

## عقد الزواج بين البطلان والفسخ

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي، قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية

### مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص الشامل

تحت إشراف:

من إعداد الطالب:

الأستاذة: د/ تريكي (م) أيت شاوش دليلة

تركي ربيع

لجنة المناقشة:

الأستاذة: إسعد فاطمة ..... رئيسا.

الأستاذة: عشاش حفيظة ..... ممتحنا.

الأستاذة: د/ تريكي (م) أيت شاوش دليلة ..... مشرفا.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله

تعالى

الشكر للجميع



# مقدمة

يعتبر عقد الزواج من أهم العقود التي يبرمها الإنسان، لأنه عقد ابدى يستمر تنفيذه لمدى الحياة، وهو مقدس له مبادئه وأساسه وشروطه وأركانه ومقاصده، وهذا يعني أن له أبعاد دينية ودينية معا.

ويتحمل الزوجان كل واحد منهما مسؤولياته اتجاه الآخر، ولكل حقوقه وواجباته، قصد بناء أسرة سعيدة قائمة على المودة والمحبة والتضامن والتعاون والتكافل من أجل تحقيق مهمة العبادة ثم الاستخلاف في الأرض.

إن الزواج في بعض التشريعات مجرد ارتباط شخصي رضائي بين طرفين يستهدفان إقامة نظام حياة مادية مشتركة، بقصد تبادل المساعدة والرعاية؛ وعند البعض الآخر لا يعتبر إلا مجرد عقد لتنظيم العلاقات الجنسية ضمن مراسيم وأشكال تنظيمية معينة؛ وهذا خلافا للدول المسلمة ومنها الجزائر والمغرب، أين نجد أنه لا يتم إلا في إطار شرعي صحيح، تتم فيه كل مقدمات الزواج وقواعده وإجراءاته وفق ما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية وما أقره ووضعه قانون الأسرة، بالإضافة إلى الأعراف التي تتماشى ومبادئ الشريعة الإسلامية.

يعدّ البحث في قضايا الأسرة وأحكامها من المواضيع الفقهية المتجددة في بعض مسألتها الجزئية تبعا لتجدد الحوادث والوقائع، وتغير الظروف والأحوال بما تشهده الحياة المعاصرة من تطور في مختلف المجالات؛ وهي كذلك من المواضيع الاجتماعية التي كثر الحديث فيها، وانهقدت حولها ندوات وملتقيات وطنية ودولية، وصدرت بشأنها البحوث العديدة التي أصبحت مراجع لمعرفة واقع النظام الأسري مثل الاتفاقيات الدولية<sup>1</sup>؛ غير أن مثل هذه الدراسات لم تستطع استيعاب كل جوانب الموضوع، ولا يتصور أن توجيهات الباحثين قد أدت فعلا إلى معالجات قانونية وعلمية جذرية تشمل كل المسائل المطروحة، من شأنها أن توفر الاستقرار الأسري من

1- رغم أن الدول الإسلامية تجتهد في صيانة تشريعاتها المتعلقة بالأسرة، فإنها متأثرة مع هذا بواقع التحولات العالمية التي تلمس على سبيل المثال في الارتقاء بالمرأة وتفعيل دورها السياسي والاجتماعي والثقافي واكتساب حقوقها بالمساواة مع الرجل، انطلاقا مما تفرضه القوانين العالمية لحقوق الإنسان، وليس من قوانين الشريعة الإسلامية التي تحكم نظام العلاقة بين الرجل والمرأة والقائمة أساسا على القوامة والمسؤولية للرجل، والتي من شأنها توفير الحماية والاستقرار للمرأة أيا كانت صفتها وموقعها، مما فرض على المشرع ابتكار حلول قانونية تسعى إلى التوفيق قدر المستطاع بين توجيهات الشريعة الإسلامية وبين العلاج القانوني والعلمي لمثل هذه الأوضاع.

خلال التّدخلات التنظيمية، ومرجع ذلك هو خضوع نظام الأسرة الحالي للتّطورات الاجتماعية الواسعة وطنيا وعالميا ممّا يجعل بعض أحكامها محلّ متابعة متواصلة وإصلاح مستمر.

ولمّا كان للزواج هذه الأهمية فقد أولاه الفقهاء المسلمون، بمختلف مذاهبهم، عناية خاصة واضعين للعقد الذي تنشأ به الأسرة أركان وشروط تتفق وطبيعته، منها ما اتفقوا عليه وأخرى اختلفوا فيه.

والحكم على العقد بصحته ثم نفاذه أو عدم نفاذه ولزومه أمر لم يثر فيه خلافا كبيرا بين فقهاء الشريعة الإسلامية، لكن الأمر الذي اختلف فيه الفقهاء ومن ثم القوانين هو العقد غير الصحيح؛ فجمهور الفقهاء أعلنوا ترادف البطلان والفسخ في كل العقود المالية وغير المالية، بينما اتفق فقهاء الحنفية على التمييز بين الباطل والفاقد في العقود المالية المنشئة للالتزامات المتقابلة، واختلفوا في هذا التمييز بين الباطل والفاقد في عقد الزواج، وعلى أثرهم اختلفت القوانين.

والقول بعدم ترادف البطلان والفساد ثم التمييز بينهما يعني استحداث مرتبة وسطى بين العقد الصحيح والعقد الباطل، وهذا التمييز اختص به الفقه الإسلامي والفقه الحنفي على وجه الخصوص، واستحداث هذه المرتبة لم يقتصر على الفقه، بل أخذت بعض القوانين المدنية المتأثرة بالفقه الإسلامي؛ وبالنسبة لعقد الزواج فقد أخذت بهذا التمييز بعض تشريعات البلدان الإسلامية مثل: الجزائر، والمغرب.

سبقت الإشارة إلى أنّ التمييز بين البطلان والفسخ هو محلّ خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية وبين قوانين الأحوال الشخصية، وأخص بالذكر قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، ولدراسة موضوع عقد الزّواج بين البطلان والفسخ، يمكن استنتاج ثلاثة طرق: الأولى دراسة بطلان وفسخ عقد الزواج كل على حدة، والثانية دراسة البطلان والفسخ وأساس التمييز بينهما وآثارهما في عقد الزّواج، أم الطريقة الثالثة فهي دراسة نوع البطلان والفسخ والمقارنة بالمصطلحات المشابهة لهم؟

بين هذه الطرق الثلاثة أجد نفسي منحازا إلى الطريقة الثانية، وهي دراسة البطلان والفسخ وأساس التمييز بينهما وآثارهما في عقد الزواج؛ وانطلاقا مما ذكر يمكن لي صياغة الإشكالية الآتية: ما هو سبب الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية بين البطلان والفسخ، والأساس الذي يستند إليه هذا التمييز والجدوى منه، وما هو موقف قانون الأسرة ومدونة الأسرة المغربية من هذا التمييز؟

سأحاول الإجابة على هذه الإشكالية بإتباع المنهج المقارن بين الفقه الإسلامي من جهة وموقف قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية من جهة أخرى، وفي الوقت نفسه أعتمد على المنهج التحليلي، وذلك بعرض الآراء الفقهية وتقريب القارئ إلى معرفة ما هو راجح منها في قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية.

ينبغي الإشارة أنه لا يخلوا أي بحث من الصعوبة، غير أن الصعوبة التي تستحق الذكر في هذا الموضوع، هي كثرة الآراء الفقهية في ثنايا المراجع الكثيرة وقصر الوقت، وعدم اتفاق الآراء على كثير من آثار العقد غير الصحيح، حتى بين فقهاء المذهب الواحد، وقد أدت كثرة الآراء وتشعبها إلى عدم إمكانية التوصل إلى نظرية واضحة المعالم للبطلان والفسخ، كما لم أجد ما يكفي من المصادر الشرعية والقانونية المباشرة التي تعطي هذا الموضوع حقه من البيان والتفصيل، وبالمقابل كثرت المراجع غير المباشرة والتي لا تعطي الموضوع حقه.

ولدراسة هذا الموضوع قسمت البحث إلى قسمين أساسيين، القسم الأول: البطلان والفسخ والقسم الثاني: أساس التمييز بين البطلان والفسخ وآثارهما في عقد الزواج.

# الفصل الأول البطلان والفسخ

يحتل عقد الزواج مكانة هامة من بين العقود، لأنه عقد يتعلق بذات الإنسان وسلوكه على المستوى الفردي والاجتماعي، ولذلك كان موضع عناية الأديان والشرائع والقوانين، وهذه العناية وإن تجلت في وضع الشروط والضوابط التي تكفل تحقيقه على الوجه الأمثل، إلا أنّ ذلك ليس سوى تمهيدا لكي ينتج هذا العقد آثاره على النحو المطلوب لينسجم مع الأسس والمبادئ التي شرع من أجلها هذا الزواج ويكفل تحقيق التوازن بين الزوجين واستقرارهما، وأي خلل يقع في تلك الشروط والضوابط يجعل هذا العقد عرضة للإبطال أو قابلا للفسخ، على اختلاف ذلك بين الشرائع والقوانين.

وبوجه عام فإن الجزاء القانوني يلحق عقد الزواج مثلما يلحق العقود الأخرى، ولهذا نتكلم في هذا الفصل عن البطلان والفسخ في العقود، وذلك في المبحث الأول، في حين نخصص التمييز بين البطلان والفسخ في عقد الزواج المبحث الثاني.

## المبحث الأول: البطلان والفسخ في العقود

وضع الشارع الحكيم نظاما محكما للزواج يقوم على أقوى المبادئ والقيم التي من شأنها الحفاظ على الاستقرار الأسري، وانتشار الفضيلة في المجتمع، فأضفى عليه قدسية تجعله متميزا عن سائر العقود الأخرى، وقبل الشروع في التمييز بين البطلان والفسخ في عقد الزواج، نتناول في المطلب الأول تعريف العقد وأقسامه في الفقه الإسلامي والقانون، وتعريف البطلان والفسخ في الفقه الإسلامي والقانون في المطلب الثاني.

## المطلب الأول: تعريف العقد وأقسامه في الفقه الإسلامي والقانون

يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزام التي تربط الفرد في معاملاته مع غيره، إذ أن تعامل الأفراد يستند في أكثر الأحيان إلى إبرام عقود مختلفة، ويعد من أهم أدوات التعامل بين الأشخاص لتحقيق أهداف معينة على صعيد العلاقات القانونية والاقتصادية؛ فالشخص عندما يقدم على إبرام عقد ما، فإنه يرغب في إشباع حاجة معينة لا يستطيع إشباعها بمفرده، فهو وسيلة الفرد لتحقيق غاياته.

وللتفصيل أكثر في موضوع العقد ينبغي التعريف به، وبيان تقسيماته المختلفة في الفقه الإسلامي والقانون.

## الفرع الأول: تعريف العقد

يوضع العقد من قبل المتعاقدين وفقا لما يسمح به القانون وهذه العملية برمتها عبارة عن مواعمة بين مبدأ حرية التعاقد ومبدأ قانونية العقد، فإذا كان المتعاقدان أحرارا في إبرام العقد طبقا لمبدأ حرية التعاقد، إلا أنهما يلتزمان في ذلك بالشروط الفنية لإنشائه من ناحية وبشرط المشروعية من حيث موافقة العقد للنظام العام والآداب العامة من ناحية أخرى، وإلا كان العقد باطلا. ولكي أبين أقسام العقد في الفقه الإسلامي والقانون ينبغي التطرق لتعريفه لغة واصطلاحا.

## أولاً: تعريف العقد لغة

يعرف العقد لغة بأنه مصدر عقد يعقد بكسر القاف، ويستعمل اسماً فيجمع على العقود، وله معان كثيرة منها<sup>2</sup>:

- الشد والربط: وهو نقيض الحل، فيقال عقد الحبل أي شده.
- التأكيد والإحكام والتوثيق: فيقال عقد العهد واليمين أكرهما<sup>3</sup>.
- العزم والجمع: ومنه قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾<sup>4</sup>
- والعقد عقد اليمين ومنه قوله تعالى: ﴿ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ ﴾<sup>5</sup>

## ثانياً: تعريف العقد اصطلاحاً

أعطى المشرع الجزائري تعريفاً للعقد على خلاف المشرع المغربي الذي امتنع، وقبل ذلك نشير إلى التعريف الفقهي في الشريعة الإسلامية ثم القانوني.

## 1/ تعريف العقد اصطلاحاً عند فقهاء الشريعة الإسلامية

يدور العقد في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية حول معنيين، عام وخاص.

<sup>2</sup>- المعجم الوسيط، ص.614.

<sup>3</sup>- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار النشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.23.

<sup>4</sup>- سورة المائدة، الآية 1

<sup>5</sup>- سورة المائدة، الآية 89.

## أ/ المعنى العام

أنّ العقد هو ما أُلزم به المرء نفسه، وهو كل التزام تعهّد الإنسان بالوفاء به سواء كان التزام في مقابل التزام آخر، كالزواج، وسواء كان التزامه دينياً كأداء الفرائض والواجبات، أم التزاماً دنيوياً<sup>6</sup>.

## ب/ المعنى الخاص

أنّه ارتباط الإيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله، وهو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين، وهذا هو المراد في الغالب لدى معظم فقهاء الشريعة الإسلامية عند إطلاق لفظ العقد على هذا المعنى الخاص<sup>7</sup>

والمراد بالإيجاب والقبول كل ما دلّ على إرادة المتعاقدين ورضاها بإمضاء العقد سواء كان قولاً أو فعلاً؛ وهناك علاقة عموم وخصوص مطلق بين العقد والتصرف والالتزام، فالعقد بمدلوله الخاص، والالتزام يدخلان في عموم التصرف، ولا يتحقق العقد إلا بوجود ركنه وهو عند الحنفية الصيغة، وعند جمهور فقهاء أركان العقد ثلاثة: الصيغة، العاقدان والمعقود عليه.

ومن يتتبع أقوال الفقهاء رحمهم الله يجد أن اعتبار الحنفية الصيغة هي ركن العقد عندهم، إنّما هو اصطلاح لفظي، لأنّه يلزم من وجود الإيجاب والقبول، وجود عاقدين ومحل يظهر فيه أثر الارتباط بين العاقدين، وإنّما يعبر فقهاء الحنفية عنها بمقومات العقد الأساسية التي لا يمكن تصور وجود العقد دونها.

<sup>6</sup>- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.23.

<sup>7</sup>- محي الدين القردي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1985، ص.126.

## 2/ تعريف العقد في اصطلاح القانون

نجد أن المشرع الجزائري عرّف العقد في نص المادة 54 من القانون المدني كالآتي: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"<sup>8</sup>.

أمّا المشرّع المغربي الذي امتنع عن تعريفه، وترك أمر ذلك للاجتهادات الفقهية بحيث اكتفى فقط بتحديد أركانه وشروطه.

أمّا فقهاء القانون فقد أجمعوا على تعريفه بأنّه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، وهو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه؛ هذا فيما يخص تعريف العقد في الفقه والقانون، أمّا أقسامه نتناولها في النقطة الموالية

## الفرع الثاني: أقسام العقد في الفقه الإسلامي والقانون

إنّ للشرعة الإسلامية نظامها الخاص في تقسيم العقد من حيث الصحة والبطلان والفسخ، وقد برع فقهاء الحنفية في إبراز هذه التقسيمات وصياغتها صياغة موفقة.

أمّا القانون فنظّم طائفة ومن العقود يمكن النظر إليها من حيث التسمية أو من حيث التكوين، ومن حيث الإلزام من حيث المقابل والزمن، وتتنوع العقود وتتعدد حيث لا يكاد حصرها؛ وهناك عدة أنواع من العقود يمكن تصنيفها إلى طوائف أو أقسام تجمعها خصائص واحدة، كما يمكن لعقد واحد أخذ أحكام عقد آخر، كما أنّ في التقسيم لا يعنى أنّ هناك شيء يقسم بينهما، كما نبين لاحقا تقسيمات المشرع الجزائري كنموذج.

<sup>8</sup>- أمر رقم: 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل: 26 سبتمبر 1975، ج ر رقم: 78 مؤرخة في 24 رمضان 1395، موافق ل: 30 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

## أولاً: أقسام العقد في الفقه الإسلامي

يمكن معرفة أقسام العقد

الفقه الحنفي انفرد بالتفرقة بين الخلل الواقع في أصل العقد والخلل الواقع في وصفه، ورتبوا على الأول البطلان وعلى الثاني الفسخ ولم يجعلوهما في مرتبة واحدة، ونجد أنّ صيغة العقد إمّا أن تكون مطلقة من كل قيد وشرط، وإمّا أن تكون مضافة إلى زمن مستقبل، وإمّا أن تكون معلقة على شرط، ولكل حالة من هذه الحالات حكم يخصها؛ وبناء على ذلك فينقسم العقد حسب صيغته إلى ثلاثة أقسام:

الأول : العقد المنجز.

الثاني :العقد المضاف.

الثالث :العقد المعلق.

إنّ العقود من حيث قبولها التآقيت أو عدم قبولها تأتي على ثلاثة أقسام: الأول عقود لا تقع إلا مؤقتة كالإجازة فلا خلاف بين الفقهاء في أن الإجازة لا تصح إلا مؤقتة بمدة معينة أو وقوعها على عمل معلوم، الثاني عقود لا تصح مؤقتة ومتى أفتت بطلت كالنكاح، الثالث عقود يصح أن تكون مؤقتة كالعارية والوكالة.

## 1/ أقسام العقد عند جمهور الفقهاء

يرى جمهور الفقهاء أنّ العقد الصحيح هو العقد الذي استكمل شروطه وأركانه الأساسية وهو بدوره ينقسم إلى العقد النافذ في الحال والموقوف، والعقد النافذ إما أن يكون لازماً لا يجوز فسخه، وإما غير لازم يمكن فسخه من قبل طرفيه أو طرف واحد<sup>9</sup>.

وأما العقد غير الصحيح، فهو العقد الذي اختل فيه أحد أركانه الأساسية أو شرط من الشروط المتعلقة بهذه الأركان.

<sup>9</sup>- محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، مصر، د.س.ن، ص.436.

ف عندهم لا فرق بين بطلان العقد أو فسخه، وعلى هذا الأساس أخذوا بالتقسيم الرباعي للعقود وجعلوا البطلان والفسخ في العقد مترادفين، وهو كل عقد تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروطه من دون تفريق بين أصله ووصفه<sup>10</sup>، أي أنهم لم يميزوا بين الخلل الذي يصيب الأركان في العقد أو الذي يصيب شرطاً من شروط صحته، ولكن هذا يكون فقط من الناحية النظرية لأنه عند النظر إلى تطبيقاتهم الفقهية نجدهم يفرقون بين مختلف العقود غير الصحيحة فيرتبون أحكاماً على بعضها دون البعض الآخر<sup>11</sup>.

## 2/ أقسام العقد عند فقهاء الحنفية

ينقسم العقد لدى فقهاء الحنفية إلى خمسة أقسام، وهو العقد الموقوف والعقد النافذ اللازم والعقد النافذ غير اللازم وبطلان وفساد، وجعلوا لفسخ العقد منزلة وسطى بين العقد الصحيح والعقد الباطل<sup>12</sup>، وهذا على خلاف فقهاء الشافعية والحنابلة فإن أقسام العقد عندهم ثلاثة وهي: العقد اللازم، والعقد غير اللازم والعقد الباطل<sup>13</sup>.

## ثانياً: أقسام العقد في القانون

تتنوع العقود وتتعدد حتى لا يكاد حصرها، وهذه التقسيمات بالنسبة إلى القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية هي على النحو الآتي:

## 1/ أقسام العقد في القانون المدني

هناك عدة أنواع من العقود يمكن تصنيفها إلى طوائف أو أقسام تجمعها خصائص واحدة، كما يمكن لعقد واحد أخذ أحكام عقد آخر، كما أنّ في التقسيم لا يعنى أن هناك شيء يقسم بينها.

<sup>10</sup> - مصطفى إبراهيم الزلطي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، شركة الخنساء، ط1، بغداد، 2002، ص.312.

<sup>11</sup> - فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، جامعة السليمانية، العراق، 2004، ص.44.

<sup>12</sup> - ابن نجيم الحنفي، البدر الرائق، شرح كنز الدقائق، ج6، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن، ص.75.

<sup>13</sup> - إبراهيم بن علي الفيروزي، أبادي الشيرازي، المهذب في الفقه الإمام الشافعي، ج1، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر، د.س.ن، ص.262.

والقانون ينظم طائفة من العقود يمكن النظر إليها من حيث التسمية أو من حيث التكوين، ومن الإلزام من حيث المقابل والزمن؛ نشير إلى تقسيمات العقود وفق القانون الجزائري.

### أ/ تقسيم العقود من حيث التسمية و التكوين

#### - من حيث التسمية

#### العقود المسماة

هناك عقود خصها القانون باسم معين، ونظّمها، لشيووعها بين الناس وهي: عقود تقع على الملكية، كالبيع و المقايضة، والهبة، والشركة، والقرض، والصلح؛ أو أن تقع على المنفعة، كالإيجار وعارية الاستعمال، أو أنها تقع على العمل وهي المقاولة والتزام المرافق العامة، وعقد العمل، والوكالة والوديعة والحراسة، ويضاف إلى ذلك عقود الغرر، هي المقامرة، والرهان، والمرتب مدى الحياة، وعقد التأمين، ثم عقود التأمينات الشخصية والعينية، وهي الكفالة والرهن الحيازي و الرهن الرسمي.

العقد المسمى هو عقد خصه المشرع باسم معين وبنصوص تنظم أحكامه بالذات في المجموعة المدنية: كالبيع والمقايضة والشركة والقرض والإيجار و العارية و المقاولة و الوكالة والوديعة وغيرها.

#### العقود غير المسماة

هي التي لم يوضع لها اسم خاص ولم يرتب لها التشريع أحكاما خاصة بها، إنّما استحدثها الناس تبعا لحاجة ما، وهي كثيرة لا تحصى، لأنها تنشأ بحسب تعدد حاجات الناس وتطور المجتمع وتشابك المصالح أو بعبارة أخرى هي تلك العقود التي لم يخضعها المشرع لاسم معين، ولم يتم بتنظيمها، وذلك لقلّة شيووعها؛ وما دامت القاعدة أنّ الإرادة حرّة في إنشاء ما تشاء من عقود، كان من المستحيل حصر العقود غير المسماة.

وهناك طائفة من العقود غير مسماة في تطور مستمر، فقد يصبح عقدا من الشيوخ بأهمية إلى درجة توجب تنظيمه، فيتدخل المشرع وينظمه وينقل بذلك من عقد غير مسمى إلى عقد مسمى، وهذا ما فعله المشرع حين نظم عقد التأمين.

### - من حيث التكوين

خلافا للعقود المركبة هناك العقود البسيطة

#### العقود البسيطة

وهو ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجا من العقود، فالعقد البسيط هو عقد يتناول نوعا واحدا من العقود تنجز في شكل عملية واحدة ويدفعة واحدة ومن ثم وجدت بساطة تداوله فإذا غير أو أضيف إليه أي تعديل من حيث الموضوع صار مركبا ومن أمثلة العقود البسيطة نجد عقد البيع أو الإيجار أو الهبة، وغيرها.

#### العقود المركبة أو المختلطة

العقد المختلط هو الذي يجمع بين عدة عقود متكاملة امتزج بعضها ببعض الآخر، وعادة يكون من العقود غير المسماة، مثل ذلك العقد الشائع بين صاحب الفندق والنزيل، وهو مجموع يشتمل على عقد إيجار بالنسبة للغرفة، وعقد عمل بالنسبة للخدمة، وعقد بيع بالنسبة للطعام، وعقد وديعة بالنسبة للأمتعة؛ وكذلك العقد الذي يبرم بين صاحب المسرح والجمهور فهو يشمل عقد إيجار بالنسبة للمقعد، وعقد عمل بالنسبة للمسرحية التي تعرض.

## ب/ تقسيم العقود من حيث الإلزام وتحديد قيمة الإلزام

## - من حيث إلزام الأطراف

## عقد ملزم للطرفين

تنص المادة 55 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون العقد ملزماً متى تبادل المتعاقدان الإلتزام بعضهما بعضاً"<sup>14</sup>، ويسمى كذلك عقداً تبادلياً؛ وهو عقد تنشأ بموجبه التزامات متقابلة على كل من طرفيه، ويكون كل منهما دائناً ومديناً في الوقت نفسه، مثل عقد الإيجار وعقد البيع، والمقايضة، والمقاولة، والعمل.

## عقد ملزم لطرف واحد

هو العقد الذي لا ينشأ التزامات إلا في جانب واحد، أي يكون بمقتضاه أحد الطرفين مديناً و الآخر دائناً فقط و هذا حسب نص المادة 56 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "يكون العقد ملزماً لشخص، أو لعدة أشخاص، إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص، أو عدة أشخاص آخريين دون التزام من هؤلاء الآخريين"<sup>15</sup>، ومثال ذلك عقد القرض والهبة والوكالة بغير أجر والوديعة بغير أجر ونلاحظ هنا أن عبارة "جانب واحد" مقصود بها أثر العقد لا تكوينه أو انعقاده، فهو عقد ثنائي التكوين، أحادي الأثر.

## - من حيث تحديد قيمة الإلتزام

## عقود محددة

العقد المحدد هو الذي تنشأ عنه في ذمة طرفيه التزامات محققة الوجود ومحددة القيمة، وقد نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة 57 تحت تسمية العقد التبادلي؛

<sup>14</sup>- أمر رقم: 75-58، المرجع السابق.

<sup>15</sup>- المرجع نفسه.

فالعبارة في العقد المحدد هو علم كل متعاقد وقت التعاقد بالمقدار الذي يعطيه والمقدار الذي يأخذه بمقتضى هذا العقد، مثل عقد البيع الذي لا ينعقد ما لم يكن المبيع والثمن محددين.

### عقود احتمالية

وتسمى أيضا بعقود الغرر، ولا يعرف فيها كلا المتعاقدين، أو أحدهما مقدار ما سيأخذ، وقت انعقاده، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل، كعقد بيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة، حيث لا يتحدد إلا بموت المشتري و الموت أمر لا يعرف وقت حصوله، والعقد الاحتمالي هو كذلك عقد لا يستطيع فيه كل طرف لحظة انعقاده أن يحدد المقدار الذي سيعطيه أو الذي يأخذه، لأن هذا وذاك يكون متوقفا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع، ومثال ذلك عقد التأمين والمقامرة و الرهان وبيع ثمار قبل نضوجها بثمن جزافي.

### ج/ تقسيم العقود من حيث المقابل و مدى الالتزام

#### - من حيث المقابل

#### عقد المعاوضة

هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطى ولما التزم، مثل عقد البيع والإيجار والمقايضة، فالبيع هو أخذ ثمن مقابل تسليم المبيع، وهو ما نصت عليه المادة 58 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على الآتي: "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما"<sup>16</sup>.

#### عقد التبرع

هو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين عوضا لما أعطاه كالهبة والعارية والوديعة والقرض بدون فائدة والوكالة بدون أجر وغيرها ؛ وتجدر الإشارة هنا إلى أن أغلب المعاوضات هي عقود ملزمة للجانبين، وأغلب التبرعات هي عقود ملزمة لجانب واحد.

<sup>16</sup>- أمر رقم: 75-58، المرجع السابق.

**- من حيث الزمن****العقد الفوري**

وهو عقد ينشأ بين طرفيه التزامات متقابلة بطبيعتها، لأنه ينفذ دفعة واحدة، ولا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، ولا ينشأ بين طرفيه علاقة قانونية ممتدة بطبيعتها، ويظل العقد فورياً، حتى ولو أجل فيه التزام أحد الطرفين إلى أجل المستقبل.

فالبيع المؤجل هو عقد فوري، ذلك أن الزمن لا يتدخل في تحديد مقدار هذا الثمن، وإنما يحدد فقط موعد تنفيذه.

**العقد المستمر**

وهو عقد يستلزم بطبيعته أن ينشأ بين طرفيه التزامات، يستمر تنفيذها في فترة من الزمن، أو يتكرر هذا التنفيذ عدة مرات، مثل عقد الإيجار، وكذلك عقد التوريد.

**2/ أقسام العقد في قوانين الأحوال الشخصية**

إنّ التقسيم الذي ذكرناه للعقد بوجه عام لا نجده في عقد الزواج، وتجب الإشارة هنا إلى أن عقد الزواج ذو طبيعة خاصة، لذا ينقسم إلى عقد زواج صحيح وعقد زواج غير صحيح.

وجّل قوانين الأحوال الشخصية العربية قد أخذت بالتفرقة بين بطلان عقد الزواج وفسخه كما هو الحال بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، ونصوا على أحكام بطلان الزواج وفسخه بشكل واضح وصريح، وسنبينه أكثر لاحقاً على خلاف القانون العراقي الذي لا نجد فيه الحديث عن فسخ عقد الزواج بل ترك الأمر للقضاء للرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

من خلال ما تقدم أجد بأنّ عقد الزواج ينقسم إلى عقد زواج صحيح وعقد زواج غير صحيح، ويدخل في ضمنها البطلان و الفسخ.

## المطلب الثاني: تعريف البطلان والفسخ في الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية

البطلان لغة: ذهب ضياعا وخسرا، فهو باطل وأبطله هو، ويقال ذهب دمه باطلا أي هدرًا، والباطل نقيض الحق<sup>17</sup>، وبطل الشيء سقط حكمه.

### الفرع الأول: تعريف البطلان والفسخ في الفقه الإسلامي

نقوم أولاً بتعريف البطلان في الفقه الإسلامي ثم تعريف الفسخ أيضاً في الفقه الإسلامي.

#### أولاً: تعريف البطلان في الفقه الإسلامي

الباطل هو عكس ما يدلّ عليه الصحة<sup>18</sup>، فالمراد بالصحة هي اعتبار الشرع الشيء في حق حكمه، وفي العقود كل ما كان سبباً لحكم إذا أفاد حكمه المقصود منه فهو صحيح<sup>19</sup>.

وقد تأتي الصحة بمعنى وقوعها عن المطلوب وبراءة الذمة عنه وفي شروط صلاحيتها كأن ينبني عليها ما اشترطت له وفي أسباب تترتب آثارها عليه<sup>20</sup>.

أما الباطل فمعناه عدم وقوعها عن المطلوب وبقاء الذمة مشغولة به وعدم صلاحيتها لكي ينبني عليها ما اشترطت له وعدم ترتب الآثار عليه، أو وقوع الفعل غير كاف لإسقاط القضاء<sup>21</sup>، فهذا العقد لا وجود له في نظر الشارع ولا يعتمد بوجوده المادي ولا يترتب عليه أي أثر<sup>22</sup>، فهو غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه.

<sup>17</sup>- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث، دار المعارف، د.س.ن، ص.85.

<sup>18</sup>- أبو النشاء محمود الحنفي المائريدي، كتاب في أصول الفقه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1995، ص.64.

<sup>19</sup>- موقف الدين عبد الله بن أحمد قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2002، ص.46.

<sup>20</sup>- براهيم محمد سلقيني، الميسر في أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، سوريا، 1996، ص.252.

<sup>21</sup>- بدر الدين بن بهدار الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص.257.

<sup>22</sup>- عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي وأحكام الملكية والشفعة والعقد، جامعة قاريونس بنغازي، ط4، 1993، ص.226.

## ثانياً: تعريف الفسخ في الفقه

الفسخ هو ما شرع بأصله دون وصفه، أو بمعنى آخر هو موافقة التصرف للشرع من حيث الأركان وشروط الصحة مع مخالفة الأوصاف اللازمة.

فيكون التصرف مطلوب الفسخ شرعا لهذه المخالفة مع صحته من حيث الأصل وتترتب عليه الأحكام في هذه الحيثية<sup>23</sup>، ومعنى هذا بأنه من حيث كونه عقداً جاء سالماً من أي خلل يشويه في إحدى عناصره الأساسية من حيث ما يشترط في العاقدان والمعقود عليه والصيغة ولكنه غير مشروع من حيث الصفة المقترنة بنهي الشارع عنه.

وهذه التعريفات لا تعطي مفهوماً واضحاً عن الفسخ، ولذلك أرى بأنّ التعريف الذي وضعه الأستاذ "مصطفى الزرقا" يغطي كل الجوانب المتعلقة به وهو: "اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ"<sup>24</sup>.

وقد بين هذا التعريف بكونه:

- أنه يصوّر حقيقة الفسخ ببيان سببه وهو الخلل الواقع بناحية فرعية للعقد.
- أنه يصف الفسخ ويشير إلى نتيجته.
- يعتبر العقد منعقد وذلك عن طريق وصفه باستحقاق الفسخ.
- إذ لا يستحق الفسخ إلا ما كان منعقداً ذا وجود اعتباري قائم في نظر الشرع.
- فالعقد الفاسد كما هو واضح منعقد ويعتبر منزلة وسطى بين العقد الصحيح والعقد الباطل، ولكن لا يرتب الشارع آثاراً على العقد نفسه وإنما على تنفيذ العقد من قبل العاقدين كواقعة مادية.
- ولا يعرف العقد الفاسد إلا في الفقه الحنفي فعندهم تفصيل لهذه المسألة وبالمقابل فإنّ الجمهور يصرحون بعدم وجود الفرق عندهم بين البطلان والفسخ.

<sup>23</sup>- أبو النّاء محمود الحنفي الماتريدي، المرجع السابق، ص.208.

<sup>24</sup>- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، بيروت، 1998، ص.739.

## الفرع الثاني: تعريف البطلان والفسخ في قانون الأحوال الشخصية

هناك من لم يفرق بين البطلان والفسخ، ولهذا أشير إلى تعريفهما في قانون الأحوال

الشخصية

### أولاً: تعريف البطلان في قانون الأحوال الشخصية

إنّ قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية، نجد أن البعض لم يفرق بين البطلان والفسخ في عقد الزواج، غير أن البعض الآخر قد أخذ بهذه التفرقة، وعلى هذا الأساس فإن عقد الزواج الباطل يطلق على كل عقد فقد أركانه أو شرطاً من شروط أركانه<sup>25</sup>.

وقد عرّفه الدكتور "عبد الرحمن الصابوني" على أنه: " كل عقد لم تتوافر فيه شروط الإيجاب والقبول أي فقد ركناً من أركان الانعقاد"<sup>26</sup>.

أجد أنّ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي أشار بأنّه يكون الزواج باطلاً إذا ما اختل ركن من أركانه، أما المشرّع الجزائري فنصّ في المادة 32 على أنه يبطل إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد<sup>27</sup>، كما أشار في المادة 33 إلى أن عقد الزواج يكون باطلاً إذا اختل ركن الرضا.

أمّا المشرّع المغربي فنص في مدونة الأسرة وفي نص المادة 57 على أنّ الزواج باطلاً إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه، وإذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه<sup>28</sup>، وإذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول.

<sup>25</sup> - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، دار الوراق، بيروت، 2001، ص.173.

<sup>26</sup> - عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، ط8، المطبعة الجديدة، دمشق، 1985، ص.252.

<sup>27</sup> - قانون رقم: 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد: 24، صادرت بتاريخ 12 رمضان 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984، معدل ومتمم.

<sup>28</sup> - ظهير شريف رقم: 1.04.22، صادر في 12 من ذي الحجة 1424، الموافق: 3 فبراير 2004، ج.ر عدد: 5184، مؤرخة في 14 ذو الحجة 1424، موافق 5 فبراير 2004، متضمن تنفيذ القانون رقم: 70.03، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، [http://adala.justice.gov.ma/AR/Legislation/textesjuridiques\\_famille.aspx](http://adala.justice.gov.ma/AR/Legislation/textesjuridiques_famille.aspx)

نلاحظ أنّ التعريفات السابقة متشابهة ومتفقة في أنّه النقص الذي يصيب الأركان الأساسية للعقد هو الذي يجعله باطلا، وركزت على وصف عقد الزواج الباطل.

### ثانيا: تعريف الفسخ في قانون الأحوال الشخصية

العقد الفاسد هو الذي استوفى أركانه وشروط انعقاده، ولكنه فقد شرطا من شروط الصحة، كالزواج بغير شهود<sup>29</sup>.

وعرّفه بعض الباحثين في القانون بأن الفسخ هو الذي اختل فيه شرط من شروط الصحة بعد استيفائه لشروط الانعقاد كما إذا لم يحضر الشاهدان<sup>30</sup>، والتعريف الراجح لفسخ عقد الزواج هو العقد الذي تحققت أركانه ولكن حصل خلل في أمر من الأمور التي يحتم الشارع توافرها ليكون العقد صالحا لترتب آثاره عليه<sup>31</sup>.

أمّا قانون الأسرة الجزائري فنص في المادة 8 مكرر 1 على أنه: " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، وإذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه"<sup>32</sup>، ضف إلى ذلك الفقرة الثانية من المادة 33 منه: "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"<sup>33</sup>؛ علاوة على ذلك نص في المادة 34 منه أيضا: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويطرب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء"<sup>34</sup>.

<sup>29</sup>- زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 1989، ص.134.

<sup>30</sup>- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مطبوعات جامعة الكويت، 1972، ص.79.

<sup>31</sup>- زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص.98.

<sup>32</sup>- قانون رقم: 11-84، المرجع السابق.

<sup>33</sup>- المرجع نفسه.

<sup>34</sup>- المرجع نفسه.

وأما في مدونة الأسرة المغربية نجد نص المادة 59 والتي تنص على أنه: " يكون الزواج فاسدا إذا اختل فيه شرط من شروط صحته طبقا للمادتين 60 و62 بعده ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصح بعده، و منه ما يفسخ قبل البناء وبعده"<sup>35</sup>.

عند النظر إلى قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية أجد أنهما لم يذكرتا تعريفا محددًا لبطلان عقد الزواج أو فسخه، وبالتالي على الرغم من عدم بيان تعريف محدد لهذين النوعين من الزواج غير الصحيح، أرى بأنه ذكرت هذه التشريعات الحالات التي يبطل ويفسخ فيها الزواج، وأيضا الأحكام المتعلقة بالآثار المترتبة على كل منهما.

<sup>35</sup>- مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

## المبحث الثاني: التمييز بين البطلان والفسخ في عقد الزواج

قد يكون عقد الزواج صحيحا، أو غير صحيح، وهذا الأخير، إمّا يبطل، وإمّا يفسخ، وهناك فرق بين البطلان والفسخ في عقد الزواج، وأجد هذا عند فقه الحنفية؛ أمّا عند جمهور الفقهاء فلا فرق بين البطلان والفسخ في عقد الزواج.

والتمييز بين البطلان والفسخ في عقد الزواج أمر لم يتفق عليه الفقهاء والباحثون، فيرى بعضهم أن الفرق محصور في العقود المالية فقط، ويرى الآخرون أنّه يشمل عقد الزواج أيضا؛ وذلك لأنّ لعقد الزواج أركان وشروط خاصة به، تكون جزء من ماهيته؛ ولا يتحقق للعقد وجود بدونهما، وكل خلل يحدث في هذه الأركان سواء أكان في ركن من أركانه أم في شرط مكمل لهذا الركن فإنّ العقد يكون باطلا، وإذا كان الخلل قد حدث في شرط من شروط صحته، فإنّ العقد لا يبطل، بل يفسخ.

وعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، أخصص المطلب الأول لبيان أركان عقد الزواج وشروط انعقاده، وأبين في المطلب الثاني شروط صحة عقد الزواج.

### المطلب الأول: أركان عقد الزواج وشروط انعقاده وصحته

يستلزم لبيان أركان عقد الزواج أو شروط انعقاده، أن أقسمه إلى: الفرع الأول تعريف عقد الزواج والفرع الثاني أركانه.

#### الفرع الأول: تعريف عقد الزواج

يعتبر الزواج نظام إلهي، شرعه الحاكم لرفع مرتبة الإنسان، فأضفى عليه قدسية خاصة، وجعله من أسمى العقود وأعظمها، فوصفه بالميثاق الغليظ.

ونلجأ في تعريفنا لعقد الزواج إلى تعريفه لغة، اصطلاحا، وقانونا .

## 1/ تعريف عقد الزواج لغة

هو اقتران أحد الشئيين بالآخر، وارتباط كل واحد بالآخر بعد أن كانا منفصلين<sup>36</sup>.

## 2/ تعريف عقد الزواج اصطلاحاً

عند الرجوع إلى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف عقد الزواج؛ أرى بأنّ هناك تعريفات كثيرة، تختلف في عباراتها وتعبيرها ولكنها ترجع في مقاصدها ومعانيها إلى معنى واحد.

ف عند الحنفية يعرف الزواج بأنه عقد يفيد ملك المتعة، أو يضيف إليه عقد يفيد ملك المتعة قصداً<sup>37</sup>؛ ومعنى ذلك تحليل الاستمتاع بالمرأة من قبل زوجها، وأرى أنّ غاية الزواج في هذا التعريف محصور في المتعة، وهي لا تعتبر الغاية الوحيدة في عقد الزواج.

وعند فقهاء الشافعية هو عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ نكاح أو تزويج أو ترجمته<sup>38</sup>، ويعاب على هذا التعريف أيضاً بأنه لم يوضح أنّ عقد الزواج يكون بين ذكر وأنثى، ولكنهم أشاروا إلى ذلك بقولهم إباحة وطء، وذكروا قيوداً منها عند ذكرهم لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمته.

وعند الحنابلة هو عقد التزويج أي عقد يعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج في المعقود عليه منفعة الاستمتاع، أو يعرفونه بأنه عقد تزويج أي عقد يعبر فيه لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمته<sup>39</sup>.

فمن خلال عرض التعاريف الفقهية لعقد الزواج تبين لي مدى تقاربها من حيث المضمون

والدلالة.

<sup>36</sup>- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج3، شركة المصطفى، ط2 سوريا، 1970، ص.35.

<sup>37</sup>- الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ج3، دار المعرفة، ط2، بيروت، ب.س.ن، ص.83.

<sup>38</sup>- محمد شريبي الخطيب، معنى المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، المكتبة القرمدية، مصر، 1958، ص.124.

<sup>39</sup>- منصور بن يوسف البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستنقع، دار الكتاب العربي، بيروت، 2005، ص.314.

## 3/ تعريف عقد الزواج قانونا

عرّف قانون الأسرة الجزائري عقد الزواج في المادة 4 منه بالآتي : "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"<sup>40</sup>.

و في تعريف قريب من تعريف قانون الأسرة الجزائري جاء في مدونة الأسرة المغربية في نص المادة 4 بأنّ: "الزواج ميثاق تراض و ترابط شرعي بين رجل و امرأة على وجه الدوام، غايته الإحسان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة"<sup>41</sup>.

يلاحظ في هذا التعريف القانوني أنّ المتعاقدان في عقد الزواج هما الرجل والمرأة؛ وهذا ما هو مقرر اجتماعيا، إذ يعرف علماء الاجتماع الزواج: "بالعلاقة الجنسية التي تقع بين شخصين مختلفين في الجنس يشعرها ويبرر وجودها المجتمع"<sup>42</sup>، وبالتالي تتحقق مقولة هيرمان هيلير عندما أكد أنّ القانون يغذيه دائما منبعان: علم الاجتماع والميتافيزيقيا<sup>43</sup>، وعليه لايعتبر زواجا العلاقات التي يقيمها مغيرو الجنس les transsexuels فيما بينهم أو مع أشخاص آخرين حتى ولو كانوا مختلفين في الجنس ظاهريا، أي بعد إجراء التغيير الجنسي الاصطناعي عن طريق إجراء عملية جراحية؛ ومن باب أولى لا يعدّ زواجا كذلك تلك العلاقات القائمة بين جنسين مماثلين.

بناء على ذلك قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، بمقتضى قرارها المؤرخ في 17 أكتوبر 1986، في قضية ريس rees ضد المملكة المتحدة، بأنّ المادة 12 من الاتفاقية الأوروبية

<sup>40</sup>- قانون رقم:84-11، المرجع السابق.

<sup>41</sup>- مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

<sup>42</sup>- دينكن ميتشيل، ترجمة ومراجعة إحسان محمد الحسن، معجم علم الاجتماع، ط2، دار الطليعة، بيروت، 1986، ص.138.

<sup>43</sup> -HANS-ALBERCHT SCHWARZ – LIEBERMANN VON WAHLENDORF VON WAHLENDORF « UNE OUVERTURE - 8 SUR LA DIMENSION COMPARATIVE »,IN Mariage et famille en question ?ouvrage édité sous la direction de rogerneron , tome 2 ,ed du CNRS ,paris ,1979 ,p .255.

لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية عندما تضمن الحق في الزواج، إنّما تستهدف الزواج التقليدي بين أشخاص ذوي جنس بيولوجي مختلف<sup>44</sup>.

كما أنّه عقد رضائي، و الرضا في الزواج حق معترف به للرجال و النساء على السواء إذ أنه مفروض، ضف إلى ضرورة احترام الشروط الشرعية، وتتمثل غايته في تكوين أسرة؛ أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب.

### الفرع الثاني: أركان عقد الزواج

أتطرق إلى ركن الرضا في عقد الزواج وهو الركن الوحيد، وفق ما انتهج في قانون الأسرة الجزائري من خلال المادتين التاسعة و العاشرة و أتناول تعريف ركن الرضا و صورّه.

#### 1/ تعريف ركن الرضا

يعتبر عقد الزواج في قمة العقود الرضائية سواء في الفقه الإسلامي، أو في القانون الوضعي، حيث يستوجب قيامه توافق إرادتين؛ وعلى هذا أبيّن تعريف كلا من الركن والرضا لغة، واصطلاحاً.

<sup>44</sup>- ريس مواطن انجليزي ، ولد سنة 1942 ، بكل مظاهر جنس الأنثى لكنه يتصرف كأنه ذكر وله طابع غامض . قام سنة 1970 بعملية التحويل الجنسي إلا أن موظف الحالة المدنية رفض طلب ريس قصد تصحيح سجل المواليد ليؤخذ بعين الاعتبار تغيير حالته الحقيقية مستندا الى المواد 3و8و12 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية .وللمزيد راجع :

VENCENT BERGER, JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROP2ENNE DES DROIT DE L'HMME, 4<sup>E</sup> Ed, SIREY, PARIS, 1994, P.295

## أ/ تعريف الركن

## - تعريف الركن لغة

الركن بالضم: "الجانب الأقوى من كل شيء، والجمع أركان، وأركان العبادات جوانبها التي عليها مبناها وبتركها بطلانها؛ والمعنى هو جانب الشيء الذي يستند إليه ويقوم به، كأركان البيت و هي زواياه التي تمسك ببناءه".<sup>45</sup>.

وهو الجانب الأقوى من كل شيء و هو عماده و ملاكه الذي يقوم به ويستند إليه ويمسكه، كأركان البيت وهي زواياه التي تمسك ببناءه.<sup>46</sup>.

## - تعريف الركن اصطلاحاً

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الركن، فعند الجمهور: "هو ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به، أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء سواء أكان جزءاً منه أم خارجاً عنه، وبالتالي فأركان العقد عندهم أربعة: الصيغة، والزوجة، والزوج، والولي".<sup>47</sup>.

أمّا عند الحنفية فالركن: ما يتوقف عليه وجود الشيء و يكون جزءاً داخل في حقيقته، وركن الزواج عندهم الإيجاب و القبول.<sup>48</sup>.

## ب/ تعريف الرضا

بما أنّ الرضا له سمة مميزة لسائر العقود بوجه عام، و لعقد الزواج بوجه خاص، إذن نقوم بتعريف الرضا لغة، واصطلاحاً على النحو الآتي:

45- المعجم الوسيط، ص.370.

46- جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه و القانون، الشهاب للطباعة و النشر، الجزائر، د.س.ن، ص.36.

47- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته: الأحوال الشخصية، ج7، دار الفكر، سوريا، 1989، ص.36.

48- ولعلمهم بالاكْتفاء بالصيغة، ذلك أن بقية الأركان الأخرى حسبهم هي من الأمور المفترض وجودها بداهة، بحيث لا نحتاج إلى النص عليها صراحة، وبالتالي فإن الخلاف بين الجمهور والأحناف في تعداد أركان العقد خلاف ظاهري وليس حقيقي. أنظر محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، د.س.ن، ص.103.

**- تعريف الرضا لغة**

تستعمل عبارة الرضا للدلالة على القناعة الذاتية بأمر معين؛ فيقال رضي عنه ورضي عليه رضا ومرضاة: ضد سخط، وأرضاه بمعنى أعطاه ما يرضيه، واسترضاه وترضاه أي طلب رضاه، ورضي بها أي عرضتها لصحبته وخدمته<sup>49</sup>.

**- تعريف الرضا اصطلاحاً**

عرّف الفقه الإسلامي الرضا بأنه: "توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال عن التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، ويتمثل التعبير فيما يجري من عبارات بين المتعاقدين من إيجاب و قبول<sup>50</sup>؛ أو هو الإيجاب والقبول الصادر من المتعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيضان تحقق المراد من صدورهما<sup>51</sup>."

ولما كان الرضا هو توافق الإرادة شيئاً كاملاً في النفس، فهو أمر خفي وباطني لا يمكن الإطلاع عليه إلا بمظهر ملموس، تنوب الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره؛ لأنها هي المعبرة عنه و تتخذ شكل الإيجاب والقبول<sup>52</sup>.

ومن هنا أشير إلى أنّ المشرع الجزائري سار على منوال الفقه الإسلامي، بحيث اعتبر الرضا أمراً جوهرياً في عقد يرتبط فيه شخصان ارتباطاً مؤبداً<sup>53</sup>؛ ولكنه لم يأت بتعريفه بحيث نجد أنه اكتفى بالإشارة إليه فقط في المادتين 4 و 9 من قانون الأسرة الجزائري<sup>54</sup>.

49- الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير، دار العربية للكتاب، تونس، د.س.ن، ص. 251.

50- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005، ص. 61.

51- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، ط2، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص. 41.

52- أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، الدار الجماهيرية للنشر و التوزيع و الإعلان، مصراته، 1990، ص. 53.

53- محمد محدة، سلسلة الفقه الإسلامي، الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية ط2، دار النشر الشهاب، الجزائر، 2000، ص. 128.

54- تنص المادة 9 من ق.أ.ج على أن: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

غير أنه بالرجوع إلى المادة 10 من نفس القانون التي جاءت مفسرة لمعنى الرضا<sup>55</sup>؛ فإنّ المشرع الجزائري قد امتنع عن ذكر الطريقة التي يعبر بها الطرفان عن إرادتهما ورضاهما بالزواج، وفيما ما إذا كان التعبير عن الرضا صادرا عنهما شخصا في مجلس العقد، أو عن طريق الولي أو المفوض أو الوكيل الخاص<sup>56</sup>.

كما يمكن القول أنّ ركن الرضا في عقد الزواج يتحقق من شقين، وهما الإيجاب والقبول؛ وهذا ما اتفق عليه كل من فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون في مختلف التشريعات الوضعية، على أنّ الرضا هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه عقد الزواج ويتوقف عليه وجوده واختلفوا في تسميته، فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول؛ وهذا نجده في مدونة الأسرة المغربية، بحيث تنص المادة 10: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا"؛ وهناك من يسميه الصيغة، وهذا الاختلاف لفظي فقط، أما المعنى فهو واحد<sup>57</sup>.

<sup>55</sup>- تنص المادة 10 من ق.أ.ج: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا . ويصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة ."

<sup>56</sup>- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هوم، الجزائر، 2007، ص.39.

<sup>57</sup>- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.108.

وأجد أيضا أنّ المشرع الجزائري لم ينص على شروط الإيجاب والقبول، كما هو الشأن عند المشرع المغربي الذي نص عليها في المادة 11 من مدونة الأسرة<sup>58</sup>؛ ولكنّه تناول أثر تخلف عنصر الرضا<sup>59</sup> في الفقرة الأولى من نص المادة 33 التي تنص على أنّه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"<sup>60</sup>.

كما نصّ المشرع المغربي في المادة 57 من مدونة الأسرة على أنّه: "يكون الزواج باطلا:

1 - إذا اختل فيه الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه... 3 - إذا انعدم التطابق بين الإيجاب و القبول"<sup>61</sup>، والمفاد هنا هو ترتب البطلان إذا تخلف ركن الرضا (الإيجاب والقبول) ولا ينتج عن العقد أي أثر، ولا ينشأ عنه أي التزام على أحد الزوجين تجاه الآخر، سواء قبل الدخول أم بعده؛ ويشمل تخلف رضا المرأة صغيرة كانت أم كبيرة، خلافا لجمهور الفقهاء الذين أشاروا إلى عدم بطلان عقد الزواج، إذا تخلف عنصر الرضا بالنسبة للصغيرة والمجنونة ومن في حكمهما.

وفي جميع الأحوال فإن مثل هذا العقد الباطل يجوز للنيابة العامة ولكل ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان أمام القضاء<sup>62</sup>، لأنّه من النظام العام.

و الملحوظة هنا أنّ المشرع الجزائري لم ينص على كيفية إبطال عقد الزواج، ولا على من له الحق في طلب إبطاله، وكذا الإجراءات الواجب إتباعها؛ عكس المشرع المغربي الذي نص في المادة 58 الفقرة الأولى من مدونة الأسرة على: " تصرح المحكمة ببطلان عقد الزواج تطبيقا لأحكام المادة 57 أعلاه بمجرد اطلاعها عليه، أو بطلب ممن يعنيه الأمر"؛ لذلك يرى الأستاذ

<sup>58</sup>- تنص المادة 11 من مدونة الأسرة المغربية على: "يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا : 1- شفوينا عند الاستطاعة، وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة ؛ 2- متطابقين وفي مجلس واحد ؛ 3- باتين غير مقيدتين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ"

<sup>59</sup>- يشترط الفقهاء لصحة الرضا في عقد الزواج أن تكون الإرادة جديّة، واعية و حرة أي غير مشوبة بالإكراه و عيوب الرضا، وغير مقيدة بشرط ولا بأجل؛ ولم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة لعيوب الإرادة بالتفصيل، وكذا عدم خوض فقهاء الشريعة الإسلامية كثيرا في هذه المسألة مما يستوجب اللجوء الى القواعد العامة في القانون المدني طبقا للفقرة الثانية من المادة 82 والمواد 86 الى 88، وعموما فإن العيوب التي تشوب الإرادة في عقد الزواج هي الإكراه والغلط والتدليس.

<sup>60</sup>- بحيث أن المشرع الجزائري، بجعله ركن الرضا الركن الوحيد الذي ينعقد به الزواج، فإنه بذلك يكون قد عدل عن اعتماده مذهب المالكية الذين يعتبرون الولي كذلك من أركان الزواج، كما كان عليه في ظل قانون 84-11 في المادة التاسعة منه قبل تعديلها: "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة وشاهدين وصادق"، وبذلك يتجه إلى إلغاء دور الولي في عقد الزواج تدريجيا.

<sup>61</sup>- مدونة الأسرة المغربية.

<sup>62</sup>- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.77.

عبد العزيز سعد أنه إذا انعقد الزواج بدون رضا أحد الطرفين، فإنه يجوز له أو ممن له مصلحة أو من طرف النيابة العامة رفع دعوى أمام المحكمة لطلب إبطاله، على أن يرفق الطلب بكل الأدلة، ويصدر الحكم بالبطلان مع الأمر بتشطيب عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية، ويكون الحكم الصادر في هذا الشأن حكماً تقيرياً لما هو قائم شرعاً وقانوناً<sup>63</sup>.

## 2/ شروط انعقاد عقد الزواج (الشروط المتعلقة بالركن)

عقد الزواج كغيره من العقود يستلزم توافر شروط معينة حتى ينشأ العقد صحيحاً، وتترتب عليه آثاره، وهذه الشروط هي شروط الانعقاد، والصحة، والنفاد، واللّزوم، فبالنسبة لهذه الشروط فإنّ انعدام أي منها يؤثر على العقد.

فشروط الانعقاد المقصود بها الشروط الواجب وجودها في عقد الزواج والمرتبطة بركن الرضا، وأي خلل يشوبه يجعل العقد باطلاً ومنعدماً؛ وهذا الركن قد سبق وحددناه بالإيجاب والقبول، ولتحديده يستلزم وجود عاقلين ومعقود عليه، وبالتالي ما يتعلق بشروط الانعقاد مرتبط بهذه المحاور الثلاثة: صيغة الإيجاب والقبول، والعاقدان، والمعقود عليه وهذا كالاتي :

### أ/ الشروط المتعلقة بالإيجاب والقبول

يشترط في الإيجاب والقبول ما يأتي :

1 - إتحاد مجلس الإيجاب والقبول :

ويقصد بذلك إتحاد المجلس الذي يحصل فيه الإيجاب والقبول سواء أكان المتعاقدان كلاهما حاضرين في المجلس أم كان أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، وكان عن طريق الكتابة، فمن الآثار التي يربتها مجلس العقد لانعقاد ويقصد به ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه شرعي يظهر الأثر المقصود<sup>64</sup>؛ والمجلس يعتبر متحداً إذا لم يفترق

<sup>63</sup> - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.189.

<sup>64</sup> - رمضان علي السيد الشرنباطي وعبد الهادي سالم جابر، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقضاء والقانون منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2007، ص.141.

المتعاقدين - كما إذا ترك أحدهما المجلس قبل القبول أو إذا عرض موضوع أجنبي عن الزواج وما يتعلق به قبل صدور القبول عن الزواج - أمّا إذا كان الموضوع يخص الزواج والمسائل المتعلقة به فلا يعتبر ذلك تفريقاً لمجلس العقد والقبول الذي يصدر بعد ذلك ينعقد العقد به.

وبوجه عام، فإنّ ما يعدّه العرف فاصلاً وكل ما لا علاقة له بالزواج فإنّه يحول دون انعقاد العقد، ولا تشترط الفورية في القبول فلو تريتّ القابل قليلاً في جوابه وسكت بعض الوقت ثم ردّ بعد ذلك بالقبول، انعقد العقد<sup>65</sup>، ويجب أن يصدر القبول قبل رجوع الموجب عن إيجابه، فإذا رجع عن الإيجاب يكون القبول حينئذ بمثابة إيجاب جديد يحتاج إلى القبول حتى ينعقد العقد به.

## 2 - موافقة القبول للإيجاب :

و يجب أن يتوافق القبول مع الإيجاب في موضوع العقد و مقدار المهر، فإذا خالف القبول الإيجاب في شيء من ذلك لا ينعقد العقد إلاّ إذا كانت المخالفة فيها أفضل للموجب<sup>66</sup>؛ كأن يقول الرجل للمرأة تزوجتك على عشرين ألف دينار، فتقول قبلت زواجك بما ذكرت، ففي هذه الحالة ينعقد الزواج، أمّا لو قالت قبلت الزواج ولكن بخمسين ألف دينار، في هذه الحالة لا ينعقد الزواج؛ كذلك إذا ذكر عند الزواج اسم معين وقبلت الزواج من اسم آخر فلا ينعقد الزواج؛ غير أنّ المخالفة في مقدار المهر إذا تضمنت فائدة و خيراً للموجب فإنّ الزواج يتم، فلو قال رجل لامرأة: زوجيني نفسك بمهر قدره ألف دينار، فقالت: قبلت بمهر خمس مئة دينار، انعقد العقد وسقط عن الزوج ما أسقطته دون الحاجة إلى قبول الزوج<sup>67</sup>.

## 3 - أن تكون صيغة العقد منجزة :

لا ينعقد العقد إذا علّق الإيجاب أو القبول فيه على حصول أمر في المستقبل أو أضيف إلى زمن في المستقبل؛ ويجب أن يكون العقد منجزاً خالياً عن ذكر زمن أو شرط أو حادثة يعلق

65- فاروق عبد الله كريم ، المرجع السابق ،ص.51.

66- عثمان التكروري ،شرح قانون الأحوال الشخصية ،دار الثقافة ،عمان ،2004 ،ص.54.

67- فاروق عبد الله كريم ،المرجع السابق، ص.51.

عليه انعقاد العقد، وهذا ما ذكره المشرع المغربي في نص المادة 11 من مدونة الأسرة: "يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا :...3- باتين غير مقيدتين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ".<sup>1</sup>

أجد أنّ القاعدة العامة في صيغة العقد تكون منجزة، أي أنّ تعليق الزواج على شرط يجعله باطلا بطلانا مطلقا، لأنّه لم ينعقد أصلا، وهذا ما أكدته المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".<sup>2</sup>

ويرجع ذلك إلى كون عقد الزواج من عقود التمليك، وهي لا تقبل التعليق ولا الإضافة وأيضا لأن الشارع وضع عقد الزواج ليفيد حكمه في الحال، وإضافته إلى زمن المستقبل تراخي حكمه إلى وجود ذلك الزمن وهو مناقض لحقيقته الشرعية<sup>3</sup>، وهذا جاء عكس ما نص عليه المشرع المغربي في أنّ اقتران الإيجاب أو القبول بأجل أو شرط واقف أو فاسخ يجعله باطل والعقد صحيحا<sup>4</sup>؛ إلاّ أنّه لا مانع يمنع الزوجين من تضمين عقد الزواج نفسه لبعض الشروط طبقا لاتفاق لاتفاق الطرفين، بشرط ألاّ تتعارض هذه الشروط مع أحكام العقد ونظام الزواج ومقاصده الشرعية<sup>5</sup>؛ وهذا ما أكدته المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري<sup>6</sup>، والفقرة الأولى من نص المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية<sup>7</sup>؛ ويعني ذلك أن لكل من الزوج والزوجة أن يشترطا على بعضهما البعض عند عقد الزواج، أو حتى في عقد لاحق شروطا يربانها من مصلحتها أو من مصلحة أحدهما لتمتين رابطتهما المقدسة<sup>8</sup>، أمّا إذا اشترط أحدهما على الآخر شرطا ينافي مقصود العقد؛ كعدم إنجاب الأولاد أو عدم التوارث مثلا، فالشرط هنا باطل لتعارضه مع مقاصد الزواج، والعقد

1- مدونة الأسرة المغربية.

2- قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

3- زكي الدين شعبان، ص.105.

4- وهذا ما أكدته نص المادة 62 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على أنه: "إذا اقترن الإيجاب أو القبول بأجل أو شرط واقف أو فاسخ، تطبق أحكام المادة 47 أعلاه".

5- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق آخر تعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.200.

6- تنص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يربانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

7- تنص المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية: "الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الأمرة للقانون فيعتبر باطلا و العقد صحيحا"، المرجع السابق.

8- وألاحظ أنّ هذه المادة جاءت عامة في ذكرها للشروط التي يمكن للزوجين أن يشترطانها على سبيل المثال و ليس الحصر؛ كشرط عدم تعدد الزوجات وكذا خروجها للعمل، من خلال عبارة " لاسيما".

صحيحاً، وهذا ما أقرته المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية<sup>1</sup> والمادة 35 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه: " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحاً"<sup>2</sup>.

### ب/ الشروط المتعلقة بكل من العاقدين

1 - يجب أن يكون كل من العاقدين (بأي صفة كانت) ممن تحققت فيه الأهلية الكاملة لإبرام عقد الزواج، ويشترط لتتمام الأهلية العقل وإكمال التاسعة عشر من العمر كما نصت على ذلك المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري<sup>3</sup>.

أما في مدونة الأسرة المغربية حسب نص المادة 19 منها تكتمل أهلية الزواج بإتمام الثامنة عشر من العمر<sup>4</sup>، ويكونا متمتعان بقواهما العقلية، فلا يصح زواج المجنون أو الصبي الذي لم يبلغ سن الرشد المحدد قانوناً، إلا إذا أذن القاضي بذلك، إذا تأكد أنّ زواجهم لا يضر المجتمع، ولهم القدرة.

2 - سماع كل من العاقدين كلام الآخر واستيعابهما بأن المقصود منه عقد الزواج والمراد بالفهم فهم المقصود جملة لا فهم المفردات والتراكيب، فيجب أن يفهم الرجل والمرأة كل منهما الكلام الذي يدور حول عقد الزواج، وأن أحدهما يطلب والآخر يقبل<sup>5</sup>.

3 - الرضا يشترط رضا كل من العاقدين على الزواج فالعقد مع الإكراه باطل لأنه لا إرادة للمكروه.

4 - أن يكون كل من الزوجين معروفاً ومعلوماً، فإن كانا مجهولين لم يصح العقد<sup>6</sup>.

5 - أن لا يكون أي من الزوجين محرماً على الآخر تحريماً مؤبداً، فيكون العقد باطلاً، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج.

1- مدونة الأسرة المغربية.

2- قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

3- المرجع نفسه.

4- مدونة الأسرة المغربية.

5- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص.95.

6- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، 1999، ص.28.

6 - أن يكون للعاقِد الذي يبرم العقد الحق في إنشائه<sup>1</sup>.

### ج/ الشروط المتعلقة بالمعقود عليه

اختلف الفقهاء في تحديد المعقود عليه في الزواج فذهب بعضهم إلى أن المعقود عليه هو المرأة، وذهب آخرون إلى أنه الاستمتاع<sup>2</sup>، وذهب آخرون إلى أنه حلّ الزوجية؛ فالذي ذهب إلى أن المعقود عليه هو المرأة، اشترط أن تكون المرأة معلومة وغير مجهولة ومحققة الأنوثة.

يؤخذ على هذا الرأي بأنه إذا كانت المرأة محلا للعقد بالنسبة للرجل، ويشترط تحقق الرجولة<sup>3</sup>، على اعتبار أن كليهما عاقدان في عقد الزواج ولا يجوز جعل المرأة محلا لعقد الزواج وطرفا في الوقت نفسه.

فالمعقود عليه يجب أن يكون أمرا مشتركا بين العاقدين وهو موضوع الزواج، وحلّ الزوجية بين الزوجين<sup>4</sup>، وهذا هو الرأي الراجح والأصحّ بالنسبة لتحديد المعقود عليه في عقد الزواج.

### المطلب الثاني: شروط الصحة في عقد الزواج (شروط عقد الزواج)

شروط الصحة هي الشروط التي يجب توافرها في العقد حتى تترتب عليه الآثار المطلوبة شرعا و الخلل الذي يصيب العقد في أحد شروط الصحة فيه، يترتب عليه فسخ العقد عند الحنفية على أساس التفريق بين الخلل الذي يصيب الأركان الأساسية و الجوهرية للعقد.

1- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، المرجع السابق، ص.47.

2- المرجع نفسه، ص.28.

3- فاروق عبد الكريم، ص.53.

4- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

لعقد الزواج شروط<sup>1</sup>، فبعضها متفق عليها في الفقه الإسلامي، وبعضها الآخر مختلف فيها، وهناك شروط أخرى عند بعض الفقهاء دون البعض الآخر، ولا يسع المجال للتفصيل في ذلك؛ بحيث ينعقد الزواج صحيحا نافذا لازما إذا تحققت الشروط، والمقصود في دراستنا هذه هي شروط الصحة، وفق ما جاء في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، وما استقرت عليه التطبيقات القضائية، وهي أهلية الزواج (أهلية الزوج والزوجة)، والصداق (عدم الاتفاق على إسقاط الصداق) والولي (ولي الزواج عند الاقتضاء)، والشاهدان (سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه)، وانعدام الموانع الشرعية للزواج (انتفاء الموانع الشرعية للزواج)، وقبل التفصيل فيها لا بد من بيان معنى الشرط لغة واصطلاحا.

في اللغة: الشرط بفتحتيين هو العلامة، وهو إلزام شيء والتزامه، وجمعه شروط واشروط، أشرط الساعة، أي علاماتها<sup>2</sup>، ومنه قوله تعالى: ﴿فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ﴾<sup>3</sup>؛ واصطلاحا: ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن حقيقته فالشهادة أمر خارج عن حقيقة الزواج وماهيته، ولكن يتوقف عليها نفاذ وترتيب آثاره واعتباره صحيحا في نظر الشارع<sup>4</sup>.

وعليه سأحاول الاختصار والتبسيط في هذه الشروط في عقد الزواج وأثر تخلفها وفق لما ورد في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 13 من مدونة الأسرة المغربية؛ وسيكون التعرض لهذه العناصر حسب الترتيب المذكور أعلاه

1- شروط الانعقاد هي تلك الشروط التي يلزم توافرها في أركان عقد الزواج أثناء الانعقاد والإنشاء وذلك بسبب ارتباطها كليا بالأركان التي يقوم عليها العقد، ويعرفها البعض بأنها: الشروط التي يلزم توافرها لترتب الأثر الشرعي على العقد؛ فإذا تخلف أحدها فإن العقد لا يكون له وجود شرعي، ولا يرتب عليه أي حكم من أحكام العقد، وقد بيناهم سابقا، أما شروط النفاذ فهي تلك الشروط التي لا تنفذ أحكام العقد على كل من عاقديه بغير وجودها؛ وذلك بان تكون لمتولي إنشاء العقد ولاية إنشائه، فإذا قام ناقص الأهلية بإبرام العقد فلا يكون نافذا، ويكون موقوفا على إجازة وليه مثلا؛ وألا يكون العاقد وليا أبعدا مع وجود الولي الأقرب المقدم عليه: فهنا إذا أبرم الولي الأبعد عقد الزواج للمولى عليها فيكون العقد هذا العقد موقوفا على إجازة الولي الأقرب؛ وأما شروط اللزوم فهي: تلك الشروط التي يتوقف عليها بقاء العقد مستمرا مرتبا لجميع آثاره، وعلى ذلك فالعقد غير اللازم هو الذي لا يستطيع أحد طرفيه أن يستقل بفسخه دون موافقة الطرف الآخر، كتحقق شرط الكفاءة، وخلو الزوجين من العيوب. انظر مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص.137.

2- ابن منظور، المرجع السابق، ص.329.

3- سورة محمد: الآية 18.

4- محمد محدة، المرجع السابق، ص.121.

## الفرع الأول: شرط الأهلية

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يشترط لتحقيق صيغة العقد - التي سبق التفصيل القول فيها - أن يكون المباشر لها متمتعاً بصلاحيات إصدارها، وإلا كانت لغوا لا يترتب عليها أثراً، يستوي في ذلك أن يكون العاقد أصيلاً أو ولياً أو وصياً أو وكيلاً، أو أنه ليس كذلك بأن كان فضولياً<sup>1</sup>.

ويعرفها الفقه الإسلامي أنها: "صلاحية الإنسان لما يجب عليه من الحقوق، وما يلزمه من الواجبات بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف؛ لصحة ثبوت الحقوق له، والواجبات عليه".<sup>2</sup>

وتعرف في عقد الزواج بأنها: "صفة يقدرها الشارع تجعل الشخص محلاً صالحاً للخطاب التشريعي".<sup>3</sup>؛ وتدرج الأهلية في الإنسان منذ أن يبدأ وجوده إلى أن يكتمل نموه فتثبت له بعض الحقوق أولاً كحق الميراث الذي يتهيأ له وهو ما يزال جنيناً-أهلية الوجوب-والتي تعني صلاحية الشخص في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، بحيث تكتمل حقوقه كلها وتجبر عليه بعض الحقوق منذ ولادته حتى وفاته، ومنظها الذمة، ثم تصح منه بعض التصرفات، فإذا اكتمل نموه الجسمي والعقلي اكتملت أهليته في درجاتها المختلفة (غير مميز، مميز، راشد)؛ أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة في نظر الشارع، ومناطقها هو التمييز والعقل، ولا تثبت للصبي غير المميز وللمجنون والمعتوه<sup>4</sup>.

حيث أنه لا يوجد في الفقه الإسلامي تحديد لسن الزواج، أي أنه لم يكن معروفاً عند المسلمين الأوائل لعدم ورود نص لا في الكتاب ولا في السنة حوله، لذلك كان مسموحاً بالزواج دون قيد أو شرط في العمر، ولو كان بعض الفقهاء يقولون: بمنعه لغير البالغ، لعدم تحقق الغرض المقصود من مثله<sup>5</sup>؛ ونجد أن أحكامه العامة قاضية ببلوغ الرشد حين البلوغ الجنسي فعلاً، وهناك

1- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.266.

2- إسماعيل أمين نواهضة وأحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية، فقه النكاح، د.ب.ن، د.س.ن، ص.61.

3- مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص.783.

4- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المجلد الثاني: أحكام عقد الزواج بين آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مطبعة سامي، مصر، د.س.ن، ص.52.

5- محمد محدة، المرجع السابق، ص.130.

خلاف بين الفقهاء فيما يخص تزويج الصغار ما دون البلوغ، من حيث جوازه وصحته ومن ثم نفاذه.

ولذلك قاموا بتحديد أهلية الزواج على أساس الإمارات الطبيعية للشخص، بحيث بوجود واحدة من هذه الإمارات يعتبر الشخص بالغاً ومن ثمة أمكن له الزواج، وهذه الإمارات هي الإنزال عند الذكر يقظة أو مناماً، وعند الأنثى الحيض أو الحمل...، وكذلك الاحتلام<sup>1</sup>.

ولكن في حالة ما إذا تأخر ظهور هذه الإمارات فعندئذ حدد الفقهاء أهلية الزواج بسنّ معيّنة بحيث قدره جمهور الفقهاء بالخامسة عشر للذكور والإناث؛ في حين يرى الفقه المالكي أنّ نهاية الثامنة عشر عاماً في الفتى والفتاة، أما عند الحنفية فالبلوغ يتحقق في الثامنة عشر بالنسبة للذكر و السابعة عشر بالنسبة للأنثى<sup>2</sup>؛ وعلى هذا فالصغير غير المميز لا ينعقد زواجه باتفاق الفقهاء، أمّا الصبي المميز فينعقد موقوفاً على إجازة وليه عند الحنفية، ويبطل زواجه كسائر عقودهم عند الجمهور، على أنه متى وصل سن البلوغ الطبيعي جاز له أن يعقد الزواج بنفسه<sup>3</sup>.

أمّا فيما يتعلق بالعقل، فإنّ جمهور الفقهاء لا يشترطونه لصحة عقد الزواج، فيجوز عندهم أن يزوج الولي المجنون وكذا المعتوه، ولا فرق في الجنون بين أن يكون أصلياً أو طارئاً عند الحنفية<sup>4</sup>.

أجد أنّ كل من المشرّع الجزائري والمغربي اعتبرا أنّ تمام الأهلية في الزواج بالسن التي حدداها بالنسبة للرجل والمرأة، ولم يعتبروها بالبلوغ، ومنه فهل بذلك يقصدون بالأهلية أهلية إبرام عقد الزواج، أم أهلية صلاحية الرجل والمرأة للزوجة؟

1- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص.117.

2- العربي بلحاج أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.156-157.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.186.

4- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري، ج1، (الزواج والطلاق)، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص.61.

يقصد باكتمال الأهلية بتمام التاسعة عشر عند المشرع الجزائري<sup>1</sup>، والثامنة عشر عند المشرع المغربي<sup>2</sup> هو اكتمال أهلية عقد الزواج، وليس أهلية صلاحية كل منهما لأن يكون زوجا، لأن هذه الصلاحية تثبت بالبلوغ؛ والدليل على ذلك أن كلا المشرعين أجازوا للقاضي أن يرخص بالزواج لمن لم يبلغ السن المحددة في القانون إذا دعت لذلك مصلحة أو ضرورة.

فقط نجد أنّ المشرع الجزائري لم يقيّد القاضي<sup>3</sup> بالترخيص للزواج لمن لم يبلغ السن القانوني (19 سنة)، حسب ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، فترك الحرية والسلطة التقديرية له<sup>4</sup>.

وهذا جاء خلافا للمشرع المغربي<sup>5</sup> الذي أعطى للقاضي سلطة الإذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية (18 سنة) ولكن يكون ذلك المقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، ويكون هذا بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي وأيضا الاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي.

والى جانب الأهلية باعتبارها شرطا في عقد الزواج، فقد أوجب المشرع الجزائري أن يقوم الزوجان بإجراء فحص طبي للتأكد من خلوهما من الأمراض التي من شأنها أن تؤثر على الأسرة

1- تنص الفقرة الأولى من المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج."

2- تنص المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية".

3- إنّ المادة 7 قد نصت على أن القاضي هو المخول بمنح الترخيص بالزواج من دون أن تحدد القاضي المختص أهو القاضي المكلف بالأحوال الشخصية، أم رئيس المحكمة؛ غير أن التطبيقات القضائية جرت في الغالب على أن رئيس المحكمة هو المختص بمنح الترخيص بالزواج لمن لم يبلغ السن القانوني.

4- ومهما يكن سن الزواج، فإنّ النصوص الدولية قد أجمعت على أنّ تحديد سنّ الزواج يبين متى يكون الرجل والمرأة واعيين بدورهما في الأسرة والمجتمع؛ وفي هذا الإطار صدرت عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، بمقتضى قرارها رقم: 2018 بتاريخ 01 نوفمبر 1965، توصية الرضا في الزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج التي نصت في مبدئها الثاني على أنه يجب في جميع الدول الأطراف أن تتخذ: "الإجراءات التشريعية لتحديد السن الأدنى للزواج الذي يجب في جميع الأحوال ألا يقل عن خمسة عشرة سنة؛ وغير أن الحمل المبكر يمكن أن تكون له نتائج ضارة على الأمهات الصغيرات ورضائهن، فحسب صندوق الأمم المتحدة لرعاية الطفولة (أونيساف)، يجب أن لا تصبح البنت حاملا قبل سن 18 سنة لأنها غير مستعدة جسما لذلك بعد للإطلاع أكثر، أنظر أعمار يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائر، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص. 23.

5- تنص الفقرة الأولى من المادة 20 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي".

كخلفية أساسية للمجتمع<sup>1</sup>؛ بحيث يعد هذا الإجراء من الأحكام الجديدة المستحدثة التي جاء بها الأمر 02-05 من خلال نص المادة 7 مكرر في فقرتها الأولى<sup>2</sup>، وهذا لا نجده عند المشرع المغربي<sup>3</sup>؛ والذي اكتفى على طائفة من المصابين بالإعاقة الذهنية ذكرا كان أم أنثى، لتقديم تقرير حول الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر؛ ضف إلى أنه أوجب بأن يكون الطرف الآخر راشداً أي خالياً من أي إعاقة وبالغ قانوناً ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة.

كما أوجب المشرع الجزائري على الموظف المختص بتحرير العقد مجموعة من الضوابط والشروط، وذلك في الفقرة الثانية من المادة 7 مكرر: "يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمها بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج. ويؤشر بذلك في عقد الزواج"<sup>4</sup>؛ ومن هنا إذن نقول أنه إذا تقدم الزوجان إلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية لإبرام عقد الزواج، ولم يقدم أحدهما أو كلاهما الشهادة الطبية التي تثبت فحصهما، فعليه الامتناع عن تحرير مثل هذا العقد وإعلام الطرفين بأهميتها؛ أما إذا تجاهل وجود الوثيقة الطبية فقام بإبرام عقد الزواج دون أن يستلزمها، فإنه سيتحمل مسؤولية ذلك ويمكن أن يعرض نفسه لعقوبات إدارية وجزائية<sup>5</sup>.

1- أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2010، ص.63.

2- أضيفت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.15، ص.20 على أنه: "يجب على طالب الزواج أن يقدم وثيقة طبية، لا تزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج".

3- حيث نجد أن المادة 23 من مدونة الأسرة المغربية تنص بأنه: يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكراً كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر. يطلع القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر. يجب أن يكون الطرف الآخر راشداً ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة.

4- قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

5- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط2، دار هومه، الجزائر، 2009، ص.53.

حيث أن الزّواج المبرم دون هذه الشّهادة وإن خالف إجراء أوليًّا وقائيًّا عند إبرامه فلا يعتبر باطلاً وإنّما صحيحاً<sup>1</sup> إذا قدمت الوثيقة الطبية و هي تؤهلهم للزواج؛ لأنّ المشرع الجزائري عند استحداثه لهذه المادة رأى صلاحيتها مسبقاً، لما للفحص الطبي من فائدة وحماية للصحة العامة للمجتمع، وتعرّف الزوجين على الصحة الخاصة لكل منهما وإعلامهما بهدف ضمان استمرارية العلاقة الزوجية<sup>2</sup>.

و من كل هذا نطرح سؤال: ما هو أثر تخلف شرط الأهلية في عقد الزواج؟

إنّ المشرع الجزائري اعتبر الأهلية شرطاً لصحة عقد الزواج في نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، إلاّ أنّه وبخلاف باقي الشروط الأخرى، نجده لم ينص صراحة عن الآثار التي يمكن أن تترتب عن الزواج الذي انتفت فيه أهليّة أحد الطرفين أو لكليهما معاً، أو بدون إذن القاضي.

وقد تضاربت آراء الفقه الجزائري حول هذا الفراغ التشريعي، حيث يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنّه ما دام قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم 63-224، ولم يتضمن مؤيّدات جديدة فإنه يبقى قابلاً للتطبيق<sup>3</sup>، وأنا أخالف رأي الأستاذ على أساس نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص على: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه

1- ربما يسأل سائل لماذا لا يفسخ عقد الزواج، بما أنّ المشرع الجزائري أوجب ذلك ؟ فنقول أنه رغم التنصيص على إلزاميتها فإنها ليست شرطاً من الشروط الصّحة المقررة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري؛ كما يمكن أن يسأل هل يبطل عقد الزواج أم لا ؟ فالعقد يبطل ولماذا؟ نقول أن القانون ألزم على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، وهذا ما جاء في المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، أي أن المشرع نص على وجوب تقديم تلك الوثيقة الطبية، ضف إلى الفقرة الثانية من نص المادة 46 من الأمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، معدل ومتمم، والمتعلق بالحالة المدنية والتي تنص على أنه: "كما يجوز أيضا إبطال العقد عندما يكون محرراً بصورة غير قانونية ولو كانت بياناته صحيحة"؛ ولكن يتوقف هذا الإبطال على أساس إلزام أطراف عقد الزواج من طرف النيابة العامة والتي تعد طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة بإحضار أو استكمال هذه الوثيقة؛ ومن هنا فإذا امتنعوا عن إحضارها(الوثيقة الطبية)، فهنا يبطل الزواج؛ وأما إذا حضروها فهنا يتوقف البطلان على أساس الوثيقة الطبية : إذا انكشفت في الوثيقة الطبية عن أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج فالعقد يبطل؛ وأما إذا غلبت عليه السلامة (لا هنالك للأمراض أو العوامل التي تشكل خطراً يتعارض مع الزواج) فالعقد لا يبطل، ولكن يجب هنا الحكم بالغرامة المالية المعتبرة، حتى يكون للقانون فعالية؛ وكل هذا لحماية المجتمع وتكوين مجتمع سليم.

2- أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2010، ص.74.

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.28.

إلى أحكام الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>، وهناك رأي آخر قال به الأستاذ محمد محمّدة، مفاده أنّ المشرع الجزائري قام بتحديد سنّ الزواج ولكنّه لم يعط لذلك التحديد القيمة القانونية اللاّزمة له، قد لا يجدي نفعا عند البعض، وخاصة عند علمهم بما تسمح به المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري<sup>2</sup>، من إمكانية تسجيل العقد بحكم أمام القضاء في حالة الزواج<sup>3</sup>؛ وعليه فإن مخالفة هذا الشرط القانوني(شرط الصحة) فإن الزواج يرتب جميع آثاره الشرعية قبل الدخول وبعده، لأنّه كما بيّنا سابقا من أنه ليس في الشريعة الإسلامية تحديد لسن معينة للزواج؛ ولكن هذا يبقى قانونا.

وأقترح للمشرع الجزائري أن يأتي بنصوص صريحة تبيّن الحكم الواجب تطبيقه في حالة انتفاء سن الزواج المقرر في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: شرط الصداق في عقد الزواج

لقد اعتبر جمهور الفقه الإسلامي وكذا مختلف التشريعات العربية أنّ الصداق ليس ركنا، ولا شرطا في عقد الزواج، وإنّما هو أثر من آثاره بعد تمامه، باستثناء المذهب المالكي الذي اعتبره شرط لصحته<sup>5</sup>.

في حين أنّ المشرع الجزائري اعتبره في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري شرطا من شروط عقد الزواج، ونجد أنّه تناول موضوعه علاوة على المادة المذكورة أعلاه في المواد 14 و15 و16 و17 منه؛ وعلى هذا يكون المشرع الجزائري تناول موضوع الصداق وأثر تخلفه وفق ما هو مقرر في الفقه الإسلامي.

1- قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

2- تنص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري المعدلت بالأمر رقم: 05-02، المرجع السابق: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي؛ يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

3- محمد محمّدة، المرجع السابق، ص.135.

4- قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

5- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.137.

الصداق في اللّغة: دفع مال المشهر بالرغبة في الزواج، أو هو مهر الزوجة، وجمعه أصدقة وصدق<sup>1</sup>، أما اصطلاحاً: تعددت التعارف الفقهيّة، وكلها تدور حول معنى واحد، ونأخذ تعريف المالكية من بينهم ؛ والذي قال بأنه: "ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها"<sup>2</sup>.

عرّف المشرع الجزائري الصداق في المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً. وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء."<sup>3</sup>، و كما عرّفه أيضاً المشرع المغربي في نص المادة 26 من مدونة الأسرة المغربية<sup>4</sup>.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في الآثار المترتبة عن تخلف الصداق في عقد الزواج تبعاً لاختلافهم حول تكييفه وتحديد طبيعته بالنسبة للعقد: حيث يرى جمهور الفقهاء أنّ العقد صحيح ولو تمّ الزواج بدون مهر، أو تمّ اشتراط عدم المهر، بل يصحّ حتى وإن تمّت تسمية شيء لا يصلح كمهر<sup>5</sup>، وذلك لأنّ الصداق أثر من آثار عقد الزواج، وبالتالي لا تأثير لتخلفه حتى يكون صحيحاً<sup>6</sup>، في حين يعتبر المالكية الصداق ركناً من أركان عقد الزواج، مما استدلوا به من عموميّات النصوص الموجبة له، وعلى هذا الأساس رتبوا قولهم بفسخ الزواج وعدم صحته في حالة تخلف المهر، بعدم تسميته أو بالاتفاق على إسقاطه في العقد<sup>7</sup>.

1- المعجم الوسيط، ص.510.

2- الدردير، الشرح الصغير-ومعهاشية الصاوي-، مطبعة الحلبي، مصر، 1952، ص.409.

3- قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

4- تنص المادة 26 من مدونة الأسرة المغربية على أن: "الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعاراً بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية، وليس قيمته المادية".

5- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المجلد الثاني، أحكام عقد الزواج بين آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مطبعة سامي، مصر، د.س.ن، ص.224.

6- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص.ص.168-170.

7- أحمد خليفة العقيلي، المرجع السابق، ص.71.

وأمام هذا الاختلاف الفقهي، نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من نص المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>، والمشرع المغربي في نص المادة 32 من مدونة الأسرة المغربية<sup>2</sup> على حكم تخلف شرط الصداق في عقد الزواج، والتي يمكن تقسيمها إلى حالتين:

الحالة الأولى: حسب قانون الأسرة الجزائري وفي حالة ما تخلف شرط الصداق وتم معرفة ذلك قبل الدخول، فإنه يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق، وهو ما جسده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 9 مارس 1987، والذي جاء فيه: أنه من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي زوجها قبل الدخول بها ولم يكن قد وقع حكم بفسخ العقد أو بالطلاق<sup>3</sup>، كما جاء في القرار المؤرخ في 24 سبتمبر 1986 أنه: من المقرر قانونا أنه تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول؛ ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن الزوجة طلقت قبل البناء، فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الطلاق المحكوم به فسخا والحكم على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع أنها تستحق نصفه خالفوا أحكام المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري، مما يستوجب نقض القرار فيه<sup>4</sup>.

فيفهم من قانون الأسرة الجزائري أنه إذا تم الزواج بدون صداق، ولم يتم الدخول فإن عقد الزواج يفسخ، معناه انعدام الصداق قبل الدخول يفسخ عقد الزواج، أي الصداق يؤدي إلى فسخ عقد الزواج.

أما ما يفهم من مدونة الأسرة المغربية بأنه إذا وقع فسخ عقد الزواج فإن الزوجة لا تستحق الصداق؛ معناه يفسخ عقد الزواج قبل الدخول يسقط الصداق، أي الصداق لا يوقع فسخ الزواج،

1- تنص الفقرة الثانية من نص المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري المعدلت بالأمر رقم 02-05 على أنه: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

2- تنص المادة 32 من مدونة المغربية على أنه: "تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله".

3- ملف رقم: 45301، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1992، انظر نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ص.35.

4- ملف رقم: 143725، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص.269.

وهذا أمر آخر ويجب على المشرع المغربي أن يعيد النظر في نص المادة 32 من مدونة الأسرة، وبيّن أثر انعدام الصداق قبل الدخول<sup>1</sup>.

الحالة الثانية: فحسب قانون الأسرة الجزائري إذا تخلف شرط الصداق ولم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول، فإن الزواج يثبت بصداق المثل، وتترتب عليه آثار العقد الصحيح، وهذا ما جسده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 17 نوفمبر 1998 والذي جاء فيه: إنَّ عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج العرفي، ماعدا الصداق بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه، فإنَّهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج<sup>2</sup>.

أمّا مدونة الأسرة المغربية فنصت على أنه تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء، من هنا لم تشير إلى قيمة أو مقدار المهر الذي تستحقه ضف إلى ذلك أنه لم تذكر حكم الزواج، خلافا للمشرع الجزائري الذي ينص على أنه يثبت الزواج بالدخول وبصداق المثل.

و على كل هذا و بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري، نقول أن المشرع الجزائري قد رتبَّ على تخلف الصداق فسخ العقد إذا لم يتم الدخول، وأما إذا تمَّ الدخول فإنه يثبت بمهر المثل؛ وهذا لكون أن الصداق شرط من شروط صحة عقد الزواج؛ عكس المشرع المغربي الذي امتنع على ما يرتبه تخلف الصداق.

### الفرع الثالث: شرط الولي في عقد الزواج

إنَّ من شروط صحة عقد الزواج ألا يكون كل من العاقدين أو أحدهما فضوليا، فلا ينعقد هذا العقد إلا إذا كان في عاقده ولاية إنشائه، إما بالأصالة عن نفسه، أو نائبا عن غيره بنيابة الشرع، وهي التي يطلق عليها في الفقه الإسلامي الولاية<sup>3</sup>

1- مدونة الأسرة المغربية.

2- ملف رقم: 210422، المجلة القضائية، عدد خاص، 2000، ص.53.

3- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن، ص.135.

للولاية في عقد الزواج أهمية كبيرة، لكثرة الأحكام المترتبة عليها، فقد شهدت مسألة الولاية في تزويج المرأة نقاشاً حاداً وطويلاً بين مختلف المعنيين بالموضوع من رجال الشريعة الإسلامية والقانون وبالأخص الرأي العام بمختلف توجهاته<sup>1</sup>

والولاية بوجه عام في اللغة تعني: المحبة والنصرة، ومنه قوله تعالى: "ومن يتولّ الله ورسوله واذين آمنوا فإن حزب الله هم الغالبون"<sup>2</sup> ، وأمّا اصطلاحاً فهي: سلطة شرعية تمكن الشخص من القدرة على إنشاء العقود والتصرفات صحيحة نافذة، سواء أكان ينشئها لنفسه أم لغيره<sup>3</sup>.

وقد تتنوع الولاية إلى عدة أنواع باعتبارات مختلفة، فقد تكون ولاية عامة (كولاية القاضي)، أو خاصة (كولاية الأب والجد)، وقد تكون ولاية قاصر (ولاية الشخص على نفسه وماله)، أو متعدية (التي تخوّل للشخص التصرف في شؤون غيره)<sup>4</sup> ؛ كما تتنوع إلى ولاية المال (وهي القدرة على مباشرة التصرفات المالية، حيث يصبح التصرف نافذاً)، أو الولاية على النفس (والتي تتمثل في أمرين، الأول: في التربية والحفظ أي شؤون الرضاع والحضانة، والثاني: في التزويج)، وقد تكون ولاية على النفس والمال معاً<sup>5</sup>.

وما يهمنا في موضوعنا هي الولاية على النفس المتعلقة بزواج المرأة؛ ونجد أن الفقه الإسلامي عرّف الولي أنه القريب الذي ولّاه الله تزويج من لا يستطيع عقد زواجه بنفسه كالمراة

1- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.174.

2- سورة المائدة، الآية 56.

3- رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلام والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص.303.

4- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص.ص.125-126.

5- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.157.

والصغير والمجنون<sup>1</sup>، أو هو من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب، أو إيصاء أو كفالة، أو سلطنة<sup>2</sup>.

ونجد أن الفقهاء اتفقوا على بعض شروط الولي وهي أن يكون بالغاً عاقلاً ويتحد الدين بينه وبين المولى عليه ولكنهم اختلفوا في العدالة، وتعني العدالة استقامة الدين وسلامة الخلق بأداء الفرائض واجتتاب الكبائر ونجدها شرط عند الجمهور، وقد خالفهم الحنفية في أن ولاية الفاسق صحيحة لأن سبب الولاية هو القرابة وليس العدل.

وكما اختلفوا في الذكورة أي أن الجمهور اشترطوا أن يكون الولي ذكراً، في حين يرى الحنفية أن الذكورة ليست شرطاً في ثبوت الولاية وللمرأة العاقلة البالغة ولاية التزويج<sup>3</sup>.

ولقد رتب جمهور الفقهاء على تخلف الولي عدم صحة العقد، وبالتالي يكون العقد باطلاً وفاسداً<sup>4</sup>، أما الحنفية فيرون بأنه إذا زوجت الحرة البالغة العاقلة نفسها بدون إذن وليها سواء كانت ثيباً أو بكرًا فزواجها صحيح ونافذ ولازم متى تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل، ولا عبرة لرضا أو عدم رضا الولي<sup>5</sup>.

أصبح الولي شرط صحة عقد الزواج وفقاً لنص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري<sup>6</sup>، سواء كانت راشدة أم غير ذلك، مع إضفاء حرية المرأة في اختياره وفقاً للمذهب

1- إسماعيل أمين نواهضة وأحمد محمد الموني، الأحوال الشخصية، فقه النكاح، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2010، ص.92.

2- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص.124.

3- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.192.

4- تنص المادة 12 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: -أهلية الزوج والزوجة ؛ 2-عدم الاتفاق على إسقاط الصداق ؛ 3- ولي الزواج عند الاقتضاء ؛ 4- سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه ؛ 5- انتفاء الموانع الشرعية".

5- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص.130-131.

6 - قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

الحنفي؛ وهذا مالا نجده في المادة 13 من مدونة الأسرة المغربية والتي اعتبرته شرطا في حالة الاقتضاء أي وجوبه<sup>1</sup>.

وبمفهوم آخر نصت في المادة 25 منها<sup>2</sup> أن الراشدة تعقد زواجها بنفسها، ومنه حسب المادة 61 منها يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده<sup>3</sup>، إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه وهذا جاء عكس لقانون الأسرة الجزائري و الذي نصّ في الفقرة الثانية من المادة 33 على أثر تخلف الولي في عقد الزواج<sup>4</sup> والذي يمكن تقسيمه إلى حالتين:

الحالة الأولى: في حالة ما تخلف شرط الولي وتم معرفة ذلك قبل الدخول، فإن العقد يفسخ ولا تستحق الزوجة الصداق.

الحالة الثانية: إذا تخلف شرط الولي ولم تم معرفة ذلك إلا بعد الدخول، فهنا الزواج يثبت بصداق المثل، ويرتب آثار العقد الصحيح، وهو بذلك يوافق ما ذهب إليه الأحناف في ترتيب أثر تخلف الولي في عقد الزواج قبل الدخول وبعده.

### الفرع الرابع: شرط الإشهاد (الشاهدان) في عقد الزواج

يكتسي شرط الإشهاد في عقد الزواج أهمية بالغة في ضمان شرعية عقد الزواج وإثباته عند إنكاره أو جحوده من أحد الزوجين، ويعرف الإشهاد أنه إخبار صادق لإثبات حق بلفظ الشهادة، وصدق الخبر وهو مطابقته للواقع، وبه يخرج الإخبار الكاذب<sup>5</sup>، وهو في عقد الزواج أن يحضر حال إجرائه عدد معين من الأشخاص للتأكيد على حصوله<sup>6</sup>، وبحيث تعود الحكمة من اشتراط الشهادة في عقد الزواج دون غيره من العقود الأخرى لما له من أهمية خاصة، نظرا للآثار

1- تنص المادة 12 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: -أهلية الزوج والزوجة ؛ -2 عدم الاتفاق على إسقاط الصداق ؛ -3 ولي الزواج عند الاقتضاء ؛ -4 سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه ؛ -5 انتفاء الموانع الشرعية".

2- تنص المادة 25 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها."

3- تنص المادة 61 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده، وذلك في الحالات الآتية...-إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه...".

4- قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

5- أحمد الشامي، المرجع السابق، ص.351.

6- حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص.173.

التي تترتب عنه بالنسبة للزوجين والأولاد وحماية الأعراض والأنساب، فكان لزاما أن يحاط هذا العقد بالإجلال والقدسيّة مما يحق له التأكيد، والبعد عن التلاعب والأهواء<sup>1</sup>، وذلك بالتفرقة ما بين الحلال والحرام، والتمييز الواضح بين النكاح وغيره من العلاقات غير الشرعية بين الرجل والمرأة، لهذا شرع ضرب الدفوف وإقامة الولائم للإعلان عن الزواج<sup>2</sup>.

ومن شروط الإشهاد ما هو محل اتفاق بين الفقهاء، ومنها ما هو محل خلاف بينهم، والمتفق عليه هو: العقل والبلوغ، والإسلام، والتعدّد، وأن يسمع الشاهدان صيغة العقد في وقت واحد مع فهم المقصود منها؛ وأما المختلف فيها هو عدالة الشهود، والذكورة؛ بحيث أن عدالة الشهود اتفق الجمهور عليها<sup>3</sup>، واختلف الحنفية مع الجمهور في أن العدالة لا تشترط، وأن الزواج ينعقد بشهادة الفاسقين<sup>4</sup>، وبالنسبة للذكورة فقد ذهب كل من الشافعية والحنابلة إلى أن الإشهاد على عقد الزواج يتعين أن يكون بشهادة رجلين فأكثر، ولا يصح بشهادة النساء<sup>5</sup>، في حين يرى الحنفية أنه تجوز شهادة رجل وامرأتين في عقد الزواج، كالشهادة في الأموال<sup>6</sup>.

لم يتعرض المشرع الجزائري لتحديد الشروط المتعلقة بالشهود في مواد خاصة، ولكن باستقراء نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري<sup>7</sup> و المادة 33 من قانون الأحوال المدنية<sup>8</sup>، ويمكن إجمالها في الأهلية، والتعدّد؛ وأمّا المشرع المغربي فنص على العدلين في نص المادة 13 بدلا من الشاهدين<sup>9</sup>.

اعتبر جمهور الفقهاء الإشهاد في الزواج شرط صحة، والمشهور في المذهب المالكي اعتباره شرط نفاذ، ومن ثم فإن أثر تخلف الإشهاد في الزواج وفقا لما عليه الجمهور يجعل العقد

1- حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص.138.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.52.

3- المرجع نفسه، ص.59.

4- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، نظام الأسرة، الحدود والجنابات، ط4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1983، ص.50.

5- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص.109.

6- إسماعيل أمين نواهضة وأحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص.176.

7- قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

8- أمر رقم: 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، والمتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم، ج ر العدد: 61، مؤرخة في 27 فيفري 1970.

9- مدونة الأسرة المغربية.

صحيحاً<sup>1</sup>، ويرتب المالكية على تخلف شرط الإشهاد في الزواج البطلان، ولا يقع البطلان إذا تخلف الإشهاد أثناء إبرام العقد، وإنما يقع إذا تخلف أثناء الدخول، وبالتالي يجب فسخ عقد الزواج بطلقة بائنة ولا حدّ على الزوجين<sup>2</sup>.

إنّ المشرّع المغربي لم يشر إلى آثار عقد الزواج بدون العدلين حيث نص في المادة 59 من مدونة الأسرة المغربية: "يكون الزواج فاسداً إذا اختلف فيه شرط من شروط صحته طبقاً للمادتين 60 و 61 بعده ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصح بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده"<sup>3</sup>.

وهذا خلافاً للمشرع الجزائري الذي نص في قانون الأسرة على أثر تخلف الإشهاد في عقد الزواج في الفقرة الثانية من نص المادة 33 منه<sup>4</sup>، والتي يمكن تقسيمها إلى حالتين:

الحالة الأولى: في حالة ما إذا تخلف شرط الإشهاد و تم معرفة ذلك قبل الدخول، فإن العقد يفسخ ولا تستحق الزوجة الصداق.

الحالة الثانية: إذا تخلف شرط الإشهاد ولم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول، فإن الزواج يثبت بصداق المثل، ويرتب انعقد آثاره.

### الفرع الخامس: شرط انعدام الموانع الشرعية في عقد الزواج

من المعلوم أنّ شرط انعدام الموانع الشرعية المقصود به على الدقة ألا تكون المرأة محرّمة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً، فلا تكون المرأة صالحة للزواج أو محلاً للعقد إلا إذا كانت خالية من الموانع الشرعية للزواج، وهذه الموانع إمّا أن تكون سبباً في حرمتها حرمة مؤبدة بحيث

1- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط7، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1987، ص.28.

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.53

3- و بحيث أن المشرع المغربي لم يشر في المواد 60 و 61 من مدونة الأسرة عن تبيان حكم الزواج بدون العدلين.

4- قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

لا تصلح محلا للعقد أصلا، وذلك لبقاء المانع واستمراره على الدوام<sup>1</sup>، وإما أن تكون الموانع سببا في حرمتها حرمة مؤقتة بحيث لو زالت أصبحت المرأة محلا صحيحا للعقد<sup>2</sup>.

كما يعتبر هذا من الثوابت الشرعية المشروطة في الشريعة الإسلامية في مجال الزواج، والتي لا تقبل التغيير أو الاجتهاد، وربما يسأل سائل ويقول لماذا؟

أقول أنها لا تقبل التغيير أو الاجتهاد، وهذا يعود لورود النصوص القطعية من الكتاب والسنة التي تفيد ذلك؛ ولما كان الأمر كذلك، فإن الحديث على هذا المانع يقتصر على ما جاء به قانون الأسرة الجزائري، ومدونة الأسرة المغربية في هذا الشأن، وذلك لمعرفة مدى موافقتهم لأحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة من عدمه.

ويقصد بموانع الزواج تلك المنصوص عليها في أحكام المواد من 23 إلى 32 من قانون الأسرة الجزائري<sup>3</sup>، وتقابلها المواد 35 إلى 39 من مدونة الأسرة المغربية<sup>4</sup>، وتتص المادة 35 منها على أنه: "موانع الزواج قسمان: مؤبدة ومؤقتة"<sup>5</sup>، حيث نجد أن قانون الأسرة أيضا ينص في المادة 23 منه على أنه: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة"<sup>6</sup>؛ وحددت المادة 24 من قانون الأسرة الجزائري الموانع المؤبدة، بنصها: موانع النكاح المؤبدة هي القرابة، المصاهرة، الرضاع<sup>7</sup>، وهذا ما انتهجه المشرع المغربي في المواد 36 و 37 و 38 ونصت على المحرمات بالقرابة<sup>8</sup> المادة 26 من قانون الأسرة الجزائري<sup>9</sup>.

1- المقصود بذلك المحرمات من النساء بالنسب والمصاهرة والرضاع.

2- المقصود بذلك المحرمات من النساء حرمة مؤقتة كالمحصنة ومعتدة الغير وغيرها مما هو مقرر في الشريعة الإسلامية ومنصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري، ومدونة الأسرة المغربية.

3- قانون رقم: 11-84، المرجع السابق

4- مدونة الأسرة المغربية.

5- المرجع السابق.

6- قانون رقم: 11-84، المرجع السابق.

7- المرجع السابق.

8- مدونة الأسرة المغربية.

9- قانون رقم: 11-84، المرجع السابق.

وتقابلها المادة 37 من مدونة الأسرة المغربية<sup>1</sup>، ونجد أنّ المادة 27 نصّت وبيّنت الأصناف المحرمة رضاعاً و التي جاءت مطابقة لما جاء في الحديث: " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"<sup>2</sup>.

والملاحظة هنا أنّ الفقرة الأولى من المادة 38 من مدونة الأسرة المغربية<sup>3</sup> أضافت علاوة على ما جاء في المادة 27 من قانون الأسرة الجزائري<sup>4</sup>، عبارة: "المصاهرة".

وكما جعل المشرع الجزائري شرط التحريم بالرضاع لا يقع إلاّ على الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته واعتبره ولداً للمرضعة وزوجها وأخا لأولادها وفقاً لنص المادة 28 من قانون الأسرة الجزائري<sup>5</sup>؛ وهذا ما نجده صراحة في مدونة الأسرة المغربية في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 38 منها ونستنتج الشروط التي يجب أن تتوافر في الرضاع حتى يحرم الزواج به<sup>6</sup>، وهذا ما يستنتج أيضاً في المادة 29 من قانون الأسرة الجزائري<sup>7</sup> وهي:

1/ يجب أن تكون المرضعة امرأة

2/ يجب أن يكون الرضاع في مدة الحولين أو قبل الفطام

3/ لا يؤخذ بعين الاعتبار كمية اللبن سواء كانت قليلاً أم كثيراً؛ ومنه يمكن القول أن

المشرع الجزائري، والمغربي قد اعتمدا في المقدار المحرم من الرضاع مذهب الحنفية والمالكية.

كما حدّدت المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري الموانع المؤقتة<sup>8</sup>، وهذا ما جاء في المادة

39 من مدونة الأسرة المغربية<sup>9</sup>، كما أنّ العبارة الأخيرة من المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري<sup>10</sup>

1- مدونة الأسرة المغربية.

2- البخاري، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب و الرضاع، حديث رقم: 2645، الجامع الصحيح، ص. 249.

3- مدونة الأسرة المغربية.

4- قانون رقم: 11-84، المرجع السابق.

5- المرجع السابق.

6- مدونة الأسرة المغربية.

7- قانون رقم: 11-84، المرجع السابق.

8- المرجع السابق.

9- مدونة الأسرة المغربية.

10- قانون رقم: 11-84، المرجع السابق.

جاءت موافقة أيضا لما هو مقرّر شرعا في النهي عن زواج المسلمة بغير المسلم نهي تحريم، وهذا يعني أنّ أيّ عقد زواج أبرم بين أية امرأة جزائرية مسلمة، وأي رجل غير مسلم يعتبر عقدا باطلا بطلانا مطلقا، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح<sup>1</sup>.

ومن هنا أقول أن المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية الذين حرّموا زواج المسلمة بغير المسلم مهما كانت ديانته مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَا أُمَّةً مُّؤْمِنَةً حَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ.﴾<sup>2</sup>، وهذا ما نجده عند المشرع المغربي أيضا.

ونجد أنّ المشرع المغربي نصّ في المادة 57 من مدونة الأسرة<sup>3</sup>، على بطلان الزواج إذا وجد بين الزوجين أحد الموانع المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39.

كما نص المشرع الجزائري على الآثار التي تترتب على الزواج بإحدى المحرمات في المادتين 32 و 34 من قانون الأسرة الجزائري<sup>4</sup> ومنه نقول أن هناك حالتان:

الحالة الأولى: حالة علم الزوجين أو أحدهما بأن زواجهما محرّم باطل (سوء النية)، ومن هذه الزاوية نصّ المشرع الجزائري في المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"<sup>5</sup>، ضف إلى ذلك أنّ الفقه الإسلامي أثار إلى أنه إذا كان الزوجان سيئ النية، فإن الحدّ يطبّق عليهما<sup>6</sup>.

1- إذا وقع إبرام عقد الزواج المسلمة بغير المسلم أمام موثق أو ضابط الحالة المدنية، وتم تسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية، فإنه مع ذلك يبقى عقدا باطلا، ولا يمكن أن يحتج به لا من الزوجين ولا من غيرهما، وليست له أي قيمة قانونية أو شرعية، ويمكن لممثل النيابة العامة ولكل ذي مصلحة من الزوجين أو غيرهما أن يطلب الحكم بإعلان بطلانه، وكذا لو حرر في بلد أجنبي وسجل في سجلات أجنبية فإنه لا يحتج به أمام القضاء الجزائري، ويكون مصيره البطلان المطلق، انظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.ص. 34-35.

2- سورة البقرة، الآية 221.

3- مدونة الأسرة المغربية.

4- قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

5- المرجع السابق.

6- - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 261.

الحالة الثانية: حالة عدم علم الزوجين و/أو أحدهما بأن زواجهما محرم (حسن النية)، ولحسن نية الزوجية القائمة فقد نص المشرع الجزائري في المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء."<sup>1</sup> بحيث نستنتج أنّ الزواج بإحدى المحرمات بدون علم التحريم فإنه يفسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بعكس المذهب الحنفي الذي يبطل عقد الزواج إذا كانت الحرمة أصلية (ثابتة بنص قطعي)، ويفسخ العقد إذا كانت الحرمة فرعية (ثابتة بنص ظني)، ضف إلى ثبوت النسب ووجوب الاستبراء.

<sup>1</sup>- قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

الفصل الثاني  
أساس التمييز بين  
البطلان والفسخ  
وآثارهما وصورهما  
في عقد الزواج

يعتبر عقد الزواج ذو أهمية فقد أولاه الفقهاء المسلمين بمختلف مذاهبهم عناية خاصة واضعين للعقد الذي تنشأ به الأسرة أركاناً وشروطاً تتفق وطبيعته، منها ما اتفقوا عليه وأخرى اختلفوا فيها، والعقد الصحيح هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه وكما يمكن أن لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بصفه، كما يكون أيضاً مشروعاً بأصله وغير مشروع بوصفه.

وتختلف أوصاف العقد وآثاره وبالتالي هناك ضرورة البحث عن أساس التمييز بين البطلان والفسخ في القسم الأول، وأثارهما في القسم الثاني.

## المبحث الأول: أساس التمييز بين البطلان والفسخ

فيما سبق بينت أنّ العقد الصحيح هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه وأنّ العقد الباطل عند الحنفية هو ما لم يكن مشروعاً بأصله ووصفه، أمّا العقد الفاسد عندهم فهو ما كان مشروعاً بأصله وغير مشروع بوصفه؛ وبهذا نرى أن الصحة والبطلان والفسخ تتبع المشروعية وعدمها، وعدم المشروعية مبناه نهى الشارع؛ ولقد رأينا أن جمهور الفقه الإسلامي لم يفرقوا بين نهى ينصب على ذات الشيء أو وصفه اللازم، بينما فرّق الحنفية بين البطلان والفسخ؛ فإذا كان النهى منصبا على ذات الشيء أنتج البطلان، أمّا إذا كان منصبا على وصفه اللازم أنتج الفسخ لا البطلان، وبهذا نجد أنّ النهى هو أساس البطلان والفسخ، وعليه فإننا نخصص هذا المبحث لبيان أساس التمييز بين البطلان والفسخ؛ ونتناول النهى وما يتعلق بأقسامه كأساس للترقية في المطلب الأول، وأثر النهى على التصرفات في المطلب الثاني.

## المطلب الأول: النهى وما يتعلق بأقسامه كأساس للترقية

أقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لبيان تعريف النهى وما يتعلق بأقسامه، وفي الفرع الثاني ندرس النهى كأساس للترقية بين بطلان العقد وفسخه

## الفرع الأول: تعريف النهى وتقسيماته

أقسم هذا الفرع إلى تعريف النهى لكي تتضح الفكرة أكثر وإلى تقسيماته

## أولاً: تعريف النهي

## 1/ تعريف النهي لغة

النهي لغة: ضدّ الأمر ويقال نهاه عن كذا ينهاه نهياً وانتهى عنه وتناهى أي كفّ<sup>1</sup>، ويقال: نهاه عن كذا أي منعه عنه ومنه سمي العقل نهية لأنه ينهى صاحبه عن الوقوع فيما يخالف الصواب ويمنعه عنه<sup>2</sup>.

## 2/ تعريف النهي اصطلاحاً:

عند أهل الأصول النهي هو استدعاء ترك الفعل بالقول فيمن هو دونه وقيل وهو قول القائل لغيره لا تفعل على جهة الاستعلاء<sup>3</sup>.

يقال هو اللفظ الذي يدلّ على طلب الكف عن الفعل طلباً جازماً على جهة الاستعلاء<sup>4</sup>، فالمطلوب بالنهي فعل مخصوص وهو الكف عن فعل آخر من حيث إنه كفّ عنه لا من حيث أنه عدم فعل<sup>5</sup>.

ونرى أن القاسم المشترك في جميع التعريفات المذكورة، هو دلالة النهي على الكفّ.

## ثانياً: تقسيمات النهي

النهي ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

1- أبو بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، 1967، ص.683.  
 2- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الفكر، ب.س.ن، ب.م.ن، ص.109.  
 3- علاء الدين عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام للبزدوي، ج1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1974، ص.256.  
 4- إبراهيم محمد سقليني، الميسر في أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، ط2، سوريا، 1996، ص.342.  
 5- محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، د.س.ن، ص.389.

**1/ ما يرجع إلى ذات المنهى عنه أو القبيح لعينه**

ويشمل المنهى عنه لقبحه عقلاً<sup>6</sup>، أو النهي عن الأفعال الحسية وهي التي تعرف حساً ولا يتوقف حصولها وتحققها على الشرع<sup>7</sup>، وذلك كالكفر والكذب والسرقة والقتل والزنا وشرب الخمر، فهذه التصرفات كلها تعرف حسياً ولا يتوقف معرفتها على الشرع فمثلاً البيع والصلاة والصيام وكثير من المعاملات والعبادات التي يتوقف معرفة أحكامها وشروطها وبيان أركانها وضوابطها على الشارع.

ومن أمثلة النهي عن ذات المنهى عنه كبيع المضامين والملاقيح<sup>8</sup>، والنهي عن بيع حبل الحبل<sup>9</sup>، والنهي عن البيع الأول راجع إلى ذات المبيع إذ لا يعتبر مالا حتى يكون محلاً للعقد والذي يعتبر ركناً من الأركان الأساسية، أنّ النهي عن حبل الحبل يرجع إلى الجهالة الفاحشة في موعد دفع الثمن ويعتبر كبيع المعدوم وجاء في البدائع للكاساني: "لا ينعقد بيع المعدوم، وحالة خطر العدم، كبيع النتاج بأن قلت بعت ولد هذه الناقة"<sup>10</sup>، وأيضا النهي عن بيع الخمر والميتة والدم والخنزير، والنهي عن المحاقلة والمزابنة، لأنّ البيع لم يوضع في اللّغة لمعنى هو قبيح عقلاً، وإثماً القبح فيه لأجل أن الشرع فسر البيع بمبادلة المال بالمال والدم ليس بمال عنده<sup>11</sup>.

**2/ النهي عن التصرف لوصف ملازم للمنهى عنه أو لوصف لا ينفك عنه**

وهذا يحدث عندما يكون النهي من أجل وصف ملازم لعمل المنهى عنه ولا يمكن لذلك الوصف أن ينفك عن الأصل، والقبيح لوصف ملازم له جهتان، جهة طاعة وجهة معصية،

<sup>6</sup>- تحسين بيرقدار، الأنكحة المنهى عنها في الشريعة الإسلامية، دار ابن حجر، دمشق، 2007، ص.123.

<sup>7</sup>- علاء الدين عبد العزيز البخاري، المرجع السابق، ص.257.

<sup>8</sup>- المضامين: ما هو في أصلاب الإبل والملاقيح: ما في بطونها.

<sup>9</sup>- كان بيع بيتاعه أهل الجاهلية إذ كان الرجل يبتاع الجوز إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها، أنظر: فضيلة الشيخ حسن أيوب، فقه المعاملات المالية في الإسلام، دار السلام، القاهرة، 2003، ص.25، وجاء عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "نهى عن المزابنة والمحاقلة، والمزابنة: إشتراء الثمر بالتمر في رؤوس النخل، والمحاقلة: كراء الأرض بالحنطة، رواية يحيى بن يحيى الليثي، موطء الإمام مالك، كتاب البيوع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ص.423.

<sup>10</sup>- علاء الدين الكاساني، المصدر السابق، ص.92.

<sup>11</sup>- أبو بكرات عبد الله النسفي، كشف الأسرار شرح المنصف على المنار، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن، ص.141.

فالنكاح في أصله طاعة، لكنّه لما كان جمعا بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها، وكان ذلك يؤدي إلى الخصومة بين الأقارب، وبالتالي إلى قطعية الرّحم، فقد حرّمه الشارع الحكيم لهذا الوصف الملازم<sup>12</sup>.

وجاء في الفروق للقرافي: "أنّ أركان العقد أربعة عوضان وعاقدان فمتى وجدت الأربعة من حيث الجملة سالمة عن النهي فقد وجدت الماهية المعتبرة شرعا سالمة عن النهي؛ فيكون النهي إنّما يتعلق بأمر خارج عنها ومتى اختل واحد من الأربعة، فقد عدت الماهية، لأن الماهية المركبة لما تعدم لعدم كل أجزائها تعدم لعدم بعض أجزائها فإذا باع سفيه خمرا بخنزير فجميع الأركان معدومة، فالماهية معدومة، والنهي والفساد في نفس الماهية، وإذا باع رشاد لراشد ثوبا بالخنزير، فإنه فقد ركنا من الأركان الأربعة، وهو إحدى العوضين، فتكون الماهية معدومة شرعا ولا فرق في ذلك بين واحد من الأربعة أو اثنين أو أكثر فإذا باع راشد لراشد فضة بفضة، فالأركان موجودة سالمة عن النهي الشرعي فإذا كانت إحدى الفضتين أكثر فالكثرة وصف لأحد العوضين، فالوصف متعلق بالنهي دون الماهية، فهذا التحريم كون النهي في الماهية أو في خارج عنها"<sup>13</sup>.

### 3/ النهي لوصف مجاور له غير لازم

النهي هنا لأمر خارجي، ليس شرطا في العقد وغير لازم له<sup>14</sup> وذلك كالنهي عن البيع عند صلاة الجمعة لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾<sup>15</sup>؛ فالنهي عن البيع وقت صلاة الجمعة ليس لذات العقد ولا لوصف لازم له ولكنه لأمر يصاحبه وهو أن الاشتغال به قد يؤدي إلى ترك إجابة النداء وهذا ليس بلازم له<sup>16</sup>، وفي العبادات كالنهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة أو في ثوب مغصوب فالنهي

<sup>12</sup> - تحسين بير قدار، المرجع السابق، ص.124.

<sup>13</sup> - شهاب الدين أبي عباس القرافي، الفروق، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، مكة المكرمة، 1344 هجري المصدر، ص.83.

<sup>14</sup> - المراد بالوصف غير اللازم هو أن الوصف قد ينفك عن هذا التصرف بحيث كما قد يتحقق معه قد يوجد مع تصرف آخر، فإلحاق الضرر بالخطيب الأول من الخطيب الثاني بالخطبة على خطبته كما يكون عن هذه الطريقة يمكن أن يتحقق بطريقة أخرى، أنظر: مصطفى الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، المرجع السابق، ص.313

<sup>15</sup> - سورة الجمعة، الآية 9.

<sup>16</sup> - محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار القلو، دمشق، 1993، ص.107.

في كل منها لا يرجع إلى ذات الصلاة كونها عبادة، وإنما إلى وصف خارجي وهو المكان المغصوب والثوب المغصوب، والذي يفيد استعمال ملك الغير بدون وجه الحق وقد يحصل هذا بطريقة أخرى، فالنهي متعلق بالصلاة من جهة اللفظ وبالغصب من جهة المعنى<sup>17</sup>.

### الفرع الثاني: النهي كأساس للفرقة بين البطلان والفسخ في العقد

أساس اختلاف الفقه الإسلامي في هذه المسألة يتمحور حول أمرين أولهما: هل نهى الشارع عن تصرف بسبب يرجع إلى أصل العقد وذاته، أم يستوي مع النهي عن التصرف لوصف مجاور لازم أو غير لازم عنه؟

والأمر الثاني: هل نهى الشارع عن العقد يقتضي عدم وجود العقد من الأساس شرعا وإثم العاقد لعقده العقد وإقدامه عليه؟ وهذا ما نبينه بالتفصيل:

### أولاً: الاختلاف في أثر النهي الراجع إلى أصل العقد أو وصفه

نجد أنّ النهي إذا كان راجعاً إلى أصل العقد أو لوصف مقترن بالعقد، فعند جمهور الفقهاء لا يوجد فرق بين كل منهما، ولكن علّ القرافي قول أبو حنيفة بالفرق الذي يوجد بين النهي الوارد على الأصل والنهي عن الوصف بقوله: " أصل الماهية سالم عن الفسخ والنهي إنما لخارج عنها فلو قلنا بالفسخ مطلقاً لسوينا بين الماهية المتضمنة للفسخ وبين السالمة عن الفسخ ولو قلنا بالصحة مطلقاً، لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفاتها وبين المتضمنة للفسخ في صفاتها، وذلك غير جائز فإن التسوية بين مواطن الفسخ وبين السالمة عن الفسخ خلاف القواعد، فتعيين حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل والوصف بالوصف فنقول أصل الماهية سالمة عن النهي والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم في الصحة، حتى يرد النهي فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة ويثبت للوصف الذي هو الزيادة المتضمنة للفسخ الوصف العارض وهو النهي فيفسخ الوصف دون الأصل وهو المطلوب."<sup>18</sup>.

17- محمد عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج1، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن، ص.20.

18- شهاب الدين أبي عباس القرافي، المرجع السابق، ص.83.

وجاء في روضة الناظر لابن قدامة بأنه: " إذا كانت مخالفة العمل راجعا إلى وصفه مع سلامة حقيقته بوجود ركنه ومحله، فإنه يمكن أن تتحقق به مصلحة على وجه ما فيجب أن يترتب عليه أثره، ثم يتدارك إتمامه بإزالة ما أوجبه النقص فيه، غير أنه لما وقع على وجه غير مرض لاتصاله بما يجعله مخالفا لأمر الشارع، نقصت قيمته، ومن ثم كان من المناسب أن يسمى فسخا لا باطلا، لأن الفسخ في الأصل نقصان منفعة الشيء دون انعدامها أصالة".<sup>19</sup>

ويكون ذلك بأنه إذا كان الخلل قد وقع في ماهية العقد فلا يكون لهذا العقد وجود في نظر الشارع كما إذا تعلق النهي بالعاقدين وأهليتهما أو بمحل العقد، أي المعقود عليه وفي ذلك يتفقان مع جمهور الفقهاء وذلك ببطلان التصرف وعدم ترتب آثاره الشرعية عليه؛ ولكن إذا وجدت الماهية سالمة من الخلل ولكن الخلل اعترى الوصف المقترن بالعقد فعندئذ لا يجوز المساواة بين الحالتين والقول ببطلان التصرف في هذه الحالة أيضا وإنما من الأصلح القول بانعقاد العقد وبطلان الوصف مع بقاء حق الفسخ قائما.

والذين احتجوا وخالفوا الحنفية قالوا: إن اعتبرنا العقد موجودا في نظر الشارع مع وصف الفسخ، فإما أن لا نرتب عليه أحكاما قط، وإما أن نرتب عليه أحكام العقد كما اتفق العاقدان وإما أن نرتب أحكاما تتفق مع غرض الشارع من غير نظر إلى غرض العاقدين.<sup>20</sup>

وكل من الفرضيات الثلاث غير جائزة، وذلك لأنه يخلّ بالأساس الذي بني عليه العقد وهو الرضا فلو صححنا العقد في البعض لنقلنا ملك البائع بغير رضاه، ورسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه".<sup>21</sup> ، وهذا لم تطب نفسه إلا بما تعلق العقد به<sup>22</sup>، وفي هذه الحالة إذا قلنا بوجود فسخ العقد وانتهى بنا المطاف إلى إحدى الفرضيات الثلاثة المذكورة والذي لا يتفق مع الحقيقة الشرعية، كان الأفضل أن يدخل العقد ضمن نطاق بطلان العقد، وبذلك يكون هناك ما يسمى بفسخ العقد بنظر الفقهاء الذين يخالفون آراء الحنفية،

<sup>19</sup>- ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص.83.

<sup>20</sup>- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.374.

<sup>21</sup>- ابن حجر العسقلاني، المطالب العلية، كتاب البيوع، باب الغضب، د.ب.ن، د.س.ن، حديث. 1517.

<sup>22</sup>- شهاب الدين أبي عباس القرافي، المرجع السابق، ص.86.

ويقولون أيضا بأنّ الحنفية يفرّقون بين النهي عن الشيء لذاته ولجزئه ولوصف لازم ولوصف مجاور ويحكمون في البعض بالصحة وفي البعض الآخر بالفسخ في الأصل، أو في الوصف ولهم في ذلك فروق وتدقيقات لا تقوم بمثلها حجة، فالنهي عن الشيء لذاته أو لجزئه الذي لا يتم إلاّ به يقتضي فسخه في جميع الأحوال والأزمنة، والنهي عنه لوصف ملازم يقتضي فسخه، والنهي عنه لوصف مفارق أو لأمر خارج يقتضي النهي عنه عند إيقاعه متصفاً بذلك الوصف وعند إيقاعه في ذلك الأمر الخارج عنه لأنّ النهي عن إيقاعه مقيدا بهما يستلزم فسخه ما دام قيداً له<sup>23</sup>.

### ثانياً: دلالة النهي عن التصرفات

يرى جمهور الفقهاء بأنّ المنع من التصرف الشرعي يعتبر دلالة على انعدام هذا التصرف وعدم وجوده شرعاً وبطلانه سواء أكان سبب المنع يرجع إلى حصول الخلل في الماهية المتضمنة للأركان الأساسية للعقد أو التصرف، أو لوجود خلل في الوصف؛ وحجتهم في ذلك تكمن في أنّ نهي الشارع عن عقد من العقود معناه إثم على من يقمّ عليه، وعدم اعتباره شرعاً إن وقع فعلاً وحينئذ فلا يكون له أثر<sup>24</sup>، ولأنّ النهي لا يرد في الشارع على تصرف شرعي إلاّ لبيان إن كان ذلك التصرف قد خرج عن اعتباره وشرعيته وليس ذلك إلاّ حكماً من الشارع ببطلانه<sup>25</sup>؛ ويستدلون أيضاً بالحديث الشريف: " كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد، ومن أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد."<sup>26</sup>؛ والمنهى عنه مأمور بالاجتناب عنه فهو رد وما كان رداً أي مردوداً كان باطلاً<sup>27</sup>، ولا شك أنّ وقوع الأمر الذي حكم الشارع بمنعه لم يجيء على أمره وعلى مقتضى اعتباره من ورد ومعنى رده ألاّ يعترف له بوجوده وآثاره فهو باطل في نظره<sup>28</sup>.

ووجهة نظر فقهاء الحنفية في ذلك هو أن وجود التصرف الشرعي يتم بوجود أركانه سالمة من الخلل، فإذا كان النهي من الشارع قد ورد لأمر خارج عن الأركان، فلا يمنع ذلك وجود

<sup>23</sup> - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المصدر السابق، ص.112.

<sup>24</sup> - محمد يوسف موسى، المصدر السابق، ص.434.

<sup>25</sup> - محمد أبو زهرة، المصدر السابق، ص.370.

<sup>26</sup> - مسلم بن الحجاج ابن مسلم النيسابوري، صحيح مسلم، ط2، دار السلام، الرياض، 2000، ص.762.

<sup>27</sup> - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص.111.

<sup>28</sup> - المرجع نفسه، ص.111.

الأركان سالمة وعلى ذلك يعتبر التصرف موجودا بوجودها مع المنع، ولا مانع من الجمع بين النهي والوجود<sup>29</sup>، وتكون النتيجة بإثم من يقدم على التصرف المنهى عنه ويجب فسخ التصرف، وليس هناك أي تعارض بين اعتراف الشارع بوجود التصرف والحكم بمشروعيته والحكم بفسخ التصرف وترتب الآثار بموجب واقعة مادية أخرى مقترنة به، وليس بموجب تنفيذ التصرف.

ويردون على الشبهة الأخرى وذلك بقولهم أن المنهى عنه قبيح ومعصية فكيف يكون مشروعاً؟ قالوا: إن أردتم بالمشروع كونه مأموراً أو مباحاً أو مندوباً فذلك محال، ولسنا نقول به وإن عنيت كونه منصباً على علامة للملك أو الحال أو حكم من الأحكام ففيه وقع النزاع، فلما ادعيت استحالته ولم يستحل أن يحرم الاستيلاء وينصب سبباً للملك الجارية ويحرم الطلاق وينصب سبباً للفراق، بل لا يستحيل أن ينهى عن الصلاة في الدار المغصوبة وتتصب سبباً لبراءة الذمة، وسقوط الغرض<sup>30</sup>.

والاستدلال بالحديث الشريف: " كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد، ومن أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد."، قالوا معنى قول رد: أي غير مقبول طاعة وقربة ولا شك في أنّ المجرم لا يقع طاعة، أمّا أن لا يكون سبباً للحكم فلا، فإنّ الاستيلاء والطلاق وذبح شاة الغير ليس عليه أمرنا، ثم ليس برد بهذا المعنى<sup>31</sup>، ومن هذا المنطلق وجد فسخ العقد عند الحنفية إذا ورد نهي الشارع على وصف من التصرف دون أصله وكان مقتضاه بطلان هذا الوصف فقط<sup>32</sup> ويترتب على هذا العقد بعض من آثاره.

<sup>29</sup>- محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص.371.

<sup>30</sup>- أبو حامد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، دار الأرقم، بيروت، د.س.ن، ص.38.

<sup>31</sup>- المرجع السابق، ص.40.

<sup>32</sup>- محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار العلم، دمشق، 1993، ص.102.

## المطلب الثاني: أثر النهي على التصرفات

اختلف الفقهاء والأصوليون في هذه المسألة ويرجع الخلاف فيه لأرائهم وطروحاتهم إلى كون النهي يقتضي فساد المنهى عنه أم لا يقتضيه، إذ نسب إلى بعض الفقهاء وعلماء الأصول القول بأن النهي عن التصرف يدل على فسخه وبعض الآخر منهم لديهم رأي ويقولون بصحة التصرف على الرغم من النهي ونوضح ذلك فيما يأتي:

## الفرع الأول: النهي يقتضي فساد المنهى عنه

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى فساد المنهى عنه مطلقاً، سواء كان في العبادات أو في المعاملات، وسواء كان النهي لعين المنهى عنه أم لجزئه أم لوصفه اللازم أو غير اللازم له ما لم يعم الدليل على خلاف ذلك؛ وتزعم هذا الاتجاه الحنابلة الظاهرية وجمهور الزيدية<sup>33</sup>، وخاصة عند الحنابلة وذلك لأن النهي عن الأسباب المفسدة للأحكام يقتضي فسخها<sup>34</sup>، وذهبوا إلى القول بأن مقتضى النهي هو البطلان، لأنه ينافي مشروعية العمل المنهى عنه مطلقاً، دون تمييز بين النواحي التي يتعلق بها النهي<sup>35</sup>، وأيضاً النهي المطلق يقتضي فساد المنهى عنه سواء كان النهي لعينه كالكفر والظلم والكذب ونحوهما من المستقبح لذاته أم كان لوصفه اللازم كصوم يوم العيد، أم لمعنى في غيره كالبيع بعد نداء الجمعة، وهذا ما قال به الشوكاني إذ جاء في إرشاد الفحول: "بأن كل نهي من غير فرق بين العبادات والمعاملات يقتضي تحريم المنهى عنه وفسخه المردف للبطلان، اقتضاء شرعياً ولا يخرج عن ذلك إلا ما قام الدليل على عدم اقتضائه لذلك فيكون هذا الدليل قرينة صارفة له من ذلك إلا ما قام الدليل على عدم اقتضائه لذلك فيكون هذا الدليل قرينة صارفة له من معناه الحقيقي إلى معناه المجازي".<sup>36</sup>

<sup>33</sup>- مصطفى إبراهيم الزلمي، أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية، ج1، مطبعة شفيق، بغداد، 1986، ص.135.

<sup>34</sup>- موفق الدين ابن قدامي المقدسي، العمدة في الفقه الحنبلي، دار الكتاب العربي، بيروت، 2005، ص.129.

<sup>35</sup>- مصطفى أحمد الزرقا، المصدر السابق، ص.735.

<sup>36</sup>- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص.111.

ويذهب الظاهرية إلى القول: يقتضي النهي الفسخ سواء في العبادات أم في المعاملات<sup>37</sup>، وقولهم بأن النهي عن الشيء لوصف خارجي غير لازم يقتضي الفسخ، حيث لا تلازم بين فسخ هذا الخارج وفساد المنهى عنه، ما لم يتوقف وجود أحدهما على الآخر، ومن المعلوم أنه لا تعارض بين اجتماع الأمر والنهي إذا كان متعلق كل منهما عن الآخر اختلافاً غير مقترن بارتباط توقف أحدهما على الآخر من حيث التحقق<sup>38</sup>.

### الفرع الثاني: النهي لا يقتضي الفسخ

نسب إلى بعض الفقهاء وعلماء الأصول القول بأنّ النهي لا يقتضي الفسخ مطلقاً سواء كان المنهى عنه من العبادات أم في المعاملات، وسواء كان النهي لذات المنهى عنه، أم لجزئه، أم لغيره في وصفه اللازم أو المجاور<sup>39</sup>، فذهب المعتزلة وبعض متكلمي الحنفية والشافعية إلى أنّ النهي المطلق لا يقتضي البطلان، لا لغة ولا شرعاً ولا في المعاملات<sup>40</sup>، وقالوا: لأنّه لو دلّ على الفسخ لغة أو شرعاً لناقض التصريح بالصحة؛ واللازم باطل، أمّا الملازمة فظاهرة، وأمّا بطلان اللازم لأنّ الشارع لو قال نهيتك عن الربا نهى تحريم ولو فعلت لكان البيع المنهى عنه موجوباً للملك لصح من غير تناقض لا لغة ولا شرعاً<sup>41</sup>.

ويقتضي النهي الصحة لأنّ النهي يدلّ على التصرّف لكونه يراد للامتناع، والممتنع في نفسه المستحيل في ذاته لا يمكن الامتناع عنه فلا يتوجه إليه النهي كنهى الزمن عن القيام وإلا عمى عن البصر، وبناءه على ذلك أنّ الصحة لو كانت مفقودة لا امتنع النهي<sup>42</sup>، ولو دلّ النهي

<sup>37</sup>- وجاء فيها: من صلى بثوب نجس أو مغصوب وهو يعلم ذلك ويعلم أنه لا يجوز له ذلك الفعل، أو صلى في مكان نهى عن الإقامة فيه كمكان نجس أو مكان مغصوب، فكل هذا لا يتأدى فيه فرضاً فمن صلى كما ذكرنا لم يصل ومن توضأ كما ذكرنا فلم يتوضأ، وبالجملة فلا يتأدى عمل إلا كما أمر الله وكما أباح لا كما نهى عنه. انظر، أبي محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري، الأحكام في أصول الأحكام، ج3، دار الحديث، القاهرة، ص.307.

<sup>38</sup>- مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص.138.

<sup>39</sup>- المرجع السابق، ص.127.

<sup>40</sup>- محمود سعود المعيني، النهي وأثره في الفقه الإسلامي، منشورات مكتبة النمرود، الموصل، د.س.ن، ص.86.

<sup>41</sup>- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص.111.

<sup>42</sup>- موفق الدين ابن قدامي المقدسي، المرجع السابق، ص.129.

على الفسخ كان ذلك دليل يقتضيه والدليل إمّا عقلي أو نقلي، والنقلي إمّا إجماع أو نص، والنص إمّا متواتر أو أحاد ولم يثبت شيء من ذلك جميعا ولا دلالة له من جهة العقل أيضا<sup>43</sup>.

وعلى الرغم من كون الفقهاء يذهبون إلى القول بأنّ النهي لا يقتضي الفسخ مطلقا إلاّ أنّه نرى بأنّ هناك اختلافا في الآراء في هذا الخصوص في كل من المذاهب، فذهب فقهاء الشافعية إلى القول أنّ النهي لا يقتضي فساد المنهى عنه؛ وقال الإمام المازوري في شرح البرهان الأكثر من الفقهاء في هذه المسألة على دلالة النهي على الفسخ والأكثر من المتكلمين على أنّه لا يدلّ على الفسخ وأصحاب الشافعي يحكون عن القولين، فمنهم من نقل عنه أن النهي يدلّ على الفسخ ومنهم من يرى أنّه لا يدلّ على الفسخ؛ وجمهور فقهاء المالكية الذين يجعلونه دالا على الفسخ والذاهبون إلى دلالاته على الفسخ مختلفون، هل ذلك مأخوذ من اللغة أو من الشرع<sup>44</sup>.

ومن فقهاء الشافعية الذين نستطيع أن نقول بأنهم لديهم مع كل اتجاه نصيب من رأي الإمام الغزالي<sup>45</sup>.

وعلى أساس ما سبق أنّه النهي يقتضي الفسخ أو لا يقتضيه، فهناك اتجاه آخر يحدد معنى فسخ أو صحة المنهى عنه كون مقتضى النهي متعلقا بماهية التصرف أو العقد أو بوصفها المجاور الملازم له أو يتعلق بوصف غير ملازم للتصرف.

فإذا كان النهي متعلقا بذات المنهى عنه أو بعنصر من عناصره الأساسية فيكون التصرف في هذه الحالة باطلا عند جميع الفقهاء، وذلك بعدم إجراء العبادة وعدم ترتب الآثار المطلوبة في العقود لأنه غير مشروع أصلا<sup>46</sup>، حيث أن المشروع لا يخلو من مصلحة وبدون الأهلية والمحلية لا وجود لتلك المصلحة<sup>47</sup>.

43- حافظ العلائي، تحقيق المراد في أنّ النهي يقتضي الفساد، دار الكتب الثقافية، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.149.

44- حافظ العلائي، المرجع السابق ص.78.

45- أبو حامد بن محمد الغزالي، المرجع السابق، ص.44.

46- حسن أيوب، فقه المعاملات المالية في الإسلام، ط2، دار السلام، القاهرة، 2003، ص.25.

47- مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص.142.

أما إذا كان النهي عن الشيء لوصفه الملازم غير منفك عنه وذلك بكون التصرف مستوفيا لكل أركانه وعناصره، ولكن النهي ارتبط بوصف ملازم غير منفك عنه، فقد اختلف الفقهاء في حكم هذا التصرف ومحور الاختلاف هو بين فقهاء الحنفية وجمهور الفقهاء فأعطاه الجمهور حكم الحالة السابقة في البطلان، وقال الحنفية أن العقد في هذه الحالة مشروع الأصل فلا يبطل، وينحصر النهي في الوصف الذي يطلب الشارع اجتنابه وإزالته والبعد عنه، ويفسخ العقد<sup>48</sup>؛ وذلك كالنهي عن الربا فإن عقد الربا هو بيع وقرض فهو مشروع الأصل ولكن فيه وصفا زائدا هو اشتماله على فضل بلا عوض<sup>49</sup>.

والنهي لوصف مجاور للمنهى عنه بحيث يمكن انفكاك ذلك الوصف عن المنهى عنه كما سبق وذكرناه عند بيان أقسام النهي، وذلك كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة، وحكم هذا النوع مختلف فيه بين جمهور الفقهاء وذلك بكونه لا يدل على الفسخ، وبالتالي يصبح التصرف صحيحا مع بقاء الحرمة ويترتب عليه جميع أثاره، فهذه العقود تعد مكروهة كراهية تحريمية عند الحنفية وحراما موجبا للآثم والمعصية عند جمهور الفقهاء<sup>50</sup>، ومن أمثلة هذا النوع من العقود مع ما فيها من ضرر مع كونها محرمة<sup>51</sup>، وحكم هذا البيع عند الحنفية غير مكروه إلا إذا زاد المبيع عن قيمته الحقيقية، فإن لم يكن بلغ القيمة فزاد لا يريد الشراء فجائز ولا بأس به لأنه عون على العدالة، ويقع البيع صحيحا عند الجمهور مع الحرمة من غير خيار في رأي الشافعية، وللمشتري عند غيرهم رده إذا لم يوجد مانع كتغيير المبيع وتعيينه، وقال الحنابلة بفسخه<sup>52</sup>.

وللزركشي رأي في هذا الصدد بقوله: "إذا كان النهي ورد لغيره ولكن لذلك الغير اتصال بالمنهى عنه من حيث وصفه لا من حيث الأصل وهو محل الخلاف بيننا وبين الحنفية فعندنا يقتضي الفسخ عندهم لا يقتضيه فإذا باع دينارا بدينارين، فالبيع مشروع من حيث أصله لأن مبادلة وذلك حلال وإنما يكون حراما باعتبار الدينار الزائد وذلك خارج عن أصل العقد بدليل أن العقد

48- محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار العلم، دمشق، 1993، ص.105.

49- مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص.732.

50- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.3090.

51- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص.409.

52- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.3091.

يصح بدونه إلا أنه لما اتصل بالعقد صار وصفا من أوصافه فالفسخ متصل بوصف العقد في هذا الوجه وهكذا سائر صور فسخ البيع ولهذا عندنا لا يفيد الملك خلافا لهم ومأخذ الخلاف هذا الأصل.<sup>53</sup>

ويتبين أنّ حنفاء الحنابلة والظاهرية إضافة إلى ما سلف فإنّ لهم قولا آخر ألا وهو اعترافهم بالبطلان المطلق سواء تعلق النهي بذات التصرف أو لوصفه المجاور اللازم له لوصف مقارن له غير لازم في جميع الأحوال.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> - الزركشي، المنشور في القواعد، ج3، ط2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1984 المرجع السابق، ص.314.

<sup>54</sup> - أبو حنيفة أثبت قسما بين البطلان والصحيح، وجعل الفسخ عبارة عنه وزعم أنه عبارة عما كان مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه ولو صح هذا المعنى لم يناع في العبادة، لكنه لا يصح إذ كل ممنوع بوصفه فهو ممنوع بأصله. أنظر ، موفق الدين ابن قامي المقدسي، المرجع السابق، ص.46.

## المبحث الثاني: آثار الزواج غير الصحيح وصوره

إنّ الاختلاف الذي وقع بين الفقه الإسلامي بشأن العقد غير الصحيح وتقسيمه إلى عقد باطل وفساد، لم يقف عند التسمية، بل تجاوز ذلك إلى آثار كل منهما؛ حيث أنّ هنالك اختلافاً بين آثار كل من النوعين وفي هذا المبحث نذكر آثار بطلان العقد وفسخه في المطلب الأول، ونستعرض صوراً لكل منهما وذلك في المطلب الثاني.

## المطلب الأول: آثار عقد الزواج غير الصحيح

نتكلم عن الآثار المترتبة على الزواج غير الصحيح في فرعين، نتناول في الفرع الأول ما يتعلق بآثار بطلان عقد الزواج، وفي الفرع الثاني ما يتعلق بآثار فسخ عقد الزواج، وذلك من منطلق ترجيحنا لتقسيم عقد الزواج غير الصحيح إلى باطل وفساد.

## الفرع الأول: آثار بطلان عقد الزواج

القاعدة العامة أنّ بطلان العقد لا يترتب عليه أي أثر ولا ينشئ حقاً أو التزاماً لأي من الزوجين، ويجب التفريق بينهما فوراً وبدون حاجة إلى أخذ موافقة القاضي وجبراً عند الامتناع عن ذلك.

غير أنّ لعقد الزواج طبيعة خاصة به، وخصوصاً بعد الدخول فقد تترتب عليه آثار، حيث أنّ الآراء الفقهية المتعلقة بآثار عقد الزواج الباطل لا تكاد تجد موقفاً واضحاً ومحددًا متفقاً عليه بشأن ترتيب أو عدم ترتيبها، ففي بعض المسائل لا يرتبون أي أثر وفي مسائل أخرى يرتبون بعض الآثار في وقت يدرجون كل تلك المسائل ضمن بطلان عقد الزواج.

إنّ بطلان عقد الزواج يرتب بعض الآثار الزوجية بسبب واقعة الدخول، ومن هذه الآثار المهر وذلك لكون الحد قد سقط لشبهة العقد أي لا يحسب الدخول بالمرأة زناً في هذه الحالة لوجود شبهة العقد فإذا سقط الحد وجب مهر المثل.

وتتأثر إقامة العقوبة على العاقدين بحالة كونهما عالمين بالتحريم أم جاهلين له، إذ يرى جمهور الفقهاء بأنّ الجهل بسبب التحريم لا يسقط الحد ويعتبر الدخول بالمرأة زنا، أمّا عند أبي الحنيفة نجد بأن العلم أو الجهل بسبب التحريم لا يؤثر بواقع وجود صورة العقد هنا وهي تعتبر شبهة تسقط الحد، لذلك يجب مهر المثل.

وحرمة المصاهرة عنده كآثر على هذا الزواج لأنّ هذه الآثار تثبت بالزنا فأولى أن تثبت بالدخول في بطلان عقد الزواج لوجود صورة العقد؛ وفي كل الأحوال ومهما كان سبب البطلان يجب التفريق بين الزوجين<sup>55</sup>، فإذا رضيا بالتفريق فليفترقا، أمّا إذا أبيا التفريق هنا تجبرهما المحكمة بالتفريق.

والذي يبدو لنا هو ضرورة ترتب بعض الآثار على بطلان عقد الزواج، كثبوت نسب الأولاد عملاً لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾<sup>56</sup>، ذلك لأنّ الأولاد لا ذنب لهم إلا أننا نرى في نفس الوقت عدم ثبوت نسب الأولاد في بطلان عقد الزواج الذي أبرم بسوء نية ووجب فيه الحد لأنّ إثبات النسب في هذه الحالة فيه تشجيع على الزنا أو مثل ذلك العقد.

ومن الآثار المترتبة على بطلان عقد الزواج بعد الدخول الآتي:

### أولاً: المهر

أشرنا سابقاً بأنّ جمهور الفقه الإسلامي وكذا مختلف التشريعات العربية اعتبرت أنّ الصداق ليس ركناً ولا شرطاً في عقد الزواج، وإنّما هو أثر من آثاره بعد تمامه، باستثناء المذهب المالكي الذي اعتبره شرط لصحته<sup>57</sup>.

واختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في الآثار المترتبة عن تخلف الصداق في عقد الزواج تبعاً لاختلافهم حول تكييفه وتحديد طبيعته بالنسبة للعقد: حيث يرى جمهور الفقهاء أنّ العقد صحيح ولو تمّ الزواج بدون مهر، أو تمّ اشتراط عدم المهر، بل يصحّ حتى وإنّ تمت تسمية شيء

<sup>55</sup> - بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة، ج1، بيروت، 1967، ص.178.

<sup>56</sup> - سورة الأنعام، الآية 164.

<sup>57</sup> - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.137.

لا يصلح كمهر<sup>58</sup>، وذلك لأن الصداق أثر من آثار عقد الزواج، وبالتالي لا تأثير لتخلفه حتى يكون صحيحاً<sup>59</sup>، في حين يعتبر المالكية الصداق ركناً من أركان عقد الزواج، مما استدلووا به من عموميات النصوص الموجبة له، وعلى هذا الأساس رتبوا قولهم بفسخ الزواج وعدم صحته في حالة تخلف المهر، بعدم تسميته أو بالاتفاق على إسقاطه في العقد<sup>60</sup>.

وفصل المشرع المغربي في مسألة المهر عند بطلان عقد الزواج وذلك بعد الدخول، حيث نص في الفقرة الثانية من نص المادة 58 على أنه: " يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق..."<sup>61</sup>.

ونرى بأن القانون المغربي أخذ بالرأي الفقهي القائل بكون المهر واجبا عند سقوط الحد لشبهة العقد عند الجهل بالتحريم، عكس المشرع الجزائري الذي لم يشر بتاتا إلى ذلك.

ولا شك أن عدم ترتيب أي أثر على بطلان عقد الزواج أمر في غاية الصعوبة ولذلك فإن القانون الفرنسي حاول تفادي ذلك عن طريق نظرية الزواج الظني ومبنى هذه النظرية أنه في حال حسن نية الزوجين أو أحدهما فإن بطلان الزواج يقتصر على المستقبل فقط، ولا ينسحب إلى الماضي فيعترف بوجود العلاقة الزوجية وآثارها بالنسبة للماضي فقط، وذلك بناء على قيام زواج ظني ووهمي<sup>62</sup>، إذ أن الزواج الظني هو وصف يضاف في بعض الأحيان على الزواج الذي تقرر بطلانه وذلك في الفترة السابقة على تقرير هذا البطلان ويترتب عليه نفس الآثار التي تتولد من الزواج لو أنه كان صحيحاً قانوناً<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> - حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المجلد الثاني، أحكام عقد الزواج بين آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مطبعة سامي، مصر، د.س.ن، ص.224.

<sup>59</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص.ص.168-170.

<sup>60</sup> - أحمد خليفة العقيلي، المرجع السابق، ص.71.

<sup>61</sup> - مدونة الأسرة المغربية.

<sup>62</sup> - محمد حسين منصور، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت، 1995، ص.238.

<sup>63</sup> - عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني ومشروع قانون الأحوال الشخصية اللبنانية، دار النفائس، بيروت، 1998، ص.85.

ويشترط لكي يكون هناك زواج ظني أن يكون كل من الزوجين أو أحدهما على الأقل حسن النية يجهل سبب البطلان، أي ينبغي أن يعتقد الطرفان أو أحدهما وقت الزواج أن زواجهما صحيح<sup>64</sup>.

وحسب نص المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري<sup>65</sup>، فإنّ الزوجة تستحق الصداق كاملاً بالدخول، ولكن أي دخول يقصد المشرع الجزائري؟ فنقول أنه يقصد أن الزوجة تستحق كامل الصداق بالدخول بعد إبرام عقد الزواج الصحيح وتامم الدخول بالزوجة، ومن هنا نقول أنه هناك حالتان وتدرس حسب علم وعدم علم الزوجة ببطلان عقد الزواج مسبقاً وهي كالاتي:

1/ الحالة الأولى: إذا علمت الزوجة ببطلان عقد الزواج فنقول أنها لا تستحق لا نصف المهر، ولا مهر المثل، ولا المهر كله ولماذا؟ لأن الزوجة تستحق كامل المهر بعد الدخول في عقد الزواج الصحيح؛ وبما أنها سيئة النية إذن هذا عقاباً لها.

2/ الحالة الثانية: إذا لم تعلم الزوجة ببطلان عقد الزواج، فهنا نقول أن الزوجة تستحق كامل المهر بالدخول بها، لأنّ الزوجة لديها حسن النية في زواجها، وأنها لا يمكن إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الدخول، ولذلك فإن فرض المهر على الزوج بعد الدخول في بطلان الزواج هو بمثابة تعويض للمرأة حسنة النية.

### ثانياً: الحد

إنّ هذا العقد يورث شبهة تسقط الحد عند الحنفية، سواء كانت الحرمة مؤبدة أم مؤقتة، لأن المرأة في الحالتين محلاً للنكاح في الجملة، ولكنه يعاقب أشدّ عقوبة<sup>66</sup>، وذلك لكون الحدود تدرأ بالشبهات والعقد وإن كان باطلاً إلاّ أنّه جاء على صورة العقود فأورث ذلك الشبهة<sup>67</sup>.

<sup>64</sup>- توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، دار الجامعة، بيروت، 1980، ص.256.

<sup>65</sup>- قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

<sup>66</sup>- علي حسب الله، الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، د.س.ن، ص.152.

<sup>67</sup>- أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج1، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2006، ص.66.

ولكن عند جمهور الفقهاء يجب إقامة حد الزنا على الرجل والمرأة إذا كانا عاقلين عالمين بالتحريم، وذلك لاعتبار الدخول بالمرأة في هذا الزواج زنا، لأن العقد الباطل لا قيمة لوجوده ولا يصلح أن يكون شبهة يدرأ الحد بها عنها<sup>68</sup>، وذلك لأنه لا تأثير لهذا العقد في إباحة وطئها، فكان وجوده كعدمه، وهذا قول عامة العلماء منهم الحنابلة والمالكية والشافعية والظاهرية والجعفرية وأبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وغيرهم، باستثناء أبي حنيفة، والذي يذهب إلى القول بأنه لا يجب إقامة حد الزنا عليهما لأن العقد الباطل له صورة العقد وهذا كاف لدرء الحد وعدم اعتباره زنا مطلقا سواء علما بالتحريم أم لا<sup>69</sup>.

بما أنّ المشرع الجزائري ونظيره المغربي أقرّا بالاستبراء في الزواج الباطل فإنّ لا مجال للحديث عن الزنا، إذن لا أثر للحد.

### ثالثا: النسب

يثبت النسب عند بعض فقهاء المالكية بموجب الدخول في عقد الزواج الباطل، وذلك احتياطا لحق الولد<sup>70</sup>، فكل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالواطئ، وحيث وجب الحد لا يلحق النسب<sup>71</sup>، ويكون من العدل إثبات نسب الطفل لمن دخل بالمرأة بعقد باطل<sup>72</sup>.

وهذا ما أقرّه المشرع الجزائري عند الزواج بإحدى المحرمات، حيث نصّ عليه في المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري<sup>73</sup> والتي جاءت على النحو الآتي: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء." ونجد أنّه لم يفرق بين حسن النية وسوء النية.

أمّا المشرع المغربي فقد اعترف بثبوت النسب، ولكن في حالة واحدة وهي حالة حسن النية؛ وهذا حسب الفقرة الثانية من نص المادة 58 من مدونة الأسرة المغربية والتي تنص على

<sup>68</sup> - بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص.179.

<sup>69</sup> - محمد شريبي الخطيب، معنى المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، المكتبة القرمدية، مصر، ص.146.

<sup>70</sup> - محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص.171.

<sup>71</sup> - ابن جزوي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، عالم الفكر، القاهرة، ص.216.

<sup>72</sup> - فاروق عبد الكريم، المرجع السابق، ص.55.

<sup>73</sup> - قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

أنه: "يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء ، كما يترتب عليه عند حسن النية لحقوق النسب وحرمة المصاهرة."74.

#### رابعاً: حرمة المصاهرة

تثبت حرمة المصاهرة كأثر لهذا الزواج بعد الدخول لأنّ هذه الحرمة تثبت حتى في حالة الزنا لدى فقهاء الحنفية<sup>75</sup>.

وأجد أنّ المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه النقطة، أمّا المشرع المغربي فأقر بها شريطة وجود حسن النية وهذا حسب الفقرة الثانية من نص المادة 58 من مدونة الأسرة المغربية<sup>76</sup>.

والجدير بالذكر أن الرجل لا يملك حق الطلاق في الزواج الباطل، ولا يثبت توارث بين الزوجين اتفاقاً<sup>77</sup>.

#### الفرع الثاني: آثار فسخ عقد الزواج

يترتب على الزواج الفاسد بعد الدخول بعض آثار عقد الزواج الصحيح<sup>78</sup>، مع وجوب التفريق بين الزوجين، وعند فسخ الزواج إذا لم يقترن به الدخول فحكمه حكم بطلان عقد الزواج، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار عقد الزواج، ولكن يستثنى من هذه الآثار ثبوت النسب، وهذا صيانة له من الضياع، وهذا عند الفقهاء الذين يرون بأنّ الفراش ينعقد بنفس العقد في فسخ الزواج<sup>79</sup>.

ومن الآثار الضرورية التي نتناولها هي المهر وثبوت النسب والعدة وحرمة المصاهرة والنفقة.

74- مدونة الأسرة المغربية.

75- ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 1992، ص.132.

76- مدونة الأسرة المغربية.

77- تحسين بير قدار، المرجع السابق، ص.146.

78- القرافي، المرجع السابق، ص.157.

79- ابن نجيم الحنفي، المرجع السابق، ص.183.

## أولاً: المهر

يمكن تعريف المهر بأنه اسم للمال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولاً حقيقياً<sup>80</sup>، وسبق بيان أن المهر لا يجب قبل الدخول في العقد غير الصحيح، وما يوجب المهر هو العقد الصحيح وكذلك الدخول الحقيقي، وهذا كأصل.

وفي حالة فساد العقد يكون لهذا العقد مرتبة وسطى بين عقد الزواج الصحيح وعقد الزواج الباطل، ولا يجب المهر لمجرد وجود فسخ العقد، وإنما يجب أن يعقبه الدخول، ولكون الحد يسقط في هذا الزواج لوجود شبهة العقد، وبسقوط الحد يجب المهر عند الدخول بالمرأة؛ والمهر كأثر من الآثار المالية لعقد الزواج يأتي على نوعين: المهر المسمى، ومهر المثل<sup>81</sup>.

يثبت المهر المسمى في عقد الزواج الصحيح، وعند تسمية المهر بشكل صحيح وصريح، وذلك بأن تتوافر فيه الشروط المطلوبة بهذا الصدد؛ وأما مهر المثل فهو الواجب إذا لم يسم المهر في عقد الزواج، أو إذا كانت تسمية فاسدة أو ذكر المهر الذي لا يقدر على تسليمه أو عند الدخول بالمرأة بشبهة<sup>82</sup>؛ واختلف الفقهاء في المهر الواجب عند فسخ عقد الزواج بعد الدخول بالمرأة على النحو الآتي:

ذهب الحنفية إلى القول بأنه إذا فسخ العقد وتم الدخول ينظر فيما إذا كان قد سمي لها مهراً، فإن كان قد سمي لها مهراً، نقارن بينه وبين مهر مثلها، فإن كان المسمى أقل من مهر المثل كان لها المسمى، وإن كان أكثر من مهر المثل كان لها مهر المثل، فالذي تستحقه المرأة بالوطء عند فسخ العقد إنما هو الأقل من المسمى ومن مهر المثل؛ أما إذا لم يكن قد سمي لها مهراً فإن لها مهر المثل بالغاً ما بلغ<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> - أحمد الغندور، المرجع السابق، ص.163.

<sup>81</sup> - المهر المسمى: هو ما اتفق عليه العاقدان وسمي تسمية صحيحة أو فرض للزوجة بعد العقد الذي خلا من تسمية المهر، ومهر المثل: هو مهر امرأة تماثل الزوجة من أسرة أبيها كأختها أو عمتها أو بنت أختها أو بنت عمها، أنظر: بدران أبو العنين، المرجع السابق، ص.191.

<sup>82</sup> - الشيخ محمود محمد الشيخ، المهر في الإسلام بين الماضي والحاضر، المكتبة العصرية، بيروت، 2003، ص.60.

<sup>83</sup> - ابن نجيم، المرجع السابق، ص.181.

يرى الشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية أن المهر الواجب هو مهر المثل مهما كان مقداره<sup>84</sup>، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري على أنه إذا تمّ الدخول فإن عقد الزواج يثبت بصدّاق المثل<sup>85</sup>.

وأما عند فقهاء الحنفية فإن المهر الواجب هو المسمى ولا تفسد التسمية بفسخ العقد، هذا في حالة تسمية المهر فإن لم يكن سمي المهر أو تمّ بتسمية غير صحيحة فيجب مهر المثل<sup>86</sup>.

من هذا المنطلق قسموا أسباب فسخ العقد إلى قسمين: قسم يفسخ لصدّاقه وقسم يفسخ لعقده، وهذا الأخير ككناح ذات محرم أو معتدّة أو المرأة على عمتها أو خالتها أو ما شابه ذلك فلا صدّاق فيه<sup>87</sup>، إذ كما نرى: يعتبر الزواج في هذه الحالة في حكم الزواج الباطل، أمّا المختلف فيه ككناح المرأة بغير ولي أو نكاح المحرم أو إذا شهد من لا تقبل شهادته في النكاح فيجب المهر المسمى إن كان قد سمي المهر، وإلاّ يجب مهر المثل عند عدم التسمية أو عدم صحته<sup>88</sup>.

حذا المشرع المغربي حذو فقهاء المالكية: أشار في المادة 60 من مدونة الأسرة المغربية إلى فسخ لصدّاقه، حيث تنص على النحو الآتي: " يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صدّاق فيه إذا لم تتوفر في الصدّاق شروطه الشرعية، ويصحّ بعد البناء بصدّاق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين"<sup>89</sup>.

ضف إلى ذلك فسخ لعقده وهذا حسب نص المادة 61 من مدونة الأسرة المغربية<sup>90</sup>، ويلاحظ تركيزه على قبل وبعد البناء، على أنه لا ينتج أي أثر قبل البناء لكلتا الحالتين المشار

84- محمد شربيني الخطيب، المرجع السابق، ص.271.

85- تنص الفقرة الثانية من نص المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدّاق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدّاق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل"

86- محمد شربيني الخطيب، المرجع السابق، ص.271.

87- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.120.

88- تحسين بيرقدار، المرجع السابق، ص.149.

89- مدونة الأسرة المغربية.

90- المرجع السابق.

إليه أعلاه، وأمّا بعد الدخول فيترتب آثار العقد الصحيح، شريطة أن يكون ذلك قبل صدور الحكم بالفسخ<sup>91</sup>.

### ثانياً: النسب

يعدّ النسب من أهم الآثار المترتبة إمّا عند فسخ عقد الزواج وإمّا عند الزواج الصحيح، ومن أجل أهمية وضرورة هذا الأثر كان موضع عناية من قبل الشريعة الإسلامية، وذهبت التشريعات إلى وضع أحكام خاصة به توضح الجوانب المتعلقة به، خوفاً من ضياعه وضياع حقوق الأولاد وتنظيماً لحياة الأسرة من جانب آخر.

إنّ الزواج الفاسد أقرب إلى العقد الصحيح منه إلى الباطل من حيث الآثار المترتبة عليه، فإثبات النسب يكون من أحد آثاره، وذلك لأن النسب في إثباته إحياء للولد وتحقيقاً لمصلحته ولذلك نرى بأنّ معظم فقهاء الشريعة الإسلامية، وأغلبية التشريعات العربية يرون ثبوته كأثر عند فسخ عقد الزواج.

ذهب بعض الفقهاء إلى القول أنّ ثبوت النسب يكون متعلقاً بالعقد فقط فإذا تزوجت المرأة وولدت لسته أشهر منذ زواجها فهو ابن للزوج، ويكون الاعتبار لعقد الزواج، ويثبت النسب بموجبه لا من وقت الدخول، وهذا دليل على أن الفراش ينعقد بنفس العقد عند فسخ العقد وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف<sup>92</sup>.

وذهب الفقهاء الآخرون إلى ثبوت النسب في فسخ العقد مع إمكانية الدخول وهذا ما اخذ به الأئمة الثلاثة بتسويتهم بين العقد الفاسد والعقد الصحيح بمجرد العقد، بشرط إمكان الدخول<sup>93</sup>.

ونجد أن غالبية القوانين العربية أخذت بإثبات النسب في هذا العقد رغم فسخه ونجد قانون الأسرة الجزائري الذي أقرّ ثبوت النسب رغم عقد الزواج بإحدى المحرمات وهذا ما نصت عليه

<sup>91</sup>- وهذا ما أقرته المادة 64 من مدونة الأسرة المغربية والتي تنص على أنه: " الزواج الذي يفسخ تطبيقاً للمادتين 60

و 61 أعلاه، لا ينتج أي أثر قبل البناء، وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه".

<sup>92</sup>- ابن نجيم الحنفي، المرجع السابق، ص183.

<sup>93</sup>- بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص.34.

المادة 34 و التي تنص على أنه: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء"<sup>94</sup>.

حذت مدونة الأسرة المغربية حذو الأئمة الثلاثة (الشافعية والمالكية والحنبلية) وسوّت بين العقد الفاسد والصحيح وهذا ما نصت عليه في المادة 64 منها، والتي جاءت: "الزواج الذي يفسخ تطبيقاً للمادتين 60 61 أعلاه، لا ينتج أي أثر قبل البناء، وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه."<sup>95</sup>.

### ثالثاً: العدة

العدة هي أجل يضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح بعد الفراق<sup>96</sup>، أو هي الفترة التي تعقب الفرقة، ويحرم على المرأة النزويج فيها حتى تنقضي<sup>97</sup>؛ وتعتبر العدة من موانع النكاح لغير الزوج، وتجب على المرأة التي وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول بها حقيقة من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وبعد الخلوة الصحيحة أو الفاسدة<sup>98</sup>، أو المتوفى عنها زوجها المدخول بها أو غير المدخول بها إذا كان العقد صحيحاً، أما إذا فسخ العقد فإنه لا عدة على المتوفى عنها زوجها قبل الدخول<sup>99</sup>؛ وذلك للتأكد من براءة رحمها وكي لا يختلط النسب لاحتمال انها حملت من هذا الدخول<sup>100</sup> من جهة وللحفاظ على قدسية الزواج من جهة أخرى، وحتى تنتهي للزوج فرصة لمراجعة زوجته إن كان نادماً على الفراق أو كان متسرعاً في إيقاع الطلاق، ولذلك شرعت العدة ليتاح للرجل مراجعة زوجته في الطلاق الرجعي<sup>101</sup>.

والعدة باعتبارها أثر من آثار الزواج الفاسد، تجب بعد الدخول بالمرأة باتفاق جمهور الفقهاء، وذهب بعض الفقهاء إلى أنّ المعتدة في الزواج الفاسد إذا كانت حائلاً أي غير حامل لا

<sup>94</sup> - قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

<sup>95</sup> - مدونة الأسرة المغربية.

<sup>96</sup> - مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص.250.

<sup>97</sup> - أحمد كبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2007، ص.220.

<sup>98</sup> - محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار ابن حزم، بيروت، 2007، ص.251.

<sup>99</sup> - فاروق عبد الكريم، المرجع السابق، ص.238.

<sup>100</sup> - بدران ابو العينين، المرجع السابق، ص.177.

<sup>101</sup> - محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص.435.

تستحق النفقة، لأن حال العدة معتبرة بحال الزواج، والمرأة في الزواج الفاسد ليس لها نفقة، فكذلك لا تجب لها العدة، أمّا إذا كانت حاملا فلها النفقة دون السكنى لكون النفقة مرتبطة بالحمل وليس بالحامل<sup>102</sup>، وعند بعض الفقهاء لا عدة أصلا في الزواج الفاسد، ولا نفقة للمعتدة مطلقا<sup>103</sup>.

وأجد أن المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه النقطة، وجعلها فقط للمطلقة المدخول بها، ضف إلى ذلك المتوفى عنها زوجها، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم.

وهذا خلافا لنظيره المغربي الذي نصّ بصريح العبارة في المادة 129 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "تبتدىء العدة من تاريخ الطلاق أو التطليق أو الفسخ أو الوفاة"<sup>104</sup>.

#### رابعا: النفقة

تعرف النفقة بأنها: إخراج الشخص مؤونة لمن تجب عليه نفقته<sup>105</sup>؛ وبعدّ العقد الصحيح من أسباب وجوب النفقة على الزوج، والسبب يرجع إلى وجود الاحتباس في العقد الصحيح، فعقد الزواج ليس هو السبب المباشر في وجود النفقة كما هو الحال في المهر، بل احتباس الزوج لزوجته، ودخولها في طاعته<sup>106</sup>.

وهذا ما جاء في قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 74 والتي تنص على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون"<sup>107</sup>.

ونجده أيضا في مدونة الأسرة المغربية في نص المادة 194 والتي تنص على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعت للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها"<sup>108</sup>.

<sup>102</sup>- أبو اسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي الشيرازي، التبصرة في أصول الفقه، دار الفكر، دمشق، 1403 هجري، ص.260.

<sup>103</sup>- ابن حزم، المحلى بالآثار، ادارة الطباعة المنيرة، مصر، 1929، ص.335.

<sup>104</sup>- مدونة الأسرة المغربية.

<sup>105</sup>- عبد الرحمن الجزيري، الفقه في المذاهب الأربعة، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1956، ص.553.

<sup>106</sup>- بدران ابو العينين، المرجع السابق، ص.234.

<sup>107</sup>- قانون رقم: 11-84، المرجع السابق.

<sup>108</sup>- مدونة الأسرة المغربية.

فمن هذا المنطلق نرى بأنه لا مكان للنفقة كأثر عند فسخ عقد الزواج سواء قبل الدخول أم بعده، فلا نفقة على مسلم عند فسخ النكاح لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بالنكاح<sup>109</sup>، وكما قال الكاساني: "لا نفقة على مسلم في نكاح فاسد، لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها، لأن حق الحبس لا يثبت في النكاح الفاسد"<sup>110</sup>.

وعلى الرغم من عدم وجود النفقة عند الزواج الفاسد إلا أنّ الزوجة تلزم برد النفقة التي تأخذها منه قبل العلم بفسخ الزواج، لأنه لو كان النكاح صحيحاً من حيث الظاهر فعرض بها القاضي النفقة وأخذتها شهراً ثم ظهر فسخ الزواج، بأن شهدوا أنها أخته رضاعاً وفرق بينهما رجع عليها بما أخذت ولو أنفق بلا فرض القاضي لم يرجع بشيء<sup>111</sup>، وذلك لأنه يعتبر متبرعاً في هذه الحالة.

والنقد الموجه إلى هذا الرأي هو ما دام الزوجان لا يعلمان بالفسخ وقت العقد إلى حين ظهور فسخه، فالزوجة محتبسة لأجل الزوج تقوم له بواجبها كزوجة بمقتضى عقد الزواج، فيجب عليه أن ينفق عليها جزاء احتباسها وقيامها بالواجبات الزوجية فلا ينبغي جواز الرجوع بما أنفقت و لو كان بحكم القاضي<sup>112</sup>.

#### خامساً: حرمة المصاهرة

لا خلاف بين الفقهاء في ثبوت حرمة المصاهرة عقب الزواج الفاسد عندما يتم الدخول، غير أنهم اختلفوا في ثبوتها قبل الدخول فذهب الحنفية والشافعية إلى عدم ثبوتها<sup>113</sup>، بينما ذهب المالكية في الزواج الفاسد المجمع على فساده إلى أنها لا تنتشر حرمة المصاهرة إلا بالوطء ومقدماته، أما إذا كان مختلفاً في فساده فإنه ينتشر الحرمة بمجرد العقد<sup>114</sup>.

109- ابن عابدين، المرجع السابق، ص.886.

110- علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص.419.

111- المرجع السابق، نفس الصفحة.

112- زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص.312.

113- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.63.

114- محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجة شرح مقارن للأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، 2008، ص.375.

ونجد بأنّ موقف التشريعات الإسلامية من حرمة المصاهرة هي ثبوتها بموجب الدخول في عقد الزواج الفاسد وجعله من الآثار المترتبة على هذا الزواج.

لم يأشر المشرع الجزائري إلى ذلك، خلافاً لنظيره المغربي والذي أشار إلى ذلك في نص المادة 64 من مدونة الأسرة والتي تنص على أنه: " الزواج الذي يفسخ تطبيقاً للمادتين 60 و61 أعلاه، لا ينتج أي أثر قبل البناء، وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه"<sup>115</sup>، والملحوظة هنا أنّ حرمة المصاهرة تثبت، ولكن قبل أن يصدر الحكم بالفسخ.

### المطلب الثاني: صوّر من عقود الزواج غير الصحيح

نقسم هذا المطلب إلى فرعين نعرض في الفرع الأول صوّر من الزواج الباطل، ونخصص الفرع الثاني لعرض صور من الزواج الفاسد؛ ونبيّن فيهما موقف الفقهاء إلى جانب موقف المشرع الجزائري والمغربي.

### الفرع الأول: صوّر من الزواج الباطل

#### أولاً: : زواج المحارم

يشترط في المرأة التي يراد الزواج بها ألا تكون محرّمة تحريماً قطعياً غير قابل للزوال لا شبهة ولا خلاف فيه من قبل الفقهاء، وليس ممّا يشتبه الأمر فيه على عامة الناس، فلو كانت المرأة محرّمة على الرجل، لهذا النوع من التحريم وعقد عليها كان العقد باطلاً وأسباب هذا التحريم ثلاثة: المحرمات من النسب والمحرمات من المصاهرة والمحرمات من الرضاة.

والنوع الأول من المحرمات هي المحرمات من القرابة أو النسب وينحصرن في فئات أربعة منها:

<sup>115</sup>- مدونة الأسرة المغربية.

1 - أصول الشخص وإن علون، وهي الأم وأم الأم، وإن علت وأم الأب والجد كذلك، فيحرم عليه أن يتزوج بواحدة منهن مهما علت.

2 - فروع الشخص مهما نزلن وهي البنات وما تفرع منها وبنات الابن وإن نزل وما تناسل منها.

3 - الفروع المباشرة للأجداد والجدات أو لأحدهما يشمل العمات والخالات فقط<sup>116</sup>.

وسواء كن عمات للشخص نفسه وخالات له أم كن عمات وخالات لأبيه أو لأمه أو لأحد أجداده أو جداته<sup>117</sup>.

ويعتبر عقد الزواج على المحرمات من النسب عقدا باطلا، لأن تحريم هذه الأصناف ثابت بالدليل القطعي ولا خلاف فيه بين الفقهاء<sup>118</sup>.

والنوع الثاني من المحرمات هي المحرمات بسبب المصاهرة وتنقسم بدورها إلى أربعة أصناف أيضا وهي:

1 - زوجة الأب والجد وإن علا - دخل بها الأب أو الجد أو لم يدخل، أي تثبت الحرمة بمجرد العقد في هذه الحالات.

2 - زوجة الإبن، وابن الابن، وإن نزل، دخل بها أو لم يدخل.

3 - أم زوجته، وجدتها وإن علت، دخل بها أو لم يدخل بها، على رأي الجمهور.

4 - بنت الزوجة (الربيبية) وبناتها وبنات أولادها، إذا دخل بأبها فإن عقد على الأم ثم فارقها قبل الدخول، فليست بناتها محرمات عليه<sup>119</sup>.

116- زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص.14.

117- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص.102.

118- زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص.144.

119- أحمد الكبيسي، المرجع السابق، ص.100.

إنّ عقد الزواج على واحدة من المحرمات بالمصاهرة ممن سبق وذكرهن يعتبر باطلاً، ويفرق بينهما، وإذا لم يفترقا، يعاقب الزوج بأشدّ العقوبة إن فعل ذلك عالماً بالحرمة، أو بعقوبة تليق بحاله إن فعله جاهلاً<sup>120</sup>.

إلاّ أنّه يثبت في النكاح بالمحرمات نسبا وصهرا حرمة المصاهرة باتفاق العلماء وإن كان ذلك النكاح باطلاً عند الله ورسوله<sup>121</sup>.

والنوع الثالث من المحرمات هي المحرمات بسبب الرضاع، وتشمل كل ما يدخل نطاق المحرمات بسبب القرابة والمحرمات بسبب المصاهرة، إلاّ ما استثنى منها شرعا.

إنّ العقد على المحرمات من الرضاع المتفق على حرمتهن، كأصول الشخص وفروعه وفروع الأبوين من الرضاع يعتبر باطلاً، ويترتب عليه ما يترتب على العقد الباطل<sup>122</sup>، ولكن لكثرة اختلاف الفقهاء في المحرمات بالرضاع من حيث عدد الرضعات والسن الذي يحرم فيه الرضاع، وخلافهم في التحريم إذا خلط اللبن بمانع أو طعام أو غير ذلك، اعتبر عقداً فاسداً عند الفقهاء<sup>123</sup> ويفرق بينهما، فإن كان قبل الدخول بها فلا شيء لها، وإن كان بعد الدخول بها فيجب لها الأقل من المسمى ومن مهر المثل، ولا تجب النفقة والسكنى<sup>124</sup>.

ونجد أنّ المشرع الجزائري حذا حذو الفقه الإسلامي عند حصر موانع الزواج، وذلك في المواد من 24 إلى 30 من قانون الأسرة الجزائري<sup>125</sup>، وأيضاً نصّ في المادة 23 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلواً من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة"<sup>126</sup>، والسؤال الذي يطرح: هل يكون الزواج بالمحارم باطلاً أم فاسداً؟

120- محمد قدرى باشا، المرجع السابق، ص.60.

121- تقي الدين أحمد بن تيمية، مجموعة الفتاوى لابن تيمية، باب المحرمات في النكاح، المجلد16، ج32، ط2، دار الوفاء، النصورة، 2001، ص.47.

122- تحسين بيرق دار، المرجع السابق، ص.203.

123- ابن نجيم، المرجع السابق، ص.250.

124- علاء الدين الكساني، المرجع السابق، ص.15.

125- قانون 84-11، المرجع السابق.

126- المرجع السابق.

ونجد الإجابة للسؤال في المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على أنه: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء"<sup>127</sup>؛ ومن هنا نقول أنه اعتبر الزواج بالمحارم زواجا فاسدا وليس باطلا، وهذا جاء خلافا للفقهاء الإسلامي، والذي اعتبره باطلا.

وجاء المشرع المغربي مخالفا للمشرع الجزائري ومؤيدا للفقهاء الإسلامي، حيث اعتبر الزواج بالمحارم باطلا وليس فاسدا، وذلك في نص المادة 57 من مدونة الأسرة المغربية، والتي تنص على أنه: "يكون الزواج باطلا: "...2 - إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه..."<sup>128</sup>، وأما موانع الزواج مثله مثل الفقهاء الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري<sup>129</sup>.

### ثانيا: زواج الرجل من زوجة الغير أو معتدته

يشترط في صحة الزواج أن لا تكون المرأة محرمة على الرجل، وذلك بأن يعقد على امرأة تعلق بها حق غيره، أما لكونها زوجة لذلك الغير أو بكونها في زمان عدتها منه بغض النظر عن نوع العدة في ذلك<sup>130</sup>، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾<sup>131</sup> معطوفا على قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾<sup>132</sup>، ومعنى ذلك أن لا تكون المرأة منكوحة للغير<sup>133</sup>، أو أن لا تكون الزوجية قائمة.

<sup>127</sup>- قانون 84-11، المرجع السابق.

<sup>128</sup>- مدونة الأسرة المغربية.

<sup>129</sup>- قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

<sup>130</sup>- نادية خير الدين، الزواج الفاسد في الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة الموصل، 1998، ص.41.

<sup>131</sup>- سورة النساء، الآية 24.

<sup>132</sup>- سورة البقرة، الآية 235.

<sup>133</sup>- علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص.548.

اتفق الفقهاء على عدم جواز هذا الزواج<sup>134</sup>، غير أنّ بطلان هذا العقد أو فساده متوقف على عدم علم الزوجين بالتحريم أو جهلها به، وفيما يأتي نذكر الآراء الفقهية بهذا الخصوص.

1/ الحالة الأولى: الحكم ببطلان هذا الزواج ووجوب الحد مع العلم بالحرمة لأتّه زنا<sup>135</sup>، ويجب التفريق بين الزوجين وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء باستثناء أبي حنيفة والذي يرى عدم قيام الحد عليهما لأتّه وطء فيه شبهة؛ فإذا تزوج شخص بامرأة غيره أو بمعتدة غيره وهو عالم بالتحريم كان العقد باطلا فلا يترتب عليه شيء من الآثار، فلا تجب العدة بالدخول ولا يثبت النسب وإن دخل بها كان الدخول حراما<sup>136</sup>.

وروى الشيخ أبو القاسم (وهو أحد فقهاء المالكية) أنّ التي يتزوجها الرجل في العدة من طلاق أو وفاة عالما بالتحريم روايتين: رواية أنّ التحريم يتأبّد، والثانية: بأنّه زان وعليه الحد ولا يلحق به الولد وله أن يتزوجها إذا انقضت عدتها وبه قال الشافعي وأبو حنيفة<sup>137</sup>.

2/ الحالة الثانية: الحكم بفسخ الزواج ووجوب الحد للفاعل لأنّ فيه الشبهة، ويترتب عليه في هذه الحالة ما يترتب على الزواج الفاسد بعد الدخول بالمرأة، لكون النكاح فاسدا وليس باطلا وهذا عند الحنفية<sup>138</sup>، ويترتب عليه وجوب العدة وثبوت النسب كما سبق وبيننا آثار الزواج الفاسد.

وهناك مسألة أخرى يظهر الاختلاف في الآراء بشأنها، وهي إذا تزوج رجل بامرأة في عدتها ودخل بها وفرق بينهما، فهل يجوز لمن دخل بالمعتدة أن يتزوجها بعد أن تنقضي عدتها أم لا يجوز؟

134- يقول فقهاء الحنفية أنّ: " نكاح منكوحه الغير ومعتدته لا يجوز فالدخول فيها لا يوجب العدة إن علم أنها للغير، ولو لم يقل أحد بجوازه فلم ينعقد أصلا." ، ونجد أن فقهاء الشافعية يقولون أيضا ببطلان نكاح منكوحه الغير أو المعتدة من فرقة بانئة أو رجعية بطلاق أو فسخ أو موت أو بوطء بشبهة، أنظر أكثر ابن عابدين، المرجع السابق، ص482.

135- وجاء في مجموعة الفتاوى لابن تيمية جواب عن جواز خطبة رجل لامرأة فارقت زوجها في عدتها إذ قال: " لا يجوز التصريح بخطبة المعتدة ولو كانت في عدة وفاتها باتفاق المسلمين فكيف إذا كانت في عدة الطلاق ومن فعل ذلك يستحق العقوبة التي تردعه وأمثاله عن ذلك فيعاقب الخاطب والمخطوبة جميعا ويزجر عن التزويج بها معاقبة له نقيض قصده."، أنظر أكثر تقي الدين أحمد بن تيمية، مجموعة الفتاوى، ج31، دار الوفاء للطباعة، القاهرة، 1997، ص161.

136- زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص170.

137- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثاني، ج3، دار الحديث، القاهرة، 2002، ص161.

138- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص66.

يرى مالك والأوزاعي والليث بأنه: يفرق بينهما ولا تحل له أبدا عقابا له.

أما الحنفية والشافعية فيرون أنّ الدخول لا يحرمها عليه، بل إن أنقضت عدتها حل له الزواج بها بعد التفريق بينهما أولاً<sup>139</sup>.

واحتج الحنفية بأنّ الرجل لو زنا بامرأة لا يحرم عليه الزواج بها بعد العدة، بل هذا أولى بالحل أي الزواج بالمعتدة من حالة الزنا لوجود شبهة العقد<sup>140</sup>، ويستدلون بما جاء عن علي رضي الله عنه، وما خالف به عمر بن الخطاب رضي الله عنه، إذ جاء عن ابن سعيد بن الحسيب عن سليمان بن يسار أن طلحة الأسدية كانت تحت رشيد النقي مطلقاً، فنكحت في عدتها - فضربها عمر بن الخطاب - وضرب زوجها بالمخفقة ضربات وفرق بينهما - ثم قال عمر بن الخطاب: أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها ولم يدخل بها فرق بينهما - ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب - وإن كان قد دخل بها، فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً<sup>141</sup>.

وقال مالك: وقال سعيد بن المسيب ولها مهرها بما استحل منها، وفي بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحريمها، وكون المهر في بيت المال، فلما بلغ ذلك علياً أنكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه<sup>142</sup>.

139- ابن رشد، المرجع السابق، ص.47.

140- زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص.171.

141- الموطأ للإمام مالك، جامع ما لا يجوز من النكاح، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ص.281.

142- وقد تتداخل العدة وذلك في حالة المرأة المطلقة إذا تزوجت في عدتها ودخل بها الزوج الثاني بعد التفريق بينهما، هل تعتد للزوج الأول والثاني منها أم لا، فذهب فقهاء الحنفية إلى القول بأنه تتداخل العدتان، لأن لكل منهما أجل، والأجل تتداخل ولذلك يجب على المرأة أن تعتد من وقت التفريق بينها وبين الثاني، ويندرج ما بقي من العدة الأولى من العدة الثانية.

أما عند فقهاء الشافعية فلا تتداخل في العدتين والتعدد مستحق.

والمالكية يرون بأنها تعتد من الثاني فقط وتجزئها عدتها منه، أنظر أكثر، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المرجع السابق، ص.165.

ونجد أنّ موقف التشريع الجزائري مثل موقف التشريعات العربية، في زواج الرجل من المعتدة أو زوجة الغير حيث جاء مؤكداً لرأي الفقهاء بتحريمها؛ إذ نص في المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يحرم من النساء مؤقتاً المحصنة والمعتدة من طلاق أو وفاة<sup>143</sup>، وجعل هذا الزواج على أنه يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء، وهذا ما جاء في نص المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري<sup>144</sup>.

أمّا التشريع المغربي فقد اعتبر وجود المرأة في علاقة زواج أو في عدة من موانع الزواج المؤقتة<sup>145</sup>، واعتبره بطلان وليس فسخ<sup>146</sup>.

<sup>143</sup>- تنص المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:

"يحرم من النساء مؤقتاً:  
- المحصنة،

- المعتدة من طلاق أو وفاة،

- المطلقة ثلاثاً،

كما يحرم مؤقتاً:

- الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأم أو من رضاع،  
- زواج المسلمة مع غير مسلم".

<sup>144</sup>- قانون رقم: 84-11، المرجع السابق

<sup>145</sup>- وهذا ما نصت عليه المادة 39 من مدونة الأسرة المغربية على أنه:

" موانع الزواج المؤقتة هي:

1 - الجمع بين أختين، أو بين امرأة وعمتها أو خالتها من نسب أو رضاع؛

2 - الزيادة في الزوجات على العدد المسموح به شرعاً؛

3 - حدوث الطلاق بين الزوجين ثلاث مرات، إلى أن تنقضي عدة المرأة من زوج آخر دخل بها دخولا يعتد به شرعاً؛  
زواج المطلقة من آخر يبطل الثلاث السابقة، فإذا عادت إلى مطلقها يملك عليها ثلاثاً جديدة؛

4 - زواج المسلمة بغير المسلم، والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية؛

5 - وجود المرأة في علاقة زواج أو في عدة أو استبراء".

<sup>146</sup>- وهذا ما نصت عليه المادة 57 من مدونة الأسرة المغربية والتي تنص على أنه:

يكون الزواج باطلاً:

1 - إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه؛

2 - إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 و39 أعلاه؛

3 - إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول".

## ثالثاً: زواج المرتد(ة)

أجمع الفقهاء على أنه لا يجوز أن ينكح المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة مثله، كما لا يجوز ولا يصح للمسلم أن ينكح مرتدة ولا كافرة ولا لمرتد أن ينكحها، وذلك لأن المرتد لا يقر على دينه الباطل الذي انتقل إليه<sup>147</sup>؛ وإذا ارتد أحد الزوجين أو كلاهما قبل الدخول بطل النكاح<sup>148</sup>؛ وبعد الدخول ينتظر فإن جمعهما الإسلام في العدة دام النكاح بينهما، وإن لم يجمعهما الإسلام فيجب التفريق بينهما من حين التفريق بينهما أو من أحدهما لأنه اختلاف في الدين<sup>149</sup>، وإذا ارتد الزوجان معا قبل الدخول يسقط المهر ولا عدة على المرأة<sup>150</sup>، وإذا ارتد الزوج فتقع الفرقة بين الزوجين وتستحق المرأة نصف المهر المسمى، هذا في حالة قبل الدخول أما بعد الدخول فللمرأة كل المهر على رأي فقهاء الحنفية<sup>151</sup>، بينما عند فقهاء الشافعية تتوقف التفريق بين الزوجين على انقضاء عدة المرأة فإن عاد إلى الإسلام قبل انتهاء مدة العدة يستمر النكاح وإلا يفسخ النكاح من حين الردة<sup>152</sup>، وإذا ارتدت الزوجة فلا تستحق المرأة المرتدة شيئاً من مهرها ويفسخ الزواج فوراً<sup>153</sup>.

لم يشر المشرع الجزائري إلى زواج المرتد(ة) في قانون الأسرة، وعلى هذا تدخلت المحكمة العليا بالقرار المؤرخ في 12 أبريل سنة 2000، يحق للزوجة المسلمة طلب التطلاق، في حالة ارتداد الزوج عن دين الإسلام، ويحكم القاضي فوراً، بين الطرفين، مراعاة للنظام العام<sup>154</sup>.

كما لم يشر المشرع المغربي لم يشر هو كذلك عن زواج المرتد(ة) في مدونة الأسرة.

147- تحسين بير قدار، المرجع السابق، ص.238.

148- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.6614.

149- محمد شربيني الخطيب، المرجع السابق، ص.190.

150- تحسين بير قدار، المرجع السابق، ص.238.

151- علاء الدين الكساني، المرجع السابق، ص.656.

152- محمد الشربيني الخطيب، المرجع السابق، ص.190.

153- محمد شربيني الخطيب، المرجع السابق، ص.193.

154- ملف رقم: 699785، المجلة القضائية، عدد الثاني، 2012، ص.274.

## رابعاً: زواج المسلم بالكافرة

لا خلاف بين الفقهاء في أنه لا يجوز زواج المسلم بالكافرة التي لا تدين بدين سماوي أي غير كتابية، أما المرأة التي تدين بدين من الأديان السماوية السابقة على دين الإسلام فإنه يجوز للمسلم التزوج بها<sup>155</sup>.

ولا فرق بين زواج المسلم بالمسلمة و زواجه بالكتابية من حيث كل من شروط الانعقاد والصحة والنفاد واللزوم، سوى ما يتعلق بالشهادة في هذا الزواج فيجوز أن يكون الشاهد من أهل الكتاب أو من المسلمين ولو كانا مخالفتين لدين الزوجة<sup>156</sup>.

والأولاد الذين يولدون من الزوجة الكتابية ذكورا كانوا أم إناثا، يعتبرون مسلمين تبعا لدين أبيهم ويتوارثون مع أبيهم دون أمهم لاختلافهم في الدين، كما لا توارث بين الزوجين إذا كانت الزوجة كتابية<sup>157</sup>.

ويعتبر زواج المسلمة من غير المسلم سواء كان كتابيا أم غير كتابي باطلا لا يرتب عليه أي أثر لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ ﴾<sup>158</sup>.

والحكمة من بطلان هذا الزواج وتحريمه هو أنه لو جاز نكاح المسلمة بغير المسلم لثبت عليها سبيل وولاية وهذا لا يجوز<sup>159</sup>، وذلك خوف عليها أن تخضع لسلطان الزوج وتألف دينه ويضيع إيمانها<sup>160</sup>.

155- زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص.176.

156- أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص.54.

157- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص.112.

158- سورة الممتحنة، الآية 10.

159- أحمد الحصري، المرجع السابق، ص.409.

160- زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص.179.

إنّ الأَوْلاد غالبا ما يتبعون دين آبائهم والمحافظة على الدين الإسلامي تقتضي التفريق بين إجازة زواج المسلم من الكتابية، وعدم إجازة زواج المسلمة من الكتابي<sup>1</sup>، والمسلم إذا تزوج بكتابية يؤمر بالإحسان إليها ومعاشرتها بالمعروف، وفي هذا تحقيق لكرامة الزوجة والمرأة بشكل عام.

أمّا إذا تزوجت المسلمة من غير المسلم فمن أين نضمن تحقيق كرامتها من رجل لا سلطان عليه.

واتفاق الفقهاء على بطلان زواج المسلم من الكافرة وزواج المسلمة من غير المسلم حيث جعلوا هذا الزواج باطل ولا يترتب عليه أي أثر.

ولم يشر المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الزواج، حيث اكتفى بذكر في المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري<sup>2</sup>، زواج المسلمة من غير المسلم فقط؛ بحيث اعتبر هذا الأخير زواج فاسد<sup>3</sup>.

وأما نظيره المغربي فقد أشار إلى هذا النوع من الزواج في نص المادة 39 من مدونة الأسرة التي تنص على أنّه: " موانع الزواج المؤقتة هي: ... 4 - زواج المسلمة بغير المسلم، والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية..."<sup>4</sup>، واعتبره زواجا باطلا حسب نص المادة 57 من مدونة الأسرة المشار إليها أعلاه<sup>5</sup>.

## الفرع الثاني: صوّر من الزواج الفاسد

### أولا: زواج المحلل أو التحليل

بعد الطلقة الثالثة تنقطع العلاقة الزوجية بحيث لا يجوز استئنافها بعقد جديد ما لم تتزوج المطلقة زواجا آخر طبيعيا يتم فيه الدخول الشرعي ثم تحصل الفرقة وتنتهي العدة<sup>6</sup>؛ ولكن قد

1- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص.112.

2- قانون رقم: 11-84، المرجع السابق.

3- وهذا حسب نص المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري المشار إليها أعلاه.

4- مدونة الأسرة المغربية.

5- المرجع السابق.

6- مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص.153.

قد يحصل أن يكون الزواج الثاني بغرض تحليل الزوجة للزوج الأول<sup>1</sup>، فالزواج الثاني يسمى زواج المحلل أو التحليل، وهو ما ورد فيه الشرط بإحلالها لزوجها الأول متى تزوجها<sup>2</sup>، أو إنشاء عقد زواج مؤقت بين المطلقة وبين الرجل الآخر على أن يتعقبه الطلاق بعد الدخول ليحلها للزوج الأول<sup>3</sup>.

ونجد أن هذا الزواج قد يأتي على حالات منها:

أن تكون نية التحليل موجودة ولكنّه غير مذكور في عقد الزواج ويكون الاتفاق خارج نطاق العقد؛ وقد يكون قصد التحليل مذكوراً كشرط في العقد، فحكم هذا الزواج في الحالة الأولى عند فقهاء الحنفية والشافعية يعتبر صحيحاً وإن كان موجبا للإثم عندهم لأن العقد في الظاهر استكمل أركانه وشروطه الشرعية<sup>4</sup>، فلا داعي للغور في النفوس حتى نصل إلى النية الكامنة من وراء الزواج بالمرأة المطلقة ثلاثاً.

أمّا فقهاء المالكية فإنّه يرون أنّه من تزوج امرأة طلقها غيره ثلاثاً بنية إحلالها له كان العقد فاسداً لا يثبت بالدخول، بل يفرق بينهما قبل البناء وبعده<sup>5</sup>.

والحنابلة يقرون ببطلان نكاح التحليل وإن تزوجها، بشرط أنّه متى حلّها للأول طلقها، سواء ذكر الشرط في العقد أو اتفقا عليه قبله<sup>6</sup>، فالنكاح قصد ما ينافي النكاح، لأنّه قصد أن يكون نكاحه للمطلقة وسيلة إلى ردها إلى زوجها الأول والشيء إذا حصل لغيره كان المقصود بالحقيقة هو ذلك الغير لا إياه، فيكون المقصود بنكاحها أن تكون منكوحة للغير لا أن تكون منكوحة له بحال، حتى يقال قصد حتى أن تكون منكوحة له في وقت ولغيره في وقت آخر، إذن لو كان كذلك لكان يشبه قصد المتعة من غير شرط ولهذا لو فعلوا قيل هو كقصد التحليل<sup>7</sup>.

1- بدران ابو العينين، المرجع السابق، ص.374.

2- ابن رشد، المرجع السابق، ص.59.

3- مصطفى ابراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص.153.

4- علاء الدين الكسائي، المرجع السابق، ص.296.

5- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.80.

6- منصور بن يوسف البهوتي، المرجع السابق، ص.323.

7- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص.84.

وحكم الحالة الثانية من هذا النكاح هو فساد عقد الزواج عند فقهاء المالكية والشافعية وأبو يوسف من الحنفية<sup>1</sup>.

ويعد زواجا صحيحا عند الإمام أبي حنيفة، والشرط يكون باطلا لكونه ينافي المقصود بالزواج من الديمومة وبناء حياة مشتركة بين الزوجين<sup>2</sup>.

وسبب اختلافهم في حكم هذا الزواج يرجع إلى تفسيرهم لمفهوم حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "لَعْنُ اللَّهِ الْمُحَلَّلَ، وَالْمَحَلَّلَ لَهُ"<sup>3</sup>، وسبب اختلافهم في الأخذ بهذا الحديث كالاتي:

هناك من فهم اللعن بالتأثيم فقط، فقال بأن النكاح صحيح، والفرق بين كون التحليل ذكر كشرط في العقد أو وجد القصد عند انعقاد الزواج بتحليلها لزوجها الأول، وهو الأصل لاعتبار الألفاظ، فإذا خلا العقد من اشتراط التحليل فهو عقد صحيح ولا ينظر إلى المقاصد والمباني لأن مجرد النية في المعاملات غير معتبر<sup>4</sup>.

وهناك من فهم التأثيم فساد العقد تشبيها بالنص الذي يدل على فساد المنهى عنه فقال بفساد النكاح<sup>5</sup>، لأنه لا يكون اللعن إلى علم فاعل المحرم، وكل محرم منهى عنه، والنهي يقتضي فساد العقد، واللعن كان للفاعل لكنه علق بوصف يصح أن يكون علّة بالحكم<sup>6</sup>.

يتحمل زواج المحلل تفسيره من عدة أوجه وذلك لكونه يعتبر زواجا مؤقتا من حيث التأقيت الذي يتضمنه هذا الزواج إلى موعد الطلاق، وبذلك يستطيع الزوج الأول أن يتزوجها ثانية؛ ومن وجه آخر إذا اعتبرنا هذا الزواج متضمنا لشرط مناف لمقتضى العقد باعتبار أنه ذكر فيه شرط التحليل، فيعتبر هذا الشرط عندئذ من الشروط الباطلة للعقد ويدخل في نطاق الخلافات التي وردت بشأن هذه المسألة عند الفقهاء من صحة النكاح وبطلان الشرط أو بطلان الشرط والعقد معا.

1- علاء الدين الكساني، المرجع السابق، 302.

2- ابن رشد، بداية المجتهد، ط6، دار المعرفة، بيروت، 1982، ص.58.

3- أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب التحليل، د.د.ط، د.ب.ن، 1791.ص.356.

4- تحسين بيرقدار، المرجع السابق، ص.372.

5- ابن رشد، المرجع السابق، ص.58.

6- أحمد المصري، النكاح والقضايا المتعلقة، ابن زيدون، القاهرة، 1967، ص.162.

ونجد أنّ المشرع الجزائري لم يشر كذلك إلى هذا النوع من الزواج، ولذلك نرى أنّ اعتبار زواج التحليل أو المحلل نوعا من أنواع الزواج الفاسد، ويترتب عليه ما يترتب على الزواج الفاسد من الآثار التي سبق وذكرها.

ونص المشرع المغربي نص على هذا النوع من الزواج في المادة 61 من مدونة الأسرة المغربية والتي تنص على أنّه: "يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده... - إذا قصد الزواج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا..."<sup>1</sup>.

لقد نص المشرع المغربي على هذا الزواج، وإذا ركّزنا على المنطق الذي اعتمدنا عليه سابقا لاستنتاجنا من خلاله، أنّ هذا النوع من الزواج، هو زواج باطل وليس فاسدا<sup>2</sup>.

### ثانيا: الزواج بلا شهود

تعد الشهادة من الشروط المهمة والمعتبرة في عقد الزواج بهدف إعلان عقد الزواج وإثباته، وخوفا من ضياع نسب الولد من هذا الزواج بإظهار أمره بين الناس على وجه يدفع الشبهات وافتراء أهل السوء على الزوجين.

اختلف الفقهاء فيما يتعلق بضرورة توافر شرط الشهادة لصحة عقد الزواج، أو عدم ضرورتها، وهل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد<sup>3</sup> وللإجابة هناك رأيان:

1/ الرأي الأول: وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من ضرورة توافر شرط الشهادة للحكم بصحة الزواج، و يقع الزواج بغير الشهادة فاسدا عند الحنفية، و يعتبر الإشهاد على النكاح شرطا عندهم و عن الحنابلة أيضا و لا يصح النكاح بدونه<sup>4</sup>.

1- مدونة الأسرة المغربية.

2- قلنا بأنّه زواج باطل وليس فاسد، لأننا استنتجنا بفساد الزواج سابقا في قانون الأسرة الجزائري عملا بالمادة 34 من قانون الأسرة؛ وأمّا ببطلان الزواج عند المشرع المغربي أخذنا بالمادة 57 من مدونة الأسرة المغربية، وهذا هو المنطق المتخذ من طرفنا، ولكن لا اجتهاد أمام نص قانوني. إذن هذا النوع من الزواج يفسخ ولا يبطل.

3- ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.17.

4- علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص.522.

و في مذهب الشافعية لا يصح النكاح إلا بحضور الشاهدين و شرطهما: الذكورة والإسلام والعدالة ولو ظاهرة، و السمع و البصر، و في الأعمى وجه بانعقاد النكاح بحضورته<sup>1</sup>، ويستدلون في ذلك بما روى عن الرسول صلى الله عليه و سلم و قوله: "لا نكاح إلا بولي و شاهد عدل"<sup>2</sup>

2/ الرأي الثاني: و هو الرأي الراجح عند فقهاء المالكية فعندهم يندب الإشهاد على النكاح حال عقده، ولكن لوجود الإيجاب والقبول من العاقدين بشروطها الشرعية من غير إشهاد عليهما حال التلطف بهما وقع العقد صحيحا في نفسه، و لكن لا تنقصر صحته ولا تترتب ثمرته من حل التمتع، إلا بحصول الشهادة قبل البناء، وقال ابن جزري في القوانين الفقهية بأنه: "لا تجب الشهادة في العقد، و تجب في الدخول، و هي شرط كمال في العقد، و شرط جواز في الدخول"<sup>3</sup>، ومعنى هذا بأن الشهادة على العقد حال تكوينه مندوبة ومستحبة، وليست شرطا في صحته ولكن لا يجوز البناء(الدخول)، إلا بعد حصول الشهادة<sup>4</sup>

وجاء في حاشية الدسوقي: "قوله في صحة العقد) أي لأنّ الأشهاد ليس شرطا في العقد بل واجب مستقل، مخافة أن كل اثنين اجتمعا في خلوة يدعيان سبق العقد بلا إشهاد، فيؤدي لرفع حد الزنا"<sup>5</sup>، لكن و مع ذلك هناك رأي آخر لفقهاء المالكية و هو وجوب الشهادة أصلا و إلا كان الزواج فاسدا<sup>6</sup>.

و الرأي القائل بوجوب الشهادة قبل إجراء العقد هو الراجح لضرورة الشهادة لصحة الزواج وقت انعقاده أو عند الدخول.

ونجد أنّ المشرع الجزائري ألزم لانعقاد الزواج حضور شاهدين، واعتبر الشاهدين شرط من شروط صحة الزواج؛ والسؤال الذي نطرحه هو: ما مصير الزواج بدون هذا الشرط؟

1- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص.144.

2- الترمذي، الجامع الصحيح ، ط2، مطبعة الحلبي، مصر، 1968، ص.266.

3- ابن جزري، المرجع السابق، ص.20.

4- ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.20.

5- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، د.س.ن، ص.216.

6- الشيخ أحمد بن محمد الصاوي، المرجع السابق، ص.216.

تنص المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين...، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"<sup>1</sup>.

نجد أنّ المشرع المغربي أوجب سماع العدلين بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه وهذا حسب نص المادة 13 من مدونة الأسرة المغربية<sup>2</sup>، ولكنّه بمقابل ذلك لم يشر إلى مصير عقد الزواج بدون العدلين، هل يكون فاسدا أم باطلا؟ ومنه يجب عليه الإشارة إلى مصير الزواج بدون العدلين لأنّه أوجبهما.

### ثالثا: زواج الشغار

يعرف هذا الزواج بأنه : أن يزوج الرجل أخته لآخر على أن يزوجه الآخر أخته أو يزوجه ابنته و جعل بضع كل واحدة منهما مهرا للآخر<sup>3</sup>، أو بمعنى آخر على أن ينكحه هو الآخر ابنته أو المرأة التي يلي أمرها على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى و لم يسم لكل واحدة منهما صداقا فهذا نكاح الشغار<sup>4</sup>.

واختلفت آراء الفقهاء بالنسبة لحكم هذا النكاح هل هو نكاح صحيح أو فاسد كالاتي:

1/ عند فقهاء الحنفية: يكون العقد صحيحا ولكن يجعل لكل واحدة منها مهر المثل، كما جاء في فتح القدير أن نكاح الشغار هو أن يتزوج الرجلان كل موليه الآخر على أن يكون بضع كل مهرا لمولية الآخر صح النهي عنه، وإذا عقد كذلك صح موجبا لمهر المثل لكل منهما، ولم يلزمنا النهي، بل على إلغاء الشرط المذكور، فلم يلزمنا النهي<sup>5</sup>.

وفي رد المحتار أيضا وحاصله أنه مع إيجاب مهر المثل لم يبق شغارا حقيقة، وإن سلم فالنهي على معنى الكراهة، فيكون الشرع أوجب فيه أمرين: الكراهة ومهر المثل، فالأول مأخوذ من

1- قانون رقم: 84-11، المرجع السابق.

2- مدونة الأسرة المغربية.

3- علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص.565.

4- الشافعي، المرجع السابق، ص.294.

5- كمال الدين ابن همام، المرجع السابق، ص.240.

النهى والثاني من الأدلة الدالة على أن ما سمي فيه ما لا يصلح مهرا ينعقد موجبا لمهر المثل، وهذا الثاني دليل على حمل النهي على الكراهة دون الفساد<sup>1</sup>.

والنهي الذي جاء بما روي عن الرسول صلى الله عليه و سلم بأنه نهى عن الشغار<sup>2</sup> يكون متعلقا بمفهوم الشغار والذي يرتبط بخلو النكاح عن المهر وكون البضع صداقا ويقولون بنفي هذه الماهية وما يصدق عليها شرعا فلا تثبت النكاح كذلك فيبقى نكاحا مسمى فيه ما لا يصلح مهرا فينعقد موجبا لمهر المثل لم يبق شغارا حقيقة<sup>3</sup>، ويجعلنا هذا أن نرجع إلى القاعدة الأساسية التي استند الحنفية عليها عند التفريق بين الباطل والفساد وذلك بكون النهي متعلقا بذات المنهى عنه أو بوصف متعلق بذات الشيء، فالنهي إذا تعلق بذات النكاح جعله باطلا، ولكن إذا تعلق بوصفه فسد النكاح، وإذا أردنا أن نطبق هذه القاعدة على نكاح الشغار نرى بأن النهي متعلق بتسمية المهر في النكاح وذلك كإدخال شرط فاسد في الزواج<sup>4</sup>.

والنكاح لا يبطله الشروط الفاسدة فيجعل مهر المثل واجبا للمرأة و حينئذ يصح النكاح صحيحا.

2/ عند الشافعية والمالكية والحنابلة نكاح الشغار نكاح غير جائز ويجب فسخه قبل الدخول وبعده لكونه نكاحا غير جائز ولا يصح.

جاء في المذهب للشيرازي بأنه لا يجوز نكاح الشغار<sup>5</sup>، وفي حاشية الدسوقي أيضا نجد ما يدل على هذا القول وجاء فيها بأنه لا قائل بجواز نكاح الشغار<sup>6</sup>، ويستدلون بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم بأنه قال بأنه لا شغار في الإسلام<sup>7</sup> والنهي هنا يعتبر نهيا عن النكاح نفسه لا عن الصداق ولو كان عن الصداق لكان النكاح ثابتا ولها مثلها<sup>8</sup>، والنهي يوجب فساد المنهى عنه

1- ابن عابدين، المرجع السابق، ص.116.

2- صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشغار، حديث رقم: 5112، ص.921.

3- علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص.565.

4- تحسين بيرقدار، المرجع السابق، ص.394.

5- الشيرازي، المرجع السابق، ص.46.

6- الدسوقي، المرجع السابق، ص.239.

7- صحيح المسلم، كتاب النكاح، باب تحريم الشغار وبطلانه، حديث رقم: 2617 ص.877.

8- الشافعي، كتاب الأم، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2001، ص.294.

ولأن كل واحد منهما جعل صداقا للأخرى فهذا لا يجوز بنظرهم، واتفقوا على أن صفته هو أن ينكح الرجل وليته رجلا آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه ببيع الأخرى وحكمه نكاح غير جائز لثبوت المنهي عنه<sup>1</sup>.

3/ وعند المالكية ينقسم الشغار إلى ثلاثة أقسام: شغار صريح وهذا حكمه البطلان قبل الدخول وبعده.

والثاني وجه الشغار أن يقول له زوجني أختك بعشرة ألف دينار على أن أزوجك أختي، بعشرة ألف دينار، وحكم هذا الآخر هو البطلان أيضا ولكن يفسخ قبل الدخول لا بعد الطلاق.

القسم الثالث هو أن يقول زوجني أختك مثلا بمائة جنيه على أن أزوجك أختي أو أمتي بلا مهر وهذا ما يسمى بالمركب إذ جمع صفات القسمين الأولين بواحد وحكم هذا القسم هو المسمى لها المهر يفسخ عقدها قبل الدخول ويثبت بعده بالأكثر من المسمى ومهر المثل، وأما غير المسمى لها فإن عقدها يفسخ قبل الدخول وبعده ولها في حال الفسخ بعد الدخول صداق المثل<sup>2</sup>.

4/ وذهب الظاهرية إلى القول بفساد زواج الشغار مطلقا سواء ذكر فيه المهر أم لا بناء على الأصل القائل بأن النهي يقتضي الفساد مطلقا سواء كان لعينه أم لوصفه اللازم، أم لخارج غير لازم<sup>3</sup>.

في ضوء ما تقدم نرى أن اختلاف الفقهاء بفساد أو فسخ هذا الزواج يكمن فيما يتعلق بالنهي فعند الحنفية يقرون بصحة هذا الزواج بعد ما يحددون مهر المثل لكل واحدة منهما أما عند جمهور الفقهاء يكون زواجا غير صحيح، وهذا هو الأصح والراجح وذلك لكون النهي عن الشغار جاء مطلقا في قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ولا يجب أن نجعل المرأة مقابلا للمهر يتعامل بها في عقد الزواج."

1- ابن رشد، المرجع السابق، ص.57.

2- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.57.

3- مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه، في نسيجه الجديد، ج1، شركة الخنساء، بغداد، 2002، ص.147.

نجد أنّ المشرع الجزائري لم يشر إلى هذا النوع من الزواج، إذن ما هو مصيره؟ ونحن نعلم أنّ الهدف المقصود من هذا الزواج أنّ يكون بدون مهر، ونحن نعلم أنّ الصداق هو نحلة للزوجة تتصرف فيه كما تشاء، وهذا الزواج يكون لمصلحة الزوج، ولكن بمقابل ذلك هو مساس بحق الزوجة، أي افتقار للذمة المالية للزوجة؛ ومنه نقول أنّ هذا النوع من الزواج هو فاسد إذا قبلت الزوجة بالرجل (أي توفر ركن الرضا)، ولم تقبل بعدم وجود المهر، وباطل بعدم قبولها أصلا لأنّه زواج بدون ركن الرضا، ضف إلى ذلك عدم وجود شرط المهر.

ونجد أنّ المشرع المغربي أيضا لم يشر إلى هذا النوع من الزواج.

#### رابعا: زواج المسيار

يعدّ زواج المسيار نوعا من أنواع الزواج التي انتشرت في هذه الآونة الأخيرة في معظم الدول العربية وخاصة الخليجية منها، وهذا الزواج ليس شيئا جديدا وإنما عرفه الناس قديما، ولكن تحت اسم مختلف، وسمي هذا النوع من الزواج بالمسيار، لأن الرجل يكثر فيه السير إلى زوجته في أوقات متفرقة ومتعددة ولا يستقر عندها أو لأن الرجل يذهب لزوجه غالبا في النهار أو لأن زيارة الزوج لزوجه تكون سريعة وخاطفة بخلاف العلاقة الزوجية التي تمتاز بالهدوء والإستقرار<sup>1</sup>.

ويعرف هذا الزواج بأنه عقد بين رجل و امرأة تحل له شرعا على أن تتنازل المرأة عن بعض حقوقها الخاصة بها وبإختيارها<sup>2</sup>.

وبعبارة أخرى فإنّ هذا الزواج هو الزواج الذي يذهب فيه الرجل إلى بيت المرأة ولا تنتقل المرأة إلى بيت الرجل وفي الغالب تكون هذه زوجته الثانية وعنده أخرى هي التي تكون في بيته وينفق عليها، فروح هذا الزواج هو إعفاء الزوج من واجب المسكن والنفقة والتسوية في القسم بينها وبين زوجته الأولى أو زوجاته تنازلا منها<sup>3</sup>.

1- خالد محمد صالح، التكييف الفقهي والقانوني لزواج المسيار وبعض الأنكحة المعاصرة، مجلة القانون والسياسة، العدد الرابع، هولير، 2008، ص. 188.

2- محمد طعم قضاة، زواج المسيار و حكمه الشرعي، المرجع السابق، ص. 200.

3- يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص. 294.

والحقيقة أن لهذا الزوج صوراً متعددة ومختلفة، وهذا ما أدى إلى تعدد آراء مختلفة ما بين مانع ومجيز لهذا الزواج، ولعلّ البعض حرّمه بناءً على عدم توفر شروطه على مذهب معين وأباحه الآخر على توافرها في مذهب آخر أو وفقاً لمعايير مختلفة بالبلد الذي انتشر فيه هذا الزواج وأيضا للعرف تأثير على ذلك.

فالزواج يشترط لانعقاده وصحته شروط وأركان أساسية، وزواج المسيار حتى وإن كان نوعاً من أنواع الزواج إلاّ أنّه مكتمل الأركان والشروط، فلا يملك الفقيه أن يبطل مثل هذا العقد المستوفي لأركانه وشروطه<sup>1</sup>؛ لأنّ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني وليست للألفاظ والمباني، ومهما كانت تسمية هذا الزواج فالمهم أن تتحقق أركان عقد الزواج وشروطه<sup>2</sup>، ويعتبر في هذه الحالة زواجا صحيحا.

والمسألة القابلة للنقاش هنا هي إسقاط الزوجة حقها في المبيت والنفقة والقسم ومدى تأثير إسقاط هذه الحقوق المثبتة لها شرعا على عقد الزواج وذلك بإبطال هذه الشروط وجعل العقد صحيحا أو شمول البطلان لكل من العقد والشرط معا.

وفيما تتمثل الآراء الواردة بشأن زواج المسيار:

1/ الرأي الأول: يذهب إلى القول بأنّه لا يجوز تنازل المرأة عن حقها في النفقة والمبيت ولا يكون هذا التنازل ملزماً وذلك لأنّ هذه الآثار تنشأ بعد انعقاد العقد وليس قبل العقد، لذلك اشتراط عدم كونها على الرجل باطل، ومن هذا المنطلق يحتوي زواج المسيار على بعض الشروط الفاسدة التي قد تفسد العقد وذلك لأن مثل هذه الحقوق ثبتت لها شرعا فلا يجوز التنازل عنها<sup>3</sup>، وهذه الشروط تخالف مقتضى العقد.

1- يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص.295.

2- المرجع السابق، ص.296.

3- خالد محمد صالح، المرجع السابق، ص.198.

فالنفقة لا تسقط إلا بالأداء، فكيف تسقط أمراً لم يثبت في ذمة الرجل وتبراً ذمة إنسان ما لم يثبت به حق؟<sup>1</sup>، وتنازل المرأة عن هذه الحقوق لا يصادف محلاً، لأنه لا يصح للزوجة أن تبريء ذمة زوجها في نفقتها إلا بعد فرضها<sup>2</sup>؛ فلا يجوز تنازل المرأة عن هذه الحقوق لأنه لم يثبت في الذمة بعد.

2/ الرأي الثاني: ولكن هذا القول مردود بالنسبة لمن يؤيدون جواز تنازل المرأة عن هذه الحقوق والممثلون للرأي الثاني: والقائلون بجواز تنازل المرأة عن بعض حقوقها، ويستدلون على قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾<sup>3</sup>.

وجاءت عن عائشة رضي الله عنها في تفسيرها: "أن المرأة التي تكون عند الرجل لا يستكثر منها، فيريد طلاقها ويتزوج غيرها، تقول له: امسكني و لا تطلقني، ثم تزوج غيري، فأنت في حل من النفقة عليّ والقسمة لي، فذلك قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾<sup>4</sup>، فلا مانع من تنازل المرأة عن بعض حقوقها بمحض إرادتها لمصلحتها هي التي تقدرها، وهي امرأة بالغة عاقلة رشيدة، وليست طفلة ولا مجنونة ولا سفیهة<sup>5</sup>.

وللمرأة التنازل عن حقها في القسم إذا كانت للرجل أكثر من زوجة بدليل أن سودة بنت زمعة زوجة الرسول صلى الله عليه وسلم وهبت يومها لعائشة، إذ جاء عن عائشة رضي الله عنها أن سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة وكان النبي صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة بيومها ويوم سودة<sup>6</sup>.

1- ملكة يوسف زرار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى، ج1، الفتح الأعلام العربي، القاهرة، د.س.ن، ص.221.

2- علي حسين الخلف الجبوري وسليمان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في القانون، المكتبة القانونية، بغداد، 2006، ص.244.

3- سورة النساء، من الآية (128).

4- سورة النساء، من الآية (128).

5- يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص.296.

6- البخاري، حديث رقم 5212، ص.938.

وهذا الزواج أشبه بزواج اللّيليات أو النهاريات التي قالوا قديما بإباحته وجوازه كما جاء في البحر الرائق لابن نجيم بأنه لا بأس بتزوج النهاريات: وهو أن يتزوجها ليعقد معها نهارا دون اللّيل و ينبغي أن لا يكون هذا الشرط لازما عليها ولها أن تطلب المبيت عندها ليلا<sup>1</sup>.

ونجد أنّ المشرع الجزائري لم يشر إلى هذا النوع من الزواج، كذلك نظيره المغربي. ومنه نقول من خلال ما تقدم نرى بأنّ زواج المسيار زواج مستكمل الأركان والشروط المتعارف عليها فقها وقانونا، ولكن يتضمن تنازل المرأة عن بعض حقوقها المثبتة في الشرع والقانون لها منها النفقة والقسم والمبيت، وقد يشترط ذلك في العقد ويذكر فيه وقد يكون شفاهة ولا يأتي على ذكرها في عقد الزواج عند إبرامه فيبطل الشرط ويصح العقد في هذه الحالة.

<sup>1</sup>- ابن نجيم الحنفي، المرجع السابق.ص.116.

خاتمة

يتطلب لتكوين عقد الزواج توفر أركان وشروط معينة، مثله في ذلك مثل باقي العقود الأخرى، إلا أنه يختلف عنها لأنه عقد ديني مقدس (ميثاق غليظ)، يجب توافر شروط أخرى خاصة به، وهي أهلية الزواج، والصداق، والولي، والشاهدين، وانعدام الموانع الشرعية؛ ويتوافر الركن والشروط ينشأ هنا نشأة سليمة وصحيحة، ويستمر تنفيذه مدى الحياة، ولكن هذا لا يعني أنه لا يمكن إنهاء الزوجية إلا بموت أحد الزوجين، بل تنحل الرابطة أيضا بالطلاق (الطلاق بالإرادة المنفردة، الطلاق بالتراضي، التطليق، الخلع)، والفسخ رغم أنه نشأ صحيحا مثل: أن يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها، وكما يمكن أن تنحل الرابطة الزوجية أيضا، إذا نشأ العقد نشأة غير سليمة وغير صحيحة، فيكون باطلا إذا تخلف الركن، كما يمكن له أن يكون فاسدا إذا تخلف شرط من شروطه.

ويعبر عن العقد غير الصحيح بالعقد الباطل أو الفاسد، ولكن هذا لا يعني أن العقد الباطل هو نفسه العقد الفاسد، بل الاختلاف بينهما كبير ويتضح ذلك في السبب الذي يقوم عليه النظامين، والوصف الذي يلحق كلاهما، وفي السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي، وفي الأثر القانوني الذي يترتب عليهما.

ونجد أنّ سبب بطلان عقد الزواج كأصل هو تخلف ركن الرضا، أو إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أمّا سبب فسخ عقد الزواج كأصل فهو تخلف أحد الشروط مثل: تخلف الشاهدان أو الصداق أو الولي في حالة وجوبه، وإمكانية الفسخ هنا تكون قبل الدخول، أو الزواج بإحدى المحرمات (فهنا يفسخ إمّا قبل الدخول وإمّا بعد الدخول)؛ كما نجد أنّ البطلان يرد دائما على عقد الزواج غير الصحيح لأنّ العقد ينشأ نشأة غير سليمة وذلك كأصل بتخلف ركن الرضا، بينما الفسخ يرد على العقد الصحيح وغير الصحيح.

ونلاحظ في مجال القضاء أنّ الحكم بالبطلان هو كاشف له ويرد على عقد غير صحيح منذ نشأته، بينما نجد في حالة الفسخ أنّ للقاضي السلطة التقديرية، إذن الحكم بالفسخ هو منشأ.

ويبرم عقد الزواج كأصل من قبل الزوجين، فهما ملزمان بما هو في القانون، ولا يعذر بجهل القانون، وعلى هذا الأساس يجب على المشرع الجزائري أن يجعل إبرام عقد الزواج الباطل جريمة يعاقب عليها قانونا، ولكن في حالات معينة:

الحالة الأولى: إذا علم الزوج أو الولي أو كل من تولى إجراء هذا العقد الباطل بعدم رضا الزوجة، وتعمد على إبرامه؛ فهنا يعاقب كل من علم بالبطان بالسجن من سنتين إلى خمسة سنوات.

الحالة الثانية: إذا علم الزوجان أو الولي أو كل من تولى إجراء هذا العقد الباطل أو أي شخص آخر، بوجود سبب من أسباب البطلان الشرعي أو القانوني، ولم يعلم السلطات المعنية بالبطان؛ فهنا يعاقب كل من علم ببطلانه بالسجن من خمسة سنوات إلى عشرة سنوات.

وتتم هذه الجريمة بعد العلم بالأسباب الشرعية أو القانونية التي سبق أن ذكرناها للبطان، ومن هذا المنطلق يمكن لنا تحديد أركان هذه الجريمة:

الركن المادي: هو إبرام عقد الزواج الباطل باعتباره المظهر المادي المعاقب عليه من قبل القانون، ويتجسد بالإتيان بالفعل الإيجابي لإنشاء هذا العقد مع اكتمال العناصر اللازمة لتحقيق النتيجة، وهي عقد الزواج الباطل، والذي يعتبر سلوكا إجراميا أمر القانون بالامتناع عن القيام به.

والركن المعنوي: في الوقت الذي يعتبر الركن المادي للجريمة المظهر الخارجي الظاهر للعيان للفعل، فإنه يضم الركن المعنوي العناصر النفسية المرتبطة بالإنسان والمعتبرة بالأصول النفسية لماديات الجريمة.

ويتمثل الركن المعنوي لهذه الجريمة بالقيام بالزواج الباطل مع توفر العلم بالواقعة المخالفة للقانون أي العلم بالأسباب الشرعية والقانونية لبطلان الزواج. ومع ذلك يستمر بتنفيذ هذا العقد.

والركن الشرعي: وهو وقوع فعل معاقب عليه في القانون وهو يعتبر جريمة، أي أن يكون الفعل خاضعا لنص تجريمي في القانون.

# قائمة المراجع

## - القرآن الكريم

### أولاً: الكتب

#### 1: الكتب باللّغة العربية

- 1- إبراهيم بن علي الفيروزي، أبادي الشيرازي، المهذب في الفقه الإمام الشافعي، ج1، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر، د.س.ن.
- 2- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، 1999.
- 3- إبراهيم محمد سقيني، الميسر في أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، ط2، سوريا، 1996.
- 4- ابن جزي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، عالم الفكر، القاهرة، د.س.ن.
- 5- ابن حجر العسقلاني، المطالب العالية، كتاب البيوع، باب الغضب، د.ب.ن، د.س.ن.
- 6- ابن حزم، المحلي بالآثار، ادارة الطباعة المنيرة، مصر، 1929.
- 7- ابن رشد، بداية المجتهد، ط6، دار المعرفة، بيروت، 1982.
- 8- ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 1992.
- 9- ابن نجيم الحنفي، البدر الرائق، شرح كنز الدقائق، ج6، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن.
- 10- أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي الشيرازي، التبصرة في أصول الفقه، دار الفكر، دمشق، 1403 هجري.
- 11- أبو الثناء محمود الحنفي الماثريدي، كتاب في أصول الفقه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1995.
- 12- أبو بركات عبد الله النسفي، كشف الأسرار شرح المنصف على المنار، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن.

- 13- أبو حامد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، دار الأرقم، بيروت، د.س.ن.
- 14- أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب التحليل، د.د.ب.ط، د.ب.ن، 1791.
- 15- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثاني، ج3، دار الحديث، القاهرة، 2002.
- 16- أبو محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري، الأحكام في أصول الأحكام، ج3، دار الحديث، القاهرة، د.س.ن.
- 17- أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2010.
- 18- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مطبوعات جامعة الكويت، 1972.
- 19- أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2007.
- 20- أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج1، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2006.
- 21- أحمد المصري، النكاح والقضايا المتعلقة ، ابن زيدون، القاهرة، 1967.
- 22- أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، الدار الجماهيرية للنشر و التوزيع و الإعلان، مصراته، 1990.
- 23- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 24- أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- 25- إسماعيل أمين نواهضة وأحمد محمد الموني، الأحوال الشخصية، فقه النكاح، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2010.
- 26- البخاري، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب و الرضاع، حديث رقم: 2645، الجامع الصحيح، د.ب.ن، د.س.ن.
- 27- الترمذي، الجامع الصحيح ، ط2، مطبعة الحلبي، مصر، 1968.
- 28- الدردير، الشرح الصغير-ومعهاشية الصاوي-، مطبعة الحلبي، مصر، 2010.

- 29- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، د.س.ن.
- 30- الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ج3، دار المعرفة، ط2، بيروت، ب.س.ن.
- 31- السيد سابق، فقه السنّة، المجلد الثاني، نظام الأسرة، الحدود والجنائيات، ط4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1983.
- 32- الشافعي، كتاب الأم، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2001.
- 33- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، 1997.
- 34- الشيخ محمود محمد الشيخ، المهر في الإسلام بين الماضي والحاضر، المكتبة العصرية، بيروت، 2003.
- 35- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق آخر تعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 36- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري، ج1، (الزواج والطلاق)، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 37- الموطأ للإمام مالك، جامع ما لا يجوز من النكاح، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.
- 38- بدر الدين بن بهدار الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
- 39- بدر الدين بن بهدار الزركشي، المنشور في القواعد، ج3، ط2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1984.
- 40- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، ط2، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.
- 41- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة، ج1، بيروت، 1967.
- 42- تحسين بدير قدار، الأنكحة المنهى عنها في الشريعة الإسلامية، دار ابن حجر، دمشق، 2007.

- 43- تقي الدين أحمد بن تيمية، مجموعة الفتاوى، ج31، دار الوفاء للطباعة، القاهرة، 1997.
- 44- تقي الدين أحمد بن تيمية، مجموعة الفتاوى لابن تيمية، باب المحرمات في النكاح، المجلد16، ج32، ط2، دار الوفاء، النصورة، 2001.
- 45- توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، دار الجامعة، بيروت، 1980.
- 46- جبر محمود الفضيلات ،بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه و القانون، الشهاب للطباعة والنشر، الجزائر، د.س.ن.
- 47- حافظ العلاني، تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، دار الكتب الثقافية، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 48- حسن أيوب، فقه المعاملات المالية في الإسلام، ط2، دار السلام، القاهرة، 2003.
- 49- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المجلد الثاني: أحكام عقد الزواج بين آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مطبعة سامي، مصر، د.س.ن.
- 50- رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلام والقانون والقضاء(دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
- 51- رمضان علي السيد الشرنباطي وعبد الهادي سالم جابر ،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقضاء والقانون منشورات الحلبي الحقوقية ،سوريا ،2007.
- 52- زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 1989.
- 53- شهاب الدين أبي عباس القرافي، الفروق، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، مكة المكرمة، 1344 هجري.
- 54- صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشغار، حديث رقم: 5112.
- 55- صحيح المسلم، كتاب النكاح، باب تحريم الشغار وبطلانه، حديث رقم: 2617.
- 56- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط7، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1987.

- 57- عبد الرحمن الجزيري، الفقه في المذاهب الأربعة، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1956.
- 58- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، ط8، المطبعة الجديدة، دمشق، 1985.
- 59- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط2، دار هومه، الجزائر، 2009.
- 60- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، 2007.
- 61- عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي وأحكام الملكية والشفعة والعقد، جامعة قاريونس بنغازي، ط4، 1993.
- 62- عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني ومشروع قانون الأحوال الشخصية اللبنانية، دار النفائس، بيروت، 1998.
- 63- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، 2004.
- 64- علاء الدين عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام للبيزدي، ج1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1974.
- 65- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005.
- 66- علي حسب الله، الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، د.س.ن.
- 67- علي حسين الخلف الجبوري وسلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في القانون، المكتبة القانونية، بغداد، 2006.
- 68- فخر الدين عثمان بن علي الزيّلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
- 69- فضيلة الشيخ حسن أيوب، فقه المعاملات المالية في الإسلام، دار السلام، القاهرة، 2003.
- 70- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 71- محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار العلم، دمشق، 1993.

- 72- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.
- 73- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن.
- 74- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الفكر، ب.س.ن، ب.م.ن.
- 75- محمد حسين منصور، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت، 1995.
- 76- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 77- محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، د.س.ن.
- 78- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجة شرح مقارن للأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، 2008.
- 79- محمد عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن.
- 80- محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار ابن حزم، بيروت، 2007.
- 81- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963.
- 82- محمد شربيني الخطيب، معنى المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، المكتبة القرمدية، مصر، 1958.
- 83- محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار ابن حزم، بيروت، 2007.
- 84- محمد محمدا، سلسلة الفقه الإسلامي، الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط2، دار النشر الشهاب، الجزائر، 2000.
- 85- محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، د.س.ن.
- 86- محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، مصر، د.س.ن.

- 87- محمود سعود المعيني، النهي وأثره في الفقه الإسلامي، منشورات مكتبة النمرود، الموصل، د.س.ن.
- 88- محي الدين القردي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1985.
- 89- مسلم بن الحجاج ابن مسلم النيسابوري، صحيح مسلم، ط2، دار السلام، الرياض، 2000.
- 90- مصطفى إبراهيم الزلطي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، شركة الخنساء، ط1، بغداد، 2002.
- 91- مصطفى إبراهيم الزلمي، أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية، ج1، مطبعة شفيق، بغداد، 1986.
- 92- مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه، في نسيجه الجديد، ج1، شركة الخنساء، بغداد، 2002.
- 93- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ب.د.ن، بيروت، 1998.
- 94- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، دار الوراق، بيروت، 2001.
- 95- منصور بن يوسف البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستنقع، دار الكتاب العربي، بيروت، 2005.
- 96- ملكة يوسف زرار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى، ج1، الفتح الأعلام العربي، القاهرة، د.س.ن.
- 97- موفق الدين ابن قدامي المقدسي، العمدة في الفقه الحنبلي، دار الكتاب العربي، بيروت، 2005.
- 98- موفق الدين عبد الله بن أحمد قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه
- 99- على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2002.
- 100- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته: الأحوال الشخصية، ج7، دار الفكر، سوريا، 1989.

101- يحيى بن يحيى الليثي، موطء الإمام مالك، كتاب البيوع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.

## 2: الكتب باللغة الفرنسية

1- HANS-ALBERT SCHWARZ – LIEBERMANN VON WAHLENDORF VON WAHLENDORF « UNE OUVERTURE - 8 SUR LA DIMENSION COMPARATIVE », IN Mariage et famille en question ? ouvrage édité sous la direction de rogernerson , tome 2 ,ed du CNRS ,paris ,1979.

2- VENCENT BERGER, JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROP2ENNE DES DROIT DE L'HMME, 4<sup>E</sup> Ed, SIREY, PARIS, 1994.

## ثانياً: البحوث

1-خالد محمد صالح، التكييف الفقهي والقانوني لزواج الميسار وبعض الأنكحة المعاصرة، مجلة القانون والسياسة، العدد الرابع، هولير، 2008.

2-فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، جامعة السليمانية، العدد الثالث، العراق، 2004.

## ثالثاً: المذكرات الجامعية

نادية خير الدين، الزواج الفاسد في الشريعة والقانون، رسالة ماجستر، كلية القانون جامعة الموصل،العراق، 1998.

## رابعاً: القواميس والمعاجم اللغوية

- 1- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث، دار المعارف، د.س.ن.
- 2- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج3، شركة المصطفى، ط2 سوريا، 1970.
- 3- أبو بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، 1967.
- 4- الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير، دار العربية للكتاب، تونس، د.س.ن.
- 5- المعجم الوسيط.
- 6- دينكن ميتشيل، ترجمة ومراجعة إحسان محمد الحسن، معجم علم الاجتماع، ط2، دار الطليعة، بيروت، 1986.

## خامساً: النصوص القانونية

- 1- أمر رقم: 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، والمتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم، ج ر العدد: 61، مؤرخة في 27 فيفيري 1970.
- 2- أمر رقم: 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل: 26 سبتمبر 1975، ج ر رقم: 78 مؤرخة في 24 رمضان 1395، موافق ل: 30 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
- 3- قانون رقم: 63-224 مؤرخ في 29 جوان 1963، المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقات الزوجية، ج.ر. عدد 44 مؤرخة في 2 جويلية 1963.
- 4- قانون رقم: 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد: 24، صادرت بتاريخ 12 رمضان 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984، معدل ومتمم.

**سادسا: الانترنت**

ظهير شريف رقم: 1.04.22، صادر في 12 من ذي الحجة 1424، الموافق: 3 فبراير 2004،  
ج.ر 5184، مؤرخة في 14 ذو الحجة 1424، موافق 5 فبراير 2004، متضمن تنفيذ القانون  
رقم: 70.03، بمثابة مدونة الأسرة المغربية،

[http://adala.justice.gov.ma/AR/Legislation/textesjuridiques\\_famille.aspx](http://adala.justice.gov.ma/AR/Legislation/textesjuridiques_famille.aspx)

الفهرس

1.....	مقدمة
5 .....	الفصل الأول:.....
7.....	المبحث الأول: البطلان والفسخ في العقود.....
7.....	المطلب الأول: تعريف العقد وأقسامه في الفقه الإسلامي والقانون.....
7.....	الفرع الأول: تعريف العقد.....
8.....	أولاً: تعريف العقد لغة.....
8.....	ثانياً: تعريف العقد اصطلاحاً.....
8.....	1: تعريف العقد اصطلاحاً عند فقهاء الشريعة الإسلامية.....
9.....	أ: المعنى العام.....
9.....	ب: المعنى الخاص.....
10.....	2: تعريف العقد في اصطلاح القانون.....
10.....	الفرع الثاني: أقسام العقد في الفقه الإسلامي والقانون.....
11.....	أولاً: أقسام العقد في الفقه الإسلامي.....
11.....	1: أقسام العقد عند جمهور الفقهاء.....
12.....	2: أقسام العقد عند فقهاء الحنفية.....
12.....	ثانياً: أقسام العقد في القانون.....
12.....	1: أقسام العقد في القانون المدني.....
13.....	أ: تقسيم العقود من حيث التسمية و التكوين.....

- 13..... من حيث التسمية.....
- 13..... العقود المسماة.....
- 13..... العقود غير المسماة.....
- 14..... من حيث التكوين.....
- 14..... العقود البسيطة.....
- 14..... العقود المركبة أو المختلطة.....
- 15..... ب: تقسيم العقود من حيث الإلزام وتحديد قيمة الإلزام.....
- 15..... من حيث إلزام الأطراف.....
- 15..... عقد ملزم للطرفين.....
- 15..... عقد ملزم لطرف واحد.....
- 15..... من حيث تحديد قيمة الالتزام.....
- 15..... عقود محددة.....
- 16..... عقود احتمالية.....
- 16..... ج: تقسيم العقود من حيث المقابل و مدى الالتزام.....
- 16..... من حيث المقابل.....
- 16..... عقد المعاوضة.....
- 16..... عقد التبرع.....
- 17..... من حيث الزمن.....
- 17..... العقد الفوري.....

- 17.....العقد المستمر
- 17.....2: أقسام العقد في قوانين الأحوال الشخصية
- 18.....المطلب الثاني: تعريف البطلان والفسخ في الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية
- 18.....الفرع الأول: تعريف البطلان والفسخ في الفقه الإسلامي
- 18.....أولاً: تعريف البطلان في الفقه الإسلامي
- 19.....ثانياً: تعريف الفسخ في الفقه
- 20.....الفرع الثاني: تعريف البطلان والفسخ في قانون الأحوال الشخصية
- 20.....أولاً: تعريف البطلان في قانون الأحوال الشخصية
- 21.....ثانياً: تعريف الفسخ في قانون الأحوال الشخصية
- 23.....المبحث الثاني: التمييز بين البطلان والفسخ في عقد الزواج
- 23.....المطلب الأول: أركان عقد الزواج وشروط انعقاده وصحته
- 23.....الفرع الأول: تعريف عقد الزواج
- 24.....1: تعريف عقد الزواج لغة
- 24.....2: تعريف عقد الزواج اصطلاحاً
- 25.....3: تعريف عقد الزواج قانوناً
- 26.....الفرع الثاني: أركان عقد الزواج
- 26.....1: تعريف ركن الرضا
- 27.....أ: تعريف الركن
- 27.....- تعريف الركن لغة -

- 27.....- تعريف الركن اصطلاحا
- 27.....ب: تعريف الرضا
- 28.....- تعريف الرضا لغة
- 28.....- تعريف الرضا اصطلاحا
- 31.....2: شروط انعقاد عقد الزواج (الشروط المتعلقة بالركن)
- 31.....أ: الشروط المتعلقة بالإيجاب والقبول
- 34.....ب: الشروط المتعلقة بكل من العاقدين
- 35.....ج: الشروط المتعلقة بالمعقود عليه
- 35.....المطلب الثاني: شروط الصحة في عقد الزواج(شروط عقد الزواج)
- 34.....الفرع الأول: شرط الأهلية
- 42.....الفرع الثاني: شرط الصداق في عقد الزواج
- 45.....الفرع الثالث: شرط الولي في عقد الزواج
- 48.....الفرع الرابع: شرط الإشهاد(الشاهدان) في عقد الزواج
- 50.....الفرع الخامس: شرط انعدام الموانع الشرعية في عقد الزواج
- 55.....الفصل الثاني: أساس التمييز بين البطلان والفسخ وأثارهما في عقد الزواج
- 57.....المبحث الأول: أساس التمييز بين البطلان والفسخ
- 57.....المطلب الأول: النهي وما يتعلق بأقسامه كأساس للتفرقة
- 57.....الفرع الأول: تعريف النهي وتقسيماته
- 58.....أولاً: تعريف النهي

- 1: تعريف النهي لغة.....58.....
- 2: تعريف النهي اصطلاحا:.....58.....
- ثانيا: تقسيمات النهي.....58.....
- 1: ما يرجع إلى ذات المنهى عنه أو القبيح لعينه.....59.....
- 2: النهي عن التصرف لوصف ملازم للمنهى عنه، أو لوصف لا ينفك عنه.....59.....
- 3: النهي لوصف مجاور له غير لازم (منفك عنه).....60.....
- الفرع الثاني: النهي كأساس للتفرقة بين البطلان والفسخ في العقد.....61.....
- أولا: الاختلاف في أثر النهي الراجع إلى أصل العقد أو وصفه.....61.....
- ثانيا: دلالة النهي عن التصرفات.....63.....
- المطلب الثاني: أثر النهي على التصرفات.....65.....
- الفرع الأول: النهي يقتضي فساد المنهى عنه.....65.....
- الفرع الثاني: النهي لا يقتضي الفسخ.....66.....
- المبحث الثاني: آثار الزواج غير الصحيح وصوّره.....70.....
- المطلب الأول: آثار عقد الزواج غير الصحيح.....70.....
- الفرع الأول: آثار بطلان عقد الزواج.....70.....
- أولا: المهر.....71.....
- ثانيا: الحد.....73.....
- ثالثا: النسب.....74.....
- رابعا: حرمة المصاهرة.....75.....

75.....	الفرع الثاني: آثار فسخ عقد الزواج
76.....	أولاً: المهر
78.....	ثانياً: النسب
79.....	ثالثاً: العدة
80.....	رابعاً: النفقة
81.....	خامساً: حرمة المصاهرة
82.....	المطلب الثاني: صوّر من عقود الزواج غير الصحيح
82.....	الفرع الأول: صوّر من الزواج الباطل
82.....	أولاً: زواج المحارم
85.....	ثانياً: زواج الرجل من زوجة الغير أو معتدته
89.....	ثالثاً: زواج المرتد(ة)
90.....	رابعاً: زواج المسلم بالكافرة
91.....	الفرع الثاني: صوّر من الزواج الفاسد
91.....	أولاً: زواج المحلل أو التحليل
94.....	ثانياً: الزواج بلا شهود
96.....	ثالثاً: زواج الشغار
99.....	رابعاً: زواج المسيار
103.....	خاتمة
106.....	قائمة المراجع

113.....الفهرس

يعد عقد الزواج من أهم العقود وأعظمها شأنًا كونه يتعلق بحياة البشرية فهو الأساس الذي تتبني عليه الأسرة و الحياة المشتركة، لذا نظمه الفقه والتشريعات الإسلامية إذ حظي باهتمام بالغ بإقرار جملة ما يتعلق به من أحكام و آثار .

تنقسم رابطة الزواج إلى نوعين من العقود صحيحة وغير صحيحة، لطالما كان معيار التمييز في مدى استيفاء التصرف لركنه ولشروطه لنعت العقد بالصحيح من عدمه، ففي حال وقوع اختلال في الركن أو الشروط عُدَّ العقد غير صحيح وانقسم بدوره إلى نكاح باطل أو فاسد، تلك هي القاعدة المسلم بها عند أغلب الفقهاء والتشريعات التي أخذت بفكرة التمييز بين العقدين في أحكامهما، آثارهما وصورهما .

## Résumé

L'acte de mariage est l'un des contrats les plus importants de la vie humaine qui est le fondement sur lequel est basée la vie conjugale, cet acte est organisé par la doctrine et la législation islamique afin de définir les règles et les effets approuvés par celui-ci.

Le lien nuptial se distingue en deux catégories d'actes : acte valide et non valide ; qui se caractérise par l'existence ou non des éléments constitutifs de l'acte de mariage ; le contrat est valide si les conditions sont réunies, dans le cas échéant le contrat est non valide et prend la forme d'un mariage nul ou vicié; cette règle est reconnue par la majorité de la doctrine et les législations pour différencier entre les deux types d'actes dans leurs dispositions, formes et effets.