

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



أوصاف عقد الزواج

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون الأحوال الشخصية

تحت إشراف الأستاذ:

إعداد الطالبة:

د. لنكار محمود

سايح صارة

لجنة المناقشة:

أ. د. بودفع علي رئيسا .

د. لنكار محمود مشرفا ومقررا .

د. بوصيدة امحمد مناقشا .

دورة: جوان 2017

شكر و تقدير

الحمد لله الذي ساعدني على انجاز هذه المذكرة وأنار لي دربي و وفقني في مهمتي العلمية.

أتقدم بخالص الشكر، التقدير والاحترام إلى المشرف الدكتور " محمود لنكار " الذي لم يبخل علي بكل ما لديه من معلومات ومراجع، وعلى كل ما قدمه لي من نصائح وتوجيهات طيلة إنجاز هذه المذكرة .

كما أوجه شكري مقدما إلى جميع أعضاء اللجنة الذين تشرفت بقبولهم مناقشة هذا العمل العلمي.

ولا يفوتني أن أوجه شكري إلى كل من المسؤولين العاملين بإدارة قسم الحقوق بجامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة - .

و يكون من الواجب العرفان بالجميل والإشادة بالمساعدات المقدمة من طرف أسرة مكتبة كلية الحقوق بكل من جامعة سكيكدة و جامعة باجي مختار بعنابة.

الى كل هؤلاء أقول: "بارك الله فيكم"

إهداء

الحمد لله الذي أعانني لأبذل هذا المبلغ اليسير من العلم

فهو العليم و يبقى فوق كل ذي علم عليم، و ما أوتينا من العلم إلا قليلا، و له الشكر
وحده أن وهبني التوفيق و السداد، و منحني الرشد و الثبات لإتمام هذا الجهد المتواضع
إلى روح أبي الطاهرة، رحمه الله و أدخله فسيح جناته و شمله بالرحمة و المغفرة

إلى من أروضتني الحب والحنان، إلى رمز الحب وبلسم الشفاء، إلى القلب الناصع
بالبياض، والدتي الحبيبة أطال الله عمرها

إلى كل من يضيئون لي الطريق و يساندوني و يتنازلون عن حقوقهم لإرضائي و
العيش في هناء... إخوتي : سهام، نصر الدين، عادل، جلال و مهدي

إلى كل زملائي و زميلاتي في الأحوال الشخصية و أخص بالذكر: ماط علي، سلوغة
عبد الرحمن و لكحل حكيم الذين دعموني كثيرا في إعداد هذا العمل

إلى زملائي الطلبة موسى هند، مطارح سامي، بوخالفي إيمان و أجعبيط نرجس

و من لم يسعني المقام لذكره أقدم لهم تحية خاصة كل باسمه و لقبه

قائمة المختصرات

- ق . أ قانون الأسرة الجزائري.
- ق . م القانون المدني.
- ق . ح . م قانون الحالة المدنية.
- ص الصفحة.
- ج جزء.
- م المادة.
- د . س . ن دون سنة نشر.
- د . ب . ن دون بلد النشر.
- غ . أ . ش غرفة الأحوال الشخصية.
- م . ع . ق . ج مجلة العلوم القانونية
الجزائرية.
- م . م . ع مجلة المحكمة العليا.
- ط طبعة.

مقدمة

يعتبر الزواج اللبنة الأولى لبناء وتكوين الأسرة والمجتمع على أساس المودة والرحمة، لما له من أهمية بالغة في الحياة الفردية والاجتماعية. فالزواج فطرة طبيعية في الإنسان، يهدف من خلالها إلى خلق الاستقرار في حياة الفرد بصفة خاصة، والمجتمع بصفة عامة، من خلال السعي إلى تحقيق الأهداف المرجوة منه. إن عقد الزواج فوق أن يكون عقدا مدنيا هو عقد شرعي، وهو أساس الحياة الاجتماعية وقد ذكر لفظة الزواج في القرآن الكريم في أكثر من موضع، من ذلك قوله تعالى: ﴿أَسْكُنْ أَنتَ وَرَوْجَكَ الْجَنَّةَ﴾ (البقرة: 35)، وقال في موضع آخر ﴿كَذَلِكَ وَرَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾ (الدخان: 54). وعرف الزواج منذ القدم عند جميع الحضارات والأمم السابقة، وقد سعت كل الأديان إلى إباحة الزواج وإحاطته بشروط وأحكام خاصة من أجل تنظيمه وتحقيق أهدافه. ومن أكمل الشرائع التي أولت الزواج عناية خاصة الشريعة الإسلامية، حيث أحاطت العلاقة بين الرجل والمرأة بعناية بالغة ابتداء من المراحل التمهيدية له والتي هي الخطبة إلى غاية انعقاده، بوضعها الشروط والأحكام الخاصة به، من لزوم الولي والشهود والإعلان وانعدام الموانع الشرعية، حفاظا منها على العلاقات والروابط الأسرية والاجتماعية داخل الأسرة والمجتمع.

فالزواج من حيث الأصل عقد على وجه التأييد والديمومة، لما له من أثر على الزوجين وعلى الأولاد والأقارب وحتى المجتمع، لذا تعاملت الشريعة الإسلامية مع هذا العقد ببعض المرونة في تحديد أوصاف الزواج، فسعت لأن يكون وصف عقد الزواج عقدا صحيحا تام الشروط، لكن تعاملت مع العقد الفاقدا لبعض الأركان أو الشروط، وأعطته وصفا خاصا حسب خطورة الشرط الناقص.

وقد سار المشرع الجزائري على نهج الشريعة الإسلامية في مسألة عقد الزواج وحمايته، حيث جاء في نص المادة 04 من قانون الأسرة (الزواج هو عقد رضائي بين رجل وامرأة)، ومن هذا المنطلق فإن المشرع الجزائري قد ربط الزواج بالرضا، واعتبره الركن الوحيد في العقد تأسيا ببعض المذاهب الإسلامية، بينما نص في المادة 09 من قانون الأسرة على شروط العقد وهي: أهلية الزواج، الولي، الصداق، الشهود، انعدام الموانع الشرعية.

وعليه فإذا احترمت في العقد هذا الركن وهذه الشروط كان العقد صحيحا مرتبا لجميع آثاره، وهذا العقد الصحيح قد يكون عقدا نافذا تترتب عليه آثاره مباشرة، وقد يكون عقدا موقوفا، أي موقوفة آثاره على توافر بعض الشروط. لكن يوجد في المقابل يوجد العقد غير الصحيح، ويكون كذلك إذا اختل ركن أو شرط، فيأخذ العقد أوصافا أخرى مثل العقد الباطل والفساد حسب درجة وخطورة النقص في العقد. لقد نص المشرع على هذا الزواج الفاسد والزواج الباطل في المواد 32-33-34-35 من قانون الأسرة الجزائري.

إن أهمية الدراسة النظرية لهذا الموضوع تكمن في عدم نص قانون الأسرة على كل الأوصاف التي ذكرها فقهاء المذاهب الإسلامية لعقد الزواج، هذا من جهة أولى، ومن جهة ثانية فإن الأوصاف التي تبناها قانون الأسرة هي ليست متطابقة أحيانا مع المذهب المالكي وليست متطابقة أحيانا أخرى مع كل المذاهب الإسلامية، مثل الاتجاه إلى منع الوكالة في العقد وبالتالي انعدام العقد الموقوف في قانون الأسرة. ولذلك فمن خلال هذا البحث نحاول الإسهام في توضيح أوصاف عقد الزواج وآثار كل وصف منها في مختلف المذاهب الفقهية الإسلامية المشهورة، ثم نوضح موقف المشرع الجزائري من كل ذلك، وبالتالي نلمس الطريق الذي يمكن من خلاله تطبيق أحكام المادة 222 التي تقضي بأن كل ما لم يتم النص عليه في هذا القانون يتم الرجوع فيه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

لذلك فإن أهداف هذه الدراسة تتمثل في بيان حدود مرونة قانون الأسرة في التعامل مع أركان عقد الزواج وشروطه، لما لهذا العقد من خطورة في حياة الفرد والمجتمع على حد سواء. هذه المرونة التي تتبدى في حمل العقد لأوصاف عديدة. لذا تستهدف هذه الدراسة تقديم صورة واضحة عن أوصاف عقد الزواج وأحكامها في قانون الأسرة الجزائري، انطلاقا من العقد الصحيح إلى العقد الفاسد وانتهاء بالعقد الباطل، لمعينة راهن قانون الأسرة في التعاطي مع هذه المسألة الحساسة، ولاقتراح بعض ما يتوجب من تعديلات فيه بخصوص هذه المسألة.

في طريق إنجاز هذه المذكرة واجهتنا بعض الصعوبات أهمها نقص الدراسات السابقة بخصوص هذه المسألة بالذات. اللبس والغموض في المصطلحات الواردة في قانون الأسرة لاسيما ما ورد في المواد 32-33-35، إضافة إلى صعوبة التعامل مع المراجع الفقهية

التراثية ذات المصطلحات القديمة. فلأسف لم نعثر من الدراسات السابقة للموضوع إلا على بحثين الأولى لأبي القاسم بن الزين، بعنوان عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ والتصحيح دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، 2015/2014. والثانية لمحمد طاهري بعنوان الجزاء المدني في بعض مسائل الزواج، رسالة لنيل شهادة الماجستير، 2015/2014.

انطلاقاً من عنوان هذه المذكرة وهو أوصاف عقد الزواج، وبناء على ما تم بيانه من أهمية هذا الموضوع وأهدافه يمكننا طرح الإشكالية الآتية: ما هي أوصاف عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري؟ وما هي الآثار المترتبة على كل وصف منها؟

وتتفرع عن الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية الآتية:

هل تبني المشرع الجزائري كل الأوصاف الواردة في الفقه الإسلامي؟ وما الحكم الأوصاف التي لم يتناولها؟ وهل ما تناوله المشرع من أوصاف متماه مع المذهب المالكي أم يخرج عنه طبقاً لضرورات العصر وتطور المجتمع الجزائري؟ ما هي حدود المرونة التي يتصف بها قانون الأسرة في التعامل مع عدم احترام أركان العقد وشروطه، وما هو أثر ذلك على الاستقرار الأسري خاصة في جانب مراعاة مصلحة الأولاد؟

من أجل الإجابة على هذه الإشكالية المركزية وما تفرع عنها من تساؤلات فرعية اعتمدت من جهة أولى على المنهج المقارن، من خلال المقارنة بين اتجاهات المذاهب الفقهية الإسلامية وموقف المشرع الجزائري، واعتمدت من جهة ثانية على المنهج التحليلي، من خلال تحليل نصوص قانون الأسرة لمعرفة الأحكام التي تبناها المشرع الجزائري بخصوص موضوع البحث.

من خلال بحثنا وجدنا أن عقد الزواج يأخذ وصفين رئيسيين هما عقد الزواج الصحيح وعقد الزواج غير الصحيح، لذا فإن الخطة العامة التي اعتمدها في الإجابة على الإشكالية قسمتها إلى فصلين:

الفصل الأول خصصته لعقد الزواج الصحيح، وقسمته إلى مبحثين، المبحث الأول تناولت فيه الزواج الصحيح النافذ، بينما تناولت في المبحث الثاني الزواج الصحيح الموقوف وغير اللازم.

أما الفصل الثاني فخصصته لعقد الزواج غير الصحيح، وقد قسمته بدوره إلى مبحثين، المبحث الأول تناولت فيه الزواج الباطل، أما المبحث الثاني فتناولت فيه الزواج الفاسد.

أظن أن هذه الخطة متسلسلة ومتكاملة، تجيب عن كل أوصاف عقد الزواج وقد أنهيتها بخاتمة ضمنها النتائج التي توصلت إليها من خلال دراسة الموضوع، وبعض الاقتراحات والتوصيات.

الفصل الأول: عقد الزواج الصحيح

نظرا لما للزواج من حكم كثيرة تحقق مصالح العباد في الدنيا و الآخرة في مقدمتها التناسل الذي يحافظ على خليفة الله على وجه الأرض فالزواج عقد مدني ذو طبيعة شرعية بواسطته تنشأ أسرة صغيرة متكونة من زوج و زوجة قد تتسع و تكبر بوجود الأولاد.

و نظرا لأهمية هذا العقد و أهمية الآثار التي تترتب عليه أولته الشريعة الإسلامية أهمية خاصة و هي أهمية تشريعية تبلورت على مستوى نصوص قانون الأسرة الجزائري و على هذا الأساس عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة 04 من ق. الأسرة المعدلة بموجب الأمر 02/05 بكونه عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب.

هذا و لقد عرف أغلب الفقهاء الزواج بتعاريف متقاربة تنتهي إلى أن القصد من عقد الزواج هو ملك المتعة أو حلها مما جعلها تعريفات مبهمه و غير مانعة و لا جامعة أحيانا.

و لقيام عقد الزواج على الوجه الصحيح شرعا و قانونا لا بد من توافر أركانه و شروط صحته و شروط انعقاده و على هذا الأساس كان لعقد الزواج الصحيح جملة من الأوصاف تتمثل في : العقد الصحيح النافذ، الصحيح الموقوف و الصحيح غير اللازم ، فمن هذه الأوصاف ما تعرض له المشرع الجزائري في قانون الأسرة ومنها ما ذكرتها مبادئ الشريعة الإسلامية.

ولا شك أن البحث في موضوع عقد الزواج الصحيح محل الدراسة و معالجة أهم أنواعه يقتضي منا أن نتناول في هذا الفصل مبحثين:

المبحث الأول: عقد الزواج الصحيح النافذ.

المبحث الثاني: عقد الزواج الصحيح الموقوف.

المبحث الأول: عقد الزواج الصحيح النافذ

العقد الصحيح النافذ هو العقد الصادر من شخص يتمتع بالأهلية و له ولاية إصداره، و لم يتعلق به حق للغير ولا خيار فيه سواء كانت هذه الولاية أصلية كما في عقد الرشد لنفسه في ماله، أو نيابية كما في عقد الوصي أو الولي للقاصر و الوكيل لموكله⁽¹⁾.

و من أمثلته البيع و الصرف و السلم و الصلح و الإجارة و الهبة بعد القبض و الخلع و الطلاق بعوض، و نكاح البالغ الرشد امرأة كذلك⁽²⁾.

وعليه فالعقد النافذ هو الذي تترتب عليه آثاره حال تمام انعقاده فالمقصود بشروط نفاذ توافرت فيه هذه الشروط من أهلية العاقد و الولاية على إنشاء العقد، كان عقد النكاح نافذاً و إن لم تتوافر فيه كان موقوفاً⁽³⁾.

فكما سبق القول بأن عقد الزواج الصحيح النافذ هو العقد الذي استوفى شروط صحته و نفاذه دون شروط لزومه بأن يفقد شرطاً منها ، فالنافذ قابل للفسخ ممن يملك حق الفسخ و حكم هذا النوع هو حكم الزواج اللازم ، فلا فرق بينهما إلا من جهة قابلية الفسخ في الزواج النافذ، و عدم قابلية الزواج اللازم لفسخه و لا الاعتراض عليه⁽⁴⁾.

و لقد اختلف الفقهاء في تصنيف أركان العقد و شروطه و هو في مجمله خلاف اصطلاحى لا علاقة له بالأحكام في حين نجد أن المشرع الجزائري قبل تعديله لقانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 و المتضمن تعديل قانون الأسرة كان يخلط بين الركن و الشرط و لم يكن يميز بينهما إلا أنه و بعد التعديل السالف الذكر نجد أن المشرع قد أنهى كل النقاشات التي كانت قائمة و فصل بين أركان و شروط

1- طواهرى محمد: الجزء المدني في بعض مسائل الزواج - مذكرة ماجستير، تلمسان ، 2014/2015، ص.15

2- أحمد فراج حسين: المدخل للفقهاء الإسلامى، الدار الجامعية للطباعة و النشر، الإسكندرية، سنة 2001، ص. 274

3- عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم و الشريعة الإسلامية، الجزء السادس، الطبعة الأولى مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت ، سنة 1993، ص.125.

4- بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، ص.175.

عقد الزواج و على هذا الأساس سنحاول التطرق إلى هاته الشروط و الأركان في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: أركان عقد الزواج الصحيح النافذ.

المطلب الثاني: شروط عقد الزواج الصحيح النافذ.

المطلب الأول: أركان عقد الزواج الصحيح

يعرف الركن على أنه الذي يقوم به الشيء ولا تتحقق ماهيته إلا به لكونه جزء منه حيث يعتبر جزء من حقيقة الشيء⁽¹⁾ ، فلقد اختلف الفقهاء المسلمين في تحديد أركان عقد الزواج فمنهم من جعلها ركنين و هناك من جعلها ثلاث ، و هناك من جعلها أربعة و هناك من جعلها خمسة.

و الاختلاف حول تحديد أركان عقد الزواج لم يقتصر على فقهاء الشريعة فحسب بل تعداها إلى التشريعات العربية و هذا منطقي جدا باعتبار أن كل تشريع أخذ لمذهب ما، فالمشرع الجزائري في نص المادة 09 المعدلة⁽²⁾ بالأمر 05-02 أقر بأن الركن الوحيد الذي يقوم عليه الزواج هو الرضا ، لذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين أساسيين نتناول في الفرع الأول أركان عقد الزواج الصحيح في الفقه الإسلامي ، إما في الفرع الثاني سنتطرق إلى تحديد أركان عقد الزواج الصحيح في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: تحديد أركان عقد الزواج في الفقه الإسلامي

خالف فقهاء الحنفية جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في تعريف الركن على النحو الآتي:

أ - عند الجمهور: "هو ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به، أو ما كان منه، أو ما تتوقف عليه الماهية الشرعية سواء كان جزءاً منه أم خارجاً عنه أو هو ما لا بد منه لتصور العقد ووجوده.

ب - عند الحنفية: "هو ما لا وجود لذلك الشيء إلا به، وهو جزء من ماهيته كالقيام والركوع والسجود"⁽³⁾.

1- عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، الزواج، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، سنة 1984، ص 30.

2- عدلت بموجب الأمر 05-02 و حررت في ظل القانون 84-11: " يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين و صداق".

3- محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، لبنان، سنة 1983، ص 94.

وبناء على اختلافهم في تحديد معنى الركن، لم يتفق الفقهاء على أركان الزواج بصفة مطلقة، حيث ذكر كل فريق ما يراه أركاناً للزواج، وإن كان منها ما هو محل اتفاق بينهم وذلك كما يلي:

أولاً: أركان عقد الزواج في المذهب المالكي

المالكية عدوا أركان الزواج خمسة إحداها ولي المرأة بشروطه فلا ينعقد النكاح عندهم بدون ولي، ثانيها الصداق، فلا بد من وجوده و لكن لا يشترط ذكره عند العقد، ثالثها زوج، رابعها زوجة خالية من الموانع الشرعية كالإحرام و العدة، و خامسها الصيغة⁽¹⁾.

و المراد بالركن عندهم ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به، فالعقد لا يتصور إلا من عاقدين و هما الزوج و الولي، و معقود عليه و هما المرأة و الصداق و عدم ذكر الصداق لا يضر حين لا بد من وجوده، وصيغة و هي اللفظ الذي يتحقق به العقد شرعا و بذلك يندفع ما قيل أن الصداق ليس رطنا و لا شرطاً لأن العقد يصح بدونه.

وما قيل أن الصيغة و الولي شرطان لا ركنان لخروجهما عن ماهية العقد، فإن ذلك إنما يرد إذا أريد ماهية العقد الحقيقية التي وضع اللفظة لغة ، لأنها تكون مقصورة على الإيجاب و القبول و الارتباط بينهما، أما إذا أريد من الركن ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به سواء كان هو عين ماهيتها أو لا فلا إيراد⁽²⁾.

ثانياً : أركان عقد الزواج في المذهب الشافعي

حدد الشافعية أركان عقد النكاح في خمسة أركان هي : زوج ، زوجة، ولي ، شاهدان و صيغة، و قد عد أئمة الشافعية الشاهدين من الشروط لا الأركان ، و قد عللوا ذلك بأنهما

1 - بوقندورة سليمان: الروائع الفكرية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة، الباب الأول، الزواج و انحلاله، الطبعة الأولى، دار الألفية للنشر و التوزيع، سنة 2015، ص 67.

2 - عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الأول، شركة أبناء شريف الأنصاري للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت 2005، ص 795.

خارجان عن ماهية العقد ، و هو ظاهره ، و لكن غيرهما مثلهما كالزوجين كما ترى فيما تقدم⁽¹⁾.

ثالثا : أركان عقد الزواج في المذهب الحنفي

لعقد الزواج عند الحنفية ركن واحد فقط و هو الإيجاب و القبول (الصيغة) الدالة على الرضا المعبر عنها بالإيجاب من أحد العاقدين و القبول من الطرف الآخر، و أما ما عدا ذلك فهي شروط لعقد الزواج⁽²⁾.

رابعا : أركان عقد الزواج في المذهب الحنبلي

ذهب بعض الحنابلة إلى عد أركان الزواج ثلاثة و هي: الزوجان و الإيجاب و القبول و جاء في الروض المربع: " و أركانه . أي النكاح - ثلاثة، أحدهما الزوجان، و الثاني: الإيجاب، و الثالث: القبول"⁽³⁾. لأن ماهية النكاح مترتبة منها و متوقفة عليها.

الفرع الثاني: تحديد أركان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 و قبل التعديلات التي أدخلت عليه بموجب القانون رقم 05-02 نص في المادة التاسعة تحت عنوان أركان الزواج بالقول " يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين و صداق "، و بموجب التعديلات الجديدة نجده نص في المادة التاسعة المعدلة و تحت نفس العنوان إن الزواج ينعقد بتبادل رضا الزوجين و بذلك أبقى على الرضا كركن واحد و وحيد لقيام عقد زواج صحيح ، لذا سوف نتطرق إلى هذا الركن في مفهومه و أثر تخلفه.

1- بوقندورة سليمان: المرجع السابق، ص 67.

2- إسماعيل أبا بكر علي البامري: أحكام الأسرة ، الزواج و الطلاق بين الحنفية و الشافعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2008، ص78.

3- منصور البهوتي: شرح زاد المستتفع، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، دار الوطن للنشر، الرياض، سنة 2006، ص 511.

أولاً: مفهوم الرضا

المقصود برضا الزوجين صدور إيجاب من احدهما و قبوله من الطرف الآخر، و قال الإمام أبو زهرة في هذا الصدد أنه " لا ينعقد عقد الزواج إلا بالإيجاب و القبول"⁽¹⁾. فالإيجاب هو التعبير الصادر عن إرادة شخص يعرض على غيره أن يتعاقد معه، و يسمى الشخص الذي صدر عنه الإيجاب موجبا و غالبا ما يتمثل في الخاطب (الزوج)⁽²⁾، أما القبول هو التعبير عن الإرادة التي يوجهها الطرف الآخر (المخطوبة أو الزوجة) يخطره فيها بقبوله الإيجاب.

و عليه فإنه بمجرد اقتران القبول بالإيجاب في مجلس واحد يتم عقد الزواج (المادة 09 و 10 ق.أ.ج)، و باعتبار أن الزواج من العقود الثنائية الطرف أي التي لا بد فيها من وجود طرفين بإرادة حرة مستقلة، فهو يتم بإيجاب من أحد العاقدين و قبول من الآخر.

وقد نصت المادة 10 ق.أ.ج بقولها: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، و يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة " ، و بالتالي يشترط لصحة عقد الزواج رضا الطرفين بواسطة ألفاظ تفيد معنى النكاح لغة أو شرعا أو عرفا في مجلس واحد، و بحضور شاهدين و تسمية صداق للزوجة، فإذا تخلف ركن الرضا فإن الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا لاختلال أحد أركانه الأساسية، ذلك أنه لا يوجد زواج دون رضا سليم و اختيار ملؤه الحزم و الحرية (المادة 1/33 ق.أ.ج)⁽³⁾.

فمن محاولة تحليلنا للنصوص القانونية السابقة يمكن أن نستنتج أن التعبير عن رضا كل واحد من الزوجين في الاقتران بالآخر رضا علنيا تاما دون غش أو إكراه أو تهديد هو أمر

1- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، ملتزم الطبع و النشر، دار الفكر العربي، ص 40.
2- محمد الكشور: الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول، عقد الزواج و آثاره، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 200.
3- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2012، ص 189-190.

لابد من توفره صراحة لإمكانية عقد الزواج و سلامته، و بدون توفر عنصر الرضا يكون العقد منعدم الركن الأساسي لانعقاده⁽¹⁾.

ثانيا: الجزاء المترتب عن تخلف ركن الرضا

يبدو جليا من صياغة المواد: 04، 09 و 1/10 و 1/33 المعدلة بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 أن الإيجاب و القبول (أي رضا الزوجين) يعتبر الركن الأساسي لعقد الزواج، فإذا تخلفا أو أحدهما انعدم وجود العقد نهائيا⁽²⁾، فإن المادة 04 من ق.أ.ج تعرف عقد الزواج بأنه عقد رضائي، كما المادة 09 من ق.أ.ج تشير بكل وضوح أن عقد الزواج يقوم أساسا على الرضا، و زيادة على ذلك فإن المادة 1/33 من نفس القانون تنص صراحة على أنه: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا ".

و قد أشارت المحكمة العليا إلى ذلك صراحة في بعض قراراتها من أنه يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا و أن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون⁽³⁾. و على هذا الأساس لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجة ما على الدخول بها رغم معارضتها له أو عدم رضاها به⁽⁴⁾.

و يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنه إذا انعقد عقد الزواج بدون رضا أحد الطرفين فإنه يجوز له أو ممن له مصلحة أو من طرف النيابة العامة رفع دعوى أمام المحكمة لطلب إبطال عقد الزواج، على أن يرفق الطلب بكل الأدلة، و يصدر الحكم بالبطلان مع الأمر

1- عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2013، ص38.

2- الغوثي بن ملح: قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص 32.

3- المحكمة العليا: غ.أ.ش، 2001/02/21، ملف رقم 253366، م.ق سنة 2002، العدد الثاني، ص440.

4- المحكمة العليا: غ.أ.ش، 2008/03/12، ملف رقم 415123، م.م.ع سنة 2008، العدد الأول، ص 275.

بتشطيب عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية، و يكون الحكم الصادر في هذا الشأن حكما تقريريا لما هو قائم شرعا و قانونا⁽¹⁾.

المطلب الثاني: شروط عقد الزواج الصحيح

يعرف الشرط بأنه كل ما يتوقف عليه وجود الشيء و يكون خارجا عن حقيقته، و المراد بالشرط هنا، الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج لا الشروط التي يشترطها أحد العاقدين في العقد⁽²⁾، و شروط عقد الزواج حددها فقهاء الشريعة الإسلامية كل حسب نظرتهم، و نجد كذلك المشرع الجزائري قد وضع شروطا لعقد الزواج منها ما أخذ من الشريعة الإسلامية و منها ما فرضتها المعاملات الحديثة، و هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول و الثاني على التوالي.

الفرع الأول: شروط عقد الزواج الصحيح في الفقه الإسلامي

بالنظر إلى الشروط التي يقوم عليها عقد الزواج في المذاهب المختلفة فإن بعضها متفق عليه عند الجميع، وبعضها الآخر مختلف فيه، وهناك شروط أخرى عند بعض الفقهاء دون بعضهم الآخر، والشروط المتفق عليها تختلف في نوعها، ولا يسع للتفصيل في ذلك هذا وينعقد الزواج صحيحا نافذا لازما إذا تحققت مجموعة من الشروط جسدها الفقهاء كما يلي:

أولا: شروط عقد الزواج عند المالكية

ذهب المالكية إلى أن لكل ركن من أركان النكاح المتقدمة شروط، فيشترط في الصيغة شروط تتمثل في⁽³⁾:

أ - أن تكون بألفاظ مخصوصة: و هي أن يقول الولي: زوجت أو أنكحت، أو يقول الزوج: زوجني فلانة، و يكفي القبول أن يقول قبلت أو رضيت أو نفذت أو أتممت.

1- عبد العزيز سعد : الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث للنشر، الجزائر، سنة 1989، ص189.

2- عمر سليمان الأشقر: أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 1997، ص 81.

3- عبد الرحمن الجزيري: المرجع السابق، ص 800.

ب - الفور: ألا يفصل بين الإيجاب و القبول فاصل طويل، و لا يضر الفاصل اليسير.

ج - ألا يكون اللفظ مؤقتا بوقت.

د - ألا يكون مشتملا على الخيار، أو على شرط يناقض العقد، و يشترط في الزواج أن يكون بصداق، فإذا لم يذكر حال العقد، فلا بد من ذكره عند الدخول، و أن يكون الصداق مما يملك شرعا، فلا يصح خمر و لا خنزير و لا ميتة.

و تشترط الشهادة و لكن لا يلزم أن يحضر الشهود عند العقد بل يندب ذلك فقط.

و يشترط في الزوجين الخلو من الموانع كالإحرام، و ألا تكون المرأة زوجة للغير، أو معتدة منه، و أن لا يكونا محرّمين بنسب أو رضاع أو مصاهرة.

و يشترط في العقد لصحة الزواج أربعة شروط هي: الإسلام في نكاح المسلمة، و العقل و التمييز، و تحقق الذكورة، تحرزا من الخنثى المشكّل فإن لا يَنكح و لا يُنكح⁽¹⁾.

و يشترط في الزوج لاستقرار الزواج خمسة شروط هي: الحرية، البلوغ، الرشد، الصحة ، و الكفاءة، و إذا أكره أحد الزوجين على الزواج لم يلزم، و ليس للمكرّه أن يجيزه لأنه غير منعقد.

ثانيا: شروط عقد الزواج عند الشافعية

الشافعية قالوا: شروط النكاح بعضها يتعلق بالصيغة، وبعضها يتعلق بالزوجين و بعضها يتعلق بالشهود⁽²⁾:

أ- شروط الصيغة: هي ثلاثة عشر شرطا تشترط في العقود و هي ما يأتي:

1- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة و النشر

التوزيع ، سوريا، سنة 1984، ص 91.

2- عبد الرحمن الجزيري: المرجع السابق، ص 798.

- الخطاب: بأن يخاطب كل من العاقدين صاحبه.
- أن يكون الخطاب واقعا على جملة المخاطب، فلا يصح على جزئه.
- أن يذكر المبتدئ بأحد شرطي العقد العوض و المعوض عنه كالثمن و المثلثن.
- أن يقصد العاقد معنى اللفظ الذي ينطق به، فإن جرى على لسانه فلا يصح.
- ألا يتخلل الإيجاب و القبول كلام أجنبي.
- ألا يتخلل الإيجاب و القبول سكوت طويل، و هو ما أشعر بإعراضه عن القبول.
- ألا يتغير كلام البادئ قبل قبول الآخر.
- أن يكون كلام كل واحد من العاقدين مسموعا لصاحبه و لمن يقرب منه من الحاضرين فإن لم يسمعه من كان قريبا لا يكفي و إن سمعه العاقد.
- أن يتوافق القبول مع الإيجاب معنى.
- ألا يعلق الصيغة بشيء لا يقتضيه العقد مثل إن شاء فلان.
- ألا يُؤقَّت كلامه بوقت.
- أن يكون القبول ممن وجه له الخطاب لا غيره.
- أن تستمر أهلية المتكلمين بالصيغة إلى أن يتم القبول، فلو جُنَّ أحدهما مثلا قبل قبول الآخر بطل العقد⁽¹⁾.

يظهر مما سبق من الشروط أن تكون الصيغة منجزة، فلا يجوز أن تكون معلقة على حدوث أمر في المستقبل أو مضافة إلى زمن المستقبل، كأن يقول الرجل زوجته ابنتي إن قدم فلان من رحلته، أو إن جاء من رأس السنة، لأن عقد الزواج من عقود التمليكات، و كل عقد يفيد الملك في الحال لا يجوز إضافته إلى زمن و لا التعليق على حدوث أمر، إذا كان

1- وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 93.

التعليق سوريا، كأم تقول المرأة إن رضي أبي تزوجتك، فيقول قبلت و كان الأب في المجلس و رضي بالإيجاب و القبول⁽¹⁾.

و يضاف إلى هذه الشروط أن الصيغة تكون بلفظ مشتق من تزويج أو إنكاح، كزوجتك ابنتي أو أنكحتك موكلتي، فلو قال أزوجك ابنتي بلفظ المضارع، أو أنكحك إياها فإنه لا يصح لأنه يحتمل الوعد. و يصح العقد بالألفاظ المحرفة كما إذا قال له جوزتك موكلتي، حتى و لو لم تكن لغته على المعتمد، و يصح أيضا بالألفاظ العجمية و لو من عربيين إذا كان العاقدان يعرفان العربية بشرط أن يكونا فاهمين معناها⁽²⁾.

ب- أما شروط الزوج فهي: أن يكون غير محرم للمرأة، كأخ أو خال من نسب أو رضاع أو مصاهرة. و أن يكون مختارا غير مكره، و أن يكون معنيا، فلا يصح نكاح المجهول، و ألا يكون جاهلا حل المرأة له، فبل يجوز أن يتقدم لنكاح امرأة و هو جاهل بطلها.

في حين شروط الزوجة هي: أن تكون المرأة محلا للعقد، بأن تكون غير محرمة على الرجل مؤقتا أو مؤبدا⁽³⁾.

ج- أما شروط الشهود: لا ينعقد النكاح عند الشافعية إلا بشهادة رجلين و لا يصح انعقاد الزواج بشهادة رجل واحد و امرأتين⁽⁴⁾.

و عليه فأهم شروط الشهود هي الحرية و الذكورة و العدالة و السمع و البصر. و لا يكون الولي شاهدا كالزوج و وكيله، فلا تصح شهادته مع وجود وكيله⁽⁵⁾.

ثالثا: شروط عقد الزواج عند الحنفية

أقر الحنفية بأن للزواج شروط تتمثل في الصيغة و في العاقدين و في الشهود.

1- محمد أبو حامد الغزالي : الوسيط في المذهب، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، لبنان، سنة 2001، ص 129.

2- عبد الرحمن الجزيري: المرجع السابق، ص 798.

3- محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج و آثاره، ملتزم الطبع و النشر، دار الفكر العربي، ص 91.

4- إسماعيل أبا بكر علي البامري: المرجع السابق، ص 94.

5- وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 93-94.

1 - شروط الصيغة: تتمثل في الإيجاب و القبول.

أن تكون بألفاظ مخصوصة: و هي إما صريحة أو كناية، فالصريحة هي ما كانت بلفظ التزويج و الإنكاح و ما اشتق منهما، سواء بلفظ الماضي، أم بلفظ المضارع بقرينة تدل على الحال، لا طلب الوعد، أو بلفظ الأمر: زوجني.

و الكناية: هي التي تحتاج إلى نية و أن تقوم قرينة على هذه النية و هي ألفاظ الهبة أو الصدقة أو التملك مع نية معنى الزواج.

- أن يكون الإيجاب و القبول في مجلس واحد.

- موافقة الإيجاب للقبول⁽¹⁾.

- أن تكون الصيغة مسموعة للعاقدين.

- ألا يكون اللفظ مؤقتاً: إذ يجب أن لا تكون صيغة الزوج دالة على التأقيت، لأن عقد الزواج مقتضاه حل العشرة و دوامها⁽²⁾.

ب - شروط العاقدين: و هما الزوج و الزوجة: فمنها العقل و هو شرط في انعقاد النكاح فلا ينعقد نكاح المجنون و الصبي الذي لا يعقل، و منها البلوغ و الحرية و هما شرطان للنفاد.

- أن يضاف الزواج للمرأة أو إلى جزء يعبر به عن الكل كالرأس، و الرقبة فلا ينعقد الزواج بقوله: زوجني يد ابنتك أو رجلها فإنه لا ينعقد على الصحيح⁽³⁾.

ج- أما الشهادة: فهي شرط لصحة الزواج، و يشترط فيها الحرية، الذكورة و العدالة و السمع و البصر، و كون الشاهد غير ولي متعين في الزواج، فلا يصح الزواج بشهادة عبد أو امرأة أو فاسق أو أصم أو أعمى أو خنثى مشكل أو ولي يباشر العقد، فلا يكون الولي

1- محمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية و القانون، الطبعة الأولى، دار الجمهورية للصحافة و النشر و التوزيع، سنة 2003، ص 74.

2- عبد العزيز عامر : المرجع السابق، ص 36.

3- عبد الرحمن الجزيري: المرجع السابق، ص 797.

شاهداً، كالزوج و وكيله، فلا تصح شهادته مع وجود وكيله. و ينعقد النكاح بابني الزوجين و أبوهما و عدويهما لثبوت النكاح بهما، و بمستوى العدالة⁽¹⁾.

رابعاً: شروط عقد الزواج عند الحنابلة

أقر الحنابلة بأن للنكاح خمسة شروط:

أ - تعيين الزوجين: لأن النكاح عقد معاوضة، أشبه تعيين المبيع في البيع، و لأن المقصود في النكاح التعيين فلم يصح بدونه و يشترط في الصيغة أن تكون بعقد النكاح و التزويج لكن يكفي في القبول أن يقول قبلت أو رضيت و لا يشترط فيه أن يقول قبلت زواجهما. و لا يصح أن يتقدم القبول على الإيجاب و يشترط الفور. و لا يشترط أن يكون اللفظ عربياً، فيصح بغير العربية من العاجز عن النطق بالعربية بشرط أن يؤدي معنى الإيجاب و القبول بلفظ التزويج أو النكاح.

و إذا كان أحد العاقدين لا يستطيع الكلام فقد اتفق الفقهاء على جواز عقده بالإشارة المفهومة لمعنى الزواج إذا كان لا يحسن الكتابة، لأن الإشارة أقصى طرف التعبير بيانا عنده⁽²⁾.

ب- الرضا و الاختيار من الزوجين أو من يقوم مقامهما، فإن لم يرضيا لم يصح النكاح فلا يصح زواج المكره.

ج- الولي: فلا يصح النكاح إلا بولي.

د- الشهادة على النكاح: فلا يصح إلا بشهادة ذكزين بالغين عاقلين عدلين و لو كانت عدالتهما ظاهراً، و أن يكونا متكلمين مسلمين سميعين، إذ لا تصح شهادة الأصم و الكافر في حين تصح شهادة الأعمى، و شهادة عدوي الزوجين، و يشترط أن يكونا من غير أصل الزوجين و فرعيهما، فلا تصح شهادة أب الزوجة أو الزوج أو أبنائهما، لأن شهادتهما لا تقبل.

1- وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 93-94.

2- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 43.

هـ- خلو الزوجين أو أحدهما من مانع المحرمية بنسب أو رضاع أو مصاهرة أو مانع اختلاف الدين، بأن يكون مسلما و هي مجوسية و نحوه، أو كون المرأة في عدة و نحو ذلك، كأن يكون أحدهما محرما بحج أو عمرة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: شروط عقد الزواج الصحيح في قانون الأسرة الجزائري

لكي يتم إبرام عقد الزوج من الناحية القانونية استلزم القانون جملة من الشروط نص عليها في المادة 09 مكرر⁽²⁾، غير أنه لم يحدد طبيعتها و على الأرجح هي شروط صحة. إذ جاء في المادة السابقة الذكر ما يلي: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية ".
 أولاً: أهلية الزواج

و نعني بأهلية الزواج هنا صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج. إذ تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه يكون كل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة ". هذا هو سن الرشد المدني.

و قد كانت أهلية الزواج قبل تعديل قانون الأسرة محددة بسن 21 سنة للرجل، و سن 18 سنة للمرأة، غير أنه و أمام الانتقادات التي وجهت للقانون تم تعديل النص القانوني، و أصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين بتمام سن الرشد المدني أي 19 سنة كاملة، حيث جاء النص المعدل كما يلي: " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة. و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

1- وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 94-95.

2- أضيفت بالأمر 05-02: المؤرخ في 27 فيفري 2005.

ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات⁽¹⁾.

و يكون تقدير السن الشرعي للزواج وقت انعقاد العقد و ليس وقت الدخول. و يشترط في أهلية الزواج العقل و البلوغ، إلا أنه يجوز للقاضي الإذن بعد مراعاة إجازة الولي بزواج المجنون و المعنوه إذا ثبت بتقرير هيئة الأطباء أن الزواج يفيد في شفائه.

ثانيا: الصداق

يعرف الصداق بأنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رغبة منه في الاقتران بها، أما المشرع الجزائري فقد عرفه بموجب نص المادة 14 من ق.أ.ج بقوله: " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء ".

و الصداق واجب من الرجل و حق للمرأة و دليل وجوبيته قوله تعالى: " فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً " (2).

و قوله عز و جل: " وَ آتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً " (3).

أ- مقدار الصداق:

المشرع الجزائري لم يجعل للصداق حدا أدنى و لا أعلى، آخذا في ذلك بما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة، وفقا للمادة 14 من ق.أ.ج، التي جاءت مطلقة في هذا الشأن ، يفهم ذلك من عبارة: ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها ". و هذا الموقف الذي لتخذه المشرع

1- بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2008، ص 60-61.

2- سورة النساء: الآية 24.

3- سورة النساء: الآية 04.

يتماشى و روح التشريع في التيسير و رفع الحرج، بما يتناسب و جميع طبقات المجتمع غنيها و فقيرها⁽¹⁾.

ب- أنواع الصداق:

يكون الصداق على نوعين أساسيين:

ب.1- الصداق المسمى: و هو الصداق الذي يثبت بمجرد اتفاق الزوجين معا مهما بلغت قيمته طالما تم بإرادة و رضا الطرفين، أو هو ما اتفق عليه في العقد الصحيح و فرض بعده بالتراضي، و هو ما أشارت إليه المادتان 9 مكرر، و 15 من ق.أ.ج، و لا يترتب الطلاق عن تعذر الوفاء به، و إن اختلف الزوجان في قبض حال الصداق فالقول قول الزوجة قبل الدخول و القول قوله بعد الدخول (م 17 ق.أ.ج)⁽²⁾.

هذا و إن كان الصداق المسمى أقل من صداق المثل، فإنه يتعين في هذه الحالة أن يوافق عليه كل من الزوجة و وليها، إذا كانت هذه الأخيرة دون سن الرشد القانوني (م 2/11 ق.أ.ج).

أما إذا كانت المرأة راشدة، فإنها تستقل وحدها بتحديد الصداق، و إبرام العقد دون أن يتدخل وليها أو يعترض على ذلك، و لو تزوجت بأقل من صداق أمثالها من الناس (م 1/11 و م 13 ق.أ.ج).

و أساس هذا الحكم أن الصداق يعتبر من المصالح المالية للزوجة، و هي محجور عليها في مصالحها المالية قبل أن تبلغ سن الرشد القانوني (م 81 87 ق.أ.ج)، فإذا رشدت استقلت بتدبير شؤونها المالية، و من ضمنها الصداق (م 86 ق.أ.ج)، فتطالب منه بالكثير أو بالقليل⁽³⁾.

1- بن الصغير محفوظ: الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة دكتوراه، الجزائر، سنة 2008-2009، ص 349.

2- المحكمة العليا: غ.أ.ش، 18/06/1991، ملف رقم 73515، م.ق سنة 1992، العدد الرابع، ص 69.

3- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق.

ب.2- صداق المثل: هو مهر امرأة من قوم أبيها، كانت أختها أو من تماثلها فيما يعتد به من صفات النساء من السن، و الجمال، و المال، و نحو ذلك من الصفات⁽¹⁾.

و تستحق الزوجة صداق المثل في الحالات التالية:

1- إذا سمي للزوجة صداق، مما لا يصح التزامه شرعا، و كذا إذا اتفق الزوجان على إسقاط أو نفي الصداق.

2- إذا لم يسم الصداق في العقد (م 2/15 ق.أ.ج).

3- في النكاح الفاسد، فإنه يفسخ قبل البناء و لا صداق فيه، و يصح بعدد البناء بصداق المثل (م 2/33 ق.أ.ج)، و هو ما سارت عليه المحكمة العليا⁽²⁾. من أنه يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 من ق.أ.ج.

ج- حالات الصداق:

نصت المادة 15 من ق.أ.ج على أنه: " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا. في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

يتضح من خلال نص هذه المادة أن تحديد الصداق في العقد قد يكون مؤجلا أو معجلا و في حالة عدم تحديد قيمته تستحق الزوجة صداق المثل، و قد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الجمهور في جواز تعجيل أو تأجيل المهر كله أو بعضه و عليه يمكن عرض أوضاع الصداق من حيث التعجيل و التأجيل في ثلاث حالات هي⁽³⁾:

الحالة الأولى: الصداق المعجل كليا:

و يقصد به في هذه الحالة أن يدفع الصداق كاملا قبل الدخول، أو بعد إبرام عقد الزواج مباشرة و هو ما جاء في نص المادة 15 من ق.أ.ج: " سواء كان معجلا".

1- بن شويخ الرشيد: المرجع السابق، ص 75.

2- المحكمة العليا: غ.أ.ش: 2001/01/23، ملف رقم 253366، م.ق سنة 2002، العدد الثاني، ص 440.

3- بن الصغير محفوظ: المرجع السابق، ص 353.

الحالة الثانية: الصداق المؤجل كليا:

و هو أن يتفق طرفا العقد على أن يؤجل الصداق بعد تسميته و تحديد قيمته أو نوعه أثناء إبرام العقد على ما بعد الدخول أو إلى تاريخ لاحق، و إذا لم يتفق الطرفان على التاريخ فإنه يستحق بعد الطلاق مباشرة، أو بعد الوفاة، وفقا لنص المادة 15 من ق.أ.ج: "... أو مؤجلا...".

الحالة الثالثة: الصداق المؤجل في جزء منه و المعجل في الجزء الآخر:

و هو أن يتفق طرفا العقد على دفع جزء من الصداق قبل الدخول، و تأجيل الباقي منه إلى تاريخ محدد بعد الدخول. و يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: " و إن لم يحدد تاريخ معين لدفع المؤجل فإنه ينصرف إلى تاريخ الطلاق، أو تاريخ الوفاة⁽¹⁾."

و هذا ينطبق على حالة الإنفاق بين الزوجين على أن مؤخر الصداق يكون عند وقوع الطلاق، ذلك أن الصداق يجب كاملا بالدخول إذا لم يتفق الطرفان على التاريخ، كما يجب بالوفاة لأنه دين في ذمة الزوج، و الدين المعجل يصير حلا بالموت.

د- استحقاق الصداق:

تتاول قانون الأسرة الجزائري مسألة استحقاق الزوجة للصداق من خلال المادتين 15 و 16، و يمكن تقسيمها كما يلي:

د.1- استحقاق كامل الصداق: وفقا لنص المادتين 15 و 16 من ق.أ.ج، فإن الزوجة تستحق كامل الصداق بالدخول أو بالوفاة.

د.2- استحقاق نصف الصداق: نص عليه المشرع ف المادة 16 من ق.أ.ج، و هو حالة الطلاق قبل الدخول، و مؤدى ذلك أنه يوجد عقد زواج صحيح شرعا.

د.3- استحقاق الزوجة لصداق المثل: تتاوله المشرع في نص المادة 15 من ق.أ.ج و تكون عند عدم تحديد الصداق، أو تسميته بعد الدخول، فهنا تستحق الزوجة صداق

1- عبد العزيز سعد: قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 47-48.

المثل. و جاء في نص الفقرة الثانية من المادة 33، أنه يثبت صداق المثل بعد الدخول إذا تم الزواج دون صداق.

هـ- الاختلاف في الصداق:

من خلال قراءة نص المادة 17 من ق.أ.ج نجد أنها تنص على انه: " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين، أو ورثتهما، وليس لأحدهما بينة و كان ذلك قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين. و إن كان بعد البناء فالقول للزوج مع اليمين ". و عليه فإنه في حالة قيام نزاع بين الزوجين، بين أحدهما ورثة الآخر أمام القضاء حول دفع أو عدم دفع قيمة الصداق يمكن القول أن على القاضي أن يميز مبدئياً، ما إذا كان النزاع حاصلًا قبل الدخول أو بعده، و أن يتأكد قبل الفصل في موضوع النزاع من أن المدعى من الزوجين أو من ورثتهما ليس له أية دليل لإثبات ما يزعمه. هذا إذا كانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين الحي تجاه الزوج الآخر، أما إذا كانت الدعوى مقامة من أحد أو بعض ورثة الزوج المتوفى تجاه الزوج الآخر الباقي على قيد الحياة فإن على القاضي أن يتأكد من كون المدعى وارثًا حقيقة، و من أن الزوج المورث مات حقيقة، و عندها فقط يستطيع الفصل في موضوع النزاع، إما بمنح الزوجة صداقها بعد أداء اليمين بأنها لم تستلمه، و إما بإعفاء الزوج منه بعد أن يكون قد أدى اليمين بأنه قد سبق و سدد قيمة الصداق إلى الزوجة مباشرة أو بالواسطة⁽¹⁾.

ثالثاً: الولي

يعد الولي أحد الشروط الجوهرية لإبرام عقد الزواج، و الذي أخذ حصة الأسد في استقطاب النقاشات الحادة حول ضرورة وجوده من عدمه في إبرام عقد الزواج. فبعد أن كان الولي ركناً من أركان عقد الزواج في ظل القانون 84-11 و بموجب نص المادة 09 منه، جاء الأمر 05-02 ليعدل في المادة سابقة الذكر، و يبقي على الرضا كركن واحد لإبرام عقد الزواج، و يصبح بذلك الولي شرط من شروط صحته.

1- عبد العزيز سعد: المرجع نفسه، ص 50.

كما أنه أكد على ذلك في المادة 11 من ق.أ.ج بقوله: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، و هو أبوها أو أحد أقاربها، أي شخص آخر تختاره".

و دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم، و هم الأب فأحد الأقارب الأولين، و القاضي ولي من لا ولي له ."

فالولي هو من له القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجارة أحد⁽¹⁾. و ما يؤخذ على هذا التعريف أنه عام في كل التصرفات، غير قاصر على الزواج فقط.

و قد عرف الدكتور محمد محدة الولاية في الزواج بقوله: "الولاية تعني تنفيذ القول على المرأة أو القاصر في حكمها في الزواج، و الإشراف على شؤون أي منهما في العقد من طرف شخص له المقدره الشرعية على ذلك"⁽²⁾.

و قد قسم الفقه الإسلامي الولاية إلى قسمين:

أ- ولاية الإيجاب:

هي ولاية الأب أو الجد على الفتاة البكر، و الصغير و المجنون، و فيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليه، و لا يشاركه أحد، لعدم توفر في المولى عليه شرط العقل أو البلوغ في أهلية الزواج⁽³⁾.

ب- ولاية الاختيار:

و هي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه، بل لابد من مشاركة الزوجة وليها في اختيار الزوج، و يتولى الولي عقد الزواج⁽⁴⁾.

1- محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 107.

2- محمد محدة: الخطبة و الزواج، الطبعة الثانية، مطابع عمار قرفي، الجزائر، سنة 1994، ص 192.

3- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج و الطلاق، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، سنة 2009، ص 119.

4- بن شويخ الرشيد: المرجع السابق، ص 66.

يقول ابن قيم الجوزية في زاد المعاد: " لا تجبر البكر البالغة على النكاح، و لا تزوج إلا برضاها، و هو القول الذي ندين الله بهنّ و لا تعتقد سواه. و هو الموافق لحكم رسول الله، أمره و نهيّه و قواعد شريعته و مصالح أمته " (1).

و قد ساير القانون الجزائري رأي الجمهور في هذا الشأن، فنص على أن الأصل في الولاية، هي ولاية الاختيار، بحيث أن امرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها (و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره)، برضاها و اختيارها و مصلحتها (المادة 1/11 من ق.أ.ج)⁽²⁾. كما ألغى المشرع ولاية الإيجاب لا بالنسبة للصغار فحسب، بل حتى بالنسبة للفتاة البكر، و التي لا يجوز للولي تزويجها إلا برضاها و موافقتها (المادة 13 و 12 الملغاة بالأمر 02/05)⁽³⁾.

و أما فيما يتعلق بزواج الصغار فقد حدد القانون أهلية الزواج في المادة 07 من ق.أ.ج، و أنه لا يجوز قانونا تزويج الصغار، قبل بلوغها السن القانوني (و هو 18 سنة) إلا بترخيص من القاضي لمصلحة أو ضرورة، بعد موافقة وليهم الشرعي (المادة 2/11 من ق.أ.ج المعدلة).

و بخصوص الولاية على القاصر، نصت المادة 87 من ق.أ.ج المعدلة بالأمر 02/05 بأنه للأب ثم للأم، ثم للوصي الولاية على القاصر، و لا تبطل إلا بإذن من القاضي لأسباب شرعية.

و قد أشارت المحكمة العليا في اجتهادها في هذا الخصوص، إلى أنه لا يجوز للأب أو لغيره أن يزوج ابنته إلا برضاها، و تأذن بالقول، كما أنه لا يجوز للولي قانونا أن يستبد بالعقد دون موافقة المرأة و رضاها. فإذا امتنع الأب عن تزويج ابنته، دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع (رغم أن الراغب في الزواج بها معلم و له سكن وظيفي، و قد

1- ابن قيم الجوزية: زاد المعاد، الجزء الخامس، دار الريان للتراث، سنة 1987، ص 96.

2- تشوار الجيلالي: حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية، سنة 1999، العدد الرابع، ص 75.

3- المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1998/05/17، ملف رقم 167835، م.ق، سنة 1997، عدد 2، ص 77.

عبرت عن رضاها أمام القاضي)، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون⁽¹⁾.

و في هذا اجتهاد صائب ينسجم مع أحكام الفقه الإسلامي، الذي يجعل من الولاية في الزواج حقا للمرأة، تمارسه المرأة الراشدة حسب اختيارها و مصلحتها، بعيدا عن الضغط أو الإكراه أو الإجبار، فلا يجوز للولي أن يجبر ابنته على الزواج إلا بإذنها و موافقتها (المادة 13 من ق.أ.ج المعدلة)، كما أنه لا يجوز له منعها من الزواج (بمن ترضاه زوجها لها) فإذا امتنع الولي مع وجود زوج كفاء و مستعد بمهر المثل، انتقلت الولاية إلى القاضي (المادة 2/11 من ق.أ.ج المعدلة).

و نلاحظ أخيرا، بأنه يحق للولي توكيل غيره في الزواج، و لو كان حاضرا، و قد وكل الرسول (ص) أبا رافع في تزويجه ميمونة رضي الله عنها.

و لأن الوكيل كالأصيل، وفقا لأحكام الوكالة (المادة 571 إلى 589 من ق.أ.ج)، و من ملك تصرفا كان له أن يتولاه بنفسه. و من ثم، فإنه ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه، ما لم ينص عن ذلك صراحة في وكالة خاصة، دفعا لكل شبهة، و نفيًا لكل تهمة، فإذا تجاوز الوكيل حدود الوكالة، كان فضوليا فيتوقف نفاذ تصرفه على إجازة الأصيل⁽²⁾.

و من المعلوم أن القانون الجزائري، وطبقا لتعديلات الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/07، ألغى المادة 20 من القانون رقم 11/84، المتعلقة بالوكالة في الزواج. ذلك أن الأصل في عقد الزواج، أن يقوم العاقدان بإنشائه شخصيا، شفويا و علنيا، بحضور ولي الزوجة و شاهدين، مع تسمية الصداق (المادة 09،09 مكرر، 10، 15 و 187 من ق.أ.ج)⁽³⁾.

1- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 320.

2- الغوتي بن ملح: المرجع السابق، ص 44- 45.

3- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 320.

رابعاً: الشهود

يشترط لصحة عقد الزواج حضور شاهدين لقوله صلى الله عليه و سلم: " لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل ". و المراد بالشاهدين في عقد الزواج أن يحضر العقد اثنان فأكثر من الرجال العدول المسلمين لقوله تعالى: " و اشهدوا ذوي عدل منكم "(1).

و الحكمة من حضور الشهود هو إخراج عقد الزواج من حدود السرية و إعلانه و إشهاره بين الناس، بالإضافة إلى إثباته في حالة نكرانه من أحد الزوجين أو وفاتهما.

بالنسبة لأحكام الشهادة في الزواج، فإن قانون الأسرة لم يتعرض إليها رغم خطر شهادة الشهود في إبرام عقد الزواج الذي قد يتم في بعض الحالات عن طريق العرف، و عندئذ يخضع إثباته لطرق أخرى، فالشهادة أمر مهم لأنها إعلان عن ميلاد أسرة جديدة ظاهرة لا تشوبها شائبة من عدم الشرعية أو العبث بالأعراض(2). إلا أنه و من المتفق عليه أن يكون عدد الشهود اثنين فأكثر، فقد يكونا رجلين، أو رجل و امرأتان، و لا يجوز شهادة امرأتين، و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها القرار رقم 34137 الصادر بتاريخ 1984/10/08(3).

و بالرجوع إلى نص المادة 33 من قانون الحالة المدنية رقم 14-08(4) يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين سن 19 سنة على الأقل، سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم.

كما يشترط أن يكونا عاقلين، فاهمين، سامعين للإيجاب و القبول و أن يكونوا مسلمين لأنهم يشهدون على إبرام عقد يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.

1- سورة الطلاق: الآية 02.

2- العربي بختي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2012، ص 34.

3- نصر الدين ماروك: قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، سنة 2004، ص 51.

4- قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الأمر 70-20 المعدل بموجب القانون رقم 14-08 المؤرخ في 09/08/2014.

خامسا: انعدام الموانع الشرعية للزواج

حتى يبرم عقد الزواج صحيحا من الناحية الشرعية و القانونية لابد من انعدام الموانع الشرعية بمعنى أن لا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج.

لذلك نص المشرع الجزائري على موانع الزواج في الفصل الثاني من المادة 23 إلى 30 من قانون الأسرة الجزائري حيث أفرد له ثمانية مواد نظرا لأهميته الشرعية و القانونية، و قد قسم المشرع هذه الموانع إلى قسمين من خلال المادة 23 من ق.أ.ج إلى موانع مؤبدة و أخرى مؤقتة.

1 - الموانع المؤبدة: و هي الموانع التي لا تزول بمرور الزمن و تغير الظروف، و كان سببها ثابتا لا يزول⁽¹⁾، و هي حسب المادة 24 من ق.أ.ج على ثلاثة أنواع: القرابة، المصاهرة و الرضاع.

أ - المحرمات بسبب القرابة: و هم سبعة نصت عليهم المادة 25 ق.أ.ج و قد ورد ذكرهم في القرآن الكريم. إذ قال جل شأنه و علا: حرمت عليكم أمهاتكم، و بناتكم و أخواتكم و عماتكم و خالاتكم، و بنات الأخ و بنات الأخت⁽²⁾، و يمكن تصنيفهم إلى أربعة أصناف:

- فروع الرجل من النساء و إن نزلن: أي البنت و بنت البنت و إن نزلت.
- أصول الرجل من النساء و إن علون: أي الأم، الجدة من الأم، و الجدة من الأب.
- فروع أبوية من النساء و إن نزلن: أي الأخت سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم.
- فروع الأجداد و الجدات إذا انفصلن بدرجة واحدة: و هن العمة و الخالة.

1- بن شويخ الرشيد: المرجع السابق، ص 85.

2- سورة النساء: الآية 23.

ب - المحرمات بسبب المصاهرة: قال تعالى: " وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَ مَقْتًا وَ سَاءَ سَبِيلًا "(1).

و لقد أورد المشرع الجزائري في المادة 26 ق.أ.ج المحرمات بسبب المصاهرة و صنفها إلى أربعة طوائف:

- أصول الزوجة من النساء: كأمها و جداتها من جهة الأم أو من جهة الأب في أي درجة كن فيها سواء بنا الزوج بالزوجة أم عقد عليها فقط(2).

- فروع الزوجة التي بنا بها الزوج من النساء، كبناتها و بنات أبنائها و بنات بناتها مهما نزلن، فإذا لم يكن هناك دخول بالزوجة فلا تحرم عليه فروعها بمجرد العقد فلو طلقها أو ماتت عنه قبل الدخول بها فله أن يتزوج بنتها لعدم وجود المبرر، و القاعدة في هذا الصدد تقول: " الدخول بالأمهات يحرم البنات، و العقد على البنات يحرم الأمهات " .

و يقول عز و جل: " وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَ رَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ"(3)، فبنت الزوجة أذن محرمة مادام الزوج قد دخل بأمها، ذلك لأنها في هذه الحالة تسمى الربيبة.

و لا يشترط لقيام هذا الحكم أن تعيش الربيبة في حجر أمها كما هو ظاهر النص، و إنما الآية جاءت على سبيل الغالب فقط، لأن الغالب في حال الناس أن تعيش الربيبة مع أمها في حجر زوجها(4).

- من كانت زوجة أصله و إن علا ذلك الأصل و هو الأب و إن علا، سواء أكان من العصابات كأبي الأب، أم من ذوي الأرحام كأبي الأم، و بمجرد عقد الأب عليها عقدا صحيحا تصبح محرمة على فروعها و إن لم يدخل بها و يمتد التحريم أيضا من زوجة الأب إلى زوجة الجد أيضا و إن علا.

1- سورة النساء: الآية 22.

2- محمد الكشور: المرجع السابق، ص 238.

3- سورة النساء: الآية 23.

4- محمد محدة: المرجع السابق، ص 314.

- زوجة الفرع: أي زوجة ابنه، أو ابن بنته مهما بعدت الدرجة سواء دخل الفرع بزوجه أو لم يدخل بها.

و حكمة تحريم المحرمات بالمصاهرة أن رابطة المصاهرة كرابطة القرابة فإن تزوج شخص من قوم صار كأحد منهم بعد أن كان أجنبياً عنها⁽¹⁾.

ج - المحرمات بسبب الرضاع: نصت المادة 27 من قانون الأسرة على أنه: " يحرم من الرضاع ما يحرم بالنسب " و هن:

- فروع الشخص من الرضاع: أي بنته رضاعاً، و بنتها و إن نزلت و بنت ابنها رضاعاً.

- فروع الجدة و الجد من الرضاع: أي عماته و خالاته رضاعاً.

ما يلاحظ على نص المادة السابق ذكرها أنها أسقطت كلمة " المصاهرة "، ذلك أنه من المتفق عليه أن يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب و المصاهرة⁽²⁾.

- بنت الزوجة من الرضاع.

- زوجة الأب و الجد من الرضاع و إن علت.

- زوجة الابن و ابن الابن و ابن البنت من الرضاع و إن نزلوا.

2 - الموانع المؤقتة: لقد نصت المادة 30 على النساء المحرمات تحريماً مؤقتاً و هن:

- المحصنة: المقصود بها من كانت زوجة للغير، و بالزواج صارت محصنة، فتعلق حق الغير بها، بمنع الزواج بها و العقد عليها، و لا فرق بين كون الغير مسلماً، أو غير مسلم⁽³⁾.

- المعتدة من الغير: يحرم على الرجل الزواج بمعتدة غيره حتى تنتقضي عدتها، سواء كانت

1- بن شويخ الرشيد: المرجع السابق، ص 88.

2- محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، لبنان، سنة 1983، ص 124.

3- محمد محدة: المرجع السابق، ص 329.

- العدة من وفاة أم من طلاق رجعي أم بائن بينونة صغرى، أم كبرى⁽¹⁾.
- المطلقة ثلاثاً: إذا طلق الرجل زوجته المطلقة الثالثة فقد حرمت عليه حرمة مؤقتة فلا يكون له أن يتزوجها إلا إذا تزوجت بغيره بعد انقضاء عدتها منه و دخل بها دخولا حقيقيا ثم مات عنها أو طلقها و انقضت عدتها منه⁽²⁾.
- الجمع بين محرمين: لا يجوز للرجل ان يتزوج أخت زوجته التي في عصمته، و يحرم عليه الزواج معها مؤقتا إلا بعد أن تكون قد توفيت أو طلقها و انقضت عدتها، سواء كانت أختين شقيقتين أو أختين لأب أو لأم أو أختين من الرضاع⁽³⁾، كما يحرم عليه الجمع بين المرأة و خالتها أو عمتها أو ابنة أخيها، أو ابنة أختها سواء بالنسب أو بالرضاع.
- زواج المسلمة من غير المسلم: فيحرم على الرجل التزوج بمن لا تدين بدين سماوي، أي مشركة. إضافة إلى الزواج المرأة المسلمة برجل غير مسلم.
- و يحرم على الرجل مؤقتا الزواج إذا كان في عصمته أربعة نساء، و لا يحل له الزواج بأخرى ما لم يطلق واحدة من نساءه و تخرج من عدتها⁽⁴⁾.
- في نهاية مبحثنا نخلص إلى أن آراء الفقه الإسلامي اختلفت مذاهبه في تفاصيل أحكام الزواج وشروطه والمشرع الجزائري اختار منها أصلح وأصوب الآراء فوفق في كثير و في بعضها ينتقد عليه لضعف مأخذه ومبرره ومخالفته لعموم آراء الفقه الإسلامي، و هذا يتضح جليا من خلال ما سنتناوله في المبحث الآتي .

1- محمد حسن أبو يحيى: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار يافا العلمية للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2011، ص 185.

2- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 71.

3- عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص 107.

4- محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص 249.

المبحث الثاني: عقد الزواج الصحيح الموقوف وغير اللازم

لقد اتفق الفقهاء على أنواع العقود في المعاملات و التصرفات و لاسيما منها عقد الزواج هي عقود صحيحة و عقود غير صحيحة، وكما سبق القول فعقد الزواج الصحيح يكون نافذا إذا استوفى جميع شروط انعقاده و شروط صحته وبذلك يترتب عليه جميع آثار العقد الصحيح ، و العقد الصحيح بدوره ينقسم إلى نوعين من العقود : عقد صحيح موقوف و عقد غير لازم ، و لمعرفة المقصود بكل منهما و ما ينتج عنهما من آثار و يجب علينا الأمر أن نتناول مفهوم كل من العقد الصحيح الموقوف وغير اللازم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة و على هذا الأساس نقسم هذا إلى مطلبين كما يلي :

المطلب الأول : عقد الزواج الصحيح الموقوف .

المطلب الثاني : عقد الزواج غير اللازم .

المطلب الأول: عقد الزواج الصحيح الموقوف

إن عقد الزواج الموقوف فكرة إسلامية محضة، لهذا فإن معظم القوانين العربية أخذت بهذا النظام متأثراً منها بالفقه الإسلامي، إذ يرون أن العقد الموقوف قسم من العقود الصحيحة و ذلك لاستيفاء أركانه و شروط انعقاده⁽¹⁾، و لمعرفة أحكام هذا النوع من العقود قسمنا المطلب إلى فرعين أساسيين حيث نتناول في الفرع الأول عقد الزواج الموقوف في الفقه الإسلامي، أما في الفرع الثاني فإننا سنتطرق إلى نظرة المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى هذا النوع من العقود.

الفرع الأول: مفهوم عقد الزواج الموقوف في الفقه الإسلامي

يرى البعض من فقهاء الشريعة الإسلامية أن العقد الموقوف قسم من العقود الصحيحة، وذلك لاستيفاء أركانه وشروط انعقاده، فهو ينطبق عليه كل من تعريف العقد الصحيح من أنه مشروع بأصله و وصفه إضافة إلى حكمه، فليس توقف أثره على الإجازة إلا كتوقف العقد المقترن بخيار عقدي على إسقاطه لمن شرع له الخيار، و العقد المقترن بخيار عقدي هو جائز بالاتفاق، و ذهب إلى هذا الرأي كل من الحنفية، المالكية و الحنابلة في إحدى الروايتين عندهم⁽²⁾.

أولاً: تعريف عقد الزواج الموقوف في الفقه الإسلامي

هو ما فقد فيه شرط النفاذ بأن باشره من ليست له ولاية شرعية بأن كان ناقص الأهلية أو كاملها و لم تكن له صفة تجيز له إنشاء العقد من أصله أو ولاية أو وكالة، كتزويج الصغير المميز بدون إذن وليه فإنه صحيح موقوف على إجازة من له الولاية عليه إلا إذا استمر العقد بدون إجازة أو رد إلى حين بلوغه، فإن الإجازة تنتقل إليه إن أجازته نفذ و إن لم يجزه بطل. إضافة إلى عقد الفضولي و هو من يعقد لغيره بدون ولاية أو وكالة⁽³⁾.

1- محمد محسن أبو يحيى: المرجع السابق، ص 403.

2- عجالي بخالد: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، سنة 2004/2005.

3- محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص 341.

و تزويج البكر البالغة لنفسها من كفاء بأقل من مهر المثل، دون إذن وليها، فيكون العقد موقوفاً على إجازة وليها، فإما أن يصل إلى مهر المثل أو يكون للولي حق المطالبة بفسخ النكاح.

ثانياً: آثار عقد الزواج الصحيح الموقوف

إن عقد الزواج الموقوف غير نافذ لكنه قابل للنفاذ، فإن أجازته من له الحق في ذلك سواء كان الولي أو الزوج نفذ، و اعتبرت إجازته إذناً مسبقاً⁽¹⁾، و عليه يجب التفريق عند ذكر آثار عقد الزواج الموقوف هما:

الحالة الأولى: آثار عقد الزواج الصحيح الموقوف قبل الدخول

إن عقد الزواج الموقوف عقد صحيح إلا أنه يبقى موقوفاً على إجازة من له الحق في ذلك، فإن أجاز العقد قبل من قبل صاحب الشأن قبل الدخول نفذ العقد و أعتبر عقداً صحيحاً له آثار العقد الصحيح النافذ اللازم.

أما إذا رد صاحب الشأن العقد ولم يجزه بطل العقد، و اعتبر ملغى ولا يترتب عليه أي أثر حتى و إن حصل فيه دخول⁽²⁾.

الحالة الثانية: آثار عقد الزواج الصحيح الموقوف بعد الدخول

أ- إذا حصل دخول قبل الإجازة ثم كانت الإجازة فإنه يكون دخولا في عقد زواج صحيح، لأن الإجازة اللاحقة للتحقق بالإذن السابق، حيث تجعل الإجازة العقد نافذاً من وقت إنشائه.

ب- إذا حصل دخول قبل الإجازة و أعقبه الرفض و الإبطال، فإن الدخول يكون مع شبهة قوية تسقط الحد، و تمحو وصف الجريمة، فيثبت المهر و هو مهر المثل، و تثبت العدة و يثبت النسب، لقوة الشبهة لأن العقد قد صدر من أهله مضافاً

1- محمد سمارة: أحكام و آثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2008، ص 151.

2- جميل فخري محمد جانم: آثار عقد الزواج في الفقه و القانون، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2008، ص

إلى محله، فكان مثبتاً للحل من وجه، و إن كان غير معتبر و مثبتاً للشبهة و إن لم تكف فيه لإثبات الحل⁽¹⁾.

ج- و إن حصل دخول بعد الرفض و العلم به، كان الفعل زناً يوجب الحد ولا يترتب عليه أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح كالمهر و العدة و النسب و حرمة المصاهرة⁽²⁾.

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة من عقد الزواج الصحيح الموقوف

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى تعريف عقد الزواج الصحيح الموقوف في حالة عدم تعرضه إلى ذلك فإنه بمقتضى نص المادة 222 ق.أ.ج و التي جاء فيها: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " ، وعلى هذا الأساس يرجع في تعريف عقد الزواج الصحيح الموقوف إلى مبادئ الشريعة الإسلامية و هو ما قد تم التطرق إليه في الفرع السابق. إلا أنه تجدر بنا الإشارة إلى بعض الملاحظات فيما يتعلق بما يشمله هذا العقد من أنواع كما يلي:

- الزواج عقد رضائي ولا يمكن لأي أحد أن يصدر الإيجاب و القبول إلا من طرفي العقد بالتالي يستفاد من إلغاء المادة 20 من قانون الأسرة انه لا يمكن أن ينوب عن الزوج أي وكيل مهما كانت صفته(أب ، أخ ، أو أي قريب آخر للزوج).

- لقد ألغي التعديل الجديد لقانون الأسرة المادة 12 التي كانت تسمح للأب بمنع ابنته البكر عن الزواج إذا كان في ذلك مصلحة لها، وبالتالي فلا يمكن من الآن فصاعداً للأب ممارسة هذا الحق.

- لا يمكن للولي الشرعي أن يمنع من في ولايته عن الزواج لكون هذا الأخير عقداً رضائياً لا يمكن إبرامه إلا إذا توافرت الإرادة الحرة للمرأة.

1- محمد حسن أبو يحيى: المرجع السابق، ص 408.

2- جميل فخري محمد جانم: المرجع السابق، ص 43.

- في حالة عدم تسجيل عقد الزواج، يمكن للقاضي أن يثبتته بحكم قضائي وذلك بطلب من المعنيين. و يتم تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة (م 22 ق.أ.ج).

- لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى موضوع الكفاءة في الزواج و تركت الحرية للأفراد وما يرغبون في تنظيم أوضاعهم الخاصة و ذلك لنسبية الموضوع.

المطلب الثاني: عقد الزواج غير اللازم

قد يكون عقد الزواج صحيحا و نافذا لكنه يكون غير لازم، وعدم اللزوم إمكانية إلغاء العقد بإرادة أحد الطرفين العقد أو كلاهما بإرادة منفردة، و عدم اللزوم يرجع لعدم استيفاء العقد لأحدى شروط اللزوم ومن هذا المنطلق قسمنا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول تحديد مفهوم العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي، أما الفرع الثاني سنتطرق إلى موقف قانون الأسرة الجزائري من هذا النوع من العقود.

الفرع الأول: مفهوم عقد الزواج غير اللازم في الفقه الإسلامي

وإذا كان الأصل في العقود النافذة اللزوم كما قلنا، أي لا يستطيع أحد أطرافها الانفراد بفسخها، وذلك نظرا للقوة الملزمة للعقد غير أن الشارع و لمصلحة العاقدين أو لطبيعة العقد نفسه أن يجعل ما هو لازم ليس بلازم، إما لأحد أطراف العقد أو كلاهما، فمن هذا المنطلق سنحاول عرض أهم أحكام هذا العقد.

أولا: تعريف عقد الزواج غير اللازم

هو العقد الذي استوفى أركانه و شروطه كلها مع بقاء حق الاعتراض لغير العاقد عليه عليه و طلب فسخه، كتزويج البالغة نفسها بغير كفاء أو بأقل من مهر مثلها، فإن الولي للولي العاصب حق الاعتراض على هذا الزواج بطلب فسخه كما تقدم بيانه⁽¹⁾.

فحكم الزواج غير اللازم مثل الحكم الزواج اللازم إلا أنه يثبت فيه الحق للزوج أو الزوجة بالفسخ، و يكون قابلا للفسخ⁽²⁾.

1- محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص 342.

2- وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 108.

ثانياً: آثار عقد الزواج غير اللازم

أ- قبل الدخول: إذا رضي بعقد الزواج الصحيح غير اللازم من له حق الفسخ، فإنه يأخذ حكم العقد الصحيح من حيث ترتب الآثار عليه، كالمهر و العدة و ثبوت النسب و حرمة المصاهرة و غيرها.

أما إذا لم يقبل به من له حق الفسخ، ومن ثم فسخ العقد قبل الدخول و الخلوة الصحيحة، فإنه لا يترتب عليه أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح النافذ اللازم لأن الفسخ يكون كمنقوض للعقد من أصله، وإن لم ينف أنه وجد ووقع، لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة لا من قبل الزوج قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة⁽¹⁾.

ب- بعد الدخول : إذا حصل الفسخ بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة فإنه يجب المهر المسمى و تجب العدة، و يثبت النسب و تجب نفقة العدة، وإذا حصل قبل الدخول وقبل الخلوة فإنه لا يجب المهر كله و لا يجب نصفه لأن الفسخ هنا يكون كمنقوض العقد من أصله⁽²⁾.

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من عقد الزواج غير اللازم

كما سبق القول في المبحث السابق فإن المشرع الجزائري لم يتطرق بتاتا إلى هذا النوع من عقد الزواج.

و عليه ففي حالة عدم تعرضه إلى ذلك بموجب نص المادة 222 من ق.أج، فإنه يتم الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لتعريف عقد الزواج غير اللازم و هو ما تم بالفعل التطرق إليه في الفرع السابق.

في نهاية مبحثنا و بعد دراستنا لما جاءت به الشريعة الإسلامية من أنواع عديدة لعقد الزواج يتضح جليا من خلال ما ورد في نصوص قانون الأسرة أن المشرع الجزائري لم يتأثر بهذه التقسيمات ولم يتعرض لدراستها ولم يشهداها حتى قبل التعديل.

1- جميل فخري محمد جانم: المرجع السابق، ص 45.

2- عبد العزيز عامر: المرجع السابق، ص 133.

الفصل الثاني: عقد الزواج غير الصحيح

العقد غير الصحيح هو الذي اختل فيه أمر من الأمور التي اعتبرها الشارع ركنا أو شرط انعقاد، سواء كان ذلك في ركن من أركانه أو في وصف من أوصافه حسب الحنفية.

ويرى جمهور الفقهاء أن العقد غير الصحيح قسم واحد و لا فرق بين الباطل و الفاسد فالباطل هو الذي لا ينتج أثرا لأن السبب المنتج للأثر انعدم، و أن الفاسد مرادف للباطل فالعقد إما صحيح و إما باطل، و كل باطل فاسد، أما أبو حنيفة فقد أثبت قسما آخر في العقود بين البطلان و الصحة، و هو الفاسد، و جعل الفاسد قسما خاصا، و هو غير مشروع بوصفه أما الباطل فهو غير مشروع بأصله لا بوصفه.

أما عن المشرع الجزائري فقد أخذ بهذه التفرقة، و ذلك باستعماله مصطلحي الباطل و الفاسد في الفصل الثالث من قانون الأسرة الجزائري و تحديدا في المواد من 32 إلى 35 من ق.أ.ج، و لكنه عبر عنهما في المحتوى بما يدل أنه تأثر بقواعد القانون المدني، دون استعمال البطلان المطلق و البطلان النسبي.

فبناء على ما سبق نستطيع القول أن العقد غير الصحيح حسب الحنفية ينقسم إلى عقد فاسد و عقد باطل، و ذلك حسب موضع الخلل. فلا شك أن الخوض في عقد الزواج غير الصحيح محل الدراسة يقتضي منا التطرق إلى أهم أنواعه.

فما المقصود بالبطلان و الفساد و أثرهما في عقد الزواج ؟ و هل باطل النكاح و فاسده سواء ؟ فلإجابة على هذين السؤالين قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: عقد الزواج الباطل.

المبحث الثاني: عقد الزواج الفاسد.

المبحث الأول: عقد الزواج الباطل

الباطل هو ما لا ثبات له عند الفحص عنه، فيقال أبطله أي ذهب ضياء و خسرانا، و منه قيل لخلاف الحق بالباطل.

و عليه يمكن تعريف العقد الباطل بأنه ما لا يكون مشروعاً لا بأصله و لا بوصفه، و منه فالعقد الباطل هو العقد الذي لا تتوافر له مقومات انعقاده، و هذه المقومات يجمعها ما يسمى باطل العقد، فكلما أخل أصل العقد أدى ذلك إلى بطلانه.

إنّ فالعقد الباطل هو ما لم يشرع أصلاً أو ما لم يعتبره الشارع موجوداً، أو إن وجدت له صورة في الخارج و لذا لا يصلح أن يترتب عليه أثر من آثاره، لأنه معدوم شرعاً، و العلة إذا انعدمت لم يكن لها أثر.

أما عن عقد الزواج الباطل في التشريع الجزائري، و باستقراء نصوص المواد 32، 33، 34، 35 من قانون الأسرة نجده أقر بأن البطلان أقوى من الفساد في السبب، و كلما قوى السبب كان الزواج باطلاً، كما هو الحال عند انعدام ركن الرضا (المادتين 9 و 33 ق.أ.ج المعدلتان بالأمر رقم 02/05). فالزواج الباطل هو ما انعدمت أو اختلت ، به مانع من الموانع الشرعية. و عليه سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى عقد الزواج الباطل لذا قسمناه إلى مطلبين أساسيين:

المطلب الأول: تحديد عقد الزواج الباطل.

المطلب الثاني: آثار عقد الزواج الباطل.

المطلب الأول: تحديد عقد الزواج الباطل

يختلف مفهوم بطلان عقد الزواج في القانون عن مفهومه في الشريعة الإسلامية، و كذلك تقسيماته و أنواعه في الفقه الإسلامي لا نجد ما يقابلها في الفقه القانوني، و عليه سوف نتناول بطلان عقد الزواج في الشريعة الإسلامية كفرع أول ثم بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري كفرع ثان.

الفرع الأول: عقد الزواج الباطل في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة بطلان العقود بصفة عامة و تأثيره على أحكام عقد الزواج إلى مذهبين:

أولاً: جمهور الفقهاء

ينقسم العقد في نظر جمهور الفقهاء إلى قسمين: صحيح و باطل، فالصحيح هو ما استجمعت أركانه و شرائطه بحيث يكون معتبرا في حق الحكم على حسب ما استعمل في الحسيات، فبذلك تترتب عليه آثاره و أحكامه المقصودة⁽¹⁾. و ما خالف ذلك فهو عقد باطل، و قد يعبر عنه بالفاسد من باب ترادف الألفاظ على المعنى الواحد.

و عندهم أن الباطل أو الفاسد هو: التصرف الذي لا يترتب عليه أثره، لفوات أمر من الأمور التي يتطلبها الشارع لصحة التصرف، ركنا كان ذلك الأمر الفائت أو شرطا أو وصفا خارجا معتبرا شرعا و هو لا يفيد الملك بحال و لو بعد القبض⁽²⁾.

فلقد أجمع جمهور الفقهاء أن العقد الباطل و الفاسد كلاهما عقد غير صحيح يعتبر وجوده كعدمه في نظر الشارع، رغم قيامه من الناحية المادية، فلا يترتب عليه أي أثر من الآثار التي رتبها الشارع على العقد الصحيح، و ذلك لمخلفة الشارع في ركن من أركانه أو شرط من شروطه، و الحال ينطبق على جميع العقود بما فيها عقد الزواج.

1- عمر سليمان الأشقر: المرجع السابق، ص 91.

2- أحمد فراج حسين: المرجع السابق، ص 276.

يعتبر الزواج الباطل أو الفاسد عند جمهور الفقهاء عدى الحنفية بمعنى واحد، فالزواج الباطل أو الفاسد عند:

1- الزواج الباطل عند المالكية

الباطل هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته، و هو ينقسم إلى نوعين: نوع مجمع على فساده بين الأئمة، و نوع غير مجمع على فساده.

أ- فالأول: كنكاح المحارم بنسب، أو رضاع، و الجمع بين ما لا يحل الجمع بينهما، و تزوج الخامسة في عدة الرابعة، و هذا لو وقع يفسخ قبل الدخول و بعده بلا طلاق، فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء فيه، لأن القاعدة أن كل عقد فسخ قبل الدخول لا صداق فيه، كان متفق على فساده، أو مختلفا فيه، سواء كان الفساد بسبب العقد أو بسبب الصداق بأن كان خمرًا أو نحوه، أو كان بسببهما معا، إلا إذ تزوجها بمهر دون أقل المهر، و من المجمع على فساده، النكاح المؤقت، نكاح المعتدة إذا كان غير عالم، و يفسخ بلا طلاق قبل الوطء، أما إذا كانا عالمين فإنهما يكونا زانيين، يجب عليهما الحد⁽¹⁾.

ب- أما النوع الثاني غير المجمع على فساده، و هو ما يكون فاسدا عند المالكية و صحيحا عند بعض الفقهاء، بشرط أن يكون الخلاف قويا، كزواج المريض، فغنه لا يجوز على المشهور عند مالك.

فإن كان الخلاف ضعيفا، كزواج المتعة، و زواج المرأة الخامسة، كان من المجمع على فساده⁽²⁾.

2- الزواج الباطل عند الشافعية

أقر الشافعية بأن الأنكحة الباطلة للنهي عنها كثيرة و هي:

أ- زواج الوليين: و هو أن يكون للمرأة وليان، و أذنت لكل واحد منهما في تزويجها، فزوجها كل منهما في وقت واحد، و لم يعرف متى عقدا، أو علم أن أحدهما قبل الآخر، و لكن لم

1- عبد الرحمن الجزيري: المرجع السابق، ص 851-852.

2- وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 113.

يعلم عين السابق منهما، بطل العقدان لأن لا مزية لأحدهما عن الآخر، أما إذا علم السابق، و تعين فالنكاح هو للأول و الثاني باطل، فإذن دخل بها أحدهما لزمه مهر مثلها⁽¹⁾.

ب- نكاح المسلم كافرة غير كتابية: كوثنية و مجوسية و عابدة الشمس أو قمر، و ذلك مصداقا لقوله تعالى: " وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ " ⁽²⁾. و يحل له نكاح حرائر أهل الكتاب و هم اليهود، و النصارى و من دخل في دينهم قبل التبديل، لقوله تعالى: " وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ " ⁽³⁾.

أما من دخل في دين اليهود و النصارى بعد التبديل، لا يجوز للمسلم أن ينكح حرائرهم لأنهم دخلوا في دين باطل، كمن ارتد.

أما غير اليهود و النصارى من أهل الكتاب، كمن يؤمن بزيور داود عليه السلام و صحف شيث، فلا يحل للمسلم أن ينكح حرائرهم.

ج - زواج المسلمة بكافر، زواج المرتدة: فلا يحل للمسلمة بالإجماع أن تتزوج بغير المسلم سواء أكان مسلما أو من أهل الكتاب⁽⁴⁾، لقوله تعالى: " وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ " ⁽⁵⁾.

و لا تحل مرتدة لأحد، لا لمسلم لأنها كافرة لا تقر على ردتها، و لا لكافر لبقاء تعلق الإسلام بها.

و إن ارتد الزوجين أو كلاهما قبل الدخول بطل النكاح، و إن كان بعد الدخول ينتظر: فإن جمعهما الإسلام في العدة دام النكاح، و إن لم يجمعهما الإسلام في العدة فلا يدوم النكاح.

د - المنقل من دين إلى آخر: لا يحل نكاحه و لا يقبل منها إلا الإسلام.

1- طواهي محمد: المرجع السابق، ص 55.

2- سورة البقرة: الآية 219.

3- سورة المائدة: الآية 06.

4- إسماعيل أمين نواهضة: الأحوال الشخصية، فقه النكاح، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، الأردن، سنة 2010، ص 172.

5- سورة البقرة: الآية 221.

هـ- نكاح الشغار: اتفقوا على أن ينكح الرجل وليته رجلا آخر على أن ينكحه الآخر وليته و لا صداق بينهما إلا بضع هذه ببضع الأخرى، و اتفقوا على أنه نكاح غير جائز، لثبوت النهي عنه⁽¹⁾.

ن- نكاح المتعة: و هو أن يقول لامرأة: أتمتع بك لمدة كذا، و النكاح المؤقت (و هو أن يتزوج امرأة عشرة أيام مثلا، فهو باطل بإجماع الفقهاء⁽²⁾).

ي - النكاح المحلل: و هو الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الذي طلقها فهو حرام باطل مفسوخ، لقوله صلى الله عليه و سلم: " لعن الله المحلل و المحلل له "⁽³⁾.

3 - الزواج الباطل عند الحنابلة

الزواج الفاسد عندهم نوعان، فالنوع الأول يبطل النكاح من أصله و هو أربعة عقود:

أ - نكاح الشغار: و هو أن يزوج الرجل ابنته، أو غيره ممن له ولاية على ان يزوجه الآخر بنته أو من له عليها ولاية و لم يذكر مهرا، أو قالوا بدون مهر⁽⁴⁾.

كان يقول زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك و مهر كل واحدة منهما مائة.

ب - نكاح المتعة: و هو أن يتزوجها إلى مدة مثل أن يقول: زوجتك ابنتي شهرا أو سنة، أو إلى انقضاء الموسم، أو قدوم الحاج، سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة فهو باطل.

ج - نكاح المحلل: و هو أن يتزوجها على أنه إذا أحلها طلقها، أو فلا نكاح بينهما أو ينويه الزوج أو يتفقا عليه قبله فيحرم النكاح، و لا يصح و لا تحل لزوجها الأول.

د - النكاح المعلق: كزوجتك إن جاء رأس السنة أو إن رضيت أمها، أو فلان.

1- بوقندورة سليمان: المرجع السابق، ص 182.

2- وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 118.

3- رواه أبو داود و ابن ماجة و الترميذي.

4- عبد الرحمن الجزيري: المرجع السابق، ص 857.

- و من الأئكة الباطل، نكاح المرأة المتزوجة، أو المعتدة أو شبهه، فإن علما التحريم، فهما زانيان و عليهما الحد، و لا يحق النسب فيه⁽¹⁾.

ثانيا: الزواج الباطل عند الحنفية

يفرق فقهاء الحنفية بين العقد الباطل و العقد الفاسد في المعاملات المالية، ما عدا عقد الزواج فوجد الكثير من عبارات قدامى المؤلفين، و عليه المحققين تفيد أنهم لا يرون فرقا فاصلا بين بطلان الزواج لعدم صلاحية المحل للعقد و فساد الزواج لخلل في أوصافه اللازمة⁽²⁾.

فالزواج الباطل عندهم الذي حصل خلل في ركنه أو شرطا من شروط انعقاده، و بعبارة أخرى هو الذي لم يشرع بأصله و لا بوصفه، كزواج عديم الأهلية إذا باشر العقد بنفسه، والزواج بصيغة تدل على المستقبل، و تزوج بمن هي محرمة عليه تحريما لا يشبه الأمر فيه على الناس و هو يعلم ذلك التحريم كالعقد بغير الكتابية كالمجوسية و الوثنية⁽³⁾.

وحكم الزواج الباطل أنه لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح، فلا يحل فيه الدخول بالمرأة و لا يجب فيه مهر و لا نفقة و لا طاعة و لا يثبت به توارث و لا مصاهرة، و يجب عدم التمكين من الدخول بينهما، فإن دخلا فرق القاضي بينهما جبرا، و لا عدة فيه بعد التفريق كالموت قبل إجازته⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تحديد عقد الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري

من خلال دراستنا لعقد الزواج الباطل في الفقه الإسلامي واستقراءنا لمواد قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد تأثر بأحكام الفقه الإسلامي باستعماله مصطلحي الباطل والفساد⁽⁵⁾، حيث عنون الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول بالنكاح الفاسد

1- وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 121.

2- محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج و آثاره، المرجع السابق، ص 199-200.

3- وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 112.

4- محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص 337-338.

5- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 288.

و الباطل، وهو بذلك قد تبني الرأي الذي يفرق بين البطلان والفساد.

وباستقراء نصوص المواد 32،33،34،35 ق.أ.ج ذهب المشرع الجزائري إلى أن البطلان أقوى من الفساد في السبب، وكلما قوي السبب كان الزواج باطلا، كما هو الحال عند انعدام ركن الرضا.

أولاً: تعريف عقد الزواج الباطل

لقد تجنب المشرع الجزائري وضع تعريف للزواج الباطل، واكتفى بذكر الحالات التي يكون فيها العقد باطلا وهو ما تناولته المادتين 32، و 33 من قانون الأسرة، إلا أنه وباستقراءنا لهاتين المادتين نستطيع تعريف عقد الزواج الباطل على أنه: كل عقد فقد ركنا من أركانه الأساسية أو الذي اختل فيه أكثر من شرط واحد من الشروط التي اعتبرها المشرع من شروط الصحة وكذلك الحال إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 23 إلى 30 من ق.أ.ج.

وحكم هذا الزواج أنه لا يترتب عليه أي أثر شرعي لأن وجوده علامة سواء، وعلى الزوجين الافتراق حالاً ولو بعد الدخول⁽¹⁾.

ثانياً: أسباب بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

أ- فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي

والمتعلق برضا الزوجين وهو ما نص عليه المشرع في المواد 4 و 9 و 33 من ق.أ. ج المعدلة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، فإذا انعدم تطابق الإيجاب والقبول يعتبر العقد باطلا (م 10 ق.أ. ج) كما لا يحق للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج دون موافقتها (م 13 ق.أ. ج)، ولا يجوز حتى لقضاة الموضوع إجبار المرأة غير الراضية على إتمام إجراءات الزواج أو مراسيم الدخول بها⁽²⁾.

1- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2010، ص 376.

2- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 376.

حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/03/20 بخصوص منع الولي من في ولايته من الزواج بما يلي: "من المقرر شرعا قانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون .

ولما ثبت من قضية الحال- أن البنت راشدة، وعبرت عن رضاها وأن الراغب في زواجها معلم وله مسكن، فإن والدها- الطاعن- لم يثر الأسباب التي دفعت به لمنع هذا الزواج، لذا فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما رخصوا للمطعون ضدها بالزواج، مما يتعين رفض الطعن لعدم تأسيسه⁽¹⁾.

ب- الزواج بإحدى المحرمات

ولقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب المبطل للنكاح في المادة 34 ق.أ. ج بقوله: كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول.

وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء، الشيء الذي يعني أن متى يتبين وجود المانع بسبب الحرمة وجبت الفرقة سواء أكانت قبل الدخول أو بعده⁽²⁾.

ج- زواج المسلمة بغير المسلم

وهو ما أدرجه المشرع الجزائري في المادة 30 ق.أ. ج. وهذا يعني أن أي عقد زواج أبرم بين أية امرأة جزائرية مسلمة أو أي رجل غير مسلم، يعتبر باطلا بطلانا مطلقا ولا يترتب عليه أثر من آثار الزواج الصحيح. وإذا وقع إبرام عقد زواج المسلمة بغير المسلم أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو أمام غيرهما ممن هو مؤهل قانونا لإبرام وتحديد عقود الزواج وتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية، فإنه مع ذلك يبقى عقدا باطلا ولا يمكن أن تحتج به لا بد من الزوجين ولا من غيرهما. وإذا حرر في بلد أجنبي وسجل في سجلات أجنبية، فإن مصيره كذلك البطلان، ولا يجوز الاحتجاج به أمام القضاء الجزائري لإثبات الحقوق الزوجية وذلك

1- المحكمة العليا: غ. أش، 1993/03/30، ملف رقم 90468، م.ق. 1994، العدد الثالث، ص 66.

2- محمد محدة: المرجع السابق، ص 345.

تماشيا مع ما ورد في نص المادة 1/97⁽¹⁾ من ق. ح. م، والتي جاء فيها " إن الزواج الذي يتعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في البلد شريطة أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يبطلها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

وكذلك المادة 1/24 من القانون المدني والتي تنص على أنه: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو تثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون"، ومنع زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر في التشريع الجزائري من النظام العام، بحيث لا يجوز تجاوزه ولا الاتفاق على مخالفته⁽²⁾.

د- فقدان عقد الزواج لأكثر من شرط واحد من الشروط

والتي اعتبرها القانون من شروط الصحة (المادتين 2/33 و 9 مكرر و 7 مكرر ق.أ.ج)، كما لو تم الزواج دون ولي ولا صداق، سواء تبين أمره قبل الدخول أو بعده فإن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا مستقر على أنه من المقرر شرعا أنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا، فإنه يبطل الزواج⁽³⁾.

هـ - اشتغال عقد الزواج على شرط ينافي مقتضيات العقد

كأن يكون شرط توقيت الزواج بمدة محددة، أو كأن يشترط أن لا مهر لها أو لا يتفق عليها⁽⁴⁾، وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 32 ق.أ.ج.

1- قانون رقم 08-14 المؤرخ في 09 أوت 2014 المتعلق بالحالة المدنية.

2- عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 34-35.

3- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 377.

4- بن شويخ الرشيد: المرجع السابق، ص 99.

المطلب الثاني: آثار عقد الزواج الباطل

الأصل في العقد غير الصحيح انه لا ينتج آثارا لكن خصوصية الزواج جعلت له أحكاما وآثارا في حالة بطلانه بعد الدخول تختلف باختلاف المذاهب الفقهية وبحسب اختيارات المشرع، وأما قبل الدخول فحكمه حكم كل عقد باطل لا أثر له بإجماع، عليه سنفصل ذلك في الفرعين التاليين : حيث سنتناول في الفرع الأول: آثار الزواج الباطل في الفقه الإسلامي أما في الفرع الثاني سنتطرق إلى تحديد آثار عقد الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: آثار عقد الزواج الباطل في الفقه الإسلامي

الأصل أن الزواج الباطل لا وجود ولا أثر له لعدم انعقاده، ولكن وقوع الدخول فيه مع حسن النية وعدم معرفة الحرمة قد ينتج بعض الآثار التي هي من قبيل النظام العام على اختلاف بين الفقهاء في إثبات ذلك ومن هذه الآثار نذكر:

أ- ثبوت النسب للولد بأبيه بشرط عدم العلم بالحرمة في النكاح الباطل لأن القاعدة إذا سقط الحد ثبت النسب وهذا عند المالكية ، حيث إذا دخل الرجل بالمرأة بناء على هذا العقد كانت المخالطة بينهما حراما ويجب عليهما الافتراق فإن لم يفترقا فرق القاضي بينهما، وعلى كل من يعلم بذلك الدخول أن يرفع المر إلى القاضي، وعلى القاضي أن يفرق بينهما لأن هذا الدخول زنا وهو معصية كبيرة يجب رفعها⁽¹⁾.

ب- حرمة المصاهرة: إذا ثبتت الحرمة عند من قال بثبوتها بالزنا لأن ثبوتها بالنكاح الباطل من باب أولى، وهذا عند المالكية والحنفية⁽²⁾.

ج- المهر يثبت في النكاح الباطل المجمع على بطلانه وهو اقل من المسمى ومهر المثل، وعند المالكية يثبت المسمى إذا كانت التسمية صحيحة (والوطء بالشبهة يوجب المهر باعتبار يوم الوطء وكذلك في النكاح الفاسد لأن العقد باطل فلا معنى لاعتباره)⁽³⁾.

1- محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص 338.

2- أبو القاسم بن الزين: عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ و التصحيح، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014/2015، ص 125.

3- أبو حامد الغزالي: المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 245.

د- الحد: ويثبت الحد في النكاح الباطل وهو المجمع على فساده كالزواج بالمحرمات، وبزوجه الغير وتلحق بها المعتدة بشرط العلم بالحرمة وثبوت سوء النية، وعليه لا يثبت في هذه الحال الحكام المذكورة آنفا.

الفرع الثاني: آثار عقد الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري

الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح، ولو حصل فيه دخول، حكمه أنه لا يترتب عليه اثر ما قبل الدخول، بل يعتبر وجوده كعدمه ويجب على كل من الزوجين أن يفترقا في الحال، وإذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا باطلا كان دخوله بمنزلة الزنا. وقد حكمت المحكمة العليا في هذا الخصوص، بأنه لا يعتبر زواجا العقد على المرأة في وقت عدتها، أو لوجودها في عصمة رجل آخر، أو بسبب الرضاع، فإنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة.

فإنه من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوافر على الأركان المقررة شرعا وقانونا يكون باطلا، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير المشروعة بين المرأة والرجل زواجا. كما انه لا يوجد في قانون الأسرة زواج ظاهر وآخر سري، بل هناك زواج واحد يقره الشرع والقانون المنصوص عليها في م 9 ق.أ.

إن النكاح الباطل لا يرتب أحكاما عرضية بوصفه واقعة مادية تستوجب التنظيم في نظر الإسلام والشريعة الإسلامية، بخلاف العقد الفاسد أو النكاح الفاسد الذي يقوم غير مستوف لشروط النكاح الشرعي⁽¹⁾.

و عليه فإن الآثار المترتبة على البطلان باستقرار مواد قانون الأسرة الجزائري هي كما يلي:

أ- لا توارث بين الزوجين، طبقا لنص المادة 131 ق.أ، والتي تقول: "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين".

ب- ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد (م34 و 40 ق.أ).

1- فضيل سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1986، ص 163.

- ج- لا يترتب على العقد الباطل الصداق للزوجة (م33 ق.أ).
 د- لا ينشأ للزوج أي حق على زوجته، ولا للزوجة على زوجها.
 هـ- إذا فسخ الزواج الباطل بعد الدخول، وجب على المرأة الاستبراء بثلاث حيضات أما إذا فسخ قبل الدخول فلا يجب على المرأة أن تستبرى، لأنه شرع على براء الرحم من الحمل وفقا للمادة 34 و 58 ق.أ⁽¹⁾.

إن بطلان عقد الزواج من النظام العام، لأن الباطل ضد الصحيح، فلا يمكن إصلاحه، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، وإن حصل فيه الدخول فإن الزواج الباطل منعدم شرعا وقانونا، ومن ثم جاز للمحكمة حق إثارته تلقائيا بمجرد تأكدها من توافر أحد الأسباب المؤدية للبطلان⁽²⁾.

وفي جميع الأحوال فإن مثل هذا العقد الباطل يجوز للنيابة العامة ولكل ذي مصلحة أن يطعن في هذا العقد بالبطلان أمام القضاء الجزائري كلما وقع إبرام العقد في الجزائر، أو مع جزائرية مسلمة في الخارج، ولا يقبل من الزوجين أو ورثتها الاحتجاج بهذا العقد أمام الجهات القضائية الجزائرية⁽³⁾.

وفي الأخير نخلص إلى إن النكاح الباطل لا يرتب إلا أحكام عرضية بوصفه واقعة مادية يستوجب التنظيم، ورغم أن المشرع الجزائري عنون الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة بعنوان النكاح الفاسد والباطل فإنه في صياغة مواده لم يميز بين حالات البطلان والفساد باللفظ، ويستتبط من المادة 34 منه أن للزواج الباطل بعد الدخول أثرين: ثبوت النسب ووجوب الاستبراء وكأن المادة 33 تتعلق بفساد النكاح لأنه أثبت بعد الدخول وهذا ما سنحاول التطرق إليه في مبحثنا التالي التي يتناول عقد الزواج الفاسد.

1- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 379.

2- العربي بلحاج: المرجع نفسه، ص 380.

3- عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2009، ص 77.

المبحث الثاني: عقد الزواج الفاسد

عقد الزواج كغيره من العقود الأخرى يتطلب الشرع و القانون عند تكوينه توافر أركان و شروط معينة حتى ينشأ صحيحا وتترتب عليه جميع آثاره.

لكن إذا تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده كان الزواج باطلا لا يترتب عليه أي أثر سواء قبل الدخول أو بعده كما سبق التطرق له في المبحث السابق.

أما إذا توافرت الأركان و شرائط الانعقاد و لكنها فقدت شرطا من شروط الصحة كالنكاح بلا شهود كان الزواج فاسدا، فهذا العقد لا يترتب عليه أي أثر شرعي قبل الدخول أما إذا حصل دخول تترتب عليه بعض الآثار كما سنرى لاحقا.

فالعقد الفاسد اختراع حنفي لا يوجد ما يقابله في الفقه القانوني، إذ لم يتطرق المشرع الجزائري في نصوص مواد قانون الأسرة إلى أي تعريف لعقد الزواج الفاسد. و هو ما يدفعنا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: تحديد عقد الزواج الفاسد.

المطلب الثاني: آثار عقد الزواج الفاسد.

المطلب الأول: تحديد عقد الزواج الفاسد

العقد الفاسد هو عقد موجود ومنعقد، و غايته أن الشارع لم يقر وجوده و انعقاده بل أمر برفعه و فسخه، فهو وسط بين الصحيح و الباطل، يشبه الصحيح من حيث سلامة مقوماته و انعقاده و يشبه الباطل من ناحية ما فيه من خلل⁽¹⁾، فهو عقد فاسد فاقد للمشروعية و بالتالي فهو منهي عنه و موجب للفسخ ، فبناء على ما سبق ذكره قسمنا المطلب إلى فرعين و ذلك كما يلي : الفرع الأول نتطرق فيه إلى مفهوم عقد الزواج الفاسد في الفقه الإسلامي أما في الفرع الثاني نتناول عقد الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: عقد الزواج الفاسد في الفقه الإسلامي

سبق القول أن عقد الزواج الفاسد هو عقد حنفي المصدر، إلا أنه قد تم التعرض إليه من قبل بعض المذاهب الفقهية وذلك كما يلي :

أولاً: جمهور الفقهاء

أقر جمهور الفقهاء بأن العقد الفاسد هو ما فقد شرطاً من شرائط الصحة، مع وجود الخلاف فيه و مثاله: نكاح بدون شهود، وكذلك العقد على من طلقت بعد الخلوة الصحيحة بدون عدة، نكاح المزني بها و المنظور إليها بشهوة، ونكاح البنت من الزنا، فالعقد في هذه الأمثلة و إن كان فاسداً عند الحنفية، و صحيح عند غيرهم إلا أنه يجب به المهر و تثبت به العدة و النسب⁽²⁾.

أ- النكاح الفاسد عند فقهاء المالكية

النكاح الفاسد عندهم نوعان، نوع مجمع على فساده بين الأئمة و نوع غير مجمع على فساده.

فالأول كنكاح المحارم بنسب، أو رضاع و الجمع بين ما لا يحل الجمع بينهما وتزوج خمسة في عدة الرابعة، و هذا إن وقع يفسخ قبل الدخول و بعده بلا طلاق، فإن فسخ قبل

1- أحمد فراج حسين: المرجع السابق، ص 277.

2- نور الدين بولحية: عقد الزواج و شروطه، دار الكتاب الحديث للنشر و التوزيع، مصر، ص 64.

الدخول فلا شيء فيه لأن القاعدة أن كل عقد فسخ قبل الدخول لا صداق فيه، كان متفقاً على فساده، أو مختلفاً فيه سواء كان الفساد بسبب العقد أو بسبب الصداق .

أما النوع الثاني و هو غير المجمع على فساده، فمنه النكاح حال الإحرام بالنسك، فإنه فاسد عند المالكية، صحيح عند الحنفية، و فيه المسمى إن كان حلالاً بعد الوطء، و منه نكاح الشغار فإنه و إن كان لا يجوز الإقدام عليه بالإجماع، و لكن الحنفية يقولون بصحته بعد الوقوع و المالكية يقولون بفساده، وفيه يثبت مهر المثل بالوطء و منه أن تتولى المرأة زواج نفسها بدون ولي، فإنه جائز عند الحنفية و فيه يثبت المهر المسمى إن كان حلالاً، ومنه نكاح السر و يفسخ قبل الدخول لا بعده، و منه النكاح بصداق فاسد و النكاح على شرط ينافي العقد⁽¹⁾.

ب- النكاح الفاسد عند الحنابلة

وهو ما اختل فيه شرط، ومنه نكاح المتعة و يجب فيه المهر المسمى، ومنه النكاح المحلل و يلحق به النسب و لا يحصل به الإحصان ولا الحل للمطلق، و لها بالوطء المسمى، و منه نكاح الشغار، و منه أن يشترط ما ينافي العقد، كأن يتزوجها بشرط ولا يحل له وطؤها⁽²⁾.

ج- النكاح الفاسد عند الشافعية

أقر الشافعية بأن النكاح الفاسد عندهم هو ما أختل فيه شرط من الشروط المتقدمة، و حكم الفاسد و الباطل واحد في الغالب⁽³⁾.

ثانياً: مذهب الحنفية

ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى التفرقة بين الزواج الباطل و الزواج الفاسد، و إن كانوا لم يضعوا ضابطاً صريحاً للتفرقة بينهما، و يؤيد هذه التفرقة الكثير من الفقهاء المحدثين

1- عبد الرحمن الجزيري: المرجع السابق، ص 851-852.

2- نور الدين أبولحية: المرجع السابق، ص 65.

3- نور الدين أبولحية: المرجع نفسه، ص 65.

وذلك كسائر العقود المالية.

و إن كان الأمر كذلك فمن المستحسن التمييز بينهما في الاسم، فنسمي الذي لا يترتب عليه أي أثر بالباطل، والذي يترتب عليه بعض الآثار بالفساد و كل منهما وإن لحقه خلل إلا أنه يمكن التمييز بينهما بأن ما أصابه الخلل في أمر أساسي أو فقد شرطاً من شروط الانعقاد فيكون الجزاء هو بطلان عقد الزواج، وما أصابه الخلل في شرط من شروط صحته فيكون الجزاء هو فساد عقد الزواج⁽¹⁾.

و بناء على ذلك فإن الزواج الفاسد عندهم هو ما فقد شرطاً من شروط الصحة بعد استيفائه لأركانه و شروط انعقاده⁽²⁾.

و يشمل الزواج الفاسد عند الحنفية عدة أنواع وهي: الزواج بغير شهود، الزواج المؤقت، جمع خمسة في عقد، و الجمع بين المرأة و أختها أو عمتها أو خالتها، و زواج امرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة، ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل⁽³⁾.

و ليس للزواج الفاسد حكم قبل الدخول⁽⁴⁾ فلا يترتب عليه شيء من آثار الزوجية، فلا يحل فيه الدخول بالمرأة، ولا يجب فيه للمرأة مهر و لا نفقة و لا تجب فيه العدة ولا تثبت به حرمة المصاهرة، ولا يثبت به النسب ولا تورث، و يجب على الزوجين أن يتفرقا بأنفسهما، وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بالتفريق بينهما .

و إذا حصل بعده دخول حقيقي بالمرأة كانت معصية يجب رفعها بالتفريق بينهما جبراً و إن لم يفترقا باختيارهما⁽⁵⁾.

1- محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص 337.

2- جميل فخري محمد جانم: المرجع السابق، ص 20.

3- وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 109.

4- أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 1997، ص 120.

5- محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص 340.

الفرع الثاني: عقد الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري

عنون المشرع الجزائري الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الأسرة بالنكاح الفاسد و الباطل متأثرا بأحكام الفقه الإسلامي و هو بذلك قد تبنى الرأي الذي يفرق بين الفساد و البطلان، إلا أنه لم يتعرض إلى تعريف عقد الزواج الفاسد و اكتفى بذكر الحالات التي يكون فيها العقد فاسدا و هو ما تناولته المادة 33ق.أ.ج.

أولا: تعريف عقد الزواج الفاسد

باستقراء مواد قانون الأسرة يمكن تعريف الزواج الفاسد بأنه كل زواج تم ركنه الأساسي بالإيجاب و القبول (م 9، 10 و 1/33 ق.أ.ج) ولكنه فقد شرطا من شروط الصحة الواردة في المادة 9 مكرر ق.أ.ج المضافة بالأمر رقم 02-05، بمعنى الذي توافر فيه سبب من أسباب الفسخ أو الإبطال، و تبين أمره قبل الدخول (م 2/33 ق.أ.ج المعدلة بالأمر رقم 02-05) ، فإن الزواج الفاسد لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول، فإن حصل الدخول فإنه يختلف عن الباطل لأنه يترتب عنه بعض الآثار (م 33 ق.أ.ج)⁽¹⁾.

أو هو كل عقد زواج وقع إبرامه مستوفي الرضا بالإيجاب و القبول، وفاقدا شروط صحته، كالعقد بدون شاهدين أو بدون صداق أو بدون ولي في حالة وجوبه، يعتبر زواجا فاسدا، و مثاله الزواج بأحد المحرمات⁽²⁾.

ثانيا: أسباب فساد عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

أ- زواج بدون شهود: أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء حيث اشترط في نص م 9 مكرر ق.أ.ج لصحة عقد الزواج حضور شاهدين في مجلس العقد، أي أثناء تبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين، و بذلك اعتبر قانون الأسرة الشهادة شرط صحة في عقد الزواج يترتب

1- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 382.

2- عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 77.

على إغفالها الجزاء المنصوص عليه في م 2/33 ق.أ.ج، إذ أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل⁽¹⁾.

و قد حكمت المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 23/01/2001 ملف رقم 253366 بأنه يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل، إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام م 2/33 ق.أ.ج ، و في قرار آخر صادر بتاريخ 17/11/1998 ملف رقم 210422 قضت بأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يحكم للزوجة بصداق المثل طبقا لما جاء في نص المادتين 17 و 2/33 ق.أ.ج.

ب- إذا اشتمل عقد العقد على شرط يتنافى و مقتضيات العقد أو يتعارض مع أحكام قانون الأسرة (المادتين 19 و 32 ق.أ.ج) غير أن المشرع الجزائري صححه بالدخول، حيث قرر بطلان الشرط و بقاء العقد صحيحا م 35 ق.أ.ج فلا يحكم القاضي بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا⁽²⁾.

وكان يستوجب على المشرع الجزائري، ضمن تعديلات قانون الأسرة سنة 2005 التوفيق بين المادتين 32 و 35 بإعادة الانسجام بينهما و إزالة الالتباس الظاهري بينهما، فإن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد، أو الذي يتنافى معه، و كذلك الذي يدخل في باب الكراهة، لا يلزم أحد الزوجين و لا يؤثر في صحة عقد الزواج و مثال ذلك: اشتراط الزوجين أو وليهما عدم المباشرة أو عدم الإنجاب أو كأن يكون الزواج لفترة معينة. ذلك أن القصد من الزواج هو غض البصر، إحصان الفرج، و إنجاب الولد وتكوين أسرة تسودها المودة و الرحمة دون تأقيت، فإن حصل شيء من ذلك و اتضح أمره قبل الدخول كان النكاح فاسدا و فسخ العقد قبل الدخول⁽³⁾.

ج- الزواج بدون ولي في حالة وجوبه (م 11 و 2/33 ق.أ.ج) فإن المرأة الراشدة التي بلغت سن الرشد القانوني (م 07 ق.أ.ج)، لها أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك

1- الغوثي بن ملحمة: المرجع السابق، ص 62.

2- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 384.

3- محمد محدة: المرجع السابق، ص 343.

لأبيها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره (م 11ق.أ.ج)⁽¹⁾.

و انعدام الولي المنصوص عليه كشرط صحة في المادة 9 مكرر ق.أ.ج تطبق في حدود المادة 2/33 ق.أ.ج، أما إذا اقترن غيره الولي بغياب الشاهدين أو بعد تسمية الصداق مثلا، فإن غياب الولي يتحول إلى سبب من أسباب البطلان مع غيره.

د- الزواج بدون صداق : جعل المشرع الجزائري الصداق بموجب م 09 مكرر شرطا يتم العقد به و من الأمور التي يجب مراعاتها عند إبرام العقد، وعليه فإن الصداق في قانون الأسرة كما يقول الأستاذ فضيل سعد هو شرط صحة ، فإذا تخلف كان العقد فاسدا و هو بالمعنى القانوني قابل للإبطال، أي باطلا بطلانا نسبيا⁽²⁾.

هـ- إذا تزوج أحد الزوجين في المرض "المخوف"، الذي يخشى عليه الموت بسببه، و المقصود هنا هو مرض الموت الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير من الأطباء و ذلك لأن المريض قد يقصد من ذلك مزاحمة الورثة بزواجه، فإن عقد زواج المريض مرض الموت هو من الأنكحة الفاسدة التي لا ميراث فيها (م 131 و 222 ق.أ.ج)، و قال المالكية بعدم جواز نكاح المريض و المريضة، و حكمه أنه يفسخ بالطلاق قبل البناء و بعده⁽³⁾.

1- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 385.

2- فضيل سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 110.

3- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 385.

المطلب الثاني: آثار عقد الزواج الفاسد

شبهة صورة العقد الفاسد تسمى شبهة الحل⁽¹⁾ و المشرع الجزائري سماه نكاح الشبهة حينما يقترن بالدخول حيث كان على مقتضى الدليل الضعيف فتقوم الشبهة قوية تنفي صفة الزنا، وعلى هذا الأساس سنتعرض إلى تكون في المحل دليلان أحدهما قوي يفيد التحريم والآخر ضعيف يفيد الحل، فإذا حصل دخول تحديد آثار عقد الزواج الفاسد في الشريعة الإسلامية كفرع أول ثم الحديث عن أهم الآثار التي جسدها قانون الأسرة الجزائري للزواج الفاسد في فرع ثان.

الفرع الأول: آثار عقد الزواج الفاسد في الشريعة الإسلامية

قد سبق القول أنه ليس للزواج الفاسد حكم قبل الدخول، وبالتالي لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، أما إذا حصل الدخول كان في ذلك معصية، فإنه عند الحنفية تترتب عليه الآثار التالية :

أ- وجوب المهر: يجب فيه لو تكرر الوطء عند جمهور الحنفية ما عدا زفر الأقل من مهر المثل ومن المسمى، فإن لم يكن المهر مسمى في العقد، وجب مهر المثل مهما بلغ لفساد التسمية، و وجوب المهر في الزواج الفاسد، و إن كان في الأصل لا يجب لأنه ليس بنكاح حقيقة، إلا أنه قد وجب بسبب الدخول⁽²⁾.

ب- ثبوت نسب المولود من نكاح فاسد من أبيه: لأن القضاء بالنسب باستثناء علوق الطفل برحم أمه قبل التفريق بينهما وذلك كي لا يضيع حق الطفل نسبه⁽³⁾.

ج- تجب به العدة على المرأة من وقت افتراقهما أو من وقت تفريق القاضي: و هذه العدة عدة طلاق تحتسب بالأقراء و الأشهر إذا لم تكن حاملا حتى في حالة وفاة الرجل، لأن عدة

1- عبد الرحمن الجزيري: المرجع السابق، ص 853.

2- وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 110.

3- محمد سمارة: المرجع السابق، ص 149.

الوفاء المقدره بأربعة أشهر و عشرة أيام لا تكون إلا بعد زواج صحيح، و لا تجب لها نفقة في هذه العدة⁽¹⁾.

د- ثبوت حرمة المصاهرة: فيحرم على الرجل التزوج بأصول المرأة و فروعها، كما تحرم هي على أصوله و فروعها، ولا تعد حرمة المصاهرة أثرا من آثار العقد لأن العقد وقع فاسدا لوجود الوطء.

أما غير ذلك من أحكام فلا توارث فيه إذا مات أحدهما و لو قبل التفريق بينهما، و لا تجب به على الرجل نفقة ولا سكنى، كما لا تجب عليها الطاعة للزوج و لا يقع به طلاق على المرأة⁽²⁾.

الفرع الثاني: آثار عقد الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري

الفسخ هو الجزاء الذي قرره المشرع الجزائري على العقد الذي لم يستوف الشروط المنصوص عليها في القانون فإذا ما تبين سبب من أسباب الفساد قبل الدخول، فسخ الزواج دون صداق، أما إذا تبين بعد الدخول فالقانون الجزائري إما يصححه للاستمرار فيه إذا اختل ركن من أركانه (م 33 ق.أ.ج) أو اشتمل على شرط ينافي مقصود العقد (م 35 ق.أ.ج) لحماية الأسرة و المجتمع، وإما يبطله بطلانا مطلقا إذا اختل أكثر من ركن واحد في العقد (م 33 ق.أ.ج)⁽³⁾.

فإن الزواج الفاسد لصدائه يفسخ قبل الدخول، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل طبقا لنص المادة 2/33 ق.أ.ج، أما الفاسد لعقده فإنه يفسخ قبل الدخول و بعده وتستحق فيه المرأة الصداق المسمى متى دخل بها الزوج (م 16 ق.أ.ج)، و ذلك لأن سبب وجود الصداق في الزواج الفاسد لا يكون إلا في الدخول الحقيقي (م 2/33 ق.أ.ج).

1- محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص 340.

2- محمد مصطفى شلبي: المرجع نفسه، ص 340.

3- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 386.

و قد حكمت المحكمة العليا في أحد قراراتها من أن المصطلح المقبول هو فسخ عقد الزواج قبل البناء بطلب من أحد الطرفين المتضرر، و من ثم فإنه إذا ثبتت الإساءة من جهة الزوجة وكانت هي التي تطالب بالتطليق لا الزوج و رفضت دعواها بإجماع الفقهاء، إذ ليس للمرأة الحق في طلب الفسخ قبل البناء إلا بمقابل خلع تدفعه للزوج⁽¹⁾.

غير أن اجتهاد المحكمة العليا استقر أخيرا، على أنه ينتهي الزواج العرفي التام الأركان من الناحية القانونية، إما بالطلاق أو بالتطليق، وليس بفسخ عقد الزواج أو بفسخ الخطبة، إذ قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/10/12 على أنه: " ينتهي الزواج العرفي التام الأركان إما بالطلاق أو التطليق، وليس بفسخ الخطبة "⁽²⁾.

إن الزواج الفاسد قبل الدخول يعتبر كالباطل لا أثر له، و حكمه وجوب التفريق بين الزوجين.

أما بعد الدخول فتترتب بعض الآثار و هي :

أ- تستحق الزوجة بالزواج الفاسد بعد الدخول صداق المثل⁽³⁾ (م 2/33 ق.أ)، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2001/01/23 على أنه: " يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 ق.أ.ج، و بما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون "⁽⁴⁾.

ب- ثبوت النسب إذا حملت الزوجة: رعاية لحقوق الولد و منعا لاختلاط الأنساب (م 34 و م 40 ق.أ.ج)، ويثبت نسب الولد من أبيه إذا جاءت به أمه في مدة الحمل أقلها

1- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 387.

2- المحكمة العليا: غ.أ.ش، 2005/10/13، ملف رقم 340671، م.م.ع، سنة 2005 العدد الثاني، ص 395.

3- لحسين بن الشيخ آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2014، ص 83.

4- المحكمة العليا: غ.أ.ش، 2001/01/23، ملف رقم 253366، م.ق، العدد الثاني سنة 2001، ص 440.

6 أشهر من تاريخ الدخول، و أكثرها 10 أشهر من تاريخ التفريق أو الانفصال (م 42 ق.أ.ج)⁽¹⁾.

ج- ثبوت حرمة المصاهرة، حيث يحرم على الزوج بالزواج الفاسد بعد الدخول أن يتزوج أمها أو ابنتها كما لا يجوز للزوجة أن تتزوج أباه أو ابنه⁽²⁾.

د- وجوب العدة لمعرفة براءة الرحم من الحمل.

هـ- تستحق الزوجة نفقة (و هي عدة الطلاق) إذا كانت تجهل سبب فساد النكاح، غير أنها لا تستحق النفقة الزوجية ولا الميراث و لو تم الدخول، لأنها أثر من آثار الزواج الصحيح⁽³⁾.

و- اعتبار العقد الفاسد شبهة بعد الدخول بالزوجة، فلا يطبق حد الزنا على الزوجين⁽⁴⁾.

بناء على تقدم يتضح أن المشرع الجزائري قد تأثر بأحكام الفقه الإسلامي باستعماله مصطلحي " الباطل و الفساد " و لكنه عبر عنهما بما يدل أنه تأثر بقواعد القانون المدني، دون استعمال البطلان المطلق و البطلان النسبي، و ما يلاحظ كذلك أن قانون الأسرة لم يبين حالات الزواج المتفق على فساده ولا لأنواع الزواج الفاسد مكتفيا بذكر بعض الآثار القانونية التي تترتب عليه في المادتين 33 و 34 ق.أ.ج مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية (م 222 ق.أ.ج).

1- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 388.

2- المادة 26 من قانون الأسرة.

3- العربي بلحاج: المرجع نفسه، ص 388.

4- طواهرى محمد: المرجع السابق، ص 87.

خاتمة

بعد دراستنا لموضوع أوصاف عقد الزواج والتعرف على مختلف جوانبه الفقهية والقانونية يمكن أن نتوصل إلى مجموعة من النتائج والتي استقيناها مما سبق من معلومات كما لا يفوتني في هذا المقام توجيه بعض التوصيات:

أ- النتائج:

1- سار المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي الراجح في اعتبار الزواج عقدا رضائيا يقوم على الإرادة الحرة و المحضة للزوجين وغايته بناء أسرة أساسها المودة والرحمة، وهذه الرضائية هي أساس العقد وركنه الأساسي و الوحيد.

2- الزواج الباطل هو زواج غير منعقد أصلا، و بالتالي ليس له أي اثر لأنه معدوم و أقرب ما يكون للزنا، غير أن صورة العقد تقوم في الفقه الإسلامي شبهة تدرأ العقوبة بشرط الجهل بالتحريم.

3- لم يوفق قانون الأسرة في ذكر جميع حالات البطلان، و اقتصر على ذكر بعض منها فقط، وهي فقدان الرضا (م1/33 ق.أ)، والزواج بالمحارم (م 34 ق.أ)، وفقدان الزواج لأكثر من شرط من شروط الصحة (م 2/33 ق.أ)، لكن لم يذكر بقية حالات البطلان، كالحالة المتعلقة بردة الزوج مثلا والتي كان من الممكن أن يخصصها بمادة مستقلة تزيل الغموض و الجدل القائم في هذا المجال.

4- الزواج الفاسد هو زواج منعقد ولكن فاقد للمشروعية، ولذلك وجب فسخه، لكن يكون الدخول بوصفه واقعة مادية سببا مع العقد الفاسد لثبوت بعض آثار الزواج الصحيح.

5- الزواج الفاسد أحيانا يقدر المشرع ضعف علة فساده، لذا يقر بإمكانية تصحيحه بعد واقعة الدخول، وهذا رعاية لحق و مصلحة الولد، وحفاظا على استقرار الرابطة الزوجية، ولخطورة آثار فسخه اعتبارا للمصالح والمفاسد.

6- نظرية تصحيح العقد الفاسد أنضح ما تكون عند المالكية، حيث فرقوا بين حالة الدخول فيه من عدمه، وقد أخذ بها المشرع الجزائري رغم أنه تجاوزها إلى حالات لم يتم التطرق لها عندهم.

7- نظرية فسخ الزواج الفاسد فيها اختلاف في مذاهب الفقه الإسلامي حسب قواعد كل مذهب، في حين وجدنا أن المشرع الجزائري في هذا خالفها جميعا مثل ما جاء به في نص م 33 ق.أج.

8- المشرع الجزائري لم يكن واضحا في صياغة مواد الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة، ومن حيث تقسيم الزواج غير الصحيح إلى باطل وفاسد.

ب- التوصيات

1- إن أوصاف عقد الزواج كثيرة ولا تقف عند حد الزواج الباطل والفاسد، بل له نظرية متكاملة في الفقه الإسلامي حسب تفصيلات كل مذهب، ومن ثم كان أحرى بالمشرع الجزائري أن يحذو حذو الفقهاء المسلمين بجعل موقفه من هذا الموضوع أكثر شمولية، وذلك من خلال تعديل مواده أو إدراج مواد جديدة لإضافة بقية الأوصاف الأخرى للزواج من قبيل الزواج الصحيح الموقوف، والزواج غير اللازم.

2- الزواج الباطل والفاسد من المباحث التي تحتاج إلى المزيد من الكتابة والنظر فيها، بما يقرب من صياغة راجحة تجمع في نظم واحدة الأنكحة الفاسدة بنص الشرع والفاسدة بمفهومه و بمقتضى القواعد والأصول التي تستند إليها التشريعات الأسرية في أحكامها.

3- عقد الزواج يختلف في طبيعته وقواعده وأوصافه عن العقود المعروفة في القانون المدني، و من ثم ينبغي لخصوصيته اعتباره عقدا مستقلا وصياغة نظرية خاصة به.

4- إلغاء المادة 32 ق.أ.ج المعدلة، وذلك أن مضمونها موجود في المادة 34 ق.أ (المتعلقة بحكم الزواج بإحدى المحرمات لوجود موانع شرعية)، وكذا في المادة 35 ق.أ (الخاصة ببطلان الشرط وصحة العقد في حالة اقترانه بشرط ينافيه)، فإنه لا داعي لتكرار الأحكام هنا وهناك تفاديا للتضارب بينهما.

قائمة المصادر و المراجع

- القرآن الكريم

-السنة النبوية الشريفة

أ-الكتب:

- 1-ابن قيم الجوزية: زاد المعاد، ج5، دار الريان للتراث، د ب، 1987.
- 2-أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين إبراهيم: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية و القانون، ط1، دار الجمهورية للصحافة و النشر و التوزيع، د ب ن، 2003.
- 3-أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
- 4-أحمد فراج: المدخل للفقہ الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2001.
- 5-إسماعيل أبا بكر علي البامري: أحكام الأسرة ، الزواج و الطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر و التوزيع ، الأردن، 2008.
- 6-إسماعيل أمين نواهضة: الأحوال الشخصية، فقه النكاح، ط1، دار الميسرة للنشر والتوزيع و الطباعة، الأردن، 2010.
- 7-بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، الزواج و الطلاق، دار النهضة الطلابية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، د س ن.
- 8-بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 9-بن ملحة الغوثي: قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

- 10- بوقندورة سليمان: الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة، الباب الأول، الزواج و انحلاله، ط 1، دار الألفية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2015.
- 11- جميل فخري محمد جانم: آثار عقد الزواج في الفقه و القانون، دار الحامد للنشر و التوزيع و الطباعة، الأردن، 2010.
- 12- عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، ج1، شركة أبناء شريف الأنصاري للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، 2005.
- 13- عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث للنشر و التوزيع، الجزائر، 1989.
- 14- عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط4، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013.
- 15- عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، الزواج، ط1، دار الفكر العربي للنشر و التوزيع، د.ب، 1984.
- 16- عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة و البيت و المسلم و الشريعة الإسلامية، ج 6، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، 1993.
- 17- العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2012.
- 18- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج و الطلاق، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- 19- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 20- عمر سليمان الأشقر: أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، ط1، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، 1997.
- 21- فضيل سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، ج1، د ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

- 22- لحسن بن شيخ آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2014.
- 23- محمد أبو حامد الغزالي: الوسيط في المذهب، ج3، ط1، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع، لبنان، 2001.
- 24- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، دب ن، 1957.
- 25- محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دج، د ط، دب ن، د س ن.
- 26- محمد الكبشور: الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول، عقد الزواج و آثاره، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009.
- 27- محمد حسن أبو يحيى: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ط1، دار يافا العلمية للنشر و التوزيع، الأردن، 2011.
- 28- محمد سمارة: أحكام و آثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008.
- 29- محمد محدة: الخطبة و الزواج، د ج، ط2، مطابع عمار قرفي، باتنة، 1994.
- 30- محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، د ج، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
- 31- منصور البهوتي: الروض المربع، شرح زاد المستقنع، ج8، ط1، دار الوطن للنشر و التوزيع، الرياض، 2006.
- 32- نصر الدين ماروك: قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، دب ن، 2004.
- 33- نور الدين أبو لحية: عقد الزواج و شروطه، ط1، دار الكتاب الحديث للطباعة و النشر و التوزيع، القاهرة، د س ن.
- 34- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، سورية، 1984.

II- المذكرات والرسائل الجامعية:

35- أبو القاسم بن الزين: عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ والتصحيح دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015/2014.

36- عجالي بخالد: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2005.

37- محفوظ بن الصغير: الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008.

38- محمد طاهري: الجزاء المدني في بعض مسائل الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014.

III- المجلات والمقالات:

39- المجلة القضائية العدد 3، 1992.

40- المجلة القضائية العدد 3، 1994.

41- المجلة القضائية العدد 2، 1997.

42- المجلة القضائية العدد 2، 2002.

43- مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2005.

44- مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2008.

45- تشوار الجيلالي: حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية، العدد 4، سنة 1999.

IV -القوانين و الأوامر:

- 46- قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الأمر 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 المعدل و المتمم بموجب الأمر 20/14.
- 47- قانون الأسرة الصادر بموجب الأمر 11/84 المؤرخ في 09/06/1984 المعدل والمتمم في 27/02/2006.
- 48- القانون المدني الصادر بموجب الأمر 58/75 المعدل و المتمم في 13/05/2008.

44	المطلب الثاني: آثار عقد الزواج الباطل.....
45	الفرع الأول: آثار عقد الزواج الباطل في الفقه الإسلامي.....
46	الفرع الثاني: آثار عقد الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري.....
48	المبحث الثاني: عقد الزواج الفاسد.....
49	المطلب الأول: تحديد عقد الزواج الفاسد.....
49	الفرع الأول: عقد الزواج الفاسد في الفقه الإسلامي.....
52	الفرع الثاني: عقد الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري.....
55	المطلب الثاني: آثار عقد الزواج الفاسد.....
55	الفرع الأول: آثار عقد الزواج الفاسد في الفقه الإسلامي.....
56	الفرع الثاني: آثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.....
59	الخاتمة.....
61	قائمة المراجع.....
66	الفهرس.....