تناقض الأحكام المنظمة لأسباب عدم صحة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

The contradicting provisions for the causes of the incorrect marriage in the Algerian family code

الدكتور/ توفيق شندارلي [1،2]

[1] جامعة المدية، (الجزائر)

[2] المؤلف المراسل: toufikchandarli@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2019/05/30 تاريخ القبول للنشر: 2019/09/09 تاريخ النشر: 2019/09/28

❖❖❖❖❖❖❖

ملخّص:

يشترط لإبرام عقد الزواج توفر جميع مقوماته وشروطه، فإذا استوفى جميع ما يتطلب فيه، كان العقد صحيحا، وترتبت عليه، عند تمامه، جميع آثاره بالنسبة للمتعاقدين ولغيرهما. وبالمقابل إذا تخلفت إحدى هذه المتطلبات كان العقد غير صحيح، ولا يترتب عنه أي أثر من تلك الآثار.

لكن هذه المتطلبات ليست على درجة واحدة من الأهمية، فإذا كان تخلف بعضها يؤثر في وجود العقد في حد ذاته، فيصبح باطلا، فإن البعض الآخر لا يؤثر في وجوده، بل يؤثر في صحته، فيكون فاسدا، ومن ثمة يجب تحديد ومعرفة أسباب البطلان وتمييزها عن أسباب الفساد على وجه الدقة.

إذن فالباطل معدوم، لا يمكن أن يرتب أثرا وإن حصل دخول بالزوجة، أما الفاسد فهو موجود لكنه معتل، يعترف فيه ببعض الآثار الضرورية إن حصل دخول بالزوجة باعتباره واقعة مادية فقط، وإن كان في الحالتين يجب التفريق بين الزوجين، لأن العقد جاء على غير الصورة التي أمر بها القانون.

الكلمات المفتاحية: عدم صحة الزواج؛ العقد الفاسدّ؛ العقد الباطل؛ أسباب الفساد؛ أسباب البطلان؛ الشروط الباطلة؛ موانع الزواج؛ الشروط الخاصة بعقد الزواج.

Abstract:

The contract of marriage requires the availability of all its pillars and conditions. If all the requirements for its composition have been met, the contract is valid once it has been completed, and all of its effects on the contractors and others. On the other hand, if one of these requirements fails, the contract is incorrect and does not have any effect.

But these requirements are not at the same degree of importance, if the failure of some of these requirements affects the existence of the contract in itself, and it becomes null, others do not affect its existence, but affects its health, and it becomes corrupt. and from there they it must be identified exactly, to know the causes of the invalidity, and to distinguish them from the causes of corruption.

Therefore, the invalid contract is null, and there can be no effect even if there is a consummation. on the other hand, if there is a corrupt contract, it is still existing but it has an effect on it health, in which law admits some necessary effects if there is a consummation as material fact only. although in both cases it must be a differentiate between the spouses, because the contract came as opposed to the form ordered by the law.

Keywords: *incorrect marriage; corrupt contract; invalid contract; causes of corruption; causes of invalidity; invalid conditions, marriage barriers; special conditions for marriage contract.*

مقدّمة:

يعتبر عقد الزواج من أهم وأخطر العقود التي يبرمها الإنسان في حياته على الإطلاق نظرا لما يترتب عليه من آثار لا تنحصر في الزوجين فحسب بل تتعداهما إلى أولادهما وأسرتيهما كذلك، لذلك يحرص القانون كل الحرص على ضرورة توفر كافة المقومات والشروط المطلوبة فيه عند إبرامه حتى يضمن له نشأة صحيحة و استمرارا صحيحا أيضا، فإذا نشأ كذلك، ترتبت جميع آثاره عليه فور تمامه.

لكن إذا تخلفت إحدى مقوماته أو إحدى شروطه كان العقد غير صحيح[1]، وبالتالي لا يمكن الاعتراف بهذا الارتباط بين الزوجين ولا الاستمرار فيه بل يجب التفريق بينهما في الحال، لأن العقد جاء على غير الصورة التي أمر بها القانون، وبالتالي لا يمكن أن يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، طالما لم يحصل دخول بالزوجة.

أما إذا حصل دخول بها فإن فقهاء الشريعة الإسلامية ومن ثمّة القانون يفرّقون بين الخلل من ناحية جوهرية للعقد كعدم حصول التراضي بين المتعاقدين، فيكون العقد في هذه الحالة باطلا أي منعدما لا وجود له ولا يترتب عنه أي أثر مطلقا[2]. لكن إذا حصل خلل في ناحية غير جوهرية، فإن العقد موجود لكنه غير صحيح لأنه اتصف بعيب أفسده فالجمهور[3] يعتبر العقد في هذه الحالة باطلا مثله مثل الحالة الأولى أما الحنفية فيعتبرونه فاسدا[4] فهو يختلف عن الباطل والعقد في هذه الحالة لا يترتب عليه كذلك أي أثر وإنما الذي يرتب الآثار هو واقعة الدخول باعتبارها واقعة مادية يترتب عنها بعض آثار الزواج الصحيح وهي آثار ضرورية وحتمية حتى يدرأ الحد عن الزوجين[5] وحماية للحقوق فيثبت النسب للأولاد كما تثبت العدة والمهر وحرمة المصاهرة دون باقي الآثار كحق التوارث بين الزوجين[6] عكس الزواج الباطل فإنه لا يثبت به أي أثر من تلك الآثار[7].

إذن فالعقد الباطل والفاسد كلاهما عقد غير صحيح لا يترتب عن كلاهما آثار مادام لم يحصل دخول بالزوجة. أما إذا تَمَّ الدخول فإن حكم العقد الذي فيه مخالفة في ناحية جوهرية يختلف عن حكم العقد الذي فيه مخالفة في ناحية غير جوهرية.

ونظرا لهذا الفارق الدقيق بين مختلف حالات الزواج غير الصحيح جاءت آراء الفقهاء المسلمين متباينة تباينا واضحا بشأن أسباب فساد العقد ومتداخلة في كثير من الأحيان مع أسباب البطلان مما ترك ذلك أثره على موقف المشرع الجزائري حيث تناول أسباب فساد عقد الزواج إلى جانب أسباب

بطلانه مع الخلط بينهما في كثير من الأحيان إلى حد التناقض حيث جاء ذلك في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الأسرة تحت عنوان "النكاح الفاسد والباطل".

وعليه يمكن التميّز مبدئيا بين نوعين من أسباب عدم صحة الزواج منها ما يؤدي إلى اختلال في إحدى مقومات العقد (المبحث الأول). ومنها ما يؤدي إلى اختلال في إحدى الشروط الخاصة بالعقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الاختلال في إحدى مقومات العقد

لكي ينشأ عقد الزواج صحيحا لابد من استيفاءه جميع مقوماته وشروطه المطلوبة عند تكوينه فإذا حصل خلل بإحدى هذه المقومات نشأ نشأة غير صحيحة، أي باطلا أو فاسدا حسب الحالة، فلا يمكن أن يستمر على هذا الحال، بل يجب إنهاؤه أو التفريق بين الزوجين.

فمن الخلال التي قد تصيب إحدى هذه المقومات اقتران صيغة العقد بإحدى الشروط الباطلة (المطلب الأول). أو اشتماله على إحدى موانع الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول :اقتران صيغة العقد بإحدى الشروط الباطلة

من بين الشروط الباطلة المقترنة بصيغة العقد تلك الشروط التي تنافي مقاصده أو التي لا تجيزها أحكام الشريعة الإسلامية ومثالها أن يتزوج الرجل بامرأة لمدة محدودة أو أن يتزوجها بشرط تحليلها لمطلقها ثلاثا أو أن يشترط أحد الزوجين على الآخر عدم الوطء أصلا[8]، حيث اعتبرها المشرع الجزائري شروطا باطلة مع بقاء العقد صحيحا، وهو ما جاء في نص المادة 35 من قانون الأسرة قوله:" إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا". وهو بذلك يخالف موقف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الشأن، حيث يذهب الجمهور[9] إلى اعتبار أن كلا من العقد والشرط باطلا أو فاسدا لعقده لاختلاف في التسمية بينهم، كما يقرر الجمهور في هذه الحالة وجوب التفريق بين الزوجين، ويرتبون بعض الآثار الضرورية إن حصل دخول بالزوجة، بينما يكتفي الحنفية[10] بإبطال الشروط فقط، دون أن يؤثر ذلك على صحة العقد...

إلا أن أمر مخالفة المشرع الجزائري لفقهاء الشريعة الإسلامية لا ينحصر فيما سبق بل تعدى ذلك إذا ما اقترن العقد بإحدى الشروط التي تتنافى ومقتضياته وهو ما أشار إليه في المادة 32 من قانون الأسرة بقوله: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد". مع العلم أن فقهاء الشريعة الإسلامية يجمعون على بطلان الشروط فقط وبقاء العقد صحيحا [11] وهو بذلك قلب الحكم حيث يجب إبطال الشرط دون العقد فهو يبطل العقد. لذا وجب إبطال العقد والشرط معا ويكتفي بإبطال الشرط دون العقد وهو ما نرى ضرورة تعديله بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية ورد الأمور إلى نصابها فحيث يجب إبطال العقد والشرط معا فيجب إبطالهما معا كما في حالة الشروط التي تنافي أصل ومقاصد العقد. حيث يكتفي بإبطال الشروط فقط دون العقد كما في حالة الشروط التي تناقض مقتضياته فيكون الأمر كذلك.

والغريب في الأمر أن المشرع الجزائري وحسب نص المادة 32 المذكورة سابقا قد وَحَّد الحكم حيث اعتبر العقد باطلا عند اشتماله على شروط تتنافى ومقتضياته والعقد عند اشتماله على مانع من الموانع وهو ما لا يجوز الجمع بينهما[12] لأن العقد في الحالة الأولى يكون موجودا لكنه اتصف بعيب أفسده بينما العقد في الحالة الثانية لا يكون له وجود إذا ما اشتمل على مانع من موانع الزواج التي لا شبهة فيها أو خلاف. وعليه نرى ضرورة تعديل المادة 32 كذلك بتخصيص حالة الموانع بمادة منفصلة وحالة الشروط التي تناقض مقتضيات العقد تخصص لها مادة مستقلة أيضا.

المطلب الثاني: اشتمال العقد على إحدى موانع الزواج

تناول المشرع الجزائري مسألة زواج الرجل بإحدى المحرمات في مادتين منفصلتين من قانون الأسرة تضمّنتا حكمين متناقضين نتيجة الخلط بين العقد الباطل والفاسد حيث قرر المشرع في المادة 32 السابق ذكرها بطلان الزواج عند اشتماله على مانع من الموانع[13] ليعود بعد ذلك في المادة 34 ليقرّر أن الزواج بإحدى المحرمات يعتبر زواجا فاسدا ينتهي بالفسخ[14] حيث جاء فيها ما يلي: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده...". مع العلم أن النص الفرنسي لذات المادة، يعتبر الزواج في هذه الحالة باطلا لا فاسدا[15].

ونشير إلى أن آراء فقهاء الشريعة الإسلامية ثابتة وواضحة في هذا الشأن حيث تجمع على إقرار بطلان عقد الزواج إذا ما اشتمل على مانع من الموانع المؤبدة أو المؤقتة والتي لا شبهة فيها أو خلاف والتي ورد فيها نص شرعي صريح بحيث لا يترتب عنه أي أثر ويجب التفريق بين المتعاقدين إذا ما ثبت علمهما بسبب التحريم أقيم عليهما الحد عقوبة لهما[16].

إلا أنهم لم يرّتبوا أحكام البطلان كاملة في جميع حالات اشتمال العقد على إحدى الموانع، كما في حالة الزواج بمعتدة الغير أو في حالة الجمع بين الأختين أو من في حكمهما[17].

إذن فرغم إقرارهم بعدم صحة العقد في مثل هذه الحالات فإنهم يرتبون بعض آثار الزواج الصحيح إذا ما حصل دخول بالزوجة مع وجوب التفريق بين الزوجين[18].

وعليه نستنتج أن موانع الزواج ليست على درجة واحدة من الأهمية ولا يمكن التسوية بينهما في الحكم فالزواج بالأم مثلا لا يمكن أن يكون بمثل الزواج بمعتدة الغير، لأن سبب التحريم في الحالة الأولى دائم لا يزول وفيه تداخل بين قرابتين في آن واحد: قرابة النسب وقرابة الزوجية. أما في الحالة الثانية ففيها اعتداء على حق الغير بصفة مؤقتة فقط وهو ما لم يدركه المشرع الجزائري في قانون الأسرة إذ الأولى والأجدر أن ينص على الحالتين على النحو المقرر في الشريعة الإسلامية وهو حالة الزواج بإحدى المحرمات التي لا شبهة فيها فيكون العقد باطلا وحالة الزواج بإحدى المحرمات التي فيها شبهة فيكون العقد فاسدا للفرق الكبير بينهما وهو ما يجب على المشرع الجزائري تصحيحه وتداركه وهو ما قام به بنجاح المشرع الكويتي مثلا[19].

المبحث الثاني

الاختلال في إحدى الشروط الخاصة بعقد الزواج

نظرا لخصوصية عقد الزواج واختلافه عن بقية العقود الأخرى فإنه يشترط فيه -إضافة للمقومات العامة للعقد- شروطا خاصة به وذلك حفاظا على نظام الأسرة وتماسكها من جهة وحفاظا على حصانة المرأة وقيمتها في المجتمع من جهة أخرى فإنه إذا ما تخلفت إحدى هذه الشروط كان العقد فاسدا.

ومن هذه الشروط التي تفسده عدم حضور ولي المرأة لعملية إبرام عقد زواجها (المطلب الأول). أو عدم حضور شاهدين اثنين على الأقل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عدم حضور ولي المرأة

لقد اعتبر المشرع الجزائري حضور ولي المرأة عند إبرام عقد زواجها شرطا من شروط العقد وذلك بموجب المادة9 مكرر حيث تنص على ما يلي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج.
- الصداق.
- الولي...".

وعليه، فإن عدم حضوره، يعتبر سببا من أسباب فساد عقد الزواج التي توجب فسخه حسب المادة 33 فقرة2 وذلك بقوله: "إذا تمّ الزواج بدون... ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول...".

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري تناول موضوع الولي في الزواج بطريقة مختلفة و متناقضة عما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية ومختلفة ومتناقضة أيضا مع الحكمة من إقرار نظام الولاية في الزواج. ذلك أنه من الثابت في الفقه الإسلامي أنه يجوز للمرأة البالغة إبرام عقد زواجها بنفسها بشرط عدم اعتراض وليها على ذلك إذا ما زوجت نفسها بغير كفء لها أو زوجت نفسها بمهر أقل من مهر مثلها وهو مذهب الحنفية[20]. كما أنه من الثابت أيضا في الفقه الإسلامي أنه لا يجوز لها إبرام عقد زواجها بنفسها بل الذي يتولاه عنها هو وليها وهو مذهب الجمهور[21].

الملفت للانتباه أن المشرع الجزائري خالف الأحكام الثابتة في الفقه الإسلامي حيث أجاز للمرأة البالغة أهلية الزواج لإبرام عقد زواجها بنفسها مثلها مثل الرجل دون أي قيد أو شرط أي لا اعتراض لوليها على ذلك إذا ما زوجت نفسها بغير كفء لها أو بمهر أقل من مهر مثلها وذلك خلافا للحنفية[22] حيث جاء في المادة 11 فقرة1 :"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره" هذا من جهة.

من جهة أخرى فإن المشرع خالف الحكمة من إقرار الولاية في الزواج في الشريعة الإسلامية بحيث لم يحصر ذلك في الأقارب فقط كالأب أو الابن أو الأخ أو العم وهؤلاء من العصبة بل جعل الولي أي شخص ممن ذكر أو أي شخص تختاره المقبلة على الزواج وقد يكون من الأقارب من غير العصبة كالخال مثلا وقد يكون من الأباعد كجار لها أو زميل لها في العمل فهو يساوي بين الأقارب والأباعد وهذا أمر غير

معقول على الإطلاق[23] وفي ذلك مخالفة صريحة وواضحة لأحكام الشريعة الإسلامية[24]. ذلك أن الزواج عامل من عوامل الحفاظ على التماسك الأسري أما جعل صيغة المرأة البالغة صالحة لإبرام عقد زواجها بنفسها وفي نفس الوقت حصر دور الولي في حضوره فقط مع إمكانية اختيار وليها من الأباعد بوجود أحد الأولياء من الأقارب دليل على عدم رضاه بهذا الزواج ولا يخفى ما في هذا الأمر من تأثير على التماسك الأسري الذي تحرص الشريعة الإسلامية على تحقيقه لأنها تعتبر عقد الزواج لا يتمثل في مجرد علاقة تربط بين زوجين فقط بل علاقة تربط بين أسرتيهما كذلك[25].

وعليه نرى ضرورة تعديل هذه المادة أي المادة 11 بالرجوع إلى صياغتها قبل التعديل أي جعل دور الولي لا ينحصر في مجرد حضوره فقط بل يتعدى ذلك بتوليه عقد زواج موليته بعد موافقتها الصريحة وذلك تأكيدا لما للولي من دور هام في المحافظة على شأن المرأة وهي أقرب الناس إليه فهو أحن و أعطف الناس عليها بالضرورة وفي ذلك توافق مع أحكام الشريعة الإسلامية ونظام الولاية في الزواج في آن واحد. وتتمة لذلك نرى ضرورة حذف عبارة "في حالة وجوبه" الواردة في المادة 33 فقرة2 السابق ذكرها لأن دور الولي لا ينحصر في حضوره فقط إنما في توليه العقد بالدرجة الأولى إلى جانب موافقتها طبعا.

المطلب الثاني: عدم حضور الشاهدين

إضافة إلى شرط الولي في الزواج فقد اشترط المشرع الجزائري أيضا ضرورة الإشهاد على عقد الزواج نظرا لما يترتب عنه من حقوق والتزامات متبادلة اتجاه الزوجين هذا من جهة واتجاه الأولاد والأسرة من جهة أخرى. ويتحقق بالإشهاد على الزواج إثباته والاحتياط له في حالة نكرانه ليكون دليل إثبات أمام القضاء[26]، حتى لا تضيع الحقوق عن أصحابها وتؤدى الالتزامات من طرف المدينين بها كما يتحقق بالإشهاد أيضا إخراج علاقة الرجل بالمرأة من السرية إلى العلنية فشأن الحرام التستر عليه وشأن الحلال إظهاره[27].

لأجل ذلك كله اشترط المشرع الجزائري ضرورة حضور شاهدين اثنين لإبرام العقد وهو ما جاء في المادة 9 مكرر قوله: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج.
- الصداق.
- الولي.
- شاهدان...".

وعليه فإن عدم حضورهما يعتبر سببا من أسباب فساد الزواج التي توجب فسخه وذلك بمقتضى المادة 33 فقرة2

بقوله: "إذا تمّ الزواج بدون شاهدين ...يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

والواجب ذكره في هذا الشأن أن المشرع الجزائري قد جعل من عدم حضور الشاهدين سببا من أسباب الفساد قبل الدخول والغريب حقا أنه لم يعتبره سببا للفساد بعد واقعة الدخول بل يثبت هذا

الزواج ويستمر ويرتب آثار الزواج الصحيح وفي ذلك مخالفة صريحة وصارخة لأحكام الشريعة الإسلامية حيث تجمع آراء المذاهب الأربعة على أن عدم حضور الشهود -عند إبرام عقد الزواج عند الجمهور[28] أو عدم حضورهما عند الدخول لدى المالكية[29]- تعتبره عقدا غير صحيح باطل عند الجمهور فاسد عند الحنفية ويجب التفريق بين الزوجين. سواء حصل دخول أو لم يحصل دخول- وذلك قصد تجنب وتحاشي كل علاقة غير مشروعة بين الرجل والمرأة خارج إطار الزواج. رغم أن قضاء المحكمة العليا يرفض كل علاقة بين رجل وامرأة لم يتّم الإشهاد عليها حسب ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية وبالتالي تعتبر علاقة غير مشروعة[30].

وعليه نرى ضرورة تعديل هذه المادة أي المادة 33 فقرة2 فإذا كان تخلف إحدى شروط عقد الزواج كتخلف الولي[31] أو عدم تحديد الصداق[32] سببا لفساد العقد قبل الدخول ويصحح بعده فإن هذا الحكم لا يمكن أن ينطبق بأي حال من الأحوال على حالة عدم حضور الشاهدين، ذلك أن بالإشهاد يتم التفريق بين الحلال والحرام أي بين العلاقة المشروعة والعلاقة غير المشروعة وهذه المسألة تتعلق بما يعرف في القانون بالآداب العامة في المجتمع فلا يجوز التغاضي عن ذلك بتصحيح العلاقة بين الرجل والمرأة التي تمت بمجرد عقد بينهما فقط لم يحضره شهود حتى لا تكون ذريعة لقبول العلاقات غير المشروعة.

الخاتمة:

وكخاتمة لهذا العمل توصلنا لجملة من النتائج وهي:

أن أسباب فساد عقد الزواج كثيرة ومتنوعة ومتشابهة إلى حد كبير مع أسباب بطلانه حيث جاء تنظيم المشرع الجزائري لهذه المسألة فيه الكثير من التناقضات في الأحكام بسبب هذا التشابه الكبير والتي عالجنا بعضا منها في هذه الدراسة.

فقد تبين لنا أن المشرع الجزائري قد قلب الحكم في مسألة الشروط الباطلة فما يُعَدُّ سببا لفساد العقد المشرع لا يَعُدُهُ كذلك أي حيث يجب إبطال العقد والشرط معا كما في حالة الشروط التي تنافي أصله ومقاصده فإنه يبطل الشرط دون العقد. أما حيث يجب إبطال الشرط فقط كما في حالة الشروط التي تناقض مقتضياته فهو يبطل الشرط والعقد معا وهو ما أكدنا على ضرورة تصحيحه وذلك بتعديل الحكم الوارد المادة32 وكذا الحكم الوارد في المادة 35 من قانون الأسرة على التوالي.

إضافة إلى ذلك فقد اتضح لنا أن المشرع الجزائري قد وَحَّدَ الحكم بالنسبة لمسألة موانع الزواج إلا أن الأمر على خلاف ذلك فمن الموانع ما يُعَدُّ سببا لبطلان الزواج دون أي شك أو خلاف. إلا أن بعض الموانع وإن كانت تؤثر في صحة العقد فلا ترقى إلى درجة إبطاله كما في النوع الأول من الموانع بل تؤدي إلى فساده وهو ما أكدنا على إبرازه وضرورة تخصيص لكل نوع من الموانع حكم خاص به حتى تخصص للحالات المتماثلة حكم واحد أما إذا اختلفت الحالات فلابد أن يختلف الحكم بالضرورة اقتداءً بما ذهب إليه المشرع الكويتي في هذا الشأن.

كما اتّضح لنا أيضا أن من أسباب فساد عقد الزواج تخلف الولي عند إبرام العقد حيث أكدنا على أن دور الولي يجب ألا ينحصر في حضوره العقد فقط كما جاء في قانون الأسرة بل يجب أن يكون دوره أهم من ذلك وهو توليه العقد بعد الموافقة الصريحة من المرأة قبولها هذا الزواج تجسيدا للحكمة من إقرار نظام الولاية في الزواج حيث أكدنا على ضرورة تعديل المادة 11 وذلك بالرجوع إلى صياغتها الأولى قبل تعديل 2005 .

وأخيرا تبين لنا كذلك أن من أسباب الفساد عدم حضور الشاهدين لعملية إبرام عقد الزواج وهو حكم صائب جاء به المشرع الجزائري وهو متفق في ذلك مع ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية إلا أن المشرع خالف هذه الأحكام مخالفة صريحة وصارخة وذلك بتصحيحه العقد الفاسد- لعدم حضور الشاهدين- بعد الدخول بالزوجة وفي ذلك تشجيع للعلاقات غير المشروعة خاصة التي تتمّ بالتراضي بين طرفيها حيث أكدنا على ضرورة تعديل المادة 33 فقرة 2 بجعل عدم حضور الشاهدين سببا لفساد العقد ويجب فسخه سواء تم أو لم يتمّ الدخول بالزوجة سدا لباب التحايل وتجانسا مع أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الشأن من جهة وتناسقا وتجانسا أيضا مع ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في الجزائر من جهة أخرى.

أما الاقتراحات فتتمثل في إلغاء المواد 9، 11، 32، 33، 34 و 35 من قانون الأسرة و استبدالها بالصياغة الجديدة على النحو التالي:

- اقتراح المادة 9: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين".
- اقتراح المادة 11: "يتولى زواج المرأة وليها بعد موافقتها دون أن يفقدها ذلك أهليتها.

الولي في زواج المرأة أبوها ثم أحد أقاربها الأقربين بشرط أن يكون كامل الأهلية، ذكرا، مسلما، والقاضي ولي لمن لا ولي له".

- اقتراح المادة 32: "يكون الزواج باطلا:
  - إذا حصل اختلال في ركن الرضا.
  - إذا كانت الزوجة من المحارم التي لا شبهة فيها.
  - الزواج الباطل لا يرتب أثرا سواء قبل أو بعد الدخول".
- اقتراح المادة 33: "يكون الزواج فاسدا:
  - إذا كانت الزوجة من المحارم التي فيها شبهة.
  - إذا تم الزواج بدون حضور الشاهدين.
  - يفسخ الزواج في الحالتين السابقتين قبل وبعد الدخول".
- اقتراح المادة 34: "إذا تم الزواج بدون ذكر الصداق أو بدون تولي الولي لعقد الزواج وموافقته يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده.
  - الزواج الفاسد لا يرتب أثرا قبل الدخول.

- أما بعد الدخول فيرتب الآثار التالية: ثبوت حرمة المصاهرة، ثبوت العدة، ثبوت النسب، ووجوب المهر".

- اقتراح المادة 35: "إذا اقترن عقد الزواج بإحدى الشروط الباطلة، بطل الشرط ويبقى العقد صحيحا".

الهوامش:

(1) أحمد آباش: الأسرة بين الجمود والحداثة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، سوريا، سنة النشر 2011، ص151.

(2) مصطفى أحمد الزرقاء: المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، سوريا، سنة النشر1961،ص652.

(3) فرغم عدم اعتراف الجمهور -المالكية والشافعية والحنابلة- بالعقد الفاسد، فإنهم يرتبون آثارا على العقد غير الصحيح (الباطل غير الحالة الأولى) إذا ما حصل دخول بالزوجة، أنظر على سبيل المثال في الفقه المالكي: شمس الدين محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، بدون رقم طبعة، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، مصر، بدون ذكر سنة النشر، ص236؛ وأنظر على سبيل المثال في الفقه الشافعي: محمد بن إدريس الشافعي: الأم، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، القاهرة، مصر، سنة النشر1322هجرية،ص11و19و68؛ وأنظر كذلك في الفقه الحنبلي على سبيل المثال: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة: المغني، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، مطبعة المنار، القاهرة، مصر، سنة النشر1348هجرية، ص145.

(4) فتحي الدريني: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الرسالة، دمشق، سوريا، سنة النشر2008، ص317.

(5) نبيل صقر: قانون الأسرة، نصا وفقها وتطبيقا، دون رقم طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص80.

(6) أحمد الغندور: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، الطبعة الثالثة، مكتبة الفلاح، الكويت، سنة النشر 1985، ص102.

(7) محفوظ بن صغير: أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، بدون رقم طبعة، دار الوعي، الجزائر، سنة النشر 2009، ص123.

(8) الغوتي بن ملحة: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة النشر 2005، ص46.

(9) كوثر كمال علي: شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، بدون رقم طبعة، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، بدون ذكر سنة النشر، ص81؛ نشوة العلواني :عقد الزواج و الشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، سنة النشر2003، ص131.

(10) كوثر كمال علي: شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص81؛ نشوة العلواني: عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، المرجع السابق، ص 131.

(11) بن صغير: أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص346.

(12) الرشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، سنة النشر 2008، ص99.

(13)- ذهب قضاء المحكمة العليا إلى اعتبار الزواج بالمعتدة باطلا كما جاء في احدى قراراتها الصادر في 1998/5/19،ملف رقم 193825، اجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص73.

(14) كما جاء أيضا في قضاء المحكمة العليا بأن الزواج بالمعتدة يعد زواجا فاسدا، يفسخ قبل وبعد الدخول، كما جاء في الملف رقم 39362 بتاريخ 1986/02/24 غير منشور، أشار إليه العربي بلحاج: قانون الأسرة، مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة النشر 2006، ص133.

(15) Article34: «Tout mariage contracté avec l'une des femmes prohibées est déclaré nul avant et après sa consommation…»

(16) العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، سنة النشر 2012، ص260.

(17) محمد أمين الشهير بابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار-شرح تنوير الأبصار، الجزء الثاني، بدون رقم طبعة، ا لمطبعة الميمنية، القاهرة، مصر، بدون ذكر سنة النشر، ص294و359؛ فخر الدين حسن بن منصور الوزجندي: فتاوى قاضيخان، الجزء الأول، بدون رقم طبعة، المطبعة الميمنية، القاهرة، مصر، سنة النشر 1323 هجرية؛ عثمان بن المكي التوزري الزبيدي: توضيح الأحكام على تحفة الحكام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المطبعة التونسية، تونس، سنة النشر 1339هجرية، ص 15؛أحمد بن غنيم بن سالم ابن مهنا النفراوي المالكي: الفواكه الدواني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، القاهرة ، مصر، سنة النشر 1331هجرية،ص170؛ أبو بكر بن السيد محمد شطا الدمياطي المشهور بالسيد البكري: إعانة الطالبين، الجزء الثالث، بدون رقم طبعة، المطبعة التجارية الكبرى، القاهرة، مصر، بدون ذكر تاريخ النشر، ص294؛ أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي: المجموع-شرح المهذب، الجزء السابع عشر، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة النشر2000، ص386؛ منصور بن إدريس الحنبلي: كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مطبعة العامرة الشرقية، القاهرة، مصر، سنة النشر 1319هجرية، ص47؛ أبو عبد الله بن القيم الجوزي :زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، المطبعة المصرية، القاهرة ، مصر، سنة النشر 1928، ص11.

(18) بن صغير: المرجع السابق، ص333.

(19) حيث تناول العقد الباطل في المادتين 48و49على التوالي حيث تنص الأولى على ما يلي: "الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج".

أما الثانية، فتنص على ما يلي: "يكون الزواج باطلا:

أ. إذا حصل خلل في الصيغة، أو في أهلية العاقد يمنع انعقاد العقد.

ب. إذا كانت الزوجة من المحارم قرابة، أو رضاعا، أو مصاهرة، أو زوجة للغير، أو معتدته، أو مطلقة الزوج ثلاثا، أو لا يحل الجمع بينها وبين من في عصمته، أو لا تدين بدين سماوي.

ج. إذا كان أحد الزوجين مرتدا، أو كان الزوج غير مسلم و المرأة مسلمة.

ويشترط في الفقرتين (ب) و(ج)السابقتين- ثبوت العلم بالتحريم و سببه، ولا يعتبر الجهل عذرًا إذا كان ادعاؤه لا يقبل من مثل مدعيه". أما الزواج الفاسد، فقد خصص له أيضا مادتين وهما 50و 51 على التوالي، حيث جاء في الأولى ما يلي :"كل زواج غير صحيح سوى المذكور في المادة السابقة يعتبر فاسدا، ويترتب على الدخول فيه:

أ. وجوب الأقل من المهر المسمى ومهر المثل عند التسمية، ومهر المثل عند عدمها .

ب. ثبوت نسب الأولاد بشرائطه، ونتائجه المبينة في هذا القانون.

ج. وجوب العدة عقب المفارقة، رضاءً، أو قضاءً، وبعد الوفاة.

د. حرمة المصاهرة" .أما الثانية فقد جاء فيها ما يلي: "الزواج الفاسد لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول".

(20) الشيخ محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، بدون رقم طبعة، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ص153.

(21) الشيخ محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص153.

(22) العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 308.

(23) دليلة فركوس وجمال عياشي: محاضرات في قانون الأسرة -انعقاد الزواج، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، سنة النشر2016، ص114.

(24) نشير إلى أن هذا الموقف المتذبذب للمشرع جاء نتيجة الضغط الذي فرضته التيارات المختلفة: التيار الرافض لوجود الولي في الزواج، والتيار المضاد له المتمسك بالولي، أنظر في ذلك عبد العزيز سعد: قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، سنة النشر 2009، ص42.

(25) ويميل إلى هذا الاتجاه كل من بن صغير: المرجع السابق،ص217و كذلك بن شويخ: المرجع السابق، ص 65.

(26) الغندور: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص 83.

(27) عبد الفتاح تقية: قانون الأسرة -مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، بدون رقم طبعة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، سنة النشر 2012.

(28) الغندور: المرجع السابق،ص83.

(29) بن صغير: المرجع السابق،ص251.

[30] وذلك من خلال العديد من القرارات الصادرة عنها، منها الملف رقم 35272 بتاريخ1989/03/27 المجلة القضائية لسنة 1990، عدد3، ص82.

[31] يذهب قضاء المحكمة العليا هذا الاتجاه، أي إلى تصحيح الزواج الذي تم بدون حضور الولي بعد الدخول بالزوجة، وهو ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 2001/01/23،ملف رقم 253366،المجلة القضائية، لسنة2002، عدد2، ص440.

[32] كما يذهب أيضا قضاء المحكمة العليا هذا الاتجاه، حيث يثبت الزواج الذي خلا من تحديد الصداق ولو بعد الدخول بالزوجة، و هو ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1998/11/17، ملف رقم 210422 أشار إليه العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة، المرجع السابق، ص264.