



جامعة الجلفة زيان عاشور  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



قانون الأسرة الجزائري بين الخلفيات الفقهية ومتطلبات العصر

-مسألة الزواج وأثره في ثبوت النسب نموذجا-

(دراسة مقارنة بين المشرع الجزائري والمشرع المغربي)

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

إشراف الأستاذ الدكتور البروفيسور: عز الدين مسعود

إعداد الطالبة: حاطب وردية

لجنة المناقشة :

1/الدكتور: ثامري عمر رئيسا

2/البروفيسور: عز الدين مسعود مقررا

3/الدكتور: جمال عبد الكريم مناقشا

السنة الجامعية: 2016/2017



جامعة الجلفة زيان عاشور  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



قانون الأسرة الجزائري بين الخلفيات الفقهية ومتطلبات العصر  
-مسألة الزواج وأثره في ثبوت النسب نموذجا-  
(دراسة مقارنة بين المشرع الجزائري والمشرع المغربي)

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

إشراف الأستاذ الدكتور البروفيسور: عز الدين مسعود

إعداد الطالبة: حاطب وردية

لجنة المناقشة :

1/الدكتور : ثامري عمر رئيسا

2/ البروفيسور: عز الدين مسعود مقرا

3/الدكتور: جمال عبد الكريم مناقشا

السنة الجامعية: 2016/2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

\*قال تعالى:

"وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا"

(سورة النساء, الاية: 21).

\*حدثنا أحمد ابن صالح حدثنا ابن وهب أخبرني عمرو يعني ابن الحارث عن ابن الهاد عن عبد الله بن يونس عن سعيد المقبري عن أبي هريرة:

" أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول حين نزلت آية المتلاعنين أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله الجنة وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه إحتجب الله منه وفضحه على رءوس الأولين والآخرين " رواه أبو داوود.

---

1- سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي أبي داوود، سنن أبي داوود، اعداد وتعليقك: عزت عبید الدعاس وعادل السيد، دار ابن حزم، 1997، ط1، باب التغليظ في الانتقاء رقم 29، الحديث رقم 2263 .

## الإهداء:

- إلى منبع الحنان وفيض العطاء بلا إمتنان: والدتي الحبيبة وأبي العزيز.

- إلى الذين حملوا الهم معي وشاركوني الأمل والآلام: أخي يونس وحرمه

المصون وأخي محمد امين.

- إلى رفيقات دربي: بشيري أمينة وفريحة.

## بطاقة شكر وعرافان:

الشكر-أولا واخيرا- للمولى المنعم والثناء عليه بما هو أهل له.

ثم إعترافا بالفضل لاهله:

- أتوجه بالشكر الى من تفضل بشرف الإشراف على هذه المذكرة؛أستاذي  
الفاضل الدكتور عز الدين مسعود على ما جاد نصائح وتوجيهات أثرت البحث  
وعلى تكرمه بمراعاة رغبتي في طريقة البحث .
- كما أخص بالشكر الجزيل والثناء العظيم قاضي محكمة الدار البيضاء  
-المغرب- هشام الشمارخ الذي أمدني بالمادة العلمية للمشروع المقارن-  
المغربي- وسهل علي فهمها .
- والشكر الموصول أيضا الى أعضاء لجنة المناقشة على ما يبذلونه من  
جهد في سبيل ترشيد البحوث العلمية.

## قائمة الرموز المستعملة:

م.أ.م / م.س.م : مدونة الأسرة المغربية.

م.أ.م.س : مدونة الأسرة.

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

م.ش : مدونة الأحوال الشخصية (مغربية).

ق.م.م : القانون المدني المغربي .

ص:

م : المادة .

ط: طبعة.

ج : جزء .

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

ق.أ : قانون الأسرة.

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

ق.م.ج : قانون مدني جزائري.

ق.م.ف : قانون مدني فرنسي.

ق : قانون .

ص : صفحة .

د.ت : بدون تاريخ .

مقدمة



## مقدمة

الحمد لله غير مفقود الأنعام، أحمده على نعمه، وآلائه العظام، والصلاة والسلام على النبي  
المعتبر، وعلى آله وصحبه ومن إعتبر.

أما بعد: غني عن التذكير كون الجزائر عرفت في الآونة الأخيرة مجموعة من التحولات  
السوسيوسياسية والمتغيرات التي تمت وفق مجموعة من المعايير والمفاهيم الحديثة كتعزيز دولة  
الحق والقانون والشفافية ودمقرطة المؤسسات التمثيلية وتكريس المكتسبات الحقوقية للأفراد  
والجماعات، وهي تحولات فرضت معالمها مجموعة من المتغيرات الراهنة، تشخصها بالأساس  
مضاعفات العولمة الجارفة وتحديات الألفية الثالثة.

وإعتبارا لهذا المعطى الإستراتيجي، فقد كان من المنتظر بل من المحتم أن تواكب هذه التطورات  
الجزرية تحولات أخرى موازية تهتم الترسانة التشريعية الوطنية، بما فيها تلك المنظمة للأحوال  
الشخصية وشؤون الأسرة، لتكون هذه الأخيرة في مستوى التطلعات وقادرة على مواكبة وتيرتها  
المتسارعة في ضل مقاربة ثنائية تحافظ على مبدأ روح الإنفتاح والتسامح والحدثة وبين التأكيد على  
التشبث بجذور الأصالة التراثية المستمدة روافدها من الإسلام كمكون حضاري ومصدر تشريعي  
أساسي لا محيد عنه، وهو الأمر الذي جعل هذه العينة من القوانين تضاهي نظيراتها المعمول بها  
لدى أعرق الديمقراطيات التمثيلية في الدول الغربية وغيرها من المنظومات التشريعية المقارنة خاصة  
التشريع المغربي في تنظيم الأسرة.

فلم يمض على الشروع العملي في تطبيق قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة  
1984 الجزائري أكثر من عشر سنوات، حتى بدأت المطالبات والإقتراحات بالتعديل الجزئي لقانون  
الأسرة الجزائري، فإنه أمام غموض بعض النصوص وإشكالات تنفيذ بعضها الآخر وإغفاله معالجة  
مسائل هامة، وكذا التضارب الحاصل بين نصوصه ونصوص القوانين الأخرى (وخاصة القانون  
المدني، وقانون الحالة المدنية، وقانون الجنسية، وقانون الإجراءات المدنية) بالإضافة إلى تعارض وعدم  
إنسجام بعض مواد قانون الأسرة نفسه، وكذا الإجتهد الحاصل في مجال الأحوال الشخصية فجاء  
الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 ليعدل ويتمم قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11

ويقابلة القانون رقم 07-03 الصادر الصادر بتاريخ 5 فبراير 2004 المتعلق بمدونة الأسرة المغربية والتي كانت قبلها مدونة الأحوال الشخصية الصادرة سنة 1957 والتي عدلت سنة 1993.

فجملة المسببات القانونية والواقعية والدواعي الحقوقية التي تموقت كباعث رئيسي ودافع أساسي من وراء التفكير في إيجاد آليات قانونية وقائية جديدة تهتم بقانون الأحوال الشخصية للفرد والجماعة وتنظيم شؤون ومتطلبات الأسرة المغربية وفق لمنظور حدائي ومشروع إصلاح رائد يأخذ بعين الاعتبار الظرفية الراهنة للعالم اليوم ويستوعب في ذات الوقت الإجهادات العملية والميدانية التي تشكلت وترعرت في إطار المرجعية الإسلامية سواء من حيث الشكل أو الجوهر فارتأيت أن أدرس مضمون وجوهر ماجاء به التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري وما جاء به بالموازاة المشرع المغربي في مدونة الأسرة فيما يخص الزواج نظرا لأهميته وجذوره الضاربة في مناحي حياة الإنسان وما يخلقه من علاقات وقواعد وأحكام وآثار تنجر عنه ونظرا لجهل الكثير من الناس لأحكامه وأحيانا الفهم والتفسير الخاطيء لها ولما يتصل من المشكلات الإجتماعية التي يتمنى كل باحث مخلص وناصح لدينه وأمته أن ييسر حلها فإن المشكلات كلما طرقت وألقت الأضواء عليها تيسر حلها وإذا تناسها الناس وأغمضوا عيونهم عنها بقيت كما هي ذات غموض وإشكال.

فالزواج بمثابة مؤسسة قانونية تنشأ بموجب عقد تؤطره نصوص قانونية تجد سندها أساسا في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وفي تقريرات فقهاء الشريعة الإسلامية السمحاء، هذا العقد الذي يتطلب شروطا وأركاناً إن وجدت أعتبر صحيحاً منشأ لما ينتج عليه عادة من آثار وهنا سنتناول مسألة ثبوت النسب كأثر من آثار الزواج وإن إختل في هذا العقد ركن من أركانه أو شرط من شروطه أعتبر العقد غير صحيح وبالتالي قد يتأثر ثبوت النسب بناء على هذا الوصف فلا مناص لدارس قانون الأسرة دراسة قانونية من الرجوع إلى مصادر الشريعة الإسلامية ومذاهبها للمقارنة والوقوف على مأخذ المشرعين الجزائري والمغربي وإختياراتهما، فعلى ضوء هذه الإعتبارات نجري مقارنة نقدية وتحليلية .

من خلال ما تقدم جاءت هذه الدراسة كعبارة عن مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر حقوق الموسمة ب: قانون الأسرة الجزائري بين الخلفيات الفقهية ومتطلبات العصر-مسألة الزواج وأثره

في ثبوت النسب نموذجاً - (دراسة مقارنة بين المشرع الجزائري والمشرع المغربي).

### أسباب إختيار الموضوع:

#### الأسباب الذاتية:

تخصصي في ميدان الأحوال الشخصية والرغبة الجامحة في الجمع بين الشريعة الإسلامية والعلوم القانونية في تحصيل المعارف بإعتبار أن ماينجر عن الأحوال الشخصية حين التعامل مع موضوعاتها يستمد خصوصيته من عقد الزواج كونه ميثاقاً غليظاً، الذي يترتب عنه في نفس الوقت حقوق أخرى خطيرة لا تقل أهمية عنه وأقصد هنا النسب وكذا خلفية الزواج الدينية التي منحته قدسية خاصة، فكل الإشكالات التي تطرح في مجال الأحوال الشخصية تقودنا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة حسب قضية الحال إلى عقد الزواج أما من حيث وجوده أو عدمه، صحته أو بطلانه وبالتالي ترتيبه آثار معينة أو عدمها، فيكون بمثابة الأداة التي بها يمكن القول أننا أمام مسائل أحوال شخصية وبالتالي التعامل معها على هذا الأساس بجملة الروابط التي تحكمها بهذا الوصف.

#### الأسباب الموضوعية:

1- قال تعالى: " وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا" (سورة النساء، الآية: 21) وجاء في تفسير الطبري لسورة النساء: حدثنا عمر بن علي قال: حدثنا عبد الأعلى قال: حدثنا سعيد، عن قتادة في قوله: "وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً"، قال: "الميثاق الغليظ" الذي أخذه الله للنساء: إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وكان في عقدة المسلمين عند نكاحهن: "أيم لله عليك، لتمسكن بمعروف ولتسرحن بإحسان"<sup>1</sup>.

2- حدثنا أحمد ابن صالح حدثنا ابن وهب أخبرني عمرو يعني ابن الحارث عن ابن الهاد عن عبد الله بن يونس عن سعيد المقبري عن أبي هريرة "أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول حين

1- أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري، تحقيق: محمود محمد شاكر، دار المعارف، مصر، 1995، مسألة الجزء الثامن، رقم 8925، ص 127.

نزلت آية المتلاعنين أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه إحتجب الله منه وفضحه على رعوس الأولين والآخريين" رواه ابو داوود<sup>1</sup>.

3- القاعدة الفقهية "الولد للفراش وللعاهر الحجر" تقتضي وجود زواج صحيح(شرعاو قانونا)<sup>2</sup>.

4- الزواج الصحيح هو الطريق الشرعي الوحيد لإنشاء أسرة وتحصين الأفراد وصيانة الأنساب فمن الضروري معرفة صحته من عدمها والشروط والأركان اللازمة لذلك ومصير الزواج غير الصحيح والآثار المترتبة عن ذلك.

5- عدم أفراد مجموع القضايا التي سأعالجها في هذا البحث-حسب علمي- ضمن دراسة شاملة تظهر أبعاد هذه القضايا من خلال منهج الإسلام ومقاصده في باب الزواج وبيان الإتجاه المتبنى من قبل المشرع الجزائري والمغربي.

6- ما وقفت عليه من إختلاف الباحثين وشرح قانون الأسرة في تفسير موادها التي تمس مجال بحثي والإطلاع على مايقابلها لدى المشرع المغربي ورغبتني في بيان الروى التي تبناها على غرار المشرع الجزائري.

### أهداف الدراسة :

1- الوصول إلى الحكم الشرعي في هذه المسائل وبحثها بحثا عصريا ودراسة الأبعاد المستجدة فيها في نظر المشرعين الجزائري والمغربي.

2- التأكيد على أهمية تحقق أركان الزواج المعتمدة شرعا وشروطه ومقوماته وخلوه من الموانع الشرعية في كل عقد نكاح.

3- بيان أهمية توثيق عقد الزواج في أقرب الآجال وتأثيراته في ثبوت نسب الأولاد من خلال عرض الإجراءات اللازمة لتسجيله وتوثيقه التي يتطلبها كل من القانون الجزائري والمغربي.

1- سليمان بن الاشعث السجستاني الأزدي أبي داوود،سنن أبي داوود،مرجع سابق.

2- ابن حجر العسقلاني،فتح الباري بشرح صحيح البخاري،دار الريان للتراث،1986،الفرائض،باب الولد للفراش حرة كانت أوأمة،الحاشية رقم 1،حديث رقم 6368،ص33.

- 4- بيان الوصف الذي يطلق على الزواج في حال تخلف أركانه أو شروطه المعتبرة شرعا ومدى تأثيره في مسألة نسب الأولاد الناتجين عنه وكيفية تعامل المشرعين الجزائري والمغربي مع مسأله .
- 5- بيان الوطء بشبهة تجنباً لإختلاطه بواقعة الزنا أمام سكوت المشرع الجزائري وإظهار المنهج الذي سلكه المشرع المغربي في ذلك.

### الدراسات السابقة في الموضوع:

لا أعلم أن دراسة جمعت جزئيات موضوعات بحثي ضمن دراسة شاملة-وذلك على حد علمي- إلا أن بعض جزئيات موضوع البحث قد تناولها العلماء القدامى في الفقه الإسلامي ضمن موضوعات النكاح وآثاره والجزئيات الأخرى تناولها العلماء المعاصرون ضمن دراسات متفرقة ومن ضمن الدراسات التي تناولت بعض جزئيات موضوع البحث الدراسة التي قام بها:

- 1- الأستاذ عبد الرحمان بن عبد الرحمان شميلة الأهدل بعنوان الأنكحة الفاسدة -دراسة فقهية مقارنة- , الطبعة الاولى, منشورات المكتبة الدولية -الرياض- ومكتبة الخافقين-دمشق-, 1983 .
  - 2-الدكتور محمد الأزهر شرح مدونة الأسرة وأحكام الزواج , الطبعة الثالثة, دار النشر المغربية, 2008 .
  - 3- الدكتور أحمد محمد الخليفة الشلبي عقود الزواج الفاسدة في الإسلام , الطبعة الاولى, طرابلس, 1983 .
  - 4-الدكتور بالحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري, الجزء الأول, الطبعة السادسة ,ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 2012 .
  - 5-الدكتور محمد الكشبور الوسيط في شرح مدونة الأسرة -الكتاب الأول عقد الزواج وآثاره-, الطبعة الثانية, دار النشر العربية, الدار البيضاء-المغرب-, 2008 .
- ولما كان هذا الموضوع من القضايا المهمة التي لم تجمعها دراسة متكاملة فقد آثرت بعد التناول على الله أن أتناوله بهذه الدراسة المتواضعة فإن أصبت فبفضل الله وتوفيقه وإن أخطأت فمن نفسي و الشيطان , وأسأل الله العظيم أن يرزقني الإخلاص والتوفيق والسداد .

### صعوبات البحث:

الأنكحة الفاسدة لها خطرها وضررها وهي من الأبواب العويصة التي تضاربت فيها الإجهادات والتشريعات ومما زاد صعوبة البحث أن كتب الفقه لم تفرد في الغالب للنكاح الفاسد بابا مخصوصا له ولآثاره بل يجد الباحث أحكامه مبثوثة في أبواب شتى كباب الصداق أو باب الخيارات في الزواج كما أن تعليل الأحكام الخاصة به لا يكاد يظفر بها طالبا إلا في الكتب المبسطة في فقه المذاهب أو كتب القواعد والفروق والنظائر، والخوض فيها من الصعوبة بمكان، حيث يظهر مفهوم الزواج الفاسد والباطل والوطء بشبهة بنفس المعنى إلى درجة إعتبار أن كل من الزواج الفاسد والباطل ما هو إلى وطء بشبهة وكيف بعد حين حسب قضية الحال لفاسد أو باطل، كما أن كل من المشرعين الجزائري والمغربي لم يعطوا للزواج الفاسد حقه ولم يبينوا كل المسائل التي تتعلق به فضلا عن الفراغات والنصوص الغامضة التي تناولت بها موضوع الزواج الصحيح وتأثيرها على آثاره غالبا.

### منهج البحث:

في هذه الدراسة إعتمدت على المنهجين: التحليلي، الإستقرائي المقارن وذلك :

1- جمع وتحصيل كل ماله صلة بأبواب البحث من النواحي التالية:

الناحية الفقهية الشرعية بإعتبارها الطاباط والميزان.

الناحية القانونية بإعتبارها حيز التطبيق والممارسة.

2- بمعالجة ما تم الوقوف عليه وجمعه من تعاريف لغوية وإصطلاحية ونصوص فقهية وقانونية وأقوال وأدلة وأحكام وإجهادات قضائية في نسق متسلسل حسب الترتيب الموضوعي للعناصر مع الإقتصار على المسائل التي تحكم البحث بصورة مباشرة.

إشكالية البحث وخطته: والدوافع السابقة أدت إلى طرح الإشكالية التالية :

ماهي الأسس المحددة للزواج الصحيح وغير الصحيح وأثرها على ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي ؟

## المقدمة

### الخطة التفصيلية المقترحة في البحث:

#### مقدمة:

الفصل الأول: أسس الزواج الصحيح وأثره في ثبوت النسب في قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية.

المبحث الأول: مقومات الزواج الصحيح لدى المشرع الجزائري والمغربي .

المطلب الأول: مفهوم الزواج الصحيح لدى المشرع الجزائري والمغربي.

المطلب الثاني: أركان وشروط عقد الزواج لدى المشرع الجزائري والمغربي .

المبحث الثاني : أثر الزواج الصحيح في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي.

المطلب الأول: أثر الزواج الرسمي في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي .

المطلب الثاني : أثر الزواج العرفي في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي.

الفصل الثاني : أسس الزواج غيرالصحيح وأثره في ثبوت النسب في قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية .

المبحث الأول: معايير الزواج غير الصحيح لدى المشرع الجزائري والمغربي.

المطلب الأول: مفهوم الزواج غير الصحيح في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والمغربي.

المطلب الثاني : معيار تقسيم الزواج غيرالصحيح في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والمغربي.

المبحث الثاني: أثر الزواج غير الصحيح في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي.

المطلب الأول: أثر الزواج الباطل في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي .

المطلب الثاني: أثر الزواج الفاسد ونكاح الشبهة في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي .

خاتمة.

## الفصل الأول:

أسس الزواج الصحيح و أثره في ثبوت النسب في قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أسس الزواج الصحيح لدى المشرع الجزائري والمغربي.

المبحث الثاني: أثر الزواج الصحيح في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي.



## المبحث الاول :

أسس الزواج الصحيح لدى المشرع الجزائري والمغربي.

وفيه مطلبان :

المطلب الاول : مفهوم الزواج الصحيح لدى المشرع الجزائري والمغربي.

المطلب الثاني : أركان وشروط عقد الزواج لدى المشرع الجزائري والمغربي.

لقد إهتم الإسلام بالأسرة إهتماما كبيرا، وأقامها على أساس من المودة والرحمة، وإعتبرها أساس المجتمع والنواة التي تتكون منها الشعوب والأمم، ولذلك دعا إلى الزواج الإسلامي ورغب فيه، ويتجلى ذلك في الكثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، وحرص على دوام الصلة بين الزوجين، وأرسى نظاما متكاملًا للأسرة المسلمة، كي يسلم المجتمع الإسلامي من التفكك و الإنحراف .

فالزواج من أخطر العقود في حياة الإنسان وله من الخصوصية ما يجعله أهم عقد يباشره الشخص لأن موضوعه هو حياته، ولذلك كان لهذا العقد نظامه التشريعي والمتوازن، وأي إختلال له يخرج عن المشروعية التي تتولد عنها آثار الزواج وهنا نتناول أهم أثر ألا وهو النسب حيث لا يقل هذا الأخير أهمية عن عقد الزواج بإعتباره أثر وحق تتفرع عليه العديد من الحقوق الأخرى والتي هي أيضا تعتبر حقوق مهمة ومؤثرة على صاحبها والمجتمع أجمع، حيث ندرس ما أخذ به كل من المشرع الجزائري والمغربي في هذا المجال .

## المطلب الأول: مفهوم الزواج الصحيح لدى المشرع الجزائري والمغربي.

نظرا لكون عقد الزواج من أهم العقود التي يجريها الإنسان في حياته وأرفعها مكانة عند الله كان لابد من تبيانه من حيث التعريف به ومشروعيته وخصائصه لدى المشرعين حيث نبهته كالتالي:

### الفرع الأول: تعريف الزواج.

أولاً: الزواج في اللغة: الضم والجمع , أو عبارة عن الوطاء والعقد جميعاً<sup>1</sup>.

قال أبو علي القالي: "فرقت العرب فرقا لطيفا يعرف به موضع العقد من الوطاء , فإذا قالوا: نكح فلانة أو بنت فلان أرادوا عقد التزويج , وإذا قالوا : نكح إمراته أو زوجته , لم يريدوا إلا الوطاء<sup>2</sup> , وهو الإقتران والإختلاط كقول العرب " زوج فلان إبله" أي قرن بعضها ببعض<sup>3</sup> ومنه قوله تعالى: "وإذا النفوس زوجت"<sup>4</sup>, وقوله تعالى: "كذلك زوجانكم بحور عين"<sup>5</sup> .

أي قرنت بأبدانها وبأعمالها , ومن هنا شاع إستعمال لفظ الزواج في إقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والإستقرار, لتكوين الأسرة و الزوج هو كل واحد معه آخر من جنسه وهذه هي اللغة الغالبة التي ورد بها القرآن الكريم لقوله تعالى "أسكن أنت وزوجك الجنة"<sup>6</sup>.

وكما يطلق على هذا العقد لفظ الزواج يطلق عليه أيضا لفظ النكاح بل إن هذا اللفظ الأخير هو الأكثر شيوعا في الشريعة والفقهاء ومنه قوله تعالى "ولا تعزموا عقد النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله" (سورة البقرة, الآية: 219), ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم "لأنكاح إلا بولي و شاهدي عدل"

1- وهبة الزحيلي. موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة, دار الفكر, دمشق, 2012, ج8, ص43.

2- محمد بن صالح العثيمين, الزواج ومجموعة أسئلة في أحكامه, مدار الوطن للنشر, المملكة العربية السعودية-عنية-, طبعة 2011, ص12.3.

3- إبراهيم مصطفى النجار , المعجم الوسيط, دار الدعوة ,الأردن , 2013, ج1, ص407 .

4- سورة التكويد, الآية 7 .

5- سورة الدخان, الآية 54 .

6- سورة البقرة , الآية 35. والجمع أزواج, ويقال في المرأة زوجها (بالهاء), وجمعها زوجات, أنظر محمد بن علي الفيومي, المصباح المنير, المكتبة العصرية, بيروت, 1982, ج1, ط2, ص278.

(أخرجه البيهقي عن عائشة رضي الله عنها) وقد إختار المشرع الجزائري إستعمال لفظ الزواج كعنوان للباب الاول , غير أنه إستخدم لفظ النكاح في بعض الفصول , كما هو الشأن في الفصل الثالث المتعلق بالنكاح الفاسد والباطل (المواد32إلى35 ق.أ), أو بعض المواد(م10/1ق.أ مثلا).ومن ثم فإن مدلولهما في الإصلاح الفقهي والقانوني واحد<sup>1</sup>, أما المشرع المغربي فقد إختار إستعمال لفظ الزواج فقط.

**ثانيا: أما في الإصطلاح الشرعي والقانوني فهو:** عقد الرجل على امرأة تحل له شرعا , بحيث يفيد حل إستمتاع كل من المتعاقدين بالآخر على الوجه المشروع, ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات على الآخر.

هذا ولقد عرف أغلب الفقهاء الزواج بتعاريف متقاربة ونوجز أهم هذه التعريفات:

**عرفه الشافعية:** بأنه عقد يتضمن إباحة الوطء بلفظ النكاح أو التزويج أو ترجمته<sup>2</sup>.

**وعرفه الحنفية:** بأنه عقد وضع لتملك المتعة من الأنثى قصدا. والمراد : وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له<sup>3</sup>, وخرج بقوله قصدا ما لو إشتري أمة ولو للتسرى فإن ملك المتعة فيها أي الحل جاء ضمنا , بخلاف النكاح فإن المتعة مقصودة قصدا أوليا.

**وعرفه المالكية:** بأنه عقد لحل إستمتاع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلا<sup>4</sup>.

**وعرفه الحنابلة:** بأنه عقد التزويج , فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه مالم يصرفه عنه دليل<sup>5</sup>.

1- العربي بالحاج , الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-أحكام الزواج-، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2012 ، ج1، ط6، ص55

2- زين الدين أبو يحيى السنيكي ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر للطباعة والنشر، 1994، ج2، ص30 .

3- زين الدين ابن نجيم ، البحر الرائق، دار المعرفة ببيروت، ج3، ص85 فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبیین الحقائق شرح كنز الدقاق، المطبعة الأميرية-بولاق-، مصر، 1907، ج2، ط1، ص94.

4- أبو البركات بن الأنباري ، الأنصاف في مسائل الخلاف، مكتبة الخانجي ، القاهرة، ج8، ص4 .

5- بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، 1956، ج8، ط1، ص4.

وعرفه من الفقهاء المحدثين محمد مصطفى شلبي: (هو عقد يفيد إختصاص الرجل بالتمتع بالمرأة لم يمنع مانع شرعي العقد عليها)<sup>1</sup>. وحيث لم يتخلص من جعل المتعة موضوعا للزواج متتبعا نسق الفقهاء السابقين فإنه تجنب مفهوم التملك للمتعة وإستبدله بمفهوم الإختصاص وهو أطف وأقرب فقها ومعنى .

تنتهي هذه التعاريف إلى أن القصد من عقد الزواج هو ملك المتعة أو حلها , مما جعلها تعريفات مبهمة وغير مانعة ولا جامعة أحيانا, ذلك أن الغرض الأسمى في الشرع و عند أهل الفكر والنظر , كما يقول أبو زهرة هو التناسل وحفظ النوع الإنساني, وأن يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الأئس الروحي وسط متاعب الحياة وشدائدها , بل هو نعمة من نعم الله على عباده.

وقد لاحظ بعض الفقهاء القدامى هذا المعنى , فذكر الفقيه الحنفي السرخسي في كتابه المشهور "المبسوط", على أنه ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة, وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة, ولكن الله تبارك وتعالى علق به قضاة الشهوة ليرغب فيه المطيع و العاصي<sup>2</sup>.

وعلى هذا الأساس , عرف قانون الأسرة الجزائري الزواج في المادة 4 من ق.أ المعدلة عام 2005م, بكونه:

"عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي, من أهدافه: تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب" وعرفته مدونة الأسرة المغربية في المادة 4 من القانون 70.03 المعدلة عام 2004م, بكونه: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وإمرأة على وجه الدوام , غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة, برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة"<sup>3</sup>.

1- محمد مصطفى شلبي, أحكام الأسرة, الدار الجامعية بيروت, 1983, ط4, ص74 .

2- أنظر السرخسي شمس الأئمة, المبسوط , دار المعرفة, بيروت, 1993, ج4, ص197 .

3- تنص المادة الأولى من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة : "يطلق على هذا القانون إسم مدونة الأسرة , ويشار إليها بعده بإسم المدونة".

يلاحظ في هذين التعريفين القانونيين أن كلا المشرعين صرحا بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة وإستعمل المشرع المغربي مصطلح ميثاق عوض عقد الذي إستعمله المشرع الجزائري, الأمر الذي يؤكد أهمية هذا العقد حيث لا يقف عند حدود العلاقة التعاقدية ,بل يتعداها إلى ما لا تستطيع مقتضيات العقد تنظيمه كالتجاوب الروحي ,و التعلق بالأسرة وحمياتها وصيانتها<sup>1</sup>.

وقد جاء في القرآن الكريم "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وأنتيم إحداهن قنطارا فلا تخذوا منه شيئا ,أتأخذونهم بهتانا وإثما مبينا ,وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا"(سورة النساء,الآيتان: 20 و21) .

كما أنهما نصا على ضرورة إحترام الشروط الشرعية, وذكرنا الغاية من عقد الزواج و أشار المشرع المغربي لنقطة مهمة وهي نية التأييد في الزواج في عبارته"على وجه الدوام" وقد تغيرت هذه الصيغة التي كانت "على وجه البقاء" والغرض منها منع لكل تأقيت لعقد الزواج أو إنتشار بعض الأتكة التي أبطلها الإسلام ,كزواج المتعة أو الزواج المؤقت التي أغفلها المشرع الجزائري بالرغم من أنها خاصة مهمة من خصائص الزواج التي تأثر في حله, كما أنه جعل المسؤولية مشتركة بين الزوجين في رعاية الأسرة ,خلاف مدونة الأحوال الشخصية التي كانت تقتصر على رعاية الزوج للأسرة<sup>2</sup> .

و لقد أقره أيضا المشرع الجزائري في قانون الأسرة,وكذلك لم يتعرض كلا المشرعين لآثار الزواج وموضوعه ولعل عذرهما في ذلك هو الخشية من أن يظن البعض أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الإستمتاع واللذة فعلا عن ذلك إلى ذكر الغاية منه<sup>3</sup>.

و التعديل الذي جاء به كل من المشرعين الجزائري و المغربي أضاف في تعريفه للزواج المشرع الجزائري بأنه عقد رضائي والمشرع المغربي بإعتباره ميثاق تراض على وجه الدوام وكذا إعتبار

1- محمد الأزهر, شرح مدونة الأسرة, دار النشر العربية, الدار البيضاء -المغرب-,2015,ط1,ص30 .

2- محمد الأزهر, شرح مدونة الأسرة, المرجع السابق,ط7,ص31 .

3-العربي بالحاج, مرجع سابق,ج1,ص 57 .

"النساء شقائق للرجال في الأحكام"<sup>1</sup> ,كون الزواج رضائيا في الأساس يقوم على تقابل إرادتي الرجل والمرأة ,عن طريق إقتران الإيجاب بالقبول وهو تعديل سليم في محله لأن الزواج يعتبر من أسمى العقود المدنية الرضائية ,واعظما شأنها , وأبعدها أثرا في حياة الفرد وفي بناء المجتمع ,وبأن الرضا عنصر جوهري في هذا العقد .

ويرى الدكتور بن شويخ الرشيد أن هذه التعاريف مستمدة من الآية الكريمة في قوله تعالى "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون".(سورة الروم الآية 21)<sup>2</sup>.

نستنتج أن المشرع الجزائري والمغربي يسموان بالزواج عن مجرد عقد يحصل منه كل طرف على حقوق ومصالح مادية أو منفعية مقابل ما يلتزم به الطرف الآخر , بل هو ترابط معنوي بين رجل وامرأة على وجه الدوام لبناء الأسرة وتحمل أعباءها.

### الفرع الثاني: خصائص عقد الزواج من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة .

ومن خلال قراءة المادتين 4 من قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية تظهر لنا خصائص الزواج :

**1- فالزواج عقد من العقود:** يقوم على أركان وشروط وتترتب عليه آثار قانونية معينة وهو عقد رضائي ينعقد بالإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر في مجلس واحد, وهو أيضا من العقود الفورية ,حيث تسري آثاره على الطرفين بمجرد إنعقاده أمام موظف موهل قانونا أو الموثق<sup>3</sup> .

1- محمد الكشور, الوسيط في شرح مدونة الأسرة-الكتاب الأول عقد الزواج وآثاره-, دار النشر العربية,الدار البيضاء-المغرب- 2008, ط2, ص15.

2- الرشيد بن شويخ, شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل-دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-, دار الخلدونية,الجزائر, 2008, ط1, ص24.

3- محمد الأزهر , شرح مدونة الأسرة, مرجع سابق, ط7, ص30 و أنظر أيضا العربي بالحاج, مرجع سابق, ج1, ص58 .

- 2- لا يتم الزواج إلا بين رجل وامرأة: وهم طرفا العقد , فإن القانونين يمنعان اللواط والسحاق والزنا والعلاقات الجنسية الحرة, وعاقب عليها كلا المشرعين في قانون العقوبات بصرامة لصيانة الأسرة والمجتمع<sup>1</sup>.
- 3- أن يكون الزواج على سبيل الدوام والإستقرار لتكوين أسرة: لما يترتب عليه من آثار مهمة تعلق بالزوجين وولدهما طول الحياة, ما لم ينحل هذا العقد بالوفاة أو الطلاق, فإن المذاهب الأربعة السنية تحرم زواج المتعة, والزواج المؤقت, لتنافيهما مع شرط التأييد في الزواج<sup>2</sup>, ولقد نص المشرع المغربي صراحة في نص المادة 4 من المدونة في عبارته "على وجه الدوام" في حين يفهم في سياق المادة 4 من قانون الأسرة بالنسبة للمشرع الجزائري ولم ينص عليه صراحة .
- 4- وهو عقد قائم على المودة والرحمة والتعاون: أي على السلام والإحترام المتبادل, وليس على القهر والظلم والإضطهاد والمغالبة. وهي مفاهيم قانونية ركز عليها القانون المدني الفرنسي (165,146 و 177 من ق.م.ف) ذلك بأن يجد كل من المتعاقدين (الزوج والزوجة) الأُنس الروحي, وأن يتآلفا ويتعاونوا على بناء أسرتهما على ما يرضي الله سبحانه وتعالى<sup>3</sup> .
- 5- إن الغاية من عقد الزواج الإحصان والعفاف وإبتغاء الولد: لإمتداد النوع البشري , أما تحديد النسل أو تنظيمه في الحالات الفردية فهو يختلف من حالة إلى حالة, تبعا لظروف وأسباب كل منهما<sup>4</sup> .

1- محمد الأزهر , شرح مدونة الأسرة, مرجع سابق, ط7, ص31 وأنظر أيضا جيلالي تشوار, الجنس, الزواج والقانون, م.ج, 1995, العدد4, ص828, عبد العزيز سعد, الجرائم الواقعة على نظام الأسرة , الديوان الوطني للأشغال التربوية, الجزائر, 2002, ص67 وما يليها.

2- محمد الأزهر, شرح مدونة الأسرة, مرجع سابق, نفس الصفحة, ط7, أنظر أيضا العربي بالحاج , مرجع سابق, ج1, ص59 .

3- المحكمة العليا, غ.أ.ش, 2000/07/18, ملف رقم 249128, م.ق, 2003, العدد2, ص271 و أنظر أيضا محمد الأزهر , شرح مدونة الأسرة, المرجع السابق, ط7, ص30 .

4- المحكمة العليا, غ.أ.ش, 1989/03/13, ملف رقم 52850, مذكور سابقا وأنظر العربي بالحاج, المرجع نفسه والصفحة .



6- إن الشكل في إنشاء عقد الزواج معتبر شرعا وقانونا : (م18 من ق.أ المعدلة بالأمر 02/05, والمادة 3/3 من الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 المتضمن قانون الحالة المدنية تقابلها المادة 65 من مدونة الأسرة المغربية و المادة 11, 22 من القانون 99-37 المتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 2002/09/7) و بخلاف أغلب العقود المدنية المالية التي مبناهها على التراضي أساسا , لخطورة آثاره ومقاصده التي شرع من أجلها , ولهذا الأسباب لا يصح الزواج إلا بالإشهاد وفقا للمادة 9 مكرر قانون الأسرة الجزائري التي يقابلها في مدونة الأسرة المغربية المادة 13 (بأن يشهد على عقد الزواج شاهدان رجلا ن عدلان , أو رجل و إمرأتان , حفاظا على حقوق الزوجين والأولاد) , أمام موظف مؤهل قانون أو أمام موثق<sup>1</sup>.

وعلى هذا , تعد القواعد المنظمة للزواج قواعد أمره , بحيث يعتبر أي إتفاق على إنشاء علاقة غير مشروعة خارج نطاق الزواج باطلا لمخالفة الشرع والقانون والآداب العامة , وهذا ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 47 من المدونة بنفس الصياغة وما جاء في المواد سابقة الذكر أعلاه لدى المشرع الجزائري , ومن ثم فإن العلاقات غير الشرعية (أو المعاشرة الجنسية أو الغرامية) , بين الرجل والمرأة لا تعتبر زواجا في نظر القانون الجزائري والمغربي , حتى ولو ثبتت , ولا تفيد النكاح الشرعي , وكل مانتهج عنها لا يفيد البتة المشروعة.

### الفرع الثالث: أدلة مشروعية الزواج .

أولاً: من الكتاب: فقوله تعالى: "فإنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع, فإن خفتم إلا تعدلوا فواحدة" (سورة النساء الآية : 3), وكذا قوله سبحانه: "وإنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم" (سورة النور الآية: 32). فقد إشمتمت الآيتان الكريمتان على الأمر بالنكاح , وهو وإن كان في الأصل للوجوب , إلا انه فيهما مصروف عن الوجوب إلى الإباحة الشرعية<sup>2</sup> .

1- العربي بالحاج , مرجع سابق, ج1, ص59.

2- المقدسي ابن قدامة, المغني على مختصر الخرقي, تحقيق عبد السلام شاهين , دار الكتب العلمية, بيروت , 1994, ج6, ط1, ص446.

ثانيا: من السنة النبوية: فقله عليه الصلاة والسلام : "يامعشر الشباب من إستطاع منكم الباءة<sup>1</sup> فليتزوج, فإنه أغض للبصر , وأحصن للفرج, ومن لم يستطع فعليه بالصوم, فإنه له وجاء"<sup>2</sup>.

وكذلك ماروي عن الطبري والبيهقي , قوله صلى الله عليه وسلم : "إذا تزوج العبد فقد إستكمل نص دينه, فليتق الله في النصف الباقي"<sup>3</sup> , وقوله أيضا عليه الصلاة والسلام : "تزوجوا الودود الولود, فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة" أخرجه أبو داود والنسائي وغيرهما عن معقل بن يسار رضي الله عنه وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما, أن رسول الله , صلى الله عليه وسلم قال: "الدنيا متاع, وخير متاع الدنيا, المرأة الصالحة" رواه مسلم.

ثالثا: وأما الإجماع: فقد إجمع المسلمون من لدن رسول الله, صلى الله عليه وسلم, على أن الزواج مباح ومشروع, وذكر الفقهاء أن الترهّب والتبتل هو طريقة نصرانية, للتقرب إلى الله, بترك الزواج والعزوف عنه, وهذا باطل, لأن طريقة الأنبياء عليهم السلام , والتي إرتضاها الله تبارك وتعالى للناس, هي إصلاح الطبيعة, ودفع إعوجاجها, لا سلخها عن مقتضياتها الطبيعية الفطرية<sup>4</sup>.

## المطلب الثاني: أركان وشروط عقد الزواج لدى المشرع الجزائري والمغربي.

بعد أن تناولنا مفهوم الزواج بالتفصيل سنتناول أركان وشروط عقد الزواج التي لا يتم إلا باستقاءها جمعاء كل على حدى لبيان مقومات الزواج الصحيح في قانون الأسرة ومدونة الأسرة كما سيأتي.

### الفرع الأول: التعريف بركن الرضا من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة.

ويتضمن مايلي:

- 1- المقصود بالباءة التكاليف اللازمة للزواج من إعداد البيت الزوجي والقدرة على الإنفاق .
- 2- وأما **الوجاء** أي علاج ووقاية, أخرجه البخاري ومسلم عن ابن مسعود رضي الله عنه.
- 3- جلال الدين السيوطي, الجامع الصغير, تحقيق: محمد بن علي جيلاني, المكتبة التوفيقية, القاهرة, 1888, أنظر الحديث رقم: 431 .
- 4- يوسف القرضاوي, الحلال والحرام في الإسلام, مكتبة وهبة للنشر و التوزيع, القاهرة, 1960, ص167.

## أولاً: تعريف الركن والشرط .

### أ-تعريف الركن :

**1- لغة:** الجانب القوي للشيء, فيكون ركن البيت من البيت وأركان الشيء أجزاء ماهيته, وفي اللسان أركان كل شيء جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها <sup>1</sup>.

**2-إصطلاحاً:** ما يكون به قوام الشيء ووجوده وهو جزء داخل في ماهيته, قال الرصاع : وكل ما خرج عن حقيقة الشيء لا يسمى ركاناً<sup>2</sup>.

فالركن عند جمهور الفقهاء ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً منه, والركن عند الحنفية: ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً من ماهيته فركن العقد عندهم الصيغة فقط وعليه وقع الخلاف بين الفقهاء في عد أركان الزواج .

فالحنفية يعتبرون الصيغة هي الركن الوحيد لأنها العنصر الذاتي المكون لماهية العقد, حيث لا يتصور بدونها فإرتباط الإيجاب والقبول توجد الحقيقة الشرعية للعقد وجوداً اعتبارياً, وهو وجود زائد عن الوجه الحسي للإيجاب والقبول .

و أن العاقد لا يعتبر ركناً في العقد عندهم كما أن الفاعل ليس جزءاً ذاتياً في معنى الفعل , والحنابلة عدو أركان عقد الزواج الصيغة والعاقدان بإعتبار أن الصيغة لا يتصور أن تصدر إلا من عاقدين, فكان وجودهما لازماً والإمام الغزالي ممن عد العاقدين من الأركان<sup>3</sup>.

ومن المالكية من عد الولي و العاقدين مع الصيغة أركاناً وهذا ما قرره الدردير (أركانه ثلاثة ولي ومحل وصيغة).

1- ابن منظور الأنصاري , لسان العرب, دار المعارف, القاهرة, ج13, ص186, ومحمد السيد الشريف الجرجاني, معجم التعريفات, تحقيق: محمد الصديق المنشاوي, دار الفضيلة, القاهرة, ص97.

2- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع, شرح حدود ابن عرفة, تحقيق: محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري, دار الغرب الإسلامي, بيروت, 1993, ج1, ط1, ص236, ومحمود حامد عثمان, القاموس المبين في إصطلاحات الأصول, دار الزاحم, الرياض, 2002, ط1, ص174.

3- كمال الدين محمد بن همام, فتح القدير, تحقيق: عبد الرزاق غال المهدي, دار الكتب العلمية, بيروت, 2003, ج5, ط1, ص341.

وقال الحطاب: (أما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما) ومن المالكية من إعترض على إعتبار الزوجين أركاناً لأن الزوجين ذاتيان والنكاح معنى فلا يصح كونهما ركنين له والمعتمد في المذهب عد أركان عقد الزواج خمسة وهو مانص عليه خليل في متته<sup>1</sup>.

وأكثر الفقهاء المعاصرين ممن كتب في فقه الأسرة يتبنى رأي الأحناف.

ويتلخص لدينا أن أركان عقد الزواج من حيث عدّها وحصرها مختلف فيها بين فقهاء الشريعة والقدر المتفق عليه منها هو ركن الصيغة.

ومرجع الخلاف في إعتبار أركان عقد الزواج أمور:

1- تعريف الركن في حد ذاته، هل هو ما يتوقف عليه وجود الشيء أو ما يتوقف عليه تصوره؟

وهل هو جزء من ماهية العقد أو ليس شرطاً أن يكون كذلك؟ وقد عرفنا قول الجمهور وخلافهم مع الحنفية في ذلك<sup>2</sup>.

2- أما إعتبار الركنية في العقد يتأسس عليه التمييز بين العقد الباطل والفاقد عند الأحناف فإختلال الركن يوجب إبطال العقد وإختلال غير الركن كالشروط يفسده فقط.

وهذا ما جعل الفقيه مصطفى الزرقا<sup>3</sup> في مدخله يعتبر الصيغة ركناً في العقد وأما العاقدان والمحل وموضوع العقد فهي مقوماته، إذ لا يوجد بدونها، والقرافي من قبل إعتد هذه المنهجية في ذخيرته فسمى مقومات العقد أقطاباً متجاوزاً وصف الركنية والشرطية.

1- محمد عيش، منح الجليل، دار الفكر، بيروت، 1989، ج3، ط1، ص266.

2- محمد سلام مذکور، المدخل للفقه الإسلامي: تاريخه-مصادره-نظرياته، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1996، ص523.

3- مصطفى أحمد الزرقا: فقيه سوري معاصر ومن كبار علماء المذهب الحنفي، 1322هـ-1475هـ، من مؤلفاته: مشكلات أسرية وعلاجها على ضوء الشريعة والقانون، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد.

ومن هنا نفهم مدى أختلاف الفقهاء في ما لا ينعقد الزواج إلا بوجوده فالأحناف لا يشترطون الولي ، والمالكية يجعلون الإشهاد شرطاً في الدخول لا في صحة العقد ولكنهم يشددون في أمر الصداق فمرة يعدونه ركناً ومرة شرطاً ، والشافعية يعدون الإشهاد في العقد ركناً ويتساهلون في أمر الصداق فيجعلونه شرطاً فيذكرون أركان عقد الزواج بأنها الزوج والزوجة والولي والصيغة والشاهدان<sup>1</sup> ، وعليه فإننا سنسير على وفق مآقرره القانون في تصنيف ما يكون ركناً.

## ب-تعريف الشرط:

### 1-لغة: يعرف الشرط في اللغة بأنه: " إلزام الشيء وإلتزامه في البيع ونحوه"<sup>2</sup>.

والشرط جمعه شروط وهو القيد أو الحكم. والشريطة هي الشيء المشروط. والشرط هو العلامة، ومنه أطلق الشرط في اللغة على ما يشترطه المتعاقد في عقودهِ وإلتزاماته إتجاه نفسه أو غيره، فهو كالعلامة التي تميز العقد عن أمثاله بإشتراط أحكام إضافية يتفق عليها الطرفان.

### 2-إصطلاحاً:

الشرط إصطلاحاً: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، بأن يوجد عند وجوده وينعدم بإنعدام الشرط. كقول الرجل لإمرأته: إن خرجت من الدار فأنت طالق، فإن وقوع الطلاق هنا يتوقف على خروج المرأة.

وقيل أن الشرط: هو "ما يتوقف عليه الحكم وليس بعلة الحكم، أي ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط"<sup>3</sup>.

عند الحنفية: ما يتوقف عليه وجود الشيء ، ولم يكن جزءاً من حقيقته .

1- محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروطه ، دار الفكر، القاهرة، ص124.

2-بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1979، ص460.

3- نور الدين عباسي، إتقان الضبط في الفرق بين السبب والشرط، مجلة الموافقات، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر 1995، العدد، 04، ص 352.

عند الجمهور: ما يتوقف عليه وجود الشيء، وليس جزءا منه.

إلتزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة"، عن طريق "وعرفه العلامة الحموي بأنه: إقتران التصرف بالالتزام أحد العاقدين بالوفاء بأمر زائد عن أصل العقد وغير موجود وقت التعاقد وباستعمال عبارة بشرط أو على أن يكون كذا<sup>1</sup>.

**ثانيا: ركن الرضا من خلال قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية.**

لقد إتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات وكذا الإتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج وهو القائم الذي يقوم عليه ويتوقف وجوده عليه وأختلف في تسميته فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول وهناك من يسميه الصيغة وهناك من يسميه العنصر النفسي في عقد الزواج ولما كان شيئا كامنا في النفس ، لا يظهر إلا بالتعبير عنه بالصيغة التي تدل عليه ، جعل الفقهاء هذه الصيغة ركنا من أركان العقد الأساسية وهي كل ما يدل على الإيجاب والقبول، حيث نظم المشرع المغربي أركان عقد الزواج من خلال المادتين 10 و 11 من مدونة الأسرة والمشرع الجزائري من خلال المادتين 9 و 10 من قانون الأسرة . ويستخلص من هذه المواد أن أركان عقد الزواج أو الركن الواحد لعقد الزواج هي الصيغة لأي الإيجاب والقبول. أي أن المشرعين أخذوا بما ذهب إليه جمهور الحنفية وبعض الحنابلة، أما فقهاء المذهب المالكي والشافعية ذهبوا إلى أن أركان عقد الزواج خمسة فعد المالكية الولي، والصدوق والزوجة والصيغة أركاننا، بينما الشافعية عدوا الزوج والزوجة والولي والشاهدان والصيغة. وهذا ما نظمه ابن عاصم في قوله " والمهر والصيغة والزوجان ثم الولي جملة الأركان"<sup>2</sup>.

**أ- التعريف بالصيغة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة ومدونة الأسرة:**

إن نص المادة 10 فقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية جاءت متفقة تماما

1- علي محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 10 .

2- محمد بن عاصم أبي بكر الأندلسي الغرناطي، منظومة تحفة الحكّام في نكت العقود والأحكام- باب النكاح وما يتعلق به- بتحقيق: محمد عبد

السلام محمد، دار الأفاق العربية، القاهرة، 2011، ط1 .

مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية وهو أن ركن الرضا يتكون من شقين الإيجاب والقبول لكن ما يؤخذ على هذه المادة أنها حددت الإيجاب والقبول من دون أن تعرفهما ولم تحدد شروطهما ولهذا ووفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة والمادة 400 من مدونة الأسرة نرجع إلى مآذبه إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

أركان الصيغة هما الإيجاب والقبول، فالإيجاب عند الحنفية: ما يصدر أولا من أحد العاقدين، سواء أكان الزوج أم الزوجة والقبول عندهم: ما يصدر ثانيا من الطرف الآخر.

وعند الجمهور هو: اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل، لأن القبول يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه، والقبول هو اللفظ الدال على الرضا بالزواج الصادر من الزوج. ويرى جمهور الفقهاء أنه يشترط في الصيغة أن تكون دالة على إرادة الزواج دون لبس أو غموض، وأن يصدر التعبير في صيغة الماضي أو الأمر أو المضارع وإلا يكون مضافا إلى أجل مستقل ولا معلقا على تحقيق أو عدم تحقيق حدث غير مؤكد الوقوع، لأن الغرض منها هو التعبير عن حصول رضا الطرفين وتطابق إرادتهما (بإقتران القبول والإيجاب)، والذي يدل على حصول هذا فعلا<sup>1</sup>، فمن خلال المادة 1/10 من ق.أ.ج نجد أنه لا يشترط إذا في الإيجاب أن يصدر من جانب معين، بل اللفظ الذي يقع أولا يكون إيجابا والثاني يكون قبولا<sup>2</sup>.

بالرغم من أن تعليق الزواج على شرط مما يجعله باطلا بطلانا مطلقا فإنه لا مانع من تضمين الزوجين لعقد الزواج لبعض الشروط التي لا تتنافى مع أحكامه ومقاصده الشرعية<sup>3</sup>.

1- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، دار القلم، الكويت، 1990، ط2، ص23.

2- بالحاج العربي، مرجع سابق، ج1، ص142.

3- يقسم الفقهاء الشروط التي تضمن في العقد إلى ثلاثة أنواع: 1- شروط يقتضيها العقد ولا تنافيه وهي على الجملة مما هو شرط في العقد أو آثاره، كشرط المساكنة الشرعية، 2- شروط لا يقتضيها العقد ولا تنافيه كان تشترط الزوجة ألا تسكن مع والدي الزوج وشروط ينافيها العقد، وهو كل شرط ينافي ما يقتضيه العقد كان لا يرثها ولا ترثه، محمد بن معجوز المزرغاني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1994، ص156.

وهذا ما أخذ به كلا المشرعين من خلال المادة 19ق.أ.ج والمادة 47 و48 من م.أ.م. ومن الشروط الصحيحة إشتراط الزوجة التعجيل بصداقها أو حسن المعاملة... وعدم الزواج عليها ومن الشروط غير الصحيحة، كإشتراط عدم الوطء أو عدم الإنجاب....، وجعل المشرعين مخالفة هذه الشروط يمنح الزوجة الحق في طلب التطلق من خلال المادة 9/53 ق.أ.ج والمادة 1/98 م.أ.م. إعتبره ضررا مبررا لطلب التطلق.

يشترط لصحة عقد الزواج رضا الطرفين بواسطة ألفاظ تفيد معنى النكاح لغة أو شرعا أو عرفا<sup>1</sup> فلقد إتفق الفقهاء المسلمين سنة منهم أو شيعة بأن الزواج ينعد بألفاظ الزواج، النكاح منشدتين في ذلك أن معظم الآيات والأحاديث المتعلقة بالزواج جاءت بهذين اللفظين كما إتفقوا على أن الزواج لا ينعد بالألفاظ التالية: الإباحة، الإحلال، الإيداع، الإعارة، الرهن، الوصية، الإجازة وذلك بسبب أنها لا تؤدي مفهوم الزواج حقا<sup>2</sup>، ذهب المالكية والحنفية بأنه يجوز ويصح أن يكون الإيجاب بالألفاظ التالية: الهبة، التملك، البيع، الصدقة والجعل مشترطين فقط أن تدل تلك الألفاظ على بقاء الحياة الزوجية مدى الحياة، في حين الشافعية والحنابلة قالوا بعدم صحة الزواج الذي يتم بالألفاظ المذكورة أعلاه.

وما يلاحظ في إشتراط الفقهاء الألفاظ التي يتم بها عقد الزواج أنها تشترط فقط أن يستعملها الموجب في إيجابه أما القابل فلا تشترط فيه وإنما يكفي أن يقول قبلت أو رفضت<sup>3</sup>، وأنه وفقا لما جرت عليه العادة والعرف في الجزائر أنه يعمل بما ذهب إليه المذهب المالكي والحنفي وكذلك في المغرب من خلال المادة 400 من المدونة فجرت العادة أن يقول الموجب جئت أطلب بنتك مثلا فيقول القابل إني أعطيتك، وهذا ماجاء في نص المادة 10 من ق.أ. و م.أ. ، و أن يكون ذلك في مجلس واحد متحد أي لا يفرق بين الإيجاب والقبول ما يعد شاغلا عنهما مثلا بتكلم أحد العاقدين كلام أجنبي ،

1- أحمد الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، 1825، ج1، ص354؛ المقدسي ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج6، ص534.

2- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بيروت، 1977، ط2، ص71.

3- سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، ص234.



حيث قال المالكية بوجوب مطابقة القبول للإيجاب في القصد والهدف والمحتوى في حين ذهب الشافعية والحنابلة بأنه يجب أن يصدر القبول عقد الإيجاب فوراً في مجلس واحد، و كذا بحضور شاهدين، وتسمية صداق للزوجة، أما إذا تخلف ركن الإيجاب والقبول، فإن الزواج يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لإختلال أحد أركانه الأساسية، ذلك أنه لا يوجد زواج بدون رضا سليم. كما نصت المادة 11 من مدونة الأسرة على الشروط التي يجب توفرها في الإيجاب والقبول وهي ثلاثة: أن يكونا شفويين عند الإستطاعة. وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة (الفقرة 1).

ثم أن يكونا متطابقين وفي مجلس واحد (الفقرة 2). وفي الأخير أن يكونا باتين غير مقيدان بأجل أو شرط واقف أو فاسخ (الفقرة 3). وكذا الفقرة الثانية من المادة 10 من ق.أ.ج نصت على أنه: يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة.

ويلاحظ من خلال النصين أن المشرع المغربي أظهر شروط الإيجاب والقبول<sup>1</sup> وهو أمر قد أصاب فيه على غرار المشرع الجزائري الذي إكتفى بالإشارة إلى أن يكون الإيجاب والقبول بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً وبأنه يصح من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة<sup>2</sup>، وأنه يستشف من المادة 9 و 1/33 ق.أ. أنه ينعقد الزواج بتراضي الزوجين ويكون التعبير عن الرضا بإقتران الإيجاب بالقبول في مجلس العقد، شفويًا وعلنيًا صادرًا عن الزوجين شخصيًا وفي حضرة شاهدين بالغين راشدين (م 10 و 2/33 ق.أ.) فتكون الصيغة بالعبرة الواضحة من العاقدان الحاضرين في مجلس واحد لأنها أقوى الطرق دلالة فالكتابة لا يالجا إليها إلا إذا تعذرت المشافهة بالعبرة فيتم الزواج بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين.

1- إن إنعدام التطابق بين الإيجاب والقبول يؤدي إلى بطلان الزواج الذي تصرح به المحكمة بمجرد إطلاعها عليه أو بطلب من المعني بالأمر كما سمح بالتوكيل على إبرام عقد الزواج بالرغم من إشتراطه في المادة 11 من مدونة الأسرة المغربية إشتراط حضور الطرفين لكن بإذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج عند تحقق الشروط المحددة في المادة 17 من مدونة الأسرة المغربية، محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ج 1، ط 1، ص 149.

2- تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً.

أما إذا كان أحدهما أو كلاهما يعجز عن التعبير بالمشافهة فإنه يصح منه بالكتابة أو الإشارة المعلومة على أنه لا يصح العقد ممن يحسن الكتابة لأنها أبين في الدلالة فإنه من يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى فإن كان الشخص ذو عاهتين وعذر معهما التعبير عن إرادته جاز للمحكمة المختصة أن تعين له مساعدا قضائيا يساعده في التصرفات التي تقتضيها مصلحته. أما في ما يخص مسألة قبول المرأة عن طريق السكوت وفقا للقاعدة التي قررها فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>1</sup> لا ينسب لساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة لبيان بيان<sup>1</sup> وعلى هذا الأساس فقد إعتبرت السنة النبوية إستثناء سكوت البكر أثناء توجيه الإيجاب إليها بمثابة قبول ضمنى لقوله صلى الله عليه وسلم " الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وأذنها صمتها" فلقد ألغى كلا المشرعين ولاية الإيجاب من خلال المادة 11 ق.أ.ج والمادة 24 م.أ.م.

لم يشترط الفقهاء أن تكون ألفاظ العقد باللغة العربية، لأن العبرة من العقود للمعاني، ولأن المقصود هو التعبير عن الإرادة، ويجوز ذلك بكل لغة يمكن التفاهم بها ، بالألفاظ التي تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا . وقال الشافعي لا ينعقد الزواج بغير العربية إذا كان العاقدان يفهمانها، ثم إن الشيعة الإمامية تذهب إلى عدم جواز الترجمة مع القدرة على النطق بالعربية وجوازها مع العذر الأعجم و الإشارة للأخرس<sup>2</sup>، وطريقة صدور أحكام الشريعة من خلال المادة 222 مما يخلق إشكالات كبرى باتت متفاقمة مما أصبح يقدر بشكل قطعي في سياسة المشرع في قانون الأسرة .

#### ب- أن يكون التراضي خاليا من عيوب الإرادة:

لم توضح مواد قانون الأسرة الجزائري صراحة حكم عقد الزواج الذي كان الإيجاب فيه أو القبول أو هما معا مشوبيا بغلط أو تدليس أو إكراه. كما أن التعديل الجزئي لقانون الأسرة سنة 2005 لم

1- جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ص158، رمزي دراز، السكوت وأثره على الأحكام، ص280، عبد الرزاق فرج، بدر السكوت في التصرفات القانونية ص237 ومايليها، أحمد الطاهري، صلاحية السكوت والتعبير عن الإرادة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1998، العربي بالحاج، مرجع سابق، ج1، ص144.

2- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، تحقيق: محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، 1997، ج3، ط1، ص140، العربي بالحاج، المرجع السابق، ج1، ص143.

يتعرض نهائيا لهذه العيوب وهو قصور تشريعي ينبغي العمل على تقاديه نلجأ كما يري البعض من الشراح والباحثين في قانون الأسرة إلى القواعد العامة في القانون المدني المادة 2/82 والمواد من 86 إلى 88 , وعموما العيوب التي تشوب الإرادة في عقد الزواج هي الإكراه والغلط أما التدليس فيكون بدرجة أقل وتتعرض لهذه العيوب الثلاثة كمايلي:

**1- الغلط:** وهو وهم أي إعتقاد خاطيء يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد<sup>1</sup> , وتجدر الإشارة هنا ,إلى أنه يكون عقد الزواج المشوب بغلط في شخص الزوج أو الزوجة المتعاقد معها , أو في صفة من صفاته الأساسية ,باطلا لإنعدام تطابق الإرادتين في الإيجاب والقبول م33 ق.أ.ج وذلك خلافا للمادة 82 ق.م.ج فان شخص المعاهد معه في عقد الزواج يشكل في الواقع موضوع العقد ذاته والغلط في موضوع العقد يترتب عنه لامحالة عدم إقتران الإيجاب بالقبول وبالتالي بطلان العقد ويجوز للمتعاقد المتضرر وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله م81 ق.م.ج, ومن ناحية أخرى فإن إخفاء الأمراض المعدية أو الخطيرة أو عيوب وتشوهات الأعضاء التناسلية الجنسية تخول للزوجة حق التطليق(م4و2/53 ق.أ),وتعطي للزوج حق إبطال العقد لأن الشخص العادي لا يتحملها إختيارا في الحياة الزوجية(وهو خيار العيب) مالم يكن عالما بالعيب أو ظهر منه ما يدل على الرضى به بعد إكتشافه في الطرف الآخر (م100 ق.م.ج)<sup>2</sup> , أما المشرع المغربي لم يورد في مدونة الأسرة الغلط كعيب من عيوب الإرادة وإنما إكتفى بعيين هما الإكراه والتدليس بإعتبار أن تطبيق هذا العيب لا يستقيم وطبيعة عقد الزواج الذي هو عقد شخصي أساسه رضا كل زوج بالشخص الآخر وهو مايتوج بتوقيعهما على عقد الزواج بحضور الشاهدين العدلين فإنه من الصعب معه تصور الغلط وفي حالة وجوده فإنه يمكن فسخ الزواج لسبب التدليس المنصوص عليه في المادة 63 من مدونة الأسرة<sup>3</sup>.

1- محمد صبري السعدي,الواضح في شرح القانون المدني ,دار الهدى ,الجزائر-عين مليلة-,2012,ص 162 .  
2- عبد العزيز سعد,الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري , دار هومو,الجزائر,1996,ط3,ص230 ومايليها,أحمد الخليلي,التعليق على قانون الأحوال الشخصية المغربي , مكتبة المعارف ,الرباط,1987,ج1,ص82.  
3-حساين عبود, قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة-الكتاب المتعلق بالزواج-,مجلة القضاء والقانون ,تصدرها وزارة العدل المغربية مرتين في الأسبوع,مطبعة الامنية,2005,عدد16,ص 100.

وقد تجاهل كل من المشرعين عيب الغبن بإعتبار أن العنصر الأساسي فيه هو مايلحق أحد المتعاقدين من خسارة مالية بسبب الإختلال في الأداءات المتبادلة بين الطرفين فيندم التوازن بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه لحظة العقد فهذا العيب لا يتناسب وطبيعة عقد الزواج الذي يغلب عليه الطابع الروحي على المادي وغيب فيه الأداءات المالية المتبادلة. فالمشعر المغربي بالرغم من إدخاله لعيوب الرضا في المدونة هذا لا يعني تأثره بصفة كلية بأحكام عيوب الإرادة في القانون المدني إذ أن حدود تطبيق القواعد العامة تظهر على عدة مستويات فكل طعن في تصرف قانوني يتعلق بالأحوال الشخصية وأسس على أحد العيوب الغير مدرجة في المدونة يكون غير مقبول لإنعدام سنده القانوني على غرار المشعر الجزائري الذي لم يورد عيوب الإرادة في قانون الأسرة وترك ذلك للرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني بدون أي تحفظ عليها .

**2-التدليس:** هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالإلتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد، ويتضمن عنصرين الأول موضوعي ويتمثل في إستعمال طرق إحتيالية ويستوي أن تصدر من أحد المتعاقدين أو الغير والعنصر النفسي المتمثل في كون هذه الطرق الإحتيالية تؤدي إلى تضليل الشخص ودفعه إلى التعاقد<sup>1</sup>. وهذا ما جاء في المادتين 86 و 87 ق.م.ج، ويناقش فقهاء المالكية التغيير (أي التدليس) بإعتباره سببا مستقلا للفسخ متميزا عن الغلط، والمراد به عندهم كتم الزوجين عيبا أو مرضا أو صفة أو حقيقة أو معلومات هامة عن الطرف الآخر وهو من أسباب الخيار في الزواج (خيار الفسخ) حيث يجوز للمتضرر به طلب فسخ الزواج ودليله ماروى الإمام مالك أن عمر رضي الله عنه قال: "أما رجل تزوج امرأة، فدخل بها، فوجد بها برصا أو جنونا أو جذاما، فلها الصداق بمسيسه إياها، وهو له على من غره منها"<sup>2</sup> وأشار المشعر الجزائري في المادة 8 مكرر ق.أ.ج أنه في حالة التدليس في مسالة التعدد يجوز لكل زوجة أن ترفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطبيق والتعويض عن الضرر.

1-محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 176-177.

2-راجع موطأ الإمام مالك، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1985، ج 2، ص 528، والمراد هنا أن زوجها بالخيار مالم يمسه، إن شاء أمسك، وإن شاء طلق (وإن شاء فلها الصداق بما إستحل من فروجها).

وبالرجوع إلى المشرع المغربي نجده تناول التدليس في المادة 63 من المدونة حيث لم يتطرق إليه في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة فهذا التعديل يؤكد رغبة المشرع المغربي في تدعيم إرادة الزوجين في الزواج وبأن تكون إرادة حرة وسليمة من أي عيب من العيوب فأعطى الحق للطرف المدلس عليه طلب فسخ الزواج إذا توفرت شروط مستخرجة من المادة 63 من م.أ.م والقواعد العامة المنظمة للتدليس وكذا من العمل القضائي، وتتحصّر في: استعمال أحد الزوجين لوسائل إحتيالية تخفي الحقيقة عن الزوج الآخر وتولد الغلط في ذهنه ويقوم على عنصرين الموضوعي والنفسي الذي سبق ذكرهما، أن تكون الوقائع التي وقع بها التدليس هي التي دفعت الزوج المدلس عليه للتعاقد ولولها لما تعاقد ويسمى التدليس الدافع الذي يخول طلب إبطال العقد، أن يتقدم الزوج ضحية التدليس بطلب فسخ عقد الزواج داخل أجل لا يتعدى شهرين من تاريخ العلم بالتدليس<sup>1</sup>.

**3-الإكراه:** هو ضغط يقع على أحد المتعاقدين، فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد، وهذا هو الإكراه المعنوي، والإكراه المعنوي الذي يفسد الرضا دون أن يعدمه وإن شابه الفساد لأنه أتى نتيجة الضغط والإرهاب، أما الإكراه المادي فهو الذي يعدم الإرادة، لأن المكره لن تكون به إرادة مطلقاً<sup>2</sup>.

قال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة: لا يجوز نكاح المكره ولا يصح بل هو لغو مما يجعل تصرف المكره باطلا فلا ينشأ عنه زواج ولا طلاق ودليلهم قوله تعالى:

"ولا تکرهوا فتیاتکم علی البغاء إن أردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ومن یکرههن فإن الله من بعد إکراههن غفور رحیم" (سورة النور الآية 33) ومن السنة حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

"إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما إستكرهوا عليه" (رواه ابن ماجة والبيهقي وابن حبان والحاكم في المستدرک).

1- عبد الكريم شهبون، الشافعي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي - مصادر الإلتزام - مكتبة الرشاد، المغرب، 2002، ج1، ص230.

2- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص186 و ص187.

وقد أخذ المشرع الجزائري بما قال به الأئمة الثلاثة ,وعليه فإنه لا ينعقد الزواج بالإكراه أو الضغط بإعتبار طبيعة عقد الزواج تقوم على الرضا الحر فإن إكراه الزوجين يجعل التصرف المكره قابلا للإبطال فلا ينشأ عنه تصرف (م88 ق.م.ج و 1/33 ق.أ.ج)فالتعديل الجديد بإلغاءه ولاية الإلجبار أبقى على ولاية المشاركة معتبرا الولاية حقا للمرأة الراشدة تمارسه حسب إختيارها ومصحتها أما القاصرة فإنها تخضع لمقتضيات المادة 2/11 ق.أ.ج.

إلا أنه لا يجوز إجبارها أو إكراهها على الزواج ونلاحظ بأن القانون المدني الجزائري أطال كثيرا مدة تقادم دعوى الإبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه فرفعها إلى 5 سنوات من يوم إكتشاف الغلط أو التدليس أو إنقطاع الإكراه(م101 ق.م.ج) مما يؤدي إلى عدم إستقرار المعاملات بين الأفراد فيقترح الدكتور بالحاج العربي بأن يكون للطرف المتضرر من عيوب الإرادة في محل عقد الزواج الحق في طلب الفسخ قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى 6 أشهر من تاريخ العلم بالغلط أو بالتدليس أو زوال الإكراه مع حقه في طلب التعويض وهو نقص تشريعي ينبغي للمشرع تداركه<sup>1</sup>.

أخذت مدونة الأسرة المغربية بالإكراه المعنوي الذي يعيب الإرادة فقط ولا يعدها من خلال المادة 63 حيث نصت أنه: " يمكن للمكره... أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده في أجل لا يتعدى شهرين من زوال الإكراه" ولكي يعمل بالإكراه في العلاقات الأسرية يجب توفر شروطه والتي يمكن إجمالها في :أن يكون الإكراه هو السبب الدافع إلى إبرام عقد الزواج وأن يقوم على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه ألما جسيما أو إضطرابا نفسيا أو الخوف من تعويض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير مع مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثرهم, وأن يتقدم الزوج الراغب في فسخ عقد زواجه للإكراه بطلب الفسخ في أجل لا يتعدى الشهرين من يوم زوال الإكراه<sup>2</sup>.

1-العربي بالحاج , مرجع سابق,ج1,ص166 .

2-أنظر الحكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط ,قسم قضاء الأسرة بتاريخ 14يناير 2005,تحت رقم17/2005,في الملف الشرعي عدد101/2005,أشار إليه محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة,أحكام الزواج- , مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء , 2004,ط1,ص207.

وهذه هي الشروط التي يتحراها القضاء المغربي في طلبات فسخ عقود الزواج التي تعرض عليه لهذه الأسباب.

إن مسألة الإكراه مسألة جديدة أدخلتها المدونة لمنع السلوكيات التي تتنافى ومبدأ الرضائية والحرية والإختيار إذ يصبح كل عقد زواج أبرم تحت الإكراه ولو من الغير مهدد بالفسخ<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لعقد الزواج من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة.

إكتفى المشرعين بالإشارة إلى أن الزواج ينعقد بالرضا أي تبادل الإيجاب والقبول وبالإضافة إلى هذا الركن الأساسي الذي لا وجود لماهية العقد بدونه هناك شروط أخرى موضوعية أو أساسية فرض القانون وجودها في عقد الزواج الصحيح وهي أهلية الزواج، والفحص الطبي، والخلو من الموانع الشرعية ، وتحديد الصداق ، ووجود الولي ، وحضور الشاهدين.

### أولاً: الأهلية والفحص الطبي في الزواج.

#### أ- أهلية الزواج وفقاً لقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية:

لم يحدد الفقهاء القدامى بصفة قطعية سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج وقالوا بأن مرحلة البلوغ تأتي بعد مرحلة الطفولة والتميز وهي تظهر طبيعياً علامات توجد في الفتى كالإحتلام وفي الفتاة كالحيض فقد جمهور الفقهاء سن الخامسة عشرة للذكور والإيناث في حين ذهب الفقه المالكي إلى أن نهايته هي ثمانية عشر عاماً في الفتى والفتاة وقال الحنفية بأن البلوغ يتحقق في الثامنة عشرة للذكور والسابعة عشرة للإناث<sup>2</sup>، فالصغير غير المميز لا ينعقد الزواج بعبارة قول واحد أما المميز فينعقد عند أغلب الفقهاء لكن يكون موقوفاً على إجازة وليه الشرعي على أنه متى ظهرت فيه إحدى علامات البلوغ جاز له أن يعقد الزواج بنفسه وقال البعض الآخر بعدم صحة

1- عبد الكريم الطالب، النزاعات المدنية لمدونة الأسرة، مجلة المحاكم المغربية، يناير - فبراير، 2007، عدد 106، ص 30.

2- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ج 9، ص 4471.

زواج الصغار قبل البلوغ وذهب ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصم إلى أن هذا الزواج ليس في مصلحتهم وإذا تم عد باطلا .

وأما ما يتعلق بزواج المجنون والمعتوه فإنه يقع باطل لفقدان القوى العقلية التي تجعل الشخص فاقدا للإدراك والتمييز حكما, غير أنه إذا كان محققا لمصلحة له كان يفيد في العلاج كان صحيحا يتولاه وليهما مع إذن القاضي ,وقال المالكية لا خيار للمجنون بعد الإفاقة ويكون تزويجه نهائي أما الحنفية أثبتوا له الخيار بعد الإفاقة لقيام الزواج على التراضي الحر للمتعاقدين<sup>1</sup> .

حددت المادة 7ق.أ.ج سنا محددًا للزواج وهو تسعة عشر سنة كاملة للرجل والمرأة وهو في ذات الوقت سن الرشد القانوني(م2/40ق.م.ج), بأن يكونا كاملَي الأهلية ودون أي عارض من عوارضها(م81ق.أ.ج و42و43و44 من ق.م.ج) ,حيث أن أهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ وتحديد السن الأدنى للزواج أخذه القانون الجزائري من آراء المالكية والحنفية ويكون تقدير سن الزواج وقت إبرام العقد وليس ساعة الدخول ,ويعتمد في ذلك على دفتر الحالة المدنية عند وجوده أو شهادة الميلاد المستخرجة من سجلات الحالة المدنية للزوجين<sup>2</sup>.

ويرى بعض الفقه الجزائري أن المشرع لم يقرر أي جزاء عند مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج , ولم توضح الآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانوني , وأن واضعي قانون الأسرة لم يعطوا لتحديد سن الزواج الوارد في المادة 7ق.أ.ج القيمة القانونية اللازمة ,وقال البعض الآخر بأن المادة 7 من ق.أ.ج قد ألغت ضمنا المادة 1 من قانون 224/63 المؤرخ في 1963/06/29, وذهب إتجاه ثالث إلى بطلان الزواج الذي تم إبرامه من قبل شخص لم تتوفر فيه الأهلية المنصوص عليها في المادة 7 ق.أ.ج, ولم يحصل مسبقا على الإذن القضائي.

1-المجلس الأعلى المغربي,15/11/1968,م.ق.ق.,1996,العدد79,ص418.

2-العربي بالحاج العربي , مرجع سابق,ج1,ص116 .



وأشارت المحكمة العليا في قراراتها بأنه لم يتطرق القانون لصحة الزوجين , ومع هذا فإن الزواج المريض مرض الموت هو من الأنكحة الفاسدة التي لا ميراث فيها كما أن كبر سن الزوج ليس مما يجيز تطليق الزوجة جبرا عن زوجها<sup>1</sup> .

يجوز للقاضي أي رئيس المحكمة أن يأذن بالزواج قبل بلوغ هذا السن (19 سنة), لمصلحة أو لضرورة , يقدرها وفقا لسلطته التقديرية بعد موافقة الولي (م83 ق.أ), كما لو وجدت دوافع أو مبررات مقبولة أو قوية كالخوف من الوقوع في الزنا , أو التعرض لضرر الكبت, أو الانزلاق إلى الفساد وما يجره من الأمراض والعقد النفسية, فيما إذا لم يتزوج قبل بلوغه تمام التاسعة عشرة من عمره, وهذا الزواج المبكر , يمكن أن يكون مبكرا أكثر مما تتحمله الضرورة والأخلاق والمقاييس مهما اختلفت , مع العلم أنه لا يجوز شرعا تزويج الأب ابنته الصغيرة (أي القاصرة) حتى تبلغ وتأذن, إذا تم الأذن بزواج القاصر وفقا للمادة 2/7 من ق.أ.ج فإنه يكتسب أهلية للتقاضي في كل ماله علاقة بالزواج وآثاره أي أن المشرع يكسب أهلية مدنية في حدود ضيقة فيجوز للزوجة القاصرة المطالبة بحقوقها الزوجية ولها صفة المدعي.

غير أنه يقترح الدكتور بالحاج العربي تكملة الفقرة الثانية بما يلي : "ويستثنى من ذلك إسقاط الحقوق المالية المترتبة على الزواج" وفيما يخص زواج المجنون والمعتوه يجوز إستثناءا إذا كان أمرا مفيدا في علاجه على أن تتحقق الشروط التالية: وجود تقرير من أطباء الأمراض العقلية, قبول الطرف الآخر بعد العلم بالأعاقة الذهنية, أن يتم الزواج بإذن من القاضي بناء على طلب الولي, نشير أيضا إلى ضرورة إختلاف الجنس تحرزا من الخنثى المشكل الذي ينكح ولا ينكح , ويبطل الزواج إذا تعذر تحديد جنس الشخص فيرتب عن ذلك حرمة الزواج بين الجنس الواحد والخنثى المشكل , وحل الزواج برجل إنقلب إلى أنثى لأنه في الحقيقة كأن مشكلا وتحدد جنسه<sup>2</sup> .

1- جيلالي تشوار سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري, المجلة الجزائرية , 1999, العدد 4, ص75 و أنظر أيضا جلاي تشوار, الزواج والطلاق في ضوء الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, طبعة 2001, ص57.  
2- العربي بالحاج العربي, مرجع سابق, ج1, ص125.

من مستجدات مدونة الأسرة المغربية التي راعت فيها تحقيق المساواة بين الجنسين إشتراطها أهلية الزوج والزوجة حيث حددت المادة 19 منها شرطين أساسيين لكمال الأهلية , فالأول يتمثل بالتمتع بالقوة العقلية .فالتكليف لا يكون إلا بشرط العقل ,لكن أعطت الفرصة للمصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أم أنثى بالزواج .

أما كمال أهلية الزواج بثمان عشرة سنة كاملة شمسية ,ساعة إبرام العقد لا ساعة الدخول<sup>1</sup> , وذلك كعلة منضبطة ولما كان الزواج من التصرفات القانونية فالعقل والإدراك من الشروط الأساسية لإبرامه , فإن كان أحد الزوجين مجنونا أو معتوها كان الزواج فاسدا وغير صحيح , حيث يعتبر الجنون والعتة من عيوب الإرادة فكل تصرف يأتيه فاقد الإدراك يعتبر باطلا, وإذا كان هذا هو الأصل فان المادة 20 من قانون مدونة الأسرة أعطت الإمكانية لقاضي الأسرة بأن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية<sup>2</sup> , بمقرر يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك إما بناءا على خبرة طبية أو بحث اجتماعي .

ولعل هذا الإستثناء من بين الإيجابيات التي نصت عليها المدونة , لإن تحديد ثماني عشرة سنة رغم ما فيه من مصلحة فهو ينضوي على عيوب كثيرة وخطيرة, إلا أن زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي إذ لا يجوز للعدليين أن يشهدا على الزواج إلا إذا وافق الولي الشرعي وقد أعطت المدونة إمكانية تدخل القاضي عند إمتناع الولي عن تزويج القاصر إذا رفع القاصر أمره إليه .

وما دام أن لكل مركز قانوني أثاره فإن زواج القاصر تترتب عليه حقوق والتزامات, لكن الواقع العملي أثبت أن الراغبين في الزواج تعاملوا مع المقتضيات السابقة الذكر خلافا لإرادة المشرع فمن هم دون سن الثامنة عشرة والذين رفضا القاضي لهم الإذن بالزواج, إستعاضوا عن العقد بإعتمادهم المادة 16 من مدونة الأسرة, أي ثبوت الزوجية بحيث أصبح الفصل 19 و 20 مجرد قنطرة للوصول

1-أنظر :قرار المجلس الأعلى (المغربي) الصادر في15نونبر1968, مجلة القضاء والقانون 1996, عدد79,ص418.

2-سن الأهلية المنصوص عليه في المادة19 من قانون الأسرة الجزائري02/05 .

إلى الفصل 16 ، وترتب عن ذلك أن عدد أحكام ثبوت الزوجية أصبح يفوق عدد الزواج وبالتالي تحقق خلاف المبدأ القانوني القار، وأصبح الأصل هو الإستثناء ، إن حل هذا الإشكال يقتضي عدم اللجوء إلى إعمال المادة 16 في الحالات التي يرفض فيها القاضي الإذن بزواج القاصر وبصفة عامة جميع حالات الزواج الحديثة العهد لأن القول بغير ذلك لا يحقق الغاية من صدور مدونة الأسرة ونصت المادة 22 بأنه يكتسب الزوجين الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

**ب- الشهادة الطبية قبل الزواج وفقا لقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية:** .  
ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن حق التفريق للعيب ( أي الأمراض التناسلية أو المعدية) هو حق مشترك للزوجين، وله إذا وجد في صاحبه عيبا أو مرضا فله حق طلب التفريق من القاضي ، وقال الحنفية أن الزوجة إذا وجد زوجها مصابا بأحد الأمراض التناسلية التي تحول دون الإتصال الجنسي، فلها حق طلب التفريق وهذه العيوب هي العنة، والجب أو المبوب ، والخصاء والخنوثة، ومن العيوب الخاصة بالمرأة: الرتق، والقرن والعفل، والإفضاء وأخيرا البخر وغيرها مما ذكره الفقهاء في مؤلفاتهم<sup>1</sup> وقال الخرشي من المذهب المالكي أن العيوب المشتركة بين الزوجين هي الجنون، والجذام، والبرص ، والخنثى، وأعتبر المالكية والشافعية السلامة من العيوب من الصفات المعتبرة في الكفاءة أما الحنفية والحنابلة لم يعتبروها كذلك، ولكنها تثبت الخيار للزوجة فقط عند الحنفية وللزوجين معا عند الحنابلة فالشهادة الطبية لا تتعارض مع الشريعة الاسلامية ولا مع مقاصد الزواج. ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 7 مكرر على إلزامية الإدلاء بشهادة طبية لكل مترشح للزواج لا يزيد تاريخها عن 3 أشهر ، تثبت خضوعه للفحوصات الطبية قصد الزواج وأنه لا يجوز

1- العنة: هو العاجز عن الوطء في القبل، والجب أو المبوب: هو قطع الذكر كله أو بعضه بحيث لم يبق منه قدر من الحشفة ما يبطأ به، وأما الخصاء: قطع الخصيتين أو سلهما والخنوثة: هو الذي إجتمع فيه العضوان التناسليان، الرتق: هو إنسداد الفرج باللحم، والقرن: هو إنسداد محل الجماع بعظم، والعفل: هو رغوة تمنع لذة الوطء، الإفضاء: هو إنخراق ما بين السبيلين: أي القبل والدبر من المرأة، وأخيرا البخر: وهو الرائحة الكريهة للفم ، أنظر: الكاساني بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج2، ص327.

للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها قانونا حيث يجب على هذين الأخيرين التأكد من خلال الإستماع إلى الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأعراض.

والعوامل التي تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج ولا يمكن للطبيب تسليم هذه الشهادة الطبية إلا بعد إطلاعه على نتائج التحاليل والفحوص المتمثلة في فحص عيادي شامل وتحليل فصيلة الدم (المرسوم التنفيذي رقم 06-154) كما يمكن أن يقترح على المعني إجراء فحص إضافي للكشف عن الأمراض الوراثية والعائلية والمعدية التي يمكن أن تنتقل إلى الزوج أو الزوجة<sup>1</sup>.

وهذا ما أخذ به أيضا المشرع المغربي فمدونة الأحوال الشخصية الملغاة لم تناولها من قبل فاتجه

بعض الفقه المغربي<sup>2</sup> إلى ضرورة تضمينها في التعديل الجديد حيث أدخلها المشرع المغربي

بمقتضى ظهير 10 شتنبر 1993 المغير والمتمم بعض فصول مدونة الأحوال الشخصية، ومن بين التعديلات التي أدخلها في مجال الأعمال الإدارية التي تسبق الزواج عدم توثيق العقد إلا بعد توفر العدلين على مستندات ومن بينها إدلاء كل من الخاطب والمخطوبة بشهادة طبية تثبت خلوهما من الأمراض المعدية من خلال شهادة مسلمة من طرف الطبيب الذي قام بفحص المعني بالأمر، غير أن موقف المشرعين من الشهادة الطبية<sup>3</sup> قبل الزواج جاء غامضا وبالتالي يطرح عدة تساؤلات لم يبين المشرعين المقصود بالأمراض المعدية، ولم يحدد طبيبا خاصة معينا يتولى هذا الفحص ولا

1- العربي بالحاج، الشهادة الطبية قبل الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد 2، ص 2.

2- عبد النبي ميكو، الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، دار نشر المعرفة، الرباط، 1976، ج 1، ص 173، محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة دار وليلي للطباعة والنشر، مراكش 1998، ط 3، ص 167.

3- بتاريخ 14 دجنبر 1993، صدرت دورية مشتركة رقم 46 لوزارتي العدل والصحة، تحدد نموذج الشهادة الطبية قبل الزواج، كما صدرت دورية

أخرى عن وزير العدل بتاريخ 17 يناير 1994 (41)، يبين فيها أن يكون التعامل مع هذه الشهادة بنوع من المرونة وذلك بإمكانية قبولها إذا تضمنت أن المعني بالأمر لا تظهر عليه. بعد الفحص السريري. علامات لمرض معدي بالنسبة للمغرب وأنظر المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المحدد لنموذج الشهادة الطبية ما قبل الزواج بالنسبة للجزائر.

التحاليل والفحوص التي يجب إجراؤها بدقة ولا على إلزامية الفحص الجيني, ولم يشيرا أيضا إلى إبقاء الفحص الطبي سرىا وعدم المساس بالسر الطبي المهني الذي يخضع له الطبيب فلا يتم إفشاء سر المريض إلا في الحالات المنصوص عليها قانونا (كالتبليغ عن مرض معدي أو سر أو بأمر من جهة قضائية أو رسمية مختصة...)<sup>1</sup> إضافة أنه لم يضمننا عقوبة في حالة إخلال الطبيب بإلتزاماته ( ولم يشيرا لتحمل تكاليف الشهادة الطبية تكون على صندوق الضمان الإجتماعي الجزائري والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي المغربي عندما يكون المعني منخرطا فيه كما يمكنه طلب المساعدة الطبية إذا كان بدون دخل وكيف يمكن إلزام الراغبين في الزواج للإمتثال للفحص الطبي في حين أن كلا المشرعين مازالا يعترفان بالزواج العرفي .

ثانيا: الموانع الشرعية والصداق في الزواج .

أ - خلو الزوجين من الموانع الشرعية وفقا لقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية:

من خلال المادة 23 من ق.أ.ج والمادة 35 من م.س.م نجد أن الموانع الشرعية هي نوعان مؤبدة وأخرى مؤقتة.

### 1- الموانع المؤبدة :

1-أ- المحرمات بسبب القرابة<sup>2</sup>: ويقصد بالتحريم لسبب القرابة هو ما كان جزء منها أو كانت

هي جزء منه أو كانا معا جزءا ولقد فصلها المشرعين كالتالي:

1-أ-1- الأمهات: ويقصد بها من له علاقة ولادة مباشرة كالأم أو غير مباشرة كأم الأم أو أم

الأب وإن علو.

1-قانون رقم 08-13 المؤرخ في 20/07/2008 المعدل والمتمم للقانون 85-08 المؤرخ في 16/02/2008 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

2-أنظر المادة 25 من قانون الأسرة الجزائري 02/05 والمادة 36 من القانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة .

- 1-أ-2- البنات: ويقصد بهن فروع الشخص وفروع فروعه وإن نزلوا.
- 1-أ-3- فروع أبوي الشخص وفروع فروعهم: وهم الأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت وإن نزلوا
- 1-ب- المحرمات بسبب المصاهرة<sup>1</sup>: ويقصد بهذا التحريم ما نتج بسبب الزواج و لقد نص المشرع الجزائري عليها في نص المادة 26 من قانون الأسرة وهي:
  - 1-ب-1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها: وهذه الحالة لثبوت التحريم لا يشترط الدخول وإنما بالعقد فقط على البنت يحرم على أمهاتها.
  - 1-ب-2- فروع الزوجة عند حصول الدخول بها: وهنا لا يحرم فروع الزوجة إلا إذا تم العقد وحصل الدخول.
  - 1-ب-3- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علو: وهن زوجات أصول الزوج مهما علو.
  - 1-ب-4- أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا: ويقصد بهذا من كن أزواج للفروع سواء كانوا أبناء أو أبناء الأبناء وإن نزلوا
- 1-ج- المحرمات بسبب الرضاع<sup>2</sup>, ويمكن تعريف الرضاع بأنه مص الرضيع اللبن من ثدي أنثى آدمية في مدة الرضاع ومن خلال هذا التعريف نستنتج الشروط التي يجب أن تتوافر في الرضاع حتى يحرم الزواج به وهي كما يلي:
  - 1-ج-1- يجب أن تكون المرضعة امرأة.
  - 1-ج-2- يجب أن يكون الرضاع في مدة الحولين أو قبل الفطام وهو ما نجد نص المادة 29 من قانون الأسرة و المادة 38 من مدونة الأسرة قد تناولته.
  - 1-ج-3- لا يؤخذ بعين الاعتبار كمية اللبن سواء كانت قليلا أو كثيرا فهي وفقا لنص المادة 29 من قانون الأسرة والمادة 38 من مدونة الأسرة تحرم الزواج أخذا في ذلك بما ذهب إليه المذهب المالكي والحنفي الذين لا يميزان بين مقدار اللبن الكثير و القليل.

1- أنظر المادة 26 من قانون الأسرة الجزائري 02/05 والمادة 37 من القانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة .  
2-أنظر المواد 27 ، 28 و 29 من قانون الأسرة الجزائري و المادة 38 من مدونة الأسرة .

والأصناف المحرمة رضاعا جاءت محددة وفقا لنص المادة 27 من قانون الأسرة التي جاءت مطابقة تماما للحديث النبوي الشريف حيث قال الرسول صلى الله عليه وسلم " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " <sup>1</sup> .

ولقد خالف المشرع الجزائري جمهور الفقهاء وأخذ بالمذهب الحنبلي الذي قصر محرمات الرضاع على محرمات النسب، أما المشرع المغربي في نص المادة 38 من المدونة أعتبر المحرمات من الرضاع هي ما يحرم بالنسب والمصاهرة .  
ولقد وضع المشرعين شرطا بأن التحريم بالرضاع لا يقع إلا على الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته وإعتبره ولدا للرضعة و زوجها وأخا لأولادها وفقا لنص المادة 27 من قانون الأسرة و المادة 38 من مدونة الأسرة المغربية.

## 2-الموانع المؤقتة :

2-أ - المحرمات المؤقتة المنصوص عليها في نص المادة 30 من قانون الأسرة و المواد من 39 الى 46 من مدونة الأسرة : وهي كالتالي:

2-أ-1- محصنة: ما دامت المرأة زوجة للغير فهي محرمة على الآخرين, المادة 30 فقرة 1, والمادة 39 فقرة 5.

2-أ-2- المعتدة: وهي المرأة التي كانت زوجة للغير ثم طلقها أو توفي عنها و لا تزال في العدة فهي محرمة إلى غاية نهاية عدتها<sup>2</sup>.

2-أ-3- المطلقة ثلاثا: ويقصد بها تلك المرأة التي يطلقها زوجها ثلاث طلاقات فترجع محرمة عليه مؤقتا إلى غاية أن تتكح شخص آخر ثم يطلقها أو يتوفي عنها وبعد ذلك يستطيع الزواج بها و ما يشترط في زواجها هذا أن لا يكون زواج تحليل لأن جمهور الفقهاء متفقين على أن زواج

1- رواه البخاري , مرجع سابق, في (الشهادات) باب الشهادة على الأنساب والرضاع برقم : 2645 .

2-أنظر المادة 30فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 39 فقرة 5 من مدونة الأسرة.

المحلل غير جائز وكذا ما يجب في زواجها أيضا أن يتم الدخول بها فإن عقد عليها ثم لم يدخل عليها وطلقها أو توفي عنها فإنها لا تحل لمطلقها ثلاثا وفقا للحديث النبوي الشريف " أتريدين أن ترجعي إلى رفاة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك<sup>1</sup> , فالمشعر الجزائري لم يفصل في المطلقة ثلاثا أما المشعر المغربي تناول هذا في الفقرة 3 من المادة 39 من مدونة الأسرة .

**2-أ-4- ما يزيد عن أربع زوجات:** متى كان تحت عصمة الرجل أربع نساء فلا يستطيع أن يتزوج بأخرى إلا إذا طلق أو توفت إحدهن وانتهت عدتها من خلال المواد 8 الى غاية 8 مكرر 1 من قانون الأسرة و المواد 40 الى غاية 46 من مدونة الأسرة .

**2-أ-5- الجمع بين المرأة وأختها أو مع عمتها أو مع خالتها من نسب أو رضاع:** لقد منع كلا المشعرين الجمع بين المرأة وأختها أو مع عمتها أو مع خالتها ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك من أجل المحافظة على الرحم وعدم قطعه<sup>2</sup> .

**2-ب - المحرمات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 31 من قانون الأسرة و 39 من مدونة الأسرة:**

ذهب المشعر الجزائري في نص المادة 31 فقرة 1 من قانون الأسرة إلى أن المسلمة محرمة مؤقتا على غير المسلم إلى غاية إسلامه، أخذا في ذلك بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية الذين حرّموا زواج المسلمة بغير المسلم مهما كانت ديانتها وفقا للآية الكريمة رقم 221 من سورة البقرة التي يقول فيها الله تعالى " ... و لا تتكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم ... " كذا المشعر المغربي في المادة 39 فقرة 4 من مدونة الأسرة حرم مؤقتا زواج المسلمة بغير المسلم والمسلم بغير المسلمة مالم تكن كتابية لكن المشكل المطروح كيف تعرف الكتابية من غير الكتابية في ضل فصل الدول الغربية الدين عن الدولة.

1- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الكتب السلفية للطباعة والنشر، مصر، ج9، ص374.

2- أنظر المادة 30 الفقرة 4 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 39 الفقرة 1 من مدونة الأسرة.



## ب-الصداق وفقا لقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية:

### 1-التعريف بالصداق (المهر):

1-أ- لغة:بفتح الصاد وكسرهما,والفتح أفصح,مشتق من الصدق وهو ضد الكذب,لأن بذله للزوجة دليل على صدق الزوج في العزم على الزواج وله أسماء عشرة هي صداق أو صدقة,مهر,ونحلة,واجر,وفريضة,وحباء,وعقر,وعلائق,وطول,ونكاح<sup>1</sup>.

1-ب-إصطلاحا:هو المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها حقيقة,وعرفه بعض الحنفية :بأنه ما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء<sup>2</sup>.

وعرفه المالكية:بأنه مايجعل للزوجة في نظير الإستمتاع بها ,وعرفه الشافعية :بأنه ما يجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا,كرضاع ورجوع شهود .وعرفه الحنابلة:بأنه العوض في النكاح ,سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضي الطرفين أو الحاكم ,أو العوض في نحو النكاح كوطء الشبهة ووطء المكروهة<sup>3</sup>.

وعرفه المشرع الجزائري في قانون الأسرة في نص المادة 14 بأنه مايدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء,وعرفه المشرع المغربي في مدونة الأسرة من خلال المادة 26 بأنه مايقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة,وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين ,وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية,وليس قيمته المادية,من خلال هذا فإن الصداق بهذا التعديل شرط من شروط صحة الزواج من خلال المادة 9مكرر ق.أ.ج والمادة 13م.أ.م, فإذا تخلف هذا الشرط يفسخ الزواج قبل الدخول ولا يترتب عليه أي أثر إما بعد الدخول فيثبت لمهر المثل.

1-محمد بن علي الفيومي, مرجع سابق,,ص175 .

2-وهبة الزحيلي, مرجع سابق,ج8,ص247 .

3-محمد الخطيب الشربيني, مرجع سابق,ج3, ص142,وهبة الزحيلي,المرجع السابق والصفحة.

**2- حكمه وأدلته الشرعية:** تباينت مواقف فقهاء المالكية في حكم الصداق فأعتبرها البعض ركنا، وإعتبرها البعض الآخر شرط صحة لا يجوز التواطؤ على تركه، أما الأحناف والشافعية و الحنابلة وبعض المالكية، فالصداق عندهم ليس بركن ولا شرط وإنما هو حكم من أحكام عقد الزواج وأثر من آثاره لقوله تعالى: **"لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة"** (سورة البقرة، الآية 236).

ولقد دل على مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع، فقال تعالى: **"وأتوا النساء صدقاتهن نحلة"**، وأما من السنة فبما رواه أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى عبد الرحمن بن عوف وعليه ردع زعفران فقال النبي صلى الله عليه وسلم: **"مهيم؟"**، فقال: **"يا رسول الله تزوجت امرأة، قال: ما أصدقها؟"** قال: **"وزن نواة من ذهب"**. قال: **"أولم ولو بشاة"**<sup>1</sup>، أما الإجماع فالمسلمون متفقون على مشروعية الصداق في النكاح، من حكمه كونه رمز للتعاطف والمودة وهو من قبيل قوله صلى الله عليه وسلم: **"تهادوا تحابوا"** وكذا يعد بمثابة تعبير الزوج على تحمل مسؤولية الزواج لأنه القوامة تكون بالنفقة خاصة وكذا حتى تتمكن الزوجة من أن تنتهياً للزواج بما يلزمها<sup>2</sup>.

أما فيما يخص مقدار الصداق لا يوجد حد أكثر له لعدم ورود نص شرعي في ذلك أما الحد الأقل فبعض فقهاء الشافعية وأحمد وأبو ثور لا يشترطونه لعموم الأحاديث منها قوله صلى الله عليه وسلم **"فالتمس ولو خاتماً من حديد"**، أما البعض الآخر فقد إشتراط حداً أقل هو ربع دينار ذهبي كما قال بذلك المالكية كما يرون جواز التأجيل في مهر غير معين أو معين ولم يحضر أما إن كان معين لا يجوز التأجيل فقد يتغير حاله وإن كان مؤجلاً فيشترط أن يعجل ربع دينار قبل الدخول مع وجوب تحديد الأجل وكراهية إطالة المدة، والجمهور يجيز التعجيل والتأجيل فعند عدم النص عليه في العقد فإن العرف يحكم، و عند الأحناف 10 دراهم فضية<sup>3</sup>.

1- رواه البخاري، مرجع سابق، باب إهء النبي صلى الله عليه وسلم بين المهاجرين والأنصار، ج12، ص131.

2- سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الأصاله للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ط2، ص80 و81.

3- ابن رشد الجد، المقدمات الممهءات-بهامش المدونة-، دار الفكر، بيروت، 1988، ج1، ص18.

ولم يحدد كل من المشرعين الجزائري ولا المغربي لا حدا أقصى ولا أدنى وترك ذلك للعرف متداول في كل منطقة كما يمكن أن يكون مؤجلا أو معجلا كما يجب أن يكون مما يصح إلتزامه شرعا.

### 3-أحوال المهر:

تباينت آراء الفقهاء في معايير مهر المثل فبعضهم إعتد على النسب من جهة الأب والبعض جعلها في الحسب والجمال والمال والدين, والبعض أعتبره بمهر من تساويها من نساء عصبتها في السن والمال والجمال والبركة والثبوة والبلد والسلطة التقديرية للقاضي , وحالاته هي<sup>1</sup>: إذا وقع بصداد لا يملك شرعا أو وقع الإتفاق في العقد على إسقاطه, في زواج التفويض أو زواج الشغار وكذا إذا تم الدخول بدون صدق وفي حالة عدم تحديده وأخيرا في حالة عدم الإتفاق على المبلغ المالي للخلع.

كما توجد حالات يوجب فيها كاملا هي الدخول الحقيقي بالزوجة أي بالخلوة الصحيحة أو الدخول الحكمي عند الأحناف والحنابلة, خلافا للمالكية , والحالة الأخرى هي موت أحد الزوجين فإذا مات الزوج ورثت الزوجة الصدق كاملا فضلا عن الميراث وإذا ماتت هي يشارك ورثتها بعد دفع الصدق كاملا وكذلك إذا مكثت عند زوجها سنة كاملة بدون مسيس وهذا ما قال به المالكية<sup>2</sup>.

أما فيما يخص حالات وجوب النصف فهي: إذا وقع الطلاق في عقد صحيح سمي فيه المهر تسمية صحيحة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة وجب نصف الصدق لقوله تعالى: "وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم", أما حالات سقوطه فهي: إذا حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول حقيقة أو حكما بسبب من الزوجة كما لو إرتدت عن الاسلام, الإبراء من كل صدق قبل الدخول أو بعده إذا كان الصدق ديناً على الزوج, إذا ما كان الزواج فاسداً قبل الدخول فلا يثبت لها صدق, قتل الزوجة نفسها أو زوجها وهو قول المالكية والشافعية<sup>3</sup>.

1- محمد إبن جزى, القوانين الفقهية, دار الكتب العلمية, بيروت, 1998, ص135 وما بعدها.

2- سليمان ولد خسال, مرجع سابق, ص86.

3- سليمان ولد خسال, المرجع السابق, ص87.

أما الإختلاف في الصداق فيكون أما في أصل التسمية أو في المقدار المسمى وهنا تكون البينة على من إدعى وفي حالة رفض دعوى التسمية لعدم ثبوتها يحكم القاضي بصداق المثل , وقد يكون في أصل قبض الصداق, بمعنى أن أحدهما يدعي دفعه والآخر ينكر نطبق قاعدة البينة على من إدعى فإذا إنعدمت نطبق المادة 17 من ق.أ.ج والمادة 33 من م.أ.م .

وأما الإختلاف في متاع البيت وهنا يرجع إلى القواعد العامة في الإثبات كالشهود ووصولات الشراء و اليمين المتممة التي يوجهها القاضي والحاسمة التي يوجهها الخصوم وفي غياب البينة يلجأ لنص المادة 73 ق.أ.ج والفقرة 3 من المادة 34.

**ثالثا: الولي والإشهاد في عقد الزواج .**

**أ-الولي وفقا لقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية:**

**أ-1-تعريف الولي وشروطه:**

**أ-1-أ-لغة:**من الولاية بكسر الواو وهي:النصرة والمحبة,أما الولاية بفتح الواو فهي تولي الأمر<sup>1</sup>.

**أ-1-ب- إصطلاحا:**فهي تنفيذ القول على الغير والإشراف عل شؤونه<sup>2</sup>, والمراد بالغير القاصر والمجنون والبالغ.

حيث يقسمها الفقهاء إلى ثلاثة أقسام:ولاية على النفس , وولاية على المال , وولاية على النفس والمال معا,ومايهمنا هنا هو الولاية على النفس وهي في مسائل أهمها الزواج وهي بدورها تنقسم إلى ولاية إجبار وهي التي تكون على الصغار والمجانين وهذه يمنعها القانون لكن الفقه يثبتها وولاية إختيار وتسمى ولاية الشركة فهي عند جمهور الفقهاء تثبت للولي على البالغة العاقلة , إذ الزواج لا ينعقد

1- المصباح المنير , مرجع سابق,ص346.

2- مصطفى السباعي,شرح قانون الأحوال الشخصية,المكتب الإسلامي, بيروت و دمشق وعمان,1997,ج1,ص136.

بإرادتها وحدها ولا بصيغتها بل لابد من إرادة وليها وصيغته وهي عند أبي حنيفة ولاية إستحباب إذ يجب إستاذانها ويستحب أن يعقد الولي نيابة عنها<sup>1</sup>.

أما عن شروط الولي فقد ذكر الفقهاء ثلاثة شروط تتمثل في العقل؛ فلا ولاية للمجنون أو المعتوه في الزواج، وكذا البلوغ؛ فلا ولاية للصبي على غيره في الزواج لأنه لا ولاية له على نفسه فلا ولاية له على غيره، وأيضاً إتحاد الدين بين الولي والمولى عليه؛ فلا ولاية لغير المسلم على المسلم ولا لمسلم على غير مسلم غير أنه هناك من يجيزها من الفقهاء إذا كان الولي كتابياً وكانت موليته كذلك، ولقد إختلفوا في إشتراط العدالة فذهب الأكثرون إلى عدم إشتراطها لأن مناط الولاية هي التعصيب ووفرة الشفقة وما قد يؤدي إليه من حرج<sup>2</sup> ولم يشر كل من المشرع المغربي والجزائري لهذه الشروط.

## أ-2- حكم الولي وتكييفه القانوني:

إختلف الفقهاء حول حكم الولي في عقد الزواج فذهب المالكية في المشهور عندهم على أنه ركن، وذهب الشافعية ومالك في رواية عنه إلى أنه شرط في الصحة، أما أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري فقالوا: إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفواً جاز، وفرق داود بين البكر والثيب فقال بإشتراط الولي في البكر دون الثيب وعده ابن القاسم من المالكية من شروط إلتام وليس من شروط الصحة وهكذا ذهب المحققون ومنهم ابن رشد إلى أن المسألة محتلمة عندما نظر في أدلة الفريقين أما قانون الأسرة الجزائري بعد الإضطراب الذي وقع فيه وحسمه بالتعديل الجديد لسنة 2005 حيث كيف الولي بأنه شرط من الشروط وليس ركناً من خلال المادة 9 مكرر من الامر 05-02 وعليه فإنه أخذ برأي جمهور الفقهاء فهو يعتد بولاية الإختيار من خلال المادة 11 فقرة 1 والمادة 13 أما مدونة الأحوال الشخصية المغربية سنة 1957 أعتبرت الولاية شرط صحة في عقد الزواج حيث لا يصح العقد إلا بتوفر الولاية سواء كانت بكراً أو ثيباً، قاصرة أم رشيدة<sup>3</sup>.

1- مصطفى السباعي، مرجع سابق، ج1، ص137 .

2- سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص71.

3- بالإضافة إلى الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، نص البند الثاني من الفصل 12، وأنظر محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة،

مطبعة دار النشر المغربية، 2008، ط3، ص127 .

هذا مع العلم أن المشروع الذي قدمته وزارة العدل للجنة التي حررت الصيغة النهائية لمدونة 1957 كأن يتجه إتجاه مخالف تماما عما أتت به المدونة حيث كان ينص على أنه يمكن للمرأة إبرام عقد زواجها أمام العدلين مع موافقة وليها إذ كانت دون سن الرشد القانوني بالإضافة إلى صحة عقد الزواج الذي تبرمه الفتاة دون موافقة وليها أما مدونة سنة 1993 الملغاة فقد تخلت على إجبارية الولاية وجعلتها إختيارية وهي حق للرجل دون المرأة، حتى ولو كانت وصية فإنها توكل رجلا يتولى تزويج من هي تحت وصياته واستثنى من الولاية في الزواج الرشيدة التي لا أب لها حيث يمكنها أن تستأثر بتزويج نفسها أو تولى من تشاء من الأولياء ، إلا أن مدونة الأسرة في المادة الرابعة والعشرون والتي جاءت صريحة في إسقاط شرط الولي بالنسبة للرشيدة "الولاية حق للمرأة تمارسها الرشيدة حسب إختيارها ومصحتها"، وكتبرير لهذه المسألة إعتد المشرع المغربي على بعض التفاسير للآية الكريمة "فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف" (سورة البقرة، الآية 232) ، متكئا على المذهب الحنفي<sup>1</sup>، الذي كما سبق القول، قال بعض فقهاء بأنه إذا صح تصرف المرأة في الأموال فمن الأولى أن يصح تزويجها لنفسها ولم يترك للولي إلا حيز ضيق جدا يمارس من خلاله الولاية وذلك في حالة القاصر الذي يكون دون سن الرشد القانوني سواء كان ذكرا أو أنثى وإن كانت الولاية هنا شكلية لأن القاضي هو الذي يأذن بزواج القاصر بمقرر قضائي وليس الولي الذي يتمحور دوره في رفع طلب الإذن بزواج القاصر إلى القاضي.

### أ-3- ترتيب الأولياء :

من خلال المادة 11 من ق.أ.ج فإن الأب هو الولي الأصلي للفتاة ، إذا ما غاب لابد من إنتظاره دون الإضرار بمصلحة الفتاة وإلا تنتقل الولاية إلى أقرب شخص إليها، أما إذا توفي الولي الأصلي فإن سلطة الولاية تنتقل حكما وبقوة القانون إلى الأقربين ،يقول ابن رشد: ((وذلك أنه لا خلاف عنهم في إنتقالها في الموت ))<sup>2</sup> .

1- محمد الكشور ، شرح مدونة الأسرة ، مرجع سابق، ج 1 ، ص 7 .

2- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، 1982، ج2، ط6، ص14.

غير أن التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري لم يوضح الأقربون وفي ظل هذا الفراغ القانوني فإن للقاضي السلطة التقديرية في إختيار الولي كما أشار نص المادة إلى أي شخص آخر الذي قد يكون غريبا وهذا مالم يقل به الفقه الإسلامي كما أنها إن كانت هي من تختار الولي فما فائدة تشريعه ,ولقد حددت مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة صفة الأولياء على المرأة في الفصل الحادي عشر ورتبتهم في "الإبن ثم الأب أو وصيه ثم الأخ فالجد للأب فالأقربون بعد الترتيب ويقدم الشقيق على غيره فالكاfl, فالقاضي, فولاية عامة المسلمين". وإذا كانت المدونة تشترط عدم إجبار المرأة على الزواج فإنها خولت القاضي إمكانية تزويجها بالرغم عنها إذا خيف عليها الفساد, بنصها على أن الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب إختيارها ومصحتها<sup>1</sup>.

لكن المدونة أبقت على إمكانية تزويج القاصرة بمقرر معلل لقاضي الأسرة بعد الإستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والإستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث إجتماعي، ومن سمات هذا المقرر أنه غير قابل لأي طعن كما أنها ألغت الترتيب الصريح للأولياء لتعود السلطة التقديرية للقاضي .

## ب-الإشهاد وفقا لقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية:

### ب-1-تعريف الإشهاد وشروطه:

#### ب-1-1-أ-لغة:يأتي بمعنى الحضور والمعينة والإخبار<sup>2</sup>.

ب-1-ب-إصطلاحا :فبالنظر إلى تباين الفقهاء في شروط الإشهاد وبالنظر إلى موقف المشرعين الجزائري والمغربي خاصة قانون الحالة المدنية فإنه يمكن التوصل إلى التعريف التالي:هو حضور شاهدين,رجلين أو رجل وإمراتان بغرض الإشهاد عل عقد الزواج.

وشروط الإشهاد تتمثل في الإسلام,وكذلك العقل والحرية والبلوغ:وهما محل إتفاق بين الفقهاء ولقد

1- محمد الكشور ,شرح مدونة الأسرة, مرجع سابق ,ج,1,ص 218 .

2-المصباح المنير , مرجع سابق,ص169.

إشترط المشرع الجزائري سن 21 عاما على الأقل من خلال المادة 33 من قانون الحالة المدنية أما المشرع المغربي ذكر 25 سنة وأقل من 45 حسب المادة 1 من قانون 03-16 المتعلق بخطة العدالة حسب التقويم الميلادي خلافا للقانون 81-11 الذي لم يحدد السن.

إضافة إلى السماع والفهم: ليتحقق الإعلان والإخبار, وذيوخ العقد بين الناس, ولذلك لا يعتد بحضور الأصم أو من لا يفهم معاني العبارات التي ينشأ بها العقد و كذا حضور شاهدين: رجلين أو رجل وإمرأتان, فالأحناف أجازوا شهادة النساء ومنع ذلك الشافعي, أما المشرعين المغربي والجزائري لم يميزا بين ذكر أو انثى, غير أن التطبيق العملي ينحصر في شهادة رجلين فقط, وأخيرا العدالة: وهذه إشرطها الشافعي وأحمد بن حنبل, أما أبو حنيفة فلم يشترط ذلك, في حين إكتفى متأخروا المالكية بأن يكونا مستوري الحال<sup>1</sup> إضافة إلى التمتع بجنسية البلد الذي ينتمون اليه.

وقد أشار المشرع المغربي على أنه يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلي سامعين في مجلس العقد, و نقصد بالشهادة العدلية تلك الشهادة أو البينة التي يكون غرضها التوثيق المباشر من طرف عدلين منتصبين للإشهاد بمختلف أقسام التوثيق بالمحاكم الابتدائية التي يقوم فيها القضاة المكفون بالتوثيق<sup>2</sup>.

## ب-2- حكم الإشهاد وتكييفه القانوني:

ذهب الحنفية و الشافعية وأحمد في المشهور عنه إلى أن الشهادة شرط في صحة عقد الزواج. لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا نكاح إلا بولي, وشاهدي عدل", وأما المالكية فلا يشترطون الإشهاد بصحة الزواج بل يشترطون الإعلان عنه ولكنهم إستحبوا الإشهاد عند العقد, فإذا لم يكن كان واجبا عند

1- أنظر محمد أبو زهرة, الأحوال الشخصية, دار الفكر العربي, القاهرة, مصر, 1957, ط3, ص55 و مصطفى السباعي, مرجع

سابق, ج1 ص101 و102, أنظر أحمد الصاوي, بلغة السالك لأقرب المسالك, دار المعرفة, بيروت, 1978, ج2, ص376.

2- يتم تعيينهم بقرار صادر عن وزير العدل من بين قضاة الحكم المزولة عدة مهام كمنح الأذونات للعدول بالإشهاد في حالة الشهادة العلمية, مراقبة مذكرة الحفظ الممسوكة من لدن العدول.



الدخول، فإذا وجدت الشهادة عند العقد أو عند الدخول كان العقد صحيح. وإذا لم توجد في الحالتين كان الزواج غير صحيح ، والرأي الراجح الذي عليه جمهور الفقهاء هو إعتبار الشهادة شرط في صحة العقد، لأن عقد الزواج يرتبط بالأعراض، فالإشهاد عليه ينفي التهمة، ويزيل الظنون والشكوك وهو ما يؤثر على الأسرة<sup>1</sup> وبهذا أخذ المشرع الجزائري حيث أعتبر الشهادة شرط لصحة إنعقاد الزواج من خلال المواد 9 مكرر، 18 و 22 من قانون الأسرة وكذا المشرع المغربي من خلال المادة 13 من مدونة الأسرة إذا إختل ركن الإشهاد فإن الزواج فاسد بنص المادة 2/33 وهو بذلك يتفق مع جمهور الفقهاء بخاصة الأحناف الذين يجعلونه شرطاً كافياً للإعلان لكن المشرع المغربي لا يستوجب الإشهاد؛ فشهادة العدلين مفعلة فقط بالنسبة للقاصر بعد الحصول على تصريح بالزواج من القاضي .

### الفرع الثالث: الشروط الشكلية لعقد الزواج من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة .

#### أولاً: إجراءات الزواج الإدارية والتنظيمية.

أ- الموظف المختص بإشهار عقد الزواج والوثائق المطلوبة لإثباته وفقاً لقانون الأسرة ومدونة الأسرة:

تنص المادة 18 من ق.أ.ج مع مراعاة المادة 9 و 9 مكرر من ذات القانون على أن الشخص المكلف بإبرام عقد الزواج هو ضابط الحالة المدنية وأما الموثق، كما نصت المادة 71 من قانون الحالة المدنية بأن هذا الضابط أو الموثق المختص بتحرير عقد الزواج هو إما ذلك الذي يوجد بدائرة إختصاص موطن الزوجين أو أحدهما وإما ذلك الذي يوجد بدائرة إختصاصه مقر إقامة أحد الزوجين بإستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج، أما إذا إنعقد الزواج خارج الجزائر أي في بلد أجنبي فإن المواد: 104, 96, 76 من قانون الحالة المدنية تنص على أن هذا العقد إنما يحضره الموظفون الدبلوماسيون أو القنصليون أو السلطة المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية<sup>2</sup>.

1- الرشيد بن شويخ ، مرجع سابق، ص 84 .

2- سليمان ولد خصال، مرجع سابق، ص 90 و 91.

أما في القانون المغربي فنجد هذا الموظف متمثل في العدلان المنتصبان للإشهاد من خلال المادة 13 من ق 03-16 المتعلق بخطة العدالة وكلمة عدل في المغرب تعني كاتب العدل والمنتصب أي المعين في منصب ما و الإشهاد هو إظهار الناس أي جعلهم ينطقون بشهاداتهم في المحكمة ؛ إن العدل المختص بالإشهاد على الزواج والطلاق وتوثيقهما هو المنتصب للإشهاد داخل نفس المحكمة الابتدائية المصدرة للإذن وحسب المادة 14 من القانون 03-16 المتعلق بخطة العدالة يجب على العدل تلقي الشهادة بمكتبه كلما تعلق الأمر بشهادات خارجة عن دائرة نفوذ المحكمة الابتدائية الموجود مكتبه بها وحسب المادة 14 نفسها لا يجوز للعدل التوجه لتلقي الشهادات في دائرة محكمة الإستئناف إلا بعد إشعار قاضي التوثيق التابع لدائرة نفوذه من طرف طالبي الشهادات بطلب خطي. يستفاد من الفصلين 41 و 42 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أن عقد الزواج يتولى الإشهاد عليه وتوثيقه عدلان منتصبان للإشهاد ولا تصير الوثيقة المتضمنة لعقد الزواج رسمية إلا بعد الخطاب عليها من طرف قاضي التوثيق<sup>1</sup> وبعد تعديل المدونة سنة 2004 أصبح الإذن بتوثيق الزواج يمنحه قاضي الأسرة المكلف بالزواج من خلال المادة 65 من م.أ.م. أما فيما يخص الزواج الذي يبرمه المغاربة المقيمين في الخارج نضمته المواد 14 و 15 من م.أ.م .

أما فيما يخص الوثائق المطلوبة لإثبات العقد لدى المشرع الجزائري هي: شهادة ميلاد أصلية للزوجين فإن تعذر فببطاقة التعريف الوطني أو الدفتر العائلي للأبوين وبإمكان الزوج تقديم الدفتر العسكري (م74 من ق.ح.م.ج)، شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي لدائرة الإختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية المقيم بها ،للتأكد فقط حسب المادة 75 من ق.ح.م.ج، شهادة الإعفاء من السن التي نصت عليه المادة 07 من ق.أ.ج، رخصة الزواج التي ينص عليها القانون العسكري أو الجيش أو الأمن الوطني على كل من ينتمي إلى رجال الدرك أو الأمن الوطني أو الجيش بالنسبة للزوجين<sup>2</sup> ،

1-الخطاب يعني أن يقوم القاضي المكلف بالتوثيق كذلك بالإشهاد على ما ثبت لديه بالصيغة التالية: الحمد لله أعلم بأداءها ومراقبتها أسفل الرسم العدلي حسب التعديل الجديد .

2-سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص91 و92 ونفس الشيء بالنسبة للمغرب أنظر محمد الشتوي، الإجراءات الإدارية والقضائية للزواج، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، 2004، ط1، ص22.

تقديم نسخة من عقد الزواج السابق للمرأة المتزوجة سابقا أو نسخة من حكم الطلاق الذي صار نهائيا وهذا ما أشارت إليه المادة 75 من نفس القانون, أما الوثائق التي يطلبها المشرع المغربي فهي: مطبوع خاص بطلب الإذن بتوثيق الزواج يحدد شكله ومضمونه بقرار من وزير العدل يقدم إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج بالمحكمة الابتدائية التي يرغب الطالبان إبرام عقد الزواج بدائرة نفوذها. ويتضمن معلومات عن الخطيب والمخطوبة ويملآن هذا الطلب ويؤرخ ويجب أن يحمل توقيع أحد الخطيبين أو كلاهما , نسخة من رسم الولادة يشير ضابط الحالة المدنية في هامش العقد بسجل الحالة المدنية إلى تاريخ منح هذه النسخة ومن أجل الزواج, شهادة إدارية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزير العدل والداخلية (شهادة العزوبة شهادة عدم الزواج شهادة إدارية تتعلق بالزواج), شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين الحصول على الإذن في الحالات التالية<sup>1</sup>:

الزواج دون سن الأهلية, التعدد في حالة توفر شروطه المنصوص عليها في المدونة, زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية, زواج معتنقي الإسلام والأجانب. إضافة إلى شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب أو مايقوم مقامها.

#### ب- بيانات وإجراءات تسجيل عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية:

لقد حدد قانون الأسرة الجزائري بعض البيانات التي يجب تضمينها في وثيقة عقد الزواج وترك البعض الآخر لقانون الحالة المدنية لسيما المادة 73 التي نصت على وجوب ذكر إسم ولقب وتاريخ ومكان ولادة كل من : أبوين الزوجين و ولي المرأة مع توقيعه والشاهدين وتوقيعها, مع وجوب الإشارة إلى الترخيص بالزواج أو الإعفاء من سن الزواج وكذا الإشارة إلى الشروط التي يشترطها الزوجين أو إحداهما كما يشار إلى الصداق وتقديم شهادة طبية<sup>2</sup> .

1-محمد الكشور , مرجع سابق ,ج1, ص 261,أنظر نص المادة 65 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة .

2-سليمان ولد خسال, مرجع سابق,ص92و93 والمواد 7و7مكرر ,15و19 من قانون الأسرة الجزائري.

ولقد نص المشرع المغربي أيضا في المادة 67 من م.أ.م على تضمين عقد الزواج بالإشارة إلى إذن القاضي ورقمه وتاريخ صدوره ورقم ملف مستندات الزواج والمحكمة المودع بها ,إسم الزوجين ونسبهما وموطن أو محل إقامة كل واحد منهما ومكان ميلاده وسنه ورقم بطاقته الوطنية أو مايقوم مقامها وجنسيه,كذلك إسم الولي عند الإقتضاء مع صدور الإيجاب والقبول من المتعاقدين وهما متمتعين بالأهلية والتمييز والإختيار وفي حالة التوكيل على العقد ,إسم الوكيل ورقم بطاقته الوطنية وتاريخ ومكان صدور الوكالة في الزواج كما يشار إلى الوضعية القانونية لمن سبق زواجه من الزوجين ,ومقدار الصداق وبيان تعجيله أو تأجيله وقبضه عينا أو إعترافا,وكذا شروط الزوجين ,إسم العدلين وتوقيع كل منهما بعلامته وتاريخ الإشهاد على العقد مع توقيع الزوجين والولي عند الإقتضاء وأخيرا خطاب القاضي على رسم الزواج مع طابعه,ويمكن تغيير أو تتميم هذه المستندات بقرار من وزير العدل<sup>1</sup>.

أما فيما يخص إجراءات التسجيل لدى المشرع الجزائري تمثل في قيام الموثق بتسجيل العقد في سجلاته بعد التأكد من صحة تطبيق المادة 9 و 9 مكرر من ق.أ.ج ويسلم نسخة للزوجين للإثبات. ثم يرسل ملخص في أجل أقصاه 3أيام إلى ظابط الحالة المدنية لتسجيله وخلال مدة 5 أيام الموالية لوصول الملخص يسجل العقد في سجل الحالة المدنية ويسلم للزوجين دفترا عائليا ويكتب بيانات الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد الزوجين أما إذا ما قام ظابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزواج بالبلدية المختصة محليا فيسجله حال إتمامه ويسلم للزوجين دفتريهما العائلي مثبتا للزواج<sup>2</sup>, وبالنسبة للمشرع المغربي من خلال المادة 65 من م.أ.م يفتح ملف الإذن بتوثيق الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم شؤون الأسرة لمحل إبرام العقد ويضم الوثائق و جل البيانات آنفة الذكر. ثم يؤشر قاضي الأسرة المكلف بالزواج قبل الأذن على ملف المستندات المشار إليها أعلاه ,ويحفظ

1-قرار لوزير العدل رقم 270.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424(3فبراير 2004)ببتميم لائحة المستندات التي يتكون منها ملف عقد الزواج وكذا محتوياته,الجريدة الرسمية عدد5486 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424(12 فبراير 2004),ص520 .

2-الرشيد بن شويخ, مرجع سابق,ص121 وسليمان ولد خسال, مرجع سابق,ص93و94,وأنظر المادة 71 و 72 من الامر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية.

برقمه الترتيبي في كتابة الضبط ,بعد ذلك يأذن هذا الأخير للعدلين بتوثيق عقد الزواج فيضمن العدلان في عقد الزواج تصريح كل من الخطيبين هل سبق أن تزوج أم لا؟ وفي حالة وجود زواج سابق يرفق تصريح بما يثبت الوضعية القانونية إزاء العقد الملزم مع إبرامه. ثم يقوم ظابط الحالة المدنية فور توصله بنسخة من عقد الزواج بتضمينه البيانات الأساسية مع الإشارة إلى مراجع تضمينه بسجل الأنكحة بالمحكمة التي أقيم بها بطرة رسم ولادة كل من الزوجين بعد أن تحال عليه من طرف القاضي المكلف بالتوثيق أو رئيس مصلحة كتابة الضبط بالمحكمة المختصة , ثم يحيل ظابط الحالة المدنية بيان الزواج بطرة<sup>1</sup> رسم ولادة الزوجين إلى وكيل الملك ليضمنه في نظير السجل المحفوظ بالمحكمة المختصة المادة 22 من ق.ح.م.م.

#### ثانيا: إثبات عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية:

نص المشرع الجزائري في المادتين 18 و22 من ق.أ.ج أنه يثبت الزواج بمستخرج من الحالة المدنية بعد أن يسجل أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا كما نص صراحة في المادة 21 من نفس القانون بأنه تطبق أحكام ق.ح.م في إجراءات تسجيل عقد الزواج فلا يمكن إثباته إلا بعقد مدني أما فيما يخص الزواج الذي لم يسبق إبرامه في المحكمة أو البلدية فلا بد من اللجوء إلى المحكمة بتقديم طلب من الزوج لوكيل الجمهورية التي إنعقد فيها الزواج العرفي لتفصل المحكمة في الواقعة بالإستناد على الوثائق والإثباتات المادية ثم تنقل منطوق الحكم وتدونه في سجل الحالة المدنية المخصص لإثبات عقود الزواج وتقيدها أما إن أنفت مضامين المواد 9 و9 مكرر كانت جريمة وتخضع لقانون العقوبات لقمع جرائم الزنا ويقض ببطلان هذا الزواج فالفقه المعاصر أدخل التوثيق ضمن المصالح المرسلة لتثبيت الحقوق<sup>2</sup>.

أما المشرع المغربي من خلال المادة 16 من مدونة الأسرة وبالقراءة المتأنية لمقتضيات هذه المادة نستنتج أن عقد الزواج يثبت بإحدى الطريقتين الآتيتين: إما بالوثيقة أو الرسم العدلي المتضمن لعقد

1- طرة رسم الولادة: ملخص شهادة الميلاد، أنظر المادة 22 من القانون 37.99 المتعلق بالحالة المدنية المغربي.

2- سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 94 و95.

الزواج ( الفقرة الأولى من المادة 16) وهذه هي القاعدة وإما بالحكم القضائي المعترف بوجود ذلك

العقد ( الفقرة الثانية والثالثة والرابعة من المادة 16) وهي على سبيل الإستثناء ولقد نبه المشرع المغربي من خلال الفقرة الأولى من الفصل 16 إلى أن الوثيقة المتضمنة لعقد الزواج هي التي تثبت العلاقة الزوجية وبالتبعية هي التي تثبت صفة الزوج و صفة الزوجة حالة الترافع أمام القضاء ,ومن الملاحظ أن الفقرة الأولى من المادة 16 جاءت عامة، بحيث تفرض إثبات العلاقة الزوجية عن طريق الكتابة ، سواء أمام القضاء أو أمام مختلف الإدارات العمومية الوطنية أو الاجنبية كالهيئات الدبلوماسية من سفارات وقنصليات<sup>1</sup> على سبيل المثال, وبهذا تكون المحكمة قد إستبعدت ما كان معمولاً به في بعض مناطق المغرب وخاصة البوادي النائية منها من إثبات الزواج باللفيف العدلي<sup>2</sup>, حيث الناس كانوا يقتصرون على إثبات زواجهم بقراءة الفاتحة وحضور الجماعة حفل الزفاف وما إلى ذلك من الأعراف الخاصة بكل منطقة معينة ، كما أن المحكمة قد أستبعدت ما كان معمولاً به في بعض المحاكم سابقا من إثبات العلاقة الزوجية عن طريق المقاررة كما أنه يستفاد من عبارة أن " وثيقة الزواج " تعتبر الوسيلة المقبولة لإثبات عقد الزواج" والمضمنة بمطلع المادة 16 من مدونة الأسرة أعلاه، أنه لم يعد بالإمكان إستنتاج وجود ذلك العقد من الإقرار الصريح أو الضمني به بالكيفية التي سبقت أن إعتدها القضاء المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة, إلى جانب القاعدة التي قررها المشرع المغربي من خلال الفقرة الأولى من المادة 16 م .أ والتي تقضي بأن إثبات العلاقة الزوجية يتم بالوثيقة العدلية المنجزة في إطار المواد من 65 إلى 69 من مدونة

1-وزارة العدل. الدليل العملي لمدونة الأسرة, ج1, ط2, سنة 2007, وأنظر أيضا أعمال الندوة الوطنية, مدونة الأسرة بين النص والواقع, مجلة الحقوق المغربية, مراكش, 27-28 دجنبر 2007, العدد 25.

2-اللفيف في اللغة من لف الشيء يلفه لفا بمعنى جمعه ، ومعناه مزيج من الناس من قبائل وأصناف شتى يقول تعالى في كتابه الحكيم: " وإذا جاء وعد الآخرة جئنا بكم لفيقا" أي منظما بعظكم إلى بعض. أما في الإصطلاح فهو تلك الشهادة التي يشهد بها عدد من عامة الناس، غير معروفين بالعدالة ولا منتصبين للإشهاد .

وقد جرى العمل على تحديد عدد الشهود اللفيف في إثني عشر شاهدا، كل ستة منهم بمثابة عدل، ما عدا الترشيح والتسفيه، فيلزم أن يكون العدد ثمانية عشر شاهدا بدل إثني عشر ، ومن الملاحظ ، أنه لا يوجد هناك موجب شرعي أو قانوني ينظم هذا النوع من الشهادات ، لكنها من الأمور التي لقيت إستحسانا من الناس وخلقت شعورا بالإطمئنان في ضمائرهم ، وأنظر القرار مشار إليه في مجلة ندوات محاكم فاس ، العدد الاول، اكتوبر 2003، ص38، جاء فيه " انه حيث أنه من المعلوم فقها أن شهادة اللفيف ... هي بمثابة شهادة العدول في إثبات الحقوق ولا تعتبر مجرد لائحة للشهود..."، عبدالعزيز فتحاوي، طرق الإثبات في ميدان الأحوال الشخصية والميراث ، مطبعة فضالة، المغرب، 1996، ط 96، ص66 .

الأسرة، عاد المشرع في الفقرة الثانية من المادة 16 أعلاه ليضع إستثناء على القاعدة أعلاه مفاده أنه بالإمكان إثبات عقد الزواج بحكم قضائي وفقا لشروط محددة، جاء في تلك الفقرة ما يلي: إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية<sup>1</sup> سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة". ويعالج هذا المقتضى الحالة التي لا يوثق فيها العقد الزواج في وقته لأسباب قاهرة حيث يصح إثبات العقد أمام المحكمة في هذه الحالة إستثناء بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك الخبرة وهكذا وطبقا لذات المقتضى يجب أولا إثبات السبب القاهر قبل إثبات العلاقة الزوجية أمام المحكمة التي تصدر في المسألة حكما قضائيا، غير أن هذا الإستثناء خلق جدلا كبيرا في أوساط الحقوقيين والمهتمين بالشأن القانوني وأيضاً أثار مجموعة من الإشكالات على المستوى العملي ، مما ينبغي طرح مجموعة من التساؤلات حول طبيعة الأسباب القاهرة التي تحول دون توثيق الزواج في وقته؟ ثم أيضا التساؤل الذي يطرح فيما يتعلق بالإثبات ، لماذا عمد المشرع عند إدراجه لوسائل الإثبات إضافة الخبرة بشكل مستقل ، بقوله "وكذا الخبرة" ؟ مما يطرح التساؤل عن غاية المشرع من هذه الصياغة ؟

إن غموض هذه المادة دفع كثيراً من المواطنين إلى التحايل على هذه المادة ، خصوصا فيما يتعلق بزواج القاصر إذ بموجب هذه المادة أصبحت المادة 19 من مدونة الأسرة ، التي تحدد سن الزواج في 18 سنة بدون محتوى ؛ فأصبح الكثير يلجأون إلى المادة 16 من أجل تزويج القاصر ونحن نعلم الآثار السلبية المترتبة عن هذا الزواج وكذلك فتحت هذه المادة الباب على مصرعيه بالتحايل ، بخصوص مريدي التعدد ( الذي أصبح مقيدا بمجموعة من الشروط والمبررات ، الإستثنائية والموضوعية ) خصوصا من رفض طلبهم ، فأصبح يتم ربط علاقات دون إبرام عقد الزواج ، ودون إخبار الزوجة الأولى وبعد إنجاب أطفال يقيمون دعوى إثبات الزوجية إستناداً إلى المادة 16 ، لسيما وأن بعض المحاكم شهدت تساهلا في تفسير السبب القاهر (بعض الأحكام إعتبرت أن وجود أطفال سببا قاهرا يبرر ثبوت الزواج)، وهذا يعتبر خرقا سافرا للمواد 41 و43 من مدونة الأسرة.

1- جاء في كتاب الدكتور أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 170 إلى 172 : " سبب عدم توفر المتداعين على عقد النكاح يرجع إلى العادة التي ورثها الأفراد و إستحكمت في نفوسهم. مما يجعل البيئة الوسيطة الكفيلة لحل المشكل".

## المبحث الثاني:

أثر الزواج الصحيح في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي.

وفيه مطلبان:

المطلب الاول: أثر الزواج الرسمي في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي.

المطلب الثاني: أثر الزواج العرفي في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي.



## المطلب الأول: أثر الزواج الرسمي في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي.

يعتبر النسب من أهم آثار الزواج حيث يعتبر هذا الأخير الطريق الأصلي في ثبوته دون الحاجة إلى اللجوء إلى طرق أخرى وسنتناوله من حيث التعريف والشروط سواء أكان رسميا أو عرفيا.

### الفرع الأول: تعريف النسب.

**أولا: لغة:** من الفعل نَسَبَ، ونسب فلان إلى أبيه، بمعنى رفعه إلى جده الأكبر والنسب في اللغة يعني القرابة، ويجمع على أنساب، يقال نسبه في بني فلان: أي هو منهم، والنسبة: الصلة أو القرابة، والنسب العالم بالأنساب.

**ثانيا: إصطلاحا:** إن النسب الشرعي هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة، وينبني عليه الميراث، وينتج عنه موانع الزواج، ويترتب عليه حقوق وواجبات الأبوة والبنوة، أما النسب الغير الشرعي فلا يترتب عليه شيء من ذلك إطلاقا<sup>1</sup>.

فقد أرست الشريعة الإسلامية قواعد البنوة على أساس سليم منعا لإختلاط الأنساب وحفظها من الفساد والإضطراب وهذا ما تبناه كل من المشرع الجزائري والمغربي الذي عرف النسب بأنه اللحمه الشرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف من خلال المادة 150 من مدونة الأسرة في حين لم يعرفه المشرع الجزائري.

إن الزواج الصحيح هو الطريق الأصلي في ثبوت النسب فمن ثبت نسبه من أبيه بواسطة الزواج كان هذا النسب صحيحا ولا نحتاج لإثباته بواسطة أخرى ويعبر عنه الفقهاء بثبوت النسب بالفراش إستنادا للحديث الشريف "الولد للفراش ولعاهر الحجر"، فالسبب في ثبوت النسب بالفراش دون التوقف على إقرار أو بينة هو كون الزواج الصحيح يجعل الزوجة مختصة بزوجها وحده دون غيره<sup>2</sup>.

1- الرشيد بن شويخ، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، 2005، العدد 3، ص 33 ومايليها.

2- عبد القادر لطفي، الحالة المدنية وإثبات النسب، مجلة الدفاع المغربية، 02 فبراير، 2002، العدد 3، ص 46.

## الفرع الثاني: شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة.

**أولاً: إبرام عقد زواج صحيح**, وذلك بتوفر عقد زواج صحيح المستجمع لأركانه وشروط صحتها التي تطرقنا إليها سابقاً وهو زواج مرتب لكافة آثاره الشرعية والقانونية في الحال ومن أهمها ثبوت نسب الأولاد الذين يولدون على فراش الزوجية لصاحب هذا الفراش وفقاً للمادة 40 من ق.أ.ج والمادة 50 و 152 إلى 154 من م.س.

**ثانياً: إمكانية المعاشرة (الوطء) بعد العقد**, حيث يشترط المشرع الجزائري في المادة 41 من ق.أ. بالإضافة إلى عقد الزواج الصحيح, ضرورة ثبوت إمكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد أي تحقق الدخول وإمكانية الإتصال الجنسي وهذا ماقال به جمهور الفقهاء من أن عقد النكاح وإن كان سبباً لثبوت النسب غير أنه لا بد فيه الدخول, وهذا ما أخذ به المشرع المغربي في المادة 154 من م.س. وقد تحدثت المدونة على إمكانية الإتصال لا عن تحققه فعلاً باعتبارها أمر لا يمكن الإطلاع عليه وتقديره موكول للمحكمة في كل قضية حسب ظروفها وملابساتها والأساس الذي تراعيه هو متى كان الإتصال ممكن ولو بإحتمال ضعيف تعين الحكم بثبوت النسب و إشتراط الفقه المالكي أن يكون الزوج ممن يتأتى الحمل منه بأن يكون بالغاً أو مراهقاً على الأقل وهذا ما إتجه إليه كلا المشرعين<sup>1</sup>.

**ثالثاً: أن تتحقق مدة الحمل المفروضة قانوناً**, وهي ولادة الولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل فلا يكفي أن يكون العقد صحيحاً أو فاسداً بل لا بد من المدة المفروضة قانوناً وشرعاً من خلال الدليل النقلي الثابت بالنظر العقلي السليم لقوله تعالى: "حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين" وقوله أيضاً: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"<sup>2</sup> فب طرح مدة الرضاع من مجموع المدتين (الحمل والفصال) تكون أقل مدة الحمل ستة أشهر ولقد نص عليها كل من المشرع الجزائري والمغربي في المواد 42 من ق.أ. و 1/154 من م.س. وفترة الستة أشهر تحسب من تاريخ العقد أو تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق أو الحكم الذي يصدر بثبوت الزوجية لكن

2- العربي بالحاج, مرجع سابق, ج1, ص372 وأنظر أيضاً محمد الكشور, البنية والنسب في مدونة الأسرة-قراءة في المستجدات البيولوجية-مطبعة

2-- النجاح الجديدة, 2007, ص99 .

2- سورة لقمان, الآية 14 وسورة البقرة, الآية 233 .

لم يحدد إن كانت قمرية أم شمسية في حين يجري العمل في المجلس الأعلى المغربي في قراراته بالأشهر الشمسية أما المشرع الجزائري من خلال المادة 3 من القانون المدني يعتمد لحساب الآجال التقويم الميلاد أما أقصى مدة الحمل إختلف فيها الفقهاء إلى سبعة أقوال فأخذ المشرع الجزائري بعشرة أشهر المادة 42 ق.أ. والمشرع المغربي بسنة سواء في م. ش الملغاة من خلال الفصل 84 ونص المادة 154 من م.س<sup>1</sup>, إضافة إلى شرط آخر أورده المشرعين وهو أن لا ينفي الزوج الولد بالطرق المشروعة أي اللعان , فمتى توفرت هذه الشروط كلها صارت قرينة قانونية كافية وحدها لإثبات النسب ولا طريق لإدعاء العكس سوى اللعان.

### المطلب الثاني: أثر الزواج العرفي في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي.

بعد أن تناولنا أثر الزواج الرسمي سوف ننقل لبيان أثر الزواج العرفي في ثبوت النسب بعد تعريفه وإظهار الإجراءات المتبعة في إثباته وذلك لدى المشرعين الجزائري والمغربي كالاتي:

#### الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي.

##### معنى العرفي لغة و اصطلاحاً:

أولاً: العرفي لغة : كلمة العرفي المنسوب إليها الزواج العرفي من الفعل الثلاثي عرف بمعنى إدراك الشئ بإحدى الحواس ، عرفه يعرفه - بالكسر - معرفة و عرفاناً - بالكسر - ، و المعروف ضد المنكر، والعرف ضد النكر، يقال أولاه عرفاً أي معروفاً ، وهو ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم.

ثانياً: وفي إصطلاح الفقهاء مأخوذ من العرف و هو ما تعارف جمهور الناس و ساروا عليه ، سواء كان قولاً أو فعلاً أو تركاً<sup>2</sup>. و يأخذ نفس تعريف الزواج بإعتباره عقد حل إستمتاع كل من العاقدين بآخر على الوجه المشروع أي بواسطة الفاتحة أو "الطالب" مع تواجد الشهود وولي الزوجة، ولكن

1- العربي بالحاج، مرجع سابق، ج1، ص373 و374 وأنظر خالد بنيس، قاموس مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة دار بابل، الرباط، 1998، ص26، وعبد الكريم شهيون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، 2006 ، ج1، ط1 ، ص372 .  
2- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1920، ص426، مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز ، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، 1989، ص415 وأنظر محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، لبنان، 1985، ط10، ص178.

دون تسجيل هذا العقد في الحالة المدنية وذلك قد يكون بقصد أو بغير قصد ,وهنا على الزوج اللجوء إلى المحكمة حتى تصدر حكما بتسجيل عقد زواجه المبرم عرفيا وتؤكد نية الزوج الحسنة وكافة الأسباب المبررة لعدم تسجيل عقد زواجه خاصة في ضل غياب نص عقابي يلزمه توثيق زواجه العرفي ولكي يثبت النسب بالزواج العرفي يجب التأكد من قيام رابطة الزوجية بعد إثبات توفر أركان وشروط الزواج الصحيح<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة في إثبات الزواج العرفي من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة.

فإذا تم إبرام الزواج ولم يسجل بسجلات الحالة المدنية ضمن الآجال المقررة قانونا ، ولم يكن موضوع نزاع أو خلاف سواء بين الزوجين أو ممن له مصلحة في ذلك ، ففي هذه الحالة يمكن تثبيته و بالنتيجة تسجيله في سجلات الحالة المدنية ، وذلك بعد إستيفاء جملة من الإجراءات الواجب إتباعها , من خلال رفع أحد الزوجين طلب إلى رئيس المحكمة ، وذلك عن طريق تقديم عريضة بدون مصاريف ، على أن يكون طلبه مكتوبا على ورقة عادية يوجهه إلى وكيل الجمهورية ، يتضمن البيانات المتعلقة بعقد الزواج وبدواعي تسجيله ، ومرفوقا بالوثائق و الإثباتات المادية سابقة الذكر في تسجيل الزواج الصحيح فيقبل وكيل الجمهورية الطلب في حالة زواج متوفر على الأركان والشروط اللازمة ولم يعلق على إذن أو رخصة ويرفعه بموجب عريضة بطلب قيد زواج مع أمر إلى رئيس المحكمة الذي يأمر بقيد الزواج المنعقد وتسجيله في سجل الزواج للسنة الجارية وذلك بالبلدية التي ينبغي أن يسجل فيها بعد التأكد من شرعيته أما إذا أبرم بدون رخصة أو إذن عند وجوبهما فإن وكيل الجمهورية يرفض الطلب المقدم إليه على أساس أن الطرفين خالفا أحكام تنظيمية علقت الزواج على شروط خاصة يتعين إحترامها , وهنا يوجه المعني إلى رفع دعوى أمام قاضي الأحوال الشخصية, أما في حالة وقوع نزاع حول واقعة الزواج بين الزوجين ، أو من لهم مصلحة شرعية وقانونية في ذلك ، وكان أحدهما يدعي قيام الزواج شرعا و قانونا ، والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه أو في صحته ، فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه<sup>2</sup> المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج

1- جاء في قرار المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية- الصادر بتاريخ 23/04/1991.

2- عبد العزيز سعد, الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري, مرجع سابق,ص 369 .

أمام المحكمة المختصة ، وإذا تمكن المدعي من إثبات الزواج (البينة، الإقرار، اليمين والشهود) حكمت المحكمة بقيام الزواج وعندما يصبح الحكم نهائيا يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية ، وهذا ما يعمل به في التشريع الجزائري، أما التشريع المغربي نص في المادة 16 من المدونة الفقرة الثانية إثبات الزواج عن طريق دعوى قضائية إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، وتعتمد المحكمة في ذلك سائر وسائل الإثبات كشهادة الشهود والخبرة القضائية، وعليها أن تراعي وهي تنظر في الدعوى ما إن كان هناك أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين.

وممارسة هذه الدعوى كانت مقيدة في البدء بخمس سنوات تبتدى من تاريخ دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق في الخامس فبراير 2004، وقد مدد المشرع هذه المدة لخمس سنوات مرتين بموجب القانونين 09.08 و 102.15، ليكون بذلك النطاق الزمني الذي حصرت فيه ممارسة دعوى الزوجية قد بلغ في مجمله خمس عشرة سنة ستنتهي في الرابع من فبراير 2019م، لكن الواقع يوضح ان أسباب عدم التوثيق لا علاقة لها بالقوة القاهرة الناتجة عن وقائع خارجة عن إرادة الزوجين<sup>1</sup>، ولإثبات واقعة الزواج فالمحكمة يمكن أن تعتمد سائر وسائل الإثبات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، وفي غالب الأحيان يتم الإعتماد على شهادة الشهود، وقد جرى عمل محكمة النقض على أن يكون عدد الشهود إثني عشر رجلا، أي ما يعادل شهادة عدلين مفصلة و أقل من هذا العدد إذا كانت شهادتهم معضدة ببعض القرائن التي تثبت واقعة الزواج<sup>2</sup> وقد أكد القاضي المغربي بطنجة وعضو نادي قضاة المغرب أنس سعدون أن الفترة الإنتقالية تحتاج تدخل تشريعي لتمديد لها لمدة جديدة نظرا لكل المؤشرات التي ظهرت من خلال أعمال المادة 16 من المدونة .

1-أنظر قرار رقم 223، محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، 03/05/2011، ملف رقم 679/2/1/2010 .

2- أنظر قرار رقم 248 ، محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، 07/05/2008، ملف رقم 596/2/1/2007 .

## الفصل الثاني :

أسس الزواج غير الصحيح واثره في ثبوت النسب في قانون الأسرة الجزائري  
ومدونة الأسرة المغربية .

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: معايير الزواج غير الصحيح لدى المشرع الجزائري والمغربي .

المبحث الثاني: أثر الزواج غير الصحيح في ثبوت النسب لدى المشرع لمغربي والجزائري.

## المبحث الأول :

معايير الزواج غير الصحيح لدى المشرع الجزائري والمغربي.

وفيه مطلبان :

**المطلب الأول :** مفهوم الزواج غير الصحيح في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والمغربي.

**المطلب الثاني :** معيار تقسيم الزواج غير الصحيح في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والمغربي.

كما سبق وذكرنا فإن الزواج الصحيح يتطلب إستقاء الأركان والشروط الخاصة به سابقة الذكر سواء كان ذلك شرعا أم قانونا ,وقد رأينا حرص الفقه وكل من المشرع الجزائري والمغربي على توفر أركان الزواج وشروط صحته حيث إهتموا ببيان كل أطرافه بالرغم من الإختلافات التي شهدناها.

غير أنه قد يحدث ويبرأ عقد الزواج فيطراً عليه أثناء الإبرام أو بعده مايعيب ركنا من أركانه أو شرطاً من شروط صحته فينقله لوصف الزواج غير الصحيح ,فيكون أما فاسداً أو باطلاً أو وطيءً بشبهة حسب درجة العيب الذي شابهه وكذا إن طراً على ركن أو شرط صحة فيه فيزيل عليه وصف الحل والمشروعية التي قد تصل إلى درجة التحريم مما يؤثر على سيره السليم وجملة الآثار التي كان يفترض به إحداثها وهنا نتناول أثر النسب بإعتباره مهم جداً خاصة من جانب مصير هذا الزواج وما إن كان منتجا لهذا الأثر أو عدمه , حيث سنتناول ما أخذ به كل من المشرع الجزائري والمغربي فيما يخص هذا الموضوع.



**المطلب الأول: مفهوم الزواج غير الصحيح في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري والمغربي.**  
إن أحكام أو أوصاف عقد الزواج لا تخرج-قانونا وشرعا- عن حالة من الحالات الثلاث: فهي إما صحيحة ولقد تطرقنا لذلك بالتفصيل فيما سبق , أو فاسدة أو باطلة وهذا ما سنبحثه فيما يلي:

لا يخرج تعريف الفقهاء في الجملة على أن عقد الزواج الصحيح هو الذي إستوفى أركانه وشروطه كلها<sup>1</sup> ولم يعرف المشرع الجزائري ولا المغربي العقد الصحيح ولكن يمكن إستنتاجه بالنظر إلى المواد 07,09,09,18 من قانون الأسرة والمواد 10,11,16,19,20 من مدونة الأسرة وعليه فهو العقد الذي إستوفى ركن الرضا(تطابق الإيجاب والقبول)وشروط صحته ,مع الشكلية والرسمية التي فرضها القانون فإنه ينتج كل آثاره الشرعية والقانونية منها ثبوت النسب بإعتباره محور دراستنا ,فأي خلل في ماسبق ذكره يقدر في صحة الزواج فنكون أمام زواج غير صحيح وذهب المشرع المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية إلى التمييز بين الزواج الفاسد لصدقه والزواج الفاسد لعقده هذا الأخير الذي قسمه إلى زواج مجمع على فساده وزواج مختلف في فساده وهو بذلك قد ساير الفقه المالكي الذي إلى جانب جمهور الفقهاء الذي يقسم زواج إلى صحيح وفاسد أو باطل وهما وصفان مترادفان بجامع فقدان المشروعية ووجوب الفسخ<sup>2</sup> وإعتبر أن الزواج غير الصحيح يكون بإختلال أحد أركان العقد أو شرط من شروطه وفي كلتا الحالتين يكون العقد غير صحيح وفي المقابل نجد الفقه الحنفي الذي يميز بين العقد الفاسد والعقد الباطل.

وعليه وإنطلاقا مما سبق سنحاول التركيز على التقسيم الذي تبناه الفقه الحنفي خصوصا وأن المشرع الجزائري و المغربي هو الآخر قد ساير ما تبناه الفقه الحنفي وخالف ما ذهب إليه الفقه المالكي بهذا الخصوص فالمشرع المغربي نص في المادة 56 من م.س بأن الزواج غير الصحيح إما يكون باطل وإما يكون فاسد أما المشرع الجزائري نص صراحة على البطلان أما الفساد يستشف من عبارة "يفسخ".

1- محمد الشماخ,المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث,دار القلم,الدار الشامية,دمشق, 1995,ط1,ص 67 .

2- أحمد بن محمد الحنفي الحموي,غمز عيون البصائر بشرح الأشباه والنظائر,دار الكتب العلمية,بيروت, 1985,ج3,ط1,ص 439.

## الفرع الأول: عقد الزواج الباطل من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة .

### أولاً:التعريف بعقد الزواج الباطل.

أ-تعريفه لغة:الباطل ضد الحق ونقيضه وبطل الشيء إذا سقط وفسد ,ويقال في إفساد الشيء وإزالته حقايقال في الشيء لاحقيقة له<sup>1</sup>.

ب-تعريفه فقها:الزواج الباطل هو ماكان غير مشروع ,لا بأصله ولا بوصفه<sup>2</sup>,كزواج المسلمة بغير المسلم كزواج فاقد الأهلية إذا باشر العقد بنفسه، وتزوج الرجل بمن هي محرمة عليه تحريما لا يشتهبه الأمر فيه على الناس وهو يعلم هذا التحريم وكحالة التزوج بإحدى المحارم أو تزوج إمراة الغير .

ب-تعريفه قانونا: لم يعرف كل من المشرع الجزائري والمغربي الزواج الباطل لكن بإعتماد المواد 09 و09 مكرر والمادة 33 من ق.أ.ج و المواد 10 و 11 و 57 م.أ.م ,يمكن الوصول إلى أنه الزواج الذي إختل فيه ركن الرضا أو أكثر من شرط واحد من شروط الصحة .

يعتبر الدخول بالمرأة بناء على هذا العقد مخالطة حراما ويجب عليهما الإفتراق ، فإن لم يفترقا فرق القاضي بينهما وعلى من يعلم بذلك الدخول أن يرجع الأمر إلى القاضي<sup>3</sup> وعلى القاضي هنا أن يفرق بينهما لكون هذا الدخول يعتبر زنى ومعصية كبيرة يجب رفعها , والفقهاء هنا لم يختلفوا في كون الزواج الباطل بمثابة زنى لكن وفي المقابل كان الاختلاف في وجوب الحد به حيث ذهب كل من الإمام مالك والشافعي وابن حنبل وأبو يوسف ومحمد إلى أنه موجب لحد الزنى متى كان الفاعل عاقلا وعالما بالتحريم أما أبو حنيفة فقد إعتبر أنه لا يوجب الحد. لأن صورة العقد شبهة تكفي لأن يدرأ بها الحد، لكن ورغم ما ثبناه هذا المذهب فإنه لم يعفه من العقوبة، بل حتى أنه قال بأن يعزر فأعلها أشد أنواع التعزير لقبح فعله.

1- محمد الراغب الأصفهاني,معجم مفردات القرآن الكريم,تحقيق:يوسف الشيخ محمد البقاعي,دار الفكر,بيروت طبعة2009,ص43.

2-محمد الشماخ, مرجع سابق,ص 68 .

3-أنظر المادة 58 من مدونة الأسرة .

### ج-أنواع البطلان فقها وقانونا.

البطلان من النظام العام في القانون -الجزائري والمغربي- وهو حكم وضعي في الشريعة الإسلامية وفي كلا التشريعين هو جزاء عدم مشروعية التصرف لمخالفته نظامه التشريعي ولكن التصرف من حيث عدم مشروعيته هل هو مرتبة واحدة أو مراتب ؟

#### ج-1-أنواع البطلان في الفقه الإسلامي:

جمهور فقهاء الإسلام من مالكية وشافعية وحنابلة يجعلون العقد والتصرف غير الصحيح واحد سواء سمي باطلاً أو فاسداً, لأن إختلال العقد في أركانه أو شروط صحته سواء من حيث الأثر حيث لا ينعقد ومن ثم لا يوجد في الإعتبار الشرعي ولا تثبت له مشروعية,وأما فقهاء الحنفية فقد إبتدعوا نظرية الفساد التي هي منزلة بين البطلان والصحة حيث فرقوا بين الإنعقاد والمشروعية -وهما وصفان مجتمعان في العقد الصحيح عند الجمهور ومنعدمان في العقد الباطل- فالعقد الفاسد عند الحنفية منعقد وغير مشروع, وأساس التمييز عندهم هو في الآثار التي يمكن أن تترتب على كل من الباطل والفساد وقابلية هذا الأخير للتصحيح والإعتبار بشروط مخصوصة<sup>1</sup>.

#### ج-2-أنواع البطلان في القانون -الجزائري والمغربي-:

عرف البطلان عند فقهاء القانون تقسيمات, بحسب المدارس الفقهية ونتيجة تطور الفقه القانوني ومن هذه التقسيمات ما أشتهر وإستقر ومنها ما هو جديد أو مهجور.

#### 1-تقسيم البطلان إلى مطلق ونسبي:

ينقسم البطلان قسمة ثنائية إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي وهو التقسيم الأشهر والتقليدي لدى فقهاء القانون, وهناك من يقسمه قسمة ثلاثية إلى المعدوم والباطل مطلقا والباطل بطلانا نسبيا .

1-مصطفى الزرقا, خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل,مجلة المسلم المعاصر ببيروت, سبتمبر, 1981, عدد27, ص701-776 .

**1-أ-** التقسيم الثلاثي للبطلان :وتبناه الفقه الفرنسي الذي يرى أن أساس التفارقة هو التمييز بين الأركان التي يتحقق بها وجود العقد وعناصر الصحة فإنعدام الركن يوجب إنعدام العقد كله وإختلاله بحيث يفقد شروط الصحة كفقء المشروعية المستلزمة للمحل أو السبب يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا وأما البطلان النسبي فقد جعله فقهاء القانون يختص بالأحوال التي يختل فيها ركن الرضا ,والنتيجة أن العقد المعدم لا يمكن تصوره أو إنعقاده وأما الباطل بطلانا مطلقا بإعتبار توافر أركانه فله كيان موجود قد يرتب بعض الآثار في بعض الحالات<sup>1</sup> .

وتعرض هذا التقسيم لنقد شديد لتساوي العقد المنعدم والباطل بطلانا مطلقا في إنعدام أثرهما ولظهور هذا التقسيم مع قانون نابليون وعدم وجوده في الفقه الروماني فلعله من باب التأثر بتقسيمات الفقه الإسلامي للعقد الباطل.

**1-ب-** التقسيم الثنائي للبطلان:وهو المعتد عند أكثر فقهاء القانون وعليه سار الفقه الحديث حيث يجعل العدم من جنس البطلان المطلق ,وبذلك فالباطل نوعان بطلان مطلق وبطلان نسبي , وأساس التمييز بينهما هو القاعدة التي تهدف إليها القاعدة القانونية والأثر المترتب على التصرف الباطل , فالبطلان المطلق بترتب على مخالفة قاعدة قانونية تتعلق بالمصلحة العامة والبطلان النسبي فيترتب على مخالفة قاعدة قانونية تتعلق بمصلحة خاصة وبالتالي فرق فقهاء القانون بين النظام العام التوجيهي الذي يحمي المصلحة العامة في المجتمع والنظام العام الحمائي الذي يتعلق بحماية أحد المتعاقدين في مواجهة الآخر بإعتبار البطلان بنوعيه من النظام العام<sup>2</sup>.

## 2-تقسيم البطلان إلى كلي وجزئي:

لم يكن يعرف الفقه القانوني إلا البطلان الكلي أو المطلق الذي مقتضاه بطلان التصرف أو العقد بالكلية وإنعدام آثاره جملة وذلك لأن إختلال عنصر جوهرى في العقد وبطلانه يؤدي بالضرورة إلى

1-هند فالح محمود,نظرية البطلان في القانون المدني, دار الكتاب,الإمارات المتحدة , 2015, ط1,ص103و104.

2-هند فالح محمود, المرجع السابق, ص109و110.

سريان البطلان إلى كل العقد إعمالاً لمبدأ وحدة العقد، لكن الفقه الحديث رأى قابلية البطلان للتجزئة تبعاً لمبدأ تجزئة العقد، ومن ثم عرف البطلان الجزئي الذي ينشأ بسبب ( العيب الذي يشوب العقد ولا يعدمه بالكلية بل يقتصر تأثيره على شق منه فقط فيكون العقد بذلك باطلاً جزئياً )<sup>1</sup>.  
ومن ثم إذا كان الخلل عرضياً في عنصر غير جوهري وغير مقصود للعاقدين كدافع للتعاقد فإن الخلل يقتصر عليه وحده ولا يسري إلى كل عقد الذي يحتفظ بوصف الوجود الشرعي والصحة الموجبة لآثاره من الإلتزامات، ويقتصر البطلان على الجزء المعيب الذي ينعدم بحكم القانون، ويكون حكم القضاء به تقريرياً<sup>2</sup>.

فالوظيفة الأساسية للبطلان الجزئي هي الإبقاء على الجزء الصحيح من العقد وحمايته بجعله متوافقاً مع القواعد القانونية الآمرة يرافقها وظيفة أخرى هي معالجة الخلل الذي أصاب العقد بالتناقض في موجباته<sup>3</sup>.

لقد نص المشرع الجزائري في القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني للقانون المدني على إبطال العقد وبطلانه حيث نصت المادة 102 منه على "إذا كان العقد باطلاً بطلانا مطلقاً....." ونصت المادة 104 من نفس القانون على :

" إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال...".

فمن خلال إستقراء المواد 102 و 104 من القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري يعتمد تقسيم البطلان إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي - قابل للإبطال - في حين عند الرجوع إلى قانون الإلتزامات والعقود المغربي ، الباب الأول من القسم الخامس تحت عنوان بطلان الإلتزامات وإبطالها

1-أبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1998، ط1، ص19.

2-عبد الكريم فودة، نظرية البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الفكر والقانون، المنصورة -مصر-، 1999، ط2، ص166 .

3-ريما فرج، تصحيح العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ط1، ص33 .

بالتحديد الفصل 308 الذي ينص على "بطلان جزء من الإلتزام يبطل الإلتزام في مجموعه ,إلا إذا أمكن لهذا الإلتزام أن يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان ...".

يظهر لنا من خلال إستقراء هذه المادة إعتقاد المشرع المغربي أيضا للتقسيم الثنائي للبطلان غير أنه إختار ألفاظ تفيد إعتقاد إصطلاح البطلان الكلي والجزئي .

#### هـ- أحكام البطلان وخصائصه.

البطلان جزء يسلمه المشرع على التصرف الذي لم تكتمل عناصره فصار مخالفا في طبيعته لما إقتضاه التشريع ,فمن ثم نجد للبطلان علته وطبيعته .

هـ-1-أساس البطلان وسببه: أساس البطلان في القانون-الجزائري والمغربي- هو إفتقار التصرف أو العقد لعنصر من عناصر وجوده القانوني أو إختلال شرط من شروطه المستلزمة للإعتداد به ويكون منعقدا<sup>1</sup>.

إن سبب البطلان عند الأحناف مخالفة العقد لنظامه التشريعي في عناصر جوهرية هي الأركان وشروط الإنعقاد دون شروط الصحة إذا تحققت ماهية العقد بدونها,وسبب البطلان عند الجمهور هو مخالفة العقد لنظامه التشريعي مطلقا في عناصر جوهرية أو تبعية<sup>2</sup>.

ومن أسباب البطلان في الفقه الإسلامي أيضا وجود مانع ,ولهذا نص كل من المشرع الجزائري والمغربي على بطلان الزواج لوجود مانع<sup>3</sup> .

هـ-2- التكييف الشرعي والقانوني للبطلان :العقد الباطل معدوم ولا يلحقه الفسخ,لأن الفسخ يجري على العقد الصحيح ,غير أن في الفقه الإسلامي يتسامحون فيطلقون الفسخ على العقد الباطل

1-مصطفى الزرقا , مرجع سابق,ج2,ص701-776, فتحي الدريني,بحوث مقارنة,مؤسسة الرسالة,بيروت,1994, ج1,ط1,ص183-348.

2- هند فالح محمود,مرجع سابق,ص61.

3- قانون الأسرة الجزائري , المادة 32 ومدونة الأسرة المغربية,المادة 57.

يريدون بذلك التنفيذ القضائي لحكم البطلان بالتفريق بين الزوجين ,فيكون حكم القاضي,تقريري لا إنشائي,والعقد الباطل لا تترتب عنه آثار حسب قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا.

و نجد إستثناءا عقد الزواج الباطل ينتج بعض الآثار كالعدة والنسب والمهر في الدخول به مع عدم العلم بالحرمة وهذا من قبيل النظام العام رتب هذه الآثار على واقعة الدخول مع شبهة العقد ,وليس من تأثير العقد الباطل<sup>1</sup> .

أما في القانون فالبطلان المطلق الذي يرادف العقد الباطل عند الأحناف لا يحتاج إلى حكم قضائي إذ هو بطلان بقوة القانون ,ولا تلحقه الإجازة ,ولا يصح بالتقادم لأنه عدم لكن يجوز رفع دعوى للمطالبة بالبطلان<sup>2</sup> .

,وفي البطلان المطلق يتراد الطرفان الإلتزامات إذا نفذت ويرجعا إلى مركزهما قبل التعاقد حسب قاعدة ما بني على باطل فهو باطل ,فيزول العقد بأثر رجعي وهذا غير ممكن في عقد الزواج .

ولهذا وجد في القانون -الجزائري والمغربي- في البطلان المطلق حين ينفذ ويحتفظ بكيانه مدة معينة ,يخلف تنفيذه مراكز ومصالح جديدة بالحماية وربما كانت هذه المصالح أجدر بالرعاية من المصالح التي يرمي المشرع إلى حمايتها بالبطلان ,فحاولت بعض التشريعات أن تجعل لهذه الإستثناءات حلا قانونيا<sup>3</sup> .

1-صالح حميد العلي؛ وباسل محمود الحافي, نظرية العقد, دار اليمامة ,دمشق,2008, ط1,ص292.

2- تنص المادة 102 من القانون المدني الجزائري على:" إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان,وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بإجازة .

وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد" ويقابلها في تشريع الإلتزامات والعقود المغربي المادة 311 التي تنص على "يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4 و 39 و 55 و 56 من هذا الظهير...." وكذا نصوص المواد 314 والمادة 317 من نفس القانون التي نصت على " الإلتزام الذي يخول القانون دعوى إبطاله لا تصح إجازته ولا التصديق عليه إلا إذا تضمن بيان جوهر الإلتزام والإشارة إلى سبب قابليته للإبطال والتصريح بالرغبة في إصلاح العيب الذي كان من شأنه أن يؤدي إلى الإبطال ."

3- منصور حاتم محسن,فكرة تصحيح العقد, دار الكتب القانونية, القاهرة,طبعة 2010,ص130.

وحماية للعقد الصحيح فإن كل من المشرع المغربي والجزائري عمد إلى ترتيب أحكام وجزاءات على التصرفات التي من شئنها إخراج العقود من نظامها التشريعي ومن أجل هذا رتب على إختلال نظام عقد الزواج أحكاما هي البطلان أو الفساد وكلا الحاليتين يدخلان تحت مسمى الزواج غير الصحيح وهو غير المشروع الذي لا ينتج آثاره وأحكامه ولا بد من تمييز حالات البطلان من حيث التكوين والآخر.

### هـ-3- خصائص العقد الباطل:

يتميز العقد الباطل بالخصائص التالية:

- 1- يبطل العقد بوصفه هذا بسبب مخالفته لنظامه التشريعي في ناحية جوهرية كإنعدام ركن أو مقوم أساسي من مقومات العقد كإنعدام الأهلية أو إختلال شروط الإنعقاد أو وجود مانع للإنعقاد كوصف المرأة بالحرمة المؤبدة أو المؤقتة<sup>1</sup>.
- 2- لا يعتبر العقد الباطل منعقدا شرعا فهو والعدم سواء حسب قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .
- 3- ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك ببطلان العقد والمحكمة تحكم ببطلانه من نفسها وللنيابة تحريك دعوى الإبطال رعاية للنظام العام<sup>2</sup> .
- 4- العقد الباطل لا يقبل الإجازة لأنها تلحق الموجود لا المعدوم .
- 5- العقد الباطل لا يحتاج الى فسخ وأيضا لا يحتج به أمام القضاء .
- 6- الباطل لا يسري عليه التقادم .

1- محمد أحمد السراج نظرية العقد, دار المطبوعات الجامعية, القاهرة, 1998, ص170-172.  
2- الرشيد بن شويخ دروس في النظرية العامة للإلتزام, دار الخلدونية, الجزائر, 2008, ط1, ص107 و108 .



## ثانيا- حالات إعتبار الزواج غير الصحيح باطلا :

1-فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي,والمتمتع برضا الزوجين وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المواد 4 و 9 و33 من ق.ا.ج فإذا إنعدم تطابق الإيجاب والقبول يعتبر العقد باطلا .

كما أنه لا يحق للولي أبا كان أو غيره , أن يجبر من في ولايته على الزواج بدون موافقتها م13 ق.ا.ج ولا يجوز حتى لقضاة الموضوع إجبار المرأة الغير راضية به على إتمام إجراءات الزواج أو مراسيم الدخول بها, فيكون العقد باطلا إذا تخلف ركنه الأساسي الوحيد المادتان 9 و1/33 من ق.ا.ج ويكون فاسدا فقط إذا فقد شرطا واحدا من شروط الصحة المادة 2/33 و9 مكرر<sup>1</sup>.

وبالنسبة للمشرع المغربي ,إذا إنعدم التطابق بين الإيجاب والقبول، وإذا إختل في الزواج أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 من مدونة الأسرة، وبالرجوع إلى أحكام هاته الأخيرة يظهر أن للزواج أركان ثلاثة وهي الإيجاب الصادر من الزوج أو الزوجة وقبول صادر من الطرف الآخر .

بالإضافة إلى الصيغة وهي تلك الألفاظ التي تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا مع صحة " الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين"<sup>2</sup>.

وبإستثناء بعض الأئمة الحنفية فقد أجمع العلماء على أن الإنعقاد في الزواج يجب أن يكون بكل ما يفيد التأييد كما أجمعوا على أن النكاح لا ينعقد بما يفيد التأييد وهو ما ذهب إليه المشرع المغربي وتبناه أيضا من خلال نص المادة 4 من مدونة الأسرة حيث جاء فيها: " الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وإمرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء

1-العربي بالحاج, مرجع سابق,ج1,ص290-291 .

2-انظر الفقرة الثانية من المادة 10 من مدونة الأسرة.

أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة, وحتى يعتبر عقد الزواج صحيح فإن الإيجاب والقبول يجب أن يكون متطابقين وفي مجلس واحد, فإن إختلف المجلس حكما أو حقيقة بطل عقد الزواج كأن يكون الإيجاب في مجلس والقبول في مجلس آخر دون إعادة الإيجاب الأول وكأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد لكن يتخللهما ما يعد إعراضا عن ذلك الإيجاب, ويقصد بالتطابق أن القبول يجب أن ينصب على كل العناصر التي يتضمنها الإيجاب كأن يفرض الخاطب شروطا وتقبلها المخطوبة أو تفرض هي شروطا ويقبل الخاطب تلك الشروط, وفي الحالة التي يغيب فيها التطابق بين القبول والإيجاب فإن العقد يكون باطلا طبقا لما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 57 من مدونة الأسرة<sup>1</sup>.

2- كل زواج بإحدى المحرمات (لوجود موانع شرعية بين الزوجين, سواء منها المؤبدة أو المؤقتة وفقا للمواد من 23 الى 30 من ق.أ.ج), ويبطل في هذه قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء (م34 من ق.أ.).

وينصرف البطلان كذلك هنا, إلى زواج المسلمة بغير المسلم (م30 من ق.أ.ج), وكذا إذا كان أحد الزوجين مرتدا (المواد 138,32 و 222 من ق.أ.ج) وهذا ما إتجهت إليه المحكمة العليا<sup>2</sup>.

وبالنسبة للمشرع المغربي وهي وجود مانع من موانع الزواج, فمن أسباب بطلان الزواج أيضا وجود مانع من موانع الزواج, سواء كانت هذه الموانع مؤبدة وهو ما نصت عليه المواد 36 و 37 و 38 من مدونة الأسرة.

أوكذلك مانع من الموانع المؤقتة وهو ما نصت عليها المادة 39, وعليه فإن تزوج رجل بإمرأة محرمة عليه حرمة مؤبدة كأن تكون مثلا أخته من الرضاع أو إمرأة سبق أن كانت زوجة ابنه فإن هذا الزواج يكون باطلا وبالتالي يجب فسخه وهو نفس ما يقال أيضا في الحالة التي

1- تبقى الإشارة هنا إلى أنه يمكن التعبير عن الإرادة من طريق النيابة طبقا لما هو مقرر في المادة 17 من مدونة الأسرة.

2- العربي بالحاج, مرجع سابق, ج1, ص291.

يتزوج فيها شخص من امرأة محرمة عليه حرمة مؤقتة كأن يتزوج زوجة خامسة أو امرأة معتدة ففي كل هذه الحالات يكون الزواج باطلا ويجب فسخه إما من طرف القضاء أو من طرف الزوجين<sup>1</sup>.

3-فقدان عقد الزواج لأكثر من شرط واحد من الشروط والتي إعتبرها القانون من شروط الصحة (المادتان 2/33 و 9مكرر و 7مكرر من ق.أ.ج), كما لو تم الزواج بدون ولي ولا صداق, سواء تبين أمره قبل الدخول أو بعده, فإن الإجتهااد القضائي للمحكمة العليا مستقر على أنه من المقرر شرعا أنه إذا إختل ركنان من أركان الزواج الغير رضا , فإنه يبطل الزواج .

### ثالثا:تصريح المحكمة بالزواج الباطل:

إن بطلان الزواج من النظام العام, لأن الباطل هو ضد الصحيح فلا يمكن إصلاحه, ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح وإن حصل فيه دخول , فإن الزواج الباطل منعدم شرعا وقانونا , ومن ثم جاز للمحكمة حق إثارته تلقائيا بمجرد تأكدها من توافر أحد الأسباب المؤدية للبطلان كما أنه يجوز لكل ذي مصلحة , بما في ذلك أحد الزوجين, وكذلك يطلب من النيابة العامة , وكل من له صفة الإدعاء في الموضوع , إذا أثارته أمام المحكمة المختصة وهذا ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية<sup>2</sup>.

لا يجوز للقاضي أن يحكم ببطلان الزواج بمجرد أنه أبرم بمخالفة حكم من أحكام قانون الأسرة, بل يلزم لذلك أن يوجد نص خاصا يصرح بوقوع الزواج باطلا بسبب المخالفة وهذا وفقا للقاعدة المشهورة التي تقضي: "لا بطلان للزواج بغير نص يصرح به" وهو مانصت عليه مدونة الأسرة المغربية من خلال المادة 58 منها .

1 -محمد الكشور , شرح مدونة الأسرة, مرجع سابق, ج1 , صفحة 346 .

2-العربي بالحاج, مرجع سابق, ج1, ص294.

## الفرع الثاني: نكاح الشبهة من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة .

### أولاً:تعريف الشبهة.

أ-لغة:إسم من الإشتباه ,وتطلق الشبهة في لغة العرب ويراد بها معان متعددة : منها : الإلتباس,يقال:شبه عليه الأمر حتى إشتبه بغيره,من ذلك قولهم:إشتبهت القبلة,فلم تتميز,ومنها أيضا:الأشكال,في قولهم:إشتبه الأمر إذا أشكل والشبهة من الأمر:مالم يتيقن فيه الخطأوالصواب<sup>1</sup>.

### ب-وفي إصطلاح العلماء :

تعددت تعريفات العلماء لمصطلح الشبهة:

فقيل الشبهة مالم يتيقن كونه حلالا أم حراما ,وقيل ما جهل تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة,وجاء في الكشف,الشبهة خفاء الأمر والإشكال في العمل وعرفها الأحناف أيضا فقالوا:الشبهة,مايشبه الشيءالثابت وليس بثابت في نفس الأمر<sup>2</sup>.

و الوطء بشبهة :هو الإتصال الجنسي غير الزنا,وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد,مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤوية سابقة وقيل أنها زوجته فيدخل بها,ومثل وطء المرأة المطلقة طلاقا ثلاثا أثناء العدة ,على إعتقاد أنها تحل له,قال صلى الله عليه و سلم (إدروا الحدود بالشبهات) وقد قيل هو وطء حرام لاحد فيه<sup>3</sup>.

1-إبن منظور الأنصاري, مرجع سابق, ج13,ص504 , أبي الفيض الزبيدي, تاج العروس,المجلس الوطني للثقافة والفنون والأداب,الكويت,ج36,ص411,أنظر كذلك بن سعيد الحميري, شمس العلوم , دار الفكر المعاصر,بيروت, 1999, ج6,ص3358.  
2- قاسم إبن عبد الله القنوني,أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء,تحقيق:أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي, دار الوفاء ,جدة, 1985, ط1,ص281 , وعبد الله سليمان الجرهمي,المواهب السنية شرح الفرائد البهية, تحقيق:رمزي محمد ديشوم , المكتب الإسلامي,بيروت, 1998, ط1,ص134,التهانوي,موسوعة كشاف إصطلاحات الفنون والعلوم, لبنان,1996, ج1,ص1005,أنظر أيضا إبن عابدين,رد المحتار على الدر المختار, دار الفكر ,بيروت,1992, ج4,ص18.  
3- وهبة الزحيلي ,مرجع سابق,ج8,ص650 .

### ثانيا: أقسام الوطء بشبهة<sup>1</sup>:

أ-شبهة الفعل:وتسمى أيضا شبهة الإشتباه,أي إشتباه الأمر على صاحبه,وظنه ما ليس بدليل دليلا على الحل,ومن صورها:(وطء المطلقة ثلاثا وكذا المختلعة في العدة ,ووطء من زفت إليه ,وهي غير الزوجة التي عقد عليها...).

ب-شبهة المحل :ومعناها قيام الدليل النافي للحرمة,فليست مبنية على ظن المكلف وإعقاده, بل على كون محل الفعل فيه وجه حل للفعل المأتي به وتسمى أيضا شبهة حكمية,لكون الثابت فيها شبهة الحكم بالحل,وهذا النوع من الشبه مسقط للحد أيضا وقد مثل العلماء لهذا النوع من الشبهة بصور عدة ,منها:الرجل يواقع معتدته من طلاق بائن بلفظ من ألفاظ الكناية ,وطء الرجل جارية ولده, والمعنى في هذه الشبهة,ثبوت الملك ولو من وجه,فمثلا في وطء جارية ولده لا يحد,لقيام المقتضى للملك,وهو قول النبي:"أنت ومالك لابيک"(سنن ابن ماجة).

ج-شبهة العقد:وهي ماكان الإشتباه بحل الوطء فيها ناشئا عن عن عقد غير صحيح,كان يجري رجل عقد زواجه على إمراة,ثم يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد,كالذي يدخل بزوجته ثم يظهر له أنها من المحرمات عليه من جهة الرضاع,أو أنه جمع بين الأختين,أو زواج من خامسة وفي عصمته أربع,أو الرجل إمراة تزوجها بغير شهود أو بغير ولي,لإختلاف العلماء والإختلاف يورث الشبهة .

### الفرع الثالث: عقد الزواج الفاسد من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة.

#### أولا:التعريف بعقد الزواج الفاسد.

أ-لغة:الفساد هو تغير الشيء عن الحال السليمة فهو ضد الصلاح<sup>2</sup>.

1-إبن عابدين, مرجع سابق,ج4,ص21,وهبة الزحيلي,الفرع الإسلامي وأدلته,دار الفكر , دمشق, 1984,ج7,ط4,ص5356.

2-الراغب الأصفهاني,مرجع سابق,ص286.

أ-تعريفه فقها:لعل من التعاريف الفقهية التي تبدو أقرب إلى التعاريف القانونية, تلك التي جاء بها فقهاء الأحناف وهذا بقولهم ( هو ما كان مشروعاً بأصله ,لا بوصفه)<sup>1</sup> .

وللتمييز بين عدم مشروعية أصل العقد من عدم مشروعية وصفه ينظر إلى:

مقومات العقد ( التي تتمثل في: الركن والعاقدان والمحل والموضوع), وشروط الإنعقاد فإن تعلق بأحدها الخلل أو النهي فالعقد غير مشروع بأصله وإن تعلق بشروط الصحة , أي ما نقص فيه شرط من شروط الصحة ,كالشهود مثلا<sup>2</sup>, أو بوصف إقترن بالعقد فيقتضي عدم مشروعيته بوصفه .

وعرفه الزرقا بقوله : ( هو إختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية يجعله مستحقا للفسخ )<sup>3</sup>.

فسبب الفساد هو إختلال في شروط صحة العقد وهي عناصر خارج ماهيته مع إنعقاده لسلامة أركانه ,ويجعله البعض يقابل البطلان النسبي عند القانونيين وهو ليس كذلك إذ يفترقان من وجوه إذ البطلان النسبي فسخه أو تصحيحه جوازي يستند إلى إرادة العاقد والفساد فسخه أو تصحيحه وجوبي بقوة الشرع حسب حالة الفساد والعقد ويتفقان في قابلية التصحيح.

ب-تعريفه قانونا :لم يعرف المشرع الجزائري أيضا الزواج الفاسد تعريفا صريحا في نصوص مواد قانون الأسرة وكذلك المشرع المغربي نهج نفس منهج المشرع الجزائري في عدم تعريفهم للزواج الفاسد , ولكن من خلال إستقراء مواد قانون الأسرة الجزائري نجد أنه كل زواج تم ركنه الأساسي بالإيجاب والقبول (م9و10و1/33 م.ق.أ) ولكنه فقد شرطا من شروط الصحة الواردة في المادة9مكرر من نفس القانون بمعنى الذي توافر فيه سبب من أسباب الفسخ أو الإبطال,وتبين أمره قبل الدخول(2/33ق.أ.ج) .

1-مصطفى الزرقا ,المدخل الفقهي العام,مرجع سابق,ج2,ص732.

2-محمد الشماح , مرجع سابق,ص68 .

3- مصطفى الزرقا,المدخل الفقهي العام,المرجع السابق,ج2,ص739.

فإن الزواج الفاسد لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول ,فإن حصل الدخول فإنه يختلف عن الباطل لأنه يترتب عنه بعض الآثار<sup>1</sup> .

يكون الزواج فاسدا حسب المادة 59 من مدونة الأسرة المغربية إذا إختل فيه شرط من شروط صحته، طبقا للمادتين 60 و 61 من مدونة الأسرة ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصح بعده ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده.

### ج-التكييف الشرعي والقانوني للعقد الفاسد .

ففي الفقه الإسلامي العقد الفاسد هو إبداع وصناعة فقهية حنفية لا تقول به المذاهب الأخرى وله مرحلتان:

**المرحلة الأولى قبل التنفيذ:** وحكمه الفسخ ترجيحاً لدفع مفسدته,وهذا باتفاق الفقهاء .

**المرحلة الثانية بعد التنفيذ:** وهو بحسب نوع العقد ودرجة الإختلال فيه ووجود موانع الفسخ ومن ثمة قد يتعرض العقد الفاسد إلى التصحيح لأن (العقد الفاسد يفارق العقد الباطل في أمر جوهري ,

فإنه إذا أزيل منه المفسد إنقلب صحيحاً وأنتج آثاره)<sup>2</sup>.

فهو عقد مكتمل الأجزاء الأساسية متحقق الماهية,غير أنه يفتقد للمشروعية لخلل في شرائطه أو لوصف تلبس به .

وأما القانون الجزائري فلم يعرف شيئاً يسمى العقد الفاسد بصراحة في نصوص قانون الأسرة وإنما أستشف كما سبق وقلنا بعبارة "يفسخ" على غرار المشرع المغربي الذي نص صراحة على أن

1- العربي بالحاج , مرجع سابق,ج1,ص295 .

2-عبد الرزاق السنهوري, مصادر الحق في الفقه الإسلامي, منشورات الحلبي الحقوقية,لبنان,1998, ج4,ط2, ص 274 .

الزواج غير الصحيح يحتمل أن يكون فاسداً أو يحتمل أن يكون باطلاً من خلال المادة 56 من مدونة الأسرة التي تنص على " الزواج غير الصحيح يكون إما باطلاً وإما فاسداً".

فبعد أن تم تغيير مدونة الأحوال الشخصية<sup>1</sup> بالمدونة الجديدة، وإنطلاقاً مما جاء في هاته الأخيرة يظهر أن المشرع المغربي تبنى ما ذهب إليه الفقه حيث فرق الزواج الغير الصحيح إلى زواج فاسد وآخر باطل ، وهو عكس ما كان سائداً في الفقه المالكي الذي تبنى مصطلح الزواج المجمع على فساده وهو ما كانت مدونة الأحوال الشخصية قد تبنته.

### ج- خصائص العقد الفاسد<sup>2</sup>: يتميز العقد الفاسد بخصائص التالية:

- 1-العقد الفاسد منعقد في ذاته سليم في جوهره ,ولكن لم يكتمل وجوده لفقده عناصر أساسية بحيث لا يصلح لترتيب آثاره .
- 2-العقد الفاسد فاقد للمشروعية فهو منهي عنه وموجب للفسخ.
- 3-العقد الفاسد يقبل التصحيح إذا قامت موانع الفسخ ترجيحاً للمصلحة .
- 4-العقد الفاسد يفسخ بإرادة الطرفين وبقوة التشريع وبحكم القاضي فيكون حكمه منشأ.
- 5-العقد الفاسد تترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح للفوت بتنفيذه وإمتناع فسخه .
- 6-العقد الفاسد لا تلحقه الإجازة ولا تلحقه الإجازة ولا يرتفع بها ولكن يزول وصف الفساد عنه بإرتفاع سبب الفساد .

1- ظهير شريف رقم 1.57.343 الصادر في 28 ربيع الثاني 1377 الموافق (22 نونبر 1957) بمقتضاه الكتاب الأول والثاني من مدونة الأحوال الشخصية والميراث , بعد أربع سنوات بعد صدور مدونة الأحوال الشخصية وبالضبط في سنة 1961، تقدمت لجنة مكونة في مجملها من رؤساء المحاكم بمشروع للتعديل، وبعده في 26 يناير 1965 وعقب صدور قانون توحيد القضاء مشروع ثان، لكن المشروعان تم طمسهما ولم النور ثم تشكلت خصيصاً اللجنة الوزارية المنبثقة عن وزارة العدل سنة 1974، غير أن الفشل كان حليفها، و هو نفس المصير الذي ختم أعمال اللجنة الملكية التي عينت في 5 ماي 1981 و التي كلفت بإحداث مدونة جديدة ثم تحولت الحركة النسائية المغربية لقوة ضاغطة لها وزنها في الساحة. و هو ما أفرز تعديل مدونة الأحوال الشخصية في 10 شتبر 1993 , في 27 أبريل 2001 حين أعلن عن تشكيل اللجنة الملكية الإستشارية المكلفة بتعديل بنود المدونة برئاسة الأستاذ إدريس الضحاك الذي تم إستبداله بالأستاذ محمد بوسطة، فدخل هذا الملف منعطفاً جديداً بعد ذلك توج بحسم الخلاف مباشرة بعد الإعلان الملكي بقبة البرلمان في 10 أكتوبر 2003 عن التعديلات الجوهرية في مدونة الأسرة فأصدر القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة سنة 2004.

2-محمد أحمد السراج، مرجع سابق، ص 177-180 .



**ثانيا: حالات إعتبار الزواج غير الصحيح فاسدا وفقا لقانون الأسرة<sup>1</sup> ومدونة الأسرة<sup>2</sup>.**

إن أسباب الفسخ في قانون الأسرة الجزائري نجدها في نصوص المواد 33-35 منها أما فيما يخص مدونة الأسرة المغربية فنجدها من خلال المادة 59 منها والتي تنص على مايلي: "

يكون الزواج فاسدا إذا إختل فيه شرط من شروط صحته طبقا للمادتين 60 و 61 بعده ومنه ما يفسخ بعد البناء ويصح بعده , ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده ."

وطبقا لأحكام الفقه المالكي يكون الزواج أما فاسدا لصدائه أما فاسدا لعقده وهو ماتبنته مدونة الأسرة من خلال المادتين 60 و 61 منها ، وهو نهج سبق أن تبنته مدونة الأحوال الشخصية المنسوخة فيكون كالتالي:

**أ-إذا تم الزواج فاقدا لشرط واحد من شروط الصحة,**كما لو كان العقد بدون شهود أو بدون ولي في حالة وجوبه أو بدون صداق أو شاب الإرادة عيب من عيوب الرضا (بإكراه أو تدليس أو غلط...), فإنه يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ,ولا صداق فيه,ويثبت (أي يصح) بعد البناء (أي بعد الدخول)بصداق المثل(2/33 ق.أ.ج) , فيعتبر الصداق شرط صحة في عقد الزواج ولا يجوز الإتفاق على إسقاطه حسب المادة 13 من مدونة الأسرة ، والزواج الفاسد لصدائه هو ما فقد شرطا من شروط صحة الصداق كأن يكون الصداق خمرا أو خنزيرا أو حشيشا أو كل شيء يحرم التعامل به بين المسلمين لأن الصداق كما هو معروف عند الفقهاء مثله مثل الثمن يشترط فيه ما يشترط في الثمن، وما صح كونه ثمنا صح كونه صداقا, ونصت المادة 28 من المدونة :

" كل ما صح إلتزامه شرعا صلح أن يكون صداقا" فقد ذهب كثير من الفقهاء إلى القول بفسخ النكاح."

1- العربي بالحاج,مرجع سابق,ص296 ومايليها .

2-محمد الكشور ، الوسيط في شرح مدونة الأسرة, مرجع سابق,ط2، ص489 ومايليها .

في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بإلغاء الشرط وتصحيح العقد بصداق المثل وقال ابن حزم " إن كل النكاح عقد على صداق فاسد فهو نكاح مفسوخ بدءا " مستدلا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " رواه مسلم, وليس أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاح بصداق باطل لا يحل تملكه هو فاسد مردود بنص كلامه<sup>1</sup>.

**ب- إذا اشتمل العقد على شرط منافي ومقضييات العقد**, أو يتعارض مع أحكام قانون الأسرة (المادتان 19 و 32 ق.أ.ج) غير أن المشرع الجزائري صححه بالدخول, حيث قرر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا(م35ق.أ.ج) فلا يحكم القاضي بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا, وكان يسوجب على المشرع الجزائري ضمن تعديلات 2005 التوفيق بين المادتين 32 و 35 من ق.أ.ج بإعادة الإنسجام وإزالة الإلتباس الظاهر بينهما فهو بهذا يجعل الأصل عدم فساد الزواج بالشروط الفاسدة من خلال نص المادة 35 من قانون الأسرة ولكنه في نفس الوقت يجعل من كل شرط يناقض أصل العقد مبطلا له مع شيء من الإبهام وذلك في المادة 32 من نفس القانون حيث قرنه بالمانع ونحن نعلم أن المانع المتمثل في الزواج بالمحارم مثلا يبطل العقد بإجماع, وعليه فإنه سائر مذهب الحنفية ولم يذكر أي استثناء لبعض الشروط مما جعل الصياغة تزيد من غموض نصوص القانون , في حين مدونة الأسرة المغربية كانت أكثر وضوحا في تحديد الشروط الفاسدة من الصحيحة و كذلك إظهار أثر هذه الشروط في النكاح من خلال المادة 47 منها التي تنص على " الشروط كلها ملزمة, إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وماخالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا" ونص المادة 48 الفقرة الأولى من نفس القانون التي تنص على " الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين", وكذا نص المادة 62 من نفس القانون , فإن الشرط الذي لا يقتضيه العقد أو الذي يتنافى معه, وكذا الذي يدخل في باب الكراهة , لا يلزم أحد الزوجين ولا يؤثر في صحة عقد الزوجين. ومثال ذلك شرط البقاء في بلد معين , أو شرط عدم تعدد الزوجات, أو شرط إسقاط حق الزوجة في السكن المستقل,

1- أحمد محمد الخليلي الشلبي, عقود الزواج الفاسدة في الإسلام, طرابلس, 1983, ط1, ص105 وأنظر أيضا بن عبد السلام التسولي, البهجة في شرح التحفة, تحقيق: محمد عبد القادر, دار الكتب العلمية ببيروت, 1998, ج1, ط1, ص270 .

أو شرط الشكل الرسمي وتوثيق الزواج بالحالة المدنية<sup>1</sup>, أو شرط عد خروج من السكن في حالة الطلاق, أو شرط عد خروج من السكن في حالة الطلاق, أو شرط إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها, وغيرها... ففي هذه الحالات, وطبقا للمادة 35 من ق.أ.ج يكون الشرط باطلا والعقد صحيحا.

إن المجال الذي أذنت فيه الشريعة لسلطان الإرادة بالتأثير وحرية الإشتراط هو مظنة البحث عن الشروط الصحيحة, لأنه لا يتصور وجود شروط تفرضها الإرادة خارج ذلك وهذا ما جعل الكثير من الباحثين حين يتكلمون عن الشروط الفاسدة بحثون عنها في نفس نطاق الشروط الصحيحة, ويمكن تحديد نطاق الشرط الفاسد بأجزاء العقد التي يمكن أن يتعلق بها, أو بحسب محل الإشتراط وهي بذلك نجدها أقسام:

**- الآثار والإلتزامات التي تنشأ عن العقد:** فالشروط المقيدة لآثار العقد والمغيرة لها تقع في هذا

نطاق مثل إشتراط عدم الإنفاق وعدم الوطاء وهي التي قضى فيها الجمهور بفساد الشروط دون العقد.

**- موضوع العقد ومقصوده:** فالنكاح الصوري الذي يشترط فيه عدم الحل ويقتصر أثره على إستخراج شهادة الإقامة في بلد أجنبي محل الشرط فيه هو موضوع العقد, جاء عن الشافعية (ولو تزوجها على أن لا تحل له لم يصح لإخلاله بمقصود العقد وللتناقض)<sup>2</sup>.

**- النظام التشريعي للعقد:** وهو ما يتوقف وجوده عليه كالشهادة والمهر فمن الشروط الفاسدة ما يخالف النظام التشريعي للعقد حيث يستهدف تغيير وتبديل عناصره ومكوناته الأساسية ومن هذا إشتراط إسقاط المهر أو عدم الإشهاد أو كتمان الشهادة وأما الشروط الصحيحة فلا نجدها إلا في الدائرة الأولى وهي الإلتزامات والآثار .

1- العربي بالحاج, مرجع سابق, ج1, ص296 و297 .

2- محمد الخطيب الشربيني , مرجع سابق, ج3, ص193 .

ولعل المالكية من الفقهاء الذين أسسوا لهذا الإعتبار حيث قسموا الأنكحة الفاسدة كما سبق وذكرنا إلى فاسد لعقده وفاسد لصدائه الذي هو من آثار العقد ثم قسموا النكاح الفاسد لعقده إلى: فاسد لعقده مجمع عليه وفاسد لعقده مختلف فيه ومن هذا الأخير الفاسد لشروطه حيث الحقوه بفاسد الصداق في الأحكام (ثم يلحق-أي الشرط الفاسد-بما فسد لصدائه في كونه يثبت بعد أمور فاسدة لعقدها أشار لها خليل وما فسد لصدائه أو على شرط يناقض المقصود)<sup>1</sup>.

وعند تفحص النوعين نجد المجمع على فساده أو ما فسد لعقده منه ما شروطه الفاسدة ترجع بالإخلال بمقصد الزواج أو بالعناصر الأساسية للعقد كالشهود والمهر ونكاح المتعة أو لقيام الموانع كزواج المحارم,وأما المختلف فيه فالشروط الفاسدة فيه ترجع إلى دائرة آثار العقد والإلتزامات المتولدة عنه.

يقول ابن رشد الجد:(والفاسد-أي النكاح-ينقسم على ثلاثة أقسام: نكاح فسد لعقده ونكاح فسد لصدائه ونكاح فسد لشروط إقترنت به)<sup>2</sup>.

ويقول ابن رشد الحفيد:(الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فإنها تقسد بإسقاط شرط من شروط صحته أو لتغيير حكم واجب بالشرع أو زيادة تعود إلى إبطال شرط من شروط صحته)<sup>3</sup>.

ج-إذا كان الزواج بدون ولي وفي حالة وجوبه(المادتان 11 و 2/33 من ق.أ.ج),فإن المرأة الراشدة التي بلغت سن الرشد القانوني (المادة 7ق.أ.ج و 40 ق.م.ج),لها أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره(المادة 11 من ق.أ.ج)<sup>4</sup>, وبالنسبة للمشرع المغربي لا

1-أبي الحسين علي بن عبد السلام التسولي, مرجع سابق, ج7, ص425 .

2-إبن رشد الجد,المقدمات الممهدة,تحقيق محمد حجي, دار الغرب الإسلامي,بيروت,1988, ج2,ط1,ص484.

3-إبن رشد الحفيد,بداية المجتهد ونهاية المقتصد, دار المعرفة,بيروت,1977, ج4,ص339.

4- العربي بالحاج, مرجع سابق, ج1,ص298.

يقصد هنا الولاية كشرط صحة في الزواج حيث تحولت تلك الولاية في التشريع المغربي الحالي إلى حق من حقوق المرأة لها أن تزوج نفسها بنفسها ولها أن تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها هذا ما يستفاد من المادتين 24 و 25 من مدونة الأسرة، على أن المرأة لا تملك حق الإستغناء عن الولاية الشرعية إلا إذا كانت كاملة الأهلية أي بلغت سن الرشد القانوني وهو ثماني عشرة سنة المادة 209 من مدونة الأسرة وكانت كاملة الإدراك والتمييز ( المادة 110 من مدونة الأسرة).

وما قيل عن المرأة مطلوب كذلك بالنسبة للرجل الذي يريد الزواج، أما إذا كان أحد الزوجين غير تام الأهلية فلا يمكنه إبرام عقد الزواج إلا بشرطين:

1- أن يأذن له قاضي الأسرة الزواج طبقا لأحكام المادة 20 من المدونة.

2- وأن يوافق النائب الشرعي على الزواج بتوقيعه مع القاصر على طلب الأذن بالزواج وحضوره الإبرام وإبرام العقد في هذه الحالة الأخيرة بدون حضور ولي للزوج اوللزوجة يجعل العقد فاسدا<sup>1</sup> طبقا لأحكام المادة 21 من المدونة .

د- إذا زوج أحد الزوجين في المرض " المخوف"، الذي يخشى عليه الموت بسببه، والمقصود هنا هو مرض الموت الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير من الأطباء ، وذلك لأن المريض قد يقصد من ذلك مزاحمة الورثة بزواجه ،فإن عقد الزواج المريض مرض الموت هو من الأنكحة الفاسدة التي لا ميراث فيها (المادتان 131 و 222 من ق.أ.ج).

وقال المالكية بعدم جواز نكاح المريض والمريضة مرضا "مخوفا"(وهو المرض الشديد لغلبة الهلاك) وحكمه أنه يفسخ بالطلاق قبل البناء وبعده<sup>2</sup>.

1-محمد الكشور ،شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ج1، ص 495 .

2- العربي بالحاج،المرجع السابق، ج1، ص298 وأنظر أيضا محمد الأزهر،شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ط1، ص105.

ويرى المشرع المغربي إن ضابط شدته وإعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك وإتصال الموت به ولو كان الموت لسبب آخر غير المرض، ويعتبر في عداد مرض الموت مثلا المحكوم عليه بالإعدام وحجز لتنفيذ الحكم عليه، أو المحارب الموجود في واجهة المعركة أو في بلد إجتاحه وباء قاتل<sup>1</sup>.

هـ- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا، ويقصد هنا الطلاق البائن بينونه كبرى (المادة 30 و 51 و 57 و 222 من ق.أ.ج). فإذا كانت نية الزوج منصبة على مجرد تحليل المرأة لمطلقها وهونكاح "التيس المستعار" أو المحلل، فإنه يعتبر الزواج فاسدا لعقده، وقال المالكية أنه نكاح باطل، يفسخ قبل الدخول وبعده، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لعن الله المحلل والمحلل له"، فالطلاق في المرة الثالثة تبني به المطلقة وتحرم على مطلقها حرمة مؤقتة حيث تصبح أجنبية عليه، ولا يمكنه مراجعتها أو العقد عليها حتى تتزوج زوجا غيره بزواج شرعي صحيح ونافذ ويدخل بها الزوج الثاني، دخولا حقيقيا بنية الزواج المنتج لآثاره لا يقصد التحليل، ثم يطلقها أو يتوفى عنها وتتقضي عدتها وبذلك يمكن لمطلقها الأول أن يعقد عليها من جديد بعد موافقتها وهذا ما ذهب إليه المشرع المغربي<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني : معيار تقسيم الزواج غير الصحيح في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والمغربي.

وسوف نبحث فيه معيار تقسيم الزواج غير الصحيح والتعليل الأصولي لذلك ومصير هذه العقود.

### الفرع الأول: معيار تقسيم الزواج غير الصحيح إلى باطل وفاسد في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والمغربي.

1- الإتجاه الاول، الذي سوى بين باطل الزواج وفاسده جعل عدم إنعقاد العقد صفة مشتركة بين

1- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ط1، ص 105.

2- العربي بالحاج، مرجع سابق والصفحة وأنظر أيضا: محمد بن يوسف الكافي، أحكام على تحفة الحكام، دار الفكر، 1981، ط3، ص 295.

الحالتين حيث جاء في مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد ( إن الفاسد من الأُنكحة غير منعقد )وتقول المذكرة الإيضاحية له أيضا (إن الباطل والفاسد من الأُنكحة في نظر فقهاء الحنفية أنفسهم لا فرق بينهما من حيث الإنعقاد وعدمه فكلاهما غير منعقد )<sup>1</sup>, وعند التتبع نجد نصوصا لمتأخري الحنفية يقولون بإنعقاد النكاح الفاسد وأن كان ليس بنكاح حقيقة ويقصدون بذلك عدم مشروعية الفالكاساني يقول مثلا: ( إن النكاح الفاسد بعد الوطء منعقد بحق الفراش)<sup>2</sup>.

2- ويختلف النكاح الفاسد عن الباطل من حيث ورود النهي في الشرع عنه فقواعد الحنفية تقتضي التفرقة بين ماثبت النهي عنه بدليل قطعي وما ثبت بدليل ظني حتى في باب النكاح ,فكل نكاح ورد بالنص القاطع تحريمه كنكاح المحارم والمتعة والمؤقت وغيرها باطل وما اختلف فيه فهو الفاسد إشارة إلى الفرق بين المختلف في صحته وفساده وبين المتفق على بطلانه فعبروا عن الخلافية بالفساد وعن الإتفاقية بالبطلان والمذاهب الأخرى تقر هذا التقسيم وإن خالفت في التسمية الباطل يرادف الفاسد<sup>3</sup>.

3- ويختلف الفاسد عن الباطل من حيث سبب الخلل فالباطل منعدم فيه الركن أو شرط الإنعقاد أو وجد وصف مانع تعلق بالمحل , وأما الفاسد ففيه خلل في شرط من شروط الصحة وهذا معيار أساسي لفساد العقد<sup>4</sup>.

4- وفرقوا بين الفاسد والباطل من حيث الأثر فالباطل لا تترتب عنه آثار شرعية وخاصة عند الجمهور,في حين أن النكاح تترتب عنه بعض آثار العقد الصحيح, وأما الذين ساووا بينهما فجعلوهما من حيث الأثر سواء إذ الأثر الحقيقي للنكاح هو حل الإستمتاع وهذا ما لا يثبت بالفاسد ولا بالباطل

1-مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد, دار القلم,دمشق,1996,ط1,ص255 .

2- الكاساني بدائع الصنائع,بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع,دار الكتب العلمية,بيروت,1986,ج3,ص325.

3- علي محيي الدين القره داغي,مبدأ الرضا في العقود, دار البشائر الإسلامية,بيروت, 2002 , ج 1,ص161.

4- أبي حامد الغزالي, المستصفي من علوم الأصول , تحقيق:محمد سليمان الأشقر,مؤسسة الرسالة,بيروت,1997, ج2,ص30 , ومصطفى الزرقا, المدخل الفقهي العام,دار القلم ,دمشق,1998,ج2,ص709و740.

،وأما الآثار هي من النظام العام المترتبة عن الدخول بالمرأة لا عن العقد نفسه<sup>1</sup> .

5- وإحتج الذي يفرقون بين الفاسد والباطل من النكاح بأن في الفاسد قبل فسخه لا يحل للمرأة المدخول بها أن تتزوج رجلا آخر قبل أن يحكم القاضي بفسخه، والمختلف فيه من الفاسد لو حكم به حاكم صح ونفذ ، وأما في باطل الزواج فالإنفساخ والمشاركة لا تحتاج إلى قضاء والمرأة يصح زواجها لو تزوجت من رجل غير الذي بطل زواجها معه دون إنتظار حكم قضائي<sup>2</sup>.

6- وفاسد النكاح المختلف فيه فسخه يعد طلاقا في حين الباطل منه فسخه لا يعتبر طلاقا ،والإجماع منعقد على أن الطلاق لا يكون إلا من زواج منعقد لأن الطلاق هو إنهاء للعقد كما يصفه فقهاء القانون<sup>3</sup> .

ترجيح: نلاحظ أن إعتبار المتفق على فساده من النكاح والمختلف في ذلك قدر مشترك بين المذاهب الأربعة من خلال نصوصه وهو معيار موضوعي لأن المجمع على بطلانه لا تكاد تكون له آثار وأما المختلف فيه فله آثار بشرط الدخول فالباطل يقترب من الزنا حتى أن من الفقهاء من رتب الحد على من تزوج بمحرم له مع علمه بذلك وأما الفاسد فهو يقترب من العقد الصحيح فتكون له شبهة مشروعية .

ويترجح التقسيم الثلاثي تمييزا للألكحة الفاسدة من بعضها وكما يقول القرة الداغي<sup>4</sup> ( لا مانع من إطلاق الباطل على ما هو غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه والفاسد على ما هو مشروع بأصله لا بوصفه لان هذا إصطلاح لا مشاحة فيه وإنما الخطورة في ترتيب آثار العقود الصحيحة على

1-مصطفى الزرقا،خطا تقسيم النكاح الى فاسد وباطل،مرجع سابق،ص46.

2-ابو المعالي الجويني،نهاية المطلب في دراية المذهب ،دار المنهاج للنشر والتوزيع ،جدة، 2007، ج12،ط1،ص46.

3- أبو بكر كريم بوكان ،نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج ،دار الكتب القانونية ،القاهرة ،2012، ص7.

4-علي محيي الدين القرة داغي ولد سنة (1949) م، من كردستان العراق ،الأمين العام للإتحاد العالمي لعلماء المسلمين حاليا ،وخبير بمجمع الفقه الإسلامي بجدة له مؤلفات في فقه المعاملات والإقتصاد الإسلامي منها فقه البنوك الإسلامية والحقوق المالية مع تطبيقاتها المعاصرة.



العقود الفاسدة)<sup>1</sup>, وهو موقف تبناه كثير من فقهاء العصر كأبي زهرة وعلي الخفيف.

### الفرع الثاني: التعليل الأصولي لتقسيم عقد الزواج إلى باطل وفاسد .

ولقد تبنى كل من قانون الأسرة الجزائري و مدونة الأسرة المغربية الإتجاه الثاني الذي جعل عقد الزواج غير الصحيح مرتبتان:عقد باطل وآخر فاسد على غرار الإتجاه الأول الذي يصنفه إلى صحيح وباطل والباطل قد يكون مشتبه أو غير مشتبه وقاد هذا الإتجاه الفقيه مصطفى الزرقا.

**أولاً:إختلف الفقهاء في البطلان والفساد في عقد الزواج, منشؤه من موجب النهي في النصوص الشرعية بمعنى هل النهي يقتضي فساد المنهي عنه أم بطلانه؟والمقصود هنا النهي المطلق دون وجود قرينة تفيد دلالة تحديدا وهل مقتضى النهي عن الماهية مساو في الأثر لمقتضى النهي لأمر خارج عنها<sup>2</sup>.**

فالحنفية يرون أن النهي إذا تعلق بعين المنهي عنه أو بوصف لازم له غير منفك يفيد التحريم أن ثبت بدليل قطعي يفيد الكراهة التحريمية إن ثبت بدليل ظني , وإن كان معلقا بأمر مجاور منفك يفيد الكراهة ولا تنافي بين أن يكون العقد مكروها وصحيا,فالصحة لسلامة التصرف عن المفسدة أصلا ووصفا,والكراهة تتعلق بالوصف المجاور.

وأما النهي المطلق لذات المنهي أو للوصف الملازم فالمنهي عنه كعقد الزواج هنا يكون باطلا وغير مشروع أصلا ,والباطل ما كان معدوما شرعا من كل وجه وخارجا عن إعتبار الشارع,فلا ينعقد سببا لحكمه بخلاف الفاسد فهو مشروع الأصل ومنعقد لسلامة أركانه والخلل دخل عليه من جهة أوصاف فاسدة إقتزنت به<sup>3</sup> .

1-علي القره داغي,مبدأ الرضا في العقود, دار البشائر الإسلامية,بيروت , 2006 , ج1, ط1,ص171.

2-شهاب الدين القرافي, الفروق-الفرق -70, عالم الكتب للنشر والتوزيع ,بيروت,ج2,ص86.

3-عبد القادر بن حرز الله,التعليل المقاصدي لأحكام الفساد والبطلان, مكتبة الرشيد ناشرون,الرياض,2005, ط1,ص45-95.

فمناطق المشروعية عند الأحناف سلامة أصل العقد من الخلل, فإذا اجتمع مع ذلك وصف ممنوع شرعا فهو يوجب مشروعية ناقصة فقط ولا يعدم الإنعقاد, فالجمهور يرون أن المشروعية والحرمة متنافيان, فلا يكون العقد سببا لآثاره وهو محرم<sup>1</sup>.

ونقض إجتهداهم هذا بأن الشارع أقام تصرفات محرمة أسبابا منتجة لآثارها فالطلاق البدعي المحرم تقع به الفرقة بإجماع حتى قال القرافي:

( فقواعد الشريعة تشهد أنه ليس من شرط السبب أن يكون مشروعاً ولا مساوياً لمسببه في الحل بل يكون السبب حراماً والمترتب عليه واجب)<sup>2</sup>.

ولهذه العلة نجد قدامى الحنفية وافقوا الجمهور في أن الباطل والفاقد سواء في النكاح وذلك بإلحاق النكاح بالعبادات تغليبا لجانب الحل على الملك فيه, بحيث غدا الحل في إعتبارهم الأثر الوحيد للنكاح ولا يجتمع مقتضى النهي وموجب النكاح من المعصية والحل للتنافي فقالوا ببطلانه<sup>3</sup>.

ولأن النكاح شرع لملك ضروري لا ينفصل عن الحل ففارق البيع في هذه النقطة لأن البيع وضع لملك العين والتحرير لا يصاده فالحل فيه تابع<sup>4</sup>.

,ومن الفقهاء من يعللون تفريقهم الفعلي بين نوعي النكاح الفاسد وإن سوا بين الوصفين إصطلاحاً لدلائل خارج دلالة النهي فيصرحون بقولهم:

(فعندنا كل ما كان منهياً عنه إما لعينه أو لوصفه ففاقد وباطل وإنما فرقوا بين الفاسد والباطل من جهة مسائل الدليل)<sup>5</sup>.

1-فتحي الدريني, مرجع سابق, ج1, ط1, ص282 و284.

2-شهاب الدين القرافي, شرح تنقيح الفصول بتحقيق طه عبد الرؤوف سعد, دار الفكر ومكتبة الكليات الأزهرية, القاهرة, 1973, ط1, ص175.

3-محمد فتحي الدريني, المرجع السابق, ج1, ص326.

4- محمد فتحي الدريني, المرجع السابق, ج1, ص328.

5- علي بن عباس البعلي بن اللحام الحنبلي, القواعد والفوائد الأصولية بتحقيق محمد حامد الفقي, مطبعة السنة المحمدية, القاهرة, 1956, ص110.

**ثانيا:الراجع -والله أعلم-**,تقسيم النكاح غير الصحيح إلى فاسد وباطل وهذا يستقيم مع فقه المالكية الذين يجعلون من الفاسد في النكاح مايقبل التصحيح,ولأن الفاسد منتج لجملة من الآثار والباطل لا يترتب عليه أثر ومن البعيد أن يكون الدخول كواقعة هو المنتج لآثار النكاح الفاسد المدخول فيه لأن الزنا كواقعة لوحدها غير منتجة لنفس الآثار.

والوطء عند الفقهاء أنواع وطء شرعي لا يكون إلا بنكاح صحيح ووطء محرم قطعاً, ووطء بشبهة فيكون لنفس العقد الفاسد إعتبار وتأثير-لأنه يورث شبهة المشروعية-فيما تترتب عنه ولا يكون كذلك إلا وهو منعقد ,و يقول النووي<sup>1</sup>(وقد إجمعنا على أنه لا يملك البضع بالوطء في النكاح الفاسد وإما ما تعلق به من وجوب المهر ولحوق النسب والعدة وسقوط الحد فلم يكن ذلك بسبب العقد-وحده-بل لكونه وطء شبهة)<sup>2</sup>. ومنه نستخلص تبعا لإختلاف الفقهي في تقرير حالة الفساد التي تغاير في طبيعتها وأثرها البطلان ,ولخصوصية الزواج أختلف في وجود عقد الزواج الفاسد كمرتبة بين العقد الصحيح والباطل من حيث وجوده الشرعي بانعقاده من جهة وعدم مشروعيته مع قابليته للتصحيح وترتيب بعض آثار الصحيح عنه إذا اقترن به الدخول به الزوجة من جهة أخرى ,بينما العقد الباطل موجب للفسخ وليس له أثر شرعي , وهذا ما وسم قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية وبعض التشريعات العربية بالغموض والإضطراب في الفصل ورسم الحدود التشريعية بين الزواج الباطل والفساد ,وهذا إنعكس بدوره على ضبط حالات الزواج الموجبة للفسخ من الحالات التي تقتضي التصحيح بالفوت بالدخول ,كما أن أسباب فساد الزواج لم تحدد بدقة للإختلاف الفقهي في أصل الفساد وجعل المالكية يلجؤون إلى معيار الإختلاف والإتفاق الفقهي للتمييز بين الزواج الفاسد والباطل ,أما المشرع الجزائري فصياغته للنكاح الفاسد والباطل تتير الإلتباس على غرار المشرع المغربي وجاءت صياغة الشرط المناقض للعقد مبهمة كسبب للبطلان المطلق أو كون مقتضاه التصحيح بإسقاط الشرط مما يعني فساد العقد فقط.

1- هو أبو بكر زكريا يحيى بن شرف الحزامي النووي الشافعي (631هـ-676هـ) المشهور بإسم النووي هو محدث وفقهه وبوصف بأنه محرر المذهب الشافعي ومهذبه إشتهر بكتبه وتصانيفه في الفقه والحديث واللغة والتراجم,كرياض الصالحين والأربعين النووية ومنهاج الطالبين والروضة,والمنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج والمجموع شرح المذهب.

2-محيي الدين النووي,مجموع شرح المذهب ,تحقيق:محمود مطرجي,دار الفكر بيروت, 2005, ج17, ص442.

### الفرع الثالث:مصير العقد الباطل والفاقد .

#### أولاً:الفسخ.

عرفنا أن الشروط الفاسدة منا مايكون تأثيرها جوهريا في العقد ومنها ما لايؤثر في حقيقة العقد وإنما يقتصر تأثيرها في آثاره التي هي الإلتزامات الناشئة عنه , والأولى تسبب خلا جوهريا في عقد الزواج يفضي إلى إختلاله وفساده فهل يكون أثرها فسخه وجوبا أو يمكن تصحيحه .

#### أ-تعريف الفسخ.

أ-1-فالفسخ في اللغة: هو النقض و الرفع يقال فسخ فلان الأمر إذا نقضه و رفعه,وفسخ العقد إزالة آثاره ورفع حكمه <sup>1</sup>.

أ-2-وفي إصطلاح فقهاء الشريعة : حقيقته حل رابطة العقد<sup>2</sup> وقل هو حل العقد المنعقد لعدم توفر الرضا التام بعد إنعقاده ولتعذر إلتزام كان مقررا بمقتضى العقد أو لمخالفة شرط فيه,وكذا نقض عقد الزواج وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه وسبب فسخ عقد الزواج قد يكون بسبب خلل شاب العقد وقت إنشائه وقد يكون السبب طراً على العقد بعد تمامه .

ويظهر من التعريف أن الفسخ إنما يدخل على العقد الصحيح لخلل واقع فيه وخالف الأحناف فجعلوه يدخل على الصحيح والفاقد لأن هذا الثاني عرضة للفسخ لما إعتراه من خلل,والمالكية يجعلون الفسخ يدخل حصريا على عقد الزواج الفاسد دون الصحيح لإن الصحيح لحقه الطلاق ,والظابط هنا أن الفسخ إنما يرد على عقد منعقد لأن الباطل معدوم لا وجود له وإنما يفسخ الموجود لا المعدوم.

أ-3-في إصطلاح فقهاء الشريعة: هو حل الرابطة العقدية في عقد ملزم لجانبين صحيح وساري الآثار جزاء إخلال أحد أطرافه بالإلتزاماته الناشئة عنه<sup>3</sup>.

1-الراغب الأصفهاني ,مرجع سابق,ص371.

2-أحمد بن محمد الحنفي الحموي,مرجع سابق,ج3,ص442.

3-عبد الوهاب عرفة,الفسخ والإنفاسخ والتفاسخ ,دار مجد,القاهرة ,ص22.

وهناك من عرفه (هو رفع العقد الصحيح اللازم لتخلف أحد الطرفين عن الوفاء أو لسبب طارئ)<sup>1</sup>.

ففي القانون -المغربي والجزائري-الفسخ لا يرد إلا على عقد صحيح,وأما الباطل بطلانا مطلقا أو نسبيا فلا يتصور أن يلحقه الفسخ, وذلك الأول معدوم والثاني مهدد بالزوال في إنعقاده<sup>2</sup>, كما نلاحظ أن الفسخ في القانون هو جزء لمصلحة العاقد, وفي الفقه الإسلامي قد يكون بمصلحة العاقد وببيده إمضائه وقد يكون للمصلحة العامة أو من قبيل النظام العامة فيسند الفسخ إلى القضاء بمقتضى التشريع كأكثر الحالات الواردة في الأحوال الشخصية.

**ب- علاقة الفسخ بالبطلان والفساد في الفقه الإسلامي:** لم تتمايز إصطلاحيا عبارات الفسخ والإنفساخ والبطلان نظرا لتشابهها من حيث الأثر أي إعادة المتعاقدين إلى مركزيهما الأول والحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد<sup>3</sup>, وإن تعرض بعض الفقهاء للتمييز بينهما, يقول القرافي(ثم الفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه, والإنفساخ إنقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه, فالأول فعل المتعاقدين أو الحاكم إذا ظفروا بالعقود المحرمة والثاني صفة العوضين)<sup>4</sup>.

وكذلك لفظ الفساد والفسخ يترادفان والغالب أن يأتي الفسخ كأثر للفساد فكل فاسد واجب الفسخ أو هو مفسوخ ومن العلماء القدامى من يستعمل لفظ الفساد للدلالة على الفسخ ولولا الإطالة لاوردنا شواهد من كتب الفقهاء القدامى على ذلك وعلى أنهم من حيث معنى الفسخ والفساد كانوا يميزون بينهما فحين يقول المالكية أن الفسخ لا يدخل إلا على عقد الزواج الفاسد, فهم يعنون أن الفساد وصف للعقد المختل نظامه التشريعي والفسخ هو التفريق القضائي بين الزوجين.

وقال الفقهاء بأن الزواج الفاسد ينقسم إلى قسمين:الفاسد لعله في عقده,والفاسد لعله في صداقه, والفرق بين الفسخ والبطلان, هو أن الفسخ لا يرد إلا على عقد ولو صحيحا لكنه أختل فيه شرط من شروط الصحة أو شابه عيب من عيوب الإرادة(بإكراه أو تدليس مثلا),بينما البطلان يلزم عقدا

1-محمد أحمد السراج,مرجع سابق,ص267.

2-الرشيد بن شويخ,دروس نظرية الإلتزام,مرجع سابق,ص142.

3-محمد سليمان حوران,نظرية الفسخ,دار النوادر,دمشق,2012, ط1,ص102.

4-شهاب الدين القرافي,الفروق,مرجع سابق,ج3,ص269.

ولد ميتا، ولم يكن صحيحا في أي وقت بعد ولادته ، فالمشعر المغربي عرف الزواج الفاسد بالزواج الذي إختلت فيه شروط صحته وقد حددها على سبيل الحصر في المادتين 60 و 61 بعده حيث إجتمع في هاتين المادتين صور الزواج الفاسد لعقده والفاسد لصدائه وكذا الزواج المشوب بإكراه أو تدليس ليس وفي جميع الأحوال

ج-علاقة الفسخ بالبطلان القانوني لدى المشعر الجزائري والمغربي: بين الفسخ القانوني للعقد وبطلانه فروق أساسية<sup>1</sup>:

- 1- البطلان جزء العقد المعدوم نتيجة تخلف ركن من أركانه ، وأما الفسخ فيلحق العقد الصحيح الساري حين يخل أحد الأطراف بالتزاماته الناشئة .
  - 2-الحكم بالفسخ قد يكون منشئا وقد يكون مقرا كاشفا، وأما الحكم بالبطلان فهو دوما مقرر كاشف.
  - 3-الحكم بالفسخ جوازي بالنسبة للقاضي وأما الحكم بالبطلان فوجوبي.
  - 4- القضاء بالبطلان المطلق من النظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ، وأما طلب الفسخ فليس من النظام العام ويجب لإعماله التمسك به من طرف صاحب الحق.
  - 5-التصحيح قد يلحق العقد المفسوخ دون إنشائه من جديد ولا يلحق العقد الباطل<sup>2</sup>.
- والمشعر الجزائري أورد لفظ الفسخ أربع مرات في قانون الأسرة في المادة 8 مكرر 1 حين رتب الفسخ قبل الدخول حالة الزواج بالزوجة الثانية فما فوقها إذ لم يستصدر ترخيصا بذلك ، وفي المادة 33 فقرة 2 (إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ) وفي المادة 34 ( كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده )<sup>3</sup> ثم ذكره في المادة 40 في حالات ثبوت النسب فنص ( وبكل زواج تم فسخه

1- عبد الكريم بلعير، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 117 .

2- عبد الوهاب عرفة، مرجع سابق، ص 22.

3-الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 98 .

بعد الدخول ) والملاحظ أن المشرع الجزائري إستعمل مصطلح الفسخ بطريقة فقهاء الشريعة في مواضع ثلاثة المادة 8 مكرر 1, 33, 40 من قانون الأسرة .

وإستعمله في الزواج الباطل بطلانا مطلقا في المادة 34 وهو إستعمال غريب حتى في الفقه الإسلامي إذ يوردون عبارة (يفرق بينهما) وقلما يصطلحون على هذه الحالة بلفظ الفسخ إلا تجاوزا وأما بمنطق الفقه القانوني فإن لفظ الفسخ أستعمل في غير محله وهو العقد الصحيح الذي أختل فيه الإلتزام وليس العقد الباطل فهناك فرق بين الفسخ والبطلان من الناحية القانونية فالفسخ في القانون كما رأينا يأتي على علاقة تعاقدية صحيحة ,في حين البطلان لا يعترف بهذه العلاقة أصلا ما عدا في حالة عيوب الإرادة التي يتعبر العقد فيها صحيح ويتقرر البطلان بحكم من القضاء<sup>1</sup> .

لقد خلط المشرع الجزائري بين المانع من الزواج الذي يؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية العقد وبالتالي بطلانه وبين الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تتناقض ومقتضيات العقد والتي تؤثر على صحة العقد , وإنما يجب إلغاؤها,وهو مانص عليه في المادة 35 من قانون الأسرة التي تؤكد على صحة العقد وبطلان الشرط مع أن هذه الحالة هي التي يبطل بها العقد ,وبالتالي ينبغي تصحيح النص بحذف عبارة (مقتضيات) في المادة 32 من نفس القانون وإضافتها للمادة 35 بحيث يصبح النص في هذه المادة كالتالي : " إذا إقترن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضاه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا" كأن يشترط ألا مهر لها أو لا ينفق عليها ,أما حالة بطلان العقد بسبب الشرط فيكون في حالة كون الشرط ينافي أصل العقد كأن يكون شرط توقيت الزواج بمدة محددة<sup>2</sup>.

أما المشرع المغربي أورد لفظ الفسخ ستة مرات في مدونة الأسرة في المادة 32 حيث رتب عدم إستحقاق الزوجة الصداق قبل البناء في حالة وقوع فسخ للعقد, ورتب الفسخ قبل الدخول والتصحيح بعده فيما يخص الزواج الفاسد الذي يكون في حالة إختلال شرط من شروط الصحة ومنه مايفسخ قبل البناء وبعده وذلك في نص المادة 59 من نفس القانون, وكذا المادة 60 (يفسخ الزواج الفاسد

1-الرشيد بن شويخ,شرح قانون الأسرة المعدل, مرجع سابق,ص100.

2-الرشيد بن شويخ, شرح قانون الأسرة المعدل, المرجع السابق,ص99.

قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية ,ويصح بعد البناء بصداق المثل ,وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين) و المادة 61 من نفس القانون ( يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده .....), كما رتب القانون المغربي إمكانية الفسخ قبل الدخول وبعده في حالة عيوب الإرادة كحالة الإكراه والتدليس وذلك خلال شهرين من تاريخ زوال الإكراه كما سبق وذكرنا من خلال المادة 63 من المدونة .

لم ينص المشرع الجزائري على هذه الحالة المنصوص عليها في المادة 63 من مدونة الأسرة, و كذا نصت المادة 64 من نفس القانون بأن الزواج الذي يفسخ تطبيقاً للمادتين 60 و 61 أعلاه لا ينتج أي اثر قبل البناء ويترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه .

د- الأساس الفقهي لفسخ الزواج : إختلف الفقهاء في تحديد ذلك<sup>1</sup> , فمنهم من رأى أن الفسخ له تعلق بمحل العقد (المعقود عليه) من حيث تعيبه وعدم صلاحيته ومن هذا الفسخ للعيب في الزواج لتعذر الإستمتاع فيكون من قبيل إستحالة التنفيذ ومنه الفسخ لفوات شرط الوصف.

و يرى آخرون ان أساسه آثار العقد من حيث الوفاء بالإلتزامات فإن تعذر ذلك وإمتنع قام سبب الفسخ ولهذا قال الحنابلة بالفسخ لعدم الوفاء بالشرط الصحيح وهناك من رأى أن الفسخ قائم على قاعدة (دفع الضرر), قال ابن نجيم (وكثير من أسباب الفسخ ترجع الى قاعدة (لاضرر ولا ضرار)<sup>2</sup>.

ورأي عند الحنفية يذهب إلى أن أساس الفسخ هو عدم تحقق مقتضى العقد وهو قريب من الرأي الثاني<sup>3</sup>, ولا يبعد أن يكون أساس الفسخ قائم على مفهوم الرابطة بين الإرادة والمحل اللذان هما ركنا العقد فمتى كان المحل على حال يعيب الإرادة يجب الفسخ لأن الإرادة التي هي الركن الأساسي في العقد لا يظهر أثرها على المحل ومن ثم يستوجب الفسخ .

1- محمد نعيم أسماوي, نظرية الفسخ العقود في الفقه الإسلامي مكتبة الملك فهد الوطنية, المملكة العربية السعودية. 2006, ط1, ص382.

2- زين الدين ابن نجيم الحنفي, الأشباه والنظائر, تحقيق: محمد مطيع الحافظ, دار الفكر, دمشق, 1999, ط1, ص94 .

3- محمد سليمان حوران, مرجع سابق, ص290 .



هـ-قابلية عقد الزواج للفسخ: يرد في كتب الفقهاء المعاصرين كثيرا أن الزواج عقد لازم لا يدخله الفسخ كاصل عام لخصوصية الزواج وما يترتب عليه من آثار تمس جوهر الكرامة والحياة الانسانية للمتعاقدين ,بخلاف باقي العقود المبنية على المشاحة وموضوعاتها الأموال التي هي مبتذلة في الأصل ولا ترقى إلى أهمية موضوع الزواج الذي هو الحياة الانسانية وقدامى فقهاء الحنفية يقررون قاعدة ( الزواج لا يلحقه فسخ). وكذلك لانه عقد لازم لا تتراخى أحكامه عن أسبابه ولأن الفسخ يعيد المتعاقدين إلى حالهما الأصلي قبل الإنعقاد وهذا مستحيل في حق الزواج لطبيعته فلا يقع فيه التراد<sup>1</sup>.

والحقيقة أن القاعدة السابقة هي قاعدة خلافية إذ قال بها الأحناف فمنعوا فسخ النكاح مطلقا,والعبرة هنا بالزواج الصحيح لقولهم بفسخ زواج المتعة لفساده ,ولكن الشافعية فسخوا الزواج بالعييب وبالشرط الفاسد ,والحنابلة فسخوا بالعييب وعدم الوفاء بالشرط الصحيح وبفوات شرط الصفة.

وقد نازع ابن تيمية القائلين بمنع فسخ الزواج مطلقا في كتبه ( أن قول من قال من الفقهاء أن النكاح لا يقبل الفسخ لا دليل عليه بالكتاب والسنة والآثار والقياس تدل على نقيضه وأن النكاح يقبل الفسخ كما هو قول أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكثر السلف والخلفاء الراشدون أثبتوا الفسخ بالعيوب )<sup>2</sup>.

والمالكية يفسخون بالعييب وبفوات الوصف المشروط أيضا غير أن فسخ الزواج عند الجمهور فيما ذكرنا هو إستثناء وليس أصلا فيبقى الزواج عقدا لازما لا يصح فيه الفسخ الإتفاقي.

و-أسباب فسخ العقود ونطاق الفسخ في عقد الزواج.

و-1-أسباب فسخ لعقود بين الشريعة والقانون-الجزائري والمغربي- :تعدد أسباب فسخ العقود

1- أحمد بن محمد القدوري,التجريد, تحقيق: محمد أحمد سراج وعلي جمعة,دار السلام,القااهرة, 2004 ,ج9,ص444 .

2-إبن تيمية,نظرية العقد,مركز الكتاب للنشر,القااهرة,ص156.

في الشريعة والقانون منها<sup>1</sup>:

و-1-أ-أسباب الفسخ في القانون فهي لإستحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة أو بإتفاق الطرفين في حق العقد الصحيح , وهي أسباب لا ترد على الزواج .

و-1-ب-فأما في الفقه الإسلامي فقد يفسخ العقد الصحيح بسبب الخيار أو بسبب الأعدار الطارئة كإستحالة التنفيذ وهلاك المحل أو من خلال الإتفاق والتراضي في العقد غير اللازم أو بسبب عدم الوفاء بالشرط الجعلي الصحيح أو بشرط الصفة عند تخلفها .

والزواج الصحيح في الأصل لازم لا يدخله الفسخ إلا في حالتين :

1-وجود عيب في أحد الزوجين يمنع تحقق مقصود النكاح.

2- حدوث سبب طارئ موجب للفسخ كالردة من أحد الزوجين , أو طروء حرمة المصاهرة وهذا عند الحنفية والحنابلة.

وأما الزواج الفاسد قد تنشأ أسباب الفسخ معه إبتداء فيكون سببه شرط فاسد أو خلل في وصف العقد أي إختلال شرط من شروطه وقد تكون أسباب جلية متفق عليها يفسخ بها الزواج ذاتيا بحكم الشرع والأسباب الخفية للفسخ هي التي محل خلاف بين الفقهاء فالفسخ فيها للقاضي فإن أمضاه صح.

و-2-نطاق الفسخ في عقد الزواج: من المقرر قانونا أنه لا يقع الا في العقد الصحيح حماية

لمصلحة المتعاقد وأما العقد الباطل بطلانا مطلقا فلا يقع عليه الفسخ لأن كل من البطلان والفسخ هو جزء,وأما في الفقه فإن المالكية جعلوا الفسخ لا يدخل إلا على العقد الفاسد وأما الصحيح فيلحقه الطلاق فيكون الفسخ في نظرهم لحماية النظام العام ومن هنا فإن لم ينفذه العاقدان بإرادتهما وجب على المحكمة أن تقضي فيه من نفسها والنيابة تحرك الدعوى العمومية فيه ,وأما في باقي المذاهب فالفسخ يدخل على العقد الصحيح والفاسد ,وهو رأي وجيه لأن الفسخ لفوات الوصف المشروط أو للعيب قال به المالكية أيضا<sup>2</sup>.

1-محمد سليمان حوران,مرجع سابق,ص105,و نعيم أسماذي,مرجع سابق,ص135.

2-محمد سليمان حوران ,المرجع السابق,ط1,ص38 .

ي-وتكون طرق فسخ عقود الزواج الفاسدة, وهي ثلاثة أنواع مذكورة في الفقه الإسلامي وفي القانونين الجزائري والمغربي كالتالي:

ي-1-الفسخ الإتفاقي:وهو لا يتصور إلا في العقد الصحيح بمثابة الإقالة في البيع ولما كان الزواج من العقود التي الأصل فيها اللزوم حيث الفسخ فيها إستثنائي,فإنه لا يجوز ولا يتصور الفسخ الإتفاقي في الزواج<sup>1</sup>.

ي-2-الفسخ بقوة الشرع و القانون:وهذا الفسخ لحق الشرع محافظة على النظام العام ونطاقه الأتكة المتفق على فسادها كنكاح المتعة حيث يفسخ النكاح المتفق على فساده من نفسه ولا يحتاج إلى حكم قضائي وإن حكم فيه فهو حكم تقريري كاشف لامنشى<sup>2</sup>.

ي-3-الفسخ القضائي:وهذا الفسخ كما يكون حقا للشارع حماية للنظام العام يأتي في العقد الصحيح رعاية لحق العبد أي حماية لمصلحة المتعاقد ,عند الفسخ بالعيب أو لفوات الوصف المشروط أو لإمتناع الوفاء بالشرط الصحيح عند الحنابلة,ومن الأول فسخ الأتكة المختلف فيها إذا رفعت إلى القضاء حسبة لله في رأي المالكية<sup>3</sup> وغيرهم .

فيطلق الفقهاء عبارة الفسخ على العقد الباطل ويقصدون تنفيذ حكم البطلان بوجوب التفريق القضائي بين الزوجين فيه وهو حق النظام العام أو حق الله في لغة الفقه الإسلامي رعاية للمصلحة العامة ,وبطلان هنا مقرر بإرادة الشارع ولا إلتفات لإرادة العاقدين والعقد الباطل معدوم والحكم القضائي مقرر غير منشيء.

1- محمد نعيم أسمادي,مرجع سابق,ص174-176.

2-إبن رشد الحفيد, مرجع سابق, ج 4, ص 28 والمقدسي إبن قدامة, المغني , مرجع سابق, ج 7, ص 343 .

3-أحمد الغندور,الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي, مكتبة الفلاح,الكويت,1972, ط1,ص540, والرشيد بن شويع,دروس في نظرية الإلتزام, مرجع سابق, ص144.

وكون عقد الزواج الفاسد مستحق للفسخ بل واجب للفسخ رعاية لحق الشارع في دفع الفساد وسببه ,إذ الفساد في العقد معصية والزجر عنها وعدم إقرار الفساد على فساده واجب في الشرع ,والعقد المفسوخ عديم مسلوب المشروعية وإن كان منعقدا من وجه<sup>1</sup> ,وخصوصة عقد النكاح لتعلقه بالكرامة الإنسانية تجعل العلاقة الزوجية لا تقوم إلا على الحل والمشروعية التامة ,فإذا تبين فساد النكاح وجب على الزوجين فسخه فإذا كان متققا على فساده وإمتنعا وجب على القاضي بسطته أن يفرق بين الزوجين وحكمه في هذا النكاح الفاسد مقرر وكاشف إذ هو معدوم بمنطوق الشرع فإن كان مختلفا فيه ففسخه موكول للسلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة ومدونة الأسرة كذلك مالم يرد فيه نص قانوني وفسخه واجب فقها خلوصا من المعصية والمالكية يفسخوا المختلف فيه قبل الدخول وجوبا وينظروا فيه بعده إنطلاقا من ضعف علة الفساد وقوتها فيفسخون أنواعا ويصحون أخرى.

#### ثانيا: التصحيح .

أ-تعريف التصحيح: عرفه السنهوري بقوله (تصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانونا إلى جعله صحيحا) ولكنه تعريف غير جامع لجميع حالات التصحيح وعرفه بعضهم ( أن تصحيح العقد هو بإزالة العيب الموجب لبطلان العقد أو بإصلاحه )<sup>2</sup> .

وعرفه منصور حاتم ( زوال البطلان أو إحتماله بوسائل تستند إلى إرادة المشرع يترتب عليها, الإبقاء على العقد صحيحا بأثر رجعي) ويمكن قول بأن تصحيح العقد هو إجراء تعديل في الصورة التي أنعقد بها الزواج الفاسد ليوافق العقد الصحيح في نظامه التشريعي .

وأما في الفقه الإسلامي فلا تكاد تجد تعريفا لتصحيح العقد حسب ما إطلعت عليه وإن تردد مصطلح تصحيح الزواج الفاسد كثيرا في كتب المالكية .

1-محمد فتحي الريني,النظريات الفقهية,منشورات جامعة دمشق,دمشق,1997,ط4,ص380, ومحمد الزحيلي,النظريات الفقهية,دار القلم ,دمشق, 1998,ط1,ص121 .

2- محسن منصور حاتم,فكرة تصحيح العقد,دار الكتب القانونية,القاهرة,2010, ص26.

ب- الأساس التشريعي لتصحيح العقد: إن التصحيح في الفقه الإسلامي لا يتناول العقد الباطل غير المنعقد بإعتباره معدوماً فإما لبعض عناصره الجوهرية و(المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً)<sup>1</sup> فلا يلحقه تصحيح أو تعديل, وإنما يتصور تصحيح العقد في العقد الفاسد بمصطلح الأحناف وهو الذي يكون منعقداً مشوباً بعيب يمنع مشروعيته حيث سلمت أركانه التي تشكل ماهيته الشرعية .

والإتجاه الفقهي العام في التصحيح أن يكون بإرادة المشرع أي بقوة القانون وذلك لأن أحكام الزواج من النظام العام وإن وجد من يستند التصحيح إلى العاقدين .

وأما التصحيح المشار إليه في العقد القابل للإبطال أو المشوب بالبطلان النسبي في القانون فهو يقابل العقد الموقوف , وهو عقد صحيح غير فاسد في الفقه الإسلامي وإنما هو مهدد بالفسخ لصالح أحد العاقدين , وحماية لمصلحته فإن إجازة العقد الموقوف من حق العاقد, ومن جنس ذلك العقود الفاسدة إلى تختل فيها الإرادة أو الرضا بأحد عيوبها, فإن تصحيح هذا النوع من العقود المهددة بالبطلان يكون بالإجازة ممن له مصلحة من العاقدين في تصحيحه, وعليه فإن تقسيم الفقهاء للعقود تقسيماً ثلاثياً إلى صحيح وفاسد وباطل وإن كانت علته هي سبب الخلل من حيث كونه جوهرياً أو غير جوهري فإن الغاية من التقسيم هي التمييز بين ما يقبل التصحيح من العقود غير الصحيحة ومن ثم يتدارك العقد وما لا يقبل التصحيح فيكون العدم هو حكمه.

إن التنظير الفقهي والتفريع الفقهي في المذاهب الفقهية إضطر بعض المذاهب إلى القول بتطابق البطلان والفساد في العقود إلى التفرقة بين العقود الباطلة من حيث قابلية التصحيح ومنهم المالكية الذي صححوا بيوعاً فاسدة بالفوت بعد القبض , ولم يقتصر الأمر على ذلك بل تعداه إلى عقود الزواج حيث يرى المالكية الدخول في الزواج الفاسد يعتبر فوتاً في بعض حالات الفساد وقالوا بتصحيحه بإزالة سبب الفساد, إذ نقل ابن عبد البر عن القاضي إسماعيل قوله (ويشبه على مذهب مالك أن يكون الدخول فوتاً وأن لم يتناول)<sup>2</sup>.

1- محمد فتحي الدريني, مرجع سابق, ج1, ص183.

2- ابن عبد الله النمري ابن عبد البر, الإستنكار, تحقيق: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض, دار الكتب العلمية بيروت, 2000, ج5, ص395.

ولعل أكثر من كتب شرحا ومحللا للعقود الفاسدة والباطلة في الفقه الإسلامي من المحدثين لم يتوقف طولا عند حكمة التقسيم الثنائي للعقد غير الصحيح وأن الغاية من ذلك إمكانية التصحيح من عدمها يقول الزرقا (نظرية الفساد قد وجدت لتكون فرجا لا حرجا)<sup>1</sup>، فإزالة أسباب الفساد في التصرفات لينقلب العقد الصحيح، كلا أو جزءا تلافيا للخلل وكل ذلك من مقصد الشارع<sup>2</sup>.

لم يبين كل من المشرع الجزائري والمغربي تصحيح عقود الزواج في قانون الأسرة ومدونة الأسرة مما يعيدنا إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري من خلال المواد 100 و 104 التي تنص على: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، لا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله"، و 105 التي جاء فيها "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا بإعتباره العقد الذي توفرت فيه أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد" وبالتالي نجد في القواعد العامة من خلال نص المواد سابقة الذكر أن تصحيح العقد يكون وفق لنظرية إنتقاص العقد أو نظرية تحويل العقد حسب قضية الحال غير أنه حرى بالمشرع الجزائري أن يتناول مسألة تصحيح عقود الزواج نظرا لطبيعتها وخصوصيتها وكذا أهميتها الكبرى من كل النواحي حيث أن نظرية تحويل العقد مثلا لا تصلح في مجال عقود الزواج ونستشف نفس الأمر بالرجوع إلى المواد 307-310 و المادة 318 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي، فإن إزالة الجزء الفاسد كفيل بتصحيح العقد وإثمار نتائجه ويتم تجنب بطلان العقد كله ويتم إنقاذ العقد بإنتقاصه<sup>3</sup>، ويشترط لذلك قابلية العقد للتجزئة وعدم تأثير الشق الباطل على العقد وأن لا يكون الخلل العقدي جسيم مع بطلانه في جزئه فقط ولا يكون باطلا بطلانا مطلقا بحيث يكون العقد صحيحا في كليته أما فيما يخص تصحيح عقد الزواج الفاسد بالشرط بإنتقاصه فيقول الدريني (فمقتضى نظرية الفساد أن الشرط الفاسد إذا أسقط إنقلب العقد صحيحا وهو من قبيل ما يسمى في القانون إنتقاص العقد، حيث يسقط الوصف الباطل ويبقى الأصل صحيحا).

1- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص769.

2- فتحي الدريني، مرجع سابق، ج1، ص186.

3- منصور حاتم، مرجع سابق، ص17.

كما أن المالكية عرف عنهم تصحيح فساد العقد بإسقاط العاقد للشرط الفاسد.

**ج- نطاق تصحيح عقد الزواج الفاسد:** فكما سبق وذكرنا أن كل من المشرعين الجزائري والمغربي لم يبيينا فكرة تصحيح عقود الزواج ورأينا العودة إلى القواعد العامة وكذا الفقه الإسلامي سنرى نطاق تصحيح العقد الفاسد , فالتصحيح في القانون آلية ووسيلة للبطلان الجزئي تستهدف بقاء العقد صحيحا بانتقاص أو تعديل في البنود الباطلة في العقد أو تصحيح قيمة الأداء المقابل بإرادة المشرع أو بسلطة القاضي<sup>1</sup> وأما في الفقه الإسلامي فهي إزالة أسباب فساد العقد المتمثلة في أجزاء فرعية منه, لينقلب صحيحا بإرادة الشارع .

فالعقد الباطل لا حكم له مطلقا ولا ينقلب صحيحا أبدا , ولكن الفاسد يصبح صحيحا بزوال صفة الفساد وعقود الزواج الفاسدة أنواع من حيث قابليتها لتصحيح<sup>2</sup>:

1- الزواج الباطل لوجود مانع في الزوج أو الزوجة , كأن تكون الزوجة من المحرمات أو الزوج مشركا , والخلل هنا في محل العقد في تعليل الفقهاء , وهذا النوع غير قابل للتصحيح فهو باطل لا فاسد.

2- الزواج الفاسد لشرط اقترن به ما يخل بنظامه التشريعي, وله صور منها النكاح الذي دخله التأقيت كنكاح المتعة أو صريح الشغار لسقوط المهر منه فإنه غير قابل للتصحيح ونكاح التحليل وهذا عند جمهور الفقهاء وأما الأحناف فتبعا لنزعتهم الموضوعية في العقود ولعدم إعتادهم بالبائع فإنهم يصححون هذه الزيجات عدا نكاح التأقيت .

3- الزواج الذي إقترن به شرط مؤثر في آثار والتزامات العقد, وهي جملة الشروط التي يقول الفقهاء بعدم تأثيرها في العقد وهم يقصدون أنه سلم معها جوهرالعقد ومقوماته وكان تأثيرها منحصرًا في الإلتزامات والآثار , والعقد إذا سلم في تكوينه أنتج آثاره بالقوة ولا عبرة بشرط ناقض ذلك, غير أن

1- ربما فرج مكي, مرجع سابق, ص29-152.

2- صبجي محمصاني, النظرية العامة للموجبات والعقود, دار العلم للملايين ببيروت, 1972, ط 2, ص490.

القول بعدم تأثر العقد بالشرط الفاسد مطلقا بعيد فحتى الحنفية القائلين بعدم تأثير الشرط الفاسد في عقد الزواج أوجبوا معه مهر المثل بدل المهر المسمى وهذا دليل على نوع تأثير الشرط الفاسد في العقد ومن ثم يكون تصحيح العقد واردا على هذا النوع من العقود الفاسدة المتمثل هنا في إيجاب مهر المثل بدل المسمى الفاسد بالشرط عندهم .

#### د- أنواع التصحيح الواردة على العقد الفاسد المقترن بالشرط.

د-1- التصحيح الإرادي -إختياري-: وهو الموكول فيه التصحيح لإرادة المتعاقدين وذلك الأصل في مطلق التصحيح عند فقهاء القانون فيما يسمى بنظرية إنقاص العقد إذا كان بطلان العقد بطلانا جزئيا وهو الإستثناء عند فقهاء الإسلام ويتم قضائيا، ويعد من مفردات الملكية في باب البيوع وقول معتبر في تصحيح عقد الزواج الفاسد ذكره اللخمي في تبصرته<sup>1</sup> ونقله صاحب الميارة<sup>2</sup> وهو إختيار الإمام تيمية في تصحيح عقود الزواج المقترنة بالشرط الفاسد<sup>3</sup> .

يقول السنهوري ( يصح العقد المقترن بشرط فاسد بإسقاط هذه الشروط ممن له مصلحة فيها)<sup>4</sup>.

كما ورد عن أبي بكر بن العربي في تقسيمه للشروط في الزواج فقال: (وتقصى مالك رضي الله عنه الشروط المقترنة بالعقود في فتاويه على ثلاثة أقسام منها: شرط يبطل العقد رأسا، ومنها شرط يبطل في نفسه , ومنها شرط إن عزل عن العقد صح وإن ربط بالعقد بطل)<sup>5</sup>, فعبارة أنه (عزل عن العقد) أي أسقط والإسقاط مرجعه إلى العاقد وهو مفهوم الإنتقاص لأن عبارة الفقهاء عند إسناد الإسقاط إلى الشرع يقال يصح العقد ويسقط الشرط على سبيل الجزم لا الإحتمال .

1- أبي الحسن اللخمي، التبصرة، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، إصدار وزارة الأوقاف، قطر، ج4، ص1871.

2- أبي عبد الله الميارة، شرح ميارة الفاسي، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن دار الكتب العلمية، بيروت 2000، ج1، ط1، ص279.

3- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج، دار النفائس، الأردن، 2012، ط4، ص185.

4- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، دار النفائس، الأردن، 2012، ج4، ط4، ص157.

5- العربي أبو بكر، القبس في شرح الموطأ مالك، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، ج2، ط1، ص700.



د-2- التصحيح الجبري: وهو المشهور على ألسنة الفقهاء في باب الزواج سمي كذلك لأن النص التشريعي بإعتباره مصدرا للتصحيح يقرر وجوب التصحيح جبرا على إرادة المتعاقدين وهذا يكون عندما يأتي البطلان مخالفا لقاعدة قانونة هدفها النظام العام أوالمصلحة العامة وهذه الأخيرة لا تستلزم إنعدام العقد وهدف التصحيح هنا هو جعل العقد متوافقا مع النظام العام فبدلا من تقرير البطلان الكلي تكون مع تصحيح العقد الباطل بإستبعاد الجزء الباطل<sup>1</sup> .

والبعض من فقهاء القانون يجعلون التصحيح الجبري أو بقوة القانون هو البطلان الجزئي وهو يخالف نظرية إنتقاص العقد في جوهر الإعتداد بإرادة المتعاقدين في تصحيح العقد من عدم ذلك ,والتصحيح يترتب عليه إستقرار العقد صحيحا بعد أن كان متأرجحا بين الصحة والبطلان<sup>2</sup>.

1-منصور حاتم,مرجع سابق,ص135.

2-إبراهيم علي أحمد الطنجي,طرق تصحيح العقد الفاسد,مجلة الشريعة والقانون,جامعة الإمارات,الإمارات,سنة 2007,العدد 31.

## المبحث الثاني :

أثر الزواج غير الصحيح في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي.

وفيه مبحثين:

**المطلب الأول:** أثر الزواج الباطل في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي.

**المطلب الثاني** أثر الزواج الفاسد و نكاح الشبهة في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري

والمغربي.

## المطلب الأول: أثر الزواج الباطل في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي.

بعد أن تطرقنا لمفهوم ومعيار الزواج الباطل والتعليل الأصولي نأتي لبيان أثره في ثبوت النسب.

### الفرع الأول: أثر الزواج الباطل في ثبوت النسب في قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة 40 من ق.أ<sup>1</sup> "يثبت النسب ...، وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون" وكذا نص المادة 58 من م.س "تصرح المحكمة ببطلان الزواج ... كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب ... " ونص المادة 64 منها "الزواج الذي يفسخ ... وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه".

إن النكاح الباطل، كما يقول الأستاذ فضيل سعد، لا يترتب إلا أحكاما عرضية بوصفه واقعة مادية تستوجب التنظيم في نظر الإسلام والشريعة الإسلامية، بخلاف العقد الفاسد أو النكاح الفاسد الذي يقوم غير مستوفي لشروط النكاح الشرعي<sup>1</sup>، فبمجرد التصريح ببطلان الزواج تستبريء المرأة ويلحق نسب الأبناء (م34 من ق.أ)، فإذا أثبت الرجل حسن القصد والنية، كأن يتزوج إمراة محرمة عليه شرعا دون علمه؛ كمن يتزوج بأخته من الرضاع دون علمها، فيتم الدخول والحمل الخطأ. فإن الولد يلحق بالزوج، وينتج الزواج آثاره فيما يخص حرمة المصاهرة، ولا يطبق الحد عليهما للشبه، قال العلامة ابن عاصم المالكي:

وحيث درء الحد يلحق الولد في كل ما من النكاح قد فسد<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: أثر الزواج الباطل في ثبوت النسب في مدونة الأسرة المغربية.

وبالنسبة للمشرع المغربي إنطلاقا مما جاء في المادة 58 من مدونة الأسرة يمكن القول أن النسب يلحق في الزواج الباطل بالزوج متى كان الزوج حسن النية، وهذا الأخير يكون حسن النية متى كان جاهلا بسبب بطلان عقد الزواج، أما في الحالة التي يكون فيها الزوجان أو أحدهما سيء القصد

1- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ج1، ص163.

2- ابن عبد السلام التسولي. مرجع سابق، ج1، ص269.

فإن الولد لا يلحق بالزوج لأنه ابن زنا وضابطه أن كل نكاح يترتب عليه الحد لا يلحق فيه الولد بأبيه وقد وضع الفقهاء قاعدة شرعية مفادها أنه " لا يجتمع حد ونسب"<sup>1</sup> مع وجود بعض الإستثناءات التي تمس هذه القاعدة هي:

1-إن تزوج امرأة كان قد طلقها ثلاثا من غير أن تتزوج غيره.

2-إن تزوج امرأة تحرم عليه حرمة مؤبدة.

3-إن تزوج امرأة خامسة.

فمتى تحقق الحمل في هذه الحالات فإنه يلحق بالزوج ولعل هذا راجع إلى محاولة حماية عرض المرأة ونسب الأولاد.

تبقى الإشارة في الأخير إلى وجوب الإستبراء ويقصد به أن تتربص الزوجة بعد الفسخ مدة معينة ولا ترتبط فيها بزواج آخر، فالإستبراء هنا يأتي مقام العدة وهو حسب البعض من المالكية يكون بحيضة واحدة وحسب البعض الآخر يكون بثلاث.

## المطلب الثاني:أثر الزواج الفاسد ونكاح الشبهة في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي.

بعد ما تناولنا مفهوم الزواج الفاسد ونكاح الشبهة لدى كلا المشرعين نأتي لبيان أثرهما على النسب.

### الفرع الأول:أثر الزواج الفاسد في ثبوت النسب من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة.

#### أولا:أثر الزواج الفاسد في ثبوت النسب في قانون الأسرة الجزائري.

إن الزواج الفاسد تثبت له بعد الدخول بعض الآثار القانونية منها:ثبوت النسب مع وجوب التفرقة بين الزوجين,وذلك لمصلحة الولد خشية من ضياع نسبه<sup>2</sup> وذلك إذا ما توافرت شروط إثبات النسب

1-مقتضى ذلك أن الحد أي العقوبة المقررة شرعا ، لا يطبق إلا إذا كان للشخص قصد جنائي أي عالما كل العلم بواقعة التحريم حيث نزل فعله منزلة فعل الزاني ويأخذ حكمه والقاعدة أن الزاني لا يلحق به النسب متى حملت الزانية منه .

2- العربي بالحاج, مرجع سابق,ج1,ص381 .

الموجودة في الزواج الصحيح من دخول حقيقي بالمرأة، وأن يمضي على الزواج الفاسد أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي، أما أقصى فترة الحمل بالنسبة للزواج الفاس فإنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين، فإن جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر إعتباراً من يوم التفريق ثبت نسبه من أبويه<sup>1</sup> فإنه لا فرق في قانون الأسرة الجزائري بين الصحيح والفاسد من حيث ثبوت نسب الأولاد الذين حملت بهم بهذا الدخول (م34 و40 من ق.أ)، فكلاهما فيه إلحاق الولد بابيه إذا جاءت به أمه لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول، ولمدة أقصاها (10) أشهر من تاريخ التفريق أو الانفصال بين الزوجين (م42 و43 من ق.أ)، وكان إجتهد المحكمة العليا صائبا في نصه على ثبوت النسب في الزواج الفاسد إذا وقع الدخول بالفعل، إحتياطا لإحياء الولد وعدم ضياعه ووجوب العدة على المرأة في هذا النكاح لأن الشبهة عند الدخول في هذه الحالة قوية ولا نفي إلا باللعان .

### ثانيا: أثر الزواج الفاسد في ثبوت النسب في مدونة الأسرة المغربية.

فإنه بخلاف الزواج الفاسد لصدائه<sup>2</sup> يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده تطبيقا للمادة 61 من مدونة الأسرة ، ولا يفسخ الزواج ، الفاسد لعقده إلا بحكم قضائي وإن كان يعتد فيه بالطلاق أو التطليق الواقع قبل صدور الحكم بالفسخ وهذا ما يستفاد من الفقرة الأخيرة من المادة 61 من مدونة الأسرة مع العلم أن الطلاق هنا يكون في كافة الأحوال بائنا ، والقاعدة العامة ، أن الزواج الذي فسخ قبل البناء لا يرتب شرعا أي أثر ، ولا يستحق به الصداق ولا النفقة ولا الإرث وليس على المرأة عدة ولا إستبراء ( المادة 64 ) مثله في ذلك مثل الزواج الفاسد لصدائه الذي فسخ قبل البناء ، أما بعد البناء فقبل فسخ عقد الزواج الفاسد يرتب هذا العقد الذي أعقبه البناء بالزوجة كل آثار الزواج الصحيح بحيث يستحق به المهر كاملا وتستحق النفقة وتبوث النسب التوارث وهكذا وتتوقف كل هذه الآثار بالحكم يفسخ عقد الزواج هذا ما يستفاد من المادة 64 ، وعلى الرغم من ذلك يجب على المرأة

1- من ملحّة الغوثي، قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص147، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007، ص102 .

2- أنظر محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2005، ط1، ص300.

أن تعتد ويثبت بهذا الزواج نسب الحمل أو الولد إن وجدا دون الإعتداد بنية الزوج أي أن النسب يثبت في هذه الحالة في كافة الأحوال سواء كان الزوج حسن أو سيء النية سيء النية خلافا للزواج الباطل وأن يرتب الزواج الفاسد حسب الفقه المالكي بعد البناء نفس آثار الزواج الصحيح من حيث عدد الطلقات ومن حيث التحريم<sup>1</sup>، فيثبت النسب بتوافر شروط إثبات النسب الموجودة في الزواج الصحيح سابقة الذكر .

### الفرع الثاني: أثر نكاح الشبهة في ثبوت النسب من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة.

لقد سبق وذكرنا أن نكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص والشبهة في عقد الزواج تظهر بأشكال مختلفة؛كالشبهة في الحكم أو الشبهة في العقد وكذا الشبهة في الفعل،وللفقهاء آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بالشبهة،ففي بعضها أثبتوا النسب، وفي بعضها الآخر لم يثبتوه؛ومرد ذلك إلى الحكم على واقعة الدخول هل تعتبر كالزواج الفاسد أو كالباطل، وماينشأ عنه من آثار أخرى غير النسب،من حيث العقوبة أو من حيث الأحكام كالعدة والصداق وحرمة المصاهرة وغير ذلك،ومن هنا فإن الزنا لا يثبت النسب،لقوله صلى الله عليه وسلم"الولد للفراش وللعاهر الحجر"،ولأن ثبوت النسب نعمة،والزنا جريمة، والجريمة يستحق صاحبها العقاب،هذا إذا خلا عن الشبهة المسقطه لحد الزنا،فإن كانت هناك شبهة لمحو وصف الجريمة،أو تسقط الحد فقط،فإن النسب يثبت إجماعاً<sup>2</sup>.

### أولاً: أثر نكاح الشبهة في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري.

إن الوطاء المستند إلى شبهة نكاح، لا هو زنا يجب فيه الحد، ولا هو دخول حقيقي يرتكز إلى عقد نكاح، ولذلك يلحق فيه الولد بأبيه،لأنه نكاح مختلف فيه والإختلاف شبهة،والشبهة تفسر لصالح الولد إذا ولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها من تاريخ الدخول(م34و40و41و42و43و44 من ق.أ).

1-محمد الكشور ، البنية والنسب في مدونة الأسرة-قراءة في المستجدات البيولوجية-، مرجع سابق، ص497و498 .

2- العربي بالحاج، مرجع سابق، ج1، ص383 .

والحقيقة أن الشبهة تثير الكثير من المشاكل في إثباتها من الناحية القانونية, لأن الزاني قد يحاول التمويه أو التستر بالشبهة ,وعلى هذا الأساس يؤكد الفقهاء (ومن ضمنهم المالكية) على ضرورة إثباتها, وله في ذلك جميع الوسائل الشرعية في الإثبات<sup>1</sup>.

وقد سايرت المحكمة العليا موقف جمهور الفقهاء, عندما قررت بأنه لا يعتبر دخولا مايقع بين المخطوبين من علاقات جنسية قبل إبرام عقد الزواج أو حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها وتزوجت بشخص آخر بالفاتحة رغم صدور الحكم بالطلاق ووجودها في العدة الشرعية, بل هو عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد, وكل مانتهج عنها لا يفيد البتة المشروعة.

ونؤكد في هذا الشأن أنه إن نتج عن الإتصال بشبهة حمل في المدة المقررة قانونا وأنكر الرجل ذلك الحمل أمكن اللجوء إلى جميع وسائل الإثبات الشرعية والقانونية المقنعة للقاضي<sup>2</sup>.

### ثانيا: أثر نكاح الشبهة في ثبوت النسب لدى المشرع المغربي.

نص المشرع المغربي في المادة 152 من مدونة الأسرة أسباب لحوق النسب, فأعتبر الشبهة مما يثبت به النسب كما ضبط هذه الشبهة بقواعد إثبات النسب حيث نص في الفقرة الأولى من المادة 155 على مايلي: "إذا نتج عن الإتصال بشبهة حمل, وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل أو أكثرها, ثبت نسب الولد من المتصل", فيتضح من منطوقها, أعمال المشرع لقاعدة أقل مدة الحمل وأكثرها, ثبت نسب الولد من المتصل", فيتضح من منطوقها, أعمال المشرع لقاعدة أقل مدة الحمل وأكثرها.

1- العربي بالحاج, مرجع سابق, ج1, ص383 و384.

2- الجيلالي تشوار, نسب الطفل في القوانين المغربية للأسرة بين النقص التشريعي والتتحيات المستحدثة, مجلة العلوم القانونية والإدارية, جامعة تلمسان, 2004, عدد2, ص25 ومايليها, و الرشيد بن شويخ, الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه, مجلة العلوم القانونية و الإدارية, مقال سابق, ص 39 ومابعدها.

بما أن الإتصال بشبهة هو عبارة عن واقعة مادية يبقى تقديرها خاضعا للسلطة التقديرية لمحاكم الموضوع, وفي ذلك تنص مدونة الأسرة في الفقرة الثانية من المادة 155: "يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعا", وبإستقراء المادة 156 من المدونة يتبادر في ذهننا ما العلاقة بين مفهوم الشبهة وما تتضمنه هذه المادة ؟

حيث يرى الأستاذ عبد الكريم شهبون أن الشبهة هي توافر الشروط الواردة بالمادة المذكورة ويرى الأستاذ يونس الزوهري أن الشبهة المنصوص عليها في المادة 156 ذات معنى جديد غير الذي نظمه الفقه الإسلامي<sup>1</sup> أما الأستاذ محمد التاويل<sup>2</sup> فله رأي آخر إذ أعتبر أن الإحتجاج بالخطوبة وإعتبارها بمثابة وطء بشبهة يدرأ فيه الحد ويلحق فيه النسب هو إحتجاج باطل وقياس فاسد وفهم خاطيء لوطء الشبهة وتوسع في مفهومه دون سند أو دليل لأن الوطء بشبهة محصور عند القائلين به في حالات معينة وأن من شروطه أن يعتقد الواطئ وجود السبب المبيح للوطء وهو ما لا يتوفر في حالة وطء الخطيبة وما يقال من سلامة القصد وحسن النية لا يبيحان الإقدام على الحرام ولا يعذر بهما الخاطب كما أن الخطبة ليست زواجا بالإجماع وأن الإجماع منعقد على حرمة الإستمتاع بالخطيبة قبل العقد عليها.

في حين يرى الأستاذ محمد المهدي أن الخاطب والمخطوبة في نص مدونة الأسرة يجمعهما عقد شرعي بحكم الإيجاب والقبول اللذين صدرا منهما وظهور الحمل قبل الإشهاد يعني أنه حصل الدخول قبله ونكون أمام زواج مختل شرعا والحكم فيه.

كما يرى المالكية الفسخ ولا حد على الزوجين إن إشتهر زواجهما وحصلت الإستقاضة ولو علما بوجود الإشهاد, أما إن لم يكن فاشيا فيجب عليهما الحد ولو كانا مجهلان وجوب الإشهاد<sup>3</sup>.

1-يونس الزوهري, آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة, مجلة المنتدى,, يونيو 2005, العدد 5, ص 94 .

2-أحد أعضاء اللجنة الإستشارية المكلفة بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية في مقال له بعنوان:الخبرة الطبية وأثرها في ثبوت النسب ونفيه في المنظور الإسلامي, منشور بجريدة المحجة, عدد 263, بتاريخ 2006/10/16, الحلقة الرابعة, ص 11 .

3-محمد المهدي, ثبوت النسب ونفيه في مدونة الأسرة, مجلة القضاء والقانون المغربية, 2007, عدد 494, ص 73 .



**الملاحظة الأولى:** الخطبة كما عرفتها المدونة في المادة 5 تواعد بالزواج ومجرد الوعد لا ينشئ إلتراما إعمالا للفصل 14 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي, فضلا عن عدم نكر الصداق الذي يعد شرط صحة في عقد الزواج ,أما عن حصول الإيجاب والقبول فإستحضارا لمنطوق المادة 10 فهو ركن في إنعقاد الزواج لا الخطبة وعليه تم الخلط بين المؤسستين في محاولة لترتيب نفس الآثار عنهما.

**الملاحظة الثانية:** بخصوص الظروف القاهرة التي تحول دون توثيق عقد الزواج,السؤال:ماهي حدود هذا الظرف القاهر؟ولماذا لم يعبر المشرع المغربي بمصطلح القوة القاهرة كما هو الشأن في منطوق الفصل 269 من قانون اللتزامات والعقود؟فنستخلص أن الحكم في المسألة يضل تقديريا,تبعاً لظروف كل نزاع.

**الملاحظة الثالثة:** عند التمييز يتبادر إلى الذهن سؤال حول ماهية الشبهة المقصودة؟فالشبهة كما لا يخفى عنكم إما شبهة فعل,أو عقد أو محل,وليس في الخطبة شيء من ذلك,فالخاطب والمخطوبة يعرفان بعضهما تماما والعلاقة الجنسية التي أدت إلى الحمل تم السعي إليها من الطرفين عن وعي وإقتناع<sup>1</sup>.

**الملاحظة الرابعة:**إنعدام التوافق بين مقتضيات المادة 156 والمادتين 19 و20 من مدونة الأسرة ,و اللتان تنصان على أهلية الزواج التي تكتمل بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمانية عشرة سنة ,وإستثناء من القاعدة يمكن لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن لزواج الفتى والفتاة دون الأهلية.

فإذا كان المشرع قد إشتراط سنا محددًا في الزواج,فإنه بخلاف ذلك لم يشترط سنا محددًا للخطبة,وبالتالي سيفتح الباب أمام القصر ذكورا وإناثا للتحايل على القانون في حالة رفض قاضي

1-محمد جوهر,إثبات ونفي النسب بين الطب والعجب,مقال منشور بالمجلة المغربية القانون والإقتصاد والتنمية ,عدد خاص باليوم الدراسي حول الأسرة المغربية بين الفقه المالكي والقانون الوضعي ,سنة2004, العدد50,ص153.

الأسرة الإذن بالزواج، فيلجأ القاصر إلى مراسيم الخطبة وينجب مايشاء من الأطفال الشرعيين ضدا على مقرر رفض الإذن متذعرا بمقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة، كما يمكن إستعمالها كحيلة للتعدد في حالة تعذر الحصول على إذن بذلك.

**الملاحظة الخامسة:** نفس الشيء يلاحظ على مقتضيات المادة 154 و156، حيث أن أقصى مدة الحمل هي سنة من تاريخ الفراق<sup>1</sup> فقد يتقدم رجل لخطبة امرأة فور إنتهاء عدتها من مطلقها، فيظهر حمل بالمخطوبة، فيتقدم الخاطبان بطلب إثبات النسب في إطار المادة 156، ويتدخل أيضا المطلق ويتقدم بدعوى إثبات النسب في إطار المادة 154، فهل ستقضي المحكمة بنسبة الحمل للخاطب أم للمطلق؟.

**الملاحظة السادسة:** تنص المادة 490 من القانون الجنائي على: "أن كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة زوجية تكون جريمة فساد يعاقب عليها بالحبس من شهر واحد إلى سنة".

وقد يحدث أن تتابع النيابة العامة الطرفين، من أجل جنحة الفساد، فيدليان أمام القضاء الجنحي بحكم شرعي سبق أن قضى بنسبة الحمل للخاطب في إطار المادة 156 فهل هذا الحكم سيشفع لهما في البراءة؟<sup>2</sup>.

---

1- كان أقصى أمد الحمل المعتمدة قبل صدور مدونة الأحوال الشخصية هو خمس سنوات وفي ذلك يقول ابن عاصم في تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام في فصل فيما يجب للمطلقات وغيرهن من الزوجات من النفقة وما يلحق بها: وخمسة الأعوام أقصى الحمل وستة الأشهر في الأقل.

2- نجد محكمة الإستئناف بالرباط-غرفة الجنايات- قررت مايلي: "حيث أن قاعدة التجريم الجنائية تصبح والعدم سواء متى أتى قانون جديد وأباح سلوكا كان جانحا في ظل قانون سابق".

الأختام

الزواج أخطر العقود وأهمها في حياة الإنسان على الإطلاق وذلك مقرر في المذاهب الفقهية والإعتبار القانوني فهو رابطة تمتد مع العمر إلى نهايته، وتتناول وتشمل صفحة الحياة وعمقها لكل من الزوجين بقرينه إجتماعيا وقانونيا وبمقتضى المصالح الحياتية المشتركة بينهما، وهذا ما جعل للزواج خصوصية تشريعية في الإسلام وعند المشرع الجزائري والمغربي، حيث آثاره تتجاوز الزوجين إلى عائلتيهما بروابط النسب بل تتجاوزهما إلى المجتمع العام والأمة، لأن الأسرة التي هي غاية الزواج تمثل المكون الأساسي للمجتمع، ولهذا وجدنا الشريعة الإسلامية تعنى بتفاصيل أحكامه سواء في نصوص الوحي كتابا وسنة أو على مستوى الفقه الإجتهادي، وإنعكس هذا على التشريع الجزائري والمغربي، فالأجل هذه المعاني كان الزواج أولى العقود أن يتأسس على مبدأ الرضا فلا يقدم عليه كل من الزوجين إلا بعد روية وثبتت ورضا لأنه سيجعل للآخر سلطانا على حياته وشريكا له فيها، وهذا ما جعل الشارع الحكيم يشترط في هذا العقد الولي والشهود وشروطا أخرى حماية لحق الغير وحماية للنظام العام بإعتباره عقد يتعدى أثره عاقديه إلى الغير والمجتمع العام، والفقه الإسلامي اختلفت مذاهبه في تفاصيل كثيرة من أحكام الزواج وشروطه ولقد تخير كل من المشرع الجزائري والمغربي ماراه أصوب الآراء غير أننا رأينا أنه ينتقد كلا المشرعين لضعف ماخذهم ومبررهم ومخالفتهم لعموم آراء الفقه الإسلامي .

أما إن إختل في هذا العقد ركن من أركانه أو شرط من شروطه أعتبر عقد الزواج غير صحيح وهو ما نص عليه المشرع الجزائري والمغربي فكان المشرع المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية قد ميز بين الزواج الفاسد لصدائه والزواج الفاسد لعقده هذا الأخير الذي قسمه إلى زواج مجمع على فساده وزواج مختلف في فساده وهو بذلك قد ساير الفقه المالكي الذي إلى جانب جمهور الفقهاء لا يميز بين عقد الزواج الباطل والفاسد وإعتبر أن الزواج غير الصحيح يكون بإختلال ركن من أركان العقد أو شرط من شروطه وفي كلتا الحالتين يكون العقد غير صحيح وفي المقابل نجد الفقه الحنفي الذي يميز بين العقد الفاسد والعقد الباطل، أما المشرع الجزائري قد تأثر بأحكام الفقه الإسلامي بإستعماله مصطلحي الباطل والفاسد في قانون الأسرة ولكنه عبر عنهما بما يدل على أنه

تأثر بقواعد القانون المدني ذلك أنه إستعمل الركن للدلالة على كل من شروط الصحة والإنعقاد الواردة في مادته 9 على غير المادة 32 من نفس القانون يجعل كل الأركان في درجة واحدة من القوة بلا تفرقة بين الأركان ويقرر فسخ النكاح إذا إختل أحد أركانه كما أن المادة 33 تفرق بين ما يعتبره ركنا وما يعتبره شرط صحة رغم أنه يسميه ركنا كما أن المشرع في المادة 34 إستعمل كلمة فسخ بالنسبة للمحارم رغم أنه يكون لفظ يبطل لأنه في الإسلام هو باطل سواء قبل أو بعد الدخول كما انه تأثر بالمذهب الحنفي خلافا عن جمهور الفقهاء, ولا خلاف في وجود الفرق بين الباطل والفساد في الفقه الإسلامي بالنظر إلى آثاره, وخلصنا من كل ذلك إلى النتائج التالية:

- 1- سار كل من المشرع الجزائري والمغربي مع الفقه الإسلامي في إعتبار الزواج عقدا رضائيا أساسه إرادة الزوجين وغايته بناء أسرة على أساس المودة والرحمة, و بأن محل عقد الزواج ليس المتعة أو إمتلاك الإنتفاع بالمرأة بل هو المعاشرة الزوجية والحياة المشتركة بين الزوجين وموضوعه هو حل هذه المعاشرة والحياة المشتركة بينهما .
- 2- الركن الضروري لإنعقاد الزواج ووجود حقيقته الشرعية هو ركن الرضا المعبر عنه بالصيغة إيجابا وقبولاً, وفي الفقه الإسلامي الركنية تتمثل في الصيغة, وبقية عناصر العقد هي من مقومات العقد ولوازم وجوده والإختلاف الفقهي واقع في طبيعتها وأثر إختلالها وهذا ما أخذ به كلا المشرعين.
- 3- آثار الزواج والحقوق الثابتة به تتناولها قواعد قانونية ملزمة وتحديدها من حق المشرع-الجزائري/المغربي- وليس لإرادة المتعاقدين مناقضتها, فهي من قبيل النظام العام لايجوز الإتفاق على مخالفتها إلا وفق مايسمح به المشرع-الجزائري والمغربي- نفسه, فيكون من حق الزوجين الإشتراط في عقد الزواج بما يحقق مصلحة للمشتراط دون مناقضة نصوص التشريع المنظم للزواج أو المقصود الشرعي للزواج .
- 4- يثبت النسب بالزواج الصحيح لدى المشرع الجزائري والمغربي بشرط وجود عقد زواج صحيح مستوفي الأركان والشروط مع إمكانية الوطء وتحقق مدة الحمل المفروضة في كلا القانونين أما فيما

يتعلق بالزواج العرفي فإنه يثبت النسب فيه بعد إتباع إجراءات إثبات هذا الأخير وفق ما أقره القانون.

5- الزواج الباطل غير منعقد البتة فلا أثر له لأنه معدوم وأقرب ما يكون إلى الزنا غير أن صورة العقد تقوم في الفقه الإسلامي شبهة تدرأ العقوبة بشرط الجهل بالتحريم، ويثبت فيه النسب.

6- الزواج الفاسد منعقد فاقد للمشروعية ولذلك وجب فسخه ويقوم الدخول كواقعة مادية سببا مع العقد الفاسد لثبوت بعض آثار الزواج الصحيح -ثبوت النسب-، حيث يمكن تداركه وتصحيحه بعد الواقعة بحسب ضعف أو قوة علة الفساد رعاية لحق الغير ورعاية لخطورة آثار فسخه للمصالح المفاصد.

7- الشروط الفاسدة في الزواج مما إتسع فيها الخلاف في الفقه الإسلامي ولم تنتضبط عند المشرع الجزائري فجاءت متناقضة في ظاهرها على غرار المشرع المغربي غير أنه أيضا عليه إعادة تفصيلها أكثر بالرغم من أنه بين جانبها منها أغفله المشرع الجزائري.

8- الشروط الفاسدة لها تأثير في فساد الزواج المقترنة به عند المالكية بخلاف الجمهور الذين يرون ضعف تأثيرها بحيث لا يمس بصحتها وبرأيهم أخذ المشرع الجزائري على عكس للمشرع المغربي غير أنه يجد بنا الإشارة إلى الحاجة إلى بيان هذه الأخيرة أكثر .

9- نظرية تصحيح العقد الفاسد أنضج ماتكون عند المالكية حيث فرقوا بين حالة الدخول فيه من عدمه، والمشرع الجزائري أخذ بها في غير محلها عندهم كما أن نظرية فسخ الزواج الفاسد فيها إختلاف كبير بين مدارس الفقه الاسلامي حسب قواعد كل مذهب، والمشرع الجزائري في هذا خالفها جميعا في بعض الحالات مثل المادة 33 من قانون الأسرة وعلى غرار المشرع المغربي، كما أن عقد الزواج جاءت أحكامه بقواعد أمره فإن تصحيح الزواج الفاسد بالشرط يتم تصحيحه بقوة التشريع أو بالقضاء -الجزائري/المغربي- بحسب قوة فساده، ولا دخل لإرادة المتعاقدين في تصحيحه إلا على رأي ابن تيمية وقول عند المالكية عند إسقاط العاقد شرطه الفاسد.

10- نظرية إنتقاص العقد والبطلان الجزئي التي عرفها الفقه القانوني في نطاق القانون المدني حديثا عرفها الفقه الإسلامي قبل ذلك في إطار إنتقاص الشروط الفاسدة في عقد الزواج الفاسد بجامع علة المشابهة إن كل منهما يخالف البطلان الكلي في قابليته للتصحيح.

11-المشعر الجزائري لم يكن واضحا في صياغة الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة ومن حيث تقسيم الزواج غير الصحيح إلى باطل وفساد وأتبعه ضبابية في صياغة المواد المتعلقة بالشروط الفاسدة فإفتقر إلى تحديد معاييرها وضبطها بدقة وهذا يترك الباب واسعا أمام الإجتهد القضائي في تصحيح وإبطال الزوجات. على نقيض المشعر المغربي في مدونة الأسرة حيث كانت صياغته جيدة ونص على تفاصيل كثيرة تجاهلها المشعر الجزائري في هذا الباب.

### إقتراحات على الباحثين والمتخصصين:

من خلال هذه نقترح مايلي :

- 1-الزواج الباطل والفساد ونكاح الشبهة من المباحث التي تحتاج إلى المزيد من الكتابة فيها والتحقيق فيها بما يقرب من صياغة راجحة تجمع في نظم واحد الأنكحة الفاسدة بنص الشرع والفسادة بمفهومه ومقتضى القواعد والأصول تستند إليها التشريعات الأسرية.
- 2-عقد الزواج يختلف في طبيعته وقواعده ومصادر إستمداده عن العقود المعروفة في القانون المدني,ومن ثم ينبغي لخصوصيته إعتباره عقدا مستقلا وصياغة نظرية خاصة به.
- 3-الشروط الفاسدة المقترنة بعقود الزواج لم تتل العناية والدراسة كنظرية متكاملة,حيث تختلف عن الشروط الفاسدة في غيره من العقود من حيث طبيعتها ومعاييرها ونطاقها وآثارها.
- 4-فكرة تصحيح عقد الزواج الفاسد لإقترانه بشروط فاسدة كانت أكثر نضجا وصناعة فقهية عند المالكية وابن تيمية ومن ثم نقترح دراسة متكاملة لتصحيح عقد الزواج الفاسد في القانون-الجزائري والمغربي - والفقهاء الإسلامي.
- 5-فسخ الزواج الفاسد يختلف عن فسخ بقية العقود من حيث الأسس والقواعد الضابطة ورغم ماكتب فيه لكن لم يصنف فيه-حسب إطلاعي-مايحدد معالم نظرية يستهدي بها المشعر في تشريعه.

قائمة المصادر

و

المراجع



المصادر:

القرآن والتفسير

1- الطبري ابو جعفر محمد بن جرير، تفسير الطبري، تحقيق: محمود محمد شاكر، دار المعارف، مصر، 1995.

كتب الحديث وشروحه

2- الأزدي أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داوود، إعداد وتعليق: عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، ط1، دار ابن حزم، 1997.

3- أبو بكر العربي، القبس في شرح الموطأ مالك، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، ج2، ط1، دار الغرب الإسلامي، 1992.

4- العسقلاني ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، 1986.

5- العسقلاني ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج9، دار الكتب السلفية للطباعة والنشر، مصر.

6- مالك، الموطأ، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1985.

النصوص القانونية والإجتهااد القضائي:

أولاً: النصوص القانونية:

أ- الجزائرية:

7- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية .

8- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975

والمتمضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

9- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر

رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 .

- 10- المرسوم التنفيذي رقم 06-154 مؤرخ في 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 .
- 11- القانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 جويلية سنة 2008، المعدل والمتمم للقانون 85-08 المؤرخ في 16 فبراير 2008 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

### ب- المغربية:

- 12- ظهير شريف رقم 1.15.15 الصادر في 9 رمضان 1331 هـ الموافق (12 اغسطس 1913)، صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016.
- 13- ظهير شريف رقم 1.57.343 الصادر في 28 ربيع الثاني 1377 الموافق (22 نونبر 1957 ( بمقتضاه الكتاب الأول و الثاني من مدونة الأحوال الشخصية و الميراث.
- 14- ظهير شريف رقم 1.02.239 صادر في 25 من رجب 1423 (3 اكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية.
- 15- القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة تم تعديله بالقانون رقم 09-08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.103 بتاريخ 3 شعبان 1431 (16 يوليو 2010).
- 16- قرار وزير العدل رقم 270.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنظيم لائحة المستندات التي يتكون منها ملف عقد الزواج وكذا محتوياته، الجريدة الرسمية عدد 5486 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص 520.
- 17- ظهير شريف رقم 01.06.56 الصادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة .

### ج- قوانين اخرى:

- 18- مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، دار القلم، دمشق، 1996، ط1.

ثانيا: الإجتهااد القضاائي:

ا-الجزائري:

- 19- المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, قرار صادر بتاريخ 13/03/1989, ملف رقم 52850 .  
20- المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, قرار صادر بتاريخ 23/04/1991 .  
21- المحكمة العليا , غرفة الأحوال الشخصية, قرار صادر بتاريخ 18/07/2000, ملف رقم 249128, م.ق, 2003, العدد 2 ص 271 .

ب-المغربي:

- 22- محكمة النقض المغربية, غرفة الأحوال الشخصية والميراث قرار رقم 248 , الصادر بتاريخ 07/05/2008, ملف رقم 2007/1/2/596 .  
23- محكمة النقض المغربية , غرفة الأحوال الشخصية والميراث, قرار رقم 223, الصادر بتاريخ 03/05/2011, ملف رقم 2010/1/2/679 .

مصادر الفقه الإسلامي:

- 24- ابن الأتباري أبو البركات, الإنصاف في مسائل الخلاف , ج8, مكتبة الخانجي , القاهرة, د.ت.  
25- التسولي بن عبد السلام, البهجة في شرح التحفة, تحقيق :محمد عبد القادر, ج1, ط1, دار الكتب العلمية, بيروت, 1998 .  
26- التسولي بن عبد السلام, البهجة في شرح التحفة, ج7, مطبعة الترقى, دمشق, 1959 .  
27- الجرهمي عبد الله سليمان , المواهب السنية شرح الفرائد البهية, تحقيق: رمزي محمد ديشوم , ط1 , المكتب الاسلامي بيروت, 1998.  
28- الجويني ابو المعالي , نهاية المطلب في دراية المذهب, ج12. ط1 , دار المنهاج للنشر والتوزيع , جدة, 2007.  
29- ابن جزى محمد , القوانين الفقهية , دار الكتب العلمية, بيروت, 1998 .

- 30- الحموي أحمد بن محمد الحنفي، غمز عيون البصائر بشرح الاشباه والنظائر، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985.
- 31- الحميري بن سعيد، شمس العلوم، ج6، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1999.
- 32- الدريني فتحي، بحوث مقارنة، ج1، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994.
- 33- الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1920.
- 34- ابن رشد الجد، المقدمات الممهدة - بهامش المدونة -، ج1، دار الفكر، بيروت، 1988.
- 35- ابن رشد الجد، المقدمات الممهدة، تحقيق محمدحجي، ج2، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988.
- 36- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط6، دار المعرفة، بيروت، 1982.
- 37- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، دار المعرفة، بيروت، 1977.
- 38- الرصاع ابي عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري، ج1، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993.
- 39- الريني محمد فتحي، النظريات الفقهية، ط4، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 1997.
- 40- الزبيدي أبي الفيض، تاج العروس، ج36، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، د.ت.
- 41- الزحيلي محمد، النظريات الفقهية، ط1، دار القلم، دمشق، 1998.
- 42- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط4، دار الفكر، دمشق، 1984.
- 43- الزحيلي وهبة، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج8، دار الفكر، دمشق، 2012.
- 44- الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، ج2، دار القلم دمشق، 1998.
- 45- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957.
- 46- الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج2، ط1، المطبعة الاميرية - بولاق -، مصر، 1907.
- 47- سابق سيد، فقه السنة، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت.
- 48- السرخسي شمس الائمة، المبسوط، ج4، دار المعرفة، بيروت، 1993.
- 49- السنيكي زين الدين ابو يحيى، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج2، دار الفكر، 1994.

- 50- السيوطي جلال الدين، الجامع الصغير، تحقيق: محمد بن علي جيلاني، المكتبة التوفيقية، القاهرة، 1888 .
- 51- الشربيني محمد الخطيب، مغني المحتاج، تحقيق: محمد خليل عيتاني، ج3، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997 .
- 52- الصاوي أحمد، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج1، دار المعارف، الاردن، 1825 .
- 53- الصاوي أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج2، دار المعارف، القاهرة، 1986 .
- 54- الصاوي أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج2، دار المعرفة، بيروت، 1978،
- 55- ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، ج4، دار الفكر، بيروت، 1992.
- 56- ابن عبد البر بن عبد الله النمري، الإستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000 .
- 57- العثيمين محمد بن صالح، الزواج ومجموعة أسئلة في أحكامه، مدار الوطن للنشر، عنيزة- المملكة العربية السعودية-، 2011.
- 58- عليش محمد، منح الجليل، ج3، ط1، دار الفكر، بيروت، 1989 .
- 59- الغرناطي محمد بن عاصم الأندلسي، منظومة تحفة الحكّام في نكت العقود والأحكام- باب النكاح وما يتعلق به-، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، ط1، دار الأفاق العربية، القاهرة، 2011.
- 60- الغزالي أبي حامد، المستصفي من علوم الأصول، تحقيق: محمد سليمان الأشقر، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1997.
- 61- الفيومي محمد بن علي، المصباح المنير، ج1، ط2، المكتبة العصرية، بيروت، 1982 .
- 62- ابن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخراقي، تحقيق عبد السلام شاهين، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- 63- القدوري أحمد بن محمد، التجريد، تحقيق: محمد أحمد سراج وعلي جمعة، ج9، دار السلام، القاهرة، 2004 .
- 64- القرافي شهاب الدين، شرح تنقيح الفصول، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، ط1، دار الفكر ومكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1973 .

- 65- القرافي شهاب الدين, الفروق-الفرق 70-، ج2, عالم الكتب للنشر والتوزيع, بيروت, د.ت.
- 66-القرضاوي يوسف,الحلال والحرام في الإسلام, مكتبة وهبة للنشر و التوزيع,القاهرة, 1960 .
- 67-القونوي قاسم ابن عبد الله, أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء,تحقيق:أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي,ط1, دار الوفاء ,جدة, 1985 .
- 68- الكاساني علاء الدين,بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع,ج9,دارالكتب العلمية,بيروت,2003.
- 69- الكاساني علاء الدين, بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع,ج3,دار الكتب العلمية,بيروت,1986.
- 70- الكافي محمد بن يوسف,أحكام على تحفة الحكام,ط3,دار الفكر,1981.
- 71- ابن اللحام الحنبلي,القواعد والفوائد الأصولية,تحقيق: محمد حامد الفقي,مطبعة السنة المحمدية, القاهرة, 1956.
- 72-اللخمي أبي الحسن,التبصرة,تحقيق: احمد عبد الكريم نجيب,ج4,إصداروزارة الأوقاف,قطر, د.ت.
- 73- مذكور محمد سلام,المدخل للفقهاء الإسلاميين:تاريخه-مصادره- نظرياته,دار الكتاب الحديث,القاهرة, 1996.
- 74- المرادوي بن سليمان,الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف,تحقيق:محمد حامد الفقي,ج8,ط1,مطبعة السنة المحمدية,1956.
- 75- الميارة ابي عبد الله,شرح ميارة الفاسي, تحقيق : عبد اللطيف حسن عبد الرحمن,ج1, ط1, دار الكتب العلمية , بيروت,2000.
- 76- ابن نجيم زين الدين الحنفي,الأشباه والنظائر, تحقيق :محمد مطيع الحافظ,ط1, دار الفكر ,دمشق, 1999.
- 77- ابن نجيم زين الدين,البحر الرائق,ج3,دار المعرفة ,بيروت,د.ت .
- 78- النووي محيي الدين,مجموع شرح المهذب ,تحقيق:محمود مطرجي,ج17,دار الفكر بيروت, 2005.
- 79- بن همام كمال الدين محمد, فتح القدير, تحقيق:عبد الرزاق غال المهدي, ج5, ط1, دار الكتب العلمية, بيروت, 2003.

المراجع القانونية الحديثة العامة والخاصة :

- 80-الأزهر محمد, شرح مدونة الأسرة, ط3, مطبعة دار النشر المغربية,المغرب, 2008 .
- 81-الأزهر محمد,شرح مدونة الأسرة,ط7, دار النشر العربية,الدار البيضاء-المغرب-, 2015 .
- 82- الأزهر محمد, شرح مدونة الأسرة-احكام الزواج-,ط1,مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء,2004.
- 83-أسماوي محمد نعيم, نظرية الفسخ العقود في الفقه الإسلامي, ط1,مكتبة الملك فهد الوطنية, المملكة العربية السعودية.2006.
- 84- الأشقر عمر سليمان,أحكام الزواج,ط4, دار النفائس ,الأردن ,2012.
- 85- بالحاج العربي,الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-أحكام الزواج-,ج1,ط6.ديوان المطبوعات الجامعية ,الجزائر , 2012 .
- 86- بلعور عبد الكريم,نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري,المؤسسة الوطنية للكتاب,الجزائر, 1986 .
- 87- بوكان أبو بكر كريم, نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج ,دار الكتب القانونية ,القاهرة , 2012, .
- 88- بنيس خالد,قاموس شرح مدونة الأحوال الشخصية,مطبعة دار بابل, الرباط, 1998 .
- 89- تشوار جلاي, الزواج والطلاق في ضوء الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية,ديوان المطبوعات الجامعية,الجزائر, طبعة 2001
- 90- ابن تيمية,نظرية العقد,مركز الكتاب للنشر, القاهرة,د.ت.
- 91- بن حرز الله عبد القادر,التعليل المقاصدي لاحكام الفساد والبطلان,ط1,مكتبة الرشيد ناشرون,الرياض, 2005 .
- 92- حاتم محسن منصور,فكرة تصحيح العقد,دار الكتب القانونية,القاهرة, 2010 .
- 93-حوران محمد سليمان ,نظرية الفسخ, ط1, دار النوادر,دمشق, 2012 .
- 94-خلاف عبد الوهاب,أحكام الأحوال الشخصية,ط2, دار القلم,الكويت, 1990.
- 95-الخليفي أحمد محمد الشلبي,عقود الزواج الفاسدة في الإسلام,ط1,طرابلس,1983.

- 96- الخمليشي أحمد، التعليق على قانون الأحوال الشخصية المغربي، ج1، مكتبة المعارف، الرباط، 1987.
- 97- الدسوقي إبراهيم أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1998 .
- 98- السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، المكتب الإسلامي، بيروت و دمشق وعمان، 1997 .
- 99- السراج محمد أحمد، نظرية العقد، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1998 .
- 100- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومه، الجزائر، 1996.
- 101- سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002،
- 102- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007 .
- 103- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986 .
- 104- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، دارالهدى ، الجزائر -عين مليلة-، 2012،
- 105- السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998 .
- 106- السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، ط4، دارالنفائس، الأردن، 2012.
- 107- الشافعي محمد ، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، ط3، مطبعة دار وليلي للطباعة والنشر، مراكش، 1998 .
- 108- الشافعي محمد، الزواج في مدونة الأسرة، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2005 .
- 109- الشتوي محمد، الإجراءات الإدارية والقضائية للزواج، ط1، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، 2004.
- 110- شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977 .
- 111- شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
- 112- شلبي محمد مصطفى ، أحكام الأسرة في الإسلام، ط10، الدار الجامعية، لبنان، 1985 .



- 113- الشماع محمد، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ط1، دار القلم-الدار الشامية-، دمشق، 1995.
- 114- شهبون عبد الكريم، الشافي في شرح قانون الإلتزامات والعقود المغربي- مصادر الإلتزام-، ج1، مكتبة الرشاد، المغرب، 2002 .
- 115- شهبون عبد الكريم، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج1، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، 2006.
- 116- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل-دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 .
- 117- بن شويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة للإلتزام، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 .
- 118- عثمان محمد رأفت، عقد الزواج أركانه وشروطه ، دار الفكر، القاهرة، د.ت.
- 119- عرفة عبد الوهاب، الفسخ والإفساخ والتفاسخ ، دار مجد، القاهرة ، د.ت.
- 120- العلي صالح حميد ؛ وباسل محمود الحافي، نظرية العقد، ط1، دار اليمامة ، دمشق، 2008.
- 121- الغندور أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ط1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1972 .
- 122- فالح هند محمود، نظرية البطلان في القانون المدني، ط1، دار الكتاب، الإمارات المتحدة، 2015.
- 123- فتحاوي عبدالعزيز ، طرق الإثبات في ميدان الأحوال الشخصية والميراث ، ط 96، مطبعة فضالة، المغرب، 1996 .
- 124- فرج ريما، تصحيح العقد، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
- 125- عبد الكريم فودة، نظرية البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط2، دار الفكر والقانون، مصر-المنصورة-، 1999.
- 126- قاسم علي محمد، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
- 127- القرّة داغي علي محيي الدين، مبدأ الرضا في العقود، ج1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2002.
- 128- القرّة داغي علي محيي الدين ، مبدأ الرضا في العقود ج1، ط1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2006.

- 129- الكشبور محمد , شرح مدونة الأسرة -الزواج- , ج1 , ط1 , مطبعة النجاح الجديدة,الدار البيضاء -المغرب-,2006.
- 130- الكشبور محمد,البنوة والنسب في مدونة الأسرة-قراءة في المستجدات البيولوجية-,مطبعة النجاح الجديدة,2007 .
- 131- الكشبور محمد,الوسيط في شرح مدونة الأسرة-الكتاب الاول عقد الزواج واثاره-,ط2,دار النشر العربية,الدار البيضاء-المغرب-,2008.
- 132- محمصاني صبحي,النظرية العامة للموجبات والعقود,ط2,دار العلم للملايين,بيروت,1972.
- 133- المزرغاني محمد بن معجوز,أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية,مطبعة النجاح الجديدة,الدار البيضاء,1994.
- 134-بن ملحة الغوثي,قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه والقضاء,ديوان المطبوعات الجامعية,الجزائر,2005.
- 135-ميكو عبد النبي، الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1، دار نشر المعرفة,الرباط, 1976 .
- 136-ولد خسال سليمان,الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري,ط2,الأصالة للنشر والتوزيع,الجزائر,2012.

### المعاجم:

- 137- الأصفهاني محمد الراغب,معجم مفردات القرآن الكريم,تحقيق:يوسف الشيخ محمد البقاعي,دار الفكر,بيروت, طبعة 2009 .
- 138-الأنصاري ابن منظور , لسان العرب ,ج13 ,دار المعارف,القاهرة,د.ت .
- 139- البستاني بطرس ، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون, بيروت,1979 .
- 140-التهانوي,موسوعة كشاف إصطلاحات الفنون والعلوم,ج1,لبنان,1966.
- 141-الجرجاني محمد السيد الشريف,معجم التعريفات,تحقيق:محمد الصديق المنشاوي,دار الفضيلة,القاهرة .

142- حامد عثمان محمود ,القاموس المبين في إصطلاحات الأصول , ط1, دار الزاحم, الرياض  
2002, .

143- مجمع اللغة العربية,المعجم الوجيز,مطابع شركة الإعلانات الشرقية- دارالنحوي-, 1989.

144- النجار ابراهيم مصطفى, المعجم الوسيط,ج1, دار الدعوة, الأردن, 2013.

### البحوث والمقالات العلمية :

145- التاويل محمد, الخبرة الطبية وأثرها في ثبوت النسب ونفيه في المنظور الإسلامي, جريدة  
المحجة, المغرب, بتاريخ 2006/10/16, عدد263, الحلقة الرابعة,ص11 .

146- بالحاج العربي,الشهادة الطبية قبل الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد,مجلة  
المحكمة العليا ,الجزائر, 2007, العدد2,ص2 .

147- تشوار جيلالي,الجنس,الزواج والقانون,المجلة الجزائرية,1995,العدد4,ص828.

148- تشوار جيلالي,سن الزواج بين الاذن والجزاء,م.ج,1999,العدد4,ص75.

149- تشوار الجيلالي,نسب الطفل في القوانين المغربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات  
المستحدثة,مجلة العلوم القانونية والإدارية,جامعة تلمسان,2004,عدد2,وص25 ومايليها.

150- جوهر محمد,إثبات ونفي النسب بين الطب والعجب, المجلة المغربية: القانون والإقتصاد  
والتنمية , 2004, عدد خاص باليوم الدراسي حول الأسرة المغربية بين الفقه المالكي والقانون  
الوضعي,العدد50, ص153.

151- الزرقا مصطفى ,خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل,مجلة المسلم المعاصر,بيروت, تاريخ  
سبتمبر, 1981, عدد27, ص701-776 .

152- الزوهري يونس,أثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة, مجلة المنتدى, يونيو2005,  
العدد5,ص94.

153- بن شويخ الرشيد,الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه,مجلة العلوم القانونية  
والإدارية,جامعة تلمسان,2005,العدد3,ص33 ومايليها و39 ومابعدها.

- 154- الطالب عبد الكريم ,النزاعات المدنية لمدونة الأسرة,مجلة المحاكم المغربية,يناير - فبراير, 2007, عدد 106,ص30 .
- 155- الطنجي إبراهيم علي أحمد,طرق تصحيح العقد الفاسد,مجلة الشريعة والقانون ,جامعة الإمارات,الإمارات,سنة 2007,العدد 31.
- 156- عباسي نور الدين ، إتقان الضبط في الفرق بين السبب والشرط، مجلة الموافقات، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر , 1995، العدد، 04، ص 352.
- 157- عبود حساين, قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة-الكتاب المتعلق بالزواج-،مجلة القضاء والقانون ,تصدرها وزارة العدل مرتين في الأسبوع,مطبعة الأمنية,2005,عدد16,ص 100.
- 158-لطفي عبد القادر,الحالة المدنية وإثبات النسب, مجلة الدفاع المغربية, 02 فبراير , 2002,العدد3, ,ص46 .
- 159-المهدي محمد، ثبوت النسب ونفيه في مدونة الأسرة, مجلة القضاء والقانون المغربية,2007 ، عدد 494 ،ص73 .
- 160-الندوة الوطنية, مدونة الأسرة بين النص والواقع, مجلة الحقوق المغربية, مراكش,يومي 27/28 دجنبر, 2007, العدد25 .
- 161-وزارة العدل, الدليل العملي لمدونة الأسرة,ج1,ط2.سنة 2007.

الفهرس

(ا.ز)	المقدمة
9	الفصل الأول:أسس الزواج الصحيح وأثره في ثبوت النسب في قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية
10	المبحث الأول:مقومات الزواج الصحيح لدى المشرع الجزائري والمغربي
12	المطلب الأول:مفهوم الزواج الصحيح لدى المشرع الجزائري والمغربي
12	الفرع الأول:تعريف الزواج
16	الفرع الثاني:خصائص عقد الزواج من خلال قانون الأسرة و مدونة الأسرة
18	الفرع الثالث:أدلة مشروعية الزواج
19	المطلب الثاني:أركان وشروط عقد الزواج لدى المشرع الجزائري والمغربي
19	الفرع الاول:التعريف بركن الرضا من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة
32	الفرع الثاني:الشروط الموضوعية لعقد الزواج من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة
50	الفرع الثالث:الشروط الشكلية لعقد الزواج من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة
57	المبحث الثاني:أثر الزواج الصحيح في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي
58	المطلب الاول:أثر الزواج الرسمي في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي
58	الفرع الاول:تعريف النسب
58	الفرع الثاني:شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة
60	المطلب الثاني:أثر الزواج العرفي في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي
60	الفرع الاول:تعريف الزواج العرفي
61	الفرع الثاني:الإجراءات المتبعة في إثبات الزواج العرفي من خلال قانون الأسرة مدونة الأسرة
63	الفصل الثاني:أسس الزواج غير الصحيح وأثره في ثبوت النسب في قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية

64	المبحث الاول:معايير الزواج غير الصحيح لدى المشرع الجزائري والمغربي
66	المطلب الأول: مفهوم الزواج غير الصحيح في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والمغربي
66	الفرع الأول: عقد الزواج الباطل من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة
77	الفرع الثاني:نكاح الشبهة من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة
78	الفرع الثالث:عقد الزواج الفاسد من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة
87	المطلب الثاني: معيار تقسيم الزواج غير الصحيح في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري و المغربي
87	الفرع الأول:معيار تقسيم عقد الزواج غير الى باطل وفاسد في الفقه الإسلامي والقانون و الجزائري والمغربي
90	الفرع الثاني:التعليل الأصولي لتقسيم عقد الزواج الى باطل و فاسد
93	الفرع الثالث:مصير العقد الباطل والفاسد
107	المبحث الثاني:أثرالزواج غيرالصحيح في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي
108	المطلب الاول:أثر الزواج الباطل في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي
108	الفرع الأول:اثر الزواج الباطل في ثبوت النسب في قانون الأسرة الجزائري
108	الفرع الثاني:أثر الزواج الباطل في ثبوت النسب في مدونة الأسرة المغربية
109	المطلب الثاني:أثر الزواج الفاسد ونكاح الشبهة في ثبوت النسب لدى المشرع الجزائري والمغربي
109	الفرع الأول: أثر الزواج الفاسد في ثبوت النسب من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة
111	الفرع الثاني:أثر نكاح الشبهة في ثبوت النسب من خلال قانون الأسرة ومدونة الأسرة
117	خاتمة
122	قائمة المراجع والمصادر
135	الفهرس

## الملخص

عقد الزواج له أهميته كبيرة وخصوصيته التشريعية وله بنيته التكوينية من أركان ومقومات وشروط، فهو يتوسط تيارين أحدهما يتمثل في الجانب الفقهي بإعتباره الأصل الذي لم يمكنه التحلل منه و جانب آخر تقتضيه متطلبات أصبح الوضع الراهن والمعاصر يحتم عليه الظفر بها وبين هذا المد والجزر إرتأ كل من المشرع الجزائري والمغربي اللجوء إلى التحلل من المذهب الواحد وإعتماد المذاهب الفقهية الأخرى للشريعة السمحاء كنوع من ركب متطلبات العصر وإحياء في نفس الوقت لأراء فقهاء الشرع الإسلامي وذلك لتوسيع النظر في المسائل محل النزاع وإيجاد الحلول الوسطى أو بترجيح أحد الكفات عن الأخرى نظرا لما يتناسب وقضايا الحال فيما يخص باب الزواج ،فإذا نشأ هذا الأخير صحيحا ترتبت عنه آثاره التي نص عليها التشريع الأسري ونعنى هنا بأثر النسب ،وفي حال إختلال نظامه التشريعي فسد أو بطل ولم يرتب أثر أو إلتزاما إلا ما كان بسبب الدخول بالزوجة في إطاره وقصرناها هنا كما سبق وذكرنا في أثر النسب ولما كان الزواج عقدا رضائيا فإن كل من الزوجين قد يشترط مايراه مصلحة له،وتلك الشروط الإرادية منها مايكون صالحا لازما بالعقد ومنها من يكون فاسدا يستوجب الإسقاط لمناقضته النظام العام أو مقاصد الزواج و مقتضياته.

The marriage contract has a huge importance and it's legislative privacy, and it has a configuration structure of elements and regulator and terms , located in the center of two streams ; one of them is the Fiqh side as the origin that is'nt done without it, and an another side the current and contemporary situation requires it and impose them to follow-up, among This tides the Algerian and Moroccan legislators decided to refuge the decomposition of one doctrine and depend any recognised Islamic schools of thought ; as a



kind of riding the requirements of the times and revived in the same time for views of recognized Islamic schools of thought and so to broaden consideration of the issues in dispute and found the appropriate middle solutions , or the weighting of one opinion on the other in view of what suits the disputed issues In the field of marriage, If It's held properly it will has the effects that the family legislation talked of we mean here lineage, in the event of a disruption of its legislative system it will corrupt or null and void, And did not arrange the supposed impact and commitment only what was due to intercourse, and we limited it here in lineage.

Since the marriage is a satisfaction contract, both spouses may demand a conditions required by his interest, and those voluntary conditions some of them are valid by contract , and some of them are corrupt must be dropped because it contradicts the public order or the purposes and requirements of marriage



