الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

زواج المُحَلَّل دراسة مقارنة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون الأحوال الشخصية

تقديم الطالبة:

- ولهة ياسمينة

إشراف الأستاذ :

أ.د.بودفع علي

لجنة المناقشة :

- أ.مسيخ محمد لمين رئيسا.
- أ.د.بودفع علي مشرفا ومقررا.
- أ.كيفاجي الضيف مناقشا.

دورة جوان 2015

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

زواج المُحَلَّل دراسة مقارنة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون الأحوال الشخصية

تقديم الطالبة:

- ولهة ياسمينة

إشراف الأستاذ :

أ.د.بودفع علي

لجنة المناقشة :

- أ.مسيخ محمد لمين رئيسا.
- أ.د.بودفع علي مشرفا ومقررا.
- أ.كيفاجي الضيف مناقشا.

دورة جوان 2015

شكر و تقدير:

انطلاقا من قوله تعالى:« و منْ شَكَرَ فإنّمَا يشكُرُ لِنَفسِهِ» النمل: 14 و ما جاء عن النبي (صلى الله عليه و سلم) فيما رواه عنه أبو هريرة رضي الله عنه، حيث قال: «من لا يشكُرُ النّاسَ لا يشكُرُ اللهَ» [1]

أتقدم بخالص الشكر و عظيم الامتنان و بالغ التقدير و الاحترام إلى أستاذي الفاضل: الدكتور* **بودفع علي*** و ذلك اعترافا مني بفضله عليّ و كرمه و رعايته، فقد وجدت منه كل العناية و الرعاية فما بخل علي بنصحه أو توجيهه أو إرشاده إلى الصواب و الرشاد، فأسأل الله أن يحفظه و يبارك له و فيه ليكون دوما منارة للعلم يستنير بها طلبة العلم.

كما و أتقدم بعظيم الشكر و التقدير إلىالاستاذين الفاضلين الرئيس والمناقش على تفضلهما بقبول مناقشة هذا البحث و ما بذلاه من جهد في قراءته و ما يقدماه لي إن شاء الله من نصح و تسديد و إرشاد.

كما و أتقدم إلىكل ممثلين، كلية الحقوق و العلوم السياسية بعظيم التقدير و الاحترام.

و لا يفوتني أن أتقدم بعظيم الشكر و التقدير إلى أساتذتي الأفاضل في كلية الحقوق، و أسأل الله أن يجزيهم عني خير الجزاء و كذلك كلطلبة العلم السائرين على دربي و عسى الله أن يوفقهم و يصلحهم في دينهم و دنياهم.

[1]- أخرجه الترمذي في سننه: كتاب البّر و الصلة/ باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك، 339/4 ح 1954 و قال عنه: حسن صحيح.

الإهداء

كَمُهدِي الروض زهرة من زهراته.. و كَمُهدِي البَحرَ قطرة مِن قَطَراتِهِ..

و كمهدي المِسكَ نفْحة مِن نفحاته.. أهديك يا حَبِيبِي يا رَسُول اللّه بَحثِي هذا.

و إلى روح والدي الطّاهِرة تغمّدهُ اللّه بكلّ رحمَة و أَسكنَهُ فسِيحَ جنّاتِهِ.

كما أهديه إلى أُمّي أَمدّ اللّه في عُمرِهاَ.

و إلى إخوانِي و أخواتِي و جميع أولادهم أَعَزهم اللّه

وإلى كلِّ صدِيقَاتِ العمر ورفيقات الدرب اللواتي عرفتهنَّ طيلة مسيرة دراستي

وإلى زوجِي المُستَقبَلِي أتمّ الله لنا طريق السّعادة بِكُلّ خير.

و إلى كلّ زملائي في الدراسة .

و إلى كلّ من ساعدني و وُفّقَ بنجاحي لإتمام هذا البحث.

ياسمينة

مقدمة

مقدمة

إن الحمد للّه تعالى نحمده و نستعينه، و نتوب إليه و نعود باللّه من شرور أنفسنا و سيئات أعمالنا من يهده الله فهو المهتد و من يضلل فلن تجد له و ليّا مرشدا، و أشهد أنّ لا إله إلاّ الله وحده لا شريك له و أشهد أنّ محمدا عبده و رسوله صلى اله عليه و سلم و على آله و صحبه تسليما كثيرا إلى يوم الدين.

قال تعالى:« **يا أيّها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته و لا تموتُنّ إلّا و أنتُم مسلمون**» آل عمران: 106، و قال تعالى:«**يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة و خلق منها زوجها و بثّ منها رجالا كثيرا و نساءا و اتقوا اللّه الذي تساؤلون به و الأرحام إنّ الله كان عليكم رقيبا**» النساء:1 و قال أيضا: «**يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله و قولوا قولا سديدا، يصلح لكم أعمالكم و يغفر لكم ذنوبكم و من يطع الله و رسوله فقد فاز فوزا عظيما**». الأحزاب:80،81.

أما بعد:

فقد اعتنى الإسلام بالأسرة، و أرشد إلى تكوينها على أساس سليم، و منهج قويم و قواعد متينة،و جعل نواتها الزوج و الزوجة، و أساسها الزواج الصّحيح، فيه تتكوّن و في ظله تنمو و تكبر و تقوى و تشتدّ، فأرشدنا إليه، و رغبنا فيه و جاءت نصوص من الكتاب و السنّة كثيرة، مبيّنة لأحكامه و آدابه،و شروطه و أركانه و آثاره و موجّهة إلى تيسيره، و مؤكدة على قدسيته، و قيامه على الموّدة و الرحمة و جعله من النّعم التي امتن بها على عباده أجمع.

و لقد ظهرت أنواع كثيرة من الزواج و شاعت – و بخاصة في هذا العصر– أخذت اسمه، و إن اختلف عنه – أحيانا – في حقيقتة وحكمه و غايته، و ذلك كزواج السر و الزواج العرفي و غيرها من عقود الزواج التي لا تحقق الغرض الشرعي للزواج و لا مقاصده الدينية و الدنيوية.

و لعلّ من أسباب شيوع ذلك (العولمة) التي ضربت بأطنابها في هذا العصر على سائر المجتمعات، و ما نتج عنها من تأثيرات سلبية أو ايجابية بسبب تقارب المسافات، و تطور وسائل النقل و الاتصالات، حيث أصبح العالم شبيه بقرية صغيرة سهلة المنال، و أصبحت هذه الوسائل لا حدّ لها و استعمالاتها لها تأثير كبير على المجتمعات الإسلامية، و بخاصة في أمور الزواج و الطلاق و أحكام الأسرة بصفة عامة.

و مما شاع في هذا الزمان ما يسمّى بنكاح المحلّل لاسيما بين الأزواج الذين يقدمون على طلاق زوجاتهم، ثم يرغبون في إعادتهم فيلجأون إلى استئجار رَجُلا يسمى محلّلا لينزو بها، بعيدا عن الزواج الشرعي، و اتخذ عدّة مفاهيم و صور لدى الناس، حتى جرّد فيه الزواج من أحكامه و مقاصده، و بقي إسمه و لفظه فقط، فاقتصر على مصالحهم فقط بعيدا عن المصالح و الأحكام الشرعية.

وأشغله بعض ضعاف الديانة و جعلوه ستارا لتحقيق مآربهم السيئة فارتبطوا تحت مسماه بروابط جنسية غير شرعية، و ذلك تحت غيبة الإطار الشرعي و في سريّة تامة، فمثل هذا لا يمتّ للزواج الشرعي بصلة، و لا يُعد أن يكون سفاحا لا نكاحا، و إن سمّوه محللا، و ذلك نذير بعذاب شديد في الآخرة و هوانا في الدنيا، و كان لهذا آثاره السيئة في المجتمع، إذ يُعَدُّ سببا رئيسا لاختلاط الأنساب، و الوقوع في الرذيلة، و الجرأة على انتهاك حدود الله و مَحَارمهُ بل قد يؤدي في بعض الأحيان إلى ارتكاب جرائم قتل، بأن يقدم الزوج الأوّل بقتل الزوج الثاني في حالة رفضه طلاق زوجته.

و لقد كثر الكلام حوله، واختلفت اتجاهات الباحثين حياله، و تباينت آراء المفتين في حكمه بين مجيز و مانع، نظرا لاختلافهم في تصوّره و بيان حقيقته.

لذلك و نظرا لأهمية هذا الموضوع، و الحاجة لبيان حكمه، و إجلاء غموضه، و نصحا للشباب و الأمة، و لابعادهم عن الرذيلة و معصية الله بقصد أو بغير قصد، بعلم أو جهل...

و قد جاء هذا البحث ليعالج هذا الجانب و أسميناه:

زواج المحلّل، دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.

أوّلا: الإشكالية:

تكمن إشكالية هذا البحث في وجود خلط كبير بين الشروط التي يقتضيها عقد الزواج الشرعي و الشروط المتوفرة لزواج المحلّل كونه حرام بالإجماع و كما أقرت به الشريعة و كذلك الآثار التي يرتبها عقد الزواج الشرعي، و الآثار التي يرتبها نكاح المحلّل كونه يمسّ بنظام الأسرة و المجتمع و مدى تمسك الأفراد و ابتعادهم عن التشريع الإسلامي، والسؤال الذي يطرح هو هل يحقق زواج المحلل أحكام الزواج الشرعي ومقاصده كما أقرّت به احكام الفقه ونصوص القانون ؟

و لقد جاءت هذه الدراسة لتوضيح هذا الموضوع من خلال الإجابة على الأسئلة التالية:

1/ ما حقيقة هذا الزّواج؟
2/ ما هو الإطار الزماني الذي يشغله؟
3/ ما الفرق بينه و بين عقد الزواج الشرعي؟
4/ ما هي ظروفه؟ و فيما تتمثّل الآثار المترتبة عليه؟
5/ ما هي الأدّلة التي أجمعها الفقهاء و الأئمة لتدعيم حكمهم بحرمة هذا الزواج، و كيف ردّ واضعوا التشريع على ذلك؟

ثانيا: أسباب اختيار الموضوع:

لقد اخترنا أن يكون بحثنا هذا "الزواج المحلل دراسة مقارنة"، حتى نقوم بإجراء دراسة مقارنة لأهم المسائل المنصوص عليها في القانون و تأصيلها بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية و ما تقتضيه من قواعد نصّ عليها كل من التنزيل و السنة النبوية المطهرّة.

ثالثا : أهمية البحث:

تتصدّر اليوم قضية الأسرة معظم الإهتمامات الفكرية، نتيجة الوعي المتنامي بضرورة الحفاظ على النظام الأسري الذي أصبح مهددا بأنواع شتى من الآراء المنحرفة الداعية إلى التنصل من أحكام الشريعة الإسلامية، الأمر الذي جعل وضع الأسرة الراهن يحمل معه خطرا على المجتمع و إن الخلاص من هذا الخطر مرهون بتحقيق تغيير حقيقي و ذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و استنادا إلى نصوص التشريع الوضعي للمقارنة بينهما، و من هنا تبرز أهمية البحث من ثلاث زوايا أهمّها:

حداثة الموضوع: و ذلك لأن موضوع زواج المحلل من المواضيع المتجددة في فروعها والمنتشرة بكثرة في مجتمعاتنا التي لا تعترف الا بالزواج الشرعي و التي تتصل بقضايا الأحوال الشخصية و بنظام المجتمع ككلّ.

قيمة الموضوع: و يرجع ذلك لتأثر قضايا الأسرة بالاديولوجيات الفكرية المختلفة، فهو بذلك يخدم مصالح النّاس في محاولاتهم المستمرة للحفاظ على كيان الأسرة و المجتمع.

اتساع الموضوع و تشعبه: بما أن نظام الأسرة مجال واسع و متشعب، فخصوصيته تفرض البحث عن اتجاهات جديدة و إصدار تشريعات وضعية تتلاءم و مصلحة الأفراد.

رابعا: منهج البحث:

من أجل استيفاء الموضوع حقّه من البحث و تحقيق أهدافه المرجوة، استدعت طبيعة هذه الدراسة بطبيعتها استخدام عدّة مناهج، منها المنهج الاستقرائي لتتبع و تقصي النصوص الفقهية و القانونية المتعلقة بالأسرة و نظامها، بغرض الإحاطة بعناصر الموضوع على الجملة، و لعّل هذا سبب إكثارنا من القول عن الأئمة و العلماء و أهل الاختصاص، و ذلك لاعتبارها بمثابة القرائن و الأدلّة على صحّة الفكرة و سلامة الاستنتاج، كما استعنا بالمنهج المقارن كأساس دراستنا للمقارنة بين النصوص القانونية من جهة و النصوص الشرعية من جهة أخرى، و ذلك بغرض الوصول إلى الراجح من الأقوال و المختار من الآراء الأولى بالتطبيق.

خامسا: أهداف البحث:

لا شكّ أن البحث في موضوع بهذه الأهمية له أهداف تتمثل فيما يأتي:

1/ محاولة التأصيل الشرعي لحفظ نظام عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و بيان مقاصده و وسائله في حفظه و دفع الأخطار عنه بما يحقق الوصول إلى أسرة مثالية و مستقرة، فحماية الأسرة و إصلاحها و المحافظة عليها ليست أمرا دخيلا على مقاصد الشريعة الإسلامية و ليست من ابتكار الغرب في هذا العصر كما يتوهمه من لم يتعمق في معرفة التراث العلمي و الحضاري الإسلاميين، ومنه الدعوة إلى الالتزام بالقواعد الشرعية في تنظيم الأسرة.

2/ الكشف عن الارتباط الوثيق بين أحكام التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و بيان مدى مساهمة القانون في حلّ المشاكل الأسرية.

3/ بيان مدى أهم الأسس و القواعد الشرعية لحفظ عقد الزواج و مدى عناية الإسلام به.

4/ الخروج بنتائج علمية مؤصلة فقها و تنزيلا تتبلور من خلالها رؤية معاصرة للمسلمين في حفظ نظام عقد الزواج.

5/ المساهمة في إثراء المكاتب الفقهية و القانونية في مجال قضايا الأسرة و عقد الزواج حتى يسهل على المعنيين الرجوع لمثل هذه الأبحاث.

6/ بيان صورة زواج المحلّل في ضوء الفقه الإسلامي و قانون الأسرة، و بيان حكمه الشرعي، و أقوال الفقهاء و أدلتهم و مناقشة القانون.

سادسا:صعوبات البحث:

لعلّ من أهم الصعوبات التي يمكن حصرها.

- قلة الدراسات العلمية الأكاديمية المتعلقة بالموضوع،خاصة من الناحية التشريعية في ظل غياب النص القانوني الذي ينظم احكامه.

- صعوبة الموضوع في حدّ ذاته و تعقد إشكاليته، و تشعبه بين الأصول و المقاصد و الفقه و القانون، إضافة إلى أنّ موضوع البحث متفرق في مباحث متعددة من تلك الكتب.
- صعوبة الإلمام بجوانب الموضوع في ظل غياب النصّ القانوني عليها.
- ذكرنا أننا لم نجد صعوبة في جمع المادة العلمية الخاصة بالجانب الفقهي، إلاّ أنّ الأمر بالنسبة للمراجع الخاصة بتحليل مواد قانون الأسرة قليلة جدا و خاصة المتعلقة بزواج المحلّل و تكاد تكون منعدمة، فمعظم الكتب المتواجدة في المكتبات لا نجد محتواها يشتمل إلاّ على المواد القانونية بدون أدنى تعليق أو شرح.
- أمّا أبرز صعوبة وجدناها هي كيفية تقسيم خطّة البحث و خاصة في الفصل الثاني خاصة في ظل غياب المراجع التي تحدّد و بصفة مباشرة أحكام زواج المحلّل.

سابعا: الدراسات السابقة:

تنقسم الدراسات السابقة في هذا الموضوع إلى قسمين:

الأوّل: التأصيل الشرعي لعقد الزواج في الفقه الإسلامي و في القانون.

الثاني: أحكام زواج المحلّل و حكمه في الفقه و مناقشة القانون.

أما الأوّل فاعتمدنا في مصادره على عدد من كتب الفقهاء المعتمدة لا يخلو كتاب منها من حديث عن الزواج، و بخاصة أمهات الكتب على المذاهب الأربعة، و من هذه الكتب في الفقه الحنفي على سبيل المثال: حاشية ردّ المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد أمين المشهور بابن عابدين، و كتاب البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابي بكر، زين ابن إبراهيم بن محمد، و كذلك كتاب المبسوط للإمام محمد بن أبي سهل السرخسي، و من فقه الحنابلة: كتاب المغني لابن قدامة المقدسي.

و أما الثاني: أحكام الزواج المحلل في ضوء الفقه الإسلامي و مناقشة القانون فاعتمدنا في دراستنا على عدد من الكتب منها ما صدر حديثا منها على سبيل المثال:

1/ عقد بالزواج العرفي (أركانه و شروطه و أحكامه) للمستشار أحمد محمود خليل تطرق فيه إلى بعض عقود الزواج الفاسدة، طبعة أولى سنة 2006، و أشار فيه إلى معنى الزواج المحلل و حكمه عند الفقهاء في صفحات قليلة و بعض آثاره، من خلال تطرقه لمسألة هدم الطلقات فقط.

2/ كتاب الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا «الزواج» للدكتور عبد العزيز عامر، الطبعة الأولى 1984 م، مكوّن من 408 صفحة، أشار في محتواه إلى الطريق المؤدي لزواج المحلّل و هو الطلاق المكمّل للثلاث في ثلاث أسطر بشكل وجيز دون التطرق إلى تعريفه و حكمه و شروطه و آثاره.

3/ كتاب الزواج العرفي و صوّر أخرى للزواج غير الرّسمي للدكتور فارس محمد عمران الطبعة الأولى سنة 2001، تطرّق إلى مفهوم الزواج العرفي و بعض الأنكحة المشابهة له في 112 صفحة، تطرق فيه إلى معنى الزواج المحلّل دون بين أحكامه في الفقه و القانون و قد أشار إليه في أسطر قليلة و بعبارات وجيزة.

4/ كتاب تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق و الظهار، من إعداد الشيخ علي أحمد عبد العال الطهطاوي، الطبعة الأولى، ينة 2003 م، وضّح فيه المؤلف عدّة موضوعات متعلقة بالخلع و الطلاق و الظهار، و تطرّق في متنه إلة مسألة لعن المحلّل و المحلل له، و إلى مسألة الاحتيال في زواج المحلّل و مسألة الهدم الناتجة عن زواج المحلل، و في عدّة صفحات، و هو يتكون من 208ص.

5/ كتاب النكاح الفاسد و أحكامه، من إعداد الكاتب عبد الرحمان بن عبد الرحمان شميلة الأهدل، كان في الأول رسالة ماجستير، ثم طبع ليصبح كتاب، طبعة سنة 1981 احتوى على 293 صفحة، تطرق في هذا الكتاب إلى مفهوم الزواج الشرعي و بعض الأنكحة الفاسدة منها زواج المحلل فأشار إلى تعريفه و حكمه عند الفقهاء و أداتهم و الرأي المختار و الحكمة من كون المطلقة ثلاثا لا تحلُّ لمطلقها إلى بعد أن تتزوج غيره بعيدا عن الرأي القانوني و موقف المشرع منه في صفحات عديدة بلغ عددها ما يقارب الثلاثين صفحة و فتاوى لبعض الأئمة و الفقهاء.

ثامنا : خطة البحث

لتحقيق أهداف البحث المرجوة اعتمدنا الخطة التالية :

الفصل الأول : عقد الزواج الشرعي في ضوء الفقه الإسلامي و القانون

المبحث الأول :مفهوم عقظ الزواج وأحكامه

المبحث الثاني : أركان عقد الزواج و شروطه

المبحث الثالث : حكم عقد الزواج

الفصل الثاني :زواج المحلل و أحكامه في ضوء الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

المبحث الأول : زواج المحلل و أحكامه

المبحث الثاني :صور زواج المحلل و آثاره

المبحث الثالث : الحكم الشرعي لزواج المحلل و مناقشة القانون.

يُعدّ عقد الزواج من أهمّ العقود التي يعقدها الإنسان في حياته،إذ هو ميثاق بسببه تسير دقّة الحياة بين الزوجين الذين قد جمعتهما كلمة الله،كما أفيمت القرائن و الأدلّة على مشروعيّة هذا الزواج من عدّة نواحٍ، ولعلّ من أقوى الدلائل على ذلك قوله تعالى:"وَانكِحُوا ما طَابَ لكُم مِنَ النساءِ مثنىً وثُلاثَ ورُباعَ فإن خفتُم ألا تعدِلُوا فواحِدة"النساء:03.

ومِن المؤكّد أنّ الشّارع لا يأمُر بشيء إلا إدا كان مشروعا–وقوله صلى اللهُ عليه وسلّم– :"النّكاح من سُنّتي فمن لم يعمَل بِسُنّتي فَليسَ منيّ".1 وكلّ سُنن الرّسول عليهِ الصّلاة والسّلام مشروعة.

قائمة الرموز و المختصرات:

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ط: الطبعة.

ج: الجزء.

ق.م: القانون المدني.

م: ميلادي.

*: التعريف بالأعلام.

(:): المفاهيم والمعاني

الفصل الأول

عقد الزواج الشرعي على ضوء الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول

عقد الزواج وأحكامه.

لقد اهتم الشرع والقانون بالأسرة اهتماما كبيرا، وأقامها على أساس من المودّة والمحبّة واعتبرها ركن أساسي في المجتمع والنواة التي تتكون منها الشعوب والأمم[1].

ولذلك دعا إلى الزواج الشرعي، ورغّب فيه ويتجلى ذلك في كثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، والنصوص الشرعية، وأسرى نظاما متكاملا للأسرة المسلمة كي يسلم المجتمع من التفكك والانحراف.

وسندرس هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم عقد الزواج الشرعي .

المطلب الثاني: الحكم الشرعي للزواج

المطلب الأوّل

مفهوم عقد الزواج الشرعي :

إنّ البنية الأساسية لتكوين المجتمع الحضاري هي الأسرة الصالحة، فالكل يدرك أهميتها ودورها في رقي الجماعة أو تخلفها، فلا غرابة من حرص المشرع على تنظيمها وحمايته لها الحماية القانونية[1].

[1] – الدكتور بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2008م، ص 21.

ولما كان الزواج أساس تكوينها حظي بدوره بذات العناية لتبدأ من مرحلة إنشاء عقد الزواج وتمتد لتشمل المراحل السابقة واللاحقة لنشوئه، تقديرا لما له من أهمية اجتماعية خاصة.

وحماية للزواج وحفاظا على تميزه وخصوصيته حرص المشرع على تحديد نقاطه تحديدا كاملا من جهة كي لا يلتبس بغيره من الأشكال الأخرى للعلاقات الجنسية التي تجمع المرأة والرجل.

ومن جهة أخرى، يعد الزواج من الحرّيات العامة للشخص، لذا نضمت أحكامه في شكل قواعد عامة آمرة متعلقة بالنظام العام، فمفاد الحرية في الزواج يتجلى في كون الشخص حرّا في أنّ يختار مع من يتزوج وأخيرا ممن يرفض أن يتزوج.

وفي هذا الصدد جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، للقضاء على ما كان يعيشه الغرب من تفرقة عنصرية وانحطاط لوضعية المرأة، فنص في مادته 16 على أن:<< الزواج وتكوين أسرة حق لكل شخص ابتداء من سن البلوغ، بصرف النظر على العرق أو الجنسية أو الدين دون قيد أو شرط، مع تمتع كل من المرأة والرجل بنفس الحقوق على قدم المساواة، إنّ الزواج لا ينشأ إلاّ بكامل رضا وحرية طرفيه >>ه[2].

وقبل الإعلان، كان القرآن الكريم ومند أربعة عشر قرنا خلت، قد تناول تنظيم العلاقة الزوجية تنظيما دقيقا، يكفل للزوجين العيش في أسرة هادئة تسودها المودة والرحمة.

والزواج كذلك أساس لتكوين الاسرة تلك التي تتربى فيها المشاعر الطيبة ،و العواطف الانسانية النبيلة ،عواطف الابوة و البنوة والاخوة و الرحم، وعواطف المحبة والتعاون و

---

[1] – حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في قانون الأسرة، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2009–2010م، ص 22.

3_المرجع السابق، حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره،ص23 .

الايثار و الرحمة و التعاطف، في ظل الاسرة تتكون هذه المشاعر و الذي يكون الاسرة هو الزواج،و الزواج مفهوم مختلف فيه بين الشريعة والقانون وهذا ما سنتعرض اليه في الفروع التالية:

الفرع الأول: سنتطرق فيه إلى مفهوم الزواج .

الفرع الثاني: سنتطرق إلى التعريف القانوني للزواج

الفرع الأوّل: مفهوم الزواج :

1- المعنى اللغوي:

الزواج في اللغة: من زَوَجَ: زوّج الشيء بالشيء، وزوّجه إليه أي قرنه به[1]، قال الله تعالى:" كذلك وزوجناهم بحورٍ عين" الدخان: 54، والزواج: الاقتران، وزوّج الأشياء تزويجا وزواجا، قرن بعضها ببعض[2]، أي قرناهم بهن، وزوجُ المرأة بعلها، وزوج الرجل امرأته[3]. قال تعالى مخاطبا آدم عليه السلام:" وقلنا يا آدم أسكن أنت وزوجك الجنة" آل عمران:14.

النِّكاح في اللغة: نكَحَ بمعنى تزوّج، وهي ناكِحُ أي ذات زوجٍ، وأنكَحَهُ المرأة: زوّجهُ إياها، وأنكحهَا: زوّجهَا، والاسم: النُّكْحُ والنَّكْحُ وهي كلمة كانت العرب تتزوج بها[4].

---

[1] – ابن منظور،لسان العرب، دار الحديث، القاهرة، 1423ه، طبعة مراجعة ومصححة على الحروف الابجدية، ج4، مادة الزواج،ص 430.

[2] – مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، ط2، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، اسطنبول، 1972م، ج 1 ، ص 405.

[3] –مرجع سابق، ابن منظور، لسان العرب، ج4، ص 430.

[4] – الفراهيدي ،العين ، تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السّامراني، دار مكتبة الهلال، دون رقم وسنة طبع، ج3، ص 63. وانظر كذلك، ابن منظور ولسان العرب، ج 8، ص 692-693.

وبعد النظر في المعاني اللغوية لكل من الزّواج والنّكاح يتبين أنّ الزواج والنّكاح يدلان على معنى واحد.

2- المعنى الاصطلاحي:

لقد كان استخدام لفظ النّكاح أكثر شيوعا عند الفقهاء القدامى من لفظ الزواج، وعلى العكس فإنّ الفقهاء المحدثين استخدموا لفظ الزواج أكثر من لفظ النّكاح، وقد تناولوه بمعنى واحد، وبالنظر في قانون الأسرة الجزائري[1] نرى أنه قد استخدم في مواده لفظ الزواج ومشتقاته، وقد وردت عدّة تعريفات للزواج عند الفقهاء وفي القانون نذكر منها:

أولا: عرفه الحنفية[2] بأنه عقد يفيد ملك المتعة.

ثانيا: وعرّفه الغرياني المالكي بأنه" عقد بين الرجل والمرأة يبيح استمتاع كل منهما بالآخر ويبين ما لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات، ويقصد به حفظ النوع الإنساني"[3].

ثالثا: وعرفه الشافعية بأنه " عقد يتضمن إباحة وطءٍ بلفظ إنكاحٍ أو تزويجٍ أو ترجمته، والعرب تستعمله بمعنى العقد والوطء جميعا"[4].

رابعا: وعرّفه الحنابلة بأنه:" عقد التزويج"[5].

---

[1] – الجزائر ، قانون الأسرة الجزائري المعدل أمر02-05 المؤرّخ في 27 فبراير 2005 ،المعدّل والمتمّم للقانون 84/11، المؤرّخ في 09 يونيو1984، (الجريدة الرّسميّة رقم 15).

[2] – ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنويرالأبصار،ط1،دارالكتب العلمية،بيروت 1415ه-1994م، ج4، ص 58.

[3] – الغرياني،مدونة الفقه المالكي وأدلّته، ط1، مؤسسة الرّيان، بيروت، 1423ه-2002م، ج2; ص491.

[4] – الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، دون رقم وسنة وطبع، ج4، ص 123.

[5]– ابن مفلح الحنبلي، المبدع، المكتب الإسلامي، بيروت، دون رقم , طبعة 1400ه، ج4، ص03.

خامسا: وعرّفه من المعاصرين محمد أبو زهرة –رحمه الله– بقوله:"إنّه عقد يفيد حلّ العشرة بين الرجل والمرأة بها يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدّد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات"[1].

الفرع الثاني– التعريف القانوني للزواج:

لقد عرّفه القانون الاردني في مادته الثانية بأنه:" عقد بين رجل وامرأة تحلّ له شرعا لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما"[2].

كما يمكن تعريف عقد الزواج أو النكاح بأنه الرابطة العقدية التي تجمع بين الزوجين وتحلّ لكل واحد منهما الاستمتاع بالآخر[3].

وعرّفته المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري المعدّل بما يلي:" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

كما عرّفته المادة الرابعة من مدونة الأسرة المغربية لسنة **2004م** بأنّ:" الزواج ميثاق تراضٍ وترابط شرعي بين رجل و امرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعِفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة".

وعرّفه قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة الأولى منه بأنّه:" الزواج عقد بين رجل وامرأة تحلّ له شرعا، غايته السكن والإحصان وقوة الأمة".

---

[1] – الإمام أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، بيروت، دون رقم وسنة طبع، ص 40.

[2] – التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط1، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2004م، ص 305.

[3] – فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، ط1، مجموعة النيل العربية، 2001م، ص 12.

من خلال ما تقدم نستنتج أنّ معظم القوانين استمدت تعاريف للزواج من خلال قوله تعالى:" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودّة ورحمة إنّ في ذلك لآيات لقوم يتفكرون" الروم: 21.

وعقد الزواج هو من العقود التي تدخل ضمن دائرة العلاقات التعاقدية، ويتم كالعقود بما يتطلب ذلك دور للإرادة والرضا، وما يترتب عليه من حقوق والتزامات.

وعقد الزواج كغيره هو قائم على شروط أساسية وضرورية لإنشائه، منها ما هي موضوعية، ومنها ما هي شكلية[1].

المطلب الثاني

الحكم الشرعي للزواج و صفاته

سنتعرض في هذا المطلب إلى كل من الحكم الشرعي للزواج و صفاته و ستكون الدراسة في فرعين في الفرع الاول سنتطرق فيه الى الحكم الشرعي للزواج و في الفرع الثاني الى صفات الزواج.

الفرع الاول : الحكم الشرعي للزواج

الزواج كما هو معروف في الفقه الاسلامي مشروع بالكتاب و السنة[2]،فمن الكتاب قوله تعالى :"فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى ثلاث و رباع ،فإن خفتم الا تعدلوا فواحدة". النساء: 03.

[1] – الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008م، ص 28.

[2] –مرجع سابق، بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،ص 24.

و كذلك قوله تعالى : " و انكحوا الأيامى منكم و الصالحين و من عبادكم و أمائكم" النور:32.

من خلال آيات الكتاب المبين نلاحظ أن الله سبحانه و تعالى قد شرع لعباده المؤمنين الزواج ليبعدوا عن أنفسهم الشبهات و لكي يتجنبوا خشية الوقوع في الحرام و الخروج عن طاعته.

أما من السنة فنجد في هذا السياق حديث ابن مسعود [*] عن قول الرسول صلى الله عليه و سلم " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ،فإنه أغض للبصر و أحصن للفرج ، و من لم يستطع فعليه بالصوم ،فانه له وجاء".

و الباءة: هي مؤن الزواج و واجباته .

و ما نلاحظه من سنة المرسلين ان الرسول عليه الصلاة و السلام قد تزوج و دوام عليه و كذلك الصحابة و التابعين و الناس الصالحين و المسلمين كافة و هذا دليل المتابعة و المداومة الّسنية.

و دليل كون الزواج سنة حديث الرهط الثلاثة الذين عزموا على أمور[1]،الاول أن يصلي الليل أبدا فقال النبي صلى الله عليه و سلم " أما و الله ، إني لأخشاكم لله و أتقاكم له ، و لكني أصوم و أفطر و أصلي و ارقد ، و أتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني "[2].

---

[*] هو الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود بن غافل ، أبو عبد الرحمن الهدلي ، أسلم بمكة قديما و هاجر الهجرتين و شهد بدرا و المشاهد كلها ، و كان صاحب نعل رسول الله نصلى الله عليه و سلم ، و كان من أوعية العلم و أئمة الهدى ،قال له النبي صلى الله عليه و سلم : إنك علام معلم ،و ذلك في أول الإسلام ،توفي بالمدينة سنه إثنين و ثلاثون ، و له نحو من ستين سنة .

[1] – البخاري، فتح الباري شرح صحيح البخاري ج9،دار الريان للتراث ، ط1، القاهرة م1987،ص 08.

[2] – دار العلوم للنشر و التوزيع ، كتاب الزواج و الطلاق بين الشريعة و القانون ،ص 9 .

وأما من الإجماع : فمن الملاحظ ان المسلمون كافة و في كل بقاع الارض و على الرغم من اختلاف دروبهم قد اتفقوا على ان الزواج هو ركن من اركان الاسلام فهو مشروع من الله تعالى و سنة أنبياءه المرسلين و ان إقامته و النصح به لدليل على سلك طريق الشارع الحكيم .

الفرع الثاني : أوصاف الزواج

يقصد بصفات الزواج الأحكام التكليفية للزواج المختلف فيها بين جمهور المذاهب الأربعة و الأئمة و الفقهاء ، و لقد تباينت الآراء في حكم الزواج باختلاف حالة الزوج و الزوجة و ظروفهما و بيان ذلك يكون على النحو الآتي:

لقد اتفق الفقهاء على مشروعية الزواج، إلا أنهم اختلفوا في حكمه على عدة مذاهب:[1]

المذهب الأول : ذهب جمهور الفقهاء إلى إن الزواج سنة، و إليه ذهب الحنفية في الاصح عندهم[2]،و المالكية [3]، و هو المشهور في مذهب احمد رحمه الله ،و استدلوا بقول الرسول : " لكني اصوم و أفطر و أصلي و ارقد و أتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فيلس مني"[4]. ذلك فضلا عن مواظبة الرسول صلى الله عليه و سلم على الزواج في دلالة على تلك السنة بيد أن أصحاب الرسول رضوان الله عليهم من لم تكن له زوجة ، ورسول الله صلى الله عليه

---

[1] –مرجع سابق، عبد الله محمود خليل إبراهيم ،صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية ،ص 17.

[2] – مرجع سابق،إبن عابدين ،حاشية رد المحتار على الدّر المختار ،ج4 ،ص 65.

[3] – مرجع سابق،الغرياني ،مدونة الفقه المالكي و أدلته ،الجزء 2 ،ص491 و المذهب المالكي نسبة إلى الإمام مالك بن انس بن ابي عامر الأصبحي (93–179ه).

[4] – البخاري ، صحيح البخاري ، ط3 ،مكتبة ابن كثير اليمامة، بيروت 1407ه .1987 م ،كتاب النكاح باب الترغيب في النكاح الحديث رقم 4776، ج5،ص 1949.

وسلم ،لم ينكر عليهم ذلك فدل ذلك على أن الزواج مطلوب في الشرع على وجه السنة و الترغيب ، و لكنه ليس واجبا[1].

المذهب الثاني : ذهب بعض الحنفية[2]، و احمد في رواية و أهل الظاهر[3]إلى أن الزواج واجب على كل قادر على الوطء و الإنفاق ، و لا يستطيع الاحتراز من الوقوع في الفاحشة بالصوم ونحوه، لأنه يلزمه إعفاف نفسه و صونها عن الحرام [4]و ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب و طريقه الزواج .[5]

و قد استدل اصحاب هذا المذهب بنصوص من الكتاب و السنة .

فمن الكتاب قوله تعالى :"و إن خفتم الا تقسطوا في اليتامى فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع ،فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة او ما ملكت أيمانكم ذلك أدني ألا تعدلوا ".النساء:03. ووجه الدلالة من هذه الآية أن الله تعالى امر فيها بالنكاح ، و الاصل في الأمر ان يكون للوجوب فيكون النكاح واجبا.

---

[1]– مرجع سابق،عبد الله محمود خليل ،صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية ،ص 17 ،و انظر كذلك الحصري احمد، النكاح و القضايا المتعلقة به،ط 1 ،مكتبة الكليات الازهرية القاهرة 1967م،ص 14.

[2]– مرجع سابق، إبن عابدين ،حاشية المحتار على الدّر المختار ، ج4 ،ص 63.

[3]– ابن حزم ، المحلى ،دار الافاق الجديدة ،بيروت ،دون رقم و سنة طبع ،الجزء 9، ص 44.

[4] – بسام موسى النزلي ، أحكام صور التدليس المعاصرة في عقود الزواج : (دراسة فقهية مقارنة)،رسالة ماجيستر –كلية الشريعة و القانون –غزة ، الجامعة الإسلامية ،2010م ،ص7،وانظر ابن حزم ، المحلى ،دار الافاق الجديدة ،بيروت ،دون رقم و سنة طبع ،ج 9، ص 44.

[5]– الدكتور أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، ط سنة 1997 ،دار المطبوعات الجامعية ، ص 22.

وأما من السنة فقوله صلى الله عليه وسلم : " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه اغض للبصر و أحصن للفرج ،ومن لم يستطع فعليه بالصوم فغنه له وجاء "[1].و قد جعلوا الامر في الحديث على الوجوب .

أما الجمهور القائلون بان الزواج سنة فقد قالوا :[2]إن الامر هنا ليس للوجوب و إنما هو محمول على الندب ، أما الآية فان الله تعالى حين أخر بالنكاح فقد علقه على الاستطابة.

قال تعالى :"و إن خفتم الا تقسطوا في اليتامى فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنىً و ثلاث رباع ، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألاّ تعدلوا". النساء:03 .

المذهب الثالث: ذهب الشافعية[3]،إلى أن التخلي للعبادة و طلب العلم أولى من النكاح إذا كان ممن يامن على نفسه الوقوع في الزنا ، أما إذا كان ممن لا يتفرغ للعبادة فالنكاح افضل له لئلا تفضي به البطالة إلى الفواحش قال الشافعي رحمه الله :" و من لم تتق نفسه و لم يحتج إلى النكاح من الرجال و النساء بأن لم تخلق فيه الشهوة التي جعلت في اكثر الخلق فإن الله عز وجل يقول :" زُيِّنَ للنّاس حب الشهوات من النساء و البنين و القناطير المقنطرة من الذهب و الفضة و الخيل المسومة و الانعام و الحرث ذلك متاع الحياة الدنيا و اللّه عنده حسن المآب". آل عمران:14، أو بعارض أذهب الشهوة من كبر أو غيره فلا ارى بأس ان يدع النكاح بل أحب ذلك ، و ان يتخلى لعبادة الله"[4].

---

[1] – مرجع سابق،عبد الله محمود خليل ، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي ،ص 18. وانظر كذلك البخاري : صحيح البخاري ، كتاب النكاح باب من لم يستطع الباءة فليصم ،حديث رقم 4779،ج5،ص1950.

[2]– مرجع سابق،ابن عابدين ،حاشية رد المحتار على الدّر المختار ،ج4،ص 63– 64.

[3]– الغزالي ، الوسيط ،ط1،دار السلام القاهرة ، 1417ه ،ج 5،ص 25 ، و انظر كذلك الشربيني ، مغني المحتاج، ج 3، ص 126 .

[4] – مرجع سابق،عبد الله محمود خليل ، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي ، ص 18 ، و أنظر كذلك الشافعي أبو عبد الله محمد إدريس ، الأم، ط2 ،دار المعرفة ،بيروت 1403 ه 1393 ه،ج5،ص 22.

الرأي الراجح : بعد عرض أقوال الفقهاء في المذاهب المختلفة يتبين أن الزواج بشكل عام مندوب في الوضع الطبيعي[1].

ثم إن الزواج من حيث التفصيل تعتريه الاحكام التكليفية الخمسة ، من الوجوب و الندب ، و الاباحة ، و الكراهة ، و التحريم فالزواج واجب في حالة الشهوة المفرطة و الخشية من الوقوع في الزنا مع القدرة على أعباء الزواج ، لأن صيانة الإنسان لنفسه من الزنا واجب ، و الزواج وسيلته ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ،و هذا قول عامة الفقهاء و يكون الزواج مندوبا إذا كان الزوج قادرا على مؤونة الزواج من مهرو نفقة للزوجة و توقان للوطء، و لكن لم يبلغ حد الخوف من الوقوع في الزنا و يكون الزواج مكروها بحق من يشتهي النساء و هو لا يخشي الوقوع في الزنا و لكنه يخشى على نفسه من ظلم المرأة و عدم قيامه بحقها ، أو أن يقطعه الزواج عن عبادة إعتادها و يكون الزواج محرما إذا تيقن الزوج من ظلم للمرأة إذا تزوج بها ،و انه لا يخشى على نفسه الوقوع في الزنا بتركه للزواج .

و كذلك لا يصح القول بالوجوب في الزواج لاختلاف أحوال الناكحين و لان بعض الصحابة لم يتزوجوا في حياة النبي صلى الله عليه و سلم و لم ينكر عليهم و لو كان واجبا لبيّنه صلى الله عليه وسلم لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز.

وأن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر أركان الدين من الفرائض و بين الواجبات و لم يذكر من جملتها النكاح ، كما يتوصل بالنكاح إلى التحرز عن الزنا يتوصل بالصوم إليه لقوله صلى الله عليه و سلم:" يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوّج"، و لان النافلة لا تقوم مقام الواجب.

[1]– المرجع نفسه ،الصفحة نفسها ، و أنظر كذلك القرطبي،الجامع لاحكام القرآن المعروف بتفسير القرطبي تحقيق أحمد عبد العليم البردوني ،ط2، دار السعب القاهرة ن1372 ه ،ج 9،ص 327.

ثم إن القول بالوجوب فيه من الضيق و الحرج على الأمة لان الزواج قد لا يتيسر لكثير من الناس لأسباب عديدة في حين أن الشريعة جاءت لرفع الحرج .

و لذلك فإن القائل بأن الزواج مستحب هو الرأي الراجح بين المذاهب .

المبحث الثاني

أركان عقد الزواج و شروطه

نظرا لأهمية عقد الزواج و خطورته في المجتمع لكونه يتعلق بأعراض الناس، فقد أحاطه الشارع الحكيم بجملة من الضوابط و المقومات لا ينعقد إلا من خلالها .[1]

و يمكن تقسيم هذه المقومات إلى قسمين هما مقومات للانعقاد، و مقومات للصحة، و بمعنى آخر فالأولى تسمى أركان عقد الزواج و الثانية تسمى شروط صحّة.[2]

و لمعرفة هذه الشروط و الأركان أو ما تسمى بالمقومات سنقوم بتناولها في مطلبين: في المطلب الاول سنتعرض إلى أركان عقد الزواج في الفقه و القانون

و في المطلب الثاني سنتطرق إلى شروطه.

المطلب الأول : أركان عقد الزواج .

الركن في اللغة: الناحية القوّية،و أركان الشيء جوانبه ،التي يستند إليها ويقوم بها[3].

---

[1] – مرجع سابق، بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ،ص 54.

[2] –المرجع نفسه ،االصفحة نفسها .

[3]– مرجع سابق، عبد الله محمود خليل إبراهيم ،صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي و قانون الاحوال الشخصية ،ص 20 ،و انظر كذلك ابن منظور ،لسان العرب ،ج4،ص 235.

و الركن في الاصطلاح: هو ما يقوم به ذلك الشيء، و قيل ركن الشيء ما يتم به و هو داخل فيه بخلاف شرطه فهو خارج عنه[1].و المقصود بالوجود هنا هو الوجود الشرعي المعتبر الذي يعتد به و تبني عليه آثاره.

و كذلك هو الجزء الذي يتركب منه الشيء و يتحقق بوجوده ،بحيث إذا انتفى لم يكن له وجود كالإيجاب والقبول في عقد الزواج.

ولما كان وجود الصيغة يتطلب وجود العاقدين ، و المعقود عليها ، اقتصر أغلب الفقهاء على القول بأن أركان عقد الزواج منحصرة في ركني الإيجاب و القبول ، و بهذا الاتجاه أخذ قانون الاسرة الجزائري في التعديل الجديد [2].

و ركن الزواج عند الحنفية هو الإيجاب و القبول[3].، أما عند الجمهور غير الحنيفة فللزواج أربعة أركان هي :الصيغة المتمثلة في الإيجاب و القبول، و الزوج، و الزوجة، و الولي[4].

و ذكر العبدري في التاج و الإكليل[5].

---

[1] – المرجع السابق،عبد الله محمود خليل،صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية،ص 20،وراجع كذلك الجرجاني ،علي بن محمد : التعريفات ، تحقيق ابراهيم الأبياري،ط 1 ،دار الكتاب العربي ،بيروت ،1405ه ، ج 1 ،ص 149

[2] – بعد ما كانت المادة التاسعة قبل التعديل تحدد اربعة اركان للزواج (الرضا والولي ،و الصداق و الشاهدان).

[3] – مرجع سابق ،عبد الله محمود خليل صوّر مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ص235 ، انظر كذلك ابن بكر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،ط1، دار المعرفة بيروت ،ج5، ص 283.

[4] – المرجع نفسه ، الصفحة نفسها، و راجع كذلك الدسوقي : حاشية الدسوقي ، ط1، دار الفكر بيروت ،ج2، ص 294.

[5]– المرجع نفسه ،الصفحة نفسها.

* هو محمد بن يوسف بن إبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي ، أبو عبد الله ، الموافق، فقيه مالكي كان عالم غرناطة و إمامها و صالحها في وقته، له التاج و الإكليل في شرح مختصر خليل و سنن المهتدين في مقامات الدين توفي سنة 897 ه .

و المغربي في مواهب الجليل[1].و هما من المالكية و غيرهما أن الصداق ركن من اركان الزواج .

وذكر الشربيني من الشافعية في الإقناع[2]،و إبن زكريا في فتح الوهاب ان اركان الزواج خمسة : صيغة، و زوجة، و زوج ، وولي وشاهدين.

و لقد اخذ القانون بمذهب الحنفية حيث نصت المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية الأردني[3]،على أن الزواج ينعقد بإيجاب و قبول الخاطبين أو و كيليهما في مجلس العقد[4].

و ذلك يدل على أنّ الرّكن الوحيد الذي يتوقف عليه عقد الزواج هو الإيجاب و القبول أو ما يسمّى بالصيغة ، و الإيجاب هو ما يصدر أولا من كلام احد المتعاقدين و القبول هو ما يصدر ثانيا من كلام العاقد الآخر والذي صرح بالموافقة على ما ورد في كلام الأول[5].

و كذلك نصت المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري المعدل على أنه:" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ".

---

[1]– المغربي هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني ، أبو عبد المعروف بالحطاب (902–954 ه)، فقيه مالكي من علماء المتصوفين اصله من المغرب ولد و اشتهر بمكة ، ومات في طرابلس المغرب من كتبه قرة العين بشرح ورقات غمام الحرمين في الأصول ،و تحرير الكلام في مسائل الإلتزام ،و هداية السالك المحتاج ، و مواهب الجيل في شرح مختصر خليل في فقه المالكية .

[2]– هو عبد الرّحمن بن أحمد ،فقيه شافعي أوصولي مصري ،ولي مشيخة الجامع الازهر من 1322ه–1324 ه و كان ورعا زاهدا لم يتزلف لكبير توفي في القاهرة سنة 1326ه .

[3]– الاردن ،قانون الاحوال الشخصية الاردني (قانون رقم 61 لسنة1976) ، نشر هذا القانون على (الصفحة 2756 ،الجريدة الرسمية رقم 2668،بتاريخ 1976/12/01) ، المادة 14.

[5]–مرجع سابق، عبد الله محمود خليل ابراهيم ،صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ص 101، و انظر كذلك الشريني محمد الخطيب ، الإقناع ، ط1،دار الفكر بيروت،1415 ه .ج2،ص 408.

ما يتضح من خلال نص هذه المادة أن ركني عقد الزواج هما الإيجاب و القبول أو ما يسمى بالصيغة [1].

و لكي نتعرف أكثر على معنى الصيغة و الألفاظ الدالة عليها و موقف القانون منها سنتعرض لها في الفرع الآتي:

الفرع الأول: الصيغة و أحكامها:

للحديث عن التراضي أو الرضا يستلزم وجود الإرادة و ليس هذا فحسب بل يستلزم بالإضافة إلى ذلك أن تكون هذه الإرادة معتبرة و أن تكون خالية من أي عيب يؤثر في صحتها.

و معنى أن تكون الإرادة معتبرة أن تصدر من شخص ذو أهلية أي يكون الشخص الذي يعبر عن إرادته أهلا لهذا التعبير، بأن يكون بالغا راشدا يمكنه أن يبرم عقد الزواج بنفسه أي يكون قد أكمل سن19 سنة، بالنسبة للرجل و المرأة ، كما قضت بذلك المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري المعدل[2]، بنصها على :" تكتمل اهلية الرجل و المراة في الزواج بتمام 19 سنة ، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات".

و لما كان موضوع التراضي يتطلب وجود العاقدين بالاصالة أو بالوكالة و كذلك وجود الصيغة أي الإيجاب و القبول فإننا سنبدأ بالحديث عن الإيجاب و القبول و مواصفات كل منها.

[1] – الدكتور عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، ص52.

[2] – مرجع سابق، بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ،ص 56،.

أولا /تعريف الإيجاب : هو ما يصدر أولا من احد المتعاقدين للدلالة على إرادته في إنشاء عقد الزواج و هذا الايجاب يتطلب مواصفات معينة هي :[1]

1 -أن يكون باتا بمعنى نهائيا و صريحا .
2 -أن يصل إلى علم الطرف الآخر كي يصلح أن يقترن به فيما بعد قبول.

ثانيا/القبول: هو ما يصدر ثانيا من العاقد الآخر للدلالة على رضاه و موافقته على ما أوجبه الأول و ينبغي أن يتوفر فيه ما يلي:[2]

1 أن يكون باتا و صريحا .
2 أن يأتي متطابقا مع الإيجاب حتي ينعقد العقد .

و قد سبقت الإشارة إلى أن الرضا يعد ركنا بحسب التعديل الجديد في المادة 09 من قانون الاسرة الجزائري المعدل .

و أما طرق التعبير عن الارادة في الإيجاب و القبول فلا تخرج عن نطاق القواعد العامة و هي التعبير بالعبارة و الكتابة، و الإشارة ،أو بأي طريقة تفيد معنى النكاح شرعا، و هذا باتفاق الفقهاء مع اختلاف في ترتيبها .

و قد نصت على ذلك المادة 10 من قانون الاسرة الجزائري :" يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معني النكاح شرعا" .

و يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة".

ثالثا/ شروط الصيغة : الشروط الواجب توافرها في الإيجاب و القبول هي:[1]

---

[1] – المرجع السابق ، بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ،ص 57.

[2] – المرجع السابق ،بن شويخ الرشيد.الصفحة نفسها .

1 -أن تكون دالة على إنشاء العقد : الاصل قي صيغ العقود أن تكون بلفظ الماضي لأنه يدل على إنشاء العقد ، أما صيغ المضارع و الأمر فإنها لا تدل على إنشاء العقد إلا بقرنية لاحتمالها المساومة أو التمهيد لإنشاء العقد، و قد استثنى عقد الزواج من بين العقود فأجيز أن ينشأ بلفظين أحدهما للماضي و الاخر للمستقبل أو الحال ، لأن الذي يمنع الإيجاب بصيغة المستقبل هو إحتمال المساومة و ذلك بعيد في عقد الزوج لأنه تسبقه تمهيدات و مقدمات تبعد معنى المساومة و تعين إرادة إنشاءالعقد في الحال

2 -أن لا تكون الصيغة معلقة على شرط غير متحقق : و ذلك بأن يجعل تحقق إنشاء عقد الزواج معلقا على وجود أمر آخر يمكن أن يتحقق ، كقوله لها : تزوجتك إن نجحت أو إن توظفت ،ففي هذه الحالة لا ينعقد النكاح، و لو تحقق الشرط الان عقد النكاح ينتج أثاره فورا و ههذه لصيغة تنافيه.

أما إذا كان التعليق على أمر قد تحقق بالفعل عند التلفظ بالصيغة أو قبل ذلك انعقد العقد و ذلك كقولها له : زوجتك نفسي إن نجحت و كان قد نجح ، فقال : قبلت الزواج ،صح العقد[2].

و قد أخد القانون بهذا الشرط حيث جاء في المادة 18 من القانون الأردني :" لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل و لا المعلق على شرط غير متحقق" .

3 -أن لا تكون الصيغة دالة على التأقيت:[3] لقد سبق و ان بينا بأن الغاية من الزواج اشتراك الرجل مع المرأة في حياة زوجية من أجل إيجاد نسل ، و العقد هنا لا بد ان يكون مؤبدا غير مؤقت .

---

[1] – محمود علي السرطاوي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، ط3 ،2010، دار الفكر ص 32.

[2] – المرجع السابق،محمود علي السرطاوي ،الصفحة نفسها ، و انظر كذلك حاشية المغني ،الجزء 7 ، ص 16، و حاشية ابن عابدين ، الجزء 2، ص 267-294.

[3]–المرجع نفسه ، الصفحة نفسها ،و أنظر كذلك فتح الوهاب ، الجزء 2،ص 34.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن التأقيت يبطل عقد الزواج و ذلك في صورتين، الصورة الأولى زواج المتعة و الثانية الزواج المؤقت ، وهما من الانكحة الباطلة لان النكاح لأجل هو نكاح متعة ،و زواج المتعة لا يحقق الغرض من النكاح[1].

الفرع الثاني :

موقف قانون الأسرة الجزائري من أحكام الصّيغة

لقد نصت المادة العاشرة من قانون الأسرة الجزائري على بعض هذه الاحكام فقد جاء فيها :" يكون الرضا بإيجاب أحد الطرفين و قبول الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ...." و عليه يشترط لصحة عقد الزواج رضا الطرفين بواسطة ألفاظ تفيد معنى النكاح لغة أو شرعا أو عرفا في مجلس واحد و بحضور شاهدين و تسمية المهر للزوجة ،أما إذا تخلفت الصّيغة فإن الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا لاختلال أحد أركانه الأساسية ، لانعدام حرية الاختيار أما مدونة الاسرة المغربية فنصت في المادة العاشرة على انه : " ينعقد الزواج بإيجاب من احد المتعاقدين و قبول من الآخر بألفاظ تفيد معني الزواج لغة أو عرفا .

يصح الإيجاب و القبول من العاجز عن النطق بالكتابة ، إن كان يكتب ، و إلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر و من الشاهدين"[2].

و لذلك فإن الفقهاء قد حكموا ببطلان نوعين من عقود الزواج لتناقضهما مع شرط التأبيد و هما نكاح المتعة و الزواج المؤقت .

و مثال هذا الموضوع ما يسمي بزواج المحلل و هو موضوعنا المقصود بالدراسة في الفصل الثاني و الذي سنتناوله بالتفصيل

[1] – مرجع سابق، بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، ص 59.

[2] – المغرب ، مدونة الأسرة المغربية ، (قانون رقم 70/03) المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 ه (3 فبراير 2004) .

المطلب الثاني : شروط عقد الزواج .

الشرط في اللغة : إلزام الشيء و التزامه.[1]

أما في الإصطلاح: ما يتوقف عليه الشيء من غير أن يكون داخلا فيه أو هو مالا يوجد الشيء بدونه و لكن لا يلزم أن يوجد عنده.[2] أو هو الذي يتوقف عليه المؤثر في تأثيره لا في ذاته ، أو هو ما يستلزم نفيه نفي الآخر لا على جهة السببية[3].

و لابد لكل عقد حتى يكون معتبرا و يرتب آثاره الشرعية التي أنشئ من أجلها .أن تتوافر أركانه و شروطه و في عقد الزواج أنواع من الشروط منها شروط لانعقاده و ثانية لصحته و ثالثة لنفاده و رابعة للزومه ، فالانعقاد هو الأساس ، فإذا وجد يأتي دور الصحة فإذا توفرت يبحث هل هو نافذ أم لا ؟

فإذا ثبت النفاذ يبحث فيه هل هو لازم أم لا؟

و فيما يأتي بيان لكل نوع من هذه الشروط :

الفرع الاول :

شروط الإنعقاد و شروط الصحة

أولا : شروط الانعقاد:و هي الشروط التي يلزم توافرها في أركان العقد ، و إذا تخلف شرط منها كان العقد باطلا بالاتفاق ، و من هذه الشروط ما يتعلق بالعاقدين و منها ما يتعلق بالصيغة .

1 -**شروط العاقدين** : يشترط فيمن يأتي عقد الزواج ، و إن كان يعقد لنفسه أو لغيره عدة شروط :

---

[1] – مرجع سابق.عبد الله محمود خليل ،صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية ،ص 22 و انظر كذلك لسان العرب ابن منظور ، دار الكتب العلمية بيروت 1993، ج1 ،ص 665 .

[2] – المرجع نفسه ، الصفحة نفسها ، راجع كذلك الشربيني مغني المحتاج ،الجزء 1،ص 184.

[3] – المرجع نفسه ، الصفحة نفسها، و انظر كذلك الشوكاني : ارشاد الفحول ، دار الفكر بيروت ،1992، الجزء 1، ص 260.

أ -يشترط في العاقد أمران[1]الأول أهلية التصرف بأن يكون العاقد لنفسه أو لغيره و الثاني أهلا لمباشرة العقد ، و أن يكون بالغا كامل الأهلية .

و الثاني سماع كلام الاخر و فهمه بأن يسمع و يفهم كل من العاقدين لفظ الآخر و يلحق بذلك الكتابة من الغائب و الاشارة المفهومة من الأخرس.

ب – و يشترط في المرأة المعقود عليها أمران :

أن تكون انثى محققة الأنوثة، و أن لا تكون محرمة على الرجل كابنته و أخته و سائر المحرمات عليه.

و لقد أفرد القانون للمحرمات من النساء فصلا كاملا في ثمان مواد بعض تلك المحرمات يكون على التأبيد، و بعضها حرمتها مؤقته تزول بزوال سببه، و الحرمة المؤبدة قد تكون للنسب أو للمصاهرة أو الرضاع و الحرمة المؤقتة لها أسباب كحرمة الجمع بين الاختين فإن ماتت زوجته أو طلقها جاز له نكاح أختها[2].

ت – أما الصيغة فيشترط لانعقاد الزواج بها أن تتوافر فيها جملة من الامور أهمها:

- أن يتفق الإيجاب و القبول من كل وجه بمعنى أن يكون القبول موافقا للإيجاب من حيث ما ورد فيه من المعقود و من المهر ، فإذا خالف القبول الإيجاب في شيء من ذلك بطل العقد ، إلا إذا كانت المخالفة لصالح الموجب ، فالمخالفة لا تضر و لا تمنع انعقاد عقد الزواج[3]، كما يشترط في الصيغة أن يتحد مجلس الإيجاب و القبول و أن يبقى الموجب على إيجابه حتى يقبل الأخر .

---

[1] – المرجع السابق ،عبد الله محمود خليل.صور مستحدثة لعقدالزواج في ضوءالفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية. ص 23 ، و راجع كذلك مصطفى شلبي احكام الاسرة في الإسلام ،صنفسه

[2] – المرجع السابق. ص24.

[3] – المرجع نفسه ،ص نفسها ، وانظر كذلك الشربيني :مفتي المحتاج ، ج3، ص 148

- كما يشترط في الصيغة أن تكون منجزة من غير تعليق على شرط أو إضافة إلى المستقبل ،و قد جاءت المادة 18 من القانون الاردني لتقرر :" لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل و لا على شرط غير متحقق."
- اتحاد مجلس الإيجاب و القبول.

2 التعبير عن الإرادتين من حيث اللّفظ و الصّيغة:

أحوال التعبير عن إدارتي الطرفين في عقد الزواج تظهر في ثلاث أوجه و هي:[1]

أ –الألفاظ المستعملة في العقد: إن عقد الزواج لا ينعقد إلا بالألفاظ الدالة عليه، سواء أكانت حقيقة لغوية في دلالتها عليه أم مجازا..

و في ذلك تقول المادة 10 من قانون الاسرة الجزائري المعدل :" يكون الرضا بكل لفظ يفيد معني النكاح شرعيا ".

و يمكن حصر ألفاظ عقد الزواج ، حسب ما يراه الفقهاء في أربع مجموعات :

- فأولها: يستعمل فيها لفظ الزواج و النكاح، و هي دالة صراحة على إرادة الطرفين في إبرام عقد الزواج.
- ثانيها : الالفاظ الدالة على تمليك الأعيان في الحال بغير عوض كلفظ الهبة [2].

وقد أخذ بذلك مالك و أبو حنيفة و ابن حنبل ، استنادا لقوله تعالى : " و امرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي، إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين" الاحزاب :50.و في ذلك لفظ مجازي .

- ثالثها : الألفاظ الدالة على تمليك الأعيان في الحال بعوض ،إذا قصد بها معنى الزواج و من كان على هذا الرأي ، يفسّره بأن اللفظ الذي اقترن بما يدل على

[1] –الغوثي بن ملحة ، قانون الاسرة على ضوء الفقه و القضاء ،ص 40.

[2] – المرجع السابق، الغوثي بن ملحة ، قانون الاسرة على ضوء الفقه و القضاء ،ص 49.

إرادة إبرام عقد الزواج ،يفيد ملك العين الذي يقتضي حل المتعة، كان مستعملا في حقيقة معنى الزواج فيجوز.

- رابعها :الألفاظ التي تدل على تمليك المنفعة في الحال ، و هذا قول منفرد ، على أن جمهور الفقهاء ، يرى أنه يصطدم بحقيقة الزواج الذي هو غير الحصول على المنفعة و ما هو الامر بالنسبة غلى استعمال اللغة في انعقاد عقد الزواج بغير اللغة العربية؟[1]

لقد أجمع الفقهاء على انه يجوز انعقاد الزواج بغير اللغة العربية إذا كانت الالفاظ تدل على معنى الزواج في اللغة التي اختارها المتعاقدان أو ينطقان بها .

ب – حكم العاجز عن التكلم : و في ذلك نصت المادة 10 الفقرة الثانية منها من قانون الأسرة على ما يلي :

" و يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معني النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة "

و عليه يجوز انعقاد الزواج إذا كان احد العاقدين لا يستطيع الكلام ، باستعمال الاشارة التي يفهم منها معنى الزواج ، هذا إذا كان العاجز لا يحسن الكتابة[2].

أما إذا كان يحسن الكتابة ، فتفضّل هذه الاخيرة على الإشارة التي هي اقصى الطرق للتعبير.

ت_ حكم انعقاد عقد الزواج عن طريق المراسلة أو الكتابة : يصح ان يكون التعبير عن الإرادة في عقد الزواج ، سواء في الإيجاب أو القبول ، بالمراسلة ، إذا لم يكن المتعاقدان في مكان واحد كأن يكتب الرجل إلى المرأة أو وليها ، كتابا ، فتجيب هي أو وليها بالقبول لكنه يشترط في ذلك أن يتم بحضور شهود يكونوا على علم بمضمون

[1] – المرجع السابق، الغوثي بن ملحة. قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء. الصفحة نفسها .

[2] – المرجع نفسه،الغوثي بن ملحة ،ص 42.

كتاب الإيجاب و يشهدون على القبول ، بأن تقول المرأة مثلا زوجت نفسي منه ، أو قبلت الزواج به و هكذا تنطوي شهادة الشهود على شطري العقد بالنسبة لركن الرضا ،من إيجاب و قبول .

ث- حكم الصيغة المستعملة في عقد الزواج : يجب ان تكون الصيغة في عقد الزواج قاطعة الانشاء في الحال، و عقد الزواج لا يقبل الصيغة المضافة أو المعلقة لأن الصيغة المعلقة تفيد انشاء العقد في المستقبل ، عند وجود أمر يمكن أن يكون أو لا يكون ، و هذا لا يتفق مع حقيقة عقد الزواج[1].

و كذلك يجب في صيغة عقد الزواج أن لا تكون دالة على التأقيت ، و ألا يقترن بها ما يدل ضمنيا على التاقيت ، لأن الغاية من عقد الزواج حل العشرة و دوامها و تكون أسرة و ما ينجر عنها.

ثانيا: شروط الصحة.

و هي تلك الأمور التي لابد من توافرها في عقد الزواج لكي ي

كون صالحا ليرتب أثاره الشرعية بعد أن ينعقد، بحيث لو غاب منها شرط فاتت هذه الصلاحية وعندها يسمى العقد فاسدا.[2]

ولكي يتم إبرام عقد الزواج من الناحية القانونية يقتضي القانون جملة من الشروط نص عليها في المادة التاسعة مكرر غير أنه لم يحدد طبيعتها وهي شروط الصحة.

1 -**أهلية الزواج:** معنى أهلية الزواج هي صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج.

[1] – المرجع السابق، الغوثي بن ملحة.قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء.ص 43.

[2] – عبد الله خليل إبراهيم، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ص25.

إذ تنص المادة 40 من ق.م.ج على ما يلي:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد (19) سنة كاملة" هذا هو سن الرشد المدني.[1]

وقد كانت أهلية الزواج قبل التعديل محددة بسن 21 سنة للرجل وسن 18 سنة للمرأة غير أنه وأمام الانتقادات التي وجهت للقانون تم تعديل النص القانوني وأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين بتمام سن الرشد المدني أي 19 سنة كاملة، حيث جاء النص المعدل كما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام سن 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".[2]

أما فيما يتعلق بالسن القانونية للزواج (19) سنة فهو منطقي تماشيا مع سن الرشد المدني إلا أن الإشكال يقع في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية لأنه يصبح الذكر زوجا يتحمل مسؤولية أسرة وليست له السلطة للتصرف في امواله لكونه ناقص الاهلية .اي يكون خاضع لأحكام الولاية على المال من طرف وليه او وصيه حسب الاحوال (المادة 81 ق.أ) لم يحدد السّن الأدنى الذي يمكن للقاضي أن يصل إليه مع مراعاة الضوابط الأخرى

[1] – مرجع سابق،بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص60.

[2] – كان من الأفضل أن يرشد الزوج القاصر بمجرد الزواج ولا يقتصر الأمر فقط على اكتسابه لأهلية التقاضي في نطاق آثار الزواج فقط، فهل من المعقول أن يصبح الذكر زوجا يتحمل مسؤولية أسرة وليست له السلطة في التصرف في أمواله لكونه ناقص أهلية، اي يكون خاضع لأحكام الولاية على المال من طرف وليه أو وصيه حسب الأحوال (المادة 81 من ق أ).

المنصوص عليها في القانون وهي القدرة الجسدية والمادية بالإضافة إلى القدرة على تحمل المسؤولية.[1]

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فنصت في الفصل الخامس على موضوع الأهلية في الزواج وهي 20 سنة للرجال و 17 سنة للنساء كما أجازت الزواج دون السن القانونية بإذن خاص من المحكمة لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين.[2]

ما يمكن ملاحظته هو أن المشرع الجزائري ربط سن الزواج بالأهلية وهذا لا يتصل بالبلوغ لكن له علاقة بحكم المادة 81 ،فيما يخص فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو لجنون أو لعته وعليه لم يبين قانون الأسرة حكم الزواج بالنسبة للمجنون والمعتوه.

2- الولي: للولي في اللغة معنيان ،أحدهما الناصر المعين وثانيهما القائم بأمر الشخص والمتولي شؤونه.

والولاية بكسر الواو وفتحها لغة: هي النصرة والقدرة وعند الفقهاء تعني سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتب آثارها عليها دون أن توقف إجازة أحد.

والولاية حق شرعي ينفذ بمقتضاها الأمر على الغير جبرا عنه ... وهي ولاية عامة وولاية خاصة وولاية عل لنفس وولاية على المال.[3]

والولاية المقصودة هنا هي الولاية على النفس في الزواج.

---

[1] – المرجع السابق، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص61.

[2] – المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[3] –الولاية على النفس نوعان: ولاية إجبار وولاية ندب واستحباب أي اختيار، انظر محمد على السرطاوي، شرح قانون لأحوال الشخصية الأردني، ط 3، ص47.

والولي في الشرع والقانون هو أبو الزوجة أو الوصي أو الأقرب منها لقوله- صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي" وقول عمر رضي الله عنه : لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها والسلطان.

و رأى الجمهور: أن النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها فإن عزمت ذلك حتى ولو كانت بالغة رشيدة وعاقلة لا يصح النكاح وهو رأي مجموع الصحابة رضي الله عنهم.

ومن أدلّتهم على ذلك حديث عائشة رضي الله عنها: "أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا[1] فالسلطان ولي من لا ولي لهّ".

أ- شروط الولي:

للولي شروط متعددة بين الفقهاء فمنها ما هو متفق عليها وهي:[2]

* كمال الأهلية أو البلوغ والعقل لأن الولاية لا تكون للصبي أو المجنون أو المعتوه لأن كل شخص من هؤلاء لا يقدر على تحقيق مصالحة فكيف له أن يتولى مصالح الغير.

* اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه فلا يزوج الكافر المسلمة لقوله تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا" النساء 141 وهذا ما قال به جمهور الحنفية والحنابلة وقال به الشافعية وغيرهم.

[1] – اشتجروا: وقع النزاع بينهما.

[2] – مرجع سابق، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص62.

1- الذكورة: وهو شرط عند الجمهور، فمن المستحيل أن تثبت ولاية الزواج للأنثى[1] لأن المرأة تثبت لها الولاية على نفسها وليس على غيرها.

أما الحنفية فاعتبروا الذكورة ليس شرطا فالمرأة البالغة العاقلة يمكن أن تثبت لها ولاية التزويج بطريق الوكالة.

2- العدالة: وهي إستقامة الدين وهي شرط عند الشافعية والحنابلة فلا ولاية لغير العدل لما روي عن ابن عباس: "لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد" في حين لم يشترط الحنفية والمالكية العدالة في ثبوت الولاية.

3- الرّشد: فلقد اختلف الفقهاء حول هذا الشرط فقال الحنابلة الراشد هو الشخص الكفء والذي يعرف مصالح الناس في حين قال الشافعية هو الشخص الذي يحسن التصرف في المال.[2]

أما ق. أ. ج. فقد نص قبل التعديل الجديد في المادة 12 على أن: "يتولى زواج المرأة وليها" ولم يسمح كما هو واضح من النص من أن تنفرد بإبرام العقد وقد ألغيت هذه المادة بمقتضى التعديل الجديد.

وأما المادة 11 المعدلة فنصت على ما يلي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".

و واضح من خلال هذا النص أن القانون قد كرس حق المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها بمقتضى التعديل الجديد وقد جعل حضور الولي كشرط فقط في هذا العقد سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره وهذا ما يفتح الباب للتفسير لأن "أو" المذكورة في

[1] -مرجع سابق، دار العلوم للنشر والتوزيع الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، ص18.

[2] - المرجع السابق، ص18.

النص تفيد التخيير، وبالتالي تستطيع المرأة التخلي عن الولي (الأب) وتختار غيره وهذا الشرط يتنافى وعاداتنا وتقاليدنا في البلاد العربية الإسلامية.

من خلال ما تقدم نلاحظ أن المشرع لم يجعل الولي شرط إلزاميا في العقد وإنما جعل حضوره تفويضا من المرأة لمباشرة عقد الزواج بدلا عنها.

أما ما يتعلق بزواج القصر في حالة الترخيص بالزواج فيتم إبرام عقد زواجهم بحسب القانون الجزائري بواسطة الولي وهو الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له وهذا حسب نص المادة 11 الفقرة الثانية.

وما يكمن استخلاصه هنا هو أن القانون الجزائري قد أقر سلطة التزويج لقاصر فقط.

ب- أنواع الولاية: الولاية نوعان:[1]

1- ولاية على المال: وهي سلطة التصرف في المال سواء أكانت قاصرة أم متعدية وليست هي موضوع الدراسة.

2- ولاية على النفس: وهي سلطة إنشاء عقد الزواج وهي المقصودة في دراستنا والولاية على النفس أيضا نوعان:

ولاية قاصرة وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد.

ولاية متعدية وهي سلطة تزويج الإنسان غيره.

* **الولاية القاصرة على النفس:** اتفق الفقها على أن الولاية القاصرة على النفس تثبت للرجل البالغ العاقل فإذا زوج نفسه لمن يريد الزواج بها كان زواجه هذا صحيحا، وليس لغيره حق الاعتراض على التصرف الذي صدر منه ما دام أمرا مشروعا .أما المرأة البالغة العاقلة فقد

[1] - مرجع سابق، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص62.

اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية لها. والرأي الراجح الذي نراه يتماشى مع النصوص الواردة ويتماشى مع طبيعة المجتمع من أنه لابد في عقد الزواج من رضا المرأة ووليها بكرا كانت أو ثيبا على أن الزواج في حقيقة الأمر لا يربط بين زوجين فحسب بل يربط بين أسرتين برباط الألفة والمحبة ويضيف إلى أسرة الزواج والزوجة عضوا جديدا يختلط بها ويطلع على أسرارها.

فلا يصح في عقد كهذا أن يهمل فيه رأي المرأة باعتبارها طرفا في عقد الزواج أو يتغاضى فيه عن رأي الولي حفاظا على كيان ومصلحة الأسرة.[1]

أما قانون الأسرة الجزائري فقد نص قبل التعديل الجديد في المادة 12 على أن يتولى زواج المرأة وليها ولم يسمح لها كما هو واضح من النص من أن تنفرد بإبرام العقد وقد ألغيت هذه المادة بمقتضى التعديل الجديد.

أما المادة 11 المعدلة فنصت على ما يلي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"

واضح من خلال هذا النص أن القانون قد كرس حق المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها بمقتضى التعديل الجديد واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد سواء أكان أبا أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره وهو ما يفتح الباب أمام التأويل.[2]

* **الولاية المتعدية على النفس:** وهي سلطة تزويج الإنسان غيره جبرا عنه وهي نوعان:[3]

[1] – المرجع السابق، بن شويخ الرشيد. شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل.ص65.

[2] – المرجع نفسه، ص65.

[3] – المرجع نفسه، ص66.

ولاية إجبار: وهي التي يستبد الولي فيها بتزويج من في ولايته بغير إذنه ورضاه وهي التي تعتبر ولاية كاملة فولاية الإجبار تثبت على الصغير أو من في حكمه بالنسبة للذكر وتثبت للصغيرة بالنسبة للبنت كانت بكرا أو ثيبا.

ولاية اختيار: وهي التي لا يستطيع الولي أن يستند بتزويج المولى عليه بل لابد من مشاركة الزوجة وليها الاختيار، ويتولى الولي عقد الزواج.

أما من تثبت له الولاية فأغلب الفقهاء يرون بأنها تكون للأب والجد وزاد البعض العصبات على طريقة المواريث بمعنى جميع الأقارب الأقرب فالأقرب فإذا لم يوجدوا تنتقل إلى ذوي الأرحام وتنتهي إلى السلطان لأن السلطان ولي من الولي له.

وأما ولاية الاختيار فتثبت على الثيب البالغة، البكر البالغة التي رشدها أبوها، اليتيمة الصغيرة إذا خيف عليها الفساد.

وقد أخذ قانون الأسرة بولاية الاختيار بشأن القاصر فقط في المادة 13 المعدلة التي تنص على أنه: "لا يجوز للولي أبا كان وغيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز أن يزوجها بدون موافقتها".

3- المهر أو الصداق:

تعريفه: المهر هو الحق المالي الذي أوجبه الشارع على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو الدخول بها ويسمى بالصداق، أو الأجر، أو الفريضة ، ونحو ذلك كما هو مذكور في القرآن الكريم.[1]

كما يعتبر الصداق في قانون الأسرة شرطا من شروط الزواج بحيث أن المادة التاسعة مكرر تقر بأنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: .... الصداق"

[1] – المرجع السابق،بن شويخ الرشيد. شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل. ص73.

وهو في الحقيقة حق من حقوق الزوجة لقد قال تعالى: "وأتوا النساء صدقاتهن نحلة ..." النساء: 04.[1]

ولقد عرف بعض الفقهاء الصداق بأنه المال الذي يجب للمرأة على الرجل في مقابل ملكه الاستمتاع بها بسبب عقد الزواج" فهذا التعريف يتنافى مع قداسة عقد الزواج.

و المهر عند الحنفية هو أثر من آثار الزواج وليس ركنا من أركانه، فإذا انعقد العقد تم الزواج حتى ولو لم يسمى المهر لأنه يمكن الرجوع إلى مهر المثل.

أما المالكية فهم يعتبرونه ركنا من أركان العقد لأن الزواج لا يصح دون المهر.

و الحنفية لا يفرقون بين حالة كونه ركنا أو شطرا ويعتبرون العقد صحيح حتى ولو اشترط نفي المهر.

مشروعيته ومدلوله: المهر أو الصداق واجب ومشروع بالكتاب والسنة والإجماع فمن القرآن قوله تعالى: "فآتوهن أجورهن فريضة" النساء: 24 ،ومن السنة ما روي عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى أن عبد الرحمن بن عوف درع زعفران فقال النبي – صلى الله عليه وسلم– مهيم[2] فقال: يا رسول الله تزوجت امرأة فقال: ما أصدقتها قال: وزن نواة من ذهب فقال بارك الله لك أو لّم بشاة.[3]

ومن الإجماع فقد أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الصداق في النكاح.[4]

---

[1] – مرجع سابق،محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص97.

[2] – كلمة يمنية معناها: مالك؟.

[3] –مرجع سابق، محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية ص97، وانظر كذلك السنن الكبرى الجزء 7، ص236.

[4] – المرجع نفسه ص98

ولقد نص قانون الأسرة الجزائري على أحكام المهر في المواد 14 إلى 17 المعدلة فقد أوجبت المادة 15 المعدلة تسمية المهر أثناء العقد بنصها على ما يلي: "يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا وفي حالة عدم تحديد الصداق تستحق الزوجة مهر المثل".[1]

ولقد عبر القانون الجزائري عن المهر بكلمة الصداق وهو شرط من شروط عقد الزواج كما نصت على ذلك المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة.

و يمكن أن يكون الصداق نقودا أو أشياء أخرى ذات قيمة مما هو مباح شرعا وهو ملك للزوجة ولها فيه حرية التصرف وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة عشر من ق، أ، ج.

وما يمكن ملاحظته على المشرع الجزائري أنه لم يحدد الحد الأدنى للصداق تاركا ذلك لظروف الزوجين.

أنواع المهر: المهر نوعان: المهر المسمّى ومهر المثل.[2]

المهر المسمّى هو ما اتفق عليه في العقد الصحيح أو فرض بعده التراضي.

ومهر المثل وهو مهر امرأة من قوم أبيها كأختها أو من تماثلها فيما يعتد به من صفات النساء من السن، والجمال، والمال، ونحو ذلك من الصفات.

وإذا لكم توجد من تماثلها من أسرة أبيها بما ذكرنا من الأوصاف، اعتبر مهر المثل بمهر امرأة تماثلها من أسرة ، كأسرة أبيها.

الحكمة من وجود الصداق: إن في إيجاب المهر على الرجل توافقا مع الفطرة البشرية التي فطر الله عليها كل من الرجل والمرأة فالرجل أقدر على العمل عن المرأة فكان عليه كسب

[1] –مرجع سابق، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص74.

[2] – المرجع السابق ، ص75.

المال والمرأة عليها العمل في البيت، ولو كلفت المرأة بالعمل لجمع المال من أجل المهر لكان في ذلك امتهان وإهدار لعفتها ويلحظ هذا في المجتمعات التي تجعل المهر واجبا على المرأة، ولهذا أكرم الإسلام المرأة ولم يكلفها مثل هذا العناء، وجعل المهر واجبا على الرجل ليكون رمزا منه لإكرام المرأة ودليلا على رغبته فيها ببذل أعز ما يملك.

وإن في جعله واجبا على الرجل يجعل الرجل أكثر ترويا في إيقاع الطلاق لما يلحق به من ضرر ولأن مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة، ولا تحصل على الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرمّة عند الزوج، ولا عزة بانسداد طريق الوصول إليها إلا بمال له خطر عنده.[1]

4- الشهود: من الشروط الضرورية التي يتطلبها عقد الزواج شرط الإشهاد، بمعنى أن يتم عقد الزواج بحضور شهود لأن عقد الزواج له خطره ومكانته في المجتمع، فكان من اللازم إعلانه، والابتعاد عن مكانته وإخراجه من السرية.

وقد أكد على ذلك قول الرسول (صلى الله عليه وسلم) في قوله "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل".

ولذلك سنتحدث عن هذا الشرط من حيث بيان اراء الفقهاء في اشتراطه في العقد واشتراطه من قبل المشرع وحثه عليه من خلال إدراجه في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة.

* **حكم الإشهاد على الزواج:** من خلال ملاحظة أقوال وآراء العلماء يتبين لنا أنهم قد أجمعوا على إثبات الزوج و توثيقه، ولكن اختلفوا في حكم الإشهاد على هذا العقد على عدة آراء سنوضحها فيما يلي:

[1] – المرجع السابق .بن شويخ الرشيد.، ص99، وراجع كذلك حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، ص294.

* إن الشهادة هي شرط لكي يكون العقد صحيح، فلا يكون عقد الزواج صحيحا[1]بدون الشهادة غير الولي، وهذا ما قال به جمهور الفقهاء، ومنهم أئمة المذاهب الأربعة، وكذلك بعض الصحابة كعمرو وعلي وابن عباس وغيرهم من التابعين رضي الله عنهم.

ولقد استدلوا على ذلك بأدلة من القرآن والسنة والمعقول كما يلي:

أ- من السنة: عن ابن عباس رضي الله عنه قال: "لا نكاح إلا ببينة".[2]

ب- من الإجماع: لقد أجمع الصحابة والتابعون على وجوب الإشهاد على الزواج.

جـ- من المعقول: لقد استدل أصحاب هذا الرأي بعدة حجج أهمها:

* إن الزواج تترتب عليه حقوق وواجبات لا تقتصر على الزوجين بل تتعدى إلى الغير ومن أهمهم الأولاد، وأن عدم الإشهاد يعني عدم توثيقه، ويعني ضياع بعض الحقوق تترتب عنها أضرار وخيمة والإشهاد مانع لذلك، فيتعين وجوبه في النكاح لما فيه من حفظ الواجبات.

* قال المالكية بأن الإشهاد ليس شرطا للزواج بل هو للدخول فقط، وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

أ- من السنة: عن عبد الله بن الزبير عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أعلنوا النكاح".

ب- من المعقول: استدلوا بأن الزنا لا يكون إلا سرا لكونه حراما، والنكاح يكون عكس ذلك لأنه حلال، وتنتفي السرية عن الزواج بمجرد إعلانه وذلك لنفي التهمة وحفظ الحقوق.

---

[1] – سمية عبد الرحمن عطية بحر، "عقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي"، (رسالة ماجستير كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية غزة)، 2006م، ص24.

[2] – المرجع السابق،الصفحة نفسها، وأنظر سنن الترمذي (كتاب النكاح) باب لا نكاح إلا ببينة، الجزء 3، ص411، ح 1104 والأثر يصح موقوفا على ابن عباس.

* الشهادة ليست شرط الزواج ويصح بدونها، وهذا قول جمهور العلماء وأدلتهم في ذلك:

أ- من الكتاب: قول الله تعالى: "فانكحوا ما طاب لكم من النساء" النساء: 03.

وقوله أيضا: "وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم..." النور: 32.

ب- من السنة: إن الأحاديث الصحيحة التي تناولت أحكام الزواج لم تتناول الشهادة ولو كانت شرطا في الزواج لما تركتها، قال ابن المنذر: "لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر".

ج- من المعقول: إن القرآن الكريم قد ذكر المهر مع أن العقد يصح، بدون ذكره ويمكن الرجوع إلى مهر المثل في حالة إغفاله، ولو كان الإشهاد شرط في الزواج لكان ذكره أولى من ذكر المهر.[1]

*** شروط الشهادة في عقد الزواج:** ويشترط في الشهود ما يلي:

* العقل والبلوغ والحرية، فلا يصح زواج القصر لأن إرادتهم تكون ناقصة لكون الشهادة من باب الولاية، ولا ولاية لهؤلاء على أنفسهم، ولذلك لا يمكن أن تثبت لهم على غيرهم وكذلك لا تصح شهادة الصبي.

* سماع الشهود كلام العاقدين في نفس المجلس مع فهمهم لمقصود الحديث ومعاني الكلمات ويشترط السماع والفهم ليتحقق الإعلان والإخبار وذيوع العقد بين الناس لذا لا تجوز شهادة الأصم، ومن لا يعرفون العربية إذا كان العقد باللغة العربية، لعدم تحقق الغرض من الشهادة.[2]

---

[1] – المرجع السابق، ص28.

[2] –مرجع سابق، عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص64، وأنظر كذلك ابن عابدين، الجزء 2، ص273، وكذلك تبين الحقائق الجزء 2، ص99.

* تعدد الشهود في عقد الزواج فلا يصح بشاهد واحد بل لابد من رجلين أو رجل وامرأتين، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بشهادتين" وقوله تعالى: {واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى" البقرة: 282.

وقال بعض الفقهاء بعدم صحة الشهادة من النساء مهما بلغ عددهن، كما أن المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بعدم شهادة رجل وامرأتين واشترطوا الذكورة فقط.[1]

* الإسلام (إذا كان العاقدين مسلمين)، فلا يصح الزواج بين المسلمين غير شهادة المسلمين، وهذا باتفاق الفقهاء، وذلك لأن الشهادة من باب الولاية، ولا ولاية لمسلم على غير المسلم، بدليل قوله تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا" النساء: 141.

* **الحكمة من الشهادة:** للشهادة على الزواج عدة أحكام هي:[2]

* الشهادة تكريم لعقد الزواج وإظهاره بين الناس لأجل إعلانه.

* الشهادة شرط للتمييز بين الحلال والحرام وإبعاد التهمة عن الزوجين.

* الشهادة ضمانة لحفظ الحقوق وصونها والخوف من ضياعها.

ولقد أخذ القانون الجزائري برأي الفقهاء في اشتراط وجود شاهدين لحضور صحة العقد وعن طريقهم يتحقق الإشهار والعلانية وهذا حسب ما نصت عليه المادة التاسعة من قانون الأسرة، ولكنه لم يرتب على انعدامها البطلان بعد الدخول طبقا لنص المادة (33) من هذا القانون على أنه "إذا تم الزواج بدون شاهدين، فإنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعد الدخول

[1] – مرجع سابق، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائرية المعدل، ص28.

[2] – مرجع سابق.عبد الله محمد خليل إبراهيم، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ص26.

بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل من ركن"، كما أنه من قراء المادة 32 من نفس القانون والتي تنص: "يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه" فإن المشروع الجزائري لم يجعل من غياب الشاهدين سببا من أسباب الفسخ إذا حصل وحده لم يقترن بسبب آخر، أما إذا اقترن غياب بالشاهدين بسبب آخر أثناء العقد يجعل العقد باطلا.

5- إنعدام الموانع الشرعية:

لقد خصصت الشريعة الإسلامية في كثير من الموضوعات بقوانين محددة ومفصلة تفصيلا دقيقا لا مجال للرأي فيها لأنها من الأمور الجادة التي لا ينبغي التلاعب فيها بين البشر.[1]

ومن هذه الأمور قضايا الزواج والطلاق والنفقة والميراث أو ما تسمى بقضايا الأسرة أو الأحوال الشخصية وغيرها من المواضيع الأخرى وبما أننا بصدد الحديث عن الزواج، فقد حددت الشريعة الإسلامية وكذلك القانون في موانع الزواج أنواع من النساء اللاتي يحرم العقد عليهن، والأحكام فيها تختلف باختلاف الزمان والأشخاص لأنها من الأمور التي لا مجال للنقاش فيها فهي ثابتة لا تتغير.

وكما سبق وأن أشرنا إلى أن ركن المحل الذي يشترط في الزوجة المعقود عليها أن لا تكون محرمة على العاقد بأي طريقة من طرق التحريم، وفيما يلي سندرس أنواع التحريم وكذلك أصناف المحرمات وهي:

أ- المحرّمات تحريما مؤبدا: وهن ما كان سبب تحريمهن ثابتا لا يزول وهن:[2]

* **المحرّمات بالنسب:** أي بسبب القرابة الدموية، وهن الأم والجدة مطلقا ومهما علت، والبنت وبنتها مهما نزلت، وبنت الابن وبنتها مهما نزلت، والأخت مطلقا وبناتها وبنات ابنها مهما

[1] -مرجع سابق، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص84.

[2] - المرجع نفسه، ص85.

نزلن، والعمة مطلقا مهما علت، والخالة مطلقا مهما علت، وبنت الأخ مطلقا وبنت ابنه وبنت ابنته مهما نزلت، وذلك لقوله تعالى: "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت..." النساء: 23.

* **المحرّمات بالمصاهرة:** أي المحرمات بسبب الزواج وينحصرون فيما يلي:[1]

زوجة الأب وزوجة الجد مهما علا، لقوله تعالى: "ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء" النساء: 22.

أم الزوجة وجدتها مهما علت وبنت الزوجة في حال الدخول بالأم، وكذلك بنت بنت الزوجة، وبنت ابنها، لقوله تعالى: "وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم" النساء: 23.

وزوجة الابن، وابن الابن لقوله تعالى: "... وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم..." النساء: 23.

* **المحرّمات بالرضاع:**[2]قال تعالى في معرض بيان المحرمات من النساء: "وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة". وقال صلى الله عليه وسلم: "يحرم من الرضاع ما يرحم من النسب".

ولقد ألحق الفقهاء المصاهرة –أي الزواج– بالنسب فقالوا كل من تحرم من النسب أو المصاهرة تحرم بالرضاع.

---

[1] – محمّد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2،3، 1950، 1957، دار الفكر العربي للطبع والنشر، ص03.

[2] – محمد أبو زهرة محاضرات في عقد الزواج وآثراها، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، 1971، ص115.

والمحرمات بالرضاع هن جميع من حرمن بالنسب من الأمهات، والبنات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت.

* **الزوجة الملاعنة:** الزوجة التي لعنها زوجها تحرك عليه حرمة مؤبدة لقوله صلى الله عليه وسلم: "المتلاعنات إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا" [1]لقد عرف المالكية اللعان بأنه: حلف مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته، أو على نفي حملها منه، وحلف زوجته على تكذيبه أربعة أيمان بصيغة: "أشهد بالله لرأيتها تزني ونحوه"، بحضور حاكم سواء صح النكاح أو فسد...".

ب- المحرّمات تحريما مؤقتا: سبق وأن أشرنا إلى أن المحرمات تحريما مؤقتا، يبقى تحريمهن إلى غاية بقاء السبب فإن زال السبب زال التحريم، والتحريم على التأقيت نصت عليه المادة 30 المعدلة من قانون الأسرة في الأحوال الآتية:

* **زوجة الغير ومعتدته:** يحرم على المسلم زواجه مما تعلق حق الغير بها بقوله تعالى: "والمحصنات من النساء..." النساء: 24، فإن المراد بالمحصنات فيها المتزوجات، لكن إذا انقطعت الزوجية وزال أثرها بموت أو وفاة، فإن هذا التحريم يزول لزوال سببه، وهو تعلق حق الغير بها.

ويحرم على المسلم أيضا الزواج من معتدة غيره وذلك لحماية الأنساب من الاختلاط سواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا، أو كانت معتدة عن وفاة، وذلك لقوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاث قروء"[2] البقرة288 وكذلك قوله تعالى: "والذين يترفون منكم، ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا" البقرة: 234.

والحكمة من تحريم معتدة غيره هو أن الزواج مازال قائما، فحق غيره بها مازال باقيا ببقاء آثاره وخشية اختلاط الأنساب منع ذلك وإن هذا لا يثبت إذا كانت المعتدة معتدة منه هو، ولو

[1] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الجزائر، 1992، الجزء السابع (الأحوال الشخصية)، ص556.

[2] – القروء هي الحيضات عند أبي حنفية وأصحابه، وهي الأطهار التي تكون بين الحيضات على مذهب الشافعي.

كان الطلاق بائنا، وعلى ذلك فإنها تحل له من غير عقد ومهر، إذا كان الطلاق رجعيا[1]،ولا تعود بعقد ومهر جديدين إذا كان بائنا ببينونة صغرى أما إذا كانت البينونة كبرى وهي ما إذا كان الطلاق هو المكمل للثلاث، فإنها لا تحل له إلا بعد أن تتزوج غيره على ما علت.[2]

* **الجمع بين المحارم:** المراد من المحرمين كل امرأتين بينهما علاقة محرمية بحيث لو فرضت إحداهما ذكرا حرمت عليه الأخرى، فلا يصح الجمع بين أختين، ولا يصح الجمع المرأة بين وعمتها، وبين المرأة وخالتها، فإن أي واحدة منهما لو فرضت ذكرا كانت الأخرى حراما.[3]

فإن فرضت المرأة ذكرا، حرمت الخالة والعمة، وإن فرضت العمة أو الخالة ذكرا، حرمت عليه ابنة أخيه أو ابنة أخته.[4]

والمراد بالمحرمين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة، ولا فرق بين أن يكون محرمين بسبب النسب أو الرضاع، وذلك لأن الجمع بين المحرمين يؤدي إلى قطيع الرحم والعداوة بين الضرائر.

المطلقة ثلاثا: إذا طلق الزوج امرأته طلاقا ثلاثا، انتهى الحل منه حتى تتزوج بغيره زواجا صحيحا شرعيا وفيه دخول حقيقي ثم يطلقها وتنقضي عدتها منه لقوله تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره" البقرة 230، وهذا ما سترتكز عليه دراستنا في الفصل الثاني.

---

[1] –مرجع سابق. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص140.

[2] – المرجع نفسه، ص141.

[3] – المرجع نفسه، ص127.

[4] – مرجع سابق، أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص142.

* **المرأة التي ليس لها دين سماوي:** يحرم على المسلم أن يتزوج بامرأة لا تدين بدين سماوي، بأن تكون مشركة أو من عبدة الأصنام أو الحيوانات، ولا تؤمن برسول ولا بكتاب إلهي بدليل قوله تعالى: "ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم" البقرة: 221.

والحكمة في تحريم ذلك هي الفرق الكبير الموجود بين المسلم والمشركة أو المرتدة حتى تعود والتناقض الكبير والاختلاف الشاسع في العقيدة، الذي قد يؤدي إلى انتفاء الهدف من الزواج ومقصده المتمثل في بناء أسرة أساسها المودة والألفة، والتعاون و تربية الأولاد على دين الإسلام.

الجمع بين أكثر من العدد الشرعي: يحرم على الزوج أن يجمع في عصمته أكثر من أربع زوجات، فلا يتزوج بخامسة وهو لديه أربع، إما حقيقة أو حكما بأن يطلق إحداهما وهي في العدة سواء كان الطلاق رجعي أو بائن كما قال به الحنفية.

أما المالكية والشافعية فأجازوا الزواج بخامسة إذا كانت إحداهن في العدة من طلاق بائن الذي يقطع الزوجية.

ولقد أشار القانون المغربي إلى هذا المانع في المادة 2/39 في حين لم يتطرق المشرع الجزائري في التعديل الجديد لهذه المسالة .

الحكمة في تحريم من حرّم من النساء: أما تحريم من حرم من النساء مؤبدا بسبب القرابة أو المصاهرة أو الرضاعة فحكمته عدة أمور:[1]

أولا: أن كل إنسان في هذه الحياة يحتاج إلى الارتباط بأفراد نوعه وإلى عدة وسائل لهذا الارتباط بهم حتى يتبادل معهم الحاجات ويتعاونوا على ما تتطلبه معيشتهم وفي صلة القرابة

[1] – مرجع سابق، عبد الوهاب خلاف، أحكام للأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص43.

او المصاهرة أو الرضاع ما يكفل إيجاد هذا الارتباط ويحقق تعاون المرتبطين بها، لهذا جعل الله الزواج وسيلة لإيجاد رابطة أخرى تربط الزوج بمن تكون أجنبية عنه لا تربطه بها صلة قرابة أو مصاهرة أو رضاع حتى تكون الزوجية وصلة بين الأجانب، وكم أسر متباعدة صارت بالزواج أسرة واحد.[1]

الثاني: أن الإنسان كما أنه في حاجة إلى اكتساب رابطة تربطه بالأجانب عنده حاجة إلى الاحتفاظ بصلات تربطه بهم من رابطة القرابة أو المصاهرة أو الرضاع، وفي إباحة الزواج بمن تربطه بهم إحدى هذه الروابط تعرض الوصلة بهم إلى القطيعة لأن تبادل الحقوق والواجبات بين الزوجين قد يؤدي إلى الحلف والخصومة وتتحول القرابة إلى عداوة، ويفقد المرء آثار الارتباط بمن تربطهم تلك الصلات.

الثالث: أن للقرابة حقوقا وللزوجية حقوقا وقد تتنافى هذه الحقوق وتتعارض فتكون من تجب لها الطاعة واجبا عليها الطاعة ومن له الرئاسة مرؤوسا.

الرابع: ما قرره الأطباء من أن الزواج بالأقارب ينتج النسل الضعيف وأن مصلحة الطفل في أن يولد من أبوين من أسرتين لأن هذا يهيئ له ما قد يكون فيه نماؤه وقوته على المقاومة، وسلامته من الأمراض.

وأما تحريم ما حرم من النساء لأسباب وقتية ومؤبدة فكل سبب من أسباب هذا التحريم يشعر بحكمته وهي ترجع إلى منع الإنسان من الاعتداء على غيره، والخروج عن حدود دينه، وقطعه الرحم بين القريبات، واتخاذ زوجة لا تأتلف به غالبا وليس من شأنها أن تتبادل معه ما تفتضيه الزوجة من مودة ورحمة وغير ذلك.

[1] – المرجع نفسه، ص44.

الفرع الثاني: شروط النفاذ وشروط اللزوم

شروط النفاذ وشروط اللزوم هي التي تشترط لتمام عقد الزواج وهي كالآتي:

أولا: شروط نفاذ عقد الزواج.

المراد بشروط نفاذ عقد الزواج هو ما يؤدي إلى ترتيب آثار بعد تمام العقد الصحيح وهي كالآتي:

أ- يشترط لنفاذ عقد الزواج أن يكون كل من العاقدين بالغا عاقلا، حرا وحتى لا يتوقف العقد على إجازة أي شخص آخر، فإن كان أحد الزوجين أو كلاهما ناقص أهلية، فحتى لو كان العقد ينعقد بعباراته فإنه يتوقف على إجازة ولي النفس، إن أجازه صح ونفذ، وإن رده بطل، وذلك راجع لنقص في إرادة العاقد، أما إذا كان كل من العاقدان كامل الأهلية كان العقد صحيح.[1]

ب- أن يكون كل من العاقدين له صفة تخول له إتمام العقد، بأن يكون أحد العاقدين أو وكيلا أو وليا، فلو كان أحد العاقدين فضوليا مطلقا،[2]وخالفا فيها كان وكيلا فيه ولم يحقق المراد من توكيله، فإن العقد لا يكون نافذا، بل يكون موقوفا على إجازة من له حق إنشائه.

وعلى ذلك يتوقف عقد الفضولي على إجازة الزوج، وعقد الوكيل، الذي خالف على إجازة موكله، وعقد الولي الأبعد على إجازة الولي الأقرب، إن أجازوا العقد صح ونفذ وترتب عليه أثره الشرعي وإن ردوه بطل.

---

[1] – مرجع سابق، أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص109.

[2] – الفضولي في عقد الزواج: هو من لا يكون له ولاية التزويج أثناء العقد ويشترط في عقد ما يلي: ألا يكون فضوليا من الجانبين، أن يكون العقد قابلا للإجازة وقت انسائه، فإن لم يكن كذلك وقع باطلا، المرجع السابق، د/ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص109.

ولا يشترط لنفاذ عقد الزواج الرشد، فيصح أن يتولاه السفيه وذو الغفلة والمحجور عليه، بسبب المال، لأن الحجر على المال يترتب عليه الحجر على النفس، إلا أنه إذا نفذ بأكثر من مهر المثل، ينفذ بمهر المثل فقط، ويبطل ما زاد على ذلك.

وينفذ عند المالكية زواج المكره، وتترتب عليه آثاره.

أما عند الأئمة الثلاث فإن زواج المكره، يقع باطلا، لقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".

وأما المالكية فقالوا بأن المكره يتلفظ بالصيغة وهو قاصد مختار لكنه غير قابل بالقصد الناتج عنه، وعدم الرضا لا يمنع من صحة العقد ونفاده.

ثانيا: شروط لزوم عقد الزواج.

شروط لزوم عقد الزواج هي الشروط التي توقف عليها استمرارية عقد الزواج، فلا يكون لأحد حق فسخه أو الاعتراض عليه، فإذا تخلف شرط منها كان العقد جائزا، أي –جائز الاستمرار وجائز الفسخ–، لأن العقد الجائز هو العقد الذي يكون لأحد الزوجين أو لغيرهما حق فسخه، أو الاعتراض عليه وهذه الشروط هي:[1]

أ– إذا تولى عقد الزواج شخص كامل الأهلية، فإن الزواج نافذ في حقه وليس لأحد حق الاعتراض عليه.

ب– إذا تولت المرأة البالغة الراشدة عقد زواجها بغض النظر عما إذا كانت بكرا أو ثيبا فلا يحق أحد الاعتراض على ما أقدمت عليه ولو تزوجت بغير كفء وبأقل من مهر المثل، هذا وإن كان لها وليا غير راض على زواجها بشخص غير كفء وبأقل من مهر المثل فيصح لهذا الولي طلب فسخ عقد الزواج والاعتراض عليه.

[1] – الشحات إبراهيم منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، جامعة بنها ،كلية الحقوق، فلسطين.ص50.

ج- أن يكون العاقد لفاقد الأهلية أو ناقصها هو الأب أو الجد فإن العقد يكون لازما لأن الأب أو الجد أدرى بتقدير مصلحة من تولى في العقد، أما إذا عرف أي أحد منهما (الأب أو الجد) بسوء الاختيار قبل العقد وبفساد الرأي فإن تزويجها لا يكون نافذا ولو من كفء وبمهر المثل، ولو كان العاقد غير الأب والجد بأن كان الأخ أو العم لا يكون العقد نافذا ويكون لكل منهم حق الفسخ بعد البلوغ، وبعد الإفاقة ولو كان الزواج يكفئ وبمهر المثل.

د- أن يكون كل من الزوجين خاليا من العيوب المبيحة للفسخ، فإذا توافقت هذه الشروط كان العقد صحيحا نافذا لازما شرعا ولا يحق لأحد الاعتراض عليه حتى ولو كان أحد الزوجين صغير السن، أو لم يتم توثيق العقد في سجلات الحالة المدنية.[1]

ه- ألا يكون قد شاب العقد تغريرا بالزوجة في بيان الكفاءة، فإذا أخبر الزوج عن نسب وتبين أنه دونما اخبر به فللزوجة طلب الفسخ لأن رضاها لم يكن على أساس صحيح.[2]

المبحث الثالث

أنواع عقود الزواج وأحكامها.

المقصود بأنواع عقود الزواج وأحكامه، الآثار الشرعية التي يرتبها الشارع الحكيم والقانون عليه، وهذه الآثار لا تترتب على العقد إلا إذا استوفى شروط انعقاده وشروط صحته، ولكن قد تحدث علاقة بمقتضى العقد الذي لم يستوف الشروط الشرعية فينظمها الشارع باعتبارها حادث قد وقع.[3] فإذا أجري عقد الزواج مستكملا جميع أركانه وشروطه

[1] – مرجع سابق، أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص111.

[2] –مرجع سابق، عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص69.

[3] – الدكتور عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء "الزواج" الطبعة الولى 1984، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، ص127.

كان العقد صحيحا تترتب عليه آثاره وفي الحال، إذا تخلف أحد أركانه أو شروطه فقد اعتراه الخلل، واعتبر العقد أما فاسدا وأما باطلا.[1]

ونقل السرطاوي اتفاق الحنفية وجمهور الفقهاء في عدم التفرقة بين الزواج الباطل والفاسد، فالحكم عندهم فيه واحد سواء أكان الخلل في ركن العقد أم شروط صحته وانعقاده، وقد جرى كثير من العلماء على تسمية عقد الزواج الذي لم يستوفي مقومات العقد وتترتب عليه بعض الآثار بالعقد الفاسد، والذي لا يترتب عليه أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح بالعقد الباطل تفريقا بينهما.[2]

وبهذه التفرقة في التسمية أخذ القانون فنص على الحالات التي يكون فيها عقد الزواج باطلا والحالات التي يكون فيها فاسدا، وبين الآثار التي تترتب على العقد الصحيح والعقد الفاسد.[3]

تنص المادة 32 معدلة بالأمر 05-02:" يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".[4]

والمادة 33 معدلة بالأمر 05- 02 تقول :" يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل."

---

[1] -مرجع سابق،عبد الله محمود خليل، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ص54.

[2] - مرجع سابق،محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص145.

[3] - مرجع سابق ، علد الله محمود خليل، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية،ص54.

[4] -مرجع سابق، نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ص74.

المادة 34:" كل زوج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء."

المادة 35: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

أما في الفقه فإن أصل نظرية الفساد فإن التمييز بين الباطل والفاسد من عقود النكاح كان ولا يزال مدار اضطراب كبير في مباحث الفقه.

فالعقد الباطل غير منعقد بالإجماع في المذاهب الفقهية، ولا تترتب عليه آثار العقد الصحيح أما العقد الفاسد فإن المذهب الحنفي الذي أسس نظرية الفساد في العقود المالية من بيع ونحوه، واعتبرها محطة متوسطة بين البطلان والصحة، يعتبر العقد الفاسد في المعاملات منعقدا، وإذ تم تنفيذه رضاء أنتج، وهو فاسد، جميع آثاره المقرر له شرعا في حال الصحة من نقل الملكية أو غيره، لكنه يقبل الفسخ، بل يجب فسخه بقوة القضاء، إن لم يفسخه المتعاقدان اختيارا، وذلك ما لم يمنع من فسخه مانع كما لو باع بيعا صحيحا ما كان اشتراه شراءا فاسدا حتى ترتب بيعه الجديد حق مكتسب للمشتري الثاني، فإذا حصل مثل هذا المانع امتنع فسخ العقد الفاسد صيانة لحق الشخص الثالث، وهذا الامتناع هو من فروع نظرية صيانة الحق المكتسب رعاية في استقرار المعاملات.

هذا و في قواعد المذهب الحنفي مبني نظرية الفساد التي هي حنفية المنشأ في حدود نطاقها المحدود، لأن الفساد لا يجري في جميع العقود.[1]

و ينقسم عقد الزواج بصفة بناءه على مقدار استيفاء لأركانه وشروطه إلى أقسام مختلفة فهو ينقسم إلى صحيح وغير صحيح أما نافذ في الحال أو موقوف على الإجازة والنافذ أما لازما أو غير لازم.

[1] – المرجع السابق، الصفحة نفسها.

ولقد خصصنا هذا المبحث للحديث عن أنواع عقود الزواج ولذلك سنتاولها وأحكماها في مطلبين.

سنخصص المطلب الأول للحديث عن العقد الصحيح والعقد الباطل.

ونستعرض في المطلب الثاني لعقد الزواج الفاسد والعقد الموقوف.

المطلب الأول

عقد الزواج الصحيح وعقد الزواج الباطل.

سنتطرق في هذا المطلب إلى معنى كل من عقد الزواج الباطل وإلى جملة من الأحكام التي تترتب على كل نوع من أنواع هذه العقود في فرعين:

في الفرع الأول سنتناول عقد الزواج الصحيح.

وفي الفرع الثاني سنتكلم عن عقد الزواج الباطل.

الفرع الأول: عقد الزواج الصحيح.

عقد الزواج الصحيح هو العقد الذي استكمل ركنه وسائر شروطه ورتب عليه الشارع آثار من حل الاستمتاع على الوجه الشرعي، واستحقاق المهر المسمى والنفقة، وثبوت النسب، حرمة المصاهرة والتوارث.[1]والتزام كل من الزوجين بحسن المعاشرة الآخر والقيام بالحقوق التي رتبها الشارع عليه للآخر، وقد يتخلف شرط من شروط اللزوم، فعندها يكون العقد غير لازم فأما أن يفسخ وأما أن يصحح، وقد يتخلف شرط من شروط النفاذ، فعندها يكون العقد موقوفا على الإجازة.[2]

[1] – المرجع السابق، ص75.

[2] – مرجع سابق، محمود خليل، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ص54.

ولقد نصت المادة 27 من القانون الأردني على أنه: "يكون عقد الزواج صحيحا وتترتب عليه آثاره إذا توفرت فيه أركانه وسائر شروطه".

فما يمكن استخلاصه من خلال هذه المادة هو أن عقد الزواج يكون صحيحا إذا كان مكتمل الشروط والأركان التي يتطلبها العقد وحكمه يكون كالاتي:

أولا: يترتب على انعقاد الزواج صحيحا الآثار التالية:[1]

1- حلّ استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه الشرعي، وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من ق.أ.م.

2- وجوب المهر المسمى في العقد للزوجة على زوجها وهذا ما نصت عليه المادة 16 من قانون الأسرة بنصها على أنه: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول..."

3- وجوب النفقة بأنواعها من طعام ومسكن وكسوة ما لم تمتنع الزوجة عن طاعة زوجها بغير وجه حق، فإذا امتنعت عن طاعة زوجها سقطت النفقة حسب نص المواد من 74 إلى 78 من قانون الأسرة.

4- ثبوت نسب الأولاد من الزوج بنص المادة 40 فقرة أولى من قانون الأسرة الجزائري المعدل التي نصت على: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالنسبية أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33و 34 من هذا القانون".

5- ثبوت حرمة المصاهرة.

6- ثبوت حق التوارث بين الزوجين في حالة وفاة أحدهما أثناء قيام الزوجية.

[1] -مرجع سابق، الدكتور عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص102.

الفرع الثاني: عقد الزواج الباطل.

هو العقد الذي اختل ركنه أو شروط انعقاده أو بعضها ولا يترتب على العقد الباطل أي أثر قبل الدخول أو بعده إذ أن فقدان أي شرط من شروط الانعقاد يجعل الزواج باطلا، لا يترتب عليه أي أثر ويعتبر وجوده كعدمه، كما لو كان فقد ركنا من أركانه فلا يحل به دخول ولا غيره مما يتصل بالعقد الشرعي، ولا يجب به مهر ولا نفقته ولا طاعة، ولا يثبت به توارث، ولا يقع فيه طلاق لأن الطلاق فرع من فروع الزواج الصحيح.

وإذا تم الدخول بالمرأة، أصبح هذا العقد بمثابة زنا وهو حراما، ويجب على العاقدين الفرقة اختيارا او إجبارا من طرف القاضي، ولا تكون للمرأة، عدة ويسقط الحد عنها بشبهة العقد.[1]

والزواج الباطل هو الذي يحصل فيه خلل في أركانه، أو حسب رأي الفقهاء فالزواج الباطل هو الذي فقد شرطا من شروط انعقاده.[2]

وهذا و يعتبر المشرع الجزائري الزواج باطلا، إذ اختل ركن من أركانه، وهذا ما نصت عليه المادة 33 من قانون الأسرة بقولها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا" وكذلك في رأينا أن حكم المادة 33 بخصوص فقد شرط واحد من وجود الولي أو حضور الشاهدين أو عدم تسمية الصداق، فهذه شروط لصحة الزواج أو لنفاده، وبالتالي إذا اختل شرط واحد منها، يكون الزواج فاسدا.[3]

---

[1] – ذهب أبو حنيفة إلى القول بوجوب مهر المثل للمرأة لأن كل وقاع في الإسلام لابد فيه من مهر أو حد وقد سقط الحد فوجب المهر، وذهب أي آخر بالقول بأن الشخصين اللذين ارتكب معصية الدخول إن كانا ما فليس عالمين بالتحريم وجب عليها الحد، وليس للمرأة ومهر ولا عدة ولا يثبت النسب.

[2] –مرجع سابق، نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ص76.

[3] – المرجع السابق، ص76.

والحقيقة أن الزواج غير الصحيح يكون في حكم الزواج الباطل، إذا تخلف الشرط الأساسي في انعقاده، بما في ذلك ركن الرضا.

ويكون الزواج باطلا في الحالات الآتية:[1]

1- زواج عديم الأهلية إذا باشر العقد بنفسه كالمجنون والمعتوه.

2- زواج المرأة المسلمة بغير المسلم.

3- تزوج المسلم بامرأة غير كتابية.

4- عقد الرجل على امرأة محرمة عليه تحريما مؤبدا لا خلاف فيه بين الفقهاء وعن الأصناف المبينة في المواد من 24 إلى 29 من قانون الأسرة المعدل.

وما يترتب على الزواج الباطل يختلف بالنسبة إذا كان ذلك قبل الدخول أو بعده.

وهذا وأن النتائج التي تترتب على الزواج الباطل، سواء قبل الدخول أو بعد الدخول، هي تلك النتائج الواردة في حكم الزواج الفاسد في الحالتين.[2]

من الناحية الإجرائية إن المطالبة بفسخ عقد الزواج الباطل، تكون من كل من له مصلحة، وكذلك بطلب من النيابة العامة.

ويكون الزواج باطلا إذا حصل مثلا في صيغة العقد كأن صدرت الصيغة بلفظين يعبر بهما على المستقبل أو بما يدل على تمليك المتعة لا حقيقة ولا مجازا، أو حصل خلل في أصل أهلية العاقد لفقده التمييز بسبب جنون أو صغر:

---

[1] – مرجع سابق،عبد الله محمود خليل، صور مستحدثة لعقد الزواج في ظل الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ص56.

[2] – المرجع السابق.عبد الله محمود خليل .صور مستحدثة لعقد الزواج على ضوء الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية، ص77.

أو فقد أي شرط من شرائط الانعقاد.[1]

المطلب الثاني: عقد الزواج الفاسد وعقد الزواج الموقوف:

لكي يكون عقد الزواج صحيح ويرتب آثاره القانونية والشرعية يجب أن يستوفي جميع الشروط والأركان والأحكام المتعلقة به، ولكن قد يحدث وأن تعتري عقد الزواج أوصاف عدّة تحول دون تحقيق الهدف منه ومقاصده وبالتالي سنعرض هذا المطلب في فرعين نتطرق فيهما الى معنى كل من عقد الزواج الفاسد والموقوف وسنتناول كل عقد في فرع خاص به.

الفرع الأوّل: عقد الزواج الفاسد

عقد الزواج الفاسد هو الذي استكمل ركنه وكامل شروطه ولكنه فقد شرطا من شروط الصّحة، فإذا لم يتبعه دخول لم يترتب عليه أي أثر، وأما إن تبعه دخول فيترتب عليه استحقاق المرأة للأقل من المهر المسمى ومهر المثل، وثبوت نسب الولد، وحرمة المصاهرة، ووجوب العدّة، ولا تثبت بقية الأحكام كالإرث والنفقة، والعقد الفاسد يوجب على الزوج والزوجة التفرق طوعا وإلاّ فرق بينهما القاضي[2].

فإن كانت الفرقة قبل الدخول فليس للمرأة عدّة ولا نفقة، ولا تثبت آثار الزواج من ميراث وحرمة المصاهرة ولا نسب[3]، حسب المادة 33 من قانون الأسرة ويتعين على الزوجين أن يفترقا من تلقاء نفسها، بحيث أنّ الرابطة الزوجية أصبحت فاسدة، ويعتبر العقد غير موجود حكما.

---

[1] – عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على فقه مذهب أبي الحنفية وما عليه لعمل بالمحاكم، ط2، 1990، دار العلم، ص39.

[2] – مرجع سابق،عبد الله محمود خليل، صور مستحدثة لعقد الزواج في ظل الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ص 55، وانظر كذلك عقلة: نظام الأسرة في الإسلام، ج1، ص 330.

[3] – مرجع سابق،الدكتور أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص 120.

أما لو تم الدخول ففي هذه الحالة، ونظرا لخطورة الوضع، رتب الشارع على الدخول بعض الآثار، وهي كما يلي[1]:

1- وجوب العدّة على المرأة، وتبدأ العدة من يوم الفرقة بين الطرفين، إن كان ذلك من تلقاء نفسيهما أو بمقتضى حكم قضائي.

2- وجوب صداق المثل، إذا لم تتم تسمية الصداق في العقد الفاسد، تسمية صحيحة، وفي ذلك نصت المادة 33 من قانون الأسرة " ويتبث (أي الصداق) بعد دخول بصداق المثل...".

3- ثبوت نسب الولد من الرجل الذي دخل بمن تزوج بها زواجا فاسدًا، وقد حصل حمل عن هذا الدخول، وذلك مراعاة لإحياء الولد وعدم تضييعه (المادة 34 من قانون الأسرة).

4- ثبوت حرمة المصاهرة، فيحرم على الرجل أن يتزوج بأصول المرأة أو فروعها، كما يحرم عليها أصوله وفروعه.

5- وجوب الاستبراء في ذلك المادة 34 من قانون الأسرة.

والزواج الفاسد يكون في الحالات الآتية:

أ- انعدام الأهلية لدى الزوجين.

بـــ- غياب الشهود في العقد.

جـــ- غياب الرضا في العقد.

د- العقد على محرمين.

ه- زواج المتعة، والزواج المؤقت.

[1] -مرجع سابق، الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ص 75.

الفرع الثاني: عقد الزواج الموقوف

عقد الزواج الموقوف هو العقد الذي يباشره الشخص الذي ليست له الولاية الشرعية لتنفيذ العقد حتى ينتج آثاره.

والعقد الموقوف هو الذي يتولاه ذو أهلية ليست له ولاية إنشاء العقد، بأن يعقد لغيره، وليس له عليه ولاية شرعية، ولم يستمد الولاية منه بوكالة، ومن ذلك تزويج الفضولي، وتزويج الولي البعيد مع وجود القريب وإمكان القريب أن يتولى هو العقد، ومنه تزويج ناقص الأهلية نفسه بمهر المثل والكفء[1]. على بعض الروايات.

حكمه: العقد الموقوف صحيح، ولكنه غير نافد، فإن أجازه من له الشأن التحقت الإجازة بالإذن السابق على العقد، وإذا لم يكن للعقد مجيز كان غير صحيح، كأن يعقد ناقص الأهلية لنفسه بأقل من مهر المثل، أو بغير كفء ووليه العاصب اخوه فإنّ العقد يقع غير صحيح لعدم وجود المجيز، وإن كان له مجيز ولم يجز العقد بَطُلَ العقد واعتبر ملغى[2].

يقول ابن عابدين "وحكم الدخول في الزواج الموقوف كالدخول في الفاسد فيسقط الحدّ ويثبت النسب ويجب الأقل من المهر المسمى ومهر المثل" وذلك لأنّ الزواج الموقوف استوفى شرائط انعقاده وصحته فما دام موقوفا أي لم يجزه الولي ولم يطلبه يترتب على الدخول الحقيقي فيه الآثار الأربعة التي تترتب على الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد، فإذا زوّج المعتوه مثلا نفسه وقبل أن يردّ وليه هذا الزواج أو يجيزه دخل بزوجته ترتب على هذا

---

[1] – أبو زهرة، كتاب الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع،ط1و 2، 1957-1958، ص 153.

[2] – المرجع نفسه، ص 153.

الدخول وجوب العدّة على الزوجة بعد المشاركة ووجوب المهر على الزوج، و ثبوت النسب وحرمة المصاهرة[1].

أولا: إذا حصل دخول قبل الإجازة، ثم كانت الإجازة، فإنه يكون دخولا في عقد صحيح، لما قرّرنا من أنّ الإجازة تلتحق بالإذن السابق، إذ الإجازة تجعل العقد نافدا من وقت إنشائه[2].

ثانيا: أما إذا كان الدخول قبل الإجازة، ثم أعقبه الرفض والإبطال، فإنّ الدخول يكون مع شبهة قوية تسقط الحدّ وتمحو وصف الجريمة فيثبت المهر وتثبت العدّة ويتبث النسب وإنما كانت الشبهة قويّة لأنّ العقد قد صدر من أهله مضافا إلى محله فكان مثبتا للحل من وجه، وإن كان غير معتبر ، ومثبتا للشبهة، وإن كان لم تكف فيه لثبات الحل[3].

ثالثا: وإن كان الدخول بعد الرفض والعلم به، فإنّه لا وجود لشبهة ولا تسقط حدًا، وبالتالي لا يترتب شيء من مهر أو عدّة أو نسب.

والعقد الموقوف لا يثبت توارثا إذا حصلت وفاة في مدّة وقفه، كما انه لا يثبت حرمة مصاهرة إذا لم يجز لأن البطلان إزالة من أصله[4].

---

[1] – مرجع سابق، عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص 41.

[2] – محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، ص 206.

[3] – المرجع نفسه الصفحة نفسها.

[4] –المرجع نفسه، ص 207.

الفصل الثاني

زواج المحلّل و أحكامه على ضوء الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

لقد شرّع الإسلام الطلاق حينما تشتدّ الخصومة بين الزوجين و تسوء بينهما العشرة إلى حدّ لا تجدي فيه محاولة الصلح، و به تصير الحياة الزوجية نارًا تلتهم مزايا الزواج الاجتماعية من السكن و المودّة و الرحمة و التعاون، على تكوين أسرة تصان فيها الحقوق، و يترعرع في أحضانها الأطفال الذين يكونون بعد رجالا عاملين في الحياة.

و لهذا نظم الإسلام الطلاق، وقد عرفه الناس منذ القديم، غير أنّهم كانوا– بأهوائهم و بطغيانهم على المرأة و إذلالها – كثيرا ما يقصدون به إيذائها و إضرارها، فكان الرجل يطلّق زوجته ثم يراجعها قبل انقضاء العدّة ثم يطلقها إلى غير حدّ: تطليق فمراجعة، ثم تطليق فمراجعة، ثم تطليق فمراجعة و هكذا لا يتركها لتتزوّج غيره فيستريح و لا يثوب إلى رشده فيحسن عشرتها فتستريح، و إنما يتخذها ألعوبة بيده يطلقها متى شاء على حسب ما يهوى و يشتهي، فأنزل الله تعالى إنقاذا للمرأة من السوء، قوله: «الطّلاَقُمرتان فإمساك بِمعرُوفٍ أو تَسرِيحٌ بإحسان» البقرة:229.

و المعنى من ذلك أن الطلاق المشروع عند تحقق ما يبيح الطلاق أن يكون على مرّتين، مرّة بعد مرّة، أي دفعة بعد دفعة، فإذا ما طلق الرجل المرة الأولى أو الثانية كان عليه إمّا ردّها إلى عصمته – مع إحسان عشرتها فتستمر بينهما الحياة طيبة سعيدة – و ذلك هو الإمساك بالمعروف، و إمّا تركها حتى تنقضي عدتها و تنقطع علاقتها به، و يزول سلطانه عليها فتتزوج غيره، إن شاءت و ذلك هو التسريح بإحسان، فإن عاد الزوج بعد أن راجعها من الطلاق الثاني و طلقها ثالثة حرّمت عليه، و لا يملك مراجعتها إلا إذا تزوجت بغيره زواجا صحيحا مقصودا، به ما يقصد بالزواج، و هو العشرة الدائمة بالسكن و المودة و هذا ما نصّت عليه المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري، لا يجدي في ذلك ما اخترعه بعض الناس الزواج بغيره قصد التحليل، فإن هذا منكر و احتيال لا تحل به للأول، و لقد لعنه الرّسول صلى الله عليه وسلم و سمّاه: « التيس المستعار» و لقد تضمن ذلك قوله تعالى بعد هذه الآية: «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» البقرة: 230.

و من هنا تبين أن الطلاق الثلاث مرّة واحدة ليس مشروعا، و أن الطلاق المشروع، و إنما هو الطلقة بعد الطلقة، و يتبيّن أن الطلاق الذي يملك الرّجل فيه مراجعة امرأته أنّما هو الطلقة الأولى و الثانية، و أمّا الطلقة الثالثة فإنه لا يملك مراجعتها، و لا تحل له إلاّ إذا تزوجت غيره زواجا غير مقصود منه التحليل، ثم يطلقها ذلك الغير أو يموت عنها، و تمضي عدّتها منه، و عندئذ فقط تحل لزوجها الأول بعقد جديد و مهر جديد[1]، و هذا هو المعنى الذي تضمنته الآية و ما بعدها و هذا ما سنقوم بشرحه بالتفصيل في هذا الفصل على النحو الآتي:

المبحث الأول

زواج المحلّل و أحكامه

إنّ الإسلام دين الله الذي اختاره و اصطفاه و طهرّه، و هو أحق بالتوقير و الاحترام، و التنزّه مما قد يشينه و يَعيبه، و المسلمون الذين يلجؤون إلى زواج التحليل يخادعون الله، كأنّما يخادعون الصبيان، و يتخذون آيات الله هزوًا و هم عاصون للّه، مطيعون للشيطان، و قد شبه الرسول صلى الله عليه وسلم المحلل بالتيس المستعار و سمّاه السلف بمسمار النار.

و لمزيدا من التفصيل في هذا الموضوع سنتناول هذا المبحث في مطلبين سنتكلم في المطلب الأوّل عن مفهوم زواج المحلل و حكمة عدم مشروعيته، و في المطلب الثاني سنتطرق إلى الحكم الشرعي لزواج المحلّل.

المطلب الأوّل

مفهوم زواج المحلّل و حكمة عدم مشروعيته

قبل البدء في الحديث عن النكاح المحلّل لابد من أن نتطرق و بشكل موجز إلى الطلاق البائن بينونة كبرى، إذ هو السبب الذي يدفع إلى النكاح ذلك أن المطلقة ثلاث لا

[1]- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق و الظهار، ط1، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، لبنان، 2003، ص 139 و ما بعدها.

يحل لها أن تعود لزوجها الأول إلا بعد أن تتزوج آخر ثم تفارقه بالطلاق أو الموت.[1]و الطلاق البائن بينونة كبرى هو طلاق المرأة ثلاث تطليقات متفرقة أو مجتمعة على رأي من يقول أنها تقع ثلاثا،و بعد الطلاق تصبح المرأة أجنبية عن زوجها و ليس له أي حق عليها، و لا حكم له فيها إلا بعد أن تتزوج غيره[2] و للتعمق أكثر في هذا الموضوع سنعالجه في فرعين:

الفرع الأول: مفهوم زواج المحلّل:

أولا: المعنى اللغوي:

لقد سبق و أشرنا إلى معنى الزواج في الفصل الأول من هذا البحث و بالتالي سنتطرق إلى تعريف المحلّل فقط.

فالحِلُّ و الحلالُ و الحِلال و الحَلِيلُ: نقيض الحرام، حلَّ يحِلُ حِلاًّ و أحلَّهُ الله و حَلّلَهُ و قوله تعالى: «يُحِلُّونه عامًا و يُحَرِّمونه عاما» فسره ثعلب فقال: هذا هو الشيء [3]كانوا في الجاهلية يجمعون أيّاه حتى تصير شهرا، فلما حجّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: الآن استدار الزمان كهيئته. و هذا لك حلٌّ أي حَلاَلُ، يُقَالُ هُوَ حِلٌّ و بِلٌّ أي طلّق و كذلك الأنثى، و من كلام عبد المطّلب: لا أُحِلُّها لِمُغْتَسِلِ و هي المآرب حِلٌّ و بِلٌّ أي حلال، بِلٌّ إتباع، و قيل: البِلٌّ مباح

و قال الأزهري: روى سفيان عن عمرو بن دينار قال: سمعت ابن عباس يقول: هي حِلٌّ و بِلٌّ يعني زمزم، فسُئل سفيان: ما حِلٌّ و بِلٌّ؟ فقال: حِلٌّ مُحَلَّلُ، و يقال: هذا لك حِلٌّ و حَلاَلُ كما يقال لِضِدِّه حِرمُ و حَرَامُ أي محرّمُ، و أَحللت له الشيء: جعلته له حلاَلاً.

و استحلّ الشيء: عدّه حلالاً، و يُقَالُ أحللتُ المرأة لزوجها، و في الحديث لعن رسول الله صلى الله عليه و سلم، المحَلِّلُ و المُحَلَّل له، و في رواية: المُحِلُّ و المحُلُّ له،

---

[1]–مرجع سابق، الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ص 100.

[2]– المرجع السابق،الغوثي بن ملحة،ص 101.

[3]– ابن منظور، لسان العرب، تدقيق و تحقيق عامر أحمد حيدر، راجعه عبد المنعم خليل ابراهيم، دار صادر بيروت، المجلّد 11، ص 201.

و هو أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا فيتزوجّها رجل آخر بشرط أن يطلقها بعد مواقعته إيّاه لتحّل لزوجها الأوّل، و كل شيء أباحه الله فهو حلال، و كل ما حرّمه فهو حرام، و في حديث بعض الصحابة: و لا أوتي بحالّ و لا محلل إلا رجمتهما، جعل الزمخشري هذا القول حديثا لا أثرا، فقال ابن الأثير: و في هذه اللفظة ثلاث لغات حَلَّلت و أَحْلَلت و حُلِلت، فعلى الأوّل جاء الحديث الأول، يقال حَلَّلَ فهو مُحِلٌّ و مُحَلَّلُ، و على الثانية جاء الثاني نقول أَحَلَّ فهو مُحِلٌّ و مُحَلَّ له، و على الثالثة جاء الثالث نقول: حَلَلت فأنَا حَالٌّ و هُوَ مَحلُولُ له، و قِيلَ أرَادَ بقوله لا أُوتيَ بحَالُ أي بذي إِحلال مثل قولهم ريحٌ لاَقِحٌ، أي ذات إلفاحُ.[1]

و قيل: سمّي مُحَلِلاً بقصده إلى التحليل كما يسمى مشتريا إذ قصد الشراء، و في حديث مسروق في الرّجل تكون تحته الأمة فيطلّقها طلقتين ثم يشتريها قال: لا تَحِلُّ لهُ و إن اشتراها حتى تنكح زوجا غيره، يعني أنّها حُرِّمت عليه بالتطليقتين، فلا تحلُّ له بهما كما حرِّمت عليه بهما، و استحل الشيء: اتخذه حلالا أو سئَلَهُ أن يُحِلَّه له، و الحُلْوُ الحَلالُ الكَلاَمُ الذي لا ريبة فيه.

ب- المعنى الإصطلاحي:

فيما يخصّ المعنى الاصطلاحي لزواج المُحَلّل فلقد وردت عدّة تعريفات أهّمها: هو عقد على امرأة مطلّقة ثلاثا بقصد إحلالها لهذا المُطَلّق.[2] أي أن الشخص إذا طلّق زوجته طلاقا بائنا ثلاثا، حرّمت عليه، فلا تحِلُّ له حتى تنكَح زوجا غيره، كما نصّ على ذلك التنزيل بقوله سبحانه و تعالى: « فإن طلّقها فلا تحِلُّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره»البقرة 230. و كذلك ما نصّت عليه السنة النبوية.

و على ذلك فمن طلّق زوجته ثلاث و تزوّجت بآخر على الوجه المشار إليه، ثم طلّقها هذا الآخر أو مات عنها و انقضت عِدّتها منه فإنها تكون حلالا لزوجها الأوّل،

[1]- المرجع السابق، ابن منظور، لسان العرب،الجزء 11، ص 201.

[2]- و لقد عرّفه ابن تيمية بقوله: «هو عقد على امرأة بزمن أقصاه إصابة المرأة لتَحِلَّ لزوجها الأوّل، و في ذلك راجع إقامة الدليل على إبطال التحليل، ضمن الفتاوى، الجزء 3، ص19.

فيجوز له شرعا أن يتزوجها من جديد، و لو كانت نيّة الزوج الثاني أو نيّة الزوجة قد انصرفت إلى التحليل و ليس الدوام و الاستمرار لأن النيّة المجردّة عن التصريح بما يكون في النفس لا تأثير لها في صحّة العقود و التصرفات بل الرّجل يكون مأجورا إذا كان قصده الإصلاح بين الزوجين.[1]

و أخذا عن ذلك أخذ القانون المصري رقم 25 لسنة 1969 في مسألة الطلاق المكمل للثلاث بحكم خالف فيه المذاهب الأربعة، و اعتبر الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع إلا طلقة واحدة، و نصت المادة الثالثة على أنّ الطلاق المقترن بعدد أو إشارة لا يقع إلا واحدة.

و في الفقهين القديم و الحديث اختلافات حول وقوع الطلاق الثلاث طلقة واحدة أو ثلاث، و الرأي عندنا أن المشرّع المصري قد اختار الأنسب اجتماعيا في قضية الطلاق الثلاث بلفظ واحد.[2]

و في صدد ذلك نصّت المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري المعدّل على أنه: «لا يمكن أن يراجع الرّجل من طلّقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطّلق منه أو يموت عنها بعد البناء».

الفرع الثاني: الحكمة من عدم مشروعية زواج المُحَلّل:

إن الحكمة من عدم مشروعية زواج المحلّل تكمن في أنّه إذا علم الرجل أنّ المرأة لا تحل له بعد أن يطلقها ثلاث مرات و يبت طلاقها، إلا إذا تزوجّت بغيره، فإنه يَرتَدع لأنه مما تأباه غيرة الرجال و شهامتهم و لاسيما إذا كان الزوج الثاني عدوا مناظر للأول، و كذلك إذا الرجل طلق زوجته و شعر بالحاجة إليها فيرتجعها نادما على طلاقها، ثم يمقت عشرتها بعد ذلك فيطلقها ثم يبدو له و يترجّح له عدم الاستغناء عنها فيرتجعها ثانية، فإنه يتم له بذلك اختباره لأن الطلاق الأول ربما جاء على غير رويّة تامة و معرفة صحيحة

[1]- مرجع سابق، أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 69.

[2]- الدكتور محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني و الاجتماعي للأسرة (في ظل أحكام الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي)، دار المعرفة الجامعية، 2005، ص 250.

منه بمقدار حاجته إلى زوجته، و لكن الطلاق الثاني لا يكون كذلك لأنه لا يكون الاختبار به، فإذا هو راجعها بعده كان ذلك ترجيحا لإمساكها على تسريحها، و يبعد أن يعود إلى ترجيح التسريح بعد أن رآه الاختبار التام مرجوحا، فإذا هو عاد و طلّق ثالثة كان ناقص العقل و التأديب، فلا يستحق أن تجعل المرأة كرة بيده يقدفها متى شاء و يرتجعها متى شاء هواه.[1]

بل يكون من الحكمة أن تبين منه، و يخرج أمرها من يده، لأنه على علم أنه لا ثقة بجمعهما معا و إقامتها حدود الله تعالى، فإن اتفقا بعد ذلك بالزواج من رجل آخر و طلاقها منه أو موته عنها، ثم رغب الأوّل في إعادتها و هو يعلم بدخول الثاني بها، و رضيت بالعودة إلى زوجها الأول، فلا تحل له إلا بعد العّدة.[2]

و كذلك لا ترث المرأة الزوج الثاني سواء كانت العدّة باقية أو انقضت و يحلّ به مؤخر الصداق المؤجّل إلى أحد الأجلين الموت أو الطلاق لانقطاع الرابطة الزوجية في الحال.[3]

و زواج المحلّل كما هو معروف هو شبيه بنكاح المتعة و الذي يهدف هذا الأخير إلى قضاء وقت معيّن فقط و لا يقصد به الدوام و الاستمرار كما هو معلوم في الزواج الشرعي الذي نصّت عليه الشريعة الإسلامية في أحكامها و القانون الوضعي في نصوص مواده، و خاصة المادة الرابعة من قانون الأسرة المعدّل (أمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005) على الصورة التالية:

«الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها الموّدة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب».

---

[1]- محمد بن فنخور العبدلي، مذكرة الأنكحة المستحدثة (المبتدعة) و حكم الشرع فيها، المعهد العلمي بمحافظة القريات،فلسطين، ص 53، و انظر كذلك فقه السُّنة، الجزء 2، ص 45، 46.

[2]- مرجع سابق ،عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل، الأنكحة الفاسدة، ص 220، و انظر كذلك محمد رضا: تفسير المنار.

[3]- عبد الوهاب خلاّف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم للنشر و التوزيع، الكويت، 1990، ص 146.

فهذا الوصف يطلق على الزواج الشرعي، أما زواج التحليل فهو عقد يتم سرا بين رجل و امرأة بائنة من طلاق الثلاث لتحليلها للزوج الأول لمدّة معينة مرتبطة بإصابة المرأة و كما هو معلوم أنّه لا يهدف إلى تحقيق مقاصد الزواج و إنما لرفع تحريم المرأة على زوجها، و هذا ما يخالف ما قضت به الشريعة الإسلامية من أحكام.

كما أن زواج التحليل لا يحقق الحكمة التي شرعها الله من وراء الزواج الشرعي لتحقيقها مثل بقاء النوع الإنساني و منع الاختلاط و أن تكون الزوجة حلالا لزوجها و حده لا يملك غيره حق الاستمتاع بها.[1]

و كذلك تحصين النفوس و الابتعاد عن الفواحش و الزنا و الابتعاد عن انتهاك الحرمات و حفظ الأخلاق، و في ذلك قوله تعالى:«و أُحِلَّ لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين» النساء: 24.

المطلب الثاني:

أسباب زواج المحلّل

مما لا شك فيه أن من أحكام الطلاق البائن بينونة كبرى بأنه مزيل للحَلّ فضلا عن الملك، فلا يمكن للمطلّق هنا أن يعقد على مطلقته بعد الطلاق المكمّل للثلاث إلا أن تتزوّج غيره، و يدخل بها دخولا حقيقيا، و تحصل فرقة من هذا الزواج الجديد و تنتهي عدّتها منه، و بالتالي أوجب على الزواج أن يكون صحيحا و أن يرتب آثاره، فإن حصل ذلك فإن مطلّقها الأول يمكنه أن يتزوجها من جديد.[2]

وزواج المحلل لا يمكن أن يقوم و يرتب آثاره إلا بوجود عدّة أسباب يشترط توافرها منها ما هي شرعية، و منها ما هي قانونية و هي التي سنتناولها فيما يأتي:

[1]- المرجع السابق، ص 150.

[2]- مرجع سابق،عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص 291.

الفرع الأول: الأسباب الشرعية و الإطار القانوني لحيلة التحليل:

أولا: الأسباب الشرعية:

متى وقع الطلاق بائنا بينونة كبرى و هو ما كان بالثلاث، و يسمّى بالطلاق البات[1] زال الملك و الحِلُّ معا، فلا يجوز للرجل أن يعقد على مطلقته حتى و لو رضيت هي بذلك، إلاّ بعد أن تنكح رجل غيره، و لابد أن يكون هذا الزواج صحيحا نافدا و يشترط أن يطأها هذا الزوج وطأ حقيقيا فالخلوة الصحيحة لا تكفي لحلّها للأوّل و لابدّ أن يكون هذا الوطء في المحِلْ المباح شرعا، و يشترط أ ن يكون هذا الوطء موجب للنسل، بأن يلتقي الختانان، ثم بعد ذلك تقع الفرقة بينها و بين الزوج الثاني سواء كان بالطلاق أو بالموت و تمضي عدّة هذه الفرقة.[2]

ولا فرق في هذا الحكم بين ما إذا كانت المطلقة ثلاثا مدخولا بها أو غير ذلك[3] و إن كانت المدخول بها يقع عليها الطلاق الثلاث سواء بكلمة واحدة كانت طالق ثلاث أو متفرقا كقول الزوج لزوجته: أنت طالق أنت طالق و أمّا غير المدخول بها فلا يقع عليها الثلاث إلاّ إذا كانت بكلمة واحدة فإن كان متفرقا فلا يقع إلاّ الأولى فلا تلحقها الثانية و لا الثالثة و الفرق بينهما أن المطلّقة قبل الدخول لا عدّة لها فبمجرّد قوله لها أنت طالق بانت منه لا عدّة فتصادفها الثانية و الثالثة و هي محلّ للطلاق فتقع كلّ منهما.[4]

و إن كانت المطلقة ثلاثا بائنة بينونة كبرى لا تحلّ لزوجها إلاّ بما ذكر بقوله تعالى: « فإن طلّقها فلا تحِلّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» البقرة: 230. و المراد بالطلقة الثالثة بدليل قوله تعالى قبل هذه الآية: «الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح

---

[1]- الطلاق البات: طلاق الثلاث.

[2]- محمود زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ج1، ص 361،360،359.

[3]- ابن قدامة، المغني، تحقيق و تدقيق الدكتور عبد الله بن المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، ط1 1992، ط2 1998، الرياض، دار عالم للكتب، الجزء العاشر، ص 495.

[4]- فائزة اللبان، «إعجاز التشريع الإسلامي في أحكام الأسرة»، (رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة،السنة الجامعية 1430-1431 هـ (2009-2010)، ص 299.

بإحسان» ثم إن الغاية من نكاح الزوج الثاني مطلقا و الزوجة مطلقة أنما تثبيت بالنكاح الصحيح.[1]

أما إذا كان الزواج الثاني فاسدا فلا تحلّ المرأة لزوجها الأوّل حتى و إن حصل دخول حقيقي لأن المتزوّج بعقد فاسدا لا يسمى زوجا شرعيا، كما أنّ العقد الفاسد لا يسمى زواجا و إن عقد عليها الثاني عقدا صحيحا و لم يدخل بها دخولا حقيقيا فلا تحِلُّ بالعقد الثاني لزوجها في قول عامة الفقهاء.[2]و زيادة على ذلك فإن المطلقة البائنة بينونة كبرى تكون محرمة تحريما مؤقتا على مطلقها حتى تنكح الزوج الثاني أو ما يسمى بالمحلل نكاحا صحيحا نافدا[3] والعّلَة في تحريم النكاح المؤقت في حالة الطلاق المكمّل للثلاث هي أن الشارع يريد أن يُعطي الرجل و المرأة درسا واقعيا بعد استنفاذ عدد الطلقات ليضمن عدم تعثر الحياة الزوجية بينهما بعد ذلك، فليس من المصلحة إعادة الحياة الزوجية بينهما بعد الطلاق الثلاث إذ حدث شيء يكون له أثره الفعّال فيهما، الأمر الذي يضمن مَعَهُ نجاح هذه الحياة فيما بعد، و هذا لا يكون إلا بزواج المطلّقة من رجل آخر زواجا شرعيا بنيّته الدوام لا بنيّة التحليل.[4] و لابُدَّ أن تحدث الفرقة بين الزوجة و الرجل الثاني بالموت أو الطلاق، و بعد انتهاء عدّتها يُرفع قيد التأقيت و يحق للزوج الأوّل أن يعقد عليها بمهر و عقد جديدين.[5]

و لقد قيّد التشريع الإسلامي الطلاق الثلاث فمن طلّق زوجته ثلاث تطليقات بانت منه، و يجب زواجها من شخص آخر لتحلّ لطليقها و ليتمكن من إعادتها إلى عصمته، و لقد كان أهل الجاهلية يُطلق الواحد منهم امرأته ما شاء من الطلاق فإن أراد مراجعتها راجعها قبل أن تنقضي عدّتُها، فغضب رجل من الأنصار على امرأته فقال لها: لا أقربك

---

[1]- مرجع سابق،علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق و الظهار، ص 116.

[2]- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنيّة و المذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية، بيروت، ج1،(الزواج و الطلاق)، ص 374.

[3]- مرجع سابق،أحمد محمود خليل،عقد الزواج العرفي،(أحكامه،وشروطه، وأركانه)، ص88.

[4]- و هو أن يتزوج الرجل المطلّقة ثلاثا بعد أن بانت من زوجها بينونة كبرى بشرط أنه متى تزوجها الثاني طلقها لتحل لزوجها الأوّل، فواضح من هذه الصورة عنصر التأقيت و لا يقصد منه الدوام و الاستمرار و إنّما هدفه فقط تحليل المطلقة ثلاثا لزوجها.

[5]- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ،(بحث مقدّم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية)، جامعة باتنة، السنة الجامعية 2008-2009 م، ص 546.

و لا تُحلِين مني، قالت:كيف؟... قال :أطلقك حتى إذ دنا أجلك راجعتك ،ثم أطلقك فإن دنا أجلك راجعتك، قيل فشكت ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله هذه الآية: «فإن طلّقها فلا تحلُّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره>>البقرة:230 فالآية إذن نزلت لبيان عدد الطلاق الذي يحل للمرء فيه أن يراجع زوجته دون تحديد المهر، و نسخ القرآن ما كانت عليه العرب حين كانوا يطلقون دون حصر أو عدد.[1]

و لقد أجمع العلماء على أنّ من طلّق امرأته طلقة أو طلقتين فله مراجعتها، فإن طلّقها الثالثة لم تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره، و كان هذا من حكم القرآن الذي لم يختلف في تأويله.[2]

و المقصود بالزوج الثاني أن يكون راغبا في المرأة قاصدا دوام عشرتها كما هو المشروع من التزويج و اشتراط الإمام مالك مع ذلك، أن يطأها الثاني وطأ مباحا، فلو وطأها و هي محرمة أو صائمة أو معتكفة أو حائض أو نفساء، أو أن الزوج صائم أو معتكف لم تحل للأوّل بهذا الوطء، و كذا لو كان الزوج الثاني ذميا لم تحل للمسلم بنكاحه لأن أنكحة الكفار باطلة عنده.و اشترط الحسن البصري فيما حكاه عن الشيخ أبو عمر بن عبد البّر أن ينزل الزوج الثاني و لكنّه تمسّك بما فهمه من قوله عليه الصلاة و السّلام:«حتى تذوقي عسيلته و يذوق عسيلتك» و يلزم على هذا أن تنزل المرأة أيضا، و ليس المراد بالعسيلة المني لما رواه الإمام أحمد و النسائي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: «ألا إنّ العسيلة الجماع» فأمّا إذا كان الثاني إنما قصده أن يحلّها للأوّل فهذا هو المُحَلل، الذي وردت الأحاديث في لعنه بنص صريح بمقصوده في العقد بطل النكاح عند جمهور الأئمة.[3]

---

[1]- مرجع سابق، فائزة اللبان، إعجاز التشريع الإسلامي في أحكام الأسرة، ص 298.

[2]- المرجع السابق،فائزة اللبان، اعجاز التشريع الاسلامي في احكام الاسرة.ص299.

[3]- ا بن كثير ، تفسير القرآن العظيم، تعليق هاني الحاج و راجعه ناصر الدّين الألباني، دار التوفيقية للتراث، القاهرة، ج1، (من سورة الفاتحة إلى سورة البقرة)، ص 327.

ثانيا: الإطار القانوني لزواج المحلّل:

إن القانون الجزائري أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية، فجعل المطلقة ثلاثا من المحرّمات المؤقتة على المطلّق حتى تتزوج غيره (المواد من 30 إلى 51) من قانون الأسرة الجزائري و هو ما ذهبت إليه التشريعات العربية الحديثة كالقانون المغربي في (المادة 29 الفقرة الرابعة منه)، و القانون السوري (المادة 36 و 120 منه)، و القانون العراقي (المادة 13)، أما القانون التونسي فلقد نصّ في المادة 19 من مجلّة الأحوال الشخصية بأنّه:«يحجر على الرّجل أن يتزوج مطلقته ثلاثا»، و واضح أن المشرّع التونسي يجعل المطلقات بالثلاث من المحرمّات المؤبدة.[1]

و بالرّجوع إلى قانون الأسرة الجزائري و بالضبط نص المادة (51) نجد أنّ المشرع قد نصّ على أنه: « لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرّات متتالية إلا بعد أن تتزوّج غيره و تُطلّق منه أو يموت عنها بعد البناء».

فقد ذكر المشرع أنّ المطلّقة ثلاثا تبين من زوجها بينونة كبرى، و لا تحلّ لزوجها الأوّل و ليس له حق مراجعتها إلا بعد الزواج من آخر، و هذه الحالة هي محلّ اتفاق بين الفقهاء و هي حالة وقوع الطلقات متتالية، فإذا طلّقها ثم راجعها ثم طلّقها ثم راجعها، فقد أتمّ ما للرجل من طلقات عليها، و لهذا لو طلّقها مرّة أخرى بانت باتفاق[2]، و تنطبق عليها دلالة الآية:« فإن طلّقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» البقرة: 230.

و لقد حدّد العلماء بقولهم: أن يكون طلاقا بائنا، سواء كان مكمّل للثلاث تفريقا أم مقترنا بالثلاث لفظا أو إشارة، أم مكرّر ثلاث مرات في مجلس واحدٍ أو في مجالس متعددة.[3]

1/ الطلاق بلفظ واحد:

[1]–مرجع سابق، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص 337.

[2]– عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر و التوزيع، ص 285.

[3]– العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 98.

حرصا من الشرع على بقاء كيان الأسرة، فقد جعل الطلاق مرتين، فقال تعالى:« الطلاق مرتان...» البقرة 230، أي على التوالي مرّة بعد مرّة، لكن ما حكم من طلق طلقتين أو ثلاث طلقات بلفظ واحد؟ كأن يقول: أنت طالق؟ و الجواب أن بعض العلماء، مال إلى اعتبارها طلقة واحدة و استنادا إلى ما روي عن بن عباس الذي قال: طلق رجل زوجته ثلاثا في مجلس واحد، فحزن عليها حزنا شديدا، فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم:« كيف طلقتها؟» فقال: طلقتها ثلاثا، قال:«في مجلس واحد؟» قال: نعم، قال:«فإنّك تملك واحدة فأرجعها إن شئت» قال فأرجعها.[1] فإيقاع الطلاق بهذه الصورة نيا في حكمة الشرع في تحديد الطلاق.

والمعمول به في القانون الجزائري أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يعدّ إلاّ طلقة واحدة، حماية للأسرة من التشتت و عدم فصل قواها.[2]

إنّ الأصل في التشريع الإسلامي هو الطلاق الرجعي، حتى تكون هناك فرصة لإعادة الحياة الزوجية إذا وجدت مقتضياتها في فترة العِدة و الانتظار، و قد جعل الطلاق على دفعتين للزوج بعد كل منهما أن يمسك الزوجة بمعروف أو يفارقها بمعروف، حتى تتحقق أغراض الحياة الزوجية في الاستقامة و النجاح، و غرض الشريعة الإسلامية من أحكام الطلاق هو تحقيق مصلحة استئناف الحياة الزوجية و نجاحها على أسس من المودّة و المحبّة و الاستقرار كما نصّت على ذلك المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري المعدّل.[3]

فإذا طلّق الزوج زوجته للمرّة الثالثة، كان ذلك دليلا على عدم نجاح التجارب العلمية الثلاث،و عدم تحقيق أغراض الحياة الزوجية بينهما، و هنا لا تحّل له من بعد حتى تنكح

[1]- المرجع السابق. العربي بختي ، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري.ص 99، و انظر كذلك أحمد بن حنبل، الجزء1، ص 265.

[2]- المرجع نفسه، العربي بختي.الصفحة نفسها.

[3]-مرجع سابق، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص 233.

زوجا غيره، حتى يستلهم الزوجان من واقع الحياة درسا، يصححان به العلاقة الزوجية الجديدة بينهما، على أسس حقيقية و صلبة.[1]

و نلاحظ بأنّ طلاق الثلاث بلفظ واحد إذا لم تعقبه رجعة يكون غير مشروع لتوضيح القرآن الكريم أحكامه و أقسامه، و قوله سبحانه:«سنعذبهم مرتين» أي مرّة بعد مرّة، و لقد رَوَى النّسائي و غيره، عن محمود بن لبيد، قال أُخْبِرَ رسول الله صلى الله عليه و سلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جمعا، فقام غضبان، ثمّ قال: «أيلعب بكتاب الله، و أنا بين أظهركم» إن الزوجة في الإسلام ليست ألعوبة بيد الزوج المتسرّع في الطلقة الأولى أو الثانية، كما أنّ إيقاع الطلاق مرّة واحدة يقطع على الزّوج احتمال العودة إلى الحياة الزوجية لإصلاحها، إنّ إيقاع الطلاق بلفظ واحد ينافي حكمة الشّرع الإسلامي في تحديد الطلاق.[2]

و لقد اعتبر القانون الجزائري أنّ الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع إلاّ طلقة واحدة و في ذلك نصّت المادة 51 من ق.أ.ج على أنّ:«... من طلّقها ثلاث مرات متتالية...».

2/ الطلاق بواسطة القاضي:

سبق و أشرنا بأن الطلاق هو ما أوقعه الزوج بإرادته المنفردة حتى و إن احتاج الأمر إلى صدور حكم بالطلاق بناء على رغبة الزوج.[3]

أما إذا طلبت الزوجة من القاضي التفريق بينها و بين زوجها، فإن هذا يسمى تطليقا لأنها لا تستطيع أن تطلّق نفسها لكون العصمة بيد الرجل، بل لها أن تطلب من القاضي أن يطلقها إذا لم تطيق العيش مع زوجها.

أ. **ثبوت الطلاق:** لقد نصّت المادة 49 المعدّلة من ق.أ على أنه: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدّته ثلاثة (3) أشهر

---

[1]- المرجع نفسه، بلحاج العربي،ص233.

[2]- المرجع السابق،العربيي بختي،أحكام الاسرة في االفقه الاسلامي وقانون الباسرة الجزائري، ص 334، و انظر كذلك أحمد الغندور، الأحوال الشخصية، ص 442-443.

[3]-مرجع سابق، الدكتور بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص 179.

ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى» و الجديد في التعديل أنه أقرّ بضرورة إجراء عدّة محاولات صلح أملا في تجنب الطلاق، و يتعين على القاضي الذي يجري الصلح تحرير محضر يبين فيه مساعي و نتائج محاولات الصلح مع توقيع الطرفين و كاتب الضبط و إذا لم يفلح القاضي بالرغم من هذه المحاولات يصدر حكمه بالطلاق، ثم يسجّل الحكم وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.[1]

و ما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه أقرّ بأن الطلاق لا يكون ثابتا و لا يعتد به إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي، و هنا نتساءل ما مصير الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة.

كما أن نصّ المادة 49 لم يشر فيه إلى طبيعة الحكم هل هو حكم منشئ للطلاق، بالرغم من أن الزوج قد أوقعه قبل الحكم بإرادته المنفردة، أم هو حكم كاشف لطلاق الزوج مما يمكن أن نعتقده أن حكم القاضي يكون منشأ للطلاق، لأن النّص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم و خلال ثلاثة أشهر ، و استعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق و خلال الخصام بين الزوجين، كما دلّت على ذلك النصوص الشرعية.

أما إذا كان الزوج قد طلق بإرادته المنفردة فيصبح الصلح بلا فائدة، إلا إذا كان الطلاق رجعيا فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق، و ليس تجنبا لحدوث الطلاق.

ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون حكم القاضي كاشفا للطلاق الذي وقعه الزوج بإرادته المنفردة، و ليس منشئا له حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية و النصوص القانونية بمعنى على القاضي عندما يؤكّد الطلاق يضيفه إلى زمن حدوثه لأنه وقع من الزوج هذا إذا كان القانون الجزائري يعترف بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة أما إذا كان لا يعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة، فلا بد من توضيح هذه المسألة في النصوص القانونية حتى لا تكون متناقضة.[2]

[1]- المرجع نفسه، ص 180.

[2]- المرجع السابق، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ،ص 182.

أما نصّ المادة 50 من ق.أ فإنه بدوره معيب في الصياغة، حتى أنه يتناقض في حالات معينة مع المقتضيات الشرعية.

و مما يمكن ملاحظته على نص هذه المادة أنه استعمل لفظ المراجعة في غير محلّها لأن لفظ المراجعة لا يكون إلا في حالة صدور الطلاق و هذا يعني أن المشرع اعترف مرّة أخرى بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج خارج المحكمة بعد أن ألغاها في المادة 49 سالفة الذكر.

و كذلك استعماله للفظ الصلح إذ الصلح كما هو معلوم يتقررّ في حالة الخصام بين الزوجين لقوله تعالى:«و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما»، و هو ما يتطلب بأن يكون الصلح بعد رفع دعوى الطلاق في حالة إذا لم يكن الزوج قد طلّق.

أما إذا تبين بأن الزوج طلّق بإرادته المنفردة قبل رفع الدعوى الطلاق أمام المحكمة، فهنا يصبح الصلح بلا معنى، ما عدا إذا كان الطلاق رجعي و العدّة لم تنته عند نظر القاضي في الدعوى.[1]

فهنا بإمكان القاضي إجراء الصلح لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل الطلاق، على أن تحتسب طلقة شرعا و قانونا، و في هذه الحالة لا يتطلب الأمر عقدا جديدا، أما إذا رفع الزوج دعوى الطلاق بعد انتهاء العدّة، أو أن العدّة انتهت خلال مدّة الصلح المقرر و هي ثلاثة أشهر، فهنا لابد له من عقد جديد في حالة المراجعة. إلا أن النص قضى بأن المراجعة خلال مدّة الصلح لا تتطلب عقدا جديدا و هو أمر لا يمكن قبوله شرعا و قانونا.

كذلك فإن النص في الجزء الثاني منه يقضي بأن المراجعة إذا كانت بعد الحكم بالطلاق، فيتطلب الأمر عقدا جديدا، و هو ما يعني بأن الطلاق الذي أوقعه الزوج قبل ذلك و على أساسه تمت المراجعة لا قيمة له من الناحية القانونية. كذلك لا يعتد القانون

[1]- المرجع السابق، بن شويخ الرشيد،شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ،ص 183.

بحساب العدّة المترتبة عن طلاق الزوج، بحيث صار طلاق القاضي بائنا، في حين قد تكون العدّة عند صدور الحكم لا زالت سارية، كما إذا كانت الزوجة المطلقة حامل لم تضع حملها بعد، و الحكم الشرعي يقتضي بقاء الرابطة الزوجية إلى حين انتهاء العدّة.[1]

أما الحكم القضائي فقد حوّل الطلاق الرجعي إلى بائن حيث وجب إبرام عقد جديد في حالة المراجعة حتى و لو كانت العدّة سارية، في حين أنه من الناحية الشرعية لا يتطلب الأمر إبرام عقد لأنها لا زالت زوجته شرعا

3/ الطلاق المكمّل للثلاث:

دائما و في إطار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج نجد نص المادة 51 من ق.أ الذي يقضي بأنه« لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد تتزوج غيره و تطلّق منه أو يموت عنها بعد البناء» هذا النص استمد كما هو معلوم من النصّ الشرعي لقوله تعالى: «فإن طلقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله» البقرة 230.

و لكن لابد من توضيح النّص بشكل يرفع الغموض لأن الفقهاء اختلفوا في مدلول النص ما إذا كان الأمر يتطلب ثلاث مرات بصورة منفصلة عن بعضها أم يكفي اللفظ المتكرر ثلاث مرات لترتيب الحكم السابق.[2]

و الأئمة الأربعة متفقون على أنّ اللفظ المتكرر بالعدد ثلاث مرات يقع طلاقا بائنا بينونة كبرى، بينما نجد الإمام بن تيمية خالف المسألة و اعتبر اللفظ المقترن بالعدد ثلاث مرات لا يقع إلا طلقة واحدة، و من هذا المنطلق كان لابدّ على المشرع من تحديد المقصود من لفظ (ثلاث مرات متتالية) لرفع الغموض من جهة و لترتيب الأمور و الآثار الشرعية من جهة أخرى.

[1]- المرجع نفسه ، ص184.

[2]- المرجع السابق، بن شويخ الرشيد. شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل،ص 185.

و مما يمكن اعتقاده هو أنّ القانون لا يعتد بحالات الطلقات المنفصلة عن بعضها و السبب في ذلك هو أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم كما سبق و أن رأينا : و هو ما يعني صدور ثلاثة أحكام قضائية ليصير معها الطلاق بائنا بينونة كبرى.

و أما من الناحية الشرعية فلا تنسجم الأمور، و هذا في حالة ما إذا تبين بأن الزوج قد طلّق مرتين بالإرادة المنفردة و راجع زوجته خلالها دون أن يلجأ إلى القضاء.و في المرة الثالثة عندما طلّقها يعتبر الطلاق هنا بائنا بينونة كبرى لأنه صدر من الزوج للمرة الثالثة.[1] و هنا لابد له من اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بالطلاق و حتما سيتعامل معه القانون و القاضي على أنّه طلاق للمرّة الأولى و بالتالي سوف يطبق القاضي أحكام المادة 50 من ق.أ باستعمال المراجعة في حالة الصلح أو المراجعة بعد جديد بعد الحكم بالطلاق.

في حين أن الشرع يقتضي أن يعتبر هذا الطلاق بائنا بينونة كبرى فلا تجوز المراجعة هنا و إنما يتطلب الأمر زواج المرأة برجل آخر زواجا شرعيا صحيحا فإذا طلّقها أو مات عنها بعد الدخول الحقيقي جاز لزوجها الأول أن يتزوجها من جديد.

و كذلك مما يمكن ملاحظته، ضمن نص المادة 51 من قانون الأسرة السالفة الذكر و التي اشترطت الدخول الحقيقي في الزواج الثاني في إشارة ضمنيّة للموضوع من جهة كذلك قد يتبين بأن الزواج مؤقت و لم يقصد منه الزواج العادي، و بالتالي يكون باطلا أيضا.[2]

و لقد جاء في قول بن شويخ الرّشيد في كتابه شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل في تثبيت الحكم القضائي للطلاق المكمّل للثلاث بأنّه «...و لن يتحقق هذا إلا بإلزام الزوجين بتسجيل حالات الطلاق التي تحدث بالإرادة المنفردة خارج المحكمة و تواريخ المراجعة لأنها شرعا تنقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أو أننا نمنع الزواج من

[1]- المرجع نفسه ، ص 185.

[2]- المرجع السابق ، بن شويخ الرشيد.شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ،ص 187.

إيقاع الطلاق خارج المحكمة و هي مسألة صعبة و لذلك فلا بدّ من إضافة فقرات أخرى للمادة 51 و هي الفقرة الثانية: " و لفظ الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة".

الفقرة الثالثة: " الطلقات السابقة للزوج بالإرادة المنفردة تعتمد شرعا و قانونا بواسطة حكم قضائي "

الفقرة الرابعة: " إذا تبين للقاضي أن الزواج الثاني للمرأة قصد منه التحليل للزوج الأوّل بطل هذا النكاح"

و الحقيقة في ذلك أننا اقترحنا الفقرة الرابعة أيضا لمنع كل تحايل على أحكام الشرع و القانون...»

أما بالنسبة لعدد الطلقات التي تقع بلفظ الثلاث مجتمعة فهناك فريق من الفقهاء يقول ما يقع بالطلاق ثلاثا بكلمة واحدة، يقع به واحدة رجعية، و في قولهم إن الله تعالى في الآية الكريمة: « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » لم يفرق بين أن تكون الثلاث مجموعة أو مفرقة و لا يجوز أن نفرق ما جمع الله بينه، كما لا نجمع بين ما فرق الله بينه.

و أما من خالف هذا الرأي قال: «إنّ الطلاق ثلاثا يقع ثلاثة و أنّه يقع مرّة واحدة» و الخلاف لا يزال قائما.[1]

هذا وقد ورد حكم لغرفة الأحوال الشخصية و المواريث للمحكمة العليا: «من المقرر شرعا أنه " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.

الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناءا على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا فإنهم لم يخرقوا نص المادة 57 من قانون الأسرة و طبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن»[2]

[1]- مرجع سابق،الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ص 101.

[2]- (ملف رقم 76551 / قرار بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية العدد الأول، 2001، ص 171، المرجع نفسه ، ص 101.

4/ الطلاق البائن في قانون الأسرة:

عند البحث في قانون الأسرة الجزائري عن هذا موضوع الطلاق البائن، نجد ــنّ المادة 51 منه أشارت إلى هذا النوع من الطلاق، و رجعت فيه إلى الشريعة الإسلامية، إذ جاء فيما يلي نصّه:

«لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء». لأن وصول الزوجين إلى الطلاق الثلاث يدّل على أن الحياة الزوجية قائمة على أسس ضعيفة.[1] و لا يسمح باستمرارها ما دام الرضا و القبول غير متوفرين، أما فرض بقائهما بالقوة فيمكن أن يؤدي إلى وقوع جرائم و انحرافات.

و هذا الطلاق ينظر إلى الحياة الأسرية نظرة واقعية، و يقدر طبيعة النفس البشرية و عواطفها و أحاسيسها التي لا تنكر،كما يراعى تحوّل القلوب بعد رضاها و قبولها للآخر[2].

الفرع الثاني: شروط زواج المحلّل:

كما سبق و أن أشرنا بأن كل عقد له شروطه تميزه عن غيره من العقود، و لعقد الزواج عدّة شروط سبقت الإشارة إليها، و للزواج المحلّل عدّة شروط سنتطرق إليها:

أولاّ: شروط زواج المحلل:

لقد اتفق الفقهاء على أنّ من طلّق زوجته ثلاثا لا تحلُّ له حتى تنكح زوجا غيره.[3] زواجا صحيحا شرعا، و يدخل بها الزوج الثاني، ثم يطلّقها، أو يموت عنها، و تنقضي عدّتها منه.[4]

---

[1]- مرجع سابق،العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ص 99.

[2]- المرجع السابق، العربي بختي،أحكام الاسرة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري،ص 100.

[3]- مرجع سابق،الدكتور سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني و الاجتماعي للأسرة،ص 250.

[4]- مرجع سابق، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،334.

و المراد هنا بالطلقة الثالثة، أنّه لا فرق من كون المطلّقة ثلاثا مدخولا بها أو لا.[1] و المطلقة ثلاثا لا تحلّ لزوجها إلاّ بعدّة شروط:

الشرط الأول: اشتراط صحة العقد:

يشترط أن يتزوجّها الزوج الثاني زواجا صحيحا، أمّا العقد الفاسد لا يُسمى نكاحا، و الرّجل فيه لا يسمى زوجا[2]،لأنّ الله تعالى يقول: «حتى تنكح زوجا غيره» البقرة 230 كما أنّ نص المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري المعدّل نصّت بأنّه:«لا يمكن بأن يراجع الرّجل من طلّقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره...».

و لقد قال سعد بن المسيب بأن المرأة تحِلُّ بنفس العقد، و احتج بقوله تعالى:«فإن طلّقها فلا تحلُّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» البقرة: 230، و النكاح هو العقد، و إن كان يستعمل في العقد و الوطء، جميعا عند الإطلاق لكنه يصرف إلى العقد عند وجود القرينة و قد وجدت، لأنّه أضاف النكاح إلى المرأة بقوله تعالى: « حتى تنكح زوجا غيره» البقرة 230، و العقد يوجد كلّ منهما كما يوجد من الرجل فأما الجماع فإنه يقوم بالرجل وحده، و المرأة محلّه فانصرف إلى العقد بهذه القرينة فإذا وجد العقد تنتهي الحرمة بظاهر النصّ.[3]

و الطلاق بجميع أنواعه سواء كان رجعيا أو بائنا و سواء كان البائن ببينونة صغرى أو كبرى لا يقع على المرأة، إلا بعد عقد الزواج، إذ أن الأجنبية غير محلّ للطلاق و لابُدّ أن يكون العقد صحيحا، فإن كان غير صحيح ، فلا يقع الطلاق أصلا و يبني على ذلك أنّه لو عقد رجل على المرأة و كان العقد صحيحا و أوقع عليها طلاقا وقع و ترتب عليه حكمه سواء كان رجعيا أو بائنا فإن كان العقد غير صحيح فلا يقع و لا يترتب عليه حكم.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فإنّ عقد الزواج الصحيح هو الذي يترتب آثاره الشرعية و القانونية و ذلك وفقا لنصّي المادتين 4 و 9 مكرّر من ق.أ.ج المعدّل.

---

[1]- المرجع نفسه، بلحاج العربي.ص. 335.

[2]- المرجع نفسه، ص 336.

[3]- مرجع سابق،عبد الله محمد خليل ابراهيم، صوّر مستحدثة لعقد الزواج في ظل الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، ص 55.

و الزواج الفاسد هو العقد الذي استكمل ركنه و سائر شروطه و لكنّه فقد شرط من شروط الصّحة، فإن لم يتبعه دخول لم يترتب عليه أي أثر، و أما ان تبعه دخول فيترتب عليه استحقاق المرأة للأقل من المهر المسمى و مهر المثل و ثبوت نسب الولد، و حرمة المصاهرة، ز و جوب العدّة، و لا تثبت بقية الأحكام كالإرث و النفقة و العقد الفاسد يوجب على الزوج و الزوجة التفرّق طوعا و إلاّ فرق بينهما القاضي.[1] و قد وضع القانون المادتين (34 و 42) لذلك فنصّت المادة 6/34 منه على ما يلي:« يكون الزواج فاسدا في حالة زواج المتعة أو الزواج المؤقت».

كما جاء في المادة 42 منه:« الزواج الفاسد الذي لم يقع به دخول لا يفيد حكما أصلا أما إذا وقع به دخول فيلزم به المهر و العدّة ويثبت النسب و حرمة المصاهرة، و لا تلزم بقية الأحكام كالإرث و النفقة قبل التفريق و بعده».

الشرط الثاني:شرط الدخول بعد العقد:

يشترط في زواج محلّل أن يدخل بالمطلقة البائنة دخولا حقيقيا بعد العقد الصحيح[2] لأن النبي (صلى الله عليه و سلم) قرّر أنّ الحلّ لا يكون إلا بعد أن تذوق عسيلة الزوج الثاني و يذوق عسيلتها، و المراد بالعسيلة الجماع لقوله عليه السلام:« لا تحل للأولّ حتى يجامعها».

فلا بد من الدخول حتى و لو كان الزوج الأوّل لم يدخل بها، و قد بينت السنّة أن الزوج الثاني لا يحلّ المرأة للزوج الأولّ، إلا إذا دخل بها دخولا حقيقيا، فقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنّها قالت:

جاءت امرأة رفاعة القرضي إلى رسول الله (صلى الله عليه و سلم) فقالت: اني كنت عند رفاعة، فطلقني، فبت طلاقي، فتزوجني عبد الرحمان بن الزبير و ما معه إلاّ مثل هُدْبة

[1]- المرجع نفسه،عبد الله محمد خليل ابراهيم، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي، و قانون الأحوال الشخصية، ص 55،56.

[2]- الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، تحقيق و تعليق الشيخ علي معوّض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط2، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002 م، الجزء 4، ص 404.

الثوب فتبسم النبي عليه السلام و قال: «ألا تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقين عسيلته و يذوق عسيلتك»[1]

و يكفي بالدخول بالتقاء الختانين الذي يوجب الحدّ و الغسل، و لا يشترط الإنزال لأنّ الشرط الذوق لا الشّبع، و قد أشار الرسول في الحديث بالتصغير لتقليل القدر الذي لا بُد منه في الحصول الاكتفاء به.[2]

و يحلّ الجماع، و لو كان الذكرُ ملفوفا في بخرقة، ما دام الرجل يجد لذّة حرارة المَحِلُّ، و لو أَوْلَجَ الشيخُ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحلّها إلا إذا انتعلي و عمل، و المقصود بالعمل أن يكون له نوع انتشار يحصل به إيلاج كي لا يكون بمنزلة إدخال خرقة في المَحِلّ.[3]

و لا يثبت التحليل بجماع الصغير الذي لا يجامع مثله لأنّه لا يجد لذّة أصلا، و قد سنّ الجماع بعشر سنن.

و يحلّ الجماع و لو في حيض و نفاس أو صوم فرض أو إحرام، و إن كان حراما.و أن تزوجت مجنونا، فإنها لا تحلّ حتى تحبل لوجود الدخول حكما، و هذا شرط مناف لما ورد في قانون الأسرة بنص المواد 9 و 9 مكرّر كون أهلية الزوج منعدمة بالجنون كونه عارض من عوارض الأهلية في القانون المدني طبق نص المادة 42 من نفس القانون.

و لو مات الزوج المحلّل عن المرأة قبل الوطء، لا تحلّ، و إن كان الموت كالدخول في ايجاب العدّة و تقرير المهر المسمّى،لأن الشرط هو الوطء.[4]

---

[1]- محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، موسوعة الفقه و القضاء، دار محمود للنشر و التوزيع، ج 4، ص 123، و انظر كذلك المصباح الذي جاء فيه العسل يذكّر و يؤنث و هو الأكثر و يُصغّر على عسيلة على لغة، التأنيث ذهابا إلى أنها قطعة و طائفة منه ثم ذكر الحديث، و قال بعده: و هذا استعارة لطيفة فإنه تشبه لذة الجماع بحلاوة العسل أو سمّى الجماع عسلا، لأنّ العرب تُسَمِّي كل ما تستحليه عسلا.

[2]- المرجع نفسه، عزمي البكري ،ص 125.

[3] المرجع السابق.عزمي البكري ، ص 125.

[4]- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

و إذا كان الزوج الثاني مشلولا ينتشر له، و يجامع لوجود الجماع في النكاح الصحيح، و إنما الفائت هو الإنزال، و هذا ليس بشرط كالفحل إذا جامع و لم ينزل.[1] و أما المجبوب فإنه لا يحلّها للأوّل، لأنه لا يتحقق منه الجماع، و إنما يوجد منه السُّحق و الملاصقة، و التحليل يتعلق بالجماع، و أنّه اسم لالتقاء الختانين و لم يوجد، فلا تحلّ للأوّل، و ان حملت امرأة المجبوب و ولدت هل تحل للأوّل؟ قال أبو يوسف: تحلّ للأوّل و كانت محضة، و قال زفر: لا تحلّ للأول و لا تكون محضة، و هو قول الحسن، و هذا قول ظاهر، لأنّ ثبوت النسب ليس بوطء حقيقة، بل بقيام مقام الوطء حكما، و لأنّ النسب يثبت من صاحب الفراش مع كون المرأة زانية حقيقة، لكونه مولودا على الفراش، و التحليل لا يقع بالزنا، و رأي أبي يوسف أنّ النسب ثابت منه، و ثبوت النسب حكم الوطء في الأصل، فصار كالدخول، سواء وطئها الزوج الثاني في حيض أو في نفاس، أو صوم أو إحرام لوجود الدخول في النكاح الصحيح.[2]

3/ الشرط الثالث: شرط انتهاء العدة:

يشترط أن يكون الزواج بعد انتهاء العدّة من الزواج الثاني، و هذا شرط في كل زواج، فإذا توافرت في المطلقة ثلاثا هذه الشروط، فإنها تكون حلالا لزوجها الأول، فيجوز له شرعا و قانونا أن يتزوجها من جديد، و لو كانت نية الزوج الثاني أو الزوجة الثانية قد انصرفت إلى التحليل فقط و ليس الدوام و الاستقرار لأن النية المجرّدة عن التصريح بما يكون في النفس لا تأثير لها في صحّة العقود[3] و التصرفات. بل الرجل يكون مأجورا إذا كان قصده الإصلاح بين الزوجين و الحقيقة أنّ الزواج بشرط التحليل هو زواج صحيح و يّحلها للأوّل.

كما رأينا فإن الزواج المحلّل حتى يسمّى بهذه الصفة لابد من توافر عدّة شروط منها ما هو مرتبط بالعقد، و منها ما هو مرتبط بالزوج المحلّل و هذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

[1]- مرجع سابق،الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ص 411.

[2]- المرجع السابق، الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.ص 412.

[3]-مرجع سابق، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص335،336.

ثانيا: شروط الزوج <<الرجل>>المحلّل:

لقد اشترط بعض الفقهاء في الزوج المحلّل ما يلي:[1]

1/ ألا ينصّب الزوج نفسه لذلك، بحيث يكون معروفا بذلك عند النّاس و مشتهرا عنه ذلك.

2/ ألا يشترط أجرا على التحليل، لأنه بذلك يكون عاصبا و ملعونا بنص الحديث.

3/ أن يكون قَصْدُ المحلّل الإصلاح بين الزوجين، لا مجرّد قضاء الشهوة، فإن قصدها كان الزواج مكروها، و لكنّها تحلّ للأوّل.

4/ ألا يشترط في العقد التحليل و هذا التحديد يقترب من مذهب ابن تيمية الذي اشتد في إبطال التحليل، حتى قرّر أن المحلّل لا يحلّ المرأة لزوجها.

المبحث الثاني

صوّر زواج المحلّل و آثاره

لقد سبق و أن قلنا بأن الزواج المحلّل هو أن يتزوج رجل امرأة مطلّقة من غيره ثلاثا قاصدا أن يحلّلها لمطلقها.[2]

و هذا الزوج لا يحقق أغراضه الإجتماعية، بل هو حيلة لرفع تحريم، وقصد غير مشروع، لذلك نصّ القانون الأردني في المادة (100) منه على أنّه:« تزول البينونة الكبرى بتزوج المبانة التي انقضت عدّتها زوجا آخر لا بقصد التحليل...إلخ».

و لذلك يعمد بعض العامة إلى زواج المحلل إذا أوقعوا الطلاق البائن بزوجاتهم بأن يأتوا برجل، و يتفقوا معه على أن يتزوّج المطلقة ثم يطلقها فيتزوجها الأوّل[3] و لذلك

---

[1]–مرجع سابق، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ص 386.

[2]– مرجع سابق، الدكتور عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 198.

[3]– الدكتور فارس محمّد عمران، الزواج العرفي «وصوّر أخرى للزواج غير الرّسمي»، ط1، مجموعة النيل العربية، 2001،ص 67.

فالأمر لا يخلو من عدّة صور أو حالات تترتبّ عليها آثار متعددة و مختلفة باختلاف نوعية العقد المتعلق عليه و هذا ما سنتناوله في المطلبين الآتيين:

في المطلب الأوّل سنتناول صوّر و حالات زواج المحلّل.

و في المطلب الثاني سنتطرق إلى آثار زواج المحلل.

المطلب الأول

صور أو حالات زواج المحلّل

إنّ ما تحِلُّ به المطلقة ثلاثا لزوجها الأوّل هو أن تتزوّج زوجا آخر، بزواج صحيح، و جمهور الفقهاء اتفقوا على أنّها لا تحلّ للأوّل حتى يطأها الثاني، لقوله تعالى: « فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» البقرة 230.

و قد روي عن سعد بن المسيب أنّها تحلُّ للأول بنفس العقد، إلا أنه رُوِي أنه رجع إلى قول الجماعة.

لأن السُّنة فسرت (النكاح) بذوق العسيلة، و لقد ورد عن عائشة رضي الله عنها: أنّ امرأة رفاعة القرظي، جاءت إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، فقالت: إني كنت عند رفاعة، فطلقني فبت طلاقي فتزوجني عبد الرحمان بن الزبير و ما معه إلاّ مثل هُدبة الثوب، فتبسم النبي (صلى الله عليه وسلم) و قال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته و يذوق عسيلتك».

و عنها أيضا رضي الله عنها أن النبي (صلى الله عليه و سلم) قال: «العسيلة الجماع». و في ذلك قال الفقهاء أنّ الحُرمة الغليظة، إنما تثبث عقوبة للزوج الأوّل بما أقدم على الطلاق الثلاث الذي هو مكروه شرعا، زجرا له، و منعا له في ذلك لكن إذا تفكرّ في حرمتها عليه إلا بزوج آخر، الذي تنفر منه الطباع السليمة و تكرهه، أتزجر عن ذلك، و معلوم أن العقد بنفسه لا تنفر عنه الطباع، و لا تكرهه، إذ لا يشتدّ على المرأة مجرد

النكاح ما لم يتصّل به الجماع، فكان الدخول شرط فيه ليكون زجرا له، و منعا عن ارتكابه.[1]

و نكاح التحليل لا يخلو من عدّة حالات أو صور سنتناولها في فرعين:

الفرع الأوّل: اشتراط التحليل في صلب العقد:

و يكون بحالتين:

الحالة الأولى: أن يشترط عليه في صلب العقد أن يطلّقها بعد الدخول بها.[2]

الحالة الثانية: أن يحصل التواطؤ على ذلك من الطرفين قبل العقد و لا يذكر لفظا في صلب العقد و لكنّه منوي و معلوم.

أولا: إذا صرّح بشرط الإحلال:

ذهب جمهور الفقهاء، و منهم مالك و الشافعي و أبو يوسف و ابن حزم و هو رواية عن أبي حنيفة و أحمد، أن النكاح بهذا الشرط يأخذ معنى نكاح المتعة، وهو فاسد و لا تحلّ به المرأة لزوجها الأوّل، و يصحّ العقد مع الكراهة، و إذا طلقها حلّت للأوّل، و الصحيح قول الجمهور لأنّه وردت أحاديث عن رسول الله (صلى الله عليه و سلم) في ذم المحلّلُ و المحلّل له، و في لعنها منها ما رواه عقبة بن عامر أنّ رسول الله قال:« ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: هو المحلّل لعن الله المحلّلُ و المُحلّلُ له»[3] .

---

[1]- المرجع السابق، محمد فارس عمران، شرح قانون الأحوال الشخصية، ض 198.

[2]- مرجع سابق،عبد الرحمان بن عبد الرحمان شميلة الأهدل، النكاح الفاسد و أحكامه، ص 151 و ما بعدها.

[3]- مرجع سابق،بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص 59 و ما بعدها، و راجع كذلك الإمام ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، الطبعة 1987، دار الريّان للتراث القاهرة، ج5 ،ص 10.

و منها ما رواه الترمذي بإسناده عن ابن مسعود: أنّ الرسول (صلى الله عليه و سلم) لعن المحلّل و المحلّل له، و قال الترمذي حسن صحيح.[1]

و الفعل الذي يُلعن عليه صاحبه لا يكون إلا حراما، و الحرام لا يكون حلالا.

و قد رُوي عن عمر بن الخطّاب رضي اله عنه، أنّه قال:« لا أوتي بمحلّلُ و لا مُحَلّلُ له إلاّ رجمتهما».[2]

و عن نافع مولى ابن عمر، أنّ رجلا سئل ابن عمر فقال: «إنّ خالي فارق امرأته فدخله من ذلك همّ و أمر و شقّ عليه فأردت أن أتزوّجها و لم يأمرُني بذلك و لم يعلم به، فقال ابن عمر: لا، إلاّ نكاح غبطة إن وافقتك أمسكت، و إن كرهت فارقت، و إلاّ نعد هذا في زمان رسول الله (صلى اله عليه وسلم) سفاحا» قال الهيثمي رجاله رجال الصحيح.[3]

و في رواية أخرى إذا تزوج رجل المطلّقة ثلاثا بقصد تحليلها لزوجها الأولّ الذي طلقها طلقة مكملّة لثلاث، فإن كان اشتراط ذلك في العقد فقد اختلف فقهاء الحنفية في هذا الزواج فقالوا بأنّ هذا الزواج صحيح مادام مستكملا لأركانه و شروطه الشرعية لكونه عقد زواج اقترن بشرط فاسد، و من المقرّر شرعا أن عقد الزواج المقترن بشرط فاسد ينعقد صحيحا و يبطل الشرط و لا يعمل به فلا يجبر الزوج الثاني على أن يطلقها، فإذا طلّقها بعد أن دخل بها دخولا حقيقيا و انقضت عدّتها منه حلّت لزوجها الأول الذي كان قد طلّقها ثلاث تطليقات لوجود الدخول في زواج صحيح و إن كان هذا الزواج مكروها كراهة تحريم، لقوله صلى الله عليه و سلم:« لعن المُحَلّل و المُحلِل له».[4]

---

[1]-مرجع سابق، الدكتور المصري مبروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري، ص 442، و انظر كذلك سنن الترميذي – النكاح – باب ما جاء في المحلّل رقم 1120، ج3، ص 419،420.

[2]- المرجع نفسه،الدكتور المصري مبروك،ص 442، و راجع منصف عبد الرزاق رقم 10777- المجلّد 6، ص 265.

[3]- المرجع نفسه، ص 443، و انظر كذلك مجمع الزوائد، المجلّد الرابع، ص 267.

[4]- مرجع سابق، أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، ص 88.

وبالرجوع إلى نصّ المادة (100) من قانون الأحوال الشخصية الأردني نجدها نصّت على أنّه: «تزول البينونة الكبرى بتزوّج المبانة التي انقضت عدّتها زوجا آخر بقصد التحليل ... إلخ».[1]

و يتضح من خلال هذا النص أنه إذا كان زواج المبانة بزوج آخر بقصد التحليل لا تزول البينونة، و على ذلك إذا صرّح العاقد قبل إنشاء العقد أو عند إنشائه أنه يتزوجها ليحللها لزوجها الأوّل، أو صرّحت العاقدة أنها تتزوجه ليحللها لزوجها الأوّل، فإن العقد يكون فاسدا، فمادام قد علم صراحة أن الزواج إنّما قصد منه تحليلها لزوجها الأوّل فإنه يكون في معنى الزواج المؤقت، كأنه يقول لها: تزوجتك إلى وقت الدخول بك فيكون فاسدا، فلو دخل بها الزوج الثاني ثم طلقها لا تحلّ ذلك إلى زوجها الأوّل لعدم وجود عقد صحيح.[2]

و لقد أخذ القانون برأي أبي يوسف بذلك[3] غير أنّ أبا يوسف يعتبر العقد فاسدا إذا صرّح أحدهما بذلك عند إنشاء العقد، بأن قال لها تزوجتك على أن أُحَلِّلُك لِمُطَلّقك، أو قالت: زوجتك نفسي على أن تحللني لمطلّقي.[4]

و لقد ذكر أبي يوسف في كتاب بدائع الصّنائع في ترتيب الشرائع أنّ: النّكاح بشرط الإحلال في معنى النكاح المؤقت، و شرط التوقيت في النكاح الفاسد لا يقع به التحليل و لمحمد أن النكاح عقد مؤبّد، فكان شرط الإحلال استعجال ما أجّلَه الله تعالى لغرض الحِلّ، فيبطل الشرط و يبقى النّكاح صحيحا، لكن لا يحصل به الغرض، كمن قتل مورثه أنه يحرم الميراث لما كلنا، كذا هذا.[5]

---

[1]- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، الإصدار الثاني، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ص 198.

[2]- المرجع نفسه، عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية،ص 199.

[3]- قال أبو حنيفة و زفر، أنّه إذا تزوجها أو تزوجته على هذا الشرط فالعقد فاسد و الشرط باطل، فلا يجيز الزوج الثاني على أن يطلقها، فمتى دخل بها و انقضت عدّتها منه حلّت للزوج الأول، و إن كان هدف هذا الزواج يحمل تحريم لقوله عليه السلام« لعن المحلّل و المحلل له».

[4]- المرجع السابق، عثمان التكروري،ص199.

[5]- الكاساني ، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، تحقيق و تعليق الشيخ على معوّض و الشيخ عادل ابن عبد الموجود، ط2، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون بيروت لبنان،2003، ج4، «كتاب الأيمان- الطلاق»، ص 405.

و رأى أبي حنيفة أن عمومات النكاح تقتضي الجواز، من غير فصل بين ما إذا شرط فيه الإحلال أولا، فكان النّكاح بهذا الشرط نكاحا صحيحا، فيدخل تحت قوله تعالى:«حتى تنكح زوجا غيره» لبقرة 230، فتنتهي الحرمة عند وجوده، إلاّ أنه كره النكاح بهذا الشرط لغيره، و هو أنّه شرط ينافي المقصود من النكاح و هو السكن و التوالد و التعفف، لأن ذلك يقف على البقاء و الدّوام على النّكاح، و هو ربما سبَب لعن التحليل عند جمهور الفقهاء و الأئمة الأربعة.و أما إلحاق اللعن بالزوج الأوّل، و هو المحلّلُ له فيحتمل أن يكون لوجهين:[1]

الأوّل: أنه سبب لمباشرة الزوج الثاني، هذا النّكاح لقصد الفراق و الطلاق دون الإبقاء و تحقيق ما وضع له، و المسبب شريك المباشر في الإثم و الثواب في السبب بالمعصية و الطاعة.

الثاني: أنه باشر ما يفضي إلى الذي تنفر منه الطباع السليمة و تكرهه من عودها إليه بعد مضاجعة غيره إيّاها، و استمتاعه بها، و هو الطلقات الثلاث، إذ لولاها لما وقع فيه فكان إلحاقه اللعن به لأجل الطلقات الثلاث.[2]

ثم إنّ القول بأن التوقيت في النكاح يفسده، فنقول بأن المفسد له هو التوقيت نصّا، و منه فإنّ كل نكاح مؤقت، فإنه يتوقف بالطلاق، و بالموت، و غير ذلك و لم يوجد التوقيت نصا فلا يفسد، و قول محمّد: أنّه استعجال ما أجّلَهُ الله تعالى – ممنوع، فإن استعجال ما أجّلَهُ الله تعالى لا يتصور، لأنّ الله تعالى إذا ضرب لأمر أجلا لا يتقدّم و لا يتأخر، فإن طلّقها الزوج الثاني تبين أن الله تعالى أجّل هذا النكاح إليه، و لهذا قيل: إن المقتول ميت بأجله خلافا للمعتزلة و منها الدخول من الزوج الثاني، فلا تحلّ لزوجها الأولّ بالنكاح الثاني حتى يدخُل بها، و هذا قول عامة العلماء.[3]

[1]– المرجع نفسه، الكاساني، بدائع الصنائع، ص 306.
[2]– المرجع نفسه،ص 307.
[3]– المرجع السابق، الكاساني، بدائع الصنائع ،ص 307.

و لقد قال سعيد بن المسبب: أن المرأة تحلُّ بنفس العقد، و احتج بقوله تعالى :«فإن طلّقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» البقرة 230، و النكاح هو العقد و إن كان يستعمل في العقد و الوطء جميعا عند الإطلاق لكنّه يصرف إلى العقد عند وجود القرينة و قد وجدت لأنه أضاف النكاح إلى المرأة بقوله تعالى: «حتى تنكح زوجا غيره» و العقد يوجد منها كما يوجد من الرجل.

إذا حصل التواطؤ من طرف العاقدان على التطليق بعد الدخول بها قبل العقد ثم عَقِدا بذلك القصد بدون شروط: كره هذا الزوج عن خلاف من أبطله، كما يرى الفقهاء الذين قالوا بذلك.[1]

و لقد قال الإمام الشافعي عن المتعة ما يلي: و نكاح المحللّ الذي يُروى أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لعنه و الله تعالى أعلم، و ضرب من نكاح المتعة لأنه غير مطلق، إذا شرط أن ينكحها حتى تكون الإصابة.

و لقد ورد رأي آخر لبعض الفقهاء أنّه لو نكح مريد التحليل و اشترط عليه في صلب العقد أنّه إذا وطء، بانت منه، أو أنّه إذا وطء فلا نكاح بينهما، أو نحو ذلك بطل النكاح لمنافاة الشرط فيهِنّ لمقتضى العقد، و على ذلك حمل الحديث الصحيح:« لعن الله المُحَلّلُ و المحلّل له» و في ذلك ذهب قانون الأسرة الجزائري في نص المادة (32) منه التي قضت بأنه « يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد».

فإذا تزوج المُحللُ المطلقة ثلاثا، و لم يكن غرضه من الزواج دوام العشرة، و لا تكوين أسرة و إنما يكون غرضه تحليل الزوجة للزوج الأوّل فهل يكون هذا الزواج صحيحا، و تحل المرأة به للأول أو يكون فاسد؟[2]

لقد اختلف فقهاء الحنيفة في ذلك: فقال أبو حنيفة و زفر إن الزواج صحيح لاستكماله أركانه و شروطه الشرعية و يبطل الشرط و لا يعمل به، فلا يُجبر الزوج الثاني بأن يطلقها بعد الدخول الحقيقي، و انقضت عدّتها منه حلّت لزوجها الأول، و مع هذا فالزواج

[1]-مرجع سابق، عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل، الأنكحة الفاسدة، ص 200.

[2]-مرجع سابق، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، ص 375.

مكروه كراهة تحريم لقوله عليه السلام: «لعن الله المحلّل و المحلّل له» و لا يلزم من كونه مكروها كراهة تحريم، أي يكون غيره صحيح لا يترتب عليه أثره، كما في الصلاة في أرض مغصوبة، و البيع وقت النداء لصلاة الجمعة، كما أن الحديث يدّل على صحّة الزواج لأنّ الرسول عليه الصلاة و السلام قد سَمّى الزوج الثاني مُحلِّلا، و معناه مثبتا للحق.[1]

و قال أبو يوسف إن الزواج فاسدُ لكونه في معنى الزواج المؤقت، فيكون فاسدا غير منعقدا أصلا، فلا يُحِلُّ المرأة لزوجها الأوّل و لو بعد الدخول الحقيقي من الزوج الثاني و تسمية الحديث له مُحَلّلا لا يقتضي صحة الزواج لجواز أن تكون هذه التسمية من حيث اشتراط التحليل في العقد أو صفة في الحال.[2]

و لقد قال محمد: الزواج صحيح، و لكنها لا تَحِلُّ للأول لو طلّقها الثاني بعد أن دخل بها حقيقة، و إنما كان العقد صحيحا و الشرط غير صحيح لأن الزواج لا يبطل بالشرط الفاسد، فيبطل الشرط و يصِحُّ العقد، و لا تَحِلُّ للأول لأنه باشتراط الزوج الثاني التحليل للأول، يصير مستعجلا للحِلّ بالنسبة للأول فيعاقب بمنع مقصود، كالوارث إذا قتل موّرثه فإنه يُحْرَم من ميراثه عقابا له.

الفرع الثاني: إخفاء شرط التحليل و التزام الطلاق من قبل المحلّل:

و يحتوي هذا الفرع على حالتين:

الحالة الأولى: أن ينوي المحلّل ذلك بقلبه و يتزوج البائنة بعد انقضاء عدّتها و في نيته أنه متى دخل بها طلقها لتحلّ لزوجها الأول من غيره أن تعلم المرأة و لا وليها شيئا من ذلك.

[1]- المرجع السابق، بدران ابو العينين بدران،الفقه المقارن للاحوال الشخصية بين المذاهب الاربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون،ص 375.

[2]- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

الحالة الثانية: أن يشترط على المحلّل الطلاق بعد الإصابة لكنه يغير في نفسه و يعقد على البائنة و في نيته أنه نكاح رغبة فلا ينوي تحليلها لزوجها الأوّل و لا تطليقها بعد الدخول بها.[1]

و سنتطرق إلى شرح هاتين الحالتين أو الصوررتين على النحو الآتي:

أ/ إذا لم يصرح بشرط الإحلال:

ذهب الشافعية و الحنفية و الظاهرية إلى صحّة العقد، و به قال أحمد في إحدى الروايتين عنه، و قال محمد بن الحسن الشيباني النكاح الثاني صحيح و لا تحلّ للأولّ.[2]

و استدلوا بما روي عن عمر رضي الله عنه: [أن امرأة أرسلت إلى رجل فزوجته نفسها ليحلها لزوجها فأمره عمر أن يقيم معها و لا يطلقها، و توعدّه أن يعاقبه إن طلقها و ذهب سعيد بن المسيب و مالك و الثوري و الأوزاعي و في رواية عن أحمد أن العقد يكون فاسدا لما اقترن به من نية الإحلال و لا تحل به للزوج الأوّل، و هذا ما هو صحيح في مذهب أحمد].

و إنه بحق – كما يقول علي حسب الله – :[و من الواضح أن هذا العقد سواء اشترط فيه الإحلال أم نوى فقط – لم يقصد به الدوام – بل قصد به الاحتيال، لإعلان المرأة لزوجها الأوّل، على وجه تنتقض به المصلحة المقصودة شرعا، و لهذا لا ينبغي لمسلم أن يكون محللا و لا محل له، حتى لا تصيبه لعنة الله].[3]

و هذا كلام وجيه، جد صواب ينبغي العمل به و السير على نهجه إذ ليس بالأمر الهين أن يرمي الإنسان بنفسه في أحضان الشيطان، لتحلّ به لعنة الله (لعن الله المحلّل و المحلّل له) و في هذا الكفاية لمن يعتبر.

---

[1]– مرجع سابق،عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل، النكاح الفاسد و أحكامه، ص 155،و انظر كذلك بدائع الصانع، ج4، ص 1989، ابن قدامة: المغني .ج7، ص 181.

[2]–مرجع سابق، الدكتور المصري مبروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري، ص 443.

[3]– المرجع نفسه ، ص443، و انظر كذلك الفرقة بين الزوجين، ص 100.

و لو كان النكاح الثاني فاسدا أو مختلفا في فساده،ــ لا تحل للأولّ عند من يقول بفساده لما قلنا، فإن تزوجت بزوج آخر و من نيتها التحليل فإن لم يشترطا [1] ذلك بالقول و إنما نويا، و دخل بها على هذه النية حلّلت للأول في قولهم جميعا، لأن مجرّد النية في المعاملات غير معتبرة، فوقع النكاح صحيحا لإستجماع شرائط الصحة فتحلّ للأول، كما لو نويا التوقيت و سائر المعاني المفسدة.

و ورد عن الإمام مالك كذلك أن المحلّل لا يحلّها إلا نكاح رغبة لحاجته إليها و لا يقصد به التحليل، فإن قصد به التحليل، لم تحل له سواء كان علما أم لم يعلما، و يفسخ نكاح من قصد به التحليل و لا يقرّ على نكاحه قبل الدخول و بعده كما لا تحلّ إلا بشرط أن يكون وطؤه لها مباحا أي لا يطأها وطأ محرما، كما لو كانت صائمة صياما واجبا، أو حائضا أو محرمة بحج أو عمرة و هذا قول الأوزاعي و الليث.[2]

أما إذا أضمر الزوج الثاني نية التحليل في نفسه و لم يصرح بها للزوجة أو لغيرها فلا أثر لذلك في العقد لأن البواعث في العقود غير معتبرة، فيكون عقد الزواج صحيحا، و تحل للأوّل بعد أن يطلقها الثاني و تنقضي عدّتها، بل قالوا أنه يكون مأجورا لقصد الإصلاح.[3]

و في ذلك قول أبو محمد: عن يزيد بن عياض بن جعد به كذاب مذكور بوضع الحديث، و عن عبد الرزاق، عن سفيان النوري، عن عبد الله بن شريك العامري قال سمعت ابن عمر يسأل عمّن طلق امرأته ثم ندم فأراد أن يتزوجها رجل يحلّلها له؟ فقال له ابن عمر كلاهما زان و لو مكنا عشرين سنة، و من طريق و كيع عن أبي غشان المدني عن عمر بن نافع، عن أبيه أن رجلا سأل ابن عمر عمّن طلق امرأته ثلاثا فتزوجها هذا السائل عن غير مؤامرة منه أتحل لمطلقها قال ابن عمر: لا إلا نكاح رغبة كنا نعده سفاحا على عهد رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، و من طريق ابن وهب قال: إن رجلا طلّق امرأته ثلاثا ثم ندما و كان له جار فأراد أن يحلّل بينهما بغير علمهما فسألت عن ذلك

[1]- مرجع سابق،ا لكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ص 404.

[2]- مرجع سابق،الدكتور عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، ص 287.

[3]-مرجع سابق، عثمان التكروري،شرح قانون الأحوال الشخصية،ص199.

عثمان فقال له عثمان لا نكاح إلا بنكاح رغبة غير مدالة، و كما هو معروف في القانون فإن التدليس في عقد الزواج لا يرتب لهذا العقد آثاره الشرعية و القانونية، و يحق به اللجوء إلى القضاء و المطالبة بفك الرابطة الزوجية طبقا لنص المادة 8 مكرّر من ق.أ.ح المعدّل.[1]

و في ذلك قال ابن مسعود: آكل الربا و مؤكلّه و شاهداه و كاتبه إذا علموا به و الواصلة و المستوصلة و لاوي الصدقة و المعتدي و المرتد اعرابيا بعد هجرته و المحلّل و المحلل له ملعونون على لسان محمد (صلى الله عليه و سلم) يوم القيامة، و قول ابي رافع: سئل عثمان و علي و زيد بن ثابت عن الأمة هل يحلّها سيدها لزوجها إذا كان لا يريد التحليل يعني إذا بت طلاقها فقال عثمان و زيد، نعم فقال علي غضبان و كرها قولهما، و عن ابن عباس أن رجلا سئله عمن طلّق امرأته كيف ترى في رجل يحلّها فقال ابن عباس من يخادع الله يخدعه و صحّحه قتادة و الحسن.

فإن نوى واحد من الناكح أو المنكح له بمعنى المحلّل و المحلّل له أو المرأة التحليل فلا يصلح فإن طلقها فلا تحل للذي طلقها و يفرق بينهما إذا كان نكاحه على وجه التحليل.[2]

ب/ إذ اشترط على المحلّل الطلاق بعد الإصابة:

و معناه أن يشترط على المحلّل الطلاق بعد الإصابة لكنّه يعبر في نفسه و يعقد على البائنة و في نيتة نكاح رغبة فلا ينوي تحليلها لزوجها الأوّل و لا تطليقها بعد الدخول بها.[3]

قال سفيان الثوري أن تزوج المحلل البائنة ليحلها للذي طلّقها فأعجبته فيجدّد نكاحه و قال ابن سيرين: أرسلت امرأة إلى رجل فزوجته نفسها ليحلها لزوجها فأمره عمر بن الخطاب أن يقيم عليها و لا يطلقها و أوعده أن يعاقبه إن طلقها.

---

[1]-ا بن حزم، المحلى، تحقيق محمد منير الدمشقي و مدير إدارة الطباعة المنيرية، إدارة الطباعة المنيرية للنشر والتوزيع، ج10، كتاب الطلاق، ص 181.

[2]- المرجع نفسه، ص 182.

[3]-مرجع سابق،عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل، النكاح الفاسد و أحكامه، ص 155.

و يرى جمهور الفقهاء أن العقد بهذا الشرط صحيح، و منهم الأئمة الأربعة، و ذلك لأنه خلا من نية التحليل و شروطه و لأن الزوج هو الذي إليه المفارقة و الإمساك فمتى كان الدافع له على النكاح إنما هي الرغبة صحّ، و لأنه لم ينو التحليل فلا يقع عليه اللعن يؤيد ذلك قول عمر رضي الله عنه:«لا الإنكاح و به لمن سأله أن يحلّل امرأته لزوجها دون علم».

و لأن الزوج هو الذي إليه المفارقة و الإمساك فمتى كان الدافع على النكاح إنما هي الرغبة صحّ.

و لأنه لم ينو التحليل فلا يقع عليه اللعن، يؤيد ذلك قول ابن عمر رضي الله عنه (لا إلا نكاح رغبة) لمن سأله أن يحلّل امرأة لزوجها دون علم أحد.

المطلب الثاني

آثار زواج المحلّل

إذا صار الطلاق بائنا، فهذا ينفي الحياة المشتركة بين الزوجين، و عليه فلم يكن هناك حقوق و لا واجبات بينهما ، و ليس على الزوجة طاعة الزوج و مراعاة باعتباره رئيس الأسرة، لم تبق الزوجة تحمل لقب الزوج و لو أنها لم تترك لقبها (اسمها العائلي) كما أن إنهاء عقد الزواج يجعل علاقة المصاهرة بين أقارب كل من الزوجين و الآخر، بدون مفعول.

و أخيرا فلا ميراث بين الزوجين بعد فرقتهما (إلا إن كان ذلك بسبب الوفاة)[1] و هناك أسباب أخرى يقوم عليها انحلال الرابطة الزوجية، فمنها ما هي خارجة عن إدارة الزوجين و منها ما هي بيدهما، و لقد تعرّض قانون الأسرة لأحكام الانحلال في المواد 47 إلى 61 من ق.أ [2]

[1]- مرجع سابق،الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء،ص 123.
[2]- المرجع نفسه، ص 88.

و الزواج المحلّل كغيره من الأنكحة الفاسدة يرتب عدّة آثار منها ما هو متعلق بالعقد و منها ما هو متعلق بالزوجين و هذا ما سنتناوله فيما يلي:

الفرع الأول: آثار العقد الثاني بالنسبة للزوج الأوّل

اتفق أهل العلم على أن المبانة بينونة كبرى إذا تزوجت، ثم طلقت أو مات عنها زوجها و عادت إلى زوجها الأول بعد انقضاء عدّتها تعود إليه بحل جديد و يملك عليها ثلاث طلقات لا خلاف في ذلك إنما الخلاف هو في المبانة بينونة صغرى إذا تزوجت بآخر بعد انقضاء عدّتها من الأولّ ثم طلقت من الثاني أو مات عنها فهل لو عادت إلى زوجها الأول بعد انقضاء عدّتها من الثاني هل تكون مثل المبانة بينونة كبرى تعود إلى الأول بحل جديد و يملك عليها ثلاث طلقات، أم تعود إليه بما بقي من عدد الطلقات؟[1]

فإن طلقها ثلاث و تزوجت غيره، و دخل بها دخولا صحيحا و وطئها وطئا صحيحا في الفرج، ثم طلقها أو مات عنها و عادت لزوجها الأول، فإنها تعود إليه بحل جديد، حيث يملك عليها ثلاث تطليقات باتفاق الفقهاء، أما إن طلقها طلقة أو طلقتين بائنا كان أو رجعيا، ثم تزوجت زوجا آخر، و طلقها بعد أن بنى بها أو مات عنها، فهل تعود إليه بحل جديد كما في الطلاق الثلاث، و بعبارة أخرى هل الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث[2]

الهدم اصطلاح لدى الفقهاء عند حديثهم عن الطلاق الثلاث، و عدد الطلقات الذي يملكها الزوج القديم إذا عاد إلى مطلقته بعد أن تزوجت بآخر زواجا صحيحا و فارقها بوفاة أو طلاق[3] إن الزوج إذا طلق زوجته ثلاث تطليقات حرمت عليه، فإذا تزوجت بغيره أو مات

[1]- طارق بن أنور آل سالم، الواضح في أحكام الطلاق، دار القمة و دار الإيمان للنشر و التوزيع، 2003، ص 88.
[2]-مرجع سابق، المصري مبروك، الطلاق و آثاره، ص 444.
[3]-مرجع سابق، محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني و الاجتماعي للأسرة، في ظل أحكام الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، دار المعرفة الجامعية، 2005 م ، ص 250.

عنها و انتهت عدتها حلّت للزوج الأول، فإذا تزوجت عادت إليه بحل جديد يملك فيه ثلاث تطليقات و هذا الخلاف فيه بين الفقهاء لثبوته بالنصوص الصريحة.[1]

و لقد اختلف الفقهاء فيمن طلق زوجته تطليقة أو تطليقتين و انقضت عدّتها منه و تزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول بعد أن دخل بها الزوج الثاني.[2] فقال أبو حنيفة و أبو يوسف إنها تعود إلى زوجها بثلاث تطليقات و يَبْطل الزواج الثاني ما أوقع من الطلقة أو الطلقتين فيجعلها كأن لم يكون لأن الزواج الثاني إذا هدم الثلاث فما دونها أولى أن يهدم.[3] و هذا ما ذهب إليه كذلك ابن عمر و ابن عباس و النخعي و الراجح من مذهب الجعفرية.

و قال محمد و زفر و الأئمة الثلاثة: أن الزواج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث أي بمعنى أنه يهدم الثلاث فقط، و لا يهدم الطلقة أو الطلقتين لأن الطلقة ثلاث صارت من المحرمات طبقا لنص المواد من 23 إلى 31 من ق.أ على زوجها حتى تتزوج بغيرهو هذا بنص قوله تعالى: فإن طلقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره.البقرة 230. و قالوا بأن الزوج الثاني إنما أعاد الحل كاملا بسبب الحرمة التي أثبتتها الطلقة الثالثة، وهذه الحرمة غير متحققة فيما دون الثلاث.[4]

و رأي محمد و زفر أن زواج الزوج الثاني لا يهدم دون الثلاث من الطلقات فلا يملك عليها زوجها الأول بالزواج الثاني إلا ما بقي له من الطلقات بمقتضى الزواج الأول.[5]

الفرع الثاني: مناقشة القانون لآثار زواج المحلّل

إن الطلاق الذي استنفذ فيه الزوج جميع الطلقات الثلاث، يترتب عليه ما يلي:[1]

---

[1]- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، ط2 1977، دار النهظة العربية للنشر و التوزيع، ص 514.

[2]- أما إذا لم يدخل بها الزوج الثاني، فإنه لا يهدم حكم الطلقتين أو الطلقة إجماعا.

[3]-مرجع سابق، أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة للنشر، منشأة المعارف، 1988، ص 71.

[4]- مرجع سابق، د/ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 338.

[5]-مرجع سابق، أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، ص 89.

- يزيل الرابطة الزوجية في الحال.
- تحرم عودة الزوجة إلى عصمة مطلقها شرعا و قانونا إلا بعد أن تتزوج رجلا آخر فإن طلقها بعد الدخول أو مات عنها جاز لهما العودة بعقد و مهر جديدين. و هذا ما جاء في نص المادة 51 من قانون الأسرة المعدّلة الذي أشار ضمنيا إلى العقد الصوري للزواج المحلّل لكن القانون لم يتطرق إليه، و الذي يجب أن يدخل الزوج الثاني بالمرأة يطئها وطئا صحيحا، و يفترقا بالطلاق أو بالموت و تعتد منه، فإن كان العقد قد انتهى بالطلاق فإن عدّة المطلقة واردة بقوله تعالى: «و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاث قروء» البقرة 226، و القرء لفظ مشترك بين الحيض و الطهر و لا يتحقق إلا في المرأة الحائض، أي التي تعتريها العادة الشهرية.[2]

و قد اختلف الفقهاء في تفسير لفظ القرء، فمنهم من اعتبره حيض و منهم من اعتبره طهر و منهم من جمع بين الحيض و الطهر و لم يوضح قانون الأسرة المقصود بالقرء في المادة58، و قد نصّ قانون الأحوال الشخصية السوري على سبيل المثال في المادة 121 فقرة أولى على ثلاث حيضات كاملات.

أما عدّة المتوفى عنها زوجها و هي أربعة أشهر و عشرة أيام، لقوله تعالى «و الذين يتوفون منكم و يدرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر و عشرا» البقرة 232.

و يتوجب على المرأة المتوفى عنها زوجها أن تعتد مدة أربعة أشهر و عشرة أيام من تاريخ الوفاة، سواء حصل الدخول أو لم يحصل، و يكون لها الحق في الميراث بمجرد العقد و لو لم يحصل دخول.[3] و هذا بنص المادة 59 من ق.أ

و النسب يعتبر من أهم النتائج التي تترتب على الزواج و الطلاق لأنه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج.[1]

---

[1]- مرجع سابق،بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص 222.

[2]- المرجع السابق، بين شويخ الرشيد،شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، ص 224.

[3]- المرجع نفسه، بن ش،يخ الرشيد، ص 226.

و لقد أحاط الشارع الحكيم النسب و أولاده أهمية كبيرة لقوله تعالى:«و الله جعل لكم من أنفسكم أزواجا و جعل بينكم بنين و حفدة»الفرقان 54.

و نظرا لأهمية موضوع النسب، و منعا لاختلاط الأنساب لم يعترف الشرع الإسلامي في موضوع النسب سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح، إذ جعله طريقا أصليا في ثبوت النسب، و من ثبت نسبه من أبيه بواسطة الزواج كان هذا النسب صحيحا، و لا نحتاج إلى اثباته بواسطة أخرى، و لهذا نجد الفقهاء يعبرون عن ثبوت النسب بالفراش أي ما نتج عن الزواج الصحيح استنادا للحديث الشريف: « الولد للفراش و للعاهر الحجر».[2]

و هذا ما قضت به المادة 40 من ق.أ حين نصت على أنه:«يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون...إلخ».

- و يلاحظ أن قانون الأسرة نص في المادة 132 على حق المرأة في الميراث إذا كانت في العدّة دون التفريق بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن بينونة كبرى و هو خطأ في صياغة النصوص القانونية، لأن الطلاق المكمل للثلاث لا ميراث فيه.[3]

المبحث الثالث

الحكم الشرعي و مناقشة القانون الوضعي لزواج المحلّل

لقد سبق و قلنا بأن الطلاق البائن بينونة كبرى تحرم به المرأة المطلقة تحريما مؤقتا حتى تتزوج زوجا آخر و يدخل بها دخولا حقيقيا، لأن القرآن جعل زواجها بغيره غاية التحريم « فإن طلقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» البقرة 230 و جاءت السنة وبينت المراد من النكاح، و هو أنه ليس مجرد العقد، بل العقد الذي يتبعه دخول

[1]- المرجع نفسه، ص 227.

[2]- مرجع نفسه، ص 288.

[3]- المرجع السابق، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري، ص 223.

حقيقي، و فيما رواه البخاري و غيره عن عائشة رضي الله عنها قالت:« جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي (صلى الله عليه و سلم) فقالت: كنت عند رفاعة القرظي فأبت طلاقي فتزوجت بعده بعبد الرحمان بن الزبير و إني معه مثل هذْبة الثوب، فتبسم رسول الله و قال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته و يذوق عسيلتك» . و لأن ربط حلّها بزواجها غيره قصد به الزجر عن الطلاق و التأني فيه، و لا يتحقق الزجر بمجرّد العقد لأن النفس تقيّد و لا تأنف منه فكان لابد من الدخول الحقيقي.[1]

هذا قدر متفق عليه بين الفقهاء لم يشذ عنه إلا ما ورد عن سعد بن المسيب إن مجرّد العقد كاف في التحليل، و قيل أنه روي عن سعيد بن جبير أيضا، و هذا قول غريب لم يرفضه أحد و لعلّ الحديث لم يصلهما، و إذا كان الشارع شرط في الحل النكاح فلا يكون إلا النكاح الصحيح فإذا كان العقد فاسدا لا يحلّ به و لو كان بعده دخول، و كذلك إذا كان صحيحا و لم يكن معه دخول حتى و لو كان معه خلوة صحيحة.

و الأصل في الزواج الصحيح أن يكون قائما على الرغبة من الجانبين للعيش الدائم و تكوين الأسرة، فلو قيّد بوقت معين كان فاسدا[2]

و لكن الناس فهموا هذا الأمر على غير الحقيقة، فظنوا أن زواج الزوج الثاني ليس مقصودا لذاته و إنما قصد به تحليل المرأة لزوجها الأوّل فكان ما يحدث كثيرا أن يقع هذا الزواج بقصد التحليل إما بمجرّد النية و القصد عند العقد من غير أن يصدر منهما كلام يدل على ذلك القصد، و إما مع اشتراط أثناء العقد أو قبله مما جعل الفقهاء يبحثون في هذا العقد من جهة صحته و أنه يحقق التحليل أولا؟ و هذا ما سنتناوله في مطلبين.

سنتطرق في المطلب الأول إلى الحكم الشرعي للزواج المحلّل (أي آراء الفقهاء و أدلتهم) و المطلب الثاني: مناقشة القانون لمسألة التحليل.

[1]-مرجع سابق، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 511.

[2]- المرجع السابق،محمد مصطفى شلبي، احكام الاسرة في الاسلام،ص 512.

المطلب الأوّل

الحكم الشرعي لزواج المحلّل و آراء المذاهب الفقهية و أدلتهم

يعمد بعض العامة إلى زواج المحلّل إذا أوقعوا الطلاق البائن بزوجاتهم، بأن يأتوا برجل و يتفقوا معه على أن يتزوج المطلقة ثم يطلقها فيتزوجها الأولّ، فإذا حدث و دخل المحلّل بالزوجة فقد اختلف الفقهاء[1] حول حكم نكاح المحلّل و هذا ما سنتناوله في فرعين:

الفرع الأولّ: مذهب الشافعية و الحنفية و المالكية

و سنتعرض في هذا الفرع إلى آراء الفقهاء في المذاهب الفقهية و أدلتهم في زواج أو نكاح التحليل على النحو الأتي:

أولا: مذهب الحنفية:

قال أبو حنيفة و زفر " أن اشتراط التحليل أثناء العقد بأن صرّح الزوج الثاني بأن يحلّها للأوّل و يكره"[2] لأنّ عقد الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة فتحلّ للزوج الأوّل بعد طلاقها من الزوج الثاني أو موته عنها و انقضاء عدّتها، و لأن عمومات النكاح تقتضي الجواز من غير فصل بين ما اشترط فيه الإحلال أو لا فكان النكاح بهذا الشرط صحيحا فيدخل تحت قوله تعالى « حتى تنكح زوجا غيره» البقرة 230، فتنتهي الحرمة عند وجوده إلا أنه كره النكاح بهذا الشرط و هو أنه شرط ينافي المقصود من النكاح و هو السكن و التعفف لأن ذاك يقف على البقاء و الدوام على النكاح و هذا هو ربما معنى إلحاق اللعن بالمحلل في قوله صلى الله عليه و سلم «لعن الله المحلل و المحلّل له».

و أما إلحاق اللعن بالزوج الأول إما لأنه سبب لمباشرة الزوج الثاني هذا النكاح لقصد الفراق و الطلاق دون البقاء و تحقق ما وضع له، و السبب شريك المباشر في الإثم و الثواب في التسبب للمعصية و الطاعة.[3]

---

[1]- الدكتور فارس محمد عمران، الزواج العرفي " و صور أخرى للزواج غير الرسمي"، مجموعة النيل العربية،ط1، 2001، ص 67.

[2]- مرجع سابق،عبد الرحمان شميلة الأهدل، النكاح الفاسد و أحكامه، ص 152، و انظر كذلك الكاساني، بدائع الصانع، ص 403.

[3]- المرجع نفسه، ص 152.

أو لأنه باشر ما يفضي إلى الذي تنفر منه الطباع السليمة و تكرهه من عودها إليه من مضاجعة غيره إياها و استمتاعه بها و هو الطلاق الثلاث إذ لو لا ها لما وقع فيه فكان إلحاقه اللعن لأجل الطلقات.[1]

و مقتضى ذلك أن بقية الصّور الثلاث تحل المطلقة أيضا لزوجها الأول من باب أولى.

و هذه الصورة التي نصّ عليها الإمام أبو حنيفة و زفر و يخالفهما فيها أبو يوسف و محمد بن الحسن.

إذ يرى الأوّل أنه عقد فاسد لأنّ النكاح بشرط الإحلال في معنى النكاح المؤقت و شرط التوقيت في النكاح يفسده و النكاح الفاسد لا يقع به التحليل.[2]

و يرى الثاني صحّة العقد و لكنه لا يحلها للزوج الأوّل لأن النكاح عقد مؤبد فكان شرط الإحلال استعجال ما أخرّه الله تعالى لفرض الحلّ فيبطل الشرط و يبقى النكاح صحيحا لكن لا يحصل به الغرض كمن قتل مورثه أنه يحرم الميراث.

ثانيا: مذهب المالكية:

قال المالكية إن تزوج امرأة مطلقة طلاقا بات من طرف زوجها بنية احلالها أو بنية الإحلال مع نية الإمساك إن أعجبته بأن نوى التحليل إن لم تعجبه و امساكها ان أعجبته فإن نكاحه يفسخ قبل الدخول و بعده و تحلّ بوطئه لبتها لانتقاء نية الإمساك للمطلقة المشترطة شرعا في الإحلال، لما خالطها من نية التحليل إن لم تعجبه فلما انتفت نية الإمساك على الدوام المقصودة من النكاح وجب التفريق بينهما قبل البناء و بعده.[3]

و أما لو شرط عليه أن يحلها، لزوجها الأوّل و وافق على ذلك ظاهرا و نوى إمساكها على التأبيد فالنكاح صحيح، لحصول المقصود منه و هو الإمساك على الدوام.

---

[1]- المرجع نفسه، ص 153.

[2]- المرجع نفسه، ص نفسها.

[3]- المرجع السابق، عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الاهدل، النكاح الفاسد واحكامه،ص153

.

فالحاصل أن المالكية يرون أنّها لا تحل حتى يتزوجها بالغ زواج رغبة لم يقصد به التحليل فإن قصده فسخ قبل الدخول و بعده، و لم يحل و لا أثر لنية المطلق البات لتحليل كما لا أثر لنيتها ذلك لأن القصد المؤثر هو قصد المحلّل.

و يؤخذ من ذلك أنه لا فرق بين أن يذكر شرط التحليل في صلب العقد أو قبله إذ الحكم يدور على نية المتزوج فإن كان نكاح رغبة فصحيح إلا وجب الفسخ قبل الدخول و بعده.

ثالثا:مذهب الشافعية

قال الإمام الشافعي في سياقه عن المتعة: «و نكاح المحلل الذي يروون أن رسول الله صلى الله عليه و سلم لعنه و الله تعالى أعلم ضرب من نكاح المتعة لأنه غير مطلق إذا شرط أن ينكحها حتى تكون الإصابة».[1]

قال الأصحاب و لو نكح مريد التحليل و اشترط عليه في صلب العقد أنه إذا وطء طلق أو أنه إذا وطء بانت منه أو انه إذا وطء فلا نكاح بينهما أو نحو ذلك بطل النكاح لمنافاة الشرط فيهن.

لمقتضى العقد و على ذلك حصل الحديث الصحيح « لعن الله المحلّل و المحلّل له» و هذه هي الصورة الأولى من الصور التي ذكرناها.

أما إذا تواطأ المتعاقدان على التطليق بعد الدخول بها قبل العقد ثم عقدا بذلك القصد بلا شرط كره خروجا من خلاف من أبطله، و هذه هي الصورة الثانية.[2]

كما يرون أنّ المحلّل إذا لم يشترط عليه طلاقها بعد إصابتها و لكنه أضمر في نفسه أنه حتى دخل بها طلقها لتحلّ لزوجها الأوّل فإن هذا الإضمار لا يؤثر في صحة العقد و

[1]- المرجع السابق، عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الاهدل، النكاح الفاسد واحكامه،ص 155، و انظر كذلك الشافعي: الأم .ج3 ، ص 71.

[2]- المرجع نفسه،عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل، النكاح الفاسد و أحكامه، ص 155.

حلّت بوطئه للأوّل مع الكراهة قالوا لأن كل ما لو صرّح به أُبطل يُكره إضماره كما نصّ عليه . و هذه هي الصورة الثالثة من الصور التي ذكرناها سابقا.

و استدلوا على ذلك بما رواه أبو حفص المكبري بإسناده عن محمد بن سيرين قال: قدم مكّة رجل و معه إخوة صغار و عليه ازار من بين يديه رقعة و من خلفه رقعة فسأل عمر فلم يعطه شيئا فبينما هو كذلك إذ نزع الشيطان بين رجل من قريش و بين امرأة فطلقها ثلاثا فقال لها هل لك أن تعطين ذا الرقعتين شيئا و يحلك لي قالت نعم أن شئت فاخبروه بذلك قال نعم فتزوجها فدخل بها فلما أصبحت أدخلت إخوته الدار فجاء القرشي يحوم حول الدار و يقول يا ويله غلب على امرأته فأتى عمر فقال يا أمير المؤمنين غلبت علي امرأتي قال من غلبك قال ذو الرقعتين قال أرسلوا إليه فلما جاء الرسول قالت المرأة كيف موضعك من قومك قال ليس بموضعي بأس قالت أن أمير المؤمنين يقول لك أتطلق امرأتك فقل و الله لا أطلقها فإنه لا يكرهك و ألبسه حُلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي شرّف ذا الرقعتين فدخل عليه فقال له أتطلق امرأتك قال لا و الله لا أطلقها قال عمر لو طلّقها لأوجعت رأسك بالسوط.[1]

و لقد تأكدّ رأي الشافعي بما جاء في المبسوط للإمام السرخسي بشأن الحل: إن الحلّ يحصل بدخول الزوج التام بالمرأة، و إن كان مراد الزوج الثاني أن يحلّها لزوجها الأول فإذا تزوجها بهذا الشرط كأن تقول له المرأة: تزوجني فحلّلني أو قال له الزوج: تزوج هذه المرأة فحلّلها لي أو قال الشخص الثاني للمرأة: أتزوجك فأحلك لزوجك الأول، فهذا مكروه، و هذا معنى اللعن الذي ألحقه الرسول صلى الله عليه و سلم بالمحلَّل و المحلَّل له.[2]

[1]- المرجع السابق،عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الاهدل،ص 156 و انظر كذلك ابن تيمية: اقامة الدليل على ابطال التحليل. ج3، ص 199،200 و أخرجه عبد الرزاق في مصنفه السابع، ص 209 مختصرا و نصّه «عن ابن عمر و بن سيرين قال جاءت امرأة إلى رجل فزوجته نفسها ليحلّها لزوجها الأوّل فأمره عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يقيم عليها و لا يطلقها و أوعده أن يعاقبه ان طلقها».

[2]-مرجع سابق، العربي بختي، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، ص 98.

الفرع الثاني: مذهب الحنابلة و الظاهرية

أولا: مذهب الحنابلة:

قال الحنابلة أن نكاح المحلّل حرام باطل في قول عامة أهل العلم منهم الحسن و النخعي و قتادة و مالك و الليث و الثوري و ابن المبارك و الشافعي، و من صوره الباطلة لديهم.[1] أن يقول الولي للرجل:

1/ زوجتكها إلى أن تطأها.

2/ إذا اشترط عليه أنه إذا حلّها فلا نكاح بينهما.

3/ إذا اشترط عليه أنه إذا حلّها للأوّل طلقها هذا إذا لم يرجع عن نيته عند العقد كما سيأتي.

و استدلوا على بطلان هذا العقد و حرمته بما يلي:

- عن علي رضي الله عنه قال أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:« لعن الله المحلل و المحلل له».
- عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: «لعن رسول الله صلى اله عليه و سلم المحلل و المحلل له».

قال أبو عيسى حديث حسن صحيح و العمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه و سلم منهم عمر بن الخطاب و عثمان بن عفان و عبد الله بن عمر و غيرهم، و هو قول الفقهاء من التابعين و به يقول سفيان الثوري و ابن المبارك و إسحاق و غيرهم.[2]

[1]- المرجع السابق، عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الاهدل، الأنكحة الفاسدة، ص 158، و انظر كذلك الدهوني، كشاف القناع ج5، ص 102.

[2]- المرجع السابق ،عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الاهدل، النكاح الفاسد واحكامه ،ص 159، و راجع سنن الترمذي،ج3 ، ص 420.

و عن عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه و سلّم قال ألا أخبركم بالتيس المستعار قالوا بلى يا رسول الله قال هو المحلل لعن الله المحلل و المحلل له.

و عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: و الله لا أوتي بمحلل و لا محلل له إلا رجمتهما.

فسئل ابنه عن ذلك فقال كلاهما زان

قالوا:« و لأنه نكاح إلى مدّة أو فيه شرط يمنع بقائه فأشبه بنكاح المتعة». و من صوره الباطلة لديهم أيضا أن يشترط عليه التحليل قبل العقد و لم يذكر في صلبه أو نوى التحليل من غير شرط و لكن الدافع له على تزوجها ليس نكاح الرغبة و لكنّه التحليل.و استدلوا على ذلك بما يلي:

1/ عن نافع عن أبيه قال جاء رجل إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها أخ له من غيره مؤامرة منه ليحلها لأخيه قال:لا، إلا نكاح رغبة كنا نعدّ هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم.[1]

2/ عن نافع مولى ابن عمر أن رجلا سأل ابن عمر فقال أنا خالي فارق إمرأته فدخله من ذلك هم و أمر و شق عليه فأردت أن أتزوجها و لم يأمرني بذلك و لم يعلم به فقال ابن عمر لا إلا نكاح غبطة إن وافقتك أمسكت و إن كرهت فارقت و إلا كنا نعدّ هذا في زمان رسول الله صلى الله عليه و سلم سفاحا.

3/ جاء رجل إلى ابن عباس رضي الله عنه فقال له أنّ عمي طلّق امرأته ثلاثا أيحلها له رجل قال من يخادع الله يخدعه.

قال ابن قدامة و هذا قول الحسن و النخعي و الشعبي و قتادة و بكر المزني و الليث و مالك و الثوري و قال أبو حنيفة و الشافعي العقد صحيح.[2]

[1]- المرجع السابق، شميلة الأهدل، الأنكحة الفاسدة و أحكامها، ص 158، و انظر كذلك الحاكم: في المستدرك الجزء الثاني، ص 199، و قال عقبة صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه و وافقه الذهبي – ذيل المستدرك، ج2، ص 199.
[2]-مرجع سابق، الكاساني، بدائع الصنائع، ص312.

و أجاب الحنابلة عن قصة ذي الرقعتين التي استدل بها المخالفون بأنها ليس لهااسناد بمعنى أن ابن سيرين لم يذكر إسناده إلى عمر و قال أبو عبيد هو مرسل و لأنه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل و لا نواه و إذا كان كذلك لم يتناول محلّ النزاع.

و أما إذا اشترط عليه أن يحلّها فبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه و قصد نكاح رغبة، فقالوا هذه المسألة أن العقد صحيح.[1] و هو مذهب المالكية كما سبق و استدلوا بما يلي:

أولا: لأنه خلا عن نيّة التحليل و شرطه فوقع صحيح.[2].

ثانيا: إن قصدت المرأة التحليل أو وليها دون الزوج لن يؤثر ذلك في العقد لأن الزوج هو الذي إليه المفارقة و الإمساك فمتى نوى نكاح رغبة وقع صحيح.[3]

و لقد أجاب الفقهاء على حديث «لعن الله المحلل و المحلل له» بأن الزوج الثاني في هذه الصورة لم ينو التحليل فلا يقع عليه اللعن.

و هذه الصورة الرابعة من صور التحليل.

و للإمام ابن تيمية رسالة مستقلة في هذا الموضوع استوعب الأدلة فيها استيعابا و أشبع المسألة تفصيلا و أسماها «إقامة الدليل على إبطال التحليل». و فيها قال:«مسألة نكاح المحلل حرام باطل لا يفيد الحلّ و صورته أن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا فإنها تحرم عليه حتى تنكح زوجا غيره كما ذكر الله تعالى في كتابه و كما جاءت به سنة نبيّه صلى الله عليه و سلم و أجمعت عليه أمته فإذا تزوجها بنية أن يطلقها لتحلّ لزوجها الأوّل كان هذا النكاح حراما باطلا سواء عزم بعد ذلك على إمساكها أو فارقها و سواء شرط عليه ذلك في عقد النكاح أو شرط عليه قبل العقد أو لم يشترط عليه لفظا بل كان ما بينهما من الخطبة و حال الرجل و المرأة و المهر نازلا بينهم منزلة اللفظ بالشروط أو لم يكن شيء من ذلك بل أراد الرجل أن يتزوجها ثم يطلقها لتحلّ للمطلق ثلاثا من غير أن تعلم

[1]- المرجع نفسه، الكاساني، بدائع الصناع، ص 404.
[2]- المرجع نفسه، ص 405.
[3]- مرجع سابق،بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، ص 385.

المرأة و لا وليها شيئا من ذلك سواء علم الزوج المطلق ثلاثا أو لم يعلم مثل أن يظن المحلّل أن هذا فعل شيء من ذلك بل أراد الرجل أن يتزوجها ثم يطلقها لتحلّ للمطلّق ثلاثا من غير أن تعلم المرأة و لا وليها شيئا من ذلك سواء علم الزوج المطلق ثلاثا أو لم يعلم مثل أن يظن المحلّل أن هذا فعل خير و معروف مع المطلّق و امرأته بإعادتها إليه لما أن الطلاق أضرّ بها و بأولادها و عشرتها و نحو ذلك بل لا يحلّ للمطلق ثلاثا أن يتزوجها حتى ينكحها رجل مبتغيا لنفسه نكاح رغبة لا نكاح دلسة»[1]

ويدخل بها بحيث تذوق عسيلته و يذوق عسيلتها ثم بعد هذا إذا حدث بينهما فرقة بموت أو طلاق أو فسخ للأوّل أن يتزوجها و لو أراد هذا المحلّل أن يقيم معها بعد ذلك استأنف النكاح فإن ما مضى عقد فاسد لا يباح المقام به معها هذا هو الذي عليه الكتاب و السنة و هو المأثور عند أصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم و عامة التابعين لهم بإحسان و عامة فقهاء الإسلام مثل سعيد بن المسبب و الحسن البصري و إبراهيم النخعي[2] و عطاء بن ابي رباح و هؤلاء الأربعة أركان التابعين و مثل أبي الشعثاء جابر بن زيد و الشعبي و قتادة و بكر بن عبد الله المزني و هو مذهب مالك بن أنس و جميع أصحابه و الأوزاعي و الليث بن سعد و سفيان الثوري، و هؤلاء الأربعة أركان تابعي التابعين و هو مذهب الإمام أحمد بن حنبل في فقهاء الحديث منهم إسحاق بن راهوية و أبو عبيدة القاسم و أبو بكر بن أبي شيبة و غيرهم.[3]

[1]–مرجع سابق،عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل، النكاح الفاسد و أحكامه، ص 161.

[2]– المرجع السابق،عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الاهدل، النكاح الفاسد واحكامه، ص 161، و انظر كذلك قول الخطابي: قال النخعي لا يحلّها لزوجها الأوّل الا أن يكون نكاح رغبة فإن كان نية أحد الثلاثة الزوج الأوّل أو الثاني، أو المرأة أنه محلل فالنكاح باطل و لا تحل للأوّل، و راجع كذلك معلم السنن .ج2 ، ص 562.

[3]– المرجع نفسه، ص 162، و انظر كذلك ابن تيمية، إقامة الدليل على إبطال التحليل، ج3، ص 5.

ثانيا: مذهب الظاهرية:

يرى الإمام ابن حزم أن المطلّق ثلاثا لو طلب من رجل أن يتزوج مطلقته المبتوتة و يطأها لتحلّ له فذلك جائز إذا تزوجها بغير شرط لذلك في نفس عقده لنكاحه إياها فإذا تزوجها فهو بالخيار إن شاء طلقها و أن شاء أمسكها فإن طلقها حلّت للأولّ.[1]

أما إذا كان الشرط المذكور في صلب العقد أي أن يطلقها إذا وطئها فهو عقد فاسد و لا تحلّ له به.[2] و استدل لذلك بما يلي:

1/ يرى عبد الرزاق عن طريق ابن سيرين قال أرسلت امرأة إلى رجل فزوجته نفسها ليحلّها لزوجها فأمره عمر ابن الخطّاب رضي الله عنه أن يقيم عليها و لا يطلقها و أوعد أن يعاقبه أن طلقها.

2/ عن هشام بن عروة عن أبيه أنه كان لا يرى بأسا بالتحليل إذا لم يعلم أحد الزوجين به.

3/ عن الليث بن سعد " ان تزوجها ثم فارقها لترجع إلى زوجها و لم يعلم المطلّق و لا هي بذلك و إنما كان ذلك احتسابا فلا بأس بأن ترجع إلى الأول فإن بيّن الثاني للأوّل بعد دخوله بها لم يضره ذلك قال و هو قول سالم بن عبد الله.[3]

4/ و صحّ عن عطاء فيمن نكح امرأة عامدا محلّلا ثم رغب فيها فأمسكها قال لا بأس بذلك.

5/ و عن الشعبي لا بأس بالتحليل إذا لم يأمر به الزوج و قد أجاب ابن حزم عن أدلة الآخرين بما يأتي:

أوّلا: ما روي عن عمر رضي الله عنه «لا أوتي بمحلّل و لا محلل له إلا رجمته» فسئل ابنه عن ذلك فقال كلاهما زانيان.

---

[1]- مرجع سابق،محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 513.

[2]-مرجع سابق، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ص 375.

[3]- مرجع سابق،بد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل، النكاح الفاسد و أحكامه، ص 163.

فإنه لم يأت عن عمر بيان من هو المحلّل الملعون الذي يستحق الرجم فليسوا أولى به من غيرهم، ثم قد خالفوا عمر في ذلك فلا يرون فيه الرجم ثم قد أوردنا عن عمر إجازة طلاق المحلل فبطل تعلقهم به، و أما ابن عمر فقد خالفوه في أنه- يعني التحليل- زنى.

ثانيا: الرواية عن علي و ابن مسعود ليس فيهما عنهما، أي المحللين هم الملعونون و نحن نقول أن الملعون هو الذي يعقد نكاحه معلنا بذلك فقط و أما ابن عباس فليس عنه بيان أن النكاح فاسد و لأنها لا تحلّ به. و أما حديث رسول صلى الله عليه و سلم بأنّه «لعن المحلل و المحلل له» فنِعم كل ما قاله عليه الصلاة و السلام فهو حق لأننا و جميع خصومنا لا نختلف في أن هذا اللفظ منه عليه الصلاة و السلام ليس عموما لكل محِل و لكل محلل له و لو كان ذلك [1] لعن كل واهب و كل موهوب له و كل بائع و كل مبتاع له و كل ناكح و منكح.

لأن هؤلاء كلهم محلون لشيء كان حراما و محلل لهم أشياء كانت حراما عليهم، فصحّ يقينا أنه انما أراد صلى الله عليه و سلم بعض المحلين و بعض المحلل لهم -إلى أن قال- فوجدنا كل من يتزوج مطلقة ثلاثا فإنه بوطئه لها محل و المطلق محلل له نوى ذلك أم لم ينوه فبطل أن يكون دخلا في هذا الوعيد و لم ينعقد النكاح إلا برب من كل شرط أي فاشتراط الطلاق قبل العقد لغو.[2]

المطلب الثاني

الرأي المختار و مناقشة قانون الأسرة لحيلة التحليل

لقد نصّت المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري المعدّل أنّه :« لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء» و هذا يؤدي إلى الكلام عن الطلاق ثلاثا أو اثنين، دفعة واحدة[3] و في ذلك

[1]- المرجع نفسه،عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل، النكاح الفاسد و أحكامه، ص 165.

[2]- المرجع نفسه، الصفحة نفسها، و انظر كذلك ابن حزم المحلّى.ج 11 ص من 483 إلى 489.

[3]-مرجع سابق، الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه و القضاء، ص 100.

يقول الفقهاء:« إن الطلاق في الأصل محضورا لما يترتب عليه من قطع مصالح الزواج الدينية و الدنيوية، و إنما أباحه الله للحاجة و الضرورة تقدّر بقدرها و هي الواحدة لا الثلاث».

و للتفصيل أكثر لما ورد في القانون فيما يخص حيلة التحليل سنتناولها في فرعين:

الفرع الأول: الرأي المختار من المذاهب لنكاح التحليل.

الفرع الثاني: مناقشة قانون الأسرة الجزائري المعدّل.

الفرع الأوّل: الرأي المختار:

إن الذي يبدوا لنا بعد استعراض آراء المذاهب الفقهية في نكاح التحليل ما يلي:

الصورة الأولى: إذا اشترط عليه في صلب العقد أن يطلقها بعد إصابتها لتحلّ لزوجها الأوّل فالنكاح باطل لما سيأتي:

1/ الأحاديث السابقة في لعن المحلل و المحلل له، إذ المحلل في هذه الصورة أُستعير لينزوا على المرأة فقط.[1]

2/ و لأنه شرط في صلب العقد ما ينافيه و إيضاح ذلك أن النكاح إنما يقصد منه الدوام و الاستمرار فاقتران العقد بما ينافيه يلبسه ثوب الفساد، و إلى هنا ذهب جمهور العلماء منهم الأئمة الثلاثة و به قال أبو يوسف من الحنفية.[2]

الصورة الثانية: و هي فيما إذا حصل التواطؤ على ذلك قبل العقد و لا ينكر لفظا في صلب العقد و لكنه منوي و معلوم.

فهذه أيضا ظاهرة البطلان للأحاديث السابقة في لعن المحلّل.

[1]- مرجع سابق،عزمي البكري، الأحوال الشخصية، ص 124.

[2]- مرجع سابق ،بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 336.

و لأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته فشابه نكاح التأقيت و لأن الألفاظ لا تراد لعينها بل للدلالة على المعاني فإذا ظهرت المعاني و المقاصد فلا عبرة بالألفاظ إذ هي وسائل إليها.[1] و لقد أيّد ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه حين جاءه رجل فقال له « أن عمي طلق امرأته ثلاثا أيحلها له رجل قال من يخادع الله يخدعه».

و أي خديعة أعظم من أن يتفقا فيما بينهما قبل العقد على طلاقها بعد إصابتها لتحلّ لزوجها الأوّل و عند إبرام العقد كأن لم يكن شيء من هذا الاتفاق.[2]

و فيه أيضا دناءة و رذالة لذا شبه صلى الله عليه و سلم بالتيس المستعار، و أما المحلل له فلأنه عرض الغير لوطء منكوحته و النفوس الشريفة تأباه.

ثم إن التواطؤ بين المحلل و المبتوتة قبل العقد لم يكن حديث نفس فحسب و لكنّه كان بالكلام و إلا كيف سيفهم المحلل بين المحلل له الشرط المذكور إن لم يكن هناك ألفاظ بين القصد و المراد.

قال أبو الفداء « المقصود من الزوج الثاني أن يكون راغبا في المرأة... قاصدا الدوام عشرتها كما هو المشروع من التزويج ثم قال أما إذا كان الثاني إنما قصده أن يحللها للأوّل فهذا هو المحلل الذي و ردت الأحاديث بذمه و لعنه.[3]

و في ذلك قال ابن القيم « كيف تكون المتعة حراما نصا مع أن المستمتع له غرض في نكاح الزوجة إلى وقت، لكن لما كان غير داخل في النكاح المؤبد كان مرتكبا للمحرم فكيف يكون نكاح المحلّل الذي انما قصد أن يمسكها ساعة من زمان أو دونها و لا غرض له في النكاح البتة بل قصد شرط انقطاعه و زواله إذا أخبثها بالتحليل فكيف يجتمع في عقل أو شرع و هذه الصورة باطلة على رأي المالكية و الحنابلة و غيرهم.[4]

---

[1] –مرجع سابق،عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل، النكاح الفاسد و أحكامه، ص 167، و انظر كذلك ابن تيمية: إقامة الدليل على ابطال التحليل،ج3، ص 198.

[2] – محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 512.

[3] –مرجع سابق،عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل، النكاح الفاسد و أحكامه، ص 168، و راجع كذلك ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1، ص 289،287.

[4] – المرجع السابق، عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الاهدل.ص 269.

الصورة الثالثة: و هي باطلة أيضا:

و هي أن ينوي المحلل بقلبه أن يتزوج المرأة البائنة بعد انقضاء عدّتها و في نيته أنه حتى دخل بها طلقها لتحلّ لزوجها من غير أن تعلم المرأة و زوجها الأولّ و وليها بذلك.

لأن هذا الإضمار يؤثر في صحّة النكاح و بطلانه لأنه من التحليل الملعون صاحبه و لأن من شرط النكاح أن يكون نكاح رغبة في الزوجة كما هو المقصود من النكاح و الدافع لهذا على النكاح ليس الرغبة و لكنه التحليل.

و لقد قال الشوكاني:« عند تفسير قوله تعالى: فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» في الآية دليل على أنه لابد و ان يكون ذلك نكاحا شرعيا مقصودا لذاته لا نكاحا غير مقصود لذاته بل حيلة للتحليل و ذريعة ردّها إلى الزوج الأول فإن ذلك حرام للأدلة الواردة في ذمة و ذم فاعله[1]

و أما قول ابن الحزم «اننا و جميع خصومنا لا نختلف أن حديث لعن الله المحلل و المحلل له ليس عموما لكل محلل و لكل محلل له و إلا للعن كل واهب و موهوب و بائع و مبتاع و ناكح و منكح لأن هؤولاء كلهم محلّون لشيء كان حراما و محلل لهم ما كان حراما عليهم فصحّ أنه عليه الصلاة و السلام و إنما أراد بعض المحلين و بعض المحلل لهم الذي يعقد نكاحه معلنا بذلك فقط.[2]

و الجواب على ذلك أن صلى الله عليه و سلم إنما أراد أمرا خالصا و هو تحليل النكاح لأجل البينونة و لذا شبهه صلى الله عليه و سلم بالتيس المستعار المراد به العموم حتى يلزم ما ذكر.

و بهذا يترجح جانب التحريم و بطلان هذا العقد على هذه الصورة و هو مذهب المالكية و الحنابلة و من وافقهم.

[1]- المرجع نفسه،عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الالأهدل، النكاح الفاسد و أحكامه، ص 180.

[2]- المرجع نفسه، ص 181، و انظر كذلك ابن الحزم، المحلى المجلد 11، ص 483.

الصورة الرابعة: و هي إذا شرط عليه الطلاق بعد الإصابة لكنّه غير رأيه في نفسه و عقد عليها و في نيته أنه نكاح رغبة فلا ينوي تحليلها لزوجها الأوّل و لا تطليقها بعد الدخول فإن هذا العقد صحيح و هو قول جمهور الفقهاء منهم الأئمة الأربعة و ذلك لأنه خلا عن نية التحليل و شرطه، و لأن الزوج هو الذي إليه المفارقة و الإمساك فمتى كان الدافع له على النكاح أنما هي الرغبة صحّ.[1]

و لأنه لم ينو التحليل فلا يقع عليه اللعن، يؤيد ذلك قول عمر رضي الله عنه « لا نكاح إلا نكاح رغبة لمن سأله أن يحلل امرأة لزوجها دون علم أحد».

و حكم زواج المحلل أنه كبيرة من الكبائر و الفواحش و إثم عظيم و حرّمه الله و لعن فاعله[2] و لذلك يقول (صلى الله عليه و سلم) «لعن الله المحلل و المحلل له».

و عن عقبة بن عامر أن رسول الله (صلى الله عليه و سلم):«ألا أخبركم بالتيس المستعار؟...

قالوا: بلى يا رسول الله.

قال: هو المحلل:<< لعن اللهُ المحلِّل و المحلل له>>.[3]

و عن عمر رضي الله عنه قال: "لأتي بمحلل و لا محلل له إلا رجمتهما" .

و سأل أبيه عن ذلك فقال: كلاهما زان

و سأل رجل ابن عمر فقال:

ما تقول في امرأة تزوجتها لأحلها لزوجها و لم يأمرني و لم يعلم؟

فقال له ابن عمر:«لا، الا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكتها و إن كرهت ففارقها و إن كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله (صلى الله عليه و سلم).

[1]- المرجع السابق،عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل، النكاح الفاسد واحكامه،ص 181.

[2]- أحمد صلاح اسكندر، الزواج و الطلاق عبر العصور، دار طيبة للطباعة، دار ستارق للنشر و التوزيع، ط1، 2009 م، ص 115.

[3]- المرجع نفسه، ص نفسها، و انظر كذلك أحمد بسند حسن (سيد سابق ص 184).

و قال: لا يزالان زانيان و إن مكثا عشرين سنة إن علم أنه يريد أن يحلها.

و هذه النصوص السابقة صريحة في بطلان هذا الزواج و عدم صحته حيث ثبتت فيه جميع أحكام العقود الفاسدة و لا يثبت فيه الإحصان و لا الإباحة للزوج الأول[1] و لأن اللعن لا إلا على أمر غير جائز في الشريعة و هو لا يحلّ المرأة للزوج الأول و هو لم يشترط التحليل عند العقد ما دام قصد التحليل قائما فإن العبرة بالمقاصد و النوايا و قال ابن القيم: و لا فرق عند أهل المدينة و أهل الحديث و فقهائهم بين اشتراط ذلك بالقول أو بالتواطؤ و القصد، فإن المقصود في العقود عندهم معتبرة و الأعمال بالنيات.

و الشرط المتواطأ عليه الذي دخل عليه المتعاقدان كالملفوظ عندهم.

و قال ابن تيمية: دين الله أزكى و أطهر من أن يحرم فرجا من الفروج حتى يستعار له تيس من التيوس لا يرغب في نكاحه و لا مصاهرته و لا يراد بقائه مع المرأة أصلا فينزو عليها و تحل بذلك فإن هذا سفاح كما سماه أصحاب الرسول (صلى الله عليه و سلم).

فكيف يكون الحرام محللا؟...

أم كيف يكون الخبيث مطيبا؟...

أم كيف يكون النجس مطهرا؟...

و غير خائف على من شرح الله صدره للإسلام و نوّر قلبه بالإيمان أن هذا من أقبح القبائح التي لا تأتي بها سياسة عاقل فضلا عن شرائع الأنبياء لاسيما أفضل الشرائع و أشرف المناهج.[2]

[1]- المرجع السابق،احمد صلاح اسكندر،الزواج والطلاق عبر العصور،ص 116.

[2]- المرجع السابق، محمد صلاح اسكندر، الزواج و الطلاق عبر العصور، ص 117.

الفرع الثاني: مناقشة قانون الأسرة الجزائري المعدّل لنص المادة 51

ما وافق فيه الفقه الإسلامي: من طلّق زوجته ثلاثا، لا تحلّ له إلا بعد أن تتزوّج زوجا آخر و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.[1]

فالطلاق الثلاث يحرم المرأة، و لا تجوز المراجعة إلا بعد أن تتزوج زوجا آخر و بعد أن يطلقها أو يموت عنها بعدما يبني بها – مع اشتراط الوطء – تحل عندها للأول.

و قيد (بعد البناء) يستفاد منه ذوق العسيلة كما ورد في الحديث الصحيح.

و ما يؤخذ على القانون: صرّح القانون من أنّ للزوج أن يراجع مطلقته أثناء محاولة الصلح، سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا، و سواء انتهت العدّة أم لم تنته، فما دامت مدّة الصلح باقية – و التي حددها بثلاثة أشهر– فللزوج حق المراجعة، حتى التي طلقها قبل الدخول له مراجعتها، هذا ما يفهم من المادة، فشرط الرجعة هو بقاء مدّة الصلح فإذا حكم القاضي بالطلاق فليس للزوج حق المراجعة و لو كان الطلاق رجعيا، و لم تنته العدّة.

و قد رأينا اتفاق الفقهاء في الآتي:

- للزوج أن يراجع مطلقته الرجعية ما دامت في عدّتها.
- ليس للزوج أن يراجع مطلقته البائنة بينونة صغرى و لو في العدّة إلا بمهر و عقد جديدين و برضاها.

إذن فالقانون خالف الإجماع و بهذه المخالفة:

- إما يحرم حقا على الزوج أثبته له الشرع، في حالة ما إذا حكم القاضي بالطلاق قبل مضي العدّة في الطلاق الرجعي.
- و إما يحرّم حلالا و يحلل حراما في حالة ما إذا راجع مطلقته الرجعية في عدّتها بعد حكم القاضي بالطلاق.[2] فتبقى بحكم الشرع امرأته و بحكم القانون ليس كذلك،

[1]–مرجع سابق، الدكتور المصري مبروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري، ص 445.

[2]– المرجع السابق، الدكتور المصري مبروك، الطلاق واثاره من قانون الاسرة الجزائري، ص 446.

و بهذا يحرم الحلال. و قد تتزوج في هذه الحالة زواجا آخر، و هي في نظر الشرع زوجته للغير، و في نظر القانون لا زوج لها، و بهذا يحلل الحرام.

-و يحلل الحرام في حالة ما إذا طُلقت طلاقا بائنا، و راجعها الزوج أثناء مدّة الصلح، ففي نظر القانون تعتبر رجعية صحيحة، و في نظر الشرع لا تصح الرجعة إلا بعقد و مهر جديدين و برضاها.

و في حالة ما إذا أراد أن يراجع مطلقته الرجعية بعد صدور الحكم بالطلاق، ففي نظر المشرع له ذلك بلا مهر و بلا عقد جديدين، و بدون رضاها، و في نظر القانون لا يراجعها إلا بعقد و مهر جديدين و هنا يحرم الحلال (رجعة الزوج لزوجته) و يحلل الحرام (زواج المرأة من زوج آخر)[1]. هذا مع العلم أن كثيرا من القضايا لا ترفع إلى القاضي إلا بعد مضي مدّة طويلة، بعد الطلاق قد تزيد على انتهاء العدّة، و من تاريخ الرّفع يبدأ القاضي في محاولة الإصلاح التي قد تستمر إلى ثلاثة أشهر، و في هذه المدّة كلّها للزوج حق المراجعة.

و هذه الأحكام تؤكد لنا، أن القانون لا يرى وقوع الطلاق إلا بحكم القاضي و الزوج طلاقه لا يقع، و لو أوقعه ألف مرّة.

و هنا نرجع إلى المادة 49: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر).

و نستخلص منها: أن الزوج إذا طلق امرأته ثم راجعها أثناء مدّة الصلح، فهذا الطلاق لا يثبت في نظر القانون فإذا طلقها ثانية و راجعها ثم ثالثة و راجعها ثم رابعة و راجعها في كل مرة يراجعها أثناء مدّة الصلح فلا يثبت هذا الطلاق في نظر القانون لأن القاضي لم يحكم به، و هكذا لو شاء الزوج أن يطلق إمرأته ألف مرة و يراجعها أثناء مدّة الصلح، فذلك جائز في نظر القانون، و المخالفة صريحة في هذا لأحكام الفقه الإسلامي، فالله تعالى يقول: «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» البقرة 230.[2]

[1]- المرجع نفسه، ص 446.

[2]- المرجع السابق،الدكتور المصري مبروك،الطلاق واثاره من قانون الاسرة الجزائري ،ص446..

أي بعد الطلقة الثالثة و القانون يقول: ما لم يحكم القاضي بالطلاق، فلا طلاق و له أن يعيش معها و لو طلقها آلاف المرات، و لم يحكم القاضي بالحرمة.[1]

فإن حكم القاضي بالطلاق فلا رجعة، و لو كان الطلاق رجعيا و لم تنقض العدة، و الله يقول:«و بعولتهن أحق بردهن»البقرة 228 و الرسول (صلى الله عليه و سلم) يقول:« إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» و القانون يتحدى و يقول: لا إنما الطلاق بحكم القاضي.

و أجمعت الأمة الإسلامية على أنّه ليس للزوج حق المراجعة في الطلاق البائن.و القانون يتحداه، و يقول بل يصح ذلك ما لم يحكم القاضي بالطلاق.

فهذه مخالفات صريحة للقرآن الكريم و للسنة المطهرة، و لإجماع الأمة، و على هذا فلا بُدّ من إصلاح عاجل لهذه القضايا حتى تتوافق مع الإسلام...

و هذا ناتج عن عدم اعتبار القانون لتقسيم الطلاق إلى رجعي و بائن.

و عن اعتباره بأن الطلاق لا يقع إلا أمام القاضي، فإذا أصلح هذين سيتحم عليه، إصلاح ما يتعلق بإثبات الطلاق، أو أنواع العدد، و ابتداؤها و الرجعة و أحكامها.

و عليه فلا بد من إصلاحات عاجلة لهذه المواد خاصة لما فيها من مخالفات صريحة للشريعة الإسلامية.[2]

[1]- المرجع السابق ، ص 447.

[2]- المرجع نفسه، مبروك المصري، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري، ص 447.

الخاتمة

الخاتمة

و لقد ضمناهاالنتائج والتوصيات التالية :

النتائج: من خلال بحثنا هذا توصلنا إلى النتائج التالية:

1 أن الزواج الشرعي هو الدعامة الأساسية لبناء أسرة صالحة و مجتمع متكامل.

2 أن التشريع و الشريعة الإسلامية، نظام دقيق شامل متكامل، و منهج رباني حكيم و في االإلتزام بهذا التشريع ينال الفرد و المجتمع قوة و منعة و عزّة، و كرامة و بالتالي ريّادة و سيادة في الواقع المعيش

3 االزواج نعمة عظيمة و آية من آيات الله الدالة على قدرته و حكمته و وصفه الله سبحانه و تعالى بالميثاق الغليظ، لما لرابطة الزواج من قوة فينبغي علينا أن نتمسك بتعاليم الإسلام بما يحقق صيانة هذا العقد على الوجه الأكمل.

4 إن زواج المحلّل هو حيلة يلجأ إليها بعض الأزواج المطلقين لإعادة زوجاتهم بعد الطلاق البات وهو حرام بالكتاب و السنة و الإجماع.

5 إنّ في زواج المحلّل المرأة هي بمثابة فريسة بيد الزوج المُحَلّل لينزو عليها.

6 إنّ زواج المحلّل لا يحقق الأهداف و المقاصد التي وجد من أجلها الزواج الشرعي و كذلك الآثار كونه عقد مؤقت لا يراد به التأبيد.وهو نموذج من العلاقات الانسانية السائدة في عصر الجاهلية.

7 -إن المشرع الجزائري أشار إلى نكاح المحلّل من خلال نص المادة51 من قانون الأسرة.

8 عقد الزواج الشرعي الصحيح هو العقد المتعارف عليه بين الناس اليوم الذي يجري طبقا للشروط الشرعية و القانونية المعروفة لدى عامة الناس.

التوصيات:

في ضوء الدراسة التي قمنا بها و النتائج التي توصلنا إليها، فإننا نوصي بما يلي:

1 أن يلجأ شباب و شابات الأمة الإسلامية إلى الزواج الشرعي المثالي تحت كل الظروف لتكوين أسرة قوية و متماسكة، تكون لبنة من لبنات المجتمع، و عدم اللجوء إلى أي زواج آخر إلا من باب الضرورة،و الضرورة تقدر بقدرها.

2 -الدعوة الى إنشاء المحاكم الشرعية بكل مكوّناتها: من القضاة و الموظفين و الأبنية و الأثاث و اللوازم، و تزويدها بالطاقات و تمكينها بالتقنيات الحديثة مما يسهل على أفراد المجتمع مراجعة تلك المحاكم بكرامة.

3 الدعوة إلى ضرورة توعية الشباب من الجنسين على حقوقهم و واجباتهم و تنبيههم بخطر عقد الزواج، و ما يترتب عليه من آثار، كل ذلك بما يساهم في حفظ الحقوق و صيانتها من العبث أو الضياع.

4 دعوة الجامعات و المؤسسات الأكاديمية إلى ضرورة إدراج أنواع الزيجات المحرمة مثل زواج المحلل في المناهج الدراسية.

5 أما فيما يخص مواد القانون: إعادة النظر في نص المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري من خلال النص على عدد الطلقات و الإشارة إلى أنه إذا انصرفت نية الزوجين إلى التحليل كان العقد حراما.

6 ضرورة دعوة الأزواج إلى التروي في إيقاع الطلاق البات لأن الزواج المحلل حرام بالكتاب و السنة و الإجماع.

الفهارس العامة

فهرس الأعلام:

1/ **ابن تيمية:** هو تقي الدين بن أحمد عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم الخضر النميري الحراني الدمشقي، شيخ الإسلام، كان كثير البحث في فنون المحكمة، داعية لإصلاح الدين، آية في التفسيرو الأصول، مات معتقلا بقلعة دمشق سنة 728 ه ص66ــ110،118.

2/ **أبو حنيفة:** هو الإمام الأعظم النعمان بن ثابت بن زوطي الكوفي، من أبناء فارس (80-50 هــ) الفقيه المجتهد المحقق أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، عاصر أوج الدولتين الأموية و العباسية، و هو من أتباع التابعين، و قيل من التابعين، لقى انس بن مالك و هو إمام أهل الرأي و فقيه أهل العراق قال الشافعي عنه الناس في الفقه عيال أبي حنيفة ،ص91،105.

3/ **زفر:** هو أبو الهذيل بن قيس اليزاني، من أصحاب أبي حنيفة وكان من أعرفهم بالأقيسة توفي سنة 158 هــ بالبصرة ص93،99،104.

4/ **أبو زهرة:** هو محمد أحمد مصطفى أحمد المعروف بأبي زهرة (1898- 1974 م) ولد بالمحلة الكبرى بمصر، اشتهر بالفكر الحرّ و الشجاعة في عرض قضايا الإسلام كتب ما يزيد عن ثلاثين كتابا، عضو مجمع البحوث الإسلامية منذ سنة 1962م،ص16،48،61.

5/ **السرطاوي:** و هو الدكتور محمد علي عمر مصلح الملقب بالسرطاوي، من مواليد 1943 م في سرطه نابلس بفلسطين، يحمل الدكتوراه في الفقه المقارن من جامعة الأزهر سنة 1976 م له العديد من الكتب و الابحاث،ص14،16،41،42.

6/ **ابن عابدين:** هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية و إمام الحنفية في عصره، توفي في دمشق له رد المحتار على الدر المختار، يعرف بحاشية ابن عابدين، و رفع الأنظار على ما أورده الحلبي على الدر المختار ص15،19،21.

7/ **ابن قدامة المقدسي:** هو العالم موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، (541-620هــ) فقيه من أكابر الحنابلة له مصنفات منها المغني .ص،110.

8/ **الكاساني:** هو علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، مضنف كتاب بدائع الصانع، ثقفه علي محمد بن أحمد السمرقندي .ص83،85،110.

9/ **مالك:** هو الإمام مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي (93- 179 هـ) إمام دار الهجرة فقها و حديثا بعد التابعين، الفقيه المجتهد المحقق، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، ولد في عهد الوليد بن عبد الملك و مات في عهد الرشيد في المدينة المنورة، عاصر الدولتين الأموية و العباسية كان إماما في الحديث و في الفقه، من كتبه الموطأ، قال عنه الشافعي:مالك أستاذي، و عنه أخذت العلم، و هو الحجة بيني و بين الله تعالى، و ما أحد أمنّ عليّ من مالك، و إذا ذكر العلماء، فمالك النجم الثاقب، و هو أعلم الناس بالناسخ و المنسوخ، و كان موصوفا بكمال الإدراك، و الفهم معروفا بالعلم و الديانة و الإصابة و تجنب الابتداع، مكين المعرفة و الدراية ،ص88،95.

10/ **أبو يوسف:** هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي، صاحب الإمام أبي حنيفةو تلميذه و أول من نشر مذهبه، و كان فقيها و علامة من حفاظ الحديث، ولي القضاء أيام المهدي و الهادي و الرشيد، و هو أوّل من دعي قاضي القضاة يقال له قاضي الدنيا و أول من وضع الكتب في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة من كتبه الخراج توفي سنة 182 هـ،88،93،99.

11/ **الشافعي:** محمد بن إدريس ينتهي نسبه إلى المطلب، ولد عام 767 م بغزة، وانتقلت به أمه إلى مكة ثم المدينة له الإمام و الرسالة، توفي سنة 819 م ،ص88،92،106،108.

12/ **ابن كثير:** عماد الدين إسماعيل بن كثير القرشي دمشقي الدار، كان مقرئا و راوية للحديث موثوقا كما كان مفسرا و مؤرخا معروفا، توفي سنة 774 هـ . ص72.

قائمة المصادر و المراجع

أولا: الكتب العامة:

1/ الدكتور بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل (دراسة مقارنو لبعض التشريعات العربية)، ط1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، 2008م.

2/الشيخ محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي بيروت، دون رقم، و سنة طبع.

3/ التكروري عثمان: شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2004م.

4/ فارس محمد عمران :الزواج العرفي و صور أخرى للزواج غير الرسمي، ط1، مجموعة النيل العربية، 2001م.

5/ الغوثي بن ملحة:قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008م.

6/ دار العلوم للنشر و التوزيع: الزواج و الطلاق في الشريعة و القانون.

7/ الشحات ابراهيم محمد منصور: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دون رقم و سنة طبع.

8/ أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ط 1997، دار المطبوعات الجامعية.

9/ الغزالي: الوسيط، ط1، دار السلام القاهرة، 1417 ه، ج5.

10/ محمود علي السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، 2010، دار الفكر.

11/ الدكتور وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، دار الفكر الجزائر، 1992 (على وفق مذهب ابي حنيفة، و ما عليه لعمل بالمحاكم).

12/ عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم للنشر و التوزيع، 1990م.

13/ الدكتور عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا، (الزواج)، ط1، دار الفكر العربي للطباعة و النشر،1984م.

14/نبيل صقر: قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، بدون رقم و سنة طبع.

15/علي عبد العال الطهطاوي: تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق و الظهار، ط1، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، لبنان 2003.

16/الدكتور محمود سمير عبد الفتاح: التنظيم القانوني و الاجتماعي للأسرة، في ظل أحكام الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، دار المعرفة الجامعية، 2005.

17/ محمد بن فنخور العبدلي: الأنكحة المستحدثة (المبتدعة) و حكم الشرع فيها، مذكرة ماجيستير المعهد العلمي،محافظة القريات فلسطين، دون رقم و سنة طبع.

18/ محمود زيد الأبياني: شرح الأحكام الشرعي في الأحوال الشخصية، ط1،ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006م.

19 الدكتور بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ج1، 1994.

20/ عبد القادر داودي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر و التوزيع، دون رقم و سنة طبع.

21/ العربي بختي:أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دون رقم و سنة طبع.

22/ محمد عزمي البكري: الأحوال الشخصية (موسوعة الفقه و القضاء)، دار محمود للنشر و التوزيع،ج4.324/ الدكتور المصري مبروك: الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري، دون رقم و سنة طبع .

23/ طارق بن أنور آل سالم: الواضح في أحكام الطلاق، دار القمة و دار الإيمان للنشر و التوزيع.

24/ محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، دار النهضة للنشر و التوزيع، ط2، 1977.

25/ محمد صلاح اسكندر: الزواج و الطلاق عبر العصور، دار مشارق للنشر و التوزيع،ط1،2009م.

ثانيا : كتب الفقه:

1/الفراهيدي:العين،تحقيق ،مهدي المخزومي وابراهيم السّامرّاني،دار مكتبة هلال،بدون رقم وسنة طبع،ج3

2/الغرياني:مدوّنة الفقه المالكي وأدلّته،ط1،مؤسسة الرّيّان ،بيروت002 2م .

3/الشّربيني:مغني المحتاج،دار الفكر،بيروت،ج4.

4/ ابن مفلح الحنبلي:المبدع،المكتب الإسلامي،بيروت،دون رقم وسنة طبع،ج4.

5/البخاري:صحيح البخاري،ط3،مكتبة ابن كثير اليمامة،بيروت،1987م.

6/الإمام محمد أبو زهرة:الأحوال الشخصية،دار الفكر العربي،القاهرة،بدون سنة إصدار.

7/ابن قدامة:المغني،تحقيق وتدقيق الدكتور عبد الله بن الحسن التركي،وعبد الفتاح محمّد الحلو،ط1،دار عالم الكتب،ج4،الرّياض،1998م.

8/بدران ابو العينين بدران:الفقه المقارن للأحوال الشخصيّة بين المذاهب الأربعة السّنيّة والمذهب الجعفري والقانون،دار النهضة،بيروت،ج1.

9/ابن كثير :تفسير القرآن العظيم، تعليق هاني الحاج،وراجعه ناصر الدين الألباني،دار التوفيقية للتراث،ج1.

10/الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،منشورات محمّد علي بيضون،ط2،دار الكتب العلميّة،لبنان2002م،ج4.

11/ابن حزم:المحلّى،إدارة الطباعة المنيريّة،ج10.

ثالثا:الرّسائل و المذكّرات:

1/عبد الله محمود خليل إبراهيم:صوّر مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصيّة،رسالة ماجستيرفي الفقه والتشريع،جامعة فلسطين،2010م.

2/سميّة عبد الرحمن عطيّة بحر:عقود الزّواج المعاصرة في الفقه الإسلامي،رسالة ماجستير غي الفقه المقارن،جامعة غزّة،2006-2005م.

3/بسّام موسىالنزلي:أحكام صوّر التدليس المعاصرة في عقود الزّواج،(دراسة فقهيّة مقارنة)،رسالة ماجستير،كلّية الشريعة الإسلاميّة والقانون،الجامعة الإسلاميّة ،غزة،2010م.

4/محمّد بن فنخور العبدلّي:الأنكحة المستحدثة(المبتدعة)وحكم الشّرع فيها،مذكرةماجستيرالمعهد العلمي،محافظة القريات،فلسطين،دون رقم وسنة طبع.

5/عبد الرّحمن بن عبد الرّحمن شميلة الأهدل:النكاح الفاسد وأحكامه،مذكرة ماجستير،كلية الشريعة الإسلامية والدّراسات،شعبة الفقه،مكة المكرّمة،1981م.

6/فائزة اللّبان:إعجاز التشريع الإسلامي،رسالة دكتوراه،جامعة الحاج لخضر باتنة،2010-2009م.

7/محفوظ بن صغير:الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري،بحث مقدّم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية،جامعة باتنة،2008/2009م.

رابعا:المعاجم والقواميس:

1/ ابن منظور: لسان العرب، دار الحديث القاهرة، 1423 ه، طبعة مراجعة و مصححة على الحروف الأبجدية، ج4.

2/ ابن منظور: لسان العرب، تدقيق و تحقيق احمد حيدر، راجعه عبد المنعم خليل ابراهيم، دار صادر، بيروت، المجلد 11.

3/مصطفى إبراهيم وآخرون: المعجم الوسيط،المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر و التوزيع،اسطنبول،ط2،1972،ج1.

خامسا: القوانين:

1/ قانون الأسرة الجزائري،أمر رقم 02/05، مؤرخ في 27 فبراير 2005، معدل و متمم للقانون 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984، الجريدة الرسمية رقم 15.

2/ قانون الأحوال الشخصية الأردني (قانون رقم 61 لسنة 1976) نشر هذا القانون على الصفحة 2756، الجريدة الرسمية رقم 2668، بتاريخ 1976/12/01.

3/مدونة الأسرة المغربية، قانون 07/03 ، المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 ه (3 فبراير 2004).

4/قانون الأحوال الشخصية الكويتي، رقم 51 لسنة 1984م .

المـــــــــــــوضوعات	الصفحة
شكر و عرفان	
إهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	
الفصل الاول : عقد الزواج الشرعي على ضوء الفقه الاسلامي و القانون	10
المبحث الاول : عقد الزواج و احكامه.	11
المطلب الاول : مفهوم عقد الزواج الشرعي	11
الفرع الاول : مفهوم الزواج	13
اولا : المعنى اللغوي	13
ثانيا : المعنى الاصطلاحي	14
الفرع الثاني : التعريف القانوني	15
المطلب الثاني : الحكم الشرعي للزواج و صفاته	16
الفرع الاول : الحكم الشرعي للزواج	16
الفرع الثاني : اوصاف للزواج	18
المبحث الثاني : اركان عقد الزواج و شروطه	22
المطلب الاول : اركان عقد الزواج	22
الفرع الاول : الصيغة و احكامها	25
الفرع الثاني : موقف قانون الاسرة الجزائري من أحكام الصيغة	28
المطلب الثاني : شروط عقد الزواج	29
الفرع الاول : شروط الانعقاد و شروط الصحة	29
اولا : شروط الانعقاد	29
ثانيا : شروط الصحة	33
الفرع الثاني : شروط النفاذ و شروط اللزوم	53
اولا : شروط نفاذ عقد الزواج	53
ثانيا : شروط لزوم عقد الزواج	54

المبحث الثالث : انواع عقود الزواج و احكامها	55
المطلب الاول : انواع الزواج الصحيح و عقد الزواج الباطل	58
الفرع الاول : عقد الزواج الصحيح	58
الفرع الثاني : عقد الزواج الباطل	60
المطلب الثاني : عقد الزواج الفاسد و عقد الزواج الموقوف	62
الفرع الاول : عقد الزواج الفاسد	62
الفرع الثاني : عقد الزواج الموقوف	64
الفصل الثاني : زواج المحلل و احكامه في ضوء الفقه الاسلامي و القانون الوضعي	65
المبحث الاول : زواج المحلل و احكامه	68
المطلب الاول : مفهوم زواج المحلل و حكمه و عدم مشروعيته	68
الفرع الاول : مفهوم زواج المحلل	69
أولا : المعنى اللغوي	69
ثانيا : المعنى الاصطلاحي	70
الفرع الثاني : الحكمة من عدم مشروعية زواج المحلل	71
المطلب الثاني : أسباب زواج المحلل	73
الفرع الاول : الاسباب الشرعية و الاطار القانوني لحيلة التحليل	74
أولا : الاسباب الشرعية	74
ثانيا : الاطار القانوني لزواج المحلل	77
الفرع الثاني : شروط زواج المحلل	85
أولا: شروط زواج المحلل	85
ثانيا : شروط الزوج المحلل	90
المبحث الثاني : صور زواج المحلل و آثاره	90
الفرع الاول : اشتراط التحليل في صلب العقد	91
أولا : إذا صرح بشرط الاحلال	92
ثانيا : إذا حصل التواطؤ من طرف العاقدان على التطليق بعد الدخول بها	92

قبل العقد ثم عقدا بذلك القصد بدون شروط	96
الفرع الثاني : اخفاء شرط التحليل و التزام الطلاق من قبل المحلل	97
المطلب الثاني : آثار زواج المحلل	101
الفرع الاول : أثار العقد الثاني بالنسبة للزوج الاول	102
الفرع الثاني : مناقشة القانون لآثار زواج المحلل	103
المبحث الثالث : الحكم الشرعي و مناقشة القانون الوضعي زواج المحلل	105
المطلب الأول: الحكم الشرعي لزواج المحلل وآراء المذاهب الفقهية و أدلتهم	107
الفرع الاول : مذهب الشافعية و الحنفية و المالكية	107
أولا : مذهب الحنفية	107
ثانيا: مذهب المالكية	108
ثالثا : مذهب الشافعية	109
الفرع الثاني : مذهب الحنابلة و الظاهرية	111
أولا : مذهب الحنابلة	111
ثانيا : مذهب الظاهرية	115
المطلب الثاني : الرأي المختار و مناقشة قانون الاسرة لحيلة التحليل	116
الفرع الاول : الرأي المختار	117
الفرع الثاني : مناقشة قانون الاسرة الجزائري المعدل لنص المادة 51	122
الخاتمة	125
النتائج	126
التوصيات	127
الفهارس العامة	128
فهرس الاعلام	129
قائمة المراجع	131
فهرس الموضوعات	138