وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة صالحي أحمد بالنعامة
كلية الحقوق و العلوم السياسية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر

الشعبة: حقوق

التخصص: قانون الأسرة

تحت عنوان:

صفة عقد الزواج من حيث الصحة والبطلان والفساد دراسة مقارنة

إعداد الطالبتين:

_ شلالي كريمة

_ شريط سمية

إشراف:

_ الدكتور :

_ بوفلجة عبد الرحمان

المناقشة من طرف اللجنة المكونة من:

الاسم و اللقب	الرتبة	الصفة
بوزيان نعيمة	أ. محاضر ب	رئيسا
بوفلجة عبد الرحمان	أ. محاضر أ	مشرفا مقررا
بوعزة أمينة	أ. محاضر ب	مناقشا

السنة الجامعية: 2025 – 2026

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة النعامة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم :..الحقوق.....

النعامة في : 03 / 08 /2026

الإذن بالإيداع بعد التصحيح

أنا الممضي أسفله الأستاذ (ة)

.....بوفلجة عبد الرحمان.....

الرتبة :.....أستاذ.....الجامعة:...جامعة النعامة....

الكلية:.....الحقوق.....القسم:.....الحقوق.....

المشرف على مذكرة الماستر للطالب (ة) :...شلابي كريمة وشريط سمية...

.....

تحت عنوان :.....صفة عقد الرضاء من حيث الصحة والبطلان

التخصص:..قانون بحري.....والفسخ دراسة مقارنة .

خلال الموسم الجامعي:.....2025.....2026.....

أشهد أن الطالب (ة) قد أتم (ت) تحرير المذكرة، وأخذ (ت) بعين الاعتبار مجمل التوجيهات المقدمة له (ها) من طرف لجنة المناقشة، وعليه نوافق على طباعة العمل المذكور وفق المعهود في المذكرات والرسائل الجامعية ثم تقديمه للإدارة.

توقيع الأستاذ المشرف (ة)

أ. بوفلجة عبد الرحمان



﴿ وَقُل رَّبِّ أَدْخِلْنِي مُدْخَلَ صِدْقٍ وَأَخْرِجْنِي مُخْرَجَ صِدْقٍ وَاجْعَل لِّي مِن لَّدُنكَ سُلْطَانًا نَّصِيرًا ﴾

سورة الإسراء الآية.80

****صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ****

الإهـــــداء

الحمد الله وكفي والصلاة على الحبيب المصطفى وأهليه ومن وفي أما بعد:

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضله تعالى مهداة إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأدامهما نورا لدربي.

إلى زوجي العزيز لزغم علي الذي كان ولا زال السند والدافع والمشجع لي.

إلى أختي الوحيدة والعزيزة زينب.

إلى إخواني سندي ومسندي وإتكائي.

إلى مثلي الأعلى أبي الثاني ، مراد ، كريم ، عبد القادر ، محمد جيلالي.

إلى كل العائلة الكريمة التي ساندتني.

إلى رفيقة مشواري التي قاسمتها لحظات التعب والجهد شريط سمية .

شلالي كريمة

الإهـــــداء

الطالبة الثانية:

وآخر دعواهم " الحمد لله رب العالمين " لم تكن الرحلة قصيرة ، ولا الطريق محفوف بالتسهيلات ، لكنني تجاوزتها بعزم وصبر ، الحمد لله الذي يسر البدايات و أتم النهايات وبلغنا الغايات بكل حب ، اهدي ثمرة نجاحي :

الى الذي زين اسمي بأجمل الألقاب ، من دعمني بلا حدود وأعطاني بلا مقابل..... من علمني ان الدنيا كفاح وسلاحه العلم و المعرفة ، داعمي الأول في مسيرتي و سندي وقوتي و ملاذي بعد الله .....

الى فخري و اعتزازي..... ابي محمد.

الى روح امي الطاهرة رقية رحمة الله عليها التي لم تشهد هذا اليوم بعينيها لكن حضورها كان دائما يرافق خطواتي ويزرع في قلبي الأمل و القوة ويذكرني بان للصبر و الجد ثمار)رحمك الله و أسكنك فسيحة جناته ذكراك نور يضيء أيامي وذكرك دائما معي في كل لحظة فرح و نجاح.

الى ضلعي الثابت و أمان أيامي الى من شددت عضدي بهم فكانوا لي ينابيع ارتوي منها الى خيرة ايامي و قرة عيني..... اخواتي هدى ، صلاح ، عبد المنعم واختي الصغيرة المحبوبة ابتسام.

الى سعادة البيت وبهجتها لؤلؤتنا الصغيرة ندى وكل عائلتها لكم مني اصدق الحب و الشكر على دعمكم لي.

الى زميلتي شلالي كريمة شكرا لدعمك المتواصل و مرافقتك لي في هذا الطريق.

واخيرا شكرا لكل من ساعدني و آمن بي ووقف بجانبي وكان عونا وسندا لي في هذا الطريق.

وما كنت لافعل شيئا لولا توفيق الله فالحمد لله الذي أغرقني سرورا وفرحا في كل خطوة خير و أمان .

شريط سمية

شُـكــرٌ و تقدير

أشكر الله عزوجل أن أنعم علينا بإتمام هذا العمل المتواضع ومن ثمة يقتضي مني واجب الشكر الجزيل والتقدير العميق إمتثالا لقول المصطفى عليه الصلاة و السلام " من لا يشكر الناس لا يشكر الله " أن أتقدم بأسمى العبارات وإمتناني للأستاذ المشرف الدكتور بوفلجة عبد الرحمان و أسأل الله أن يجزيه عنا خير الجزاء.

كما أتقدم بشكري وإمتناني لأعضاء لجنة المناقشة ' لقيامهم بمناقشة هذا العمل وإلى كل من قدم لنا يد المساعدة من قريب أو من بعيد لإنجاز هذا العمل.

قائمة مختصرات

ط : الطبعة

م : ميلادي

ج : جزء

ص : الصفحة

هـ : هجري

د ت : دون تاريخ النشر

مقدمة

عقد الزواج الصحيح من أعظم الروابط الإنسانية وأشدّها أثراً في حياة الفرد والجماعة، وقد نزّله الإسلام منزلةً رفيعةً وسمّاه ميثاقاً غليظاً، إذ يترتب عليه نشوء الأسرة وثبوت النسب وانتقال الحقوق والواجبات .ولذا أولاه الفقه الإسلامي عنايةً فائقةً في تحديد أركانه وشروطه وضبط أسباب بطلانه وفساده.

وتجلّت هذه العناية في التشريعات الوضعية العربية المعاصرة التي استلهمت جُلَّ أحكامها من الموروث الفقهي الإسلامي، ولا سيما قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية ومجلة الأحوال الشخصية التونسية،وإن تباينت فيما بينها في أسلوب التعامل مع إشكاليات البطلان والفساد وآثارهما.

أولاً :إشكالية البحث

شهد الواقع القضائي في الدول العربية تزايداً ملحوظاً في النزاعات المتعلقة بصحة عقود الزواج وحالات البطلان والفساد، وهو ما كشف عن هشاشة في بعض نصوص قوانين الأسرة وقصورها في تغطية الحالات المستجدة .ففي حين يُفرّق الفقه الحنفي تفريقاً صريحاً بين العقد الباطل والفاسد، نجد كثيراً من التشريعات تُوحّد بينهما أو تتجاهل أحدهما، مما يُفضي إلى تعارض في الاجتهادات القضائية وضياع حقوق الأسرة.

ومن هذا المنطلق تتبلور إشكالية هذا البحث في التساؤل الجوهري الآتي:

إلى أيّ مدى استطاعت التشريعات الوضعية العربية أن توفّق بين أحكام الفقه الإسلامي والمتطلبات القانونية المعاصرة في تنظيم عقد الزواج من حيث شروط صحته وأسباب بطلانه وفساده وما يترتب عليهما من آثار؟

- **التساؤلات الفرعية**

ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية التالية:

1. ما المقصود بعقد الزواج الصحيح في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وما الفوارق الجوهرية بين الزواج الصحيح والفاسد والباطل؟

2. ما الشروط الواجب توافرها في أطراف عقد الزواج من حيث الأهلية والولاية والشهادة، وما أثر الإخلال بها على صحة العقد؟

3. ما حالات البطلان والفساد في قانون الأسرة الجزائري والتشريعات العربية المقارنة، وهل تتطابق مع ما رسمه الفقه الإسلامي؟

4. ما الآثار المترتبة على البطلان والفساد قبل الدخول وبعده في المنظومتين الفقهية والقانونية؟

ثانياً :فرضيات البحث

للإجابة عن التساؤلات السابقة، يُمكن صياغة الفرضيات الآتية:

- تفترض الدراسة أن التشريعات الوضعية العربية قد استلهمت في مجملها الأحكامَ الفقهية الإسلامية المتعلقة بشروط الزواج وأركانه وموانعه، وإن أضافت بعض التعديلات استجابةً للمستجدات الاجتماعية.
- يُرجَّح أن ثمة تبايناً واضحاً في كيفية تعامل القوانين العربية مع مفهوم الفساد في عقد الزواج؛ إذ تأخذ بعضها بالتفريق الحنفي بين الباطل والفاسد، بينما تُدمج أخرى المفهومين في إطار موحَّد.
- يُفترض أن آثار البطلان والفساد تختلف اختلافاً جوهرياً بين ما قبل الدخول وما بعده، وأن القانون الجزائري يتجاوز في بعض حالاته ما أقرّه الفقه الإسلامي.

ثالثاً :أهمية البحث

•الأهمية النظرية:

تُسهم هذه الدراسة في إثراء الأدب الفقهي والقانوني من خلال معالجة نقاط الخلاف الدقيقة بين المذاهب الفقهية حول مفهوم الزواج الفاسد والباطل .كما تقدّم تحليلاً معمّقاً لآليات توظيف التشريعات العربية للفقه الإسلامي، وتفتح آفاقاً للبحث في مسائل التجديد الفقهي والتحديث التشريعي في قانون الأسرة.

•الأهمية التطبيقية:

تكتسب الدراسة بُعداً تطبيقياً بالغ الأهمية؛ إذ تُعين القضاة والمحامين والباحثين القانونيين على الفهم الدقيق لأسباب البطلان والفساد في عقود الزواج وتوحيد الاجتهاد القضائي .وقد تُسهم توصياتها في دفع المشرّع نحو تعديل النصوص الغامضة في قوانين الأسرة العربية لحماية حقوق الأسرة وتجنب التقاضي المطوّل.

رابعاً :أسباب اختيار الموضوع

تتضافر جملة من الدواعي الموضوعية والذاتية في اختيار هذا الموضوع:

. الأهمية الاجتماعية البالغة لموضوع الزواج بوصفه اللَّبِنة الأساسية للأسرة التي هي خلية المجتمع الأولى.

. ندرة الدراسات التي تتناول أحكام البطلان والفساد في إطار مقارن شامل يجمع الفقه الإسلامي والتشريعات العربية المغاربية والمشرقية معاً.

. تزايد النزاعات الأسرية المتعلقة بصحة عقود الزواج أمام المحاكم، مما يستدعي دراسةً أكاديمية معمّقة تُرشِد العمل القضائي.

. الرغبة في تسليط الضوء على الثغرات التشريعية في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالتشريعات العربية الأخرى.

خامساً :أهداف البحث

يرمي هذا البحث إلى تحقيق جملة من الأهداف:

. ضبط المفاهيم الأساسية لعقد الزواج الصحيح والفاسد والباطل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وإزالة الغموض الاصطلاحي.

. رصد أسباب البطلان والفساد في التشريعات العربية وتقييم مدى انسجامها مع الأحكام الفقهية الإسلامية.

. تحليل الآثار المترتبة على البطلان والفساد قبل الدخول وبعده في إطار مقارن.

. تقديم توصيات تشريعية وقضائية من شأنها تعزيز الحماية القانونية للأسرة.

سادساً :المنهج وخطة البحث

اعتُمد في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي في استعراض أحكام الفقه الإسلامي، والمنهج المقارن في الموازنة بين المذاهب الفقهية الأربعة من جهة وبين التشريعات العربية من جهة أخرى .وقد جاءت خطة البحث في فصلين :تناول الأول عقد الزواج الصحيح شروطه وأركانه، وخُصِّص الثاني للبطلان والفساد وآثارهما.

.[1]

الإضافة :يقتصر على التشريع المصري دون التشريعات العربية المغاربية، وتلك هي الثغرة التي تسعى دراستنا إلى معالجتها. للإجابة على إشكالية البحث إتبعنا الخطة التالية : قسمنا بحثنا هذا إلى فصلين :

1) الفصل الأول : عقد الزواج الصحيح شروطه وأركانه

المبحث الأول : عقد الزواج الصحيح في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

---

[1] المرجع نفسه، ص .210أوصت الباحثة بضرورة تدخل المشرع لتوحيد المصطلحات القانونية وتجنب الغموض.

المبحث الثاني : أركان عقد الزواج الصحيح

2) الفصل الثاني : البطلان والفساد في عقد الزواج .

المبحث الأول : مفهوم البطلان وأسبابه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

المبحث الثاني : الفساد في عقد الزواج .

عقد الزواج من أعظم العقود التي عرفتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على حدٍّ سواء، إذ يُرسي هذا العقد لَبِنةَ الأسرة ويُرسّخ البناء الاجتماعي القائم على

الوحدة الزوجية المتوافقة مع أحكام الدين والقانون .وقد أسبغت الشريعة الإسلامية على هذا العقد خصوصيةً بالغة تُميّزه من سائر العقود المدنية، تتجلّى في مقاصده السامية المتعلقة بصون النسل وحفظ الكرامة الإنسانية وتنظيم المجتمع وفق أُسس أخلاقية راسخة.

ولئن كانت الأنظمة القانونية الوضعية المعاصرة قد تباينت في مناهجها التشريعية وأساليبها في تنظيم عقد الزواج، فإنها لم تخرج في جوهرها عن هذه المبادئ الكلية التي أرستها الشريعة الإسلامية، لا سيما في الدول ذات الأغلبية المسلمة التي استقت قوانين أسرتها من أحكام الفقه الإسلامي في معظمها .وفي هذا الإطار يأتي قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو1984 م المعدَّل والمتمَّم بالقانون رقم02-05 ، ليُجسّد هذه التوليفة بين الموروث الفقهي الإسلامي والمتطلبات التشريعية للدولة الحديثة.

وتبرز الأهمية العلمية لدراسة عقد الزواج الصحيح من خلال آثاره القانونية العديدة التي تترتب على انعقاده، من وجوب المهر وثبوت النسب والتوارث وحق الحضانة والنفقة، فضلاً عن كون الزواج الصحيح يُعدّ الوحيد الذي تكتمل فيه هذه الآثار كلها دون نقصان . ومن ثَمَّ كان لزاماً على الباحث أن يتناول بالدراسة والتحليل مفهوم عقد الزواج الصحيح وتمييزه عن غيره من العقود الفاسدة والباطلة، وأن يستعرض أركانه وشروطه وفق منهجية أكاديمية منضبطة

الفصل الأول : عقد الزواج الصحيح شروطه و أركانه

المبحث الأول :عقد الزواج الصحيح في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

سنعالج في هذا المبحث الإطار النظري لعقد الزواج الصحيح وذلك بتعريف عقد الزواج الصحيح في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وهذا في المطلب الأول ، و خصائص هذا العقد التي تُفرّقه عن غيره من العقود في المطلب الثاني ,ثم المصادر التشريعية التي يستند إليها عقد الزواج في القانون الجزائري وبعض التشريعات المقارنة في المطلب الثالث.

المطلب الأول :تعريف عقد الزواج الصحيح

لقد تعددت تعريفات الزواج في الفقه الإسلامي تبعاً لاختلاف المذاهب الفقهية وزوايا النظر إلى هذا العقد، غير أنها اتفقت جميعاً على إبراز طابعه الشرعي ومقاصده الأسرية والاجتماعية. وعليه، سنستعرض في هذا المطلب تعريف الزواج في الفقه الإسلامي (فرع أول) من ثم تعريف الزواج في القانون الوضعي (فرع ثاني) التمييز بين الزواج الصحيح والفاسد والباطل (فرع ثالث)

الفرع الأول :تعريف الزواج في الفقه الإسلامي

اعتنى الفقهاء المسلمون عبر القرون بتحديد مفهوم الزواج تعريفاً دقيقاً يستوعب أبعاده الشرعية ويُبرز مقاصده الجوهرية .وقد أورد ابن قدامة المقدسي في كتابه" المغني " أن الزواج في اللغة يأتي بمعنى الضمّ والتداخل، يقال :تزاوجت الأشياء إذا اقترنت وتلازمت.

أما في الاصطلاح الفقهي، فقد عرّفه جمهور الفقهاء بأنه عقد يتضمن إباحة الاستمتاع بين الزوجين على الوجه الشرعي المشروع .وقد ذهب الحنفية إلى تعريف الزواج بأنه عقد يفيد ملك المتعة قصداً، وهو ما يُعبّر عنه بعقد يُفيد حلّ الاستمتاع .

وبحسب ما أورده الكاساني في" بدائع الصنائع"، فإن عقد الزواج ينعقد بالإيجاب والقبول بالألفاظ الموضوعة له شرعاً[2].

وقد عرّف الشافعية الزواج بأنه عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمتهما .وقد فصّل الشيرازي في" المهذب "أحكام هذا العقد مُبيّناً أنه لا يصح إلا بشروط جوهرية تتعلق بالولي والشاهدين والصيغة[3].

أما المالكية فقد عرّفوه بأنه عقد على مجرد التلذذ بآدمية غير موجب لحدٍّ بلا عوض . وهذا التعريف يُبرز البعد المقاصدي للزواج من حيث الإباحة ورفع الحرج وصون النسب . وقد وضّح ابن رشد في" بداية المجتهد "أن اتفاق الفقهاء على أصل مشروعية الزواج لا يمنع خلافهم في الجزئيات المتعلقة بشروطه وأركانه[4].

وأما الحنابلة، فقد جاء في" الإنصاف "للمرداوي أن الزواج عقد التزوج على امرأة لا تحرم ابتداءً، وأنه يفيد حلّ الاستمتاع بين الزوجين بأحكامه الشرعية المقررة .وقد شدّد الحنابلة على ركن الولاية باعتباره شرطاً أصيلاً لصحة عقد الزواج[5].

وذهب فريق من الفقهاء المعاصرين، من بينهم الشيخ محمد أبو زهرة، إلى تعريف شامل يجمع بين الأبعاد اللغوية والشرعية والمقاصدية، فعرّف الزواج بأنه عقد يُفيد حلّ استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، ويُوجب لكل منهما على الآخر الحقوق والواجبات التي قررها الشرع الحكيم.

---

[2]الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2،1986 م، ص.228

[3]الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت،1995 م، ص.36

[4]ابن رشد، محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة،2004 م، ص.2

[5]المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت،1955 م، ص.3

الفرع الثاني :تعريف الزواج في القانون الوضعي

عرّف المشرع الجزائري الزواج في المادة الرابعة من قانون الأسرة بأنه" عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أغراضه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين وإنجاب الأولاد ."وهذا التعريف التشريعي يُجمع بين الإطار العقدي الشرعي والمقاصد الاجتماعية التي تسعى إليها الأسرة.

ويتضح من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري أقام عقد الزواج على أساسين متلازمين :الأساس الشرعي المتمثل في الإيجاب والقبول وفق الأحكام الفقهية الإسلامية، والأساس الاجتماعي المتمثل في استهداف تكوين الأسرة وما تقوم عليه من قيم إنسانية راقية .وقد أشار الأستاذ بلحاج العربي إلى أن هذا التعريف التشريعي يُعدّ تقنيناً لمجمل ما ذهبت إليه أمهات المراجع الفقهية في تحديد معنى الزواج.

وفي المقارنة بالتشريعات العربية المعاصرة، نجد أن مجلة الأحوال الشخصية التونسية في فصلها الثالث قد عرّفت الزواج بأنه عقد بين رجل وامرأة، غايته الحياة المشتركة وإنجاب الأطفال .أما مدونة الأسرة المغربية في المادة العاشرة منها فقد نصّت على أن الزواج ميثاق تراضٍ وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة[6].

ومن أبرز السمات التي تُميّز تعريف الزواج في القانون الوضعي الجزائري أنه ربط بين الشرط الشكلي المتمثل في الانعقاد" على الوجه الشرعي "والشرط الموضوعي المتمثل في توافر الأغراض المشروعة للزواج، وهو ما يعني ضمناً أن الزواج الذي يُبرم بقصد

[6]مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الأمر العلي المؤرخ في 13 أغسطس1956 م، الفصل.3

الإضرار أو التحايل على القانون لا يستوفي التعريف التشريعي المقرر ويكون عرضةً للإبطال القضائي.

ويُفرّق الفقه القانوني بين ثلاثة أنواع من عقود الزواج بحسب درجة استيفاء الشروط والأركان :فالزواج الصحيح هو ما استوفى جميع أركانه وشروطه الموضوعية والشكلية، والزواج الفاسد هو ما اختلّ فيه شرط من الشروط دون ركن من الأركان، أما الزواج الباطل فهو ما اختلّ فيه ركن من الأركان أصلاً .وهذا التقسيم الثلاثي مستقى أساساً من الفقه الحنفي وقد أخذ به القانون الجزائري في أحكامه[7].

الفرع الثالث :التمييز بين الزواج الصحيح والفاسد والباطل

الزواج الصحيح هو العقد الجامع لأركانه وشروطه كافةً، بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية والقانونية من وجوب المهر وثبوت النسب والتوارث والحضانة والنفقة .وقد فصّل الكاساني في بدائع الصنائع الأحكام المترتبة على الزواج الصحيح مُبيّناً أن الوطء فيه حلال من أول العقد إلى نهايته[8].

أما الزواج الفاسد فهو الذي استوفى أركانه الجوهرية لكنه اختلّ في شرط من شروطه، كالزواج المنعقد في غيبة الشاهدين، أو الزواج المؤقت في غير الحالات المرخَّص بها شرعاً، أو الزواج المشروط بشرط مُفسِد .وقد ذهب الحنفية إلى أن الزواج الفاسد إذا دخل فيه بالوطء يُفيد بعض الآثار القانونية كثبوت النسب وحق المهر ووجوب العدة، لكنه يبقى قابلاً للفسخ في أي وقت[9].

---

[7] الفقي، إسماعيل، الزواج الصحيح والفاسد والباطل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2009 م، ص.34

[8] الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص.231

[9] ابن عابدين، مرجع سابق، ج3، ص.9

أما الزواج الباطل فهو الذي اختلّ فيه ركن أساسي كاشتراط انعدام المحرمية أو انعدام الأهلية الكاملة للزوجين أو غياب الإيجاب والقبول كلياً .وقد أكد ابن قدامة في المغني أن الزواج الباطل لا يُنتج أي أثر قانوني، بل ويوجب العقوبة في حالة الوطء مع العلم بالتحريم [10].

[10] ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص.37

المطلب الثاني :مصادر عقد الزواج الصحيح في القانون الوضعي

تتنوع المصادر التي يستند إليها تنظيم عقد الزواج الصحيح في القانون الجزائري بين مصادر أصلية وأخرى احتياطية، وتأتي في مقدمة هذه المصادر النصوص التشريعية الرسمية التي وضعت الأحكام المنظمة للعلاقة الزوجية.

وهذا ما سنوضحه بالتطرق للمصادر التشريعية الأساسية (فرع أول) ، ومن ثم الفقه الإسلامي مصدراً احتياطياً (الفرع الثاني)

الفرع الأول :المصادر التشريعية الأساسية

يتصدر المصادر التشريعية للزواج في الجزائر الدستور الجزائري الصادر سنة 1996م وما تلاه من تعديلات دستورية، ولا سيما المادة الثانية التي تُقرّر أن الإسلام دين الدولة .وهذا الاختيار الدستوري يعني حتمية تأسيس التشريعات المتعلقة بالأحوال الشخصية ومنها نظام الزواج على أحكام الشريعة الإسلامية، مما يجعل الفقه الإسلامي مصدراً رئيساً ومُلهِماً للمشرع الجزائري في هذا الشأن[11].

ويأتي قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 11-84 في مرتبة المصدر التشريعي المباشر والأكثر أهمية في تنظيم عقد الزواج .فقد خصّص هذا القانون الكتاب الأول لأحكام الزواج مُستعرِضاً شروط الانعقاد وأركانه وإجراءاته والحقوق والواجبات الناشئة عنه.

وقد جاء تعديل قانون الأسرة بموجب القانون رقم 02-05 الصادر في 27 فبراير 2005م ليُدخل تعديلات جوهرية على أحكام الزواج، كاشتراط التوثيق الرسمي للعقد

[11]الدستور الجزائري، المادة) 2 الإسلام دين الدولة(،1996 م.

وتقييد حق التطليق وتوسيع حق المرأة في طلب الخلع، وذلك استجابةً للتطورات الاجتماعية والحقوقية التي شهدتها الجزائر في مطلع الألفية الثالثة[12].

ويُضاف إلى ذلك قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم 20-70 وما طرأ عليه من تعديلات، وهو الذي يُنظّم الجانب الإجرائي والتوثيقي لعقد الزواج من خلال تحديد الجهات المختصة بتسجيل عقود الزواج وإجراءات التحقق من استيفاء الشروط القانونية.

تُشكّل أحكام المحكمة العليا وقرارات مجلس الدولة الجزائري مصدراً قضائياً بالغ الأهمية في بلورة أحكام عقد الزواج الصحيح وتحديد نطاقه التطبيقي .وقد أسهمت هذه القرارات في تفسير النصوص التشريعية وسد الثغرات التي أفرزتها الممارسة القضائية، ولا سيما في المسائل الخلافية المتعلقة بإثبات الزواج العرفي وتحديد المهر وأحكام الولاية.

وقد استقرت المحكمة العليا في إطار اجتهادها القضائي المستقر في مادة قانون الأسرة الجزائري على جملة من المبادئ التي أصبحت تشكّل توجهاً قضائياً ثابتاً في المنازعات الأسرية، حيث كرّست مبدأ إمكانية إثبات الزواج العرفي بكافة وسائل الإثبات متى توافرت أركانه الشرعية، باعتبار أن العبرة في الزواج ليست بالشكلية وحدها بل بتحقق الإيجاب والقبول والرضا والولي والشهود[13]. كما رسّخت المحكمة العليا مبدأ اعتبار الخلوة الصحيحة في حكم الدخول، بما يترتب عنه من آثار قانونية أهمها استحقاق الصداق كاملاً ووجوب العدة وثبوت بعض الحقوق الزوجية[14]

---

[12] بلحاج، العربي، مرجع سابق، ص.55

[13] لامية عفاف العياشي،" دور القضاء في إثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،ASJP، 2019.، https://asjp.cerist.dz/en/article/124609

[14] يوسف رحمان،" إثبات الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة القانون والعلوم السياسية،.ASJP https://asjp.cerist.dz/en/article/102005

وفي سياق متصل، أكد الاجتهاد القضائي الجزائري أن توثيق عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق يُعد شرطاً للإثبات في مواجهة الغير دون أن يمس ذلك صحة العقد إذا استوفى أركانه الشرعية، وهو ما يكرّس التمييز بين الصحة الشرعية والصحة القانونية للعقد

كما تدخّل القضاء في مسائل الولاية ، حيث أقرّت المحكمة العليا مبدأ جواز تدخل القاضي في حال عضل الولي و منعه من تزويج مولي تهد و نسب بشرعي ، باعتبار أن الولاية ليست وسيلة تعسف وإنما وسيلة حماية لمصلحة المرأة و الأسرة[15].

وقد أرست هذه المبادئ توازناً دقيقاً بين متطلبات التوثيق الرسمي وضرورات العدالة الاجتماعية، مع ميل واضح إلى حماية استقرار الأسرة وصون الحقوق، وهو ما جعل الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري مصدراً تفسيرياً وتطبيقياً مكملاً للنصوص التشريعية، خاصة في ظل اعتماد المادة 222 من قانون الأسرة على الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي في حال غياب النص[16]

الفرع الثاني :الفقه الإسلامي مصدراً احتياطياً

نصّت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري صراحةً على أنه" في كل ما لم يرد فيه نص في هذا القانون يُرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ."وهذه الإحالة التشريعية العامة ترفع الفقه الإسلامي إلى مرتبة المصدر الاحتياطي الذي يُستعان به لسدّ الفراغ التشريعي وتفسير النصوص القانونية المبهمة.

---

[15]قرار المحكمة العليا الجزائرية – الغرفة الشرعية :مبدأ تدخل القاضي عند عضل الولي) مجموع الاجتهادات القضائية في الأحوال الشخصية.(
https://elmouhami.com

[16]بد الله حاج أحمد، *إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه في القانون الجزائري*، جامعة الوادي، أطروحات.DSpace
https://dspace.univ-eloued.dz

وتتجلى أهمية الفقه الإسلامي بوصفه مصدراً احتياطياً في قانون الأسرة الجزائري من خلال تنوع آراء المذاهب الفقهية الأربعة الكبرى التي يلجأ إليها القضاء والفقه القانوني لاستكمال الأحكام الغائبة عن النص التشريعي. وفيما يلي عرض موجز لمواقف هذه المذاهب في أحكام الزواج:

أولاً) المذهب الحنفي: يرى الحنفية أن عقد الزواج ينعقد بالإيجاب والقبول وبألفاظ متعددة، وأن المرأة البالغة العاقلة لها أن تزوّج نفسها دون وليّ مع مراعاة الكفاءة، وهو ما يُخالف موقف الجمهور. ويُجيز الحنفية الزواج بالكتابة والرسالة مع اشتراط قراءة الرسالة في المجلس. ويُفرّق الحنفية بين الزواج الفاسد – وهو ما اختلّ شرطه – والزواج الباطل وهو ما اختلّ ركنه، مُرتّبين على الفاسد بعض الآثار القانونية بعد الدخول.

ثانياً) المذهب المالكي: يشترط المالكية الولاية في الزواج شرطاً لصحته مطلقاً، ويُجيزون الزواج بالكتابة بشروط، ولا يشترطون الإشهاد وقت العقد بل يكتفون بالإعلان. ويُميّز المالكية بين الإشهار الواجب والإشهاد المستحب في الجملة، وهم يُجيزون اشتراط شروط غير منافية لمقتضى العقد في صلب العقد ويُلزمون بها، وهو موقف متميز يُعطي للزوجة مرونة في التفاوض على شروط الزواج كاشتراط عدم التعدد.

ثالثاً) المذهب الشافعي: يشترط الشافعية لصحة الزواج: الولي والشاهدَين والصيغة بلفظَي التزويج والإنكاح حصراً والخلو من الموانع. ولا يجيزون للمرأة تزويج نفسها بحال، ويُعدّ الولي ركناً أصيلاً لا ينعقد الزواج بدونه حتى بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة. والشافعية هم الأكثر اشتراطاً للشكليات في عقد الزواج وهو ما انعكس على تشريعات كثير من الدول ذات الأغلبية المسلمة.

رابعاً) المذهب الحنبلي: يشترط الحنابلة الولاية والإشهاد والإيجاب والقبول لصحة عقد الزواج، ويميلون إلى التوسع في قبول الشروط المشروطة في العقد بما لا يخالف مقتضاه، وقد شدّدوا على ركن الولاية اعتباراً بمقاصد الشريعة في صون المرأة وضمان حسن الاختيار. والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد استلهم في قانون الأسرة من مختلف هذه المذاهب مُرجِّحاً في الغالب اجتهادات المذهب المالكي نظراً للموروث الفقهي المالكي الراسخ في المنطقة المغاربية، مع الاستعانة ببعض الحلول الحنفية في مسائل التعامل مع الزواج الفاسد وآثاره.

المطلب الثالث :خصائص عقد الزواج الصحيح

تتجلى خصوصية عقد الزواج الصحيح من خلال مجموعة من السمات الجوهرية التي أضفت عليه طابعا متميزا في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، وفي مقدمة هذه الخصائص كونه عقدا يستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها ، وهو ما سنوضحه في العقد الشرعي) الفرع الأول (، الزواج عقد مؤبَّد لا يقبل التأقيت) الفرع الثاني. (

الفرع الأول :عقد شرعي

يتمتع عقد الزواج في الشريعة الإسلامية بقداسة دينية تجعله في منزلة الشعيرة الإلهية الواجب مراعاة حرمتها وصون مقاصدها، وقد نصّ القرآن الكريم على هذه القدسية في آيات كثيرة، كقوله تعالى في سورة النساء" :وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقاً غَلِيظاً"، إذ وصف الزواج بالميثاق الغليظ تأكيداً لعظمته وجلالة شأنه[17].

وقد استفاضت كتب الفقه الإسلامي في بيان هذه الخاصية، فأشار ابن قيم الجوزية في" زاد المعاد "إلى أن الزواج سنة النبيين والمرسلين، وأن في تركه إعراضاً عن سنة

---

[17]القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2،1964 م، ج3، ص.17

الأنبياء وتعريضاً للنسل البشري للانقطاع .وقد رتّب الفقهاء على هذه الخاصية نتائج عملية من بينها أن العقد لا يجوز تعليقه على شرط مُنافٍ لمقاصده وأن أي اتفاق يتعارض مع جوهره الديني يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً[18].

وعلى صعيد القانون الوضعي الجزائري، فقد كرّس المشرع هذه الخاصية من خلال اشتراطه صراحةً أن يُبرَم العقد" على الوجه الشرعي"، وهو ما يعني حتمية الاستناد إلى الأحكام الإسلامية في تحديد صحة العقد أو فساده .وقد أكد الأستاذ بوضياف عمار أن هذا الاشتراط الصريح يجعل الطابع الديني للزواج ركيزةً لا غنى عنها في البناء التشريعي الجزائري[19].

ويتميز عقد الزواج كذلك عن سائر العقود المدنية بكونه موجَّهاً نحو تحقيق مقاصد شرعية محددة لا يجوز للطرفين الاتفاق على خلافها أو الإخلال بها؛ إذ يقيَّد فيه سلطان الإرادة بقيود شرعية صارمة تحول دون التحايل على مقاصده الإنسانية النبيلة من إحصان وإنجاب وتكوين أسرة [20].وقد أفصح المشرع الجزائري صراحةً عن هذه المقاصد في المادة الرابعة من قانون الأسرة حين ربط التعريف بالمقاصد، مؤكداً التوجه الغائي للعقد، بما يعني أن الزواج الذي يُبرَم بنيّة مخالفة لهذه المقاصد يفتقر إلى المشروعية الجوهرية حتى وإن استوفى شروطه الشكلية[21].

ومن الخصائص المُستحدثة التي أضافها المشرع الجزائري على عقد الزواج خضوعه للإشراف القضائي والتوثيقي، وهو ما يُجلّيه اشتراط توثيق عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو العدل والموثق .وقد أقرّ قانون الأسرة المعدَّل بموجب القانون 02-05 وجوب

---

[18]ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط27،1994 م، ج5، ص.100

[19]بوضياف، عمار، شرح قانون الأسرة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3،2013 م، ص.19

[20]مدكور محمد سلام , الزواج في الشريعة الاسلامية, دار النهضة العربية , القاهرة1967 , م , ص18

[21]قانون الأسرة الجزائري , المادة 4 فقرة2

توثيق عقد الزواج، وقد استقر الرأي الراجح في الفقه والقضاء على أن التوثيق شرط لإثبات العقد ونفاذه في مواجهة الغير[22] دون أن يُؤثر في صحته الجوهرية متى توافرت أركانه الشرعية، وهو التوجه الذي أكدته المحكمة العليا في قراراتها المتعاقبة[23].

كما خوّل المشرع الجزائري القضاء صلاحية الإذن بالزواج حين يتعذر استيفاء شرط الولاية، فضلاً عن منح المحكمة صلاحية الفصل في نزاعات إثبات الزواج غير الموثق وإلحاق نسب الأبناء في حالات بعينها.وقد رسخ الفقه القانوني الجزائري مبدأ أن الزواج العرفي الغير موثق لا ينتج أثرا في مواجهة الجهات الإدارية و القضائية[24]

يُعدّ الزواج العرفي من أهم الإشكالات العملية التي واجهت المنظومة القانونية الجزائرية في مجال قانون الأسرة، وهو يقوم من حيث الأصل على عقد زواج تتوافر فيه أركانه وشروطه الشرعية من إيجاب وقبول وولي وشاهدين وانتفاء الموانع، إلا أنه يفتقر إلى عنصر التوثيق الرسمي أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق .ومن هنا، فإن طبيعته القانونية تتأرجح بين الصحة الشرعية من جهة، وضعف الحماية القانونية من جهة أخرى، مما جعله محل اهتمام فقهي وقضائي واسع.

ويكمن الإشكال الجوهري في الزواج العرفي في كونه يُنتج علاقة زوجية قائمة فعلاً بين الطرفين في الواقع الاجتماعي، لكنه لا يُنتج آثاراً قانونية كاملة أمام الإدارة والقضاء إلا بعد إثباته بحكم قضائي .وهذا الوضع يؤدي إلى نشوء العديد من النزاعات العملية، خاصة عند إنكار أحد الزوجين للعلاقة، أو عند وفاة أحد الطرفين دون وجود وثيقة رسمية

---

[22]قانون الأسرة الجزائري , المادة 9 المعدلة بموجب القانون رقم05-02

[23]محمدي فريدة زوزو , شرح قانون الأسرة : أحكام الزواج والطلاق , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر ط 2 2006م ص29

[24]ابن معلم نورالدين , أحكام الزواج في ضوء الفقه و القضاء , دار هومة , الجزائر , 2012 , ص22

تثبت الزواج، مما ينعكس مباشرة على مسائل حساسة مثل النسب، الميراث، النفقة، والحقوق الزوجية المختلفة.

ولمواجهة هذه الإشكالات، أقرّ المشرع الجزائري آلية قانونية تتمثل في دعوى إثبات الزواج العرفي، وهي دعوى ترفع أمام الجهات القضائية المختصة بهدف تحويل العلاقة الزوجية غير الموثقة إلى علاقة معترف بها قانوناً .ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على المدعي، الذي يمكنه الاستناد إلى وسائل متعددة للإثبات، منها شهادة الشهود، الإقرار الصريح أو الضمني، القرائن القوية مثل المعاشرة الزوجية المستمرة، أو وجود أبناء مشتركين بين الطرفين .ويمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقييم هذه الأدلة وفقاً لظروف كل قضية على حدة.

وفي هذا السياق، أكد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أن الزواج العرفي لا يُعتد به في مواجهة الغير إلا إذا تم إثباته بحكم قضائي نهائي، وأن مجرد وجود علاقة واقعية بين الطرفين لا يكفي لترتيب الآثار القانونية الكاملة .كما استقر القضاء على أن التوثيق الرسمي يُعد وسيلة إثبات قوية وحاسمة، وأن غيابه يُضعف مركز المدعي ويجعل إثبات الزواج خاضعاً لتقدير صارم من طرف قضاة الموضوع، خاصة في ظل ضرورة حماية النظام العام الأسري واستقرار المعاملات القانونية.

كما ترتب عن التوجه التشريعي والقضائي في الجزائر أن الزواج العرفي، رغم إمكانية الاعتراف به قضائياً، لا يُساوي الزواج الموثق من حيث القوة القانونية والحجية، إذ إن الزواج الموثق يتمتع بحجية مطلقة في مواجهة الغير والإدارة، بينما يظل الزواج العرفي رهين الإثبات القضائي .وهو ما يجعل التوثيق ليس شرطاً لصحة الزواج من الناحية الشرعية، لكنه شرط عملي جوهري لترتيب آثاره القانونية الكاملة وضمان استقرار العلاقات الأسرية وحماية حقوق الأطراف الضعيفة، خصوصاً المرأة والأبناء.

وبذلك يتضح أن المشرع الجزائري قد تبنى مقاربة مزدوجة تقوم على الاعتراف بالزواج العرفي من حيث المبدأ إذا استوفى أركانه الشرعية، وفي الوقت ذاته تقييده من حيث الأثر القانوني بإخضاعه للإثبات القضائي، بما يحقق التوازن بين مرجعية الشريعة الإسلامية التي تقر بصحة العقد، ومتطلبات الدولة الحديثة التي تعتمد التوثيق كضمانة أساسية للأمن القانوني والاستقرار الاجتماعي.

الفرع الثاني :الزواج عقد مؤبَّد لا يقبل التأقيت

أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة على أن عقد الزواج يجب أن يكون دائماً مُؤبَّداً، وأن إدخال شرط التأقيت فيه يُفضي إلى فساده أو بطلانه تبعاً للمذهب المعتمد . وهذا ما يُميّز زواج الدوام عن زواج المتعة الذي أباحه الشيعة الاثنا عشرية في حالة دون إجماع الفقهاء[25].

وقد أكد النووي في" المجموع "أن اشتراط التأقيت في عقد الزواج يُفسد العقد عند الشافعية، ويُخالف مقصد الزواج الأصيل القائم على الدوام والاستقرار .وقد سار على هذا النهج ابن عابدين حين قرر أن التزوج على مدة محددة يُعدّ زواجاً فاسداً عند الحنفية لمخالفته لشرط الدوام[26].

وقد كرّس المشرع الجزائري هذه الخاصية صراحةً حين اشترط الدوام في تعريف الزواج ونصّ على بطلان كل شرط يُنافي الدوام .ويُعدّ هذا الاشتراط انعكاساً مباشراً

---

[25]الدسوقي، محمد بن أحمد المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، ج2، ص.212

[26]النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ج16، ص.149

للفلسفة التشريعية التي تُولي الاستقرار الأسري أهمية قصوى في بناء المجتمع وصون الكرامة الإنسانية للزوجين والأبناء[27].

وتجدر الإشارة إلى أن خاصية التأبيد لا تنفي إمكانية انحلال رابطة الزواج بالطلاق أو الخلع أو الفسخ القضائي، إذ الفرق واضح بين الزواج الذي يُبرَم منذ البداية محدود المدة وهو الباطل شرعاً وقانوناً، والزواج الذي يُبرَم على الدوام ثم يتسبب طارئ لاحق في انحلاله .وهذا التمييز الجوهري أرسى عليه الفقه والقضاء كثيراً من الأحكام التطبيقية[28].

وقد تجلّت الأحكام التطبيقية المترتبة على مبدأ التأبيد في العديد من المسائل الفقهية والقضائية، إذ استقر الفقه الإسلامي على بطلان كل عقد زواج يُذكر فيه أجلٌ معين أو مدة محددة ينتهي بانقضائها العقد تلقائياً، سواء كانت هذه المدة أياماً أو أشهراً أو سنوات، لأن هذا الشرط يُحوّل الزواج من رابطة أسرية دائمة إلى علاقة مؤقتة تُنافي مقاصده الشرعية .كما قضى الفقهاء بعدم الاعتداد بأي اتفاق سري بين الزوجين أو بين أحدهما والولي يقضي بإنهاء الزواج عند حلول أجل معين ولو لم يُذكر ذلك صراحة في العقد، متى ثبت أن نية التأقيت كانت أساس التعاقد[29]

ومن التطبيقات العملية كذلك ما يتعلق بالتمييز بين الزواج المؤقت المحظور شرعاً وبين الزواج الصحيح الذي قد ينتهي بعد مدة قصيرة بسبب الطلاق أو الوفاة أو الفسخ؛ فالعبرة ليست بمدة استمرار الحياة الزوجية فعلاً، وإنما بالنية والصفة التي أُبرم عليها العقد

---

[27]بلحاج، العربي، مرجع سابق، ص.38

[28]أبو زهرة، محمد، مرجع سابق، ص.45

[29]ابن قدامة، *المغني*، تحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ج9 ، باب نكاح المتعة والنكاح المؤقت

ابتداءً .ولذلك قد يستمر الزواج المؤقت سنوات طويلة ومع ذلك يبقى باطلاً، في حين قد ينتهي الزواج الصحيح بعد أيام قليلة بسبب طارئ لاحق دون أن يؤثر ذلك في صحته[30].

كما ترتب على مبدأ التأبيد عدم جواز تضمين عقد الزواج شروطاً تؤدي عملياً إلى إنهائه بصورة تلقائية عند تحقق واقعة مستقبلية معينة، كاشتراط انتهاء الزواج بمجرد سفر أحد الزوجين أو انتهاء الدراسة أو انقضاء عقد العمل أو غير ذلك من الوقائع الزمنية أو الاحتمالية .وقد اعتبر الفقهاء هذه الشروط منافية لمقتضى العقد وموجبة لبطلان الشرط، بل ذهب بعضهم إلى إفساد العقد ذاته إذا كان الشرط مؤثراً في أصل الرابطة الزوجية[31].

وعلى مستوى الاجتهاد القضائي الجزائري، اتجهت المحاكم إلى تكريس مبدأ الدوام باعتباره من النظام العام الأسري، ومن ثم فإن أي اتفاق أو شرط يُفهم منه التأقيت أو تحديد مدة للزواج يُعد عديم الأثر القانوني .كما أن القضاء لا يعتد بالإرادة الخاصة للأطراف متى تعارضت مع المقاصد الأساسية التي أراد المشرع حمايتها من خلال مؤسسة الزواج، وفي مقدمتها تكوين أسرة مستقرة ورعاية الأبناء وتحقيق السكن والمودة بين الزوجين[32]

وقد انعكس هذا التوجه أيضاً على بعض النوازل المعاصرة، مثل ما يُعرف بزواج السياحة أو الزواج المرتبط بالإقامة المؤقتة أو بعقود العمل محددة المدة، حيث اتجه غالبية الفقهاء المعاصرين إلى النظر في حقيقة العقد ومقصده لا في شكله الظاهر فقط، فإذا ثبت أن نية الطرفين اتجهت منذ البداية إلى إنهاء العلاقة بانتهاء مدة معينة عُدّ ذلك

---

[30]الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2 ، كتاب النكاح؛ والنووي، *المجموع شرح المهذب*، دار الفكر، بيروت، ج17 ، باب نكاح المتعة

[31]ابن عابدين، *رد المحتار على الدر المختار*، دار الفكر، بيروت، ج3 ، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح؛ وابن قدامة، *المغني*، ج9 ، فصل الشروط الفاسدة في عقد النكاح.

[32]الأمر رقم 11-84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير2005 ، المادة4 ؛ وانظر :عبد العزيز سعد، *الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري*، دار هومة، الجزائر، ص 51وما بعدها.

منافياً لخاصية التأبيد التي يقوم عليها عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري[33]

[33]وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، دار الفكر، ج9 ، مبحث الزواج بنية الطلاق والزواج المؤقت؛ ويوسف القرضاوي، *فتاوى معاصرة*، دار القلم، ج3 ، ص 246 وما بعدها؛ وكذلك :قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة التعاون الإسلامي، بشأن قضايا الأسرة والزواج المعاصر.

المبحث الثاني :أركان عقد الزواج الصحيح يقوم عقد الزواج الصحيح على جملة من الأركان الجوهرية التي تُشكّل البنية التحتية للعقد بحيث يُؤدي تخلّف أيٍّ منها إلى انعدام العقد أو بطلانه .وقد اتفق الفقهاء وإن تباينوا في التفاصيل على أن الزواج يستلزم في جوهره توافر إيجاب وقبول وصيغة مضبوطة وأطرافاً مؤهلَين وغياب الموانع الشرعية .وسوف يُعالَج هذا المبحث في ثلاثة مطالب ، الإيجاب والقبول وصيغة العقد (مطلب أول) شروط أطراف العقد الأهلية والولاية (مطلب ثاني) موانع الزواج وآثارها على صحة العقد (مطلب ثالث)

المطلب الأول :الإيجاب والقبول وصيغة العقد

يشكل الإيجاب والقبول التعبير القانوني والشرعي عن إرادة المتعاقدين في إنشاء الرابطة الزوجية، وقد أحاطهما الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بجملة من الشروط الدقيقة لضمان صحة العقد، وهو ما سنوضحه بالتطرق لتعريف الإيجاب والقبول (فرع أول) صيغة عقد الزواج (فرع ثاني) شرط التواصل والمجلس الواحد (فرع ثالث)

الفرع الأول :تعريف الإيجاب والقبول

الإيجاب في عقد الزواج هو اللفظ الأول الصادر من أحد الطرفين أو وليّه المُعرِب عن رغبته في إبرام عقد الزواج، وقد جرى العرف الفقهي على أن يصدر من وليّ المرأة إذ يقول" :زوّجتك ابنتي فلانة"، أو من المرأة ذاتها في الحالات التي تُجيزها بعض المذاهب .أما القبول فهو الجواب الصادر من الطرف الثاني المُعرِب عن الرضا والموافقة على ما أوجبه الطرف الأول.

وقد اشترط الفقهاء جملةً من الشروط في الإيجاب والقبول لتحقيق الانعقاد الصحيح، أهمها :التوافق بين الإيجاب والقبول بحيث يكون القبول مطابقاً للإيجاب دون زيادة أو

نقصان؛ واتصال القبول بالإيجاب في المجلس الواحد دون فاصل زمني يدل على الإعراض؛ وعدم تعليق أي منهما على شرط أو تأقيته بمدة محددة[34].

وعلى صعيد القانون الجزائري، نصت المادة التاسعة من قانون الأسرة على وجوب توافر الإيجاب والقبول من الزوجين والولي والشاهدَين لإتمام عقد الزواج بصورة صحيحة . وهذا النص يُرسّخ التوافق التام بين التشريع الجزائري والفقه الإسلامي في اعتبار الإيجاب والقبول ركناً أصيلاً لا غنى عنه في عقد الزواج الصحيح.

الفرع الثاني :صيغة عقد الزواج

اشترط جمهور الفقهاء أن يُعبَّر عن الإيجاب والقبول في عقد الزواج بألفاظ صريحة محددة تُفيد معنى التزويج أو الإنكاح، ولا يُجزئ غيرها من الألفاظ الكنائية أو المبهمة . وقد اعتبر الحنفية أن لفظَي التزويج والإنكاح هما اللفظان الأصليان في صيغة الزواج، وأجازوا إلى جانبهما عبارات المِلك والهبة والبيع حين تُقترن بقرينة تدل على إرادة الزواج[35].

وقد اشترط الشافعية والحنابلة أن تقتصر الصيغة الصحيحة على لفظَي التزويج والإنكاح دون سواهما، إذ هما اللفظان اللذان ورد بهما الشرع ودلّا على الزواج في لغة العرب دلالةً قاطعة .وقد احتجّ الشيرازي في" المهذب "على هذا الاشتراط بأن الزواج عقد عظيم له خطره الديني والاجتماعي فوجب أن يُبرَم بألفاظ موضوعة خصيصاً له لا تحتمل الغموض ولا تقبل التأويل[36].

---

[34]الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط2،1393 هـ، ج5، ص.13

[35]ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار) حاشية ابن عابدين(، دار الفكر، بيروت، ط2،1992 م، ص.7

[36]الشيرازي، مرجع سابق، ج2، ص.39

وفيما يخص انعقاد الزواج بالكتابة أو الإشارة، فقد أجاز الفقهاء الانعقاد بالكتابة للغائب والانعقاد بالإشارة المفهومة للأخرس، مُستدلّين بأن المقصود من الصيغة هو التعبير عن الإرادة بأيّ وسيلة تُؤدي هذا المعنى بيقين .وقد استند هذا الاتجاه إلى قاعدة فقهية مستقرة مفادها أن" العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، وهو ما يسمح بالانتقال من الوسائل اللفظية التقليدية إلى وسائل بديلة متى تحققت الدلالة القطعية على الرضا، وانتفى معها أي احتمال للغلط أو الإكراه[37].

ويُشترط في الكتابة أن تكون واضحة الدلالة على الإيجاب أو القبول، وأن تصل إلى الطرف الآخر على وجه يمكنه الاطلاع عليها وفهم مضمونها، سواء كانت في رسالة ورقية أو وسيلة مراسلة أخرى، مع ضرورة أن تُفهم على أنها موجّهة لإبرام عقد الزواج لا مجرد وعد أو تمهيد، لأن الفارق بينهما جوهري في الآثار القانونية والشرعية[38] .أما الإشارة، فقد قيّدها الفقهاء بكونها مفهومة عرفاً، أي أن تكون دلالتها قطعية عند المخاطَب أو عند الشهود، بحيث تُغني عن النطق عند العجز عنه، ولا تُقبل الإشارات المحتملة أو غير الواضحة، لأن الغموض يُفسد دلالة الرضا في عقد شديد الخطورة كعقد الزواج[39].

وقد استحدث الفقه الإسلامي المعاصر مسألة انعقاد الزواج بالوسائل التكنولوجية الحديثة كالهاتف وتبادل الوثائق الرسمية، وهي مسائل لا تزال مثار خلاف فقهي واجتهاد قضائي متجدد .فقد ذهب اتجاه إلى جواز انعقاد الزواج عبر الاتصال المرئي (Video Call)إذا توافر التحقق من الهوية، وحضور الشهود، وسماع الإيجاب والقبول في مجلس

---

[37] بن عابدين، *رد المحتار على الدر المختار*، دار الفكر، ج3، ص56

[38] النووي، *المجموع شرح المهذب*، دار الفكر، ج16، ص190

[39] الشيرازي، *المهذب في فقه الإمام الشافعي*، دار الكتب العلمية، ج2، ص42

واحد حكماً، مع تسجيل ذلك بطريقة يمكن الرجوع إليها عند النزاع، باعتبار أن المجلس في هذه الحالة يُقدّر تقديراً لا حقيقةً[40]

في المقابل، اتجه رأي آخر إلى التحفظ على هذا النوع من العقود، خاصة في حال غياب التوثيق الرسمي أو ضعف وسائل التحقق من الشخصية، لما قد يترتب عليه من مخاطر التزوير أو انتحال الهوية أو عدم تحقق الجدية في الإرادة، وهو ما يتعارض مع مقاصد الزواج القائمة على الاستقرار والأمان الأسري[41].

كما ناقشت المجامع الفقهية المعاصرة هذه المسألة، وخلصت في أغلب توصياتها إلى جواز الاستفادة من الوسائل الحديثة في التعاقد بشرط استكمال الضمانات الشرعية والقانونية، وعلى رأسها التوثيق الرسمي، والتحقق من الأطراف، وتوثيق الشهادة، بما يضمن سلامة العقد من النزاع أو الإنكار لاحقاً[42].

وبناءً على ذلك، فإن الاتجاه العام في الفقه المعاصر يميل إلى التوسعة المنضبطة في وسائل انعقاد الزواج، دون التخلي عن الضوابط التقليدية الجوهرية، بل مع إعادة تفسيرها بما يتناسب مع تطور وسائل الاتصال الحديثة، وهو ما يجعل هذه المسألة من أكثر مسائل الفقه الأسري المعاصر خضوعاً للاجتهاد المتجدد وتداخل الرؤية بين الفقه والقانون الوضعي[43].

وقد اشترط المشرع الجزائري في المادة التاسعة مكرر المضافة بالقانون 02-05 توثيق عقد الزواج أمام موثق أو عدل ضمن شرط إجرائي جوهري، وهو ما عدّه الأستاذ

---

[40] الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، دار الكتب العلمية، ج2، ص231

[41] ابن قدامة، *المغني*، دار الفكر، ج7، ص5

[42] ابن قدامة، *المغني*، باب عقد النكاح بالكتابة والإشارة، ج7، ص.12

[43] وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، دار الفكر، ج7، ص35

محمدي فريدة زوزو خطوةً إضافية تعلو على مجرد الصيغة اللفظية بحيث يصير التوثيق شرطاً لا غنى عنه لترتيب الآثار القانونية على عقد الزواج في مواجهة الجهات الرسمية[44].

الفرع الثالث :شرط التواصل والمجلس الواحد

اشترط الفقهاء اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد الواحد بحيث لا يُفصل بينهما بفاصل يدل على إعراض أحد الطرفين أو تحوّل عزمه .وقد استدل ابن الهمام في "فتح القدير "على هذا الاشتراط بأن الزواج عقد يُشترط فيه قرانٌ بين الإيجاب والقبول لتتحقق وحدة الإرادة وتتلاقى في آن واحد[45].

وقد أثار الفقه المعاصر إشكالية تعريف المجلس في عصر التواصل الرقمي، إذ كان المجلس تقليدياً يُقصد به المكان والزمان المتحدَين الذي يجمع الطرفين أو وكليهما . غير أن الفتاوى المعاصرة والتشريعات الحديثة بدأت تتحول نحو قبول مفهوم أشمل للمجلس يستوعب الجلسات المرئية والسمعية عبر الأقمار الصناعية متى توافرت الشروط الأخرى للانعقاد الصحيح[46]

وقد انبنى هذا التحول على إعادة النظر في مفهوم" اتحاد المجلس "في ضوء التطور التكنولوجي، حيث لم يعد المجلس مرتبطاً بالمكان المادي فقط، بل أصبح يُفهم بوصفه وحدة زمنية للاتصال المباشر الذي لا ينقطع فيه الإيجاب والقبول، مع إمكانية التفاعل الفوري بين الطرفين، بما يحقق الغرض الشرعي من حضور الإرادتين في لحظة التعاقد .[1]

---

[44]قانون الأسرة الجزائري، المادة 9 مكرر المضافة بموجب القانون.02-05

[45]ابن الهمام، مرجع سابق، ج3، ص.190

[46]ابن الهمام، *فتح القدير شرح الهداية*، دار الفكر، ج3، ص142

وبذلك توسع الفقه في اعتبار" المجلس الحكمي "الذي يقوم مقام المجلس الحقيقي، شريطة أن يكون الاتصال مباشراً غير مسجل مسبقاً على وجه يخلّ باليقين أو يفتح باب التلاعب.

وفي هذا السياق ظهرت جملة من النوازل الفقهية المستحدثة التي فرضت نفسها على الاجتهاد المعاصر، من أبرزها:

1. **الزواج عبر الاتصال المرئي المباشر :(Video Call)** حيث يُثار إشكال التحقق من الهوية، وإمكان انتحال الشخصية، ومدى تحقق الشهود من سماع الإيجاب والقبول في لحظة واحدة .وقد ذهب عدد من الباحثين إلى الجواز بشرط التحقق التقني والقانوني من الأطراف[47]

2. **الزواج عبر تطبيقات المراسلة الفورية) مثل تطبيقات الدردشة المشفّرة :(**وهي من أكثر النوازل إشكالاً، لغياب التزامن أحياناً بين الإيجاب والقبول، واحتمال تأخر الرسائل أو تعديلها، مما يطرح إشكالية انعدام اتحاد المجلس حكماً[48]

3. **الزواج بواسطة الوكالة الرقمية أو التوكيل الإلكتروني :**حيث يقوم أحد الأطراف بتفويض غيره عبر وسائل إلكترونية لإبرام العقد، وهنا يثور سؤال حول حجية التوكيل ومدى التثبت من صدوره الحقيقي[49]

4. **إبرام الزواج عبر منصات الوساطة الرقمية أو مواقع التعارف :** وهي نازلة حديثة تُطرح فيها إشكالية خلط بين التعارف الاجتماعي والعقد الشرعي،

---

[47]وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، دار الفكر، ج7، ص25

[48]جمع الفقه الإسلامي الدولي، *قرارات وتوصيات بشأن العقود عبر وسائل الاتصال الحديثة*، منظمة التعاون الإسلامي، دورات متعددة.

[49]مصطفى الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، دار القلم، ج2، ص879

وغياب التوثيق الرسمي في بعض الحالات، مما يجعلها عرضة للفساد أو الانعدام[50] .

5. **تسجيل العقد صوتياً أو مرئياً دون توثيق رسمي** :حيث ناقش الفقه المعاصر ما إذا كان التسجيل كافياً لإثبات العقد أو أنه مجرد وسيلة إثبات لا ترقى إلى مرتبة التوثيق الملزم قانوناً[51]

وقد انتهت أغلب المجامع الفقهية المعاصرة إلى اعتماد معيار" الاتصال المباشر الموثوق "بدلاً من الاتحاد المكاني، مع التشديد على ضرورة التحقق من الهوية، وحضور الشهود، وإمكانية إعادة الرجوع إلى التسجيل عند النزاع، إضافة إلى وجوب التوثيق الرسمي كلما أمكن ذلك، حمايةً للحقوق ومنعاً للنزاعات المستقبلية[52]

وبناءً على ذلك، أصبح مفهوم المجلس في الفقه المعاصر مفهوماً مرناً يتكيف مع الوسائل الحديثة دون التخلي عن جوهره، وهو تحقق التراضي الفوري واليقيني بين الطرفين، مما يجعل هذه الإشكالية من أهم النوازل الفقهية في باب عقود الأسرة في العصر الرقمي.

وقد عالج القضاء الجزائري بعض إشكاليات التواصل في مجلس العقد، فأكدت المحكمة العليا في قراراتها المتعاقبة أن عقد الزواج المبرَم بالوكالة صحيح متى توافرت شروط الوكالة الشرعية وأحاطت بها الضمانات الكافية لصون الإرادة الحقيقية للموكّل من أيّ غش أو تدليس[53].

---

[50]عبد الكريم زيدان، *المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية*، مؤسسة الرسالة، ج6، ص45

[51]يوسف القرضاوي، *فقه الأسرة وقضايا الزواج المعاصرة*، دار الشروق، ص112

[52]لمحكمة العليا الجزائرية، اجتهادات في صحة الزواج بالوكالة، مجلة المحكمة العليا، عدد مختلف

[53]محكمة النقض الجزائرية، قرار رقم 115630 بتاريخ28/02/2000 م.

المطلب الثاني :شروط أطراف العقد الأهلية والولاية

تُعدّ الأهلية من الشروط الجوهرية التي يتوقف عليها انعقاد عقد الزواج الصحيح، إذ لا يُتصور قيام علاقة زوجية صحيحة دون توافر القدرة القانونية والشرعية لدى أطرافها، وهو ما سنتناوله بالتطرق لأهلية الزوجين (فرع الأول) الولاية في الزواج (فرع ثاني) وشروط الشهود في عقد الزواج (فرع ثالث)

الفرع الأول :أهلية الزوجَين

الأهلية الشرط الموضوعي الأساسي في عقد الزواج، وهي تتفرع إلى نوعَين: أهلية الوجوب التي تعني الأهلية الذمية لاكتساب الحقوق وتحمّل الالتزامات، وأهلية الأداء التي تعني القدرة على ممارسة الحقوق بنفسٍ ومباشرة التصرفات القانونية المُنتِجة لآثارها الشرعية[54].

وقد اشترط الفقهاء في الزوج جملةً من الشروط الموضوعية تُوافق شروط الأهلية: فيجب أن يكون ذكراً بالغاً عاقلاً خالياً من الموانع الشرعية. أما البلوغ فهو الشرط الجوهري الذي يُحدد سن الأهلية للزواج، وقد تباين الفقهاء في تحديده بين القائلين بالاكتفاء بالبلوغ الطبيعي والقائلين باشتراط النضج الجسدي والعقلي الكامل[55].

وعلى صعيد القانون الجزائري، نصّت المادة السابعة من قانون الأسرة على تحديد سن الزواج بتسعة عشرة سنة كاملة للذكر والأنثى على حدٍّ سواء، وهو ما يُعدّ تعديلاً جوهرياً أدخله القانون 05-02 إذ كان السن المقرر سابقاً ثمانية عشرة سنة للذكر وستة

---

[54]السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج1، ص.104

[5555]السرخسي، مرجع سابق، ج5، ص.21

عشرة للأنثى. وقد اشترطت المادة ذاتها جواز منح القاضي إذناً استثنائياً بالزواج قبل بلوغ هذا السن لأسباب يُقدّرها[56].

ويُعرف هذا الإذن الاستثنائي في التطبيق القضائي الجزائري بمفهوم "الترخيص بالزواج للقاصر"، وهو إجراء قضائي يهدف إلى تحقيق التوازن بين حماية القاصر من الزواج المبكر وبين مراعاة بعض الظروف الاجتماعية أو الصحية أو الواقعية التي قد تقتضي الإذن بالزواج قبل السن القانونية. ويخضع هذا الترخيص لرقابة صارمة من القاضي المختص بشؤون الأسرة، إذ لا يُمنح إلا بعد التحقق من توافر المصلحة الحقيقية للقاصر والتأكد من قدرته الجسدية والنفسية على تحمل أعباء الحياة الزوجية. وقد استقر العمل القضائي على ضرورة الاستماع إلى القاصر ووليه، والاستعانة أحياناً بالخبرة الطبية أو البحث الاجتماعي للتثبت من توافر عناصر الرشد الكافي لتحمل المسؤولية الأسرية.[57]

كما يرتبط بذلك مفهوم "الترشيد" الذي يُقصد به تمكين القاصر المميز من مباشرة بعض التصرفات القانونية قبل بلوغه سن الرشد الكامل إذا ثبت تمتعه بقدر من النضج والإدراك يسمح له بفهم آثار تصرفاته. ورغم أن قانون الأسرة الجزائري لم ينظم الترشيد في الزواج تنظيماً مستقلاً ومفصلاً، إلا أن القضاء يأخذ عملياً بفكرة التحقق من الرشد الواقعي للقاصر قبل منحه الإذن بالزواج، بحيث لا يقتصر الأمر على مجرد السن البيولوجي، بل يمتد إلى تقدير النضج العقلي والاجتماعي والاقتصادي.[58]

---

[56] قانون الأسرة الجزائري، المادة 7.

[57] المادة 7 من الأمر رقم 11-84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.قانون الأسرة الجزائري

[58] عبد العزيز سعد، *الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري*، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص74

وفيما يتعلق بشرط العقل والإدراك، فقد أجمع الفقهاء على أن المجنون الذي لا يدرك طبيعة العقد لا تصح منه مباشرة عقد الزواج بنفسه، وأن انعقاد زواجه مشروط بإذن وليّه الذي يُقدّر مصلحته ويراعي ظروفه الاجتماعية والصحية. وقد استعرض ابن قيم الجوزية أحكام زواج فاقد الأهلية بالتفصيل في "زاد المعاد" مُرجِّحاً أن للولي صلاحية تزويجه متى توافرت المصلحة المعتبرة شرعاً.

وتجدر الإشارة إلى أن الأهلية في عقد الزواج لها أبعاد متعددة: فمن حيث السن اشترط المشرع الجزائري في المادة السابعة من قانون الأسرة بلوغ تسعة عشرة سنة كاملة للجنسين معاً، وهو سن يمثل اختياراً تشريعياً يتجاوز الحد الأدنى الفقهي القائم على البلوغ الطبيعي. ومن حيث السلامة العقلية أوجب الفقه والقانون معاً توافر الإدراك الكافي لفهم طبيعة العقد وآثاره، إذ يُشترط في الزوجَين خلوّهما مما يُخلّ بالإرادة من جنون أو إكراه أو تغرير. أما من حيث الأهلية القانونية فيُشترط ألا يكون أحد الطرفَين محكوماً بالحجر القضائي إلا بإذن وليّه.

كما أن إجراءات التقاضي في مسائل الأهلية والزواج تُعدّ من الضمانات الأساسية التي أقرّها المشرع الجزائري لحماية الرابطة الأسرية من التعسف أو سوء الاستعمال. فالقضايا المتعلقة بالإذن بالزواج أو إثبات الأهلية أو الطعن في صحة الرضا تُرفع أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة إقليمياً، ويباشر القاضي فيها سلطته التقديرية الواسعة للتحقق من توافر شروط العقد الشرعية والقانونية. ويجوز للقاضي أن يأمر بإجراء خبرة طبية أو نفسية، أو بحث اجتماعي، أو سماع الشهود والأولياء، وذلك بهدف تكوين قناعة قضائية سليمة حول مدى أهلية الطرفين وصحة إرادتهما.[59]

[59] لقانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المواد المتعلقة بقسم شؤون الأسرة واختصاصاته، الجريدة الرسمية الجزائرية.قانون الإجراءات المدنية والإداريةPDF

وتظهر أهمية هذه الإجراءات بوضوح في المنازعات المتعلقة بزواج القاصر أو الزواج الواقع تحت الإكراه أو التدليس، حيث يتدخل القضاء لإبطال العقد أو تصحيحه بحسب الأحوال. كما يختص القضاء بالنظر في دعاوى فسخ الزواج لعيب في الأهلية أو انعدام الرضا، إضافة إلى الفصل في دعاوى إثبات الزواج العرفي وما يترتب عنها من نسب ونفقة وآثار أسرية أخرى.[60]

أما فيما يخص الطلاق، فقد أحاطه المشرع الجزائري بدوره برقابة قضائية صارمة حمايةً لاستقرار الأسرة، إذ لا يقع الطلاق قانوناً إلا بحكم قضائي بعد مباشرة إجراءات الصلح الإجباري المنصوص عليها في قانون الأسرة. ويهدف هذا الإجراء إلى منح الزوجين فرصة لمراجعة نفسيهما ومحاولة إعادة بناء العلاقة الزوجية قبل إنهائها نهائياً. وقد خوّل القانون للقاضي سلطة تقدير أسباب النزاع والسعي إلى الإصلاح بين الزوجين قبل التصريح بالطلاق.[61]

وتشمل إجراءات التقاضي في الطلاق تقديم عريضة افتتاح الدعوى، واستدعاء الطرفين لجلسات الصلح، ثم سماع أقوالهما والتحقق من حقوق الزوجة والأبناء المتعلقة بالنفقة والحضانة والسكن. وفي حال تعذر الصلح، يُصدر القاضي حكماً بالطلاق مع ترتيب آثاره القانونية. وقد استحدث المشرع الجزائري كذلك صوراً متعددة لإنهاء الرابطة الزوجية كالتطليق للضرر والخلع والفسخ القضائي، مما يعكس تطور الحماية القانونية للأسرة والمرأة في التشريع الجزائري المعاصر.[6]

---

[60] المحكمة العليا الجزائرية، قرارات غرفة الأحوال الشخصية المتعلقة بإثبات الزواج والأهلية والرضا في عقد الزواج، مجلة المحكمة العليا الجزائرية.المحكمة العليا الجزائرية

[61] المواد 48 إلى 57 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتعلقة بإجراءات الطلاق والصلح والتطليق والخلع، ضمن الأمر رقم 11-84المعدل بالقانون.02-05 قانون الأسرة الجزائريPDF

وفيما يتعلق بالمذهب الذي اعتمده المشرع الجزائري في تنظيم أهلية الزواج، يتضح من استقراء أحكام قانون الأسرة وما صرّح به فقهاء القانون الجزائري أن المشرع قد استلهم في الجملة من المذهب المالكي الذي يهيمن تاريخياً على الموروث الفقهي في المنطقة المغاربية، وهو ما يتجلى في اشتراط الولاية باعتبارها ركناً لصحة العقد ووجوب الصداق وأحكام العدة وغيرها. غير أن المشرع لم يلتزم بمذهب بعينه التزاماً حرفياً، بل انتهج سياسة التخيير الفقهي بين آراء المذاهب الأربعة مُرجِّحاً في كل مسألة ما يتوافق مع مصلحة الأسرة الجزائرية والمتطلبات الاجتماعية للعصر. وقد نصّت المادة 222 من قانون الأسرة صراحةً على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص، وهو ما يفتح المجال أمام القضاء والفقه للاجتهاد بين أحكام المذاهب الفقهية في المسائل الخلافية.

الفرع الثاني :الولاية في الزواج

الولاية في الزواج هي سلطة شرعية مُقرَّرة للوليّ تُخوّله الإذن بإبرام عقد الزواج على من هو تحت ولايته أو المشاركة في إبرامه بالإيجاب. وقد اعتبر جمهور الفقهاء الولاية ركناً أساسياً لصحة الزواج، بينما ذهب الحنفية إلى أنها شرط لكمال الصحة لا لأصلها بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة[62].

وقد قرّر الكاساني في "بدائع الصنائع" أن الولاية في الزواج تنعقد للعصبات بحسب درجات القرابة، ويأتي في مقدمتهم الأب ثم الجدّ الصحيح ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم. وهذا الترتيب المتدرج يضمن وجود وليّ مؤهل لكل امرأة في الحالات الطبيعية، مع النص على انتقال الولاية إلى القاضي حين يتعذر وجود الوليّ.

[6262]ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ج5، ص.103

وفي قانون الأسرة الجزائري، نصّت المادة الحادية عشرة على اشتراط الولي في إبرام عقد الزواج بوصفه ركناً لا يصح العقد بدونه، وعرّفته بأنه أحد أقارب المرأة المكلّفين. ثم جاء التعديل بموجب القانون 05-02 ليُضيف إمكانية إنابة المرأة عن وليّها بإذن من القاضي حين يتعذر تواجد الوليّ أو يثبت عضله[63].

وقد أثارت الولاية في الفقه القانوني الجزائري المعاصر إشكاليات عديدة تتعلق بمدى جواز تزويج المرأة البالغة الراشدة نفسها دون وليّ، وهي مسألة ذات أبعاد حقوقية بارزة. وقد رصدت الأستاذة محمدي فريدة زوزو هذه الإشكاليات مُقيّمةً الحلول القانونية الممكنة في ضوء التوازن بين القيم الفقهية الإسلامية التي ترى في الولاية حمايةً للمرأة ومتطلبات المساواة الحقوقية الحديثة.

وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم الولي في الفقه الإسلامي لا يقتصر على كونه "مُمثلاً شكلياً" للمرأة في العقد، بل يُفهم باعتباره نظام حماية قانوني وأخلاقي يهدف إلى تحقيق مصلحة الزوجة والتحقق من كفاءة الزوج من حيث الدين والخلق والقدرة على النفقة، وهو ما عبّر عنه الفقهاء بقاعدة "النظر في الكفاءة". كما أن ولاية الزواج تتنوع إلى ولاية إجبار وولاية اختيار؛ فولاية الإجبار عند بعض الفقهاء (خصوصاً في تزويج الصغيرة أو غير العاقلة) تعطي الولي سلطة أوسع، بينما ولاية الاختيار تجعل دور الولي أقرب إلى الإرشاد والموافقة دون إكراه، وهو ما يُبرز اختلافاً منهجياً بين المدارس الفقهية في تفسير طبيعة هذه السلطة.[64]

---

[63] ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص80

[64] ابن عابدين، *رد المحتار على الدر المختار*، دار الفكر، بيروت، ج3، كتاب النكاح، باب الولي في النكاح

وفي التفصيل المذهبي، يرى المالكية أن الولاية شرط صحة في الزواج، ولا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها ولو كانت بالغة راشدة، بل يجب أن يباشر الولي العقد أو يوكّل غيره، مع اشتراط عدم العضل وإلا انتقلت الولاية إلى القاضي.[65] أما الشافعية فيرون أن الولاية ركن لا ينعقد الزواج بدونه، ويُبطل العقد إذا باشرت المرأة تزويج نفسها مباشرة، حتى ولو كانت راشدة.[66] بينما يذهب الحنابلة إلى اشتراط الولي كذلك، مع تأكيد انتقال الولاية إلى السلطان عند فقده أو عضله، تحقيقاً لمبدأ حماية المرأة ومنع التعسف.[67]في المقابل، يتوسع الحنفية في إعطاء المرأة البالغة العاقلة حق تزويج نفسها دون ولي، بشرط الكفاءة والمهر المثل، ويُعد تدخل الولي عندهم استحبابا أو احتياطياً لا إلزامياً في أصل الصحة.[68]

وعلى صعيد القانون الجزائري، فإن المشرع رغم تأثره بالمدرسة المالكية، لم يأخذ بالولاية على إطلاقها المذهبي، بل صاغها في إطار قانوني مرن يجمع بين الحماية والتمكين. فالمادة 11 من قانون الأسرة تنص على وجوب الولي في عقد الزواج، غير أن التطبيق القضائي الجزائري أقرّ إمكانية تدخل القاضي في حالات التعسف أو العضل، وهو ما يُحوّل الولاية من سلطة مطلقة إلى رقابة قضائية تهدف إلى حماية الرضا الحقيقي للمرأة دون الإخلال بالنظام العام الأسري . [69]كما أن القضاء الجزائري يميل في بعض

---

[65] الدردير، *الشرح الكبير* مع حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، ج2، كتاب النكاح، فصل الولاية في الزواج .

[66] النووي، *المجموع شرح المهذب*، دار الفكر، بيروت، ج16، ص 145 وما بعدها، باب ولاية النكاح .

[67] ابن قدامة، *المغني*، دار عالم الكتب، الرياض، ج9، كتاب النكاح، فصل الأولياء في النكاح وانتقال الولاية إلى السلطان .

[68]الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ص 247 وما بعدها، كتاب النكاح، مبحث ولاية النكاح .

[69] المادة 11 من الأمر رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05المؤرخ في 27 فبراير .2005

تطبيقاته إلى التحقق من رضا المرأة المباشر، خاصة في الحالات التي تُثار فيها نزاعات حول الإكراه أو استغلال الولاية.[70]

كما أن تطور الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا المجال أظهر توجهاً عملياً نحو التوفيق بين النص القانوني والمقاصد الاجتماعية، حيث أصبح القاضي لا يكتفي بوجود الولي شكلياً، بل يتحقق من عدم وجود عضل أو تعسف، ويأمر عند الاقتضاء بتعيين ولي قضائي لضمان صحة العقد. وهذا ما جعل الولاية في الزواج في الجزائر نظاماً مختلطاً يجمع بين المرجعية الفقهية المالكية والضمانات القضائية الحديثة.[71]

ومن الناحية التطبيقية، تظهر أهمية الولاية أيضاً في إجراءات توثيق الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، حيث يُشترط حضور الولي أو من ينوب عنه قانوناً، مع تمكين القاضي من الإذن بالزواج في الحالات الاستثنائية. ويُعد هذا التنظيم انعكاساً لتوجه المشرع نحو حماية الأسرة من جهة، وضمان حرية الإرادة من جهة أخرى، في إطار توازن دقيق بين السلطة الأسرية والسلطة القضائية.[72]

الفرع الثالث :شروط الشهود في عقد الزواج

اشترط جمهور الفقهاء لصحة عقد الزواج حضور شاهدَين عدلَين من الذكور الأحرار البالغين العقلاء المسلمين .وقد استدل الجمهور على هذا الاشتراط بجملة من الأدلة النقلية

---

[70] المحكمة العليا الجزائرية، *مجلة المحكمة العليا*، العدد الخاص بالأحوال الشخصية والأسرة، قرارات متعلقة بالولاية والرضا في عقد الزواج.

[71] بوضياف عمار، *الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري*، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، ص 72 وما بعدها .

[72] الأمر رقم 20-70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري، المعدل والمتمم، المواد المتعلقة بتسجيل وتوثيق عقود الزواج.

والعقلية، أبرزها أن الشهادة تُحقق الإعلان وتُجسّد الركن الإشهاري في عقد الزواج الذي يتميز به عن العلاقات الخفية المحرّمة[73].

وقد استفاض الحنفية في تفصيل شروط الشاهدَين إذ أوجبوا أن يكونا من أهل العدالة أو من يقوم مقامهم في الظاهر دون الاشتراط الصارم للعدالة الباطنة، وهو ما يُيسّر انعقاد الزواج في أغلب الأحوال .غير أن الشافعية والحنابلة اشترطوا العدالة بمعناها الأوسع فاعتُبر الفاسق شاهداً غير مقبول في عقد الزواج.

وفي قانون الأسرة الجزائري، أكدت المادة التاسعة ضرورة حضور شاهدَين لإتمام عقد الزواج الصحيح، وقد استقر الفقه والقضاء الجزائريان على أن شرط الشهادة ركن إجرائي جوهري لا يجوز الاستغناء عنه وإن كان التوثيق الرسمي يُغني عن الاستدلال بهما لاحقاً حين تنشأ النزاعات[74].

وتجدر الإشارة إلى أن اشتراط الشاهدَين يُحقق غرضَين متكاملَين :أولهما إثباتي يتمثل في توافر حجة بيّنة على وقوع عقد الزواج يُمكن الاحتجاج بها أمام القضاء في حالات النزاع؛ وثانيهما إعلاني يتمثل في تمييز الزواج من المساكنة غير المشروعة وصون كرامة الزوجَين ومركزهما القانوني .وهذا الجمع بين الغرضَين يُعكس الحكمة التشريعية التي أدركها الفقه الإسلامي في اشتراط الإشهاد منذ قرون متطاولة[75].

---

[73]النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3،1991 م، ج7، ص.29

[74]قانون الأسرة الجزائري، المادة.13

[75]بلحاج، العربي، مرجع سابق، ص.79

المطلب الثالث :موانع الزواج وآثارها على صحة العقد

تتعدد موانع الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بحسب طبيعتها وأثرها في العقد، وتأتي موانع النسب والمصاهرة والرضاعة في مقدمة هذه الموانع نظراً لارتباطها بحماية الروابط الأسرية وصون الأنساب، وهو ما سنتناوله من خلال التطرق للمحرمات بسبب النسب والمصاهرة والرضاعة (فرع أول) موانع الجمع بين المرأتَين (فرع ثاني) موانع اختلاف الدين والإحرام والعدة (فرع ثالث) آثار الموانع على صحة العقد (فرع رابع)

الفرع الأول :المحرمات بسبب النسب والمصاهرة والرضاعة

التحريم بسبب النسب أقوى درجات التحريم وأكثرها استمراراً، وهو مستند إلى قوله تعالى في سورة النساء" :حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ"...، وقد أجمع العلماء على تحريم الزواج بالأصول والفروع والحواشي في الدرجة الأولى وهي الأمهات والبنات والأخوات والعمّات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت[76].

وفيما يتعلق بالمحرمات بسبب المصاهرة، فقد حرّمت الشريعة الإسلامية على الرجل الزواج بزوجة أبيه وإن علا، وزوجة ابنه وإن نزل، وأم زوجته وإن علت، وبنت زوجته من دخول بها .وهذه المحرمات تنبثق من العلاقة الزوجية السابقة وهي محرمة تحريماً مؤبداً دون أن يُؤثّر في ذلك انتهاء تلك العلاقة بالطلاق أو الوفاة[77].

أما التحريم بسبب الرضاعة، فقد أرسى الفقه الإسلامي قاعدة جوهرية مفادها أن الرضاعة تُحرّم ما تُحرّمه الولادة، وهو ما أكده النووي في المجموع مُستدلاً بالحديث النبوي الشريف" :يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ."وقد شرط الجمهور لثبوت التحريم

---

[76]ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص.31

[77]الشيرازي، مرجع سابق، ج2، ص.55

بالرضاعة أن يكون الرضاع في الحولَين الأولَين وأن يبلغ خمس رضعات كاملات على خلاف في ذلك.

وقد كرّس قانون الأسرة الجزائري هذه الموانع في المادة الثالثة والعشرين التي نصت على تحريم الزواج بين الأقارب في درجات القرابة المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية، مُحيلاً بذلك إلى الفقه الإسلامي في تفصيل هذه الدرجات وضبطها[78].

الفرع الثاني :موانع الجمع بين المرأتَين

يُحرَّم الجمع في عقد الزواج بين المرأة وأختها أو بين المرأة وعمتها أو خالتها أو عمة أبيها أو خالة أمها وما في حكم ذلك، وذلك استناداً إلى قوله تعالى" :وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ."وقد أوسع الفقهاء في فهم هذا النص ليستوعب كل جمع بين امرأتَين لو كانت إحداهما رجلاً لَحرُم الزواج بينهما[79].

وقد تناول ابن رشد في" بداية المجتهد "الخلافات الفقهية في تحديد نطاق موانع الجمع وحدودها، ولا سيما الخلاف المتعلق بجواز الجمع بين المرأة وابنة زوجها من غيرها وبين المرأة وأخت طليقها قبل انقضاء عدتها .وقد رجّح ابن رشد أن الأصل في ذلك الحظر ما لم يقم دليل قاطع على الإباحة[80].

وعلى صعيد القانون الجزائري، حدّد المشرع في المادة الخامسة والعشرين من قانون الأسرة الحالات التي يُمنع فيها الجمع بين زوجتَين، مُستلهِماً ذلك من أحكام الشريعة

---

[78]قانون الأسرة الجزائري، المادة.23

[79]عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2،2003 م، ج4، ص.12

[80]ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص.7

الإسلامية مع مراعاة الاجتهاد الفقهي الجزائري في تطبيق هذه الأحكام على الوقائع المعاصرة[81].

الفرع الثالث :موانع اختلاف الدين والإحرام والعدة

اختلاف الدين من أبرز الموانع المؤثرة في صحة عقد الزواج، وقد فصّل الفقهاء في حكمه تفصيلاً دقيقاً :فيُحرَّم على المسلمة الزواج من غير المسلم بإجماع الفقهاء، وهو تحريم مؤبد لا يرتفع بأيّ حال .أما الرجل المسلم فيجوز له الزواج بالكتابية من اليهود والنصارى وفق ما ذهب إليه الجمهور[82].

وقد ذهب الكاساني إلى أن تحريم زواج المسلمة من غير المسلم يُستند إلى دلالة النص القرآني الصريح وإلى المقصد الشرعي المتمثل في صون البيت المسلم من الهيمنة الدينية الأجنبية .أما إباحة زواج المسلم من الكتابية فتستند إلى الآية الكريمة" :وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ "مع اشتراط أن تكون محصنةً وغير معروفة بالفاحشة.

وفيما يخص مانع العدة، فلا يجوز لمن في عدة وفاة أو طلاق أو فسخ إبرام عقد زواج صحيح قبل انقضاء عدتها، وهو مانع مؤقت يزول بانقضاء مدة العدة .وقد نصّت المادة السابعة والعشرون من قانون الأسرة الجزائري على هذا الحكم مُؤكّدةً وجوب انتظار انقضاء العدة قبل إقدام المرأة على إبرام عقد زواج جديد[83].

أما مانع الإحرام، فيذهب الحنابلة والشافعية إلى أن المُحرِم بحج أو عمرة لا يصح له إبرام عقد الزواج ولا تزويج موليته طول مدة الإحرام، استناداً إلى الحديث النبوي

---

[81]قانون الأسرة الجزائري، المادة.25

[82]ابن حزم، مرجع سابق، ج9، ص.460

[83]قانون الأسرة الجزائري، المادة.27

الشريف النهي عن نكاح المُحرِم .في حين يرى الحنفية والمالكية أن الإحرام لا يمنع الانعقاد وإن كان الزواج في هذه الحال مكروهاً[84].

الفرع الرابع : آثار الموانع على صحة العقد

تتباين آثار موانع الزواج على درجة صحة العقد تبايناً كبيراً بحسب نوع المانع وطبيعته :فالموانع المؤبدة القائمة على النسب والمصاهرة والرضاعة إذا اقترنت بعقد زواج جعلته باطلاً بطلاناً مطلقاً لا ينتج أثراً ولا يُصحّحه الدخول ولا التقادم .أما الموانع المؤقتة كالعدة والإحرام والجمع بين الأختَين فيؤدي وجودها إلى بطلان العقد أو فساده مع إمكانية استئناف العقد بعد زوال المانع.

وفي تطبيق القانون الجزائري، استقرت المحكمة العليا على أن الزواج المنعقد مع وجود مانع من موانع التحريم المؤبد كالمصاهرة أو الرضاعة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً يُقرره القاضي تلقائياً دون حاجة إلى طلب، في حين أن الزواج المنعقد مع وجود مانع مؤقت يُعدّ فاسداً ويترتب على الدخول فيه ثبوت النسب وحق المهر دون اعتبار العقد صحيحاً.

ويترتب على البطلان المطلق في الزواج آثار قانونية وشرعية بالغة الخطورة، إذ يُعتبر العقد كأن لم يكن منذ لحظة انعقاده، فلا تنشأ عنه رابطة زوجية صحيحة، ولا تترتب عليه آثار الزواج من توارث أو نفقة أو ثبوت مصاهرة شرعية، لأن المانع المؤبد يُعدّ متعلقاً بالنظام العام والآداب الشرعية التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها .ولذلك فإن

---

[84] بن شويخ، الرشيد، مرجع سابق، ص.116

القاضي يملك إثارة هذا البطلان من تلقاء نفسه حتى لو لم يتمسك به أحد الخصوم، كما لا يجوز تصحيح العقد بالإجازة أو مرور الزمن أو استمرار المعاشرة الزوجية[85].

ومن أبرز صور هذا البطلان زواج الرجل بأخته أو عمته أو خالته أو ابنته من الرضاع، أو زواجه بزوجة أبيه أو مطلقته بعد الدخول بها، وهي الحالات التي نصّت عليها الشريعة الإسلامية صراحةً باعتبارها من المحرمات المؤبدة .وقد شدّد الفقهاء على أن التحريم المؤبد لا يقتصر على النسب فقط، بل يشمل المصاهرة والرضاعة متى تحققت شروطهما الشرعية .فالرضاعة مثلاً تُنشئ حرمة مماثلة للنسب وفق القاعدة الفقهية المشهورة" :يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[86]"

أما فيما يخص الموانع المؤقتة، فإن آثارها تختلف عن آثار الموانع المؤبدة من حيث إمكانية زوالها مستقبلاً؛ فالمرأة المعتدة مثلاً تصبح صالحة للزواج بعد انتهاء عدتها، كما أن الجمع بين الأختين يزول أثره بانتهاء الزواج الأول بطلاق أو وفاة وانقضاء العدة . ولهذا السبب اعتبر كثير من الفقهاء أن العقد الواقع أثناء قيام المانع المؤقت لا يُعدّ منعدماً بصورة نهائية، بل عقداً فاسداً أو باطلاً بطلاناً نسبياً يمكن تداركه بإعادة العقد بعد زوال المانع[87].

وقد فرّق الفقه الإسلامي بدقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد، وهي من المسائل التي توسع فيها فقهاء الحنفية خاصةً؛ فالعقد الباطل عندهم هو ما اختلّ فيه أصل من أصول العقد أو قام على محل محرّم تحريماً قطعياً، فلا ينتج أي أثر قانوني أو شرعي .أما العقد الفاسد فهو ما كان مشروعاً في أصله لكن شابه وصف غير مشروع أو مانع مؤقت،

---

[85] عبد العزيز سعد، *الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري*، دار هومة، الجزائر

[86] ابن قدامة المقدسي، *المغني*، دار الفكر، بيروت، ج) 7 باب النكاح والمحرمات.(
مع الاستدلال بالآية :سورة النساء، الآية.23

[87] وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، دار الفكر، دمشق، ج7 ، باب النكاح، مبحث الموانع.

ولذلك قد تترتب عليه بعض الآثار حمايةً للأنساب والحقوق[88].ومن ثم الدخول في الزواج الفاسد قد يرتب ثبوت النسب ووجوب العدة وإستحقاق المهر ، بخلاف الزواج الباطل الذي لا ينتج عنه الأصل أي أثر شرعي ، إلا ما استثناه القضاء حمايةً للأطفال حسني النية.

وفي القضاء الجزائري، يظهر التأثر الواضح بهذا التمييز الفقهي، إذ استقر الاجتهاد القضائي على حماية النسب متى وُجدت شبهة عقد أو حسن نية بين الزوجين، حتى ولو تبين لاحقاً فساد العقد .وقد اعتبرت المحكمة العليا أن حماية الطفل ومصلحة الأسرة تقتضي عدم تحميل الأبناء نتائج الأخطاء الشكلية أو الجهل بالموانع الشرعية، لذلك جرى القضاء على إثبات النسب متى ثبت الدخول ووجود شبهة الزواج[89].

كما تبرز أهمية التفرقة بين البطلان والفساد في الآثار المالية المترتبة على العقد؛ ففي الزواج الفاسد تستحق المرأة مهر المثل عند الدخول، كما تجب عليها العدة حفظاً للأنساب ومنعاً لاختلاطها، بينما لا تستحق في الزواج الباطل شيئاً إذا لم يقع دخول .أما إذا وقع الدخول بحسن نية فقد اتجه الفقه والقضاء إلى ترتيب بعض الآثار الاستثنائية مراعاةً للعدالة وحمايةً للمرأة والأطفال[90].

وقد توسع الفقه المعاصر كذلك في دراسة أثر الوسائل الحديثة على إثبات الموانع، خاصة في مسائل الرضاعة واختلاط الأنساب الناتج عن التلقيح الصناعي أو أخطاء المستشفيات أو أطفال الأنابيب، وهي من النوازل الفقهية المعاصرة التي أثارت نقاشاً

---

[88]علاء الدين الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2 ، كتاب النكاح

[89]المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة الشرعية، قرارات منشورة في *مجلة المحكمة العليا*، عدد 2001 وما بعدها، خاصة قضايا بطلان الزواج وإثبات النسب.

[90] بوضياف عمار، *الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري*، دار الريحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعات متعددة، باب الزواج والآثار القانونية .

واسعاً بين المجامع الفقهية .إذ أصبح من الممكن الاعتماد على التحاليل الجينية والبصمة الوراثية لإثبات بعض الموانع أو نفيها، وهو ما أدخل وسائل الإثبات العلمية الحديثة ضمن المجال التقليدي لأحكام الأحوال الشخصية[91].

كما أثارت الهجرة المختلطة والزواج العابر للحدود إشكالات قانونية تتعلق بتعدد الأنظمة القانونية واختلاف تعريف الموانع بين التشريعات، حيث قد يُعتبر الزواج صحيحاً في دولة ومدنياً مقبولاً، بينما يُعدّ باطلاً في القانون الجزائري لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية .ولهذا يحرص القضاء الجزائري على إخضاع مسائل الأحوال الشخصية للمبادئ الأساسية لقانون الأسرة باعتبارها من مسائل النظام العام الوطني[92].

ويُلاحظ أن المشرع الجزائري وإن استمد أحكام الموانع من الفقه الإسلامي، إلا أنه حاول تحقيق التوازن بين المحافظة على الأحكام الشرعية وحماية الاستقرار الأسري والاجتماعي، لذلك منح القضاء سلطة واسعة في تقدير الآثار المترتبة على العقود الفاسدة، خاصة فيما يتعلق بالنسب والنفقة وحقوق الأطفال، وهو توجه يعكس الطابع الاجتماعي والحمائي لقانون الأسرة الجزائري المعاصر[93].

---

[91]مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرارات الدورة الخامسة وما بعدها بشأن :البصمة الوراثية، التلقيح الاصطناعي، وإثبات النسب، منظمة التعاون الإسلامي، جدة.

[92]قانون الأسرة الجزائري رقم 11-84 المعدل بالأمر 02-05 ، المادة 222 وما بعدها.

[93]محمد الكشبور، *الوسيط في شرح مدونة الأسرة*، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ج1 ، باب الزواج والموانع.

الفصل الثاني : البطلان و الفساد في عقد الزواج

الفصل الثاني :البطلان والفساد في عقد الزواج

عقد الزواج من أخطر العقود وأشرفها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على حدٍّ سواء، إذ يُؤسَّس عليه النظام الأسري بكامله، وتترتب عليه آثار جسيمة تمسّ حياة الأفراد من جهة النسب والإرث والحقوق المالية والشخصية .ومن ثَمَّ، فإن الخلل الذي يصيب هذا العقد في أركانه أو شروطه يستوجب دراسة دقيقة تكشف عن حدوده ومآلاته .وقد اعتنى الفقهاء المسلمون الأقدمون بهذه المسألة عناية فائقة، وأفردوا لها أبواباً مستقلة في كتبهم الفقهية، كما أولتها قوانين الأحوال الشخصية والأسرة في العالم العربي الحديث اهتماماً بالغاً وإن تباينت في تفاصيلها وصياغاتها التشريعية.

إن مفهومَي البطلان والفساد في عقد الزواج من أكثر المسائل تشعباً وخلافاً في الفقه الإسلامي، وقد اتسع الخلاف فيهما بين المذاهب الفقهية الأربعة اتساعاً ملحوظاً؛ فبينما يُفرّق جمهور فقهاء الحنفية بين عقد الزواج الباطل والعقد الفاسد ويُفردون لكل منهما أحكاماً خاصة، ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن العقد لا يعدو أن يكون إما صحيحاً وإما باطلاً دون تفريق جوهري بين البطلان والفساد.

وقد جاء هذا الفصل ليتناول موضوع البطلان والفساد في عقد الزواج دراسةً موسعة مقارنة تجمع بين المنهجين الفقهي والقانوني، مستعرضاً الأحكام الفقهية المستمدة من كتب المذاهب الأربعة مقارنةً بأحكام قوانين الأسرة في عدد من الدول العربية، وفي مقدمتها قانون الأسرة الجزائري رقم 11-84 المعدل بالأمر رقم02-05 ، ومدونة الأسرة المغربية، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، وقانون الأحوال الشخصية الأردني والسوري .وذلك من خلال مبحثين رئيسيين :يتناول الأول مفهوم البطلان وأسبابه والأثار المترتبة عنه ، ويعالج الثاني مفهوم الفساد وتمييزه عن البطلان والآثار المترتبة عنه.

المبحث الأول : البطلان وأسبابه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إن الحديث عن البطلان في عقد الزواج يستوجب في البداية الوقوف على مفهومه اللغوي والاصطلاحي، ثم بيان أسبابه في الفقه الإسلامي ثم في القانون الوضعي .وتجدر الإشارة إلى أن التمييز بين عقد الزواج الباطل والعقد الصحيح يقوم على أساس استيفاء الأركان والشروط الجوهرية التي يُعدّ اختلالها مؤدياً إلى انعدام العقد أو إلى عدم إنتاجه لآثاره القانونية .وقد أولى فقهاء الشريعة الإسلامية هذه المسألة عناية بالغة، وبسطوها بصورة مفصّلة استوعبت مختلف الفروع والتطبيقات يقتضي البحث في هذا المبحث تقسيمه إلى مطلبين رئيسيين المطلب الأول نتطرق لمفهوم البطلان وأسبابه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي والمطلب الثاني نستعرض الآثار المترتبة على البطلان في عقد الزواج.

المطلب الأول :مفهوم البطلان وأسبابه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

سنعالج في هذا المطلب مفهوم البطلان وأسبابه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وذلك بالتطرق إلى ، البطلان في الفقه الإسلامي كفرع أول ، وحالات البطلان في القانون الوضعي كفرع ثاني .

الفرع الأول :البطلان في الفقه الإسلامي

أولاً :تعريف البطلان لغةً واصطلاحاً

البطلان في اللغة مصدر من الفعل" بَطَلَ"، وجذره في اللغة العربية يدل على الزوال والانتهاء، يقال :بَطَلَ الشيءُ يَبطُلُ بُطلاناً إذا ذهب ضياعاً وخُسراناً [94].وفي الاصطلاح الفقهي عرّفه الجرجاني بأنه" :ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه"،[95] وهو تعريف يكشف عن الخلل في العقد من حيث الأصل لا من حيث الوصف فحسب .ويقابله عند الحنفية مفهوم الفساد الذي يُعرَّف بأنه ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه.

وقد ذهب وهبة الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته إلى أن العقد الباطل "هو الذي اختلَّ ركنٌ من أركانه أو شرط من شروط انعقاده"،[96] وهذا التعريف يُميّز البطلان عن الفساد بربطه بالأركان الجوهرية لا بالشروط الوصفية .وفي هذا السياق يُفيد ابن قدامة بأن الباطل هو الذي لا يُعتدّ به شرعاً ولا يترتب عليه أي أثر[97].

ثانياً :أسس التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد عند الحنفية

انفرد الحنفية من بين المذاهب الفقهية بالتفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد تفريقاً جوهرياً في عقد الزواج وسائر العقود .فقد قرّر الكاساني في بدائع الصنائع أن العقد الباطل هو" ما لم يكن مشروعاً بأصله ووصفه وصورته"،[98] في حين أن العقد الفاسد هو" ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه"، ومعنى ذلك أن العقد الباطل يختلّ من

---

[94]ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط 3مادة" بطل ،1414 هـ، ص.57

[95]الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت،1403 هـ، ص.48

[96]وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط4،1997 ، ص.153

[97]ابن قدامة، المغني، تحقيق :عبدالله بن عبدالمحسن التركي، دار عالم الكتب، الرياض، ط3،1997 م، ص.341

[98]الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2،1986 م، ص.230

حيث ركنه الجوهري كأن يكون الإيجاب والقبول معدوماً، في حين أن العقد الفاسد يقوم أصله لكنه يشوبه خلل في بعض الشروط الوصفية.

وقد استند ابن رشد الحفيد إلى هذه التفرقة مشيراً إلى أن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة لا يُفرّقون بين الباطل والفاسد في عقد الزواج، بل يعدّونهما مترادفين إذ قالوا" :ليس في النكاح فاسد وصحيح، إنما هو صحيح أو باطل [99]."وهذا الرأي تبنّاه النووي من الشافعية إذ صرّح في روضة الطالبين بأنه لا فرق في النكاح بين الباطل والفاسد لأن كليهما لا أثر له[100].

ثالثاً :موقف المذاهب الفقهية المختلفة

تتباين مواقف المذاهب الفقهية الأربعة من مسألة البطلان تبايناً واضحاً يمكن إجماله فيما يلي:

_1المذهب الحنفي : يُفرّق الحنفية بين الباطل والفاسد تفريقاً جوهرياً، فالعقد الباطل لا يُعتدّ به ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح كالمهر والنسب وحرمة المصاهرة .أما العقد الفاسد فيترتب عليه بعض الآثار عند الدخول كثبوت النسب وحرمة المصاهرة، وإن كان يجب فسخه[101].

[99]ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة،2004 م، ص.10

[100]النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3،1991 ، ص.56

[101]ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2،1992 ص.7

_ 2المذهب المالكي : لا يُفرّق المالكية بين الباطل والفاسد، غير أنهم يُقسّمون الزواج إلى صحيح ومكروه وفاسد مردود .فإن وقع الدخول في بعض أنواع الفاسد ثبت النسب وقُرِّر المهر ووجبت العدة، وإن تعذّر الفسخ كما لو أسلم الزوجان[102].

_ 3المذهب الشافعي : يعتبر الشافعية أن الزواج إما صحيح وإما باطل، ولا يُفرّقون بين الباطل والفاسد من حيث الأثر .فالعقد الباطل لا يُفيد حِلَّ الاستمتاع ولا يثبت به نسب ولا ميراث ولا حرمة مصاهرة .غير أن بعض الشافعية استثنوا من ذلك النسب إذا كان الواطئ معذوراً بجهل[103].

_ 4المذهب الحنبلي : يُساير الحنابلة الشافعية في عدم التفريق بين الباطل والفاسد، فكل ما خالف الشروط المعتبرة شرعاً فهو باطل لا أثر له .غير أن ابن قدامة أشار إلى استثناء بعض الحالات التي يترتب فيها النسب على الوطء بشبهة.

رابعاً :تعريف الزواج الباطل وضوابطه في الفقه الإسلامي

يمكن تعريف الزواج الباطل بأنه :عقد الزواج الذي اختلّ ركنٌ من أركانه الجوهرية، كانعدام الأهلية، أو وجود مانع من موانع النكاح، بحيث يكون العقد في حكم المعدوم ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح .ويستوي في ذلك أن يكون الخلل في الصيغة أو في محل العقد أو في أهلية العاقدين أو في وجود مانع شرعي[104].

---

[102]الدسوقي، محمد بن أحمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، د.ت، ص.220

[104]المرداوي، علاء الدين، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1980م، ، ص.40

وقد حرص فقهاء الإسلام على ضبط موانع الزواج وتحديدها تحديداً دقيقاً حتى لا يشيع الفوضى في شأن الأسرة؛ فأجمعوا على جملة من الموانع المؤبدة كحرمة الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات ورضاعة الأمومة وما في حكمها، وهي ما تُسمى بالمحارم بالنسب والرضاع والمصاهرة .وأضافوا إلى ذلك جملة من الموانع المؤقتة كالجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، والزيادة على أربع زوجات، والتزوج بالمعتدّة.

وقد تميّز الفقه الإسلامي بالتفريق الدقيق بين درجات الحرمة؛ فبعض الموانع تجعل الزواج باطلاً بطلاناً مطلقاً كالجمع بين الأخوات، وبعضها يجعله فاسداً كنكاح المرأة في عدتها عند جمهور الحنفية .وقد فصّل العلماء في تحديد هذه الأنواع وفروعها تفصيلاً بالغاً يصعب الإحاطة به في هذه الدراسة، غير أن التركيز سيكون على الأسس الكلية والقواعد المنهجية التي تحكم هذه المسألة[105].

خامساً :أسباب البطلان في الفقه الإسلامي

تتعدد أسباب بطلان عقد الزواج في الفقه الإسلامي وتتنوع، ويمكن إجمالها في المحاور الآتية:

أ –الخلل في الأهلية :يُعدّ الخلل في أهلية أحد العاقدين من أبرز أسباب البطلان، وذلك كأن يكون أحدهما مجنوناً جنوناً مطبقاً حال انعقاد العقد، أو صغيراً لم يبلغ سن التمييز .ويختلف الفقهاء في حكم زواج الصغير المميز؛ فيرى الحنفية صحته مع توقفه على إجازة الولي، في حين يُعدّه جمهور الفقهاء موقوفاً على البلوغ.

[105]السنهوري، عبدالرزاق أحمد، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت،1997 ، ص.185

ب –الجمع بين المحارم : يُعدّ الزواج من المحارم سواء بالنسب أو بالرضاع أو بالمصاهرة من أشد أسباب البطلان وضوحاً وإجماعاً، وقد نصّت عليه الآية الكريمة : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ...﴾ النساء .23 :وأجمع الفقهاء على أن الزواج من هؤلاء باطل بطلاناً مؤبداً لا يصحّ بأي حال[106].

ج –الجمع بين المانع المؤقت : كالزيادة على أربع زوجات، إذ تبطل عقود ما زاد عليهن إجماعاً .ومثله الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها؛ فهذا عقد باطل لقوله تعالى :﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾) النساء[107].(23 :

د –انعدام الإيجاب والقبول :يُشترط لصحة عقد الزواج أن يصدر إيجاب من أحد طرفيه وقبول من الطرف الآخر بألفاظ صريحة معهودة شرعاً، فإن انعدم أحدهما أو جُهلت دلالتهما كان العقد باطلاً .وقد ذهب الفقهاء إلى اشتراط الصيغة اللفظية في الزواج خلافاً لسائر العقود التي قد تنعقد بالمعاطاة[108].

هـ – انعدام الولاية : ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن ولاية الزواج شرط في صحة العقد، فإن عُقد بغير ولي كان العقد باطلاً أو فاسداً على الخلاف في المذاهب .والمشهور عند المالكية أن النكاح بلا ولي باطل ولو بعد الدخول . وعند الشافعية والحنابلة كذلك [109].وذهب الحنفية إلى أن نكاح المرأة البالغة العاقلة بغير ولي صحيح في الجملة، وإن كان للقاضي فسخه إن كانت في غير كفء.

---

[106]ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت،1379 هـ، ص.93

[107]الماوردي، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت،1999 م، ج9، ص.455

[108]عبدالوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، ط2،1990 ، ص.62

[109]الشيرازي، أبو إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995 ، ص.34

و – انعدام الشهادة : اشترط جمهور الفقهاء الإشهاد على عقد الزواج شرطاً في الصحة، فإن انعقد الزواج بلا شهود كان باطلاً عند الجمهور .وقد استدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم" :لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، وبما روي عن النبي من أنه أمر بإعلان الزواج .ويرى المالكية أن الإشهاد ليس شرطاً في الانعقاد وإنما في الإعلان الذي يكفي فيه الإشهار[110].

الفرع الثاني :حالات البطلان في القانون الوضعي

نستعرض أولا البطلان في القانون الجزائري وثانيا البطلان في التشريعات العربية .

أولاً :البطلان في قانون الأسرة الجزائري

جاء قانون الأسرة الجزائري رقم 11–84 بأحكام تفصيلية تنظّم حالات البطلان في عقد الزواج، وقد أفرد لها المواد من 32 إلى .34 وقد عدّل هذه الأحكام الأمرُ رقم 02–05الصادر عام2005 م في إطار إصلاح قانون الأسرة[111].

وتتمثل حالات بطلان عقد الزواج في القانون الجزائري فيما يلي:

[110]ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، د.ت، ص.450

[111]قانون الأسرة الجزائري رقم 11–84 المؤرخ في 9 رمضان1404 هـ الموافق 9 يونيو1984 م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02–05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 رقم.15

_ 1الزواج من المحارم : أقرّ القانون صراحةً ببطلان كل زواج يقع على إحدى المحرمات سواء بالنسب أو بالرضاع أو بالمصاهرة وفقاً للمادة 23 من قانون الأسرة التي تحدّد قائمة المحرمات في هذه الأسباب الثلاثة[112].

_ 2 الجمع بين المحرمات : يُعدّ باطلاً كل زواج يُفضي إلى الجمع بين المرأة وأختها أو بين المرأة وعمتها أو خالتها وفقاً لنص المادة 28 من قانون الأسرة .كما يُعدّ باطلاً الزواج الذي يتجاوز الحدّ الأقصى للتعدد المقرر بأربع زوجات طبقاً للمادة[113]8.

_ 3الزواج بمعتدّة :يُعدّ باطلاً الزواج بالمرأة التي لم تنقضِ عدّتها من زوج آخر سواء أكانت عدة وفاة أم طلاق أم فسخ[114].

_ 4 انعدام الرضا :نصّ القانون على أن الزواج الذي يفتقد الرضا الحر الخالي من الإكراه يكون قابلاً للإبطال، وهو ما نظّمته المادة 9 مكرر من الأمر رقم[115].02-05

_ 5 انعدام الولي :أقرّ المشرع الجزائري اشتراط الولي في انعقاد عقد الزواج وفقاً لنص المادة 11 من قانون الأسرة، ومن ثمّ يكون الزواج المنعقد بغير ولي ناقصاً من الناحية القانونية وإن كانت الطبيعة الدقيقة لهذا النقص مثار خلاف في الفقه الإجرائي الجزائري[116].

---

[112]بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2000 م، ص.112

[113]قانون الأسرة الجزائري، المادة 32 من الأمر رقم.02-05

[114]قانون الأسرة الجزائري، المادة.33

[115]قانون الأسرة الجزائري، المادة.34

[116]بلحاج العربي، مرجع سابق، ص.120

وقد أكدت المحكمة العليا الجزائرية في قرارات عديدة هذه الأحكام ووضعت لها الضوابط القضائية اللازمة؛ إذ قضت بأن الزواج المنعقد دون استيفاء شروطه الجوهرية يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً يمكن التمسك به من كل ذي مصلحة[117].

الفرع الثاني : البطلان في التشريعات العربية

1) :البطلان في مدونة الأسرة المغربية

تبنّت مدونة الأسرة المغربية الصادرة عام2004 م نظاماً متكاملاً للبطلان في عقد الزواج يقوم على تصنيف الشروط إلى شروط انعقاد وشروط صحة وشروط لزوم .وقد عالجت المدونة أحكام البطلان في المواد من 59 إلى64.[118]

وقد أسّست مدونة الأسرة المغربية التمييز بين نوعين من البطلان:

أ –البطلان المتعلق بأركان الزواج الجوهرية :ويتعلق بالإيجاب والقبول وتعيين الزوجين وخلوهم من الموانع الشرعية .وهذا البطلان بطلان مطلق لا يتوقف التمسك به على المدة ولا على شخص بعينه.

ب –البطلان المتعلق بشروط الصحة :ويتعلق بالصداق والولاية والإشهاد .وهذا البطلان نسبي يختلف حكمه بحسب ما وقع من دخول أو لم يقع، وبحسب طبيعة الشرط المخلول[119].

---

[117]حكم المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم68400 ، بتاريخ27/03/1990 ، المجلة القضائية، العدد2 ،1992 ، ص.48.

[118]قانون مدونة الأسرة المغربية رقم70–03 ، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ 3 فبراير 2004، المادة 59 وما بعدها.

[119]مدونة الأسرة المغربية، المادة 65 وما بعدها.

02) :البطلان في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

تُعالج مجلة الأحوال الشخصية التونسية أحكام البطلان في الفصول من 21 إلى24 ، وقد جاءت بمقاربة تُعلي من قيمة الرضا الحر وتُقيّد التعدد في حين أبقت على جملة من أحكام الشريعة المتعلقة بالمحارم.

وتُعدّ مجلة الأحوال الشخصية التونسية الأكثر انفتاحاً من بين قوانين الأسرة العربية؛ إذ حظرت تعدد الزوجات حظراً مطلقاً باعتباره سبباً للبطلان، كما اشترطت التسجيل الرسمي للزواج واعتبرت زواج القاصر باطلاً متى تمّ بغير إذن قضائي .وتُعدّ هذه المواقف انعكاساً للتوجه العلماني الذي اتسم به هذا القانون منذ صدوره عام 1956م[120].

03) :البطلان في قانون الأحوال الشخصية الأردني والسوري

نظّم قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة1976 م أحكام البطلان في المواد من 33 إلى40 ، واتخذ موقفاً مزدوجاً يُفرّق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد مستنداً إلى الفقه الحنفي في هذه التفرقة تحديداً .وقد أسهم ذلك في إحداث ازدواجية في النظام القانوني الأردني لا تخلو من غموض في التطبيق[121].

---

[120]السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة،1997 ، ص.200

[121]قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة1976 ، المادة.33

وعلى المنوال ذاته سار قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة1953 م في التفريق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد، غير أنه اعتمد تصنيفاً أكثر تفصيلاً في المادة 45 وما بعدها، مُحدِّداً حالات كل منهما بصورة دقيقة[122].

[122]قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة1953 م، المعدل بالقانون رقم 18 لسنة2003 ، المادة.45

المطلب الثاني :الآثار المترتبة على البطلان في عقد الزواج

إن الآثار المترتبة على بطلان عقد الزواج تتوقف على طبيعة البطلان من جهة، وعلى ما إذا كان قد وقع دخول أو لم يقع من جهة أخرى .وتتباين هذه الآثار بحسب المذاهب الفقهية والتشريعات الوضعية، غير أن ثمة قدراً من الاتفاق حول الأحكام الكلية وإن اختلفت التفاصيل ، وللإحاطة بجميع جوانبه سنتطرق إلى فرعين الفرع الأول نستعرض فيه آثاره في الفقه الإسلامي والفرع الثاني نذكر آثاره في القانون الوضعي.

الفرع الأول :الآثار في الفقه الإسلامي

متى تبيّن بطلان عقد الزواج قبل وقوع الدخول وجب التفريق بين الزوجين فوراً، ولا تثبت في هذه الحالة أي من آثار الزواج الصحيح؛ فلا مهر للمرأة ولا عدة عليها، ولا نفقة ولا ميراث، لأن الزواج الباطل في حكم المعدوم ولا يُعدّ كأن لم يكن .وقد ذهب إلى هذا الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وإن اختلفوا في التفاصيل[123].

أما إذا وقع الدخول قبل علم الزوجين أو أحدهما ببطلان العقد، فإن الفقهاء تباينوا في الآثار المترتبة على ذلك:

_1المهر : ذهب الحنفية إلى أن المرأة تستحق مهر المثل بوقوع الدخول حتى في الزواج الباطل، وذلك لأن البضع لا يُستباح بغير عوض .وذهب الجمهور إلى أنه إن كان الزوج يجهل البطلان استحقت المرأة المهر المسمى أو مهر المثل بالدخول اعتباراً للشبهة[124].

---

[123]أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3،1950 م، ص.153

[124]الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت ج3، 1997 ، ص.139

_2النسب : إن وُلد من الزواج الباطل ولدٌ بعد الدخول فهل يثبت نسبه من أبيه؟ ذهب الحنفية إلى ثبوت النسب في الزواج الباطل بشبهة العقد ما لم يكن الحرمة مؤبدة معلومة، ووافقهم المالكية في بعض صور الزواج الفاسد .أما الشافعية فيثبتون النسب إذا كان الزوج جاهلاً بالتحريم[125].

_3العدة : تجب العدة بعد الدخول في الزواج الباطل عند جمهور الفقهاء صوناً للأرحام ودفعاً لاختلاط الأنساب، وهي مدة تمتنع فيها المرأة من الزواج بآخر ريثما تتبيّن براءة رحمها[126].

_4الميراث :لا يترتب على الزواج الباطل حق في الإرث، سواء قبل الدخول أو بعده، لأن الميراث أثر من آثار الزواج الصحيح وحده .وهذا محل اتفاق بين الفقهاء مع خلاف في بعض الصور الفرعية.

_5حرمة المصاهرة : ذهب الحنفية إلى ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء في الزواج الباطل، خلافاً للشافعية الذين قصروا ذلك على الزواج الصحيح والوطء الصحيح .ويترتب على هذه المسألة خلاف في جواز التزوج بأمّ المطلقة وابنتها في بعض الصور[127].

الفرع الثاني :الآثار في القانون الوضعي

[125]الرملي، شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر ج6، بيروت،1984 ، ص.186

[126]عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط4،2000 ، ص.253

[127]الهيتمي، ابن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى ج7، القاهرة، ، ص.225

تبنّت أغلب قوانين الأسرة العربية نظاماً مزدوجاً للآثار المترتبة على البطلان، يُفرّق بين ما إذا كان البطلان مطلقاً أو نسبياً، وبين ما إذا وقع دخول أو لم يقع، وهي في مجملها مستمدّة من أحكام الفقه الإسلامي مع بعض التعديلات التشريعية.

فعلى صعيد قانون الأسرة الجزائري، نصّت المادة 34 على أنه" :يترتب على الزواج الذي تم فسخه قبل الدخول، أن لا صداق ولا عدة، وإذا كان بعد الدخول وجب الصداق وكانت على الزوجة العدة مع ثبوت النسب إن وجد ".وهذا النص يكشف عن تبنّي المشرع الجزائري لموقف الفقه الإسلامي القاضي بأن الدخول هو الفاصل بين ما يترتب من آثار وما لا يترتب منها في حالة البطلان.

وفي ما يخص مدونة الأسرة المغربية، فإنها تُقرّر في المادة 64 أن الزواج الباطل إن لم يُعقب دخولاً فلا مهر فيه ولا عدة ولا نفقة ولا توارث، أما إن عُقب بدخول فيثبت بحق الزوجة التي جهلت البطلان مهرٌ وعدة ونفقة وتثبت حقوق الأولاد كاملة . وهذا الحكم يعكس مبدأ الشبهة الذي أرساه الفقه الإسلامي صوناً لحقوق الزوجة حسنة النية[128].

[128]المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم41962 ، بتاريخ19/11/1996 م، نشرة القضاة، العدد49 ، 1997، ص.83

المبحث الثاني : الفساد في عقد الزواج

إن موضوع الفساد في عقد الزواج من المسائل الخلافية الدقيقة التي تحتاج إلى بيان مفهومها وتمييزها عن البطلان، ثم استعراض أسبابها ومواطنها، فضلاً عن بيان الآثار المترتبة عليها في الفقه والقانون .وقد أولى الفقه الحنفي هذه المسألة عناية خاصة إذ إنه الوحيد الذي يُفرّق تفريقاً صريحاً وجوهرياً بين الباطل والفاسد في عقد الزواج ، يقتضي البحث في هذا المبحث تقسيمه إلى مطلبين رئيسيين المطلب الأول نتطرق لمفهوم الفساد وتمييزه عن البطلان والمطلب الثاني نذكر الآثار المترتبة على الفساد في عقد الزواج.

المطلب الأول :مفهوم الفساد وتمييزه عن البطلان

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الزواج الفاسد في عقد الزواج ضبطا لمفهومه وتحديدا لنطاقه كفرع أول ثم نستعرض أوجه الإختلاف والتشابه بين البطلان والفساد كفرع ثاني وحالات الفساد في القانون الوضعي كفرع ثالث.

الفرع الأول : تعريف الزواج الفاسد

الزواج الفاسد في اصطلاح الحنفية :هو عقد الزواج الذي توافرت أركانه الجوهرية غير أنه شابه خلل في بعض الشروط الوصفية التي يُعدّ الإخلال بها قادحاً في صحته لا في انعقاده .وقد عرّفه الكاساني بأنه" ما اجتمعت فيه الأركان ولكن فقد شرطاً من شروط الصحة"،[129] وهذا التعريف يُبرز الفارق الجوهري بين الباطل الذي يختلّ في ركنه والفاسد الذي يختلّ في وصفه.

[129]الكاساني، بدائع الصنائع ج2، مرجع سابق ، ص.233

ومن أبرز التعريفات الحنفية لهذا النوع من الزواج ما أورده ابن عابدين في رد المحتار من أن الفاسد هو" كل زواج اجتمعت أركانه ولكن اقترن بمحظور من المحظورات الشرعية مما يُوجب الفسخ دون الإبطال المطلق [130]."وهذا التعريف يُوضح أن الفاسد قابل للفسخ لا معدوم بالقوة، إذ إنه مشروع في أصله وإن أخلّ بشرط من شروطه.

الفرع الثاني : أوجه التشابه و الإختلاف بين البطلان والفساد

أولا) أوجه التشابه

على الرغم من الفارق الجوهري بين البطلان والفساد في عقد الزواج عند الحنفية، إلا أن ثمة أوجهاً عديدة من التشابه بينهما تستوجب البيان:

1-وجوب الفسخ والتفريق : يشترك الزواج الباطل والزواج الفاسد في وجوب الفسخ والتفريق بين الزوجين، إذ لا يجوز إبقاء أي منهما في وضعه المختلّ .ويُجريه القاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من كل ذي مصلحة، ولا يتوقف ذلك على طلب أحد الزوجين[131].

2-انعدام الحل قبل الدخول :يشتركان في أن كلاً منهما لا يُفيد حِلَّ الاستمتاع قبل الدخول، فإذا تبيّن للزوجين أن عقدهما باطل أو فاسد وجب عليهما الامتناع عن الاستمتاع ابتداءً، ووجب الفسخ فوراً[132].

_3انعدام التوارث :لا يترتب على الزواج الباطل ولا على الزواج الفاسد حق التوارث بين الزوجين، سواء قبل الدخول أو بعده، وذلك باتفاق المذاهب الفقهية .والتوارث لا يكون إلا في الزواج الصحيح الذي يستوفي جميع أركانه وشروطه.

---

[130]ابن عابدين، رد المحتار، ج3مرجع سابق، ، ص.11

[131]أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.160

[132]وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص.6748

_4حق التفريق القضائي :تبعاً للأحكام السابقة، يحق للقضاء التدخل في الحالتين وتفريق الزوجين من غير حاجة إلى موافقة الزوجين، كما يحق لكل ذي مصلحة المطالبة بهذا التفريق .ويُعدّ هذا المبدأ من أبرز القواسم المشتركة بين البطلان والفساد في الفقه الإسلامي[133].

_5الطبيعة غير التعاقدية للفسخ :يشترك الفسخ في الزواج الباطل والفاسد في أنه ليس طلاقاً؛ فلا يُحسب من عدد الطلقات الثلاث، وبذلك تبقى للزوج حقوقه الطلاقية مصونة إذا تزوج من تلك المرأة زواجاً صحيحاً في المستقبل[134].

ثانيا :أوجه الاختلاف بين البطلان والفساد

تبرز الاختلافات الجوهرية بين البطلان والفساد بوضوح في عدة نقاط رئيسية يمكن إجمالها على النحو الآتي:

_1من حيث التعريف والأساس :الزواج الباطل هو الذي اختلّ ركنٌ جوهري من أركانه بحيث يُعدّ منعدماً شرعاً .أما الزواج الفاسد فهو الذي توافرت أركانه لكن شابه خلل في أحد شروط الصحة .ومرجع الاختلاف إلى ما إذا كان الخلل في الأصل أو في الوصف[135].

_2من حيث الآثار بعد الدخول :يترتب على الزواج الفاسد بعد الدخول عند الحنفية ثبوتُ المهر ووجوبُ العدة وثبوتُ النسب وحرمةُ المصاهرة .في حين أن الزواج الباطل

---

[133]الكيلاني، عبدالله إبراهيم، نظرية الفسخ في الزواج، دار النفائس، الأردن،2002 ، ص.88

[134]ابن تيمية، أحمد، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب :عبدالرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد، المدينة المنورة، 1416هـ، ص.110

[135]مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، ج1دمشق، ط1، 1998 ، ص.290

لا يترتب عليه عند جمهور الفقهاء أي من هذه الآثار، وإن كان الحنفية يُفرّقون في الزواج الباطل بحسب درجة الحرمة.

_3من حيث إمكانية التصحيح :يُعدّ الفارق الجوهري الأهم بين البطلان والفساد أن الزواج الفاسد قابل للتصحيح بزوال سبب الفساد في بعض حالاته، في حين أن الزواج الباطل لا يقبل الإصلاح ولا التصحيح لأنه معدوم في أصله .فمثلاً لو تزوّج رجل بامرأة في عدتها فالعقد فاسد، فإذا انقضت عدتها جاز له تجديد العقد الصحيح[136].

_4من حيث موقف الجمهور :يُفرّق الحنفية وحدهم تفريقاً صريحاً بين الباطل والفاسد، في حين يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أن هذا التفريق لا يؤثر في الأحكام الكلية، وأن الفاسد كالباطل من حيث انتفاء آثار الزواج الصحيح .ويُعدّ هذا الخلاف من أوسع الخلافات المذهبية في باب عقد الزواج وله انعكاساته العملية على كثير من المسائل الفقهية والقضائية.

_5من حيث الموقف القانوني :أخذت كثير من قوانين الأسرة العربية بالتفريق بين البطلان والفساد متأثرةً بالفقه الحنفي، وفي مقدمتها قانون الأحوال الشخصية الأردني والسوري .أما قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية فقد اتخذا موقفاً وسطاً يُميّز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي دون تبنّي كامل لتفريق الحنفية[137].

الفرع الثالث : حالات الفساد في القانون الوضعي

[137]محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص.390.

تتباين القوانين الوضعية في تحديد حالات الفساد في عقد الزواج تبايناً نسبياً، غير أنها تتفق في جوهرها على أن الفساد يتعلق بالشروط الوصفية لا بالأركان الجوهرية، وهي حالات تُوجب الفسخ وتُرتب آثاراً محددة ، سنتطرق أولا لحالات الفساد في قانون الأسرة الجزائري وثانيا التشريعات العربية

أولاً :حالات الفساد في قانون الأسرة الجزائري

تناول قانون الأسرة الجزائري حالات ما يُعدّ في حكم الفساد ضمنياً دون أن يُسمّيه بهذا الاسم صراحةً، إذ اكتفى بتقسيم الزواج إلى صحيح وباطل مع الإقرار ببعض الآثار الجزئية لبعض الحالات التي تتوافر أركان الزواج فيها دون شروطه الكاملة.

ومن أبرز الحالات التي تُشبه الفساد في القانون الجزائري:

أ –الزواج دون توثيق رسمي :ينعقد الزواج في الواقع العملي أحياناً دون توثيق لدى الجهة القضائية المختصة، وقد أتاح القانون إمكانية تسوية هذه الأوضاع من خلال دعاوى إثبات الزواج .وقد استقر قضاء المحكمة العليا على صحة الزواج المثبت قضائياً متى استوفى شروطه الموضوعية[138].

ب –الزواج بغير إذن قضائي في حالات التعدد :أوجب قانون الأسرة الجزائري في المادة 8 الحصول على إذن قضائي مسبق لإجراء عقد زواج جديد في حالة التعدد، فإن وقع الزواج بغير هذا الإذن كان ذا طبيعة مثيرة للخلاف قانونياً؛ إذ يذهب رأي إلى اعتباره صحيحاً مع ترتيب المسؤولية الجزائية على الزوج ومن أجراه.

[138]بن معوش عبدالرحيم، نظام الزواج في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر،2010 ، ص.98

ج –الزواج في مرحلة الوصاية دون إذن :يُعدّ الزواج الذي يُعقد لصغير القاصر دون مراعاة الأحكام الإجرائية المقررة من أنواع الخلل الذي يُرتّب آثاراً مماثلة للفساد، ولا سيما من حيث ثبوت النسب إن وقع الدخول وكان الأطراف حسني النية[139].

ثانياً :التشريعات العربية

1_ حالات الفساد في مدونة الأسرة المغربية

تعاملت مدونة الأسرة المغربية مع مفهوم الزواج الفاسد بطريقة أكثر تقنيناً وتفصيلاً في المادة 57 وما بعدها، وصنّفت العيوب الواردة على عقد الزواج إلى ما يوجب الفسخ مطلقاً وما يوجب الفسخ مقيداً ببعض الشروط.

وتُميّز مدونة الأسرة المغربية بين حالتين من حالات الفساد:

أ –الفساد الموجب للفسخ مطلقاً :ويشمل عقود الزواج التي فقدت شرطاً جوهرياً كالتراضي أو خلوّ المرأة من الموانع، وهو ما يقترب من البطلان المطلق.

ب –الفساد الموجب للفسخ بشرط عدم الدخول :وهو النوع الأقرب للفساد الحنفي الخالص، ويشمل الزواج بدون صداق في بعض صوره، أو بدون الولاية حيث اشترطت المدونة الولاية اشتراطاً استحبابياً لا وجوبياً.

2_ حالات الفساد في القانون الأردني والسوري

عالج قانون الأحوال الشخصية الأردني مسألة الزواج الفاسد معالجة صريحة في المواد من 37 إلى 40 مستنداً إلى أحكام الفقه الحنفي في هذا الشأن، إذ قرّر أن الزواج

[139]مصطفى الشلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت،1983 ، ص.200

الفاسد هو الذي توافرت أركانه دون شروطه، وميّز بينه وبين الزواج الباطل تمييزاً واضحاً من حيث الشروط والآثار[140].

ومن أبرز حالات الزواج الفاسد في القانون الأردني :الزواج بمعتدّة من غيره، والزواج في الإحرام، والزواج على خامسة قبل طلاق الرابعة ودخول عدتها، وزواج المريض في مرض الموت .وتترتب على هذه الأنواع آثار محددة بعد الدخول تشمل ثبوت النسب واستحقاق المهر ووجوب العدة.

أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد تبنّى تصنيفاً مماثلاً في المادة 47 وما بعدها، مع إضافة بعض الحالات الخاصة بالسياق السوري كالزواج بغير شاهدين أو بغير ولي في بعض الأحوال .وقد تميّز القانون السوري بتفصيل أدق في بيان درجات الفساد وآثار كل درجة[141].

[140]الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1،1996 ، ص.450

[141]مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الأمر عدد 88-66 المؤرخ في 22 نوفمبر 1966 م، الفصل 21 وما بعده.

المطلب الثاني :الآثار المترتبة على الفساد في عقد الزواج

تُعدّ آثار الزواج الفاسد من أكثر مسائل الفقه الإسلامي دقةً وتشعباً، وذلك لارتباطها بالتمييز الدقيق بين ما هو ثابت في الزواج الصحيح وما هو ثابت في الزواج الفاسد، فضلاً عن تمييزها بين ما قبل الدخول وما بعده .ومنشأ الخلاف في هذه المسألة هو مدى انتساب الفاسد إلى أصل مشروع في مقابل انعدام هذا الانتساب في الباطل سنتطرق في هذا المطلب إلى فرعين : سنذكر الآثار في الفقه الإسلامي كفرع أول ثم نتطرق للآثار في الفقه الوضعي كفرع ثاني.

الفرع الأول :الآثار في الفقه الإسلامي

إن الزواج الفاسد قبل وقوع الدخول لا يختلف في آثاره عن الزواج الباطل من الناحية العملية؛ إذ يُوجب الفسخ ولا يُرتّب على الزوجة مهراً ولا عدة ولا نفقة .وهذا محل اتفاق بين فقهاء الحنفية أنفسهم [142].وقد صرّح ابن عابدين بأن الزواج الفاسد قبل الدخول يُفسخ بغير طلاق ولا يُرتّب أي أثر من آثار الزواج الصحيح.

أما بعد الدخول فتترتب على الزواج الفاسد عند الحنفية آثار مهمة تميّزه عن الزواج الباطل وتقرّبه من الزواج الصحيح، وهي:

_1المهر :يترتب على الدخول في الزواج الفاسد استحقاق المرأة للمهر، وهو أدنى مهر المثل أو المهر المسمى أيهما أقل عند الحنفية .وقد استدل الكاساني على ذلك بأن الوطء لا يُستباح إلا بعوض، وأن وقوعه في عقد له أصل مشروع يُوجب المهر تحصيناً لكرامة المرأة.

[142]الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج2، ص.238

_2النسب :يثبت النسب بوطء الشبهة في الزواج الفاسد عند الحنفية، وهو من أهم الآثار التي تميّزه عن الزواج الباطل .ومنطق ذلك أن حماية النسب مقصد شرعي راجح يقضي بثبوته متى وُجد عقد له أصل مشروع وإن اختلّ في وصفه [143].وقد استثنى الحنفية من ذلك الزيجات التي تنعدم فيها الشبهة بالكلية كزواج المحارم المعلوم تحريمه قطعاً.

_3العدة :أوجب الحنفية العدة على المرأة بعد انفساخ الزواج الفاسد الذي دخل به، وهي عدة طلاق لا عدة وفاة، ومدتها ثلاثة قروء في المدخول بها المطلّقة .والحكمة في ذلك صون الأنساب من الاختلاط وتحقيق التريّث اللازم قبل زواج جديد[144].

_4حرمة المصاهرة :يترتب على الوطء في الزواج الفاسد حرمة المصاهرة عند الحنفية، فيحرم على الزوج أمّ المرأة الموطوءة بالفاسد وبنتها إن كانت موجودة .وهذا الأثر يُعدّ من الأثقل وزناً لأنه دائم مؤبد لا يزول بزوال العقد الفاسد.

_5انعدام الميراث :ينعدم التوارث بين الزوجين في الزواج الفاسد اتفاقاً، وذلك لأن الميراث من آثار الزواج الصحيح وحده .فإن مات أحدهما قبل الفسخ لم يتوارثا، وهذا فارق مهم بينه وبين الزواج الصحيح[145].

_6النفقة :اختلف الفقهاء في وجوب نفقة العدة في الزواج الفاسد بعد الدخول؛ فذهب الحنفية إلى وجوبها مدة العدة صوناً للمرأة عن الضياع، في حين نفى الجمهور وجوبها لأنها تابعة لصحة الزواج وهي غير متحققة[146].

---

[143]ابن الهمام، كمال الدين، فتح القدير، دار الفكر، ج3 بيروت ، ص.238

[144]السرخسي، شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، ج4بيروت، 1993 ، ص.196

[145]ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت ج5، ط27، 1994 ، ص.96

[146]زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية، دار الاتحاد العربي، القاهرة،1978 ، ص.140

الفرع الثاني :الآثار في القانون الوضعي

تبنّت قوانين الأسرة العربية جملة من الأحكام المتعلقة بالزواج الفاسد متأثرةً في مجملها بمرجعيتها الفقهية الإسلامية، مع مراعاة خصوصية كل نظام قانوني وما يكتنفه من اعتبارات اجتماعية وسياسية وحقوقي وعليه أولا نذكر آثار الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري من ثم آثار الزواج الفاسد في التشريعات العربية) المغربي ، التونسي ، الأردني والسوري(

أولاً :آثار الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري

نظّمت المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري آثار الزواج الذي وقع فساده أو بطلانه بصورة موحّدة دون تفريق صريح بينهما، وأقرّت بأنه إن وقع الدخول وجب المهر وثبت النسب ووجبت العدة .وهذا النهج الموحّد جمع بين ما يترتب على الزواج الباطل والفاسد في حالة الدخول، مما يجعل القانون الجزائري أقرب إلى موقف المالكية الذي يُعدّ الفساد كالبطلان من حيث الفسخ مع الإقرار ببعض الآثار بعد الدخول.

وقد كرّس القضاء الجزائري هذه الأحكام بصورة منتظمة؛ إذ استقرّ على أن الفسخ في الزواج الفاسد لا يُعدّ طلاقاً ولا يُحسب من الطلقات، وأن النسب يثبت بعد الدخول ولا يُنفى إلا بالطعن القضائي الصريح .كما رسّخ القضاء مبدأ صون المصلحة الفضلى للأبناء في كل القرارات المتعلقة بآثار الزواج الفاسد[147].

[147]حكم محكمة الاستئناف الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ10/12/2008 م، منشور في :مجلة المحاكم الجزائرية، العدد3 ،2009 ، ص.76.

ثانيا :آثار الزواج الفاسد في العربية التشريعات

تختلف آثار الزواج الفاسد في التشريعات العربية باختلاف موقف كل مشرع من تقسيم الزواج غير الصحيح إلى باطل وفاسد، إلا أن أغلبها تتفق على بعض الآثار المترتبة بعد الدخول، خاصة فيما يتعلق بالنسب والمهر والعدة.

_1آثار الزواج الفاسد في التشريع المغربي[148]

تنظم مدونة الأسرة المغربية الزواج الفاسد في المواد 57) إلى.(61

- يفسخ الزواج الفاسد ولا تترتب عليه آثاره الشرعية .
- لا تستحق الزوجة الصداق إذا تم الفسخ قبل البناء .

تنص المادة 60 من مدونة الأسرة على أن الزواج الفاسد لصداقه يصحح بعد البناء بصداق المثل .

ومن أهم الآثار:

- ثبوت النسب للأولاد .
- استحقاق الزوجة صداق المثل .
- وجوب العدة .
- قيام حرمة المصاهرة .

أما المادة 61 فتنص على أن الزواج الفاسد إذا وقع فيه البناء ترتب عليه:

- الصداق .
- العدة .
- ثبوت النسب .

[148] محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ص 185.

- حرمة المصاهرة .

_2آثار الزواج الفاسد في التشريع التونسي[149]

ينظم مجلة الأحوال الشخصية التونسية الزواج الباطل أكثر من تنظيمها لمفهوم الزواج الفاسد بالمعنى الحنفي.

ومن أهم المواد:

- الفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية الذي يقرر بطلان الزواج إذا اختل أحد أركانه أو شروطه الجوهرية .

إذا وقع الدخول في زواج باطل بحسن نية:

- يثبت النسب حماية للطفل .
- تستحق المرأة المهر .
- تجب العدة .
- تنشأ حرمة المصاهرة .

أما إذا لم يقع دخول فلا يترتب أي أثر من آثار الزواج الصحيح .

_3آثار الزواج الفاسد في التشريع الأردني[150]

---

[149] الفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بالأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 والمعدلة والمتممة.

[150] المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019.

يفرق قانون الأحوال الشخصية الأردني بين الزواج الباطل والزواج الفاسد.

المادة34

تعتبر من حالات الزواج الفاسد:

1. انعدام الأهلية .
2. عدم وجود الشهود .
3. الإكراه .
4. عدم توافر شروط الشهود .
5. الجمع بين امرأتين يحرم الجمع بينهما .
6. زواج المتعة أو الزواج المؤقت .

المادة43

»بقاء الزوجين على الزواج الباطل أو الفاسد ممنوع، فإذا لم يفترقا يفرق القاضي بينهما .«

الآثار بعد الدخول

يترتب على الزواج الفاسد بعد الدخول:

- ثبوت النسب .
- وجوب العدة .
- استحقاق المهر .
- حرمة المصاهرة .
- التفريق القضائي بين الزوجين .

_4آثار الزواج الفاسد في التشريع السوري[151]

ينظم قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج الفاسد في المواد 34 وما بعدها.

المادة34

يكون الزواج فاسداً إذا:

- كان أحد الطرفين فاقداً للأهلية .
- تم العقد بلا شهود .
- وقع بالإكراه .
- كان الشهود غير مستوفين للشروط .
- وقع الجمع بين امرأتين يحرم الجمع بينهما .
- كان زواج متعة أو زواجاً مؤقتاً .

الآثار المترتبة عليه

إذا حصل الدخول:

- يثبت النسب .
- تستحق الزوجة المهر .
- تجب العدة .
- تثبت حرمة المصاهرة .

أما قبل الدخول:

- فلا تترتب عليه آثار الزواج الصحيح .

[151] (9) مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، منشورات جامعة دمشق، سوريا، ص 121.

- ويجب التفريق بين الزوجين .

الخـــــاتـــــمة

في ختام هذه الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية العربية في موضوع عقد الزواج الصحيح وأحكام البطلان والفساد، إن الفقه الإسلامي نموذج إنساني متكامل في تنظيم عقد الزواج يحفظ الحقوق ويصون الأسرة، وتبقى أحكامه منهلاً لا ينضب للتشريع العربي إذا أُحسن توظيفه

توصّلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات نُجملها فيما يلي :

أولاً :النتائج

تبيّن أن الفقه الإسلامي أرسى تنظيماً متكاملاً لعقد الزواج، وانفرد المذهب الحنفي بالتفريق بين الباطل والفاسد، في حين يُوحّد الجمهور بينهما.

كشف البحث أن التشريعات العربية تتباين في مدى الأخذ بهذا التفريق؛ فقانون الأسرة الجزائري أخذ به نسبياً، بينما أهملته تشريعات أخرى وأدرجت الحالتين تحت مسمّى البطلان.

. أثبتت الدراسة أن موانع الزواج المؤبدة كتحريم المحارم بسبب النسب و المصاهرة والرضاعة تُفضي إلى البطلان المطلق، في حين تُفضي الموانع المؤقتة كالعدة إلى الفساد أو البطلان النسبي.

. خلصت الدراسة إلى أن العقد الفاسد بعد الدخول يُرتّب آثاراً كثبوت النسب ووجوب المهر والعدة عند الحنفية،وهو ما أخذت به بعض التشريعات العربية المعاصرة.

. أثبت البحث الحاجة الماسّة إلى دراسة مقارنة شاملة تجمع التشريعات المغاربية والمشرقية، وهو ما اجتهدت دراستنا في سده استكمالاً لما بدأته الدراسات السابقة.

ثانياً :التوصيات

. نوصي المشرّع الجزائري بمراجعة نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالزواج الفاسد وتفصيل حالاته وآثاره لتجنب التضارب في الاجتهادات القضائية

. ندعو إلى توحيد المصطلحات القانونية المتعلقة بالزواج عبر التنسيق التشريعي بين الدول العربية حمايةً للأسرة العربية.

. نُلحّ على ضرورة الاستفادة من أحكام الفقه الإسلامي في مواجهة المستجدات كالزواج الإلكتروني وزواج القاصرات.

. نوصي الباحثين بتعميق الدراسات التطبيقية والقضائية المقارنة في مجال قانون الأسرة.

إن الفقه الإسلامي نموذج إنساني متكامل في تنظيم عقد الزواج يحفظ الحقوق ويصون الأسرة، وتبقى أحكامه منهلاً لا ينضب للتشريع العربي إذا أُحسن توظيفها.

قائمة المصادر

و المراجع

قائمة المراجع:

أولاً :الكتب والمراجع الفقهية والقانونية

- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج .2
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني، دار الفكر، بيروت، ج 7و ج .9
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج .2
- ابن رشد، محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة،2004 م، ج .2
- المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج .8
- النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ج 16 و ج .17
- النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، ج .7
- ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ج .3
- الدسوقي، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، .
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت .
- السرخسي، المبسوط، ج .5

- ابن حزم، المحلى، ج .9
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج .5
- ابن الهمام، فتح القدير شرح الهداية، دار الفكر، ج .3
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، ج .3
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ج 7و ج .9
- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، ج .6
- يوسف القرضاوي، فقه الأسرة وقضايا الزواج المعاصرة، دار الشروق .
- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، ج .2
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، ج .1
- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، ج .4
- محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، ج .1
- بوضياف، عمار، شرح قانون الأسرة الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3،2013 م .
- بوضياف، عمار، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الريحانة، الجزائر .
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر .

• بلحاج، العربي، قانون الأسرة الجزائري) الزواج والطلاق(، دار هومة، الجزائر .

• محمدي فريدة زوزو، شرح قانون الأسرة :أحكام الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر .

• ابن معلم نور الدين، أحكام الزواج في ضوء الفقه والقضاء، دار هومة، الجزائر .

• مدكور محمد سلام، الزواج في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة،1967 م .

• الفقي، إسماعيل، الزواج الصحيح والفاسد والباطل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2009 م .

• ابن حجر/ابن قدامة/الكاساني) إحالات داخلية متكررة – تم دمجها أعلاه.(

ثانياً :القوانين والتشريعات

• قانون الأسرة الجزائري، الأمر 11-84 المؤرخ في 09 يونيو1984 ، المعدل والمتمم بالقانون .02-05

○ المواد2 :،4 ،7 ،9 ، 9 مكرر،11 ،13 ،23 ،25 ،27 ،-48 57، .222

• قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، القانون 09-08 المؤرخ في 25فبراير .2008

• قانون الحالة المدنية الجزائري، الأمر 20-70 المؤرخ في 19 فبراير 1970.

- الدستور الجزائري(1996) ، المادة 2.
- مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الأمر المؤرخ في 13 أغسطس1956 ، الفصل 3.

ثالثاً :المقالات العلمية والمجلات

- لامية عفاف العياشي،" دور القضاء في إثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،ASJP ،.2019

https://asjp.cerist.dz/en/article/124609

- يوسف رحمان،" إثبات الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة القانون والعلوم السياسية،.ASJP

https://asjp.cerist.dz/en/article/102005

رابعاً :الاجتهادات القضائية

- المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة الشرعية، قرارات بخصوص :
  - إثبات الزواج
  - الولاية والرضا

بطلان الزواج وإثبات النسب

- قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 115630 بتاريخ 28/02/2000.
- مجلة المحكمة العليا الجزائرية) قرارات الأحوال الشخصية).
- مبدأ تدخل القاضي عند عضل الولي) اجتهادات منشورة).

خامساً :المواقع الإلكترونية والمصادر الرقمية

- https://www.joradp.dz
- https://asjp.cerist.dz
- https://dspace.univ-eloued.dz
- https://elmouhami.com

الفهرس

الفهرس

العنـــــوان	رقم الصفحة
مقـدمـــة	7-1
الـفـصـــــل الأول: عقد الزواج الصحيح شروطه وأركانه	8
المبحث الأول: عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	9
المطلب الأول: تعريف عقد الزواج الصحيح	13-10
المطلب الثاني: مصادر عقد الزواج الصحيح في القانون الوضعي	18-14
المطلب الثالث : خصائص عقد الزواج الصحيح	26
المبحث الثاني : أركان عقد الزواج الصحيح	28-26
المطلب الأول: الإجابة والقبول وصيغة العقد	32-28
المطلب الثاني: شروط أطراف العقد الأهلية والولاية	39-33
المطلب الثالث : موانع الزواج وأثارها على صحة العقد	41-39
الـفـصـــــل الثاني: البطلان والفساد في عقد الزواج	**48-42**
المبحث الأول: البطلان وأسبابه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	51
المطلب الأول: مفهوم البطلان وأسبابه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	61- 51
المطلب الثاني: الأثار المترتبة على البطلان في عقد الزواج	64-61
المبحث الثاني: الفساد في عقد الزواج	64
المطلب الأول: مفهوم الفساد وتمييزه عن البطلان	70-64
المطلب الثاني: الأثار المترتبة على الفساد في عقد الزواج	77-71
الخاتمة	80-79
قائمة المصادر والمراجع	89-81

الملـــــــخـــص

الملخص:
تتناول هذه الدراسة الأكاديمية المقارنة أحكام عقد الزواج الصحيح بوصفه الرابطة الإنسانية الأسمى، وتُسلط الضوء
على المسائل الدقيقة المتعلقة بأسباب بطلانه وفساده والآثار المترتبة
على ذلك في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. وتنطلق إشكالية البحث من الواقع القضائي المعاصر الذي يشهد تزايدا" ملحوظا" في النزاعات الأسرية، مما كشف عن غموض وقصور في بعض نصوص قوانين الأسرة العربية وقصورها عن مواكبة المستجدات. ولتفكيك هذه الإشكالية، اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي في استعراض الآراء الفقهية، والمنهج المقارن للموازنة بين المذاهب الأربعة وتشريعات دول المغرب العربي (الجزائر، تونس، المغرب) والمشرق العربي. وقد خلص البحث إلى نتائج جوهرية، أبرزها انفراد المذهب الحنفي بالتفريق الصريح بين العقد الباطل والفاسد في حين يدمج الجمهور بينهما، وتبوعا" لذلك تباينت القوانين العربية؛ حيث أخذ قانون الأسرة الجزائري بهذا التفريق نسبيا" بينما أدرجته تشريعات أخرى
تحت مظلة البطلان، مع التأكيد على أن الموانع المؤبدة تُفضي
للبطلان المطلق والموانع المؤقتة تُفضي للفساد. وبنا "ء على ذلك، تقد'م الدراسة توصيات ملحة للمش 'رع الجزائري والعربي بضرورة مراجعة وتفصيل نصوص الزواج الفاسد، وتوحيد المصطلحات القانونية
لتوفير حماية قضائية متكاملة للأسرة، والاستعانة بالفقه الإسلامي لمعالجة النوازل المعاصرة كالزواج الإلكتروني
وزواج القاصرات.

الكلمات المفتاحية: عقد الزواج، الزواج الباطل، الزواج الفاسد، الفقه الإسلامي، قانون الأسرة الجزائري، التشريعات العربية، الاجتهاد القضائي، الآثار القانونية، الموانع المؤبدة والمؤقت.

Abstract : This comprehensive comparative study examines the provisions of the valid marriage contract as the core foundation of the family, shedding light on the intricate legal and jurisprudential aspects of its invalidity (Batil) and defectiveness (Fasid), along with their consequences before and after consummation. The research problem stems from contemporary judicial realities marked by a significant increase in family disputes, which exposed ambiguities and shortcomings in several Arab family law codes when dealing with emerging issues. To address this, the study adopts a descriptive-analytical approach to examine Islamic jurisprudence and a comparative method to analyze the four major Sunni schools against contemporary Arab legislations, particularly in the Maghreb region (Algeria, Morocco, Tunisia) and the Levant. The findings reveal that while the Hanafi school uniquely distinguishes between invalid and defective contracts, the majority of jurists treat them as identical. Consequently, Arab legislations differ significantly ; the Algerian Family Code adopts this distinction relatively, whereas other legislations merge both concepts under the general term of « invalidity ». It also proves that permanent prohibitions result in absolute invalidity, while temporary prohibitions lead to defectiveness. Ultimately, the study presents urgent recommendations for Algerian and Arab legislators to revise and clarify texts on defective marriage, unify legal terminology to ensure family protection, and draw from Islamic jurisprudence to address modern complexities such as electronic marriage and the marriage of minors.

Keywords : Marriage Contract, Invalid Marriage (Batil), Defective Marriage (Fasid), Islamic Jurisprudence (Fiqh), Algerian Family Code, Arab Legislations, Judicial Adjudication, Legal Effects, Permanent and Temporary Prohibitions