج من أجل ضبط الحديد العلاقة بين الرجال والمرأة تحت ما يسمى عقد الزواج وما يترتب عليه من حقوق ومسؤوليات لكل طرف من أطراف العلاقة وليس هذا وحسب بل يتعدى الأمر إلى أبعد من ذلك وهو للآثار المترتبة على عقد الزواج والعلاقة الحاصلة بين الرجل والمرأة (المعاشرة الزوجية). ومن أسباب تحليل وإباحة الزواج هو الأحصان وصيانة النفس وتحقيق المقاصد الاساسية والفرعية التي شرع من أجلها الزواج[2].

---

[1]- عبد الرحمان بن عبد الرحمان، الشميلة الأهدل: الأنكحة المستحدثة، دراسة فقهية مقارنة، المكتبة الدولية، الرياض، ط1، 1983، ص 26.

[2]- فكرة شخصية.

ثانيا: الحكمة من مشروعية عقد الزواج:

هناك عدة مقاصد من مشروعية الزواج وإباحته ونحاول من خلال هذا الفرع الاقتصار على ذكر المقاصد الأساسية من مشروعية الزواج والتي نأتي على ذكرها الآتي:

1- إنجاب الولد أو بالمعنى الآخر تكثير النسل والمحافظة عليه وهذا أخذ بحديث النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الخصوص.

2- ومن الدلالة على أن هذا المقصد من أهم المقاصد التي شرعها الله عز وجل من أجلها ما ورد في القرآن الكريم من الآيات الدالة على هذا المقصد قوله تعالى ﴿ ربي هب لي من لدنك ذرية طيبة﴾. وقوله تعالى﴿ والذين يقولون ربنا هب لنا من أزواجنا وذريتنا قرة أعيننا وأجعلنا لمتقين إماما ﴾.(الروم 21)

ومن الأحاديث ما رواه أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم ﴿ تناكحوا تكاثروا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة[1]﴾.

- فوجه الدلالة في الآية الكريمة أن طلب الولد وابتغاء النسل مطلب فطري للإنسان ولهذا يلجأ الناس إلى الله عز وجل بسؤاله إن يخرج عن أصلابهم درية صالحة وهذا لا يتحقق إلا بالزواج[2].

2- تحقيق السكن والمودة والرحمة " وفي هذا المطلب والمقصد الأساسي من الزواج الذي يحقق الاستقرار والطمأنينة والراحة[3]، وقد قال تعالى في كتابه الكريم ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾.(الفرقان 54).

---

[1]- رواه أحمد والبيهقي في السنن الكبرى، ج7، ص 81 - 82.

[2]- الحضي كفاية الاختيار، ج2، ص 37.

[3]- وللمزيد في هذا الخصوص راجع، عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية وهران، 2004.

3- الإحصان والعفة: وهذا المقصد من المقاصد الاساسية التي شرع من أجلها الزواج وهو وقاية من الوقوع في الفواحش وزنا المحرمات مثل الزنا وغيرها فكان الزواج يحقق مقصد الإحصان والعفة لزوجين[1].

وقد قال الله عز وجل ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت إيمانهم فإنهم غير ملومين ﴾.

- ووجه الدلالة في هذه الآية إحصان الفرج والعفة إلا فيما الله عز وجل وهو الزواج.

4- تكثير أمة محمد: وهذا المقصد لتحقيق النفع للإسلام وتكثير عدد أهل أمة محمد في الجنة وقد روى الشيخ أحمد عن أنس إبن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال

﴿ تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة ﴾[2].

المطلـب الثانـي: شـروط عقـد الـزواج وإجـراءات التسجيـل

الفرع الأول: شروط عقد الزواج:

أولا: أهلية الزواج: نص المشرع الجزائري في نص المادة 07 من ق.أ. المعدل والمتمم " تكتمل أهليه الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق والتزامات [3]".

---

[1]- أحمد حسين فراج: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص 11 وما بعدها.

[2]- رواه أحمد، ج3، ص 158، والبيهقي في السنن الكبرى، ج7، ص 81 - 82 والهيني في مجمع الزوائد، ج4، ص 252 - 258.

[3]- قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات.

ومن خلال هذا التعديل الذي أورده قانون الاسرة على أهلية الزواج بتقليص من أهلية الزواج من 21 سنة بالنسبة لرجل و 18 سنة بالنسبة للمرأة في قانون الاسرة قبل التعديل وجعلها 19 سنة فإن البعض كان يراه حجر على أهلية الرجل الراشد[1].

– واعتبار المشرع الجزائري الأهلية شرط من شروط عقد الزواج وهذا للالتزامات المالية والاجتماعية والعائلية التي ترتب عن عقد الزواج وتجدر الاشارة في هذا الصدد إلى أن تقدير السن المشرع الجزائري في هذا الخصوص المتعلق بأهلية الزواج مراعاة أحكام الأهلية وشروطها وهي العقل والبلوغ، وفي مسألة زواج القصر ومنح القاصي الإذن لهم فله مراعاة إجازة الولي.

ثانيـــا: الصداق: عرف الفقهاء الصداق بأنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمز لرغيته في الاقتران بها[2] أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 14 من ق.أ. " الصداق هو ما يدفع نحلة لزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء ".

وأورده في نص المادة " من ق.أ. كشرط من شروط عقد الزواج بقوله يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية " أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج[3] ".

والصداق واجب من الرجل وحق للمرأة ودليل وجوبيته قوله تعالى ﴿ أتوا النساء صدقاتهن نحلة ..... ﴾.(النساء 04). اعتبر أغلب الفقهاء الفقه الإسلامي إن غياب الصداق لا يؤثر في صحة عقد الزواج على أساس أنه لا يؤثر في صحة العقد والعقد يكون صحيحا وملزما

[1]– مسعود عبد الله: مقال، عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الموثق، عدد2، مارس 1998، ص 97.

[2]– عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في الأسرة الجزائري، ص 30.

[3]– مسعود عبد الله، نفس المرجع، ص 37 وما بعدها.

وعلى أساس ذلك اعتبر أن الصداق أثر من آثار عقد الزواج وليس شرط من شروط عقد الزواج ولا حتى ركن من أركانه[1].

لكن على خلاف ما ذهب إليه الفقهاء في لفقه الإسلامي فإن المشرع الجزائري أورد في نص المادة 15.ق.أ " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا.

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل ".

ومن خلال هذه المادة كأن المشرع الجزائري اشترطت على وجه الإلزام تحديد الصداق في العقد مع امكانية كونه مؤجلا أو معجلا ورتب على تخلف تحديد الصداق في العقد جزاء وهو استحقاق الزوجة لصداق المثل أي ما يقصد به هو صداق من تماثلها سنا وجمالا[2].

وأورد في نص المادة 16 استحقاق الزوجة لصداق تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول " وعلى ضوء هذا انقسم استحقاق المرأة كامل الصداق واستحقاقها نصف الصداق[3].

1- كامل الصداق: تستحق الزوجة كامل الصداق في حالتين هما: الدخول الحقيقي، وسواء في ذلك إن كان المهر مسمى أم لا فلها الصداق كامل ففي حالة كونه غير مسمى فإنها تأخذ صداق المثل[4].

وإما الحالة الثانية التي تأخذ فيها الزوجة الصداق كاملا وفاة الزوج قبل دخوله دخولا صحيحا بها.

2- نصف الصداق: حسب نص المادة 15.ق.أ. فإن الزوجة تستحق نصف الصداق في حالة الطلاق قبل البناء بها وكان فيها العقد صحيحا لكن هناك حالات أخرى يذكرها المشرع الجزائري.

---

[1]- مسعود عبد الله: مقال عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، والقانون الجزائري، ص 97.

[2]- العربي بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ص 63 وما بعدها.

[3]- قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات

[4]- العربي بلحاج، نفس المرجع، ص 63.

أ- إذا تم الزواج دون ولي أو شاهدان أو صداق وتم الدخول ولم يدفع الصداق.
ب- إذا لم يسمى المهر، أو سمية تسمية خاطئة غير صحيحة.

ويسقط المهر في حالة فسخ الزواج لتخلف شرط من شروطه قبل الدخول.

ثالثـــا: الولي: نص المشرع الجزائري في نص المادة 09 على أن الولي شرط من شروط عقد الزواج وذلك حسب المادة 09 مكرر " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، وانعدام الموانع الشرعية[1]".

ونص في المادة 11 من نفس القانون على أنه " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره ".

دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ".

إن المشرع الجزائري من خلال إعطائها للمرأة ولاية تزويج نفسها في حصور وليها سواء كانت بكرا أو ثيبا قد سار على نهج المذهب الحنفي الذي يعطي للمرأة كامل الولاية في تزويج نفسها وقيام العقد بعباراتها هي ولها أن توكل عنها وليها وفي هذه الحالة يكون الولي بمثابة وكيل عنها لمباشرة العقد[2].

في حين سار على خلاف ذلك جمهور الفقهاء إلى القول أن ليس للمرأة خاصة البكر أن تزوج نفسها ولا أن تزوج غيرها وإنما يتولى زواجها وليها.

وقد أبقى المشرع الجزائري على ولاية الأب في التزويج بالنسبة للبنت القاصر لكنه أورد في نص المادة 13 من قانون الأسرة أنه " لا يجوز للولي أب كان أو غيره، أن يجبر الفتاة القاصر التي هي ولايته على الزواج ولا يجوز لها أن يزوجها دون موافقتها".

---

[1]- قانون الأسرة الجزائري.

[2]- دليلة معزوز: إجراءات عقد الزواج الرسمين، وطرق إثبات عقد الزواج الرسمي والعرفي، جامعة بن عكنون 2003 ، 2004، ص 12 وما بعدها.

وهذا يعطينا فكرة أن المشرع الجزائري مع إبقائه ولية التزويج للأب أو أحد الأقارب إن هذه الولاية هي ولاية اختيار وليس إجبار وهذا ما يتوضح لنا من خلال عبارات نص المادة مع الإشارة إلى أنه في حالة غيابهم كان القاضي ولي من لا ولي له وليس في حالة الغياب فقط إنما في حالة الإجبار جاز لها القانون اللجوء إلى القضاء من أجل السماح لها بالزواج أو العكس وهذا خلاف لما سار عليه جمهور الفقهاء في خصوص هذه المسألة الذين أجمعوا إن ولاية الفتاة القاصر هي ولاية إجبار[1].

وقد أورد في نص المادة 2/32 إن إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الخول ولا صداق فيه، وتبث بعد الدخول صداق المثل[2]".

أما يستنتج من خلال نص المادة إن حضور الولي (قبل) وجوبي بالنسبة للقاصر أين يفسخ عقد الزواج في حالة عدم حضور الولي قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصداق المثل في حين أن غيابه لا يؤثر في زواج المرأة الراشدة ولا يترتب عليه الفسخ سواء كان قبل أو بعد الدخول[3].

رابعـــا: الشهود: جاء في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم إلى ضرورة الإشهاد في عقد الزواج بقوله ﴿لا نكاح إلى بولي وشاهدي عدل[4]﴾ وهذا دون العقود للآخر لأهمية عقد الزواج والأثار المترتبة عليه وفي حديث آخر رواه أبو داود والترميدي وإبن ماجة قوله صلى الله عليه وسلم ﴿أعلنوا النكاح ودلو وأخربوا عليه بالدفا﴾.

موقف الفقهاء من الأشهاد في عقد الزواج: " ذهب جمهور الفقهاء إلى الأخذ بأن الاشهاد شرط صحة في عقد الزواج يجب إن يتوافر أثناء إبرام عقد الزواج وفي مجلس عقد الزواج

---

[1]– الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، ط1، دار الأمة 2003، ص 95.

[2]– قانون الاسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات.

[3]– ملاحظة شخصية.

[4]– أخرجه أحمد إبن حنبل في مسنده.

ودليلهم بذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم ﴿لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل﴾ وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام ﴿لا نكاح إلا ببنية[1]﴾.

ويرى المالكية بأن الإشهاد في عقد الزواج عند العقد مندوب ولكنه عند الخول واجب فالإشهاد عندهم شرط الدخول لا في العقد وإن دخل بها ولم يشهد كان نكاحا فاسدا[2]".

– والحكمة من حضور الشهود هو إخراج عقد الزواج من حدود السرية وإعلانه وإشهاره بين الناس وقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 09 مكرر على شهود لصحة عقد الزواج " يجب أن تتوفر في عقد الزواج على الشروط الآتية "أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدين، وانعدام الموانع الشرعية[3]".

ومع ذلك لم يتعرض القانون الجزائري إلى أحكام الشهادة، ومن المتعارف عليه أن يكون شاهدين فأكثر وقد يكونا رجلين أو رجل وامرأتين ولا يجوز إشهاد امرأتين وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها رقم 34137 الصادر بتاريخ 10/08/ 1984[4].

ورجوع إلى قانون الحالة المدنية لأمر رقم 20/70 في نص المادة 33 منه يجب أن يكون الشهود بالغين لسن 19 سنة على الأقل وهذا خلافا لسن الرشد في القانون المدني المحددة بـ 19 سنة[5].

– ويختار الشهود من المعنيين بالأمر ويكون من الأقربون ولم يرد المشرع الجزائري شروط التي يجب توافرها في الشهود الذين يحضرون عقد الزواج وإنما أحالنا إلى الشريعة الإسلامية من خلال نص المادة 222 ق.أ. لنذكر أهم الشروط في الشهادة باختصار[6].

---

[1]– رواه الترميدي.

[2]– العربي بلحاج، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري، ص 260.

[3]– قانون الأسرة الجزائري.

[4]– قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 34137 الصادر بتاريخ 1984/10/08.

[5]– قانون الحالة المدنية، الصادر بموجب الأمر 70 / 20، المؤرخ في 1970/02/19.

[6]– العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 260.

1- العقل والبلوغ: أشترط الفقهاء في الفقه الإسلامي أن يكون الشاهدين بالغين وعاقلين خاليين تماما من أي عاض من عوارض الأهلية وعلى ذلك سار المشرع الجزائري في نص المادة 33 من قانون الحالة المدنية.

2- الإسلام: وهذا شرط أساسي في الشهادة وقد أجمع عليه العلماء وذلك أخذ بقول الله عز وجل ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾.(النساء: 141). وهذا دلالة علة أن الشهادة في الزواج المسلم لا تقبل من الكاتبين.

خامســا: انعدام الموانع الشرعية: بعد أن ورد المشرع الجزائري انعدام المحرمات كشرط من شروط عقد الزواج في نص المادة 09 مكرر قد نص في المواد 23 – إلى 31 على أسباب التحريم وهي إما محرمة تحريم مؤبد أو تحريم مؤقتا[1].

- **أولا:** المحرمات تحريما مؤبدا: وهن النساء التي حرمت على الرجل الزواج بهن تحريما مؤبد لوجود صفة أو سبب التحريم مؤبد غير قابل لزوال مثل البنوة، الأبوة، الأخوة وغيرها[2].

والمحرمات تحريما مؤبد ينقسمن إلى ثلاثة أنواع:

1- المحرمات تحريما مؤبدا:

أ- المحرمات بسبب القرابة: قال تعالى ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ﴾.(النساء: 23).

وقد ذكر المشرع الجزائري المحرمات بسبب القرابة في نص المادة 25.ق.أ. بذكره أن المحرمات من القرابة هن[3]:

- الأمهات، البنات، الأخوات، العمات، الخالات، وبنات الأخ وبنات الأخت.

---

[1]- قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات.

[2]- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 169 وما بعدها.

[3]- دليلة معزوز: إجراءات عقد الزواج الرسمي، وطرق إثبات عقد الزواج الرسمي والعرفي، ص 15.

وهذا ما ورد في الآية الكريمة السابقة الذكر، وتفصيل ذلك كالآتي:

– الأم: أصول الرجل وإن علون، الجدة الأم، وإن علت، الجدة الأب وإن علتا.

– البنات: فروع الرجل وإن نزلن بنت، بنت البنت، وإن نزلت.

– الأخوات: سواء كانت الأخت الشقيقة أو للأخت الأب أو لأخت الأم.

– بنات الأخ وبنات الأخ، كل من ينتسب إلى بنوة الأخ من أولاده وأولاد أولاده ذكورا وإناث.

ب– المحرمات بسبب المصاهرة: قد جاء في القرآن الكريم بهذا الخصوص قوله تعالى في العديد من الآيات نذكرها على حسب أصناف المحرمات بسبب المصاهرة:

– أصول الزوجة وإن علون لقوله تعالى ﴿ وأمهات نسائكم ﴾.(النساء: 23).

وقد قال الفقهاء أن العقد على البنت يحرم الأم والدخول بالأم يحرم البنت

– فروع الزوجة وإن نزلن لقوله تعالى ﴿ وربائبكم التي في حجوركم من نسائكم التي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ﴾.(النساء: 23).

– زوجة أحل الشخص وإن علو لقوله تعالى ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ﴾.(النساء: 23).

– زوجة فروع الشخص وأن نزلوا لقوله تعالى ﴿وخلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾.

(النساء: 23).

– ونص المشرع الجزائري على المحرمات بسبب المصاهرة في نص المادة 26.ق.أ. بقوله المحرمات من المصاهرة: أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، فروع الزوجة إن دخل بها، أرامل أو مطلقات، أصول الزوج وإن علو، أرامل أو مطلقات الزوج وإن نزلوا ".

جـ– المحرمات بسبب الرضاع: جاء في قوله تعالى في سورة النساء ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ﴾. (البقر: 231)

وحديث الرسول صلى الله عليه وسلم ﴿يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[1]﴾، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص الفقرة 27 من ق.أ. يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " وهذا مأخوذ من الحديث مباشرة[2].

– ولقد ذكر المشرع الجزائري في نص المادة 29 ق.أ. " لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا " وعليه فإن لتحريم الرضاع يشترط أن يكون قبل عامين سواء كان هذا الرضاع قليلا أو كثيرا. ومفاد ذلك إن اللبن قبل إتمام الحولين يساهم في تكوين الطفل الصغير ونشأت لحمه وعظامه وأخذ بمقياس الحولين في الرضاع لقوله تعالى ﴿ الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾.(البقرة: 231).

– وقد أورد المشرع الجزائري مستثنيات الرضاع في المادة 28 ق.أ. بقوله " يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته ولد للمرضعة وزوجها، وأخا لجميع أولادها ويرى التحريم عليه وعلى فروعه ".

فالعلاقة الرضاعية المحرمة تكون قائمة فقط بين الرضيع (ذكر أو أنثى) والمرأة التي أرضعته وزوجها ونسلها، وأثر التحريم بسبب الرضاع يبقى منحصرا في الرضيع وفروعه ولا يمتد مطلقا إلى أخواته وإخوته[3]، طبقا لما تنص عليه المادة 28.ق.أ.

ونذكر المحرمات من الرضاع على النحو التالي[4]:

01– أصول الشخص من الرضاع: أمه من الرضاع وإن علت.

02– فروع الشخص من الرضاع.

03– فروع الأبوين من الرضاع.

---

[1]– أخرجه البخاري ومسلم في صحيحه.

[2]– العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ص 174.

[3]– نصر الدين ماروك: قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، د.ب.ط، ص 51.

[4]– دليلة معزوز: إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثبات عقد الزواج الرسمي والعرفي، ص 14.

04- فروع الجدة من الرضاع.

ويضاف إلى المحرمات من الرضاع بإجماع الفقهاء

- بنت الزوجة من الرضاع.

- زوجة الأب والجد من الرضاع وإن علت.

- زوجة الابن وابن الابن وابن البنت من الرضاع وإن نزلوا.

ثانيا: المحرمات المؤقتة: هي الموانع التي يكون فيها التحريم مؤقت وليس مؤبد وبمجرد زواله تكون حلا لزواج ونذكر المحرمات تحريما مؤقتا على النحو التالي:

1- المحصنة لقوله تعالى في كتابه الكريم ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت إيمانكم﴾ والآية جاءت في سياق المحرمات المذكورة في.(سورة النساء: 23).

وقد نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 30 ق.أ. بقوله يحرم من النساء مؤقتا " المحصنة ..... " وقد أشارت المحكمة العليا إلى أنه من الموانع المؤقتة المانعة لزواج وجود المرأة في عصمة رجل آخر، ومن ثم فالزواج بها ولو توافرت أركانه، فهو غير صحيح[1]".

2- المعتدة من طلاق أو وفاة: قال عز وجل ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾.(البقرة: 235). ومعنى الآية لا تعقد النكاح حتى تنتهي المدة المخصصة للعدة فإن كانت العدة من طلاق فهي ثلاثة قروء وأما عن عدة المطلقة من وفاة زوجها فإن العدة الخاصة بها هي أربعة أشهر وعشرة أيام بدليل الكتاب والسنة.

3- المطلقة ثلاثا: قال الله عز وجل ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان -29- فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غير فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيم حدود الله ﴾.(البقرة 30).

---

[1]- قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا.

وهذا ما أورده المشرع الجزائري في نص المادة 03/30 من ق.أ. بذكره المطلقة 03 ثلاثا إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء ".

4- الجمع بين الأختين: وذلك لقوله تعالى ﴿وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف﴾.(النساء: 23).

وحديث الرسول صلى الله عليه وسلم ﴿لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها، ولا على ابنة أختها، إنكم إن فعلتم ذلك قطعت أرحامكم[1]﴾.

ولا فرقا هنا بين أن يكونا محرمين بسبب النسب أو بسبب الرضاع، وسواء كانت الأخت الشقيقة أو الأخت الأب أو الأخت الأم[2].

وهذا ما أورده المشرع الجزائري في نص المادة 30 ق.أ. فـ04. الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها، سواء كانت شقيقة أو الأب أو الأم أو من رضاع.

5- زواج المسلم بغير المسلمة: قال الله عز وجل ﴿ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا﴾.(البقرة: 221).

وقوله تعالى ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن، ولإمة مؤمنة خير من إمة مشركة ولو أعجبتكم ﴾.(المائدة: 05).

وقد أورد المشرع الجزائري، زواج المسلم من غير المسلمة في نص المادة 30 ق/05.ق.أ. بقوله يحرم مؤقتا ..... زواج المسلم من غير المسلمة[3]".

---

[1]- رواه البخاري ومسلم في صحيحه، عن أبي هريرة رضي الله عنه.

[2]- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 182.

[3]- العربي بلحاج: المرجع نفسه، ص 178.

الفرع الثاني: إجراءات إبرام عقد الزواج: نظرا للأهمية الكبيرة وما يترتب عنها من آثار مختلفة داخل الاسرة وخارجها أوجب المشرع الجزائري كغيره من المشرعين في مختلف دول العلم على ضرورة تسجيل عقد الزواج، موقد نص في المادة 21 ق.أ. تطبق أحكام القانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج[1].

– لقد قام المشرع الجزائري بإحالة إجراءات تسجيل عقد الزواج على قانون الحالة المدنية حيث حدد قانون الحالة المدنية الإجراءات الواجب اتباعها لإبرام عقد الزواج والموظفون المختصون بتحريره وجميع الوثائق الواجب تقديمها لإتمام عقد الزواج[2].

أولا: الموظف المختص بتحرير عقد الزواج:

أورد قانون الأسرة والحالة المدنية الموظفون المختصون بتحرير عقد الزواج والذين يختلفون على حسب مكان الإبرام لذلك سنتطرق إلى الموظفون المختصون بذلك تم إلى مكان الإبرام داخل وخارج الوطن.

1– موظف المختص بتحرير عقد الزواج داخل الوطن: نصت المادة 18 من قانون الأسرة على أنه " يتم عقد الزواج أمام الموثق وأمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في أحكام المادة 09 و09 مكرر من هذا القانون[3].

ونص في المادة 71 من قانون الحالة المدنية: يختص بعقد الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل من تاريخ الزواج ".

---

[1]– قانون الأسرة الجزائري.

[2] – دليلة معزوز: إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثبات عقد الزواج الرسمي والعرفي، ص 18.

[3]– قانون الأسرة الجزائرية، وفقا لآخر التعديلات.

من خلال المادتين السابقتين الذكر نخلص إلى أن الموظفون المختصون بإبرام عقد الزواج هما:

- ضابط الحالة المدنية.

- الموثق.

- نصت المادة 03 من القانون رقم 03/06 على أن: "الموثق هو ضابط عمومي مكلف بتحرير العقود التي يجب إفراغها في شكل قانون. رسمي وكذلك العقود التي يرد الأطراف إعطائها الشكل الرسمي[1]".

إن قانون الحالة المدنية قد حدد مكان الاختصاص المكاني للموثق وضابط الحالة المدنية الذي يقع في دائرة اختصاصه أو دائرته محل إقامة طالبي الزواج وأحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر تقريبا، على الاقل من تاريخ إبرام عقد الزواج، وخلاصة ذلك إن الاختصاص المحدد في نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية هو على سبيل الحصر ومفاد ذلك أنه لا يجوز لطالب الزواج أن ينتقلا إلى أي مقر بلدية أو مكتب توثيق خارج ما هو محدد قانونا، وهذا ما ينطبق على ضابط الحالة المدنية والموثق بألا يقوما بتسجيل عقد الزواج ليس لهما موطن ولا محل إقامة بدائرة اختصاصهما[2].

ب- الموظف المختص بتحرير عقد الزواج خارج الوطن:

إن ضباط الحالة المدنية بالخارج هم رؤساء المراكز القنصلية ورؤساء البعثات الدبلوماسية وكما يضاف إليه حسب المادة 104 من قانون الحالة المدنية " يمكن أن يؤذن لنواب القناصل بقيام مقام رئيس المركز القنصلي بصفة دائمة بموجب مقرر من وزير الشؤون الخارجية ويمكن أن يؤذن للأعوان القنصليين بموجب قرار من وزير الخارجية إما باستلام

[1]- قانون رقم 03/06 المؤرخ 2006/02/20 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق.

[2]- دليلة معزوز: إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثبات عقد الزواج الرسمي والعرفي، ص 19 وما بعدها.

التصريحات الخاصة بالولادات والوفيات وإما بممارسة السلطات التامة لضابط الحالة المدنية[1]".

ثانيـــا: الوثائق المقدمة لإبرام عقد الزواج:

بعد معرفة الموظفون المختصون بإبرام عقد الزواج سواء كان ذلك داخل أو خارج الوطن نتطرق في النقطة الآتية إلى الوثائق المقدمة من طرف طالبي عقد الزواج[2]:

نصت المادة 21 من قانون الاسرة على أنه: تطبق أحكام المادة " قانون الحالة المدنية على إجراءات تسجيل عقد الزواج ".

وقد نظم قانون الحالة المدنية في نصو ص المواد من 71 إلى 77 منه على الوثائق المقدمة من أجل إبرام عقد الزواج.

01- ملخص وثيقة ميلاد كل من طالبي الزواج بتاريخ اقل من ثلاثة أشهر، لكن بعد التعديل مدد لأجل لوثيقة الميلاد بـ 10 سنوات.

02- الدفتر العائلي في حالة كون الشخص سابق الزواج.

03- في حالة تعذر تقديم وثيقة الميلاد أو الدفتر العائلي يقدم إشهاد محرر من طرف رئيس المحكمة.

04- شهادة إقامة لطالبي الزواج.

05- شهادة طبية حسب ما هو منصوص عليها في المادة 07.ق.أ.

06- إذن الإعفاء من السن القانونية بالنسبة للقصر صادر من رئيس المحكمة – وفقا لمادة 07.ق.أ.

07- رخصة في حالة التعدد صادرة من طرف رئيس المحكمة حسب نص المادة 08.ق.أ.

---

[1]- راجع في هذا الخصوص قانون الحالة المدنية 20/14 المادة 1 و 2.

[2]- راجع في هذا الخصوص، عمار الدوادي، الشروط الشكلية لعقد الزواج، د ط، 2005، ص 101 وما يليها.

08- نسخة من عقد الزواج شهادة وفاة أو الحكم بالطلاق النهائي بالنسبة للمرأة التي سبق لها الزواج.

09- رخصة الزواج الخاصة بالنسبة للأشخاص الذي يقتضي قانونهم بذلك مثل ضباط الجيش والأمن.

ثالثـــا: بيانات عقد الزواج: نص المشرع الجزائري في نص المادة 73 من قانون الحالة المدنية على البيانات التي يجب أن يتوفر عليها عقد الزواج ونص المشرع الجزائري في المادة 15 و19 على بعض البيانات[1]:

01- في قانون الحالة المدنية[2]:

- ألقاب وأسماء وتواريخ ومحل ولادة كلا الزوجين.
- ألقاب وأسماء أبوي كل منهما.
- ألقاب وأسماء وأعمار الشهود.
- الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء.
- الإعفاء من السن الممنوحة من طرف رئيس المحكمة، إذا لزم الأمر.
- إن الزواج قد تم إبرامه وفق الشروط المنصوص عليها قانونا.

---

[1]- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 265 وما بعدها.

[2]- نصت المادة 46 ق.ح.م. يبطل العقد إذا كان تسجيله مزورا أو وقع في غير المدة القانونية المسموح بها حتى لو كانت البيانات المتوفرة في العقد صحيحة شكلا.

02- في قانون الأسرة:

- نص في المادة 13 ق.أ. على وجوب ذكر الصداق في العقد سواء كان مؤجلا أو معجلا .

- ونص في المادة 19 على جوازية الاشتراط في عقد الزواج أو بموجب عقد رسمي لاحق مع عدم مخالفة مقتضيات الزواج.

المطلب الثالث: عقد الزواج بين الرضائية والشكلية:

إن الشريعة الإسلامية أولت الزواج بعناية بالغة من الأهمية، لم توليها لأي نوع من أنواع العقود الأخرى وهذا ناتجا لما يتميز به عقد الزواج عن غيره من العقود الأخرى وقد قال الإمام القرافي رحمه الله " إن النكاح عظيم الشأن عظيم الخطر جليل القدر لأنه سببا لبقاء النوع البشري المكرم عن غيره من المخلوقات[2] الأخرى لقوله تعالى ﴿ولقد كرمنا بني آدم﴾.(الإسراء: 70). وسبب العفاف الحاسم لمادة اختلاط الأنساب، وسبب للمودة والمواصلة والسكون وغير ذلك من المصالح بخلاف البيع.

ورجوعا إلى الفقه الإسلامي نجد أن عقد الزواج يتضمن شروط وأركان كغيره من العقود الأخرى حتى توافرت انعقد صحيحا منتج لجميع أثاره الشرعية، وذكر أركانه وشروطه على حسب ما أورده الفقهاء بالرغم من خلافهم في هذه المسألة[3]:

- ونصت المادة 77 ق.ع. يعاقب كل من الموثق وضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة للأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين بالعقوبات المنصوص عليها في المادة: 441 /1 ق.ع ويعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل وبغرامة من 100 دج إلى 1000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين ضابط الحالة المدنية الذي يقيد وثيقة الحالة المدنية في ورقة عادية مفردة والذي لا يتحقق من موافقة الوالدين أو غيرهما من الأشخاص إذا اشترط القانون هذه الموافقة لصحة الزواج والذي يتلقى عقد الزواج امرأة سبق زواجها قبل المضي الميعاد المحدد قانونا.

[2]- خليدة بلعربي: آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، ص 19.

[3]- ابو زهرة محمد: الولاية على النفس، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط.س، ص 108 وما بعدها.

أ- عاقدان هما الزوج والزوجة أو من ينوب عنهما.

ب- شاهدي عدل.

جـ- ولي يتولى صيغة العقد عن المرأة.

د- مهر يقدمه الزوج لزوجته نحلة.

هـ- الصيغة وهي تباد الأطراف للإيجاب والقبول.

ومن خلال ما سبق يتبين إن الصيغة هي الركن الجوهري في عقد الزواج وهذا بإجماع الفقهاء إلا أن هذا الركن والذي هو الصيغة يوجد في جميع الأطر وأنواع العقود الأخرى كالبيع وغيره من العقود التي تنعقد بتبادل الإيجاب والقبول.

وذهب بعض الفقهاء من بينهم الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله إلى القول بأن عقد الزواج عقد شكلي " وعلى ذلك يصح أن نقول أن عقد الزواج عقد شكلي لأنه لا يكتفي في تكوينه برضا العاقدين، بل لابد منع هذا الرضا من الإعلان والشهرة أو الإشهاد وشهادة الشهود وإن شكلية عقد الزواج واضحة كل الوضوح[1]".

وفي التعليق على الكلام السابق الذكر نذكر:

أولا: إن اشتراط الشهود في عقد الزواج لا يعد سببا كافيا لإضفاء الشكلية في عقد الزواج إذ أن الغاية من الشهود هي إخراج الزواج من السر للعلانية والأمر الثاني أن مفهوم الشكلية يقتضي أن يفرغ عقد الزواج في شكل رسمي وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 21 ق.أ.[2]

كما تجدر الإشارة إلى الإشهاد في عقد الزواج ما هو إلا حماية لعقد الزواج في حد ذاته نظرا لخطورة الآثار المترتبة عليه.

---

[1]- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985، ص 36 وما بعدها.

[2]- أبو زهرة محمد: ملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، د.ب.ط، 1976، ص 207.

– وفيما يخص الشهود في عقد الزواج فإن جميع دول العالم ومن بينها التقنيات الغربية الذي يشترط الشهود في عقد الزواج المبرمة أمام الضابط المختص بتحرير عقد الزواج والرقم من كون الزواج مدني بالنسبة لهم.

وقد أخذ أحد الفقهاء الغربيين بالقول ".... هذا النظام (الزواج) خال من أي صفة شكلية..." ثم يضيف في القول " ..... انعقد اجماع الفقهاء في جميع العصور بما لا يدع مجال ..... بأن عقد الزواج في الفقه الإسلامي عقد رضائي[1]".

وهذا ما جاء به المشرع في قانون الأسرة حيث نص المادة 09 منه " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " وقبل ذلك نص المادة 04 من نفس القانون إن عقد الزواج " هو عقد إخائي بين رجل وامرأة ".

ولكن نظرا لتطور الحياة المعاصرة وجب إفراغ عقد الزواج في قالب الشكلية تفاديا لأي مشاكل غير متوقعة نظرا للأهمية الكبيرة التي تكتسيها الشكلية في الحياة وما تمنحه من حقوق وضمانات أكثر لطرفي عقد الزواج وللمجتمع وللغير وبخصوص هذا الصدد فإن المشرع الجزائري يعد الزواج الذي لم يفرغ في قالب شكلي زواج عرفيا على كل من له مصلحة في إثباته أمام المحكمة وبعد إجراءات طويلة يتم إثبات ذلك الزواج من طرف المحكمة بأمر صادر عن رئيس المحكمة.

خلاصة: إن عقد الزواج في الفقه الإسلامي هو عقد رضائي في جوهره يتسم بصبغة الشكلية نظرا لما تقتضيه أهمية ذلك من حيث موضوعه وخطورته والآثار المترتبة عليه التي أقرها الشارع الحكيم وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري باعتبار الزواج عقد رضائي من خلال المادة 04 و09 و 09 مكرر ليأتي بالذكر على أن إثبات الزواج يتم بمستخرج من الحالة المدنية الأهم الذي يوجب إفراغه في قالب الشكلية.

---

[1]- Lynant de bellefons, traité de droit musulman, comparé mouton, paris 1965. P 39 et s….

خلاصة:

ونتيجة لما سبق دراسته في هذا المطلب: نجد أن المشرع الجزائري من خلال مواد قانون الأسرة بصفة خاصة والأحوال الشخصية بصفة عامة أحاط الزواج بعناية كبيرة حيث يذكر في العديد من مواد قانون الاسرة على ضرورة احترام الشروط والإجراءات المتبعة في عقد الزواج وهذا نظرا إلى الأهمية الكبيرة التي يوليها المشرع الجزائري في بعض المسائل هو محاولته لمساواة بين الرجل والمرأة قصد منه لمسايرة التطورات الحياة المعاصرة وهذا من خلال تعديلاته على قانون الأسرة خاصة في مسألة الولي بالنسبة للمرأة الراشدة أو بالنسبة للمرأة القاصرة التي جعل الولاية عليها ولاية اختيار لا ولاية إجبار بخلاف مذاهب الفقه الإسلامي كما أنه من خلال الدراسة لمبحث عقد الزواج وبالخصوص تسجيل عقد الزواج الذي يعتبر شرط من الشروط التي تقتضيها المعاملات اليومية والحياة المعاصرة لما فيها من منافع وآثار تعود على الزوجين والغير والمجتمع.

المبحـــــث الثاني: ماهية ركـــــن الرضـــــا

لم يعرف قانون الأسرة ركن الرضا وإنما اكتفى فقط في الفقرة الأولى من المادة العاشرة بتحديد قسمي الرضا واللفظ بصفة عامة الذي يحوز به التعبير عن الإيجاب والقبول، وعدم تعريف المشرع الجزائري لركن الرضا يتركنا نذهب إلى التعريف الذي وضعه له الفقه ومن بين تلك التعريفات نجد السيد سابق يعرّفه "بأنه توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا[1] ويعرّفه الدكتور يدران أبو العينين بدران بأنه " الإيجاب والقبول الصادرين من التعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما[2]، ومن خلال اطلاعنا على هذه التعاريف ولدراسة هذا الموضوع قمنا بطرح التساؤل التالي:

ما هو ركن الرضا في عقد الزواج وكيف يعبر عنه وما هي الآثار المترتبة عن تخلفه ؟

ومن أجل الإجابة عن هذه الإشكالية اتبعنا الخطة التالية قمنا بدراسة مفهوم الرضا كمطلب أول وكيفية التعبير عنه كمطلب ثاني وخلاصة أثر تخلفه مطلب ثالث وأخير.

[1]– السيد سابق: فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي مصر ،ط1، 2004، ص 234.

[2]– بدر أبو العينين: الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، ط2 ، 1961، ص 56.

المطلــب الأول: مفهــوم الرضــا

الفرع الأول: تعريف الرضا

1- الرضا لغة: مصدر من الفعل رضي[1]، وضده السخط ومنه قوله تعالى: " أفمن اتبع رضوان الله كمن باء بسخط من الله مأواه جهنم وبئس المصير ". (آل عمران 162)

وقوله أيضا: "ذلك بأنهم تبعوا ما أسخط الله وكرهوا رضوانه فأحبط أعمالهم". (محمد 28).

2- اصطلاحا: اختلف الفقهاء في إعطاء مفهوم محدد لرضا سنقوم بعرض تعريفاتهم لرضا على حسب ما ورد عنهم من اختلاف:

أ- الرضا عند الأحناف: عرف الأحناف الرضا بالعديد من التعاريف المختلفة ونذكر منها:

قصد إلى النتائج وقبولها: وبمعنى آخر " الإرتياح إلى العقد والرغبة فيه " أو هو الرغبة في الإشارة[2] ".

من خلال هذا فأن الرضا عند الأحناف لا يتحقق من الهزل. والخطأ والإكراه.

ب- الرضا عند جمهور الفقهاء: لم يميز الجمهور من الفقهاء بين الرضا وغيره من المعطيات الملازمة له مثل الاختيار وقال في الرضا:

- " القصد إلى العبارات المنشئة للعقود بحيث تكون تلك العبارات ترجمة عما في النفس ودليلا على رغباتها وغياتها [3]".

أو هو القصد إلى إنشاء العقد بالعبارات المنشئة طلبا لإشارة ورغبة فية ".

---

[1]- ابن منضور الإفريقي، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2005، ج8، ص 302.

[2]- ابو زهرة محمد: الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، 1976، ص 199.

[3]- البعلي عبد الحميد محمود: ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، وموازنته بالقانون الوضعي وفقهه، مكتبة وهبة القاهرة، ط1، د س، ص35.

فالجمهور يقيم العقود من حيث أثارها إلى صحيحة وباطلة ولم يجعلوا وسطا بينهما فالفساد والبطلان عند جمهور الفقهاء مترادفان يشكلان وصفا لكل عقد تخلف فيه (عقد) ركن الرضا.

الفرع الثاني: المقصود بركن الرضا في عقد الزواج

لقد اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج[1] وهو القائم الذي يقوم عليه ويتوقف وجوده عليه وأختلف في تسميته فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول وهناك من يسميه الصيغة وهناك من يسميه العنصر النفسي في عقد الزواج L'ELEMENT PSYCHOLOGIU[2] وهذا الاختلاف هو لفظي فقط أما المعنى فهو واحد، ولقد نصت المادة 16 من ميثاق حقوق الإنسان على أنه " لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما زواجا كاملا لا إكراه فيه[3] " ونصت المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة 10 من العهد الدولي لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على " لا ينعقد زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاءا كاملا لا إكراه فيه "، ونصت المادة 16 من اتفاقية إلغاء التميز ضد المرأة لسنة 1975 على " للمرأة الحرية في اختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر والكامل " و نجد أن معظم التشريعات العربية قد سارت في هذا النهج وكمثال عن ذلك المشروع العربي الموحد لقانون الأحوال الشخصية نص في مادته 23 على أنه " ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر صادرين عن رضا تام[4]".

1- المادة التاسعة قانون الأسرة " يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة ، وشاهدين و صداق[5]". "

---

[1]- السيد سابق فقه السنة، ط س، دار الكتاب العربي، القاهرة، م2، ص 34.

[2]- Ghaouti Ben Melha Le Droit Algerien De La Fammille Page 49, paris 1959.

[3]- راجع المادة 16 من الميثاق العالمي لحقوق الإنسان.

[4]- المشروع العربي الموحد لقانون الأحوال الشخصية.

[5]- قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات.

أما المشرع الجزائري فكما ذكر سابقا حدد في المادة 09 من قانون الأسرة الرضا بأنه أحد الركن الوحيد في عقد الزواج ونصت المادة العاشرة منه على مكونات الرضا وكيفية التعبير عنه بالنسبة للقادر على الكلام وغير القادر على الكلام لعجز، ونصت المادتين 32 و 33 على أثر تخلف ركن الرضا[1].

المطلـــب الثانـــي: الإيجـــاب والقبـــول

إن نص المادة 10 فقرة 01 جاءت متفقة تماما مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية وهو أن ركن الرضا يتكون من شقين الإيجاب والقبول لكن ما يؤخذ على هذه المادة أنها حددت الإيجاب والقبول من دون أن تعرفهما ولم تحدد شروطهما ولهذا ووفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة نرجع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع:

الفرع الأول: تعريف كل من الايجاب والقبول و شروط صحتهما

أولا: تعريف كل من الايجاب والقبول

1- الإيجاب: يتفق الفقهاء على أن الإيجاب هو ما يصدر من أحد العاقدين يدل على أنه يود الارتباط بعلاقة زوجية مع طرف العقد الآخر ويسمى بالتالي موجبا[2].

2- القبول: يعرف الفقهاء القبول بأنه الكلام الذي يصدره المتعاقد الثاني الذي وجه له الإيجاب يدل على موافقته على ما أوجبه الموجب ويسمى القابل[3].

ثانيا: شروط صحة الايجاب والقبول:

لصحة الإيجاب والقبول اشترط الفقهاء المسلمين أن تتوافر فيهما شروط معينة منها ما اتفقوا عليها ومنها ما اختلفوا فيها[4] وهي كالتالي:

---

[1]- العربي بلحاج، وجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، أحكام الزواج والطلاق، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010،

[2]- السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي ، ط1 ،2004 ، المجلد الثاني ص 35.

[3]- محمد أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ص 41 وما بعدها.

[4]- الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982، 231.

أ – الشروط المتفق عليها:

اشترط الفقهاء أن يكون اجتماع إرادتي المتعاقدين على الزواج في مجلس العقد واتفاقهما في القصد والهدف، ويجب أن يكون مجلس العقد متحدا أي لا يفرق بين الإيجاب والقبول ما يعد شاغلا عنهما مثلا بتكلم أحد العاقدين كلام أجنبي[1].

ب– الشروط المختلف فيها:

على خلاف الحنابلة والحنفية اشترطت المالكية والشافعية لصحة الإيجاب والقبول أن تكون الفورية في قبول الإيجاب[2].

الفرع الثاني: صيغة الإيجاب والقبول:

تنص المادة العاشرة من قانون الأسرة على أن " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر يكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا[3] "، وما يستخلص من هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يحدد الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول ولم يجدد اللغة التي يتم بها العقد وصيغة الفعل عند التعبير عن الإيجاب والقبول وهذا ما يؤدي بنا لتحديدها الرجوع إلى ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة ولقد أفاض الفقهاء المسلمين في الحديث عن هذه المسألة وهي كالتالي[4]:

1– الألفاظ المعبرة شرعا عن النكاح:

وتعرض للألفاظ المعبرة شرعا عن النكاح في نقطتين أساسيتين وفقا لما ذهب إليه الفقهاء المسلمين.

---

[1]– بدران أبو العينين: الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، ص 56.

[2]– بدران أبو العينين: المرجع نفسه، ص 56.

[3]– قانون الأسرة الجزائري.

[4]– سعد قاضي: رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجيستر في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر ،2010م، ص 5 وما بعدها.

أ- الألفاظ المتفق عليها أنها تؤدي معنى النكاح شرعا أو لا تؤدي معناه:

لقد اتفق الفقهاء المسلمين سنة منهم أو شيعة بأن الزواج ينعقد بألفاظ الزواج، النكاح منشدين في ذلك أن معظم الآيات والأحاديث المتعلقة بالزواج جاءت بهاذين اللفظين كما اتفقوا على أن الزواج لا ينعقد بالألفاظ التالية :الإباحة، الإحلال، الإيداع، الإعارة، الرهن، الوصية، الإجازة وذلك بسبب أنها لا تؤدي مفهوم الزواج حقا[1].

ب- الألفاظ المختلف في آدائها لمعنى النكاح:

ذهبت المالكية والحنفية بأنه يجوز ويصح أن يكون الإيجاب بالألفاظ التالية: الهبة، التمليك، البيع، الصدقة والجعل مشترطين فقط أن تدل تلك الألفاظ على بقاء الحياة الزوجية مدى الحياة، في حين الشافعية والحنابلة قالوا بعدم صحة الزواج الذي يتم بالألفاظ المذكورة أعلاه، وما يلاحظ في اشتراط الفقهاء الألفاظ التي يتم بها عقد الزواج أنها تشترط فقط أن يستعملها الموجب في إيجابه أما القابل فلا تشترط فيه وإنما يكفيه أن يقول قبلت أو رفضت، وأنه وفقا لما جرت عليه العادة والعرف في الجزائر أنه يعمل بما ذهب إليه المذهب المالكي والحنفي فجرت العادة أن يقول الموجب جئت أطلب بنتك مثلا فيقول القابل إني أعطيتك[2].

2- لغة إبرام عقد الزواج:

كما سبقت الإشارة إليه فإن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم ينص إطلاقا على اللغة التي يجب أن يبرم بها عقد الزواج بل اكتفى فقط بذكر كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، في حين نجد أن جمهور الفقهاء المسلمين متفقين على جواز عقد القران بغير اللغة العربية مستدلين في رأيهم على أن العقود تقوم على المعاني لا على الألفاظ والمباني ، وان الزواج ليس أمر تعبدي حتى يجب تعلم أركانه باللغة العربية، وذهب أصحاب المذهب الشافعي والشيمة إلى أنه لا يصح إبرام عقد الزواج بغير اللغة العربية إذا كان العاقد يفهمها وينطق بها ويجوز لمن لا يستطيع النطق بها بأن يعقد بغير اللغة العربية وبما أنه عاجز عنها فإنها

---

[1]- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ص 142.

[2]- محمد مصطفي شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية بيروت، ط4، 1983، ص 71.

تسقط عنه، وما يلاحظ على ما ذهب إليه المشرع الجزائري في عدم تحديده للغة التى يتم بها العقد هو أنه أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو موقف وفق فيه حسب رأيي وذلك حتى لا يصعب على من أراد الزواج، لأنه إن اشترط لغة معينة فإنه يتوجب على الذي لا ينطق بها يثبت ذلك[1].

3- صيغة الفعل:

لم يحدد المشرع الجزائري صيغة الفعل التي يعبر بها عند الإيجاب والقبول وهو ما يتركنا نرجع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية لتحديد هذه المسألة[2]، ولقد إشترط الفقهاء المسلمين لصحة الإيجاب والقبول أن تكون الأفعال المعبر بها مصرفة كالاتي:

-أن يكون كل من الألفاظ المعبر بها في الإيجاب والقبول بصيغة الماضي.

- إذا كان الإيجاب بصيغة الأمر يكون القبول بصيغة الماضي.
- إذا كان الإيجاب بصيغة المضارع يكون القبول بصيغة الماضي.
- إذا كان الإيجاب بصيغة المستقبل يكون القبول بصيغة الماضي.

واشتراط الفقهاء المسلمين صيغة الماضي لأنها تفيد دلالة قطعية على رضا الطرفين ويكون بالتالي الإيجاب والقبول منجزين غير معلقين إلى المستقبل[3].

4- إنعقاد الزواج بغير الكلام:

تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في المادة 10 من قانون الأسرة الفقرة الثانية واقتصر في هذه الفقرة على النص على حالة الشخص العاجز عن الكلام أو الكتابة ولم يتطرق إلى الزواج عن طريق الرسالة أو الرسول وهذا ما يجعلنا عند التطرق لهذه النقطة الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الإيجاب والقبول الذي يتم بكلمة واحدة ونستعرض لهذه المسالة في النقاط التالية[4].

---

[1]- سعد قاضي: رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، ص 10.

[2]- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 142.

[3]- السيد سابق، فقه السنة، ص 77- 78.

[4]- المادة العاشرة من قانون الأسرة فقرة 2 " ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة ."

أ- التعبير الإيجاب والقبول من طرف العاجز عن الكلام:

قد يتعذر على أحد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في الزواج لعائق فيه كالأخرس والأبكم ولهذا اتفق جمهور الفقهاء المسلمين على أنه إذا كان العاقدين أو أحدهما يعجز عن التعبير وكان يحسن الكتابة فإنه يعبر عن إرادته بواسطة هذه الأخيرة لأنها طريقة تعبير أكثر بيانا من الإشارة في حين نجد المذهب الحنفي انقسم إلى اتجاهين إتجاه قال بما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك بعدم الجواز للشخص أن يعقد بالإشارة إذا كان بإمكانه أن يعقد بالكتابة، أما الإتجاه الثاني حسب رواية الجامع الصغير فإنه يجوز أن يعقد بالإشارة حتى ولو كان بإمكانه أن يعقد بالكتابة[1].

وما يلاحظ على المشرع الجزائري وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة السابقة الذكر فإنها أخذت بالرواية الثانية عن المذهب الحنفي أي بإمكان الشخص أن يعقد بالإشارة رغم مقدرته على التعبير بالكتابة بإعتبار الفقرة الثانية لم تأتي بالترتيب وإنما أعطت للمتعاقد الاختيار التام بحيث العبارة جاءت كما يلي ... " كالكتابة أو الإشارة " وهذا الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري منتقد باعتبار أن الكتابة فعلا هي الأكثر تعبيرا وبيانا من الإشارة، وهذا على عكس بعض الذين قالوا بأن قانون الأسرة يشترط الترتيب[2].

ب- التعبير عن الإيجاب و القبول عن طريق الرسول والمراسلة:

لم ينص المشرع الجزائري على التعبير عن الرضا عن طريق الرسول أو المراسلة (المكاتبة) أي إذا لم يحضر أحد العاقدين مجلس العقد وهذا ما يجعلنا نطبق نص المادة 222 من قانون الأسرة ورجع إلى ما ذهب إليه الفقهاء المسلمين الذين أجازوا الزواج عن طريق الرسول أو المراسلة المكتوبة واتفقوا على أن من لا يستطيع حضور مجلس العقد لغيابه مثلا فله أن يعبر عن إرادته في إبرام عقد الزواج بالمكاتبة أو عن طريق الرسول، ولكنهم اشترطوا حضور شهود يعلمون مضمون قول أو كتاب الموجب وكذا رد القابل عن طريق القول أو المكاتبة[3].

---

[1]- وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة ،2008 ،دط، ص 215 وما بعدها.

[2]- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، ص 143.

[3]- بلحاج العربي: المرج نفسه، ص 144.

جـ- التعبير عن الإيجاب والقبول بكلمة واحدة:

يقصد بالتعبير عن الإيجاب والقبول بكلمة واحدة هو العقد الذي يباشره شخص واحد، وهذه الحالة لم ينص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد خاضوا فيها واختلفوا في الحكم الذي تأخذه، فهناك من الفقهاء المسلمين الذين يجيزون العقد بكلمة واحدة وهم الغالبية في المذهب الحنفي والشافعي، فالحنفية تشترط لكي يصح العقد الذي يباشره شخص واحد أن يكون مباشرا من طرف الولي على الطرفين أو وكيلا عن الطرقين أو رسولا عنها أو أصيلا من جانب وولي من جهة، أو وكيلا من جهة وولي من جهة أخرى أو أصيلا من جانب ووكيلا من جانب آخر[1]، في حين هناك زفر من الحنفية من لا يجيز على الإطلاق التعبير عن الإيجاب والقبول بكلمة واحدة أما الشافعية فقد أجازتها لكن بشرط وهو أنها لا تجوز إلا إذا كان الشخص الذي يباشر الإيجاب والقبول بكلمة واحدة هو ولي عن الطرفين كالجد على الحفيدين، وأجازت المالكية والحنابلة ما ذهب إليه أبو حنيفة في إجازتهم للعقد الذي يتم بواسطة كلمة واحدة وما يمكن قوله أنه رغم[2].

عدم نص المشرع الجزائري على التعبير عن الإيجاب والقبول بكلمة واحدة فإننا نرجع إلى ما ذهب إليه الجمهور في إجازتهم لهذا النوع من العقود التي تتم بكلمة واحدة.

ثالثا: شروط صحة الارادة في عقد الزواج:

يشترط الفقهاء لصحة الإرادة في عقد الزواج أن تكون جدية، واعية وحرة أي غير مشوبة بالإكراه وعيوب الرضا، وغير مقيدة بشرط ولا أجل و مؤبدة[3].

1- الإرادة الجدية والواعية:

يقصد بالإرادة الواعية هي أن لا يكون المتعاقد فاقد لوعيه كالمجنون أو لإنعدام الأهلية كالصغر أما الإرادة الجدية فهي تلك الإرادة التي تؤدي إلى إبرام عقد الزواج صحيحا بعكس الإرادة الهازلة أو الصورية التي لا تنسجم مع الطبيعة الخاصة لعقد الزواج[4].

---

[1]- بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون، ص 67.

[2]- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 44.

[3]- Ghaouti Ben Melha Le Droit Algerien De La Fammille – Page 58/ 59.

[4]- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 145.

2- الإرادة الخالية من عيوب الرضا:

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة لعيوب الإرادة بالتفصيل و كذا عدم خوض فقهاء الشريعة الإسلامية من أمثال أنس بن مالك ، إدريس الشافعي وغيرهم من أئمة المذاهب الفقهية الأخرى كثيرا في هذه المسألة نلجأ كما يري البعض إلى القواعد العامة في القانون المدني المادة 2/82 والمواد من 86 إلى 88[1] وعموما العيوب التي تشوب الإرادة في عقد الزواج هي الإكراه والغلط أما التدليس فيكون بدرجة أقل وتتعرض لهذه العيوب الثلاثة كما يلي:

أ- الإكراه:

يقصد به بأنه كل ضغط مادي أو معنوي يولّد في نفس الشخص رهبة تدفعه إلى التعاقد، فالإكراه بجانبيه المادي والمعنوي يمس بقاعدة حرية الإرادة في إبرام العقود، وما يشترط في الإكراه هو أن يكون الدافع الذي دفع بأحد المتعاقدين إلى إبرام عقد الزواج، والمذاهب الفقهية تناولت هذه المسألة واعتبرت عقد الزواج الذي تم تحت الإكراه باطل بإستثناء بعض الآراء الشاذة وإن ما يقال على إجازة جمهور الفقهاء للولي أن يجبر بنته القاصرة على الزواج هو محدود ولا يصل إلى غاية الإكراه وهو أن يراعي رغبتها في الزواج، والمشرع الجزائري في نص المادة 13 من قانون الأسرة منع الولي من إجبار موليته على الزواج دون رضاها وأن السلطة في منع بنته البكر من الزواج فقد وضع لها المشرع حدود وهو مراعاة مصلحتها وفي حالة تعسفه أعطى للبنت حق اللجوء إلى القاضي الذي يعين لها ولي للتزوج[2].

ب- الغلط:

ويعرف الغلط بأنه وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع[3] ويشترط في الغلط كي يكون عيب في الإرادة المبرمة لعقد الزواج أن يكون متعلقا بالشخص أو في صفة من صفاته الأساسية التي هي محل اعتبار في التراضي.

---

[1]- القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات.

[2]- لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ص 141.

[3]- لعشب محفوظ، المرجع نفسه، ص 141.

جـ- التدليس:

ويعرف التدليس بأنه استعمال الحيلة بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد وهو عيب غير هام في إبرام عقد الزواج وكمثال على ذلك أن الشخص الذي يريد إبرام عقد لا يصرح بحالته العائلية السابقة وهو متزوج وله أولاد فهنا قد دلس الطرف الذي تعاقد معه وبالتالي فإرادة الطرف الثاني معيبة[1].

3- الإرادة الغير المقيدة بشرط ولا بأجل:

ويقصد بالإرادة المقيدة بشرط أو أجل هي تعليق عقد الزواج على تحقق شروط ما أو إضافته إلى زمن مستقبل وهي معطيات تتخالف ولا تتفق مع طبيعة عقد الزواج الذي يجب أن يكون الإيجاب والقبول فيه قطعي لا احتمالي أي أن يؤدي إلى إنشاء عقد الزواج في الحال وبصفة فورية باعتباره منجز وأحكامه لا تتراخى عن أسبابه وذلك وفقا لنص المادة التاسعة من قانون الأسرة.

ويجيز المذهب المالكي إضافة عقد الزواج إلى المستقبل بشرطين فقط وهما أن يكون العاقد أب في مرض الموت وإضافة أثر العقد إلى ما بعد وفاته وبالتالي تصبح وصية بالزواج[2]، هذا فيما يخص التعليق على الشروط والإضافة إلى الزمان المستقبل أما فيما يخص الشروط المقترنة بعقد الزواج فقد أجازها المشرع الجزائري في نص المادة 35 من قانون الأسرة وتكون نافذة في حق كل من الزوجين متى كانت لا تتنافى مع عقد الزواج وإذا كانت تتنافى مع هذا الأخير فهي باطلة وعقد الزواج يكون صحيح[3].

4- أن تكون إرادة الزوجين مؤبدة:

لقد اشترط الفقهاء المسلمين أن تكون صيغة عقد الزواج مؤبدة غير مؤقتة ولا مقترنة بما يدل على التأقيت لأن مقتضى عقد الزواج هو التأبيد، وعليه فإن عقد الزواج المؤقت وعقد زواج المتعة غير جائزين عند الفقهاء المسلمين ويقع تحت طائلة البطلان باستثناء،

---

[1]- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 161.

[2]- الكساني: بدائع الصنائع، ج2، ص 230.

[3]- العربي بلحاج: نفس المرجع، ص 150 وما بعدها.

زفر من الحنفية الذين يحيزون الزواج المؤقت ويبطلون زواج المتعة، أما الشيعة الإمامية فلا يميزون بين الزواج المؤقت وزواج المتعة ويحلونهما[1].

المطلب الثالث: آثار تخلف ركن الرضا في عقد الزواج:

نتعرض لهذه النقطة في فرعين أساسيين هما:

الفرع الأول: أثر تخلف ركن الرضا في الشريعة الإسلامية

يذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أن تخلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله باطلا ومنعدما لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه أية آثار، ولم يحلون به الدخول، وإذا تم الدخول فلقد اتفق على وجوب التفريق بين الزوجين ويعتبرونه زنى، لكن أختلف حول وجوب إقامة حد الزنى عليهما، فالمالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف يقولون بإقامته في حين الحنفية ترى بأن الزواج الباطل في حد ذاته شبهة تدرأ الحدود، ولكن هذا لا يمنع من إنزال عقوبة التعزير عليهما[2] ومن المتفق عليه أيضا أنه لا يثبت المهر ولا النفقة ولا الطاعة كما أنه لا يرد الطلاق، أما النسب فقد أختلف فيه فالجمهور يرى بعدم ثبوته على عكس الحنفية التي قالت بثبوته.

الفرع الثاني: أثر تخلف ركن الرضا في قانون الأسرة

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف ركن الرضا في نص المادتين 32 و 33 من قانون الأسرة والتي يمكن التطرق اليها كما يلي:

أولا– الحالة التي رتب عليها فسخ عقد الزواج:

تنص المادة 32 من قانون الأسرة على أنه " يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى مع العقد[3] ..." وبما أن المشرع رتب على تخلف ركن الرضا الفسخ سواء قبل الدخول أو بعده فإنه يترتب عليه الآثار التالية :ثبوت النسب، حرمة المصاهرة، وجوب العدة، نفقة العدة.

---

[1]– بدران أبو العينين، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 77.

[2]– سعد قاضي: رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج، في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائرية، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، ص 10.

[3]– قانون الأسرة الجزائري وفق للآخر تعديلات.

ثانيا– الحالة التي يترتب عليها بطلان عقد الزواج:

و تنص المادة 33 قبل التعديل من قانون الأسرة على هذه الحالة وهي أنه يترتب البطلان إذا ما تخلف ركن الرضا وركن آخر سواء الشاهدين، الصداق، الولي وبالتالي فهو منعدم ولا ينتج عنه أي أثر، وتنص نفس المادة بعد التعديل على بطلان عقد الزواج في حالة تخلف ركن الرضا ويذهب بعض من الفقه إلى أن المشرع الجزائري موقفه يتماشى وموقف الحنفية التي تقول أن النسب يثبت بالزواج الباطل وذلك وفقا لمبدأ إحياء الولد لأن هذا الأخير لا ذنب له وهو ضحية وبالتالي فمن غير المعقول تحميله جزاء عمل لم يقم به خصوصا وأن نص المادة 40 من قانون الأسرة تجيز إثبات النسب بالإقرار[1]، لكن ما ينتقد عليه المشرع الجزائري عند تناوله لأثر تخلف ركن الرضا في المادتين 32 و 33 من قانون الأسرة استعماله مصطلحين الفسخ و البطلان وهذا ما يعني أنه أخد بالمذهب الحنفي الذى يفرق بين العقد الفاسد والباطل وتخلف ركن من أركان عقد الزواج يرتب البطلان أما نخلف شرط من شروط الانعقاد يؤدى إلى الفسخ في حين المشرع الجزائري قد أخلط في حالة تخلف الركن ورتب على تخلف ركن واحد الفسخ وفي حالة تخلف ركنين رتب البطلان وبالتالي خالف المذهب الحنفي الذي كان قد أخد بتقسيمه لحالات فساد الزواج، وكذا يؤخذ على المشرع الجزائري أنه خالف المبادئ العامة للقانون وهي أنه إذا تخلف ركن من أركان عقد الزواج يترتب عليه بطلان العقد في حين هو رتب عليه الفسخ باستثناء في حالة تخلف ركنين رتب عليه البطلان، كما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يكن واضحا في نص المادة 33 من قانون الأسرة لما ربط تخلف ركنين في عقد الزواج لكي يترتب بطلان عقد الزواج، فالسؤال المطروح هل تخلف ركن الرضا بدخل ضمن الركنين المنصوص عليهما في المادة 33[2] الذين إن تخلفوا ترتب بطلان العقد أم لا خصوصا وأن نص المادة 33 لم تذكر ركن الرضا ضمن تلك الأركان في مبناها باللغة العربية ولكن لو رجعنا إليها كما هي مكتوبة باللغة الفرنسية لوجدناها تنطبق على ركن الرضا[3]، والأجدر كما سبق ذكره أعلاه أن نطبق

[1]– عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هوما، دط، 1996، ص 189.

[2]– قانون الأسرة الجزائري وفق آخر تعديلات.

[3]– خليدة بلعربي: آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2014 – 2015، ص 15.

عليه قاعدة بطلان عقد الزواج في حالة ما إذا تخلف الرضا مع أحد أركان عقد الزواج المحددة في المادة 33.

و كخلاصة لما تقدم من خلال دراستنا لركن الرضا في عقد الزواج من خلال هذا المبحث ومحاولتنا لتبيين مفهوم الرضا وكفية التعبير عنه والأثار المترتبة عنه في حالة تخلفه خلصنا إلى النتائج الأتية :

1: إن المشرع الجزائري يعتبر الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج من خلال نص المادة 09

2: في حالة اختلال ركن الرضا فإن عقد الزواج يقع باطلا وفق لنص المادة33 من ق. أ

3: إن اعتبار الرضا الركن الوحيد في الزواج هو تضيق المجال لنظرية البطلان من طرف المشرع الجزائري حماية منه لعقد الزواج

4:يمكن التعبير عن الرضا بالمختلف اللغات والإشارات التي يمكن أن تعتبر معبرة عنه

5:المشرع الجزائري حصر الرضا وقيام الزواج في مألة الإيجاب والقبول فقط .

خاتمـــــة الفصل الأول:

من خلال دراستنا في هدا الفصل لركن الرضا وعقد الزواج في التشريع الجزائري مع لمحة مختصرة في الفقه الإسلامي خلصنا إلى النتائج الأتية :

1- أن جعل المشرع الجزائري الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج قد ضيق من دائرة إمكانية بطلان عقد الزواج بسبب اختلال أركان الزواج في حالة تعددها

2- اعتبار المشرع الجزائري الرضا الركن الأساسي في عقد الزواج يعطي لمحة بأنه يغلب مبدأ الرضائية في عقد الزواج على مبدأ الشكلة

3- المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون الأسرة في 27 فيفري 2005، والتعديلات التي جاء بها خاصة في مسألة الولي والمنصوص عليها في المادة 11 .ق. أ جعل ولاية الأب بالنسبة للمرأة الراشدة ولاية مشاركة لا أكثر ولا أقل من ذلك مسايرة منه لتطور الاجتماعي ومذاهب الفقه الإسلامي إلا أن ذلك ينافي مقومات المجتمع الجزائري في الكثير من الأحيان

4- كما أن المشرع الجزائري من خلال المادة 13 قيد ولاية الأب في تزوج ابنته القاصر بمنعه من تزوجيها دون رضاها، أو بمعنى إعدامه لولاية الإجبار في مسألة التزويج من جهة وإعطاء الحرية للمرأة من جهة أخرى

5- إن المشرع الجزائري من خلال إحالته على قانون الحالة المدنية من خلال المادة 21 من قانون الأسرة في مسألة إجراءات تسجيل عقد الزواج هي حماية ,من جميع الجوانب لعقد الزواج ولطرفي العقد والأثار المترتبة عن هده العلاقة ,إد يعتبر المشرع الجزائري الزواج الذي لم يتم تسجيله مطلقا أو لم يتم تسجيله في المدة القانونية المخصصة لدلك زواجا عرفيا لا يعترف به ولو كان مستوفي الشروط والأركان إلا بعد صدور حكم من المحكمة بإثباته وبعد دلك القيام بتسجيله.

من خلال دراستنا في الفصل الأول لركن الرضا وعقد الزواج نأتي في هدا الفصل إلى دراسة عيوب التي تشوب الرضا في عقد الزواج، نص المشرع الجزائري في المواد81-102 من القانون المدني على العيوب التي تشوب الرضا في مختلف العقود وما ينتج عنها من أثار على العقد بصفة عامة وهي الفسخ أو البطلان في حالة وقوع هذه العيوب ولكن ما يهمنا في هدا الموضوع بصفة خاصة هو العيوب التي تشوب الرضا في مجال عقد الزواج والأثار التي تترب عنها في حالة وقوعها ومن أجل ذلك وضعنا خطة لدراسة هذا الفصل نتطرق فيها إلى عيب الغلط في المبحث الأول نبين فيه مفهومه كمطلب أول ونستعرض أنواعه وشروطه كمطلب ثاني لنأتي في خلاصة المبحث وكمطلب ثالث إلى أثار عيب الغلط وندرس في المبحث الثاني عيب التدليس، ندرس ماهية عيب التدليس في المطلب الأول ونتناول في المطلب الثاني التدليس في الوثائق الخاصة بعقد الزواج وبض صور عيب التدليس لنختم مبحث عيب التدليس بأثره على العقود بصفة عامة وعقد الزواج بصفة خاصة وبعد معرفتنا لعيب الغلط والتدليس في المبحث الأول والثاني نأتي لدراسة عيب الإكراه في المبحث الثالث نوجز في مطلبه الأول مفهوم الإكراه وندرس في مطلبه الثاني شروط الإكراه وبعض صوره لنأتي في خاتم هذا المبحث بالتعرض إلى أثار الإكراه على العقود بوجه عام وعقد الزواج بصفة خاصة .

إن من العيوب التي تشوب الإرادة في التصرفات التعاقدية والعقود بصفة عامة ومن بينها عقد الزواج عيب الغلط، وقد قسم الفقهاء الغلط إلى عدة أنواع سنأتي على دكرها لاحقا في هدا المبحث قد نص المشرع الجزائري على عيب الغلط في القانون المدني في نص المواد 81-85 كأول العيوب التي تشوب الإرادة دراسة لهدا الموضوع من أجل تقديم توضيحا أكتر ومحاولة لمعرفة عيب الغلط قمنا بطرح الإشكالية التالية: نوجزها في ما هو مفهوم عيب الغلط وماهي أنواعه لكن ما يهمنا من خلال دراستنا هدا العيب نطرح السؤال الأكثر أهمية في هدا الخصوص ماهي الأثار المترتبة عن عيب الغلط.

المبحـــــث الأول: عيـــــب الغلـــــط

المطلب الأول: مفهوم عيب الغلط:

الفرع الأول: تعريف عيب الغلط لغة:

غلط . الغلط . أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه، وقد غلط في الأمر يغلط غلطا وأغلطه غيره، والعرب تقول. غلط في منطقه، وغلت في الحساب غلطا وغلتا، وبعضهم يجعلها لغتين بمعنى قال. والغلط في الحساب وكل شيء. والغلت لا يكون إلا في الحساب قال. ابن سيدوه ورأيت ابن جني قد جمعه على غلطا قال: ولا أدري وجه ذلك. وقال الليث. الغلط كل شيء يعيا الإنسان عن وجه صوابه من غير تعمدا. وقد غالطه مغالطة والمغلطة والأغلوطة. الكلام الذي يغلط فيه ويغالط به، ومنه قولهم. حدثته حديثا ليس بالأغاليط. والتغليط. أن تقول لرجل غلط. والمغلطة والأغلوطة. ما يغالط به من المسائل والجمع الأغاليط. وفي الحديث، أنه صلى الله عليه وسلم، نهى عن المغلوطات، وفي رواية الأغلوطات، قال الهلوي: الغلطات تركت منها الهمزة كما تقول جاء لحمر بترك الهمزة، قال: وقد غلط من قال إنها جمع غلوطة، وقال الخطابي: يقال مسألة غلوط إذا كان يغلط فيها كما يقال شاة حلوب وفرس ركوب[1].

الفرع الثاني: تعريف عيب الغلط اصطلاحا:

قد عرف الفقهاء الغلط بتعريفات كثيرة متقاربة من حيث المعني :ندكر البعض منها :توهم يقوم في نفس المتعاقد فيدفعه إلى إبرام العقد ولولا هدا التوهم لم يقدم على التعاقد[2]، وفي تعريف أخر: هو حالة نفسية تقوم بالنفس بها فتدفعها لتعاقد، وسنعطي له تعريف أخر وهو وهم كاذب يتولد في ذهن الشخص، أو حالة تقوم بالنفس تجعله يتصور الامر على غير حقيقته أي على غير الواقع، والوهم أو غير الواقع قد يكون واقعة غير صحيحة يتوهم

[1]– ابن منظور الإفريقي: لسان العرب، م13، دار صادر، بيروت، ط6، 2008، ص 70.

[2]– التركماني، خالد عدنان: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، جدة، ط1، 1981، ص 164.

الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها[1]. فالمتعاقد يتوهم المرء ويقوم بناء على ذلك الوهم بالتعاقد.

لم يعطي المشرع الجزائري مفهوما محددا للغط إلا ما أورده في نصوص القانون المدني في خصوص مسالة الغلط في المواد 81إلى 85 من القانون المدني

م.81: يجوز للمتعاقد الدي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله

م.82: يكون الغلط جوهريا إدا بلغ حد من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هدا الغلط[2].

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة لشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كدلك نظرا لشروط العقد وحسن النية.

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هده الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

من خلال التعريف السابق نستخلص إلى أن الفقهاء يعتمدون في الغلط على المعيار النفسي أما بالنسبة للمشرع الجزائري وفي استقراء نص المادتين السابقتين قد أخد أحيانا بالمعيار الموضوعي وأحينا أخرى بالمعيار الذاتي.

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق، المجتمع العربي الإسلامي، منشورات حمد الداية، بيروت، د ط، 1953، ص 289.

[2]– راجع بهذا الخصوص مواد القانون المدني المتعلقة بالغلط 81 – 85.

المطلب الثاني: أنواع عيب الغلط:

الفرع الأول: أنواع عيب الغلط حسب القصد منها:

تتعدد أنواع الغلط بتعدد القصد منها فبالنسبة للعقد نجد نوعين هما:

أولا: الغلط المانع: هو الغلط الذي يقع في ماهية العقد أو طبيعته أو في محله ومثال ذلك إن تنصرف إرادة أحد الطرفين فيه إلى إبرام عقد الزواج مثلا وتنصرف إرادة الشخص المتعاقد الآخر إلى قصد آخر وهي العلاقة الحرة[1].

وأما الغلط في طبيعة العقد أن يتزوج أحدهم فتنصرف إرادته إلى أن الزواج مجرد صداقة من دون إدراك منه أن الزواج يرتب مسؤوليات وحقوق وواجبات مختلفة[2].

ثانيا: الغلط المفسد للإرادة: وهو الغلط الذي يقع في تكوين العقد أو ما يعرف في القانون بالغلط الجوهري وإن الغلط الذي يفترض أن يكون جوهريا في عقد الزواج هو الذي يقع في صفة جوهرية لأحد طرفي الزواج[3] (الزوج أو الزوجة) ومن أمثلة الصفات الجوهرية حديث الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله ﴿تنكح المرأة لأربع دينها وحسبها ونسبها وجمالها﴾[4].

ثالثا: الغلط في القانون: نص المشرع الجزائري على الغلط في القانون فن نص المادة 83 (يكون العقد باطلا للغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط طبقا للمادتين 81 و 82 ما لم يقضي القانون بخالف ذلك)[5].

---

[1]– هذا الغلط إما ينصب على ماهية العقد وإما على ذاتية المحل، مثال 1، أن يعطي شخص لآخر مبلغ من المال على سبيل القرض فيظنه على سبيل الهبة. مثال 2، أن يبيع شخص عقارين يملكهما لشخص آخر فيشتري ذلك الشخص عقار ضنا منه أنه اشترى العقار الآخر.

[2]– عبد الحميد العيدوني: دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، رسالة لنيل شهادة ماجستير، في القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر القايد، تلمسان، 2013 – 2014، ص 63.

[3]– خليدة بلعربي: آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، رسالة لنيل شهادة ماجستير، جامعة الجزائر، 2014 – 2015، ص 40.

[4]– روى أبو داود والنسائي عن أبي هريرة رضي الله عنه.

[5]– راجع بهذا الخصوص القانون المدني المادة 83.

الفرع الثاني: أنواع عيب الغلط حسب تقسيمات الفقهاء:

أما عن تقسيمات الفقهاء ففي الغلط أربع أنواع غلط في المعقود عليه وغلط في الشخص غلط في القيمة الغلط في الحكم الشرعي.

أولا: الغلط في المعقود عليه: وهذا النوع من الغلط غالبا ما يكون غلط خفيا في نفس المتعاقد وقد يعبر عنه في صيغة العقد ليصبح بعد ذلك جليا ومن خلال هذا يمكن تقسيمه إلى نوعان من الغلط حسب الإظهار والإخفاء[1].

1- الغلط الباطني: أن يشتري الشخص شيء (سلعة ما) ظنا منه أنها أصلية دون أن يصرح بذلك في العقد وبعد ذلك يتبين له أنها قطعة مزيفة[2].

2- الغلط البائن: وهو الغلط الذي يكون واضحا وجليا مثال ذلك أن يبيعك أحدهم هاتف من نوع سامسونغ وفي الحقيقة أن الهاتف هو علامة كوندور والمشرع الجزائري والفقه الإسلامي في خصوص هذه المسألة يعتد بالغلط الظاهر لا بالغلط الخفي[3].

ثانيا: الغلط في شخص العاقد: وخلاصة هذا أن الغلط في الشخص العاقد لا يؤثر في العقد إلا إذا كان هذا الشخص محل اعتبار في مبنى العقد فيمنح العاقد ارتباط مباشر بموضوع العقد ومن أمثلة ذلك نأخذ مثالين:

1- إجارة المرضعة: فالمفترض في المرضعة أن تكون حاملة لصفات معينة لها اعتبار في إلا وهما صلاح لابنها للإرضاع بمعنى كونها بصحة جيدة وخالية من الأمراض المعدية مثل نقص المناعة وغيرها والتي من الممكن أن تنتقل إلى الرضيع والشرط الثاني أن تكون ذات

[1]- سعد قاضي: رضا المكلفة في عقد الزواج، في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، ص 29.

[2]- الخفيف علي: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، د س، ص 324.

[3]- سعد قاضي: المرجع نفسه، ص 30.

سلوكا مستقيم وأخلاق حسنة فمتى تبين للأسرة المستأجرة لها خلاف ذلك جاز لهم فسخ العقد قبل أوانه لأنهم وقعوا في غلط في الشخص المتعاقد[1].

2- عقد الزواج يعتبر الغلط في الشخص (الزواج أو الزوجة) من كثرة حالات الغلط وضوحا وسبب ذلك أن طرفي عقد الزواج (زوج أو زوجة) يمثلان العنصر الجوهري في عقد الزواج، فإن كان أحدهم يبحث أو في نيته أن الطرف الآخر، متوفرا على جملة من الصفات التي يرغب هو أن تكون في شخص شريك حياته[2].

ومثال ذلك الكفاءة في الزواج وخلو الطرف الآخر لعقد الزواج من الأمراض وسلامته من العيوب.

ومن خلال ما سبق نستخلص أن الغلط في شخص العاقد ذاتي وليس موضوعي فمتى كان أو تبين أن للشخص العاقد اعتبارا في العقد عد الغلط في هذه الحالة عيبا من عيوب الرضا ومتى كان غير ذلك فذلك يخرجه من كونه عيبا في عيوب الرضا.

ثالثا: الغلط في القيمة: وهذا ما يرعف في القانون بالغبن ومثاله أن يشتري الشخص سلعة ما ظن منه أن ذلك هو الثمن الحقيقي لها ليتبين أو يعلم بعد ذلك أنه وقع في الغبن وهنا فإن رضا المشتري معيبا فإن كان يعلم السعر الحقيقي لسلعة ما قام بشرائها.

وفقهاء الفقه الإسلامي يفرقون ما إذا كان الغبن فاحشا أو يسيرا وعلى قولهم إن كان الغبن فاحشا فإن الغلط بعد عيبا في الإرادة وهذا معيار مادي وأما إذا كان عكس ذلك وكان الفحش يسيرا فإن الفقهاء لا يعتبرونه عيبا في الإرادة والمعيار هنا مادي[3].

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د ط، 1998، م1، ج1، ص 132.

[2]- الزرقاء مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998، ص 485.

[3]- ينقسم الغبن عند الفقهاء إلى غبن فاحش وغبن يسير، أما اليسير فهو ما لا يتجاوز حدود التفاوت في المعتاد بين الناس، أما الفاحش فهو ما يتجاوز حدود المعتاد عند الناس.

رابعا: الغلط في الحكم الشرعي: غن هروب الناس من تنفيذ الأحكام الشرعية المترتبة على التصرفات التعاقدية الذي قاموا به لا يعد عذرا امتناعهم عن تنفيذها، وإلا كانت جميع التصرفات قابلة للانتقاض وعلى هذا الأساس قال الفقهاء بعدم جوازية التدرع بجهل الأحكام الشرعية وتقديم العذر بذلك فإذا قام أحدهم بإبرام عقد ما لزم عليه تنفيذ الأحكام الشرعية المترتبة على هذا العقد، وعدم قبول عذره بجهله للأحكام الشرعية[1].

المطلب الثالث: أثر عيب الغلط:

الفرع الأول: في العقود بصة عامة:

وفي هذا الخصوص قد أخذ فقهاء الفقه الإسلامي ونقسم ذلك حسب أثرها في جنس المعقود ووصف المعقود عليه يؤدي إلى انعدام العقد أصلا لكونه ولد معدوما، فلا يوجد رضا مرتبطا به، وقد أيدت مجلة الأحكام العدلية هذا الرأي في نص المادة 208 إذ جاء فيها ما يلي:

(إذا باع شيئا بنية جنسه فظهر المبيع غير ذلك الجنس بطل البيع، فمثلا لو باع زجاج على أنه ألماس بطل البيع[2]).

ذهب جمهور الفقه الإسلامي إلى القول بأنه في حالة الغلط في وصف المعقود عليه لا يرتب فسخ العقد ولا يمنع نفاده، وإنما لزومه فقط.

فإن شاء الشخص الذي وقع في هذا الغلط، أي فوات صفة من الصفات المرغوبة في المعقود عليه فهو بين أمرين إما إجازته وإما فسخه[3].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى مسألة الخيار في حالة فوات الوصف المرغوب فيه، والتي تستوجب الفسخ من عدمه، فهناك من يرى أنه في مسألة الخيار في حالة فوات وصف المرغوب فيه جاز الفسخ، في العقود التي لا تقبل الفسخ.

---

[1]– التركماني خالد عدنان: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص 175.

[2]– محمد سعيد جغفور: نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومه، للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2002، ص 191.

[3]– خليدة بلعربي: آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، ص 69.

في حين يرى البعض الآخر أن ثبوت الخيار في حالة فوات وصف المرغوب فيه يجيز الفسخ في كل العقود، وليس في عقود دون أخرى[1].

الفرع الثاني: أثر الغلط في عقد الزواج:

وجاء في أقوال مذاهب الفقهاء في هذه المسألة نفصلها على حساب المذاهب الآتية:

أولا: مذهب الحنابلة: قالوا: إن رجل تزوج امرأة على أنها مسلمة فبانت كتابية أو تزوجها على أنها كتابية فبانت مسلمة فله الخيار في فسخ النكاح، لأنه شرط الصفة هنا صفة جوهرية ومقصود، ولكنها بانت على خلاف ذلك وإذا حدث العكس فهنا ينتفي لها الخير، وخلاصة ذلك إن بانت بخلاف المواصفات التي كان يرغب بها أو ترغب بها كان له أو لها الخيار[2].

ثانيا: مذهب الشافعية: جاء في مذهب الإمام النووي إذا تزوجت امرأة، رجلا على أنه على صفة معينة فتبين لها أو خرج بخلاف ذلك فالأمر وجهان:

أ- أن العقد يقع باطلا لأن الصفة المقصودة في الشخص منتفية.

ب- أن العقد يقع صحيحا وهذا الوجه السليم والأصح من الرأي الأول، وأساس ذلك إن مالم يتم ذكره في العقد إذا فعل ذلك وخرج بخلافه لم يقع البطلان في العقد.

والسبب في ذلك أن كونه إذا خرج أعلى من المطلوب، لا يكون لها الخيار في الفسخ وفي حالة حدوث العكس أي خرج ناقص بخلاف ما كانت فلها الخيار في الفسخ[3].

ومثال ذلك إذا اشترطته أعربيا فخرج أعجميا كان لها الخيار في الفسخ لأنه نقص قد لا ترضى به أبدا، فالخيار يثبت في النقصان لا في الزيادة.

---

[1]- محمد سعيد جغفور: نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص 194.

[2]- عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، ط1، 1992، ص 141.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق، المجتمع العربي الإسلامي، ص 149.

ثالثا: ذهب المالكية إلى القول: أنه في حالة استعمال حق الفسخ بسبب خيار العيب (كالعيوب المرضية أو الجنسية) أو بسبب خيار الشرط، وكان ذلك حاصلا قبل الدخول لا تستحق الزوجة شيء من الصداق، ولا يهم في ذلك إن كان الفسخ منها أو من زوجها وفي حالة كون الفسخ بعد الدخول، وإن كان العيب بالزواج استحقت الزوجة المهر كاملا وإذا كان العكس رجع الزوج بكل ما دفعه على الولي الذي غره، وإذا كانت المرأة هي التي غرته رجع عليها بما زاد عن الصداق عرفا[1].

– تجدر الإشارة في هذا الصدد أيضا إلى أنه في حالة كون عقد الزواج مشوبا بغلط في شخص الزوج أو الزوجة في أحد الصفات الأساسية من مثال ذلك، الذين فإن العقد يقع باطلا لعدم تتطابق الإرادتين.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري:

نص المشرع الجزائري في نص المادة 33 من قانون الأسرة الجديد في الفقرة الأولى التي تقضي ببطلان عقد الزواج في حال اختل ركن الرضا وذلك خلاف لما أورده المشرع في نص المادة 83.ق.م.ف1 لكون طرفي عقد الزواج يشكلان موضوع العقد والغلط في هذا الصدد يترتب عليه بطلان العقد ويجوز لطرف المتضرر وقت إبرام العقد طلب إبطاله (م.81.ق.م) وبالإضافة إلى كل هذا نجد العيوب المرضية التي تؤدي إلى فسخ عقد الزواج المنصوص عليها :متى كان أحد طرفي العقد ضحية عيب مرضي أو جنسي ما عند إبرام العقد، جاز له طلب إبطاله لوقوعه في الغلط، ما دام لم يطلع عليه وقت التعاقد[2].

كما الشأن في حالة اشترط العذرية حسب نص المادة 19 التي تجيز لزوجين اشترط في عقد الزواج بمقتضى عقد لاحق، أو عند العجز الجنسي على اعتبار، أن القدرة الجنسية وإنجاب الأولاد وتكثير النسل هي السبب الرئيسي للزواج[3].

[1]– العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 161.

[2]– العربي بلحاج: المرجع نفسه، ص 161.

[3]– راجع بهذا الخصوص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري.

لأن من مقاصد الاساسية في الزواج إنجاب الابناء وهذا لا تحقق إلا بالمعاشرة الزوجية.

وأما عن موقف القضاء الجزائري من مسألة الغلط فإنه أعتبر الكفاءة شرط من شروط الزواج باعتباره شرط صحة وإذ غابت الكفاءة فإن غيابها يؤدي إلى عدم لزوم عقد الزواج لغياب الرضا عن الزوج.[1]

فيكون للزوج الحق في فسخ عقد الزواج في حالة عدم توافرها في المرأة المرغوب بها واعتباره وقع في الغلط وله خيار الفسخ[2].

إلا أن هاذ لا ينفي وجود اجتهادات قضائية صادرة عن المحكمة العليا بخصوص هذه المسالة وذلك ما جاء، في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 2009/22/11 والذي جاء في مقتضياته (لا يتثبت من خلال الدعوة وأوراق الملف ما يفيد اشتراط البكارة في المرأة طبقا لأحكام المادة 19.ق. أو من ثم فإن قضاة الموضوع بمجلس قضاء قالمة قد أخطأوا الطاعنة مسؤولية الطلاق، وحرمانها من التعويض المترتب عليه يكونوا قد خالف القانون وجانبوا الصواب[3]).

وجاء في قرار بتاريخ 2000/05/23 أن عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج لا يحمل الزوجة، المسؤولية في الطلاق والتعويض لأن البناء بالزوجة ينهي كل دفع بالعذرية[4].

[1] -العربي بالحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ص165.

[2] – خليدة بلعربي: آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، ص 73.

[3] – قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/02/11، ملف رقم 480226، غ أ ش، مجلة المحكمة العليا عدد 1، 2009، ص 83.

[4] – العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 160.

إن عيب الغلط من أكثر العيوب التي قد يقع فيها أي شخص لاختلاف أنواعه ومن خلال دراستنا لموضوع عيب الغلط في هدا المبحث خلصنا إلى النتائج الأتية :

1) أكثر حالات الغلط وقوع في الزواج هو الغلط الدي يقع في صفة جوهرية لشخص المتعاقد وهدا الغلط يؤدي إلى بطلان العقد.
2) إدا كان الغلط نقص في أحد صفات الجوهرية لشخص جاز له طلب إبطاله وأما إدا كان زيادة عن الصفة المرغوبة في الشخص الأخر فانه لا يملك الخيار في الفسخ.
3) مسألة الخيار في الفسخ من عدمه في حالة الغلط مرتبطة بحالة فوات الوصف المرغوب فيه.
4) ليس كل غلط يعتبر معيبا للإرادة وبالتالي يستوجب الفسخ.
5) لا يمكن اخد نظرية الغلط المنصوص عليها في القانون المدني بإطلاقتيها وتطبيقها على عقد الزواج .

يعد التدليس من العيوب التي تشوب الرضا في مختلف العقود والتصرفات التي يقوم بها الإنسان خصوصا إذا توافر السبب بالنسبة لشخص الدي دفع إلى التعاقد بسبب دالك التدليس الدي مارس عليه من الطرف الأخر للعقد أو من طرف الغير عن طريق استعمال وسائل وطرق احتيالية سواء كانت هده الطرق قولية أو فعيلة مما يتيح لطرف المدلس عليه والدي وقع ضحية هدا التدليس إمكانية انهاء العقد بطلب إبطاله على حسب الشروط المنصوص عليها قانونا, لكن ما يسترعي الدراسة هو التدليس في عقد الزواج مما دعنا قبل كل شيء إلى طرح التساؤل التالي ماهية التدليس وماهي الأثار المترتبة عنه في العقود بصفة عامة عقد الزواج بصفة خاصة ولدراسة هدا الموضوع سنبين ففي هدا المبحث العناصر الأتية :تطرقت في هدا المبحث إلى ماهية عيب التدليس مطلب أول يتضمن التعريف اللغوي و الاصطلاحي، وفرع ثاني إلى أنواع التدليس وشروطه ثم بعد دالك إلى التدليس في الوثائق الخاصة بالزواج وصور التدليس وفي المكلب الثالث والأخير تطرقت إلى أثر التدليس في العقود بصفة عامة وعقد الزواج بصفة خاصة مستعرضا في دالك موقف الفقهاء والمشرع الجزائري في خصوص مسألة عيب التدليس

المبحـــــث الثانـــــي: عيـــب التدليـــس

المطلب الأول: ماهية عيب التدليس

الفرع الأول: مفهوم عيب التدليس لغة

أولا: تعريف عيب التدليس لغة: دلس، الدلس بالتحريك الضمة وفلان لا يدالس ولا يدالس أي لا يخادع ولا يغدر والمدالسة: المخادعة وفلان لا يدالسك ولا يخادعك ولا يخفي عليك الشيء فكأنه يأتيك به في الظلام وقيل : دالس مدالسة والدلس في البيع كتمان العيب في كل شيء إذا لم يبين عيبه وهو من الظلمة والتدليس في البيع:كتمان عيب السلعة عن المشتري ويقال دلس لي سلعة سوء والتدليس هو إخفاء العيب[1].

ثانيا: التدليس اصطلاحا: لم يعطي المشرع الجزائري مفهوما لتدليس إلا ما ورد في نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري(يجوز إبطال العقد لتدليس إذا كانت الحيلة التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ويعتبر تدليسا سكوت متعمد عن واقعة أو ملابسة إذا تبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الوقائع أو هده الملابسة[2])

ومنه فإن التدليس في القانون المدني الجزائري هو استعمال الطرق الاحتيالية حيت تبلغ حد من الجسامة لولاها لما كان الطرف الأخر تعاقدا وهي ملابسة أو واقعة لو علم بها المتعاقد الآخر لما كان ليتعاقد.

أما التدليس في الزواج :هو غلط مدبر باستعمال الحيل والخداع والغش والإخفاء , لتأثير في إرادة المتعاقد ودفعه لإبرام عقد الزواج، ومن ثم فإن التدليس هو خطأ عمدي لأن الحيلة في مجال الزواج هي رد فعل ضار أو تعدي أو خطأ يستوجب التعويض عن الضرر الناتج عن

[1]– ابن منظور الإفريقي: لسان العرب، م5، ط6، 2008، ص 287.

[2]– العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 162.

طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية (المادة24 قانون مدني المعدلة بالأمر 10/05[1]) وهي مسائل قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا.

ويتحقق التدليس في الزواج بالتستر عل عيب في أحد الزوجين, من غير تلك العيوب التي سبق دكرها كونها موجبة لخيار الفسخ بغض النظر عن وقوع التدليس فيها أو عدمه. وسواء كان التستر على ما يعد عيبا لكونه نقصا في الخلقة كالعور أو لكونه زيادة فيها, كما يتحقق التدليس بإيهام الراغبين في الزواج بوجود صفات كمال مرغوبة فيه من عند من هو خال منها.

ويتحقق التستر عن العيب بتوصيف أحد الراغبين في الزواج للأخر عند إرادة التزويج بما يتضمن سلامته من العيوب، أو حيازته على صفات الكمال مع عمله بوجود تلك العيوب فيه أو عدم وجود تلك الصفات بحيث صار دالك التوصيف سببا للإغترار[2].

الفرع الثاني: شروط عيب التدليس:

– نص المشرع الجزائري على التدليس في نص المادتين 86 و 87 من القانون المدني بقوله:

المادة 86: يجوز إبطال العقد لتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة لولا لها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر التدليس السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا أثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ".

المادة 87: إذا صد والأكثر لتدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفترض حتما أ، يعلم بهذا التدليس[3].

[1]– العربي بلحاج: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ص 109.

[2]– العربي بلحاج: المرجع نفسه، ص 162.

[3]– راجع بهذا الخصوص المادتين 86 – 87 من القانون المدني الجزائري.

- من خلال المادتين نلاحظ أن شروط التدليس هي ثلاثة شروط نذكرها كالتالي:

1-الحيل التي يلجأ إليها المدلس: من أجل إخفاء الحقيقة ودفع الطرف الآخر وإيهامه ودفعه لتعاقد وقد تكون هذه الحيل التي يلجأ إليها المدلس قولية أو فعلية وتؤثر في رضا الطرف الآخر المدلس عليه[1].

2- النية (سوء النية)

لقيام التدليس لابد من توافر نية التضليل أي بمعنى آخر توافر قصد الإيقاع بالشخص من الآخر ودفعه لتعاقد[2].

3- العلم في حالة صدور التدليس من الغير "هذا الشرط لا يقوم ولا يتوافر إلا في حالة صدور التدليس من خارج أطرف العلاقة العقدية وعلى المدلس عليه أن يثبت علم الطرف الآخر أو افتراضه أن يعلم بذلك التدليس كشرط من شروط قيام التدليس[3]".

- ويثبت التدليس في عقد الزواج بشرطين هامين هما وجود العيب أو المرض قبل الزواج وأن لا يكون الطرف الآخر المدلس عليه على علم به ففي هذه الحالة جاز لطرف المتضرر طلب التعويض العادل وكان له حق الفسخ.

الفرع الثالث: أنواع عيب التدليس:

وهو ما يعرف عند الفقهاء بالتغرير، والتغرير عند الفقهاء ينقسم إلى قسمين هما:

أولا: التغرير القولي: وهو المخادعة باللسان وأكثر ما يقع التغرير القولي في السعر كأن يقول البائع للمشتري وهو كاذبا لقد دفع لي المساومين لي أكثر مما دفعت ولم أقبل بيعها في هذه الحالة قد يغتر المشتري ويعتقد أن السلعة المراد شرائها ذات جودة ونوعية جيدة ومثال ذلك أيضا أن يقول المؤجر للمستأجر إنك لن تجد في البلد من يؤجرك بهذا الثمن[4].

---

[1]- توفيق حسن فراج: النظرية العامة للإلتزام، الدار الجامعية، د ط، 1988، ص 146 - 147.

[2]- عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق، المجتمع العربي الإسلامي، ص 325.

[3]- راجع بهذا الخصوص مواد القانون المدني المتعلقة بالتدليس 86 - 87.

[4]- سعد قاضي: رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، ص 32.

– أثبت الفقهاء أن للضحية الواقع في التدليس حق لإبطال العقد على شرط أن يكون الغبن فاحشا في السعر.

ثانيا: التغرير الفعلي: ومجاله التزوير في محل وصف المعقود عليه بطرق مختلفة لإغراء الطرف الثاني بالتعاقد وصورة كثيرة ومختلفة نذكر منها ما كان في القديم: ومثال ذلك أن يلجأ البائع إلى الشاة القليلة الحليب، فيربط أخلاف أضرعها مدة معينة من الزمن حتى يجتمع لبنها ويمتلئ ضرعها ثم يعرضها للبيع، فيغتر المشتري بهذا لوصف فيها فإذا حلبها مرة تبين له أنها ناضبة[1].

ومن أمثلة ذلك في هذا الزمن تفنن بعض التجار في تزوير البيوع التي يقومون بها فتجدهم يتفنون في وصف سياراتهم وهي كلها في الحقيقة على عكس ما يصفونها به.

المطلب الثاني: التدليس في الوثائق الخاصة بعقد الزواج وبعض صوره:

الفرع الأول: التدليس في الشهادة الطبية:

الشهادة الطبية: نص المشرع الجزائري على الشهادة الطبية في المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

المادة 07 مكرر: الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يجب على طلبي الزواج أن يقدم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر تثبت خلوه من أي مرض أو عامل قد يشكل خطر يتعارض من الزواج ويؤثر في عقد الزواج بذلك تحديد شروط وكيفيات تطبيق المادة عن طريق التنظيم[2].

المادة 07 يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستمتاع لكلا، الطرفين في أن واحد بعلمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منها وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطر يتعارض مع مقتضيات الزواج فيؤثر بذلك في عقد الزواج.

[1]– سعد قاضي: رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، ص 32.

[2]– راجع بهذا الخصوص المادة 07 مكرر من الأمر 60 ، 154 المتعلق بالشهادات الطبية.

– لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب خلاف لإرادة المعني.

المادة 03: لا يجوز لطبيب أن يسلم الشهادة المنصوص عليها في المادة 02 إلا بناء على النتائج

– فحص عيادي شامل.

– تحليل فصيلة الدم

المادة 04: يمكن الفحص الطبي الكشف عن السوابق الوراثية أو العائلية قصد الكشف عن بعض العيوب أو القابلية لإصابة ببعض الأمراض وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي تشكل خطر انتقال إلى الزواج أو الدرية وذلك بعد إعلامه بالمخاطر العدوة منها.

– المادة 05: يبلغ الطبيب الشخص المعني الذي خضع للفحص ونتائج الفحوصات التي ثم إجراءها طبقا للمادة 03 أعلاه ويتم إعداد شهادة طبية بذلك.

– المادة 06: لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير إلا بعد أن يقدم طالبي الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

– وفي حالة ثم التدليس في الشهادة الطبية الخاصة بعقد الزواج من أجل التأثير في نفس الطرف الآخر وإيهامه بخلوه من الأمراض التي قد تشكل خطر على حياته الزوجية وعلى مستقبل أولاده جاز له طلب فسخ عقد الزواج، ويجوز طلب فسخ الزواج في حالة وجود مرض يمنع الحياة الزوجية السليمة[1].

– ما رواه الإمام مالك عن أن عمر رضي الله عنه قال: أما رجل تزوج امرأة فدخل بها فوجد بها مرضا أن جنون أو جذام فلها الصداق بما مسيسه إياها وهو له على من غره منها[2].

[1]– العربي بلحاج: الوجيز في شرح القانون الجزائري، ص 162.

[2]– العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 161.

– والمراد هنا أن زوجها بالخيار مالم يمسها إن شاء أمسك وإن شاء طلق.

– والمشرع التونسي على خلاف المشرع الجزائري حدد الأمراض التي يجريها طالبي الزواج حيث أورد في القانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 29 جمادى الثانية 1964/11/03.

المتعلق بالشهادة الطبية للزواج: حيث يحرر الطبيب الشهادة الطبية وفق الشكل المنصوص عليه في المرسوم أعلاه بعد إجراء الفحوصات التالية[1]:

– فصيلة الدم.

– التهاب الكبد الفيروسي صنف (ب) وصنف (ج).

– صور بالأشعة السينية للصدر.

– فحص طبي عام.

– فحص الدم.

ويعلن الطبيب المعني بالأمر بنتائج الفحوص السريرية والتكميلية وبالأعمال التي من شأنها الوقاية أو أحد من أخطارها عليه (ه) وعلى قرينه (ه) وأبنائه[2] (ه).

– أثر التدليس في الشاهدة الطبية: لم يرد في القانون الجزائري نص صريحا حول التدليس في الشهادة الطبية وأثره في عقد الزواج وإنما قياس على ما ورد في نص المادة 33 ق.أ. حيث نصت المادة 33: يبطل الزواج إذا أختل ركن الرضا ومن خلال هذه المادة نستنتج أنه إذا وقع التدليس في الشهادة الطبية من أجل إخفاء عيب أو مرض في أحد الزوجين من أجل إبرام عقد الزواج فإن عقد الزواج يكون قابلا للإبطال حسب نص المادة 33.ق.أ[3].

[1]– قانون الصحة التونسي المؤرخ في 29 جمادى الثاني الموافق لـ 1964/11/03.

[2]– مصطفى صخري: مجلة الأحوال الشخصية التونسية، عدد 39، 2010.

[3]– ملاحظة شخصية.

الفرع الثاني: من صور عيب التدليس:

أولا: التدليس بما يقضي إلى زواج المرأة من رجل وهي في عصمة رجل آخر: قد تطرقنا في مذكرتنا هذه إلى مفهوم الزواج والتدليس إلا أننا وفي هذا لم نتطرق إلى صور التدليس وما يترتب عنها من آثار.

– كما درسنا الموانع الشرعية التي تعد مانعا من موانع الزواج ومثال على ذلك المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة أن كونها عصمة في رجل آخر وأقدمت على زواج آخر محظية ذلك على من أقدم على الزواج منها وهي في عصمة رجل آخر ذلك يعد تدليسا وغشا[1] وأنه لا يجوز مثل هذا النكاح ما دامت المرأة لا تزال متزوجة ويحرم على المسلم أن يتزوج ممن تعلق حق غيره بها أخذا بقوله تعالى ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت إيمانكم﴾.(النساء: 23). التي جاءت عطفا على الآية السابقة الذكر في قوله تعالى ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾.(النساء: 23) التي ورد ذكرها في آية المحرمات والمحصنات من النساء هن المتزوجات سواء كانت مسلمة أم كتابية كما يحرم على المسلم أن يتزوج معتدة غيره من طلاق بائن أو طلاق رجعي أو وفاة فمن كانت في عصمة رجل آخر ولم يقع بينهما فرقة من طلاق أو خلع أو فسخ فهي محرمة على غيره بنص الآية وهذا أمر معلوم من الذين بالضرورة وتعد علاقتها بالرجل الثاني زنا وما ينتج منها ولد غير شرعي[2] ولا يمكن للمحكمة أن تجيزه ومن خلال ما سبق نستعرض آراء الفقهاء في هذه المسألة على النحو التالي:

1– **وجوب التفريق بينهما:** يعتبر نكاح زوجة أو معتدة الغير من الأنكحة الفاسدة المتفق على فسادها ويجب التفريق بينهما وقد روي سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار: أن طليحة كانت تحت رشيد الثقافي نطلقها فنكحت في عدتها فضربها عمر رضي الله عنه وضرب زوجها بمخفقة بضربات ثم قال: أيما امرأة تكحت في عدتها وإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم أعتدت بقية عدتها من زوجها الأول وكان خاطب من الخطاب وإن

[1]– ابن عابدين، محمد أمين: رد المختار على الدر المحتار، م4، دار الفكر بيروت، د ط، 2000، ص 262.

[2]– فيصل بن عبد الله مكدي السبيعي: التدليس في عقد الزواج، رسالة لنيل شهادة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، تخصص سياسة جنائية، الرياض، 2012.

كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم اعتدت من الآخر وثم ينكحها أبدا وفي حالة دخول الثاني بها وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاثة حيض حتى وقت وطأها الثاني أما إذا علم الحال قبل وطأ الثاني لها فأنها تدفع إلى الأول ولا شيء على الثاني لأن عقدها فاسد لا يجب شيئا ولا يرد الصداق الذي يأخذ من الداخل بها الذي دفعت إليه وذلك لأن الصداق الصّداق في مقابل الاستمتاع بها فكان لها دون زوجها كما لو وطأة بشبهة أو مكرمة ولا يحتاج النكاح الثاني إلى فسخ لأنه باطل[1].

وخلاصة ذلك أن الزواج باطل لأنه عقد على امرأة في عصمة رجل آخر والزواج الباطل هو كل عقد فقد ركن من أركانه الاساسية أو الذي أختل فيه أكثر من شرط واحد من الشروط التي أعتبرها المشرع من شروط الصحة وكذلك الحال إذ وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها لي المواد من 23 إلى 30 من قانون الاسرة وفي هذه الحالة يبطل الزواج قبل وبعد الدخول ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء المادة 34 قانون الأسرة[2].

2- **وجوب المهرة والعدة:** اتفق الفقهاء على عدم وجوب المهر في نكاح المعتدة في عدتها إذا فرق بينهما قبل الدخول ويتفق الفقهاء على وجوب المهر في هذا بالدخول وعلى وجوب العدة كذلك وفي الرواية السابقة التي فرق عمر بين تلك المرأة التي تزوجت في عدتها من رجل آخر وجعل صداقها في بيت المال وفشي ذلك في الناس فبلغ رضي الله عنه فقال يرحم الله أمير المؤمنين ما بال الصداق وبيت المال إنما جهل فينبغي على الإمام أن يردهما إلى السنة قيل ما تقول أنت فيهما فقال: لها الصداق ما أستل من فرجعا ويفرق بينهما ولأجله عليها وتكمل عدتها من الأول ثم تعتد من الثاني عدة كاملة ثم يخطبها إن شاء فبلغ ذلك عمر فخطب في الناس فقال: أيها الناس وردوا الجاهلات إلى السنة[3].

---

[1]- فيصل بن عبد الله المكدي السبيعي: التدليس في عقد الزواج، ، ص 107.

[2]- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 163.

[3]- مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، المكتب الإسلامي، بيروت، ط6، ص 33 - 34.

ولا خلاف بين الفقهاء أن من عقد على امرأة نكاحها وهي في عدة من غيره فإن نكحها فاسد[1].

– النكاح الفاسد: هو كل زواج ثم ركنه الأساسي بالإيجاب والقبول ولكنه فقد شرط من شروط الصحة الواردة في المادة مكرر أي بمعنى الذي توفر فيه سبب من أسباب الفسخ والإبطال وتبين أمره قبل الدخول المادة 33 / 2 ق.أ[2].

فإن الزواج الفاسد لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول فإن حصل الدخول فإنه يختلف عن الباطل لأنه يترتب عنه بعض الأثار المادة 33 / ق.أ.

المطلب الثالث: أثر عيب التدليس:

الفرع الأول: أثر عيب التدليس في العقود بصفة عامة:

– في العقود بصفة عامة:

وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري، وحسب نص المادتين 86 و 87 فإن العقد في حالة التدليس يكون قابلا للإبطال وهذا ما يستسقي من خلال المادة 86 حيث نصت على أنه: يجوز إبطال العقد لتدليس، وبموازية إبطال العقد لتدليس مرتبط بالطرف المدلس عليه فله التدليس وعما لحقه من ضرر نتيجة استعمال طرق احتيالية.

– وبالإضافة إلى كون المدلس عليه وقع في ضرر نتيجة لاستعمال طرق احتيالية وكونه عيبا في الإرادة فإنه يعد عملا غير مشروع في حد ذاته فيكون العقد قابلا للإبطال[3].

[1]– النووي أبو زكرياء يحي بن شرف: روضة الطالبين وعمدة المفتين، د ط، 2000، ص 233.

[2]– العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 290.

[3]– خاليدة بلعربي: آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، ص 74.

الفرع الثاني: أثر عيب التدليس في عقد الزواج:

- أثر عيب التدليس في عقد الزواج:

لم يرد في قانون الأسرة الجزائرية أي نص قانوني صريح حول مسألة التدليس وأثرها على عقد الزواج إلا ما ورد في نص المادة 33 المتعلقة بالرضا:

المادة 33 قانون الأسرة " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا " ومن خلال المادة نستخلص أن الرضا تشوبه عيوب ومن بينها التدليس ولكن الجدير بالذكر أن التدليس في الزواج صورا كثيرة لا تؤدي كلها إلى فسخ عقد الزواج كما يذكر، إلا أن بعض الفقهاء بالنسبة للضرر اليسير ومثالا على ذلك أن يتظاهر الرجل بالكرم والترف لدفع المرأة وحملها على قبول الزواج منه والتأثير في رضاها وفي نفس الجهة أن تظاهر المرأة بأنها فاضلة الأخلاق والحياء فهنا لا يمكن اعتبار هذا تدليسا معيبا للإرادة وفاسخا لزاوج[1]، ويختلف الأمر في مسألة تعدد الزوجات، فإن مجرد السكوت عمدا أو الكذب فإن للزوجة الحق في طلب فسخ الزواج بطلب التطليق وهذا ما أشار إليه القانون الأسرة الجديد في نص المادة 08 مكرر المضافة بالأمر 02/05/ بإجازته لزوجة الواقعة في هذا (التدليس[2]).

رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطبيق والتعويض عن الضرر.

- ومن أمثلة ذلك أيضا مسألة الكفاءة في الزواج فإذا ادعى الزوج بأنه كفؤ لها وأراد الزواج منها وأخبرها أنه ذو نسب فاضل وتبين غير ذلك فإن لها أو لأوليائها حق فسخ الزواج للتغرير بها لأن العقد لا يكون لازما في حالة التغرير.

أ- ذهب الأحناف: إلى القول أن التفريق حق للزوجة وذهب الجمهور إلى القول أنه حق لكليهما فإن كان العيب في المرأة فلا صداق لها عند المالكية سواء تم البناء أو لو يتم لأنها دلست عليه وإن كان إليها عالم بالعيب رجع الزواج عليه بالصداق[3].

---

[1]- خاليدة بلعربي: آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، ص 74.

[2]- هجيرة دنوني: تعدد الزوجات في التشريع الجزائري، م ج، 1987، عدد 02، 501.

[3]- عبد الرحمان البرقوقي: أوضح المسالك لشرح أسهل المسالك، دار الفكر، بيروت، ط4، د س ط، ص 148.

ب- أما الشافعية: فذهبوا إلى أن لها صداق المثل هو أن ترد إليه الباقي[1].

ج- موقف المشرع الجزائري: إذ نص في المادتين 86 و 87 في حالة وقوع أحد طرفي العقد في التدليس جز له إبطال العقد مع طلب التعويض فالدفع بالتدليس في نص المادة 36 قانون أمر يتعلق بصحة العقد أي بمعنى آخر النظر إذ كان رضى طرفي العقد سليما أو معيبا والغرض من الدعوى هو تعويض الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية المنصوص عليه في المادة 124 وهو عيب غير مؤثر في الزواج، وكما تم الإشارة سابقا إلا أن الزوج الذي يريد الزواج للمرة الثانية دون التصريح بحالته العائلية السابقة فقد يكون دلس الطرف الثاني، وبالتالي فإرادة الزواج هنا معيبة والزواج هنها قابل للفسخ[2].

" ويفسخ كل زواج وقع فيه التعدد وكان قبل الدخول ".

- **ملاحظة:** إن إحالة المشرع الجزائري على الشريعة الإسلامية من خلال نص المادة 222 قد لا يكون كافيا لملأ الفراغ القانوني الموجود في هذه المسألة بل عليه أن يتخذ المزيد من الخطوات في هذا الصدد، وهذا ما فعله المشرع المغربي في مدونة لأحوال الشخصية المغربية الجديدة (المعدلة بالأمر بالقانون رقم 70/03 بتاريخ 2004/02/03) قد أشارت في المواد 12.63.66 منها إلى حكم التدليس والإكراه في مجال عقد الزواج كما أن المراد من 107 إلى 111 تعرضت لخيار العيب وهذا ما على المشرع الجزائري إدراجه في التعديلات القادمة على قانون الأحوال الشخصية[3].

[1]- خاليدة بلعربي: آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، ص 75.

[2]- علي فيلالي: الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم، للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2005، ص 183.

[3]- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 162.

خاتمـــــة:

من خلال دراستنا لموضوع عيب التدليس وما ينتجه من أثر على العقد بصفة عامة وعلى عقد الزواج بصفة خاصة والدي هو محل دراستنا نستخلص إلى النتائج التالية:

1) غياب نص قانوني في قانون الأسرة حول التدليس.
2) لتدليس صورا عديدة ومتعددة في خصوص مسألة عقد الزواج.
3) يمكن تطبيق المادة 86 و87 من القانون المدني على مسألة عقد الزواج ومع ذلك لا يمكن قبولها كلية في مسألة عقد الزواج نضرا لطبيعة الخاصة لعقد الزواج الدي يتسم بالتأبيد وكونه عقد شرعي الغاية منه الاستقرار.
4) لا يمكن قبول كل تدليس على أنه عيب من عيوب الرضا والحكم ببطلان عقد الزواج لأن دالك يؤدي إلى بطلان نسبة كبيرة من عقود الزواج.
5) على المشرع الجزائري إدراج مواد تتعلق بالتدليس في عقد الزواج والأثار المترتبة عنه في حالة حصوله.

مقدمـــة:

لقد سبق وأشرنا إلى كلا من عيب الغلط والتدليس والغلط في المبحثين السابقين كعيوب من عيوب التي تشوب الرضا في مختلف العقود والتصرفات التي يقوم بها الإنسان في حياته اليومية ونأتي الأن على دراسة عيب الإكراه فالإكراه كعيب من عيوب التي تشوب الرضا في مختلف العقود والتصرفات ولقد دكر المشرع الجزائري الإكراه في مجال العقود والتصرفات في التقنين المدني في نصوص المواد 88 و89 ولم يأتي على دكر الإكراه في قانون الأسرة إلى ما أورده في خصوص مسألة الولي في نص المادة 13 من قانون الأسرة وقد سبقت الشريعة الإسلامية كل القوانين والتشريعات إلى مسألة الإكراه في عقد الزواج ومختلف العقود والتصرفات وهدا ما دفعنا إلى دراسة هدا الموضوع من اجل تقديم توضيح اكثر بخصوص مسألة عيب الإكراه معتمدين افي دالك على طرح جملة من التساؤلات بخصوص هدا الموضوع نوجزها في الآتي مفهوم الإكراه نوجز في إعطائه تعريفا لغويا واصطلاحيا ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى شروط وأنواع الإكراه لنأتي في الختام إلى الأثر الدي يرتبه الإكراه في العقود بصفة عامة وعقد الزواج بصفة خاصة.

المبحـــث الثالـــث: عيـــب الإكـــراه

المطلب الأول: مفهوم عيب الإكراه:

الفرع الأول: تعريف عيب الإكراه لغة:

يقال قام على كره أي على مشقة وأقامه فلان على كرها أي أكرهه على القيام أو هو حمل إنسان على أمر لا يريده طبعا أو شرعا وبالضم ما أكرهت نفسك عليه وبالفتح ما أكرهك غيرك عليه والكره بمعنى المشقة وهو ما يكرهه الإنسان ويشق عليه وإنما سمي الشر مكروها لأنه ضد المحبوب وامرأة مستكرهة غصبت نغسها فأكرهت على ذلك والإكراه في أصل اللغة هو حمل الشخص على فعل شيء يكرره مما سبق أن يتبين أن الإكراه في اللغة لا يتفق مع المحبة بل ينافيها وكما أن جميع المعاني التي تدل على الإكراه يكون في حالة إذا أكره شخص على فعل لا يحب القيام به.

– وقد أجمع كثيرا من أهل اللغة أن الكره والكره لغتان فبأي لغة وقع جائز إلا الفراء فأنه زعم أن الكره ما أكرهت نفسك عليه والكره ما أكرهك غيرك عليه.

تقول جئتك كرها وأدخلتني كرها وقال الزجاج في قوله تعالى﴿وهو كرها لكم﴾.(البقرة:216).

يقال كرهت الشيء كرها وكراهة وكراهية قال وكل ما في كتاب الله عز وجل من الكره فالفتح فيه جائز إلا في هذا الحرف الذي في هذه الآية فإن أبى ذكر أن القراء مجمعون على ضمه[1].

[1]– ابن منظور الإفريقي: لسان العرب، م 13، ط6، 2008، ص 57.

الفرع الثاني: تعريف عيب الإكراه اصطلاحا:

تعريف الإكراه اصطلاحا: هو ضغط غير مشروع يمارس على إرادة الشخص فيولة حالة من الرهبة والخوف مما يدفعه إلى إبرام العقد وهذا الخوف أو الرهبة الذي يقوم في نفس المتعاقد المكره هو الذي يعيب رضاه فالإكراه يعيب الإرادة في عنصر الحرية والاختيار فإن هذا الإكراه قد يصل إلى حد يعدم فيه الإرادة، ومثال ذلك أن يمسك أحدهم شخص ويرغمه عنوة تحت تهديد سلاح على أن يوقع العقد[1].

وهناك من أعطى تعريفات أخرى للإكراه نذكر منها:

– الضغط على إنسان بوسيلة مؤدية أو بتهديده بها لإجباره على فعل أو تركه[2].

– حمل الغير على أمر لا يريد مباشرته بتخويفه يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير به خائف[3].

– والإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد والذي يفسد الرضا ليست الوسائل بل الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد[4].

1– لم يعطي المشرع الجزائري مفهوما واضحا للإكراه إلا ما أورده في نص المادتين 89/88 ق.م.

– المادة 88: يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

– وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها، أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

---

[1]– العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ص 163 – 164.

[2]– الزرقاء مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق، ط1، 1998.

[3]– الجبوري حسن خلف: عوارض الأهلية عند الأصوليين، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط1، ص 472.

[4]– علي فيلالي: الالتزامات النظرية العامة للعقد، ص 194.

ويراعى في تقديم الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه.

– المادة 89: إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس لمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه[1].

2– الأصل في نظرية الإكراه ما ورد في القرآن الكريم من آيات منها قوله تعالى ﴿ لا إكراه في الدين﴾.(البقرة: 256) وقوله أيضا ﴿ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ومن يكرههن فإن الله من بعد إكراههن غفور رحيم﴾.(النور: 33) وحديث الرسول صلى الله عليه وسلم ﴿إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه﴾[2].

المطلب الثاني: أنواع وشروط عيب الإكراه:

الفرع الأول: أنواع عيب الإكراه:

إن جمهور وغالبية الفقهاء ذهبوا إلى تقسيم الإكراه إلى نوعين أساسين من الإكراه:

– **الإكراه بحق:** وهذا بالنسبة لهم لا يعتبر عيبا من عيوب الرضى لأن المقصود عندهم إلحاق الحقوق بإصحابها وإلزام الأشخاص بالأحكام الشرعية، وهذا المعنى لا يمكن اعتباره إكراها بالمعنى الاصطلاحي وإنما هو أقرب إلى الإجبار[3].

– **الإكراه بغير حق:** ويقصدون بهذا الإكراه جميع صور الإكراه سواء تلك التي لها تأثير في التصرفات العقدية أو حتى تلك التي تخلوا منها وليس لها تأثير[4].

---

[1]– راجع بهذا الخصوص نص المادتين 88 – 89 من القانون المدني الجزائري.

[2]– حديث حسن رواه ابن ماجة عن عباس رضي الله عنه، أنظر السخاوي المقاصد الحسنة، ج8، دار الفكر العربي، بيروت، 1982، ص 250.

[3]– الشيخ عبد الفتاح حسين: الإكراه وأثره في الأحكام الشرعية، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، ط2، 1992، ص 46.

[4]– خاليدة بلعربي: آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، ص 39.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 88 بقوله " بغير وجه حق ".

وإما بعض الفقهاء فقد ذهبوا إلى تقسيمات أخرى للإكراه ومنها الحنفية الذين قسموا الإكراه إلى ثلاثة أقسام:

أولا: إكراه ملجئ: أو بمعنى الإكراه التام: وهذا نوع من الإكراه لا يمكن للمكره أن يواجهه أو يصبر عليه لأنه يلحق به ضررا جسيما، كأن يهدد المكره بالقتل، أو قطع عضوا من أعضائه أو إتلاف جميع ماله ومختلف الاضرار التي تلحق بالمكره نتيجة هذا الإكراه ومن مثال ذلك الضرب المبرح والتي تكون سببا في أسر الإرادة وليس في قهرها وهذا النوع من الإكراه قد يؤدي عادة إلى هلاك الشخص الواقع تحت هذا الإكراه[1].

ثانيا: إكراه غير ملجئ: أو بمعنى إكراه ناقص ومن أمثلة ذلن أن يكون التهديد بإتلاف جزء من المال أو بالضرب الذي لا يؤدي الهلاك ونحو ذلك من وسائل التهديد وذهب جمهور الفقهاء في هذه المسألة إلى ضرورة أن يغلب على ظن المكره جدية المكره حتى لا يكون هناك معيار للجدية على تهديده وبعث الخوف والرهبة في نفس المكره[2].

ثالثا: الإكراه الأدبي: وقد اختلف الفقهاء في اعتبار الإكراه عيبا وجاءت أراءهم على النحو التالي[3]:

1- الأحناف: إن الأوائل من الأحناف لم يعتبروه إكراها، وبالنسبة لهم إن هذا النوع من الإكراه لا يعدم الرضا ولا يؤثر في الخيار ومنه فإنه لا يؤدي إلى التأثير في التصرفات بوجه عام[4].

أما المتأخرون منهم فقد اعتبروه إكراها ومن بينهم الكمال ابن الهمام[5].

---

[1]- عيسى حداد: عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار عنابة، 2006، ص 56.

[2]- فخري ابو صفية: الإكراه في الشريعة الإسلامية، مطابع المدينة المنورة، ط1، 1982، ص 22.

[3]- سعد قاضي: رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، ص 40.

[4]- علاء الدين عبد العزيز بن أحمد: كشف الاسرار عن أصول فخر الإسلام، البزدوي (400 - 482 هـ): تحقيق عبد محمود عمر، دار الكتاب العلمية، بيروت، ج4، ط1، 1997، ص 538.

[5]- ابن همام كمال الدين محمد: فتح القدير، دار الفكر بيروت، د ط س، ج9، ص 235.

2- عند المالكية: اعتد المالكية بالإكراه الأدبي في الراجح عندهم، وذلك إذا كان التهديد يتعلق بقتل الولد أو الوالد[1]".

3- الشافعية: فقد، اعتبروه إكراها، وهذا هو اختيار الإمام النووي في الروضة[2].

4- الحنابلة: للحنابلة في هذه المسألة قولان: الأول يعتبره إكراه والثاني لا يعتبره كذلك ويقسم الإكراه أيضا حسب معيار الذاتية والموضوعية إلى قسمين:

1)- مادي موضوعي: وهي تلك الوسائل المستعملة للإكراه والتي تهدد المكره بخطر قد يصيبه في حالة مقاومته لهذا الإكراه.

2)- نفسي ذاتي: وهي تلك الرهبة التي تتولد في نفس المستكره مما قد يحمل له نتيجة هذا الإكراه ودفعة إلى التعاقد[3].

- ملاحظة: يتسحن في مسألة الإكراه ترك السلطة التقديرية للقاضي الذي يأخذ بعين الاعتبار جميع الاعتبارات التي وقعت في الشخص المكره وهذا من بين: الجنس والسن وغيرها من الظروف التي تؤثر في جسامة الإكراه وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 88 / 03.ق.أ[4].

الفرع الثاني: شروط الإكراه:

أولا: عند الفقهاء: هي أربعة: شروط نأتي على ذكرها كالآتي:

1- أن يكون المكره قادرا على تنفيذها أكره عليه فإن كان بإمكانه تفادي ذلك فإن العقد هنا يكون صحيحا ويبطل الإكراه.

---

[1]- راجع بهذا الخصوص حاشية الدوسقي، على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ط1، 1996، ص 369.

[2]- السيوطي عبد الرحمان بن أبي بكر: الاشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، 1403 هـ، ص 209.

[3]- ابن قدامى عبد الله بن أحمد: المغني، دار الفكر بيروت، ط1، 1405 هـ، ص 260.

[4]- حسين مهداوي: دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الاسرة في مسائل الزواج وآثاره، رسالة لنيل شهادة ماجستير، تخصص قانون الاسرة، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2009 – 2010، ص 29.

2- أن يحدث لدى المكره رهبة في نفسه بحيث يقوم بتنفيذ ما أكره عليه نتيجة لهذه الرهبة.

3- أن يكون الشيء المهدد به عاجلا، كالغير مؤجل ولو كان مؤجلا عليه في المستقبل فإن الإكراه هنا يسقط.

4- أن تكون هناك علاقة سببية ووثيقة بين الوسيلة المستعملة للإكراه والتصرف الذي يراد من المستكره القيام به[1].

- وعلى هذه الشروط اعتبر الإكراه حق للمستكره في طلب فسخ العقد لوقوعه في الإكراه وهذا ما سآتي على ذكره لاحقا في أثر الإكراه[2].

ثانيا: المشرع الجزائري:

حسب نص المادتين 88 و 89 من القانون الجزائري فإننا نستخلص أن الإكراه حسب المشرع الجزائري ثلاث شروط نذكرها في الآتي[3]:

1- استعمال وسيلة من وسائل الإكراه.

2- أن تحمل هذه الوسيلة المستعملة في إكراه الشخص على التعاقد.

3- أن تصدر وسيلة الإكراه من العاقد الآخر وأن تكون متصلة به.

ونشرح هذه الشروط كالآتي:

أ- استعمال وسيلة من وسائل الإكراه: وهذا العنصر مادي يتكون من أساسين هما:

العنصر المادي: وبدوره يتكون من عنصرين أساسين هما:

[1]- سعد قاضي: رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، ص 43.

[2]- خاليدة بلعربي: آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، ص 46.

[3]- حسين مهداوي: دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، ص 33.

– العنصر الأول: وهو استعمال وسيلة الإكراه لغرض غير مشروع إذا أن الإكراه لا يتحقق إذا استعملت وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع إنما يتحقق الإكراه في حالة حدوث العكس.

– العنصر الثاني: أن يكون الخطر المحدق به جسميا وفوري وهذا ما أشار إليه في المادة 88 من القانون المدني التي سبق ذكرها وإما لدرجة الجسامة التي تولد الرهبة في شخص المكره كما أشرنا سابقا فإن السلطة التقديرية متروكة للقاضي هو الذي يفصل في الموضوع.

ب– أن تحمل هذه الرهبة الشخص المكره على التعاقد: وهذا ما يعرف بالعنصر المعنوي في الإكراه ويراعي في هذا الموضوع الظروف التي من شأنها التأثير في درجة جسامة الإكراه ومن مثال ذلك المكان والزمان لوقوع هذا الإكراه.

جـ– أن تصدر وسيلة الإكراه من متعاقد الآخر أو تكون متصلة به وهذا ما أورده المشرع الجزائري في نص المادة 89[1].

المطلب الثالث: أثر الإكراه:

الفرع الأول: أثر الإكراه في العقود بوجه عام:

ونبين في هذا الفرع آراء الفقهاء في الإكراه بوجه عام ونقسمهم على اتجاهين:

أولا: الأحناف: لقد ميز الأحناف بين التصرفات التي تقبل الفسخ مثل البيع والهبة وعقود الإيجار وغيرها من العقود التي لا تقبل الفسخ وذهبوا في قولهم حول صحة هذه التصرفات إلى رأيين[2]:

[1]– راجع بهذا الخصوص نص المادتين 88 – 89 قانون المدني الجزائري.

[2]– الكساني أبو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ج7، د ط، 1982، ص 186.

– أبي حنيفة وصاحبيه: قالوا بنفاذ هذه التصرفات.

والرأي الثاني: من أخذ بأن هذه التصرفات صحيحة[1].

ثانيا: جمهور الفقهاء: لقد خالف جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه وذلك بعدما تفريقهم بين مختلف التصرفات حيث قالوا أن جميع التصرفات معينة إذ تمت تحت الإكراه[2]، ودليلهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ﴿إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما أشكر هو عليه﴾[3].

أما في مصير العقد فقد اختلف فيه الجمهور على النحو الآتي:

1– المالكية: يعتبرون أن العقود الواقعة تحت الإكراه لا تعد صحيحة لكنها غير لازمة نتوقف على إجازة الشخص المستكره، فإن هو أجازها لزمت وإن رفضها بطلت[4].

2– الشافعية[5] والحنابلة[6]: يأخذون بأن العقود التي يشوبها الإكراه باطلة لأن الرضا عندهم شرط انعقاد في العقود.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري: قد نص المشرع الجزائري على الإكراه في المادتين 88 و 89 حيث أورد في نص المادة 88: يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعتها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ".

---

[1]– سعد قاضي رضا المكلفة في انشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، ص 45.

[2]– راجع بهذا الخصوص، التندي محمد ابراهيم، نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983، ص 241.

[3]– أخرجه ابن ماجة في كتابه الطلاق، باب طلاق الكره والناسي، ج1، ص 659، صححه الألباني.

[4]– الدسوقي محمد بن أحمد: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص 307.

[5]– السيوطي عبد الرحمان بن أبي بكر: الأشباه والنظائر، ص 203.

[6]– ابن قدامة: المغني، ص 271.

ويضيف إليها في الفقرة 02: ويراعي في تقدير الإكراه حين وقع عليه الإكراه من غير المتعاقدين ومنه وحالته الاجتماعية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة هذا الإكراه[1]".

ويضيف في نص المادة 89 " في حالة صدور الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد الأثر المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفروض أن يعلم بهذا الإكراه ".

– من خلال نص المادتين الآلفتين الذكر 88 و 89 إن المشرع الجزائري إجاز للطرف الذي وقع عليه الاكراه طلب إبطال العقد ومفاد ذلك أنه ترك له الخيار في إبطال العقد من عدمه مع مراعاة الظروف والاعتبارات التي أحاطت بهذا الإكراه والتي آتى على ذكرها في الفقرة 02 من المادة 88 وكما أن المشرع هنا ترك السلطة التقديرية لقاضي في معرفة وتقدير درجة الإكراه.

– إن الإكراه بصفة عامة هو يولد حالتين للعقد أولها الفسخ وثانيها الإبطال ونظرا للاتساع هذين المفهومين وتخصيص كتاب خاص لكل منهما من أجل الإلهام بجميع النواحي الخاصة بذلك.

وتجدر الملاحظة هنا إلى القول أن الإكراه في حد ذاته لا يعيب الرضا وإنما الذي يعيب الرضا هو الرهبة والخوف الذي يولد المكره في نفس المستكره من أجل دفعه على التعاقد والإشارة الثانية هي في حالة عون الإكراه صادر من الغير توافر العلم أو افتراض العلم من المتعاقد الآخر بهذا الاكراه[2].

[1]– راجع بهذا الخصوص مواد 88 – 89 قانون مدني جزائري، العربي بلحاج: نظرية الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج1، 2004، ط3.

[2]– حسين مهداوي: دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الاسرة الجزائري في مسائل الزواج وآثاره، ص 25.

الفرع الثاني: أثر عيب الإكراه في عقد الزواج:

ونأتي لتوضيح أثر الإكراه في عقد الزواج نأتي على ذكر آراء الفقهاء في المذاهب الأربعة وأيهم في أثر الاكراه على عقد الزواج:

أولا: الأحناف: أخذ الأحناف بجوازيته تصحيح زواج المكره، حيث قال الكاساني: التصرفات الشرعية نوعان إنشاء وإقرار والإنشاء نوعان يحتمل الفسخ ونوعا لا يتحمل الفسخ أما الذي لا يتحمل الفسخ فالطلاق والعتاق والرجعة والنكاح " وفي قول آخر قال إن هذ التصرفات جائزة مع الإكراه[1]".

ثانيا: المالكية: من المعروف في المذهب المالكي إن من بين شروط صحة الزواج عندهم عدم الإكراه.

فبالنسبة لهم لا يصح نكاح المرأة المكرهة أو زواج المكره ويتم فسخ العقد ولو أجيز الإكراه فإنه يلزم جديد واستبراء من الماء الفاسد إن حصل الدخول بينهما[2].

ثالثا: الشافعية: إن من الأقوال المشهورة عند الشافعية "لا يجوز النكاح إلا بولي وشاهدي عدل ورضا المنكوحة والناكح[3]".

رابعا: الحنابلة: يأخذون بمبدأ أن التصرفات القولية لا تقبل الفسخ، وهو معدوم إذ وقع هذا تحت تأثير الإكراه[4].

خامسا: الظاهرية: قالوا الظاهرية أن نكاح المكره كطلاقه هو مردود أبد، قال ابن حزم "....من حكم بإمضاء نكاح المكره أو طلاقه أو عتق مكره، فحكمه مردودا أبد، والواطئ في

---

[1]– الكساني أبو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص 182.

[2]– الصاوي أحمد بن محمد: حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، د ب د س، ج2، ص 373 – 374.

[3]– الشافعي محمد بن إدريس: دار المعرفة بيروت، د ط، 1393 هـ، ج7، ص 156.

[4]– الباهوتي منصور بن يوسف (1000 – 1051 هـ): كاشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر بيروت، ج5، ص 237.

ذلك النكاح، وبعد ذلك الطلاق وبعد ذلك العتق، إن تزوج المطلقة والمعتقة، فهو زان ويجلد ويرجم إن كان محصنا، أو يجلد مائة ويغرب عاما إذا كان غير محصنا[1]".

- خلاصة: إن جميع الآراء الفقهية كفيلة بتحقيق المقاصد في مجال التعاقد لكن راي الشافعية كان أحرى بترتيبهم البطلان على جميع التصرفات التي يطالها الإكراه حيث إن مبدأهم هذا افضل وسيلة لحماية الإرادة الحرة وأفضل ضمان لمبدأ الرضائية في العقود التي اعتبرتها الاجتهادات الإسلامية أساس العقود وجوهرها "[2].

➢ الإجبار والعضل:

أولا: الإجبار: الإجبار في الزواج هو أن يباشر الولي العقد على المرأة سواء، كانت راضية بذلك أم غير راضية أو أن يباشر العقد نافذا على المولى عليه دون الرجوع إليه لأخذ رأيه أو أنه يتوقف النفاذ على رضاه[3]".

– وعرف الإجبار أنه :سلطة الأب على بناته شرعا, يستطيع الولي بمقتضاه إجبار المولى عليه على الزواج من غير مواقفته ورضاه بسبب الصغر أو البكارة أو فقدان العقل[4].

ونأتي لتفصيل الموضوع بذكر رأي الفقهاء الذي يسلمون بأن ولاية الإجبار في الزواج تعد قاعدة عامة غير أنهم اختلفوا في علته ونطاقه بين التوسيع والتضييق.

1– الحنفية: إن علة الإجبار عند الحنفية هي الصغر والجنون وفي ذلك قال الكساني "وأما ولاية الضم والإجبار والاستبداد فشرط ثبوتها من المولى عليه صغيرا، أو صغيرة، أو مجنون كبيرا أو مجنونة كبيرة سواء كانت الصغيرة بكرا أم شيبا، فلا ثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ولا على العاقلة البالغة[5]".

---

[1]– ابن حزم: المحلى، دار الفكر بيروت، د ط س، ج8، ص 335.

[2] سعد قاضي: رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، ص 47.

[3]– ابن عابدين محمد: رد المختار على الدر المحتار، ص 55.

[4]– ابن حوى الأكحل: نظرية الولاية في الزواج، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، د ط، 1982، ص 66.

[5]– الكساني ابو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ص 241.

– ومن خلال موقف الحنفية هذا فإنهم لا يعتدون بالبكارة من غيرها والولاية عندهم حسب ترتيب الولاية.

2– المالكية: أخذ المالكية بمبدأ الصغر والبكارة وقال في ذلك ابن جزئي: " ولاية الأب نوعان جبر وإذن فالجبر للبكر وإن كانت بالغة أو صغيرة وإن كانت ثيبا ويحب استفسارها فالجبر يقع في إحدى العلتين ".

– ويردون ذلك إلى أن ولاية الإجبار عندهم لا تثبت إلا للأب أو الوصي في حالة آمره بذلك صراحة والولاية في غير ما حسب ترتيب الولاية في المذهب[1].

3– عند الشافعية: أخذ الشافعية في ولاية الإجبار بثلاثة أمور وهي البكارة في الأنثى والصغر في الغلام والجنون في المجنون والمجنونة، وفي ذلك الصدد قال الشرياني " وللأب ولاية الإجبار وهي تزويج ابنته البكر صغيرة أو كبيرة عاقلة أو مجنونة إن لم يكن بينه وبينها عداوة ظاهرة، بغير إذنهما وليس له تزويج ثيب بالغة وإن عادت بكارتها، فإن كانت تلك الثيب الصغيرة غير مجنونة وغير آمة لم تتزوج سواء احتملت الوطء أم لا حتى تبلغ".

– وتثبت الولاية عندهم للأب الجد[2].

4– عند الحنابلة: فولاية الإجبار عند الحنابلة فهي تأخذ على ثلاث أسس ألا وهي الصغر والجنون والبكارة.

– وولاية الإجبار عند الحنابلة تبت للأب والجد.

– **ملاحظة:** من خلال تقديم آراء المذاهب الفقهية السابقة الذكر نلاحظ أن جميع المذاهب اتفقت على عدم اجبار المكلفة الشيب واختلفوا في مدى جوازية إجبار المكلفة البكر[3].

---

[1]– ابن جزيىء: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، دار القلم بيروت، د ط س، ص 133.

[2]– شمس الدين محمد بن الخطيب الشربني: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المناهج، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997، ص 149.

[3]– خاليدة بلعربي: آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، ص 54.

ومن الملاحظ في هذا الشأن أن الفقهاء في آرائهم الفقهية استدلوا بأحاديث الواردة عن الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الخصوص ومن أسئلة ذلك ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال ﴿ لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول وكيف إذنها ؟ قال أن تسكت ﴾[1].

وفي حديث آخر عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ﴿ الأيم أحق بنفسها من وليها ﴾[2].

وقال صلى الله عليه وسلم ﴿ ليس للولي مع الثيب أمر ﴾[3].

وعلى هذا اختلفوا الفقهاء في مدى إجبار المكلفة البكر في الزواج حسب المذاهب الأربعة والتي نأتي على ذكرها:

أ-الحنابلة: لهم في هذا الصدد روايتان: الأولى تأخذ بجوازية إكراه المكلفة البكر على الزواج دون إظهار الرواية الثانية نقيض ذلك[4].

ب- المالكية: جاء في الأثر عن المذهب المالكي أنه ليس للأب الحق في إجبار البكر العاقلة البلغة على الزواج من ذوي عاهة تنتظر منه أو كونها مرشدة فهنا لا يجوز إجبارها على الزواج وما عدا ذلك فالأب إجبار مسؤوليته لزواج، دون إذن منها[5].

جـ- الحنفية: يرون أنه يعقد نكاح المكلفة البكر بقرانها ولها الحق في اختيار الزوج الذي تراه مناسبا ولا يجوز لأي أحد الإقدام على إجبارها على الزواج دون رضاها[6].

---

[1]- أخرجه البخاري في صحيحه.

[2]- أخرجه مسلم في صحيحه.

[3]- سنن النسائي، عبد المحسن العباد، كتاب النكاح، ص 487.

[4]- خاليدة بلعربي: آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، ص 54.

[5]- سعد قاضي: رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، ص 131.

[6]- خاليدة بلعربي: المرجع نفسه، ص 54.

د- **الشافعية:** أخذ الشافعية بمبدأ الكفاءة في الزواج بالنسبة للبكر البالغة فإجاز الولي إجبار ما إن كان الزوج كفؤ لها وعد الزواج صحيحا وإلى عدمه في حالة كونه غير كفؤ واشترطوا في ذلك أن لا يكون زوجها ممن تنضر بزواجه منها وأن لا تكون هناك عداوة ظاهرة بينها وبينه[1].

ثانيا: العضل: قال الله عز وجل ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا ﴾.(النساء: 19).

و قال تعالى ﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أحلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ذلك يوعظ به من كان منكم يؤمن بالله واليوم الآخر ذلكم أزكى لكم وأطهر والله يعلم وأنتم لا تعلمون ﴾.(البقرة: 232).

وقيل إن سبب نزول هذه الآية الكريمة أن معقلا بن يسار قال: زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك وطلقتها ثم جئت لتخطبها لا والله لن تعود إليك أبدا، فدعاه الرسول صلى الله عليه وسلم وقال له إن كنت مؤمنا فلا تمنع أختك عن أبي البذاخ فقال آمنت بالله وزوجتها منه ".

ويتحقق العضل بشرطين هامين هما[2]:

- الشرط الأول: أن تكون المرأة مكلفة (عالقة بالغة)، ويجب أن يكون الزواج كفؤ لها.

- الشرط الثاني: إن العضل لا يتحقق إلا إذا كان الغاية من إلحاق الفرد بوليته المكلفة ومثال ذلك أن يمتنع عن تزويجها قصد خدمته أو أن تنفق عليه وهو يعلم أن في حالة زواجها يفقد ذلك فيمنع عنها الزواج[3].

---

[1]- حسين مهداوي: دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة الجزائري في مسائل الزواج وآثاره، ص 27.

[2]- خاليدة بلعربي: آثار عقود الرضا في عقد الزواج، ص 58.

[3]- حليمة آيت حمودي: حكم امتناع الولي عن تزويج ابنته، تعليق على قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/03/30، غ أ ش، ملف رقم 468 90، ص 67.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الإكراه في عقد الزواج:

نص المشرع الجزائري في المادة 12 الملغاة من قانون الأسرة القديم في الفقرة الأولى "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها".

وبعد تعديل سنة 2005 ألغيت هذه المادة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 لتحل محلها المادة 13 من نفس القانون والتي أتى في نصها التالي "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

فإذا كان أحد الزوجين واقع تحت طائلة الإكراه فإن إرادته تكون معينة والعقد يستوجب الإبطال حسب نص المواد 09 و 10 و 1/33 من ق.أ[1].

– وعليه فإن عقد الزواج لا ينعقد تحت طائلة الإكراه والضغط لكون ما تسمى بمبدأ الحرية في الاختيار والتي هي من مقتضيات وطبيعة عقد الزواج وغن إكراه أحد الزوجين على القيام بالتصرف يجعل هذا التصرف باطلا، قابلا، مادة 88 ق.م. و 33 ق.أ.

– وما يلاحظ أن المشرع الجزائري وفقا لسياسته التشريعية المتفتحة أراد أن لا يصطدم من الأحكام الشرعية حيث قام بإلغاء المادة 12 المتعلقة بولاية الإجبار وإبقائه على ولاية المشركة والاختيار معتبرا ذلك أن الولاية حق للمرأة الراشدة وهذا واضح من خلال نص المادتين 13 و 11 ق.م. وأما القاصر فإنها تخضع لمقتضيات المادة 2/11 ق.أ. ومع ذلك فإنه لا يجوز إجبارها وإرغامها على الزواج[2].

وقد أشارت المحكمة العليا بهذا الصدد في قرارها المشهور بتاريخ 2000/07/18 ملف رقم 249128 إلى أنه يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا، وأنه لا يحق لقضاة الموضوع إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج[3]".

[1]- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 165.
[2]- بلحاج العربي: حكم الإكراه وعلاقته بالمسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، م ج، عدد 01، 1990، ص 216.
[3]- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/07/18، ملف رقم 249128، غ أ ش.

من خلال دراستنا في هد المبحث إلى عيب الإكراه كنوع من العيوب التي تشوب الرضا في العقود خلصنا إلى النتائج الأتية :

1. أن الإكراه عند الفقهاء أوسع من باقي العيوب الأخرى
2. لم يرد قانوني صريح وخاص بمسألة الإكراه في عقد الزواج إلى في مسألة الولي بالنسبة للولاية على البنت القاص ويجدر التفرق هنا بين حشمة الفتاة من أبوها وهو ما عرف بالإكراه الأدبي والإكراه بمعنى الإجبار المنصوص ص عليه في المادة 13 من قانون الأسرة.
3. توسيع المشرع الجزائري من دائرة قابلية العقد الدي وقع تحت الإكراه بأن أشترط ان انعدام الرضا لا يكون متعلقا ومحصورا في الشخص العاقد الواقع تحت الإكراه بل يشمل حتى الأشخاص تربطهم علاقة قرابة ونسب او شخص عزيز وليس هدا فقط بل وان يكون الإكراه في المال .....
4. لا يمكن اخد نظرية الإكراه كلية وتطبيقها على عقد الزواج لما في دالك من خصوصية لعقد الزواج من جهة وفكرة أن العقد قابل للإبطال من يوم انقطاعه وخمس سنوات من تاريخ زوال الإكراه و 10 سنوات من تاريخ تمام العقد وهده المدة الزمنية الكبيرة هي المشكل الكبير الدي يعيق تطبيق نظرية الإكراه على عقد الزواج لأن من أثار الإكراه هي البطلان وأخد بما ورد في نصوص المواد المتعلق بالبطلان فأن دالك يبعدنا عن الأخذ بمطلقيه نظرية البطلان.

خاتمـــــــة:

من خلال دراستنا في هدا الفصل لعيوب الرضا وهي الغلط والتدليس والإكراه ومدى تأثيرها على عقد الزواج في حالة وقوع أحد طرفي العقد فيها خلصنا إلى النتائج الأتية :

1- إن المشرع الجزائري لم يخصص مواد في قانون الأسرة تفصل في هدا الخصوص

2- لا يمكن أخد هده العيوب وتطبيقها على اطلاقها في عقد الزواج فمثلا: إن الأخذ بنظرية التدليس في عقد الزواج على إطلاقها وتطبيق ما ورد في القانون المدني على عقد الزواج وقابلية عقد الزواج للإبطال في حالة وقوع طرف المتعاقد في التدليس، يؤدي إلى بطالان معظم عقود الزواج لأن هناك بعض أنواع التدليس وحالته لا تعد عيبا لرضا وفي متال أخر نظرية الإكراه، المشرع الجزائري في القانون المدني ينص على ان لطرف المكره حق إبطال العقد من تاريخ زوال الإكراه لنفرض أن الإكراه زال بعد مضي 05 سنوات من تاريخ إبرام عقد الزواج وأن علاقة الزوجية أنتجت أثار من بينها أبناء وأفرزت حقوق وواجبات لكل طرف من أطراف العلاقة فهل من نتمسك بالحق في الإبطال بعد مضي كل هده المدة وهدا ما قد يؤدي إلى الاختلال في المجتمع نتيجة لهده الفكرة.

3- في مسألة الولاية على القاصر المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الأسرة، علينا التفرقة بين بين مسألة الإجبار ومسألة العادات والتقاليد التي تفرض حشمة البنت من أبوها ولا يمكن المطالبة في حالة حدوت دلك بإبطال عقد الزواج للإكراه.

4- مسألة الخيار في حالة الغلط والمتعلق بفوات الوصف من عدمه تحتاج إلى ضبط أكثر لأن ما يعتبر وصف مرغوب بالنسبة لطرف قد لا يعتبر وصف مرغوبا بالنسبة لطرف آخر.

5- على المشرع الجزائري تخصيص نصوص خاصة في مسألة عيوب الرضا في عقد الزواج بموجب التعديلات القادمة، هدا نتيجة لأن عقد الزواج ليس كغيره من العقود الأخرى.

خاتمـــــة:

من خلال دراستنا لموضوع عيوب الرضا في عقد الزواج ,معتمدين في دالك على المنهج الاستقرائي الوصفي مستعرضين في دراستنا كلا من موقف المشرع الجزائري وموقف الشريعة الإسلامية وفقهاء الشريعة خلصنا إلى النتائج الأتية:

1- أن جعل المشرع الجزائري الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج قد ضيق من دائرة إمكانية بطلان عقد الزواج بسبب اختلال أركان الزواج في حالة تعددها.
2- اعتبار المشرع الجزائري الرضا الركن الأساسي في عقد الزواج يعطي لمحة بأنه يغلب مبدأ الرضائية في عقد الزواج على مبدأ الشكلة.
3- المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون الأسرة في 27 فيفري 2005، والتعديلات التي جاء بها خاصة في مسألة الولي والمنصوص عليها في المادة 11. ق. أ جعل ولاية الأب بالنسبة للمرأة الراشدة ولاية مشاركة لا أكثر ولا أقل من ذلك مسايرة منه لتطور الاجتماعي ومذاهب الفقه الإسلامي إلا أن ذلك ينافي مقومات المجتمع الجزائري في الكثير من الأحيان.
4- كما أن المشرع الجزائري من خلال المادة 13 قيد ولاية الأب في تزوج ابنته القاصر بمنعه من تزوجيها دون رضاها، أو بمعنى إعدامه لولاية الإجبار في مسألة التزويج من جهة وإعطاء الحرية للمرأة من جهة أخرى.
5- إن المشرع الجزائري من خلال إحالته على قانون الحالة المدنية من خلال المادة 21 من قانون الأسرة في مسألة إجراءات تسجيل عقد الزواج هي حماية ,من جميع الجوانب لعقد الزواج ولطرفي العقد والأثار المترتبة عن هده العلاقة ,إد يعتبر المشرع الجزائري الزواج الدي لم يتم تسجيله مطلقا أو لم يتم تسجيله في المدة القانونية المخصصة لدلك زواجا عرفيا لا يعترف به ولو كان مستوفي الشروط والأركان إلا بعد صدور حكم من المحكمة بإثباته وبعد دلك القيام بتسجيله.

إن المشرع الجزائري لم يخصص مواد في قانون الأسرة تفصل في هذا الخصوص.

6- لا يمكن أخذ هده العيوب وتطبيقها على اطلاقها في عقد الزواج فمثلا :إن الأخذ بنظرية التدليس في عقد الزواج على إطلاقها وتطبيق ما ورد في القانون المدني على عقد الزواج وقابلية عقد الزواج للإبطال في حالة وقوع طرف المتعاقد في التدليس ,يؤدي إلى بطالان معظم عقود الزواج لأن هناك بعض أنواع التدليس وحالته لا تعد عيبا لرضا.

7- وفي متال أخر نظرية الإكراه، المشرع الجزائري في القانون المدني ينص على ان لطرف المكره حق إبطال العقد من تاريخ زوال الإكراه لنفرض أن الإكراه زال بعد مضي 05 سنوات من تاريخ إبرام عقد الزواج وأن علاقة الزوجية أنتجت أثار من بينها أبناء وأفرزت حقوق وواجبات لكل طرف من أطراف العلاقة فهل من نتمسك بالحق في الإبطال بعد مضي كل هده المدة وهدا ما قد يؤدي إلى الاختلال في المجتمع نتيجة لهذه الفكرة.

8- في مسألة الولاية على القاصر المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الأسرة، علينا التفرقة بين بين مسألة الإجبار ومسألة العادات والتقاليد التي تفرض حشمة البنت من أبوها ولا يمكن المطالبة في حالة حدوت دلك بإبطال عقد الزواج للإكراه.

9- مسألة الخيار في حالة الغلط والمتعلق بفوات الوصف من عدمه تحتاج إلى ضبط أكثر لأن ما يعتبر وصف مرغوب بالنسبة لطرف قد لا يعتبر وصف مرغوبا بالنسبة لطرف أخر.

10- على المشرع الجزائري تخصيص نصوص خاصة في مسألة عيوب الرضا في عقد الزواج بموجب التعديلات القادمة، هدا نتيجة لأن عقد الزواج ليس كغيره من العقود الأخرى.

11- تناقض المشرع الجزائري مع مبادئ المجتمع الجزائري في بعض المسائل.

قائمـــــة المصـــــادر والمراجـــــع

-القرآن الكريم: برواية ورش عن نافع

I- الكتـــــب:

1- ابن جزيء محمد بن أحمد: القوانين الفقهية، في تلخيص مذهب المالكية، دار القلم، بيروت، د س ط.

2- ابن حزم: المحلى، دار الفكر، بيروت، د ط س.

3- ابن حوى الأكحل: نظرية الولاية في الزواج، الشركة الوطنية لنشر والتوزيع، الجزائر د ط، 1982.

4- ابن عابدين محمد أمين: رد المختار على الدر المحتار، مج4، دار الفكر بيروت، د ط، 2000.

5- ابن قدامة عبد الله بن أحمد: المغني، دار الفكر بيروت، ط1، 1405.

6- محمد ابن كرم ابن منظور الإفريقي: لسان العرب، دار صادر، بيروت، مج، ط1، 2005.

7- محمد ابن كرم ابن منظور الإفريقي: لسان العرب، دار صادر، بيروت، مج13، ط6، 2008.

8- محمد ابن كرم ابن منظور الإفريقي: لسان العرب، دار صادر، بيروت، مج5، ط6، 2008.

9- ابن همام كمال الدين محمد: فتح القدير دار الفكر بيروت، د ط س.

10- أبو زهرة محمد: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط3، 1957.

11- أبو زهرة محمد: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، 1976.

12- أبو زهرة محمد: الولاية على النفس، دار الفكر العربي، د ط س.

13- أحمد حسن فراج: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 1988.

14- بدر أبو العينين: الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة.

15- البعلي محمود: ضوابط العقول، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنته بالقانون الوضعي وفقهه، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، د س ط.

16- البهوتي منصور بن يونس: (1000-1051)، كشاف القناع عن متن الإمتاع، تحقيق هلال مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، 1402 هـ.

17- البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، د ط، 1994.

18- التركماني خالد عدنان: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، جدة، ط1، 1981.

19- توفيق حسن فراج: النظرية العامة للالتزام، دار الجامعية، د ط، 1988.

20- جغفور محمد سعيد: مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط17، 2009.

21- حليمة آيت حمودي: حكم امتناع الولي عن تزويج ابنته، تعليق على قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/03/30، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 90468.

22- حمد أحمد: الأسرة، التكوين، الحقوق والوجبات، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتاب الجامعية طنطة، 1986.

23- الخفيف علي: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، د س.

24- الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت ط1، 1996.

25- الرافعي سالم بن عبد الغني: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2002.

26- الزرقاء مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق، ط1، 1998.

27- السخاوي: المقاصد الحسنة، ج8، دار الفكر العربي، بيروت، د ط، 1982.

28- السيد سابق: فقه السنة، دار الكتاب العربي القاهرة، مج2، طبعة سابقة.

29- السيوطي عبد الرحمان بن أبي بكر: الأشباه والنظائر، دار العلمية بيروت، ط1، 1996.

30- الشافعي محمد بن إدريس: الأم، دار المعرفة، بيروت، د ط، 1393هجري.

31- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المناهج، دار المعرفة بيروت، د ط، 1997.

32- الشيخ شمس الدين: قانون الأسرة والمقترحات البديلة، دار الأمة، ط1، 2003.

33- الشيخ عبد الفتاح حسين: الإكراه وأثره في الأحكام الشرعية، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، ط2، 1992.

34- الصاوي أحمد بن محمد: حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج2 دار المعارف، د ب ط س.

35- عبد الرحمان البرقوقي: أوضح المسالك لشرح أسهل المسالك، دار الفكر بيروت، ط4، د س ط.

36- عبد الرحمان بن عبد الرحمان الشميلة الأهدل: الأنكحة المستحدثة، دراسة فقهية مقارنة، المكتبة الدولية الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1983.

37- عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، مج1، ج1، د ط، 1998.

38- عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصار الحق في المجتمع العربي الإسلامي، منشورات حمد الداية، بيروت، د ط، 1953.

39- عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، دار هومة، د ط، 1996.

40- عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، ط الأولى، 1992م.

41- العربي بلحاج: النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان مطبوعات الجامعية الجزائر، د ط، 1999.

42- العربي بلحاج: النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، ط3، 2004.

43- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، أحكام الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 1992.

44- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، أحكام الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010.

45- علاء الدين عبد العزيز بن أحمد: كشاف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، البزدوي (400 -482) تحقيق عبد المحمود عمر، دار الكتاب العلمية، بيروت، ج4، ط1، 1997.

46- علي فيلالي: الالتزامات النظرية العامة للعقل، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2005.

47- عيسى حداد: عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار عنابة، 2006.

48- فخري أبو صفية: الإكراه في الشريعة الإسلامية، مطابع المدينة المنورة، د ط، 1982.

49- الكساني أبو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط، 1982.

50- لعشب محفوظ: المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.

51- محمد بن فنخور العبدلي: الأنكحة المستحدثة.

52- محمد بن فنخور العبدلي، الأنكحة المستحدثة و حكم الشرع فيها، المعهد العلمي، القريات، د ط، د س.

53- محمد مصطفى شلبي: أحكام الاسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية بيروت، ط4، 1983.

54- مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، المكتب الإسلامي، بيروت، ط6، د س.

55- نصر الدين ماروك: قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، د ب ط، 2004.

56- النووي أبو زكرياء يحيى بن شرف: روضة الطالبين وعمدة المفتين، د ط، 2000.

57- وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، 2008 م.

58- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ج7، ط2، 1985.

59- Lynant de Bleffons, traité de droit musulman, comparé mouton, Paris 1965.

II- المذكـــرات والرسائـــل الجامعيـــة :

61- أسامة ديب: الإكراه في عقد النكاح، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة ماجستير، في الفقه والتشريع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2011.

62- التندي محم إبراهيم: نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، جوان، 1983.

63- الجبوري حسن خالف: عوارض الأهلية عند الأصوليين، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط1.

64- حسين مهداوي: دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، رسالة لنيل شهادة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009 – 2010.

65- خاليدة بلعربي: أثر عيوب الرضا في عقد الزواج، رسالة لنيل شهادة ماجستير، جامعة الجزائر، 2014 – 2015.

66- سعد قاضي: رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر، 2009 – 2010.

67- عبد الحميد العيدوني: دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وانهائه، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بقايد تلمسان، 2013 – 2014.

68- عبد القادر داودي: مقاصد نظام الاسرة في التشريع الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، وهران، 2004.

69- فيصل بن عبد الله مكدي السبيعي: التدليس في عقد الزواج، رسالة لنيل شهادة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، تخصص سياسة جنائية، الرياض، 2012.

70- معزوز دليلة: إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثبات عقد الزواج الرسمي والعرفي، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة بن عكنون، 2003 - 2004.

III- المجـــلات والمقـــالات:

71- مجلة الأحوال الشخصية التونسية، عدد 39، 2010.

72- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، عدد1، 1990.

73- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، عدد2، 1987.

74- مجلة المحكمة العليا، عدد1، 2009.

75- مجلة الموثق، عدد2، مارس 1998.

76- مسعود عبد الله: مقال عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

77- هجيرة دنوني: تعدد الزوجات في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية الجزائرية، عدد2، 1987.

IV- القوانيـــن والأوامـــــر:

77- قانون العربي الموحد للأحوال الشخصية المعتمد من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة بالقرار رقم - 501 د6.

78- الميثاق العالمي لحقوق الإنسان.

79- القانون رقم 70/03 المعدل والمتمم 2016/01/25 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

80- قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الأمر 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 المعدل والمتمم بموجب الأمر 20/14.

81- قانون الأسرة الصادر بموجب الأمر 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المعدل والمتمم في 2006/02/27.

82- القانون المدني الصادر بموجب الأمر 58/75 المعدل والمتمم في 2007/05/13.

83- قانون الموثق الصادر بموجب الأمر 03/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن لمهنة الموثق.

84- القانون التونسي، عدد 46 لسنة 1964 المؤرّخ في 3 نوفمبر 1964 المتعلّق بالشهادة الطبية السابقة للزواج.

85- Ghaouti Ben Melha le Droit Algérien De la Famille.

الفهـــــــــــرس

شكــر وتقديـــر	
الإهـــداء	
مقدمـــــة	01
الفصـــــل الأول: ماهيـــة ركـــن الرضـــا فـــي عقـد الــزواج	
مقدمة الفصل الأول	
المبحث الأول: ماهية عقد الزواج	05
المطلب الأول: مفهوم عقد الزواج	06
الفرع الأول: تعريف الزواج	07
الفرع الثاني: مشروعية عقد الزواج وحكمته	09
المطلب الثاني: شروط عقد الزواج وإجراءات تسجيله	13
الفرع الأول: شروط عقد الزواج	13
الفرع الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج	24
المطلب الثالث: عقد الزواج بين الرضائية والشكلية	28
المبحث الثاني: ركن الرضا	32
المطلب الأول: مفهوم الرضا	33
الفرع الأول: تعريف الرضا	33
الفرع الثاني: المقصود بركن الرضا في عقد الزواج	34
المطلب الثاني: الإيجاب والقبول	35
الفرع الأول: تعريف الإيجاب والقبول وشروط صحتهما	35
الفرع الثاني: صيغة الإيجاب والقبول	36
المطلب الثالث: آثار تخلف ركن الرضا في عقد الزواج	43
الفرع الأول: أثر تخلف ركن الرضا في الشريعة الإسلامية	43

الفرع الثاني: أثر تخلف ركن الرضا في قانون الأسرة	
المبحث الأول: عيب الغلط	49
المطلب الأول: مفهوم عيب الغلط	49
الفرع الأول: تعريف عيب الغلط لغة	49
الفرع الثاني: تعريف عيب الغلط اصطلاحا	50
المطلب الثاني: أنواع عيب الغلط	51
الفرع الأول: أنواع عيب الغلط حسب القصد منها	51
الفرع الثاني: أنواع عيب الغلط حسب تقسيمات الفقهاء	52
المطلب الثالث: أثر عيب الغلط	54
الفرع الأول: أثر عيب الغلط في العقود بصفة عامة	54
الفرع الثاني: أثر عيب الغلط في عقد الزواج	55
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري	56
المبحث الثاني: عيب التدليس	60
المطلب الأول: مفهوم وشروط وأنواع عيب التدليس	60
الفرع الأول: تعريف عيب التدليس	60
الفرع الثاني: شروط عيب التدليس	61
الفرع الثالث: أنواع عيب التدليس	62
المطلب الثاني: التدليس في الوثائق الخاصة بعقد الزواج وبعض صوره	63
الفرع الأول: التدليس في الشهادة الطبية	63
الفرع الثاني: من صور عيب التدليس	66
المطلب الثالث: اثر عيب التدليس	68
الفرع الأول: أثر عيب التدليس في العقود بصفة عامة	68
الفرع الثاني: أثر عيب التدليس في عقد الزواج	69
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري	70
المبحث الثالث: عيب الإكراه	73

المطلب الأول: مفهوم عيب الإكراه	73
الفرع الأول: تعريف عيب الإكراه لغة	73
الفرع الثاني: تعريف عيب الإكراه اصطلاحا	74
المطلب الثاني: أنواع وشروط عيب الإكراه	75
الفرع الأول: أنواع عيب الإكراه	75
الفرع الثاني: شروط عيب الإكراه	77
المطلب الثالث: أثر عيب الإكراه	79
الفرع الأول: أثر عيب الإكراه في العقود بوجه عام	79
الفرع الثاني: أثر عيب الإكراه في عقد الزواج	82
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري	87
خاتمـــــة	90
قائمـــة المراجـــع	91
الفهـــــرس	