جامعـة محمد خيضـر – بسكـرة –

كلية الحقـوق العلوم السياسيـة

قسـم الحقـوق

عنوان المذكرة

الفساد و البطلان في عقد الزواج

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

– تخصص قانون أحوال شخصية–

من إعداد الطالب:

براهيمي إسلام

تحت إشراف الأستاذة:

بوسطلة شهرزاد

الموسم الجامعي:

2017/2016.

الإهداء

إلى كل من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما

إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضلهما

إلى والدي العزيزين حفضهما الله

و أخص بالذكر الوالدة الكريمة أطال الله في عمرها

إلى كل طلبة و أساتذة كلية الحقوق
إلى كل من سقط من قلمي سهوا
أهدي هذا العمل

شكر و عرفان

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم و المعرفة
ويسر لنا انجاز هذا العمل
نقدم جزيل الشكر و الامتنان إلى كل من
ساعدنا على انجاز هذا العمل من قريب أو من
بعيد في تذليل ما واجهنا من صعوبات

ونخص بالذكر الأستاذة المشرفة الدكتورة
بوسطلة شهرزاد التي لم تبخل علينا بتوجيهاتها
و نصائحها القيمة التي كانت عونا لنا في بحثنا

كما أقدم الشكر لوالدتي الكريمة
ونتقدم بالشكر إلى عمال مكتبة على
مساعدتنا في توفير المادة العلمية

قائمة المختصرات:

د.س : دون سنة نشر

ددن: دون دار نشر

ق.أ : قانون الأسرة

ق.م : قانون مدني

ص : الصفحة

ط1: الطبعة الأولى

ج1: الجزء الأول

مقدمة

خلق الله الكون وكل ما عليه بنظام كوني معجز لا مجال فيه للخطأ وخلق الإنسان و سخر له كافة الظروف الطبيعية لوجوده واستقراره، حتى يرث الله الأرض وما عليها، ولضمان استمرارية الوجود في الكون جعل الله نظام تسير عليه كافة المخلوقات في هذه الحياة ألا وهو نظام التكاثر، إذ أن الإنسان بحاجة إلى تشكيل محيط إنساني يساعده على تجسيد هذا النظام والمتمثل في محيط الأسرة، إذ أنها تعتبر قوام المجتمع و الدعامة الأولى لبنائه، حيث يصلح بصلاحها ويفسد بفسادها لذلك أولى الإسلام اهتماما كبيرا بها ووضع سبيلا حصينا لتكوينها و الحرص على إستمراريتها وذلك عن طريق الزواج، على اعتبار أن الزواج هو السبيل الوحيد لتكوين الأسر و الطريقة الشرعية للإرتباط بين الرجل و المرأة، وظل هذا النظام قائما بتعاقب الأمم والحضارات إلى وقتنا الحاضر ولقد كان للإسلام دورا كبيرا في وضع الأسس و المبادئ التي يرتكز عليها في إطارها الحقيقي وضبط أحكامه في كتاب الله وسنة نبيه، فالشريعة الإسلامية اهتمت بعقد الزواج و عملة على تنظيمه و ضبط أحكامه حيث اشترطت لقيامه شروطا و أركانا يقوم عليها لصحته وخلوه من البطلان أو الفساد، ذلك لمدى أهمية هذه الرابطة التي تبنى بها المجتمعات والحضارات في شكل عقود تجمع بين الأزواج ولذلك يجب أن تكون هذه العقود صحيحة مكتملة الشروط و الأركان.

أهمية الموضوع:

يعتبر إبطال الزواج من أبرز المواضيع التي تتسبب في فك الرابطة الزوجية حيث تشكل مساوئ للأسرة و أفرادها، فبطلان العقد يعني هدمه و اعتباره معدوما كأنه لم ينعقد أصلا، أما فساد العقد فيكون نتيجة نقصانه من الشروط التي وضعها الشارع لقيامه، فالعقود الفاسدة أو الباطلة تندرج ضمن صنف عقود الزواج غير الصحيح، فمن المهم إدراك الأسباب الرئيسية المؤدية إليها، هذا ومن جهة أخرى فهناك اختلاف في تقسيم العقود في شقها غير الصحيح، حيث يذهب البعض إلى تقسيمها إلى قسمين أحدهما فاسدا ينتج عن اختلال أحد شروط العقد، أما الثاني فيكون باطلا يختل فيه أحد الأركان الجوهرية في العقد، وهناك من يعتبر كلا من العقد البطلان والعقد الفساد تسميتان لمعنى واحد، فلا يفرق بينهما ويجعل لهما نفس الحكم و الآثار وهنا تبرز أهمية معرفة هذه الاختلافات حيث أنها تعطي الموضوع أهمية كبيرة تكمن في ضرورة التفريق بين العقدين الفاسد والباطل في الزواج.

الإشكالية:

في تقديمنا لهذه الدراسة توجب علينا طرح الإشكالية التالية: **ما هو حكم عقد الزواج في حال تخلف أحد الشروط أو الأركان.؟**

أسباب إختيار الموضوع:

من أسباب اختيارنا لهذا الموضوع عوامل ذاتية تتمثل في الرغبة في معرفة الأسس التي يرتكز عليها نظام الزواج لتكوين الأسرة، إضافة إلى عوامل موضوعية تتمثل في كون الزواج من أهم المواضيع و أكثرها تأثيرا على سلامة الأسرة و المجتمع لذلك، إرتأينا البحث فيه و التركيز إلى حد ما على الزواج غير الصحيح و المتمثل في الزواج الفاسد والزواج الباطل، وذلك لمعرفة الفرق بينهما و الأسباب المؤدية إلى كل منهما، إضافة إلى الآثار التي تترتب عن كل منهما.

المنهج المتبع:

اتبعنا في دراستنا لهذا الموضوع **المنهج الإستقرائي الوصفي** إضافة إلى **المنهج المقارن**، وذلك لقيامنا بمحاولة استقراء الأسباب التي ترتب بطلان العقد أو فساده، حيث أننا قمنا بمحاولة معرفة ماهية البطلان و الفساد، كما حاولنا ذكر الأسباب الأساسية المؤدية إلى كل منهما، وما جاءت به المذاهب الفقهية المعروفة، بالإضافة إلى موقف المشرع الجزائري وميوله في ما تم وضعه من نصوص تخص هذا الموضوع، والمقارنة بين ما جاء في الفقه وما جاء في القانون بذكر أوجه الاختلاف وأوجه الاتفاق بينهما.

أدبيات الدراسة:

تجدر الإشارة إلى أنه في محاولة دراستنا لهذا الموضوع اعتمدنا على جملة من المراجع وبعض الدراسات السابقة، و المتمثلة في بعض الأبحاث و الرسائل العلمية منها رسالة دكتوراه للباحث توفيق شندارلي تحت عنوان فسخ عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري حيث تكلم فيها الباحث عن أسباب فسخ العقود في القانون، إضافة إلى مذكرة ماجستير للباحث أبوا القاسم بن الزين بعنوان عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ و

التصحيح حيث تناول فيها اقتران عقد الزواج بشروك تنافيه ومصير العقد في هذا الاقتران، كما تناول ما جاء به الفقهاء في تقسيمات العقود الصحيحة و غير الصحيحة،، و كذلك اعتمدنا بعض المراجع منها: وهبة الزحيلي تحت عنوان الفقه الإسلامي و أدلته حيث تضمن ما جاء به الفقه بخصوص اختلافات الفقهاء في تقسيم العقود من حيث الصحة و البطلان إضافة إلى الأنكحة الفاسدة و الباطلة، وكذلك كتاب محمد أبو زهرة بعنوان الأحوال الشخصية، و كتاب محاضرات في عقد الزواج حيث تضمنوا شروط العقد من شروط انعقاد و شروط صحة و نفاذ و لزوم، وقد اعتمدنا هذه المراجع لطبيعة الموضوع التي تميل إلى الجانب الفقهي، إضافة إلى بعض المراجع القانونية على غرار كتاب العربي بلحاج بعنوان أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري الذي تضمن موقف المشرع الجزائري من تقسيم العقود إضافة إلى أسباب بطلان العقد و فساده، وقد استعنا به في الجانب القانوني.

صعوبات الدراسة:

لقد واجهتنا بعض الصعوبات في عملية بحثنا، منها قلة الوقت المتاح لدراسة الموضوع و صعوبة فهم بعض المراجع الفقهية المتخصصة.

الخطة المتبعة:

إجابةً على الإشكالية السابقة قمنا بتقسيم بحثنا إلى مقدمة للموضوع و مبحث تمهيدي وفصلين و ذلك كالآتي:

المبحث التمهيدي: بعد التقديم للموضوع تناولنا ماهية عقد الزواج من تعريفات للعقد الصحيح و الفاسد و الباطل و بيان مقاصد الزواج و طبيعة العقد.

الفصل الأول: يحتوي على مبحثين، تناولنا فيهما الزواج الفاسد وآثاره في الفقه و القانون، بالإضافة إلى حالات الزواج الفاسد، وقمنا بمحاولة توضيح الآراء الفقهية التي اختلفت في هذا الموضوع وما ذهب إليه المشرع الجزائري بما نص عليه في قانون الأسرة الجزائري و نظريه العقود في القانون المدني إضافة إلى المقارنة بين ما جاء في الفقه وما جاء في القانون.

الفصل الثاني: يتشكل مبحثين مطالب خصصنا أولهما لمحاولة تبيين مفهوم الزواج الباطل في الفقه و القانون وذكر حالات البطلان و تبيين دور الإرادة في عقد الزواج، كما قمنا بتحديد الموانع الشرعية و المتمثلة في المحرمات من النساء المؤقتة منها و المؤبدة، إضافة إلى موقف المشرع الجزائري من الزواج الفاسد وما قام بوضعه من نصوص قانونية في هذا الموضوع، أما المبحث الثاني فقد خصصناه للآثار المترتبة على الزواج الباطل قبل الدخول و بعده، و اشتملت دراستنا الجانب الفقهي و القانوني و ذلك لطبيعة الموضوع، بالإضافة إلى خاتمة للموضوع تشتمل على محاولة للإجابة على الإشكالية المطروحة و بعض النتائج المتوصل إليها.

الفصل الأول

الزواج الفاسد و آثاره في الفقه و القانون

الفصل الأول

الزواج الفاسد و آثاره في الفقه و القانون

يعتبر الزواج الفاسد من أنواع الزواج الناقص أو غير الكامل إذ أنه إستوفى أركانه وشروط انعقاده ولكنه فقدا شرطا من شروط الصحة كالزواج بغير ولي أو بغير شهود أو بغير صداق فإذا لم يقترن بدخول كان كالعقد الباطل في عدم ترتب الآثار عليه واعتبار العقد منعدما الوجود، إذ أنه يجب التفريق بين الرجل والمرأة، وإذا نظرنا إلى الجانب الفقهي لوجدنا اختلاف في تقسيم الزواج غير الصحيح، فهناك من يعتبر الزواج الباطل و الفاسد سواء أي أن العقد الباطل عقد فاسد ولا فرق بين باطل العقد و فاسده، وهذا رأي جمهور الفقهاء ويرى الحنفية خلاف ذلك حيث يفرقون بين الفساد والبطلان في العقد غير الصحيح.

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة (جمهور الفقهاء) إلى الجمع بين العقدين الفاسد والباطل في لفظ واحد دون التمييز بين الأسباب التي تجعل منه كذلك، إذ أن اختلال ركن من أركان العقد أو شرط من شروطه يجعله باطلا، والركن حسبهم هو كل ما إتشتملت عليه ماهية العقد وكان سبيلا في وجوده، فأركان الزواج حسب المالكية أربعة تتمثل في الزوج والزوجة والصيغة والولي إلا أن الشافعية جعلوا لعقد الزواج خمسة أركان حيث أضافوا ركن الشاهدين زيادتا على ما قال به المالكية.

وذهب الحنفية على خلاف جمهور الفقهاء إلى التمييز بين العقد الفاسد والعقد الباطل وجعل كل واحد منهما يختلف عن الآخر من حيث المعنى والحكم والآثار وبذلك فهم يقسمون العقد غير الصحيح إلى قسمين عقد فاسد وعقد باطل، والعقد حسبهم ثلاثة أنواع هي العقد الصحيح والعقد الفاسد والعقد الباطل، وهم ينظرون إلى السبب الذي يخل بالعقد قبل الحكم على فساده أو بطلانه فهم يميزون بين الركن و الشرط ففي اختلال الركن يبطل الزواج وفي اختلال الشرط يفسد الزواج، والركن حسبهم يتمثل في الإيجاب والقبول فقط، وذلك على خلاف ما قال به الجمهور، فالرضا حسب الحنفية هو ركن الأساسي في العقد، فإذا اختل هذا الركن يكون العقد باطلا، وفساد العقد لا يرتبط بركنه بل يكون اختلال العقد خارج عن حقيقته كأن يكون في أحد أوصافه، و التفريق بين الركن والشرط كالوضوء في الصلاة فالوضوء خارج عن ماهية الصلاة بكونه شرطا لصحتها فإذا اختل الوضوء فسدت الصلاة، بينما الركن فهو جزء من الشيء مثال ذلك الركوع أو السجود في الصلاة.

تأثر المشرع الجزائري بما قال به الحنفية في تقسيم العقد إلى ثلاثة أنواع صحيح وفاسد وباطل هذا ما اتضح جليا في الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة 84-11 في تقسيم عقود الزواج.

حاولنا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول فيهما موقف الفقهاء من الزواج الفاسد وموقف المشرع الجزائري والآثار المترتبة عن فساد الزواج والفسخ و حالاته حسب المشرع الجزائري.

ذلك فيما يلي:

- **المبحث الأول: الزواج الفاسد في الفقه و القانون**
  - ✓ **المطلب الأول: الزواج الفاسد في الفقه**
  - ✓ **المطلب الثاني: الزواج الفاسد في القانون**
  - ✓ **المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه و القانون حول ماهية الزواج الفاسد**

- **المبحث الثاني: آثار الزواج الفاسد في الفقه و القانون**
  - ✓ **المطلب الأول: آثار الزواج الفاسد في الفقه**
  - ✓ **المطلب الثاني: أثار الزواج الفاسد في القانون**
  - ✓ **المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه و القانون حول أثار الزواج الفاسد**

المبحث الأول: الزواج الفاسد في الفقه و في القانون

لا يخلوا العقد من شروطه التي يقوم عليها في وجوده، و التي تتمثل في شروط الانعقاد وشروط الصحة وشروط النفاذ وشروط اللزوم، فالشرط لغة : بفتحتين هو العلامة، وهو إلزام الشيء والتزامه وجمعه شروط وأشرطة ومنها أشراط الساعة أي علاماتها[1] أما اصطلاحا: فهو أمر خارج عن ماهية الشيء وحقيقته يتوقف عليه وجود ذلك الشيء.[2]

فمن بين شروط الانعقاد رضا المتعاقدين، أما شروط الصحة فهي شروط خارجة عن انعقاد العقد، ففي اختلالها يعتبر العقد فاسدا عند الحنفية باطلا عند جمهور الفقهاء، إضافة إلى ذلك شروط النفاذ التي تجعل العقد غير نافذ في غيابها كغياب إجازة الولي في عقد الصبي المميز، ويكون العقد لازما إذا لم يكن لأحد الطرفين فسخه، كما يجدر بنا التطرق إلى أصل نظرية الفساد في الفقه الإسلامي.

العقد الصحيح كأصل عام يقوم على عدة شروط وأركان يرتكز عليها لصحته، ففساد العقد كما عرفناه سابقا يكون بإختلال في الشروط الواجب توفرها في العقد، كما أن الزواج الفاسد يختلف اختلافا كبيرا عن الزواج الباطل من حيث نوع الخلل الذي يعيبه و الآثار المترتبة عنه فهذا ما قال به الحنفية.

ذهب المشرع الجزائري حسب ما جاء في القانون قانون الأسرة، وما نص عليه في الفصل الثالث من هذا القانون، إلى الفصل بين العقدين الفاسد والباطل والواضح أنه تأثر بتقسيم العقد حسب المذهب الحنفي في تمييزه بين العقد الفاسد والعقد الباطل والفصل بين كل منهما في مفهومه وحالاته وحكمه الآثار المترتبة عنه، و اعتمدنا في دراستنا على الإشارة إلى ما قال به فقهاء الحنفية في عقد الزواج مقارنتا بما جاء في قانون الأسرة.

- **المطلب الأول: الزواج الفاسد في الفقه و القانون**
- **المطلب الثاني: آثار الزواج الفاسد في الفقه و القانون**
- **المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه و القانون حول ماهية الزواج الفاسد**

1- ابن منظور، **لسان العرب**. دار النوادر للنشر، الجزء السابع، ص 329.

2- مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**. دار النهضة العربية للنشر، ط2، بيروت، 2010، ص 95.

المطلب الأول: الزواج الفاسد في الفقه

يذهب جمهور الفقهاء إلي تقسيم العقد إلى قسمين عقد صحيح وهو العقد الذي استوفى كل شروطه وأركانه من شروط صحة وانعقاد ونفاد ولزوم، و العقد غير الصحيح والمتمثل في العقد الباطل هو العقد الذي أصابه خلل في احد شروطه أو أركانه، أما المذهب الحنفي فقد قسم العقود إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح كما قسم العقد غير الصحيح إلى قسمين عقد باطل وعقد فاسد حيث يكون هذا الأخير وسطا بين الصحة و البطلان، أما العقد الصحيح فهو العقد الذي استوفى كامل أركانه وشروطه، فعند نفاذه يترتب عليه كامل الآثار من وجوب المهر والنفقة على الزوج لزوجته ووجوب الطاعة على الزوجة و ثبوت النسب وحق التأديب بالمعروف و الميراث ذلك إذا كان العقد صحيحا نافذا لازما.

يعتبر العقد نافذا إذا كان صحيحا صدر من شخص كامل الأهلية يتمتع بولاية الإصدار سواء كانت أصلية أو نيابية كالعقد الذي ينشؤه شخص راشد عاقل لنفسه [1] ويكون العقد غير نافذا أو موقوف إذا كان صحيحا متوقفا على إجازة شخص آخر من غير المتعاقدين مثل عقد صبي مميز الزواج بنفسه، أو صدور إيجاب أو قبول من فضولي عن الزوج أو الزوجة، و من أحكام العقد غير النافذ أنه لا يجوز الدخول فيه. [2]

يكون العقد الصحيح النافد لازما فور انعقاده وإذا لزم لا يحق لأحد من الزوجين أو غيرهما نقضه أو فسخه ولا ينتهي إلا بالطلاق أو بالوفاة وهذا هو الأصل في عقد الزواج لان المقاصد التي شرع من أجلها هي دوام العشرة الزوجية [3] ذلك أن الوفاء بالعقود أمر واجب، مصداقا لقوله تعالى : **[يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ]**. [4]

أما العقد الصحيح النافد غير اللازم فهو العقد الذي يستطيع كل واحد من المتعاقدين أو احدهما أن يحل الرابطة العقدية بإرادته المنفردة دون أن يتوقف ذلك على رضا الطرف

1-- أحمد إبراهيم بك، **المعاملات الشرعية المالية**. المطبعة الفنية للنشر، القاهرة، 1932، ص 94.

2 – نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا**. دار الهدى للنشر، عين مليلة، الجزائر،2006، ص 76.

3– السيد سابق، **فقه السنة** . الفتح الإعلامي العربي للنشر، القاهرة، 1996 ،ج 2 ، ص 40.

4– سورة المائدة، الآية 01.

الآخر [1] كأن يتزوج شخص محجور عليه من غير إذن الحاجر، إذ يحق لهذا الأخير المطالبة بفسخ العقد.

إظافة إلى ما تم ذكره فيما يخص العقد الصحيح ففي مقابله العقد غير الصحيح إذ أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن العقد الصحيح هو العقد الذي تكون أركانه وشروطه سليمة، فذلك متفق عليه، أما موضوع الخلاف هو مقابل العقد الصحيح، فالجمهور يقولون أن مقابل العقد الصحيح هو عقد باطل منعدم الوجود، سواء كان الخلل في أركانه أو في شروطه.

إلا أن الحنفية يرون خلاف ذلك، حيث اعتبروا العقد باختلاله في أركانه باطلا، وإذا كان الخلل في غير أركانه بل في أوصافه فاسدا.[2]

العقد الفاسد حسب الحنفية هو عقد وسطي بين الصحة والبطلان على خلاف ما ذهب إليه المالكية والشافعية وبعض الحنابلة الذين لم يضعوا مصطلح الفساد في العقود، فالعقد حسبهم يكون على درجتين إما أن يكون صحيحا كاملا نافذا لازما أو أن يكون باطلا يجل فسخه بغض دون النظر سبب البطلان سواء كان شرطا أم ركنا.

الفرع الأول: عقد الزواج الفاسد

لقد سبق لنا تعريف العقد الفاسد على انه كل عقد توفرت فيه أركانه و شروط انعقاده إلا أنه اختل فيه أحد أوصافه وهذا حسب المذهب الحنفي، أما الزواج الفاسد سنعرفه في ما يلي:

أولا: مفهوم الزواج الفاسد

الزواج الفاسد عند الأحناف هو الزواج المشروع بأصله دون وصفه. و يكون الزواج فاسد عندهم في الحالات التالية: [3]

- الزواج بغير شهود

1- محمد حسنين، **نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي**. المؤسسة الوطنية للكتاب للنشر، الجزائر، 1988، ص35.

2- محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 409.

3- وهبة الزحيلي، مرجع سابق ، ص 100.

- الزواج المؤقت
- الجمع بين خمسة في عقد واحد
- الجمع بين امرأة و أختها و عمتها أو خالتها
- زواج امرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة
- نكاح المحارم مع العلم بعدم الحل: يقع فاسدا عند الحنفية و باطلا عند غيرهم.

ثانيا : أصل نظرية الفساد

إن التمييز بين الباطل والفاسد من عقود النكاح كان ولا يزال محل اضطراب كبير في مباحث الفقهاء، فالعقد الباطل غير منعقد بإجماع المذاهب الأربعة ولا تترتب عليه آثار العقد الصحيح أما العقد الفاسد فان المذهب الحنفي الذي أسس نظريه الفساد في العقود المالية من بيع ونحوه واعتبارها محطة متوسطة بين البطلان والصحة يعتبر العقد الفاسد في المعاملات منعقدا، وإذا تم تنفيذه وهو فاسد أنتج جميع آثاره المقررة له شرعا في حال الصحة من نقل الملكية أو غيره، لكنه يقبل الفسخ بل يجب فسخه بقوة القضاء إن لم يفسخه المتعاقدان اختيارا[1] وفي نظرية الزواج يشترك كل من الزواج الباطل والفاسد في وجوب الافتراق على الزوجين رفعا لهذا البطلان أو الفساد فيفترقا الزوجان من تلقاء نفسهما وإلا رفع الأمر للقضاء الشرعي ليفرق بينهما وهذا من المواضع التي ترفع فيها الدعوى من باب إزالة المنكر.[2]

تقوم نظرية الفساد في العقد على إبراز الوسطية بين العقد الباطل و العقد الصحيح فقد أنتجت عقدا فاسدا يختلف سبب عدم الصحة فيه عن العقد الباطل وهذا رأي المذهب الحنفي.

1- نبيل صقر، مرجع سابق، ص 74.

2- عبد الوهاب خلاف ، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**. دار القلم للنشر، ط 2، الكويت، 1990، ص 30.

ثالثا : حكم الزواج الفاسد

يختلف حكم الزواج الفاسد قبل الدخول و بعده :

1- قبل الدخول :

ليس للزواج الفاسد حكم قبل الدخول، فلا يترتب عليه شيء من آثار الزوجية، فلا يحل فيه الدخول بالمرأة، ولا يجب فيه للمرأة مهر ولا نفقة، ولا تجب فيه العدة، ولا تثبت به حرمة المصاهرة ويجب على الزوجين أن يفترقا بنفسهما، وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بالتفريق بينهما، ويجوز فيها الدعوى لإزالة المنكر من غير أن يكون للمدعي مصلحة شخصية[1]

2- بعد الدخول :

يختلف حكم الزواج الفاسد بعد الدخول حيث يترتب عليه عدة أحكام وذلك في حالة الدخول، فإذا حصل دخول بالمرأة، كان الدخول معصية ووجب التفريق بين الزوجين، ولكن لا يقام عليهما حد الزنا، وإنما يعزرهما[2] القاضي بما يراه زاجراً لهما، لوجود شبهة العقد، والحدود تدرأ بالشبهات، ولكن لو وقع وطء بعد التفريق يلزمه الحد، ولو دخلته شبهة.[3]

ترفع شبهة العقد قيام الحد في الدخول بالمعصية وذلك إذا كان بحسن نية دون علم بوجود المعصية أو الشبهة.

الفرع الثاني: الأنكحة الفاسدة

هناك عدة أنكحة ورد النهي فيها صراحة و عددها أربعة و هي نكاح المتعة و نكاح المحلل ونكاح الشغار ونكاح مخطوبة الغير، إلا أنه هناك اختلاف بين الفقهاء في اعتبار هذه الأنكحة فاسدة أم جائزة على غرار الشيعة وبعض المذاهب إلا أن أغلب الفقهاء أجمعوا

1 – وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ص 100.

2– يعزرهما : عزر يعزر من التعزير عكس الاختيار و هو الإجبار و فعل الشيء عن طريق الإكراه.

3– وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 101.

على عدم صحتها وتناقضها مع مقاصد الزواج إذ أنها حسبهم مبنية على الغرائز و النزوات وسنحاول تبيين ذلك فيما يلي:

أولا : نكاح المتعة

المتعة في الأصل هي الانتفاع وهي في اصطلاح الفقهاء أن يعقد الرجل على المرأة إما بلفظ المتعة أو يتفق معها أو مع وليها على أن يستمتع بها في نظير شيء معلوم إلى زمن ما[1] والأصل في الزواج أن يتم بصيغة التأبيد لا بصيغة التوقيت، لأن مقتضى عقد الزواج هو الدوام والعشرة بين الزوجين وتكوين أسرة بعدها ومن مهام الأسرة تربية الأولاد والاهتمام بهم وهذا لا يتحقق إلا إذا كانت علاقة الزواج مستمرة ودائمة ولا يمكن أن يفرق بينهما إلا الموت أو الطلاق لان عقد الزواج من العقود الأبدية وليس بعقد مؤقت مبني على الغرائز الجنسية والنزوات.[2]

يأتي زواج المتعة بصيغة تصدر من الرجل بقوله " أتمتع بك لمدة كدا "وهو باطل بإجماع الفقهاء ما عدا الشيعة عملا عندهم برأي ابن عباس وجماعة من الصحابة و التابعين ومثله الزواج المؤقت الذي يأتي بصيغة يتم فيها تحديد الوقت ويصدر بصيغة تصدر من الرجل كأن يقول" أتزوج بك لمدة عشرة أيام" وهو باطل عند الجمهور لأنه أتى بصيغة المتعة والعبرة في العقود بالمعاني وأجازه زفر و الشيعة و حجتهم في ذلك أن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة.[3]

يختلف زواج المتعة عن الزواج الصحيح في عدة عناصر منها الصيغة، فهي في زواج المتعة تكون بألفاظ مختلفة يكون التعبير فيها أساسه المتعة وتحديد مدتها وعادتا ما يكون نكاح المتعة مقابل شيء ما، وما يميز نكاح المتعة عن النكاح الصحيح أن يتم الاتفاق فيه على مبادئ تتنافى والمبادئ التي يقوم عليها الزواج الصحيح، سواء كان ذلك من حيث ألفاظ الانعقاد أو شروط النكاح المعروفة، وحجة القائلين بجواز نكاح المتعة أنه لم يرد نص

1 – احمد محمد الخليفي ، مرجع سابق، ص 233.

2 – عيسى حداد، مرجع سابق، ص 227.

3 – وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ص 107.

بتحريم هذا النوع من الزواج فهو حسبهم لا يحتوي على زنا محارم ولا شبهة للعقد بل انه يقلل من الزنا وانتشار الفاحشة.

ثانيا : نكاح الشغار

هو أن يزوج الرجل وليته على أن يزوجه الآخر وليته وليس بينهما صداق، و يطلق العوام على الشِغار اسم"الزُقار" بالزاي والقاف وبعضهم يطلق عليه البدل والسِلاع والسداح، وفسره بعض الصحابة أن يبدل الرجل الرجل أخته بأخته بغير صداق وفسره التابعين على أنه ينكح فيه الرجل ابنة الرجل وينكحه ابنته بغير صداق.[1]

جاء في مجلة البحوث الإسلامية أن النبي صلى الله عليه وسلم قد فسر في حديث أبي هريرة رضي الله عنه على: يزوج الرجل ابنته أو أخته على أن يزوجه الآخر بمثله ولم يقل ليس بينهما صداق، [2] و إختلف الفقهاء في تصحيح نكاح الشِغار على مذهبين[3]:

- ذهب مالك والشافعي وأحمد: إلا أن نكاح الشِغار لا يصحح ويفسخ أبدا قبل الدخول وبعده لما روى ابن عمر: أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن الشِغار.
- قال أبو حنيفة: أن نكاح الشِغار يصح بفرض صداق المثل أما النهي عنه في السنة فهو محمول على الكراهة، والكراهة لا توجب فساد العقد فيكون الشرع بذلك قد أوجب فيه أمرين الكراهة و مهر المثل.

من خلال ما سبق ذكره نخلص إلى أن نكاح الشِغار باطل عند جمهور الفقهاء أي المالكية والشافعية والحنابلة إذ أنهم أجمعوا على بطلانه ووجوب فسخه أبدا قبل الدخول وبعده، ويستوجب التفريق بين الزوجين غياب للمهر فالزواج حسبهم لا يخلوا من المهر إذ أنه حق للمرأة ولا يمكن التنازل عنه بالتزويج بالمقابل، فالرسول صلى الله عليه وسلم أوصى بإعطاء المرأة حقها من الصداق، إلا أن الحنفية اعتبروه صحيح مكروه لا يتم فسخه سواء قبل الدخول أو بعده ويلحقه التصحيح بمهر المثل.

1- أبي نصر محمد بن عبد الله ، **إرشاد الاختيار إلى حكم نكاح الشغار**. دار الآثار للنشر، ط1، اليمن، 2004، ص9.

2 – المرجع نفسه، ص 16.

3 – وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 106.

ثالثا : نكاح مخطوبة الغير

نهى الرسول صلى الله عليه وسلم على الخطبة على خطبة الغير حيث يتقدم شخص لخطبة امرأة مخطوبة لغيره وهو يعلم بذلك ويقيم الزواج عليها وقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث المتفق عليه " لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه. "

رُوي أيضا من طريق ابن عمر رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك.[1] وإختلف الفقهاء في موضوع الخطبة على الخطبة إلى ثلاثة آراء :

فعند الظاهرية لا يصح العقد لظاهر الحديث ولا يمكن أن ينهي الشارع عن أمر ثم يعترف به وذهب الجمهور إلى صحة العقد ومنهم الحنابلة الذين إعتبروا الخطبة خارجة عن العقد فليس العقد حسبهم محل النهي بل الخطبة، وعلى خلاف ذلك ذهب مالك إلى فسخ العقد قبل الدخول واعتبره صحيحا بعده.[2]

رابعا : نكاح المحلل

المحلل لغة: هو من صير الحرام حلالا، فاسم الفاعل من أجل محلل ومن استحل مستحل،[3] أما اصطلاحا فقد عرفه الفقهاء على أنه تزوج المطلقة ثلاثا بعد إنقضاء عدتها أو الدخول بها، ثم تطليقها لتحليلها للزوج الأول وحكمه يقع كبيرة من كبائر الإثم والفواحش، حرمه الله ولعن فاعله فحسب ما جاء في رواية أحمد : عن أبي هريرة رضي الله : عنه عن الرسول صلى الله عليه و سلم قال: " لعن الله المحلل و المحلل له". [4]

تعتبر الأنكحة سالفة الذكر من صنف النكاح غير الصحيح رغم الاختلاف الواقع بين الفقهاء وذلك لما يميزها من اختلال في أحد العناصر الواجب توفرها في الزواج الصحيح، حيث تعيب العقد وتتنافى ومقاصده، فهذه الأنكحة حسب الفقهاء لا تهدف إلى تكوين أسرة

1 – ناجي بن حسين بن إبراهيم ، **أحكام خطبة النساء في الإسلام**. السعودية، 2010، ص 41.

2 – محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 60.

3 – ابن منظور، مرجع سابق، ص 177.

4 – عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 39.

أساسها المودة والرحمة والتعايش بين الزوجين، بل هدفها الأساسي إشباع الغرائز البشرية وليس لها علاقة بما جاء في الدين الإسلامي الحنيف بالرغم من تحجج القائلين بها أنها تهدف إلى عدم الوقوع في الفاحشة ووضع الصفة الشرعية للنكاح، فالشغار حسب جمهور الفقهاء يبخل المرأة حقها من الصداق الذي أعطاها إياه الدين كما أن المحلل يوقع في الزنا والفاحشة، وإلى ذلك أيضا يهدف نكاح المتعة الذي يتعارض مع المعنى الحقيقي للزواج.

كما أن العقد قد يفسد كذلك بفساد الشروط فيه كإشتراط الزوجين شروط تنافي العقد مثل اشتراط تأقيت الزواج، وهو نكاح المتعة، أو أن يطلقها في وقت بعينه، أو يعلقه على الشرط، مثل أن يقول الولي: زوجتك إن رضيت أمها، أو فلان، أويشترط الخيار في الزواج هذه شروط باطلة في نفسها، ويبطل بها الزواج، ومنها أن يجعل صداقها تزويج امرأة أخرى، وهو نكاح الشغار، أما إن شرط الخيار في الصداق خاصة، فلا يفسد الزواج لأن الزواج ينفرد عن ذكر الصداق.[1]

من خلال ما سبق ذكره نخلص إلى أن العقد الفاسد عند الحنفية يعتبر عقد غير مشروع بوصفه لا بأصله فإذا كان الخلل في أوصاف العقد لا يمكن اعتبار العقد باطلا بل يكون فاسدا لاختلاف أوصاف العقد عن أصوله، أما جمهور الفقهاء فإعتبروا كل عقد مخالف لنظامه التشريعي باطل دون النظر إلى نوع الخلل وما إذا كان في عناصر جوهرية أم لا فكل مخالفة لضوابط العقد يعيب العقد و يبطله.

1 – وهبة الزحيبي، مرجع سابق، ص51.

المطلب الثاني : الزواج الفاسد في القانون

ذهب المشرع الجزائري إلى الأخذ بنظرية الفساد في العقود متأثرا بما قال به الحنفية، إذ أنه فرق بين الزواج الفاسد والزواج الباطل في العقد غير الصحيح وهذا ما نص عليه في قانون الأسرة وذلك في الفصل الثالث من الباب الأول في المواد من 32 إلى 35 حيث أنه فرق بين الزواج الفاسد والزواج الباطل وذلك ما أكده في تعديل 2005.

من خلال المادة 32 ق/أ يتضح لنا إبطال الزواج إذا اشتمل على مانع من موانع الزواج التي ذكرها في المواد من 24 إلى 26 ق/أ والتي تشمل موانع الزواج المؤقتة والمؤبدة، ويتضح كذلك من خلال نص هذه المادة وما يقصد به المشرع بقوله " يبطل الزواج إذا اشتمل على شرط ينافي مقتضيات العقد" وذلك إذا اشتمل على شروط تنافي مقتضياته كإشتراط توقيت العقد، ومنه فإذا فسد العقد وتم فسخه فلا تترتب عليه حقوق وواجبات بين الزوجين ومن ذلك حق الاستمتاع بين الزوجين المادة 04 ق/أ وحق التوارث بين الزوجين المادة 126 ق/أ وحسن المعاشرة بين الزوجين المادة 36 ق/أ وثبوت نسب الأولاد المادة 41 ق/أ واستحقاق الزوجة للصداق المادة 14 ق/أ.

كما جاءت المادة 33 ق/أ بالتفريق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد، حيث أشار المشرع في الفقرة الأولى من هذه المادة إلى اعتبار الزواج باطلا إذا اختل فيه ركن الرضا، ومن ذلك يتضح أن للزواج ركن واحد وهو ركن الرضا، وفي غيابه يبطل الزواج، كما جاءت الفقرة الثانية من هذه المادة بحالات فسخ الزواج وذلك إذا كان الزواج فاقدا للصداق أو الشهود أو الولي، إذ أنه نص عليها في المادة 09 مكرر بعد تعديل 2005.

كما أن المشرع في المادة 34 ق/أ رتب على الزواج بإحدى المحرمات فسخ الزواج قبل الدخول و بعده، وجاءت المادة 35 ق/أ بإبطال الشرط المنافي لعقد الزواج الذي قد يشترطه الزوجين فيما بينهما واعتبار العقد صحيحا، وذلك إذا كان الشرط ينافي مقتضيات العقد وذلك بالرجوع إلى نص المادة 19 ق/أ كإشتراط عدم النفقة على المرأة أو عدم المعاشرة بين الزوجين أو أي شرط ينافي العقد حتى ولو كان بإتفاق بين الزوجين.

الفرع الأول : فساد الزواج باختلال أحد شروط العقد

لقد أدرج المشرع الجزائري بعد التعديل الفصل بين شروط الزواج و أركانه حيث خصص المادة 09 ق/أ بتحديد ركن الزواج وهو الرضا حيث اعتبر انعقاد الزواج يكون بتبادل الرضا بين الزوجين حيث نصت المادة على: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" وقام بتحديد شروط عقد الزواج بإضافة نص المادة 09 مكرر وبذلك أنهى الجدل الذي كان واقع قبل التعديل في القانون 84-11 فيما يخص التفريق بين شروط الزواج وأركانه حيث نصت المادة 9 مكرر على: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج والصداق والولي والشاهدان وانعدام الموانع الشرعية." ذلك أن غياب أحد هذه الشروط يجعل الزواج فاسدا وذلك فيما يلي:

أولا : الزواج بدون صداق

1- مفهوم الصداق: الصداق أو المهر هو الحق المالي الذي يجب على الرجل لا المرأة بالعقد عليها، وذلك حسب نص المادة 9 مكرر و15 ق/أ أو الدخول بها نص المادة 16 و33 ق/أ كرمز لرغبته في الاقتران بها في حياة دائمة وشريفة. [1]

نصت المادة 15 ق/أ على: " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل." ففي حالة عدم تحديد قيمة الصداق وكانت غير معلومة فتستحق المرأة صداق المثل بعد الدخول بها.

كما حددت المادة 16 ق/أ الحالات التي تستحق فيها المرأة كامل المهر أو نصفه حيث نصت على: " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول" هذا حفاظً على حق المرأة في الصداق بإعتبارها طرفا في عقد الزواج.

كما فرض المشرع الجزائري الصداق على الرجل دون المرأة، كما وصفه بالحق المالي أي أنه دو قيمة مالية، كما يتم تقديمه للمرأة بالدخول بها، كما عرفه المشرع الجزائري في

1 – بلحاج العربي، **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد**. دار الثقافة للنشر، ج 1، عمان، 2012، ص 265 .

نص المادة 14 من قانون الأسرة على أنه " ما يدفع نحله للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء."[1]

2- حكم الزواج من دون صداق : من خلال التعريف الذي جاء في نص المادة السابقة الذكر ومقارنة بما جاء في نص المادة 33 فقرة 2 ق/أ فإن الزواج بدون صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول وللمرأة صداق المثل[2] والواضح أن المشرع الجزائري تأثر بالشريعة الإسلامية في وجوب تقديم المهر للزوجة لقوله تعالى:**[وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً]**[3] وقوله صلى الله عليه وسلم " التمس و لو خاتم من حديد. " [4]

ثانيا : الزواج من دون شهود

تعتبر الشهادة شرطا في عقد الزواج هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 9 مكرر، وليس الرضا وحده كافيا في نظر المشرع الجزائري لصحة العقد، بل لابد من حضور الشاهدين لإخراج الزواج من حدود السرية وإعلانه و إشهاره.

ذلك لأن عقد الزواج له خطره القانوني والاجتماعي لما يترتب عليه من مصالح دينية ودنيوية، وحقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين، فكان من الواجب إعلانه للناس وإخراجه من حدود الكتمان حتى لا يتلبس بالزنا ولا تكون علاقة الرجل مع امرأته محل شبهة أو سوء ظن، فالشهادة والإعلان يرفع الشبهات والشكوك. [5]

اعتبر المشرع الجزائري الشهادة من أوصاف عقد الزواج وأخرجها عن ماهيته حيث رتب على غيابها الجزاء المنصوص عليه في نص المادة 33 ق/أ فقرة 2، وأنه إذا تم الزواج بدون شاهدين يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بغد الدخول بصداق المثل.

1- أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**. دار الكتب العلمية للنشر، مصر، 2009، ص 77.

2 – صداق المثل : هو القدر الذي يعطى عادتا لمثيلات المرأة لحالها أو جمالها أو نسبها.

3 – سورة النساء ، الآية 4.

4- مالك بن أنس، الموطأ، دار الغرب الاسلامي، بيروت،ط2،1997 ، ص562.

5 – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص327.

ثالثا : الزواج من دون ولي

نصت المادة 11 من قانون الأسرة أنه " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره " فالقانون لا يجيز في جميع الأحوال إبرام عقد الزواج دون حضور الولي، ذلك لأن الزواج من العقود الهامة والخطيرة ولذا نجد ديننا الحنيف حرص على أن يتم هذا العقد على أساس صحيح ومن بينه حضور ولي المرأة، وهو ما سلكه المشرع الجزائري ، وحتى أن التعديل الجديد أبقى على شرط الولي وان كان قد أعطى للمرأة الراشدة حق اختيار الشخص الذي يقوم في ولايتها.[1]

من خلال ما سبق ذكره نخلص إلا أن المشرع الجزائري جعل الولاية شرط من شروط الزواج وذلك في نص المادة 9 مكرر غير أنه ترك الحرية في يد المرأة في اختيار من سيكون وليا عليها.

الفرع الثاني : اختلال الزواج بفساد الشروط

لقد نص المشرع في المادة 35 ق/أ على الشروط المنافية لعقد الزواج فقد رتب على وجودها إبطال العقد قبل الدخول إلا أنه لم يرتب إبطاله بعد الدخول بل يثبت الزواج بصداق المثل في حال اقترانه بشرط ينافيه معا اعتبار هذا الشرط باطلا والعقد صحيح كاشتراط عدم الإنفاق أو عدم الإنجاب.

الواضح أن الشروط المنافية للعقد تتعلق بصيغة العقد فتعدل من آثاره بالزيادة أو النقصان مثال ذلك اتفاق الزوجين على عدم تقديم النفقة أو المهر في الزواج ، فلا يمكن لهذه الشروط أن تبطل العقد لأن صيغة العقد في الأصل صدرت صحيحة، أما الشروط المنافية لأصل العقد فقد اتفقت المذاهب الأربعة على أنها تكون مبطلة له في الأصل كالزواج المؤقت وزواج المتعة فهذه الشروط تأثر في صحة العقد فيكون باطلا. [2]

1 – يوسف دلاندة، **دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة**. دار هومه للنشر، ج 2، ط 2 ، الجزائر ،2008، ص23.

2– توفيق شندارلي، **فسخ عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري**. رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر،2011– 2012، ص 97.

حسب ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 19 ق/أ و التي تنص على: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون " [1] والواضح جليا أن أحكام هذا القانون تتمثل في عدم مخالفة ما جاء به المشرع في مقاصد عقد الزواج المادة 04 ق/أ.

أورد المشرع الجزائري في قانون الأسرة 05-02 حكمين للشرط الفاسد الذي وصفه بمخالفة مقتضى العقد، ففي المادة 32 جعل الشرط والعقد يبطلان معا، وفي المادة 35 منه جعل الشرط يسقط دون العقد ونجد في المدونة المغربية في الفصل 38 " إذا اقترن العقد بشرط ينافي نظامه التشريعي أو ينافي مقاصده كان الشرط باطلا و العقد صحيح " والمشرع الكويتي أحسنهم صياغة والتزم المذهب الحنبلي إذ نصت المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد، وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه أو كان محرما شرعا بطل الشرط و صح العقد."[2]

حدد المشرع بعض الحالات التي يكون فيها الزواج فاسدا وهي فقدانه لأحد الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة و المتعلقة بغياب الأهلية أو الصداق أو الولي أو الشهود أو وجود الموانع الشرعية في الزواج، فحسب ما حكمة به المحكمة العليا بتاريخ 2001/01/23 والذي يقضي بأنه " يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد طبقا لنص المادة 33 من قانون الأسرة، وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور وليها فإنهم خالفوا القانون." [3] وهذا ما حكمت به المحكمة قبل تعديل 2005 حيث أن المشرع قبل التعديل لم يميز بين الركن والشرط وكان يدمج بينهما، لكنه استدرك ذلك في الأمر 05-02 بإضافة المادة 9 مكرر و فصل الشرط عن الركن.

1- المادة 19 من الأمر 05-02.

2- أبو القاسم بن الزين، مرجع سابق ، ص 198.

3- يوسف دلاندة، **قانون الأسرة**. دار هومه للنشر، الجزائر، 2014، ص 48.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه و القانون حول ماهية الزواج الفاسد

من خلال ما سبق ذكره نخلص إلى أن هناك أوجه اختلاف و أوجه اتفاق بين ما جاء في الفقه الإسلامي و ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الزواج الفاسد وذلك فيما يلي

الفرع الأول: أوجه الاتفاق:

- كل من المشرع الجزائري و المذهب الحنفي يقسم العقد إلى ثلاثة أقسام عقد صحيح و عقد فاسد و عقد باطل.
- هناك اتفاق بين الفقهاء في ما يخص الأنكحة غير الصحيحة و المتمثلة في نكاح المتعة و المحلل و الشغار على أنها تنافي مقاصد الزواج وما شرعه الدين الإسلامي.
- هناك اتفاق فيما يخص مفهوم العقد الفاسد ما بين المشرع الجزائري و الحنفية حيث أن كل منهما يرجع فساد العقد يرجع إلى الخلل في وصفه دون أصله.
- هناك اتفاق بين الحنفية و المشرع الجزائري في اعتبار الرضا ركن في عقد الزواج بالرغم من أن الحنفية يحصرونه في الإيجاب و القبول

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف:

- الاختلاف بين جمهور الفقهاء و الحنفية في تقسيم عقد الزواج حيث أن الجمهور يعتبرون كل خلل في العقد يخالف ما جاء به الشرع يبطل العقد خلاف الحنفية الذين ينظرون إلى نوع السبب الذي يبطل العقد أو يجعله فاسدا فإذا تعبق بركن جوهري أُبطل العقد أما إذا كان الخلل راجع إلى أوصاف العقد فهو فاسد
- الإختلاف بين جمهور الفقهاء و المالكية في اعتبار الصداق شرط في الزواج أم ركنا فقدماء المالكية اعتبروه شرطا أما المتأخرون فجعلوه ركنا ، أما جمهور الفقهاء فقد اعتبروه شرطا ، و هناك بعض من الفقهاء المعاصرين الذين اعتبروه من آثار الزواج، أما المشرع الجزائري فقد اعتبره ركنا في القانون 84-11 و شرطا في الأمر 05-02 وذلك في نص المادة 9 مكرر ق/أ.

- اختلاف الفقهاء في نكاح الشغار فهو باطل عند جمهور الفقهاء يفسخ أبدا قبل الدخول و بعده، أما الحنفية فقالوا بصحة نكاح الشغار وذلك بفرض مهر المثل فنكاح الشغار معيب في عدم تقديم مهر للمرأة وبذلك فمهر المثل يعوض المرأة و يصحح العقد.

الفرع الثالث: الترجيح

نرجح ما ذهب إليه المذهب الحنفي و المشرع الجزائري في تقسيم العقود إلى ثلاثة أنواع عقد صحيح و عقد فاسد و عقد باطل لأن أسباب بطلان العقد أو فساده تختلف بين أسباب جوهرية تمس مضمون العقد و ماهيته وبذلك يكون الزواج باطلا، أما إذا كانت أسباب تتعلق بأوصاف العقد وخارجة عن ماهيته فيكون العقد فاسدا لإمكانية استدراكه و الحفاظ على نشأة العقد.

المبحث الثاني: آثار الزواج الفاسد في الفقه و القانون

إن الآثار الأصلية للعقود خارجة عن إرادة المتعاقدين فهي من تنظيم القانون، فدور المتعاقدين هو إنشاء العقد و التسبب في وجوده، في مقابل ما يرتبه الشارع من آثار لهذا العقد جزاءا لعدم صحته وتجاوز عناصره و المساس بها، و نظرا لما يرتبه عقد الزواج الفاسد من إخلال لشروط العقد أجمع الفقهاء على وجوب ترتب بعض الآثار التي يشترك فيها العقد الفاسد مع العقد الصحيح وهذا مراعاةً للمصلحة العامة، إذ أن الزواج الفاسد قبل الدخول لا يرتب أي آثار ويفسخ مباشرة لغياب واقعة الدخول، لكنه بعد الدخول يرتب بعض الآثار لعل من أبرزها التثبيت بصداق المثل.

أما المشرع الجزائري فقد أشار في نص المادة 33 فقرة 2 من ق/أ إلى أن الزواج الفاسد يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه أي أنه لا يرتب أي آثار طالما لم يقترن بدخول، أما إذا اقترن بدخول يثبت بصداق المثل و يعتبر زواجا صحيحا، ذلك للمحافظة على الرابطة الأسرية القائمة بين الزوجين فبالرغم من وجود دخول بنكاح فاسد إلا أن المشرع الجزائري رتب عليه التثبيت بصداق المثل وهنا ندرك الفرق بين الزواج الفاسد و الزواج الباطل فالزواج الباطل لا يثبت بصداق المثل بل يجب إنهائه.

وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نتناول فيهما ما قال به الفقهاء في آثار الزواج الفاسد وما ذهب إليه المشرع الجزائري وذلك فيما يلي:

- **المطلب الأول: آثار الزواج الفاسد في الفقه**
- **المطلب الثاني: آثار الزواج الفاسد في القانون**
- **المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه و القانون حول آثار الزواج الفاسد**

المطلب الأول : آثار الزواج الفاسد في الفقه

لم يجعل جمهور الفقهاء آثارا للزواج الفاسد لأنهم لا يعترفون بوجوده في الأصل إذ أن الزواج الفاسد يأخذ نفس حكم وآثار الزواج الباطل لأنهما سواء، فآثار الزواج الفاسد قال بها الحنفية أصحاب نظرية الفساد في العقود، فهم يرتبون آثارا على الزواج الفاسد بعد الدخول بالمرأة وذلك في حالة فسخه، فإذا تم تثبيت الزواج واستدراكه يصبح كالزواج الصحيح المنعقد بكامل شروطه و أركانه، فالزواج الفاسد قبل الدخول لا يرتب آثار أما بعد الدخول وحسب المذهب الحنفي فهو يرتب عدة آثار وهي:

الفرع الأول : قبل الدخول

ليس للزواج الفاسد حكم قبل الدخول، فلا يترتب عليه شيء من آثار الزوجية،

- لا يجب الدخول بالمرأة إذ انه يعتبر زنا
- لا يحق للمرأة الحصول على المهر
- لا تعتد المرأة بالزواج الفاسد ما لم يقترن بدخول
- عدم ثبوت حرمة المصاهرة

كما يجب على الزوجين أن يتفرقا بأنفسهما، وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بالتفريق بينهما، ويجوز فيه دعوى الحسبة لإزالة المنكر من غير أن يكون للمدعي مصلحة شخصية، ويثبت لكل واحد منهما فسخه، ولو بغير حضور صاحبه، دخل بها أو لا خروجاً عن المعصية، وهذا لا ينافي وجوب التفريق بينهما من قبل القاضي.[1]

الفرع الثاني : بعد الدخول

إذا تم الدخول بالمرأة فيرتب الزواج الفاسد في هذه الحالة بعض آثار الزواج الصحيح وهذا حسب المذهب الحنفي ذلك مراعاةً للمصالح العامة التي تترتب على واقعة الدخول في الزواج، فإذا حصل دخول بالمرأة، كان الدخول معصية، ووجب التفريق بينهما، ولكن لا يقام عليهما حد الزنا لوجود شبهة العقد ، وما ليس بحرام على التأبيد يكون العقد فيه شبهة. ولكن

1- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص100.

لو وجد وطء بعد التفريق يلزمه الحد، ولو دخلته شبهة، [1]وتتمثل الآثار المترتبة على الزواج الفاسد بعد الدخول عند الحنفية فيما يلي :

- وجوب المهر: يكون للمرأة المهر بالزواج الفاسد بعد الدخول و إن كان في الأصل لا يجب لأنه بعقد فاسد أصلا و المقصود هنا هو مهر المثل، ويجب المهر ولو تكرر الوطء عند جمهور الحنفية ما عدا زفر " الأقل من مهر المثل ومن المسمى"، فإن لم يكن المهر مسمى في العقد، وجب مهر المثل مهما بلغ لفساد التسمية ووجوب المهر في الزواج الفاسد وإن كان في الأصل لا يجب لأنه ليس بنكاح حقيقة، إلا أنه قد وجب بسبب الدخول، والقاعدة الفقهية: (كل وطء وقاع في دار الإسلام، لا يخلوا عن عَقْر أي حد، أو عُقْر أي مهر) وبما أن الحد قد انتفى لشبهة العقد، فيكون الواجب هو المهر، وكون المهر لا يزيد عن المسمى فلأن المرأة رضيت بذلك القدر، والعاقدان لم يقوِّما المنافع بأكثر من المسمى، فلا تتقوم بأكثر من المسمى، وكون الواجب هو الأقل من المهرين فالأصل وجوب مهر المثل بسبب فساد العقد، ويجب فيه عند زفر مهر المثل بالغاً ما بلغ.
- ثبوت نسب: يثبت نسب الأولاد إن وجدوا مراعاةً لمصلحتهم.
- وجوب الإستبراء: تجب العدة على المرأة لتحقيق براءة الرحم و تكون بثلاث حيضات إن كانت من ذوات الحيض، و إلا فثلاث أشهر وهذا كله إن لم تكن حاملا فان كانت حاملا فبوضع الحمل.[2]
- ثبوت حرمة المصاهرة: فيحرم على الرجل الزواج بأصول المرأة وفروعها، وتحرم المرأة على أصول الرجل وفروعه، ولا تترتب على الزواج الفاسد أحكام أخرى، فلا تجب به نفقة ولا طاعة، ولا يثبت به حق التوارث بين الرجل والمرأة. [3]

حسب ما قال به الحنفية في آثار العقد الفاسد فإن فُسخ يرتب عدة آثار وبالرغم من أن اعتبار الدخول في هذا العقد معصية يرفع عنها الحد لشبهة العقد ويكفي التفريق بين

1- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 102.

2- محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**. مرجع سابق، ص373.

3 - وهبة الزحيل، مرجع سابق، ص 103.

الزوجين، وبالرغم من أن الزواج غير صحيح فمراعاة مصلحة الأفراد ضرورة تسبق العقد حيث أنه هناك آثار تنتج عن الدخول في العقد و لا يجب استثنائها ، خصوصا وأن بعضها يستمر إلى ما بعد فسخ العقد كثبوت النسب للولد وإستبراء المرأة المدخول بها بعقد فاسد.

المطلب الثاني: آثار الزواج الفاسد في القانون

قابل المشرع الجزائري جزاء فساد العقد بفسخه قبل الدخول ولا صداق فيه، وذلك حسب ما جاء في المادة 33 فقرة 2 إلا أن الزواج الفاسد يرتب بعض آثار الزواج والواضح تأثر المشرع بما جاء به المذهب الحنفي سواء في مفهوم الزواج الفاسد أو في الآثار المترتبة عنه ، هذا ما سنحاول التطرق إليه يما يلي:

الفرع الأول : الفسخ و البطلان في عقد الزواج

يعتبر الفسح والبطلان مصير كل عقد أصابه عيب أو كان باطلا مند نشأته وهذا لعدم قابليته لإنتاج آثار العقد الصحيح فيتم فسخه أو إبطاله.

أولا : الفرق بين الفسخ و البطلان

الفرق بين الفسخ والبطلان هو أن الفسخ لا يرد إلا على عقد ولو صحيحا لكنه اختل فيه شرط من شروط الصحة، أما البطلان يلازم عقدا ولد ميتا ولم يكن صحيحا في أي وقت من الأوقات، [1] وإذا كان لكل من الفسخ و البطلان اثر رجعي فان الفسخ يختلف عن البطلان من حيث كون الفسخ جزاء لعدم تنفيذ العقد أو التزام من الالتزامات، أما البطلان فهو جزاء لعيب في الانعقاد، وما يأخذ به المشرع في المادة 34 أنه رتب الفسخ كجزاء والأصح هو البطلان لان الأمر متعلق بالنظام العام والآداب العامة.[2]

ومنه فإن الفسخ يكمن في الزواج الفاسد أما الإبطال فيكون في الزواج الباطل.

1- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 382.

2- العيش فضيل، **قانون الأسرة**. ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، الجزائر، 2006، ص 33.

ثانيا : أسباب الفسخ في الزواج الفاسد

تتعدد أسباب الفسخ في قانون الأسرة الجزائري[1] وهي كالتالي:

- إذا تم الزواج فاقدا لشرط من شروطه المنصوص عليها في المادة 9 مكرر: وهي أهلية الزواج والشاهدان والولي والصداق والخلو من الموانع الشرعية.
- إذا اشتمل العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، وذلك حسب نص المادة 19 ق/أ.
- إذا كان الزواج دون ولي في حالة وجوبه.
- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاث. وذلك في حالة قصد تحليل المرأة المطلقة ثلاثا وإرجاعها إلى الزوج الأول والدخول بها من الزوج الثاني يكون فقط لهذا الغرض.

إذا توفر أحد العناصر في عقد الزواج ورد قابلا للفسخ وهذا حسب نص المادة 33 فقرة 2 قانون أسرة، فالمشرع الجزائري حسب نص هذه المادة قبل الدخول اعتبر الفسخ واجبا في الزواج الفاسد ولا صداق فيه، أما إذا اقترن هذا الزواج بدخول فيتم تثبيته بصداق المثل وهذا مراعاةً للأهداف العامة من ذلك الحفاظ على قيام الرابطة الزوجية وعدم الإضرار بالزوجين و تفريق كيان الأسرة.

الفرع الثاني : آثار الزواج الفاسد في التشريع الجزائري

وضع المشرع الجزائري نصوص تشريعية في ما يخص آثار الزواج الفاسد، إذ أنه لا يرتب أي أثر قبل الدخول فكما ذكرنا سابقا فانه يجب التفريق بين الزوجين وجوبا، فلا صداق فيه ولا تحرم به المصاهرة ولا تجب فيه العدة أما بعد الدخول فالمشرع الجزائري تأثر بالشريعة الإسلامية في جملة النصوص القانونية التي شرعا، وهذه الآثار تتمثل فيما يلي:

1- بلحاح العربي، مرجع سابق، ص 283،ص 384.

1- وجوب إستبراء المرأة: تبدأ العدة من يوم الفرقة بين الطرفين إذا كان ذلك من تلقاء نفسهما أو بحكم قضائي، وإستبراء المرأة في الزواج الفاسد واجب وذلك حسب ما نصت عليه المادة 34 ق/أ

2- وجوب مهر المثل بعد الدخول: إذا لم تتم تسمية الصداق في عقد الزواج الفاسد تسمية صحيحة و قد أشار المشرع في المادة 33 من قانون الأسرة بقوله "و يثبت" أي الصداق، بعد الدخول بصداق المثل

3- ثبوت النسب: يتم نسب الولد إلى الرجل الذي دخل بمن تزوج بها زواجا فاسدا وقد حصل حمل عند هذا الدخول وهذا مراعاةً لإحياء الولد و عدم تضييعه وذلك حسب ما جيء في نص المادة 41 ق/ أ [1]

فمن المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و البينة و نكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول. [2]

4- ثبوت حرمة المصاهرة: وذلك لما نص عليه المشرع الجزائري في لمادة 26 ق/أ حيث يحرم الزوج بالزواج الفاسد بعد الدخول أن يزوج بأمها وابنتها كما لا يجوز للزوجة أن تتزوج أباه أو ابنه.[3]

رتب المشرع الجزائري عدة أثار عن الزواج الفاسد بعد الدخول و لم يرتب أي أثر قبل الدخول ومن ذلك نخلص إلى أن هذه الآثار مترتبة أساسا عن واقعة الدخول.

1 – الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 75.

2 – بلحاج العربي، **قانون الأسرة**. ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، ط 3، 2006، ص 130.

3 – عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 211.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه و القانون حول آثار الزواج الفاسد

حسب ما جاء به الفقه في ما يخص آثار الزواج الفاسد وما ذهب إليه المشرع الجزائري فهناك اتفاق في بعض العناصر واختلاف في بعضها الآخر وذلك كما يلي:

الفرع الأول: أوجه الاتفاق

- اتفق الفقه والقانون على ترتيب بعض الآثار على الدخول في الزواج الفاسد ومن ذلك إثبات النسب ووجوب إستبراء الزوجة فالمشرع الجزائري كذلك أوجب ذلك في نص المادتين 41 و34 من قانون الأسرة.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف

- هناك اختلاف في ما قال به جمهور الفقهاء وما ذهب إليه المشرع الجزائري فيفهم اعتبروا المهر من أحكام الزواج أو من الآثار المترتبة عليه أما المشرع الجزائري فقد اعتبره من الشروط وذلك في نص المادة 9 مكرر وبذلك فقد أخذ بما قال به المالكية.
- هناك اختلاف بين الحنفية وما ذهب إليه المشرع الجزائري فالحنفية يقولون بأن الفساد يرتب آثاره ولا يلزم استمراره بل في كثير من حالاته لوجوب الفسخ أما المشرع الجزائري فيحكم باستمراره وذلك في ما نص عليه في نص المادة 33 فقرة2.

الفرع الثالث: الترجيح

لم ينفرد المشرع الجزائري في أحكامه بمذهب واحد بل أنه أخذ عدة أحكام من عدة مذاهب لكن الغالب والظاهر من موضوع الزواج الفاسد هو ما أخذ به الحنفية في تقسيم

العقود غير الصحيحة ومن ذلك فقد نرجح ما ذهب إليه المشرع الجزائري في ترتيب آثار الزواج الفاسد.

خلاصة:

من خلال ما سبق ذكره نخلص إلى أنه و رغم الجدل القائم بين فقهاء الشريعة الإسلامية إلا أنهم اتفقوا في معنى النكاح غير الصحيح فهم يجمعون على التفريق بين الزوجين قبل الدخول واعتباره نكاحا ناقصا سواء كان فاسدا أو باطلا، و الخلاف الحاصل في حال الدخول بالزوجة يرجع إلى اقتناع كل فريق بما يراه في اعتبار النكاح فاسدا أم باطلا.

تأثر المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية في ما يخص الزواج الفاسد و الباطل و الفقه الحنفي خصوصا، وهذا ما يظهر جليا في تمييزه بين نوعي النكاح غير الصحيح، ولعل أنه أخد نسبة بطلان العقد بعين الاعتبار في كلتا العقدين وأخضع مصير العقد إلى نوع السبب الذي يجعله فاسدا أو باطلا، ويتضح ذلك في تكمن في ترتيب آثار و أحكام النكاح الفاسد لما فيها من رأفة بالأفراد ورعاية لمصالحهم خصوصا في ما يتعلق بالدخول في هذا الزواج، فالدين الإسلامي حريص على عدم تضييع المولود بنكاح فاسد إذ أنه و رغم عدم صحة النكاح من أصله إلا أن ثبوت النسب حق للمولود.

الفصل الثاني

الزواج الباطل و آثاره في الفقه و القانون

الفصل الثاني

الزواج الباطل و آثاره في الفقه و القانون

يعتبر الزواج كما تم تعريفه سابقا سنة الله و رسوله في العباد، وضعها الشرع لضمان استمرارية الحياة البشرية في جو تسوده المودة والرحمة وروح الإنسانية وغير ذلك من أهداف نبيلة ترتقي بالحياة الإنسانية وتقيد الغريزة بصيانة الإنسان من المنكر و المعاصي بإحصان الزوجين، **قال تعالى: [وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ]** النور 33. والقول بأن النكاح هو السبيل الشرعي للعلاقة بين الرجل و المرأة يوصلنا إلى النظر في بعض الإلتزامات التي من شأنها أن تضع هذا التصرف محل شبهة و بطلان، لذلك فرض علينا الشرع عدة شروط و وأركان يستوجب إتباعها لعدم الوقوع في الفاحشة و المنكر **قال تعالى: [وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آَبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا]** النساء 22. هذا ما يجعل الإختلاف كبيرا بين عقد الزواج وغيره من العقود، حيث يرجع أساسا إلى الآثار التي تترتب عنه فهي تتعدى العقود العادية كالعقود المالية من بيع و إيجار، فإذا نظرنا إلى بطلان عقد البيع أو عقد الإيجار فالأثر الذي يرتبه يتمثل في إرجاع المبيع و ثمن البيع فهي آثار مادية محضة، أما بطلان عقد الزواج فيرتب عدة آثار تتعدى الأشياء المادية فهي متعلقة بحياة أفراد و مصالحهم، فالنسب و الميراث و المعاشرة وغيرها جعلت المشرع يضع ضوابط و أحكام يتم إتباعها لتجنب الفاحشة بين الناس، ودراستنا في هذا المبحث تخص الزواج في جزءه غير الصحيح.

والخلاف الواقع بين الفقهاء في الزواج الباطل هو أن جمهور الفقهاء لا يميز بين الزواج الفاسد والباطل، أما الباطل عند الحنفية هو العقد الفاقد لركنه الأساسي و الركن الأساسي حسبهم في العقد هو الإيجاب و القبول فإذا كان العقد معيبا في ركنه فهو باطل.

أما المشرع الجزائري فقد أيد المذهب الحنفي في اعتبار الرضا ركن العقد الأساسي وذلك بما نص عليه في المادة 09 ق/أ حيث أنه جعل للزواج ركنا واحدا وهو ركن الرضا و يبطل الزواج إذا أصاب الرضا عيب من عيوبه وهذا ما نص عليه في المادة 33 فقرة 01.

وقد حاولنا تقسيم الفصل إلى مبحثين أساسيين نتناول في كل منهما الزواج الباطل من حيث الماهية و الأسباب و الآثار المترتبة على بطلان الزواج مقارنة بين ما جاء في الفقه وما جاء في القانون من حيث الماهية و الآثار وذلك كالتالي:

- **المبحث الأول : الزواج الباطل في الفقه و القانون**
  - ✓ **المطلب الأول: الزواج الباطل في الفقه**
  - ✓ **المطلب الثاني: الزواج الباطل في القانون**
  - ✓ **المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون حول ماهية الزواج الباطل**

- **المبحث الثاني: آثار الزواج الباطل في الفقه و القانون**
  - ✓ **المطلب الأول: آثار الزواج في الفقه**
  - ✓ **المطلب الثاني: آثار الزواج في القانون**
  - ✓ **المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه و القانون حول آثار الزواج الباطل**

المبحث الأول : الزواج الباطل في الفقه و القانون

يبطل الزواج إذا اختل ركن من أركانه، فالبطلان كما سبق تعريفه هو عدم الجواز وهو عكس الصحة ، وفي دراستنا للزواج الباطل لابد من الإشارة إلى رأي جمهور الفقهاء الذي يعتبر البطلان نتيجة لاختلال أحد الأركان أو الشروط المكونة للعقد، فالعقد حسبهم إما أن يكون صحيحا مستوفيا لشروطه و أركانه كاملة أو أن يكون باطلا غير جائز إذا اختلت احد أركانه أو شروطه، حيث أن الزواج يعتبر كأن لم يكن إذا تم عقده بغياب هذه الأركان أو الشروط ويجب التفريق بين الزوجين، لأن عقد الزواج يختلف عن غيره من العقود لما فيه من اختلاف يتمثل في المعاشرة بين المتعاقدين وطول المدة وغير ذلك من الآثار، وفي غياب ركن الرضا خاصة تستحيل هذه المعاشرة و تكون مبنية على الإكراه.

لقد حصر المشرع الجزائري ركن الزواج في الرضا حيث اعتبره جزء لا يتجزأ من العقد وأي مساس بهذا الركن يبطل العقد بطلانا مطلقا، حيث يجب إبطال العقد فور اكتشاف هذا العيب ومنه فإن المشرع الجزائري استند إلى رأي الحنفية في بطلان العقود فهم يحصرون الرضا في الإيجاب و القبول كما يجعلونه ركنا وحيدا في العقد، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري حيث أنه لم يترك مجالا لاستدراك هذا الخلل كإمكانية تثبيت الزواج الفاسد بعد الدخول، فالزواج الباطل سواء اقترن بدخول أو لم يقترن فالتفريق بين الزوجين ضرورة لابد منها لإستحالة المعاشرة بين الزوجين فإبطاله من النظام العلم حيث ثيره القاضي من تلقاء نفسه.

هذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا المبحث حيث قسمناه إلى مطلبين وذلك كالتالي:

- **المطلب الأول: الزواج الباطل في الفقه**
- **المطلب الثاني: الزواج الباطل في القانون**
- **المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه و القانون حول ماهية الزواج الباطل**

المطلب الأول : الزواج الباطل في الفقه

لم يجعل جمهور الفقهاء للعقد سوى مرتبتين عقد صحيح وعقد باطل فالعقد الصحيح حسبهم عقد مكتمل الأركان و الشروط، أما العقد الباطل فهو العقد الذي اختل في أحد هذه الأركان أو الشروط وذلك ما سنحاول تبيينه فيما يلي:

الفرع الأول : مفهوم الزواج الباطل

لقد تم تعريف البطلان و العقد الباطل سابقا، فالبطلان نقيض الصحة، أما العقد الباطل فهو العقد الفاقد لركنه الأساسي والمتمثل في الرضا، أما الزواج الباطل فقد اختلف الفقهاء في تعريفه وذلك كما يلي:

أولا: الزواج الباطل عند جمهور الفقهاء

يجعل جمهور الفقهاء مرتبتين للعقد، عقد صحيح و عقد باطل إذ أنه لا فرق بين العقد الباطل و الفاسد حسبهم فكلاهما عقد غير صحيح يعتبر وجوده كعدمه في نظر الشارع من الناحية القانونية إذ أنه لا يرتب أي أثر من الآثار القانونية التي يرتبها العقد الصحيح ، ذلك انه يخالف الشرع في أحد شروطه أو أركانه.[1]

فالباطل والفاسد إذا بمعنى واحد عند الجمهور غير الحنفية، فالزواج الباطل أو الفاسد عند المالكية: هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته و هو نوعان:

أ- زواج اتفق الفقهاء على فساده: كالزواج بإحدى المحارم من نسب أو رضاع أو مصاهرة.

ب- وزواج اختلف الفقهاء في فساده : وهو ما يكون فاسداً عند المالكية وصحيحاً عند بعض الفقهاء بشرط أن يكون الخلاف قوياً، كزواج المريض فإنه لا يجوز، على المشهور عند مالك فإن كان الخلاف ضعيفاً كزواج المتعة، وزواج المرأة الخامسة، كان من المجمع على فساده.[2]

1- توفيق شندارلي، مرجع سابق، ص 45.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 102.

ثانيا : الزواج الباطل عند الحنفية

يعرف فقهاء الحنفية الزواج الباطل على أنه الزواج الذي حصل خلل في ركنه أو في شرط من شروط انعقاده، كزواج الصبي غير المميز والزواج بصيغة تدل على المستقبل، والزواج بالمحارم كالأخت والعمة على الرأي الراجح، والمرأة المتزوجة برجل آخر مع العلم بأنها متزوجة، وزواج المسلمة بغير المسلم، وزواج المسلم بغير الكتابية كالمجوسية والوثنية ونحوها. [1]

إذا فجمهور الفقهاء يعتبرون الزواج باطلا في حال اختل فيه ركن أو شرط ولا يهم أي كان شرطا من شروط الصحة أم الانعقاد، أما الحنفية فيبطلون العقد في حالة فقدانه للركن أو لشرط الإنعقاد فقط.

الفرع الثاني: حكم الزواج الباطل

إذا حصل خلل في صيغة العقد كأن صدرت الصيغة بلفظين يعبر بهما عن المستقبل أو بما لا يدل على تمليك المتعة لا حقيقة ولا مجازا أو حصل خلل في أصل أهلية العاقد لفقده التمييز بسبب جنون أو صغر : أو فقد أي شرط من شرائط الانعقاد كان الزواج باطلا ولا يترتب على هذا العقد أثر و يعتبر وجوده كعدمه . فان دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا باطلا كان هذا الدخول بمنزلة الزنا غير أن شبهة العقد تسقط الحد.[2]

و حكم الزواج الباطل التحريم وذلك رفعاً للمعصية ، فإن تم الفسخ فليس للمرأة شيء، سواء أكان العقد متفقاً على فساده أم مختلفاً في فساده، لأن القاعدة الكلية تقول: «كل نكاح فسخ قبل الدخول، فلا شيء فيه، كان متفقاً على فساده أو مختلفاً فيه، وكان الفساد لعقده أو لصداقة أو لهما» فليس الفسخ قبل الدخول مثل الطلاق قبل الدخول في الزواج الصحيح، فلا شيء من الصداق بالفسخ قبل الدخول، إلا في نكاح الدرهمين، أو ما قَلَ عن الصداق الشرعي إذا امتنع الزوج من إتمامه، ففسخ قبل الدخول، ففيه نصفهما على قول، وإلا في حال إدعاء الزوج الرضاع مع المرأة، ولم يدخل بها، ففسخ لإقراره بالرضاع، فيلزمه نصف

1- نبيل صقر، مرجع سابق، ص 80.

2- عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 39.

المسمى، لإتهامه أنه قصد فراقها بلا شيء، فإن دخل الرجل بالمرأة فهل يفسخ العقد أو لا؟ العقد الفاسد بالنسبة لاستحقاق الفسخ بعد الدخول ثلاثة أنواع:

أولا: نوع يجب فسخه أبداً وإن طال الزمان بعد الدخول:

وهو ما يكون الفساد فيه لخلل في الصيغة أو في العاقدين أو في محل العقد، كالزواج بإحدى المحارم من نسب أو رضاع أو مصاهرة، وزواج المتعة، والزواج بأكثر من أربع زوجات، والزواج بغير ولي أو بغير شهود، وزواج مريض الموت، فنكاح المريض لا يجوز في المشهور عن مالك، ويفسخ وإن صح.[1] .

ثانيا: ونوع لا يجب فسخه بل يبقى:

وهو ما كان الفساد فيه بسبب فساد الصداق، كالزواج بدون صداق، أو بصداق مجهول، أو كان الفساد بسبب اقتران العقد بشرط يناقض المقصود من الزواج، مثل الزواج بشرط ألا يعاشرها ليلاً أو نهاراً، أو ألا ينفق عليها *

ثالثا: ونوع يجب فسخه إن لم يطل الزمان بعد الدخول ولا يفسخ إن طال الزمن:

وهو محصور في ثلاثة عقود و هي زواج الصغيرة اليتيمة إذا زوّجت مع فقد شرط من شروطها، وزواج الشريفة بالولاية العامة مع وجود الولي الخاص، وزواج السر.[2]

الفرع الثالث : حالات بطلان الزواج

ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية عدة حالات يكون فيها الزواج باطلا ولقد كان في ذلك اختلافات في بعض الحالات وذلك فيما يلي:

أولا : فقدان العقد لركنه الأساسي

هناك اتفاق بين الفقهاء في بعض الأنكحة الباطلة من ذلك النكاح من دون رضا أي النكاح الذي يغيب فيه ركن الرضائية بين العاقدين فركن الرضا يعتبره الفقهاء ركنا أساسيا في العقود، فالركن لغة بالضم : " الجانب الأقوى في كل شيء، و جمعه أركان و أركان

1- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 108.

2- المرجع نفسه، ص109.

العبادات: جوانبها التي عليها مبناها و بتركها بطلانها و المعنى هو جانب الشيء الذي يستند إليه و يقوم عليه "[1] أما في الاصطلاح فهناك اختلاف في تعريف الركن بين الفقهاء بين الحنفية و الجمهور فهو عند الحنفية هو الإيجاب و القبول وذلك بألفاظ مخصوصة أو ما يقوم مقام اللفظ، وهذا ما جاء ذكره كذلك في رد المحتار أما عند الجمهور فهو ما تتوقف عليه الماهية الشرعية سواء كانت جزء منه أو خارجة عنه فهم لا يحصرونه في الإيجاب و القبول وحده، بل الركن حسبهم هو كل ما يحول دون انعقاد العقد [2] فمثلا لفظ القبول يكون صادرا من قبل الولي أو من يقوم مقامه كالوكيل، لأن القبول إنما يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولاً لانعدام معناه.[3]

وفيما يلي سنبين دور الرضا في انعقاد عقد الزواج واعتباره ركنا جوهريا فيه إذ أن غيابه يأثر على صحة الزواج و كذلك سنحاول أن نبين بعض مصير العقد في غياب هذا الركن فيه وذلك فيما يلي :

أ / فقدان العقد لركن الرضا

يعرف ركن الرضا على أنه توافق إرادة الطرفين في الإرتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الإرتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجاب وما صدر من الثاني يعتبر قبولا [4] و هو بمثابة صيغة العقد، لكن الفقهاء اختلفوا تحديد مفهوم مشترك للإيجاب و القبول وذلك فيما يلي:

1- عند الحنفية: الإيجاب عند الحنفية هو ما صدر أولا من أحد العاقدين، دالا على إرادته في إنشاء العقد، سواء كان من جانب الزوج أو الزوجة، و القبول هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر، دالا على موافقته على الإيجاب الأول، حيث أنه ينعقد الزواج بإيجاب من أحدهما و قبول من الطرف الآخر.

1 – مجمع اللغة العربية، **معجم الوسيط**. مكتبة الشروق الدولية، ط4، مصر، 2004 ، ص 371.

2 – أحمد محمد علي داود، **الأحوال الشخصية.دار الثقافة للنشر**، ج1 ،ط1، الأردن، 2009، ص54.

3– وهبة الزحيلي، مرجع سابق ، ص 29.

4- السيد سابق، مرجع سابق، ص 26.

2- عند المالكية: يرى بعض المالكية أنه إذا جرى لفظ التزويج أو النكاح من الولي أو من الزوج، و أجابه الآخر بما يدل على القبول صح الزواج. و لا يشترط تقديم الإيجاب أي من الولي على قبول أي من الزوج بل يندب.[1]

3- الشافعية و الحنابلة: يرى الحنابلة و بعض الشافعية أن الإيجاب هو ما يصدر أولا من أحد المتعاقدين سواء أكان من الرجل أو من المرأة، و القبول هو ما صدر ثانيا من المتعاقد الآخر سواء كان الرجل أو المرأة، فإذا قال الرجل للمرأة تزوجتك أو قال لأبيها تزوجت ابنتك فلانة أو قال قبلت، كان الأول إيجابا من الرجل و الثاني قبولا من المرأة أو وليها، وإذا قالت المرأة للرجل زوجتك نفسي فقال الرجل تزوجتك أو قبلت كان الأول إيجابا من المرأة و الثاني قبولا من الرجل [2]

من خلال ما سبق ذكره نرى بأن المذاهب الأربعة لم يحصروا الإيجاب و القبول في شخصي المتعاقدين، بل يستطيع ولي المتعاقد أن يقدم الإيجاب أو يعبر عن القبول مكانه و يصح الزواج بذلك إلا أنهم اختلفوا في تقديم أو تأخير الإيجاب عن القبول.

ب / شروط صحة الرضا :

يشترط لصحة الرضا عدة شروط يجب توفرها نذكر منها ما يلي:

1 – الأهلية: أن لا يكون أحد العاقدين فاقدا للأهلية، فإن كان أحد العاقدين كذلك فعبارته ملغاة ولا أثر لها ولا ارتباط ينشأ بوجودها، وناقص الأهلية يصح منه عقد الزواج بالنيابة عن غيره، وعقده لنفسه موقوف على إجازة من له حق في الإجازة، وكامل الأهلية يصح عقده عن غيره ولنفسه ويعد السفيه مثل كامل الأهلية ولذلك يصح و ينفذ عقد الزواج إذ لم يحجر عليه في الزواج.[3]

1 – أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص54.

2 – جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مرجع سابق ، ص 99.

3 – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية. مرجع سابق، ص 40.

2- طريقة التعبير عن الإرادة:

اختلف الفقهاء في شروط التعبير عن الإرادة و تزامن الإيجاب مع القبول حيث

- شروط المتفق عليها: إشترط الفقهاء أن يكون إجتماع إرادتي المتعاقدين على الزواج في مجلس العقد و إثبات اتفاقهما في القصد والهدف، ويجب أن يكون مجلس العقد متحدا أي لا يفرق بين الإيجاب والقبول ما يعد شاغلا عنهما مثلا بتكلم أحد العاقدين كلام أجنبي
- شروط المختلف فيها: على خلاف الحنابلة و الحنفية اشترط المالكية والشافعية لصحة الإيجاب والقبول أن تكون الفورية في قبول الإيجاب.[1]

حسب ما قال به الحنابلة و الحنفية فإنه لا يجوز تأجيل القبول إلى وقت آخر بل يجب صدوره و التعبير عنه في مجلس العقد تزامنا مع صدور الإيجاب، فإذا تم تأجيل القبول فهذا ينافي التعبير الصريح عن الإرادة.

3- ألفاظ الإيجاب و القبول:

اتفق الفقهاء على انعقاد الزواج بلفظي النكاح و التزويج، وذلك لورودهما في كتاب الله عز وجل، ومن الآيات في ذلك قوله تعالى: **[وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ]** [2] و قوله أيضا: **[فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا]** [3] و اختلف الفقهاء في انعقاد الزواج بألفاظ أخرى وذلك كما فيما يلي:

- **الحنفية:** هو ما تم وضعه لتمليك عين في الحال، كلفظ هبة و تمليك و صدقه و عطية و بيع بشرط نية أو قرينة و فهم الشهود المقصود، ولا يصح بألفاظ الإيجار و

1- بدران أبو العينين بدران،**الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية**. مؤسسة شبان الجامعية للنشر، الإسكندرية،1996، ص65.

2- سورة النور، الآية 32.

3 - سورة الأحزاب، الآية 37.

الإعارة و الرهن و الوديعة ونحوها كالإباحة و التمتع و الإحلال، وجاء في البدائع أنه لا خلاف أن النكاح ينعقد بلفظ النكاح

فهل ينعقد بلفظ البيع و الهبة و التمليك ؟ قال الحنفية في ذلك أنه ينعقد و يصح، إذ أن ألفاظ الانعقاد لا يمكن تحديدها و حصرها في ألفاظ معينة فالمهم في ذلك هو التعبير عن الإرادة و الرغبة في التعاقد

- **المالكية:** اشترط المالكية أن لا يحتوي اللفظ على تردد و يجب أن يحتوي اللفظ على المعنى الدال على الديمومة و المواصلة
- **الشافعية و الحنابلة:** لا ينعقد الزواج حسبهم بغير لفظ التزويج و الإنكاح، حيث لا يصح النكاح لا يصح النكاح بألفاظ لا تدل على الإنكاح.[1]

لقد إختلف الفقهاء في تحديد الألفاظ التي يصح بها انعقاد الزواج فهناك من حصر ألفاظ الانعقاد في ما يدل عن التمليك ومن ذلك ما قال به الحنفية، و هناك من ألزم على ضرورة التلفظ بألفاظ التزويج وهذا ما قال به الشافعية و الحنابلة، أما المالكية فقد اشترطوا احتواء اللفظ على المعنى الدال على الديمومة و الاستمرارية .

4_ صدور الإرادة بغير اللغة العربية:

ذهب جمهور الفقهاء إلى الاتفاق على جواز عقد القران بغير اللغة العربية مستدلين في رأيهم على أن العقود تقوم على المعاني لا على الألفاظ والمباني، وأن الزواج ليس أمر تعبدي حتى يجب تعلم أركانه باللغة العربية، وذهب أصحاب المذهب الشافعي و الشيعة إلى أنه لا يصح إبرام عقد الزواج بغير اللغة العربية إذا كان العاقد يفهمها وينطق بها ويجوز لمن لا يستطيع النطق بها بأن يعقد بغير اللغة العربية وبما أنه عاجز عنها فإنها تسقط عنه. [2]

إظافةً إلى ما سبق ذكره فقد ينعقد الزواج بغير كلام وهذا يسقط على الزوج و الزوجة اللذان يستطيعا الكلام فلا يجوز إن كان الزوجين حاضرين وقادرين على الكلام أن لا ينطقا

1 – أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 61.

2– السيد سابق، مرجع سابق، ص 78.

بالألفاظ الدالة على إرادتهما، إلا أن الفقهاء أجازوا لمن لا يستطيع الكلام أن لا يعبر باللفظ بل بمجرد الإشارة الدالة على الرغبة في الزواج و الرضا بالطرف الآخر، هذا وقد أجاز بعض الفقهاء على غرار الحنفية انعقاد العقد بالكتابة و بإرسال رسول في حال كان الزوج غائبا لا يستطيع الحضور لأسباب استثنائية خارجة عن إستطاعته، ذلك لان الإرادة لا تتعلق أساسا بأسلوب التعبير، فمهما كانت طريقة إيصالها جاز الزواج وصح ركن الرضا.[1]

ثانيا: الزواج بإحدى المحرمات

يعتبر نكاح المحارم من الأنكحة الباطلة التي نصت عليها الشرعة الإسلامية بالتحريم و المحرمات قسمان، محرمات على التأبيد لا يحل للرجل أن يتزوج بهن أبدا مصداقا لقوله تعالى: **[حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ]** [2] و المحرمات تحريما مؤقتا وهن اللاتي يكون سبب تحريمهن مؤقت ونذكر أولا المحرمات على وجه التأبيد وهي كالآتي:

أ- **المحرمات بسبب القرابة:**

وهم أربعة أصناف و هي متمثلة في:

- فروع الرجل من النساء و إن نزلن: تحرم عليه بنته و بنت بنته، و هكذا كل فرع يكون جزء منه أو جزء ممن يتصل به ذلك الاتصال.
- أصول الرجل من النساء، وإن على: فأمه و جداته من جهة أبيه أو من جهة أمه جميعا من أصوله من النساء ، فيحرمن عليه إذ هو جزء منهن فكما حرم عليه جزؤه، فكذلك حرمن عليه
- فروع أبويه وان نزل: فروع الأبوين هن الأخوات سواء أكن شقيقات أم لأب أم لأم وفروع الإخوة و الأخوات فيحرمن على الرجل أخواته جميعا وأولاد إخوانه وأخواته جميعا و فروعهم مهما تكن الدرجة

1- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية..مرجع سابق، ص43.

2 – سورة النساء، الآية 23.

- فروع الأجداد و الجدات إذا انفصلن بدرجة واحدة: فالعمات و الخالات حرام عليه، مهما تكن درجة الجد و الجدة، ولكن بنات العمات و بنات الأعمام و الأخوات و الخالات و العمات حلال، مهما يعل الجد أو الجدة اللاتي تفرعن منها، إذ أن المحرم من فروع الأجداد و الجدات من ينفصل عن الأصل بدرجة واحدة.[1]

ب – المحرمات بسبب المصاهرة:

بين الله سبحانه و تعالى سبب المصاهرة بقوله :**[وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ]** [2] فيأخذ من القران الكريم أن المسلم يحرم عليه بسبب المصاهرة أربعة أنواع وهن:

- أصول زوجته أي أمها و أم أمها و أم أبيها وإن علوا " و أمهات نسائكم "
- فروع زوجته التي دخل بها أي بنتها و بنت بنتها و ابنها و إن نزل " و ربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهم "
- زوجة أصله أي زوجة أبيه وجده وإن علا " ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء "
- زوجة فرعه أي زوجة ابنه و ابن ابنه و ابن بنته و إن نزل " وحلائل آبائكم الذين من أصلابكم "

فالدخول بالزوجة شرط لتحريم أصلها و فرعها فقط، أما أصلها و زوجة الأصل و زوجة الفرع فتحرم بمجرد عقد الزواج ولو لم يحصل دخول ولذا قال الفقهاء: العقد على الأمهات يحرم البنات و الدخول بالأمهات يحرم البنات، لذلك لو عقد زواج بامرأة ثم ماتت قبل أن يدخل بها لا تحرم عليه بنتها ولا أي أنثى من فروعه، ولكن تحرم عليه أمها وكل أنثى من أصولها ولو مات هو أو طلقها قبل الدخول فتحرم على أصوله و فروعه.[3]

1– محمد أبو زهرة، **محاضرات في عقد الزواج**، مرجع سابق، ص104.

2 –- سورة النساء، الآية 23.

3– عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص45.

ج- المحرمات بسبب الرضاعة:

وهن ثمانية أصناف : أصول الشخص من الرضاع، وهن أمه من الرضاعة وأمها وأم أبيه من الرضاعة مهما علت درجة الجدة سواء من جهة الأم أو الأب فإذا رضع كفل من امرأة تصير هذه المرأة أما، وثانيا فروع الشخص من الرضاعة وهن بنته من الرضاعة و ابنتها و إن نزلت، وثالثا فروع أبوي الشخص من الرضاعة و ابنتها و إن نزل، و فروع أبوي الشخص من الرضاعة وهن أخواته من الرضاعة وبنات أخواته من الرضاعة و بنات إخوته من الرضاعة مهما نزلن في الدرجة، ورابعا فروع جد و جدة الشخص من الرضاعة، و خامسا زوجات أصول الشخص من الرضاع، فتحرم على الشخص زوجات أبيه و جده و إن علا من الرضاعة، و سادسا فروع زوجات الشخص من الرضاعة، وسابعا فروع الزوجة من الرضاع فتحرم على الشخص بنت الزوجة من الرضاع وبنات بناتها وبنات أبنائها و إن نزلت درجتهن، و أخيرا زوجات فروعه من الرضاع، فتحرم عليه زوجته الابن و ابن الابن و ابن البنت من الرضاع.[1]

أما المحرمات المؤقتة فهي محرمات متعلقة بسبب التحريم وهو سبب غير دائم فقد تحل هذه المحرمات بعد زوال سبب التحريم و هم خمسة أنواع:

1 _ المطلقة ثلاثا: تحرم المطلقة ثلاثا على زوجها حتى يدخل بها رجل آخر ثم يطلقها فتحل للزوج الأول

2 _ المشغولة بحق زوج آخر بزواج أو عدة: أي المحصنة بزواج أو المعتدة في عدتها

3_ التي لا تتدين بدين سماوي: وهي المشركة أو الوثنية حتى تتدين بدين سماوي

4_ أخت الزوجة ومن في حكمها: الجمع بين الأختين أو من في حكمها حتى تطلقا لزوجة.[2]

1- أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص116 .

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 157.

من خلال ذكرنا للمحرمات المؤقته نخلص إلى أنها زائلة وليست دائمة كالمحرمات المؤبدة، فالمرأة المحرمة على الرجل بسبب مؤقت قد تحل له إذا زال سبب التحريم عكس المحرمات المؤبدة التي ورد التحريم فيها بصفة دائما فلا تحل أبدا.

تتمثل الحكمة من إبطال نكاح التحريم بإجماع الشرائع المنزلة و تحريم الزواج من المذكورات في عدة أمور منها الفطرة الإنسانية ، ولقد أثبتت التجارب العلمية التي أجريت في الحيوانات أن التلاقح بين سلالة متحدة الأمومة ينتج نسلا ضعيفا فقد قد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لآل السائب، وقد رآهم يتزاوجون فيما بينهم: " قد أضويتم و، فنكحوا في النوابغ." و تعليل ذلك واضح فان الإقبال على ذات القرابة القوية يطيح بالنسل.[1]

من خلال ما سبق ذكره نخلص إلى أن الشريعة الإسلامية حريصة على تنظيم عقد النكاح وإبطال كل سعي في الوصول إلى ارتكاب الفاحشة عن طريقه، إذ أن المساس بالأركان الأساسية للعقد تجعله باطلا بطلانا مطلقا لا إصلاح فيه، دون النظر إلى مدى الارتباط بين الزوجين و مدة العشرة، فإذا تم النكاح بأحد المحرمات سواء كانت المؤبدة منها أو المؤقتة فالعقد باطل بإجماع أغلب التشريعات.

1- محمد أبو زهرة، **محاضرات في عقد الزواج**. مرجع سابق، ص 108.

المطلب الثاني: الزواج الباطل في القانون

تأثر المشرع الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي في استعماله لمصطلحي العقد الباطل و الفاسد إذ أنه لم يضع تعريفا للزواج الباطل بل اكتفى بتحديد حالات البطلان، و الواضح أن العقد الباطل حسبه يختلف عن الفاسد، فالمشرع الجزائري أرجع أساس بطلان العقد إلى ركن الرضا فالعقد بدون رضا باطل بطلانا مطلقا يفسخ قبل الدخول و بعده، وقد أضاف المشرع بعض الحالات التي يكون فيها العقد باطلا منها الزواج بالمحرمات، ولقد كان يعتبر الزواج الذي اختل فيه أكثر من شرط زواج باطلا في القانون 84-11 إلا أنه في الأمر 05-02 ضبط حالات بطلان الزواج و فساده بتعديل المادتين 32 و 33 ق/أ ، إضافة إلى ذلك فإن المشرع الجزائري اعتبر الأهلية دافع لإبطال الزواج الموقوف.

لقد حكمت المحكمة العليا بتاريخ 1984/10/08 حيث نص القرار على أنه " من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوافر على أركان الزواج المقررة شرعا يكون باطلا ... "[1]

من خلال المادتين 09 [2] و 33 فقرة 1 ق/أ يتضح لنا موقف المشرع الجزائري من إبراز دور الرضا في عقد الزواج.

الفرع الأول: مفهوم الزواج الباطل في القانون

عرف المشرع الجزائري الزواج الباطل على أنه كل عقد فقد ركنه الأساسي وهو الرضا، و يبطل كذلك إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج التي نص عليها في المواد من 23 إلى 30 ق/أ [3] و المادة 34 ق/أ كما نص على إبطاله إذا احتوى العقد على شروط تتنافى و مقتضيات العقد كتأقيت الزواج.

وفيما يخص ركن العقد فلقد جاء التعبير صراحةً في نص المادة 33 فقرة 01 من قانون الأسرة، إذ تجعل الزواج باطلا عند اختلال ركن الرضا حيث جاء فيها " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا "

1 – المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية.1984/10/08، ملف رقم 34137، العدد 4، 1989، ص79.

2 – تنص المادة 9 من قانون الأسرة على " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين."

3 – بلحاج العربي، **أحكام الأسرة في ضوء قانون الأسرة الجديد**. مرجع سابق، ص 376.

و اعتبر المشرع ركن الرضا أهم الأركان. [1]

رتب المشرع الجزائري مصير العقد إذا تخلف ركن الرضا في المادة 33 فقرة 01 و جعل مصريه البطلان، حيث أنه جعل للرضا أهمية كبيرة بأن جعله الركن الوحيد في العقد وذلك في نص المادة 09 ق/أ وهذا لما له من تأثير على مصير الرابطة الزوجية فالعقد يقوم على أساس الرغبة و الإرادة ولا يقوم على الإكراه و الإجبار.

الفرع الثاني: أسباب بطلان الزواج في القانون الجزائري

هناك عدة حالات اعتبر فيها المشرع الزواج باطلا و هي كالتالي:

أولا: فقدان العقد لركنه الأساسي

يتعلق بركن الرضا بين الزوجين، وهو ما نص عليه المشرع في المواد 04 و 9 و 33 من الأمر 05-02، فلا ينعقد العقد في حال انعدم تطابق الإيجاب و القبول و يعتبر العقد باطلا وذلك ما نص عليه المشرع في المادة 10 [2] ق/أ، كما أنه لا يحق للولي أبا كان أو غيره وأن يجبر من في ولايته على الزواج دون موافقتها وذلك ما جاء في نص المادة 13[3] ق/أ، ولا يجوز حتى لقضاة الموضوع إجبار امرأة غير راضية على إتمام إجراءات الزواج أو مراسيم الدخول بها، فيكون العقد باطلا إذا تخلف ركنه الأساسي الوحيد.[4]

هذا وقد أجاز المشرع الجزائري الإيجاب و القبول بكل ما يفيد معنى النكاح كالكتابة والإشارة إذا كان صادر من شخص عاجز وذلك حسب ما نص عليه في نص المادة 10 ق/أ فالمهم أن يكون التعبير عن الإرادة تعبيرا واضحا.

1- العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**. ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، الجزائر، 2013، ص58.

2- تنص المادة 10 من قانون الأسرة على " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا....."

3 - تنص المادة 12 من قانون الأسرة على " لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج..."

4- بلحاج العربي، **أحكام الزوجية آثارها في قانون الأسرة الجزائري**. دار هومه، الجزائر، 2013، ص 492.

ثانيا: الزواج بإحدى المحرمات

وذلك في حالة وجود موانع شرعية بين الزوجين سواء منها المؤبدة أو المِؤقتة وفقا للمواد من 23 إلى 30 ق/أ حيث نصت المادة 30 ق/أ على أنه يجب أن يخلو كل من الزوجين من الموانع الشرعية و يبطل في هذه الحالة قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب و وجوب الإستبراء حسب المادة 34 من ق/أ. [1]

كما حكمت المحكمة العليا بتاريخ 2006/10/11 في قضية (ك.ف) بإبطال زواج تم فيه الدخول بامرأة وهي حامل من غير زواج شرعي، حيث قضت بموجبه بأنه " البناء بالزوجة و هي حامل من غير زواج شرعي، يبطل الزواج، و تحمل الزوجة مسؤولية الطلاق."[2]

أبرز المشرع الجزائري موقفه تجاه الزواج بإحدى المحرمات متأثرا بالشريعة الإسلامية مصداقا لقوله تعالى: **[وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آَبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا]**. [3]

لقد حدد المشرع المحرمات المؤبدة في نص المادة 24 ق/أ وهي القرابة و المصاهرة و الرضاعة، كما حدد المحرمات من النساء مؤقتا في نص المادة 30 ق/أ بالمحصنة و المعتدة من طلاق أو وفاة و المطلقة ثلاثا و الجمع بين المرأة و عمتها أو خالتها سواء كانت شقيقته الأب أو الأم أو من الرضاع.

ثالثا: وجود مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات عقد الزواج

هذا ما نص عليه المشرع في المادة 32 ق/أ حيث تنص المادة على أنه " يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد " من خلال نص المادة نخلص إلى أن هناك عدة حالات يبطل فيها الزواج لوجود مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات عقد الزواج حيث أن المشرع لم يحدد هذه الحالات في نص صريح بل فتح

1- بلحاج العربي، **أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري**. مرجع سابق، ص 492.

2 – يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص47.

3 – سورة النساء، الآية 22.

المجال للقضاء في ذلك ومن بين هذه الحالات :

- **زواج فاقد الأهلية:** حسب نص المادة 07 [1] ق/أ فإن المشرع الجزائري حدد سن الزواج ب 19 سنة و اشترط في صحت الزواج قبل ذلك إجازة الولي أو ترخيصه مع تقديم الأدلة على قدرة القاصر على تحمل مسؤولية الزواج.
- **الزواج بأكثر من أربعة:** أباح المشرع الجزائري تعدد الزوجات و ضبطه بشروط نص عليها في المادة 08 [2] ق/أ حيث يفهم من نص هذه المادة أن الزواج بأكثر من أربعة نسوة باطل وهذا ما نصت عليه الشريعة الإسلامية وذلك في قوله تعالى: **[فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ]** [3] وأعطى الحق للزوجات بطلب فسخ الزواج في حالة التدليس لفسخ الزواج الجديد قبل لدخول وذلك حسب المادة 08 مكرر 01.

الفرع الثالث: حكم الزواج الباطل في القانون

إن العقد الباطل يأخذ حكم البطلان، فلا وجود له لذلك لا يترتب عليه آثار العقد الصحيح ولا يجبر أحد المتعاقدين بتنفيذه بل الواجب عدم تنفيذه فإذا كان العقد زواجا لا يحل به الإستمتاع، فهو غير منعقد أصلا ولا يفيد التمليك ولا تلحقه الإجازة، ولكل من الزوجين الحق في بطلانه وللمحكمة أن تقضي ببطلانه من تلقاء نفسها [4]

يأخذ الزواج الفاسد نفس حكم الزواج الباطل قبل الدخول إذ يجب التفريق بين الزوجين حال اكتشاف سبب الفساد أو البطلان إلا أنهما يختلفان بعد الدخول فالزواج الفاسد يصحح أما الزواج الباطل فلا يصحح.

---

1 – تنص المادة 07 من قانون الأسرة على " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج..... "

2 – تنص المادة 08 من قانون الأسرة على " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي... "

3– سورة النساء، الآية 03.

4– اسعد فاطمة، **نضريه العقد الموقوف في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في القانون المدني الجزائري**.أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2015، ص60.

المطلب الثالث: مقارنة بين ما جاء في الفقه والقانون في ماهية الزواج الباطل:

حسب ما جاء به الفقهاء في الزواج الباطل وما جاء به القانون فهناك اتفاق في بعض العناصر و اختلاف في بعضها الآخر وذلك كما يلي:

الفرع الأول :أوجه التشابه

- هناك اتفاق بين ما جاء به جمهور الفقهاء و الحنفية حول ما يخص إبطال الزواج الباطل بعد الدخول فكلاهما أوجب التفريق بين الزوجين وذلك من باب إزالة المنكر وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري كذلك.

الفرع الثاني : أوجه الاختلاف

- هناك اختلاف بين جمهور الفقهاء و الحنفية في مفهوم الركن فهو عند الجمهور يتمثل في الصيغة و الزوجين و الولي وهناك اختلاف بينهم فيما يخص المهر و الشاهدين أما الحنفية فيحصرون الركن في الإيجاب و القبول فقط.
- هناك اختلاف في مفهوم الزواج الباطل بين الجمهور و الحنفية فهو عند الجمهور مخالفة العقد لنظامه التشريعي أي أن العقد يكون باطلا إذا اختل في أركانه أو في أوصافه، أما الحنفية فيرجعون إبطال الزواج إلى مخالفته لركنه الأساسي (الرضا) أو شروط انعقاده.

الفرع الثالث: الترجيح

نرجح ما قال به الحنفية بالنظر إلى نوع السبب الذي يجعل العقد باطلا و الفصل بين ما هو جوهري وهو الركن و ما هو خارج عن الماهية وهو الشرط ففي غياب الشرط يبطل الزواج ولا يلحقه التثبيت وفي غياب الشرط يفسد الزواج ويلحقه التثبيت.

المبحث الثاني: آثار الزواج الباطل في الفقه و القانون

يختلف الزواج الباطل عن الزواج الفاسد في عدة عناصر فإذا قلنا أنهما يأخذان نفس الحكم قبل الدخول ونفس الآثار في حال الفصل بين الزوجين فكلاهما يعتبر غير منعقد وكأن العقد لم ينشأ أصلا إلا أنهما يختلفان بمجرد اقتران الزواج بالدخول، فالزواج الفاسد قد يستدرك و يصحح أما الزواج الباطل فلا يصح مهما كان، إذ أن الخلل فيه جوهري لا يمكن استدراكه ولا تجاوزه فإذا اشتمل الزواج على دخول بين المحارم فتكون معصيتا يستحيل تصحيحها أو إذا كان الزواج فاقد لركن الرضا فهنا يفقد أهدافه و مقاصده وكان إبطاله من النظام العام، أما الآثار المترتبة عن الزواج الباطل فهي متعددة أمرت بها الشريعة الإسلامية فهي تشترك مع الزواج الصحيح في عدة أمور منها وجوب الإستبراء حيث أنه في اقتران الزواج بالدخول يستوجب أن تعتد المرأة بعد الفراق بنها وبين الزوج الذي دخل بها بزواج باطل، إضافتا إلى ذلك ثبوت النسب في الزواج الباطل وهذا أيضا من باب إنساني يقوم علة عدم تضييع الولد الناتج عن دخول في زواج باطل فبالرغم من اعتبار العقد كأن لم يكن و إبطاله من النظام العام إلا أن الولد ينسب لوالديه.

أخد المشرع الجزائري بما جاءت به الشريعة الإسلامية في ما يخص الآثار المترتبة عن الزواج الباطل إذ أنه ورغم عدم اعتبار الزواج الباطل منعقدا إلا أن ثبوت النسب يكون وجوبيا وذلك ما نص عليه في المادة 40 من القانون 84 -11 المعدل بالأمر 05-02 حيث أنه ألزم ثبوت النسب في كل زواج تم فسخه بعد الدخول

قسمنا دراستنا في هذا المبحث إلى مطلبين نتناول فيهما آثار الزواج الباطل حسب ما قال به الفقهاء و ما ذهب إليه المشرع الجزائري وذلك كما يلي:

- **المطلب الأول: آثار الزواج الباطل في الفقه**
- **المطلب الثاني: آثار الزواج الباطل في القانون**
- **المطلب الثالث: مقارنة بين و الفقه و القانون حول آثار الزواج الباطل**

المطلب الأول: آثار الزواج الباطل في الفقه

يمكن التفريق بين حالتين من الحالات التي يمكن أن ينتج عن الزواج الباطل آثار وهما قبل الدخول و بعده

الفرع الأول: قبل الدخول

لا يترتب على الزواج الباطل أي أثر من آثار العقد إذ أنه يجب التفريق بين الزوجين، و عدم اقتران الزواج بدخول يعني انعدام الآثار مثله مثل الزواج الفاسد.[1] و المقصود هنا الآثار التي يرتبها الزواج الصحيح من معاشرة بين الزوجين من إنفاق و توارث ومعاشرة لأنه لا وجود للدخول في هذا الزواج ، كما أنه لا يرتب كذلك آثار الزواج الباطل لانعدام الدخول كذلك فالدخول في الزواج الباطل يرتب آثار على واقعة الدخول لا على الزواج.

الفرع الثاني: بعد الدخول:

هناك اختلاف في آثار الزواج الباطل بعد الدخول بين المذهب الحنفي و الجمهور

أولا: المذهب الحنفي

أنه لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح، فلا يحل فيه الدخول بالمرأة، ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة، ولا يثبت به توارث ولا مصاهرة، ويجب عدم التمكين من الدخول بين الزوجين، فإن دخلا فرق القاضي بينهما جبرا، ولا عدة فيه بعد التفريق كالموقوف قبل إجازته فلا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول.[2]

اعتبر الحنفية الزواج الباطل منعدما الوجود بعدم ترتيب أي أثر عليه فالفصل بين الزوجين من النظام العام وفي حالة الدخول يفرق القاضي بينهما جبرا فهو ليس كالزواج الفاسد من حيث الآثار المترتبة عليه.

1 – عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص37.

2– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص107.

ثانيا: جمهور الفقهاء

يترتب على الدخول في الزواج غير الصحيح عند جمهور الفقهاء عدة آثار منها:

1- ثبوت نسب الولد لأبيه إن كان العقد مختلفا في فساده أو بطلانه وكذا متفقا فيه، فلا يعتبر الوطء زنا إذا لم يكن الرجل عالما بالحرمة فإذا كان عالما بالحرمة اعتبر زنا ووجب الحد ولا يثبت النسب

2- وجوب العدة إذا دخل الرجل بالمرأة أو اختلى بها خلوة يتمكن فيها من الاتصال الجنسي، ثم فسخ العقد، سواء أكان العقد متفقاً على فساده أم مختلفاً فيه، وتبدأ العدة من وقت الفراق بينهما

3- وجوب المهر بالدخول، لا بمجرد الخلوة: سواء أكان متفقاً على فساده، أم مختلفاً في فساده والمهر المستحق: هو المسمى إن كان مسمى، أو مهر المثل إن لم يسم تسمية صحيحة، أو كان الفساد بسبب شرط يناقض المقصود من الزواج

4- ثبوت حرمة المصاهرة بالدخول (الوطء) أو مقدماته، إذا كان العقد مختلفاً في فساده وكذلك تثبت بهما إذا كان العقد متفقاً على فساده، بشرط ألا يعتبر الوطء زنا موجباً للحد، فإن اعتبر زنا موجباً للحد لا تثبت به حرمة المصاهرة به على المعتمد، وكذلك مجرد العقد الفاسد المختلف فيه يحرِّم المرأة على أصول الرجل وفروعه، ويحِّرم على الرجل أصولها، لأن العقد على البنات يحرم الأمهات، ولا يحرم عليه فروعها لأن العقد على الأمهات لا يحرم البنات، فإذا دخل بالأم حرمت البنت أيضاً .[1]

ولا يترتب على هذا الزواج أثر من آثار الزواج الصحيح (من معاشرة و نفقة و توارث...) و يعتبر وجوده كعدمه ويجب على الزوجين الافتراق حالا، وإذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا باطلا كان هذا الدخول بمنزلة الزنا إلا أن شبهة العقد ترفع الحد، فلا توارث بين الزوجين ولا يجب به المهر ولا نفقة ولا طاعة ولا أي حق من حقوق الزوجية وواجباتها. [2]

1- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 104.

2- عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص39.

المطلب الثاني: آثار الزواج الباطل في القانون

ألحق المشرع الجزائري أثار الزواج الباطل بآثار الزواج الفاسد قبل الدخول ففي كلتا الحالتين يعتبر العقد كأن لم يكن و يتم التفريق بين الزوجين إلا أن الفرق بين كلا الحالتين هو الدخول إذ أن إبطال الزواج الفاسد و الباطل قبل الدخول لا يرتب أي أثر من آثار الزوجية إذ أنه لم يتم الدخول فيه بالمرأة فلا ينتج أثر لعدم الاقتران بالدخول، أما الزواج الباطل ففي اقترانه بدخول يترتب عليه وجود أولاد و عدة آثار وهذا ما قال به المشرع الجزائري وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: لا توارث بين الزوجين

هذا طبقا لنص المادة 131 ق/أ التي تنص على أنه " إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين "[1] فالمشرع يمنع التوارث في العقد الباطل وذلك لاعتبار العقد غير موجود أصلا فيا يصح اعتبار ترتيب آثار عقد صحيح على آثار عقد باطل و الميراث من آثار الزواج الصحيح.

الفرع الثاني: ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد

هذا طبقا لنص المادة 34[2] والمادة 40[3] ق/أ وفي ذلك حكمة المحكمة العليا بتاريخ 1997/10/28 بأنه من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح و الإقرار بالبينة و شهادة الشهود و نكاح الشبهة و الأنكحة الفاسدة ة الباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن صبوت النسب يعد إحياء له و نفيه قتلا له، ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج و النسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي فيه فإنهم بقضائهم كما أخطئوا في تطبيق القانون لأن حجية الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضايا الحالة كإثبات الزواج و النسب و أنه

1 – بلحاج العربي، **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد**، مرجع سابق، ص379.

2 – تنص المادة 34 من قانون الأسرة على " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده ويترتب عليه ثبوت النسب...."

3– تنص المادة 40 من قانون الأسرة على " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول "

يمكن إثبات الزواج و النسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

الفرع الثالث: لا يترتب على العقد الباطل صداق للزوجة

الصداق يكون في العقد الفاسد بعد الدخول باستدراك ذات البين أما في العقد الباطل فلا يكون الصداق لانعدام العقد و استحالة المعاشرة بين الزوجين حسب نص المادة 33 فقرة 02 حيث جاء نص هذه المادة أن " الزواج بدون شاهدين أو صداق أو وبلي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه " إذ أن هذه المادة تشير إلى عدم وجود صداق في الزواج الفاسد قبل الدخول وهو نفس الحكم الذي يكون في الزواج الباطل.[2]

أما بعد الدخول بالزوجة فيجب المهر وهو الأقل من المسمى و مهر المثل.[3]

الفرع الرابع: ليس للزوجين أي حق من حقوق الزوجية

إذا تم إبطال الزواج لا تترتب عليه أي حق من الحقوق الزوجية المنصوص عليها في نص المادة 36 ق/أ فلا توجد معاشرة بين الزوجين ولا طاعة ولا أي حق من الحقوق التي تنتج عن الزواج الصحيح وذلك لانتهاء الرابطة الزوجية.

الفرع الخامس: وجوب الإستبراء

إذا فسخ الزواج الباطل بعد الدخول، وجب على المرأة الإستبراء بثلاثة حيضات تامة وإذا فسخ الزواج قبل الدخول فلا يجب على المرأة أن ستبرئ لأنه شرع على براءة الرحم من الحمل وفقا للمادة 34 و 58 ق/أ. [4]

1- يوسف دلاندة، مرجع سابق،ص54.

2- فضيل سعد، مرجع سابق، ص165.

3- أبو القاسم ابن الزين، مرجع سابق، ص 125.

4- بلحاج العربي، **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد**. مرجع سابق، ص 379.

تنتج هذه الآثار عن الزواج الباطل رغم اعتبار العقد غير موجود أصلا إلا أنها تنتج عنه لأن العقد سار مسار العقد الصحيح و ترتب عنه دخول تستوجب و بالضرورة وجود آثار.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه و القانون حول آثار الزواج الباطل

هناك اتفاق في الآثار المترتبة على الزواج الباطل بين ما قال به الفقهاء وما ذهب إليه القانون وذلك فيما يلي:

- هناك اتفاق بين الفقه و القانون في ترتيب الآثار عن الدخول في الزواج الباطل ومن ذلك ثبوت نسب المولود بنكاح باطل وهذا ما قال به الفقهاء وما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 40 ق/أ.
- هناك اتفاق في عدم ترتيب أي أثر قبل الدخول في الزواج الباطل لعدم وجود واقعة الدخول في العقد.
- هناك اتفاق بضرورة إبطال العقد و عدم ترتيب أي من حقوق الزواج الصحيح كالميراث و النفقة و المعاشرة.

خلاصة

من خلال ما سبق ذكره في ما يخص الزواج الباطل نخلص إلى أن الفقهاء أجمعوا على ضرورة التفريق بين الزوجين في الزواج الباطل سواء قبل الدخول أو بعده و سواء طالة مدة الزواج أو لم تطل لأن إبطال هذا الزواج من باب إنهاء المعصية فقد يكون زواجا بأحد المحرمات التي ذكرها الله في الكتاب كما قد يكون زواج يغيب فيه ركن الرضا وبذلك يكون أحد المتعاقدين مكرها بذلك، فإبطاله من النظام العام وذلك يكون بضرورة ترتيب بعض الآثار الواجب ترتيبها كإثبات النسب ووجوب الإستبراء.

الخاتمة

الخاتمة

نستنتج مما سبق ومن خلال دراستنا للموضوع أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية الفساد في العقود التي جاء بها المذهب الحنفي فيما يخص العقود غير الصحيحة، فغياب الأركان العقد يجعل الزواج باطلا منعدم الوجود فيعتبر كأنه لم يكن، وغياب الشروط يجعل العقد فاسدا يرتب تثبيته بعد الدخول بصداق المثل، كما أن لهما نفس الحكم قبل الدخول وهو الإبطال و اعتبار العقد كأن لم يكن لانعدام واقعة الدخول، إلا أن العقد الباطل يأخذ هذا الحكم قبل الدخول و بعده فلا يثبت العقد الباطل بصداق المثل لأنه فاقد لركن أساسي يحول دون انعقاده، كما أن تثبيت الزواج الفاسد بعد الدخول راجع إلى الحرص على عدم تهديم الأسرة ومحاولة تجاوز اختلال الشروط الخارجة عن الإنعقاد، وذلك بالتعويض بصداق المثل.

فالخلاف الواقع بين الفقهاء في وجود العقد الفاسد من عدمه يرجع إلى انفراد الأحناف بوجود هذا النوع من العقود، الذي يختلف حسبهم عن الزواج الباطل لأن الأسباب التي تجعله فاسدا تختلف عن أسباب التي تبطله، فهناك فرق بين غياب ركن الرضا وبين غياب شرط الصداق أو الشهود أو الولي، فبغياب أحد الشروط يمكن تثبيت العقد و تصحيحه أما إذا غاب ركن فلا يمكن تثبيت العقد.

أما جمهور الفقهاء فقد أجمعوا بين العقد الباطل و العقد الفاسد في معنى واحد وجعلوا كل عقد يخالف التشريع باطلا سواء كان ذلك العيب في أركانه أو في أوصافه وهذا ما ذهب إليه كل من المالكية و الشافعية و الحنابلة.

لقد حدد المشرع الجزائري شروط الزواج في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري كما حدد أركانه في المادة 09، إذ أنه رتب على تخلف الركن بطلان العقد وذلك في في نص المادة 33 فقرة 01، أما تخلف الشرط فيرتب فساده وهذا ما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة، فالمشرع الجزائري ضبط أحكام الزواج الفاسد و الزواج الباطل في المواد من 32 إلى 35 كما اعتبر الزواج بأحد المحرمات زواج باطل يفسخ قبل الدخول و

بعده و يترتب عنه ثبوت النسب و وجوب الإستبراء، كما أنه اعتبر الزواج باطلا إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضى العقد وذلك في نص المادة 32 ق/أ.

ومما سبق ذكره نخلص إلى بعض الاقتراحات و النتائج و المتمثلة في:

- لقد ميز تعديل 2005 بما جاء في الأمر 05-02 الفصل بين شروط العقد و أركانه وذلك بإضافة المادة 9 مكرر، كما أن تعديل المادتين 32 و 33 ق/أ أنهى الجدل الذي كان قائما حول العقد الفاسد و العقد الباطل.
- تقسيم العقد إلى ثلاثة مراتب عقد صحيح و عقد فاسد و عقد باطل من طرف المشرع الجزائري كان نتيجة الأخذ بما جاء به الحنفية في العقود.
- لقد تأثر المشرع الجزائري بما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يخص ترتيب الآثار على فسخ الزواج الفاسد أو الباطل من ذلك ثبوت النسب.
- كما يتضح كذلك الأخذ بما جاءت به الشريعة الإسلامية في ما يخص إبطال الزواج في حال اشتماله على أحد الموانع الشرعية وهي المحرمات من الأزواج.

إجابة على الإشكالية المطروحة فإن تخلف أحد الشروط يؤدي إلى فساد العقد، و تخلف أحد الأركان يؤدي إلى بطلانه.

قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم: برواية ورش عن الإمام نافع.

أولا: القوانين و الأوامر

1- الأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005 (الجريدة الرسمية رقم 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005) المتضمن قانون الأسرة.

2- القانون 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428، الموافق 13 مايو 2007، يعدل و يتمم القانون المدني (الجريدة الرسمية رقم 31. مؤرخة في 13-05-2007.)

ثانيا: الكتب

1- ابن منظور، لسان العرب. دار صادر للنشر، الجزء السابع و الجزء الحادي عشر، لبنان، (دس).

2- _____، لسان العرب. دار النوادر للنشر، الجزء السابع.

3- أبوا نصر محمد بن عبد الله، إرشاد الاختيار إلى حكم نكاح الشغار. دار الآثار للنشر، ط1، اليمن، 2004.

4- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري. دار الكتب العلمية للنشر، مصر، 2009.

5- أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية. المطبعة الفنية للنشر، القاهرة، 1932.

6- أحمد الكبسي، الأحوال الشخصية في الفقه و القضاء. المكتبة القانونية للنشر، ج 1، بغداد، (دس)، ص 67.

7- أسامة ذيب مسعود، الإكراه في عقد الزواج، دار الثقافة للنسر و التوزيع، الأردن،(دس).

8- بدران أبوا العينين بدران، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية. مؤسسة شبان الجامعية للنشر، الإسكندرية، 1996.

9- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج. دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.

10- السيد سابق، فقه السنة. الفتح الإعلامي العربي للنشر، ج 2 ، القاهرة، 1996.

11- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري. دار هومه للطباعة و النشر، ط 3، الجزائر، 1996.

12- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. دار القلم للنشر، ط 2، الكويت، 1990.

13- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد. دار الثقافة للنشر، ج 1، عمان، 2012.

14- _____ ، قانون الأسرة. ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، ط 3، 2006.

15- _____، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد. دار الثقافة للنشر، ط 1، الأردن، 2012.

16- _____، أحكام الزوجية آثارها في قانون الأسرة الجزائري. دار هومه، الجزائر، 2013.

17- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، الجزائر، 2013.

18- العيش فضيل، قانون الأسرة. ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، الجزائر، 2006.

19- عيسى حداد، عقد الزواج. منشورات جامعة باجي مختا، عنابة، 2006.

20- مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط. مكتبة الشروق الدويلة، ط4، مصر، 2004.

21- مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1997.

22- محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج. دار الفكر العربي للنشر،(دس).

23- _____، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية. دار الفكر العربي للنشر، القاهرة، 1976.

24- محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي. المؤسسة الوطنية للكتاب للنشر، الجزائر، 1988.

25- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة : الخطبة والزواج. ددن، ط2 .دس.

26- مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية للنشر، ط2، بيروت، 2010.

27- ناجي بن حسين بن إبراهيم، أحكام خطبة النساء في الإسلام. السعودية، 2010.

28- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا. دار الهدى للنشر، عين مليلة، الجزائر، 2006.

29- نسرين شريقي وكمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري. دار بلقيس للنشر، ط1، 2008.

30- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر للنشر، الجزء التاسع، دمشق، سوريا، (دس).

31- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة. دار هومه للنشر، ج 2، ط 2، الجزائر، 2008.

32- _____، قانون الأسرة. دار هومه للنشر، الجزائر، 2014.

ثالثا: المذكرات و الرسائل العلمية

1- أبوا القاسم بن الزين، عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ و التصحيح. رسالة ماجستير، جامعة حمه لخضر، الوادي، 2014-2015.

2- اسعد فاطمة، نظريه العقد الموقوف في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في القانون المدني الجزائري.أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2015.

3- توفيق شندارلي، فسخ عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري. رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2012.

4- لمياء بن زهرة، آثار بطلان العقد على الغير، مذكرة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، الوادي، 2014.

الفهرس

الفهرس

العنوان **الصفحة**

الإهداء

شكر و عرفان

قائمة مختصرات

المقدمة:.....أ-ب-ج-د

المبحث التمهيدي: ماهية عقد الزواج

المطلب الأول: تعريف العقد..... 01

الفرع الأول: تعريف العقد لغة.....01

الفرع الثاني: تعريف العقد اصطلاحا.....01

المطلب الثاني: تعريف الفساد و البطلان.....02

الفرع الأول: تعريف الفساد 03

الفرع الثاني: تعريف البطلان.....03

المطلب الثالث: تعريف العقد الفاسد و العقد الباطل.....03

الفرع الأول: تعريف العقد الفاسد.....03

الفرع الثاني:تعريف العقد الباطل.....04

المطلب الرابع: تعريف الزواج.....04

الفرع الأول: الزواج لغة.....05

الفرع الثاني: اصطلاحا.....05

الفرع الثالث: طبيعة عقد الزواج بين الرضائية و الشكلية.....06

الفرع الرابع: حكم الزواج.....07

المطلب الخامس: اختلاف الفقهاء في شروط عقد الزواج.....07

الفرع الأول: الشروط المتفق عليها.....08

الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها.....09

الفصل الأول: الزواج الفاسد و آثاره في الفقه و القانون.....11

المبحث الأول: الزواج الفاسد وفي الفقه و القانون.....14

المطلب الأول: الزواج الفاسد في الفقه.....15

الفرع الأول: عقد الزواج الفاسد.....16

الفرع الثاني: الأنكحة الفاسدة.....19

المطلب الثاني: الزواج الفاسد في القانون.....23

الفرع الأول: فساد الزواج باختلال أحد الشروط العقد.....24

الفرع الثاني: اختلال الزواج بفساد الشروط.....26

المطلب الثالث: مقارنة بين ما جاء في الفقه و القانون في ماهية الزواج الفاسد.....28
الفرع الأول: أوجه الإتفاق.....28
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف.....29
الفرع الثالث: الترجيح.....29
المبحث الثاني: آثار الزواج الفاسد في الفقه و القانون.....30
المطلب الأول: آثار الزواج الفاسد في الفقه.....31
الفرع الأول: قبل الدخول.....31
الفرع الثاني: بعد الدخول.....31
المطلب الثاني: آثار الزواج الفاسد في القانون.....33
الفرع الأول: الفسخ و البطلان في عقد الزواج.....33
الفرع الثاني: آثار الزواج الفاسد في التشريع الجزائري.....34
المطلب الثالث: مقارنة بين ما جاء في الفقه و القانون في آثار الزواج الفاسد.....35
الفرع الأول: أوجه الاتفاق.....35
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف.....36
الفرع الثالث الترجيح.....36
الفصل الثاني: الزواج الباطل و آثاره في الفقه و القانون.....38

المبحث الأول: الزواج الباطل في الفقه و القانون.....41
المطلب الأول: الزواج الباطل في الفقه.....42
الفرع الأول: مفهوم الزواج الباطل.....42
الفرع الثاني: حكم الزواج الباطل.....43
الفرع الثالث: حالات بطلان الزواج.....45
المطلب الثاني: الزواج الباطل في القانون.....53
الفرع الأول: مفهوم الزواج الباطل في القانون.....53
الفرع الثاني: أسباب بطلان الزواج في القانون.....54
الفرع الثالث: حكم الزواج الباطل في القانون.....56
المطلب الثالث: مقارنة بين ما جاء في الفقه و القانون في الزواج الباطل.....57
الفرع الأول: أوجه الاتفاق.....57
الفرع الثاني:أوجه الاختلاف.....57
الفرع الثالث: الترجيح.....57
المبحث الثاني: آثار الزواج الباطل في الفقه و القانون.....57
المطلب الأول: آثار الزواج الباطل في الفقه.....59
الفرع الأول: قبل الدخول.....59
الفرع الثاني: بعد الدخول.....61

المطلب الثاني: آثار الزواج الباطل في القانون.....61

الفرع الأول: لا توارث بين الزوجين.....61

الفرع الثاني: ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد.....61

الفرع الثالث: لا يترتب على العقد الباطل صداق للزوجة.....62

الفرع الرابع: ليس للزوجين أي حق من حقوق الزوجية.....62

الفرع الخامس: وجوب الإستبراء.....62

المطلب الثالث: مقارنة بين ما جاء في الفقه و في القانون حول آثار الزواج الباطل.....63

خلاصة الفصل.....64

الخاتمة.....65

قائمة المراجع.....66

الفهرس.....71

الملخص:

يبنى عقد الزواج على عدة ضوابط و أحكام يستند عليها ليكون صحيحا، إلا أن إختلال هذه الضوابط تجعله معيبا يترتب على ذلك العيب فساد العقد أو بطلانه، فإذا اختل العقد في احد أركانه كان باطلا أما إذا اختل في أحد شروطه كان فاسدا، و العقد الباطل يفسخ أبدا قبل الدخول و بعده، و العقد الفاسد يفسخ قبل الدخول أما بعد الدخول فيصحح بصداق المثل، هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري متأثرا بما جاء به المذهب الحنفي بتقسيم العقود إلى عقد صحيح و عقد فاسد و عقد باطل وذلك لاختلاف السبب المؤدي إلى فساد العقد أو بطلانه فإذا كان السبب جوهريا يتعلق بالركن و كان سببا رئيسيا في وجود العقد كالرضا ينتج بطلان العقد، أما إذا كان السبب في أوصاف العقد أو في شروط انعقاده كان الزواج فاسدا يمكن تصحيحه بعد الدخول.

Le Résumé :

Le contrat de mariage et fondées sur plusieurs dispositions pour être valable, mais le mauvais fonctionnement de ces dispositions fonts que se contrat deviens nul ou vicié, si se dernier manque un de ces éléments principale il sera nul, et si il manque des conditions constitutifs il sera vicié. le mariage vicié et résilié avent la consommation, et après la consommation il peut être confirmé par le dot de parité (sadaq el- mitl), c'est ce qui a fait le législateur algérienne influencé par la doctrine hanafi (el hanafia) qui ont divisait les contrats non valide ont deux partie , un contrat vicié et un contrat nul, a cause de la différence principale de raison de l' inexactitude. si le contrat de mariage manque d'une condition principale le contrat sera nul, et si la raison n'est pas principale le contrat sera vicié, et il dois être confirmé après la consommation par la dot de parité.