ISSN: 2352-9806 مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة EISSN: 2588-2309
المجلد 10/العدد 02/السنة 2023/ص ص 863-879

إشكالات الزواج الفاسد والباطل في قانون الأسرة الجزائري

The Issue of Void and Invalid marriage in The Light of The Algerian Family Code

هشام ذبيح*
- المركز الجامعي سي الحواس بريكة
hicham.debih@cu-barika.com

تاريخ الإيداع:2022/11/09	تاريخ المراجعة:2023/04/29	تاريخ القبول:2023/04/30

ملخص:

يعالج موضوع المقال محوراً مهماً من محاور قانون الأسرة الجزائري والمتمثل في الزواج الفاسد والباطل، وذلك بدراستهما من خلال قانون الأسرة الجزائري الذي ذكره في الفصل الثالث في المواد من المادة 32 إلى المادة 35، فنحاول بيان ما المقصود بالزواج الفاسد والباطل؟ وما الفرق بينهما؟، وذلك من خلال التأصيل الشرعي لكل مسألة، ثم النظر في مواد قانون الأسرة حول هذا الموضوع، كل مادة على حدة واستخراج أهم الأحكام التي تنظمها، ثم التركيز على التعارض الحاصل بين هاته المواد، وذلك بإعطائها تفسيراً قانونياً من خلال الاستناد إلى أحكام الفقه الإسلامي لضبط المواد بصياغة جديدة تزيل هذا التناقض والغموض، وجعلها تتوافق فيما بينها، وتتوافق مع المواد الأخرى لقانون الأسرة.

الكلمات المفتاحية: زواج فاسد؛ زواج باطل؛ قانون الأسرة؛ فقه إسلامي.

Abstract:

This paper seeks to examine an important concept in the Algerian Family Code, the Void and Invalid marriage. We will deal with this topic by studying it through the Family Code, Chapter 3 of the Articles 32 to 35. An attempt will be made to supply definitions to the terms of Void and Invalid marriage and the difference between them. Moreover, we will examine the provisions which underline them in the articles of the Family Code. This will be done without ignoring shedding light on the inconsistency between these articles and interpreting this fact from legal and Islamic jurisprudent perspectives.

Keywords: Void Marriage; Invalid Marriage; Family Code; Islamic Jurisprudence.

* المُؤلف المُراسِل.

مقدمة:

يعتبر الزواج عقداً رضائياً بين رجل وامرأة، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، وهو أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته، لذلك تولاه الشارع الحكيم بالرعاية، فأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود الأخرى، لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على الرجل والمرأة، ولا على الأسرة التي توجد بوجوده، لكنها تمتد إلى المجتمع، حيث لم تخلُ شريعة من الشرائع السماوية من الإذن به وتنظيمه.

وعلى أساس هذه النظرة للزواج جاءت الأحكام التفصيلية سواء الشرعية منها أو القانونية المبينة لطرق عقد الزواج وما يلزم ذلك من أركان وشروط خاصة، يجب توفرها فيه حتى يكون هذا العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره كلها. ولكن قد يحدث أحياناً أن تنعدم أو تختل بعض هذه الأركان أو الشروط في عقد الزواج، مما ينجر عنه حتما فساد العقد أو بطلانه.

ونظرا لأهمية معرفة أحكام الزواج الفاسد والباطل والتمييز بينهما، وخاصة مع ندرة الكتابات في هذا المجال فسيتم دراستهما من خلال قانون الأسرة الجزائري الذي ذكره في الفصل الثالث في المواد من المادة 32 إلى المادة 35، فنحاول بيان ما المقصود بالزواج الفاسد والباطل؟ وما الفرق بينهما؟. والبحث عن أهم الأحكام التي تنظمها، ثم التركيز على التعارض الحاصل بين هاته المواد وما تثيره من إشكالات، وذلك بإعطائها تفسيراً قانونياً بالاستناد إلى أحكام الفقه الإسلامي لضبط المواد بصياغة جديدة تتوافق فيما بينها، ومع المواد الأخرى لقانون الأسرة الجزائري.

وبذلك تكون إشكالية الدراسة: ما هي أهم الإشكالات القانونية التي تثيرها أحكام الزواج الفاسد والباطل في قانون الأسرة الجزائري؟ وماهي الحلول المقترحة لها من خلال التأصيل الشرعي والمقاربة القانونية؟

وللإجابة على الإشكالية نتبع المنهج الوصفي من خلال عرض أحكام الزواج الفاسد والباطل، نظراً لأهميتها ودقة أحكامها وعلاقتها بالعلاقة الزوجية، وكذا المنهج التحليلي من خلال تحليل المواد القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة وتفسيرها، والكشف عن التعارض الحاصل بينها، وطرح الحلول المقترحة من خلال الصياغة والترتيب، حيث تم الاعتماد على بعض الدراسات السابقة التي تخدم الموضوع بصفة مباشرة من خلال المقالات العلمية كمقال أوعامري محمد، "ملاحظات حول المادة 33 من قانون الأسرة- إشكالية أركان وشروط عقد الزواج"، ومقال عبد الفتاح تقية، "الإشكالات القانونية "، وستتم الدراسة بإتباع المحاور التالية:

المبحث الأول: مفهوم الزواج الفاسد وأحكامه؛

المبحث الثاني: مفهوم الزواج الباطل وأحكامه؛

المبحث الثالث: الإطار القانوني للزواج الفاسد والباطل.

1- المبحث الأول: مفهوم الزواج الفاسد وأحكامه.

يحتل عقد الزواج مكانة هامة من بين العقود لأنه عقد يتعلق بذات الإنسان وسلوكه على المستوى الفردي والجماعي، ولذلك كان موضع عناية الأديان والشرائع والقوانين، وهذه العناية وإن تجلت في وضع الشروط والضوابط التي تكفل تحقيقها على الوجه الأمثل، إلا أن ذلك ليس سوى تمهيد لكي ينتج هذا العقد آثاره على النحو المطلوب، بأن

تنسجم مع الأسس والمبادئ التي شرع من أجلها هذا الزواج، وأي خلل يقع في تلك الشروط والضوابط يجعل هذا العقد عرضة للإبطال أو إيقاف ترتب آثاره أو جعله قابلاً للفسخ، وهو ما سنعرفه من خلال ما هو موضح أدناه بتعريف عقد الزواج الفاسد وأحكامه.

1.1- المطلب الأول: تعريف الزواج الفاسد.

سنعرف معنى الزواج الفاسد لغة واصطلاحا، وأسبابه، من خلال مايلي:

2.1- الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي.

سنقوم بتعريف الفساد أولا، ثم نعرف الزواج الفاسد وفق ما يلي:

أولا-الفساد لغة:

الفساد: التلف والعطب، والاضطراب والعطب، وإلحاق الضرر، والمفسدة: الضرر. نقيض الإصلاح، فسد يفسد وفساداً أو فسوداً فهو فاسد وفسيد فيها[1].

ثانيا-اصطلاحا:

العقد الفاسد: هو المشروع بأصله وغير المشروع بوصفه[2]، حيث اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الفساد والبطلان في الزواج، وتفصيل هذا الاختلاف كالتالي:

1 -رأي الجمهور:

اعتبر جمهور الفقهاء الفساد والبطلان في النكاح بمعنى واحد لا فرق بينهما، فالزواج الفاسد والباطل هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته، وهو ينقسم إلى قسمين:

أ-زواج متفق على فساده:

وهو ما يكون فساده مؤبدا لا يتغير بتغير الأحوال والأزمان، وهذا القسم يتفق على تحريمه جميع الفقهاء، كالزوجات من المحرمات بالنسب أو بالمصاهرة أو بالرضاعة[3].

ب-زواج مختلف حول فساده:

وهو ما يكون فساده مؤقتاً إذا زال المانع أصبح صحيحاً، ولذلك نجد بعض الفقهاء يعتبرونه صحيحاً وبعضهم يعتبره فاسداً مثل نكاح المحرِم ونكاح المريض.

2-رأي الحنفية:

الزواج الفاسد هو ما حصل فيه خلل في الوصف، بأن كان في شرط خارج عن ماهيته وأركانه، كعدم حضور الشاهدين، أو أن تكون المرأة محرمة على من تزوجها بشرط عدم علمها وقت العقد بالحرمة[4]، فهو عقد منعقد وموجود

[1] مجمع اللغة العربية، العجم الوسيط، ط: 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 718.

[2] مصطفى إبراهيم الزلمي، المدخل الشريعة لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد، منظمة نشر الثقافة القانونية، إربيل، 2008، ص 92.

[3] مصطفى بن حمو ارشوم، النكاح صحة وفسادا وآثارا، ط: 1، مطابع النهضة، سلطنة عمان، 2002، ص 88.

[4] سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ط: 2، مطابع عصر الجماهير الخمس، ليبيا، 1998، ص 138.

ولكن الشارع لا يرتب آثاره بسبب ذلك الخلل فيه، ويجب فسخه مادام الخلل باقياً، فإذا زال ذلك الخلل انقلب هذا العقد صحيحاً تلقائياً، ودون حاجة إلى إعادة العقد إلى عقد صحيح[1].

وبالتالي فالزواج الفاسد عند الحنفية هو ما استوفى أركانه وشروط انعقاده وتخلف فيه شرط من شروط الصحة، ولا فرق عند الجمهور بين الفاسد والباطل.[1]

ثالثا- تعريفه قانونا:

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري[2] الزواج الفاسد ولكن بالنظر إلى المادتين 9 مكرر و33/[2] من الأمر 05-02 أمكن القول بأنه: هو كل زواج تم ركنه الأساسي بالإيجاب والقبول ولكنه فقد شرطاً من شروط الصحة الواردة في المادة 9 مكرر وتبين أمره قبل الدخول طبقا للمادة 33/[2] من الأمر 02/05.

2.2 الفرع الثاني: أسباب الفسخ في الزواج الفاسد وفق قانون الأسرة الجزائري.

هناك العديد من الأسباب التي ذكرها قانون الأسرة الجزائري التي يمكن من خلالها فسخ الزواج الفاسد، نذكرها من خلال ما يلي:

أولا-إذا تم الزواج فاقداً لشرط واحد من شروط الصحة:

كما لو كان العقد دون شهود، أو دون ولي في حالة وجوبه، أو دون صداق، أو شاب الإرادة عيب من عيوب الرضا بإكراه أو تدليس أو غلط، فإن المشرع فرق بين حالتين[3]:

-الحالة الأولى: أن لا يكون الزوج قد دخل بالزوجة، فإن العقد يفسخ ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وعلى الزوجة رد الصداق إن كانت قد استلمته.

-الحالة الثانية: إذا كان الدخول قد تم، فإن الزواج يثبت بصداق المثل، أي يلتزم الزوج بأن يدفع للزوجة صداق المثل الذي يحدده القاضي، وعلى ذلك فإن تخلف الولي في حالة الوجوب أو تخلف الشاهدين لا يبطل عقد الزواج إذا تم الدخول، بل يثبت الزواج بصداق المثل[4].

وبالتالي فإنه يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء، ولا صداق فيه ويثبت (يصحح) بعد الدخول بصداق المثل، وفقاً المادة 33/[2] ق. أ.

ثانيا-إذا اشتمل العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد:

فإذا اشتمل العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو يتعارض مع أحكام قانون الأسرة المادتان 19 و32 من ق. أ المعدلتان بالأمر 02/05، غير أن المشرع الجزائري صححه بالدخول حيث قرر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا، م35 ق. أ، فلا يحكم القاضي بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا.

---

[1] عمر جمعة محمود، فسخ عقد النكاح بين الشريعة الإسلامية والقانون، ط: 1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، د. م، 2016، ص 20.

[2] القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن: قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 15، السنة 42.

[3] لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة الجزائري نصا وشرحا، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص 45.

[4] لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 45.

ثالثا-إذا كان الزواج دون ولي في حالة وجوبه وفق المادتان 11 و33 ق. أ:

في هذه الحالة فإن المرأة الراشدة التي بلغت سن الرشد القانوني (م7 ق. أ و40 ق. م)، لها أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره.

رابعاً-إذا تزوج أحد الزوجين في المرض المخوف:

فإذا كان هذا المرض الذي يخشى عليه الموت بسببه، فإن عقد زواج المريض مرض الموت هو من الأنكحة الفاسدة التي لا ميراث فيها (م131 و222 ق. أ) وحكمه عند المالكية يفسخ قبل الدخول وبعده. ومع ذلك لم يذكره القانون.

2- المطلب الثاني: آثار الزواج الفاسد.

سنعالج هذا المطلب لمعرفة آثار الزواج الفاسد إلا أنه اختلف الفقهاء في هذه الآثار إلى رأيين نجعل لكل رأي منهم بفرع مع إبراز موقف قانون الأسرة في من خلال ما يلي:

1.2- الفرع الأول: عند جمهور الفقهاء.

يترتب على عقد الزواج الفاسد بعد الدخول بعض من آثار عقد الزواج الصحيح المحدودة مع وجوب التفريق بين الزوجين، أما عقد الزواج الفاسد إذا لم يقترن به الدخول فحكمه حكم عقد الزواج الباطل، لا يترتب عليه أي أثر من آثار عقد الزواج، ولكن يستثنى من هذه الآثار ثبوت نسب الولد صيانة له من الضياع وذلك عند الفقهاء الذين يرون بأن الفراش ينعقد بنفس العقد في النكاح الفاسد[1].

2.2 - الفرع الثاني: عند الحنفية.

ميز الحنفية آثار الزواج الفاسد قبل الدخول وبعده من خلال مايلي:

1-آثار الزواج الفاسد قبل الدخول:

الزواج الفاسد إذا لم يقترن به الدخول فحكمه حكم عقد الزواج الباطل[2] لا أثر له ويجب التفريق بين الزوجين.

2- **آثار الزواج الفاسد بعد الدخول**: ومن هذه الآثار نذكر:

أ-وجوب المهر: وفي حالة العقد الفاسد يكون لهذا العقد مرتبة وسطى بين عقد الزواج الصحيح وعقد الزواج الباطل، ولا يجب المهر لمجرد وجود العقد الفاسد، وإنما يجب أن يعقبه الدخول، ولكون الحد يسقط في هذا الزواج لوجود شبهة العقد، وبسقوط الحد يجب المهر عند الدخول بالمرأة، وهو على نوعين؛ مهر مسمى ومهر المثل[3]، واختلف الفقهاء في المهر الواجب بعقد الزواج الفاسد بعد الدخول بالمرأة على النحو التالي:

الرأي الأول: ذهب الحنفية إلى القول بأنه إذا كان الدخول بعقد فاسد ينظر فيما إذا كان قد سمي للزوجة مهراً أولاً، فإن كان قد سمي لها مهراً قورن بينه وبين مهر مثلها، فإن كان المسمى أقل من مهر المثل كان لها المسمى، وإن كان أكثر من

[1] بوكان أبوبكر كريم، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص 111.

[2] المرجع والموضع نفسه.

[3] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة، بيروت، 1967، ص 192.

مهر المثل كان لها مهر المثل، فالذي تستحقه المرأة بالوطء في النكاح الفاسد إنما هو الأقل من المسمى ومن مهر المثل، أما إذا لم يكن قد سمي لها مهراً فإن لها مهر المثل بالغاً ما بلغ[1].

الرأي الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المهر الواجب هو مهر المثل مهما كان مقداره[2].

قانونا: فالزوجة تستحق في الزواج الفاسد بعد الدخول صداق المثل حسب المادة 33 من قانون الأسرة، ووجوب المهر و إن كان في الأصل لا يجب لأن النكاح فاسد (غير صحيح) إلا أنه قد أوجبه سبب الدخول.

ب- ثبوت نسب الولد لأبيه: يعد النسب من أهم الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح والفاسد[3]، فعقد الزواج الفاسد باعتباره عقد زواج أقرب إلى العقد الصحيح منه إلى الباطل من حيث الآثار المترتبة عليه، فإثبات النسب يكون من أحد آثاره، وذلك لأن النسب يحتاط إلى إثباته إحياء للمولد تحقيقاً لمصلحته، وبالتالي فلا يثبت النسب في الزواج الفاسد إلا بالدخول بالمرأة دخولاً حقيقياً.

-قانوناً: في الزواج الفاسد نسب الولد يثبت حماية لحقوق الولد ولمنع اختلاط الأنساب فيثبت نسب الولد لأبيه إذا جاءت به أمه في مدة حمل أقلها ستة أشهر من تاريخ الدخول وأكثرها عشرة أشهر من تاريخ التفريق أو الانفصال حسب المادتين (43/42)[4]، ولا يثبت النسب إذا كان الوطء زنى، وكان الرجل على علم بالتحريم و العكس صحيح، وبذلك فقد رتب المشرع الجزائري ثبوت النسب على الزواج الفاسد وذلك من خلال المادة 34 (كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه **ثبوت النسب**..).

ج-ثبوت حرمة المصاهرة: حيث يحرم على الزوج بالزواج الفاسد بعد الدخول التزويج بأصول الزوجة و فروعها كما لا يمكن للزوجة أن تتزوج أصول الزوج و فروعه طبقا للمادة 26 مع أن هذا الأثر لم تذكره مواد الفسخ في قانون الأسرة.

د-وجوب العدة على المرأة من يوم التفريق بينهما: هي تربص يلزم المرأة عند الفرقة من نكاح صحيح متأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة أو الموت، أو بعد وطءٍ بشبهة أو نكاح فاسد، فإذا حصلت الفرقة بأي سبب من الأسباب، فلا يحل للمرأة أن تتزوج إلا بعد أن ينتهي الأجل الذي حدده الشارع لانتظارها[5]. وبهذا فيترتب على الزواج الفاسد بعد الدخول وجوب العدة، لاستبراء رحم المرأة من ماء زوجها، وهو ما نصت عليه المادة **34 (**كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب **ووجوب الاستبراء**).

هـ-استحقاق الزوجة لنفقة العدة: العقد الصحيح من أسباب وجوب النفقة على الزوج، والسبب يرجع إلى وجود الاحتباس في العقد الصحيح، فعقد الزواج ليس هو السبب المباشر في وجود النفقة كما هو الحال في المهر، احتباس الزوج لزوجته، ودخولها في طاعته[6]، فمن هذا المنطلق فلا مكان للنفقة كأثر في الزواج الفاسد سواء أكان قبل الدخول أم بعده.

---

[1] عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط: 7، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1987، ص 116.

[2] محمد الشربيني الخطيب، مغنى المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، المكتبة القرمدية، د. م، 1958، ص 204.

[3] محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط: 1، مطبعة الرباط، بغداد، د. ت، ص 225.

[4] المادة 42: "أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشر أشهر"، المادة 43: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

[5] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 209.

[6] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 234.

وعلى الرغم من عدم وجود النفقة في الزواج الفاسد، فهناك من يرى عكس ذلك، فمادام الزوجان لا يعلمان بالفساد وقت العقد إلى حين ظهور فساده، فالزوجة محتبسة لأجل الزوج تقوم له بواجبها كزوجة بمقتضى عقد الزواج، فيجب عليه أن ينفق عليها جزاء احتباسها وقيامها بالواجبات الزوجية فلا ينبغي جواز الرجوع بما أنفقت ولو كان بحكم القاضي[1]، وهذا هو الرأي الذي نميل إليه ونرجحه، لأنه حقها الشرعي كونها لم تعلم بفساد الزواج وإنما تم الدخول بها عن زوجها دون علم، فالخطأ ليس خطأها، وعدم العلم يثبت لها نفقة العدة.

د-انتفاء الحد: الزواج الفاسد يعد شبهة بعد الدخول فلا يطبق حد الزنا على الزوجين مصداقا لقوله صلى الله عليه و سلم: "ادرؤوا الحدود بالشبهات ما استطعتم"، ولا تترتب على الزواج الفاسد أحكام أخرى فلا تجب به نفقة و لا طاعة و لا يثبت به حق التوارث بين الرجل و المرأة، وهذه النقطة لم يذكرها قانون الأسرة الجزائري.

و-حرمة المصاهرة: لا خلاف بين الفقهاء في ثبوت حرمة المصاهرة عقب الزواج الفاسد عندما يتم الدخول، غير أنهم اختلفوا في ثبوتها[2] قبل الدخول فذهب الحنفية والشافعية إلى عدم ثبوتها، بينما ذهب المالكية في الزواج الفاسد المجمع على فساده إلى أنها لا تنشر حرمة المصاهرة إلا بالوطء ومقدماته، أما إذا كان مختلفاً في فساده فإنه ينشر الحرمة بمجرد العقد.

2- المبحث الثاني: مفهوم الزواج الباطل وأحكامه.

لكي ينشأ عقد الزواج لابد من توفر مقوماته لكي يعتبر صحيحا، فإذا اختلت إحدى المقومات يجعل العقد غير صحيح، وباختلال العناصر غير الجوهرية كالشروط رتب الحنفية على العقد الفساد، وباختلال العناصر الجوهرية كالأركان رتب عنه البطلان، وقال الجمهور بالبطلان مطلقا، وهو الذي سنعرف أحكامه من خلال ماهو موضح أدناه.

1.1- المطلب الأول: تعريف الزواج الباطل.

سيتم من خلال هذا المطلب معرفة معنى الزواج الباطل، والفرق بين الفسخ والبطلان، وكذا أسباب بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة من خلال ما يلي:

2.1- الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي.

أولا: الباطل لغة:

البطلان؛ لغة بطل الشيء بُطْلاً وبطولاً وبُطلاناً: ذهب ضياعاً، ويقال بطل دم القتيل، وذهب دمه بطلاً: إذا قتل ولم يأخذ له ثأر ولا دية. والباطل ما وقع غير صحيح من أصله[3].

ثانيا: إصطلاحا:

الباطل هو عكس ما يدل على الصحة، فالمراد بالصحة هي اعتبار الشرع الشيء في حق حكمه وفي العقود كل ما كان سببا لحكم إذا أفاد حكمه المقصود منه فهو صحيح[4].

---

[1] زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات قاريونس، بنغازي، 1989، ص 312.

[2] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ج3، ص 63.

[3] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص 61.

[4] محمد بن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، ط: 1؛ دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2002، ص 46.

أما الباطل فمعناه عدم وقوعها عن المطلوب، وبقاء الذمة مشغولة به وعدم صلاحيتها لأن ينبني عليها ما شرطت له وعدم ترتيب الآثار عليه، أو وقوع الفعل غير كاف لإسقاط القضاء[1]، ونقول: العقد الباطل؛ أي هو العقد غير المشروع بأصله ووصفه[2].

-**عند الحنفية:** هو حدوث خلل بأصل العقد بأن يتخلف ركن من أركانه أو شرط من شرائط انعقاده[3]. ولا يترتب عليه أي أثر شرعي ويعتبر وجوده كعدمه. في حين أن الجمهور لا يفرقون بين الفاسد والباطل فهو سواء وقد سبق تقديم تعريفهم.

ثالثا-قانونا: بالرجوع لقانون الأسرة لا نجده يعرف الزواج الباطل، وإنما ذكر بعض أحكامه، والبطلان المنصوص عليه في قانون الأسرة من النظام العام، ومثال الشرط المتنافي مع عقد الزواج أن يبرم الزواج لمدة محددة، أو أن يشترط فيه الزوجان أن يحظر عليه طلب الطلاق، فالزواج كما هو ليس بالمحدد المدة، فإنه ليس مؤبد، والبطلان هنا من النظام العام ويجوز إثارته من طرف القاضي من تلقاء نفسه، وكذا بطلب من النيابة العامة أو من أحد الطرفين، في أي مرحلة ولو أمام المحكمة العليا لأول مرة في النقض[4].

رابعا-الفرق بين الفسخ والإبطال:

الفسخ أو الإبطال المقصود في المادتين 33/2 و 34 ق. أ هو نقض عقد الزواج وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه، وهو لا يكون إلا لأسباب قانونية وشرعية محددة، فإن سبب فسخ عقد الزواج قد يكون بسبب خلل شاب العقد وقت إنشائه، وقد يكون السبب طرأ على العقد بعد تمامه، وقال الفقهاء بأن الزواج الفاسد ينقسم إلى قسمين:

-الفاسد لعلة في عقده والفاسد لعلة في صداقه.

والفرق بين الفسخ والبطلان هو أن الفسخ لا يرد إلا على عقد ولو صحيحا لكنه اختل فيه شرط من شروط الصحة، أو شابه عيب من عيوب الإرادة بإكراه أو تدليس مثلا، بينما البطلان يلازم عقداً ولد ميتا ولم يكن صحيحا في أي وقت بعد ولادته.

2.2- الفرع الثاني: أسباب بطلان الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

أ-فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي؛ إذا انعدم الرضا في الزواج والذي هو العقد الرضائي، فإنه يعد منعدماً مثل جميع العقود، ويعتبر باطلاً، والبطلان هنا مطلق وهو من النظام العام[5]، وهو ما نص عليه المشرع في المواد 4/ 9، 33 ق. أ، فإذا انعدم تطابق الإيجاب والقبول يعتبر العقد باطلا؛ كما أنه لا يحق للولي أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج وفق م13 ق. أ، ولا يجوز حتى لقضاة الموضوع إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج أو مراسيم الدخول بها.

[1] محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج1، ط: 1؛ دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص 257.

[2] مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 92.

[3] محمد بن زكريا الأنصاري، بن زكريا الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1411هـ، ص 111.

[4] لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة الجزائري، ط: 2، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 82.

[5] المرجع نفسه، ص 83.

ب-كل زواج بإحدى المحرمات؛ لوجود موانع شرعية بين الزوجين سواء منها المؤبدة أو المؤقتة وفقا للمواد من 23 إلى 30 ق. أ ويبطل في هذه الحالة قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء[1].

2- المطلب الثاني: آثار الزواج الباطل.

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

غير أن لعقد الزواج طبيعة خاصة به وخصوصا بعد الدخول فقد تترتب عليه آثار، والناظر في الآراء الفقهية المتعلقة بآثار عقد الزواج غير الصحيح لا يكاد يجد موقفاً واضحاً ومحدداً متفقاً عليه بشأن ترتب أو عدم ترتب الآثار على عقد الزواج الباطل، ففي بعض المسائل لا يرتبون أي أثر، وفي مسائل أخرى يرتبون بعض الآثار نوجزها فيما يلي:

أولا-المهر: يجب الأقل من مهر المثل والمهر المسمى عند الحنفية، وقال المالكية النكاح الفاسد لعقده إذا فسخ يجب فيه المهر المسمى إذا كانت التسمية صحيحةً، أما إذا كانت التسمية حراماً فيجب فيه مهر المثل[2].

ثانيا-الحد: إن هذا العقد يورث شبهة تسقط الحد عند الحنفية، سواء أكانت الحرمة مؤبدة أم مؤقتة، لكن عند الجمهور يجب إقامة حد الزنا على الرجل والمرأة إذا كانا عاقلين عالمين بالتحريم، لأن العقد باطل لا قيمة لوجوده ولا يصلح أن يكون شبهة يدرأ الحد بها عنهما[3].

ثالثا-النسب: عند بعض فقهاء المالكية يثبت النسب بموجب الدخول في عقد الزواج الباطل، وذلك احتياطا لحق الولد[4]، فكل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالوطئ، وحيث وجب الحد لا يلحق النسب[5]، ويكون من العدل إثبات نسب نسب الطفل لمن دخل بالمرأة بعقد باطل.

رابعا- حرمة المصاهرة: تثبت حرمة المصاهرة كأثر لهذا الزواج بعد الدخول لأن هذه الحرمة تثبت حتى في حالة الزنا لدى الفقهاء الحنفية[6].

خامسا- لا يملك الرجل حق الطلاق في الزواج الباطل، ولا يثبت توارث بين الزوجين اتفاقاً[7].

-قانوناً: وفي قانون الأسرة رتب مجموعة من الآثار على الزواج الباطل نوجزها فيما يلي[8]:

-لا توارث بين الزوجين طبقا للمادة 131 ق. أ "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين".

-ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد (م34 و40 ق. أ).

-لا يترتب على العقد الباطل الصداق للزوجة (م33 ق. أ)

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 291.

[2] أبي بكر علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص 652.

[3] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 179.

[4] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، د. ن، د. م، ص 171.

[5] محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية، دار العربية للكتاب، د. م، 1988، ص 216.

[6] زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 66.

[7] تحسين بيرقدار، الأنكحة المنهي عنها في الشريعة الإسلامية، دار ابن حجر، دمشق، 2007، ص 146.

[8] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 293.

-إذا فسخ الزواج الباطل بعد الدخول، وجب على المرأة الاستبراء بثلاثة حيضات وفق المادة 34 ق. أ أما فسخ الزواج قبل الدخول فلا عدة للمرأة فيه، لأن العدة شرعت لاستبراء الرحم.

-إذا كان البطلان واضحا قبل الدخول، وثبت العلم التام بالتحريم وسببه وتم الدخول كان بمنزلة الزنا، فالحد يطبق عليهما، والولد لا يلحق بالزوج لأنه ابن الزنا.

ملاحظة: كان ينبغي على المشرع الجزائري ضمن تعديلات 2005 في المادة 34 ووفقا لأحكام الفقه الإسلامي، الإشارة إلى أنه يشترط في ثبوت النسب أن يكون الزوجان حسني النية بأن يكونا على غير علم بأن زواجهما محرم[1]، فإذا كان يعلمان وأصرا على الزواج فلا نسب لهما من هذا الزواج ويجب الحد.

3- المبحث الثالث: الإطار القانوني للزواج الفاسد والباطل.

رغم التعديلات الجديدة التي مست قانون الأسرة الجزائري بمقتضى الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/2/27 فإن المشرع لم يوضح أحوال النكاح الفاسد والباطل كما أنه لم يبين في المواد 32 و33 و34 و35 ق. أ آثار وأحكام كل واحد منهما، بل هناك غموض أو التباس أو تضارب في النصوص. وسنوضح هذا وغيره من خلال ما سنذكره أدناه.

1.1- المطلب الأول: الإشكالات في مواد الزواج الفاسد والباطل في قانون الأسرة.

هناك العديد من الإشكالات[2] في مواد الزواج الفاسد والباطل المنصوص عنها في قانون الأسرة نوجزها فيما يلي:

أولا-تكرار الأحكام: وتجنبا لهذا فلابد من إلغاء المادة 32 من قانون الأسرة؛ وذلك لأن مضمونها موجود في المادة 34 ق. أ والمتعلقة بحكم الزواج بإحدى المحرمات لوجود موانع شرعية، وكذلك في م 35 ق. أ والخاصة ببطلان الشرط وصحة العقد في حالة اقترانه بشرط ينافيه، فإنه لا داعي لتكرار الأحكام هنا وهناك تفاديا للتضارب بينهما.

ثانيا-إن الصحيح في نص المادة 34 من ق. أ هو أن كل زواج بإحدى المحرمات يبطل قبل البناء وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء، كما ورد ذلك في النص الفرنسي (nul est déclaré) وهو الصحيح[3] وليس الفسخ كما هو منصوص، وقد أشار المشرع في المادة 32 ق. أ المعدلة عام 2005 أن الزواج بإحدى المحرمات يعد من الموانع، وهو عقد باطل ولد ميتاً ولم يكن صحيحاً في أي وقت بعد ولادته ويلازمه البطلان وهو ماسار عليه اجتهاد المحكمة العليا مما يستوجب رفع التناقض بين نص المادتين 32 و34 من ق. أ.

ثالثا- لم يوحد القانون الحكم بالنسبة لتخلف الشروط اللازمة لانعقاد الزواج، ففي مسألة الموانع رتب البطلان، وفي حالة تخلف الشهود والصداق والولي رتب الفسخ قبل الدخول وثبت العقد بعد الدخول، كما لم يتكلم على تخلف شرط الأهلية في الزواج ، فما مصير العقد في هذه الحالة[4].

والملاحظ على المادة 2/33 أيضا عندما قررت الفسخ للعقد قبل الدخول لتخلف بعض العناصر (الولي، الشاهدين، صداق..)، تكون قد أصابت المنطق العام الذي قرره فقه الجمهور من جانب، ولكنها عندما قررت التثبيت تكون قد خالفته واخترعت لنفسها نظرية جديدة هدمت بها كل ما تبناه المشرع من قبل في المادة 9 مكرر، فالركن أو الشرط هو

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 293.
[2] المرجع نفسه، ص 301.
[3] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، 84.
[4] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط: 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 99.

ركن سواء قبل أو بعد الدخول، والفسخ كذلك يكون قبل وبعد الدخول، لأن الدخول في حد ذاته ما هو إلا تنفيذٌ للعقد وبداية لاستحقاق بعض الحقوق، فلا أثر له على صحة العقد وصحة عناصره، فما كان في البداية ركناً أو شرطاً لا يفقد هذه الطبيعة بعد التنفيذ للعقد بعد الدخول[1].

رابعا- اقتصر قانون الأسرة على ذكر ثلاث حالات للبطلان وهي فقدان الرضا (م33/[1] ق. أ)، والزواج بالمحارم (م34 ق. أ) وفقدان الزواج لأكثر من شرط واحد من شروط الصحة (م33/[2] ق. أ)، فما هو الحل لبقية الحالات: كالحالة المتعلقة بردة الزوج (والتي يمكن تفريدها بمادة مستقلة)[2].

خامسا-أغفل المشرع الجزائري الإشارة إلى أنه يشترط لثبوت النسب في الزواج الباطل (م34 ق. أ)، وكذا في الزواج المتفق على فساده (م33/[2] ق. أ) أن يكون الزوج حسن النية، كأن يتزوج الرجل بامرأة محرمة عليه شرعاً دون علمه رغم بطلان الزواج، فإذا ثبت حسن النية تستبرئ المرأة ويلحق نسب الأبناء (م34 و40 ق. أ)، كما يترتب على هذا الزواج بعد الدخول الصداق (م16 و33 ق. أ).

سادسا-لم يبين قانون الأسرة حالات الزواج المتفق على فساده، ولا أنواع الزواج الفاسد مكتفياً بذكر بعض الآثار القانونية التي تترتب عليه في المادتين 33 و34 ق. أ، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق المادة 222 ق. أ.

سابعا- نص المادة 33/[2] ق. أ فيه غرابة وتناقض، ذلك أن الإشهاد هو شرط من شروط صحة الزواج (م9 مكرر ق. أ)، وكذلك بالنسبة لحضور الولي في حالة وجوبه (م11 ق. أ) فكيف يثبت الزواج بعد البناء تلقائياً بصداق المثل ولو تم إبرامه دون شاهدين أو دون ولي في حالة وجوبه؟ فهذا غير منطقي ولم يقله أحد من سلف الأمة ولا من خلفها، وبذلك فهو يتضارب مع المواد 9 مكرر، 18، 11 ق. أ[3].

والذي يدعم هذا الرأي أن المادة 2/33 بالنظر فيها نجدها تتكلم عن صورة من صور الزواج غير الصحيح وهو الزواج العرفي، وليس المقصود من هذا الأخير الزواج العرفي المعروف في الجزائر، لأنه عندنا المقصود به أنه زواج شرعي تنقصه الشكلية، لكن الزواج العرفي الذي نقصده هو صوري تنقصه مقوماته الشرعية كغياب الشهود أو الولي وغيرها، وهذا ما يسمى بالزواج السري.

وبهذا فالزواج العرفي تتكلم عنه المادة 2/33 دون شك[4]، ذلك أنه لا يتصور أن يحدث هذا التخلف متى علمنا أن العقد يجب أن يتم أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، والقانون يمنعهما قبول إبرام عقد زواج تنقصه العناصر المذكورة ما لم يتعمدا التزوير، فالمادة 2/33 تتكلم عن فسخ عقد الزواج العرفي الفاسد، وهذا ليس في متناول القاضي إلا إذا طعن فيه صاحب المصلحة، العاقدان، أو النيابة العامة، أو غيرهم، ولكن العاقدين عندما يلتجئان إلى المحكمة

[1] اوعامري محمد، "ملاحظات حول المادة 33 من قانون الأسرة إشكالية أركان وشروط عقد الزواج"، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السايسية، جمعة وهران 2، المجلد 3، العدد 1، ديسمبر 2012، ص 68.

[2] عبد الفتاح تقية، "الإشكالات القانونية في قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الجزائرية، الجزائر، العدد 2، 2003، ص 96.

[3] المرجع نفسه، ص 97.

[4] اوعامري محمد، المرجع السابق، ص 67.

فإنهما يفعلان ذلك من أجل تثبيت عقدهما لكونه غير مسجل لا من أجل فسخه، فالقاضي لا يستطيع فسخ زواج افتراضي، والعقود الفاسدة لا تطرح أمام المحكمة من أجل إصلاحها.

ثامنا-يقرر المشرع فسخ الزواج الفاسد في م2/33 ق. أ، والباطل في م34 ق. أ في حين أن الفسخ يرد على علاقة تعاقدية صحيحة؛ أما البطلان يتعلق بعقد ولد ميتا ولم يكن صحيحا أصلا. ويتقرر البطلان بحكم قضائي، بطلب من أحد الزوجين، أو من كل من له مصلحة بما في ذلك النيابة العامة.

تاسعا-تفسير التناقض بين المادتين 32 و34 ق. أ كالتالي:

أ-نجد أن المادة 32 ق. أ قد رتبت البطلان إذا اشتمل عقد الزواج على مانع من موانع الزواج، سواء أكانت موانع الزواج المؤبدة أم المؤقتة، والمعلوم أن البطلان يرد في حالة تخلف ركن من الأركان، لكن نجد أن المشرع الجزائري جعل موانع الزواج من شروط الصحة وليس من الأركان، وبالتالي كان عليه أن يجعله من باب الأركان في ضمن المادة 9 ق. أ، كي يزيل التناقض.

كما نجد المادة 32 قد وحدت الحكم، حيث اعتبرت العقد باطلاً عند اشتماله على شروط تتنافى ومقتضياته، والعقد عند اشتماله على مانع من الموانع، وهو مالا يجوز الجمع بينهما، لأن العقد في الحالة الأولى يكون موجوداً لكنه اتصف بعيب أفسده، بينما العقد في الحالة الثانية لا يكون له وجود إذا ما اشتمل على مانع من موانع الزواج التي لا شبة فيها ولا خلاف، ونرى ضرورة تعديل المادة 32 بتخصيص حالة الموانع بمادة منفصلة وحالة الشروط التي تناقض مقتضيات العقد تخصص لها مادة مستقلة أيضا[1]، أو الأخذ بالمقترح الثاني الذي سنوضحه أدناه.

ب-نجد أن المشرع الجزائري وقع في خلط بين المذاهب الفقهية، فنجده في مقومات عقد الزواج أخذ بالمذهب الحنفي الذي يأخذ بركن واحد من أركان عقد الزواج وهو تطابق الإيجاب والقبول، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 9 ق.أ بنصها (ينعقد عقد الزواج بتبادل رضا الزوجين)، أما في أثر تخلف الركن والشرط في الزواج الفاسد والباطل أخذ بالمذاهب الأخرى، فنجد أن الحنابلة[2] يجعلون من الموانع ركناً في عقد الزواج، وبالتالي يترتب عنه البطلان، وهو ما نصت عليه المادة 32 ق. أ (يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع..)، لكن مادام المشرع الجزائري أخذ برأي الحنفية[3] الذي لا يأخذ إلا بركن الرضا فكان عليه أن يرتب عليه الفسخ لا البطلان في حال المانع، وهنا وقع الخلط، مما يستلزم على المشرع إعادة النظر في التوفيق بين المواد المرتبطة مع بعضها باعتماد مذهب فقهي واحد سواء في مقومات عقد الزواج مع صفة عقد الزواج بتخلف هذه المقومات إما بالعقد الفاسد أو الباطل، فإما أن يقسم مقومات عقد الزواج إلى أركان وشروط انعقاد، أو أركان وشروط الصحة ويعيد ترتيبها وتنظيمها باختيار إحدى المذاهب الفقهية، ويأخذون بنفس الآثار المترتبة على تخلف الركن أو الشرط الذي أخذها المذهب الفقهي الذي اعتمد عليه في تحديد الركن والشرط في عقد الزواج، لكي تكون مواد الفسخ والبطلان غير متناقضة مع مواد أركان وشروط عقد الزواج.

---

[1] توفيق شندارلي، "تناقض الأحكام المنظمة لأسباب عدم صحة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 2، جامعة الوادي، سبتمبر 2019، ص 1265.

[2] منصور ابن يونس البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، ط: 1، دار الكتاب العربي، بيروت، 2005، ص 319.

[3] أبي بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ط: 1؛ مطبعة الجمالية، مصر، د. ت، ص 284.

والأمر الثاني نجد أن المادة 34 قد رتبت الفسخ على الزواج بإحدى المحرمات، والمعلوم أن الزواج بإحدى المحرمات من باب موانع الزواج، وفي هذه المادة رتبت فسخ عقد الزواج في حين أن المادة 32 رتبت بطلان عقد الزواج إذا اشتمل العقد على مانع، وهناك فرق بين الفسخ والبطلان من الناحية القانونية، فالفسخ يأتي على علاقة تعاقدية صحيحة، في حين البطلان لا يعترف بهذه العلاقة أصلاً، ما عدا في حالة عيوب الإرادة التي يعتبر العقد فيها صحيحاً، ويتقرر البطلان بحكم من القضاء[1].

كما أنه كان على المشرع أن يكتفي بالمادة 32 ولا حاجة للمادة 34 من قانون الأسرة لأنها تعطي نفس المعنى وهو فك الرابطة الزوجية لوجود خلل في العقد لفساد العقد الزواج.

عاشرا-نجد أن الشق الثاني من المادة 32 قد رتب البطلان بوجود شرط يتنافى مع مقتضيات العقد بنصه (يبطل الزواج إذا اشتمل على... شرط يتنافى ومقتضيات العقد)، في حين قد رتبت المادة 35 ق. أ تصحيح العقد بإبطال الشرط وإبقاء عقد الزواج صحيحا بنصها (إذا أقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا)، وهذا تناقض بين المادتين، والمخرج هو التمييز بين الشروط المقترنة بعقد الزواج، هناك شروط تتنافى مع أصل العقد كاشتراط المرأة عدم الحل (عدم الوطء)، فهنا العقد باطلٌ لأن الشرط يتنافى مع أصل وجود عقد الزواج، وهو إنجاب الذرية واستمتاع كل من الزوجين بالآخر، والنوع الثاني من الشروط المقترنة شروط تتنافى مع مقتضيات عقد الزواج أي متطلباته، كاشتراط الزوج إسقاط المهر أو إسقاط النفقة، فهذا الشرط يتنافى مع مقتضيات ومتطلبات عقد الزواج، لأن من متطلبات قيام عقد الزواج وجود المهر وكذا النفقة، وبالتالي يكون الشرط باطلا والعقد صحيحا.

وبالتالي لإزالة التناقض بين المادتين يتم صياغة المادة 32 (يبطل الزواج إذا اشتمل على ... شرط يتنافى مع **أصل العقد**)، كاشتراط عدم الحل، وتصبح المادة 35 (إذا اقترن عقد الزواج بشرط يتنافى مع مقتضيات العقد كان الشرط باطلا والعقد صحيحا)، وبهذا يزول التناقض بين المادتين.

2- المطلب الثاني: الأنكحة الفاسدة المسكوت عنها في قانون الأسرة الجزائري

هناك مجموعة من الأنكحة الفاسدة لم يذكرها قانون الأسرة سواء قبل التعديل في قانون 11/84 أو بعد تعديل 2005، بموجب الأمر 02/05، مما يستلزم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي لبيان حكمها الشرعي، من خلال إحالة المادة 222 ق. أ، ومن صور الزواج غير الصحيحة نذكر على سبيل المثال[2]:

أولا-نكاح المتعة:

1-تعريف نكاح المتعة: هو أن ينكح الرجل المرأة بشيء من المال مدة معينة، ينتهي النكاح بانتهائها من غير طلاق، وليس فيه وجوب نفقة وسكنى، وعلى المرأة استبراء رحمها بحيضتين، ولا توارث يجري بينهما إن مات أحدهما قبل انتهاء النكاح، وبهذا يتضح أن نكاح المتعة يختلف عن النكاح الشرعي من خلال ما يلي:[3]

أ-أن المتعة مؤقتة بزمن، بخلاف النكاح الشرعي فإنه نكاح مؤبد لا تنفك عقدته إلا بالطلاق ونحوه.

[1] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 101.

[2] عبد الرحمن شميلة الأهدل، الأنكحة الفاسدة، ط: 1؛ المكتبة الدولية، الرياض، 1983، ص 344- 345.

[3] المرجع نفسه، ص 127.

ب-إن المتمتَّع بها لا ترث المتمتِّع إن مات في خلال زمن التمتع، بخلاف النكاح الشرعي، فإن الزوجة ترث زوجها، ما لم يقم بها مانع من موانع الأرث.

ج-أنه لا طلاق يلحق المرأة المتمتع بها، بل تقع الفرقة بانقضاء المدة المتفق عليها، بخلاف النكاح الشرعي فإنه لا يطوي قيد عصمته إلا بالطلاق.

د-أن المتمتع بها لا يجب لها نفقة إلا القدر المتراضى عليه، بخلاف الزوجة فإن نفقتها لازمة على الزوج، مالم تكن ناشزاً.

هـ-إن الولي والشهود ليسا شرطي صحة فيها، بخلاف النكاح الشرعي.

و-إن للمتمتع التمتع بأي عدد شاء من المجيزين، بخلاف النكاح الشرعي، فإنه لا يجوز للحر الجمع بين أكثر من أربع.

2-حكم نكاح المتعة: اتفق الفقهاء على تحريم نكاح المتعة، ولم يخالفهم في ذلك إلا الشيعة الإمامية[1].

ثانيا-نكاح الشغار:

1-تعريفه: وهو أن يزوج الرجل أخته لآخر على أن يزوجه الآخر أخته أو ابنته، وجعل بضع كل واحدة منها مهراً للآخر[2]، ولنكاح الشغار صورتان:

أ-أن يزوج الرجل الرجل ابنته على أن يزوجه الرجل الآخر ابنته، وليس بينهما صداق، أو أن بضع كل واحد منهما صداق الأخرى.

ب-أن يشترط كل من الوليين على الآخر أن يزوجه وليته، وعليه فإن المقتضي للنهي هو التعليق والتوقيف، فكأنه يقول له: لا ينعقد نكاح ابنتي عليك حتى ينعقد نكاح ابنتك علي، إلا أن هذه الصورة الثانية ليست موضع إتفاق[3].

2-**حكمه:** عند الشافعية القائلين بصحة النكاح إن لم يجعل البضع صداقاً وبطلانه إن جعل صداقاً، خلافاً للحنفية القائلين بصحة النكاح في الصورتين وثبوت مهر المثل[4].

الخاتمة:

من خلال ما سبق نصل إلى أن موضوع الزواج الفاسد والباطل من المواضيع الشائكة في قانون الأسرة الجزائري، لوجود العديد من الإشكالات بسبب الصياغة غير السليمة للمواد من جهة، وقلة الأحكام المنظمة لموضوع الفساد والبطلان في قانون الأسرة من جهة أخرى، والتي قل ما يكتب في مثل هذه المواضيع لدقتها واتساع أحكامها، دفعت بنا إلى البحث في أحكام الفقه الإسلامي والذي خاض في الموضوع وفصل فيه أيما تفصيل كما ذكرنا أعلاه، ومن خلاله فسرنا مواد قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بموضوع الدراسة، ومن أهم النتائج المتوصل لها في هذه الورقة البحثية، والتوصيات نذكر ما يلي:

أولا-النتائج:

[1] عبد الرحمان شميلة الأهدل،المرجع السابق، ص 128.

[2] أبي بكر علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص 565.

[3] عبد الرحمان شميلة الأهدل، مرجع سابق، ص 183.

[4] كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت، ص 240.

-عالج المشرع الجزائري موضوع الزواج الفاسد والباطل في الفصل الثالث من الباب الأول في قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل، بأربعة مواد من المادة 32 إلى م 35.

-الزواج الفاسد عند الحنفية هو ما استوفى أركانه وشروط انعقاده وتخلف فيه شرط من شروط الصحة، والزواج الباطل هو ما تخلفت فيه أركانه، ولا فرق عند الجمهور بين الفاسد والباطل.

-نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الحنفية في التفريق بين الزواج الفاسد والباطل ودليله أنه ذكر عنوان الفصل الثالث بـ"النكاح الفاسد والباطل".

-وقع المشرع الجزائري في غموض وتناقض بين المواد مما يستلزم عليه إعادة صياغتها وضبطها، بأسلوب سهل الفهم لا يخلط الأمور ببعضها.

-الملاحظ على المشرع أنه لم يتقيد بمذهب فقهي واحد، والمعلوم أن المسألة خلافية بين الفقهاء في معنى الزواج الفاسد والباطل، والأخذ بأكثر من مذهب أوقع المشرع في خلط لبعض المواد وتداخلها فيما بينها.

-لم ينص المشرع الجزائري على مجموعة من الأنكحة الفاسدة في قانون الأسرة، وكان عليه تنظيم بعض أحكامها، ومن بينها نكاح المتعة، ونكاح الشغار وغيرهما.

-مواد الزواج الفاسد والباطل غير كافية لتفسير هذا الباب المهم مما يحتم زيادتها.

ثانيا -الاقتراحات:

-إن نظرية البطلان المطبقة على أحكام قانون الأسرة تستوجب أن تقوم على سياسة قانونية واضحة، كما هو منصوص عليها في الفقه الإسلامي، لرفع الغموض والتناقض الحاصل في النصوص من هنا وهناك، وتكون الصياغة متميزة ببساطة تعبيرها وتناسقها ووضوحها ليسهل فهمها وتطبيقها.

-على المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة 35 بما يتوافق مع المادة 32 وذلك باستبدال عبارة "بشرط ينافيه"، بعبارة " بشرط يتنافى مع مقتضيات العقد"، وفي المادة 32 تستبدل عبارة "شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، بعبارة، " شرط يتنافى مع أصل العقد".

-على المشرع الجزائري أن يقوم بإلغاء المادة 34 لأن معناه موجود في المادة 32 التي ذكرت الموانع والزواج بالمحرمات المذكورة في المادة 34 تعتبر من باب الموانع، فكان عليه أن يكتفي بالمادة 32.

-على المشرع إعادة النظر في المادة 33 التي تعالج حالة تخلف شروط عقد الزواج، فكيف يعقل حالة إسقاط شرط الولي أو شرط الشاهدين ثم يتم تصحيح العقد بعد الدخول بصداق المثل فما علاقة المال الذي يمثل المهر في حالة عدم تحديده بإسقاط شرط الولي الذي صحح به المشرع العقد بصداق المثل، مما رتب بعض أهل العلم البطلان لا التصحيح.

كما نجد أن المشرع لم يوضح موقفه في حالة تخلف أكثر من شرط واحد هل يرتب البطلان أو الفسخ، مع أن نوعاً من هذه العقود الأصل فيه أن يرد عليه البطلان، ونجده في الزواج العرفي المعروف بالسري.

-على المشرع الجزائري في موضوع أركان وشروط عقد الزواج وكذا موضوع الزواج الفاسد والباطل الاعتماد على مذهب فقهي واحد يعتمد عليه في كلا الموضوعين، كي لا يقع في إشكال تناقض المواد وتضاربها بسبب خلط في اعتماد المذاهب الفقهية في كل موضوع.

قائمة المراجع:

1-الكتب:

-أبي بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ط: 1؛ مصر، مطبعة الجمالية، د. ت.

-بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بيروت، دار النهضة، 1967.

-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

-بن زكريا الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، بيروت، دار الفكر المعاصر،1411هـ

-بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط: 1، الجزائر، دار الخلدونية، 2008.

-بوكان أبوبكر كريم، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية، مصر، دار الكتب القانونية، 2012.

-تحسين بيرقدار، الأنكحة المنهي عنها في الشريعة الإسلامية، دمشق، دار ابن حجر،2007.

-زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، بنغازي، منشورات قاريونس، 1989.

-سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ط: 2؛ ليبيا،مطابع عصر الجماهير الخمس، 1998.

-عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط: 7، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1987.

-عبد الرحمن شميلة الأهدل، الأنكحة الفاسدة، ط: 1؛ الرياض، المكتبة الدولية،1983.

-عمر جمعة محمود، فسخ عقد النكاح بين الشريعة الإسلامية والقانون، ط: 1، د. م، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2016.

-كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، ج3، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د. ت.

-لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة الجزائري، ط: 2، الجزائر، دار هومة، 2015.

-لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة الجزائري نصا وشرحا، الجزائر، دار الهدى، 2014.

-مجمع اللغة العربية، العجم الوسيط، ط: 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.

-محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط: 1، بغداد، مطبعة الرباط، د. ت.

-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د. م، دار الفكر العربي، د. ت.

-محمد الشربيني الخطيب، مغنى المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، د. م، المكتبة القرمدية، 1958.

-محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية، د. م، دار العربية للكتاب، 1988.

-محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج1، ط: 1؛ بيروت، دار الكتب العلمية، 2000.

-محمد بن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، ط: 1؛ لبنان، دار إحياء التراث العربي، 2002.

-مصطفى إبراهيم الزلمي، المدخل الشريعة لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد، إربيل، منظمة نشر الثقافة القانونية، 2008.

-مصطفى بن حمو ارشوم، النكاح صحة وفسادا وآثارا، ط: 1، سلطنة عمان، مطابع النهضة، 2002.

-منصور ابن يونس البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، ط: 1، بيروت، دار الكتاب العربي، 2005.

2- المجلات:

-اوعامري محمد، "ملاحظات حول المادة 33 من قانون الأسرة إشكالية أركان وشروط عقد الزواج"، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد 3، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السايسية، جامعة وهران 2، ديسمبر 2012.

-توفيق شندارلي، تناقض الأحكام المنظمة لأسباب عدم صحة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 2، جامعة الوادي، سبتمبر 2019.

- عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية، العدد 2، الجزائر، 2003.

3-النصوص القانونية:

- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن: قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 15، السنة 42.