



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

الجزء المترتب على مخالفة أحكام إبرام عقد الزواج في
القانونين الجزائري والمغربي
(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص

تحت الإشراف :

الأستاذ الدكتور : تشوار جيلالي

من إعداد الطالبة :

❖ كرومي آمنة

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ د حميدو زكية
مشرفا و مقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ د تشوار جيلالي
ممتحنا	جامعة عين تموشنت	أستاذ محاضر قسم أ	د بركاوي عبد الرحمان
ممتحنا	جامعة عين تموشنت	أستاذ محاضر قسم أ	د بوجاني عبد الحكيم

قال تعالى

بسم الله الرحمن الرحيم

{وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً

إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ}. سورة الروم، الآية 21.

{وَأَنَّهُ خَلَقَ الرُّؤْسَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى}. سورة النجم، الآية 45.

صدق الله العظيم



الإهداء:

الحمد لله حمدا يليق بعظمته وعطائه، الحمد لله الذي كان العون الأول والأخير حتى رأى هذا العمل النور.

أهدي عملي هذا إلى الأمة التي سأبذل ما أتاني الله من سعة لأجلها، علي ألقى الحبيب صلى الله عليه وسلم راض عني.

إلى الغالية التي احترق فؤادها فلم تعرف طعاما للراحة ، ولم تدخر جهدا حتى وصلت إلى ما أنا عليه " أُمِّي الحبيبة حفظها الله و رعاها (محدودة) "

إلى الغالي الذي حرم نفسه الراحة ليمنحني إياها، وبذل المستحيل حتى وصلت إلى ما أنا أبي الحبيب أطل الله في عمره (العربي)

إلى اخوتي (عبد الحميد، عبد الصمد، ريان ،مريم) الذين تقاسمت معهم الأفراح والأحزان تحت سقف بيت واحد.

إلى إبني الحبيب إياد آدم حفظه الله و رعاه .

إلى كل من علمني حرفا من المرحلة الابتدائية إلى المرحلة الجامعية

إلى عائلتي الكريمة صغیرها و كبيرها

إلى رفقاء الدرب..... إلى شركاء الفرح و القرح

كرومي أمينة



كلمة شكر وعرّفان

الحمد لله الذي جعل الشكر مفتاحاً لذكره، والصلاة والسلام على خير خلقه نبيّه الصّادق الأمين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين الغرّ الميامين.

قد منّ الله سبحانه وتعالى عليّ بإتمام هذه الدراسة، فاعترفاً لأهل الفضل بفضلهم أتقدّم بأسمى معاني التقدير وجزيل الشكر إلى أستاذي الكريم وقُدوتي الدكتور المشرف على أطروحتي تشوار جيلالي وعلى تفضله بقبول الإشراف على هذه الأطروحة، وعلى ما أولاني به من علم واسع ونصح صادق، وإرشاد متواصل، وصبر كبير، فكان منه الإرشاد والتّصويب والتّوجيه، فلم ييخل عليّ بجهد ولا وقت.

أسأل الله عز وجل أن يجعل جهده في ميزان حسناته وأن ينفعه بعلمه وذريّته، وأن يطيل عمره ويحسن عمله.

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أتقدّم بالشكر الجزيل والعرّفان العظيم إلى أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه الرسالة. فحفظهم الله تعالى وسدّد خطاهم إلى الخير ونفعنا بعلمهم.

ولا يفوتني أن أتقدّم بجزيل عبارات الشكر والتّقدير إلى كل من قام بمساعدتي لإكمال هذا العمل.

كرومي أمينة



قائمة المختصرات:

- أ أستاذ .
- ب. د بدون طبعة .
- ب. د. ن بدون دار نشر .
- ب. س. ن بدون سنة نشر .
- ج جزء .
- ط طبعة .
- ق.أ.ج قانون الأسرة الجزائري .
- ق.ع.ج قانون العقوبات الجزائري .
- ق.م.ج القانون المدني الجزائري .
- مج مجلد .
- مد.أ.م مدونة الأسرة المغربية .

مقدمة

يعد الإنسان كائناً حياً ، وبهذا ميزه الله عن الكائنات الحيّة الأخرى (حيوانات...)، وبالتالي هو يقوم بنوعين من الأعمال، أولها العبادات وهي الأحكام التي تنظم علاقة الفرد بربه: الصلّاة، الصّوم، الزّكاة، والحج... وغير ذلك، وبالتالي الإنسان يريد بها طلب الرّضا من ربه .

أما ثانيها، وهي المعاملات وهي الأحكام التي تنظّم علاقة الفرد بأخيه كالأحكام المتعلقة بالعقود كعقد البيع، الإيجار، القرض، الهبة، الوديعة، العادية، الكفالة...، وغيرها من العقود. وكلّ هذه العقود تنظّمها قوانين كالقانون المدني والتّجاري".¹

وخلافا لهاته العقود، هناك عقد أولاه الشّارع الحكيم ميزة خاصة وسماه بالميثاق الغليظ لقوله تعالى " وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا"²، نظرا لكونه حسّاسا ولأنّه متعلق بعلاقات الأفراد وبنائها والمحافظة على نسلها وزيادة أفراد المجتمع وتكاثرهم وعلاقاتهم فيما بينهم. هذا كله يقوم عليه عقد يسمى عقد الزواج.

إنّ عقد الزواج من العقود التي حضيت بعناية الشريعة الإسلاميّة واهتمامها، وذلك لما له من آثار اجتماعيّة تتمثّل بلحمة عائلتين ربما تكونان بعيدين نسباً عن بعضهما. فإذا حصل الزواج بين فردين منهما أصبحت العائلتان أقرب إلى بعضهما علاقةً، وأزيلت الحواجز بينهما، ناهيك أنّ الزواج هو اقتران رجل بامرأة مُحَرَّمٌ عليه مساسها في الأصل، فإذا ما تمّ عقد الزواج أصبح جائزاً بينهما ما يجوز بين أي زوجين فعله.³

في العادة يتقدّم عقد الزواج الخطبة، والخطبة في حقيقتها وعدّ بالزّواج، حيث في هذه المرحلة وبعد أن يتقدّم شابٌ من خطبة فتاة، فإنّ أهلها يعدّونه بتزويجها له، فالخطبة

¹ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط1، دار المطبوعات الجامعية، لبنان، 2006، ص 11.

² سورة النساء ، الآية 21 .

³ وهذا هو الفرق بين الخطبة والزواج، فالخطبة هي وعد بالزواج، لأنه لا يمكن للخاطب أن يدخل بخطيبته دون عقد الزواج، ولا يجوز له أن يلمسها ، غير أن في الزواج تستبدل الصفات ليصبح الطرفان يسميان بالزوجان بمعنى يحل لهما الدخول بعد توافر شروط الصحة و الإنعقاد

هي مرحلة ما قبل إجراء العقد. فأتداء هذه الفترة تكون المخطوبة أجنبيّةً عن مخاطبها، فلا يحلّ لهما الخلوة ببعضهما، كما لا يحلّ للخاطب الجلوس مع مخطوبته إلا بوجود محرّم من أهلها. ولا يحلّ لها أن تتزيّن له وتظهر مفاتها. فإذا ما أجزى العقد، أصبحت زوجة له و جاز لهما كل ذلك.

هذا فيما يخص الخطبة مرحلة سابقة للزواج، فهذا الأخير هو المرحلة الثانية لما يسمى بعقد القران، فعندما كان فقهاء المذاهب يتكلّمون عن الزواج، فإنّهم في الغالب كانوا يُطلقون عليه لفظة "نكاح"، ونادراً ما لجؤوا لاستعمال لفظة الزواج. وقد عرّف الفقهاء الزّواج أو النّكاح بتعريفاتٍ مُتباينة، حيث عرفه فقهاء الشافعية أنّه عقد يتضمّن إباحة وطء باللفظ الآتي⁴. عرفه فقهاء المالكية بأنّه: "عقدٌ على مُجرّد مُتعة التلذذ بأدميّة غير موجب قيمتها بيّنة قبله، غير عالمٍ عاقده حرمتها إن حرّمها الكتاب على المشهور، أو الإجماع على غير المشهور"⁵.

كان العرب في الجاهلية يؤثرون الزواج من نساء الأسرة أو القبيلة خاصة من بنت العم لأنهم كانوا يعتقدون أن هذا يشد أواصر الأسرة ويحفظ ثروتها. ولكن الإسلام حث على الزواج من الغرائب لتحقيق غايتين أساسيتين. الأولى هي ربط الأسر بالنسب فتخف بذلك حدة العصبية القبلية. وأما الثانية، فهي تحديد الدم في النسل فإن حصر الزواج بالأقارب يخدم نشاط الخلايا الدموية وقد يضعف النسل⁶.

⁴ أحمد بن محمد بن علي بن حجر الميمني، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج07، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1357هـ-1938 ص183.

⁵ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج04، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص8. كان لزاما علي أن أقوم بالتفريق بين مرحلة الخطبة التي هي في الأساس القاعدة التي تبنى عليها العلاقات الزوجية، كون أنها مرحلة أساسية تمن العائلتان من محاولة التقرب ببعضهما، ومحاولة تكوين الروابط الأسرية بين عائلتين لا و قد تتعداها لتصبح بين مجتمعين مختلفين بل كامل أو بين حضارتين مختلفتين.

⁶ موقع ويكيبيديا: مقالة حول الزواج و التزاوج، تاريخ نشر المقالة 29 نوفمبر 2020، الساعة 12.28، تاريخ زيارة الموقع 2020/12/25، الساعة 15:49، ص1.

وعليه، بوأت الشرائع السماوية والوضعية الزواج مكانة بالغة الأهمية جاعلة منه النظام الوحيد للمعاشرة الجنسية لكونه نقطة الانطلاق لبناء الأسرة وفضاء السكن والاطمئنان وتربية النشء وأساس مناعة المجتمع وتماسكه⁷.

لهذا اعتنى الإسلام أيما عناية بمؤسسة الأسرة لأمر اجتماعي حظي في القرآن الكريم كما حظيت به الأسرة من تنزيل لنصوص قرآنية تولت أدق التفاصيل، بالخصوص تلك المتعلقة بإقامة العلاقة الزوجية وغيرها⁸.

وفي هذا الإطار، تكفل الله عز وجل منذ بدء الخلق بتنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة عن طريق الزواج بصريح العبارات القرآنية بقوله: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا"⁹. وبذلك يأمر سبحانه وتعالى خلقه بتقواه ، وهي عبادته وحده لا شريك له ، ومنبها لهم على قدرته التي خلقهم بها من نفس واحدة ، وهي آدم عليه السلام "وخلق منها زوجها" وهي حواء، عليها السلام، خلقت من ضلعه الأيسر من خلفه وهو نائم. فاستيقظ فرأها فأعجبت ، فأنس إليها وأنست إليه. كما يقول تعالى "هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيًّا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَل تَدَّعَوْا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْنَا صَالِحًا لَتَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ"¹⁰.

⁷ أنظر ، حساين عبود ، قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة ، الكتاب المتعلق بالزواج ، مجلة القضاء و القانون ، المغرب ، د.س ، العدد 150 ، ص 95 ؛ عبد العزيز وحشي ، سماع دعوى الزوجية على ضوء العمل القضائي ، ص 01 ، مقال منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل والحريات للمملكة المغربية : www.justice.gov.ma

⁸ أنظر ، بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2014/2013، بوتخيل معطي ، أهم تحديات الأسرة الجزائرية والرهانات المطروحة امامها، مجلة الثقافة الإسلامية ، مجلة نصف سنوية تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والاقواف ، حيدرة، الجزائر، السنة الأولى ، 1425 هـ. 2004 م، العدد التجريبي ، ص 143 .

⁹ سورة النساء، الآية الأولى .

¹⁰ سورة الأعراف ، الآية 189 .

وهكذا جعل الإسلام هذه العلاقة من أسمى العلاقات الإنسانية وأكرمها إذ أن الله سبحانه وتعالى اعتبره آية من آياته بقوله: " مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ" ¹¹ .

وتطبيقا لذلك، نص المشرع الجزائري في المادة 04 من قانون الأسرة بأنّ الزواج "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب" ¹² .

وبذلك يهدف الزواج إلى تكوين أسرة والتي هي الخلية الأساسية للمجتمع وتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة، فهي تتركز على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية. هذا كله من خلال ما ذكرته المادتان 02 و 03 من قانون الأسرة .

إذن عقد الزواج ليس كغيره من العقود الأخرى، فهو ذو ميزة خاصة جدا لكون الله سبحانه وتعالى سماه بالميثاق الغليظ لأنه يقوم عليه العلاقات التي هي أساس بناء المجتمعات سواء المصغرة (الأسرة) أو المكبرة، وبالتالي ذكره الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم . وعليه، أول شيء أساسي في الزواج هو الرضا، هذا الأخير هو الركن الوحيد في عقد الزواج كونه تعبير عن إيجاب وقبول الطرفين إذ نصت عليه المادة 9 من ق. أ. ج على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" ¹³ . بمعنى الزواج يقوم على ركن واحد ووحيد وهو الرضا وبانعدامه سييطل العقد بطلانا مطلقا .

فالرضا يكون بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكلّ لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، وهذا ما نصت عليه المادة 10 من ق. أ. ج، ليصبح الإيجاب والقبول من العاجز بكلّ ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة. بمعنى أي شيء يفيد القبول فيعتدّ به، وبالتالي لا يشترط الإجابة الصريحة فالسكوت في معرض الحاجة بيان.

¹¹ سورة الروم ، الآية 21 .

¹² القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم

05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر. 2005، عدد 15، ص 19.

¹³ القانون رقم 84-11.

فكل زواج صحيح يعد كذلك ، هذا إذا توافرت أركانه الشرعية¹⁴. نجد أنّ كلا القانونين الجزائري والمغربي قد نصّا على أنّ الرضا ركن لصحة عقد الزواج، وأنّ الاتفاق بينهما يكمن في أنّهما جعل للزواج ركنا وحيدا وهو الرضا فقط إلى جانب شروط صحته.

ففي قانون الأسرة الجزائري إضافة إلى ركن الرضا نصّ المشرع، في المادة 9 مكرر ق.أ.ج¹⁵ على منوال نظيره المغربي، على شروط إذا توافرت اكتملت الصحة بالنسبة لعقد الزواج من بينها: أهلية الزوج ويقصد بها السن القانوني للزوج .

إضافة إلى شرط الصداق الذي عرفته المادة 14 ق.أ.ج بأنه "ما يدفع للزوجة من نفود أو غيرها من كلّ ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء". أما مدونة الأسرة المغربية عرفته في المادة 26 بقولها: "هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية".

بالتالي فكلا القانونين أو بالأحرى المشرعين تطرّقا لنفس مغزى الصداق وهو إكرام المرأة.

أما شرط الوليّ هو ذو قيمة كبيرة ومكانة قيّمة في المجتمعات الإسلامية كونه عماد الأسرة و في هذا تنص المادة 11 ق.أ.ج على أنه: "يتولّى عقد زواج المرأة وليّها، وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، وأنّ القاضي وليّ لمن لا ولي له"، غير أنه بعد تعديل 2005 أصبحت المادة 11 تنص: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.

كما أنّ الشاهدين يُعدّان من شروط صحة الزواج، وتخلّفهما يؤدي إلى فساد العقد.

14 المادة 10 مدونة الأسرة المغربية الصادرة بموجب القانون رقم 03-70 في 03 فبراير 2004، ج.ر عدد 5184، بتاريخ 05 فبراير 2004، ص 418.

15 المادة 09 مكرر: يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :

-أهلية الزوج،

-الصداق،

-الولي،

-شاهدان،

-إنعدام الموانع الشرعية للزواج.

زيادة على ذلك شرط انعدام الموانع الشرعية في الزواج، فلا يجوز للشخص أن يتزوج عمته أو أخته وحتى أخت زوجته إلا بشروط، وهي تنقسم إلى موانع مؤبدة كالأم والعمة والخالة...، وموانع مؤقتة كأخت الزوجة المحصنة والمعتدة...، فالمؤبدة لا يجوز الزواج بها مدى الحياة، أما المؤقتة فيجوز الزواج بها متى انتهى المانع لأنه بصفة مؤقتة .

و بالرجوع الى مدونة الأسرة المغربية، نجد أنها نصت صراحة في المادة 13 على وجوب توافر في عقد الزواج شروط صحته، وهي أهلية الزوجين، عدم الإتفاق على إسقاط الصداق، ولي الزواج، عند الإقتضاء، سماع العدلين التصريح برضا الزوجين و توثيقه، و إنتفاء الموانع الشرعية.

نظرا لأهمية هذا الموضوع من الناحية الشرعية والقانونية والاجتماعية لكونه يقوم ببناء مجتمعات سواء كبرى (دول) أو مجتمعات مصغرة (كالأسر)، كل هذه الأسباب دافع لإختيار هذا الموضوع الذي سنعالجه ألا وهو جزاء مخالفة أحكام إبرام عقد الزواج. هذا الأخير ينتج من خلال الإخلال إما بشروط صحة عقد الزواج (الولي، الأهلية، الصداق، الشاهدان، الموانع) أو بركن عقد الزواج (الرضا). غير أن الفائدة التي يحتويها هذا الموضوع في طياته تكمن في أن عقد الزواج تصرف أباحه الشارع الحكيم لا بد أن تكون له ثمرة من وراء إبرامه.

فعقد الزواج من أخطر العقود التي يبرمها الإنسان لأن الثمار لا تأتي بطبيعتها إلا بعد الغرس والإنبات والإزهار ثم النضج، فعقد الزواج بإستيفاء ركنه وشروطه الخاصة بالإنعقاد والصحة والنفاد يكون أهلا و يرتب الآثار التي قصد الشارع الحكيم الى تحقيقها من وراء إبرام هذا العقد. فالزواج ينتج عنه تكوين علاقات بين أفراد المجتمع من عائلات إلى غير ذلك، وينتج عنه عدّة آثار: حقوق الأولاد، حقوق وواجبات الزوجين .

كما تظهر أيضا أهمية دراسة هذا الموضوع في تجدد الأسرة وفروعها إذ أنّها تتصل بنظام المجتمع المتطور الذي يقتضي المتابعة والمراجعة المستمرة استنادا لما يمليه الاجتهاد القضائي. غير أنه هناك عوارض قد تؤدي الى بطلان عقد الزواج و فساده و هذا هو موضوع دراستي .

وعلى هذا، فإنّ إشكالية البحث في هذا الموضوع تقوم على طرح السؤال التالي:

كيف عالج المشرعان الجزائري و المغربي نظامي بطلان الزواج و فساده ،
كجزائين قانونيين لتخلف ركن أو شروط صحته ؟.

وللإجابة عن هذه الإشكالية، سيتم الإعتماد على المنهج التفسيري والتحليلي والمقارن، أي بناء عن دراسة تحليلية ونقدية لأهم الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية. وبمعنى أدق، من خلال المنهج التفسيري سيتم طرح وعرض ما يتعلق بالزواج الفاسد والباطل والآثار الناتجة عنهما، أما من خلال المنهج المقارن سنحدد أهم الاختلافات بين قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية في هذا الموضوع .
كما أنه من أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة في هذه المقدمة، فإنه يتطلّب تقسيم هذا البحث إلى بابين :

الباب الأول: الزواج الفاسد والباطل في القانونين الجزائري و المغربي.

الباب الثاني: إجراءات التقاضي للحكم بعدم صحة الزواج و الآثار المترتبة عنه .

الباب الأول

الزواج الفاسد والباطل

في القانونين الجزائري والمغربي

يختلف مفهوم الأسرة باختلاف ما تعطيه له الدين والمجتمع من وظائف ومسؤوليات. وبحسب تنوع النظم والتشريعات العالمية المتصلة بها، فالديانات لها مفهوماها الخاص، وللتنظيم العلمانية مفاهيمها، وللإعلان العالمي لحقوق الإنسان موثيق الأمم المتحدة مفهوماها الخاص المترتب على خصوصيات أدوارها ومسؤولياتها في القانون الدولي¹⁶.

لهذا تعدّ الأسرة اللبنة الأولى للمجتمع، حيث حاول المشرعون المغاربة وضع أحكام تضبط توازنها واستقرارها وثم استقرار المجتمع الذي يبنى عليها¹⁷، لذلك نجد أنّ المجتمعات ككل تتكون أساسا عن طريق التكاثر للأفراد، هذا الأخير ينتج من خلال ما يعرف بالزواج الذي هو ميثاق تراض وترابط شرعي على سنة الله ورسوله بين رجل وامرأة¹⁸.
الله سبحانه وتعالى شجّعنا على النكاح من خلال الآيات الكريمة المذكورة في القرآن الكريم بقوله: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"¹⁹.

ومن ثم، الزّواج هو عقد يتم بين رجل و امرأة غير أنّ هدفهم واحد وهو بناء أسرة كونه الوحدة الأولى لبناء المجتمع، هذا الأخير هو الخليّة التي تتربى فيها أنواع مختلفة من الناس فهو الذي يحدّد العلاقات المشروعة وينبذ ما سواها حفاظا على الأسرة، فالزواج له غايات تسمو عن غيره من الأنكحة²⁰.

الأصل في الزّواج يُبنى صحيحا، غير أنّه في بعض الأحيان قد يأخذ مجرى خلافا للصحة فيصبح زواجا مشوبا بخطأ أو عيب، يُطلق عليه تسمية الزّواج غير الصحيح، هذا الأخير ما يعرف في التشريعين الجزائري والمغربي، حسب الحالات، ب: الزّواج الفاسد. فمن خلال هذا الفصل سيتم الولوج إلى تفاصيل أحكام الزّواج الفاسد وتمييزه عن غيره إلى الأسباب الدافعة لتحوّل الزّواج الصحيح إلى فاسد.

¹⁶ عبد الهادي بوطالب، مفهوم الأسرة ووظيفتها ومسؤوليتها في الديانات والاعلانات العالمية وموثيق الأمم المتحدة، مطبوعات أكاديمية للمملكة المغربية سلسلة "الدورات"، أزمة القيم ودور الأسرة في تطور المجتمع المعاصر، الرباط، 2001، ص 157-177.

¹⁷ تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005، ص 02.

¹⁸ لمزيد من المعلومات، راجع المادة 04 ق. أ. ج و المادة 04 مدونة الأسرة المغربية.

¹⁹ سورة الروم، الآية 21.

²⁰ لمزيد من التفاصيل انظر، تيسير التميمي، قاضي قضاة فلسطين رئيس المجلس الأعلى للقضاء الشرعي سابقا، مقالة حول مقاصد الزواج في الإسلام، ملاحق الخليج - ملحق الدين للحياة، 24 أكتوبر 2014، ص 1-10.

إذن: فيم يتمثل الزواج الفاسد؟ ماهو الزواج الباطل؟ ما هي مسببات الزواج الفاسد أو الباطل؟ ماهو الفرق بين الفساد والبطلان عن غيرهما من مفاهيم مشابهة لهما؟.

كل هذه الإشكالات سيتم معالجتها في هذا الباب من خلال فصلين:
الفصل الأول: الزواج الفاسد كنتيجة لإنعدام شروط صحة عقد الزواج.
الفصل الثاني: حالات الزواج الباطل في القانونين الجزائري والمغربي.

الفصل الأول

الزواج الفاسد جزاء إنعدام شروط صحّة عقد الزواج

في القانونين الجزائريّ والمغربيّ

بما أنّ الزّواج هو العقد الغليظ وهو عقد تمتدّ آثاره إلى ما بعد رحيل طرفيه، فإنّ كلّ عقد له خطر تسبّقه مقدّمات، وليس هناك أخطر من عقد الزواج ولا أبعد منه أثرا في حياة الإنسان. فكان لا بدّ من مقدّمات لهذا العقد، ومقدّمات عقد الزّواج تسمّى شرعا بالخطبة²¹.

ولابدّ من توافر فيه أركان وشروط خاصّة لا يمكن أن نجدها في أيّ عقد آخر، فإذا توفّرت جميعها وُجد العقد، مرتبا آثاره الشرعية. فجعل المشرّع قاضي شؤون الأسرة أمينا لضمان التّقيّد بمختلف نصوصه، لكنه ظلّ عاجزا عن معالجة كلّ الحالات المعروضة على القضاء، ذلك أنّ الواقع العمليّ أفرز إشكالات عمليّة عديدة، إما عن ظروف تطبيق القانون، وإما عن التّعثرات القانونيّة التي أغفلها المشرعان في تعديلاتهما للقانونين.

كما أنّ الزّواج يُعتبر مؤسسة قانونيّة تنشأ بموجب عقد توطّره النصوص القانونيّة التي تجد سندها أساسا في كتاب الله وسنة رسوله²². ففيه يبيّن كلّ من المتعاقدين مطالبهما ورغباتهما، فيتّمّ العقد بتلاقي الإرادتين. الأمر الذي جعل التّشريع الإسلاميّ وكذا التّشريعات الأسريّة الوضعيّة تُعطي لكلّ من الزّوجين الحقّ في تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها مناسبة، وذلك لضمان حقوقهما ولقيام علاقة زوجين خالية من المشاكل²³.

وعليه، سيتمّ تبيان أهمّ الإشكالات المثارة حول انعقاد الزّواج الفاسد من خلال

مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الزواج الفاسد في القانونين الجزائري و المغربي.

المبحث الثاني: نوعية الجزاء المترتب على الحكم بفساد الزواج أو بطلانه.

²¹ نظر، لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 1، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 32.

²² الحاسي مريم، الزواج غير الصحيح و آثاره، www.startimes.com

²³ بوكايس سمية، الإشتراط في عقد الزواج، مجلة القانون و الأعمال الدولية، 13 يناير 2015،

www.scienceguridiques@gmail.com

المبحث الأول

مفهوم أصول الزواج الفاسد في القانونين الجزائري والمغربي

يُعتبر الزواج من الآليات الاجتماعية والدينية المساهمة في وضع البنية الأساسية للخليفة المصغرة في البناء الاجتماعي كونها أحيطت بعدد كبير من الأحكام الشرعية والقوانين الوضعية.

حيث أولى الإسلام، كما تقدم، أهمية كبرى بتسميته بالرباط الغليظ حيث يتم العقد بين طرفين، ولهذا يخضع لمراحل تتم وفقا للنظام الإسلامي من جهة وللأعراف الاجتماعية من جهة أخرى²⁴.

إضافة إلى أن الشارع الإسلامي اهتم بالزواج باعتباره أمراً يقوم عليه النظام الاجتماعي في الإسلام، ومن ثم لا ينبغي أن يترك للهو أو العبث به، كونه من مواضع اهتمام الشارع، تتكون الأسرة وتترتب عليه حقوق وواجبات لكل من طرفيه، ومن أجل ذلك يقول سبحانه وتعالى: "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"²⁵، فالزواج آية من آيات الله ونعمة من نعمه كل هذا يظهر جليا من الآية الكريمة سالفة الذكر²⁶.

فالزواج هو ارتباط رسمي بين رجل وامرأة يتم بصفة شرعية وأمام الموظف المؤهل لذلك قانونا. ولما كان الزواج مبنيا على التأييد قصد إحصان الزوجين وتربية الأولاد ومن ثم فكل عقد يُحدّد مدته مثل ما يعرف بزواج المتعة أو الزواج المؤقت يكون باطلا²⁷.

فقانون الأسرة الجزائري عرّف الزواج في مادته 4 بقوله: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي. من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". أما المشرع المغربي، فقد عرّف الزواج في المادة 4 من مدونة الأسرة بقوله: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على

²⁴ حمزة جبالي، ضوابط الزواج في المجتمع الجزائري بين قانون الأسرة والأعراف الاجتماعية مدينة خنشلة نموذجاً، مذكرة ماجستير في علم الاجتماع القانوني، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، 2009/2008، ص 09-10.

²⁵ سورة الروم، الآية 21.

²⁶ أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، دار النسب القانونية ودار شنان للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص 19.

²⁷ الأسئلة في القانون، الزواج، الطلاق، الجنسية والنسب، دار بربي للنشر، الجزائر، 2015، ص 03.

وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة²⁸.

وعليه، القصد من الزواج لدى المشرعين الجزائري والمغربي هو تكوين أسرة بالمقصد الشرعي الدال على ذلك لكون أن المشرعين من البلاد المسلمة محافظين على الدين الإسلامي الحنيف.

لذلك سيتم تعريف الزواج الفاسد بناء على المقارنة بين القانونين الجزائري والمغربي، هذا من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول : مفهوم الزواج الفاسد وتمييزه عما يشابهه،

المطلب الثاني : مسببات الزواج الفاسد،

المطلب الثالث : الزيجات الفاسدة وأحكامها.

المطلب الأول

مفهوم الزواج الفاسد و تمييزه عما يشابهه

الأصل أن الزواج ينشأ صحيحاً لأن الله أحلّ الزواج وحرم السفاح، وشرّع لنا ما ينفعنا في ديننا ودينانا وآخرتنا ذلك كلّ من أجل إعفاء المرء نفسه وزوجه عن الوقوع في الحرام، ولحفظ النوع الإنساني من التوالد والإنجاب والتوالد وبقاء النسل وحفظ الأنساب من خلال إقامة وبناء الأسرة التي بها يتنظّم المجتمع²⁹. وهذا ما أكدته المادّتان 04 من القانونين الجزائري والمغربي. فالنكاح عقد لازم لا يجوز فيه الخيار، ويلتزم فيه الفور من الطرفين، فإن تراخى فيه القبول عن الإيجاب يسير جاز، و قال الشافعي لا يجوز مطلقاً وأجازه أبو حنيفة مطلقاً³⁰. غير أنه قد تعترضه شوائب تؤدّي إلى تغيير صفته من صحيح إلى فاسد.

²⁸ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 19 - 21.

²⁹ عبد العزيز سليمان الحوسات، الأنكحة الفاسدة و المخطورة قديماً و حديثاً، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 7.

³⁰ محمد بن أحمد الجزبي الغرناطي، مرجع سابق، ص 340.

فالزواج الفاسد هو زواج صحيح توافر ركنه وشروط انعقاده لكنه فقد شرطا من شروط صحته ، كما لو لم يشهد على العقد شهود أو كأن يتزوج رجل أخت زوجته التي في عصمته³¹.

فالإشكال المطروح هنا: يتمثل في البحث عن ما هو الزواج الفاسد؟ وماهي أحكامه؟ وهل هناك اختلاف بين القانونين الجزائري والمغربي؟ وهل وفق المشرعان في النصوص القانونية على معالجة الزيجات الفاسدة وأحكامها؟ .

للإجابة على هذه الأسئلة، سنتعرض في هذه الدراسة الى مفهوم الزواج الفاسد (الفرع الأول)، ثم الى تمييزه عما يشابهه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الزواج الفاسد

قبل أن نتطرق الى تعريف الزواج الفاسد كان لزاما أن نمر على تعريف الزواج، لذلك ما هو عقد الزواج بصفة عامة؟ .

أولا : تعريف الزواج

يُعرّف الزّواج في اللّغة على أنّه مقارنة شيء لشيء، قال ابن فارس: " ومن ذلك الزّوج زوج المرأة والمرأة زوج بعلمها وهو الفصيح "³².

والزّواج في الاصطلاح الشرعي عقد يرد على ملك المتعة قصدا³³ ، إلا أنّ هذا التعريف أنتقد من بعض رجال الفقه لتعليقه عقد الزواج بقضاء الشهوة، قال السرخسي: "وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة ، وإتّما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة، ولكنّ الله تعالى علّق به قضاء الشهوة أيضا ليرغب فيه المطيع والعاصي، المطيع للمعاني

³¹ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة (الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء)، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بدون سنة نشر، ص339.

³² أنظر ، أبو الحسين بن فارس ، مقاييس اللغة ، ج 3 ، ط 1 ، دار الجليل ، بيروت ، 1991 ، ص 35 .

³³ أنظر ، زين الدين بن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 7 ، ط 1 ، دار التراث العربي ، دمشق ، 2002 ، ص 112 .

الدينيّة، والعاصي لقضاء الشّهوة"³⁴. ولذا عرّفه أحد الفقهاء أنّه: "عقد يفيد حلّ العشرة بين الرّجل و المرأة وتعاونهما، ويحدّد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات"³⁵ أما التّعريف الاصطلاحي للزّواج، فهناك من عرّفه على أنّه "عقد بين رجل وامرأة تحلّ له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنّسل"³⁶.

وقد عرّفه الأستاذ تشوار جيلالي: "على أنّه عقد يتمّ بين رجل وامرأة تحلّ له شرعا و بمقتضاه تنشأ علاقة أسريّة يحدّد القانون أركانها وشروطها وانحلالها"³⁷. وعرّف المشرّع الجزائريّ الزّواج في المادة 04 من ق. أ. على أنّ: "الزّواج هو عقد رضائيّ يتمّ بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرّحمة والتّعاون وإحصان الزّوجين والمحافظة على الأنساب" بعدما كان يعرفه في النصّ الأصليّ على أنّه: "عقد يتمّ بين رجل وامرأة...".

إذن، الزّواج لا يتمّ إلا بتوافر ركنه وشروط صحّته (الرضا، الأهلية، الولي، الصّدق....). فإذا ما إحتل أحد الشروط المذكورة أعلاه إنتقل وصف الزواج من صحيح الى زواج فاسد.

ثانيا : تعريف الزواج الفاسد

قد يشوب عقد الزّواج عيب يحول دون إتمامه صحيحا الأمر الذي يؤدي إلى تقسيم عقد الزّواج إلى: زواج فاسد وزواج باطل.

أما الزّواج الفاسد هو ما كان فيه الخلل في وصف من أوصاف العقد بأن كان شرطا من شروطه الخارجة عن ماهيته وأركانه، و يترتّب عليه بعض الآثار إذا توافرت أركان التّصرف وأموره الأساسيّة. و بمعنى أدق، الفاسد: "هو ما كان أصله مشروعاً ولكن امتنع لوصف عارض"³⁸.

³⁴ أنظر، شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 4، ط 1، دار الفكر، بيروت، 2000، ص 178.

³⁵ أنظر، محمد أبو زهرة، الاحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص 17.

³⁶ أنظر، عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات القانونية، ط 1، عالم الكتب، بيروت، 1987، ص 251.

³⁷ أنظر، تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة، أقيمت على طلبة السنة الرابعة حقوق لسنة الجامعية 2020/2021، ص 9،

رابط. clearn.univ.tlemcen.dz

³⁸ وهبة الزجيلي، المرجع السابق، 106-107.

وعليه، سنتعرض الى تعريف الزواج الفاسد لغة(1)، ثم إصطلاحاً(2)، وأخيراً قانوناً(3).

1- الزواج الفاسد لغة

لتعريف الزواج الفاسد من الناحية اللغوية يتطلب الأمر تعريف كلمة فاسد، فهذه الأخيرة مؤلفة من الحروف التالية: الفاء، والسين، والذال، يقال شيء يفسد فساداً³⁹، وهو خلاف الصلاح، والمفسدة خلاف الاستطلاع، هذا من جهة، ومن جهة أخرى هو خروج الشيء عن الاعتدال قليلاً كان أو كثيراً⁴⁰.

ومن جانب الفقه، لقد اختلف الفقهاء حول معرفة هل الاعتداد في بناء الأحكام يكون بما يقصد إليه المكلف من خطأ أو صواب، وحلال أو حرام، ومصالحة أو مفسدة، فيبني الحكم وفقاً لقصد، بأن يبرأ ويثاب إن قصد الصواب والمصلحة، ويلام ويبطل عمله إن قصد الفساد والخطأ بغض النظر عن واقع الحال الذي آل إليه فعله من صلاح أو غيره. أما الاعتداد يكون بما آل إليه الفعل في واقع الأمر صلاح وفساد، فيمدح إن كان الفعل الحاصل صلاحاً، ولو قصد صاحبه الخطأ أولاً، ويُذم إن كان الفعل فساداً، ولو قصد به صاحبه الإصلاح بداية، وهذه القاعدة: "هل الواجب الاجتهاد أو الإصابة"⁴¹.

فالعرب في جاهليتهم قبل ظهور الدين الذي بشر به محمد صلّى الله عليه وسلّم وصلوا إلى مستوى في هذا الشأن. حيث كان الزواج الشرعي عندهم هو الأصل في تكوين العائلات وصار الرجل هو أصل النسب وعمود البين. وغاية الأمر أنّهم كانوا لا يقفون عند حدّ معيّن في عدد النساء اللاتي يكنّ في عصمة الرجل الواحد، ووصلوا إلى أنّ اتّصال

³⁹ موقع رسالة الإسلام، بحوث أصولية، التفرقة بين الفاسد والباطل دليل السيارى، 1929/03/02، الموافق 2008/03/10، ساعة 12:00، ص 711. ولمزيد من التفاصيل انظر، معجم مقاييس اللغة (4/503)، www.islemweb.net/ar/fatwa.

⁴⁰ بوكان أبو بكر كريم، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، مصر، 2012، ص 23، نقلاً عن المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق، بيروت، ط 37، 1998، ص 583.

⁴¹ الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية (من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب للمنحور) ط 1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2010، ص 121 - 122.

امرأة واحدة بعدة رجال زنا مذموم يجب أن تنأى بنفسها عنه كل حدّة من حدائد النساء"42.

1- الزواج الفاسد اصطلاحا

بعد أن قمنا بتعريف الزواج الفاسد لغة وجب التطرق الى تعريفه إصطلاحا.

أ- الزواج الفاسد في نظر المذاهب الفقهية

يرى جمهور الفقهاء فيما عدا الحنفية أنّه لا فرق بين الباطل والفاسد من النكاح، فالزواج الباطل كالزواج الفاسد لا يفيد ملك المتعة، ولا يترتب عليه أثره. فالعقد عندهم إما صحيح أو غير صحيح. والمستفاد من كل نكاح محرّم لا ينعقد، ويكون باطلا وفاسدا ولا يترتب عليه أثره، وكذلك نكاح فاسد أو باطل، فكذا عند الجمهور نكاح غير صحيح سواء بأصله أو بوصفه.

غير أنه فيما يخص المذاهب الفقهية نجد بعض الاختلافات، الأحناف ينتهجون منهجا فكرته تبرز في: يكون الزواج فاسدا عند الأحناف إذا فقد شرطا من شروط صحته - بمعنى أن يكون الزواج إذا استوفى أركانه وشروط انعقاده ولكن تخلف شرط من شروط صحته كان الزواج فاسدا - كمن يتزوجون بغير شهود - أو يتزوج زواجا مؤقتا، أو يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها.

ومنشأ الخلاف بين الحنفية الجمهور هو اختلافهم في أثر التّهي المتوجه إلى وصف من أوصاف العمل اللازم له⁴³. بينما الحنفية يرون أنّه يقتضي فساد الوصف فقط، أما أصل الزواج فهو باق على مشروعيته. وجمهور العلماء يرون أنّه نقيض فساد كل من الوصف والأصل .

42 محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة (الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثارها، الولادة ونتائجها)، المكتبة القانونية والعربية، ط 8، المغرب، 2017، ص 135، عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج1، (الزواج انحلال ميثاق الزوجية وآثارها، الولادة ونتائجها)، دار السلام، 2018، ص 165.

43 عبد العزيز سليمان الحوسات، مرجع سابق، ص 69؛ وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ط 1، دار الفكر، دمشق، 1986، ص 107.

في حين مذهب الجمهور هو الراجح بالنّص والجماع والمعنى، أما النّص، فقوله صلّ الله عليه و سلّم فيما رواه البخاري وأبو داود عن عائشة: "مَنْ عَمَلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ" 44 .

الزواج الفاسد عند بعض الفقهاء الزواج غير اللازم، وهو ما استوفى أركانه وشروط صحّته ونفاذه، وفقد شرطاً من شروط اللزوم، وهو ملحق بالصّحيح لأنّ غاية ما يفيد عدم لزومه جواز فسخه بطلب من له حق الفسخ. فالزواج الفاسد عند الحنفية هو ما استوفى أركانه وشروط انعقاده وتختلف شرط من شروط الصّحة 45 .

أما جمهور الفقهاء ، كما تقدم ، لا فرق عندهم بين الباطل والفاسد 46 ، فالباطل عندهم فاسد، والفاسد باطل، وكلاهما لا يترتب عليه شيء قبل الدخول، لأنّ الأصل في العلاقة بين الرّجل والمرأة التحريم حتى يقوم سبب شرعي يثبت الحلّ وهو العقد الصحيح، فإذا وجد نقل تلك العلاقة في التّحريم إلى الحل 47 .

و بالتّالي، لا يترتب على العقد ذاته - شيء من أثار الزوجية - ومؤدى هذا لا يحلّ فيه الدّخول بالمرأة ولا تثبت به حرمة مصاهرة ولا توارث، ويجب عليهما أن يفترقا، فإن تفرّقا من تلقاء أنفسهم انتهى الأمر وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بالتّفريق. وإذا حصل دخول بالمرأة بناء على العقد الفاسد - فإنّ الدخول يكون معصية ويجب التّفريق أيضاً - ولا يقام حد لوجود شبهة ووجود الشبهة يمنع إقامة الحد غير أنّ الدخول بالمرأة في هذا يترتب:

- 1- وجوب المهر.
- 2- ثبوت نسب الولد.
- 3- وجوب العدة
- 4- ثبوت حرمة المصاهرة 48 .

44: نقلًا عن، عبد العزيز سليمان الحوسات ، مرجع نفسه، ص 71 .

45 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (كتاب إلكتروني)، أنواع الزواج وحكمها في القانون، المكتبة الشاملة الحديثة، 2006، ص 6587.

46 وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 7، ص 95.

47 وهبة الزحيلي ، المرجع نفسه، ص 606.

48 أحمد نصر الجندبي، مرجع سابق، ص 74-75.

أما المالكيّة يسلكون طريقاً آخر في مفهوم للزواج الفاسد ويتجلى في: "فاسد النكاح وباطله سواء عند المالكية - وهو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته.

والزواج الفاسد ينقسم إلى قسمين:

الأول: - زواج اتفق الفقهاء على فساده: كالزواج بالمحرمات نسبياً أو مصاهرة أو رضاعاً. الثاني: - زواج اختلف الفقهاء في فساده: بمعنى أن يكون فاسداً عند المالكية وصحيحاً عند غيرهم - فإذا كان الخلاف قوياً لقوة دليبه - اعتبر من قبيل الزواج المتفق على فساده كزواج المتعة والزواج بأكثر من أربع زوجات. وإن كان الخلاف ضعيفاً لا يُلْتَفَت إليه. يرى المالكيّة أن الزّواج الفاسد حكمه التحريم ويجب فسخه في الحال رفعا للمعصية وفسخه قبل الدخول لا يترتب عليه صداق، ولكن بعد الدخول وجب الفسخ وإن طال الزمن. أما إذا كان الفساد بسبب خلل في الصداق أو اقتران العقد بشرط يناقض المقصود من الزواج - مثل هذا الزواج - بالدخول لا يفسخ العقد - ويثبت النسب وحرمة المصاهرة والإرث ووجوب العدة⁴⁹.

ب/- الزواج الفاسد في نظر الفقه المعاصر

قد عرّف بعض الباحثين الزّواج الفاسد بأنّه: "الذي اختلّ فيه شرط من شروط الصحة بعد استنفائه لشروط الانعقاد كما إذا لم يحضر الشّاهدان عند غير المالكية، وكما إذا لم تكن المرأة المعقود عليها محلاً للزّواج بأن تكون محرّمة على من تزوجها، بشرط عدم علم الزّوجين وقت العقد أنّها محرّمة عليه"⁵⁰.

أما فيما يخصّ الزّواج الفاسد من ناحية تعريفه من وجهة كذلك الفقه الإسلامي المعاصر هو "ما شرّع بأصله دون وصفة"، أو بمعنى آخر هو "موافقة التصرف للشرع من حيث الأركان وشروط الصحة مع المخالفة في الأوصاف اللازمة فيكون التصرف مطلوب

⁴⁹ أحمد نصر الجندبي، مرجع سابق، ص 75-76.

⁵⁰ بوكان أبو بكر كريم، مرجع سابق، ص 29-30، نقلاً عن أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1972، ص 79.

الفسخ شرعا لهذه المخالفة مع صحته من حيث الأصل وتترتب عليه الأحكام في هذه الحثية⁵¹.

وفي تعريف آخر للعقد الفاسد، يقصد به "ما كان مشروعاً في نفسه فأتى المعنى من وجه كالبيع الفاسد لملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال مع تصوّر الانفصال عنه في الجملة"⁵².

أما الأستاذ مصطفى الزرقا يعرفه على أنه: "اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ"⁵³.

4/- الزواج الفاسد في التشريعين الجزائري و المغربي

لقد نصّ المشرّع الجزائريّ على الزواج الفاسد في قانون الأسرة في الفصل الثالث تحت عنوان: "النكاح الفاسد والباطل" بقوله في المادة 33 فقرة 02: "... إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل " .

أما المشرّع المغربي نص عليه في مدونة الاسرة من خلال الكتاب الأول تحت عنوان الزواج مدرج فيه القسم الخامس: أنواع الزواج وأحكامها، والباب الثاني: الزواج غير الصّحيح وآثاره من خلال الفرع تحت عنوان الزواج الفاسد من خلال المادة 59 بقوله: "يكون الزواج فاسداً إذا اختل فيه شرط من شروط صحته طبقاً للمادتين 60 و 61 بعده ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصحّ بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده".

من خلال ما سبق، تبيّن أنّ كلا المشرعين لم يقوموا بتعريف الزواج الفاسد تعريفاً دقيقاً وإتّما قاما بالنص عليه فقط من خلال تبيان حالاته. يعتبر الزواج فاسداً إذا اختل فيه شرط من شروط صحته كما هو منصوص عليه في كل من المادتين 60 و 61 من مدونة الأسرة حيث اجتمع في هاتين المادتين صور الزواج الفاسد الذي يمكن أن يكون إما زواجا فاسداً لصداقه، أو زواجا فاسداً لعقده.

⁵¹ بوكان أبو بكر كريم، المرجع نفسه، ص 26.

⁵² أبو الشاء محمود الحنفي الماترتدي، أصول الفقه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1995، ص 65.

⁵³ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، بيروت، 1998، ص 739.

غير أن الزواج غير الصحيح قد يكون إما فاسداً أو باطلاً وهو ما ضمّنه المشرع المغربي في نص المادة 56 من مدونته بقوله: "الزواج غير الصحيح يكون إما باطلاً وإما فاسداً"، بالنتيجة المشرع قد تخلّى عن الزواج المجمع على فساده والمختلف في فساده، فالزواج الفاسد هو الزواج الذي انعدمت فيه شروط صحته⁵⁴.

بينما المشرع الجزائري، كما تقدم، لم يتطرق إلى تعريف واضح وصريح للزواج الفاسد، ومن قراءة المادة 33 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة نجده بين وحدّد فساد الزواج بأنه الزواج الذي تخلف فيه أحد شروط الصّحة، والتي نص عليها في المادة 9 مكرر من ق.أ.ج من صداق وشاهدين وموانع شرعية وأهلية وولي. إضافة إلى المادة 34 من نفس القانون التي تنصّ على أنّ: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

ومن خلال المواد السابق ذكرها، يتبيّن أنّ الزواج ينشأ في أصله صحيحاً غير أنّه يسلك مجرى غير صحيح، وذلك إذا احتلّ أحد شروط صحته التي ذكرتها المادة 9 مكرر ق.أ.ج⁵⁵ و المادة 13 مدونة الأسرة المغربية⁵⁶.

ومن جانب، شراح القانون الجزائري ذهب الأستاذ بلحاج العربي إلى تحديد الزواج الفاسد بقوله: "هو كلّ زواج تم ركنه الأساسي بالإيجاب والقبول (م و 10 و 33/ق.أ.).

54 محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة (الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثارها، الولادة ونتائجها)، ط8، المحمدية، 2017، ص 132.

55 المادة 9 مكرر ق.أ.ج: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

-أهلية الزواج.

-الصداق.

-الولي.

-شاهدان.

- انعدام الموانع الشرعية للزواج."

56 المادة 13 مدونة الأسرة المغربية، " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

• أهلية الزوج والزوجة.

• عدم الاتفاق على إسقاط الصداق.

• ولي الزواج عند الاقتضاء.

• سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه.

• انتفاء الموانع الشرعية."

ج)، ولكنه فقد شرطا من الشروط الواردة في المادة 9 مكرر المضافة بالأمر 02/05 بمعنى الذي توافر فيه سبب من أسباب الفسخ أو الإبطال (entaché de nullité)، وتبين أمره قبل الدخول (م 33 / 2 للمعدلة بالأمر 02/05) فإن الزواج الفاسد لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول، فإن حصل الدخول فإنه لا يختلف عن الباطل لأنه يترتب عنه الآثار (المادة 33 من ق.أ.م ج) 57 .

مما سلف ذكره، استوضح أنّ كلا المشرعين لم يقوما بإعطاء تعريف واضح للزواج الفاسد وإنما أشار إلى الأسباب الدافعة لفساد الزواج (تخلف أحد الشروط فقط). إذن فالمشرع الجزائري نصّ على الزواج الفاسد في المادة 33 ق.أ.ج، أما المشرع المغربي نصّ في المادة 50 مدونة الأسرة على أنه: إذا توفرت في عقد الزواج أركانه وشروط صحته وانتفت الموانع، فيعتبر صحيحا وينتج جميع آثاره من الحقوق والواجبات التي رتبها الشريعة بين الزوجين والأبناء والأقارب المنصوص عليها في هذه المدونة". فقد ينقلب مفهوم الزواج من صحيح إلى غير صحيح وهذا عالجها المشرع المغربي في المادة 58⁵⁸، حيث بين فيها أنواع الزواج غير الصحيح: الزواج الفاسد والباطل. أما في المادة 59 من ذات المدونة أشار من خلالها الى الزواج الفاسد وإعطائه تعريفا بسيطا بقوله: "يكون الزواج فاسدا إذا اختل فيه شرط من شروط صحته طبقا للمادتين 60، 61 بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصحّ بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده".⁵⁹

إذن، الزواج الفاسد هو فاسد لإختلال شرط من شروط الصحة فيه، فإذا لم يتم الدخول لا وجود للنتائج. أما إذا حصل الدخول بالزواج الفاسد فينتج عنه آثار ولكن بماذا يتميز الزواج الفاسد بما يشابهه؟.

⁵⁷ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديدة وفق آخر تعديلات ومدعم بأحداث الاجتهادات المحكمة العليا، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012، ص 382.

⁵⁸ مدونة الأسرة المغربية في مادتها 56 تنص على أن: "الزواج غير الصحيح يكون إما باطلا وإما فاسدا".

⁵⁹ ظهير شريف رقم 01-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 (03 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 03-07 بمثابة مدونة الأسرة، ص 18. الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 05 فبراير 2004.

الفرع الثاني

تمييز الزواج الفاسد عما يشابهه

كل نكاح ورد التّهي عنه أو وقع خلل بأحد شروطه عُدّ فاسداً⁶⁰. و جاء النهي الصحيح عن أربعة أنواع من التّكاح وهي نكاح الشغار، نكاح المتعة، والخطبة على خطبة أخيه، ونكاح المحلل⁶¹.

إذن فيما تتمثل كل هاته الانواع من الأنكحة؟⁶².

للإجابة على هاته الإشكالية تم تقسيم الدراسة الى: نكاح التحليل (أولاً) و الشغار (ثانياً) و المتعة (ثالثاً) و نكاح الخطبة على الغير (رابعاً)، الزيجات الفاسدة عند المالكية من حيث أحكامها.

أولاً : نكاح التحليل

هو زواج الرّجل بالمرأة المطلقة بالثلاث ليحلّها إلى مطلّقها، وهو زواج منهيّ عنه لقول ابن مسعود: لعن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم المحلّل والمحلّله⁶³. فهذا التّكاح منهيّ عنه إذا كان يقصد به التحليل أو دُكر شرط في العقد أنّه إذا ما وطأ بها ليحلّها لزوجها الأول.

ثانياً : نكاح الشغار

فالشغار لغة: هو الرّفْع والخلو، شغَر الكلب يشغَر شغراً رفع إحدى رجله، ثم استعمل في معنى مخصوص وهو رفع الصّدّاق. والشغار: الطرد، شغروا فلاناً من بلده: إذا طردوه، فيكون الشغار معناه الخلو، شَغَر البلد خلا من الناس وبابه قطع والشّغارُ بالكسر نكاح كان في الجاهلية وهو أن يقول الرجل لآخر زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي

⁶⁰ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ب ط، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 155.

⁶¹ عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 159.

⁶² المالكية قسمو الأنكحة الفاسدة إلى نوعين:

أ) متّفق على فساده: وهي ما لم يقل أحد بعدم منه ابتداءً أو دواماً⁶².

ب) مختلف في فساده: وهي ما اختلف في صحته أو فساده بين الفقهاء، فمنعه بعضهم وأجازه آخرون.

⁶³ محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، ط 01، ج 08، دار الحديث، مصر، 1993، ليحلها إلى زوجها الأول الذي طلقها ثلاثاً و هذا إذا ما كان الإثنان عالمان لذلك و يتزوجها بغية أن يطلقها و يحللها لزوجها الأول.

أو أختي على أن صداق كل واحدة منهما بُضِعَ الأخرى كأنهما رفعاً المهر وأخليا البُضْعَ عنه⁶⁴.

والشغار بالكسر: نكاح كان في الجاهلية، وهو أن يقول رجل آخر زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي، على أن صداق كل واحدة منهما بضع الآخر، كأنهما رفع المهر وأخليا البضع عنه⁶⁵.

بمعنى أن ينكح الرجل موليته: بنته أو أخته على أن ينكحه الآخر موليته، ولا صداق بينهما، إلا بضع هذا ببضع الآخر. اتفق العلماء على معناه هذا، وعلى أنه نكاح غير جائز للنهي الصريح عنه، واختلفوا إذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم لا؟ فقال مالك وأحمد والشافعي: لا يصحح ويفسخ أبدأ قبل الدخول وبعده لما روى ابن عمر: أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن الشغار". غير أنّ أبو حنيفة فيقول بصحة نكاح الشغار بفرض صداق المثل، فيكون الشرع أوجب فيه أمرين: الكراهة ومهر المثل⁶⁶.

وزيادة على ذلك، "ذهب المالكية إلى تقسيم الشغار إلى ثلاثة أقسام: شغار صريح، وهو أن يقول له: زوجني أختك مثلاً، على أن أزوجك أختي بحيث لا يكون لإحداهما مهر، بل بضعها في نظير بضع الآخر. الثاني، ويقال له: وجه شغار، وهو أن يقول له: زوجني أختك بمائة على أن أزوجك أختي بمائة، فالأول صريح الشغار لأنه رفع منه المهر رأساً، فلم يسمياً لأحد مهراً، والثاني يقال له: وجه شغار لأنه وإن كان قد سمي لكل منهما صداقاً، ولكنه اشترط زواج إحداهما في نظير الآخر، فالتسمية في هذه الحالة كلا تسمية، الثالث: المركب منهما، وهو أن يقول له: زوجني أختك مثلاً بخمسين جنيهاً على أن أزوجك أختي، أو أمتي بلا مهر، فهو في هذه الحالة صريح فيمن لم يسم لها، وذو وجه فما سمي لها⁶⁷.

⁶⁴ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص 143.

⁶⁵ عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 159.

⁶⁶ عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 155. نفلا عن الترميذي: النكاح، باب ما جاز الخلل والخلل له، ج 02، ص 421،

والنسائي: الطلاق، باب إحلال المطلقة ثلاثاً وما فيه من التغليب، ج 06، ص 149، والمهذب للشيراز: ج 02، ص 46.

⁶⁷ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، ط 2، ج 5، بيروت - لبنان، 1424هـ -

2003 م، ص 116-118.

وحكم الشغار الصريح البطلان، "فيفسخ العقد قبل الدخول وبعده، فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء لهما، وإن فسخ بعده كان لهما مهر المثل بالوطء. وحكم وجه الشغار البطلان، ولكن يفسخ قبل الدخول لا بعده بطلاق. أما بعده، فإن العقد فيه يثبت بالأكثر من المسمى وصدّاق المثل، بمعنى أنها تأخذ الأكثر، فإذا كان قد سمى لها خمسين، وكان صدّاق مثلها مائة كان لها الحق في المائة وبالعكس، ولو وقع وجه الشغار لا على الشرط فإنه يصح. فلو زوجة أخته بمائة، فكافأه الآخر على ذلك وأعطاه أخته بمائة، فإنه يصح. أما حكم المركب منهما فإن المسمى لها يفسخ عقدها قبل الدخول، ويثبت بعده بالأكثر من المسمى ومهر المثل. وأما غير المسمى لها فإن عقدها يفسخ قبل الدخول وبعده، ولها في حال الفسخ بعد الدخول صدّاق المثل.

أما الشافعية ذهبوا إلى القول أن الشغار هو أن يقول له: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك، وبضع كل منهما صدّاق الآخر، فيقول: قبلت، وكذا لو قال له: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك وبضع كل منهما ومائة دينار صدّاق الآخر، فإن ذكر المال لم يخرج البضع عن كونه صدّاقاً. وعلة التحريم أنه جعل كلاً منهما مشتركاً فيها، لأن كل واحدة مستحقة للرجل ولا بنته فهي زوجة للرجل وصدّاق لبنته، فكأن بضعها مشترك فيه اثنان. فأشبهت المتزوجة بالاثنتين. فلو لم يذكر البضع بأن قال: زوجتك بنتي بمائة على أن تزوجني بنتك بمائة فإن العقد يصح، ولكن يبطل المسمى، وذلك لأنه جعل المسمى في العقد الثاني زواج البنت، والمائة وزواج البنت الثانية غير معلوم، فبطل المسمى كله في الثاني، ويبطل في العقد الأول لأنه مبني على الفاسد - وهو الثاني - لأن النكاح مشروط به والمبني على الفاسد فاسد. هذا، وإذا وطئها في نكاح الشغار كان لها مهر المثل كما تقدم فإن الشافعية يقولون: إن النكاح الفاسد يوجب مهر المثل⁶⁸.

أما عند الحنفية نكاح الشغار، "هو أن يزوج الرجل بنته لابن الآخر مثلاً في نظير أن يزوج الآخر ابنته لا بنه. على أن يكون بضع كل منهما صدّاقاً للآخر كما فسره الشافعية ولو قال له: زوجتك أختي على أن تزوجني أختك، ولم يذكر أن بضع إحداهما صدّاقاً أو

⁶⁸ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، مرجع نفسه، ص 116-118.

ذكره ولكن الآخر لم يقبل كون صداق أخته بضع الآخر، فإنه لا يكون شغاراً. وحكم هذا أن العقد صحيح عند الحنفية ويجب فيه مهر المثل لكل من الاثنتين.

وقد اعترض على الحنفية بأن الشغار منهي عنه بحديث الصحيحين والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، فأجابوا عن هذا بوجهين⁶⁹: أحدهما: أن المنهي عنه حصول حقيقة الشغار. ونحن نقول: إن هذه الحقيقة المنهي عنها غير نافذة عندنا. وإنما الذي نقول بحله ونفاذه إنما هو العقد بمهر المثل. فبطل كونه صداقاً ويمكن تلخيص ذلك بأن النهي وارد على جعل البضع صداق فلا يصح، كما لا يصح جعل الخمر والخنزير صداقاً فيبطل الصداق المسمى، ويبقى العقد بمهر المثل، ثانيهما: أن النهي للكراهة لا للفساد، وذلك لأن الشارع جعل فساد المسمى في الصداق موجباً لمهر المثل في غير هذا مع الكراهية، فيحمل النهي هنا على الكراهة قياساً على غيره⁷⁰.

"وفي نظر الحنابلة أن الشغار هو أن يزوجه بنته أو غيرها ممن له عليها ولاية على أن يزوجه الآخر بنته. أو من له عليها ولاية، ولم يذكرها مهراً أو قالوا: بدون مهر ولا يشترط أن يقولوا: وبضع إحداهما صداق الآخر، وكذا إذا قال له: زوجتك أختي على أن تزوجني أختك وبضع كل منهما ومائة دينار صداق الآخر. فهذا شغار، وهو نكاح فاسد. واستدل الحنابلة بما رواه أحمد عن عمر بن زيد بن ثابت أنهما فرقا بين المتناكحين، لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار، والشغار أن يزوجه الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق متفق عليه، وروى أبو هريرة مثله، أخرجه مسلم⁷¹.

"وقد عرفت أجوبة الحنفية عن هذا، فهم يجعلون النهي منصباً على تسمية الصداق، ولكن الحنابلة يقولون: إن النهي من حيث موافقته على شرط فاسد ولا أدري ما وجه ذلك. لأن النهي كما يصح أن يكون على الموافقة على شرط فاسد كذلك يصح أن يكون على تسمية الفاسد وجعله شرطاً بدون فرق، على الحنابلة قالوا: إذا سمى مهراً كأن قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، ومهر كل واحدة مائة، فإنه يصح العقد بالمسمى إذا

⁶⁹ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، مرجع سابق، ص 116-118.

⁷⁰ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، مرجع نفسه، ص 116-118.

⁷¹ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، مرجع نفسه، ص 116-118.

لم يذكر البضع خلافاً للشافعية، ولو سمي المهر لإحدهما ولم يسم للأخر صح نكاح من سمي لها دون الآخر خلافاً للمالكية في الصورتين⁷².

ثالثا : نكاح المتعة

هو نكاح مؤقت يخبر الرجل فيه المرأة أنه سيتجاوزها لمدة محددة فقط. وهو النكاح الذي يحدد بمدة معينة و لو بمعلوم كسنة، أو محدد كغاية لغاية معينة كإستثمار⁷³. أما حكمه فهو باطل بالإجماع عدا الشيعة عملا برأي ابن عباس وجماعة الصحابة والتابعين. أما النكاح المؤقت فبطلانه عند الجمهور، لأنه أتى بمعنى المتعة، والعبرة فبالعقود، وأجازته زفر والشيعة على اعتبار أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة عند زفر⁷⁴، وعن سيرة الجهني، أنه غزا مع النبي صلى الله عليه وسلم فتح مكة، فقال: "فأقمنا بها خمسة عشر، فأذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في متعة النساء وذكر الحديث الى أن قال: فلم أخرج حتى حرمها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الإستمتاع من النساء وإن الله قد حرم ذلك الى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا"⁷⁵

رابعا : نكاح الخطبة على خطبة الغير

هذا النكاح منهى عنه، غير أنه عند الجمهور يعدّ صحيحا فلا يفرّق بين الزوجين، لأنّ النهي ليس متوجها إلى نفس العقد، بل إلى أمر خارج عن حقيقته فلا يقتضي بطلان العقد⁷⁶.

وبعد التطرق إلى آراء المذاهب الفقهية (الحنفية والحنابلة)، ووجب معرفة الزيجات الفاسدة عند المالكية.

⁷² عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، مرجع سابق، ص 116-118.

⁷³ عبد القادر داودي، مرجع سائق ذكره، ص 156.

⁷⁴ أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، ط1، الأردن، 2012، ص 91.

⁷⁵ محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، مرجع سابق، ص 160.

⁷⁶ عبد القادر ابن حرز الله، مرجع سابق، ص 160.

خامسا: الزيجات الفاسدة عند المالكية من حيث أحكامها

النكاح الفاسد لصدقه : هو كل نكاح فاسد في صدقه يفسخ قبل البناء و لا صدق فيه ليثبت بعده بصدق المثل .

أما من وافته المنية قبل البناء يرثها لآخر ويلزم فيه الطلاق والخلع قبل الفسخ ويصدق الصداق⁷⁷.

"وأما فيما يتعلق بنكاح المريض مرض الموت، هذا العقد غير صحيح عند المالكية سواء ثبت حاجة المريض للنكاح أم لا، فيفسخ العقد قبل الدخول وبعده إلا إذا صحَّ المريض من مرضه. فالعلة عندهم هي إدخال وارث جديد على الورثة للإتقاص من حقهم في التركة ونفس الشيء للمرأة المريضة، فإن تزوجت ودخل بها فلها الصداق المسمى، أما إذا توفي زوجها قبل الفسخ فلها ثلث ماله أو الصداق المسمى أو صداق المثل ولا ميراث لها عند المالكية. أما جمهور الفقهاء فقالوا بصحة نكاح المريض مرض الموت"⁷⁸.

بعد معرفة آراء المذاهب الفقهية حول الزواج الفاسد، ووجب التعرض على نوعية الجزء المترتب على هذا النوع من الزواج إما بفساده أو بطلانه.

المطلب الثاني

مسببات الزواج الفاسد

لقد سبقت الإشارة إلى أنّ الزواج الصحيح هو الذي توافرت فيه أركانه وشروط انعقاده، ويترتب عليه آثاره الشرعية، والفاسد هو الذي تم ركنه واختلت بعض شروطه الصحية⁷⁹.

بناء على المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 59 من مدونة الأسرة المغربية،

فمسببات الزواج الفاسد هي:

- 1- الولي.
- 2- الصداق.
- 3- الشاهدان.

⁷⁷ لمزيد من التفصيل، أنظر عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 166 و167.

⁷⁸ لمزيد من التفصيل، انظر عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 157-158.

⁷⁹ عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج2، مكتبة الرشاد، المغرب، 2006، ص165.

4- انتفاء الموانع الشرعية.

فإذا تخلف شرط من هذه الشروط صار الزواج فاسدا. وعليه، من خلال ما سبق ذكره اتضحت نقاط الاختلاف والتشابه في كلا القانونين حيث أنّ المشرع الجزائري ربط فساد العقد باختلال أحد شروط صحته وهي التي ذكرتها المادة 09 مكرر من ق.أ.ج، كما تم ذكرها في المادة 13 من المدونة بقولها: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

1- أهلية الزوج والزوجة .

2- عدم الاتفاق على إسقاط الصداق .

3- ولي الزواج عند الاقتضاء .

4- سماع العدلين بالتصريح بالإيجاب من الزوجين وتوثيقه .

5- انتفاء الموانع الشرعية"⁸⁰.

ومن باب المقارنة بين التشريعين، نستخلص أن المشرع المغربي كان أكثر تفصيلا من المشرع الجزائري في هذا المجال من خلال ما ورد في المادتين 60 و 61 من المدونة، إذ أنه قد أضاف بعض الحالات إلى الشروط وهي في حالة المرض المخوف للزوجين كالسيديا أو السرطان.

وبالتالي ينقسم الزواج الفاسد إلى:

1- زواج فاسد لصداقه أو غياب شرط الولي.

2- زواج فاسد لعقده.

الفرع الأول

الزواج الفاسد لصداقه أو لفقد شرط الولي

الشريعة الإسلامية لم تهمل ذكر شروط الواجب توافرها في عقد الزواج ولم تهمل أيّ تفصيل خاص بها على غرار ما قام به المشرع الجزائري الذي وعلى الرغم من ذكره لشروط الصحة و تحديدها إلا أنه أغفل كيفية حماية الأطراف في حالة الإخلال بأحد الشروط.

⁸⁰ إذا ما قمنا بالرجوع الى شروط صحة عقد الزواج المنصوص عليها في ق.أ.ج في م 9 مكرر تنص على نفس الشروط مما يجعلنا أمام نفس المفاهيم والمصطلحات القانونية المتمثلة في الأهلية و الولي و الصداق والشاهدان والموانع الشرعية، فنجد ان القانونين فيهما من ناحية التقارب كونهم مجتمعات مسلمة تقوم على أسس من الشريعة الإسلامية.

و كما أن المشرع المغربي لم يحط بكل الجوانب الخاصة في حالة الإخلال أو المساس بأحد الشروط المرتبطة بالزواج وصحته، لذا وجب طرح الإشكال المتمثل في ماهو الزواج الفاسد لصدّاقه؟ كيف يتم تدارك الإخلال بشرط الولي في الزواج؟. كل هذه الأسئلة سنحجّب عنها من خلال نقطتين .

النقطة الأولى : الزواج الفاسد لصدّاقه .

النقطة الثانية : الإخلال بشرط الوليّ في الزواج الفاسد ومقترحات بديلة له.

أولاً : الزواج الفاسد لصدّاقه

فالصدّاق هو ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج، وله أسماء عديدة منها: المهر والنحلة والفريضة والحباء والطول والأجر والعقد والعلائق⁸¹. ويطلق الصدّاق على وثيقة العقد مجازاً من باب إطلاق الجزء وإرادة الكل⁸².

فالصدّاق يعتبر شرط صحة في عقد الزواج، لا يجوز الاتفاق على إسقاطه و لا تسميته بشيء لا يصح إلزامه شرعاً ككل من الخنزير والخمر والمخدرات أو خدمات محظورة أو غيرها مما يخالف النظام العام والآداب العامة. فإذا اختل شرط الصدّاق يفسخ العقد إذا اطلع عليه قبل الدخول، ولا صدّاق فيه للزوجة، ما دام لم يتصل بها. أما إذا لم يطلع عليه إلا بعد الدخول، فلا يفسخ ويكون للزوجة صدّاق المثل، وذلك عملاً بقول ابن عاصم :

وما فساد من الصدّاق * فهو بمهر المثل باق⁸³**

فالصدّاق هو شرط بإجماع ولا يجوز التراضي على إسقاطه ولا اشتراط سقوطه فيكون مما يجوز تملكه وبيعه من العين والعرض والأصول والرقيق وغير ذلك، أن يكون معلوماً فلا يجوز بمجهول إلا في نكاح التفويض، ولا يجب وصف العروض خلافاً للشافعي وإن وقع على غير وصف فلها الوسط، أن يسلم من الغرر فلا يجوز فيه عبد أبق و لا بغير شارد و شبههما⁸⁴.

⁸¹ حياة البجداني، مرجع سابق، ص 215.

⁸² حياة البجداني، مرجع سابق، ص 215.

⁸³ ابن عاصم، مقتبس عن عبد الكريم شهيون، مرجع سابق، ص 167.

⁸⁴ محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، مرجع سابق، ص 348-349.

لذلك يقول الفقيه ابن جزوي: "النكاح الفاسد مفسوخ وما كان فساده لعقده فسخ قبل البناء و بعده وما كان فساده لصدقه فسخ قبل البناء وثبت بعده على المشهور وقيل يفسخ فيهما وقيل لا يفسخ فيهما"⁸⁵. وبتعبير أدق، يفسخ هذا الزواج قبل البناء ولا صدق فيه للزوجة حسب المادة 60 من مدونة الأسرة .

أما إذا لم يطلع عليه إلا بعد البناء، فلا يفسخ وإنما يُصحح بصدّق المثل الذي تأخذه الزوجة. غير أنّ صدق المثل المشار إليه في المادة 60 من مدونة الأسرة تراعي المحكمة في تقديره الوسط الاجتماعي للزوجين⁸⁶ .

فالزواج الفاسد لصدقه، هو ما فقد شرطا من الشروط التي يجب أن تكون في الصداق، كما لو أصدقها شيئا مجهولا، فيفسخ قبل الدخول وجوبا ولا صدق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّق المثل، وذلك لأنّ الصداق حكمه حكم الثمن، فما صحّ أن يكون ثمنا، صحّ أن يكون صداقا وما لا⁸⁷.

و في هذا تنص المادة 28 من المدونة على أنه : "كل ما صحّ إلزامه شرعا، صلح أن يكون صداقا والمطلوب شرعا تخفيف الصداق". أما المادة 26 منها عرّفت الصداق بقولها: "هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرّة وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنويّة و الرمزيّة وليس قيمته المادية".

أما المشرع الجزائري سلك في المادة 33 / 2 من قانون الأسرة نفس الطريق الذي اتجه فيه المشرع المغربي، فالزواج إذا تمّ بغير صداق يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّق المثل .

ثانيا : الإخلال بشرط الولي في الزواج الفاسد ومقترحات بديلة له

يُعدّ الزواج عقدا متميّزا أحاطه الشارع الحكيم بميزات جعلته ميثاقا غليظا لا يجوز التلاعب به أو اعتباره للشهوات وقضاء المتعة فقط وإثما لربط علاقات أسرية بين شخصين الرجل والمرأة بصفة خاصة وبين أسرّتين بصفة عامة وحتى بين مجتمعين وإن اختلفت التقاليد

⁸⁵ محمد بن احمد بن جزوي العرناطي ، مرجع سابق، ص 363-364.

⁸⁶ محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة (الزواج)، ط3، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2015، ص 268.

⁸⁷ عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 166-167.

والعادات والبلاد، فيبقى الهدف واحدا والنية واحدة. في بعض الحالات قد يحول الزواج دون إتمامه صحيحا نتيجة لاختلال أحد شروطه من بينها شرط الولي .
فالوليّ هو الركيزة الأساسيّة لكل أسرة إذ أنّه عماد المرأة وسندها ولو اختلفت أدواره (الأب، الأخ، الزوج،) .

الشريعة الإسلامية لم تغفل، خلافا للتشريعين الجزائري و المغربي، عن إهمال الشروط المتعلقة بالزواج وخصوصا الولي ، وبالتالي هذه ثغرة من الثغرات التي ينبغي سدها، وبذلك فكان من اللّزام الرّجوع إلى أحكام الشريعة الإسلاميّة. فالولي هو شرط واجب خلافا لأبي حنيفة، فلا تعقد المرأة نكاحها على نفسها ولا على غيرها، بكرة كانت أو ثيبا، شريفة أو دنيئة، رشيدة أو سفیهة، حرة أو أمة أذن وليها أو لم يأذن، فإن وقع فسخ قبل الدخول أو بعده وإن طال وولدت الأولاد ولا حد في الدخول للشبهة، وفيه الصداق المسمى⁸⁸.

أ/- شروط الولي حسب الشريعة الإسلامية:

يشترط في الولي:

- كمال الأهلية بأن يكون بالغاً عاقلاً حراً.
- اتحاد الدين مع المولى عليها .
- الذكورة .

لكنه اختلف هل شرط العدالة لازم توافره أم لا ؟

قد اختلف في إشتراط العدالة والرشد وقيل يعقد السفیهة على وليته خلافا لأبي حنيفة وقيل يعقد وليه ويعقد الكافر على الكافر وإنما يعقد المسلم على الكافر بالرق خاصة⁸⁹.

وتبعاً لما ذكر أعلاه، لوجود الولي حكمة تتمثل في :

- توسيع دائرة الشورى لتوفّق المرأة في الاختيار الأحسن والأنسب للزوج.
- شعور المرأة بعزّتها وكرامتها لدى تمثيل وليها عنها في الزواج وصيانة كرامتها حتى

لا يتلاعب الفسقة بالفتيات.

⁸⁸ محمد بن أحمد الجزبي الغرناطي، مرجع سابق، ص 344.

⁸⁹ محمد بن أحمد الغرناطي، مرجع سابق، ص 348.

- الرجال أقدر على البحث في أحوال الرجال من النساء، لأنه لو تركت المرأة للبحث عن شريكها فقد لا توفق في ذلك.
- الاطمئنان على المرأة لأنها تزوجت برضاها وبمساعدة وليها.
- شرط الولي فيه نوع من الإعلان عن الزواج .
- شرط الولي يعد تكريماً للمرأة وتعبيراً عن مواظنتها وهي حقيقة شرعية وعلمية.
- وبالتالي، إنّ غياب الولي في عقد الزواج ينتج عنه عدة عيوب منها⁹⁰:
 - تنمية العداوة بين المرأة وأهلها .
 - في حالة ما إذا صارت مع المرأة مشكلة لن تجد من يقف بجانبها .
 - سيجد الفاسقون فرصة أكبر للتلاعب بينات الناس .
 - الإضرار بالأطفال .
 - ارتفاع نسبة الطلاق وهو ما نراه في المحاكم .
 - المرأة عند زواجها يسعدها ويسرها حضور كل من يحبها وله علاقة بها.
 - تغيير منهج الزواج إلى الفرديّة بعدما كان الزواج بين أسرتين يصبح الزواج فردياً يقوم برغبة فردية فقط بين الطرفين.
- ولذلك إعتبرت المادة 9 من ق.أ أنّ عقد الزواج يتم برضا الزوجين، والمادة 13 من نفس القانون تنصّ على أنّه: " لا يجوز للولي أباً كان أم غيره إجبار من هي تحت ولايته في الزواج ولا تزويجها بدون موافقتها"⁹¹. بينما المادة 11 ق.أ والمادة 25 من المدونة المغربية تنصان على أنّ الراشدة لها حق تزويج نفسها بنفسها بحضور وليها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره ، بمعنى هي من تقرر وهي من تقوم بالزواج، هذا كله مغالطة لأنّ الزواج هو أمر مصيري في حياة الإنسان لا بد له من المشاورة فيه⁹².

⁹⁰ على أساس أننا مجتمعات إسلامية يحظى الولي بمكانة راقية لدى الأسرة لذلك غياب الولي عن مجتمعه المصغر يؤدي بوجود إختلالات وتصدعات داخل الأسرة وماذا إذا كان زواج البنت فهذه الأخيرة لها قيمة مع عائلة زوجها بوليها وهذا ما نلاحظه في مجتمعنا الجزائري فالبنت بلا ولي الشجرة بلا أوراق .

⁹¹ نجد أن القانون الجزائري في المواد المذكورة أعلاه قد استبين من خلال موادّه أن الولي شرط صحة في عقد الزواج غير أنه عاد في المادة 13 منه ليوضح أن الولي ورغم السلطة الممنوحة له للقيام بزواج موليته إلا أنه لا يجوز له تزويجها بالغصب أو رغماً عنها وبدون رضاها .

⁹² البنت وعلى الرغم من كبر سنّها إلا أن قراراتها التي تأخذها بنسبة كبيرة قد تحظى في إتخاذها لذلك على قدر ما تكون الفتاة على قدر من التفهم و الدراية بالإجراءات القانونية و الإدارية و حتى تسيير حياتها فهي دائماً في حاجة الى من يفقه أمورها .

إلا أن المادة 02/33 من ق.أ تنصّ على أنّ الزواج الذي يتم بدون ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. بمعنى الولي لابد من حضوره وتولييه عقد الزواج، وفي حالة إنتفائه، فإذا لم يتم الدخول يفسخ الزواج ولا يكون للمرأة أيّ حق على الزوج لا صداق ولا أيّ شيء. أما إذا ما تمّ الدخول وهنا وجب للمرأة صداق المثل ويثبت الزواج وبتملكها لصداق المثل يصبح الزواج صحيحا بدلا من فاسدا. كما قد يكون الزواج فاسدا لسبب عقده.

الفرع الثاني

الزواج الفاسد لسبب عقده في المدونة المغربية

لقد نصت المادة 61 من مدونة الأسرة المغربية على فسخ الزواج قبل البناء وبعده، وهذا متى احتل فيه أحد الأركان الأساسية في بنائه. إنّ الزواج الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده، وتستحق فيه المرأة الصداق المسمى من دخل بها الزوج⁹³.
نحج المشرع المغربي في المادة 61 في المدونة نفس المنهج الذي إتبعه فقهاء الشريعة الإسلامية إذ يقول ابن عاصم في تحفته:

وما فساده يخص عقده *** ففسخه بعد البناء وبعده⁹⁴

الزواج الفاسد لعقده حسب أحكام الفقه الإسلامي عموما إما مجمع على فساده أو مختلف في فساده، ولكل منهما آثاره الخاصة به⁹⁵.

أولا: الزواج المجمع على فساده وآثاره

يكون الزواج مُجمعا على فساده عندما تجمع كل المذاهب السنيّة، على الحكم بفساده، ومن ذلك الزواج بخامسة حالة وجود أربعة في العصمة أو الزواج بمعتدة الغير، أو الزواج بأخت من النسب أو من الرضاة⁹⁶. أما المشرع الجزائري فنص في مواده من القانون الأسري على الموانع الشرعية للزواج كالزواج بالمحرمات المؤقتة والمؤبدة ومن هنا يلاحظ

⁹³ محمد الأزهر، نفس المرجع، ص 186.

⁹⁴ محمد الكشيبور، مرجع سابق، ص 168.

⁹⁵ محمد الكشيبور، مرجع سابق، ص 268.

⁹⁶ محمد الأزهر، مرجع سابق، ص 186.

تفصيل المشرع المغربي عن الجزائري في هذه المسألة وبالتالي فما لم يوجد به نص في القانون يرجع بأحكامه الى الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من القانون الأسري الجزائري . ومن زاوية المدونة، يكون الزواج مجمعا على فساده في حالتين:

(أ) عند تقرير لمادة في المدونة بفساد الزواج مع انعدام رأي مخالف في المذاهب السنيّة كالزواج بإحدى المحرمات المؤبدة، كعمة الزوج⁹⁷.

(ب) عدم نص القانون على فساد الزواج وإنما تنصّ عليه المذاهب كالزواج بامرأة لا تدين بدين سماوي⁹⁸.

أما ما يخص آثار الزواج المجمع على فساده تنص عليها المادتان 58 بقولها: "...يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق و الإستبراء ، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب و حرمة المصاهرة"، والمادة 60 من المدونة بقولها على أنه: "يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء و لا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الإجتماعي للزوجين"، إضافة الى أن المادة 64 من المدونة نفسها تنص على أنه: "الزواج الذي يفسخ تطبيقا للمادتين 60 و 61 أعلاه، لا ينتج أي أثر قبل البناء، و تترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح الى ان يصدر الحكم بفسخه"، و بالتالي آثار الزواج المجمع على فساده هي :

- لا يثبت شيء قبل الدخول ويفسخ، ولا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح .

- بعد الدخول يثبت للمرأة صداق المثل .

- الاستبراء عند ثبوت الدخول .

- لحوق النسب من عدمه، فهذا مرتبط بنية الزوج إذا كان حسن النية حسب المادة 58 من المدونة ، لا يعلم بالتحريم، فيلحق له نسب الولد. أما إذا كان سيء النية يعلم التحريم لا يلحق له نسب الولد للقاعدة "عدم اجتماع حد ونسب". هذا يعني أنّ الشخص

⁹⁷ لمزيد من التفصيل أنظر، محمد الأزهر، مرجع سابق، ص 186.

⁹⁸ محمد الأزهر، نفس المرجع، ص 187.

متى كان عالما للتحريم وقصد ذلك فهو مكانة الزاني، فالزاني لا يلحقه النسب، أي أنّ القصد الجنائي للشخص له دخل كبير في هذا⁹⁹.

حيث يقول ابن عاصم الغرناطي :

وحيث درء الحد يلحق الولد * في كل ما من النكاح فسد**

لكنّ هذه القاعدة ترد عليها استثناءات وهي:¹⁰⁰

- من يتزوج امرأة سبق له أن طلقها ثلاثا دون أن تنكح غيره.

- من يتزوج خامسة حالة أربعة في العصمة.

- من يتزوج امرأة تحرم عليه نسبا، أو رضاعة، أو صهرا .

فمن البديهيّ أنّه متى ظهر سبب التحريم في الزواج المجمع على فساده سواء أكان هناك دخول أم لا، وجب على الطرفين أن يفترقا رضاء وإلا ففضاء، لأنّ المسألة تتصل بحق الله تعالى لا بحق العبد¹⁰¹.

ثانيا: الزواج المختلف في فساده

يتجلى الزواج المختلف في فساده في حالات عدّة، ويحتوي عموما على أربع حالات وهي:

الحالة الأولى: يعتبر الزواج فاسدا في المدونة حسب المواد المذكورة أعلاه إذا تم بدون شاهدين . حيث أن الشهادة فلا تجب في العقد ولكن تجب في الدخول وهي شرط كمال في العقد وشرط جواز في الدخول¹⁰² . غير أن المذهب المالكي يرى أنه صحيح والإشهاد على العقد واجب، كونه عند العقد زيادة على الواجب، فإن حصل الإشهاد على العقد ووجد عند الدخول فقد حصل الواجب وفات المندوب، وإن لم يحصل عند العقد كان واجبا عند البناء، وإن لم يوجد شهود أصلا، وحصل الدخول بعد العقد فسخ العقد بطلقة

⁹⁹ محمد الأزهر، مرجع سابق، ص 187.

¹⁰⁰ محمد الأزهر، نفس المرجع، ص 187.

¹⁰¹ محمد الأزهر، نفس المرجع السابق، ص 188.

¹⁰² محمد بن أحمد الجزري الغرناطي حققه و علق عليه ماجد الحموي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية و التنبيه على مذهب الشافعية و الحنفية و الحنبلية، ط 1، دار ابن حزم ، لبنان، 2013، ص 339.

بأئنة، لأن العقد بدون شهود صحيح، ولكن لا يجوز البناء إلا بالشهود، ولذلك يفسخ العقد بينهما جبرا من القاضي¹⁰³.

ونكاح السر غير جائز إن وقع فسخ و يستحب الإعلان و أوجهه ابن حنبل و إذا شهد شاهدان ووصيا بالكتمان فهو سرا خلافا لهما¹⁰⁴.

الحالة الثانية: تعتبر المدونة والفقهاء المالكي الزواج فاسدا كل ابرام زواج المرأة الرشيدة عقد زواجها بنفسها بدون حضور وليها، بينما يعتبره الفقه الحنفي صحيحا. فعند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وعند الحنفية يصح عقد البالغة الراشدة العاقلة بدون إذن وليها¹⁰⁵.

الحالة الثالثة: زواج الشغار يُعدّ فاسدا في الفقه المالكي. أما المدونة سكتت عنه، بينما عند الأحناف هو شرط صداق المثل لكلا الزوجين .

الحالة الرابعة: هي الحالة التي سكتت فيها المدونة عن حكم الفساد وكان للفقهاء المالكي رأي راجح بفساده مع وجود رأي آخر يقرر العكس عند نفس الفقه، كزواج شخص من بنت منزلي بها.

أما فيما يخص آثاره، فالنوع الثاني من الزواج الفاسد يفسخ قبل الدخول وبعده في الزواج المختلف بفساده والفسخ في الطلاق المجمع على فساده، ويقول ابن جزري: "...وفائدة الفرق أنّ الفسخ بطلاق يوقعه الزوج ويحسب في عدد التطليقات والفسخ بغير طلاق يوقعه الحاكم ولا يحسب في عدد الطلاقات وتعدد من الفسخ كما تعدد من طلاق"¹⁰⁶.

فالطلاق يكون بائنا في هذا النوع:

- في الزواج المختلف في فساده تستحق المرأة صداق المثل أو المسمى حسب الدخول.
- الدخول في الزواج المختلف في فساده يلزم عدة المرأة .

¹⁰³ أحمد شريف النعسان، عقد الزواج بدون شهود عند المالكية، 14 مارس 2012، رقم الفتوى 4961، www.naasan.net.

¹⁰⁴ محمد بن أحمد بن جزري الغرناطي، مرجع سابق، ص 339-340.

¹⁰⁵ أحمد شريف النعسان، عقد الزواج بدون شهود عند المالكية، 14 مارس 2012، رقم الفتوى 4961، www.naasan.net.

¹⁰⁶ محمد بن أحمد بن جزري الغرناطي، مرجع سابق، ص 363-364.

- الحمل في الزواج المختلف في فساده يلحق للرجل سواء حسنالنّيّة أم سيء النية.
- يتوارث الزوجان قبل الطلاق ولا يتوارثان بعده ما دام الطلاق بائنا.
من خلال ما سبق التطرق اليه إستوجب التفريق بين المشرعين الجزائري والمغربي بخصوص الزواج الفاسد.

الفرع الثالث

التمييز بين القانونين المغربي و الجزائري

بشأن حالات الزواج الفاسد

يتبادر إلى الذهن من خلال الاطلاع على المواد القانونيّة في موضوع الزواج الفاسد في التشريعين الجزائري والمغربي، التساؤل حول معرفة لماذا أقحما موضوع انعدام الموانع الشرعية كشرط ولم يقحماهما كركن. أنّ هذه الأخيرة هي جد مهمة في بناء المجتمعات نظرا لأنّها تستند على استبراء الأرحام، وثبوت النسب يعد من أهم المواضيع التي يدخل فيها التحليل والتّحريم نظرا لأنّها تستند على الزواج. فقد يتمّ أن يُخطئ شخص ويتزوج من موانعه الشرعية، لذلك إنّ شرط انعدام الموانع الشرعيّة كان لزاما على المشرعين وضعه كركن لا كشرط .

إضافة إلى ذلك وقعا المشرعان الجزائري والمغربي في خطأ عند عدم ضمهما لشرط الولي في الأركان وإنما أبقياه كشرط على اعتبار أنّنا مجتمع مسلم وأنّ الفتاة مهما بلغت من الرشد إلا أنّها تبقى تحت إمرة أبيها الأعم بمصلحة ابنته أكثر منها، إضافة إلى أنّه من المفترض أنّ الولي ذو خبرة في هاته المواضيع .

هذا الأمر وغيره ما أدى بشبابنا إلى الضياع، لهذا نرى أنّ الفتيات قد أصبحن محتويات في الشّارع، وأنّ المولودين الجدد على هاته الحياة يُقتلون كونهم في نظر مجتمعنا أبناء زنى. كل هاته المشاكل أحدثها المشرع لعدم جعل الولي ركنا أساسيا وقواما في الزواج. زيادة على ذلك أن الشباب أصبحوا يصطفون في المحاكم للطلاق الواحد تلو الآخر.

كلّ هذا لأنّ المشرعين لم يدرسا هاته النّواحي، فنحن مجتمع مسلم مهما وصلنا من درجة التطور والتحرر إلا أنّنا نبقى مجتمعاً مسلماً محافظاً ليس علينا تقليد الغرب¹⁰⁷.

ما يفهم من المواد التي أدرجها كلّ من المشرعين الجزائري والمغربي في الزواج الفاسد، أنّ هذا الأخير تختلّ فيه أحد شروط الصحة وهما نوعان: ما يفسخ قبل البناء ويصح بعده، وما يفسخ قبل البناء وبعده ولا يصحح.

الأصل في الزواج أنه ينتج صحيحاً، أي يبني إلا أنه في بعض الحالات قد تشوبه بعض الشوائب التي تجعل منه زواجا فاسداً، هذا الأخير تكون نتيجته الفسخ.

المبحث الثاني

نوعية الجزء المترتب على الحكم بفساد الزواج

الجزء يقصد به النتيجة المتوصل إليها بعد فساد العقد وبعد أن يشوبه عارض من العوارض التي تمنعه من أداء نتائجه، لذلك الإشكال الذي يجب مناقشته هنا هو فيما يتمثل رأي الفقه الإسلامي حول مسألة جزء فساد عقد الزواج وكذا القانونين الجزائري والمغربي؟.

ستتم الإجابة عن هذا السؤال في مطلبين :

المطلب الأول : رأي الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني : موقف القانونيين الجزائري و المغربي.

المطلب الأول

آراء الفقه الإسلامي حول فرقة الزوجين

الفرقة يقصد بها التفريق بين الزوجين إما فسخاً أو طلاقاً، لذلك يثار الإشكال

التالي: ما الفرق بين الفرقة التي تعد فسخاً والفرقة التي تعد طلاقاً؟.

¹⁰⁷ الأصل أننا مسلمين نتبع للقرآن الكريم وسنة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، فكيف للمشرع أن يتغاضى عن بعض الأمور الدينية التي من شأنها أن تساهم إسهام كبير في تقوية شبابنا وسلكهم للطريق الصحيح، فحسب نظري أن المشرع أخطأ كثيراً عند تعديله لقانون الأسرة، فقد أحدث فجوة تؤدي إلى صحيان ضمائر شبابنا على الفتنة وتقليد الغير الذي هو الغرب، وهو ما نراه الآن في جامعاتنا من خلال العلاقات المغطاة تحت لواء ما يسمى بالصدقات، وفتياتنا اللاتي ينجبن عن غير طريق الزواج أي بالحرام والمولودين الذين كل مرة نسمع أنه عثر على طفل حديث عهد بالولادة، إما مرمياً، أو مقتولاً كالفتاة الصغيرة حديثة عهد بالولادة التي أكلت الذئب والكلاب أصابعها وأذنيها، فكم من الوقت سنبقى تحت هاته المسميات الغلط.

للإجابة على الإشكالية وجب التفريق بين الفرقة التي تعد فسخا أو طلاقا.

الفرع الأول

الفرقة بين الفسخ والطلاق

يراد بالفسخ : نقض للعقد من أساسه وإزالة للحل الذي يترتب عليه¹⁰⁸ . أما الطلاق : فهو إنهاء العقد ولا ينهي الحلال أبعد بعد الطلاق الثلاث¹⁰⁹ .

والفسخ يكون بسبب حالات طارئة كجماع الزوج لأم زوجته أو متزوجة بأقل من مهر المثل عند الحنيفة ويكون الفسخ بتراضي إرادة الزوجين. في حين الطلاق يقوم على عقد صحيح قد يوقعه الزوج بإرادته المنفردة .

الفرقة بين الزوجين، سواء بالطلاق أو بالفسخ، هي إنهاء العلاقة الزوجية من قبل الزوج وله ألفاظ خاصة، أما في حالة الفسخ، كما تقدم، هي نقض العقد ويكون بحكم قضائي أو بحكم إلزام¹¹⁰ .

إذن الفرقة بين الزوجين قد تكون طلاقا وقد تكون فسخا، فالطلاق هو حلّ الرابطة الزوجية الصحيحة في الحال بعبارة تفيد ذلك صراحة أو دلالة أو بالكتابة، وتكون هذه العبارة صادرة من الزوج أو وكيله أو بطلب من الزوجة من القاضي .

فالفرق بين الفسخ والطلاق كلاهما فرقة غير أنّ الفرقة من ناحيتين:

الأولى : الطلاق نوعين بائن ورجعيّ ويحسب من عدد الطلقات التي يملكها على مطلقته. أما الفرقة التي هي من قبيل الفسخ فهي تحل فوراً و لا تعود له زوجته إلا بعقد صحيح وجديد. أما عدد الطلقات فهي لا تنقص من عدد ما يملكه من طلقات على المرأة كأن يتزوج امرأة راشدة بولاية نفسها ثم يطلب وليها الفسخ، يفسخ عقد الزواج ثم يتزوجها ثانية، فإنّه يملك عليها بعد الزواج الثاني جميع ما كان يملكه قبل الفسخ .

كل موضع يتوقف الفسخ فيه على قضاء القاضي، يبقى فيه عقد الزواج بين الزوجين قائما، وتترتب عليه جميع الآثار إلى حين قضاء القاضي بالفسخ. بينما كل موضع لا

¹⁰⁸ الشيخ محمد صالح المنجد، نفس المرجع، ص 2 .

¹⁰⁹ الشيخ محمد صالح المنجد، نفس المرجع، ص 2 .

¹¹⁰ الشيخ محمد صالح المنجد، موقع الإسلام سؤال وجواب: الانترنت، ربيع الأول 1439، 20 نوفمبر 2017.

يتوقف الفسخ على قضاء القاضي، فعقد الزواج منذ ظهور الخلل وحدوثه يعتبر غير قائم ولا تترتب عليه آثار¹¹¹.

الفرع الثاني

النتائج المترتبة على الفرقة فسخا و طلاقا

قبل التطرق الى النتائج المترتبة على الفرقة فسخا و طلاقا، وجب التعرض الى الفرقة من حيث التعريف وهي التفريق بين الزوجين لسبب من الأسباب فقد تكون فرقة فسخ بمعنى يمكن تصحيح الخطأ لتعود اليه، ويمكن أن يكون طلاقا تاما.

أولا : النتائج المترتبة عليها

عدّة الطلاق: فيقع فيها طلاق آخر ويستمر فيها كثيرا حكم الزواج، أنّ الفسخ قبل الدّخول لا يوجب للمرأة شيئا من المهر. أما الطلاق قبل الدخول وجب فيه نصف المهر المسمى، فإن لم يكن المهر مسمى استحقت المتعة¹¹².

ثانيا : متى تكون الفرقة فسخا و متى تكون طلاقا

تكون الفرقة فسخا في الحالات الآتية¹¹³.

- 1- إذا وقع العقد غير صحيح كالزواج بزوجة الغير أو معتدته أو إحدى المحارم.
- 2- إذا طرأ على الزّوجة ما يوجب الحرمة الاتّصال الجنسي بسمعة من أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعهم ما يوجب حرمة المصاهرة.
- 3- الفرقة سبب اللعان لأن تترتب عليه الفرقة المؤبّدة.
- 4- الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام بعد إسلام زوجته.

" سوى أبو حنيفة بين الطلاق والفسخ، وقال الشافعي: هو فسخ، يعتبر كناية، فإن أراد به الطلاق كان طلاقا وإلا عد فسخا، وقد قيل عنه في قوله الجديد إنه طلاق. وفائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا؟¹¹⁴.

¹¹¹ محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 245-246.

¹¹² رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص 1

¹¹³ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع نفسه، ص 2.

¹¹⁴ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، دار شريفة، الجزائر، 1989، ص 56 وما بعدها.

وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنا، لأنه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى، وقال أبو ثور: إن لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة، وإن كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة. فاحتج من جعله طلاقاً بأن الفسوخ إنما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره، وهذا راجع إلى الاختيار فليس بفسوخ، واحتج من لم يره طلاقاً بأن الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال: "الطلاق مرتان" ثم ذكر الافتداء ثم قال: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره" فلو كان الافتداء طلاقاً لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع¹¹⁵.

"فسبب الخلاف يكمن في معرفة هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق إلى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها؟. فيما يلحقه من الأحكام وأما لواحقه ففروع كثيرة، لكن نذكر منها ما شهر: فمنها هل يرتدف على المختلعة طلاق أم لا؟ فقال مالك: لا يرتدف إلا إن كان الكلام متصلاً، وقال الشافعي: لا يرتدف وإن كان الكلام متصلاً، وقال أبو حنيفة: يرتدف، ولم يفرق بين الفور والتراخي¹¹⁶.

وكما أن سبب الخلاف يرجع إلى أن "العدة عند الفريق الأول من أحكام الطلاق، وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح، ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها. فمن رآها من أحكام النكاح ارتدف الطلاق عنده، ومن لم ير ذلك لم يرتدف، ومنها أن جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلعة في العدة، إلا ما روي عن سعيد بن المسيب وابن شهاب أنهما قالاً: "إن رد لها ما أخذ منها في العدة أشهد على رجعتها"¹¹⁷. والفرق الذي ذكرناه عن أبي ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أو لا يكون¹¹⁸. "ومنها أن الجمهور أجمعوا على أن له أن يتزوجها برضاها في عدتها، وقالت فرقة من المتأخرين: لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة. وسبب اختلافهم: هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليس بعبادة بل معلل؟، وكما اختلفوا إذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار

115 ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 56 - 57.

116 ابن رشد الحفيد، المرجع نفسه، ص 56 - 57.

117 ابن رشد الحفيد، المرجع نفسه، ص 56 - 57.

118 ابن رشد الحفيد، المرجع نفسه، ص 56 - 57.

العدد الذي وقع به الخلع، فقال مالك: القول قوله إن لم يكن هنالك بينة. وقال الشافعي: يتحالفان ويكون عليها مهر المثل، بينما شبه الشافعي اختلافها باختلاف المتبايعين، وقال مالك: هي مدعى عليها وهو مدعى¹¹⁹.

"أما في تمييز الطلاق من الفسخ واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث إلى قولين: أحدهما: أن النكاح إن كان فيه خلاف خارج عن مذهبه: أعني في جوازه. وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه لكلامه مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم، فهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ¹²⁰.

"والقول الثاني: أن الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب لا للفرق. فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح أو العدة وإن كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا¹²¹.

"أما في التخيير والتملك ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكاما خاصة: التملك والتخيير، والتملك عن مالك في المشهور غير التخيير، وذلك أن التملك هو عنده تملك المرأة إيقاع الطلاق، فهو يحتمل الواحدة فما فوقها، ولذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة، والخيار بخلاف ذلك لأنه يقتضي إيقاع طلاق تنقطع معه العصمة إلا أن يكون تخييرا مقيدا مثل أن يقول لها اختاري نفسك أو اختاري تطليقة أو تطليقتين¹²².

"ففي الخيار المطلق عند مالك ليس لها إلا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث. وإن اختارت واحدة لم يكن لها ذلك، والمملكة لا يبطل تملكها عنده إن لم توقع الطلاق حتى يطول الامر بها على إحدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس. والرواية الثانية أنه يبقى لها التملك إلى أن ترد أو تطلق. والفرق عند مالك بين التملك وتوكيله إياها على تطليق

¹¹⁹ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص56 - 57.

¹²⁰ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص56 - 57.

¹²¹ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص56 - 57.

¹²² ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص56 - 57.

نفسها أن في التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلق، وليس له ذلك في التمليك¹²³. "وقال الشافعي: اختاري وأمرك بيدك سواء، ولا يكون ذلك طلاقاً إلا أن ينويه، وإن نواه فهو ما أراد إن واحدة فواحدة وإن ثلاثاً فثلاث، فله عنده أن يناكرها في الطلاق نفسه، وفي العدد في الخيار أو التمليك، وهي عنده إن طلقت نفسها رجعية، وكذلك هي عند مالك في التمليك. وقال أبو حنيفة وأصحابه: الخيار ليس بطلاق، فإن طلقت نفسها في التمليك. واحدة فهي بائنة"¹²⁴.

المطلب الثاني

الفسخ كجزاء للزواج الفاسد وتمييزه عن غيره مما يشابهه

لقد اقتضت الحكمة الإلهية ألا يكون للأفراد الخلود، فالحياة البشرية موقوتة بالعمر طال أو قصر، يقول عز وجل: "كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ وَيَبْقَى وَجْهَ رَبِّكَ ذُو الْجَلَالِ وَالْإِكْرَامِ"¹²⁵. وكسائر العقود المدنية، فعقد الزواج لا يكون قائماً على وجه الدوام، وإنما قد يكفل بالفشل على الرغم من أن الله سمّاه بالميثاق الغليظ. فيمكن أن ينحل بالوفاة، أو الطلاق، وقد ينحل بالفسخ¹²⁶ الذي هو محل الدراسة.

فالالتزامات في عقد الزواج تنشأ بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. أما إذا تم حذف أحد الشروط، فهذا الشرط لا يعني من الإعذار الذي يحدّد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين. غير أنّ المادة 121 من القانون المدني الجزائري تنصّ على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضت التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له" ويفسخ العقد بحكم القانون". أما المادة 122 منه تنصّ على أنه: "إذا فسخ العقد، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك للمحكمة أن تحكم بالتعويض"¹²⁷.

¹²³ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، ص56 و 57.

¹²⁴ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، ص56 و 57.

¹²⁵ سورة الرحمن، الآيات 26 و 27.

¹²⁶ محمد الشافعي، مرجع سابق، ص107.

¹²⁷ أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، العدد 31، ص31-32.

وعليه ينبغي الوقوف على مفهوم الفسخ وكل الأمور المتعلقة به وماهي أحكام المقارنة فيما يخص الفسخ بين كل من القانونين الجزائري والمغربي؟.

الفرع الأول

تعريف الفسخ وتمييزه عما يشابهه

الفسخ هو نتيجة لإختلال العقد، ولظهور عارض من العوارض التي يستحيل معها إتمام العقد، إذن فما المقصود بالصحة (أولا)، وبالفسخ (ثانيا)، وما يميزه عن غيره (ثالثا).
قبل الخوض في معنى الفسخ، يجب بداية القيام بتعريف معنى الصحة.

أولا/ - تعريف الصحة :

الصحة في اللغة مقابل للستقم، وهو المرض. وأما في الشرع فقد تطلق على العبادات مرة، وعلى عقود المعاملات مرة أخرى، وهي عند الأصوليين وقوع الفعل ذي الوجهين موافقا أمر الشارع ومخالفته. ومقتضاه أنّ الفعل الذي به جهة واحدة لا يتصف بها كالإيمان، فإنه لا يقع إلا موافقا أمر الشارع، فلو خالفه لا يسمى إيمانا. والصحيح هو ما استوفى أركانه وشروطه الشرعية، ويظهر معناه في المعاملات بأن تترتب عليها الآثار المقصودة منها، وأثر المعاملة: ما شرعت له، فالمراد من صحة العقد ترتيب أثره عليه وهو ما شرع له، كحلّ الاستمتاع في النكاح، فالصحيح هو ما صدر من أفعال المكلف مستوفيا شروطه وأركانه على الكيفية المطلوبة وتترتب عليه آثاره الشرعية¹²⁸.

أما غير الصحيح هو ما يصدر على غير تلك الصورة، سواء كان لإخلال ركن من أركانه أم لفقد شرط من شروطه، وسواء كان عبادة أم عقدا، أم تصرفا. وهذا يشمل الباطل والفاسد¹²⁹.

¹²⁸ وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، ط1، دار الفكر للتوزيع والطباعة والنشر، دمشق، 1406 هـ - 1986، ص 103 -

104.

¹²⁹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 105 - 106.

2/- تعريف الفسخ و تطوره التاريخي

الفسخ لغة هو النقض والتفريق وجاء في تاج العروس شرح القاموس للزبيدي¹³⁰:
"الفسخ: الضعف في العقل والبدن والجهل والطرح وإفساد الرأي والفسخ: النقص، فسخ الشيء، فانفسخ: نقضه فانقض، والفسخ التفريق وقد فسخ الشيء: إذا فرقه، ومن المجاز: انفسخ العزم والبيع والنكاح: انتقض وقد فسخه: إذا نقضه¹³¹ .

أما إصطلاحاً، فالفسخ هو حل ارتباط العقد، أو ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم يكن، فتستعمل كلمة الفسخ أحياناً بمعنى رفع العقد¹³².

إنّ القائم بدراسة هذا الموضوع تتبادر إلى ذهنه تساؤلات عديدة أهمها فيم يتمثل الفسخ؟ هذا الأخير أصبح أمر مسلم به في جميع التشريعات المستحدثة لذلك أعطيت له عدّة تعريفات اصطلاحية .

الفسخ هو نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده، أو بسبب خلل طرأ عليه يمنع من بقائه واستمراره، فالخلل الذي قد يقتضي نقض العقد إما يكون مقارناً للعقد أو طارئاً عليه بعد انعقاده، الفسخ بسبب خلل مقارن للعقد كأن تظهر المرأة محرّمة عليه، كأن تكون أخته أو بنته. أما الفسخ المتعلق بخلل طارئ على العقد بعد انعقاده كارتداد أحد الزوجين، أو يزني بأمتها وأختها¹³³.

ومن زاوية التطور التاريخي لقاعدة الفسخ، أن نظرية الفسخ ليست بالنظرية التي تبده العقل القانوني، فيسلم بها بادئ ذي بدء، بل هي ثمرة تطور طويل¹³⁴، فلم يكن مسلم بها في القانون الروماني نظراً لأنّ الالتزامات مستقلة عن بعضها البعض بحكم أنّ العقد الملزم للجانبين لم يكن ينشئ وفقه. لأنّ التزام الدائن لا ينفذ إلا عن طريق واحد وهو

¹³⁰ محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج2، ط2، التراث العربي، الكويت، 1974، ص 273.

¹³¹ لمزيد من التفاصيل أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته للزحيلي، نقلاً عن تاج العروس، ج2، ص 273، المكتبة الشاملة ج 04، ص3149.

¹³² وهبة للزحيلي، نفس المرجع، ص 105_106.

¹³³ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة الى مقابلتها في الشرائع الأخرى، المكتبة العلمية، لبنان، 1424 هـ - 2003، ص 242-243.

¹³⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام، المجلد الأول، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، أبريل 1952، ص 694 _ 695.

المطالبة بتنفيذه، لكن العصور تطوّرت وبهذا تطور القانون الروماني وصار عقد البيع رضائيا حيث لجأ البائعون يضمنون عقودهم شرط الفسخ للبيع عند عدم تسديد المشتري للثمن، إذ كانت الحالة الوحيدة التي لهم فيها حق الفسخ. ولكن رغم ذلك فلا توجد في القانون الروماني أية نظرية عامة للفسخ وإنما أسقطها فقط، كما تقدم، على حالة وحيدة .

صار الفسخ نظاما معترف به في التشريعات المعاصرة، منها القانون المدني الجزائري الذي نظمه بمقتضى المواد من 122 إلى 199، إذ تنص المادة 122 منه على أنه: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا إستحال ذلك جاز للمحكمة بالتعويض"، وكذلك قانون الالتزامات والعقود المغربي في المواد 260 و 925¹³⁵، حيث تنصّ المادة 925 منه على أنه: "للدائن الحق في إجبار المدين على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكنا، فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين .

وعلاوة على ذلك تطبق القواعد المقررة في الأبواب المتعلقة بالعقود الخاصّة. لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة". أما المادة 260 منه نصّت على أنه: "إذا اتفق المتعاقدان على أنّ العقد يفسخ عند وفاء أحدهما بالتزاماته و وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء ."

من كل ما سبق ذكره، يستخلص أنّ المشرع ينقد ضمنا مسألة فسخ العقد وتفصيلها في الشريعة العامة سواء في القانون المدني بالنسبة للمشرع الجزائري أو قانون الالتزامات والعقود بالنسبة للمشرع المغربي، فأحكام الفسخ لا يمكن أن يؤطّرها قانون آخر كون أنّ المدنيّ يجمع الكل لكونه الشريعة العامة مختلف القوانين، غير أنه قد يختلط الفسخ مع بعض المفاهيم التي تشابهه .

ثالثا: تمييز الفسخ عما يشابهه

يعتبر الفسخ من المواضيع المهمّة في العقد كونه يرتّب آثارا ونتائج قد تهدف إلى حماية أحد الأطراف وهو الطرف المتضرر أكثر في العلاقة التعاقدية، غير انه يختلف عما يشابهه من مصطلحات متداولة .

¹³⁵ قانون الالتزامات والعقود: ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، صيغة محيثة بتاريخ 18 فبراير 2016.

أ/- الفسخ والتفاسخ

التفاسخ وهو الفسخ الإرادي الذي يتمّ بتقابل إرادة المتعاقدين إذ يتفقان عليه بالتراضي وبالتالي التحلل عن الالتزامات المترتبة على كلّ منهم ، أي يتفق الطرفان على إلغائه طالما أنّه يتمّ بالتراضي.¹³⁶ أما الفسخ، كما تقدم، يُعرّف بأنه حلّ الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد إذا أُخلّ الطرف الآخر بالتزاماته ليتحرر العاقد الآخر بصفة نهائية من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد. لذلك مصطلح الفسخ والتفاسخ مصطلح لا يفرق بينهما على أساس أنّ التفاسخ يقوم بالتراضي بين الطرفين لحل العقد والفسخ أيضا إراديّ وكذلك قضائيّ تحكم به المحكمة في حال قدم طلب من له مصلحة أو ضرر في ذلك، فهو يتمّ إذا ما أُخلّ أحد الطرفين بالتزاماته كأن يمتنع عن التنفيذ .

ب/- الفسخ والانسفاخ

الانسفاخ هو الفسخ التلقائي " أي دون الحاجة إلى حكم قضائي "، ويتحقق بمجرد توفر شروطه وهي متفق عليها بين المتعاقدين ينفي العقد .
الفرق بين الفسخ والانسفاخ أنّ الانسفاخ تلقائيّ ينتج بصفة تلقائية ولو حده بمجرد توفر الشروط المتفق عليها من الطرفين . أما الفسخ ليس تلقائيا، فقد يتفق الطرفان على الفسخ أو على التنفيذ لذلك ليس تلقائيا. الفسخ القانوني يقع عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه، فانقضاء الالتزام سيستتبع انقضاء الالتزام التابع له أو المقابل له لتخلف سببه. ولهذا العلة يفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون بغير حاجة إلى التقاضي بل وبغير إعدار متى وضحت استحالة التنفيذ وضوحا كافيا على أنّ الترافع إلى القضاء يكون ضروريا عند منازعة الدائن أو المدين في وقوع الفسخ. بيد أنّ موقف القاضي في هذه الحالة يقتصر على الاستيثاق من أنّ التنفيذ قد أصبح مستحيلا، فإذا تحقق من ذلك يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون، ثم يقضي بالتعويض أو يرفض القضاء به تبعا لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو تقصيره أو إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.¹³⁷

¹³⁶ لمزيد من التفصيل أنظر موقع bayt .com مقالة للدكتور نعمان أحمد نعمان نعمان.

¹³⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 723 .

مما سبق ذكره أنّ استحالة تنفيذ الالتزام إذا لم يرجع إلى سبب أجنبي بقي المدين ملتزما بالعقد، أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي، فإنّ العقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون.

ج/- الفسخ والبطلان المطلق والنسبي

العقد من حيث حكمه هو إنشاء الالتزامات، بمعنى له قوة ملزمة، لكن قد يطرأ على هذه القوة عوارض تعثرها تهدمها وتوجب زوالها، فينحل العقد بالبطلان. البطلان هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه، أي تخلف ركن من العقد (التراضي)، فالعقد الباطل هو الذي لا تتوافر فيه مقومات وشروط العقد الصحيح فلا يقوم العقد صحيحا إلا إذا استجمع أركان انعقاده .

والجدير بالإشارة أن الفرق بين البطلان المطلق والنسبي، أنّ المطلق هو مقرر من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تراض يكون إذا تخلف ركن من أركان العقد الأساسية ، فصار العقد باطلا بطلانا مطلقا. بينما يكون العقد باطلا بطلانا نسبيا إذا وجدت كل أركانه وتوافرت كل شروطه ولكن اختل فيه ركن الرضا كأن يصدر الرضا غير صحيح (إذا صدر من عند ناقص الأهلية أو شابه غلطا أو تدليسا)، بمعنى النقص في الرضا والعيب في الرضا هما اللذان يكون معهما العقد باطل بطلانا نسبيا¹³⁸. البطلان النسبي يتقرر إلا بالتراضي أو بالتقاضي، فيكون في حالة تخلف شرط من الشروط، فالعقد يكون قابلا للإصلاح. والعقد الباطل يعدّ أنّه غير موجود قانونا فهو والعدم سواء. أما العقد الباطل بطلانا نسبيا يعد صحيحا وتترتب عليه آثار إلا أنّه معيب يمكن القضاء ببطلانه¹³⁹.

د/- كيفية تقرير البطلان :

القاعدة العامة أن العقد الباطل، كما تقدم، هو عقد معدوم لا حاجة للتراضي أو التقاضي بشأنه لأنّه لا يصح إعدام معدوم، فلا يحتاج من له مصلحة في رفع دعوى قضائية لبطلان العقد، ويتعامل معه على أنّه معدوم لا ينتج عنه أثر هذا في الأصل¹⁴⁰.

¹³⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، ج2 ، ط2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998 ، ص 610 الى 612 .

¹³⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، ص 610 - 612 .

¹⁴⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، ص 610 - 612 .

غير أنّ العقد الباطل إذا لم يكن له وجود قانوني فله وجود مادي أو أثر عمليّ، لأنّ وجه العمل قد يكون فيه خفاء لاسيما إن كان يرجع إلى تقدير القاضي كما لو كان سببه مخالفا للنظام العامة والآداب العامة، في هذه الحالة تستوجب الضرورة العملية أيضا على من له مصلحة التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك حتى يطمئن إلى تقدير المحكمة فيما ذهب إليه .

بالتالي إذا صح من الناحية النظرية ألا حاجة لرفع دعوى في البطلان المطلق فقد تقتضي بعض الاعترافات العملية برفع الدعوى. أما العقد الباطل بطلانا نسبيا له وجود قانوني حتى يتقرر بطلانه. لذلك لا بد من تقرير البطلان من التراضي أو التقاضي. إذن، العقد في دعوى البطلان المطلق ليس له وجود قانوني حتى قبل صدور الحكم بالبطلان، أما العقد في دعوى البطلان النسبي هو موجود إلى وقت الحكم بالبطلان فإذا صدر الحكم زال العقد بأثر رجعي.

أما جانب المقارنة، يتفق الفسخ والإبطال في كونهما ينهيان العقد ولكنهما يختلفان من حيث أنّ الفسخ ينصب على عقد صحيح يطرأ عليه بعد اكتماله ما يدعو إلى إنجائه كرفض أحد الطرفين القيام بما عليه فيلجأ الطرف الثاني إلى طلب الفسخ، في حين أنّ الإبطال والبطلان ينصبان على عقد معيب في أركانه أو في شروطه. وهو ما عاجله القانون المدني في المواد 99 وما بعدها، فإن كان العيب في الأركان (الرضا والسبب) كان البطلان مطلقا ولا يُنتج العقد أي أثر، فهو عدم ولا يمكن تصحيحه ويمكن أن يثار البطلان من طرف شخص آخر. أما إذا كان العيب في الشروط، فإن العقد يكون قابلا للإبطال أو للتصحيح بطلب من صاحب المصلحة وهو الطرف المعني بالحماية¹⁴¹.

غير أن في مواد الأسرة خاصة المادتين 02/33 و 34 من قانون الأسرة تتحدثان عن الفسخ الذي يطرأ على الزواج غير الصحيح أي الفاسد، حيث أن نشوء العقد نقص فيه أحد الشروط المنصوص عليها في شروط الصحة.

¹⁴¹ نجمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي منادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 91.

الفرع الثاني

الأساس القانوني للفسخ

نظرا لاختلاف الشّعوب، والمعاملات، فقد تضاربت الآراء حول الأساس القانوني للفسخ، فهناك من يرى أنّه الشرط الفاسخ الصريح هو الأساس القائم عليه الفسخ بمعنى أنّه إذا لم ينفذ أحد الأطراف الالتزام كان للطرف الآخر حق العقد. أما إذا لم يتضمّن العقد هذا الشرط الفاسخ، للفسخ لكن : سلطة الفسخ كأساس، في العقد. أما من ناحية القانون الوضعي، أشار الى، تطرق لصدور حكم قضائي بشأن فسخ العقد أو عدم فسحه، حيث أنّ العقود المتضمّنة شرط الفاسخ تفسخ والعقود التي لا تتضمن هذا الشرط لا تفسخ. القانون الحديث من بينه القانون الجزائري يبيح فسخ العقد ولو لم يكن في العقود شرط فاسخ¹⁴².

إضافة إلى كلّ ما قيل، فإنّ المادة 77 من مدوّنة الأسرة المغربية تنصّ على أنه: "يحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء أو بعده في الحالات وطبقا للشروط المنصوص عليها في هذه المدونة".

نجد أنّ فقهاء المالكية وطبقا لنص المادة 400 من المدونة المغربية يقولون أنّ الزواج الفاسد هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروطه صحته، وهو ينقسم إلى زواج اتفق الفقهاء على فساده كالزواج بإحدى المحرمات بنسب أو رضاع أو مصاهرة وإلى زواج اختلف الفقهاء في فساده وهو ما يكون فاسدا عند المالكية وصحيحا عند بعض الفقهاء سواء كان هذا البعض أحد الأئمة الثلاثة أو كان من غيرهم بشرط أن يكون الخلاف قويا لقوة دليله- فإن كان الخلاف ضعيفا لا يلتفت إليه. فالخلاف في زواج المتعة خلاف ضعيف وكذلك بأكثر من أربع زوجات ولهذا اعتبر هذا الزواج فاسدا عند المالكية وهو فساد مجمع عليه¹⁴³.

¹⁴² المواد من 119 إلى 122 من القانون المدني الجزائري والمواد 925-260 من قانون العقود والالتزامات المغربي.

¹⁴³ الشقيريات صالح بن خالد صالح، أثر الزواج غير الصحيح على العدة بين الفقه والقانون، مج 27، عدد 01، الجامعة الإسلامية غزة عمادة شؤون البحث العلمي والدراسات العليا، 2019/01/31، فلسطين، ص 01 وما بعدها.

يلاحظ أنّ القانون في المادة 59 من المدونة المغربية نص متى يكون الزواج فاسدا ويكون ذلك إذا اختلّ فيه شرط من شروط صحته. غير أنّنا نعرض أحكام المذهب المالكي باعتبار أنّ فساد النكاح ليس قاصرا على اختلال شروط صحة الزواج. فبالرجوع إلى نص المادة 77 من نفس المدونة نجد أنّ الزواج الذي يفسخ قبل الدخول لا تستحق فيه الزوجة صداقا¹⁴⁴. أما إذا كان فسخ الزواج بعد البناء، فإنّ الزواج لا يفسخ و إنّما يتم تصحيح ما اختلّ من شروط الصداق، وهنا يحدّد للزوجة صداق المثل - والمحكمة هنا تراعي الوسط الاجتماعي عند تقريرها صداق المثل . في حين نجد أنّ المادة 61 منها أوردت حالات ثلاثة يكون فيها فسخ الزواج الفاسد سواء قبل البناء أو بعده¹⁴⁵.

يلاحظ أنّ المالكية يشترطون لصحة الزواج أن لا يكون الزوجان أو أحدهما مريضا مرضا مخوفا، أي أن يكون المرض مما يتوقع منه الموت عادة، فإذا كان أحد الزوجين مريضا مرضا مخوفا، فعقد الزواج لا يكون صحيحا وزواج التحليل، والزواج المؤقت، وولي الزوجة عند الاقتضاء من شروط عقد الزواج، ومن أجل ذلك أحازت المدونة الفسخ قبل البناء . و بذلك الزواج الفاسد عند المالكية له أحكام تتمثل في:

1- التحريم ووجوب فسخه في الحال رفعا للمعصية، فإذا فسخ الزواج قبل الدخول فلا تستحق المرأة شيئا من الصداق سواء كان العقد متفق أو مختلف على فساده. أما إذا حصل الدخول هنا تم طرح التساؤل من قبل الفقهاء، هل يبقى قائما أو يسقط بالدخول. فالمالكية هنا يفرقون بين ثلاثة أمور :

أ- نوع يجب فسخه وإن طال الزمن بعد الدخول وهو ما يكون الفساد فيه لخلل في صيغة العقد أو العاقدين أو في محل العقد كالزواج بإحدى المحرمات نسبا أو رضاعا أو مصاهرة، زواج المتعة، والزواج بأكثر من أربعة، الزّواج بغير ولي في حال وجوبه، زواج بدون شهود وزواج المريض مرض الموت¹⁴⁶.

¹⁴⁴ أي هو ذلك الزواج الذي لم يتوفر فيه شرط الصداق يفسخ فيه الزواج.

¹⁴⁵ وهي: عقد الزواج في المرض المخوف، وزواج التحليل، والزواج بدون ولي في حال وجوبه.

¹⁴⁶ عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 163.

ب- نوع لا يجب فسخه و إن لم يطل الزمن بعد الدخول¹⁴⁷ وهو ما كان الفساد فيه راجعا إلى فساد الصّدق كالزواج بدون صدق أو كان الفساد بسبب اقتران العقد بشرط يناقض المقصود من الزواج مثل الزواج بشرط ألا يعاشر الزوج زوجته ليلا أو نهارا، وأن لا ينفق عليها.

ت- نوع يجب فسخه وإن لم يطل الزمن ولا يفسخ وإن طال الزمن وهو زواج اليتيمة مع فقد شرط من شروط تزويجها، وزواج الشريفة بالولاية العامة وزواج السر.

2- وجوب الصّدق بالدخول سواء العقد متفق على فساده أو مختلف في فساده والصّدق هنا هو الصّدق المسمى تسمية صحيحة أو صدق المثل إذا لم تكن له تسمية صحيحة.

3- ثبوت الإرث بين الرجل والمرأة إذا مات أحدهما قبل الفسخ سواء تمّ الدخول أم لا¹⁴⁸.

3- ثبوت النسب بالدخول مع توافر شروط ثبوت النسب¹⁴⁹.

4- ثبوت حرمة المصاهرة مع وجوب العلم بأنّ العقد إذا كان متّفقا على فساده فلا تثبت حرمة المصاهرة فيه إلا بالاتّصال الجنسي أو مقدماته بشرط ألا يعتبر الاتّصال الجنسي زنا¹⁵⁰.

5- وجوب العدة إذا دخل بها أو اختلى بها خلوة يمكن فيها الاتّصال الجنسي ثم فسخ العقد بعد ذلك.

بما أنّ الزواج هو السبيل الوحيد المشروع لاستمتاع الرجل والمرأة ببعضهما البعض، وهو عقد تمتد آثاره إلى ما بعد رحيل طرفيه، فإنّه يتطلب لتكوينه وجوب توافر أركان خاصة لا يمكن أن نبجدها في أي عقد آخر إضافة إلى بعض الشروط، فإذا توافرت جميعها وجب العقد، ويرتب آثاره قبل طرفيه وفي مواجهة الكل، وهذا ما سيتم معالجته في الفصل الثاني.

¹⁴⁷ عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 163/162.

¹⁴⁸ عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 163.

¹⁴⁹ عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 162.

¹⁵⁰ عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 163.

الفصل الثاني

حالات الزواج غير الصحيح فقها وتشريعا

ويعتبر الركن أحد الجوانب القويّة التي يستند إليها الشيء ويقوم به، وهو أقوى جوانب الشيء بحيث يكون جزءا من حقيقته، وبعدهم ينتفي كيانه¹⁵¹.
إذن، فالزواج الشرعي له أركان وشروط لا بد أن تتوفر فيه، وعليه، ففقدان الركن يؤدي الى إعدام العقد ليصبح باطلا (المبحث الأول)، أما إذا ما فقد الشرط، كما قلنا سابقا، يصبح الزواج فاسدا (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ماهية الزواج الباطل

الحق في الزواج من الحقوق التي يتمتع بها كل إنسان عاقل وناطق وأخلاقي وحر، فهو حق يبيح استمتاع كل من الزوجين بالآخر لكن على الوجه المشروع لا على الوجه غير المشروع، فيحدّد لكل طرف حقوق وواجبات¹⁵². فالشارع الحكيم حدد في آياته الكريمة بقوله: "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"¹⁵³.

فالأصل أنّ العقد لا يقوم أساسا إلا بتوافر ركنه الذي يعد البنية الأساسية في تقويم العقود ككل، وبالتالي عقد الزواج لا يقوم إلا إذا توافر ركنه الأساسي وهو الرضا، أي صدور الإيجاب من أحد الطرفين والقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد النكاح شرعا. لذلك سيتم معالجة هذه الدراسة من خلال مطلبين :

المطلب الأول : مفهوم الزواج الباطل ،

المطلب الثاني : مقارنة بطلان الزواج و مايشابهه من مفاهيم.

¹⁵¹ أنظر ، محمد رأفت عثمان ، عقد الزواج ، أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي ، د.د.ن ، د.س.ن ، ص 101-102 .

¹⁵² موقع المجلس القومي للمرأة، حقوق المرأة في مجال الأحوال الشخصية أحكام الزواج من الوجهة القانونية، الاثنين 15 أكتوبر 2012، ص1.

¹⁵³ سورة الروم، الآية 21.

المطلب الأول

مفهوم الزواج الباطل

لما كانت مكانة الزواج في الإسلام بدرجة السمو والرفعة كان عليا بصفة خاصة وعلى العلماء والمشرعين والشعوب المسلمة بصفة عامة، أن نولي هذا الأمر العناية الخاصة من ناحية التوعية والتشريع والقوانين حسب ما تنصّ عليه شريعتنا، فالإشكالية المطروحة تتجسد فيما يتمثل الزواج الباطل؟ وماهو التعريف المنصوص عليه في القانونين الجزائري و المغربي؟.

للإجابة على الإشكالية المطروحة سنتعرض على التوالي :

تعريف الزواج الباطل في الفقه الاسلامي (الفرع الأول) ، ثم في القانونين الجزائري والمغربي (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

تعريف الزواج الباطل في الفقه الإسلامي

يسقط البطلان على الزواج المخالف للقانون ومن الوجوب أنّ المحكمة هي التي تصرح بالبطلان بطلب من أي شخص له مصلحة في ذلك، منهم الزوج والزوجة أو الوالي أو الأم أو النيابة العامة¹⁵⁴.

يقصد بالزواج الباطل كل زواج أجمع على عدم صحته، العلة في العقد، أي لإخلاله بركن من أركان العقد، وذلك مثل الزواج بخامسة، أو بمعتدة الغير¹⁵⁵.

أما في اللغة، "فكلمة باطل تتشكل من الحروف التالفة: الباء والطاء واللام، أصل واحد وهو ذهاب الشيء وقلة مكنه ولبثه، لذا سمي الشيطان بالباطل لأنه لا حقيقة لأفعاله ويقال ذهب دمه باطلا أي هدرا"¹⁵⁶.

لكن قبل اللجوء إلى تعريف الزواج الباطل في القوانين فيجب التفريق بين البطلان في العبادات والمعاملات .

¹⁵⁴ عليا الشريف الشماري، الزواج، أليق، منشورات البحر الأبيض المتوسط، جمعية النساء التونسيات للبحث والتنمية، ص35.

¹⁵⁵ الحسين بلحساني ومن معه، مرجع سابق، ص 204.

¹⁵⁶ موقع شبكة رسالة الإسلام، مرجع سابق، ص 1.

أما معنى كلمة باطل في العبادات، هي لغة الخلاف الصحيح كون أنّ الصحيح هو ما أسقط القضاء، أما الباطل ما أمكن أن يترتب فيه القضاء فالباطل كان ما خالف الأمر الشرعي¹⁵⁷. أما فيما يخص كلمة باطل في المعاملات هو كل عقد لم يترتب أثره المقصود منه شرعا¹⁵⁸. وهنا قاعدة هامة أن كل فاسد محرم؛ لأن الفساد إنما جاء من نهي الشارع عن هذا الفعل، فطالما أنه فاسد فلا بد وأن يكون منهيا عنه ومحرمًا. والكلام ينسحب على الفرق بين الفاسد والباطل. حيث قيل: والفاسد والباطل بمعنى واحد إلا في موضعين: الأول: في الإحرام فرقوا بينهما بأن الفاسد ما وطئ فيه المحرم قبل التحلل الأول، والباطل ما ارتد فيه عن الإسلام.

الثاني: في النكاح فرقوا بينهما بأن الفاسد ما اختلف العلماء في فساده كالنكاح بلا ولي، والباطل ما أجمعوا على بطلانه كنكاح المعتدة. قال العلائي: "والجمهور في عدم التفرقة بين الباطل والفاسد وأتقنا مترادفان يطلق كل منهما في مقابلة الصحيح"¹⁵⁹. وأما الحنفية فإنهم فرقوا بينهما وخصصوا اسم الباطل بما لا ينعقد بأصله كبيع الخمر والحرق، والفاسد بما ينعقد عندهم بأصله دون وصفه كعقد الربا فإنه مشروع من حيث أنه بيع وممنوع من حيث أنه عقد ربا فالبيع الفاسد عندهم يشارك الصحيح في إفادة الملك إذا اتصل بالقبض.

وحاصل هذا أن قاعدتهم أنه لا يلزم من كون الشيء ممنوعا بوصفه أن يكون ممنوعا بأصله فجعلوا ذلك منزلة متوسطة بين الصحيح والباطل. وقالوا الصحيح هو المشروع بأصله ووصفه وهو العقد المستجمع لكل شرائطه والباطل هو الممنوع بهما جميعا والفاسد المشروع بأصله الممنوع بوصفه. (ومذهب الشافعي وأحمد وأصحابهما أن كل ممنوع بوصفه فإنه ممنوع بأصله. بعد أن ذكر مذهب الأحناف بالتفريق بين الفاسد والباطل" وفائدة التفصيل عندهم: أن الفاسد يفيد الملك إذا اتصل به القبض، دون الباطل، بدليل أن البطال يرادف الفساد، وهما يقابلان الصحة. كما أن مذهب الشافعي قوله مع تفريقهما في الفقه بينهما في مسائل كثيرة. قد فرق أصحاب الشافعي بين الفاسد والباطل في مسائل

¹⁵⁷ موقع شبكة رسالة الإسلام، المرجع السابق، ص 1.

¹⁵⁸ موقع شبكة رسالة الإسلام، نفس المرجع، ص 1.

¹⁵⁹ العلائي، تحقيق المراد، ص 72، نقلا عن أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنيوي، الشرح الكبير لمختصر الأصول من علم الأصول، ج 1، ط 1، المكتبة الشاملة، مصر، 1432 هـ - 2011 م، ص 139.

كثيرة، ظن بعض المتأخرين أنها مخالفة للقاعدة. حيث أن ذلك ليس بمخالف للقاعدة. وبيانه: أن الأصحاب إنما قالوا: البطلان والفساد مترادفان، في مقابلة قول أبي حنيفة، حيث قال: ما لم يشرع بالكلية هو الباطل، وما شرع أصله وامتنع لاشتماله على وصف محرم هو الفاسد، فعندنا كل ما كان منهيًا إما لعينه أو لوصفه ففساد وباطل، ولم يفرق الأصحاب في صورة من الصور بين الفاسد والباطل في المنهي عنه، وإنما فرقوا بينهما في مسائل للدليل¹⁶⁰.

غالب المسائل التي حكموا عليها بالفساد، إذا كانت مختلفًا فيها بين العلماء، والتي حكموا عليها بالبطلان إذا كانت مجتمعا عليها، أو الخلاف فيها شاذ. الفاسد من النكاح: ما يسوغ فيه الاجتهاد، والباطل: ما كان مجتمعا على بطلانه. "وعبر طائفة من الفقهاء بالباطل عن النكاح الذي يسوغ فيه الاجتهاد أيضا: "إذا علم ذلك؛ فقد ذكر أصحاب مسائل الفاسد غير مسائل الباطل في أبواب منها: باب الكتابة، والنكاح، والحج، وغيرها. وقد ذكر القاضي علاء الدين في قواعده لذلك قاعدة وذكر مسائل كثيرة فليعاودها من أرادها"¹⁶¹، حيث قال ابن رجب: القاعدة التاسعة: "في العبادات الواقعة على وجه محرم، إن كان التحريم عائدا إلى ذات العبادة على وجه يختص بها لم يصح، وإن كان عائدا إلى شرطها فإن كان على وجه يختص بها فكذلك أيضا، وإن كان أي الشرط لا يختص بها ففي الصحة روايتان أشهرهما، قال الكلوداني: "إنما لم يحكموا بفساده - يعني تلقي الركبان - لأنه ورد فيه دليل يدل على أنه لا يفسد وهو قوله عليه السلام "فمن تلقى الركبان فهو بالخيار إذا دخل السوق" فدل على أن البيع صحيح"¹⁶².

ومن زاوية الفقه أيضا، فالباطل والفساد عند الجمهور غير الحنفية بمعنى واحد، فعند المالكية الزواج الباطل أو الفاسد هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته، وهو ينقسم إلى قسمين:

¹⁶⁰ أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنيوي، مرجع سابق، ص 138-139.

¹⁶¹ أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنيوي، مرجع سابق، ص 138-139.

¹⁶² ابن رجب، القواعد، ص 12، والكلوداني، التمهيد، ج 1، ص 380، نقلا عن، أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنيوي، مرجع سابق، ص 139.

-زواج اختلف الفقهاء في فساده أي ما كان فاسدا عند المالكية وصحيح عند بعض الفقهاء كزواج المريض، وهو غير جائز على المشهور عند المالكية أو زواج المتعة كان مجمعا على فساده، ولا يجوز نكاح المريض والمريضة المخوف عليهما على المشهور خلافا لهما و يفسخ إن وقع إلا إن صح قبل الفسخ فإختلف في فسحه و الفسخ فيه بالثلاث، فإن لم يدخل فليس لها صداق و إن دخل فلها الصداق المسمى و قيل صداق المثل¹⁶³.

-زواج اتفق على فساده، كالزواج بإحدى المحارم¹⁶⁴.

وهناك من يعرفه بأنه ما حصل خلل في أركانه، أو فقد شرطا من شروط انعقاده، كما إذا كان العاقد فاقدا للأهلية، أو خالف القبول الإيجاب، أو عقد على محرمة عليه، وهو يعلم بمحرمتها، كأختها، أو عمته من الرضاع¹⁶⁵.

الباطل هو الذي يكون فيه الخلل في أصل العقد أي في أساسه بأن كان في الصيغة أو العاقدين أو المعقود عليه أو هو ما لم يشرع بأصله أو بوصفه، ويراد بأصل العقد الركن (الإيجاب و القبول) والمحل، ومعنى مشروعية الركن: أن لا يعرض له خلل، و معنى مشروعية المحل: أن يكون مالا متقوما¹⁶⁶.

أما الزواج الباطل عند الأحناف"هو الذي يحصل خلل في ركنه أو شرط من شروطه انعقاده كما لو حصل خلل في صيغة الزواج بأن يعبر بها عن المستقبل دون قرينة على إدارة إنشاء العقد في الحال أو كان العاقد غير مميز أو كانت المرأة محرمة على الرجل تحريما قطعيا لأخلاق فيه- الزواج في الحالات السابقة يكون باطلا، هذا العقد لا يرتب أثرا قبل الدخول أو بعده، ولا يثبت به نسب"¹⁶⁷.

أما فقهاء الشافعية يرون بعدم التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة، "الفاسد والباطل في العقود عندهم مترادفان، ولكن على الرغم من ذلك، ذكروا بعض المسائل أين

¹⁶³ محمد بن احمد بن جزى الغرناطي، مرجع سابق، ص 343.

¹⁶⁴ لمزيد من التفاصيل أنظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم 05—09 المؤرخ في مايو سنة 2015)، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 161.

¹⁶⁵ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون الزواج والطلاق، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، ص 176.

¹⁶⁶ وهبة الزجيلي، مرجع سابق، ص 106.

¹⁶⁷ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 75.

يفرقون فيها بين البطلان والفساد، ويضيفون إليها مسائل النكاح، إذ يعتبرون النكاح فاسداً و لا يقولون باطلاً لأنّ تعريف الفساد عندهم هو الذي يتفق على بطلانه، فإن تمّ الاتفاق على بطلانه كان نكاحاً باطلاً. بينما إذ كان هناك اختلاف في صحته وفساده وبطلانه عدّوه فاسداً، هذا اصطلاح خاص، ولكن جاء في عدد من المسائل المحصورة المعروفة¹⁶⁸.

كما أن فقهاء الحنابلة، فيما يتعلق بالتمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة، يرون بعدم وجود عقد باطل وفساد، فالباطل والفساد لفظان مترادفان عندهم. غير أن الناظر في جزئيات مسائلهم يجد أنّهم فرّقوا بين زواج اتفق الفقهاء على بطلانه وزواج اختلف الفقهاء في بطلانه، فيقولون في الأول زواج باطل مجمع على بطلانه، والثاني زواج فاسد مختلف في فساده¹⁶⁹.

ويترتب على الزواج المختلف في فساده عند الحنابلة آثار مختلفة عن الزواج الباطل المجمع على بطلانه، فالنكاح الفاسد المختلف فيه يعتبر كالنكاح الصحيح من حيث آثاره، ويترتب عليه أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت والاعتداد منه بعد المفارقة في الحياة، ووجوب المهر فيه بالعقد والخلوة. في هذا النكاح يوجب الصداق خلافاً لما ذهب إليه الحنفية والذين ذهبوا إلى القول بأنّ الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب الصداق، وخلافاً للمالكية والشافعية الذين قالوا بأنّ الخلوة لا توجب الصداق لا في العقد الفاسد ولا في العقد الصحيح.

إذن، فالمعيار الذي يميزون به بين الباطل والفساد في النكاح هو كون النكاح الفاسد ما يختلف فيه الفقهاء ويسوغ فيه الاجتهاد ويثبت به أحكام الصحيح من ثبوت النسب والعدة، والباطل ما كان مجتمعا على بطلانه ولا يترتب عليه شيء من أحكام الصحيح. واستنتجوا في هذه الحالة الطلاق إذا تزوجها في عدة من غيره هل يقع فيه روايتان، فمنهم من قال بوقوعه...، ومنهم من يرون بأنّه إذا طلقها ثلاثاً لا يراجعها حتى تنكح زوجها غيره¹⁷⁰.

¹⁶⁸ بو كان أبو بكر كرم، مرجع سابق، ص 75.

¹⁶⁹ بو كان أبو بكر كرم، مرجع سابق، ص 75.

¹⁷⁰ بو كان أبو بكر كرم، مرجع سابق، ص 76 - 77.

الفرع الثاني

مفهوم الزواج الباطل في القانونين الجزائري والمغربي

بناء على النصوص التشريعية، لم يعرف المشرع الجزائري الزواج الباطل وإنما دلّ عليه في المادتين 32 و 1/33 من قانون الأسرة¹⁷¹، و ذلك من خلال الحالات التي أوردتها هاتين المادتين. وتفسيرا لذلك، يرى الأستاذ بلحاج العربي بأن الزواج الباطل هو الذي احتل فيه أكثر من شرط واحد من الشروط التي اعتبرها المشرع من شروط الصحة، وكذلك الحال إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 23 إلى 30 من ق. أ. ج. وحكم هذا الزواج أنه عليه أثر شرعي، لأن وجوده وعدمه سواء، وعلى الزوجين الافتراق حالا ولو بعد الدخول¹⁷².

وبالتالي، ربط المشرع الجزائري بطلان العقد إما بتخلف ركن الرضا في عقد الزواج، أو إشمال العقد على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، وعليه، هذه هي الأسباب الوحيدة التي تؤدي إلى بطلان عقد الزواج وإعدامه .

أما فيما يخص مدونة الأسرة المغربية، فقد نصّ المشرع المغربي على ركن الرضا في المادة 10 منها بقوله: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو شرعا". و جاء في المادة 57 منها ونص على أنه يكون الزواج باطلا :

- إذا احتل فيه أحد الأركان المنصوص عليه في المادة 10 أعلاه .
 - إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليه في المواد 35 إلى 39 أعلاه .
- غير أنّ المشرع المغربي أضاف المادة 58 من المدونة بقوله: "تصرح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقا لأحكام المادة 57 أعلاه بمجرد اطلاعها عليه أو بطلب مما يعنيه الأمر".

¹⁷¹ المادة 32 من ق. أ. ج تنص: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" إضافة إلى المادة 1/33 من نفس القانون تنص: " يبطل الزواج إذا احتل ركن الرضا".

¹⁷² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 376.

وعليه، نستنتج مما تقدم، أن في ضوء التشريعين الجزائري والمغربي أن إنعدام ركن الرضا يؤدي الى بطلان الزواج، غير أنه ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه قد أغفل التفصيل وأبقى المادتين 1/33 و32 كقاعدة عامة فقط ولم يلم بالشرح لأسباب بطلان الزواج (اختلال ركن الرضا وتضمن العقد شرط يتنافى مع مقتضايته أو وجود مانع .بينما المشرع المغربي مقارنة مع المشرع الجزائري كان أكثر تفصيلا في هاته النقطة.

المطلب الثاني

مقارنة بطلان الزواج و مايشابهه من مفاهيم

الزواج ينشأ عهدا، أنه يستمر أيضا عهدا ولا تلغيه نزوة التغيير والاشتمزاز ممن كان معك وشهوة الجديد¹⁷³.

وبالتالي إذا تغير مسار أو مفهوم الزواج الصحيح يصبح الزواج باطلا، هذا الأخير هو نتيجة لتغيير الغرض من الزواج أو بمعنى آخر هو نتيجة لتخلف ركن عقد الزواج .

و عليه ينبغي مقارنة البطلان بما يشبهه من مفاهيم، منها البطلان و الإبطال

(الفرع الأول)، و بطلان الزواج و فسخه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

البطلان والإبطال في قانون الأسرة الجزائري والمدونة المغربية

الزواج هو الرباط المقدس للجمع بين الرجل والمرأة على الوجه الصحيح غير أنه في حالة نقص شرط أو ركن، فيكون نتاجه البطلان أو الإبطال، لذلك فيما يتجلى الفرق بينهما؟.

أولا/ -المقارنة بينهما

الإبطال هو الجزاء القانوني الذي يؤدي إلى انحلال العقد بعد انعقاده، وذلك نتيجة إخلال في ركن الرضا¹⁷⁴. أما البطلان هو جزاء مقرر عند تخلف ركن الرضا .

¹⁷³ نزيه نعيم شلالا، الطلاق وبطلان الزواج لدى الطوائف المسيحية اجتهادات المحاكم الروحية- ودراسات فقهية كنسية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص206.

¹⁷⁴ موقع كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية: جامعة أكادير، الفرق بين البطلان والابطال، مقالة بتاريخ 03/09/2016، ص 1 و2 www.fsjes-agadir.info/vb.

وبالتالي الفرق بينهما أنّ البطلان لا يقبل التصحيح فهو والعدم سواء، أما الإبطال فيمكن أن يتفق الطرفان على تصحيحه. إضافة إلى ذلك البطلان يتعلق بالأركان أما الإبطال يتعلق بالشروط .

فالبطلان المطلق يكون في مواجهة العقد الذي تخلف أحد أركانه، أما البطلان النسبي فهو العقد الذي تخلف أحد شروطه .

فيما يخص مسألة البطلان، نجد أنّ الفقهاء انقسموا إلى فريقين، الأول يرى أنّ البطلان جزاء لتخلف أركان العقد، والثاني يرى أنّه وصف يلحق بالتصرف فيشل أثره القانوني¹⁷⁵.

فالأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري يرى أنّ البطلان هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها¹⁷⁶. أما الرأي الثاني فيتجه إلى أنّ البطلان وصف يلحق بالتصرف القانوني ذاته نتيجة عيب، وليس جزاء يوجه إلى آثاره، بمعنى لحق العيب بالتصرف في حالة مخالفته لقاعدة قانونية متعلقة بإبرام التصرف، وبالتالي عدم نفاذ التصرف¹⁷⁷.

إضافة إلى أنّ العقد في البطلان المطلق هو غير موجود، أما في حالة العقد الباطل بطلانا نسبيا، فالعقد يعد صحيحا تترتب عليه آثار إلا أنّه معيب يمكن القضاء ببطلانه.

ثانيا/ - معيار التفرقة:

يستقر الفقه التقليدي على التفرقة بين نوعين من البطلان و هما البطلان النسبي والبطلان المطلق بالنسبة للنظر إلى أركان العقد من جهة وشروط صحة العقد من جهة أخرى.

1- إذا تخلف أحد أركان العقد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، وذلك لخطورة العيب الذي شاب العقد كإنعدام الرضا في عقد الزواج . أما في حالة تخلف شرط من شروط الصحة كان البطلان نسبيا وليس مطلق وذلك لأن العيب الذي شاب العقد اقل

¹⁷⁵ عبد الحكيم فوده ، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة ، ط 02 ، دار الفكر و القانون ، المنصورة ، 1999 ، ص 17_18 .

¹⁷⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 486 و ما بعدها .

¹⁷⁷ عبد الحكيم فوده ، مرجع سابق ، ص 19 - 20 .

خطورة ويكون العقد قابلا للإصلاح كتخلف شرط الصداق مثلا لأنه يمكن تصحيحه بصداق المثل بعد الدخول.

2- العقد الباطل بطلان مطلق يعتبر غير موجود قانونا، فهو والعدم سواء لتخلف ركن أو أكثر من أركان انعقاده ويتم ذلك إذا انعدم الرضا أو تخلف المحل أو السبب أو كانا غير مشروعين أو تخلف شكل العقد إذا اشترط القانون أو الاتفاق شكلا لانعقاده. والعقد الباطل بطلانا نسبيا يعتبر صحيحا وتترتب عليه آثاره إلا أنه معيب يمكن أن يقضى ببطلانه. والواقع العملي يثبت يوم بعد يوم إلى أن البطلان المطلق والنسبي ينظر من وجهة مغايرة وهي طبيعة المصلحة محل الحماية¹⁷⁸. فالبطلان المطلق يتقرر إذا انطوى إبرام العقد على مخالفة قاعدة تستهدف حماية مصلحة عامة. ويقرر البطلان النسبي إذا انطوى العقد على مخالفة قاعدة تستهدف حماية مصلحة خاصة¹⁷⁹.

ثالثا/- حكم العقد الباطل والعقد القابل للإبطال:

1- يقع العقد باطلا إذا تخلف ركن من أركانه فهو لا يقوم أصلا لأنه لم ينعقد أصلا ولا وجود له شرعا، ولهذا لا يترتب آثارا في الحال ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه والامتناع عن تنفيذه وللمحكمة أن تقضى ببطلانه من تلقاء نفسها في أي وقت ولا يقبل الإجازة.

2- العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلانا نسبيا هو عقد توافر كل أركانه ولكن تخلف فيه شرط من شروط الصحة، فمثل هذا العقد ينشأ ويلزم أطرافه ويرتب آثاره ولكن يجوز للمتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته بسبب نقص أهليته أو لعب في إرادته أن يطلب إبطاله¹⁸⁰.

رابعا/- حالات البطلان المطلق:

1- إذا انعدم الرضا، كما لو تم إبرام العقد عن طريق شخص عديم الأهلية غير مميز أو مجنون، أو في حالة زواج المرأة بدون رضاها.

¹⁷⁸حنين نصار، مرجع سابق، ص 01.

¹⁷⁹حنين نصار، مرجع سابق، ص 01.

¹⁸⁰حنين نصار، المرجع السابق، ص 01.

- 2- اذا كان المحل غير موجود او مستحيل او غير مشروع او غير معين كعدم تعيين الصداق أو زواج المرأة بشرط عدم إعطائها الصداق او غير قابل للتعيين كعدم تحديد قيمة ونوعية الصداق أو غير مشروع كالخنزير او الخمر.
 - 3- اذا تخلف السبب او اتسم بعدم المشروعية كعدم وجود نية الزواج أصلا .
 - 4- اذا تخلف الشكل الذى تطلبه القانون كركن فى العقد، كما هو الحال فى اشتراط الرسمية .
 - 5- اذا ورد فى القانون نص خاص يقضى بالبطلان المطلق.
 - 6- يكون البطلان مطلقا بالنسبة للاتفاق المخالف لكل قاعدة قانونية أمره مصحوبة بجزء¹⁸¹.
- ويستقر الحكم بإبطال التصرف المبني على الغش نحو القانون اذا كان الغرض منه الاحتيال على تطبيق القانون للتهرب من حكم يتعلق بالنظام العام، كإعتناق المسيحي الإسلام من أجل الزواج بمسلمة فقط دون أن تكون نيته متجهة الى تبني الديانة الإسلامية.

خامسا/- حالات البطلان النسبي:

- 1- اذا كان احد المتعاقدين ناقص الاهلية كالصبي المميز والسفيه وذوي الغفلة فلا يجوز زواج من هو ناقص الأهلية نظرا لقله عقله. فإذا تزوج صبي يقوى على الجماع بغير إذن وليه، فله إجازته أو فسخه قبل البناء و بعده، ولا صداق لها¹⁸².
- 2- اذا شاب رضاء احد الطرفين عيب من عيوب الارادة وهو الغلط والاكراه والتدليس كزواج المرأة مكرهة ممن لا تحبده و مجبرة.
- 3- اذا ورد فى القانون نص خاص يقضى بالبطلان النسبي للعقد¹⁸³.

¹⁸¹حنين نصار، المرجع السابق، ص 01.

¹⁸²محمد بن أحمد ابن جزى الغرناطي، مرجع سابق، ص 342.

¹⁸³حنين نصار، مرجع سابق، ص 01.

الفرع الثاني

الفرق بين بطلان الزواج وفسخه

البطلان هو إعدام العقد، أما الفسخ ، فهو نشوؤه لكنّه مشيب بعيب يمكن إصلاحه بعد العقد. بمعنى البطلان للعقد المعدوم لا ينشئ أي أثر وليس ملزماً لأيّ جانب، أي لا يواجه به الغير. أما الفسخ فهو أن يكون العقد صحيحاً لكنّه مشيب بعيب يقتضي تصحيحه و تنشأ معه آثار تكون ملزمة للطرفين.

الفسخ جزاء يرتبه القانون على عدم تنفيذ احد طرفي العقد لإلتزامه فالعقد ينشأ صحيحاً و ينتج آثاره بين طرفية الا ان احد اطرافه لا يقوم بتنفيذ التزمه فيكون للمتعاقد الاخر طلب فسخ العقد لكي يتحلل مما عليه من التزم.

فقهاء المذهب المالكي لم يفرقوا بين الباطل والفاقد في العقود والتصرفات، ولكن في الوقت نفسه لم يعاملوا المسائل المختلف فيها معاملة المتفق عليه¹⁸⁴. بهذا استوجب الأمر تعريف الزواج الباطل.

المبحث الثاني

أسباب الزواج الباطل في القانونين الجزائري والمغربي

البطلان هو النتيجة الصادرة عن إختلال أركان العقد، فبإختفاء ركن الرضا يصير العقد باطلاً، لذلك فيما تكمن حالات الزواج الباطل؟.

للإجابة على الإشكالية وجب التطرق الى الأسباب المنصوص عليها صراحة في قانون الأسرة إنعدام ركن الرضا (المطلب الأول)، ثم وجود شرط يتنافى ومقتضيات العقد (المطلب الثاني)، وآخر حالة وجود مانع من الموانع المقررة قانوناً (المطلب الثالث).

المطلب الأول

إنعدام ركن الرضا و تخلف أهلية الزواج

الزواج عقد رضائي بإمتياز، فبدون رضا المرأة والرجل لايقوم الزواج ويعد باطلاً ، كون الرضا ركن وليس شرط ، لكن قد يحدث ويلتصق العقد بشرط يتنافى ومقتضياته كون أن عقد الزواج من مقتضياته التأييد، أو قد يوجد مانع قانوني يمنع من قيام عقد الزواج .

¹⁸⁴ إبراهيم بن موسى الغرناطي، الموافقات في أصول الشريعة، ج4، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن، ص 150.

للكحوض في هذا الموضوع تم اللجوء الى الحالات المنصوص عليها صراحة (الفرع الاول)، تخلف الأهلية في عقد الزواج (الفرع الثاني)، ثم تخلف الولي في حالة وجوبه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الحالات المنصوص عليها صراحة

يعد الرضا الركن الوحيد لعقد الزواج ، كونه تعبير عن إرادة الطرفين للزواج (أولاً)، كما يعتبر الزواج باطلا إذا تم بوجود أحد الموانع الشرعية و القانونية (ثانياً) أو اشتمل على شرط ينافيه (ثالثاً).

أولاً : إنعدام ركن الرضا

بالرجوع الى مسألة إنعدام التطابق بين الإيجاب والقبول، نرى بأنه يمكن أن يقع في حالة وجود قبول وإيجاب لكنهما غير متطابقين، فالفقه الوضعي يعرف العقد أنه تطابق إرادتين لإحداث أثر قانوني لأنّ التطابق هو الذي يكون عنصراً للرضا .

فمن الظاهر حسب المشرع المغربي أراد من خلال عنصر التطابق أن يعالج الحالات التي يكون فيها الزواج بولي المرأة ودون علمها أو دون رضاها إذ جاء في النوازل الجديدة الكبرى "إذا انعقد النكاح وقامت المرأة وأثبتت عدم الرضا بالبينة، فالنكاح فاسد، وأنّ هنا كإجماع على بطلان نكاح المكره والمكرهة....." ¹⁸⁵.

فحالات الزواج الباطل في المدونة حسب المادة 57 هي:

اختلال أحد الأركان المنصوص عليها ضمن مقتضيات المادة 10 من مدونة الأسرة ¹⁸⁶.
وبالرجوع إلى الأحكام الواردة في المادة 10 منها يتضح أنّ للزواج ركنين أساسيين وهما :
- الإيجاب الصادر عن الزوج أو الزوجة حسب الأحوال .
- القبول الصادر في الجانب الآخر .

ويعبر عن الإيجاب والقبول بالصيغة عادة والمقصودة بها الألفاظ المعبرة عن الإرادة والتي تفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً مع صحة الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق إن كان يكتب وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين .

¹⁸⁵ محمد الكشيبور، مرجع سابق، ص 51-55.

¹⁸⁶ محمد الكشيبور، مرجع سابق، ص 548.

وعليه، فانعدام الإيجاب أو القبول، وبالتالي التعبير عن الإرادة بالكيفية التي حددها المشرع يكون عقد الزواج باطلا لإختلال أحد ركنيه، مع العلم أنه يمكن التعبير عن الإرادة عن طريق النيابة طبقا لما قرره المشرع بالمادة 17 من مدونة الأسرة¹⁸⁷.

أما المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري نصت على أنه: "يطلق الزواج إذا اختل ركن الرضا" وهذه الحالة الوحيدة التي يبطل فيها عقد الزواج، حيث ركن الرضا نص عليه المشرع في المادة 9 من قانون الأسرة بقوله: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". وأضافت المادة 10 منه على أنه "يكون الرضا بإيجاب أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرقا ويصح بالإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النتائج لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة".

ثانيا: موانع الزواج

كذلك وجود مانع من موانع الزواج ينعكس عنه بطلان الزواج، ويقصد بموانع الزواج الموانع المؤبدة والمؤقتة وهي المنصوص عليها في المواد من 35 الى 38 من المدونة، مع هذه التفرقة مع المذهب المالكي أن المشرع المغربي قد سكت عن حالة الإحرام بحج أو بعمره، فلا يجوز نكاح المحرم أو إنكاحه ويفسخ وإن دخل وولدت فسخه بغير طلاق وقيل بطلاق وفي تأييد تحريمها عليه روايتان وأجاز أبوحنيفة نكاحه وإنكاحه¹⁸⁸، وبالتالي يرجع الى موقف المالكية بأنه تطبيق للمادة 400 من المدونة.

كما ان الزواج يكون باطلا في التشريع الجزائري إذا وجد به مانع من موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 24 وما بعدها من قانون الأسرة، وهي الموانع المؤبدة المتمثلة في

¹⁸⁷ تنص المادة 17 على انه: "يتم عقد الزواج بحضور أطرافه غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه بإذن من قاضي الأسرة، المكلف بالزواج وفقا للشروط الأتية:

- وجود ظرف خاص لا يأتي معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه .
- تحريم وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرضية، مصادق على توقيع الموكل فيها .
- أن يكون الوكيل راشدا متمتعا بكامل أهليته المدنية وفي حالة توكيله من الولي يجب أن تتوفر فيه شروط الولاية .
- أن يعين الموكل في الوكالة إثم الزواج الآخر وموظفاته والمعلومات المتعلقة بموته وكل المعلومات التي يرى فائدة في ذكرها .
- أن تتضمن الوكالة قدر الصداق وعند الاقتضاء المعمل منه والمؤجل للموكل أن يحدد الشروط التي يريد ادراجها في العقد والشروط التي يقبلها الطرف الآخر .
- أن يؤشر القاضي المذكور على الوكالة بعد التأكد من توفرها على الشروط المطلوبة.

¹⁸⁸ محمد بن احمد بن جزى الغرناطي، مرجع سابق، ص 342.

: القرابة، و المصاهرة، و الرضاع". وكما يقع الزواج باطلا بوجود مانع من الموانع المؤقتة المنصوص عليها في المادة 30 من قانون الأسرة، كالزواج بالمحصنة أو المعتدة.. إلخ .

ثالثا: وجود شرط ينافي عقد الزواج

إن الشريعة الإسلامية قد اهتمت بسائر العقود، فوضعت لها الضوابط والمعايير التي تضبطها، ولكن عقد الزواج من العقود التي اهتمت بها اهتماما خاصا، نظرا لأهميته وخصوصيته، ذلك أنها تهدف إلى تحقيق مصالح المكلفين، لذا جعله الشرع يجمع بين الثبات والتطور لتساير مصالح الناس في كل وقت. وقد أجاز للمتعاقدين أو أحدهما أن يضيف للعقد ما يراه محققا لمصلحتهما أو لأحدهما، وهذا عن طريق الاشتراط¹⁸⁹.

والمقصود بتأثير الشروط على العقد، هو الحكم الذي يترتب على اشتراطه في عقد الزواج، من حيث إلزامه الوفاء بالعقد والتقييد به، وكذا ثبوت الخيار لصاحب الشرط في فسخ العقد في حالة عدم الوفاء بالشرط، أو فساد العقد لعدم صحته¹⁹⁰.

إذن، إذا اقترن عقد الزواج بشرط، فإن هذا الأخير يخلف أحكام تقع على عاتق المتعاقدين، إذ يصبح كل طرف ملزم ويقع عليه عبء تنفيذ التزامه. غير أنه ينبغي على المتعاقدين وقبل وضع أي شرط أن يميزوا بين الشرط الصحيح والشرط غير الصحيح، لأن لكل نوع حكمه، وتأثيره على العقد من حيث الصحة والبطالان¹⁹¹.

غير ان آراء الفقهاء ومواقفهم كانت متباينة حول أنواع الشروط وحدودها وقواعدها التي يعرف بها الشرط الصحيح، والشرط غير الصحيح وعليه، فالإشكال المطروح، ماهو حكم الشرط المقترن بعقد الزواج في نظري الفقه و لقانون؟.

أ/- حكم الشرط المقترن بعقد الزواج في الفقه الإسلامي

إن الشروط المقتترنة بعقد الزواج، تلعب دورا هاما في التأثير على العقد، من حيث الصحة والفساد، وحتى من حيث وجوب الوفاء بها، وهذا بإعطاء الحق للمشتراط بفسخ عقد الزواج، عند عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها أثناء العقد، ما لم تخالف النظام الشرعي

¹⁸⁹ طرشي سمية، الشروط في عقد الزواج، الأحكام والآثار، مذكرة ماستر، جامعة بسكرة، 2015_ 2014، ص 30 .

¹⁹⁰ طرشي سمية، مرجع نفسه، ص 30 .

¹⁹¹ طرشي سمية، مرجع نفسه، ص 30 .

ومقاصده¹⁹². ومن ثم فالإشكال المطروح هنا، هو ما موقف الفقه من الشروط المقترنة بعقد الزواج؟ وهل تنفذ أم تلغى كأنها لم تكن؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية سيقسم الى : الشرط المنافي لمقتضيات عقد الزواج(1)، والشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه(2).

1/- الشرط المنافي لمقتضيات عقد الزواج:

(هذا النوع من الشروط غير صحيح باتفاق الفقهاء، فهي لا يقتضيها عقد الزواج، ولا تؤكد ما يقتضيه، ولم يرد الشرع بجوازها، ولم يجز بها العرف. فهذا النوع من الشروط غير ملائم لمقصود المشروط، ولا مكمل لحكمته بل هو على الضد من الأول)¹⁹³، أي هو (شرط غير ملائم للمشروط بل هو مناف لمقتضاه، كما لو اشترط الزوج في عقد الزواج على زوجته دفع مهرها أو نفقتها، أو اشترط أن يقسم لها أقل من ضرتها. وبالمقابل إذا اشترطت الزوجة ألا تسلم نفسها إلى مدة محددة، أو ألا يطأها زوجها مطلقا، فإن كل هذه الشروط تعد باطلة لمنافاتها لمقتضى العقد، ويصح النكاح لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا. يشترط ذكره، كما أنها تسقط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده)¹⁹⁴.

¹⁹² هناك ما يسمى بالشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج، وهو الشرط الذي يكون جزءا من مقتضى العقد ومؤكدا له، بحيث لا يكون فيه منافاة لعقد الزواج، كاشتراط الزوجة الكفالة أو الإمساك بالمعروف والتسريح بإحسان، أو بأن ينفق عليها زوجها، فهذه الشروط كلها صحيحة، لأن الغرض من اشتراطها هو تحقيق التلاحم والتوافق بين الزوجين، وهذا ما يلائم مقصود النكاح. والشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج، هو في حقيقته مجرد صفة محل العقد، ولا يضيف إليه أصلا جديدا، لأنه يدخل في العقد دون حاجة إلى تسمية، فلا يوقع في العقد خللا ويحكم به، وهذا النوع كما قال الشاطبي "رحمه الله مكمل لحكمة المشروط وعاضدا لها، بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال" لهذا فقد أجمع الفقه الإسلامي، على صحة الشروط التي يقتضيها عقد الزواج، وتوافق مقصوده الشرعي، كاشتراط الرجل القوام على زوجته أو اشتراطه عليها عدم الخروج من البيت إلا بإذنه، فهذه الشروط صحيحة والعقد معها صحيح أيضا، ويجب على كل من التزم بها أن يفي بها. وللزيد أنظر، الشاطبي إسحاق، الموافقات في أصول الأحكام، ج 1، دار الفكر، 1341، ص 197، بلتاجي محمد، في أحكام الأسرة، الزواج والفرقة، دار التقوى، مصر، 2001، ص 223، بلال مهران محمود، احكم الأسرة في الفقه الإسلامي، ط 1، د.د.ن، 2000، ص 292.

¹⁹³ الشاطبي إسحاق، المرجع السابق، ص 197.

¹⁹⁴ مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قامة، 2020/2019، ص 57.

أما ما يبطل النكاح من أصله كشرط تأقيت النكاح، أو شرط الزوج على زوجته أن يطلقها في وقت معين، أو شرط الخيار الذي يمنح للزوجين أو أحدهما حق العدول عن العقد بعد مدة معينة، فكل هذه الشروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح¹⁹⁵ ولقد اجمع الفقهاء المسلمين على بطلان الشرط المنافي لمقتضيات عقد الزواج، ولكنهم اختلفوا في مدى تأثيره على عقد الزواج. "ذهب الحنفية إلى القول بتغليب قوة العقد على فساد الشرط، وبذلك يظل العقد صحيحاً، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة عندهم، وإنما يبطل الشرط فقط"¹⁹⁶، وهذه الشروط لا يجوز الوفاء بها.

أما عند المالكية إن مثل هذه الشروط إذا شرطت بفسخ النكاح قبل الدخول، ويثبت بعده بمهر المثل ويلغى الشرط، بحيث الشرط كالعدم، حيث جاء في حاشية الدسوقي "وألغى الشرط المناقض بعد الدخول في جميع ما مر"¹⁹⁷ ولأن مثل هذه الشروط تؤدي إلى وقوع الخلل في العقد. وتفريق المالكية بين حالتي قبل الدخول وبعده ميزة تفرد بها المذهب المالكي عن باقي المذاهب الفقهية الأخرى، وهذا عملاً بقاعدة "مراعاة الخلاف"¹⁹⁸، لأنه ما دام يفسخ وجوباً قبل الدخول فالأصل في النكاح أنه فاسد، لكن أثبتوه بعد الدخول وقالوا بصحته، وهذا مراعاة لخلاف من قال بصحته من أصحاب المذاهب الأخرى كالحنفية والحنابلة.

وخلافاً لذلك، ذهب الشافعية إلى أن هذا النوع من الشروط هو من "القسم الثاني بالنسبة للشروط التي تخالف مقتضى العقد أو مقصوده عندهم، ويسمى هذا القسم من الشروط ما يخل بمقصود النكاح الأصلي، وهذا كشرط أن يتزوجها على أنها طالق رأس الشهر، أو كشرط المرأة ألا يطأها، فالنكاح هنا باطل لأن هذا الشرط رفع مقصود

¹⁹⁵ ابن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص129.

¹⁹⁶ السرخسي محمد بن أحمد بن أبي أسهل، المبسوط، ج30، ط3، دار المعرفة، بيروت، 1987، المرجع السابق، ص95، العيني أحمد، المرجع السابق، ص567.

¹⁹⁷ الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010، ص123، ابن قدامة، شرح على نظم ابن بادي لمختصر خليل، ج3، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2007، ص19.

¹⁹⁸ عرفها ابن عرفة بأنها "إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر". ابن عرفة، شرح حدود الرضاع، ط1، دار القدس، القاهرة، 2009، ص226.

العقد. لكن لهم تفصيل في بعض هذه الشروط بحيث يختلف حكمه باختلاف مشروطته وهو ما منع مقصود العقد في إحدى الجهتين دون الأخرى. ومن بين هذه الشروط كأن يتزوجها على أن لا يطأها، فإن كان الشرط من جهتها فتزوجته على أن لا يطأها فالنكاح باطل، لأنها قد منعت من حقه عليها، وإن كان الشرط من جهته فتزوجها على أن لا يطأها فالنكاح عندهم صحيح لأن الزوج صاحب حق الوطء فله تركه. والتمكن حق عليها فليس لها تركه، كما لو اشترط أن لا يقسم لها مع ضربتها، فإن كان الشرط من جهتها صح النكاح، لأن لها العفو عن القسم، وإن كان من جهته بطل النكاح¹⁹⁹، وأيضا كما لو تزوجها على أن لا نفقة لها أبدا فسمي هذا الشرط بأنه رفع بدل مقصود العقد، فلو كان الشرط من جهتها فالنكاح جائز ولها النفقة، وإن كان الشرط من جهة الزوج فهل يؤثر في صحة عقد الزواج أو لا؟.

اختلف الفقه في ذلك إلى رأيين، حيث ذهب الرأي الأول الى انه يؤثر في صحة النكاح فيبطله. فهناك من اعتبر الخلاف أصلا من أصول مذهب الإمام مالك، لكن بشرط لا بد منه وهو أن يكون دليله قويا. فإذا كان مالك لم يراعيه في بعض الأحوال، فذلك لعدم قوة دليله لا لاختلاف قوله في هذا الأصل ولها معنى خاص عند المالكية كما صوره الإمام الشاطبي" فهي عبارة عن إعادة نظر من المجتهد في الحكم بعد الوقوع لما يترتب عليه من آثار وإشكالات تستدعي نظرا جديدا، يأخذ بعين الاعتبار دليل المخالف، فيبني الأمر الواقع على مقتضاه أو بعض مقتضاه وإن كان مرجوحا في أصل نظره، إلا انه لما وقع الأمر على وفقه روعي جانب آثار الفعل وما يترتب عليه، فتجدد الاجتهاد بنظر جديد وأدلة أخرى"²⁰⁰.

أما الرأي الثاني ذهب الى أنه لا يؤثر في صحة النكاح، فيفسد الشرط وحده، ويحكم لها بمهر المثل²⁰¹، حيث يرى الحنابلة إن الشروط التي تخالف مقتضى عقد الزواج، وتتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده. فإن هذه الشروط غير صحيحة، ولكنها لا تؤثر

¹⁹⁹ المطيعي محمد نجيب، المجموع شرح المذهب للشيرازي، ج17، مكتبة الإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص956.

²⁰⁰ محمد الأمين بن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواده، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، دبي، 2002، ص77.

²⁰¹ الشريبي بن شرف النووي، المرجع السابق، ص589.

في صحة العقد، أي أن هذه الشروط تبطل وكأنها لم تكن مثل شرط أن لا مهر لها، أو أن لا بيت عندها، أو اشترطت عليه أن لا يطأها، أو لا يكون عندها إلا مرة في الأسبوع، فهذه الشروط اعتبرها الحنابلة فاسدة في نفسها غير مفسدة للعقد، وعليه حكموا على هذه الشروط بالبطلان وعلى عقد النكاح بالصحة²⁰².

وبعد التطرق إلى أقوال الفقهاء، في الشروط المناقضة لمقصود عقد النكاح، ولم يرد الشرع بجوازها، واختلافهم حول مدى تأثيرها على عقد النكاح، يجب التنبيه على أن هناك شروط قد ورد النهي عنها بنصوص صريحة، وهذا كأن تشترط الزوجة طلاق زوجها، أو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته لشخص آخر، على أن يزوجه ابنته أو أخته أو أي امرأة هي في ولايته، ويجعل صداق هذه بصداق تلك، وهو ما يصطلح عليه بنكاح الشغار. وكأن يتزوج الرجل مطلقة ثلاثاً، بشرط إحلالها لزوجها الأول، وهو ما يسمى بنكاح المحلل. وكأن يتفق الزوج والزوجة على تأقيت النكاح، وهو ما يسمى بنكاح المتعة أو النكاح المؤقت. فهذه الأنكحة قد وردت نصوص عن الشارع بالنهي عنها، فتكون باطلة بسبب ذلك النهي، بالإضافة إلى اشتغال بعضها على ما يناقض مقتضى عقد الزواج، ومقاصده التي شرع لأجلها²⁰³.

وخلاصة القول بالنسبة لتأثير الشرط الفاسد على عقد الزواج، إن المذاهب الفقهية قد تضاربت آراؤها، حيث هناك من تمسك، كما تقدم، بأن الشرط الفاسد لا يفسد بالعقد وإنما يلغي الشرط وحده. في حين ذهب رأي آخر إلى القول أن الشرط الفاسد يفسد العقد إذا أحل بمقصود الزواج الأصلي وإلا فسد الشرط وحده. و تماشياً مع الرأي الأول، ذهب بعض من الفقه إلى التفرقة بين الشروط المتفق عليها، حيث يكون الزواج الفاسد إذا احتوى على شرط ورد النهي الصريح عنها من الشارع، كاشتراط التوقيت والتحليل. أما الرأي الرابع يرى بوجود التفرقة بين الزواج الذي أتبعه دخول يصبح الشرط باطل والعقد صحيح بينما الزواج غير المدخول بها يفسخ العقد²⁰⁴.

²⁰² ابن قدامة موفق الدين ، المغني على مختصر الخرقي، ج 7 ط1 ، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص450 .

²⁰³ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 9، ط9، دار الفكر، دمشق، 2006، ص654 .

²⁰⁴ الوحيلي وهبة، المرجع السابق، ص654.

أما الأستاذ تشوار جيلالي، يرى أنه وفقا لمبدأ رضائية العقود يجوز للزوجين الإشتراط في العقد وعليهما الوفاء بها، غير أنه ما حكم إشتراط الرجل على المرأة العذرية؟ وفي حالة غيابها ما حكم عقد الزواج؟. حيث أن التشريعات المغاربية لم تفصح صراحة على البطلان أو الفساد، وإنما ترك ذلك للفقهاء الاسلامي، حيث أن الحنفية يرون بعدم ثبوت خيار الفسخ للزوج مطلقا أي حتى لو فات ما إشتراطه في الزوجة من شروط²⁰⁵، فالزوج إذا إشتراط في عقد الزواج له الخيار في مسألة المواصلة أو الفسخ فالعقد صحيح والشرط باطل، بينما إتجاه آخر قال بثبوت خيار الفسخ للزوج إذا فات ما إشتراطه من وصف²⁰⁶.

فمن زاوية المعيار الشخصي للأستاذ تشوار جيلالي، ففقدان العذرية أو إصابة أحد الزوجين بمرض مزمن أو به عيب يحول دون تحقيق أهداف الزوج إرادة المضرور تكون معيبة بعبء التدليس، إذ أن الزوج لو كان عالما بالحالة التي هي عليها الطرف الآخر لما وافق على هذا الزواج²⁰⁷.

إن الإشتراط الذي نادى به كل من فقهاء الإسلاميين، وطبقه القضاء الجزائري هو ضمني وليس صريح، حيث نجد المادة 33 قانون أسرة في فقرتها الأولى تنص على أنه: "يطل الزواج إذا إحتل ركن الرضا"، أما المدونة المغربية في مادتها 57 تنص على أنه: "يكون الزواج باطلا إذا إحتل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه، ومنها الرضا الذي ينعقد الزواج بمقتضاه عن طريق إيجاب أحد المتعاقدين وقبول من الطرف الآخر"، فالمشرع بإستخدامه مصطلح إختل تفسر بضعف أو فسد وهذا غير صحيح لأنه لا يستقيم مع الجزء المترتب على مخالفة ما جاءت به هذه المادة²⁰⁸.

أما المشرع المغربي كان له نصيب من الوضوح أكثر من نظيره الجزائري، حيث يجعل نصوصه متطابقة مع بعضها، إذ أن المادة 12 من المدونة تقول بأن عقد الزواج المشوب

²⁰⁵ تشوار جيلالي، خواطر حول إضطراب الاجتهاد القضائي في مسألتها الخطبة والإشتراط في عقد الزواج، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، 2017، مجلد 02، عدد 1، ص 12 وما بعدها.

²⁰⁶ تشوار جيلالي، المرجع نفسه، ص 13، رشدي شحاتة أبو زيد، الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، ط 1، دار الفكر العربي، 2001، ص 482-483، أنظر، علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للطبع، الإسكندرية، 2005، ص 94.

²⁰⁷ تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 19.

²⁰⁸ تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 19 وما بعدها.

بأحد عيوب الارادة تطبق عليه الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و 66 من المدونة، حيث تنصان بأنه "يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع الى قبول الزواج أو إشرطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لايتعدى شهرين...من تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض"²⁰⁹. بالإضافة الى نص المادة 61 من نفس المدونة بأنه: "يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده...إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أن يشفى المريض بعد الزواج...".

3/- الشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه:

وهو شرط ليس من مقتضى عقد الزواج ولا من مستلزماته، كما انه لا ينافيه ولا يخل بمقصد من مقاصده، ولم يرد بشأنه أمر أو نهي من الشارع. ولكنه يحقق مصلحة معتبرة للمشتراط²¹⁰.

ومن هذه الشروط، اشتراط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها، واشترطها تعجيل مقدم المهر، أو تقديم كفيل للمهر، واشترط الزوج أن تكون زوجته متعلمة أو جميلة أو ذات صفات أخرى.

ولقد اختلف الفقهاء حول صحة هذه الشروط وفسادها، ولزوم الوفاء بها وعدم لزوم الوفاء بها، مع اتفاقهم على أنه لا يؤثر في صحة العقد حال مراعاتها أو عدم مراعاتها، وإنما يثبت خيار الفسخ عند عدم مراعاتها، عند القائلين بصحتها ولزومها لمن اشترطها من الزوجين²¹¹.

ولهذا وجب دراسة حكم هذا النوع من الشروط في المذاهب الأربعة وذلك كالآتي: يرى الشافعية بأن اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو لا يخرجها من دارها، وما شابه ذلك من الشروط التي لا تأثير لها على عقد الزواج، بل يضل صحيحا ويفسد الشرط وحده، ما لم تخل هذه الشروط بمقصود النكاح الأصلي، في الوطاء

²⁰⁹ تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 21-22.

²¹⁰ مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 75؛ رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 415.

²¹¹ رشدي شحاتة أبو زيد، أبوزيد، الاشتراط في وثيقة الزواج الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2011، ص 415.

والاستمتاع، وفي حالة إخلال هذه الشروط بهذا المقصد الأصلي من النكاح، فيبطل الشرط والعقد معا²¹².

لقد اعتبر المالكية الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها، "شروطا مكروهة ولكن لا يفسخ الزواج بها لا قبل الدخول ولا بعده، ولا يلزم الوفاء بها وإنما يستحب الوفاء بها. وتعتبر هذه الشروط مكروهة لما فيها من الحجر على الزوج والحد من تصرفه في حقه ويكون هذا النوع من الشروط لازما عند المالكية إذا علق الزوج الشرط بطلاق كقوله: إذا تزوجت عليك فأنت طالق، أو أمرك بيدك، فإن فعل شيء من ذلك لزم ما شرط. أما إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن لا ينقلها من بلدها، وإن فعل هذا صار أمر طلاقها بيدها، فيكون لها الخيار أن تطلق نفسها بعد الإخلال بالشرط وإن ثبت الزواج، كما تصبح. هذه الشروط لازمة على الزوج إذا التزم بها على شكل يمين ولقد ورد في الأثر أن الإمام مالك قال: "أشرت على قاض منذ دهر أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط، وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته، وقد كتبت بذلك كتابا وصيح في الأسواق وعابها عيبا شديدا"²¹³ (214). ويستخلص مما سبق، أن المالكية اعتبروا هذه الشروط مكروهة ابتداء، لكن إذا ذكرت في العقد يستحب الوفاء بها ولا تكون لازمة، إلا إذا اقترنت بعقود أو طلاق.

أما القاعدة عند الحنفية كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يكون مؤكدا لمقتضاه ومضمونه ولم يرد الشرع بجوازه، ووجوب مراعاته أو جرى به العرف فهو فاسد ولاغ، فلو اشترطت الزوجة عدم المسافرة أو عدم التزوج فهو فاسد، لأن فيه منع لأمر مشروع، لكن لو تزوجها على مبلغ ألف على أن لا يتزوج عليها. فإن وفي فلها المسمى لأنه يصلح مهرا وقد ترضى به، وإلا فمهر مثلها لأنها ما رضيت بالألف إلا مع ذكر لها من المنفعة، فيكمل لها مهرها المثل لأنها لم ترضى فكأنه ما سمي²¹⁵. ويعني بذلك أن الحنفية يرى أن الشرط الذي لا

²¹² الأنصاري شهاب الدين، حماية المحتاج إلى شرح المنهاج في فقه الإمام الشافعي، ط1، دار إحياء التراث العربي، 2005، ص287 وما بعدها.

²¹³ مالك ابن انس، المدونة الكبرى، ج3، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2005، ص120.

²¹⁴ الونشريسي، المعيار العرب والجامع المغرب عن فتوى أهل افريقية والأندلس والمغرب، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، الرباط، 1981، ص236.

²¹⁵ الشوكاني محمد بن علي محمد، نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار، مطبعة الحلبي، 1372، ص350.

يقتضيه العقد ولا ينافيه، شرط يجوز الوفاء به ولا يلزم. كذلك فإن اشترط الخيار للزوجين أو أحدهما، لا يبطل العقد، فالعقد صحيح والخيار باطل²¹⁶.

أما اشتراط المرأة أن يكون لها الحق في تطبيق نفسها متى شاءت، فهو أيضا ينطبق عليه وصف الشروط الفاسدة، غير أن الحنفية أجازوا هذا الشرط وقالوا لها أن تطلق متى شاءت إن اشترطت ذلك²¹⁷. وعللوا ذلك بأن هذا ليس شرطا وإنما هو تفويض حق. فالطلاق حق يملكه الرجل بعد العقد، فله أن يتنازل عن حقه ويفوض فيه الزوجة لإيقاعه متى شاءت، فهو تعجيل في التفويض ليس إلا، ومن هنا يجوز للزوج أن يعطيها هذا الحق²¹⁸.

فهذا الاتجاه يرى أنه ليس لأي من الزوجين الحق في فسخ العقد إذا لم يوف الملتزم بالتزامه، لأنه في نظرهم تخلف الشرط يترتب عليه تخلف الرضا بالعقد. كما أن تخلف الرضا بالعقد لا أثر له في عقد الزواج حسبهم، لأنهم يعتبرون هذا العقد صحيح مع وجود الإكراه، وعليه، فإن الشرط الباطل أو الفاسد يترتب عليه بطلان الشرط وحده، وبقاء العقد صحيح²¹⁹.

يرى الحنابلة، من جانبهم، بان الشروط التي ليست من مقتضيات العقد ولكنها لا تنافيه، كأى شرط تنتفع به المرأة، كزيادة مهرها أو اشتراطها ألا يخرجها من بيتها، أو بلدها، أو ألا يتزوج عليها، فهذه الشروط صحيحة يجب الوفاء بها، وإلا فللزوجة حق الفسخ. وحثهم في وجوب الوفاء بهذه الشروط أنها لا تحل حراما ولا تحرم حلالا، وإنما هي تعطي الخيار للمرأة إن لم يف به الزوج، وأما شرط أن يطلق الرجل زوجته الأولى فالعقد صحيح والشرط باطل.

وبهذا اعتبر المذهب الحنبلي أوسع المذاهب الفقهية تيسيرا في مسألة الشروط بتحقيقه لرغبات الناس في الاشتراطات العقدية. إذ اعتبروا الشروط صحيحة لازمة، وليس للزوج

²¹⁶ الشوكاني، المرجع السابق، ص 350 .

²¹⁷ ابن الهمام كمال الدين، شرح فتح القدير، ج 6، دار إحياء التراث العربي، د.س.ن، ص 334 .

²¹⁸ سمارة أحمد، أحكام وآثار الزوجية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2000، ص 134 .

²¹⁹ ابن الهمام، المرجع السابق، ص 336 .

التخلص منها فإن خالفها كان لها حق فسخ العقد متى شاءت، ولا يسقط حقها في الفسخ بمضي مدة معينة²²⁰.

ومن خلال استقراءنا الأول لأراء للفقهاء الأربع في حكم الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه، والأدلة التي استدلت عليها كل مذهب فيما ذهب إليه، يتضح أن المذهب القائل بصحة الشروط ولزومها ووجوب الوفاء بها هو الأقوى كأصل عام، طالما قبلها الطرف الآخر، لأن جعل الشروط الجائزة ملزمة، هو الذي يحقق استقرار الأسرة ويحمي الحياة الزوجية. من أسباب الشقاء الناجمة عن إهدار الزوج، أو الزوجة ما التزمه من شرط اتجاه الآخر، فيعتمد الاشتراط عند العقد ليستميل الطرف الآخر، ويجره إلى التعاقد فإذا ابرم تخلص من عقده، وخدع صاحبه بسبب عدم لزومها، علما أن الشريعة الإسلامية، جاءت راعية لكل العهود، والمواثيق حتى مع الأعداء، فكيف تستباح الحياة الزوجية بالمكر والخداع ونقض العهود.

أضف الى ذلك أنه من الواجب أن تكون علاقتهما الزوجية قائمة على المودة والرحمة، وعليه، فإن الالتزام بالشروط المتفق عليها، حماية أخرى للأسرة من أسباب الاندثار والتفكك، وقد قرر الفقهاء أن " المسلمون على شروطهم"، " مقاطع الحقوق عند الشروط"، " من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه"²²¹ إلا أنه لا ينبغي التوسع

²²⁰ وقد روي هذا عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاس، وعمرو بن العاص رضي الله عنهم، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاوس والأوزاعي وإسحاق بن راهوية، وهو اختيار ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فلو اشترطت الزوجة زيادة في النفقة الواجبة، فقياس المذهب وجوب الزيادة، لأنه، اشترطت عليه شرطا لا يمنع المقصود بعقد النكاح، ولها فيه منفعة، فلزم الزوج الوفاء بهومن تزوج امرأة وشرط أن لا يخرجها من قريتها ثم بدا له أن يخرجها، فليس له أن يخرجها، فيما إذا اشترطت دارها أو بلدها وجها، بأنه يجبر على المقام معها، فإن صاحب الشرط في عقد النكاح لم يرضى بالعقد إلا مشروطا بالوفاء، فإذا لم يتحقق الشرط فإن الرضا وهو أمر لا بد منه في حالتي الابتداء والبقاء، إذ لا خير في بقاء عقد فقد فيه الرضا، وهناك قاعدة فقهية يذكرها الفقهاء وهي " الشرط أملك " ومعنى أملك: أشد وأعز ملكا، فهو اسم تفضيل ومعناه: إن الشرط قيد المشترط وأوثقه لأنه اشترط على نفسه شرطا فقد قيد نفسه به وعليه الوفاء بشرطه. لمزيد من التفصيل أنظر، ابن قدامة، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج 7، دار الكتاب العربي، لبنان، د.س.ن، ص 448، ابن تيمية أحمد، مجموع فتاوي شيخ الإسلام، ج 32، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 2004، ص 164، أنظر ابن تيمية أحمد، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، دار العاصمة، د.س.ن، ص 316.

أحمد فراج حسن، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997 ص 99. نسبت هذه القاعدة للأمير عمر بن الخطاب رضي الله عنه، لكن هي من قول شريح القاضي نقلا عن محمد صدي بن أحمد، موسوعة القواعد الفقهية، ج 2، ط 1، مكتبة التوبة، الرياض، المملكة السعودية، 2000، ص 93.

²²¹ داودي عبد القادر، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2004_2005، ص 166.

في الاشتراط إلا بالقدر الذي يضمن تحقيق الاستقرار ودوام الحياة الزوجية على أساس المودة والعشرة بالمعروف.

ب/- حكم الشرط المقترن بعقد الزواج في التشريعين الجزائري والمغربي

بعد التطرق إلى موقف الفقه من الاشتراط، نجد أن التشريعات العربية قد تأثرت بالمذهب الحنبلي، الذي وسع من دائرة الشروط الصحيحة، وذلك لتسهيل المعاملات بين الناس، فنجد معظم التشريعات الوضعية، منها خاصة التشريعين الجزائري والمغربي محل الدراسة، قد أباحا للزوجين أن يضمنا عقد زواجهما بكل الشروط التي يريانها مناسبة، شريطة أن لا تخالف نص قانوني، أو قاعدة آمرة، أو تخالف مقتضى عقد الزواج. وعليه، فإن هذه التشريعات قد قسمت الشروط إلى قسمين، شروط صحيحة وشروط غير صحيحة، على خلاف التقسيمات التي سبق وأن درسناها في الفقه. ومنه فالإشكال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل الشروط الصحيحة ملزمة للزوجين أم لا؟ وما مصير عقد الزواج المشتمل على شرط غير صحيح؟

وللإجابة على هذين الإشكاليين سنتعرض إلى: حكم الشرط الصحيح قانوناً (1)، ثم إلى حكم الشرط غير الصحيح قانوناً (2).

1/- حكم الشرط الصحيح قانوناً:

إن كان الفقهاء قد تركوا لنا بحوثاً كافية ومستفيضة حول ما يجوز وما لا يجوز اشتراطه في العقود بصفة عامة، وعقد الزواج بصفة خاصة، وأن بعض القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية قد وضعت معايير محددة، لما يجوز وما لا يجوز اشتراطه في عقد الزواج، فإن قانون الأسرة الجزائري قد تعرض إلى مسألة حق الاشتراط في عقد الزواج في المادة 19 منه، والتي نصت على أنه "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، شريطة أن لا تتنافى هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة" ²²².

أما المشرع المغربي، فهو الآخر لم يختلف عن نظيره الجزائري، لأنه تناول موضوع الاشتراط في مادتين، وذلك في القسم الرابع تحت عنوان الشروط الإرادية لعقد الزواج

²²² سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999، ص 169.

وأثارها، وهاتين المادتين تتمثلان في المادة 47 من المدونة التي نصت على أنه " الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيح"، والمادة 48 منها التي تنص على " الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشرطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين".

ويتضح لنا من خلال هذه النصوص القانونية، أن كلا المشرعين الجزائري والمغربي قد أجازا للزوجين أن يضمنا عقد زواجهما بجملة من الشروط التي تحقق مصلحتهما المشتركة، وهذه الشروط هي معتبرة من الناحية الشرعية والقانونية، ما لم تتناقض مع طبيعة عقد الزواج.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري على خلاف نظيره المغربي، قد أشار إلى نوعين من الشروط على سبيل المثال بالنظر إلى أهميتها وهما:

- شرط عدم الزواج عليها.

- وشرط عدم منعها من العمل²²³.

وعليه، فإنه في حالة الاتفاق مثلا، على أن الزوج يسمح لزوجته بالعمل أو عدم التعدد، وأخل بالتزاماته التعاقدية، فإنه استنادا لأحكام الفقرة التاسعة من المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة، فإن للزوجة أن تقيم ضد زوجها دعوى قضائية تتضمن طلب تطليقها، حيث نصت الفقرة التاسعة منها على أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية.....مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج". ونفس الأمر نجده في مدونة الأسرة المغربية، إذ تنص المادة 98 منها في فقرتها 01 على أن من أسباب التطليق " إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج"، والمادة 99 الفقرة 01 منها تنص على أنه " يعتبر كل إخلال في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق".

كما أن المشرع الجزائري أعطى الحق في المطالبة بالتعويض للمتضرر من عدم وفاء الطرف الآخر بالشرط المتفق عليه، كمن اشترطت عدم التزوج عليها، ومع ذلك قام زوجها بالزواج عليها، ضاربا شرطها عرض الحائط.

²²³ ابن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 126 .

والملاحظ أن كلا المشرعين لم يتطرقا إلى كيفية المطالبة بالتنفيذ، ومنه الإشكال المطروح: هل يتم تطبيق عامة القواعد في تنفيذ الالتزامات والاتفاقات المبرمة بين المتعاقدين؟²²⁴.

وللإجابة على هذا السؤال، إن الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، هي شروط ملزمة وواجب الوفاء بها شريطة إثباتها، على أن إثبات هذه الشروط ليس عسيرا، لأنها يجب أن تكون مكتوبة، إما في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، هذا بالنسبة للقانون الجزائري. أما مدونة الأسرة المغربية، فهي الأخرى اعتبرت كل الشروط ملزمة، وأنها متى تضمنت فائدة مشروعة لمشترطها، كانت صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين. فهذا المقتضى الجديد الذي جاء به مدونة الأسرة المغربية بخصوص الالتزام المبدئي للشروط الاتفاقية، وتكون بذلك قد وضعت حدا للجدال الفقهي، الذي كان ماثرا حول المقتضيات التي نظمت مؤسسة الشروط الاتفاقية، في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.²²⁵

2/- حكم الشرط غير الصحيح قانونا

إن الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج، يعتبر باطلا ولا يعتد به، كشرط ألا مهر للزوجة أو شرط عدم النفقة عليها، لأن هذين الحقين منحا للزوجة بموجب نصوص قانونية، فإذا رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد المادتين 14 و 16 تؤكدان أحقية الزوجة للصداق، أما المادة 74 منه فألزمت الزوج بالإنفاق على الزوجة.

أما المدونة المغربية، فنصت على حق الزوجة في المهر في المادة 29 وبالتالي إذا تضمن عقد الزواج هذه الشروط، فإنها تلغى ويصح العقد، لأنها خالفت نصوص قانونية أمره. إلا أن النصوص القانونية الجزائرية التي تناولت موضوع الشرط غير الصحيح، يكتنفها بعض الغموض والإبهام، فبالرجوع إلى نص المادة 32 نجد أنها رتبت البطلان على الزواج المشتتم على الشرط المنافي لمقتضيات العقد بقولها: "يطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، ولا نبتعد كثيرا حتى نجد المادة 35 منها، التي ترتب

²²⁴ ابن شويخ الرشيد، مرجع السابق، ص 137.

²²⁵ ابن شويخ الرشيد، المرجع السابق نفسه، ص 178.

حكما مخالفا لنفس الموضوع الذي تناولته المادة 32، وهذا الحكم يقضي ببطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد، ويبقى على عقد الزواج صحيح .

وبالتالي، يرى بعض الشراح أنه ينبغي تصحيح النص²²⁶، بحذف عبارة مقتضيات في المادة 32، وإضافة هذه العبارة إلى المادة 35، بحيث يصبح النص في هذه المادة كالتالي: " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضاه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح". وربما الخلط الذي وقع فيه المشرع الجزائري من جراء تأثره بالمذهب الحنبلي، الذي وضع حكامين للشروط غير الصحيحة.

- **الحكم الأول:** إبطال الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج، مع إبقاء عقد الزواج صحيح.
- **الحكم الثاني:** إبطال الشرط الذي نهي الشرع عنه، مع إبطال عقد الزواج الذي اقترن به هذا الشرط، وكأمثلة عن هذه الشروط، شرط تأقيت عقد الزواج، نكاح الشغار، اشتراط التحليل...إلخ.

وأما المشرع الجزائري فقد قصد تطبيق نص المادة 32 في حالة وجود شروط تنافي العقد وتؤدي إلى إبطاله من أصله، وبالتالي يبطل كل من الشرط والعقد. أما إذا لم تصل درجة منفاة الشرط للعقد إلى حد إبطاله من أصله، فيبطل الشرط ويصح العقد، وهذا هو الغرض الذي يجب أن يعنى بتنظيمه نص المادة 35، وبهذا يزول التناقض و الغموض بين نص هاتين المادتين²²⁷ ولا يختلف حكم الشرط المنافي لعقد الزواج في التشريع المغربي، إذ نجد المادة 47 من مدونة الأسرة²²⁸ رتبت البطلان هي الأخرى على الشرط المخالف لأحكام العقد ومقاصده، أو خالف القواعد الآمرة للقانون، فأما العقد فيعتبر صحيح.

بناء على ما سبق، نستنتج أنه يبطل عقد الزواج بطلانا مطلقا في الحالات التالية :

-انعدام الرضا .

-إذا احتوى على شرط يتنافى و مقتضيات العقد.

-إذا تم الزواج بإحدى المحرمات المؤبدة .

²²⁶مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص72 .

²²⁷مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص72 .

²²⁸ المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية تنص على أن " الشروط كلها ملزمة إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده، وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيح.".

-إذا تم الزواج بإحدى المحرمات المؤقتة.

الفرع الثاني

تخلف الأهلية في عقد زواج

الأهلية من الخصائص المميزة للإنسان، إذ يتوقف على توافرها معرفة ما يتمتع به من الحقوق وما يلتزم به من واجبات وأحكام الأهلية ينظمها قانون الأسرة وهي نوعان: أهلية وجوب و أهلية أداء.

لذلك ما هي أهلية الزواج في التشريعين الجزائري و المغربي؟ وماهي الحالات الموجبة للرخصة القضائية؟

الإجابة على هاته الإشكالية تتم بدراسة على التوالي أهلية الزواج في التشريعين (أولاً)، ثم الحالات الموجبة للرخصة القضائية (ثانياً)، وأخيراً حكم الزواج التام بدون رخصة قضائية (ثالثاً).

أولاً: أهلية الزواج في القانونين الجزائري والمغربي

تناول المشرع الجزائري بنص المادة 07 من قانون الأسرة أهلية الزواج بقوله: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...". أما القانون المغربي نص على الأهلية في المادة 19 بقوله: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية"²²⁹.

الحكمة من تحديد سن الزواج هي أن المشرعين الجزائري المغربي أخذوا بعين الاعتبار في تنظيمها لعقد الزواج السن القانوني الذي تتحقق من خلاله الأهداف المبتغاة من الزواج تحقيقاً لسلامة الفرد والمجتمع نظراً لما ينتج عن الزواج بالنسبة للصغار من أضرار جنسية ونفسية بالغة الخطورة ، إضافة إلى صعوبة الحياة المعيشية من الناحية الاجتماعية.

ثانياً : حكم الزواج التام بدون ترخيص قضائي

الأصل أن يكون الشخص المقبل على الزواج بالغاً سناً معينة لا بالغاً بلوغاً جنسياً فقط كون أن إمتلاك المتعة ليس هو الغرض الوحيد من الزواج بل واحد منها وهو ما دفع

²²⁹ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 37.

المشروع الى تحديد سن الزواج بالنسبة للطرفين حيث أن مشروع قانون الأسرة قد حددوا السن تقديريا²³⁰. وفي هذا السياق نصت المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "... وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...". إذن، هذا إستثناء يكون في الترخيص للزواج من طرف القاضي. في حين نصت المادة 20 مد.أ.مغ على أنه: "القاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في (المادة 19) أعلاه، بمقرر معللين فيه: المصلحة،...". ومن هنا نرى أن المشروع الجزائري قد راعى ظروف بعض الحالات، ويندرج تحت هذا السياق النقاط التالية:

القاضي المختص، من خلال نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري والمواد 424 الى 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 20 من مد.أ.مغ نستشف أن المشرعين أشارا صراحة الى من يؤول إليه البث في عقد الزواج، فالإذن بالزواج يمنحه قاضي شؤون الأسرة المكلف بالزواج وهذا الإذن لا يصدره القاضي إلا بشروط أن يتقدم طرفي عقد الزواج أو ولي أمر كل منهما بطلب للقاضي مع تبيان الأسباب الداعية لإستصدارهم هذا الأمر مع وجوب أخذ رأي القاصر أو نائبه الشرعي، والإستعانة بأهل الخبرة الطبية مع وجوب تسبب الإذن القضائي بالزواج، مع العلم بأن الإذن الذي يصدره القاضي غير قابل لأي طعن²³¹.

فيما يخص السن الأدنى للزواج في حالة الإذن، نجد أن المشرعين الجزائري والمغربي بمقتضى المادتين 07 من قانون الأسرة و20 من المدونة لم ينصا على الحد الأدنى لسن الزواج بل تركا السلطة التقديرية للقاضي في تحديد ذلك. فالمشروع في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري أعطى للقاضي سلطة تقديرية مطلقة بشأن الإذن، الأمر الذي يجعل من حكمه المطلق عاملا مساعدا في خلق تلك الحالة البغيضة: حالة زواج الصغار، حيث أن المادة 222 من قانون الأسرة تحيل القاضي الى أحكام الشريعة لإنتفاء النص التشريعي،

²³⁰ تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 1999، عدد4، ص 75-77.

²³¹ أحمد نصر الجندي: مرجع سابق، ص 37 الى 39.

حيث أن الفقهاء قالوا بصحة زواج الصغار ممن دون سن البلوغ²³² ودليلهم في ذلك قوله تعالى: "وَاللَّائِي يَكْسَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ"، حيث يقصد باللائي لم يحضن هن الفتيات الصغيرات.

معيار تجسيد المصلحة والضرورة في مفهومهما يتغيران من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر وبالتالي فالمشرع لم يتطرق إلى تحديد ماهي هذه المصلحة والضرورة؟ وأي معيار معتمد لذلك؟ وبالتالي قد ترك المجال مفتوح للقضاء لتقدير ذلك. مثلا ما نصت عليه المادة 326 من قانون العقوبات الجزائري²³³، أن لا يتابع الجاني جزائيا الا بناء على تقديم شكوى من الطرف الأشخاص الذين لهم صفة في إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله.

لم يتم التطرق إلى إجراءات منح الترخيص في القانونين الجزائري و المغربي و إنما قد جرت العادة على أن يقدم ولي القاصر طلب مؤرخا و موقعا إلى القاضي طالبا منه منح ترخيص بزواج القاصر مع ذكر الولي للأسباب التي دفعته إلى ذلك في الطلب مع العلم انه يتم تقديم شهادة الميلاد الخاصة بكل من طرفي عقد الزواج مع وصل تسديد الرسوم القضائية.

يقصد بإكتمال الأهلية أن الإنسان يصبح كامل الإدراك بالشكل الذي يمكنه من توقيع كافة التصرفات القانونية على وجه صحيح غير أنه قد يعرض له ما يؤثر على ادراكه وتمييزه أو حسن تديره. وهذا العارض إما أن يكون جنونا أو سفها أو عته أو إفلاسا أو مرضا وفي هذه الفقرة سيقترن حديثنا عن الجنون والعته والسفه باعتبارها أهم العوارض المؤثرة على الأهلية، وهي العوارض التي تعدم الأهلية²³⁴.

²³² تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 78.

²³³ قانون العقوبات الجزائري، المادة رقم 326/2: "و إذا تزوجت القاصرة المحظوفة والمبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج و لا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله".

²³⁴ محمد القاسمي، مقالة الأحكام العامة للأهلية في ضوء مقتضيات مدونة الأسرة،

http://frssiwa.blogspot.com/2018/09/blog-post_29.html, 2016، ص 1.

1-الجنون : هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا، فالجنون اضطراب في القوى العقلية يترتب عليه فقدان التمييز وهذا الاضطراب قد يكون مستمرا أو متقطعا ويعتبر الشخص مسؤولا عن أفعاله التي يأتيها في الحالة التي يعود فيها اليها عقله²³⁵. طبقا للفقرة الثانية من المادة 217 من مدونة الأسرة²³⁶، وإن كان الصغير محجورا عليه بطبيعته، فان المجنون والسفيه يتوقف حكم الحجر عليهما على استصدار حكم قضائي²³⁷. وفي ذلك تنص المادة 220 من مدونة الأسرة على أن: "فأفقد العقل والسفيه والمعتوه تحجر عليهم المحكمة بحكم وقت ثبوت حالتهم بذلك و يرفع عنهم الحجر ابتداء من تاريخ زوال هذه الأسباب".

بما أن الجنون هو ذهاب العقل وفقده وهو مرض عقلي يصيب الإنسان، فيعدم الإدراك لديه ومن ثم يفقده الأهلية. فلا يعتد بأقواله ولا بأفعاله ولا بتصرفاته كالزواج ، ويصبح المصاب بالجنون في حكم الصبي غير المميز، هذا ويفرق الفقه الإسلامي بين نوعين من الجنون:

الأول:- الجنون المطلق : ويقصد به الجنون المستمر.

الثاني :- الجنون المقطع : ويقصد به الجنون الذي تتخلله فترات إفاقة أي الجنون الذي يصيب الإنسان في بعض الأوقات دون البعض الآخر، ويترتب على ذلك أن المجنون جنون مطبق أو مستمر، تعتبر كل تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً. أما المجنون متقطعاً ، فإن تصرفاته التي يجربها حالة جنونه تكون باطلة بطلاناً مطلقاً أما التصرفات التي يجربها في وقت إفاقته، فتكون صحيحة.

وقد نصت المادة 101ق.م.ج على الآتي: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه"²³⁸.

236 أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص271.

237 أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص277.

238 الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1997، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم،

فالحجر يكون بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة حسب ماتنص عليه المادة 102²³⁹، في حين المادة 103 منه إشتطت وجوب صدور حكم ليسري الحجر، وللقاضي الإستعانة بأهل الخبرة في إثباته للحجر. أما في حالة عدم وجود ولي للمحجور عليه أو وصي فيقوم القاضي بتعيين مقدم لرعاية المحجور عليه للقيام بشؤونه مع مراعاته لأحكام المادة 100 من نفس القانون. أما المادة 107 ق.م.ج تنص على أن تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها²⁴⁰، ومن ثم يجب التفرقة بين التصرفات التي يجريها المجنون قبل تسجيل قرار الحجر، والتصرفات التي يجريها المجنون بعد تسجيل قرار الحجر.

فبالنسبة للتصرفات كالزواج الذي يكون قد تم قبل تسجيل قرار الحجر فيجب النظر إلى عدة اعتبارات، منها حماية المجنون وأعمال التعاقد التي تربط صحة التصرف بوجود الإرادة وأيضاً العمل على المحافظة على استقرار المعاملات. ولكي يتم التوفيق بين كل من هذه الاعتبارات، نص المشرع على أنه تعتبر التصرفات التي يبرمها المجنون مع شيوع حالة الجنون، أو مع علم الطرف الآخر بأنه يتعاقد مع شخص مصاب بالجنون باطله بطلاناً مطلقاً، أي تعتبر كأن لم تكن من البداية أي هي والعدم سواء بسواء.

وقياساً على الزواج فيعد زواج المجنون باطل بطلاناً مطلقاً لإنعدام العقل لديه فكل تصرفاته باطلة.

غير أنه، فيجب التفرقة في شأنها بين أمرين، إذا كان هذا الزواج قد أبرم في فترات الإفاقة فإنه صحيح إذ تعتبر الإرادة موجودة في هذه الحالة بلا شك. أما إذا كان الزواج قد تم في أثناء فترة الجنون فإنه باطل لعدم وجود الإرادة لدى المتعاقد بشرط أن يثبت المجنون ذلك.

أما المعتوه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، وعرفته المادة 216 من مدونة الأسرة على أنه "هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته"²⁴¹. ويتضح إذن من خلال هذين التعريفين أن العته لا يرقى إلى مرتبة

²³⁹ القانون المدني، نفس المرجع، ص13.

²⁴⁰ القانون المدني، مرجع سابق، ص14.

²⁴¹ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق: ص 270.

الجنون وإن كان عبارة عن خلل ذهني يخرج أفعال الشخص عن دائرة سيطرته. وقد ألحقت مدونة الأسرة من خلال المادة 213 المعتوه بالسفيه والصغير المميز حيث تقع تصرفاته القانونية صحيحة قبل الحجر عليه كقيامه بالزواج وبعده قابلة للإبطال لمصلحته. كما أن قابلية التصرف للإبطال تشمل كذلك تصرفات المريض مرض الموت، لأن مرض الموت عارض للأهلية يجعل التصرف قابلاً للإبطال، ويمكن لكل ذي مصلحة المطالبة بإبطال هذا العقد على أساس كون الأهلية من النظام العام.

والعتة، كما تقدم، مرض يلحق بالعقل خلافاً بحيث يصبح صاحبه مضطرب القول والفعل وتكون بعض أفعاله وتصرفاته تشبه عمل العقلاء، وبعض أفعاله وتصرفاته تشبه عمل المجانين.

ويجب التفريق بين نوعين من العته:

1- النوع الأول :- هو نوع لا يكون مع إدراك ولا تمييز، ويكون صاحبه كالمجنون ويقال أن المعتوه في هذه الحالة قد أصابه جنون ساكت.

2- النوع الثاني :- يكون معها إدراك وتمييز، ولكن ليس بدرجة العاديين ويكون صاحبه كالصبي المميز.

وقد طبقت المادة 107ق.أ.ج على المعتوه نفس الأحكام التي تطبق على المجنون وأي تصرف يجريه المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر يكون باطلاً إذا كانت حالة العته، شائعة بين الأفراد، أو إذا كان المتعاقد الآخر يعلم بحالة العته ولم تفرق المادة 107ق.أ.ج بين نوع من العته ونوع آخر، كما فعل الفقه الإسلامي. أما أي تصرف يجريه المعتوه بعد تسجيل قرار الحجر، فيعتبر باطلاً بطلاً مطلقاً²⁴².

ويجب أن يراعى أن تقدير حالة الجنون وحالة العته لدى شخص معين، تمهيداً لتوقيع الحجر عليه أو لتقرير بطلان التصرفات التي أبرمها مع الغير هو ما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى. وتستقل محكمة الموضوع بتقديره ولا يخضع فيه قاضي الموضوع لرقابة. وعليه، فتصرف المجنون والمعتوه بعد تسجيل الحجر باطل: "يقع باطلاً تصرف المجنون أو المعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر" وفي الفقرة الثانية من المادة المذكورة

²⁴²القانون المدني، مرجع سابق، ص14.

تنص على أنه " أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها "، مفاده أن العبرة في تحري أهلية العاقد بأهليته في الوقت الذي أبرم فيه العقد ، وإن المشرع أقام من صدور قرار بالحجر على الجنون أو المعتوه وقت تسجيل ذلك القرار قرينه قانونية على علم الغير بذلك. أما إذا لم تقم هذه القرينة وصدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر، فقد اشترط المشرع لبطلان التصرف الصادر من الجنون أو المعتوه شيوع حالة الجنون أو العته أو علم الطرف الآخر بها ، ويكفي في ذلك أن تتوافر إحدى الحالتين سالفتين البيان لحظة حصول التعاقد ليكون التصرف باطلاً لانعدام ركن من أركانه هو صدوره عن إرادة سليمة.

والمقرر أن قيام عارض من عوارض الأهلية لدى أحد الخصوم هو مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى تستقل محكمة الموضوع في تقدير الدليل عليه ولا شأن للطبيب في إعطاء الوصف القانوني للحالة المرضية التي يشاهدها وأن الأمر في ذلك لمحكمة الموضوع في ضوء ما يبيده الطبيب بغير معقب على ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغاً. والغفلة هي الطيبة في القلب والسذاجة التي يترتب عليها أن يغبن صاحبها فيما يجريه من معاملات، وتعتبر الغفلة صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير ويقصد بالغفلة في نظر البعض سهولة التردّي في الغبن لسلامة القلب والنية وبساطة العقل. وعدم كمال التمييز الراجح والخاسر من التصرفات²⁴³.

حكم تصرفات السفه وذي الغفلة في الزواج، أي كل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذو غفلة يكون ناقص الأهلية ، وفقاً لما يقرره القانون كما أن المادة 107 ق.أ.ج توحى أنه إذا صدر تصرف من السفه بعد تسجيل قرار الحجر باطلاً. كذلك التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر إذا كان السفه بادي و ظاهر وقت صدوره²⁴⁴.

²⁴³ ق.أ.ج:م101: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه" وحمية حقوق الشخص، فإن الحجر عليه لا يكون إلا بحكم قضائي، بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة. كما يترتب على فقدان الأهلية أو نقصانها تعيين نائب قانوني في صورة: ولي، أو وصي أو مقدم .
²⁴⁴ المادة 107 ق.أ.ج: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحم باطلاً، وقبل الحم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة و فاية وقت صدورها".

بالإضافة إلى عوارض الأهلية قد توجد موانع تحول أيضا بين كمال أهلية الشخص وحقه في مباشرة التصرفات القانونية، وسوف نتعرض لكل مانع من هذه الموانع على حده.

الفرع الثالث

تخلف الولي في حالة وجوبه سببا لإبطال الزواج

لقد اختلفت الآراء حول وجوب شرط الولي من عدمه في إبرام عقد الزواج بمعنى هل الولاية شرط صحة أم لا؟ الإمام مالك صرح أنه لا نكاح إلا بولي، بمعنى أنها شرط صحة وهو ما قال به الشافعي²⁴⁵. أما أبو حنيفة وزفر، يرون بجواز عقد المرأة نكاحها بنفسها وبغير حضور وليها جاز ذلك. وسبب إختلافهم عدم ورود آية ولا سنة ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح²⁴⁶، قَوْلُهُ تَعَالَى: "فَبَلَّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ"²⁴⁷، وَقَوْلُهُ تَعَالَى: "وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا"²⁴⁸.

وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن العباس بقوله: "الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صِمَاتُهَا"²⁴⁹.

أما فيما يخص الشروط الموجبة للولاية هي: الإِسْلَامَ، وَالْبُلُوغَ، وَالذُّكُورَةَ²⁵⁰. وَأَمَّا الْعَدَالَةُ فقد اختلفوا فيها من جهة أنها نظر للمعنى²⁵¹. وأما إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية الى الأبعد. أما الشافعي فقال بانتقالها الى السلطان²⁵².

²⁴⁵ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بدون طبعة، ج 4 دار الحديث، القاهرة، 1425 هـ - 2004 م، ص 36.

²⁴⁶ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 36-37.

²⁴⁷ سورة البقرة، الآية 232.

²⁴⁸ سورة البقرة، الآية 221.

²⁴⁹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 36-39.

²⁵⁰ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 38 و ما يليها.

²⁵¹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 36-43.

²⁵² أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 36-43.

تثبت الولاية الأصلية للأب ثم الأم بعد وفاته وذلك وفقا للمادة 87 من ق.أ.ج والتي تنص على ما يلي: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا". والولاية شخصية لا تنتقل إلى الورثة، وتستلزم إنفاق الوالدين على أولادهم إذا لم يكن لهم مال، ويكون ذلك بالنسبة للذكور إلى حين بلوغهم سن الرشد، أما الإناث إلى حين زواجهن. أما المشرع المغربي نص في المادة 236 من مدونة الأسرة: "الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرّد من ولايته بحم قضائي، وللأم أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حالة حصول مانع للأب" ²⁵³.

المطلب الثاني

أسباب أخرى للزواج الباطل والفاقد

هناك أسباب أخرى قد تؤدي إلى بطلان عقد الزواج، وهو ما سنتكلم عنه من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول

الزواج الفاسد لتخلف الشهود وثبوت حرمة المصاهرة

العقد بدون شهود صحيح ولكن لا يجوز البناء بدونها، فإن دخل بها بدونها، فسخ النكاح بطلقة واحدة بائنة، ويحذر أن أقر بالوطء ولا حتى عليهما إن فشا النكاح بدف أو دخان أوليمة، كما أنّهما لا حدّ عليهما إن اكتفيا بشاهد واحد فقط غير الولي. وقد جاء ذكر الشهود في قانون الأسرة في المادة 09 مكرر من جملة شروط الصحة التي يجب أن تتوفر في الزواج، وعليه لا يكون العقد قانونيا إذا خلا عن الشهود، فيفسخ هذا النكاح قبل الدخول إذا لم يصحح بالإشهاد، ولكن يثبت بعد الدخول بمهر المثل ²⁵⁴. فاشتراط الشهادة له حكمة تمثل في المقاصد التالية:

- تمييز النكاح عن الزنا .
- اشترآك المجتمع في أمر تكوين الأسرة وحمايتها .
- توثيق عقد النكاح وتقويته كي يستعصي حله .

²⁵³ أحمد نصر الجندي: مرجع سابق، ص 291.

²⁵⁴ عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 126.

دفع المجتمع إلى وجوب احترام الزوجية الناشئة عن هذا العقد²⁵⁵.

وفي هذا السياق، نص المشرع الجزائري في المادة 02/33 ق. أ. ج على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". وكل نكاح فقد شرط الشهود هو فاسد وجب التفريق بين الزوجين ولا تثبت به حرمة المصاهرة إذا وقع التفريق قبل الدخول أو الوطء فالنكاح المختلف في فساده بمنزلة النكاح الصحيح في تحريم المرأة على أصول الرجل وفصوله، وتحريم أصولها عليه بمجرد العقد وفحولها بالتلذذ بها²⁵⁶.

جاء في المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة الجزائري: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج - الصداق - الشاهدان - انعدام الموانع الشرعية للزواج". ونصت المادة 13 من مدونة الأسرة على أنه " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

1. أهلية الزوج والزوجة.
2. عدم الاتفاق على إسقاط الصداق.
3. ولي الزواج عند الاقتضاء.
4. سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين بتوثيقه.
5. انتفاء الموانع الشرعية".

ويلاحظ من هذه المادة أنها لم تنص على رجلين عدلين، لكن في المادة الرابعة عشرة جاءت مفسرة لها ومبينة أن الشهود لا بد من رجلين عدلين حيث جاء فيها: "يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء وانتفت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق وحضره شاهدان مسلمان".

²⁵⁵ عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 130, 131.

²⁵⁶ عبد السلام محمد شريف العالم، قانون الزواج والطلاق واسانيدہ الشرعية، ط 1، منشورات جامعة قاريونس بنغازي، 1990، ص 131.

أما فيما يخص الأراء الفقهية، الخاصة بالمنع لشهادة المرأة واستدلوا بقول الله تعالى: "وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ" ²⁵⁷. حيث جعل الله عز وجل الشهادة لرجل وامرأتين على الإطلاق ولم يخصص المداينات ²⁵⁸.
أن الله عز وجل أقام شهادة المرأتين مقام الرجل ويصح في جميع الأحكام شهادتهن إن النبي صلى الله عليه وسلم قطع بأن شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل، فيكون مكان كل رجل امرأتان، فإذا كانت الشهادة على الزواج والمطلوب رجلان، فيجوز أن تحل مكان كل رجل امرأتان ²⁵⁹.

الفرع الثاني

الزواج الفاسد لعقده شرط الولي

التكاح بدون ولي وهو أن يتزوج الرجل المرأة دون إذن وليهما، فيعدّ نكاحا فاسدا لقول الرسول عليه الصلاة والسلام: "لا نكاح إلا بولي". بالتعديل الذي مس مدونة الأسرة المغربية و قانون الأسرة الجزائري أصبح للولي أي أثر في عقد الزواج مادامت المرأة رشيدة حيث بإمكانها عقد الزواج بنفسها، إستنادا للمادة 24 من مدونة الأسرة وذلك بقولها: "الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصحتها". أما المشرع الجزائري نص في المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

فمن خلال هاتين المادتين، نجد أنّ المشرعين المغربي والجزائري نصّا على أنّ الراشدة على اعتبارها أنّها تعرف مصحتها، فيمكن لها أن تختار من يمارس ولايته عليها بحيث حسب المشرع الجزائري فقد يكون الأب أو أحد الأقارب كابن عمها أو أي شخص آخر تختاره. وهذا ما يؤخذ على مشرعنا إذ أن الأب هو الأول في معرفة ما يصح لابنته وليس لأحد آخر معرفة مصحتها. أما ما يؤخذ على المشرع المغربي جعل الولاية حقا للمرأة الراشدة تمارسها حسب اختيارها ومصحتها .

²⁵⁷ سورة البقرة الآية 282.

²⁵⁸ مريم أحمد غالب الخطيب، شهادة المرأة على عقد الزواج دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، مج2، ع 01، 2021، ص138، نقلا عن القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس، الفروق، عالم الكتب، د.ط، د.ت، ج 4، ص95.

²⁵⁹ مريم أحمد غالب الخطيب، مرجع سابق، ص 137، نقلا عن، ابن حزم، المحلى، ج 8، ص 487 .

وتطبيقا لهذين النصين، فالمشرع الأسري الجزائري نص في المادة 02/33 على أنه:
"إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". أما المشرع المغربي فنص في المادة 61 من المدونة على أنه:
"يفسخ العقد الفاسد لعقد قبل البناء ويعد ذلك في الحالات الآتية: إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه".

يعتد بالطلاق أو التطليق الواقع في الحالات المذكورة أعلاه قبل صدور الحكم بالفسخ. يستخلص من هذا النص أن الزواج التام بدون ولي في حالة وجوبه حكمه الفساد. فالمشرع المغربي جعل شرط تخلف الولي في حالة وجوبه من الزواج الفاسد لعقد يفسخ قبل البناء وبعده. أما المشرع الجزائري يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل .
لكن الولي يجب أن يكون ضمن الأركان وتخلّفه يؤدي إلى بطلان العقد مطلق. كون أنّ الولي له مكانة مقدسة في المجتمعات الإسلامية، وهو يكون على مقدرة من العلم بأمور الحياة، وما هو أصلح لموليته، فهو يخاف عليها، ولا يريد لها الأذى وحبذا أن تكون في حالة ممتازة ويكون زواجها ناجحا، لأنّه أعلم بمصائب ومصاعب الحياة التي قد نجعلها .

الباب الثاني

إجراءات التقاضي للحكم بفساد

الزواج أو بطلانه و الآثار المترتبة عنه

الزواج، هو عقد حلله الشارع الحكيم بين الرجل والمرأة من أجل المحافظة على الأنساب وأي خرق لهذا العقد يعد جريمة في حق طرفي العقد (المرأة و الرجل) بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة.

لذلك عقد الزواج يترتب عليه آثار عدة منها: العدة والنسب والصداق والميراث والنفقة.... ، لكن الآثار تختلف حسب نوع الزواج، فالزواج الباطل جعل له طرفين مشددين هما:

1- إخفاء سبب البطلان .

2- الدخول بالمرأة .

أما الزواج الفاسد، هو الإخلال بأحد شروط الصحة المذكورة قانونا من شهود وصداق وولي و أهلية...

كل هذا وغيره ينطوي تحته ما يسمى بإجراءات التقاضي للحكم بالزواج الفاسد والباطل، بمعنى أنّ الآثار الناتجة عن ما يسمى بالزواج الباطل والفاسد من صدادق ونسب وعدة وغيرها تكون بموجب الأحكام و القرارات القضائية.

فالإشكال الواجب طرحه هنا هو فيم تتمثل إجراءات التقاضي الخاصة بالزواجين الفاسد والباطل؟ وماهي آثار عقد الزواج سواء الباطل أو الفاسد؟.

فالفصل الأول سوف يخصص لإجراءات التقاضي ، والفصل الثاني للآثار المترتبة الزواج الفاسد والباطل.

الفصل الأول

إجراءات التقاضي في قضايا الزواج الفاسد والباطل

مع تطور المجموعة الإنسانية، و ظهور الدولة بمفهومها الحديث، منع كل فرد من اقتضاء حقه بنفسه، وتم إلزامه باستخدام آلية الدعوى، بمعنى أنها ليست سوى حق الالتجاء للقضاء. إذن، هي حق كل فرد بتقديم مطالب أو ادعاءات أو دفعوع إلى القضاء بهدف الحكم له أو عدم الحكم لخصمه بما يدعيه²⁶⁰. بمعنى أنها الإجراء الذي يباشره المدعي

²⁶⁰ أحمد واصل، الموسوعة العربية، الدعوى القضائية، التصنيف القانون، المجلد التاسع، ص276-<http://arab-ency.com.sy/detail/3350>

والذي يتقدم من خلاله بطلب يستند على إدعاء بالتوفر على حق معين ويطلب من المحكمة البت فيه، فإما أن تحكم هذه الأخيرة وفقا للطلب إذا تبين لها بأنه يستند على أساس أو ترفضه إذا تبين لها عكس ذلك. كما يمكن لها أن تصرح بعدم قبوله إذا ما ثبت لها عدم توفر شرط من الشروط الشكلية التي يتعين على المدعي التقيد بها عند رفعه للدعوى²⁶¹.

استنادا إلى ما سبق، بمجرد وقوع الاعتداء على الحق أو المركز القانوني ينشأ الحق في الدعوى لصاحب ذلك الحق أو مركز الحق القانوني المعتدى عليه.

إن المشرع الجزائري، اعتبر الصفة في الدعوى شرط قبول مستقل بذاته، حسب ما نصت عليه المادة 03 و 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية²⁶². أما المشرع المغربي نص على شرط الصفة في الفصل الأول من الباب الأول للمقتضيات التمهيدية من قانون المسطرة المدنية²⁶³.

على ضوء ما تم تقديمه يمكن طرح الإشكالية التالية: ما هي شروط قبول الدعوى وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية؟ وما هي الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول لانتهاء أحد هذه الشروط؟

للإجابة على هذه الإشكالية الفرعية سنتطرق أولا إلى شروط قبول الدعوى (المبحث الأول)، ثم نسلك الاتجاه نحوى طبيعة الدفع بعدم القبول لانتهاء أحد الشروط (المبحث الثاني).

²⁶¹ جواد مهمول، الوجيز في المسطرة المدنية (مجموعة القانون المسطري 01)، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، المطبعة الأمنية، الرباط، 2009، ص 33.

²⁶² تنص المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى امام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته". أما المادة 13 منه تنص على أنه: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة و مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

²⁶³ لا يصح التقاضي إلا لمن له الصفة، والأهلية، والمصلحة، لإثبات حقوقه. تثير المحكمة تلقائيا انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتقاضي إن كان ضروريا وتندر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل تحدده. إذا تم تصحيح المسطرة اعتبرت الدعوى كأنها أقيمت بصفة صحيحة. وإلا صرحت المحكمة بعدم قبول الدعوى.

المبحث الأول

شروط قبول الدعوى

الشرط الأول للدعوى هي الصفة في الدعوى، هذه الأخيرة هي مطالبة قضائية للحق المدعى به. إذن، ماهي الصفة؟ وماهي أنواعها؟

للإجابة على التساؤل المطروح سنتناول في البداية مفهوم الصفة مع تحديد مكانتها الإجرائية، ثم تبيان الصفة الاستثنائية والإجرائية، ونتطرق في الأخير الى حكم الصفة عند تعدد أطراف الحق أو عندما تكون المصلحة عامة أو جماعية .

المطلب الاول

شرط الصفة في الدعوى

إن الدعوى هي الوسيلة التي يتمكن بها الفرد من حقه، ومادام ممنوعا على الأفراد الدفاع عن حقوقهم بعيدا عن القضاء، فإن القانون قد أوجد عدة وسائل لهذا الغرض ومنها الدعوى والطلبات والدفوع²⁶⁴.

الفرع الاول

مفهوم الصفة ومكانتها الإجرائية

يعرف عبد الباسط الجميبي الدعوى على أنها: "وسيلة قانونية يستطيع بها الشخص بواسطتها اللجوء الى المحاكم للحصول على إقرار بحقه، و عبد الإقتضاء لصيانة هذا الحق"²⁶⁵. إن الصفة، إذن، معناها تحديد الشخص الذي له حق إقامة الدعوى أو رفعها بحيث إذا رفعت من غيره عدت غير مقبولة. فكل شخص يعتبر نفسه ضحية تصرف معين له الحق في رفع دعوى قضائية ولا يجوز لغيره أن يرفعها بدله، ومن أمثلة ذلك:

- دعوى إثبات النسب

- دعوى الطلاق

²⁶⁴ عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، وفق مستجدات مسودة مشروع 2018، ط09، مكتبة المعرفة، مراكش،

2019، ص129.

²⁶⁵ عبد الباسط جمبيبي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر، القاهرة، 1980، ص296.

- دعوى إبطال العقد²⁶⁶.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 1/13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ومصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"²⁶⁷. بعض من المذاهب اعتبرت على أنها المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى أي رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المتعدى عليه²⁶⁸. و يرى فريق آخر على انه يوجد فصل تام بين المصلحة الشخصية المباشرة والصفة العادية في الدعوى، على أساس أن الأولى هي الفائدة التي تعود على الشخص جراء رفعه لدعواه، فيما تمثل الثانية سلطة مباشرة تلك الدعوى، والتي هي عادة تثبت لصاحب الحق المدعي به، أو لمن تلقى الحق عنه بأي طريق كان. كما ثبت أيضا لممثل صاحب الحق المطالب لحمايته أمام القضاء، أو لمن حل محله في الإدعاء، وللنيابة العامة في بعض الحالات²⁶⁹.

في حين ذهب فريق آخر للتمييز بين شرطي الصفة، والمصلحة في الدعوى، وذلك لأن المشرع اشترط الصفة والمصلحة معا في رافع الدعوى، كما اشترطها في التدخل طبقا لنص المادة 2/194 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. كما أن الصفة لا تشترط في المدعي بمفرده، إنما لا بد من توافرها في المدعي عليه أيضا إذ لا بد أن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة²⁷⁰. وقد أتى قانون الإجراءات المدنية والإدارية بجديد حينما اشترط الصفة أيضا في المدعى عليه بعدما كان القانون القديم يشترط الصفة في رافع الدعوى فقط بحيث كان القضاء، في ظل القانون القديم، يقضي تارة بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة في المدعى عليه²⁷¹

²⁶⁶ مقفولجي عبد العزيز، شروط قبول الدعوى، جلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، العدد 06، ص114.

²⁶⁷ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ص02.

²⁶⁸ احمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة عشر، 1990، ص162.

²⁶⁹ احمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص162.

²⁷⁰ أحمد المليجي، التعليق على قانون المرافعات، ط01، المكتب الجامعي الحديث، 1998، ص 106، ووبشير محمد أمقران، قانون

الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1998، ص66.

²⁷¹ مقفولجي عبد العزيز، مرجع نفسه، ص117.

أما المشرع المغربي فقد نص في المادة 544 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "لا يجوز الترفع أمام القضاء إلا لمن لهم الصفة لمباشرة حقوقهم"²⁷²، بمعنى وجوب توافر صفة الإدعاء في الداعي أي أن المتقاضى يشترط فيه توافر صفة للمتقاضى²⁷³. وما ينبغي الإشارة إليه أن الصفة تثبت بمجرد وقوع الاعتداء على الحق أو المركز القانوني كأصل عام لكن قد يحدد المشرع تاريخ حسابها²⁷⁴.

ولهذا، فالصفة العادية في الدعوى قابلة للإثبات عبر وسائل الإثبات المنصوص عنها في القانون المدني، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي البيئة، الكتابة الرسمية أو العرفية، المعاينة، الخبرة، القرائن القانونية أو القضائية، كما يمكن ثبوتها من خلال الوسائل المعفية من الإثبات، والتي هي الإقرار، اليمين... الخ.

غير أنه إذا وجدت استحالة قانونية أو مادية تحول دون رفع الدعوى ومباشرتها، فإن القانون منح صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه إمكانية حلول شخص آخر محله، ويكون ذلك نيابة عنه، وذلك لاعتبارات محددة.

إن ممارسة صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه لحقه في الدعوى بنفسه هو ما يعبر عنه بالصفة العادية في الدعوى كما سبق بيانه. بينما تمثل الصفة الإجرائية صلاحية الشخص الذي يمثل صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه لمباشرة الإجراءات، وذلك بناء على نيابة اتفاقية أو قانونية. أما الصفة الاستثنائية، فهي منح القانون الحق في الدعوى لطرف مستقل عن صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه²⁷⁵، وهي على هذا الأساس لا تثبت إلا بنص قانوني.

²⁷² ظهر شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741.

²⁷³ ادريس العلوي العبدلاوي ومن معه، شرح المسطرة المدنية في القانون المغربي، ج2، مطابع دار القلم، بيروت، 1973، ص 41.

²⁷⁴ دعوى الشفعة: إذ يفقد صاحب الحق في الشفعة حقه في رفع دعواه، إذا لم يمارس ذلك الحق خلال مدة أقصاها سنة ابتداء من تاريخ تسجيل عقد البيع في الأحوال التي ينص عليها القانون. وذلك طبقا لنص المادة 807 من القانون المدني الجزائري. دعوى الغبن المنصوص عليها في المادة 90 من القانون المدني: إذ يفقد صاحب هذه الدعوى حقه فيها بمرور سنة واحدة ابتداء من تاريخ إبرام العقد.

²⁷⁵ محمود سيد التحيوي، الصفة غير العادية و آثارها في رفع الدعاوى القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص

فشرط الصفة له مساس بالنظام العام فلشرط الصفة لدى المدعى أهمية بالغة، والدعوى لا تسمع ما لم يكن هذا الشرط متوفرا فيها ذلك أن هذا الشرط يعتبر ماسا بالنظام العام فيمكن إثارته من قبل المتقاضين في أي مرحلة من مراحل الدعوى كما يجب على المحكمة ان تثيره من نفسها وتقضي برد الدعوى المعروضة عليها إذا تحقق لديها أن المدعي لا صفة له للإدعاء. وقد وجد المشرع المغربي ان ينبه على ذلك فنص صراحة في الفقرة الثانية من المادة 544 على أن "...القاضي يثير تلقائيا عدم الصفة..."²⁷⁶ الإدعاء تعود لصاحب الحق المطالب بحمايته قضائيا .

الفرع الثاني

الصفة الإجرائية والاستثنائية في الدعوى

في بعض الأحوال تتواجد استحالة قانونية أو مادية تمنع صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه من استعمال حقه بنفسه، وهو ما يعبر عنه، كما تقدم، بالصفة الإجرائية. ويرد استثناء أيضا على هذه القاعدة، إذ ينص القانون صراحة على حلول شخص محل صاحب الصفة العادية (الأصلية) في الدعوى وهو ما يسمى بالصفة الاستثنائية (ثانيا).

أولا الصفة الإجرائية

تعرف بأنها صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية في الدعوى باسم غيره، أو هي الصفة في تمثيل الخصم في التقاضي، أو هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات باسم غيره. لذا فالممثل الإجرائي لا يعد طرفا في الخصومة وإنما ممثلاً لأطرافها الأصليين، فهي وسيلة بديلة لأهلية التقاضي وهي تتميز عن أهلية التقاضي والتي هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات باسمه²⁷⁷.

غير أن صاحب الصفة العادية في الدعوى²⁷⁸ قد تعثره استحالة مادية أو قانونية تحول دون اكتسابه صلاحية مباشرة إجراءات المطالبة القضائي، فيخول القانون تلك

²⁷⁶ادريس العلوي العبدلاوي ومن معه، مرجع سابق، ص42-43.

²⁷⁷ وليد سعيد عبد الخالق محمد عبد الفتاح، بحث حول الصفة، ICSSACCADEMY، كلية مهنية فنية معتمدة دوليا

حسب إتفاقية لاهاي الدولية ل 72 دولة، السبت 04 يونيو 2020، ص 01 وما بعدها.

²⁷⁸ الصفة العادية وهي تمثل الوضع الغالب وتتوافر متى كان المدعي في الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه بمعنى أن يوجد تطابق بين المركز القانوني للشخص رافع الدعوى والمركز القانوني لصاحب الحق المدعي به ، كما تتطلب تطابقاً بين المركز

الصلاحيية لشخص آخر، وقد لا تكون هناك أي استحالة ولكن تثبت الصفة الإجرائية لشخص آخر، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 10 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية²⁷⁹، فالتمثيل بمحام وجوبي في جهات الاستئناف والنقض، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وباستثناء الطعن بالاستئناف في الأمر بالرفض للأمر على عريضة أمام رئيس المجلس حسب المادة 310 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية²⁸⁰.

وكذا استئناف الأمر الصادر عن الاعتراض عملا بنص المادة 798 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1/- الاستحالة المادية: ومن أمثلة ذلك نذكر الغائب²⁸¹ (م 571-574 من القانون المدني)، إذ أن الغائب يرفع الدعاوى بواسطة وكيله، وهو ما يمكن تطبيقه في حالة رفع دعوى فساد أو بطلان الزواج.

2/- أما الاستحالة القانونية: وهي عدم القدرة على مباشرة إجراءات المطالبة القضائية من صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، بسبب مانع قانوني مثل ناقص أو عدم الأهلية، كالمحجور عليه والمجنون والسفيه وذا الغفلة والصغير المميز وغير المميز، وإما حماية للغير مثل المفلس والمحجور عليه حجر قانوني وقد سبق الإشارة لهم.

القانوني للمدعي عليه والمركز القانوني للمعتدي على هذا الحق بالدعوى، وذلك بوصفها وسيلة لطلب الحماية القضائية للحق أو للمركز القانوني المدعي به

²⁷⁹ تنص المادة 10 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تمثيل الخصوم بمحام وجوبي في جهات الاستئناف والنقض، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

²⁸⁰ تنص المادة 310 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "الأمر على عريضة مؤقت، يصدر دون حضور الخصم، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك...".

دعوى الغين المنصوص عليها في المادة 90 من القانون المدني: إذ يفقد صاحب هذه الدعوى حقه فيها بمرور سنة واحدة ابتداء من تاريخ إبرام العقد.

²⁸¹ تنص المادة 571 ق م على: "أن الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه".

أما المادة 574 ق م تنص على أنه: "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح و الإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء".

الفرع الثالث

الصفة في النيابة العامة

المشرع المغربي نص في الباب الثاني تحت عنوان دور النيابة العامة أمام المحاكم المدنية من خلال الفصل التاسع بنصها: "على أن تبلغ الى النيابة العامة الدعاوى الآتية :...2- القضايا المتعلقة بالأسرة..."، وكذلك بنصها في المادة 03 من المدونة المغربية على انه: "تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية الى تطبيق أحكام هذه المدونة". وبالتالي، تعتبر طرف أصلي في القضايا الأسرية. كما أن الأمر 05/02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري أحدث في المادة 3 مكرر مركزا قانونيا للنيابة العامة، وذلك باعتبارها طرفا أصليا أمام قضاء شؤون الأسرة في كل الدعاوى الرامية إلى تطبيق نصوص هذا القانون²⁸².

غير أن القاعدة أن الوظيفة الأساسية للنيابة العامة تمارسها في القضايا الجنائية، التي تعتبر فيها طرفا أصليا، وبالتالي ليس لها الحق في الادعاء أمام القضاء المدني، ومنه قضاء الأحوال الشخصية إلا بالاستناد إلى نص صريح على ذلك، فالنيابة العامة لا يكون لها نفس الوضع والحضور في المحاكمات الخاصة بالقضايا المدنية ومنها قضايا قضاء شؤون الأسرة. والمقصود هو أن تكون حاضرة ومتدخلة في القضية إما كطرف أصلي، وإما أن يكون حضورها كطرف منظم للإدلاء بآرائها وملتمسا في القضية، وهذا التدخل قد يكون إجباريا، أو اختياريا، أو بطلب من المحكمة²⁸³. وهو ما أشار إليه المشرع في المادة 256 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله: "يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منظم".

وتنص المادة 257 على أنه: "تتدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون أو للدفاع عن النظام العام"²⁸⁴، بمعنى أن تدخل النيابة العامة يكون تلقائيا إما في القضايا التي يحددها القانون أو للدفاع عن النظام العام. فمثلا في قضايا الأسرة تكون

²⁸² تافرونات الهاشمي، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، جوان 2017، العدد 08، ج 01، ص 198.

²⁸³ تافرونات الهاشمي، مرجع سابق، ص 19.

²⁸⁴ سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية-نصا- شرحا- تعليقا-تطبيقا، ج 01، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 384.

دائما النيابة العامة طرفا فيها تضع إلتماساتها في الملفات الأسرية على مستوى الجهات القضائية.، وتنص المادة 4/276 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على البيانات التي يجب أن يتضمنها الحكم ومنها ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء²⁸⁵.

إن النيابة العامة هي صاحبة الحق في الدعوى العمومية، فهي التي تستأثر بتحريكها²⁸⁶ ومباشرتها أمام القضاء الجزائري في حين لا يخول لها القانون الحق في رفع الدعاوى أمام القضاء المدني إلا على سبيل الاستثناء، وتبعا لذلك تعمل النيابة أمام القضاء المدني بوسيلتين:

أولا : تكون النيابة طرفا منظما حسب نص المادة 259 "يكون ممثل النيابة العامة طرفا منظما في القضايا الواجب إبلاغه بها وييدي رأيه بشأنها كتابيا حول تطبيق القانون" فالنص يفيد بأن القضايا التي يكون فيها ممثل النيابة العامة طرفا منظما يجب إبلاغه بها ليتسنى له تقديم إلتماساته كتابة²⁸⁷.

أما نص المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يشير الى ضرورة إبلاغ النيابة العامة عشرة (10) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا المتعلقة ببعض المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة وغيرها منها:

- 1 - تنازع الاختصاص بين القضاة.
- 2 - رد القضاة .
- 3 - الحالة المدنية .
- 4 - حماية ناقصي الأهلية .

²⁸⁵ تنص المادة 276 فقرة 04 على أنه: "يجب أن يتضمن الحكم البيانات الآتية:

- 1-الجهة القضائية التي أصدرته.
 - 2-أسماء و ألقاب وصفات القضاة الذين تداولوا في القضية.
 - 3-تاريخ النطق به.
 - 4-إسم و لقب ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء.
 - 5-إسم و لقب امين الضبط الذي حضر في التشكيلة .
 - 6-أسماء وألقاب الخصوم و موطن كل منهم،...
 - 7-أسماء وألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم.
 - 8-الإشارة الى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية."
- ²⁸⁶ النيابة العامة هي الوحيدة التي تباشر الدعوى العمومية، غير أنها ليست الوحيدة التي تحركها.
- ²⁸⁷ سائح سنقوقة،مرجع سابق،ص385.

5 - الطعن بالتزوير .

ويجوز لممثل النيابة العامة الإطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى تدخله فيها ضروريا²⁸⁸، يمكن للقاضي تلقائيا، أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى، أيضا وبالمقابل قد يكون جوازيا. ثانيا: تكون النيابة طرفا أصلي في الدعاوى المدنية، وذلك دفاعا عن المصلحة العامة كدعاوى قسم الأسرة.

إن دعاوى النيابة العامة تتبع مما يعرف بدعاوى الحسبة في الشريعة الإسلامية، التي يجوز رفعها من أي شخص بقصد الدفاع عن حق من حقوق الله تعالى²⁸⁹، وهي تستند أساسا على مبدأ النهي عن المنكر و ترفع احتسابا لوجه الله تعالى وابتغاء الثواب منه، لكون إقامة المصالح ودرء المفاسد فرض كفاية يَأْتَمُّ الناس جميعا بتركه²⁹⁰.

دفاعا عن المصالح العامة، لقد أقر القانون للنيابة العامة الصفة في الدعوى. وفي هذا الإطار نصت المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على أنه: "يجب على المدعي في دعوى الطلاق، أن يبلغ رسميا المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 أعلاه و يجوز له تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط." ومن تطبيقات ذلك نذكر منها مايلي:

من زاوية القانون الجزائري، نصت المادة 3 مكرر من قانون الأسرة على أنه "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون". بنص المشرع على اعتبارها كطرف أصلي، هذا ما يشوبه الغموض، موقفها سيكون مع من؟ مع المدعي أو المدعى عليه، على إعتبار أنها تهدف إلى تطبيق القانون وحماية المصلحة العامة؟ وهذا ما يطرح تساؤل إن كان لها الحق في رفع طلب للمطالبة بفساد الزواج أو بطلانه بالرغم من إرادة الطرفين؟

من خلال تحليل أحكام المادة 3 مكرر سالف الذكر أن النيابة العامة هي طرف أصلي من أجل احترام تطبيق القانون، ولا يعني هنا حضورها للجلسة كخصم. وبذلك،

²⁸⁸ سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص 385.

²⁸⁹ أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 127.

²⁹⁰ بوبشير مجند أمقران، المرجع السابق، ص 72.

فإن النيابة العامة يمكنها رفع الدعوى، أو الانضمام في دعوى مرفوعة على كل من اعتدى على المركز القانوني الذي يهدف إلى حمايته، كما ترفع عليها الدعوى، وهو ما يسمى بحق الادعاء أو الدفاع، والقانون هو الذي أعطاهم الصفة لرفع الدعوى، كخروج عن القاعدة العامة²⁹¹، إذ للنيابة العامة سلطات تقديرية واسعة بمقتضاها تتدخل في سير الدعوى لحماية النظام العام، كالمسائل المتعلقة بالأسرة²⁹² لتأخذ مركز الطرف الحقيقي في الخصومة في قضايا الأسرة²⁹³.

ويتضح مما سبق، أن تعديل قانون الأسرة سنة 2005 جعل من النيابة طرفاً أصلياً في كل القضايا المتعلقة بتطبيق نصوص قانون الأسرة من خلال المادة 3 مكرر، منها على سبيل المثال: إن القضايا المتعلقة بالنسب والطلاق والحضانة والزواج الفاسد أو بطلانه كلها تدخل في حالات الأشخاص التي أوجب القانون إشراك النيابة العامة فيها، وأخذ رأيها فيها، وذلك بإرسال الملفات إليها، وإلا كان القرار الصادر في شأنها عرضة للإبطال، ما يقع التنصيص عليه في القرار من حضور النائب العام، وتقديم طلباته²⁹⁴.

لكن من جهة أخرى، إذا سلمنا بأن النيابة العامة طرفاً أصلياً في كل قضايا الأسرة فيطرح التساؤل عن عدم تغيير المشرع لمضامين المواد، 99، 102 و 114 من قانون الأسرة بعد التعديل الوارد بموجب الأمر 02/05، كما أن تأكيده على جعل النيابة طرفاً منضماً في القضايا، التي يتم إبلاغه بها، حسب المادة 259²⁹⁵ ق إ م إ.

وباطلاعنا على مضمون المادة 260²⁹⁶ من نفس القانون التي تحدد القضايا التي يجب إطلاع النيابة العامة بها، نجد أن من بينها قضايا الحالة المدنية وحالة الأشخاص.

²⁹¹ كرعلي مقداد، دور النيابة في مادة المدني، نشرة القضاة، وزارة العدل، مديرية الوثائق، عدد خاص 1982، ص 101-102.
²⁹² محمد مدني بوساق، دور النيابة العامة في ضوء الفقه الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1426 هـ-2005، ص 17.

²⁹³ نجيب بكير، دور النيابة العامة في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية مقارنة، الطبعة الأولى، 1984، ص 381-382.
²⁹⁴ المجلس الأعلى، غرفة الاحوال الاشخصية، 15/01/1986، ملف رقم 39381، غير منشور، مقتبس عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الإجتهد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 101-102.

²⁹⁵ تنص المادة 259 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: " يكون ممثل النيابة العامة طرفاً منضماً في القضايا الواجب إبلاغه بها، ويدي رأيه بشأنها كتابياً حول تطبيق القانون"

²⁹⁶ تنص المادة 260 من ق إ م إ على ما يلي:

" يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة أيام (10) على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا التالية...
- الحالة المدنية - حماية ناقصي الأهلية.

فذكر النيابة والتأكيد على جعلها طرفا أصليا في مواضع، وطرفا منضما في مواضع أخرى يطرح تساؤلا عن مقصود الشارع من ذلك .
ولما كان الأمر كذلك، والمشرع أبقى على المواد المشار إليه أعلاه، دل ذلك على أن المشرع ربما قصد بذلك جعل النيابة العامة طرفا أصليا في قضايا الحالة المدنية وشؤون الأسرة، وكل القضايا المرتبطة بحالة الأشخاص، تماشيا مع مضمون المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، وطرفا احتياطيا في باقي القضايا الأخرى الواردة في المادة 260 ق إ م إ. فالنيابة العامة طرفا أصليا في القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة من خطبة وزواج وطلاق ونفقة وعدة وحضانة ومسكن، وكل ما يرتبط بعقد الزواج وآثاره، وكل القضايا المرتبطة بأهلية الشخص حيث تباشر رفع الدعوى ابتداء . وقد كان الأمر كذلك - قبل التعديل ولا يزال.

يلاحظ مما سبق بيانه، أن الدعاوى التي ترفعها النيابة العامة في هذه الحالات لا تدعي فيها بحق ذاتي خاص بها، ومن ثمة وطبقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فلا صفة لها في هذه الدعاوى، إلا أن القانون وخروجا عن القواعد العامة، فقد حول لها الصفة في التقاضي. وتبعاً لذلك، فلا تقبل الدعاوى التي ترفعها النيابة العامة أمام القضاء المدني ما لم تستند إلى نص خاص في القانون²⁹⁷.

أما من جانب المدونة، فإن دور النيابة العامة في القضايا المدنية لا يعدو أن يكون رئيسيا أو انضماميا وجوبا أو جوازيا. وغني عن البيان أن تختلف طبيعة تدخل النيابة العامة باختلاف طبيعة القضايا المعروضة على القضاء. في ما يتعلق بالقضايا الأسرية، نجد أن المشرع المغربي نص من خلال الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية على أنه يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوى الآتية، وذكر منها قضايا الأسرة. وخروجا من الاختلاف الواقع بين المادة 3 من مدونة الأسرة والفصل 9 من قانون المسطرة المدنية، فإنه يبدو أن ضرورة تغليب نص الفصل 9 من ق م م باعتباره نص شكلي مسطري، وذلك لان النيابة

ويجوز لممثلي النيابة العامة الاطلاع على كل القضايا الأخرى التي يرى تدخله فيها ضروريا.

كما يمكن أيضا للقاضي تلقائيا، أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى".

²⁹⁷ سائح سنقوفة، مرجع سابق، ص 45-47.

العامة تبقى مجرد طرف منظم نظرا لأنها لا تحضر الجلسات وتكتفي بتقديم مستنتاجاتها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يبدو أن حضور النيابة العامة قد يؤدي إلى نتائج عكسية تختزلها التعقيدات المسطرية التي سيخلقها هذا الحضور. لكن رغم ذلك يمكن القول أن مركز النيابة العامة في مدونة الأسرة قد تعزز فعلا بشكل يدعو إلى الاطمئنان ويبدو ذلك من خلال أكثر من عشرين مادة وذلك في إطار مساعدة كل طرف يمكن أن تمس حقوقه بنوعيتها المادية والمعنوية ولاسيما مرحلتي الزواج وانحلاله وأثارها²⁹⁸.

"بعد إذن المحكمة بفك الرابطة الزوجية بالفسخ أو البطلان وقياسا على الطلاق يتم توجيهه إلى قاضي التوثيق من أجل خطاب قاضي التوثيق على وثيقة فك الرابطة الزوجية، وذلك في أجل لا يتعدى 15 يوما، حيث تصدر المحكمة قرارا معللا يتضمن البيانات المنصوص عليها بمقتضى المادة 88 من مدونة الأسرة، ولصحة هذا القرار أوجب المشرع المغربي ضرورة الإشارة إلى ملتزمات النيابة العامة ليكون بذلك دورها انضماميا مادام أن المشرع لم يرتب بطلاق ذلك الإذن في حالة ما إذا لم يتم تضمينه مستنتاجات النيابة العامة، بعدا ذلك يلزم كاتب الضبط قسم قضاء الأسرة التابع لها محل توقيع فك الرابطة الزوجية تبليغ ملخص فك الرابطة إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين وذلك حماية لحقوق الأطراف من جهة، والإشارة إلى تغير الوضعية القانونية لهؤلاء الأشخاص".

فدور النيابة العامة يتجسد من خلال عبارة "التماس تطبيق القانون"، وهو الأمر الذي يجعلها طرفا أصليا و رئيسيا في قضايا الأسرة، بوجوب تبليغها كافة الدعاوى، حيث نجد أنه كرس من خلال تعديله للفصل 430 من قانون المسطرة المدنية، تدخل النيابة العامة في قضايا انحلال ميثاق الزوجية، إذ أعطى لها دورا آخر يتمثل في تمكينها من الطعن في الأوامر الصادرة عن رئيس المحكمة بمنح الأحكام الأجنبية (في الطلاق أو التطلق أو الخلع أو الفسخ أو البطلان...)، الصيغة التنفيذية، وذلك في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية.

²⁹⁸ مصطفى بويكوتي، دور النيابة العامة في القضايا الأسرية، موقع الأسرة و المجتمع، طالب باحث في ماستر الأسرة في القانونين المغربي والمقارن بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير، 29 أبريل 2020، ص01 وما بعدها،

وتعد هذه المبادرة سابقة من نوعها تترجم حرص المشرع المغربي على التطبيق السليم للقانون، ومراقبة مدى موافقة هذه الأحكام للنظام العام المغربي، وقد كانت المبادرة في ذلك للمحكمة الابتدائية بميدلت في تطبيق مقتضيات هذا الفصل في أحد الأحكام القضائية الصادرة عنها)²⁹⁹

من خلال ما سبق، يتضح أن للنيابة العامة الحق في مباشرة التدخل في الزواج الباطل بحكم انه يمس النظام العام، أما الزواج الفاسد غير الماس بالنظام العام تصبح صلاحياتها مقيدة نظرا لعدم مساس هذا النوع من الزواج بالمصلحة العامة. في الأخير، للدعوى شروط أخرى ماسة بالجانب الموضوعي كالأهلية.

الفرع الرابع

طبيعة الدفع الناشئ لانتفاء الصفة

لا يكتسب المدعي الصفة بكلامه في الموضوع إذا لم تكن لديه قبل ذلك، وبالمقابل يؤدي تقديم الدفع بعدم القبول لغياب الصفة إلى سقوط الحق في إبداء الدفع الإجرائية، لأن الدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة موجه إلى الحق في الدعوى. بهذا سيتم معالجة على التوالي الصفة بين الشكل والموضوع في الدعوى (أولا)، ثم علاقة الصفة بالنظام العام (ثانيا).

أولا: الصفة بين الشكل والموضوع في الدعوى

إن الدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة في الدعوى يوجه في الحقيقة إلى الصفة العادية، والصفة الاستثنائية دون الصفة الإجرائية التي يعد الدفع بشأنها من الدفع الإجرائية، كما أن البحث في الصفة قد يتعد مع مناقشة الموضوع، ومنه فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لغياب الصفة هنا هو نفسه رفض الدعوى لعدم التأسيس، مثل الدائن الذي يرفع دعوى ضد مدينه، غير أنه لا يقوى على إثبات علاقة الدائن³⁰⁰.

المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ميز بين الصفة الموضوعية التي استحدثتها في المادة 13 منه "واعتبرها شرطا موضوعيا مرتبطا بالحق في التقاضي، ورتب على انتفائها، سواء في المدعي، أو المدعى عليه، عدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة. وهذا الحكم يجوز حجية الشيء المقضي فيه، و يمكن الدفع بسبق الفصل في موضوع النزاع طبقا

²⁹⁹ مصطفى بويكوتي، المرجع السابق، ص 01 وما بعدها.

³⁰⁰ نبيل صقر، مرجع سابق، ص 42.

للمادة 67 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وبين الصفة الإجرائية (التمثيل)، واعتبرها شرطا شكليا قابلا للتصحيح، ورتب على انتفائها البطلان. ومن ثمة أزال التداخل والتباين الذي كان مطروحا بشأن المادة 459 من القانون القديم³⁰¹.

العبرة في تحديد نوع الدفع المقدم ليس بالتسمية، وإنما من خلال تكييف القاضي، والذي تترتب عليه آثار هامة:

أ/ الدفع الموضوعية

الدفع الموضوعي هو وسيلة تهدف إلى دحض إدعاءات الخصم ويمكن تقديمها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى³⁰². لهذا الدفع الموضوعي هو الوسيلة المتعلقة بأصل الحق وموضوع الدعوى بإنكار وجوده، أو الإدعاء بانقضائه بالسداد أو الإبراء، و التقادم أو المقاصة أو إتحاد الذمة.

ومن أجل ذلك يستنفد الحكم الصادر في الدفع الموضوعي سلطة المحكمة بالنسبة لموضوع الدعوى، يعتبر الحكم الصادر في الدفع الموضوعي فاصلا في الموضوع، يرتب حجية الشيء المقضي التي تمنع من تجديد النزاع أمام القضاء.

ب/ الدفع الشكلية

تسمى الدفع الإجرائية وهي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها، التي توجه إلى إجراءات الخصومة³⁰³، وتكون عائقا يمنع الفصل في موضوع الطلب، لهذا يجب إثارتها في آن واحد قبل إبداء أي دفع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول .

ثانيا: علاقة الصفة في الدعوى بالنظام العام

تنص المادة 1/13 و 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة و مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".
يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه".

³⁰¹ بداوي على ،مرجع سابق ،ص312 وما بعدها.

³⁰² المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

³⁰³ المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

واضح من المادة 1/13 سالفه الذكر أن الصفة الموضوعية في الدعوى تتعلق بالنظام العام، ويترتب عليها آثار هامة هي:

- لا يجوز لجميع أطراف الدعوى الاتفاق على عدم منازعة بعضهم البعض في الصفة.
- يجوز إبداء الدفع بعدم القبول لانعدام الصفة في أي مرحلة تكون عليها الدعوى.
- يتعين على النيابة العامة إذا كانت طرفا أصليا في الدعوى، أو منضمة فيها أن تتمسك بانعدام الصفة ولو لم يدفع به أحد الخصوم.

إلا أن المشرع الجزائري، كما سبق بيانه، فقد أقر أنه لا بطلان إلا بنص، و يتمسك به من تقرر لصالحه، على أنه يثار تلقائيا انعدام الصفة الإجرائية من طرف القاضي.

كما سلفت الإشارة إليه، فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص صراحة على أن مسألة الصفة في الدعوى تتعلق بالنظام العام وهو ما تضمنه المشرع المغربي في قانون المسطرة³⁰⁴. غير أن المدعي قد يرفع دعواه وهو لا يجوز الصفة وأثناء نظر الدعوى يكتسبها، بالمقابل قد يتمتع المدعي أو المدعى عليه بالصفة في الدعوى بتاريخ رفعها، إلا أنهم يفقدونها بسبب ما أثناء النظر، وقبل صدور الحكم.

فاكتساب الصفة أثناء نظر الدعوى، أي عند رفعها يكون بدون صفة ولكن يكتسبها أثناء نظر الدعوى، فهنا إذا كانت صفة إجرائية قد تقبل التصحيح، وبهذا الأخير لا يقضى بالبطلان. أما إذا كانت صفة موضوعية تتعلق بالحق فهنا يحكم بعدم قبول الدعوى، لأن الأصل أن تتوفر الصفة عند رفع الدعوى لأنها من النظام العام كأن يكون الشخص ناقص الأهلية عند رفع دعوى بطلان الزواج.

أما زوال الصفة أثناء نظر الدعوى فنفس الشيء، فهنا إذا كانت صفة إجرائية قد تقبل التصحيح، وبهذا الأخير لا يقضى بالبطلان. أما إذا كانت صفة موضوعية تتعلق بالحق فهنا يحكم بعدم قبول الدعوى، لأن الأصل أن تتوفر الصفة عند رفع الدعوى وتستمر حتى صدور حكم فيها لأنها من النظام العام .

ومن بين قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن نجد القرار الصادر عن المجلس الأعلى آنذاك بتاريخ 08 ماي 1985، والذي أكد على مايلي: "حيث أن الصفة ركن

³⁰⁴ ادريس العلوي العبدلاوي ومن معه، مرجع سابق، ص 41 وما بعدها.

أساسي، جوهرى في كل دعوى قضائية وتصبح غير مقبولة في حالة فقدها. حيث أن المدعية أرملة كانت قد باشرت دعوى تعويض باسمها، واعتبارها الولية الشرعية لأولادها العشرة، وفي هذه الحالة تعتبر ذات صفة في رفع الدعوى متى كانوا كلهم قاصرين. حيث ثبت أن أربع بنات كن وقت رفع الدعوى راشدات، مما يجعل الأرملة فاقدة الصفة في تمثيل بناتها الراشدات"305.

كما قضى المجلس ذاته في قراره الصادر في 01 جويلية 1987 بأنه: "المقرر قانونا أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة التقاضي. ولما كان ثابتا في - قضية الحال - أن المطعون ضدهم لم يكونوا طرفا في الحكم الغيابي المعارض فيه، فإن القضاة بقبولهم معارضة شخص لم يكن طرفا في الحكم الغيابي، الذي إن كانت له مصلحة في الدعوى كان عليه أن يقوم بطعن الغير الخارج عن الخصومة خرقوا قواعد جوهرية في الإجراءات"306.

وكما قضى المجلس في قرار آخر بأنه "من المقرر قانونا أن يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن القضاة لما قبلوا استئناف أم المطعون ضدهما وهي لم تكن طرفا في الخصومة. كما أن المطعون ضده لازال قاصرا وأن أباه هو ولي عنه حسب القانون، لم يتوف بعد لكي تنوب عنه الأم. ومن ثم، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون مما يستوجب نقض القرار"307.

بالإضافة الى الصفة كونها من الشروط الماسة بالجانب الموضوعي، هنالك أيضا شرط الأهلية وهو ماسيتم معالجته في الأهلية في الدعوى (المطلب الثاني).

305 مجلس أعلى، 1985/05/08، ملف رقم 39694، المجلة القضائية، 1989 العدد الثالث، ص 34.

306 مجلس أعلى، 1987/07/01، ملف رقم 40184، المجلة القضائية، 1990، عدد 04، ص 18.

307 مجلس أعلى، 1988/05/12، ملف رقم 171200، المجلة القضائية، عدد 02 ص 107.

الفرع الخامس

الإجراءات الشكلية في الدعاوى الخاصة

بالتعويض في مسائل الأسرية

القواعد الإجرائية العامة لمباشرة الدعاوى القضائية تفترض توفر الصفة والمصلحة وفقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له الصفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون". وبهذا فالصفة تعد شرطا جوهريا لقبول الدعوى، فهي من النظام ويشيرها القاضي من تلقاء نفسه وفقا لنص الفقرة 2 من نفس المادة، وعليه فإنه لمباشرة دعوى التعويض عن فسخ الزواج أو بطلانه لا بد من أن يكون للمدعى الصفة، فقبل المطالبة بالتعويض لا بد من إثبات وجود زواج فاسد أو باطل أولا بكافة وسائل الإثبات المتاحة في هذا المجال.

ولا بد أن يكون رافع الدعوى متضررا من فسخ الزواج ليكون له الحق في التعويض . فيجب إثبات الضرر أمام القاضي ليكون له الحق في طلب التعويض، ويعتد بالتعويض عن تفويت الفرصة إذا كانت المصلحة محتملة في شأن التعويض عنها لأنه في شأن التعويض عن فك الرابطة الزوجية، فإن له إجراءات خاصة به.

إلا أن المشرع الجزائري أوجب شرطا أساسيا حتى يمكن الإعتراف بهذا التصرف أمام القضاء، هو أنه لا بد من إستعمال حق الزوج في بطلان الزواج أو فساده إلى الشكل القانوني وهذا قياسا على المادة 49 من قانون الأسرة التي تنص على أنه " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة 3 أشهر"³⁰⁸. فالصفة في دعوى التعويض هي أولا إثبات أن المتضرر والمطالب بالتعويض هو زوج أو زوجة، وبموجب عقود زواج رسمية . أما إذا تم الزواج وتبعه بطلان الزواج أو فساده، ورأت الزوجة أنها قد تضررت من هذا، جاز لها المطالبة بالتعويض ولكن بعد إثبات ذلك الزواج الفاسد أو الباطل، حتى تكتسب الصفة لإقامة دعوى التعويض.

³⁰⁸ عبد الفتاح تقيية ، المرجع السابق ، ص 141 .

والمصلحة، شرط لقبول الدعوى حيث لا دعوى بدون مصلحة³⁰⁹، فإذا قامت الزوجة برفع دعوى تطلب التعويض عن فساد الزواج أو بطلانه، فيتوجب عليها إثبات أنها تهدف تحقيق فائدة عملية مشروعة³¹⁰.

المطلب الثاني

المصلحة في الدعوى

لقد سبق وتطرقنا الى الصفة والأهلية كشرط في رفع الدعوى، غير أنه ليس الشرطان الوحيدان في صحة رفع الدعوى وإنما يتعداها الى شرط آخر، هو المصلحة . إذن فيما تتمثل المصلحة في رفع الدعوى كشرط من شروط صحة رفعها؟ للإجابة على الإشكالية سيتم التطرق الى العروج على مسألة المصلحة كشرط في رفع الدعوى (الفرع الأول)، وشروطها (الفرع الثاني)، إضافة الى الدعاوى الوقائية القائمة على المصلحة المحتملة (الفرع الثالث)، وطبيعة الدفع الناشئ لإنتفاء المصلحة (الفرع الرابع).

الفرع الأول

شرط المصلحة في رفع الدعوى

إذا لم يتعرض الحق أو المركز القانوني لأي اعتداء، فلا توجد الحاجة لدى الشخص للالتجاء إلى القضاء لطلب الحماية القضائية³¹¹. أما في حالة العكس أي حالة التعرض للاعتداء، فيؤدي إلى حرمان صاحب الحق أو المركز القانوني من المنافع والمزايا التي كان يتمتع بها قبل حصول الاعتداء، يصبح هذا الشخص في حاجة إلى الحماية القضائية. وهذه الحاجة التي يسعى الشخص إلى إشباعها بواسطة القضاء³¹²، هي التي تسمى بالمصلحة التي يعرفها الفقه "بأنها الفائدة أو المنفعة أو الميزة التي يسعى المدعي إلى تحقيقها جراء الحكم له بما يطلبه، فإذا اتضح أن هذه الدعوى لا تعود على صاحبها بأية منفعة أو

³⁰⁹ عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 286 .

³¹⁰ بلحاج العربي ، نظرية الدعوى في قانون الإجراءات المدنية ، سلسلة من المحاضرات ألقين على طلبه الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران 1989 .

³¹¹ زودة عمر، مرجع سابق، ص 55.

³¹² زودة عمر، مرجع سابق، ص 55.

فائدة وجب القضاء بعدم قبولها لانتفاء المصلحة³¹³، ونفس الشيء إذا كانت المصلحة نظرية بحتة³¹⁴.

أما المشرع المغربي فقد أشار الى شرط المصلحة في المادة 125 من قانون المسطرة المدنية في معرض البحث والتدخل فإذا لم يجيز قبول التدخل "إلا ممن لهم مصلحة في النزاع المنظور أمام القضاء"³¹⁵.

يشترط لقبول الدعوى ان يكون للمدعي مصلحة في الإدعاء وشرط المصلحة هو شرط أساسي لا يقل عن شرط الصفة، فالمدعي لا يقبل إدعائه إلا إذا كانت له مصلحة فيه فالمصلحة هي مناط الدعوى³¹⁶.

فشرط المصلحة، يجب أن يتوفر في كل طلب أو دفع أو طعن أو أي إجراء من إجراءات الخصومة القضائية أمام القضاء³¹⁷. وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2004/03/03 حيث انتهى إلى عدم قبول الطعن بالنقض، لانتفاء المصلحة، وملخصه هو عدم وجود مصلحة في طلب نقض نفس القرار المنقوض للمرة الثانية³¹⁸.

نفس القول فيما يتعلق بالدفع المتعلق بعدم تحديد تاريخ الجلسة التي سينطق فيها بالحكم، مادام ميعاد الطعن لا يسري إلا من يوم تبليغ الحكم الصادر في الدعوى، ويتعين لذلك أن يتوافر شرط المصلحة وقت رفع الدعوى، وأن يبقى مستمرا أثناء إجراءات الخصومة، فإذا زال أثناءها، أو رفعت الدعوى دون مصلحة ثم تحققت أثناءها وجب التصريح بعدم قبولها.

الفرع الثاني

شروط المصلحة

نصت المادة 1/13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي، ما لم تكن له صفة ومصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

³¹³ أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، بالقاهرة، ص 313 .

³¹⁴ نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار الهدى، عين المليلة، الجزائر، ص 46.

³¹⁵ ادريس العلوي العبدلاوي و من معه، مرجع سابق، ص 51.

³¹⁶ ادريس العلوي العبدلاوي و من معه، مرجع سابق، ص 50.

³¹⁷ رمزي سيد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية، الطبعة 8، 1969، ص 111.

³¹⁸ محكمة عليا، غرفة مدنية، 2004/03/03، ملف رقم 307906، غير منشور.

و عليه سيتم دراسة شروط المصلحة.

المصلحة مثلها مثل باقي شروط رفع الدعوى كالصفة، لا بد لها من توافر شروط هي

كالآتي:

أ- أن تكون قانونية:

أي تكون من المصالح التي يعترف بها القانون ويحميها بصفة مجردة، فالقضاء لا يحمي إلا المصالح التي يقرها القانون. ولهذا لا يتوقف الأمر على قبول الدعوى وجود الحق أو المركز القانوني من الناحية الواقعية، بل يقصد به أن يعترف القانون بالحماية القانونية المجردة لنوع الحق أو المركز القانوني.

فالمسألة الأولى التي يجب على القاضي التأكد منها، هي إذا كان الحق أو المركز القانوني الذي يدعيه المدعي يحميه القانون أم لا، وفي حالة السلب يقضي بعدم قبول الدعوى لعدم قانونية المصلحة دون أن يفصل في وقائع الدعوى ثبوتاً أو نفياً³¹⁹.

ومقصد ذلك أن يقوم القاضي بالبحث عن وجود القاعدة القانونية التي تمنح الحماية القانونية أو المركز القانوني الذي يدعيه الشخص، وتكون الدعوى غير مقبولة أيضاً إذا سحب القانون الاعتراف بالحق أو المركز القانوني وجرده من الحماية القانونية وأسقطها عنه، ومثال ذلك: رفع الطعن بالإستئناف حول الحكم القاضي بفساد الزواج خارج الأجل القانوني، أو كانت المصلحة مخالفة للنظام العام والآداب العامة، فلا تقبل الدعوى التي ترفعها إحدى النساء للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها جراء وفاة رجل كانت تربطها به علاقة غير شرعية، أو النفقة في حالة الزواج الباطل أو الميراث .

ب_ المصلحة القائمة أو المحتملة المقررة قانوناً:

تضمنت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شرط المصلحة واستوجبت في رافع الدعوى أن تكون له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ، ونفس الشأن بالنسبة للمتدخل في الخصام طبقاً للمادة 2/194 .

يقصد الفقه بالمصلحة الحالة أو القائمة أن يقع الاعتداء على الحق أو المركز القانوني بالفعل، مما يؤدي إلى حرمان الشخص من المنافع التي كان يتمتع بها من قبل، مما

³¹⁹ وجددي راغب فهمي مبادئ الخصومة المدنية، ط01، دار الفكر الديني، القاهرة، ص 119.

يستلزم تدخل القضاء لحمايته بتطبيق جزاء القاعدة القانونية وتبعاً لذلك تكون المصلحة قائمة و حالة للمدعي في إزالة هذا الاعتداء وإصلاح الضرر المترتب عنه، ويتخذ الاعتداء عدة صور فيظهر في صورة مقاومة فعلية، لصاحب الحق المعتدى عليه³²⁰.

كما قد يتخذ النزاع صورة التشكيك حول الحق، أو المركز القانوني، فيطلب من القاضي إزالة الشك أو التجهيل، الذي يكتنفه بتقرير هذا الحق أو المركز القانوني، كدعوى إثبات النسب. أو يكون في صورة التغير في الحق أو المركز القانوني، بتعديله، أو إلغائه، و تصبح المصلحة قائمة وحالة بمجرد ان يصبح الشخص في حاجة إلى هذا التغير، كدعوى فسخ الزواج من أحد المتعاقدين أو دعوى التطليق³²¹. فمثلاً نجد أن النيابة العامة لها الحق في التدخل مباشرة بطلان إجراءات عقد الزواج الباطل كونه ماس بالنظام العام، غير أن سلطتها مقيدة فيما يخص الزواج الفاسد كونه غير ماس بالمصلحة العامة، حيث أن الزواج الباطل قد ينتج عنه أنساب (أطفال) وهو ما يكتشف بعد مدة كزواج من لا يعرف بأنها أخته مثلاً فهذا ماس بالنظام العام.

الفرع الثالث

بعض الدعاوى الوقائية القائمة على المصلحة المحتملة

سابقاً قبل التعديل كانت الدعوى القائمة على المصلحة المحتملة مقبولة في حالات معينة، وتعتبر استثناء من القاعدة العامة، التي توجب أن تكون المصلحة قائمة وحالة. لذا ثار جدال فقهي قبل صدور قانون جديد حول مدى قبول بعض الدعاوى الوقائية القائمة على المصلحة المحتملة، ويكمن أن نعددها كما يلي:

أولاً/ - الدعوى التقديرية

وهي تهدف إلى الحصول على حكم يقضي بوجود، أو عدم وجود حق، أو مركز قانوني، دون إلزام المدعى عليه بأداء معين، أو إحداث تغيير في هذا الحق أو المركز القانوني. وتبعاً لذلك، يشترط فيها أن تكون المصلحة حالة وقائمة، كدعوى إثبات النسب في الزواج الفاسد وغيره، أو إثبات عقد الزواج، في حالة إنكار الزوج لنسب الولد، أو العلاقة الزوجية،

³²⁰ نبيل صقر، مرجع سابق، ص 49 .

³²¹ عمر زودة، مرجع سابق ص 50.

فيشكل ذلك اعتداء على مركز الابن أو الزوجة. فبصدور الحكم بوجود العلاقة الزوجية أو بثبوت النسب للولد، يؤدي إلى إزالة تشكيك حول وجود هذا الحق أو المركز القانوني³²². إلا انه قد لا يصل الاعتداء إلى درجة الإنكار، و إنما يتخذ صورة التشكيك حول الحق أو المركز القانوني فيكون محتملا. ولهذا ينبغي التفرقة بين الدعاوى التقريرية التي يكون فيها الاعتداء قائما وحال، والتي يكون فيها محتملا، مع مراعاة الدعاوى التقريرية التي تهدف إلى حماية الحق الشخصي أو العيني، والتي تهدف إلى حماية المركز القانوني الموضوعي كالتالي :

أ- الدعوى التقريرية: التي تهدف إلى حماية المركز القانوني الموضوعي: كمركز الزوج أو الابن الشرعي، فتكون مقبولة بمجرد وقوع الشك حول هذا المركز، تصبح المصلحة حالة وقائمة، حتى ولو لم يصل هذا الشك إلى درجة الإنكار الساطع. فهدف الدعوى هنا هو صدور حكم يؤكد وجود المركز القانوني الموضوعي، الأمر الذي يؤدي إلى إزالة اللبس والغموض عنه، و بالتالي إشباع الحاجة من الحماية القضائية³²³.

ب- الدعوى الاستفهامية: قد يكون للشخص حق الخيار بين أمرين خلال فترة معينة يحددها القانون، كما في حال ما إذا أعطى القانون لناقص الأهلية أن يتمسك بإبطال العقد خلال 5 سنوات من تاريخ زوال نقص الأهلية، كما نصت عليه المادة 101 من القانون المدني، فيرفع الطرف دعوى يطالب فيها الطرف الأخر أن يحدد موقفه من أحد الأمرين، إما أن يتمسك بالإبطال أو يتنازل عنه، حتى يستقر مركز هذا الشخص. وقد أجمع الرأي على عدم قبولها لأن القانون أعطى حق الخيار للشخص في هذه الفترة فلا يمكن إجباره على تحديد موقفه قبل انقضائها³²⁴.

وما تجدر الإشارة إليه أن جانب من الفقه يرى بقبول هذه الدعاوى القائمة على المصلحة المحتملة، لأن لرافعها مصلحة حالة و قائمة للعمل على حماية مركزه القانوني³²⁵، في حين

³²² أشرف رشوان، الأحكام التي تصلح كسندات تنفيذية، المدونة القانونية، الكويت، 2021، ص 02 وما بعدها.

³²³ أشرف رشوان، مرجع سابق، ص 02 و ما بعدها.

³²⁴ عمر زوده، مرجع سابق، ص 56.

³²⁵ نبيل صقر، مرجع سابق، ص 50.

يرى جانب آخر من الفقه أن المشرع الجزائري لم يوفق في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد لنصه على المصلحة المحتملة في المادة 13 منه وجعل النص عاما.

ثانيا/ - دعاوى حفظ الأدلة

هناك من الدعاوى التي تهدف إلى حفظ الأدلة، فهي إما تكون دعوى إثبات حالة، أو دعوى سماع الشاهد، وهما دعويان تهدفان إلى المحافظة على الدليل لكي يمكن استعماله عند حدوث النزاع في المستقبل. فالمادة 310 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت صراحة على أن إثبات حالة لحفظ الدليل يمكن أن تكون محلا لأمر على ذيل عريضة وجعلت تقديم الطلب إلى رئيس الجهة القضائية. بمعنى على المعني تقديم الطلب إلى رئيس الجهة القضائية المختصة والذي في العادة هو رئيس المحكمة ويتضمن إلتماسا بإنتداب خبير أو محضر قضائي بغرض إثبات حالة ما أو إجراء قياسات معينة أو أخذ صور أو إستجواب شخص ما أو توجيه إنذار ودون المساس بحقوق الأطراف على الإطلاق³²⁶. أما سماع شاهد كما سبق بيانه هي دعوى استعجالية، لا بد من توافر عنصر الاستعجال كأن يكون الشاهد على وشك الموت أو على وشك السفر.

إلا أن المادة 12 من قانون 03/06 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي فقد نصت على أن المحضر القضائي يمكنه القيام بالمعاينات المادية سواء بأمر قضائي أو دونه.

وما ينبغي التلميح إليه أن المادة 77 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص "يمكن للقاضي ولسبب مشروع وقبل مباشرة الدعوى، أن يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق، بناء على طلب كل ذي مصلحة، قصد إقامة الدليل والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي تحدد مآل النزاع، يأمر القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال". فيتضح جليا أن المشرع منح للقاضي إجراء من إجراءات التحقيق مثل إثبات حالة زواج الباطل كزواج الشخص من أخته دون علمه بذلك، أو في الزواج الفاسد كسماع شاهد حضر واقعة الزواج بدون صداق، بناء على طلب كل ذي مصلحة قصد إقامة الدليل والاحتفاظ به. اشترط المشرع أن تكون الوقائع المراد إثباتها لها دور في حسم النزاع، كسماع شاهد تكون شهادته ضرورية لإنارة المحكمة ووصولها إلى حقيقة النزاع.

³²⁶ سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص 442.

في التشريع المغربي، دعوى إثبات الحالة من وسائل إثبات المسؤولية إذا أن المحاكم تستند في كثير من الأحيان إلى تقارير الخبراء المقدمة فيها لإثبات ركن من أركان المسؤولية كالخطأ أو الضرر أو لإثبات أركان المسؤولية الثلاث من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وهي وسيلة إثبات في المسئوليتين المدنية والتقصيرية على حدٍ سواء؛ وإن كان مجالها أوسع في نطاق المسؤولية التقصيرية.

ونظم المشرع هذه الدعوى في نصوص قانون الإثبات في المادتين 133-134 وتجزئ المادة الأولى صراحة من نفس القانون رفع دعوى أصلية أمام القضاء المستعجل بطلب المعاينة. دعوى إثبات الحالة لا تعدو أن تكون دعوى من الدعاوى المستعجلة التي يختص بها القضاء المستعجل إذ أن المشرع قد اشترط في المادة 134 من قانون الإثبات لاختصاصه بنظرها توافر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، فإن هذين الشرطين هما المقرران لأصل ولايته العامة المنصوص عليها في المادة 45 مرافعات، ومن تَتَمَّ يتعين أن تخضع للقواعد العامة التي تخضع لها غيرها من الدعاوى. إضافة إلى أنه يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن وبالطرق المعتادة من قاضي الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة، كما يجوز للقاضي أن يندب أحد الخبراء للانتقال والمعاينة وسماع الشهود بغير يمين، عندئذ يكون عليه أن يعين جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير وأعماله وتتبع القواعد المنصوص عليه في الباب الخاص بالخبرة³²⁷.

ثالثا: عدم قانونية المصلحة

يقصد بالمصلحة القانونية المشروعة تلك المصلحة التي يحميها القانون بصفة مجردة³²⁸ والتي تهدف أساسا إلى حماية حق أو مركز قانوني، وتكون كذلك إذا كان من شأنها تقرير حق أو مركز قانوني أو رخصة أو حمايتها أو تخليص المدعى من إلتزام، وليس بلازم أن تكون

³²⁷المكتبة القانونية العربية، صيغة دعوى مستعجلة بإثبات حالة، ص01 ومابعدها، 2020/04/01،

<https://www.bibliotdrait.com>.

³²⁸ عمر زودة، مرجع سابق، ص66.

منفعة كبيرة لصاحبها³²⁹. فالهم في هذا أن تكون المصلحة مسندة إلى القانون حتى يستفيد صاحبها من الحماية القضائية.

ويتحقق القاضي من توافر هذا الشرط بتطبيق القواعد العامة في القانون³³⁰، فإذا وجد قواعد قانونية تحمي نوع المصلحة المطلوبة، فإن الدعوى تكون قانونية، وإلا فإنه يحكم بعدم قبولها. ويستفاد من هذا أنه ليس كل مصلحة يحميها القانون، وبالتالي ليست كل مصلحة تحميها دعوى. في حين قد يكون لشخص ما منفعة عملية، لا تنطبق عليها قاعدة قانونية تحميها، فلن ترق هذه المنفعة إلى مرتبة الحق الذي تحميها الدعوى³³¹، وبالتالي لا يمكن أن توجد مصلحة قانونية في الدعوى المقامة على هذا الأساس. وبعبارة أخرى، فإن الدعوى تحمي الحقوق والمراكز القانونية والمصلحة التي لا تنطبق عليها قاعدة قانونية تقرها ليست سوى مركز واقعي وبالتالي لا تحميها دعوى³³². فالمصلحة غير المشروعة، هي تلك المصلحة التي تكون مخالفة للنظام العام أو للآداب العامة، ومن أمثلة ذلك:

طلب تثبيت عقد زواج زوجة جزائرية بزواج أجنبي غير مسلم: ففي هذه الحالة لقد أوجب قانون الأسرة في المادة 30 فقرة أخيرة، أنه لا يمكن للمسلمة أن تتزوج مع غير المسلم، فيحرم على المسلم أن يتزوج بالكافرة ممن ليس لهم كتاب³³³. فإذا ما وقع ذلك ولجئت تلك الزوجة إلى القضاء للطلب بتثبيت ذلك الزواج، فإنه يحكم بعدم قبول الدعوى لاعتبار أن المصلحة غير مشروعة، وهذا لمساسها بالنظام العام، وهي بذلك ليست محمية قانوناً، وهذا يطبق في حالة الزواج الباطل مع طلب الحكم بالنفقة.

رابعا: أساس الدفع بعدم القبول باعتبار أن المصلحة ليست قائمة

تظهر العلاقة الوطيدة بين الاعتداء على الحق ونشأة الحق في الدعوى، إذ يشترط لاستعمال هذا الحق أن يتوفر لصاحبه مصلحة في الحصول على الحماية القضائية، ونخلص إلى أنه لتكون المصلحة قائمة وحاله في الدعوى لا بد من:

- وجود حق موضوعي أو مركز قانوني محمي قانوناً.

³²⁹ محمد الشتا، الدفع بعدم القبول مدنيا و تجاريا، إداريا و دستوريا ص 57.

³³⁰ عبد الوهاب بوضرسة، الشروط العامة و الخاصة لقبول الدعوى مرجع سابق ص 91

³³¹ نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق ص 73.

³³² أمينة مصطفى النمر، الدعوى و إجراءاتها، مرجع سابق، ص 23.

³³³ نجيمي جمال، مرجع سابق، ص 90.

- وجود اعتداء فعلي على هذا الحق أو المركز القانوني.

- استمرار حاجة المعتدى عليه لرد هذا الاعتداء وإصلاح الضرر إلى غاية لحظة رفع الدعوى، وتكون كذلك في حالة عدم وجود اعتداء على الحق أو المركز القانوني.

الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة، فإن له وظيفتين فقد يوجه إلى الدعوى بذاتها إنكارا للحق فيها³³⁴، وقد يكون موجه إلى موضوعها أي يكون دفع موضوعي.

ومن بين أوصاف هذه المصلحة أنها تتعلق بالنظام العام لذلك يجب على القاضي أن يثبته تلقائيا وأن يحكم بعدم القبول لانتفاء المصلحة تلقائيا.

والمشرع قد نص على حق المحكمة بأن تقضي بعدم القبول لانتفاء الصفة لرفع الدعوى، لكنه سكت عن أحكام الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة، مما قد يفهم بمفهوم المخالفة أنه ليس من النظام العام وليس على المحكمة أن تثبته تلقائيا. فتخلف شرط المصلحة يلزم القاضي بعدم القبول لانتفاء المصلحة. فإن المشرع لم يشأ أن يخضع هذا الدفع لحكم واحد بل تركه لاجتهاد القضاء ليقرر في كل مرة ما إذا كان الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة من النظام العام أم لا³³⁵.

لهذا، فإن الدعوى تكون فيها المصلحة غير قانونية، مما يتيح للخصم التمسك إما بالدفع الموضوعي استنادا إلى عدم وجود الحق الموضوعي أو بعدم القبول لانتفاء المصلحة³³⁶.

وختاما لذلك، نرى أن المشرع قد أقر شروطا للمصلحة، وهي أن تكون قانونية وقائمة وحالة وأضاف لها وصفا آخر وهي أن تكون محتملة، كما حسم الجدل الذي كان سائدا بخصوص شهر عريضة الدعوى، واعتبره قيда على رفع الدعوى، ورتب آثار على انتفاء أحد هذه الشروط .

³³⁴ المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنه: "الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول الطلب الخصم لإنعدام الحق في التقاضي، كإنعدام الصفة وإنعدام المصلحة والتقدم وإنقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع."

وتنص المادة 68 على أنه: "يمكن للخصوم تقديم الدفع بعدم القبول في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و لو بعد تقديم دفع في الموضوع ."

كما تنص المادة 69 على أنه: "يجب على القاضي أن يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام ..."

³³⁵ عمر زودة، مرجع سابق، ص56.

³³⁶ عمر زودة، مرجع سابق، ص76.

وأضف الى ذلك، فإنتهاء المصلحة يترتب عليه عدم قبول الدعوى شكلا. أما بخصوص شهر عريضة الدعوى، فأوجب استيفاؤه قبل رفع الدعوى، أو يقضى بعدم قبولها شكلا. بالإضافة إلى اعتباره أن الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما هي شرط لصحة إجراءات المطالبة القضائية، يترتب على تخلفها بطلان إجراءات المطالبة القضائية. وعلى غرار الشروط المذكورة لرفع الدعوى، هناك ما يسمى بالمحكمة المختصة بقضايا الزواج الفاسد أو بطلانه. إذن من هي المحكمة المختصة بالنظر في قضايا فساد الزواج أو بطلانه؟ وماهي طرق الطعن في قضايا الزواج من حيث فساده أو بطلانه؟.

المطلب الثالث

الأهلية في الدعوى

الأهلية هي قدرة الشخص على القيام بالأعمال وهي نوعان: إما معدومة، وإما ناقصة.

الفرع الأول

عديم الأهلية

الأهلية لغة بأنها الصلاحية والكفاية لأمر من الأمور، يقال فلان أهل لهذا العمل أي صالح لأدائه³³⁷، ومنه قول المولى تبارك وتعالى: "وَالزَّمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَى وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا"³³⁸. وأما اصطلاحا فهي الصلاحية لثبوت الحقوق والالتزامات في الذمة³³⁹، ويعرفها الدكتور وهبة الزحيلي بأنها الصلاحية لثبوت الحقوق المشروعة للشخص وعليه وصلاحيته لأداء ما وجب عليه والاعتداد بتصرفاته بحيث تترتب عليه آثارها الشرعية³⁴⁰.

وقد أغفلت مختلف التشريعات تعريف الأهلية بوجه عام وكذا بيان المقصود بنوعيتها على وجه الخصوص فاسحة المجال للفقهاء على اعتبار أن تعريف المصطلحات من اختصاص الفقهاء وخير دليل على ذلك تشريعنا الجزائري. في حين أوردت بعض التشريعات هذه

³³⁷ محمد سراج، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 22 .

³³⁸ سورة الفتح، الآية 28.

³³⁹ محمد سراج، المرجع نفسه، ص 88 .

³⁴⁰ وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، المطبعة العلمية، دمشق، ط2، 1978-1979، ص 77-80.

التعاريف وجمعت أحكامها في تقنين موحد كما هو الشأن في مدونة الأسرة المغربية أين قسم المشرع ضمنها الأهلية إلى نوعين وهما أهلية الوجوب وكذا أهلية الأداء³⁴¹ ثم عرفهما³⁴² وفصل في أحكامهما.

ما يلاحظ أن المشرع المغربي تطرق إلى أحكام الأهلية في مدونة الأسرة بخلاف المشرع الجزائري الذي جعل أحكامها متناثرة بين القانون المدني وقانون الأسرة مما أحدث تعارضا في بعض الأحكام إذ تكون تصرفات الصبي المميز قابلة للإبطال في القانون المدني³⁴³ وتكون موقوفة على إجازة الولي وفقا لأحكام قانون الأسرة في المادة 83 منه. على العكس من ذلك، فالقانون المصري يعطيها حكما واحدا وهو القابلية للإبطال وأن الفقه الإسلامي يجعل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي، إلا أنه في كل الحالات يتعين وجود الولي لمباشرة التصرفات القانونية أو لإجازتها.

وأحكام الأهلية وطيدة الصلة بالشخص وتؤثر فيه تأثيرا كبيرا، ولهذا الغرض كانت أحكامها من النظام العام، فلا يجوز لأحد أن ينزل عن أهليته ولا أن يغير في أحكامها³⁴⁴. والذي يهمننا في هذا المقام هو أهلية الأداء، أي أهلية التقاضي³⁴⁵، وهي لا تثبت لكل شخص كما هو الشأن بالنسبة لأهلية الوجوب وإنما تثبت لمن كانت له القدرة على إنشاء التصرفات القانونية لصالحه وفي حق غيره، فهي تبعا لهذا وثيقة الصلة بقدرة الشخص على التمييز، وحسب حالة الأشخاص حيث أنها تتأثر بالسن أو بعارض من عوارض الأهلية.

³⁴¹ تنص المادة 206 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "الأهلية نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء".

³⁴² تنص المادة 207 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها" كما تنص المادة 208 من نفس القانون: "أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية و نفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها".
³⁴³ تنص المادة 101 من القانون المدني على ما يلي: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 05 سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب"....

³⁴⁴ تنص المادة 45 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها".

³⁴⁵ أحمد على جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد-الولاية والوصاية، وشؤون القاصرين والإرث والتخارج-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص14، والفرق بين الأهلية والولاية هو أن هذه الأخيرة لا تثبت إلا لكامل الأهلية أما ناقصها فلا ولاية له على نفسه ومن باب أولى على غيره.

وفي هذا السياق، إعتد، الفقه الإسلامي تقسيم عوارض الأهلية إلى عوارض سماوية وأخرى مكتسبة³⁴⁶، بينما فقهاء القانون الوضعي قسموها بالنظر إلى الأثر المترتب على كل عارض ولم يتوسعوا فيها واقتصروا على أربعة عوارض، عارضان معدمان للأهلية ويصيبا الشخص في عقله، وهي تلك العوارض التي تصيب الشخص في عقله³⁴⁷ كالجنون والعتة باعتبارهما عارضان يعدمان أهلية الأداء.

أما الجنون يعرف في القانون الوضعي بأنه حالة مرضية تصيب الشخص فتفقده القدرة على تمييز العمل النافع من الضار، وفي هذا السياق نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف حالة الجنون فاسحا المجال للفقه ولم يميز في القانون المدني وقانون الأسرة بين نوعي الجنون المعروفين في الفقه الإسلامي أي الجنون المطبق والجنون المتقطع حيث يعتد بتصرفات الشخص أثناء إفاقة.

أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقة وتام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية³⁴⁸، أما القوانين الأخرى فقد نصت عليه مثل المشرع المغربي³⁴⁹ وكذا المشروع العربي في القانون العربي الموحد لرعاية القاصرين وبالضبط نص المادة 02 منه.

أما العته يعرف لغة بأنه نقصان العقل من غير جنون أو دهش، والمعته ناقص العقل³⁵⁰، وأما اصطلاحاً فهو آفة توجب اختلال العقل فيختلط كلام صاحبه حتى يشبه كلام العقلاء أحياناً وكلام المجانين أحياناً أخرى، والفرق بين المعته والجنون هو أن الجنون تصاحبه حالة هيجان بخلاف العته أي أن العته هو جنون هادئ³⁵¹.

وفي نفس السياق، فلقد نصت المادة 42 من القانون المدني على أنه "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون". كما نصت

³⁴⁶ يقسم الأصوليون عوارض الأهلية إلى قسمين يتعلق الأول بالعوارض السماوية كالجنون والعتة والنسيان ومرض الموت، أما القسم الثاني فيختص بالعوارض المكتسبة من سكر وهزل وسفه وخطأ وإكراه.

³⁴⁷ أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2004، ص. 184.
³⁴⁸ تنص المادة 207 مدونة الأسرة المغربية على ما يلي "... يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها الفقدان الإرادي للعقل لا يعني من المسؤولية".

³⁴⁹ نصت هذه المادة على ما يلي "الجنون : فاقد العقل بصورة مطبقة أو متقطعة".

³⁵⁰ بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، دون تاريخ النشر، الجزء الثاني، 15، ص 473.

³⁵¹ علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 220.

المادة 81 من قانون الأسرة على أن " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم وفقا لأحكام هذا القانون". وبهذا ولم يفرق المشرع الجزائري بين المجنون والمعتوه واعتبر حكم تصرفاتهما كالصبي غير المميز ويحجر عليهما بحكم من المحكمة وفقا للإجراءات التي يبينها القانون في هذا الصدد كما يرفع الحجر بحكم من المحكمة إذا ما انتهت حالة الجنون أو العته³⁵²، بمعنى أن الزوج أو الزوجة إذا أصيب بجنون أو عته ليس له أهلية التقاضي من أجل المطالبة بفساد الزواج أو بطلانه.

وبالرجوع الى المادة 40 من القانون المدني فالشخص يكتسب أهلية مباشرة الحقوق المدنية بمجرد بلوغه سن 19 سنة طالما كان متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، كما أن المادة 42 من نفس القانون نصت على أن أهلية مباشرة الحقوق المدنية لا تتوافر لدى فاقد التمييز لصغر سنه (دون سن 13 سنة)، أو المعتوه، أو المجنون، كما أن المواد من 101 إلى 108 من قانون الأسرة أدرجت أحكام الحجر، حيث حرمت المحجور عليه من مباشرة حقوقه المدنية (المادة 107 من قانون الأسرة).

تثبت الصفة الإجرائية في الدعوى، إذا كان صاحب الصفة العادية فيها مجنوناً أو معتوهاً لمقدمه، وهو من تعيينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي وذلك بناء على طلب احد أقاربه أو ممن له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة، وذلك طبقاً لنص المادة 99 من قانون الأسرة³⁵³.

أما المحجور عليه، سواء كان حجراً قانونياً من جراء الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية حسب المادة 9 مكرر من قانون العقوبات أو كان حجراً قضائياً بناء على حكم قضائي، بموجب طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو ممن النيابة. يترتب على الحجر قيام الولي أو الوصي أو المقدم برعاية شؤون المحجور عليه، ويضطلع بتمثيله في مباشرة إجراءات المطالبة القضائية، أي أن الصفة الإجرائية تثبت هنا للولي، أو الوصي أو القيم حسب الحالة. و بالرجوع الى المادة 104 من قانون الأسرة نجد أنها تنص على أن "المقدم

³⁵² نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2001، ص 169.

³⁵³ المادة 99 من قانون الأسرة تنص على أنه: "المقدم هو من تعيينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد للأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام³⁵⁴، حيث أن المادة المشار إليها تقضي بأن يقوم المقدم مقام الوصي و يخضع لنفس الأحكام حسب ما آل إليه قرار المحكمة العليا³⁵⁵.

الفرع الثاني

ناقص الأهلية

أما ما يخص العوارض، وهي تلك العوارض التي تصيب الشخص في تديره³⁵⁶، نميز بين السفه والغفلة كعوارض منقصين لأهلية الأداء، نبين أحكامهما لنخلص إلى توضيح الفرق بينهما:

فالسفه لغة ضد الحلم، وهو ضعف العقل وسوء التصرف وأصله الخفة والطيش يقال سفه فلان سفاهة فهو سفيه³⁵⁷، والجمع سفهاء قال تعالى: "قَالُوا أَنْتُمْ كَمَا آمَنَ السُّفَهَاءُ أَلَا إِنَّهُمْ هُمُ السُّفَهَاءُ وَلَكِنْ لَا يَعْلَمُونَ"، أي الجهلة والمؤنث منه سفيهة وجمعها سفیهات³⁵⁸، ويكون بمعنى خفة العقل لدى النساء والصبيان قال تعالى: "وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُم" ³⁵⁹.

وأما اصطلاحاً، فهو تبذير في المال والإسراف فيه ولا أثر للفسق والعدالة فيه، وضده الرشد الذي يعرف على أنه إصلاح المال وتنميته وعدم تبذيره وهذا قول الجمهور، أما الشافعية فيعرفونه على أنه التبذير في المال وفي الدين معا³⁶⁰.

أما الغفلة لغة من غفل يغفل غفولاً أي تركه عمداً أو عن غير عمد وأغفله تركه عن عمد، وأغفل غيره عن الأمر أي جعله يغفل ومنه قوله تعالى: "وَلَا تُطِعْ مَنْ أَغْفَلْنَا قَلْبَهُ عَن ذِكْرِنَا وَاتَّبَعَ هَوَاهُ وَكَانَ أَمْرُهُ فُرُطاً"³⁶¹، أي جعلناه يغفل عن ذكرنا، والغفلة صفة مذمومة كأصل عام يرد عليه استثناء في قوله تعالى: "إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ

³⁵⁴ " إن لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي وجب على القاضي أن يعين في حكم الحجر مقدم لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة المادة 100 من هذا القانون"

³⁵⁵ المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 2001/07/18، ملف رقم 262283، الجلة القضائية، 2003، العدد 1، ص 353.

³⁵⁶ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 184.

³⁵⁷ ابن منظور، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 203.

³⁵⁸ سورة البقر، الآية 13 .

³⁵⁹ سورة النساء ، الآية 05 .

³⁶⁰ محمد بن مكرم بن منظور، المرجع نفسه، الجزء الثاني، ص 275.

³⁶¹ سورة الكهف، الآية 28 .

الْعَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لِعُنُوَا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَهَمَّ عَذَابٌ عَظِيمٌ " ³⁶²، فهنا الغفلة محمودة أي غير منتبهات لما يرميهن به الحاسدون الكاذبون من سوء.

وأما اصطلاحاً قيل، متابعة النفس على ما تشتهي، غيبة الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له، وقد استعمل فيمن تركه إهمالاً وإعراضاً ³⁶³، كما قال تعالى: "وَهُمْ فِي غَفْلَةٍ مُّعْرِضُونَ" ³⁶⁴. وقد جاء هذا المعنى في آيات كثيرة فيقصد بها وقوع الشخص بسهولة في غبن بسبب سلامة نيته وطيب قلبه وكثيراً ما يخطئ إذا تصرف.

وعليه، نصت المادة 43 من القانون المدني على أن "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد، وكان سفيه، أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفق ما يقرره القانون"، فيما حددت الفقرة الأخيرة من المادة 42 من نفس القانون سن التمييز وهو 13 سنة كاملة. فإذا كان صبياً مميّزاً: فالصبي المميز هو كل من بلغ سن 13 سنة كاملة ولم يتم السنة التاسعة عشر (19) بعد.

يثور التساؤل حول تصنيف تصرف مباشرة إجراءات المطالبة القضائية، هل هو نافع نفع محض أم ضار ضرر بين، أم انه يدور بين النفع والضرر؟.

في الحقيقة لا نجد في التشريع الجزائري جواب لهذا التساؤل، وان كان أعطى الحل في حالات معينة، فالمادة السابعة من قانون الأسرة تنص في فقرتها الأخيرة " أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي" ³⁶⁵، والمقصود بها الصفة الإجرائية، فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات.

كما أن هناك حالات أخرى للاستحالة القانونية، نص القانون عليها والتي يحظر فيها على صاحب الصفة العادية في الدعوى أي صاحب الحق المعتدى عليه، مباشرة إجراءات المطالبة القضائية بنفسه إذ حول ذلك إلى شخص محدد بموجب التشريع، هذا الأخير تثبت له الصفة الإجرائية، وذلك لاعتبارات معينة. وبالمقابل، فإن الدعوى التي ترفع ضد صاحب

³⁶² سورة النور، الآية 23 .

³⁶³ سعيد بن علي بن وهف القحطاني، الغفلة مفهومها، وخطرها، وعلاماتها، وأسبابها، وعلاجها، ج01، مطبعة سفير، الرياض، ص06 و ما بعدها.

³⁶⁴ سورة الأنبياء، الآية 01.

³⁶⁵ نجيمي جمال، مرجع سابق، ص36-38.

الصفة العادية في الدعوى، لا بد أن يكون صاحب الصفة الإجرائية هو الذي ينوب عن المدعي عليه .

- إن أصحاب الصفة في الدعوى (الصفة العادية) هم أطراف فيها مدعون ومدعى عليهم، أما أصحاب الصفة الإجرائية فليسوا سوى أطراف في الخصومة ممثلين عن الخصوم. - فيما يخص أحكام طلب بطلان أم فساد الزواج للمجنون والمعتوه، أجمع الفقهاء على أن المطالبة ببطلان الزواج للمجنون والمعتوه لا يقع لفقد العقل في الأول ونقصه في الثاني، ولأن من شروط إيقاع بطلان الزواج العقل وهو ما يفقده المجنون، وينقص المعتوه، قياسا على ملاحظة أن الفقهاء يرون أن المجنون جنونا متقطعا يصح منه طلاقه في فترات استفاقتة من الجنون³⁶⁶، فقياسا على مسألة الطلاق يطرح هنا التساؤل هل للولي أن يطلب ببطلان أو فساد عقد زواج من تحت ولايته؟ تقاس المسألة على الطلاق: حيث انقسم الفقهاء في هذه المسألة على قولين، الأول يرى بوقوع طلاق الولي على زوجة المجنون أو المعتوه الذي تحت ولايته وهؤلاء هم الحنفية والشافعية وقول لدى الحنابلة وبالتالي للولي الحق حسب رأيهم وقياسا عليه في المطالبة، والقول الثاني للحنابلة فيرى وقوع طلاق ولي المجنون والمعتوه إذا كان في الطلاق مصلحة له وبالتالي قياسا على مسألة الطلاق نقيس عليه مسألة المطالبة بفساد أو بطلان الزواج³⁶⁷.

قن المشرع الجزائري في القانون رقم 09-08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية أحكاما إجرائية خاصة بقسم شؤون الأسرة تتضمن إشارات أو تلميحات لأحكام موضوعية غير منصوص عليها في قانون الأسرة، أهمها ما ورد في المادة 432 من هذا القانون التي تؤكد أنه لا يقبل طلب إذا كان أحد الزوجين موضوعا تحت نظام التقديم وهو يخص المحجور عليهم قضاء دون أن يميز المشرع بين ناقص الأهلية وفاقدها، ثم جاءت المادة 437 منه وبينت أنه إذا كان أحد الزوجين ناقص أهلية، فإن دعوى الطلاق (وتشمل التطلق والخلع لجواز القياس) ترفع باسمه من قبل وليه أو المقدم عليه، مع ملاحظة

³⁶⁶ العربي تومي و خالد بوشمة، النقص التشريعي في أحكام زواج و طلاق المحجور عليهم في قانون الأسرة الجزائري مقارنة مع مدونة الأسرة المغربية، مجلة القانون و المجتمع، 2020، مج 08، ع 02، ص 133 وما بعدها، نقلا عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، المرجع السابق، ج 29، ص 15؛ علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ط01، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2008، ص 58.

³⁶⁷ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 64؛ قديري محمد توفيق، المرجع السابق، ص 204.

أن النص الفرنسي للمادة استخدم مصطلح عدس الأهلية، ولكن النص المطبق هو النص العربي، فهل في ذلك إجازة من المشرع لطلاق السفية وذي الغفلة ومنع لطلاق المجنون والمعته؟

فإذا عرض على القاضي نزاع حول هذا الأمر فهل يطبق المادة 222 من قانون الأسرة التي بموجبها يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإيجاد الحكم الأنسب لحل النزاع؟ أم يقوم بالقياس على ما ورد في النصوص الإجرائية فقط؟ فيرفض الدعوى التي يرفعها النائب الشرعي أرغبا في طلاق زوجة المجنون والمعته لانعدام الصفة؟.

هنا من الأفضل للقاضي أن يبحث في المذهب المالكي لأنه حسب ما تبين أعلاه أنه أعطى للولي سلطة واسعة، وهو ما شأنه أن يسهل من مهمة القاضي، والذي له إذا تبين من ملف الدعوى سوء نية الولي أن يرد طلبه بناء على القواعد الفقهية العامة التي تعامل الشخص بنقيض مقصوده السيء. وعليه يظهر بوضوح ضرورة إعادة النظر في الأحكام الاجرائية المتعلقة بالمطالبة بفساد الزواج أو بطلانه والنص بوضوح على شروط الطالب بالفساد أو البطلان للعقد وحدود سلطة الولي في هذا النطاق بتعديل أحكام قانون الأسرة وفق ما يوضح الأحكام المذكورة أعلاه³⁶⁸.

المبحث الثاني

المحكمة المختصة وطرق الطعن

نظرا للخصوصية التي تتميز القضايا الأسرية، خصها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بمواد قانونية من المادة 423 إلى المادة 499 تحت عنوان " قسم شؤون الأسرة"، فأوضح اختصاصاته النوعية والإقليمية، وكذا دور النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في كل قضايا الأسرة بموجب ما أكدته المادة 3 مكرر من قانون الأسرة المعدل. سبق تبيان شروط الصحة لرفع الدعوى ودور النيابة العامة، وهناك شروط أخرى إجرائية تتمثل في المحكمة المختصة وطرق الطعن، إذن، ماهي المحكمة المختصة في قضايا فساد الزواج وبطلانه؟ وماهي طرق الطعن؟

³⁶⁸ العربي تومي و خالد بوشمة، المرجع السابق، ص 133-137.

للإجابة عن هذه الإشكالية سوف نتطرق في المطلب الأول الى تحديد المحكمة المختصة، والثاني يسنخصه لطرق الطعن.

المطلب الاول

المحكمة المختصة للنظر في دعوى بطلان الزواج أو فساده

يتم اللجوء للقضاء لحماية الحق عن طريق الدعوى القضائية، وذلك بتوفر شروط قبولها، فهي تشترط شروط شكلية، وموضوعية، فمنها شروط الإختصاص. ولقبول الدعوى من ناحية الشكل والموضوع لابد أن يتم إحترام إجراءات الإختصاصين النوعي والإقليمي.

الفرع الأول

الإختصاص النوعي

يعتبر الإختصاص من المسائل المهمة التي يجب تحديدها لقبول الدعوى القضائية، ويعني الإختصاص "ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة أمامه وفقا لمعايير النوع والموقع الإقليمي، ويتم تحديد الإختصاص في العريضة التي يقدمها الأطراف وذلك بتحديد الطلب القضائي من حيث الأشخاص والمحل والسبب"³⁶⁹.

يختص قسم شؤون الأسرة بتحديد المنازعات التي يعود فيها الفصل الى هذا القسم، ويختص هذا القسم بالفصل في القضايا المحددة في قانون الأسرة، فتحديد قانون النزاع بموجب قانون الأسرة، فالبرغم من أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قانون شكلي، إلا أن المشرع حدد بعض المواضيع التي يختص قسم شؤون الأسرة بالفصل فيها في المادة 424 منه. أما المادة 423 منه تنص على أنه: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية:

- 1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع الى بيت الزوجية وإنحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة،
- 2- دعاوى النفقة و الحضانة وحق الزيارة،
- 3- دعاوى إثبات الزواج والنسب،

³⁶⁹ بريرة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (قانون 09/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008)، منشورات البغدادي، ط01، الجزائر، 2009، ص74.

4-الدعاوى المتعلقة بالكفالة،

5-الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم"

أما الفصل 18 من قانون المسطرة المدنية المغربي ينص على انه: " تختص المحاكم الابتدائية مع مراعاة الاختصاصات الخاصة المخولة الى أقسام قضاء القرب بالنظر في جميع القضايا المدنية وقضايا الأسرة... "370.

فيما يخص الجانب الشكلي في دعاوى التعويض في مجالي فسخ و بطلان عقود الزواج في القانون الجزائري، يعد الإختصاص شرط لممارسة الدعوى القضائية³⁷¹، بمعنى أن تختص محكمة دون غيرها من سائر المحاكم بنظر النزاع لعنصر خاص فيه وهذا هو الإختصاص المحلي³⁷². فمعالجة هذا الشرط تتعلق بدعاوى التعويض في مسائل فك الروابط الزوجية الناتجة عن فساد الزواج أو بطلانه.

أولاً: الإختصاص النوعي في دعاوى التعويض في مسائل الزواج والطلاق

"إذا كان قانون الأسرة لم يشر إلى مسألة الإختصاص، وكان ذلك يطرح إشكالا في هذا المجال"³⁷³، إلا أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، فإنه جاء بإجراءات خاصة لكل جهة قضائية على خلاف ماكان عليه قبل التعديل، إذ ينص، كما تقدم، في المادة 423 منه على أنه: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية 1-الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وإنحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة".

يختص قاضي شؤون الأسرة بنظر دعاوى التعويض الخاصة بفساد الزواج أو بطلانه، لقول المشرع في نفس النص إنحلال الرابطة الزوجية وتوابعها، فيعتبر التعويض أحد فساد

³⁷⁰ ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394، 28 شتنبر 1974 بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية 11 وما بعدها.

³⁷¹ قواعد الاختصاص المحلي تتضمنها المواد 37 الى 44 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما الإختصاص النوعي فجاء في المواد 32 الى 36 من نفس القانون كما تتضمنها بعض القوانين الخاصة التي تحدد قواعد الاختصاص النوعي لبعض الجهات القضائية.

³⁷² بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص 33.

³⁷³ حميل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرّة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 1998، ص 03 وما بعدها.

الزواج أو بطلانه، وقد تطلبه الزوجة أثناء تقديم الزوج لدعوى بطلان الزواج أو فساده أمام قاضي شؤون الأسرة أو بعده بدعوى مستقلة.

ويعتبر الإختصاص النوعي من النظام العام حسب المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "عدم الإختصاص النوعي من النظام العام و تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى"³⁷⁴. غير أن المشرع كان قد نص في المادة 05/32 من نفس القانون على أنه: "في حالة جدولة قضية أمام قسم غير قسم المعني بالنظر فيها يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا". ورفع دعوى التعويض عن فك الرابطة الزوجية أمام أي قسم من المحكمة يستوجب إعلام رئيس المحكمة مسبقا ثم إحالتها إلى قسم شؤون الأسرة المختص نوعيا بنظرها وفقا لنص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³⁷⁵.

الفرع الثاني

الإختصاص الإقليمي أو المحلي

بالرجوع الى قانون الإجراءات المدنية والإدارية يلاحظ إستخدامه لمصطلح الإقليم على المحل، كون أن الإقليم أوسع من المحل³⁷⁶. أما الإختصاص الإقليمي وهو تحديد النطاق الجغرافي لكل جهة قضائية او محكمة³⁷⁷، فالمشرع الجزائري نص على الإختصاص الإقليمي في المادتين 40 و 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

- في دعاوى الميراث أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المتوفى.
وتكون المحكمة مختصة إقليميا :

- في موضوعي العدول عن الخطبة أو إثبات الزواج ونزاع حول الصداق بمكان وجود موطن المدعى عليه،

³⁷⁴ قانون رقم 09-08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الادارية، الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.

³⁷⁵ المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

³⁷⁶ بداوي علي، الضوابط الإجرائية المستحدثة في شروط الدعوى و قواعد الإختصاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، نشرة القضاة، 2009، عدد 64، ج 01، ص 312.

³⁷⁷ عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، ENCYCLOPEDIA EDITION، الجزائر، ص 08.

- في الطلاق أو الرجوع أو في موضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي،
- أما الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب إختيارهما،
- في الحضانة و الرخص الإدارية بمكان ممارسة الحضانة،
- في النفقة الغدائية بموطن الدائن بها،
- موضوع طلب الترخيص بالزواج لمكان وجود طالب الترخيص،
- في الولاية بمكان ممارسة الولاية.

أما في حالة عدم وجود نص يصرح عبارة بالإختصاص الإقليمي، يتم الرجوع الى نص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك وفقا لموطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن فيرجع الى الجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة إختيار موطن يؤول الاختصاص الى الجهة القضائية للموطن المختار، ما لم ينص القانون خلاف ذلك³⁷⁸.

أما المشرع المغربي نص على الإختصاص الإقليمي تحت الباب الثالث بعنوان الإختصاص المحلي، بالفصل 27 من قانون المسطرة المدنية ينص على أن الإختصاص المحلي يكون لمحكمة الموطن الحقيقي أو الموطن المختار للمدعى عليه. وإذا لم يكن لهذا الأخير موطن بالمغرب ولكن يتوفر على محل إقامة كان الإختصاص لمحكمة هذا المحل. أما في حالة عدم وجود لا موطن و لا محل للمدعى عليه يمكن تقديم الدعوى ضده امام محكمة موطن المدعي أو موطن إقامة المدعي أو واحد منهم³⁷⁹.

أما الفصل 28 من القانون ذاته ينص على أن الدعوى تقام أمام المحاكم :

- في قضايا النفقة أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه او موطن أو محل إقامة المدعي بإختيار هذا الأخير،
- دعوى التركات، امام محكمة محل إفتتاح التركة.

³⁷⁸ صالح حميل و من معه، إجراءات التقاضي أمام قاضي شؤون الأسرة، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 28 ، ص 07-08.

³⁷⁹ ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394، 28 شتنبر 1974 بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية 14 و ما بعدها.

و يعتبر الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي من الدفوع الشكلية ويجب إثارته قبل أي دفع بعدم القبول أو أي دفع في الموضوع وإلا تم رفضه، وإذا تم الدفع بعدم الإختصاص، وجب على الخصم تحديد الجهة القضائية المختصة حسب نص المادة 47 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والفصل 16 من قانون المسطرة المدنية المغربي. ومايلاحظ، مما تقدم، ان كلا المشرعين قد كان لهما نفس النهج بخصوص الدفع بعدم الإختصاص كدفع شكلي يتم تقديمه قبل أي دفع في الموضوع، غير أن ما ينبغي الإشارة إليه أن المشرع الجزائري كان أكثر تفصيلا من نظيره المغربي فيما يخص الإختصاص الإقليمي والنوعي .

أولا: الإختصاص المحلي في دعاوى التعويض في مسائل فك الرابطة الزوجية

من الاستثناءات، ما جاء في نص المادة 01/426 من نفس القانون التي تنص على أنه: "تكون المحكمة المختصة إقليميا..." أي أن المشرع أبقى على المبدأ العام في الإختصاص المحلي في شأن الدعاوى الخاصة بالتعويض. وقد عرفت المادة 36 من القانون المدني³⁸⁰ موطن كل جزائري بأنه هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن، ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت.

من خلال إستقراء النصوص القانونية، فإن دعاوى التعويض عن فك الرابطة الزوجية وقياسا على الطلاق كون المشرع لم يتطرق الى دعاوى فساد الزواج أو بطلانه، فترفع كطلبات أصلية مستقلة تختص بنظرها المحكمة التي يقع بدائرة إختصاصها مسكن الزوجية. والحقيقة أن هذا المسكن هو دائما محل إقامة الزوج وذلك أنه طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية لا يوجد حق يخول للزوجة محل إقامة يختلف عن محل إقامة زوجها، ووفقا لنص المادة 36 من القانون المدني تعرف الإقامة الزوجية أنها وجود سكني يحل محلها مكان الإقامة العادي، فمحل إقامة الزوجة إذن هو نفس محل إقامة الزوج وهو مسكن الزوجية، وعليه تباشر في المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها هذا المحل دعاوى الطلاق والتعويض عنه دون غيرها³⁸¹ .

³⁸⁰ تم تعديل هذه المادة بموجب القانون 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

³⁸¹ عبد الفتاح تقية ، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية ، منشورات ثالة ، الجزائر 2007 ، ص 152 .

إن مسألة الإختصاص من حيث الإجراءات تثير إشكالات متنوعة، فقد يكون الإختصاص المحلي مرهقا للمتقاضين، ولذلك أجاز المشرع لهما الحق في إختيار جهة قضائية أخرى، من خلال المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه "يجوز للخصوم الحضور بإختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك، ويكون القاضي مختصا طيلة الخصومة ويمتد الإختصاص في حالة الإستئناف إلى المجلس القضائي التابع له".

فالمادة 46 ليست من النظام العام، ويترتب على ذلك النتائج التالية:
يجوز عرض النزاع أمام أي جهة قضائية أخرى غير تلك المختصة محليا، وعلى الطرف الذي يدفع بعدم الإختصاص المحلي تقديم هذا الدفع قبل أي دفع في الموضوع، حسب نص المادة 47 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول".
وعليه، فإن المشرع الجزائري حسنا ما فعل بعدم جعل الإختصاص المحلي من النظام العام، ذلك أنه عند الحكم بفساد الزواج أو بطلانه يصعب على الزوجة أن تقاضيه بالمحكمة التابع لها مسكن الزوجية، ورغم هذا نجد نوع الأزواج يتمسكون بمبدأ الإختصاص المحلي، مما يجعل القاضي ملزما للاستجابة لدفعهم كونها تستند إلى نصوص القانون³⁸².

المطلب الثاني

طرق الطعن ضد الأحكام الناطقة ببطلان الزواج أو فساده

عندما لا يكون الحكم أو القرار في صالح المتقاضي يلجأ الى الطعن في الحكم أو القرار وذلك بعدة طرق، عادية أو غير عادية.

³⁸² عبد الفتاح تقية ، المرجع السابق ، ص 154 .

الفرع الأول

طرق الطعن العادية

يلجأ الأطراف في حالة عدم صدور القرار أو الحكم في صالحهم أو حتى في حالة وجود مصلحة لهم في المنطوق القضائي الى طريقتين للطعن عاديين وهما: المعارضة(أولاً)، الإستئناف(ثانياً).

أولاً: المعارضة

المعارضة هي طعن عادي ضد الأحكام والقرارات الغيابية، عند تسجيل المعارضة يتم النظر في القضية من جديد ليصبح القرار أو الحكم المعارض فيه كأن لم يكن³⁸³ ، ما لم يكن هذا الحكم أو القرار مشمولاً بالنفاذ المعجل المادة 327ق.إ.م.إ. والمواد 330-331 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. تكون المعارضة بموجب عريضة موقعة ومؤرخة تحدد فيها الجهة القضائية والهوية الكاملة للخصوم وموجز الطلبات مصحوبة بنسخة من الحكم أو القرار الغيابي ومحضر التبليغ تقدم أمام نفس الجهة القضائية المصدرة للحكم الغيابي، ليتم التبليغ الرسمي للعريضة ليصدر الحكم حضورياً³⁸⁴. ويسري حساب تاريخ المعارضة شهر واحد من تاريخ التبليغ دون إحتساب اليوم الأول والأخير. وللإشارة أنه لا تقبل المعارضة، وفقاً للمادة 379 من ق.إ.م.إ، في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا. أما في القانون المغربي، يطلق عليها إسم التعرض، إذ حسب الفصل 130 من ق.م.م يجوز التعرض للأحكام الغيابية إذا لم تكن قابلة للاستئناف، كما يجوز التعرض للقرارات الغيابية الصادرة عن محاكم الاستئناف، أما الفصل 153 من ق.ق.م في فقرته 03 ينص على أنه لا يطعن في الأوامر الإستعجالية بالتعرض. جاء التنصيص في الفصل 378 من القانون ذاته، بأنه لا يقبل التعرض على القرارات الغيابية الصادرة عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً). طبقاً للفصل 131 من ق.م.م يستدعى المدعي الأصلي للحضور بالجلسة طبقاً للفصول 31، 37، 38، 39 من ق.م.م، مع تنبيهه بسقوط الحق بانقضاء الأجل المذكور في الفصل 130 من القانون ذاته.

³⁸³ وذلك في حالة عدم حضور المتهم للجلسة.

³⁸⁴ الحكم أو القرار المعارض فيه الصادر حضورياً، لا تجوز فيه المعارضة مرة ثانية.

إذا قدم المحكوم عليه إيقاف التنفيذ يوقف التنفيذ طبقا لمقتضيات الفصل 147، لذلك فإن أهم أثر يتوقف على تقديم التعرض هو وقف تنفيذ الحكم الغيابي الصادر عن المحكمة التي فصلت في الموضوع³⁸⁵.

والجدير بالملاحظة فإن الأمر الاستعجالي يقبل الطعن بالاستئناف³⁸⁶ دون التعرض حسب الفصل 140 من نفس القانون، الذي يبدأ سريانه من تاريخ تبليغه طبقا لمقتضيات الفصول 36 وما بعدها من ذات القانون سالف الذكر.

ثانيا: الإستئناف

لقد تم تشجيع وتطبيق مبدأ التقاضي على درجتين في كل من القانونين الجزائري والمغربي من خلال الإستئناف، وهو مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن الدرجة الأولى (المحكمة الابتدائية). فحق الإستئناف مقرر لجميع الخصوم بناء على المادتين 334-335 ق.إ.م.إ. أما آجال الإستئناف هي شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم الى الشخص ذاته ويمدد الى شهرين اذا تم التبليغ في موطنه الأصلي أو المختار ولم يتسلمه شخصيا إستنادا الى المادة 336 ق.إ.م.إ.

فمن خلال الإستئناف، يتم وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه ونقل النزاع الى قاضي الدرجة الثانية. ويتم الإستئناف من خلال تقديم عريضة متضمنة البيانات الخاصة من اسم ولقب وعنوان وأوجه الإستئناف المادة 1/539 و2 من ق.إ.م.إ. وهو نفسه ما نص عليه المشرع المغربي من الفصل 134 الى 146 من قانون المسطرة المدنية³⁸⁷.

في حالتي الزواج الباطل أو الفاسد يتقدم من له مصلحة بالنطق بالبطلان أو الفساد، فمثلا في حالة ثبوت أن الزواج باطل إذا توفي الزوج أو الزوجة فمن له الحق بالمطالبة بالميراث؟

هنا يتقدم الشخص الذي له المصلحة بالإستئناف أو مصلحة بأن يرث المتوفي.

³⁸⁵ المكتبة القانونية الإلكترونية، طرق الطعن العادية في القانون المغربي، 11 ماي 07، 19:48/02/2020، ص01

وما بعدها، <https://www.bibliojuriste.club>

³⁸⁶ جواد أمهمول، مرجع سابق، ص160.

³⁸⁷ المكتبة القانونية الإلكترونية، المرجع السابق، ص01.

غير أن طرق الطعن لا تقتصر على الطرق العادية بل تتعداها الى طرق طعن غير عادية.

الفرع الثاني

طرق الطعن غير العادية

بعد الخوض في طرق الطعن العادية من معارضة وإستئناف، وجب الخوض في مسألة الطعون غير العادية من النقض(الفرع الأول) وإلتماس إعادة النظر(الفرع الثاني).

أولا: الطعن بالنقض

إن المحكمة العليا تتواجد في أعلى الهرم القضائي لكنها ليست درجة من درجات التقاضي بل تسهر على تقويم القرارات والأحكام القضائي والحرص على التطبيق السليم للقانون، وتوحيد فهم النصوص القانونية. "وحرص المحكمة العليا من أجل تحقيق هذه الغاية فهي تسهر على مراقبة عمل القضاة من جانبين³⁸⁸:"

- الأول يتمثل في مراقبة التطبيق الصحيح للقانون.

- الثاني يتمثل في سلوك القاضي في التسبب".

وعليه، فالمحكمة العليا تراقب الطعن، هذا الأخير هو طريق غير عادي يلجأ إليه لإصلاح ما شاب الحكم أو القرار من مخالفة للقانون أو بطلان سواء في ذات الحكم أو القرار المطعون فيه أو في الإجراءات التي أسس عليها، أو أن النقض مقصده مخصصة الحكم لا أطرافه ، القانون المطبق لا وقائعه³⁸⁹.

أما من حيث آجال رفع الطعن، منح القانون لمن يريد أن يستعمل حقه في الطعن بالنقض مدة نصت عليها المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³⁹⁰ وتمثل في شهرين كاملين أي لا يحسب اليوم الأول للتبليغ ولا اليوم الأخير من نهاية الأجل، وتبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أوالقرار المطعون فيه إذا تم شخصيا ، أو ثلاثة أشهر

³⁸⁸ لعموري محمد ، رئيس الغرفة الإجتماعية ،مداخلة يوم 2021 - 03 - 31 بالمدرسة الوطنية العليا للقضاة بالقليعة تحت عنوان الطعن بالنقض شروطه الشكلية والموضوعية بين النص والإجتهد القضائي أمام المحكمة العليا في المواد المدنية ، ص 04.

³⁸⁹ لعموري محمد ، المرجع نفسه ، ص 04 .

³⁹⁰ يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا، ويمدد الأجل إلى ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في الموطن الحقيقي أو المختار.

إذا تم التبليغ في الموطن الحقيقي أو المختار، تمدد المدة بشهرين للأشخاص المقيمين بالخارج (المادة 404 ق.إ.م.).

والجدير بالذكر أن طلب المساعدة القضائية يؤدي بقوة القانون إلى وقف سريان أجل الطعن بالنقض بالنسبة له ، ولا يستأنف سريان هذا الميعاد إلا من اليوم الموالي لتبليغ طالب المساعدة القضائية بقرار قبول أو رفض طلبه، حيث نصت المادة 356 من ق.إ.م.إ على ما يلي: "يترتب على تقديم طلب المساعدة القضائية ، توقيف سريان أجل الطعن بالنقض أو أجل إيداع المذكرة الجوابية". وأضافت المادة 357 من نفس القانون على أنه: "يستأنف سريان أجل الطعن بالنقض ، أو أجل إيداع المذكرة الجوابية للمدة المتبقية ابتداء من تاريخ تبليغ المعني بقرار مكتب المساعدة القضائية بواسطة رسالة مضممة مع إشعار بالإستيلام".

وأن اوجه الطعن بالنقض قد نصت عليها المادة 358 من ق.إ.م.إ، منها مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات كالطعن بعد مرور المدة القانونية، أو عدم الإختصاص، أو مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، أو مخالفة الإتفاقيات الدولية، أو إنعدام التسبيب أو تناقضه مع المنطوق.

فالسؤال المطروح : هل تراقب المحكمة العليا صحة إجراء التبليغ كأن يكون محضر

التبليغ يتضمن ما يعرضه للبطلان ، أو خاليا من المعلومات المتعلقة بالمبلغ له ؟

إن المحكمة العليا تراقب صحة التبليغ شكلا ومضمونا ؛ فإذا كان معيبا فلا تعدد به ولا يرتب أي أثر. كما أن المشرع الجزائري تنبأ للحالات الإستثنائية وأطلق عليها اسم القوة القاهرة، وقد تؤدي القوة القاهرة إلى رفع السقوط، لكن يجب إثباتها من طرف صاحب المصلحة فلا يثيرها القاضي تلقائيا بل يتمسك بها من يستفيد منها . وقد حددت المادة 322 من ق.إ.م.إ هذه الحالات وبينت الإجراءات الواجبة الإلتباع في الظروف الإستثنائية بقولها : "كل الآجال المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق، أو من أجل حق الطعن ، يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق ، أو سقوط ممارسة حق الطعن ، باستثناء حالة القوة القاهرة أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة.

فالأحكام والقرارات التي لا يجوز الطعن فيها بالنقض:

الأحكام والقرارات الحضورية حسب المادة 314 من ق.إ.م.إ غير قابلة للطعن بالنقض بعد إنقضاء الستين من تاريخ النطق بها فلا يجوز الطعن بالنقض.

وهذا ما كرسته المادة 314 من ق.إ.م.إ إذ جاء فيها: " لا يكون الحكم الحضورى الفاصل في موضوع النزاع والحكم الفاصل في أحد الدفوع الشكلية أو الدفع بعدم القبول أو أي دفع من الدفوع الأخرى التي تنهي الخصومة قابل لأي طعن بعد إنقضاء ستين من تاريخ النطق به ، ولو لم يتم تبليغه رسميا".

فإذا كان الحكم صدر خطأ في آخر درجة وهو بطبيعته قابل للإستئناف يتعين التصريح بعدم قبول الطعن . لأن الحكم ليس نهائي ولا يجوز تخطي درجة من درجات التقاضي.

كما أن الأحكام والقرارات الصادرة قبل الفصل في الموضوع فإنها لا تكون قابلة للطعن بالنقض إلا مع القرارات أو الأحكام القطعية مثل القرار الرامي إلى تعيين خبير دون ان يحسم في مسألة الأحقية في المطالبة بالمستحقات ، وبالتالي فإن القرار بتعيين خبير لا يطعن فيه بالنقض إلا مع القرار الفاصل نهائيا في النزاع³⁹¹.

لا تكون الخصومة في الطعن بالنقض إلا بين من كانوا خصوما في النزاع المفصول فيه بموجب الحكم او القرار المطعون فيه. فلا يجوز أن يختصم في الطعن بالنقض شخص لم يكن طرفا امام الجهة القضائية مصدرة الحكم او القرار المطعون فيه. لا يجوز لمن لم يستأنف القرار المطعون فيه الصادر لصالحه ان يطعن فيه إذ في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض خال من المصلحة.

ولالإشارة، أنه يقبل القرار الصادر عن محكمة الاستئناف أو المجلس القضائي عقب الطعن في الأمر الاستعجالي الطعن بالنقض ويتعين ممارسة هذا الطعن داخل الآجال وطبقا للشكليات التي تهم كافة طرق الطعن³⁹². كما أن المشرع المغربي في الفصل 361 نص على انه لا يوقف الطعن أمام محكمة النقض التنفيذ إلا في بعض الدعاوى من بينها الأحوال الشخصية.

³⁹¹ لعموري محمد، مرجع سابق، ص04 وما بعدها.

³⁹² جواد امهمول، مرجع سابق، ص161.

"يعتبر الطعن بالنقض طريق غير عادي للطعن في الأحكام، لأنه لا يجوز إلا في حالات محددة على سبيل الحصر، فليس للطاعن إبداء ما يعن له من أوجه الطعن في الحكم، وإنما من واجبه إقامة الدليل على قيام وجه من أوجه الطعن بالنقض المنصوص عليها قانونا. ولا شك من أن محكمة النقض تعتبر أعلى هيئة قضائية في المغرب دون أن يكون درجة ثالثة من درجات التقاضي، فالنزاع المعروض عليها خصومة من نوع خاص تهدف إلى نقض الحكم المطعون فيه لمخالفته الاجراءات القانونية والمسטרية.

فالهدف من الطعن بالنقض هو توحيد تطبيقات القضاة تطبيقا وتأويل سليما. ويبدو ان أسباب الطعن بالنقض واردة على سبيل الحصر في القانون المغربي³⁹³. أما الأحكام القابلة للطعن في القانون المغربي، وهي تلك الأحكام التي نصت عليها الفقرة الثانية من الفصل 353 من ق.م.م "تبت محكمة النقض ما لم يصدر نص صريح بخلاف ذلك في :- الطعن بالنقض ضد الأحكام الإنتهائية التي تصدرها جميع محاكم المملكة".

يتضح من خلال ما سبق أن الأحكام القابلة للطعن بالنقض هي الأحكام:

- الأحكام الصادرة عن المحاكم الاستئنافية بوصفها مرجعا استئنافيا.
- الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف بالدرجة الأولى والانتهائية.
- الأحكام الصادرة ابتدائيا وانتهائيا عن المحاكم الابتدائية.

ولكي تكون هذه الأحكام قابلة للطعن بالنقض، لا بد من توافر الشرطين التاليين:

- أن يكون الحكم الصادر عن محكمة الموضوع قد فصل في النزاع بصورة نهائية سواء تعلق الأمر بجوهر النزاع أو بدفع من الدفع.
- أن يكون الحكم المطعون فيه بالنقض غير قابل للطعن بطريق من طرق الطعن العادية، ويترتب على ذلك أن الأحكام الصادرة انتهائيا بالصورة الغيابية لا تقبل الطعن بالنقض إلا بعد انقضاء مدة التعرض طبقا للفقرة الثانية من الفصل 358 من ق.م.م، وأن الأحكام الصادرة ابتدائيا سواء

³⁹³ القانونينة المغربية، طرق الطعن غير العادية في قانون المسطرة المدنية، 2020/02/28، ص01 وما بعدها،

أكانت غيابية أم حضورية لا تقبل الطعن بالنقض، بل لا بد من استئنافها في مرحلة أولى، والحكم الصادر هو الذي يمكن الطعن فيه بالنقض³⁹⁴.

وفي نفس السياق، ينص الفصل 358 من ق.م.م على أنه يحدد-بصرف النظر عن المقتضيات الخاصة- أجل رفع الطعن إلى محكمة النقض في ثلاثين يوما من يوم تبليغ الحكم المطعون فيه إلى الشخص أو إلى موطنه الحقيقي، وليس إلى موطنه المختار. أما الأحكام النهائية الصادرة غيابيا عن المحاكم الابتدائية وكذا الأحكام الاستئنافية الغيابية، فلا يسري ميعاد الطعن بالنقض بالنسبة إليها إلا من اليوم الذي يسقط فيه الحق في التعرض. وتجدد الإشارة إلى أن شهادة تسليم التبليغ هي الوثيقة الوحيدة المعتمدة في إثبات بداية سريان أجل الطعن بالنقض ولا يحل محلها أية وثيقة إثبات آخر³⁹⁵.

ثانيا: التماس إعادة النظر

إن إعادة النظر هو طعن غير عادي في الأحكام التي لا تقبل الطعن بالتعرض والاستئناف ممن كان طرفا في الدعوى أو ممن استدعي بصفة قانونية للمشاركة فيها وهو يرفع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه إذا حقق بسبب أو أكثر من الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر وهو لا يستهدف إصلاح الحكم الصادر في النزاع، موضوع طلب إعادة النظر، وإنما يرمي إلى محوه ليعود الوضع إلى ما كان عليه قبل صدوره حتى يتمكن بذلك من عرض النزاع من جديد والحصول على حكم آخر بعد أن يكون قد تخلص من قوة الشيء المقضي به للحكم.

كل الالتماس طلب إعادة النظر يرجع الاختصاص فيه إلى نفس المحكمة التي أصدرته وفقا للفصل 406 من ق.م.م³⁹⁶، وهو مانص عليه أيضا المشرع الجزائري في المادة 394 من ق.م.م.إ.

حدد المشرع المغربي أجل الطعن بإعادة النظر خلال 30 يوما ابتداء من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه. وتطبق على هذا الطلب مقتضيات الفصول 136-137-139، إذا كان الأمر يخص التزوير والتدليس أو اكتشاف المستندات الجديدة بشرط وجود حجة

³⁹⁴ القانونية المغربية، نفس المرجع السابق، نفس الصفحة.

³⁹⁵ القانونية المغربية، نفس المرجع السابق، ص01 وما بعدها.

³⁹⁶ القانونية المغربية، نفس المرجع السابق، ص01 وما بعدها.

كتابية على هذا التاريخ. فإن الأجل لا يسري إلا ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم الصادر عن هذه المحكمة مكتسبا لقوة الشيء المحكوم به. إذا كان السبب المثار من أجله طلب إعادة النظر تعارض الأحكام، فإن الأجل لا يسري إلا من تاريخ تبليغ الحكم الأخير³⁹⁷ (المادة 392 ق.إ.م.إ.)، علما أن المشرع الجزائري حدد هذه الأجل بشهرين من تاريخ ثبوت التزوير أو تاريخ إكتشاف الوثيقة المحتجزة إستنادا الى المادة 1/393 منه. وأن المشرع الجزائري قد حدد بموجب المادة 392 من ق.إ.م.إ السببين اللذين يجوز فيهما تقديم إلتماس إعادة النظر وهما:

"1- إذا بني الحكم أو القرار أو الأمر على شهادة شهود، أو وثائق إعترف بتزويرها، أو ثبت قضائيا بتزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار أو الأمر وحيازته قوة الشيء المقضي به.

2- إذا إكتشفت بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي به، أوراق حاسمة في الدعوى، كانت محتجزة عمدا لدى أحد الخصوم".

ومن أمثلة التزوير طلب إبطال الزواج حالة تزوير شهادة ديانة الشخص غير المسلم كي يتسنى له الزواج بالمسلمة في الجزائر، أو تزوير شهادة الميلاد وفي حالة التعدد و للإشارة، فإنه لا يقبل طلب إعادة إلتماس النظر إلا إذا وجد وصل يثبت إيداع المبلغ بكتابة الضبط بالمحكمة يساوي الحد الأقصى للغرامة التي يمكن الحكم بها.

بعد العروج على مسألة إجراءات التقاضي في قضايا الزواج الفاسد والباطل، كان لزاما التطرق الى النتائج المترتبة على الزواج بنوعيه الباطل والفاسد.

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على الحكم بفساد الزواج أو بطلانه

فغاية الزواج هي الإحسان والعفاف، لذلك الزواج الصحيح هو ما توفرت فيه جميع أركانه وشروط صحته. أما الزواج، كما تقدم بيانه، الذي اختلت بعض شروطه هو زواجا فاسدا. وعليه، يعدّ الزواج الفاسد كل زواج اختل فيه شرط من شروط الصحة والتي

³⁹⁷ القانونينة المغربية، نفس المرجع السابق، ص 01 وما بعدها.

ذكرتها المادة 9 مكرر من قانون الأسرة ق. أ. والمادة 13 من المدونة وهي الولي، والشاهدين والصدّاق، وانعدام الموانع الشرعية والأهلية .

أما الزواج الباطل، كل زواج أجمع العلماء على عدم صحّته لعله في عقده، أي لإخلاله بركن من أركان العقد، مثل التّزوج بمحرمة من النّسب المؤبد كالأم أو الأخت أو العمّة أو الخالة، أو أن تزوج بمحرمة من الرضاع أو التّزوج بخامسة أو معتدة الغير³⁹⁸، أو انعدام ركن الرضا في الزواج. وفي هذا الصدد نصّ المشرع المغربي في المادة 57 من مدونته على الزواج الباطل، وهو الذي اختل فيه ركن من أركان المنصوص عليها في المادة 10 من نفس المدونة وكذلك إذا وجد موانع بين أحد الزوجين حسب المواد 35 إلى 39 منها (موانع مؤبدة ومؤقتة)، وانعدام التطابق بين الإيجاب والقبول.

وفي السياق ذاته، تنص المادة 58 / 1 من المدونة على أنّ الحكم يبطل الزواج لأنّ البطلان تصرّح به المحكمة بمجرد اطلاعها عليه أو بطلب من له مصلحة، إضافة إلى أنّ الآثار المترتبة عليه بعد البناء والصدّاق والاستبراء، وعند حسن النية يتمّ لحوق النسب وحرمة المصاهرة إستنادا للمادة 58 فقرة 02 من المدونة³⁹⁹.

أما المشرع الجزائري، نصّ عليه في المادة 32 من قانون الأسرة إذ يبطل كلّ زواج يشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد ، أما المادة 33 منه تنصّ في فقرتها الأولى على أنّه يبطل الزّواج إذا اختل ركن الرضا و المادة 34 منه تنصّ على أنّه كلّ زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويثبت عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء . فعقد الزواج الباطل لا وجود له من الناحية الشرعية، كما أنّه منعدم من الناحية القانونية⁴⁰⁰، بحيث يمكن للمحكمة القضاء ببطلانه من تلقاء نفسها حسب ما نصّ عليه المشرع المغربي كون المسألة تتعلق بالنظام العام⁴⁰¹، حيث أنّ المادة 58 في فقرتها الأولى تنصّ على أنّه "تصرّح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقا لأحكام المادة 57 أعلاه، بمجرد إطلاعها عليه، أو بطلب ممن يعنيه الأمر"، وأن عبارة "بمجرد الإطلاع عليه" هي تعبير مجازي،

³⁹⁸ الحسين بلحساني ومن معه، مرجع سابق، ص 204.

³⁹⁹ يترتب على هذا الزواج بعد البناء:الصدّاق،الإستبراء، كما يترتب عليه عندحسن النية لحوق النسب و حرمة المصاهرة".

⁴⁰⁰ الحسين بلحساني ومن معه، مرجع سابق، ص 215.

⁴⁰¹ محمد الأزهر، مرجع سابق، ص 133.

فالمحكمة لا تحكم بالبطلان إلا بعد البحث والتحري والإطمئنان الى بطلان العقد وهذا لا يكون بمجرد إطلاعها، وإنما الدراسة وسير المسائل⁴⁰².

من هنا كان لزاما طرح إشكالية مفادها فيما تتمثل آثار عقد الزواج الفاسد والباطل؟

للإجابة على هذا السؤال سنتعرض الى الآثار الشخصية المترتبة على الحكم ببطلان الزواج أو فساده(المبحث الأول)، ثم الى الآثار المالية(المبحث الثاني).

المبحث الأول

الآثار الشخصية المترتبة على الحكم

ببطلان الزواج أو فساده

قبل التطرق إلى أحكام النسب والصدّاق كأثرين، فمن الأجدر إعطاء لمحة خفيفة عما هو النسب والصدّاق، فالنسب هو إلحاق الولد من حيث نسبه لأبيه⁴⁰³، أما الصدّاق هو من حق الزوجة يعطى لها سواء مسمى أو صدّاق المثل .

نصّ المشرع الجزائري في الفصل الخامس من قانون الأسرة تعالى أحكام النسب من خلال المواد من 40 إلى 46 من قانون أسرة. أما المشرع المغربي نص عليه في الباب الثاني تحت عنوان النسب ووسائله من خلال المواد من 150 إلى 162 م.أمغ . أما الصدّاق فقد نصّ عليه المشرع الأسري الجزائري في المادة 14 والمشرع المغربي في المادة 13 من المدونة.

لذلك وجب طرح الإشكال المتمثل في ما هو النسب وحرمة المصاهرة من حيث أحكامه في حالة الزواج الباطل والفساد؟ وماهي أحكام الصدّاق؟

للإجابة على هذه الإشكالية سنتطرق في:

المطلب الأول: الإستبراء ، والنسب وحرمة المصاهرة

المطلب الثاني : حكم الصدّاق .

⁴⁰² أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص93-94.

⁴⁰³ المادة 150 من المدونة تنص على أن "النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف الى الخلف" و بهذا المشرع المغربي نص على تعريف النسب بالمادة صراحة، أما المشرع الجزائري نص في مادته 40 على أن "يثبت النسب بالزواج الصحيح...." و بهذا يستشف أن المشرع الجزائري ترك تعريف النسب للفقهاء و لم يعتمد على تعريف النسب صراحة وإنما نص على وسائل إثباته.

المطلب الأول

الاستبراء، العدة والنسب وحرمة المصاهرة

كأثر لعقد الزواج الباطل أو الفاسد

حقوق الزوجية كثيرة منها ما هو معنوي: كحرمة المصاهرة والعدة والاستبراء، وهي حقوق معنوية غير مادية تطرأ على العلاقات لتنظيمها وللمحافظة عليها. إذا فيم تتمثل حرمة المصاهرة؟ ماهي العدة؟ هل ينتج استبراء عن الزوجين الفاسد والباطل؟

الفرع الأول

حرمة المصاهرة المترتبة على الحكم

بطلان عقد الزواج أو فساده

حرمة المصاهرة لما حلت بين الزوجين وربطت بينهما، وجعلت بينهما لحمة تشبه لحمة النسب أو أقوى، ثم ربطت بين أسرتيهما برباط من المصاهرة، فصارتا كأنهما أسرة واحدة، ولذلك ثبتت حرمة المصاهرة بينهما⁴⁰⁴.

فالمصاهرة: وصف شبيهه بالقرابة، ويتحقق في أربع: إحداها زوجة الابن، وهي تشبه البنت. ثانيهما: بنت الزوجة، وهي تشبه البنت أيضاً، ثالثها: زوجة الأب، وهي تشبه الأم، رابعها: أم الزوجة، وهي تشبه الأم أيضاً، أما بنتها فإنها لا تحرم إلا بالدخول، فحرمة المصاهرة تثبت بالعقد الصحيح بدون كلام⁴⁰⁵.

فيما يخص القانون الجزائري، نجد أن المشرع لم يتطرق الى حرمة المصاهرة في العقد الفاسد ولا الباطل وإنما نجده نص في المادة 222 من قانون الأسرة على انه ما لم يرد بشأنه نص في القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيه. في حين نص المشرع المغربي في المادة 2/58 من المدونة على تعليق حرمة المصاهرة بحسن النية.

أما من زاوية الفقه، تضاربت الآراء حول حرمة المصاهرة في العقد الفاسد، فالمذهب الحنفي يرى بعدم وجوب حرمة المصاهرة في العقد الفاسد، وأما الذي يوجب حرمة المصاهرة فهو: العقد الصحيح، الوطء، سواء كان بعقد صحيح أو فاسد، أو زنا، المس، النظر الى

⁴⁰⁴ أنظر، أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 59.

⁴⁰⁵ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة: الثانية، عدد الأجزاء: 5، دار الكتب العلمية، لبنان،

1424 هـ - 2003 م، ص 61.

فرج المرأة⁴⁰⁶. ويشترط في الوطاء: أن تكون الموطوءة حية، ومشتهاة، وأن يكون الوطاء في القبل لا في الدبر.

أما الشافعية يرون أن العقد الفاسد يوجب حرمة المصاهرة، كالألم فإن بنتها لا تحرم إلا بوطئها، فإذا عقد على البنت عقداً فاسداً ولم يدخل بها لم تحرم أمها أما إذا وطئها بعد ذلك العقد الفاسد حرمت أمها بالوطء وحتى زوجة الأب، تحرم بمجرد العقد، وتحريمها يكون بالعقد الصحيح، أما إذا دخل عليها ووطئها فإنها تحرم بالوطء ولو كان العقد فاسداً وكذا زوجة الابن، فإنها تحرم بمجرد العقد، فيشترط أن يكون صحيحاً على الوجه المتقدم⁴⁰⁷.

بينما المالكية تثبت عندهم حرمة المصاهرة بالعقد الفاسد، وهو نوعان: مجمع على فساده، وغير مجمع على فساده في المذاهب الأخرى، وهذا لا ينشر الحرمة إلا بالوطء ومقدماته، وذلك كنكاح امرأة معتدة، وهو غير عالم، أو نكاح أخته رضاعاً بدون علمه، فإن النكاح فاسد بالإجماع، ويدراً الحد عن الفاعل لأن فيه بهة. وهذا العقد لا يحرم إلا بالوطء أو مقدماته أما العقد الذي لم يجمع على فساده بأن قال به بعض العلماء ولو في مذهب غير مذهب المالكية، كنكاح المحرم بالنسك فإنه صحيح عند الحنفية، فاسد عند المالكية، وكذلك نكاح المرأة نفسها بدون ولي ونحوه فإنه ينشر حرمة المصاهرة كالصحيح. ومن الفاسد النكاح الموقوف على إجازة الغير، فإذا زوج الرجل ابنه العاقل البالغ بغير إذنه وهو غائب فلم يرض الابن بالزواج ورد النكاح كان هذا من القسم الثاني، فيحرم به ما يحرم بالعقد الصحيح، ولا يشترط أن يكون العقد بين كبيرين بل يحرم العقد على الصغيرة للصغير⁴⁰⁸.

فمن عقد على امرأة ولو عقداً فاسداً وتلذذ على هذا الوجه حرمت عليه بنتها وبنت بنت بنتها وإن سفلت كما حرمت عليه أصولها⁴⁰⁹.

أما الحنابلة تثبت عندهم حرمة المصاهرة بالعقد الفاسد، هذا الأخير تثبت به أحكام النكاح ما عدا الحل، والإحصان، والإرث، وتصنيف الصداق بالفرقة قبل المسيس، فلا

⁴⁰⁶ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 62.

⁴⁰⁷ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 63.

⁴⁰⁸ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 65 و ما بعدها.

⁴⁰⁹ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 63.

يترتب على فسادالعقد حل و طء المرأة المعقود عليها. ولا إحلالها لمطلقها ثلاثاً، ولا يتوارثان به، وإذا طلقها قبل الدخول والميسس لا تستحق نصف الصداق، أما ما عدا ذلك من نشر حرمة المصاهرة وغيرها فإنها تثبت به، والمحرمات بالعقد سواء كان صحيحاً أو فاسداً: زوجة الأب وإن علا. وزوجة الابن وإن سفل وأم زوجته من نسب أو رضاع وإن علت كما هو مبين في أسفل صحيفة⁴¹⁰.

في هاته النقطة نجد أنه لا خلاف بين الفقهاء في ثبوت حرمة المصاهرة عقب الزواج الفاسد عندما يتم الدخول، غير أنهم اختلفوا في ثبوتها قبل الدخول، أما موقف القانون الوضعي من حرمة المصاهرة هي ثبوتها بالدخول في الزواج الفاسد وجعله من الآثار المترتبة على هذا الزواج.

الفرع الثاني

الاستبراء والعدة في العقد الباطل والفاسد

تعد الآثار الزوجية المعنوية كالاستبراء والعدة، حقوق تطرأ على العلاقات الأسرية لتنظيمها والمحافظة على أسسها البنوية.

أولاً : الاستبراء

لغة طلب البراءة. وشرعاً: تربص الأمة الرقيقة مدة بسبب ملك اليمين حدوثاً أو زوالاً أو بشبهة، أو تربص المزني بها، لمعرفة براءة الرحم، أو للتعبد⁴¹¹. ذهب المشرع المغربي في نص المادة 2/58 من المدونة الى أنه إذا تم الفسخ بعد الدخول يجب الاستبراء على المرأة حتى لا تختلط الأنساب عند زواجها من زوج آخر قبل انتهاء مدة الاستبراء. بمعنى أن المشرع المغربي أراد بالاستبراء عدم اختلاط الأنساب، إذ فقد تكون المرأة قد تزوجت بعقد فاسد وحصل دخول ووقع حمل، ثم تريد بعد التفرقة مباشرة أن تتزوج بشخص آخر، هنا نجد المشرع المغربي قد أحاط هذه النقطة بشيء من العقلانية والحيطه والحذر من اختلاط الأنساب لأنه لو وقع الزواج الثاني يمكن أن يثبت نسب المولود للزوج الثاني مع أنه ابن الزوج الأول.

⁴¹⁰ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 64.

⁴¹¹ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، 1403 - 1983، ص 435 وما بعدها.

أما المشرع الأسري الجزائري نص على الاستبراء في المادة 34 من خلال قوله بأن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ ويترتب عليه وجوب الاستبراء⁴¹².

و بالرجوع الى الفقه الإسلامي يجب الاستبراء بشروط عند المالكية وهي:⁴¹³

أولاً: إن لم تعلم براءتها: فإن علمت براءتها من الحمل، وحاضت زمن ذلك، ولم تخرج ولم يدخل عليها، فلا استبراء عليها.

ثانياً: ولم تكن مباحة الوطء حال حصول الملك.

ثالثاً: ولم يجرم وطؤها في المستقبل، كعمته وخالته من نسب أو رضاع، وكأم زوجته، فلا استبراء عليها لعدم حل وطئها.

رابعاً: وأطقت الوطء: فلا استبراء لصغيرة كبتت خمس سنين.

1- الزنى: إذا زنت الحرة طائعة أو مكرهة، استبرئت عند المالكية والحنبلة بثلاث حيضات، والحامل منها بوضع حملها.

2- سوء الظن: من تطرق إليها سوء الظن من خروج في الطرقات وغيرها، وجب استبراؤها في المشهور.

فإن كانت في سن الحيض فاستبراؤها بحيضة، وإن لم تحض فتسعة أشهر، وإن كانت صغيرة أو يائسة فثلاثة أشهر، وهو المشهور عن أحمد، وقال أبو حنيفة والشافعي: شهر، وإن كانت حاملاً فوضع الحمل.

وهل هناك عدة بسبب الزنا أو بعد زواج باطل؟

إذا زنت الزوجة أو تزوج رجل امرأة زواجا متفقاً على بطلانه كأن يتزوج محرمة أو معتدة يعلم حالها أو زوجة يعلم أنها زوجة غيره ثم دخل بها، فإن حملت المرأة في هذه الحالة، فلا يحل لزوجها أن يقربها حتى تضع الحمل باتفاق المذاهب. وأما إن لم يكن هناك

⁴¹² محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 134.

⁴¹³ محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الخنفي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، دار الكتب العلمية، ط 01، 2002 - 1423، ص 265 و ما بعدها.

حمل: فلا تجب العدة عند الحنفية والشافعية في الزنا ولا في الزواج الباطل؛ لأنه في حكم الزنا، واستحسن الإمام محمد بن الحسن استبراءها بجيضة⁴¹⁴.
ويجب عند المالكية والحنابلة استبراؤها بثلاث حيضات منذ وطئها الرجل، سواء فارقتها أو مات عنها، ويحرم على زوجها أن يقربها في مدة الاستبراء.
أما إذا تزوجها الرجل، وهو لا يعلم بأنها زوجة غيره، ودخل بها، ثم فرق بينهما، وجب عليها العدة بالاتفاق؛ لأن العقد يكون فاسداً، والعقد الفاسد تجب العدة فيه بالدخول اتفاقاً⁴¹⁵.

ثانياً: العدة

العدة لغة هي مأخوذة من العدّ والحساب وجمع العدة عدد كسدره وسدر، وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأقرء أو الأشهر غالباً، أما في الاصطلاح هي اسم لمدة تترتب فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها⁴¹⁶.
والعدة في اصطلاح الفقهاء أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل وأهله لا تنفصم عن الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة، بل تترتب المرأة ولا تتزوج بغيره حتى تنتهي تلك المدة التي قدرها الشارع⁴¹⁷.
أما مشروعيتها من الكتاب قوله تعالى: "وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ"⁴¹⁸، وقوله تعالى: "وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"⁴¹⁹.

و قد شرعت العدة للإحداد على الزواج السابق⁴²⁰.

414 وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (كتاب إلكتروني) - (الشامل للأدلة الشرعية و الآراء المذهبية و أهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث وتخريجها)، ط04 المنقحة والمعدلة (وهي الطبعة الثانية عشرة لما تقدمها من طبعات مصورة)، دار الفكر، سوريا، بدون سنة نشر، ص214.

415 وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع نفسه، ص214.

416 رمضان علي السيد الشرنباصي، ومن معه، مرجع سابق، ص 71.

417 الإمام أبو زهرة، مرجع سابق، ص 371.

418 سورة البقرة، الآية 234.

419 سورة البقرة، الآية 228.

420 الإمام أبو زهرة، مرجع سابق، ص 371.

أما في المدونة المغربية تنص المادة 78 من مدونة الأسرة أنه: "تبتدئ العدة من تاريخ الطلاق والتطليق أو الوفاة أو الفسخ أو المفارقة في النكاح الفاسد"، بمقتضى هذا النص تكون الأسباب التي توجب العدة على المرأة هي: الطلاق، وفاة الزوج، الفسخ أو المفارقة في الزواج الفاسد.

أما القانون الجزائري نجد نص على أحكام العدة في المواد من 58 الى 60 ق.أ.ج لكنه لم يتطرق الى العدة في الزواج الفاسد أو الباطل وإنما ترك ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 ق.أ.ج. لذلك كان لزاما على المشرع الجزائري توسيع نطاق المواد الخاصة بالعدة لتشمل العدة الناتجة عن النكاح الفاسد و الباطل .

فقها، فالعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق، أو عزم الواطئ على ترك وطئها⁴²¹، أن أخبرها أنه ترك وطأها، والإخبار أمر ظاهر فيدار الحكم عليه، أما آخر الوطآت فلا يعلم لاحتمال وجود غيره، أي غير الوطء الذي وجد. وفي " الخلاصة " وكذا في النكاح الفاسد بعد الدخول لا يكون إلا بالقول بقوله تركتك أو ما يقوم مقامه بأن يقول: تركتها وخليت سبيلها.

وقال زفر - رَحْمَةُ اللَّهِ - "الوطء هو السبب الموجب كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد، ولهذا يكتفى في كل بمهر واحد فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره، ولأن التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره .

وإذا قالت المعتدة: انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين، لأن هذا لا يعلم إلا من جهتها"⁴²².

وعليه، يستنتج أنّ العدة هي تربص من جانب المرأة فقط، أما إذا كانت هي الرابعة، فلا يجوز له الزواج لعدم جواز الجمع بأكثر من أربعة نساء حتى ينتهي عدتها⁴²³.

⁴²¹ أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، البناء شرح الهداية - العدة في النكاح الفاسد، ط 01، المكتبة الشاملة الحديثة، دار الكتب العلمية، لبنان، 1420 هـ - 2000 م، ص 610.

⁴²² زفر، مقتبس عن أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، المرجع نفسه، ص 611.

⁴²³ الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 371-372 .

"أما في العقد الفاسد والوطء بشبهة فتجب العدة بالمتاركة حيث يكون سببها الدخول، فلا تثبت إلا بالدخول. حيث قال زفر أنّ العدة في العقد الفاسد تبتدئ من آخر وطأة كالوطء بشبهة، لأنّ السبب هو الوطء مع شبهة العقد، وهو كالوطء بشبهة من غير عقد فلا تبتدئ العدة من وقت المتاركة أو من وقت الوفاة، وذلك نظر له وجهته، ولكنّه غير المعمول به، وأما في الوطء بشبهة فإنّها تبتدئ من آخر دخول بها"⁴²⁴.

إذن، "فوجوب العدة بالتفريق في النكاح الفاسد الذي حصل فيه دخول يستوي أن تكون الفرقة بموت الزوج أو في حياتهما بتفريق من القاضي أو بالمتاركة من الزوجين، فلا يجوز استمرار المعاشرة الزوجية، وسبب ذلك أنّ النكاح الفاسد يعتبر صحيحا عند الحاجة، وبالدخول فيه أصبحت الحاجة ماسة إلى اعتبار النكاح الفاسد صحيحا لوجوب العدة بالتفريق فيه، صيانة لماء الرجل، وبشوت الولد منه إن كانت المرأة حاملا منه"⁴²⁵.

"غير أنّ مذهب الأحناف لا يوجب العدة بعد الخلوة في النكاح الفاسد لأنّ الخلوة فيه لا تقتضي إلى دخول لوجود مانع وهو فساد النكاح وحرمة الوطء، كذا التسليم الواجب بالعقد لم يوجد لأنّ النكاح الفاسد لا يوجبه، فلا تجب العدة"⁴²⁶.

أما الحنابلة يرون أنّ الخلوة في النكاح الفاسد توجب العدة سواء كان بهما مانع أو بأحدهما مانع من الوطء، بشرط كون الخلوة صحيحة. أما إذا كان النكاح مجمع على فساده أو بطلانه، فلا تجب فيه العدة بمجرد الخلوة، وإنما تجب العدة بالوطء فيه. فلا تجب عدة الوفاة في النكاح الفاسد سواء دخل بها أو لا، ذلك أنّ عدة الوفاة سببها الزوجية الصحيحة قال تعالى: "يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا"⁴²⁷، وإذا كان الرجل قد وطئ بها ثم مات عنها، فإنّها تعتد لوطئه لها لا لوفاته عنها، لذلك لا تعتد عدة وفاة، وإنما تعتد بالقروء أو بالشّهر إن كانت يائسة⁴²⁸.

⁴²⁴ الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 372.

⁴²⁵ أحمد نصر الجندي، أحكام العدة عند النساء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 295.

⁴²⁶ أحمد نصر الجندي، المرجع نفسه، ص 295.

⁴²⁷ سورة البقرة، الآية 234.

⁴²⁸ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 296.

أما عدّة الموطوء بها بشبهة، فالحنابلة والشافعية يوجبون العدة فعندهم تعدد عدة المطلقة، لأنّ وطء الشبهة ونكاح الفاسد في شغل الرحم ولحوق النسب كالوطء في التّكاح الصحيح، والموطوءة إذا توفى عنها زوجها لا تعدد عدة الوفاة⁴²⁹.

الفرع الثالث

النسب في الزواج الباطل والفاسد

فالنسب من أهم الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح والفاسد والذي يتعدى كونه متعلقا بالأبوين فقط إلى الأولاد، ومن أجل أهميته ولضرورة هذا الأثر أصبح موضع عناية من قبل الشريعة الإسلامية وذهبت التشريعات إلى وضع أحكام خاصة توضح الجوانب المتعلقة به خوفا من ضياعه وضياع حقوق الأولاد وتنظيما لحياة الأسرة من جانب آخر .

فالتّسب رابطة سامية وصلة عظيمة، لأنّه انتماء المولود لوالديه، كونه يحوي جانبا كبيرا من الخطورة.

لذلك وجب أن يطرح التّساؤل التالي فيم يتمثل التّسب وأحكامه؟
للإجابة على هذه الإشكالية سنتطرق إلى موضوع التّسب من حيث التعريف ومن حيث الإثبات.

أولا: تعريف النسب

كان النسب في وقت الجاهليّة يتمّ بطرق مختلفة، منها الزوجية والملك، أي أنّ ينتسب العبد لسيدته، منها الزنا، أي أنّ المرأة كانت تلد من سفاح فيدّعي المولود رجل ويقول: أنا أصبت أمه، فينسب إليه ومنه التّبني، وذلك أنّ يتبنى رجل ولد غيره ويستلحقه به، فيكون له وينسب إليه، وبقيت هذه الصّورة شائعة حتى جاء الإسلام، وغير المجتمع والأسس القائم عليها، من ذلك النسب⁴³⁰.

⁴²⁹ أحمد نصر الجندی ، مرجع سابق ، ص 296.

⁴³⁰ محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص370.

النَّسَب أقوم الدّعائم التي تقوم عليها الأسرة ويرتبط به أفرادها رباطا دائما كون أنّ الصلة تقوم على أساس الدم⁴³¹، فيثبت نسب الولد لأبيه وأمه لأنّ النسب مما يحتاط في إثباته إحياء للولد وتحقيقا لمصلحته. وفي هذا قال سبحانه وتعالى: "وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا"⁴³².

ولذلك، قد اعتبر الإسلام أنّ فراش الزوجية هو الموجب للنسب كونه نظّم علاقة الرجل بالمرأة، وحصر على أن لا يكون اتصال الرجل بالمرأة إلا عن طريق الزواج⁴³³. وبما أنّ الأولاد هم موضوع النسب، وثمرّة الحياة الزوجية، وزينة الحياة الدنيا، غير أنّ الحفاظ على النّسل بالإيجاب من غايات الزواج المهمة في الإسلام، لذلك نجد أنّ الإسلام قد اهتم بالنسب من عدة أمور أهمها:

- 1- حرّم الزنا، حتى لا تثمر العلاقة المحرّمة طفلا لا يعرف أبا ينسب إليه، وقد تتركه أمه للمجهول منذ ولادته، فيلقى مصير اللّقطاء.
- 2- أنّه حرّم التّبني حتى لا يتخلى الآباء عن أولادهم، ولا يدخل للأسرة من ليس من أصلابها وقد جعل الإسلام الزوجية وسيلة النسب الوحيدة .
- 3- أنّه حرّم على الآباء إنكار أبنائهم⁴³⁴.

ثانيا: ثبوت النسب ووسائله التقليدية في العقد الباطل أو الفاسد

يثبت النسب شرعا بواحد من ثلاث وهي:

- 1- الفراش
- 2- الإقرار
- 3- البينة

ولكلّ واحد من هذه الثلاثة أحكام شرعية خاصة يتعين معرفتها⁴³⁵.

في هذا الإطار تنص المادة 158 من مدونة الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو بينة السماع وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما

⁴³¹ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مرجع سابق، ص158.

⁴³² سورة الفرقان، الآية 54.

⁴³³ محمد سمارة ، مرجع سابق ، ص 370.

⁴³⁴ إمام محمد كمال الدين ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين دراسة تاريخية تشريعية و قضائية ، الوصية و الوقف في الإسلام

مقاصد و قواعد، ج2، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1999، ص 205-225.

⁴³⁵ كمال صالح البنا ، المشكلات العملية في دعاوى النسب و الإرث ، ط1، مطبعة ابناء وهبه حسان ، القاهرة، 2002، ص7.

في ذلك الخبرة القضائية"، محددة بذلك طرق تقليدية وأخرى علمية في إثبات النسب وكاشفة عن تطور في قواعد إثبات النسب في القانون المغربي.

أما القانون الجزائري نص في المادة 40 ق.أ.ج على ثبوت النسب بالإقرار وبالزواج الصحيح وبالبينة وبنكاح شبهة وبكل زواج تم فسخه قبل الدخول حسب المواد 32-34 من ق.أ.ج، كما يجوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب.

أ: ثبوت النسب بالفراش :

الفراش لغة هو ما بسط عادة للنوم والجلوس عليه، ويطلق على المرأة التي يستمتع بها زوجها⁴³⁶. واصطلاحاً، الزوجية القائمة أي أن المرأة متعينة للولادة لشخص واحد ولا يكون ذلك عادة إلا بالزواج الصحيح أو ما ألحقه به المشرع استثناءً كالزواج الباطل أو الفاسد والاتصال عن طريق الشبهة بخصوص ثبوت النسب⁴³⁷.

"حقيقة الفراش لغة هو من باب فرشت البساط وغيره فرشاً من باب قتل، وفي اللغة من باب ضرب، أي بسطته، وفرشته فافترش، وهو الفراش بالكسر فعال بمعنى مفعول مثل: كتاب بمعنى مكتوب، وجمعه فرش تسمية له بالمصدر، فكل واحد من الزوجين يسمى فراشا للآخر، أي تزوجها، والفرش من متاع البيت وافترش الشيء انبسط، وافترشته وطمه، وافترش ذراعيه بسطهما على الأرض"⁴³⁸. يقول تعالى: "وَفُرْشَ مَرْفُوعَةٍ"⁴³⁹، فالمقصود بالفرش المرفوعة نساء أهل الجنة .

وأقل مدة الحمل ستة أشهر بإجماع الآراء وقد استدلل الفقهاء على ذلك بقوله: "وَحَمْلُهُ وَفَصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا"⁴⁴⁰ مع قوله تعالى: " وَفَصَالُهُ فِي عَامَيْنِ"⁴⁴¹، فقد دللت الثانية على مدة الفصال وحدة وبإسقاط المدّة الثانية من الأولى تكون مدّة الحمل ستة

⁴³⁶ محمد ابن منظور، لسان العرب، ج6، دار صادر، بيروت، 2010، ص326 .

⁴³⁷ محمد الكشور، البنية والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، دراسة قانونية وشرعية مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، 2007، ص67 .

⁴³⁸ أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والمعاصر، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص65.

⁴³⁹ سورة الواقعة ، الآية 34 .

⁴⁴⁰ سورة الأحقاف، الآية 15.

⁴⁴¹ سورة لقمان ، الآية 14.

أشهر. وأكثر مدة الحمل عند الحنفية سنتان، بينما التشريعين الجزائري والمغربي حددها على التوالي بـ 10 أشهر وبسنة.

للإشارة أنه لا يوجد الفراش في عقد الزواج الفاسد إلا من وقت الدخول الحقيقي لا من وقت العقد كما في حالة العقد الصحيح، فإذا ولدت الزوجة المدخول بها بعقد فاسد قبل مفارقة زوجها ولدا لأقل من ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي بها لا يثبت نسب الولد من زوجها لأنها حملت به قبل أن تكون فراشا له بالدخول بها، وإذا ولدت لتمام ستة أشهر فأكثر من وقت الدخول ولأقل من سنتين من وقت الفرقة ثبت نسب الولد شرعا.

1/- شروط الفراش الثابت للنسب:

إذا كان الفراش يعتبر قرينة قاطعة لا تقبل إثبات عكسها في ميدان إثبات النسب فإن إعمالها رهين بتوفر شروطها مجتمعة كما يستفاد صراحة من مقتضيات المادة 154 من مدونة الأسرة .

وهكذا فإن قرينة الفراش تختل في الحالات التالية:

أ/- عدم وجود عقد زواج صحيح

إثبات النسب ليس حكراً على الرجل والمرأة، إنما هو حق ثابت لكل ذي مصلحة كالورثة بعد وفاة الرجل أو المرأة لاستبعاد ذلك الولد من نطاق الإرث⁴⁴². وفي هذا الإطار، جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس " وحيث إن من شروط ثبوت النسب للفراش وجود عقد سواء أكان صحيحاً أو فاسداً حسبما يستفاد من المادة 154 من مدونة الأسرة وحيث إن الليف المدلى بنسخة منه لإثبات قيام العلاقة الزوجية والمنجز سنة 1993 لا يقوم حجة على وجود عقد بين الطرفين أي زواج بمفهومه الشرعي وما يشترط فيه من إيجاب وقبول كشرطي انعقاد. ذلك انه منجز من طرف المدعية فقط ولا تتوفر فيه شروط المادة 16 من مدونة الأسرة... وحيث إنه اعتباراً للعلل أعلاه مجتمعة فإن طلب المدعية الرامي إلى إثبات النسب للفراش غير مؤسس قانوناً⁴⁴³."

⁴⁴² محمد الكشور، المرجع السابق، ص 144 .

⁴⁴³ المحكمة الابتدائية بمكناس، قضاء شؤون الأسرة، عدد 2001/11، 3/9/2011، في الملف رقم 2526/ج5/2008، غير منشور، مقتبس عن محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص 20 و ما بعدها.

وقد ذهب المجلس الأعلى المغربي (محكمة النقض حاليا) في العديد من قراراته إلى تأكيد هذه القاعدة بحيث في إحدى حيثياته... "لما ثبت أن الزواج كان بعد الوضع فإن المولود لا يلحق بنسب المدعى عليه، ولو أقر ببنوته"⁴⁴⁴.

كما أن المحكمة العليا في الجزائر نهجت نفس المنهج، إذ قضت بأنه "من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالاقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار... وبزم الإقرار لحمل في بطن المرأة...". وكما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما يمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد"⁴⁴⁵.

ب/- عدم تحقق مدة الحمل المعتبرة شرعا

"من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر.

إن المدة المعتبرة شرعا للحمل ترتبط بأقل مدة الحمل وأقصاها.

ومتى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني وأن قضاة الموضوع بإعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني إعتقادا على قاعدة الولد للفراش مع أن الزواج الثاني باطل شرعا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة"⁴⁴⁶

ت/- عدم إمكانية الاتصال بين الزوجين

شرط إمكان الاتصال أساسي لثبوت النسب بمفهوم المخالفة انتفاء النسب باختلال هذا الشرط.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى المغربي "حيث صح ما عابه السبب، ذلك أن الفراش يكون حجة قاطعة على ثبوت النسب شرط تحقق الإمكانين العادي والشرعي .

444 المجلس الأعلى، 30 مارس 1983، عدد 446، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 39، ص 109، مقتبس عن محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص 20 وما بعدها.

445 محكمة عليا، غ.ش.أ.م، 15/12/1998، ملف رقم 202430، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 77.

446 محكمة عليا، غ.ش.أ.م، 19/05/1988، ملف رقم 193825، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 73.

والتابث من أوراق الملف أن الطاعن نازع في نسب الابن إليه . وادعى أنه لم يتصل بالمطلوبة منذ ازدياد الابن الأول، أي أنه استبرأها بعد هذا الوضع . وأدى يمين اللعان على ذلك . ورفضت الزوجة أداءها رغم توصلها والمحكمة لما عللت قضاءها بأن الخبرة ليست من وسائل نفي النسب شرعا تكون قد أقامت قضاءها على غير أساس⁴⁴⁷ .

وفي قرار آخر له قضى بأنه "حيث صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أن الفراش يكون حجة قاطعة على ثبوت النسب . شرط تحقق الاتصال الشرعي والثابت من أوراق الملف ... أن الطاعن ادعى على أنه لم يتصل بالمطلوبة خلال الفترة التي قضاها بعيدا عن زوجته بدولة ايطاليا واستدل على ذلك بموجب لفيف ... الشيء الذي يؤكد أيضا جواز سفره ولم تنكره المطلوبة والتمس إجراء خبرة ... والمحكمة لما قضت برفض طلبه ... تكون قد أقامت قضاءها على غير أساس⁴⁴⁸ .

فمن خلال حيثيات هذين القرارين للمجلس الأعلى يتضح أنه نقض قرار محكمة الاستئناف التي لم تستجب لطلب إجراء خبرة لنفي النسب عن الزوج والذي أدى يمين اللعان ورفضت الزوجة أدائها بدون مبرر أو التي لم تستجب لها بعدما لم تتحقق من الاتصال الشرعي وذلك بغياب الزوج عن زوجته خارج البلد الذي تقيم فيه . والملاحظ أن القضاء المغربي لا يأخذ بإدعاء الزوج العقم إلا إذا عززه بأدلة قوية⁴⁴⁹ .

2/ الزواج الباطل:

تطرقت المادة 51 من مدونة الأسرة لحالات الزواج الباطل، بنصها على أنه: "يكون

الزواج باطلا:

- إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه.

- إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه.

- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول".

⁴⁴⁷ المجلس الأعلى، 18/01/2006، عدد 37 ، الملف رقم 108/2/1/2005 ، أهم قرارات المجلس الأعلى ، م.س، ص 51، مقتبس عن محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص 39 و ما بعدها.

⁴⁴⁸ المجلس الأعلى، 27/09/2006، عدد 554 ، الملف رقم 27/09/2006 ، أهم قرارات المجلس الأعلى ، م.س، ص 53 ، مقتبس عن محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص 39 و ما بعدها.

⁴⁴⁹ حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بفاس عدد 1205 صادر بتاريخ 2 / 3 / 2009 في الملف رقم 1 / 3704 / 07، غير منشور.

أما القانون الجزائري نص في المادة 32 ق.أ. ج بطلان عقد الزواج إذا إشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، وبالرجوع الى المادة 1/33 ق.أ. ج يبطل الزواج إذا إختل ركن الرضا. أما المادة 02/33 منه إعتبرت كل زواج انتفت فيه أحد شروط الصحة وجب فسخه قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

كما نصت المادة 58 من المدونة على ما يلي: "تصرح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقا لأحكام المادة 97 أعلاه بمجرد اطلاعها عليه أو بطلب ممن يعينه الأمر. يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة".

بناء على النص الأخير، فإذا تم بناء بالمرأة في الزواج الباطل، ونتج عن هذا البناء حمل، فإنه قد تم التمييز بين حالة حسن وسوء النية ونكون أمام حسن النية إذا كان الزوج المعني جاهلا بسبب التحريم، أما إذا كان عالما بذلك ومتيقنا منه فنكون أمام سوء النية. وفي هذا الصدد استنبط الفقهاء قاعدة عامة مفادها عدم اجتماع حد ونسب، حيث أن حسن النية مفترض، حيث يرى الأستاذ إبراهيم بحماني "أن المعتد بها يكون وقت صدور الإيجاب والقبول في الحالات التالية: وقوع حفل زواج أو خطبة بالشهود، وجود وثائق تفيد اتصال الزوجين بنية الزواج وتكون صادرة عنهما فعلا، إذا قام أحد الزوجين أو هما معا لدى المصالح الإدارية بإنجاز وثائق يقران فيها أو أحدهما بالزواج"⁴⁵⁰.

والملاحظ أن مدونة الأسرة وحتى المشرع الجزائري، يعتبر ان أن مدة الحمل في الزواج الباطل تبدأ من تاريخ الدخول لا من تاريخ العقد. كما أن المعول عليه هو قصد الزوج لا الزوجة. هذا وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى المغربي "لكن رداً على ما ورد في النعي أعلاه، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه تبت لها أن المطلوب في النقض عقد على الطاعنة وهي حامل... وقضت تبعا لذلك بفسخ (البطلان حسب مدونة الأسرة) عقد النكاح المبرم بين الطرفين، كما قضت بعدم لحوق نسب الولد للمطلوب في النقض... وبذلك تكون المحكمة قد عللت قرارها تعليلا كافيا وطبقت القانون تطبيقا صحيحا"⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ إبراهيم بحماني، مرجع سابق، ص 23 وما يليها.

⁴⁵¹ المجلس الأعلى، غ.ش.أ.م، 10/ 5 / 2006، الملف عدد 598 / 2 / 1 / 2005 منشور بكتاب المنتقى من عمل القضاء،

جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية م.س، ص 231 .

وجاء في حكم لقسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بفاس ما يلي " : وحيث إن بطلان العلاقة الزوجية بين والدي البنت ... لا يؤثر في نسبها إليهما باعتبار أن بطلان العقد يرتب عند حسن النية لحق النسب وأن حسن النية في العلاقات الزوجية هو الأصل"⁴⁵².

وجاء في حكم آخر لها " وحيث إن الزوج عقد قرانه مع زوجته في وقت كانت فيه حامل مما يجعل المانع المؤقت من الزواج قائما وقت إبرام العقد مما ترتب عنه بطلان هذا العقد تطبيقا لمقتضيات المادة 58 من مدونة الأسرة ... وحيث إن الولدين قد ازدادا خلال المدة المعتبرة شرعا الأمر الذي يجعل نسبهما إلى والديهما المذكورين في رسم الزواج الذي تم إبطاله ثابتا نظرا لوجود حسن النية لدى الزوجان اللذان أقرأ أمام هيئة المحكمة خلال جلسة البحث بأن الإيجاب والقبول والتراضي على الزواج كان حاصلًا بينهما وتمت إقامة حفل الزفاف الذي حضره جمع من الناس"⁴⁵³.

أما المشرع الجزائري بنحده أقل تفصيلا من المشرع المغربي فالمواد المتعلقة بالنسب جاءت على سبيل الإختصار كونه جعل من المادة 222 مرجعا عاما لكل المسائل المطروحة أمام القضاء وهذا ما يعاب عليه.

ولذلك لنا أن نتساءل هل ثبوت النسب في الزواج الباطل يتم بناء على حسن نية الزوج أم لا؟

للإجابة على السؤال، ينبغي الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة، لإعتبار النص الوارد في المادة 34 قانون الأسرة لم يعلق على نية الزوج بصريح العبارة وإنما ترك ذلك لفقهاء الشريعة الإسلامية.

⁴⁵² حكم قسم الأسرة بالمحكمة الابتدائية بفاس 2009 / 4 / 6 ، الملف رقم 8 / 2 / 3674 ، غير منشور، مقتبس عن محمد العربي لعبيدي، إشكالية إثبات النسب و نفيه في التشريع الأسري المغربي على ضوء العمل القضائي، المعهد العالي للقضاء، تحت إشراف سعد أصبان رئيس قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بسلا، 2011، 2009، ص15 و ما بعدها.

⁴⁵³ المحكمة الابتدائية بفاس قسم الأسرة، 2007 / 1 / 29 رقم 390 ، الملف رقم 06 / 1 / 783 غير منشور، مقتبس عن، محمد العربي لعبيدي، مرجع سابق، ص15 و ما بعدها.

3/ الزواج الفاسد:

القاعدة أن الزواج الفاسد لعقده يفسح قبل البناء وبعده ويعتد فيه بالطلاق والتطليق إن حدث قبل الحكم بالفسخ، ولم يتطرق المشرع المغربي إلى مسألة ثبوت النسب في الزواج الفاسد لعقده، وإنما نص في المادة 64 من مدونة الأسرة وبصيغة العموم على ما يلي: "الزواج الذي يفسخ تطبيقاً للمادتين 60 و 61 أعلاه لا ينتج أي أثر قبل البناء وترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه". ومن هنا فالزواج الفاسد لعقده يترتب آثار الزواج الصحيح متى تم بناء بالزوجة، ومن ثمة فالنسب يثبت به دون اعتبار لنية الزوج خلافاً للزواج الباطل⁴⁵⁴.

أما القانون الجزائري نص في المادة 34 ق.أ.ج على أن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء.

هذا وقد كرس العمل القضائي هاته المقتضيات ، إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى... "والمحكمة لما عللت قرارها بأن رسم ثبوت الزوجية المحتج به لا يتضمن الإيجاب والقبول وبالتالي ليس زواجا صحيحاً، دون أن تناقش إذا كان زواجا فاسداً في إطار المادة 157 من مدونة الأسرة. تكون قد جانبت الصواب"⁴⁵⁵.

وجاء في قرار آخر له "لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتبرت ما تم بين الطرفين زواجا. ولما لم يشهد عليه ولم يسم فيه الصداق فإنه يبقى زواجا فاسداً طبقاً لمدونة الأحوال الشخصية. وأنه بمقتضى الفصل 37 من المدونة المذكورة (المادتان 64 و 157 م. الأسرة) فإن الزواج الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده ومن آثاره حقوق النسب⁴⁵⁶".

وهكذا فالمجلس الأعلى يؤكد على أنه متى تعلق الأمر بزواج فاسد فعلى المحكمة أن تناقشه وترتب حقوق النسب عليه بعد تأكدها من توفر شروطه من إبرام لزواج فاسد

⁴⁵⁴ محمد الكشور ، البنية والنسب، م.س، ص 84 وما بعدها. للمزيد من التوسع حول طبيعة النسب في الزواج الباطل والفاسد، راجع في هذا الصدد إبراهيم مجاني، نسب الأبناء في الزواج الفاسد، مجلة القضاء والقانون، العدد 149 ، ص 23 وما بعدها.

⁴⁵⁵ المجلس الأعلى، 2009 / 3 / 18 ، الملف رقم 2008 / 1 / 2 / 340 تحت عدد 113 ، منشور بكتاب أهم قرارات المجلس الأعلى ، م.س.ص. 90-91 ، مقتبس عن ،محمد العربي لعبيدي ،مرجع سابق،ص 15 و ما بعدها.

⁴⁵⁶ المجلس الأعلى، 2010 / 01 / 27،الملف 2008 / 1 / 2 / 305 ، عدد39 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، مطبعة الأمانة الرباط، 2010 ،العدد 72 ،ص114.

لصدقه أو عقده وانصرام المدة الشرعية من تاريخ العقد أو الإنهاء، وإمكانية ولادة الزوجة من زوجها.

ب: ثبوت النسب للشبهة: 457

التشريع الأسري المغربي في المادة 152 من المدونة إعتبر الشبهة سببا من أسباب لحوق النسب. ونصت الفقرة الأولى من المادة 159 من نفس المدونة على ما يلي: "إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها ثبت نسب الولد من المتصل".

ولأن الاتصال بشبهة عبارة عن واقعة مادية فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 195 أعلاه أنه: "يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعا".

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 1/40 من قانون الأسرة: "على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون...".

"وباعتبار الاتصال عن طريق الشبهة واقعة مادية فغالبا يبقى استخلاصها وتقديرها من مسائل الواقع التي تخضع للسلطة التقديرية لمحاكم الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك من طرف المجلس الأعلى إلا من حيث التعليل، وهي من الحالات النادرة والتي لا تصل إن وقعت إلى ساحة المحاكم لأن الأطراف تفضل الستر على العلنية في هذا المجال" 458.

ج: ثبوت النسب بالإقرار :

الإقرار يقصد به الاعتراف، فأقر الشيء، أي اعترف به والإقرار في اللغة هو الإذعان للحق والاعتراف به 459.

457 والشبهة أنواع:

شبهة العقد: وهي ما كان الاشتباه بجل الوطاء فيها ناشئا عن عقد غير صحيح .

شبهة الفعل: وهي ما كان الاشتباه بجل الوطاء فيها ناشئا عن خطأ غير مقصود، كما لو زفت إليه غير الزوجة التي عقد عليها وقيل له زوجته ولم تكن كذلك في واقع الأمر.

شبهة الخلل : إذا وجد على فراشه امرأة ظننها زوجته فوطفها تم تبين أنها أجنبية.

458 محمد الكشيبور، المرجع السابق، ص 71 وما بعدها.

459 ابن منظور، المرجع السابق، ج 5، ص 88 .

واصطلاحا خبر يجب على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه .والإقرار بالنسب إخبار شخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر⁴⁶⁰ . وقد عرّفته المادة 341 من القانون المدني الجزائري بأنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة مدعى بها عليه وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة"، وتعتبره المادة 342 من القانون ذاته بأنه حجة قاطعة على المقر". ومن جانب الفقه، عرّفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه: "اعتراف شخص بواقعة تكسبه حقا مع قصد المقرن أن يلزم نفسه بهذا الإقرار"⁴⁶¹.

إذن، يعتبر الإقرار وسيلة من وسائل إثبات النسب وقد تعرضت له مدونة الأسرة في المادة 152 منها، وقانون الأسرة الجزائري في المواد من 40، 44 و 45 على أساس أنه سبب من أسباب لحوق النسب، وكذلك في المادة 158 مدونة كوسيلة من وسائل إثبات النسب.

ومن أدلة الإقرار ما يلي: يقول الله تعالى: "وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ"⁴⁶²، وقوله أيضا: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ"⁴⁶³.

فيما يخص أنواع الإقرار هي نوعان:

1. الإقرار بالبنوة أو الأبوة، أو الأمومة، بمعنى إقرار بالنسب محمول على المقر نفسه يعبر عنه أيضا بالإقرار الذي ليس فيه حمل النسب على الغير⁴⁶⁴.
2. الإقرار في غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة وهو ما يعرف بالإقرار بنسب محمول على الغير، كأن يقول شخص: "فلان أخي" وفي هذه الحالة لا يثبت التّسبب للأب إلا إذا أقر أبوه البنوة⁴⁶⁵.

⁴⁶⁰ محمد مصطفى، شلي أحكام الأسرة في الإسلام، ط 2، 1973، ص 683.

⁴⁶¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في نظرية العامة للإلتزام في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث، بيروت، د.س.ن، ص 582.

⁴⁶² سورة آل عمران، الآية 81.

⁴⁶³ سورة النساء، الآية 135.

⁴⁶⁴ الإمام أبو زهرة، مرجع سابق، ص 396.

⁴⁶⁵ محمود حمودة ومحمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، الأردن، 1984، ص 105.

وبالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري، تنص المادة 44 منه على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو توفي مرض الموت متى صدقه العقل والعادة". بمعنى نوع الإقرار هنا هو النوع الذي يصدق العقل أو تصدقه العادة، فلو كان المقر له بالبنوة أكبر سنا من المقر كما لو كان ابن 10 سنوات والمقر ابن 15 سنة لم يصح إقراره، لأنّ الواقع يكذبه⁴⁶⁶. إضافة إلى أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب، فوجود أب له يستحيل معه إثبات نسب جديد، لأنّ الأنساب لا تقبل الفسخ، أما إذا أنكر الولد فلا تسمع دعواه، لأنّ النسب متى ثبت لا يزول⁴⁶⁷.

كل هذا ولا بد من تصديق المقر، لأنّه لا يمكن أن يكون له أثر بغير تصديق المقر عليه إذا كان أهلا لهذا التصديق، فالمشرع الجزائري لم يأخذ بهذا الشرط لاقتدائه بفقهاء المذهب المالكي⁴⁶⁸.

أما بشأن الإقرار بالنسب المحمول على الغير، فالمادة 45 من قانون الأسرة نصت على أنه: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على المقر إلا بتصديقه"، كأن يقر شخص بأنّ فلان أخاه مثلا.

أولا: شروط الإقرار

نصت المادة 44 من قانون الأسرة على انه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة". يستخلص من هذه المادة أن المشرع الجزائري علق على ثبوت النسب بالإقرار على الشروط التالية:

- 1- أن يكون الولد، محل الإقرار، مجهول النسب.
- 2- أن يتم الإقرار ولو في مرض الموت.
- 3- أن يصدق العقل أو العادة.

⁴⁶⁶ طفياني مخطارية، مرجع سابق، ص 62.

⁴⁶⁷ أنظر، محمد أحمد سراج ومحمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 165.

⁴⁶⁸ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، دار شريفة، الجزائر، 1989، ص 120.

وإذا كان الأمر يتعلق بالإقرار في غير الحالات السابقة فلا يسري مفعوله على غير المقر إلا بتصديقه حسب المادة 45 من قانون الأسرة.

أما المادة 160 من مدونة الأسرة تنص على أنه: "يثبت النسب بإقرار الأب بينوة المقر به ولو في مرض الموت، وفق الشروط الآتية:

- 1- أن يكون الأب المقر عاقلاً .
 - 2- ألا يكون الولد المقر به معلوم النسب .
 - 3- أن لا يكذب المستلحق عقل أو عادة .
 - 4- أن يوافق المستلحق إذا كان راشداً حين الاستلحاق، وإذا استلحق قبل أن يبلغ سن الرشد، فله الحق في أن يرفع دعوى نفي النسب عند بلوغه سن الرشد.
- إذا عين المستلحق الأم، أمكنها الاعتراض بنفي الولد عنها، أو الإدلاء بما يثبت عدم صحة الاستلحاق.

لكل من له مصلحة أن يطعن في توفر شروط الاستلحاق المذكورة ما دام المستلحق حياً". وتطبيقاً لذلك، جاء في إحدى قرارات محكمة الاستئناف بمكناس "إلى اعتبار الإقرار وسيلة من وسائل إثبات النسب متى توفرت شروطه، " وحيث إن من بين أسباب لحوق النسب إقرار الأب بينوة المقر به استناداً للمادة 152 و 160 من مدونة الأسرة وبذلك فإن ما قضى به الحكم المستأنف في محله مما يتعين معه التأييد⁴⁶⁹.

فمتى توفرت شروط الإقرار، فإن الابن يلحق بأبيه، ولو ازداد الولد لأقل من أدنى أمد الحمل . وفي هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى " الإقرار ولو لولد ازداد لأقل من أدنى أمد الحمل استناداً إلى ما في مدونة الإمام مالك ج 3 ص 146 من أن الزوج إذا أقر بنسب الولد إليه، ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر، فإنه يلحق به على اعتبار أن الرضا بالزواج كان متوفراً قبل كتابة العقد"⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ محكمة الاستئناف بمكناس، 20/11/ 2007، عدد 3509، الملف الشرعي عدد 8/ 2269/07، غير منشور، مقتبس عن، محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص40 و مابعداها.

⁴⁷⁰ المجلس الأعلى، 27/ 9/2006، عدد 553، أشار إليه عمر لمين، م.س، ص8، مقتبس عن، محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص40 ومابعداها.

الإقرار الشفوي بالنسب لا يكفي بل لابد من توثيقه إما في شكل إشهاد رسمي لدى الموظف المختص أو إشهاد عرفي بخط يده ويوقع عليه، والقصد من ذلك الوقوف على الإرادة الحقيقية للمقر، وأنه كان في كامل قواه العقلية وإرادة حرة. زيادة على ذلك أخذ المجلس الأعلى بالرسائل المتبادلة بين الطرفين، بحيث جاء في قرار له "حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار ذلك أنه بمقتضى المادة 151 من مدونة الأسرة، فإن النسب يثبت بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي. والتابث من الرسائل المتبادلة بين الطرفين أنهما تراضيا على الزواج قبل كتابة العقد... وأن المطلوب أقر بثبوت نسب البنت... إليه كما جاء ذلك بمحضر استجواب عدد يقر فيه بنسب البنت إليه ومن الشهادة الطبية المؤرخة في... التي يقر فيها أيضا بتاريخ... بأن حمل الطاعنة منه ومن الرسالة الرابعة التي بعثها إليها والتي أورد فيها بأنه في أمس الحاجة إلى ابنته... والمحكمة لما قضت برفض نفقة البنت لكونها ازدادت بعد ثلاثة أشهر من تاريخ النكاح... تكون قد حرقت القانون" 471.

لذلك يُشترط في الإقرار ما يشترط في سائر النظريات القانونية من ضرورة تمتع المقر بإرادة معبرة 472.

خ: ثبوت النسب بالبينة:

البينة أو الشهادة هي إخبار صادق لإثبات حق في مجلس القضاء 473، وهي حجة متعددة غير قاصر حكمها الثابت بها على المدعى عليه بل تتعداه إلى غيره 474. البينة هي كما عرفها الأستاذ بكوش يحيي بأنها أقوال "شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة يقررون ما عاينوه أو سمعوه من وقائع" 475.

471 المجلس الأعلى، 2006 / 9 / 27، عدد 553، منشور بكتاب المنتقى، م.س، ص 2006 / 9 / 223، مقتبس عن،

محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص 39 و ما بعدها.

472 بكوش يحيي، المرجع السابق، ص 264.

473 أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 134.

474 طفياني مختارية، مرجع سابق، ص 71.

475 بكوش يحيي، مرجع سابق، ص 188.

ومن زاوية القانون، تعتبر البيئة طريقة من طرق الإثبات محدودة القوة مثلها مثل القرائن القضائية فهما متعادلان في القوة يمكن الإثبات بالبيئة يجوز الإثبات بالقرائن والعكس صحيح⁴⁷⁶.

وفي هذا السياق، نصت المادة 40 من قانون الأسرة على أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح، والإقرار، والبيئة"، وهذه الدلائل التي تؤكد وجوب واقعة مادية وجوبا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرها من وسائل الإثبات⁴⁷⁷.

ويكون الإثبات بالبيئة الكاملة عن طريق شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول، وهذا ما يشترطه الأحناف في إثبات النسب أما الحنابلة والشافعية فقد اشترطوا شهادة جميع الورثة⁴⁷⁸.

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ محمد الكشور: "الشهادة في حقيقتها إخبار الإنسان بحق لغيره على غيره، وقد اعتبرها المشرع المغربي في مدونة الأسرة حجة كافية لإثبات النسب، إلا أنه لم ينظمها بمقتضيات خاصة، ومن هنا فالمعول عليه هو أحكام الفقه المالكي والذي تحيل عليه المادة 400 من مدونة الأسرة. والقاعدة العامة أن شهادة الشهود التي يثبت بها النسب في الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي على وجه الخصوص هي شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين، على أنه متى تعلق الأمر بإثبات الولادة فيمكن مبدئيا أن يقع الإثبات عن طريق شهادة امرأتين فقط على أساس أن الولادة من الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء عادة دون الرجال"⁴⁷⁹.

أما بيئة السماع، فهي نقل خبر مشاع بين الناس⁴⁸⁰ وهي اللفيف التي يشهد فيها 12 شاهداً بأنهم سمعوا سماعا شافيا بين الناس بالواقعة موضوع الشهادة أي أنهم لا

⁴⁷⁶ طفياني محطارية، مرجع سابق، ص 72.

⁴⁷⁷ طفياني محطارية، مرجع سابق، ص 73.

⁴⁷⁸ بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص631، أنظر

كذلك وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 145.

⁴⁷⁹ محمد الكشور، البنوة والنسب، م.س، ص 130.

⁴⁸⁰ مرزق أيت الحاج، الوجيز في التوثيق العدلي ط1، مطبعة طوب بريس، 2005، ص219.

يشهدون بعلمهم المباشر بالواقعة كما أنهم لا يرونها أو ينقلونها عن شخص أو أشخاص معينين، وإنما يعتمدون فيما يشهدون به على السماع الفاشي والمنتشر بين الناس.⁴⁸¹ فيينة السماع كافية لإثبات النسب حسب الفقه المالكي بشروط وهي: الاستفاضة والسلامة من الريبة، وأداء اليمين تزكية لها، وطول المدة⁴⁸².

وهكذا يتضح أن النسب يثبت بشهادة عدلين أو ما يقوم مقامها من بينة السماع شريطة أن تكون صالحة وذلك باكتمال نصابها. وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى المغربي "ولما قضت (أي المحكمة) بنفي نسبه تبعا لذلك تكون قد استبعدت ضمنا بينة النسب عدد 12 التي لم تعد حجة صالحة في إثباته بعد رجوع سبعة من شهودها عن شهادتهم وبقي منهم خمسة شهود. وهو نصاب لا يستقل الحكم به في دعوى النسب التي لا تثبت إلا بشهادة عدلين أو ما يقوم مقامها كما جرى به العمل فقها وقضاء وباعتبار رجوع من تراجع عن رجوعه غير معتبر لما هو مقرر فقها من أن غير مقبول ويؤدي إلى إبطال الشهادة"⁴⁸³.

أما المشرع الجزائري لم يحدد عدد الشهود، غير أن المحكمة العليا في أحد قراراتها أخذت بمذهب الأحناف في تحديد نصاب الشهود وهو رجلين أو رجل وامرأتان⁴⁸⁴. و الجدير بالملاحظة أن نسب الولد لأبيه ثبت في رأي زفر و أبي يوسف، بالدخول في العقد الفاسد إذا جاءت به أمه في مدة الحمل، وأقلها ستة أشهر من وقت الدخول عند محمد بن الحسن ومن وقت العقد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وأكثرها سنة شمسية منوقت التفريق⁴⁸⁵.

أما الأستاذ رمضان علي السيد الشرنباصي خاض في موضوع النسب بقوله: "ثبت النسب بالفرش في الزواج الفاسد"⁴⁸⁶، إذ تعتبر مدة الحمل في الزواج الفاسد من وقت

481 محمد الكشور ، م.س، ص 133 .

482 احمد الخليلي ، التعليق على قانون الأحوال الشخصية ج 2 ، ط1، المعارف الجديدة، الرباط، 1994، ص61.

483 المجلس الأعلى، 2006 / 6 / 28 ، الملف عدد 2003 / 1 / 2 / 687 منشور بكتاب المنتقى، م.س، ص232 ، مقتبس

عن، محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص39 و ما بعدها.

484 المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، 1989/12/25، المجلة القضائية، 1991، عدد64، ص 110 .

485 محمد فخري جاتم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 2009، ص35.

486 علي رمضان السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص 168.

الدخول الحقيقي لا من وقت العقد كما في الزواج الصحيح إذ لا فراش في الزواج الفاسد إلا بالدخول الحقيقي فيراعي هذا في ثبوت النسب بالفراش في الزواج الفاسد مع مراعاة الأمور التي تراعى في ثبوت النسب بالفراش في الزواج الصحيح.

و يتفرع على ذلك ما يأتي:⁴⁸⁷

1. إذا ولدت المرأة المدخول بها في زواج فاسد بعد فسخه، فإن لم تزد المدّة بين المفارقة والولادة عن أكثر مدة الحمل وهي سنة شمسية عدد أيامها 365 يوماً ثبت النسب بالفراش وإن زادت لا تسمع دعوى النسب عند الإنكار⁴⁸⁸.

2. إذا ولدت المرأة المدخول بها في زواج فاسد قبل المتاركة، فإن كانت الولادة لمدة ستة أشهر فأكثر من حيث الدخول ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش لاعتبار الحمل حاصلًا بعد الدخول بناء على أنّ أقل مدّة الحمل ستة أشهر ولا ينتفي نسب الولد أصلاً⁴⁸⁹.

3. وإن كانت المدّة بين الدخول والولادة أقل من ستة أشهر لا يثبت نسب الولد من الزوج في الزواج الفاسد بالفراش ولو مضى أكثر من ستة أشهر من حيث العمر، وإذا أقرّ من دخل بالمرأة في الزواج الفاسد أنّ الولد ابنه ولم يصرح أنّه من الزنا ثبت نسبه منه بإقراره لا بالفراش⁴⁹⁰.

أما موقف الفقه فيما يخص نسب الأولاد في الزواج الفاسد بشأن من يزني بامرأة ثم يتزوجها⁴⁹¹، جاء على النحو التالي:

قلت: رأيت الرجل إذا زني بالمرأة أيصلح له أن يتزوجها؟ قال مالك: نعم يتزوجها ولا يتزوجها حتى يستبرئ رحمها في مائه الفاسد.

"وعن أبي ذؤيب عن شعبة مولى ابن عباس أنّه سمع رجلاً يسأل ابن عباس فقال كنت أتبع امرأة فأصببت منها ما حرم الله علي ثم رزق الله الثوبة منها، فأردت أن أتزوجها،

⁴⁸⁷ علي رمضان السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص 168.

⁴⁸⁸ علي رمضان السيد الشرنباصي، نفس المرجع، ص 169.

⁴⁸⁹ علي رمضان السيد الشرنباصي، نفس المرجع، ص 169.

⁴⁹⁰ علي رمضان السيد الشرنباصي، نفس المرجع، ص 169.

⁴⁹¹ ابراهيم بحماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة، مركزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، أبحاث في الخطبة والزواج والنسب مدعمة بالعمل القضائي، م1، ط2، مكتبة دار السلام، الرباط، المغرب، الأسرة، أبحاث في 2009، ص 39.

فقال الناس: إنّ الزاني لا ينكح إلا زانية، فقال ابن عباس ليس هذا موضع هذه الآية، انكحها فما كان فيها من إثم فعلي".

"قال ابن وهب وخبرني رجال من أهل العلم عن معاذ بن جبل وجابر بن عبد الله وابن المسيب ونافع وعبد الله بن مسعود وعمر بن عبد العزيز وحسن بن محمد بن علي بن أبي طالب أنّهم قالوا لا بأس أن يتزوجها، قال ابن عباس كان أوله سفاحا وآخره نكاحا من تاب تاب الله عليه وهو الذي يقبل التوبة عن عباده، ويعفو السيئات ويعلم ما تفعلون".
والملاحظ أنّ قول الإمام مالك تضمن وجوب استبرائها قبل الزواج بينما قول ابن عباس وباقي الصحابة لم يتضمن وجوب الاستبراء⁴⁹².

أما الحنفية فيقولون أنّ الأصل ألا يحكم لأحد المتنازعين في الولد إلا أن يكون هناك فراش لقوله صلّى الله عليه وسلم "الولد للفراش والعاشر للحجر"، فإن عدم الفراش أو اشتراك في الفراش كان الولد بينهما ولا يعمل بقول القائف بل يحكم بالولد الذي ادعاه الاثنان لهما جميعا⁴⁹³.

مما سبق ذكره، نستخلص أنّ المشرع المغربي كان أكثر تفصيلا من نظيره الجزائريّ على اعتبار أنّه عرف النسب وتطرّق لمسألة الاستلحاق أو نفي النسب لا يتمّ إلا بحكم قضائي وهذا ما أغفل عنه مشرّعنا في مواده المختصرة. وتطرّق المشرع المغربي إلى مسألة ثبوت النسب بالإقرار أو الاتّصال بشبهة، وإلى مدة الحمل أقلها وأقصاها حتى أنّه تطرّق إلى حمل المخطوبة وبيّن كيف يتم نسب الولد في هذه الحالة. أما المشرع الجزائري فقد أغفل هاته الحالة مع أنّها تتواجد بكثرة في وقتنا الحالي نظرا لوجود ما يسمى بالتّطور في المجتمع وهو لا يعد إلا تخلفا، وذلك مع الإبقاء على الحكم بالحمل حالة الخطبة حمل غير شرعي ويتسبب المولود هذه الحالة إلى أمه.

⁴⁹² ابراهيم بحماني، مرجع سابق، ص 39، 40.

⁴⁹³ رمضان علي السيد الشرنباصي، نفس المرجع، ص 170.

ثانيا : ثبوت النسب بالخبرة الطبية :

الخبرة الطبية وسيلة إثبات إضافية إلى الوسائل الشرعية سابقة الذكر، وهكذا يمكن القول أن الخبرة الطبية هي من الوسائل الجديدة لإثبات النسب⁴⁹⁴، حيث يستعين بها القاضي في مجال الإثبات لأنها تتميز عن بقية وسائل الإثبات بطابعها العلمي⁴⁹⁵. وفي إطار القانون الأسري الجزائري ومدونة الأسرة تطرق المشرعان إلى الخبرة القضائية كوسيلة من وسائل إثبات النسب، والمقصود بها الخبرة الطبية، بمعنى فحص الفصيلة المنتسب لها دم الزوجين والولد⁴⁹⁶.

أ- أنواع الخبرة الطبية :

في بادئ الأمر كانت الخبرة الطبية تقتصر على تحليل الفصائل الدموية، ولكن نظرا للتطور العلمي صدر ما يعرف بالبصمة الوراثية .

1/- فصيلة الدم

خلصت الأبحاث العلمية دم الإنسان له فصائل عدة⁴⁹⁷ مختلفة، وعن طريق هذا الفحص أمكن التوصل إلى ظهور فصيلة دم الطفل مخالفة لدم الزوجين، أو ظهور فصيلة دم الطفل كفصيلة أحد الزوجين، بالتالي فإن فصائل الدم تفيد في نفي قاطع ولكنها لا تفيد في الحصول على إثبات مؤكد⁴⁹⁸.

494 عبد السلام بوزيديا ، نفس المرجع، ص 185 - 186.

495 المنتدى مدونة الأسرة تقييم ومعالجة، مجلة دورية يصدرها منتدى البحث القانوني، مراكش العدد 5، 2005، ص 185.

496 محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق الكويتية السنة العشرون، مارس 1996 ، العدد الأول، ص 272 .

497 تتنوع فصائل الدم إلى أربعة أنواع وهي O-AB-B-A - :غير أن هذه الفصائل في الغالب ما تكون مضافة إليها مادة RH فإذا كانت هذه المادة موجودة في الدم يرمز إليها بعلامة + وتكتب هكذا RH+ A وإذا كان الدم خاليا منها يرمز إلى الفصيلة بعلامة وتكتب حينئذ هكذا -RHA - ، وباعتبار المادة المذكورة تكون مجموع فصائل الدم ثمانية .عبد السلام بوزيديا: إشكالية الخبرة الطبية في إثبات النسب أو نفيه مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق: الحصيلة والآفاق، أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة يومي 16 / 15 مارس 2007 بكلية الحقوق وجامعة الطبعة الأولى، مطبعة الجسور، وحدة 2008 ، سلسلة الندوات2 ، ص 191 .

498 محمد الكشور، م.س، ص 187 وما يليها.

ثانيا: البصمة الوراثية

البصمة الوراثية تكون عن طريق فحص الحمض النووي ADN لأحد المواد السائلة في الجسم أو أنسجته أو مواد أخرى (كالدم، والمني واللعاب، اللحم أو الجلد، كالشعر أو العظام)⁴⁹⁹.

البصمة الوراثية هي أدق وسيلة في تحديد هوية الإنسان كون أن نتائجها قطعية لا تقبل الشك⁵⁰⁰.

وفي هذا الإطار تنص المادة 02/40 من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب".

ب- شروط اللجوء الى الخبرة الطبية:

المشرع الجزائري لم ينص لا صراحة ولا ضمنا على شروط الخبرة الطبية في حين مدونة الأسرة في المادة 153 تنص على أنه: "يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية. يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين". وهكذا حسب مقتضيات هذه المادة، فإن اللجوء إلى الخبرة الطبية لنفي النسب لا يتم إلا بشرطين:

1/- إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه

المشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط في قانونه الأسري، أما المشرع المغربي من خلال المادة 153 من مدونة الأسرة، فالمقصود بالدلائل القوية وترك ذلك للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع. وقد فسرها الفقه بعدة حالات، منها إذا كانت الزوجة تتعاطى بكيفية اعتيادية للخيانة الزوجية، أو أن يتأكد أن الغير قد اتصل بها عن طريق الشبهة أو أن يدي بشهادة طبية تثبت عقمه أو أن يتضح أن أقل مدة الحمل أو أقصاها غير مضبوطة⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مجلة النشر العلمي، جامعة الكويت، 2001، ص 7.

⁵⁰⁰ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2004، ص 28 وما بعدها.

⁵⁰¹ سعد أصبان، النسب بين قواعد الشريعة ونتائج الخبرة، عرض قدم لطلبة المعهد العالي للقضاء، الفوج 34، ص 5.

وهكذا فقد ذهبت محكمة الاستئناف بمكناس إلى رفض طلب إجراء خبرة طبية لنفي النسب بعلّة عدم إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه، حيث جاء في إحدى قراراتها "وحيث إن الفراش بتوافر شروطه يعتبر حجة قاطعة على ثبوت النسب ولا يطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة بشرط إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه، وحيث إن المستأنف عليه لم يدل بأي دليل يدعم ادعائه حتى يستجاب لطلبه"⁵⁰².

أما الأستاذ إبراهيم بحماني يرى أنه "يتعين اللجوء إلى الفحوص الطبية لمعرفة من ينسب إليه الولد عند الاقتضاء، ولكن ذلك لا يكون إلا في الحالة التي يقع فيها نزاع حول نسبه ولا يوجد حل قانوني لذلك النزاع، أما إذا وجد الحل القانوني بفراش صحيح، فإنه لا يبقى مبرر للجوء للفحص الطبي لأن الولد للفراش ولأن البنوة الشرعية مقدمة على البنوة الطبيعية". كما يضيف قائلاً أنه في حالة عدم ثبوت البنوة الشرعية بالنسبة للأب معالجة الموضوع بإجراء تحليل طبي على المولود، فإذا ثبت أنه من ماء المتهم في حالة الاغتصاب يمكن إلزامه بالإنفاق عليه إلى أن يبلغ قادراً على الكسب استناداً لقواعد المسؤولية التقصيرية (الفصل 77 من ق.ل.ع.م)⁵⁰³.

2/- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة

الخبرة الطبية تكون بحكم قضائي تمهيدي صادر عن قاضي شؤون الأسرة وذلك عند اقتناعه بالدلائل القوية المدلى بها من طرف الزوج، بحيث يخضع لها كل من الزوج والزوجة والولد المراد نفي نسبه. وتطبيقاً لذلك، قضى قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بميسوري بمايلي "وحيث أن المدعي ينفي نسب الابن على اعتبار أن المدعي عليها حملت به وهي خارج بيت الزوجية وأنجبته لأكثر من سنة من تاريخ مغادرتها لهذا البيت في وقت لم يتصل بها خلالها. وحيث إن المادة 153 من مدونة الأسرة تنص على أن... وحيث إن المحكمة حكمت تمهيدياً بإجراء خبرة طبية جينية لإثبات ما إذا كان الطفل... ينتسل من صلب المدعي... أم لا. وحيث إن تقرير الخبرة الطبية المنجز من طرف مختبر الشرطة العلمية بالدار

⁵⁰² محكمة الاستئناف بمكناس، 2006 / 04 / 25 ، عدد 1286 ، الملف الشرعي 8 / 05 / 3398 غير منشور، مقتبس

عن، محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص 39 و ما بعدها.

⁵⁰³ إبراهيم بحماني، نسب الأبناء في الزواج الفاسد، المرجع السابق، ص 39-58.

البيضاء، خلص فيه من خلال نتائجها وبعد سلسلة من الفحوصات إلى عدم ثبوت بنوة الطفل للمسمى⁵⁰⁴.

ج-الإشكالات المثارة في الخبرة الطبية:

بخصوص الإشكالات العملية المثارة بشأن الخبرة الطبية في نفي النسب، يبرز من خلال النقاط التالية:

1/- تعارض نتائج الخبرة مع قاعدة الفراش

إذا كان النسب ثابتا بالفراش والخبرة الطبية عكس ذلك فمن يرجح على الآخر؟ لم يتطرق المشرعان الجزائري والمغربي لهاته المسألة إلا أن المجلس الأعلى قد حسم في هذه النقطة، حيث جاء في إحدى حيثيات القرار⁵⁰⁵ " لكن حيث إن المحكمة المطعون في قرارها قد بنت قضاءها على أنه إذا ولدت الزوجة بعد فراق يثبت نسب الولد إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ الفراق مع مراعاة ما ورد في الفصل 76 من مدونة الأحوال الشخصية... مؤيدة الحكم الابتدائي فيما قضى به معللا بأن الحكم الأجنبي المحتج به والذي حكم بأن المدعي عليه ليس أبا للطفلة اعتمادا على دراسة الدم وتحليله إلا أن ذلك مخالف لمقتضيات الفصل 76 المذكور⁵⁰⁵.

2/- تعارض نتائج الخبرة الطبية والإقرار بالنسب

إذا أقر شخص بولد مجهول النسب مع توفر باقي الشروط الأخرى ثم عاد وطلب نفي النسب اعتمادا على البصمة الوراثية فهنا يثار إشكال . من الناحية الفقهية لا يقبل الرجوع في الإقرار لكون الشرع يرى بلحوق النسب ، إذ يلزم المقر بما أقر به من لحوق النسب إليه، ولا يقبل منه تراجع في ذلك بدعوى أنه عقيم ولا يقبل منه طلب إجراء خبرة طبية لإثبات ذلك.

وهكذا جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى المغربي " إن الثابت من القرار المطعون فيه أن الطالب سبق أن أقر بينوة الابن المذكور سواء بموجب رسم الطلاق... أو في

⁵⁰⁴ المحكمة الابتدائية بميسور، قسم قضاء الأسرة، 12/03/2007، عدد75، الملف الشرعي عدد71/2006 غير منشور، مقتبس

عن ، محمد العربي لعبيدي، المرجع السابق، ص 39 وما بعدها.

⁵⁰⁵ المجلس الأعلى ، 30/12/2004 ، عدد658، الملف الشرعي عدد556/2/1/2003 نشره محمد الكشور، البنوة والنسب،

م.س، ص 243، مقتبس عن، العربي لعبيدي، مرجع سابق ، ص 30.

معرض جوابه عن الدعوى السابقة والتي كانت المطلوبة قد رفعتها لمطالبته بواجبات نفقة وحضانة الابن المذكور حيث اكتفى بالجواب بعدم الإنفاق على الابن المذكور دون تحفظ... ومعلوم فقها وقانونا أن المستند في نسبه لوالده إلى فراش الزوجية وإقرار الوالد لا ينتفي نسبه عن هذا الولد بادعاء العقم المكتشف حديثا بزعمه وإنما لا بد من سلوك مسطرة اللعان بشروطها الشرعية... والمحكمة لما ردت على الدفع بنفي النسب بعللة الإقرار المشار إليه والذي يعتبر وحده ملزما للطالب وحاسما للنزاع، فإنها تكون قد استبعدت ضمينا طلب إجراء خبرة لعدم جدواها في مثل هذه النازلة... وعللت قرارها تعليلا قانونيا

506.

أثار موضوع اللجوء إلى الخبرة الطبية من أجل إثبات النسب عدة ردود فعل حول اللجوء إلى الخبرة الطبية، حيث يرى في هذا الصدد الأستاذ إبراهيم بحماني "أنه يتعين اللجوء إلى الفحوص الطبية لمعرفة من ينسب إليه الولد عند الاقتضاء ولكن ذلك لا يكون في الحالة التي يقع فيها نزاع حول نسبة ولا يوجد حل لذلك النزاع، أما إذا وجد الحل القانوني كما إذا نتج عن زواج مضى عليه أقل مدة الحمل وتم الاتصال بين الزوجين جنسيا فإنه لا يبقى هناك مبرر للفحص لأن الولد للفراش ولأن البنوة الشرعية مقدمة على البنوة الطبيعية"⁵⁰⁷.

المطلب الثاني

الحضانة كأثر للزواج الفاسد أو الباطل

من أهم الآثار القانونية لانحلال الرابطة الزوجية، وضع الطفل عند من هو أقدر للاهتمام به، فالشريعة الإسلامية نظمت أحكام الحضانة وعلى خطاها سارت القوانين الوضعية.

وعليه، سنحاول في هذا المطلب تبيان أحكام الحضانة و أهم ما جاء فيها والدعاوى المتعلقة بها وحالاتها والإجراءات المتبعة فيها.

⁵⁰⁶ قرار المجلس الأعلى، 26/10/ 2005 ، عدد492 ، في الملف الشرعي عدد 293/ 2/ 1/ 2005 أورده محمد الكشيبور،

مرجع سابق، ص 237 وما بعدها.

⁵⁰⁷ إبراهيم بحماني، مرجع سابق، ص 39 و58 .

الفرع الأول

ماهية الحضانة

لقد كفل الإسلام للطفل الحق في الحضانة لضمان حسن تربيته ورعايته ، حتى يصل لعمر يستطيع فيه القيام بأموره والتميز بين ما يضره وما ينفعه، الأمر الذي يقتضي معه وضعه بين أيدي مؤهله لمثل هذه الواجبات، فقبل ذلك لا بد له من ان يكون عند من يحسن إليه و أموره.

وبناء عليه، سوف نتناول في هذا الفرع أهم التعريفات الفقهية والقانونية (أولاً) مع تحديد شروط ممارستها وأصحاب الحق فيها (ثانياً) والآثار المترتبة عن إسنادها (ثالثاً).

أولاً : تعريف الحضانة وسلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون:

الحضانة، هي إبقاء الطفل عند من يهتم بأموره كافة قبل بلوغه السن القانوني، فالحضانة تكون بحكم قضائي.

أ-تعريف الحضانة:

الحضانة بالكسر، هي حَضَنَ الصَّبِيَّ حَضْنًا ،جَعَلَهُ فِي حِضْنِهِ، أو رَبَّاهُ⁵⁰⁸. أما من الناحية الفقهية، الشافعية يرون أن "الحضانة تعني القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه". في حين الحنابلة يعرفونها على أنها "حفظ الصغير والمجنون والمعتوه بما يضرهم، وتربيتهم بعمل مصالحهم كغسل رأس الطفل ويديه وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوه". بينما المالكية، فيعرفونها على أنها "حفظ الولد في مبيته ومؤونه وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه". ويعرف الأحناف الحضانة بأنها " تربية الولد لمن له حق الحضانة "⁵⁰⁹.

أما الإمام محمد أبو زهرة، يرى أنه يثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات: التربية، والنفس، والمال⁵¹⁰.

من التعريفات السابقة، نستخلص أن للحضانة ثلاثة عناصر:

⁵⁰⁸ مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، القاموس المحيط، باب النون فصل الحاء، ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان ، 1426 هـ - 2005 م، ص 190-191.

⁵⁰⁹ عبد الله أحمد الهلالي، حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 599.

⁵¹⁰ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص 404.

1. تربية الصغير ورعاية شؤونه.

2. عامل السن الذي يظطر لوجود من يقوم برعاية شؤونه.

3. الصفة في الحضانة.

أما قانوننا، نجد المادة 62 من قانون الأسرة تنص على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحته وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك". وعرفت المدونة المغربية في المادة 163 منها: "بأنها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع و القيام بتربيته ومصالحه". وعليه، ركز المشرع الجزائري في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها وبالتالي نص على أحكام لم يشملها غيره من القوانين العربية ذلك أنه جمع كل ما يتعلق بحاجيات الطفل.

ومما تقدم، فإن أهداف الحضانة تظهر فيما يلي:

1- تعليم الولد وتربيته على دين أبيه، فيما يخص القيم الإسلامية ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا شرعا وقانونا طبقا للمادة 31 من قانون الأسرة والمادة 163 من المدونة المغربية وما بعدها⁵¹¹، فإنه يجوز منح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة فهي كالأم المسلمة بشرط أن تراعي أحكام الشريعة الإسلامية في تربية الطفل.

2- السهر على حماية المحضون.

حيث تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل، لأجل ذلك قامت بوضع قاعدة مراعاة مصلحة الطفل المحضون، التي على ضوءها ينظر القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية .

وبالرجوع الى المشرع الجزائري نجد أنه إستنبط أحكام الحضانة وغيرها الواردة في قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية لذلك نجد المادة 222 من ذات القانون تحيلنا عليها في حالة عدم وجود نص قانوني لمسألة ما وهذا دون التقييد بمذهب معين، من أجل ترجيح من يصدقه الدليل وتستقر معه المصلحة.

⁵¹¹ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 219 و ما بعدها.

وما يلاحظ من نصوص قانون الأسرة، أن المشرع يأخذ بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون دون أن يضع تعريفا لها، ولقد نص عليها قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 في المواد المعالجة للحضانة ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني. فربط كل حكم من أحكام الحضانة أو كل قاعدة "بشروط مراعاة مصلحة المحضون" وأخضعها للسلطة التقديرية للقاضي وهذه السلطة لها ما يكونها.

ب- سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون:

يتضح، مما تقدم، أن المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى، غير أن مراعاتها أعطيت للقاضي الذي له كامل الصلاحيات في تقديرها، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد يؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة⁵¹².

1. قانون الإجراءات المدنية و الإدارية:

وحتى يستطيع القاضي تقدير مصلحة المحضون حول له المشرع سلطات واسعة مع صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتمثل في:

أ- التحقيق:

للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع وتحديد من هو الأصلاح لمراعاة مصلحة المحضون، بالاعتماد على نص المادة 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بإجراء تحقيق من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم. وأضافت المادة 425 من القانون ذاته سلطة أخرى للقاضي في إطار التحقيق وذلك بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى مختصة في الموضوع قصد الاستشارة بالإضافة إلى جملة من السلطات الأخرى.

ب- الانتقال للمعينة :

هي سلطة ممنوحة للقاضي بمقتضى المادة 146 من ق.إ.م.إ، بحيث يجوز له القيام بإجراء معاینات للمكان الذي تمارس فيه الحضانة من خلال معرفة الظروف المحيطة بالوسط الذي يعيش فيه المحضون كضيق المسكن ومدى قربه من المدرسة وبعده⁵¹³.

⁵¹² عائدة البرمالي غربال، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية (تونس مثالا)، رسالة ماجستير، حقوق

الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، 2006، ص 34.

⁵¹³ صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 113.

ج- الاستماع إلى أفراد العائلة :

للقاضي أن يطلب حضور بعض الاطراف من الأقارب لجمع أكبر قدر من المعلومات لتحديد الأمثل لمصلحة المحضون⁵¹⁴، وهذا عملا بأحكام المادة 153 فقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويمكن سماع الأطفال المحضون على سبيل الاستئناس فقط لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم، فقد تكون شهادتهم مرتبطة بالخوف أو تحت تأثير الضغط. وقد صدر قرار المجلس الأعلى آنذاك بتاريخ 1982/10/21 أين نقض القرار الصادر من مجلس قضاء قسنطينة والذي اعتمد على رفض المحضون الالتحاق بأمهما وعلى رغبتهما في البقاء عند جدتهما لأبيهما، فاعتبر المجلس الأعلى هذا الموقف مخالف لقواعد الشريعة والقانون الوضعي⁵¹⁵.

2. الإشكالات التي تعترض سلطة التقديرية للقاضي :

على الرغم من السلطة التي يتمتع بها قاضي شؤون الأسرة في إصدار أحكام الحضانة غير أنه يصعب في بعض الأحيان النطق بالحكم الصائب :

أ. في حالة عدم المطالبة بالحضانة :

في حالة عدم إثارة مسألة الحضانة بعد الحكم بفساد الزواج، هذه النقطة لم يتطرق إليه لا قانون الأسرة ولا المدونة المغربية فالقاضي له حلين: إما التصدي لمسألة الحضانة تلقائيا، أو إصدار حكم دون التعرض لمسألة الحضانة، عملا بمبدأ عدم جواز الحكم بما لم يطلبه الخصوم.

وبهذا الصدد تجدر الإشارة أن الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة قد دعم أكثر سلطة القاضي في حماية مصلحة المحضون، بجعله النيابة العامة طرف أصلي في قضايا الأسرة مما يمكنها أن تقدم طلبات حول مسألة إسناد الحضانة لكي يقرر القاضي مصير الأبناء بعد فك الرابطة الزوجية (بالزواج الفاسد أو البطلان للزواج).

⁵¹⁴ صالح بوغراة، المرجع السابق، ص113.

⁵¹⁵ المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1982/10/21، ملف رقم 32594، المجلة القضائية 1989، العدد 01، ص77.

ب- حالة تعدد الأبناء المحضونين:

في حالة تعدد الأبناء المحضونين، هنا يجد القاضي نفسه أمام نقطتين المحافظة على الروابط العائلية من جهة، ومراعاة مصلحة كل المحضون من جهة أخرى.

لقد فصلت المحكمة العليا في أحد قراراتها مبدأ عدم تجزئة الحضانة حيث قضت فيه بإسناد حضانة البنين والابن الصغير معهم للأب لعدم تجزئة الحضانة ذلك أن مصلحتهم العيش مع بعضهم وتحت رعاية الأب⁵¹⁶.

غير أن تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 حل بعض هذه النقائص، بأن نص صراحة أن عمل المرأة هو حق لها ولا يمكن أن يكون سببا لسقوط الحضانة حسب ما أشارت له المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/07/03⁵¹⁷، كما عدّل في ترتيب مستحقي الحضانة بأن جعل ترتيب الأب ثانيا بعد الأم، حسب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2009/05/13⁵¹⁸، وأقر الزامه بتوفير مسكن لممارسة الحضانة أو دفع بدل إيجار.

كما حل التعديل الإشكالية التي أسالت الكثير من الخبر في الأوساط القانونية والمتعلقة بمسؤولية متولي الرقابة، إذ جاءت المادة 87 من قانون الأسرة صريحة، بأن تمنح الولاية لمن أسندت إليه الحضانة.

كان لزاما على المشرع الجزائري، وتكريسا لسمو مبدأ مصلحة المحضون، فرض جزاءات على المهمل دون مبرر، ووجوب إنشاء جداول خاصة للزيارة في الحكم، كما هو الحال في بعض القوانين المقارنة، ليصير سندا تنفيذيا، مما يجد من القضايا الخاصة بالزيارة ومن جهة أخرى تعتبر كوسيلة لتحسيد الهدف الفعلي من ممارسة حق الزيارة.

كما تبين أن المشرع في ترتيبه لأصحاب الحضانة في نص المادة 64 من قانون الأسرة لم يفصل من أولى بالحضانة في حالة تساوي درجاتهم، فترك للقاضي واجب تحديدهم بالاستعانة بالمادة 222 من قانون الأسرة.

⁵¹⁶ المحكمة العليا، 2001/12/26، ملف رقم 274683، مجلة المحكمة العليا، 2004، العدد2، ص347.

⁵¹⁷ المحكمة العليا، غ.ش.أ، قرار بتاريخ 2002/07/03، ملف 274207، المجلة القضائية، العدد1، 2004، ص 270.

⁵¹⁸ المحكمة العليا، غ.ش.أ، 2009/05/13، ملف رقم 497457، منشور بالمجلة القضائية، 2009، عدد1، ص 297.

غير أن المتتبع للواقع القضائي، يرى أن القضاة مطالبون بالفصل المستعجل في القضايا المعروضة أمامهم، بغض النظر عن كمّ قضايا الجدول، الأمر الذي يؤثر على تحري مصلحة المحضون، وكذا وجود فراغ تشريعي فيما يخص مراقبة البعدية لإسناد الحضانة. تبقى الإشكالية المطروحة في إعسار الحاضن على الإنفاق، نرى أنه في حالة ثبوت الإعسار يتم اللجوء الى صندوق خاص يتكفل بضمان الحد الأدنى لمتطلبات المحضون المادية حسب المادة 01 من القانون⁵¹⁹، وهي فكرة لمشروع قانون الأسرة لسنة 2005 إلا أنه لم يصادق عليها ولم يتم تجسيدها.

ثانيا: شروط الحاضنين وترتيبهم:

الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير بإذن الشرع وبأمر القاضي ذكرا كان أم أنثى، مع اختلاف في الأولوية وتباين في الترتيب.

لم يتطرق المشرع الجزائري صراحة وتفصيلا لشروط الحضانة وإنما ذكرها بإختصار في المادة 62 منه، وعليه إستنادا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة يجب أن تتوفر في الحاضن الشروط التالية:

أ- العقل: اتفق الفقهاء على اشتراط العقل في الحاضن، لقوله: "رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل"، فالجنون بشتى أنواعه مانع للحضانة⁵²⁰.

ب- البلوغ: إشتراط الفقهاء أن يكون الحاضن بالغا⁵²¹.

ج- القدرة على القيام بشؤون المحضون: يقصد بها الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، فلا حضانة للكفيف ولا للمريض مرض معدي أو يمنع معه القيام بشؤون الصغير ولا للمتقدم في السن. على هذا النهج سار القضاء الجزائري فاعتبر القدرة على

⁵¹⁹ القانون رقم 15-01 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ينص في مادته الأولى على أنه: "النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضون بعد الطلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة...". ج.ر، عدد 01، 2015، ص 07.

⁵²⁰ عبد اللاه أحمد هلاي، مرجع سابق، ص 623.

⁵²¹ عبد اللاه أحمد هلاي، مرجع سابق، ص 622.

التربية شرط أساسي في ممارسة الحضانة كما اعتبر أن فقدان الجدة للبصر يحول دون تحقيق الهدف من إسناد الحضانة لها وهي بذلك تكون عاجزة عن القيام بشؤون الأبناء⁵²².

د- أن لا يكون الحاضن مهملا لا يجد وقتا لمتابعته وإدارة شؤونه حتى وإن كان انشغاله بأمور مباحة شرعا، كأن يترك الصغير عند من يراعه في غيبته.

هـ - إتحاد الدين: لا خلاف بين الفقهاء أن المرتد لا حضانة له سواء كان رجلا أو امرأة.

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة، فقد أكدت المادة 62 على أن يرى الطفل على دين أبيه ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة.

2. ترتيب المستحقين للحضانة وفق التعديل الجديد:

إن حفظ الطفل وتبدير شؤونه أمر يتعلق بوالديه كونهما أقرب الناس إليه، فحسب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/03/17 إذ جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بدور الحضانة، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الحالة المطالبة بها، إضافة الى عدم استعانتهم بمرشدة إجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد و رعايتهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبب"⁵²³.

وتأكيدا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2009/05/13 بالإعتماد على مصلحة المحضون قبل الترتيب، حيث جاء فيه: "المبدأ هي مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة"⁵²⁴.

بالإضافة الى القرار الصادر في تاريخ 2011/03/10 الذي كان له نفس الموقف بخصوص مراعاة مصلحة المحضون و ليس العبرة بالترتيب⁵²⁵.

⁵²² المحكمة العليا، 1984/07/09، رقم 33921، المجلة القضائية، عدد 4، 1989، ص 76.

⁵²³ المحكمة العليا، غ.ش.أ، 1998/03/17، ملف رقم 179471، مجلة المحكمة العليا، 2001، عدد خاص، ص 172.

⁵²⁴ المحكمة العليا، غ.ش.أ، 2009/05/13، ملف رقم 497457، المجلة القضائية، 2009، عدد 1، ص 297.

⁵²⁵ المحكمة العليا، غ.ش.أ، 2011/03/10، ملف رقم 613469، المجلة القضائية، 2012، عدد 1، ص 285.

وعلى ذلك جاء التعديل الجديد من خلال نص المادة 64 من الأمر 05-02 بقولها أن "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العممة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون"، وبناء عليه، سوف نقوم بتبيان أصحاب الحق في الحضانة وفق الترتيب الوارد في التعديل الجديد كما يلي:

كأصل عام يثبت حق الحضانة أولاً للنساء ثم الرجال وأول النساء في حق الحضانة الأم لأنها أقدر النساء على رعاية وليدها وأكثرها حناناً وشفقة عليه ويشهد ذلك قوله تعالى: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ" ⁵²⁶.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2013/02/14 أنه "تراعى مصلحة المحضون في إسناد الحضانة ولا يعتد برغبة الطفل"، فجاء في حيثيات القرار أنه طبقاً لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة فإن الأم أولى بحضانة ابنتها و بما أن البنت لا تزال صغيرة فهي في أمس الحاجة إلى خدمة النساء التي يعجز الطاعن (الأب) عن تقديمها لها في مثل هذه السن من ثم فالمصلحة تقضي إسناد حضانتها للأم ⁵²⁷.
وحسنا فعل المشرعين الجزائري وكذا المغربي في مادته 171 من المدونة في تقديمه للأب على سائر النسوة بعد الأم، وذلك لكونه أولى بتربية أولاده والأجدد برعاية مصالحهم.

وما نستخلصه أن المشرع الجزائري والمغربي وضع مبدأ التداول في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة تارة من جهة الأم وأخرى من جهة الأب مع منح الأولوية لجهة الأم ⁵²⁸.

⁵²⁶ سورة البقرة، آية 233.

⁵²⁷ المحكمة العليا، غ.ش.أ، 2013/02/14، ملف رقم 728882، المجلة القضائية، 2014، عدد 1، ص 304.

⁵²⁸ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 229 و ما بعدها.

الفرع الثاني

آثار إسناد الحضانة

إن الحكم ببطلان الزواج أو فساده من شأنه أن يرتب إسناد حضانة الأولاد لأحد الزوجين أو غيرهما ممن هو أحق بهما، وينتج عن ذلك آثار وحقوق تتطلبها ممارسة الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون وتمثل في حق الزيارة (أولا) و الولاية (ثانيا)

أولا : حق الزيارة :

يتصل بالحضانة حق الزيارة⁵²⁹، فإذا كان الطفل في حضانة الأم وأراد أبوه أن يراه فإنها ملزمة على أن لا تمنعه من ذلك ويطبق على الأب نفس الحكم إذا كان حاضنا⁵³⁰.
لقد نصت المادة 64 من قانون الأسرة: "... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، ومفادها أن القاضي ملزم في حالة إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه.

ونظرا للأهمية البالغة لإسناد الحضانة وبالتبعية لحق الزيارة فلقد تم ترتيب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق حسب المادة 328 من قانون العقوبات، حيث أكدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أن زيارة الأب حق لابنه بمجرد إسناد الحضانة لغيره وهو حق له أيضا، وهو ليس مقيد أو مرتبط بسن معينة ولا بمدة معينة وعلى ذلك تم نقض القرار الذي حدد بدأ سريان حق الزيارة ببلوغ المحضون سن 4 سنوات⁵³¹.

وفي قرار آخر لها أن قانون الأسرة لم يفرق بين من يستحقون الحضانة وبين من لهم حق الزيارة، بل أوجب على القاضي عند الحكم بالحضانة أن يحكم بحق الزيارة دون تفريق بين الخالة أو الأم أو غيرها إذا تمسكوا بها⁵³².

وفيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة، فإنه من المستقر عليه أن الزيارة حق لا يقيد إلا بما قيده القانون، وهو ما أكدته المحكمة العليا وذلك بنقضها للقرار القاضي بزيارة الأم لابنتها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج⁵³³. وفي قرار آخر لها أنه "من

⁵²⁹ المادة 180 من المدونة: "الغير الحاضن من الأبوين، حق الزيارة و استنارة المحضون".

⁵³⁰ الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق ص 411.

⁵³¹ المحكمة العليا، 2006/01/04، رقم 350942، المجلة القضائية، 2006، عدد 1، ص 455.

⁵³² المحكمة العليا، 2001/01/23، رقم 258479، المجلة القضائية، 2001، عدد 2، ص 302.

⁵³³ المحكمة العليا، 1990/04/30، رقم 79891، المجلة القضائية، 1990، العدد 1، ص 55.

المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة كونها أصبحت أجنبية عنه⁵³⁴.

ومن كل ما سبق، فإن المادة 57 مكرر من قانون الأسرة تنص على انه يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن". وعلى إثر التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن القاضي المختص في هذه المادة هو قاضي شؤون الأسرة طبقا للمادة 40 والمادة 323 منه، إذ يفصل بموجب أمر مشمول بالتنفيذ المعجل وينفذ رغم المعارضة والاستئناف. أما الحكم الماس بجوهر إشكالية مسؤولية الحاضن عن أفعال محضونه جاء في المادة 03/87 من القانون الأسري الجزائري التي تنص على أنه "وفي حالة الطلاق تمنح الولاية من قبل القاضي إلى الطرف الذي أسندت له الحضانة". و قياسا على هاته المادة، فإنه بمجرد الحكم بفساد العقد او بطلانه يقضي القاضي بإسناد الحضانة للأم لكي تكون مسؤولة عن أفعال ابنها المحضون أو العكس حسب طبيعة القضية المطروحة أمام القاضي.

الفرع الثالث

دعوى إسقاط الحضانة

إن سقوط الحضانة ليس بالأمر التلقائي وإنما يكون بحكم قضائي خلافا لدعوى الإسناد التي تكون تبعية لدعوى فك الرابطة الزوجية، فدعوى الإسقاط أصلية، فحالات الإسقاط هي: زواج الحاضنة بغير قريب محرم (أولا)، و بالتنازل عنها (ثانيا)، إختلال الشروط المنصوص عليها (ثالثا)، عدم طلب الحضانة (رابعا).

أولا: زواج الحاضنة بغير قريب محرم:

نصت على هذه الحالة المادة 66 من قانون الأسرة أن زواج الأم الحاضنة بأجنبي على المحضون سقط حقا في الحضانة، حيث جاء في قرار المحكمة العليا "المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون

⁵³⁴ المحكمة العليا، 1998/12/15، رقم 214290، المجلة القضائية، 1998، عدد خاص.

خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها، لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة⁵³⁵.

وفي قرار آخر لها قضت بأنه " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها وهو يعد تصرفا إراديا اختياريا فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب السقوط الاختياري يعد مخالفة للقانون⁵³⁶.

إلا أنه وقع تطور في موقف وإتجاه المحكمة العليا واعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة، حيث جاء في إحدى قراراتها والذي قضت فيه بنقض القرار دون إحالة "... حيث أن المادة 71 من قانون الأسرة تقضي بعودة الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري لأن سقوط الحضانة المدعى بها من طرف المطعون ضده لم يكن اختيارا بل كان بسبب زواج الطاعنة رغم علمه بطلاقها، وبزوال السبب يعود الحق في المطالبة بالحضانة والقضاء بغير ذلك يعد مخالفة للقانون وقصورا في التسبيب⁵³⁷.

ثانيا: التنازل عن الحضانة :

كل تنازل يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به وهو ما أكدته المحكمة العليا حيث قررت أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر له القدرة على حضانتهم و إلا عد تنازلها غير مقبول⁵³⁸.

ثالثا: اختلال شروط المادة 62 من قانون الأسرة:

تسقط الحضانة حسب المادة 62 من قانون الأسرة سواء تعلق الأمر بأهلية الحاضن أو بأحد التزامات الحضانة كالتربية، الرعاية الصحية والخلقية ... الخ، وهو ما أكدته المحكمة العليا حيث قضت " أنه من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون

⁵³⁵ المجلس الأعلى، غ.أ.ش.م، 1986/05/05، ملف رقم 40438، المجلة القضائية، 1989، عدد 2، ص 75.

⁵³⁶ المحكمة العليا، 1994/04/19، ملف رقم 102886، نشرة القضاء، عدد 51، ص 92.

⁵³⁷ المحكمة العليا، 2000/11/21، ملف رقم 252308، المجلة القضائية، ص 284.

⁵³⁸ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1987/02 / 07، ملف رقم 44858، المجلة القضائية، 1990، عدد 4، ص 50.

فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقا سليما "539.

وفي قرار آخر لها: "أن الحضانة حقا وواجبا في آن واحد ، وبالأخص واجب القيام بنفقة الأولاد المحضونين وصيانتهم وتعرض الأم التي تحمل أولادها بدون عذر إلى سقوط حقها في حضانتهم وبالتالي فلقد أجاد تطبيق القانون قاضي الموضوع الذي بعد إطلاعه على الملف والبحث أن الأم أهملت أولادها منذ وفاة أبيهم وأن الأولاد لازموا جدتهم لأب التي قامت بنفقتهم وتعليمهم وأستنبط من ذلك فائدة إبقاء الأولاد عند تلك الجدة" 540.

"فنظرا لأهمية وقيمة العمل في القوانين وفي الدين فإن عمل المرأة المطلقة الحاضنة لا يمنع ولا يسقط حقها في الحضانة إلا إذا أدى إلى إهمال المحضونين وتضررهم أدبيا ومعنويا فتبقى دائما مصلحة المحضون هي المقياس، فكل عاملة حاضنة و المحضون بخير لا يضرها عملها، لكن كل عاملة محضونها متضرر تسقط عنها الحضانة وتنقل إلى من يليها من الدرجة مراعاة لمصلحة المحضون لأن حريتها الشخصية تنقيد بمصلحة المحضون المرتبطة بالنظام العام" 541.

رابعا: عدم طلب الحضانة لمدة تزيد عن سنة دون عذر:

لقد نصت عليها المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري بأن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة ويسقط الحق فيها بعدم مطالبتها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر ليخلص القول بأنها تنازل ضمني.

وقد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قراراتها: "من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة والقرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للشريعة الإسلامية" 542.

539 المحكمة العليا، غ أش، 1988/11/07، ملف رقم 50270، المجلة القضائية، 1991، عدد 3، ص 48.

540 المحكمة العليا، غ م، 1968/12/25، م أ، ج أ، 1968، ص 136.

541 عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الهلال، الجزائر، ص 138.

542 المحكمة العليا، 1984/07/09، ملف 32829، المجلة القضائية، عدد 01.

إلا أنه يجب الإشارة إلى أن المدة ليست من النظام العام ذلك أن الهدف هو تحقيق مصلحة المحضون حسب قرار المحكمة العليا بنصها: "أن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الأم طبقا للمادة 68 من قانون الأسرة وعدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنسهم وأعمارهم، فإنهم بقضائهم عرضوا قرارهم لقصور في التسبب مما يتعين نقضه"⁵⁴³.

خامسا: سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة:

لقد جاء في نص المادة 70 من قانون الأسرة بأنه: "تسقط الحضانة عن الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم". وتحليل نص هذه المادة يشترط لإسقاط الحضانة العناصر التالية: صفة الحاضن الذي يجب أن يكون أم الأم أو أخت الأم، إقامة مالك الصفة بالحضانة بصفة دائمة و مستمرة مع أم المحضون، لأنها لو جاءت زائرة أو لتقييم إقامة مؤقتة لقضاء عطلة الصيف مثلا لما أمكن الإدعاء بسقوط حضانتها، إضافة إلى كون أم المحضون متزوجة وأن يكون زوجها شخص أجنبي عن المحضون . فإذا توافرت هذه العناصر في نفس الوقت فإن حق الخالة أو الجدة يسقط، ويحق لمن تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية من غيرهما أن يطلب من المحكمة سقوط الحضانة . وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1988/06/20 "من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم لأم) أن تكون غير متزوجة، وألا تسكن من إبنها المتزوجة بأجنبي أو أن تكون قادرة على القيام بالمحضون، ومن ثم فإن النعي بالقرار المطعون فيه بالقصور في التسبب غير مؤسس. ولما كان الثابت في قضية الحال، أن شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة (أم لأم) وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة و سببوا قرارهم تسببا كافيا"⁵⁴⁴. وهو ما أشار إليه المشرع المغربي في المواد 174 إلى 176 من المدونة⁵⁴⁵.

⁵⁴³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18/05/1999، ملف رقم 222655، إق غ.أ.ش، عدد خاص، ص 185.

⁵⁴⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 20/06/1988، ملف رقم 50011، المجلة القضائية، العدد 02، ص 56.

⁵⁴⁵ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 230-231.

الفرع الرابع

انقضاء الحضانة وتمديدتها

لقد نصت المادة 65 من قانون الأسرة المعدل على أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بإنهاءها مصلحة المحضون".

لقد حدد المشرع الجزائري سن انقضاء مدة الحضانة للذكر ببلوغه العشر سنوات أما بالنسبة للأنثى فنصت المادة على أنه تنقضي حضانتها ببلوغها سن الزواج وبالرجوع إلى نص المادة 7 من قانون الأسرة فقد حدد المشرع سن زواج المرأة بـ 19 سنة.

وفي هذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/01/04 على أنه: "المبدأ تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها، وفي قضية الحال فإن الأب الطاعن رفع دعواه للمطالبة بإسقاط حضانة البنت بعد أن تجاوز عمرها سن الزواج 18 سنة فرفض قضاة الموضوع طلبه وأيدتهم المحكمة العليا على أساس أن ذلك تم بقوة القانون"⁵⁴⁶.

كما قضت في قرارها الصادر بتاريخ 1990/03/19 بأنه: "وجوب إبراز عمر المحضون في حكم اسناد الحضانة ، فالثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي لم يبين عمر الاولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون بذلك"⁵⁴⁷.

كما تجسد موقف المشرع في قرار المحكمة العليا القاضي بـ "تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها"⁵⁴⁸.

وجاء في الشطر الثاني من المادة 65 من قانون الأسرة: "... وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية"، بتحليلنا لهذا النص، نلاحظ أن المشرع نص على أنه يجوز تمديد مدة حضانة الذكر من سن 10 سنوات إلى سن السادسة عشرة، وذلك في حالة توافر شرطين :

⁵⁴⁶ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/01/04، ملف رقم 347914، المجلة القضائية، 2006، عدد 01، ص 449.

⁵⁴⁷ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/03/19، ملف رقم 59156، المجلة القضائية، 1991، عدد 02، ص 76.

⁵⁴⁸ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/01/04، رقم 347914، المجلة القضائية، 2006، عدد 01، ص 449.

الأول: طالب التمديد الأم نفسها.

والثاني: أن لا تكون الأم متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس بمحرم للمحضون. بمعنى أن صدور الحكم بالحضانة للأم للطفل البالغ سن 10 سنوات كان لزاما عليها رفع دعوى تمديد حضانة خلال السنة التي تليها وإلا سقط حقها. وإذا رأى القاضي مصلحة المحضون بقاءه معها يمدد لها الحضانة إلى أن يبلغ سن 16 سنة.

وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/12/10 بأن: "المبدأ يمكن للقاضي تمديد الحضانة بالنسبة للذكر الى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين في القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه (التي تزوجت بشخص غير محرم) فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة"⁵⁴⁹.

والمفهوم المخالفة من نص المادة 65 المذكورة أعلاه أنه لا يجوز لا للأم ولا لغيرها طلب تمديد أجل حضانة الأنتى مطلقا.

ولدعوى التمديد عدة تطبيقات قضائية حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا "أن بلوغ الولد المحضون سن العاشرة لا يؤدي بالضرورة إلى إسقاط الحضانة خاصة وأن الأم لم تتزوج ثانية وهذا مراعاة لمصلحة المحضون طبقا لأحكام المادة 65".

وفي قرار آخر لها: "متى تبين أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة لتمديد الحضانة غير متوفرة"⁵⁵⁰.

الفرع الخامس

الإشكالات القانونية المتولدة عن تطبيق أحكام الحضانة

برجعنا لقانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري، وضع أحكاما للحضانة تجسيديا لحماية للمحضون إلا أنه بالرغم من ذلك عند الممارسة القضائية اتضح أنه لا يزال فيه ثغرات قانونية أخرى تحول دون ذلك.

إن الإشكالات المتعلقة بالحضانة لا تثار عند إسناد أو إسقاط الحضانة بل حتى وقت ممارستها قد تثار إشكالات أخرى من أبرزها الإشكالات المتعلقة بالنفقة و الزيارة (أولا) و الإشكالية المتعلقة بالإنتقال بالمحضون (ثانيا).

⁵⁴⁹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/12/10، ملف رقم 66552، المجلة القضائية، العدد 2/1995، ص 89.

⁵⁵⁰ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/12/10، ملف رقم 66552، المجلة القضائية، 1995، عدد 2، ص 89.

أولاً: الإشكالات المتعلقة بالنفقة والزيارة:

تعتبر كل من النفقة والزيارة من آثار إسناد الحضانة وهي حقوق أقرها المشرع إلا أنه اتضح أن أحكامهم يشوبها عدة ثغرات من أهمها:

1- الإشكالات المتعلقة بحق النفقة:

بالرجوع للمادة 75 من قانون الأسرة تجب نفقة الأولاد على الأب ما لم يكن لهم مال، بالنسبة للذكور حين بلوغهم سن الرشد 19 سنة بإستثناء إن كان الولد عاجزا عن الكسب بسبب مرض عقلي أو بدني أو مزاولا للدراسة، وبالنسبة للإناث، حين الدخول بهن حتى لو كانت غير بالغة لسن الرشد القانوني كأن تتزوج في سن 16 سنة بعد الترخيص لها من طرف القاضي بالزواج (المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري).

وتطبيقا لذلك، جاء قرار المحكمة العليا المجلس الأعلى سابقا الصادر بتاريخ 1987/02/07: "من المقرر شرعا أن نفقة الاولاد تجب على الاب إذا ولدوا من فراش صحيح ناشيء من عقد صحيح شرعا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الاسلامية، لما كان قضاة الاستئناف، في قضية الحال، قضوا بتأييد الحكم المستأنف لديهم القاضي على الطاعن بأن يؤدي نفقة البنت دون أن يثبت الزوجية ودون إثبات النسب بنت للطاعن، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية" 551.

وفي حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إن كانت قادرة على ذلك طبقا للمادة 76 من قانون الأسرة. وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1994/06/14: "تلزم الأم بدفع نفقة الأولاد متى كانت قادرة على ذلك و عجز الأب عن دفعها، و لما تبين في قضية الحال أن الطاعن أثار موضوع نشوز الزوجة التي رفضت العودة من فرنسا الى أرض الوطن، وبقيت تتقاضى أجرتها هناك من عملها عكس حالته، بحيث فقد منصب عمله، وعلى هذا الأساس فإن قضاة الموضوع بإغفالهم مناقشة هذين الدفيعين سواءا إيجابا أو سلبا يكونوا قد عرضوا قرارهم للنقض في كل ما قضى به" 552.

551 المحمة العليا، غ.أ.ش، 1987/02/07، ملف رقم 47915، المجلة القضائية، 1990، عدد 03، ص 65.

552 المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1994/06/14، ملف رقم 110607، المجلة القضائية، 1995، عدد 02، ص 95.

وفي حالة ثبوت عجز الأب وإعساره والأم تكون غير عاملة، واجب النفقة ينتقل إلى الأصول وإلى أقارب الأولاد الآخرين حسب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/02/21: "نفقة الاصل (الجد) على الفرع(الحفيد) تكون حسب القدرة والاحتياج، وفي قضية الحال نقضت المحكمة العليا القرار المطعون فيه لأنه حكم على الجد بالانفاق على حفيده دون تحقيق مسبق حول قدرة و إحتياج الطرفين"⁵⁵³. لكن في حالة عدم قدرتهم، يرجعنا لقانون الأسرة وجدنا أن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذه المسألة، أما المشرع المغربي نص أن النفقة تنتقل للغير إلا إذا كان عنده القدر الكافي للإنفاق على نفسه.

2- الإشكال المتعلق بحق الزيارة :

المشرع المغربي في موضوع الزيارة كان أكثر تفصيلا في مواد المدونة من 180 إلى 186، خلافا لنظيره الجزائري الذي نص في آخر المادة 64 من قانون الأسرة عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، لكنه لم يبين لنا ضوابط ممارسة هذا الحق فلم يحدد لنا مكان ممارسة حق الزيارة هل هو المنزل الذي يقيم فيه المحضون مع حاضنه أو حاضنته أو هو مكان آخر؟ كما أنه لم يحدد الزمن الذي تستغرقه الزيارة؟.

من الناحية العملية ممارسة حق الزيارة تولد عنه عدة إشكالات قانونية:

الإشكال الأول : المتعلق بمواعيد الزيارة بالنسبة للأولاد المتمدرسين، عادة يمنح القاضي لهم حق الزيارة يوم الجمعة أو السبت لكن عند التنفيذ قد يقع إشكال، كأن يرفض تسليمه له، عندما يلجأ صاحب الحق في الزيارة للمحضر القضائي للتنفيذ جبرا، يرفض هذا الأخير الخروج معه ذلك لأنه لا يستطيع التنفيذ خارج أوقات عمله، بالرغم من أن المادة 629 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في هذه الحالة صريحة يكفي فقط الحصول على إذن من رئيس المحكمة للتنفيذ .

أما المشرع المغربي نص في المادة 181 من المدونة: "يمكن للأبوين تنظيم الزيارة باتفاق بينهما، يبلغانه الى المحكمة، الذي يسجل مضمونه في مقرر إسناد الحضانة"، في حين أن المادة 182 منها تقرر أنه في حالة عدم التوصل الى إتفاق تختص المحكمة في تحديد فترات

⁵⁵³ المحكمة العليا ، غ.أ.ش، 2001/02/21، ملف رقم 259422، المجلة القضائية، 2004، عدد 02، ص337.

الزيارة وتضبط الوقت والمكان بما يمنع قدر الامكان في التنفيذ، مع مراعاة ظروف الأطراف والملابسات الخاصة بكل قضية ويكون قرارها قابلا للإبطال⁵⁵⁴.

الإشكال الثاني: يتمثل في أنه قد يحكم القاضي بحق الزيارة" في أيام العطل الأسبوعية وكذا الأعياد الدينية والوطنية مناصفة بينهما"، وعلى ذلك مصطلح المناصفة بينهما قد يثير إشكال في من يأخذه أولا، والأكثر من ذلك قد ينتج عنه رفع دعاوى جزائية على أساس جنحة عدم تسليم طفل طبقا للمادة 328 من قانون العقوبات.

ثانيا: إشكالية الانتقال بالمحضون:

عالجت المحكمة العليا المجلس الأعلى سابقا هذه المسألة، وذلك بمقتضى قرارها الصادر بتاريخ 1986/09/22 حيث جاء فيه: "أنه من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضون لا تكون أكثر من ستة برود، ومن ثم القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان ثابتا أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضون تزيد عن ألف كيلو متر فإن المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون"⁵⁵⁵. وعلى ذلك، "نلاحظ أن المحكمة العليا قد أخذت بالمذهب المالكي حيث جاء في أحد أقوالهم البرد يساوي 12 ميلا، والميل عبارة عن 1852 متر، فتكون الستة برود $1852 \times 12 \times 6 = 133$ كلم و 400 م"⁵⁵⁶.

أما المشرع المغربي في مدونته نص في المادة 179 منها على مسألة الانتقال بالمحضون بقوله: "يمكن للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة أو النائب الشرعي للمحضون، أن تضمن في قرار إسناد الحضانة، أو في قرار لاحق، منع السفر بالمحضون الى خارج المغرب، دون موافقة نائبه الشرعي"⁵⁵⁷. وفي حالة الرفض للموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب يمكن اللجوء الى قاضي المستعجلات لإستصدار إذن بذلك بحيث لا

⁵⁵⁴ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 235-236.

⁵⁵⁵ المحكمة العليا، رقم 43594، المجلة القضائية، 1992، عدد 04، ص 41.

⁵⁵⁶ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 140.

⁵⁵⁷ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 232-233.

يستجاب لطلب تسفير المحضون الا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر و من عودة المحضون⁵⁵⁸.

إضافة الى الآثار الشخصية، هناك الآثار المالية المترتبة عن الزواج الفاسد أو الباطل وهو ماسيتم معالجته في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

الآثار المالية

إضافة الى الآثار سالفة الذكر للزواج الفاسد والباطل، هناك آثار أخرى مالية كالصداق، النفقة و الميراث.

إذن فيما يتمثل الصداق في الزواج الفاسد والباطل؟ ماهي أحكام النفقة و الميراث في حالتهما؟.

للإجابة على هذا الإشكالية يتم التطرق على التوالي الى الصداق في حالة الزواج الفاسد والباطل(المطلب الاول)، والنفقة وحق الميراث في الزيجات الفاسدة أو الباطلة (المطلب الثاني).

المطلب الاول

الصداق في حالة الزواج الفاسد أو الباطل

شرّح الإسلام الصداق تكريماً للمرأة وبياناً لنية الرجل على شراء مودتها وحسن التقرب منها لبناء أسرة⁵⁵⁹.

لذلك يعتبر الصداق من الآثار المالية التي هي حقوق للزوجة على الزوج ويجب مرة واحدة على الزوج لإمداده للزوجة لا أكثر في حالة الزواج⁵⁶⁰. إذن فيم تتجسد ماهية الصداق؟ ماهي حالاته والأحكام المتعلقة به؟.

للإجابة على هذه الإشكالية، سنتعرض في نقطة أولى الى تعريف الصداق ومؤكداًته(الفرع الأول)، ثم حالات الصداق المسمى و صداق المثل(الفرع الثاني).

⁵⁵⁸ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص232.

⁵⁵⁹ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص91.

⁵⁶⁰ محمد سمارة، أحكام الزواج وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص160.

الفرع الأول

تعريف الصداق، مشروعيته، تكييفه و مؤكداًته في الزواج الفاسد أو الباطل

الصداق هو ما يمنح للمرأة في عقد الزواج للإستمتاع بها، لذلك وجب تعريف

الصداق، ومشروعيته وتكييفه.

أولاً: تعريف الصداق ومشروعيته وتكييفه

الصِّدَاقُ هو العوض الذي يعطى للمرأة بعقد نكاح وما ألحق به وسمي صِدَاقًا

لأن بذله يدل على صدق طلب الخاطب⁵⁶¹.

أما الصداق اصطلاحاً اسم للمال الذي يجب للمرأة في عقد النكاح في مقابلة

الاستمتاع بها، وفي الوطاء بشبهة، أو نكاح فاسد أو نحو ذلك⁵⁶².

وهو اسم للمال الذي يجب للمرأة على الرجل بعقد النكاح، فهو حق خالص للمرأة

تستحقه⁵⁶³. وقد وُجد في القرآن ما يدل عليه بقوله تعالى: " وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً

"⁵⁶⁴، وقوله تعالى أيضاً: "فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"⁵⁶⁵، وقوله

تعالى: "فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَالْأَجْنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ

به من بعد الفريضة"⁵⁶⁶.

أما من الناحية القانونية، الصداق حسب المادة 26 من المدونة: "هو ما يقدمه الزوج

لزوجته إشعاراً بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة وتثبيت أسس المودة والعشرة بين

الزوجين، وأساسه الشرعي قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية"⁵⁶⁷.

كما أن المشرع الجزائري عرّفه في المادة 14 من قانون الأسرة بقوله: "الصداق هو

ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف

⁵⁶¹ محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، ط 01، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع، 1426هـ-2006،

ص 582.

⁵⁶² عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 95.

⁵⁶³ أحمد شامي، المرجع السابق، ص 91-92.

⁵⁶⁴ سورة النساء، الآية 04.

⁵⁶⁵ سورة النساء، الآية 25.

⁵⁶⁶ سورة النساء، الآية 24.

⁵⁶⁷ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 45.

فيه كما تشاء⁵⁶⁸. وفي تعديله سنة 2005 لقانون الأسرة كيف الصداق على أنه شرط من شروط عقد الزواج لا ركن كما كان عليه في النص الاصيلي وهذا ما أكدته المادة 09 مكرر منه وأن المادة 2/15 المعدلة من ذات القانون نصت على أنه: " في حالة عدم تحديد قيمة الصداق ، تستحق الزوجة صداق المثل"، بينما المادة 2/33 منه نصت على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

كما كيف المشرع المغربي الصداق بأنه شرط صحة في المادة 13 من مدونته بقوله: "عدم الاتفاق على إسقاط الصداق . . .". غير أنه نص على الزواج الفاسد في المادة 59 من المدونة بقوله: "يكون الزواج فاسدا إذا اختل فيه شرط من شروط صحته طبقا للمادتين 60 و 61 بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصح بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده".

ومن ثم ، فالزواج الذي اختل أحد شروط صحته نوعين:

- ما يفسخ قبل الدخول ويجوز تصحيحه بعد الدخول .

- ما يفسخ قبل الدخول وبعده ولا يجوز تصحيحه .

أما المادة 60 من ذات المدونة تنص على أنه: " يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في ويصح تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين ". غير ان المادة 61 منها نصت على الزواج الفاسد لعقده.

وعليه، فالزواج الفاسد لصداقه هو ما فقد شرطا في الشروط التي يجب أن تتوفر فيه⁵⁶⁹، كما لو أصدقها خمرا، فيفسخ قبل الدخول وجوبا ولا صداق فيه

⁵⁶⁸ نجيمي جمال، مرجع السابق، ص54.

⁵⁶⁹ شروط الصداق:

1/ أن يكون المهر مالا متقوما شرعا: لا يجوز ان يكون كل ما ليس بمال أو كان مالا غير متقوم شرعا كالخمر و هذا ما أكدته المادة

14 قا أسرة، و بالتالي يجوز ان يكون زرة الارض مثلا لمدة معينة .

2/ أن يكون مقدورا على تسليمه عند العقد.

3/ أن يكون المهر معلوما.

4/ مقدار المهر.

بحكم أنه زواج فاسدا، ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل، وذلك أنّ الصّدّاق حكمه حكم الثمن، فما صح أن يكون ثمنا صح أن يكون صدّاقا ومالا⁵⁷⁰.

وصفوة القول أن المشرع المغربي ينص صراحة على أنه إذا اختل شرط الصّدّاق في الزواج صار الزواج فاسدا، يفسخ قبل البناء ولا صدّاق فيه إذا لم يدخل بها، أما إذا دخل بها فيصحّ عقد الزواج، وذلك بإصلاح ما اختل في شروط الصّدّاق التي تنص عليها المادة 28 من المدونة بقولها: "كل ماصح التزامه شرعا صلح أن يكون صدّاقا، والمطلوب شرعا تخفيف الصّدّاق" ⁵⁷¹.

أما المشرع الجزائري نص على الزواج الذي فقد فيه شرط الصّدّاق في المادة 2/33 من قانون الأسرة بقوله: " إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صدّاق.... يفسخ قبل الدخول ولا صدّاق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل".

وتطبيقا لذلك جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1989/01/02 بأنه " صرح الشاهد الأول أنه لا يوجد ولي ولا صدّاق، أما الشاهد الثاني صرح أنه إستدعي لحفلة عشاء ولا يعرف شيئا عن الزوج والزوجة، فإن قضاة الاستئناف بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم ورفض الدعوى لعدم التأسيس لإنعدام الولي والصدّاق فطبّقوا القانون وقواعد الشريعة الإسلامية تطبيقا سليما" ⁵⁷².

لذلك نجد تشابها بين المشرّع الجزائري ونظيره المغربي في اعتبار الصّدّاق شرط صحة وأنّ الزواج الذي تخلف فيه شرط الصّدّاق يعدّ زواجا فاسدا حسب المواد سابقة الذكر، يفسخ قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل .

5/ تأجيل المهر و تعجيله، نص المادة 1/15 المعدلة قانون الأسرة "يحدد الصّدّاق في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلا"، ولكن دائما مع المحافظة للتسمية في الصّدّاق من ثمة يشترط لتأجيل الصّدّاق ما يلي:

أ- ان يكون العقد صحيحا.
ب- ان يكون الصّدّاق محمدا في العقد أي تتم تسميته في العقد.
ج- ان يكون التأجيل باتفاق الزوجين أو من ينوب عنهما لأن عدم الاتفاق على التأجيل لا يمكن تفسير تعجيلا في الصّدّاق بل ينبغي في هذه الحالة كما ذهب إليه الفقه الإسلامي العرف المعمول به في البلد.

⁵⁷⁰ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 166.

⁵⁷¹ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 48.

⁵⁷² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/01/02، الملف 51107، المجلة القضائية، 1992، عدد 03، ص 47.

وهذا ما قضى به المجلس الأعلى الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 1984/06/25 بقوله "من المقرر شرعا أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء إلا إذا كان الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج، و من المقرر أيضا أنه لا يحكم بفسخ العقد إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا، ومن ثم فإن قضاة الإستئناف التزموا بتطبيق الأحكام"⁵⁷³.

العقد الفاسد له مرتبة وسطى بين عقد الزواج الصحيح وعقد الزواج الباطل ولا يجب المهر لمجرد وجود العقد الفاسد، وإنما يجب أن يتبعه الدخول، لكون وجوب المهر عند الدخول بالمرأة، والمهر كإحدى الآثار المالية لعقد الزواج يأتي على نوعين كما سبق ذكره المهر المسمى ومهر المثل⁵⁷⁴.

أما في الزواج الباطل إذا طلع على الزواج الباطل بعد الدخول، فإن المرأة تستحق كامل الصداق المسمى أو صداقها ليس امتناع صداق المثل لقول ابن عاصم: والتي كان بها استمتاع

صداقها ليس امتناع⁵⁷⁵

وإذا نص المشرع المغربي على أنه يترتب على الزواج الباطل بعد البناء الصداق والاستبراء كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة⁵⁷⁶، فإنه لا شك أن عدم ترتب أي أثر على العقد الباطل أمر في غاية الصعوبة، فالقانون المغربي أخذ بالرأي القائل بكون المهر واجبا عند سقوط الحد لشبهة العقد عند الجهل بالتحريم وخوفا من ضياع النسب لحوق نسب المولود بالرجل مع حرمة المصاهرة.

أما بخصوص سقوط الصداق، في حالة اتمام الزواج بدون رضا احد الزوجين دخل بها أو لم يدخل ولكن الفارق انه في حالة الدخول يثبت لها ويطل العقد. أما اذا انتفت احد شروط المادة 9 مكرر من قانون الأسرة يفسخ الزواج قبل الدخول ولا مهر فيه، ويثبت بعده بمهر المثل. وفي حالة وجود مانع من موانع الزواج يطل العقد قبل وبعد الدخول لها صداق المثل بعد الدخول وقبل الدخول يسقط المهر بكامله.

⁵⁷³ المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/06/25، رقم الملف 33715، المجلة القضائية، 1989، عدد 04، ص 99.

⁵⁷⁴ بوكان أبو بكر كريم، مرجع سابق، ص 111 الى 114.

⁵⁷⁵ محمد الأزهر، مرجع سابق، ص 134.

⁵⁷⁶ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 94 وما بعدها.

ثانيا: تأكيد أحد نوعا الصداق

كما تقدم، يوجد نوعين من المهر، مهر مسمى ومهر المثل .

المهر المسمى، وهو ما اتفق الطرفان عليه في العقد، لأنّ العقود لا تتم إلا بالتراضي، وقد سمته الآية القرآنية بقولها: " وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً " ⁵⁷⁷، فإذا تزوجها بمسمى، فهو ملزم له إن دخل بها ومات أو ماتت قبل أن يدخل بها، فيجب أن يدفعه سواء أكان نقدا أم عرضا، أم دينا أم عينا وهذا ما ورد في قوله تعالى: "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً" ⁵⁷⁸ .

أما مهر المثل هو المهر الذي تستحقه المرأة لمن يماثلها في السن والجمال والمال والعقل والدين والبكارة والثيوبة، وقال احمد، هو معتبر بقرباتها من العصبات وغيرهم من ذوي ارحامها . واذا لم توجد امرأة من اقرباتها من جهة الأب متصفة بأوصاف الزوجة التي يراد تقدير مهر المثل لها، كان المعتبر مهر امرأة أجنبية من اسرة تماثل اسرة ابيها ⁵⁷⁹ .

أما الحالات التي يمنح فيها صداق المثل هي:

1. كأن يتزوج رجل امرأة على الا مهر لها فتقبل فيجب لها مهر المثل بالدخول او بالموت.
- 2 التسمية غير الصحيحة للمهر، بأن يكون المسمى غير مال اصلا كالميتة وحب القمح وقطرة الماء ونحوها مما لا ينتفع به اصلا، او ينتفع به علي نحو لا يعتد به ⁵⁸⁰ .

أما حالات ثبوت المهر المسمى:

. الدّخول: لأنّ الزوج يكون قد استوفى الحق الذي له .

. الموت: لأنّ الموت يقطع كل احتمال بينهما بسبب آخر،

أما الزّواج الفاسد قبل الدخول لا يرتب صداق أما بعد الدخول يثبت الصداق.

ففي الزواج الباطل أو الفاسد إذا توفي أحدهما بعد الحكم بفساد الزواج أو بطلانه

دون أن يتبعه دخول ليس لها الحق في المهر ولا لورثتها.

⁵⁷⁷ سورة البقرة، الآية 237.

⁵⁷⁸ سورة النساء، الآية 04.

⁵⁷⁹ السيد سابق، مرجع سابق، ص 163.

⁵⁸⁰ وهبه زجيلي، مرجع سابق، ص 266.

الفرع الثاني

نكاح الشغار

وهو ان يتزوج انسان امرأتين على ان تكون احدهما في نظير صداق الاخرى ونهى عليه رسول الله (ص) بقوله "لا شغار في الاسلام" ، واعتبره جمهور الفقهاء عقدا فاسدا ما عدا أبو حنيفة الذي أجاز هذا الزواج.

أولا: أوجه الشغار عند المالكية⁵⁸¹:

الشغار عندهم ثلاثة، شغار صريح، كأن يقول له زوجني أختك مقابل أخرى بحيث لا يكون لإحدهما مهر، بل بضعها في نظير بضع الأخر، أما الثاني فهو وجه شغار، كقوله زوجني أختك بمائة على أن أزوجك أختي بمائة، فالأول صريح الشغار لعدم تسمية المهر، والثاني لا يشترط زواج إحدهما في نظير الأخرى، أما الثالث، وهو زواج المرأتين بأن تكون إحدهما بلا مهر، فهو في هذه الحالة صريح في من لم يسم لها⁵⁸².

ثانيا : حكم الشغار:

حكم الشغار الصريح البطلان، فيفسخ العقد قبل الدخول وبعده، فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء، وإن فسخ بعده كان مهر المثل بالوطاء.

أما حكم وجه الشغار البطلان، ولكن يفسخ قبل الدخول لابعده بطلاق، أما بعده فإن العقد فيه يثبت بالأكثر من المسمى وصداق المثل، بمعنى أنها تأخذ الأكثر، فإذا كان قد سمى لها خمسين، وكان صداق مثلها كان لها الحق في المائة وبالعكس، ولو وقع وجه الشغار لا على الشرط فإنه يصح. فلو زوجة أخته بمائة، فكافأه الآخر على ذلك وأعطاه أخته بمائة، فإنه يصح⁵⁸³.

" أما حكم المركب منهما فإن المسمى لها يفسخ عقدها قبل الدخول، ويثبت بعده، بالأكثر من المسمى، ومهر المثل، وأما غير المسمى لها فإن عقدها يفسخ قبل الدخول وبعده، ولها في حال الفسخ بعد الدخول صداق المثل⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص116.

⁵⁸² عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص116.

⁵⁸³ عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص116.

⁵⁸⁴ عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص116.

بالإضافة الى ما سبق ذكره من الآثار المالية الناتجة عن فساد الزواج أو حتى بطلانه من صدق، إلا انه هناك آثار أخرى من بينها النفقة والميراث، وهو ما سيتم معالجته أدناه.

المطلب الثاني

النفقة وحق الميراث

هناك آثار تنتج عن انعقاد الزواج الفاسد أو الباطل، منها: النفقة، وحق الميراث . الإشكال المطروح هنا يتجلى في ماهي النفقة الموجبة في حالة الحكم بفساد الزواج أو بطلانه؟(الفرع الأول)

وهل هناك مكانة في هذا النوع من الزواج للميراث؟(الفرع الثاني).

الفرع الأول

حكم النفقة في حالة الحكم بفساد الزواج او بطلانه

النفقة لغة، والجمع نفقات ونفاق⁵⁸⁵، فالنفقة اسم لما ينفق⁵⁸⁶.

وفي الاصطلاح الشرعي، جاء في الموسوعة الفقهية الميسرة: "النفقة هي الإدرار على الشيء بما فيه بقاؤه"⁵⁸⁷. أما المذهب الشافعي عرفها بأنها: "ما يكون به قوام حال الآدمي من الطعام ونحوه"⁵⁸⁸.

وعرفها الحنفية بأنها: "الطعام والكسوة والسكنى"⁵⁸⁹.

وثبت وجوب نفقة الزوجية بأدلة من الكتاب والسنة والاجماع وأما من الكتاب فقوله تعالى: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ

⁵⁸⁵ المعجم الوسيط، ج02، ص980.

⁵⁸⁶ أنظر الراغب الأصفهاني، زبدة المفردات (مختصر المفردات في غريب القرآن للأصفهاني)، عبد اللطيف يوسف، ط01، دار المعرفة، بيروت، 1998، ص502.

⁵⁸⁷ أنظر محمد رواس قلعه جي، الموسوعة الفقهية الميسرة، دار ابن حزم، دار النفائس، الجزء 02، بيروت، ص1894.

⁵⁸⁸ أنظر شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 07، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1984، ص187-188.

⁵⁸⁹ أنظر زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ج04، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص188.

عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ⁵⁹⁰، وقوله تعالى في شأن المطلقات: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَىٰ"⁵⁹¹.

وفي ذلك يقول السرخسي: "اعلم بأن نفقة الغير تجب بأسباب، منها الزوجية ومنها الملك ومنها النسب، وهذا الباب لبيان نفقة الزوجات"⁵⁹².

أما العقد الفاسد لا بد من فسخه، فقد جاء في كتاب الكافي في الفقه ما نصه: "ولا تجب النفقة في النكاح الفاسد، لأنه ليس بنكاح شرعي"⁵⁹³.

وعليه، لا مكان للنفقة في الزواج الفاسد سواء قبل الدخول أو بعده كما جاء به الكاساني بأنه: "لا نفقة على مسلم في نكاح فاسد لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها، لأن حق الحبس لا يثبت في النكاح الفاسد"⁵⁹⁴.
وقد تبين فساد العقد لأنه لا يحتمل أن يكون متبرعا، لأن القضاء ألزمه، أما إن أنفق من غير حكم القضاء فاحتمال التبرع ثابت ولا يكون ثمة تقدير للنفقة مفروض فيكون الإنفاق على سبيل الإباحة فلا رجوع⁵⁹⁵.

وللإشارة أن الانتقادات الموجهة، بما أن الزوجة محتبسة للقيام بواجبها بالنظر إلى عقد الزواج فوجوبا عليه الإنفاق عليها جزاء لاحتباسها، فلا ينبغي جواز الرجوع عليها بما أنفقت ولو كان بحكم القاضي⁵⁹⁶.

590 سورة البقرة ، الآية 233.

591 سورة الطلاق ، الآية 06.

592 أنظر، شمس الدين السرخسي ، المبسوط، الطبعة الأولى، ج05، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1993، ص180.

593 موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج03، ص243.

594 بوكان أبو بكر كريم ، مرجع سابق ، ص من 121 الى 122.

595 الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، بدون طبعة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2005 ، ص232 – 231 .

596 أنظر بوكان أبو بكر كريم ، المرجع السابق ، ص123، نقلا عن زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قارونس ،بنغازي ، 1989 ، ص312.

اتفق الحنفية⁵⁹⁷، والمالكية⁵⁹⁸، والشافعية⁵⁹⁹، والحنابلة⁶⁰⁰، بعدم سقوط نفقة البائن الحامل في العدة، سواء بطلاق ثلاث، أو خلع، أو فسخ نكاح بغير معصيتها⁶⁰¹، لقوله تعالى: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِضَيِّقِهِنَّ عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوا بِبَيْنِكُمْ مِمَّا عَرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمِشْرُوعٌ لَهَا أُخْرَىٰ"⁶⁰²، لأن رحم المعتدة الحامل مشغول بماء زوجها، كما أن الحمل ولد الزوج، فتجب نفقته على الزوج، ولا يمكنه الإنفاق على الحمل إلا بالإنفاق على الحامل، فوجب عليه الإنفاق عليها⁶⁰³.

الفرع الثاني

حكم الميراث في الزواج الفاسد أو الباطل

"الميراث في اللغة تارة يستعمل في المصدر يقال ورث وإرثا وورثة وميراثا ويطلق على معينين: البقاء ومنه سمي الله تعالى الوارث، أي الباقي بعد فناء خلقه، وانتقال الشيء من شخص إلى آخر انتقالا حسيًا كانتقال المال أو معنويًا كانتقال العلم ومنه العلماء وورثة الأنبياء، ويستعمل الميراث تارة باسم المفعول، أي الشيء الموروث وهو ما يتركه الميت"⁶⁰⁴. أما في الاصطلاح هو ما يستحقه الوارث من نصيب في تركة المورث بعد إخراج الحقوق المتعلقة بها كسداد ديونه وتنفيذ وصاياه⁶⁰⁵.

⁵⁹⁷ ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج3، دار الفكر، بيروت، 1992، ص609.

⁵⁹⁸ أحمد بن محمد بن أحمد العدوي المالكي أبو البركات الشهير بالدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، ج02، دار المعارف، ص741.

⁵⁹⁹ محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج، ج07، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص211.

⁶⁰⁰ موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، الإقناع، ج04، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص139.

⁶⁰¹ عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي، المغني مع الشرح الكبير، ج11، مطبعة المنار، مصر، ص219.

⁶⁰² سورة الطلاق، الآية 06

⁶⁰³ عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص272.

⁶⁰⁴ أنظر محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص13.

⁶⁰⁵ محمد يوسف عمرو، المرجع السابق، ص13 و ما بعدها.

من أسباب الإرث: رابطة الدّم لقوله تعالى: "للرجل نَصيبٌ مما تَرَكَ الوالدان والأقربونَ وللنساء نَصيبٌ مما تَرَكَ الوالدان والأقربونَ مما قَلَّ منه أو كَثُرَ نَصيبًا مَفْرُوضًا"⁶⁰⁶، وقوله تعالى: "يُوصِيكُمُ اللهُ في أَوْلادِكُم للذَّكَر مثْلُ حظِّ الأُنثَيَيْنِ"⁶⁰⁷.

وذهب أحد رواد الفقه المالكي "إِنَّ الإرث يجب لمستحقه بالشرع بأحد ثلاثة أمور أولها العصمة وهي نكاح منعقد ولو فاسدا غير متفق على فساده، أي في فساده خلاف: كنكاح المحرم والشغار. فإذا مات أحد الزوجين قبل فسخ النكاح ورثه الآخر مات قبل الدخول أو بعده. أما النكاح الفاسد إذا كان متفقا على فساده كنكاح ذات محرم بنسب أو رضاع أو نكاح خامسة، فلا ميراث بينهما ولو بعد دخوله، وكذا نكاح المريض لا إرث فيه وإن كان مختلفا فيه لأن فساده من جهة إرثه"⁶⁰⁸.

القاعدة هي أنه لا يثبت الحق في الميراث إلا بثبوت سببه، وبطلان الزواج يعني بطلان سبب التوارث بين الزوجين⁶⁰⁹، "حيث جاء في كتاب الشرح الممتع على زاد المستنقع لإبن عثيمين: "وهل يشترط الخلوة أو الدخول؟ لا، مثال: رجل تزوج امرأة بدون ولي ثم مات فهل ترثه؟ لا؛ لأن النكاح غير صحيح، النكاح فاسد، وفي مثال آخر: رجل تزوج امرأة وبعد موته تبين أنها أخته من الرضاعة فلا ترث؛ لأن النكاح باطل، والفرق بين النكاح الفاسد والباطل، أن النكاح الفاسد ما اختلف العلماء فيه، والباطل ما أجمعوا على بطلانه، فنكاح الأخت من الرضاعة باطل؛ لأن العلماء مجمعون عليه، والنكاح بلا ولي فاسد؛ لأن العلماء مختلفون فيه، وعليه فلا توارث في نكاح فاسد ولا في نكاح باطل"⁶¹⁰.

ومن زاوية القانون، تنص المادة 126 من قانون الأسرة على أن "أسباب الميراث: القرابة والزوجية" ومن ثم فالزوجية المقصودة هي الزوجية التي تتوفر فيها ركن الرضا و أركان صحة العقد وعليه، فالزواج الفاسد الناطق به القاضي والباطل لا يثبت به التوارث بين الزوجين.

⁶⁰⁶ سورة النساء ، الآية 7 .

⁶⁰⁷ سورة النساء ، الآية 11 .

⁶⁰⁸ علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن الثُّمُولي، البهجة في شرح التحفة "شرح تحفة الحكام"، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، ط01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ - 1998م، ص944 وما بعدها.

⁶⁰⁹ الأسئلة في القانون (الميراث ، الوصية و الهبة) ، دليل قانوني ، برني للنشر ، الجزائر ، 2014 ، ص 10.

⁶¹⁰ محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، ط01، دار ابن الجوزي، 1429، ص204 الجزء 11.

وكما أن المادة 329 من المدونة المغربية تنص صراحة على أن أسباب الإرث الزوجية والقربانية.

المطلب الثاني

التعويض في حالة الحكم ببطلان الزواج أو فساده

المسائل الأكثر طرحا أمام قاضي الأسرة، تلك المتعلقة بالآثار الناجمة عن الأضرار اللاحقة للزوجين نتيجة لما يقوم به أحدهما في مسائل الزواج أو حتى الطلاق. التعويض لغة هو العوض، أي البديل والخلف، وجاء في لسان العرب أن العوض هو البديل والمستعمل هذا لغة⁶¹¹.

وفي الإصطلاح، هو ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية إتجاه من أصابه بضرر⁶¹²، حيث أن المادة 124 المعدلة من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "كل فعل أيا كان، يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد تفتنوا إلى عدم الدقة اللغوية في التعويض، ولذلك هم يستعيضون عنه بتعبير الضمان، إذ يقترب إلى حد ما من المسؤولية عند فقهاء القانون الوضعي⁶¹³.

فإصلاح الضرر هو القاعدة العامة في وظيفة التعويض، لمحاولة إعادة المضرور إلى الوضع الذي كان عليه قبلا، لإمكانية إعادة التوازن المختل بسبب الفعل غير المشروع، فيكون عادل، يغطي كل عناصر الضرر، وسريعا، ضلا عن ذمة مالية قادرة على الوفاء به⁶¹⁴.

⁶¹¹ ابن منظور، المرجع السابق، ص 50 وما بعدها.

⁶¹² محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، جامعة الإسكندرية، مصر، 1972، ص 78.

⁶¹³ محمد نصر الدين محمد، المرجع السابق، ص 214.

⁶¹⁴ طه عبد المولى طه ابراهيم، التعويض القضائي عن الأضرار التي تقع على الأشخاص دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة، 2000، ص 324.

إن الواقع يثبت أن المضرور في المسائل المتعلقة بالزواج وفك الرابطة الزوجية تصادفه العديد من المشاكل التي تحول دون إستيفاء حقه في التعويض الكامل، إما بسبب طبيعة الضرر اللاحق أو العجز في إثبات الضرر.

ومن ناحية أخرى، مسألة تقدير التعويض يرجع الأمر فيها لسلطة قاضي الموضوع في جميع عناصرها، وهو السبب في إختلاف مبالغ التعويض من قضية إلى أخرى، ذلك مرجعه إعتبرات تحكيمية، مردها سلطة القاضي التقديرية.

الفرع الأول

أركان المسؤولية المترتبة على الحكم ببطلان الزواج أو فساده

أولا : الضرر

"المسؤولية المدنية هي إلتزام بتعويض الضرر المترتب على الإخلال بإلتزام أصلي سابق، والإلتزامات الأصلية ينشأ بعضها من العقد والبعض الآخر من القانون"⁶¹⁵. بدأ التعويض الإقتصار بالوظيفة الإصلاحية الهادفة لجبر الضرر، لتصبح هذه الوظيفة هي الوظيفة الوحيدة للتعويض، مما يؤدي بإنفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية، فقاضي شؤون الأسرة ليست له نفس السلطة الممنوحة لأي قاضي آخر عند الفصل في دعاوى التعويض. ولذلك، عليه أن يتفحص الشروط الواجب توافرها ليكون المضرور مستحقا للتعويض، وهي كالتالي:

أولا: أن يكون الضرر شخصا:

ويعني ذلك أن يصيب الضرر الشخص المطالب بالتعويض عن الفعل الضار، فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة، ويتحقق هذا الشرط بالنسبة للأضرار المرتدة عن الضرر الأصلي⁶¹⁶، كالزواج الفاسد بإختلال أحد شروطه كالصداق، أو الشاهدين فهور ضرر، أو في حالة الإرادة المعيبة بعيب من عيوبها.

⁶¹⁵ أنظر مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق-دراسة مقارنة-رسالة دكتوراه في القانون

الخاص، تحت إشراف الأستاذ تشوار جيلالي، جامعة أبي بكر بلقايد، 2009-2010، ص 246 و ما بعدها.

⁶¹⁶ عاطف النقيب، نظرية العقد، مكتبة صادر دار المنشورات الحقوقية، 1998، ص 340 .

ثانيا: أن يكون الضرر محقق الوقوع:

والمقصود بهذا ألا يكون الضرر إفتراضيا، بل يجب أن يكون قد وقع فعلا، أو أن يكون وقوعه مؤكدا وحتميا⁶¹⁷. فبعد الحكم بفساد الزواج أو بطلانه فالضرر مؤكد إذا كان سببه راجع لأحد الزوجين. فالضرر الحال هو الذي وقع فعلا، وتوفرت معطياته للقاضي لتقويمه، ومثاله المضرور في جسمه، أو ماله وقت المطالبة بالتعويض⁶¹⁸، أما إذا كان الضرر بين الخطورة والتحسن، فللقاضي الحكم بأن يحفظ الحق للمضرور لإستكمال التعويض حسبما تنتهي إليه حالة الضرر، دام أنه محقق وليس إحتمالي⁶¹⁹، وهذا ما يتماشى مع نص المادة 131 من القانون المدني⁶²⁰.

ثالثا: أن يكون الضرر مباشرا:

أكدت المادة 182 من القانون المدني، على أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر الذي يكون نتيجة لعدم الوفاء بالإلتزام، ومتصلا إتصالا واضحا بالفعل الضار⁶²¹.

رابعا: أن يمس الضرر بحق ثابت أو مصلحة مالية مشروعة:

لا يمكن مسائلة المعتدي إلا إذا مس إعتداؤه بحق ثابت يحميه القانون⁶²²، فلكل شخص الحق في الحياة وسلامة جسمه، فالتعدي عليهما ينشئ ضررا من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب، أو يؤدي إلى تكبده لنفقات، كما يمكن أن يمس الفعل الضار في عواطفه وشعوره.

⁶¹⁷ محمد إبراهيم الدسوقي ، المرجع السابق، ص 53 .

⁶¹⁸ عاطف النقيب ، المرجع السابق ، ص 243 .

⁶¹⁹ حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية التفسيرية والعقدية، ط02، دار المعارف، 1979، ص 334 .

⁶²⁰ تنص على أنه " يقدر القاضي مدى التعويض الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعات الظروف الملائمة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة تلقائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير . " إذ أن المبدأ أن الحكم بالتعويض يشمل كل ما ترتب من ضرر وقع فعلا أو سيتحقق وقوعه مستقبلا متى كان متوقعا.

⁶²¹ مسعودة الياس، مرجع سابق، ص 241 و مابعدھا.

⁶²² يشترط أن تكون المصلحة المشروعة ليتم التعويض عنها أما إذا كانت غير ذلك فلا يعتد بها، إذ لا يمكن تعويض الخليفة عن فقد خليفها الذي كان يتولى الإنفاق عليها لأن هذه المصلحة تقوم على علاقة غير شرعية.

الفرع الثاني

تقدير القاضي للتعويض

إذا كان حساب التعويض وتحديد مقداره يكون إما بنص قانوني، أو وفقا لإتفاق الأطراف، أو تترك مسألة تقديره للقاضي الناظر في الدعوى، ولكن لا يوجد في هذا السياق ما يحدد حده الأقصى ولا الأدنى، فمتى تبين للقاضي توافر شروط المسؤولية المدنية حكم بالتعويض.

فعند رفع دعوى أمام القاضي للمطالبة بالتعويض وجب عليه فحص الوقائع المطروحة أمامه، ثم تكييف الوقائع بتطبيق النص القانوني الملزم عليها، من خلال التأكد بأنها كافية لتشكيل أركان المسؤولية المدنية، ليتأكد تقدير التعويض لأنه لا تعويض دون مسؤولية.

وقد إشتطت المحكمة العليا على القاضي تحديد عناصر التعويض، من خلال قرارها الصادر في 2000/03/28 الذي قضت من خلاله بأنه: "إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي بإعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل والضرر والعلاقة السببية، وأما تقديره فإنه يبقى ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع لارقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك"⁶²³.

فالقاضي من خلال تحديد ما يصلح الضرر يختار طريقة التعويض، معتمدا على نص المادة 132 من القانون المدني⁶²⁴.

متى تبين للقاضي طريقة مناسبة لإصلاح الأضرار سعى لتقدير التعويض عنه، وله في سلطة مطلقة، فهو غير ملزم بمبلغ ثابت. إلا أن هذه السلطة تحكمها ضوابط معينة، كونها

⁶²³ المحكمة العليا، غ م، 200/03/28، رقم الملف 231419، المجلة القضائية، 2003، عدد خاص، ص 627.

⁶²⁴ تنص المادة 132 من القانون المدني على أنه "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسما كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا. ويقدر القاضي التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع." و قد تم تعديل هذه المادة بموجب القانون 10-05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل و المتمم للقانون المدني.

مسألة موضوعية وقانونية، تستوجب على القاضي إستبعاد كل إجحاف، ليلتزم بالضرر الفعلي⁶²⁵.

ولما كان التثبت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع، فإن تعيين هذا الضرر قانونا، يعتبر من المسائل القانونية التي كونها من قبيل التكييف القانوني للواقع، ويعتبر إستيفاء الضرر للشروط الواجب توفرها لإستحقاق التعويض أمر يخضع فيه قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا.

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18/06/1991 بأنه " من المستقر عليه قضاء، أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة، دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التسبب"⁶²⁶.

"وقياسا على ذلك فإن الحكم الصادر عن قاضي شؤون الأسرة بمنح تعويض في مسائل الزواج الفاسد والباطل قياسا على انحلال الزواج بالطلاق، وجب أن يكون مسببا تسببا كافيا، يحدد فيه القاضي نوع الضرر، هل هو مادي أو معنوي، مباشر أو غير مباشر"⁶²⁷.

"وقد إتجه قضاء المحكمة العليا إلى أن تقدير التعويض يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعاين الوقائع ويقدر التعويض حسب الضرر، وأن يبين في حكمه إن كان المبلغ الممنوح كان على أساس. الضرر المادي أو المعنوي، وهذا كاف لإعطائه الأساس القانوني للحكم"⁶²⁸.

وقد جاء في هذا الشأن قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 10/12/1981 حيث قضى من خلاله بأنه: "حيث أنه إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث

⁶²⁵ محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، 446 .

⁶²⁶ المحكمة العليا، غ أ ش، 18/06/1991، ملف رقم 75029، المجلة القضائية، 1992، عدد 01، ص 65.

⁶²⁷ مسعودة إلياس نعيمة، مرجع سابق، ص 345.

⁶²⁸ نقلا عن مسعودة إلياس نعيمة، مرجع سابق، ص 348.

منح التعويض، وهذا بذكر مختلف العناصر التي إعتمدوا عليها في ذلك، فإن الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي . حيث بالفعل أن التعويض عن مثل هذا الضرر يركز على العنصر العاطفي، الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تعليل خاص مما يجعل القرار لا يحتاج من هذه الناحية إلى تعليل . علما بأن رقابة المجلس الأعلى في هذا المجال يهدف أساسا إلى التأكد من عدم تشويه الطابع المعنوي للضرر المعروض عنه "629 .

⁶²⁹ المحكمة العليا ، غ ج م ، 1981/12/10، ملف رقم 24500، نشرة القضاة ، عدد 42، ص 87، مقتبس عن مسعودة إلياس، مرجع سابق، ص 348.

خاتمة

إن الإبقاء على أي نوع من الكائنات الحية واستمرارية وجودها لا بد من التكاثر، وهو ما ينطبق على الإنسان. لكن نظرا لما يتميز به هذا الأخير من تكريم في خلقه، اقتضى الأمر أن يشرع له طريقة شريفة ليتكاثر بها، ألا وهي الزواج. وهو النظام الذي إعتنى به الإسلام وأولاه الإهتمام البالغ لأن فيه حفظ للنسل، الذي يعتبر أهم مقصد من مقاصد التشريع الإسلامي، وفيه حفظ للحياة البشرية والأخلاق الإجتماعية، وهو الذي تتكون به الأسرة التي تعتبر المملكة الصغيرة، واللبنة الأولى في بناء المجتمع المسلم، إذ رفع الإسلام من قيمتها وقدسيتها حتى جعلها آية من آياته.

كما أن الزواج يعتبر مؤسسة قانونية تنشأ بموجب عقد، توطئه النصوص القانونية التي تجد سندها أساسا في كتاب الله وسنة رسوله، ففيه بين كل من المتعاقدين مطالبهما ورغباتهما، فإذا ما تلاقت الرغبات أقداما وتفاهما فيتم العقد بتلاقي الإرادتين، الأمر الذي جعل التشريع الإسلامي، وكذا التشريعات الأسرية الوضعية، تعطي لكل من الزوجين الحق في ضمان حقوقهما ولقيام علاقة زوجين خالية من المشاكل.

علما أن الإرادة تلعب دورا بارزا، كأساس تدور حوله غالبية القواعد التي تنظم أحكام العقد، من وقت إنشائه حتى تنفيذه، ولإدراج إرادة الطرفين في عقد الزواج أو عند انفصاله، آثار جانبية في التخفيف من المشاكل التي قد تنهض حائلا دون التوافق بين الزوجين، وتوسيع الهوة بينهما أثناء الزواج أو تزيد من حدة النزاع والعنف عند انفصالهما. وكذلك من أجل ضمان تحقيق المتعاقد مصلحة خاصة لنفسه، وخوفا من أن الطرف الثاني قد يجرمه من هذه الميزة، أو المصلحة إذا لم يشترطها.

وعليه، فمتى توافرت الشروط الشرعية وركن الرضا في العقد اعتبر الزواج صحيح، ولذلك فإن تخلفها يجعل عقد الزواج، حسب الحالات، فاسدا أو باطلا إذ يصبح فاقد للمشروعية، وذلك يوجب فسخه ويقوم الدخول كواقعة مادية سببا مع العقد الفاسد بعض الآثار.

إلا ان الزواج الفاسد يمكن تصحيحه بعد الدخول رعاية لحق الغير ولضمان استمرار العلاقة الزوجية وتجنب خطورة آثار فسخه إعتبارا للمصالح والمفاسد، أما الزواج الباطل لا يمكن تصحيحه لكونه إنعدم فيه ركن الرضا.

المشروع الجزائري عالج موضوع الزواج الفاسد والباطل في قانون الأسرة في الفصل الثالث من المادة 32 إلى 33 وما يلاحظ أنه تأثر بما جاء في الفقه الإسلامي وخاصة المذهب الحنفي غير أنه لم يدرج تعريف واضح لعقد الزواج الفاسد بل اكتفى بذكر الحالات التي يفسد فيه الزواج وكذا الآثار المترتبة على هذا العقد.

أما المشروع المغربي قد أدرج الزواج الفاسد والباطل ضمن الباب الثاني تحت عنوان الزواج غير الصحيح وآثاره من المادة 56 إلى 64 و يؤخذ عليه ما أوخذ على المشروع الجزائري أنه لم يضمن تعريفاً واضحاً للعقدين الفاسد و الباطل.

ولا خلاف في وجود الفرق بين الباطل والفاسد في الفقه الإسلامي بالنظر إلى آثاره وخلصنا من كل ذلك إلى النتائج التالية:

سار كل من المشروع الجزائري ونظيره المغربي مع الفقه الإسلامي في إعتبار الزواج عقداً رضائياً أساسه إرادة الزوجين وغايته بناء أسرة على أسان المودة والرحمة، وبأن محل عقد الزواج ليس المتعة أو إمتلاك الإنتفاع بالمرأة بل هو المعاشرة الزوجية والحياة المشتركة بين الزوجين وموضوعه هو حل هذه المعاشرة والحياة المشتركة بينهما.

الركن الضروري لإنعقاد الزواج ووجود حقيقته الشرعية هو ركن الرضا المعبر عنه بالصيغة إيجاباً وقبولاً، وفي الفقه الإسلامي الركنية تتمثل في الصيغة، وبقية عناصر العقد هي من مقومات العقد ولوازم وجوده والإختلاف الفقهي واقع في طبيعتها وأثر إختلالها وهذا ما أخذ به كلا المشرعين.

الشروط الفاسدة في الزواج مما إتسع فيها الخلاف في الفقه الإسلامي ولم تنضبط عند المشروع الجزائري، فجاءت متناقضة في ظاهرها على غرار المشروع المغربي، لذلك عليه إعادة تفصيلها أكثر بالرغم من أنه بين جانباً منها أغفله المشروع الجزائري.

الشروط الفاسدة لها تأثير في فساد الزواج المقترنة به عند المالكية بخلاف الجمهور الذي يرى ضعف تأثيرها بحيث لا يمس بصحتها وبرأيه أخذ المشروع الجزائري على عكس المشروع المغربي غير أنه تجدر الإشارة إلى بيان هذه الأخيرة أكثر.

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

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

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

المشرع الجزائري لم يكن واضحا في صياغة الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة ومن حيث تقسيم الزواج غير الصحيح إلى باطل وفاسد وأتبعه ضبابية في صياغة المواد المتعلقة بالشروط الفاسدة إفتقر إلى تحديد معاييرها وضبطها بدقة وهذا يترك الباب واسعا أمام الإجتهد القضائي في تصحيح و ابطال الزيجات، وذلك على نقيض المشرع المغربي في مدونة الأسرة التي كانت صياغته جيدة ونص على تفاصيل كثيرة تجاهلها المشرع الجزائري في هذا الباب.

أخلط المشرع في الأحكام بشأن السفية حيث اعتبره ناقص الأهلية في القانون المدني أما في قانون الأسرة فسوى في الحكم بينه وبين المجنون والمعتوه، كما أغفل ذكر ذي الغفلة في قانون الأسرة على خلاف القانون المدني الذي اعتبره ناقص الأهلية.

لم يأخذ المشرع الجزائري بالترقية الواردة في الفقه الإسلامي بخصوص نوعي العته نوع لا يكون معه إدراك وتمييز وحكمه كالجنون، ونوع آخر يكون معه إدراك وتمييز ولكن لا يصل في الغالب إلى درجة الراشدين وحكمه كالصبي المميز، فقرر المشرع أن العته عارض معدم للأهلية ينطبق عليه حكم الجنون والصبي غير المميز.

إن تقرير المشرع للبطلان والقابلية بحسب الأحوال على تصرفات ناقصي الأهلية وفاقديها وتوقيع الحجر عليهم وتعيين نائب قانوني يرمى مصالحهم كلها حلول أوردتها المشرع لحماية هذه الفئة الضعيفة إلا أنها لا ترقى إلى المطلوب ما لم تتضاعف الجهود التشريعية لاستحداث قانون خاص يحكم مسائل الولاية في جانبها الموضوعي والإجرائي حيث استحدث المشرع المواد من 481 إلى 489 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان حماية البالغين ناقصي الأهلية، كل هذه المواد الواردة في التشريع الجزائري قليلة. إن مدونة الأسرة أحدثت طفرة نوعية من خلال المضامين الجديدة التي جاءت بها في النسب، ومن ذلك مثلا ما يخص إثبات النسب ونفيه بواسطة الخبرة الطبية التي تعتمد على التحليلات الجينية ADN، ومن ذلك ما يخص إثبات نسب الحمل أو الولد الذي كان ثمره علاقة جنسية تمت بين مخطوبين في فترة الخطوبة، وهو ما يبرز من خلال اعتماد الخبرة انفتاح المشرع الأسري المغربي على وسيلة علمية أفضى إليها البحث العلمي الحديث من أجل الاستعانة بها للبت في المنازعات المرتبطة بالنسب.

غير أنه يعاب على التشريع الأسري كونه لم يحدد ضوابط وأحكام الترجيح بين الخبرة الجينية وحجيتها عند تعارضها مع وسائل الإثبات أو النفي المقررة شرعا وكل ذلك من أجل توحيد الاجتهاد القضائي في هذا الشأن.

تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، محاولة من المشرع المساواة بين جهة الأم والأب، وإقرار مبدأ التداول في الحضانة مراعاة لمصلحة الطفل المحضون، من خلال إعادته لترتيب الحاضنين وجعل الأب في مرتبة الثانية بعد الأم وإلزام الأب بالنفقة وتوفير السكن. التأكيد على أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها ما لم يخل بمصلحة المحضون، وذلك تماشيا مع تطور المجتمع و حماية لحق المرأة في حضانة أبنائها و حقها في العمل.

تدعيم المنظومة التشريعية المتعلقة بالمرأة والطفل المحضون من خلال الموافقة على قانون إنشاء صندوق النفقة بهدف حماية الحقوق الأساسية للطفل المحضون المحكوم له بالنفقة من مشاكل التي تواجهه والمثارة في تحصيلها، و محاول التقليل من حدة النزاعات القائمة بسببها حماية للمحضون.

تأكيدا من المشرع على الاهتمام بمصلحة المحضون وفرضها في الواقع من خلال القضايا المعروضة، وذلك بتخصيص فصل خاص بشؤون الأسرة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أين أكد على مراعاة مصلحة الطفل المحضون وهذا من خلال المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصت على ما يلي " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر ". فموجب هذه المادة فقد عمم الحماية وترك للقاضي مهمة مراعاة مصلحة الطفل المحضون في كل المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة.

الغموض الذي يشوب الأهلية المشترطة قانونا إذ نص المشرع في المادة 62 من قانون الأسرة بأنه تثبت الحضانة لمن كان أهلا لها بتوافر شروطها، فالمشرع لم يوض محتوى تلك العبارة كما لم يحدد الشروط المتطلبة في المرش للحضانة وهذا ما يؤدي إلى التضارب في الأحكام والقرارات القضائية وينعكس ذلك على المساس بمصلحة المحضون.

أقر المشرعان الجزائري والمغربي حق الزيارة و نص على أنه يحكم القاضي بحق الزيارة للطرف الذي لم تسند إليه الحضانة، غير أنه يلاحظ أن المشرعين لم ينظما المسائل التطبيقية المتعلقة بهذا الحق ولا بكيفية ممارستها من حيث الزمان و المكان بالرغم من الدور الذي يلعبه هذا الحق في تنشئة المحضون.

ويمكن القول في هذا الإطار أن للقاضي الدور الرئيسي في مسألة الحضانة، من خلال التكامل ما بين ما سنه المشرع من جهة من خلال النصوص القانونية المنظمة للحضانة والسلطة التقديرية للقاضي من جهة أخرى في سعيه للاجتهاد في تطبيقها أحسن تطبيق، مراعيًا في ذلك مصلحة الطفل المحضون. ولعل دوره في هذا الشأن صعب نظرا لأن مفهوم المصلحة مرن يتغير بتغير الظروف والزمان والمكان مما يستوجب الاستعانة بأهل

الخبرة في المجال الاجتماعي و النفسي. بحيث تكون حماية الطفل منسجمة ما بين النصوص القانونية المنظمة للحضانة والواقع القضائي الفاصل في مسألة الحضانة.

وبناء على ما سبق، يمكن تبني الإقتراحات التالية:

الزواج الباطل والفساد ونكاح الشبهة من المباحث التي تحتاج إلى المزيد من الكتابة فيها والتحقيق فيها بما يقرب من صياغة ارجحة تجمع في نظم واحد الأنكحة الفاسدة بنص الشرع والفسادة بمفهومه ومقتضى القواعد والأصول تستند إليها التشريعات الأسرية. عقد الزواج يختلف في طبيعته وقواعده ومصادر إستمداده عن العقود المعروفة في القانون المدني، ومن ثم ينبغي لخصوصيته إعتبره عقدا مستقلا وصياغة نظرية خاصة به، لذلك فإن الشروط الفاسدة المقترنة بعقود الزواج لم تنل العناية والدراسة كنظرية متكاملة، حيث تختلف عن الشروط الفاسدة في غيره من العقود من حيث طبيعتها ومعاييرها ونطاقها وآثارها. وعليه، وجب ضبطها بنصوص صريحة. إذ أن فكرة تصحيح عقد الزواج الفاسد لإقترانه بشروط فاسدة كانت أكثر نضجا وصناعة فقهية عند المالكية وابن تيمية ومن ثم نقترح دراسة متكاملة لتصحيح عقد الزواج الفاسد في القانونين الجزائري والمغربي والفقهاء الإسلامي .

إعادة صياغة المادة 62 من قانون الأسرة و رفع اللبس الوارد فيها ، بتحديد وحصر الشروط اللازمة توفرها في الحاضن أو الحاضنة ليكون أهلا لإسناد الحضانة له. من المستحسن على المشرع الجزائري إعادة النظر في شرط الولي و إرجاعه ركن كون أن الولي أعلم بمصلحة موليته في قضايا الزواج وغيرها.

قائمة المصادر والمراجع

-القرآن الكريم برواية ورش .

أ/-الكتب :

1. ابراهيم بحماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، أبحاث في الخطبة والزواج والنسب مدعمة بالعمل القضائي، م1، ط2، مكتبة دار السلام، الرباط، المغرب، الأسرة، أبحاث في 2009.
2. إبراهيم بن موسى الغرناطي، الموافقات في أصول الشريعة، ج4، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن.
3. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975.
4. ابن الهمام كمال الدين، شرح فتح القدير، ج6، دار إحياء التراث العربي، د.س.ن.
5. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار شريفة، الجزائر، 1989.
6. ابن شويع الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.
7. ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج3، دار الفكر، بيروت، 1992.
8. ابن عرفة، شرح حدود الرضاع، ط1، دار القدس، القاهرة، 2009.
9. ابن قدامة موفق الدين، المغني على مختصر الخرقي، ج7 ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
10. أبو الثناء محمود الحنفي الماترتدي، أصول الفقه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1995.
11. أبو الحسين بن فارس، مقاييس اللغة، ج3، ط1، دار الجيل، بيروت، 1991.

12. أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنيأوي، الشرح الكبير لمختصر الأصول من علم الأصول، ج1، ط1، المكتبة الشاملة، مصر، 1432 هـ - 2011 م.
13. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بدون طبعة، ج 4 دار الحديث، القاهرة، 1425 هـ - 2004 م.
14. أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003 - 1424 .
15. أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، كتاب البناية شرح الهداية - العدة في النكاح الفاسد - المكتبة الشاملة الحديثة، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، 1420 هـ - 2000 م.
16. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة عشر، 1990.
17. أحمد المليجي، التعليق على قانون المرافعات، ط01، المكتب الجامعي الحديث، 1998.
18. أحمد بن محمد بن أحمد العدوي المالكي أبو البركات الشهير بالدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، ج02، دار المعارف.
19. أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج07، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1357 هـ - 1938 .
20. أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، ط1، المعارف الجديدة، الرباط، 1994.
21. أحمد خلاصي، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري وفقا لقانون الإجراءات المدنية الجزائري والتشريعات المرتبطة به، منشورات الأعشاش، الجزائر.

22. أحمد شامى، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
23. أحمد على جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد- الولاية والوصاية ، وشؤون القاصرين والإرث والتخارج-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
24. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، بالقاهرة، 1989.
25. أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2004 .
26. أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
27. أحمد نصر الجندي، الموارث في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
28. أحمد نصر الجندي، أحكام العدة عند النساء ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005.
29. ادريس العلوي العبدلاوي ومن معه، شرح المسطرة المدنية في القانون المغربي، ج2، مطابع دار القلم، بيروت، 1973.
30. إدريس فاضلي، إجراءات التقاضي أمام المحكمة، المجلس، المحكمة العليا، ط02، ج01، فسيلة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
31. أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمه، وسائل إثبات النسب بين القديم والمعاصر، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
32. إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار ابن الحزم، 701-774هـ.
33. أشرف رشوان، الأحكام التي تصلح كسندات تنفيذية، المدونة القانونية، الكويت، 2021.

34. أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية، ط2، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2008.
35. الأنصاري حسن النيداني، مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998.
36. الأنصاري شهاب الدين ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في فقه الإمام الشافعي، ط1، دار إحياء التراث العربي، 2005.
37. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، سنة النشر: 1418 - 1997.
38. الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط 1 ، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010.
39. الراغب الأصفهاني، زبدة المفردات (مختصر المفردات في غريب القرآن للأصفهاني)، عبد اللطيف يوسف، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، 1998.
40. السرخسي محمد بن أحمد بن أبي أسهل، المبسوط، ج 30 ، ط 3 ، دار المعرفة، بيروت، 1987.
41. الصادق بن عبدالرحمن الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية (من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب للمنحور) ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2010.
42. الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
43. الشوكاني محمد بن علي محمد، نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار، مطبعة الحلبي، 1372.
44. الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتوى أهل افريقية والأندلس والمغرب، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، الرباط، 1981.
45. إمام محمد كمال الدين، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين دراسة تاريخية تشريعية وقضائية، الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد، ج2، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1999.

46. المطيعي محمد نجيب، المجموع شرح المهذب للشيرازي، ج17، مكتبة الإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
47. إمام محمد كمال الدين ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين دراسة تاريخية تشريعية و قضائية ، الوصية و الوقف في الإسلام مقاصد و قواعد، ج2، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1999.
48. أمينة مصطفى النمر، الدعوى و إجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.
49. بداوي علي، الضوابط الإجرائية المستحدثة في شروط الدعوى وقواعد الإختصاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، 2009.
50. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون الزواج والطلاق، ج1، دار النهضة العربية، بيروت.
51. برقي للنشر، الأسئلة في القانون (الميراث، الوصية والهبة)، دليل قانوني، الجزائر، 2014.
52. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية(قانون 09/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008)، منشورات البغدادي، ط01، الجزائر، 2009.
53. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج02 ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2007.
54. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
55. بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، دون تاريخ النشر، الجزء الثاني، 15.
56. بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1998.

57. بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.
58. بوكان أبو بكر كريم، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2012.
59. جواد مهمول، الوجيز في المسطرة المدنية (مجموعة القانون المسطري 01)، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، المطبعة الأمنية، الرباط، 2009.
60. حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط02، دار المعارف، 1979.
61. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
62. رشدي شحاتة أبوزيد، الاشتراط في وثيقة الزواج الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2011.
63. رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط1، دار المطبوعات الجامعية، لبنان، 2006.
64. رمزي سيد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط8، دار النهضة العربية، 1969.
65. زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ج4، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
66. زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7، ط1، دار التراث العربي، دمشق، 2002.
67. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية-نصا-شرحا- تعليقا-تطبيقا، ج01، دار الهدى، الجزائر، 2011.

68. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 2 ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999.
69. سعيد بن علي بن وهف القحطاني، الغفلة - مفهوماها، وخطرها- وعلاماتها- وأسبابها- وعلاجها، ج 01، مطبعة سفير، الرياض.
70. سمارة أحمد، أحكام وآثار الزوجية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2000.
71. شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، الطبعة الأولى، ج 05، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1993.
72. شمس الدين محمد المنوفي، اية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 07، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1984.
73. شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 07، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1984.
74. طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
75. عاطف النقيب، نظرية العقد، مكتبة صادر دار المنشورات الحقوقية، 1998.
76. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر، القاهرة، 1980.
77. عبد الحكيم فوده ، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة ، ط 02، دار الفكر و القانون ، المنصورة ، 1999
78. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، دون مكان النشر، دون تاريخ النشر.
79. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج 2، ط 5، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979.
80. عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط 2، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

81. عبد السلام محمد شريف العالم، قانون الزواج والطلاق واسانيدہ الشرعية، ط 1 ، منشورات جامعة قاريونس بنغازي، 1990.
82. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومه، الجزائر، 1996.
83. عبد العزيز سليمان الحوسات ، الأنكحة الفاسدة والمحظورة قديما وحديثا، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2006.
84. عبد الفتاح تقيية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، منشورات ثالة، الجزائر، 2007 .
85. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ب ط، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2010.
86. عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الهلال، الجزائر.
87. عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، وفق مستجدات مسودة مشروع 2018، ط09، مكتبة المعرفة، مراكش، 2019.
88. عبد الكريم بلعيور، محاضرات قانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار هومة .الجزائر، 2009 .
89. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج2، مكتبة الرشاد ، المغرب ، 2006.
90. عبد اللاه أحمد الهلالي، حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
91. عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي، المغني مع الشرح الكبير، ج11، مطبعة المنار، مصر.
92. عبد الهادي بوطالب، مفهوم الأسرة ووظيفتها ومسؤوليتها في الديانات والاعلانات العالمية وموثيق الأمم المتحدة، مطبوعات أكاديمية للمملكة المغربية

- سلسلة "الدورات"، أزمة القيم ودور الأسرة في تطور المجتمع المعاصر، الرباط، 2001.
93. عبد الواحد كرم ، معجم المصطلحات القانونية ، ط1 ، عالم الكتب ، بيروت ، 1987.
94. عبد الوهاب بوضرسة، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى.
95. علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي، البهجة في شرح التحفة"شرح تحفة الحكام"، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، ط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ - 1998م.
96. علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.
97. كرغلي مقداد، دور النيابة في مادة المدني، نشرة القضاة، وزارة العدل، مديرية الوثائق، عدد خاص 1982.
98. كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى النسب والإرث، ط1، مطبعة ابناء وهبه حسان، القاهرة، 2002.
99. حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة ، الجزائر ، 2005.
100. مالك ابن انس، المدونة الكبرى، ج 3، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2005.
101. محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، جامعة الإسكندرية، مصر، 1972.
102. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة مصر.
103. محمد أحمد سراج ومحمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
104. محمد الأمين بن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواده، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، دبي، 2002.

105. محمد الكشبور، البنية والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية"، دراسة قانونية وشرعية مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، 2007.
106. محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة (الزواج)، ط3، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2015.
107. محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة (الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثارها، الولادة ونتائجها)، المكتبة القانونية والعربية، ط 8، المحمدية، 2017.
108. محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج، ج07، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
109. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986.
110. محمد بن أحمد الجزبي الغرناطي حقه و علق عليه ماجد الحموي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتبنيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، ط 1، دار ابن حزم، لبنان، 2013.
111. محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، ط1، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع، 1426هـ-2006م.
112. محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ط1، دار ابن الجوزي، 1429.
113. محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الحنفى الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 2002.
114. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، ط01، ج 08، دار الحديث، مصر، 1993.
115. محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج02، ط2، التراث العربي، الكويت، 1974.

116. مرزق أيت الحاج، الوجيز في التوثيق العدلي، ط1، مطبعة طوب بريس،
2005.
117. محمد رأفت عثمان ، عقد الزواج ، أركانه وشروط صحته في الفقه
الإسلامي ، د.د.ن ، د.س.ن.
118. محمد رواس قلعه جي، الموسوعة الفقهية الميسرة، دار ابن حزم، دار
النفائس، الجزء 02، بيروت.
119. محمد سراج، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر،
الإسكندرية، مصر، 1998 .
120. محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني
الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2010.
121. محمد سمارة، أحكام الزواج وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال
الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
122. محمد فحري جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد
للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 2009.
123. محمد مدني بوساق، دور النيابة العامة في ضوء الفقه الإسلامي، جامعة
نايف العربية للعلوم الأمنية، 1426 هـ-2005.
124. محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية
مع الإشارة الى مقابلها في الشرائع الأخرى، المكتبة العلمية، لبنان ، 1424 هـ -
2003.
125. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 2 ، 1973.
126. مصطفى زروفي، في ميزان الذهب في قواعد اللعان والنسب من خلال
قرارات المجلس الأعلى مطبعة سيرينور فاس، ط1، 2007 .
127. مصنف عبد الرزاق : كتاب النكاح، باب وجوب الصداق.
128. محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار الحامد
للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

129. محمود حمودة ومحمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، الأردن، 1984.
130. محمود سيد التحيوي، الصفة غير العادية وآثارها في رفع الدعاوى القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
131. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
132. محمد مدني بوساق، دور النيابة العامة في ضوء الفقه الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1426 هـ - 2005.
133. مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، باب النون فصل الحاء، ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 1426 هـ - 2005 م.
134. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 1403 - 1983.
135. مريم أحمد غالب الخطيب، شهادة المرأة على عقد الزواج دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، مج2، ع01، 2021.
136. موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، الإقناع، ج04، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
137. موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج03.
138. نجمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي منادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
139. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2001.

140. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية: دراسة تحليلية للفقهاء والقضاء المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

141. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين المليلة، الجزائر.

142. نجيب بكير، دور النيابة العامة في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية مقارنة، الطبعة الأولى، 1984.

143. نزييم نعيم شلالا، الطلاق وبطلان الزواج لدى الطوائف المسيحية اجتهادات المحاكم الروحية- ودراسات فقهية كنسية، منشورات الحلبي الحقوقية.

144. وجدي راغب فهمي مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر الديني، القاهرة الطبعة الأولى.

145. وَهْبَةُ بن مصطفى الزُّحَيْلِيِّ، الفِئَةُ الإسلاميَّةُ وأدلتُّه (كتاب إلكتروني)- (الشَّامِلُ للأدلة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمَّ النَّظريَّات الفقهية وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخریجها)، الطبعة: الرَّابِعة المنقَّحة المعدَّلة بالنَّسبة لما سبقها (وهي الطبعة الثانية عشرة لما تقدمها من طبعات مصورة)، دار الفكر، سوربة - دمشق، بدون سنة نشر.

146. وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، المطبعة العلمية، دمشق، ط2، 1978-1979.

ب/- الأطروحات والمذكرات:

1. الشقيرات صالح بن خالد صالح، أثر الزواج غير الصحيح على العدة بين الفقه والقانون، مج 27، عدد 01، الجامعة الإسلامية غزة عمادة شؤون البحث العلمي والدراسات العليا، فلسطين، 2019/01/31.

2. حمزة جبايلي، ضوابط الزواج في المجتمع الجزائري بين قانون الأسرة والأعراف الاجتماعية مدينة خنشلة نموذجاً، مذكرة ماجستير في علم الاجتماع القانوني،

- جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ،
2009/2008.
3. حمليل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة لنيل
شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس،
1998.
4. داودي عبد القادر، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، أطروحة
دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة
وهران، 2004_2005.
5. طرشي سمية، الشروط في عقد الزواج، الأحكام والآثار، مذكرة ماستر، جامعة
بسكرة، 2014_2015.
6. طه عبد المولى طه ابراهيم، التعويض القضائي عن الأضرار التي تقع على
الأشخاص دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق،
جامعة المنصورة، مصر، 2000.
7. عائدة البرمالي غريال، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل
الأسرية (تونس مثالا)، رسالة ماجستير، حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم
السياسية، الجامعة اللبنانية، 2006.
8. مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -
دراسة مقارنة- رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر
بلقايد، 2009-2010.
9. مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه وقانون
الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08
ماي 1945 قالمه، 2019/2020.
10. نزار نبيل أبو منشار، النفقة الواجبة على الزوج والإجراءات القضائية المتعلقة
بها، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل
معهد القضاء العالي كلية الدراسات العليا القضاء الشرعي.

ت/- المقالات :

1. إبراهيم بحماني، نسب الأبناء في الزواج الفاسد، مجلة القضاء والقانون العدد 149 .
2. العربي تومي و خالد بوشمة، النقص التشريعي في أحكام زواج و طلاق المحجور عليهم في قانون الأسرة الجزائري مقارنة مع مدونة الأسرة المغربية، مجلة القانون و المجتمع، 2020، مج 08، ع 02
3. المنتدى مدونة الأسرة تقييم ومعالجة، مجلة دورية يصدرها منتدى البحث القانوني، مراكش، 2005، عدد 05.
4. بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013، بوتخيل معطي، أهم تحديات الأسرة الجزائرية والرهنانات المطروحة امامها، مجلة الثقافة الإسلامية، مجلة نصف سنوية تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والاقواف، حيدرة، الجزائر، السنة الأولى، العدد التجريبي، 1425هـ. 2004 م.
5. تافرونت الهاشمي، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، عدد 08، ج 01، جوان 2017.
6. تشوار جيلالي، حواطر اضطراب الاجتهاد القضائي في مسألتي الخطبة والإشتراط في عقد الزواج، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، مجلد 2، عدد 1، 2017.
7. تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 4، 1999.
8. تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005.

9. تيسير التميمي، قاضي قضاة فلسطين رئيس المجلس الأعلى للقضاء الشرعي سابقا، مقالة حول مقاصد الزواج في الإسلام، ملاحق الخليج - ملحق الدين للحياة، 24 أكتوبر 2014.
10. حساين عبود، قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة، الكتاب المتعلق بالزواج، مجلة القضاء و القانون، المغرب، د.س، العدد 150.
11. سعد الدين مسعد هلاي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مجلة النشر العلمي، جامعة الكويت، سنة 2001.
12. صالح حمليل ومن معه، إجراءات التقاضي أمام قاضي شؤون الأسرة، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، عدد 28.
13. عبد العزيز وحشي، سماع دعوى الزوجية على ضوء العمل القضائي، مقال منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل والحريات للمملكة المغربية: www.justice.gov.ma
14. عسالي عبد الكريم، الدفع بعدم القبول في الدعوى بين حماية حق المتقاضي واستقرار العمل القضائي، مجلة الباحث في العلوم القانونية والسياسية، ديسمبر 2020، عدد خاص.
15. عمر زودة، دراسة حول طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، مجلة المحكمة العليا، 2005، عدد 20.
16. فتيحة يوسف، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005.
17. كرجلي مقداد، دور النيابة في مادة المدني، نشرة القضاة، وزارة العدل، مديرية الوثائق، 1982، عدد خاص.
18. مقفولجي عبد العزيز، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، عدد 06.

19. محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق الكويتية السنة العشرون، مارس 1996، عدد 01.
20. وليد سعيد عبد الخالق محمد عبد الفتاح، بحث حول الصفة، ICSSACCADEMY، كلية مهنية فنية معتمدة دوليا حسب إتفاقية لاهاي الدولية ل 72 دولة، السبت 04 يونيو 2020.
21. مصطفى بويكوتي، دور النيابة العامة في القضايا الأسرية، موقع الأسرة و المجتمع، طالب باحث في ماستر الأسرة في القانونين المغربي والمقارن بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير، 29 أبريل 2020.

ج/- المداخلات في التظاهرات العلمية :

1. بداوي علي، مداخلتة شرح أحكام الكتاب الأول من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بالدورة التكوينية الفترة الزمنية الممتدة من 31 يناير إلى 04 فبراير بالمدرسة العليا للقضاء.
2. بلحاج العربي ، نظرية الدعوى في قانون الإجراءات المدنية ، سلسلة من المحاضرات ألقيت على طلبه الماجستير في القانون الخاص ، جامعة وهران 1989 .
3. تشوار جيلالي ، محاضرات في قانون الأسرة ، ألقيت على طلبة السنة الرابعة حقوق لسنة الجامعية 2020/2021 ، clearn.univ.tlemcen.dz
4. عليا الشريف الشماري، الزواج، أليق، منشورات البحر الأبيض المتوسط، جمعية النساء التونسيات للبحث والتنمية.
5. لعموري محمد، رئيس الغرفة الإجتماعية، الطعن بالنقض شروطه الشكلية والموضوعية بين النص والإجتهااد القضائي أمام المحكمة العليا في المواد المدنية، يوم 2021/03/31 بالمدرسة الوطنية العليا للقضاة بالقليلة.

6. سعد أصبان، النسب بين قواعد الشريعة ونتائج الخبرة، عرض قدم لطلبة المعهد العالي للقضاء، الفوج 34 .

د/- النصوص القانونية :

1. القانون رقم 09.08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
2. الأمر رقم 154.66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 و المتضمن القانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم.
3. القانون رقم 11.84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم .
4. الأمر رقم 58.75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني.
5. القانون رقم 01-15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج.ر، عدد 01، 2015.
6. قانون الإلتزامات والعقود: ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، صيغة محيطة بتاريخ 18 فبراير 2016.

ه/- المواقع الإلكترونية :

1. موقع ويكيبيديا : مقالة حول الزواج و التزواج ، تاريخ نشر المقالة 29 نوفمبر 2020 ، الساعة 12.28 ، تاريخ زيارة الموقع 2020/12/25.
2. الحاسي مریم ، الزواج غير الصحيح و آثاره ، www.startimes.com
3. بوكايس سمية، الإشتراط في عقد الزواج، مجلة القانون والأعمال الدولية، 13، يناير 2015، 30:18، www.droitentreprise.com .
4. موقع رسالة الإسلام، بحوث أصولية، التفرقة بين الفاسد والباطل دليل السيارى، 2008/03/10، www.islemweb.net/ar/fatwa.
5. أحمد شريف النعسان، عقد الزواج بدون شهود عند المالكية، 14 مارس 2012، رقم الفتوى 4961، www.naasan.net.

6. الشيخ محمد صالح المنجد، موقع الإسلام سؤال وجواب: الانترنت، ربيع الأول 1439، 20 نوفمبر 2017.
7. موقع المجلس القومي للمرأة، حقوق المرأة في مجال الأحوال الشخصية أحكام الزواج من الوجة القانونية، الاثنين 15 أكتوبر 2012.
8. موقع كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة أكادير، الفرق بين البطلان والابطال، مقالة بتاريخ 03/09/2016، [www.fsjes— .agadir.info/vb](http://www.fsjes-agadir.info/vb)
9. محمد القاسمي، مقالة الأحكام العامة للأهلية في ضوء مقتضيات مدونة الأسرة، http://frssiwa.blogspot.com/2018/09/blog-post_29.html
10. أحمد واصل، الموسوعة العربية، الدعوى القضائية، التصنيف القانون، المجلد التاسع، ص276. <http://arab-ency.com.sy/detail/3350.276>
11. المكتبة القانونية العربية، صيغة دعوى مستعجلة بإثبات حالة، <https://www.bibliotdroit.com>، 2020/04/01.
12. المكتبة القانونية الإلكترونية، طرق الطعن العادية في القانون المغربي، 11ماي 2007، 19:48/02/20، 2022، <https://www.bibliojuriste.club>،
13. المكتبة القانونية المغربية، طرق الطعن غير العادية في قانون المسطرة المدنية، <https://www.elkanounia.com> ، 2020/02/28

قائمة محتويات الأطروحة

الصفحة	قائمة محتويات الأطروحة
أ	الآية القرآنية
ب	الإهداء
ت	الشكر
ث	قائمة المختصرات
05	مقدمة
13	الباب الأول: الزواج الفاسد و الباطل في القانونين الجزائري والمغربي
16	الفصل الأول: الزواج الفاسد كنتيجة لانعدام شروط صحة عقد الزواج في القانونين الجزائري والمغربي
17	المبحث الأول : مفهوم أصول الزواج الفاسد في القانونين الجزائري والمغربي
18	المطلب الأول: مفهوم الزواج الفاسد وتمييزه عما يشابهه
19	الفرع الأول : مفهوم الزواج الفاسد
28	الفرع الثاني: تمييز الزواج الفاسد عما يشابهه
33	المطلب الثاني: مسببات الزواج الفاسد
34	الفرع الأول: الزواج الفاسد لصدقه أو لفقد شرط الولي
39	الفرع الثاني: الزواج الفاسد لسبب عقده في المدونة المغربية
43	الفرع الثالث: التمييز بين القانونين المغربي والجزائري بشأن حالات الزواج الفاسد
44	المبحث الثاني: نوعية الجزاء المترتب على الحكم بفساد الزواج
44	المطلب الأول: آراء الفقه الإسلامي حول فرقة الزوجين
45	الفرع الأول: الفرقة بين الفسخ والطلاق
46	الفرع الثاني : النتائج المترتبة على الفرقة فسخا وطلاقا
49	المطلب الثاني: الفسخ كجزاء للزواج الفاسد وتمييزه عن غيره مما يشابهه
50	الفرع الأول: تعريف الفسخ وتمييزه عما يشابهه
55	الفرع الثاني: الأساس القانوني للفسخ

59	الفصل الثاني: حالات الزواج الباطل غير الصحيح فقها وقانونا
59	المبحث الأول: ماهية الزواج الباطل
60	المطلب الأول : مفهوم الزواج الباطل
60	الفرع الأول: تعريف الزواج الباطل في الفقه الإسلامي
65	الفرع الثاني: مفهوم الزواج الباطل في القانونين الجزائري والمغربي
66	المطلب الثاني: مقارنة بطلان الزواج ومايشأهه من مفاهيم
66	الفرع الأول: البطلان والإبطال
70	الفرع الثاني: الفرق بين بطلان الزواج وفسخه
70	المبحث الثاني: أسباب الزواج الباطل في القانونين الجزائري والمغربي
70	المطلب الأول: إنعدام ركن الرضا وتخلف أهلية الزواج
71	الفرع الأول: الحالات المنصوص عليها صراحة
87	الفرع الثاني: تخلف الأهلية في عقد زواج
94	الفرع الثالث: تخلف الولي في حالة وجوبه سببا لإبطال الزواج
95	المطلب الثاني: أسباب أخرى للزواج الباطل والفاقد
95	الفرع الأول: الزواج الفاسد لتخلف الشهود وثبوت حرمة المصاهرة
97	الفرع الثاني: الزواج الفاسد لعقده شرط الولي
99	الباب الثاني : إجراءات التقاضي للحكم بفساد الزواج أو بطلانه والآثار المترتبة عنه
100	الفصل الأول: إجراءات التقاضي في قضايا الزواج الفاسد والباطل
102	المبحث الأول: شروط قبول الدعوى
102	المطلب الأول: شرط الصفة في الدعوى
102	الفرع الأول: مفهوم الصفة ومكانتها الإجرائية
105	الفرع الثاني: الصفة الإجرائية والاستثنائية في الدعوى
107	الفرع الثالث: الصفة في النيابة العامة
113	الفرع الرابع: طبيعة الدفع الناشئ لإنتفاء الصفة

117	الفرع الخامس: الإجراءات الشكلية في الدعاوى الخاصة بالتعويض في مسائل أسرية
118	المطلب الثاني : المصلحة في الدعوى
118	الفرع الأول: شرط المصلحة في رفع الدعوى
119	الفرع الثاني: شروط المصلحة
121	الفرع الثالث: بعض الدعاوى الوقائية القائمة على المصلحة المحتملة
127	المطلب الثالث: الأهلية في الدعوى
127	الفرع الأول: عدم الأهلية
131	الفرع الثاني: ناقص الأهلية
134	المبحث الثاني: المحكمة المختصة وطرق الطعن
135	المطلب الأول: المحكمة المختصة للنظر في دعوى بطلان الزواج أو فساده
135	الفرع الأول: الإختصاص النوعي
137	الفرع الثاني: الإختصاص الإقليمي أو المحلي
140	المطلب الثاني: طرق الطعن ضد الأحكام الناطقة ببطلان الزواج أو فساده
141	الفرع الأول: طرق الطعن العادية
143	الفرع الثاني: طرق الطعن غير العادية
148	الفصل الثاني: الآثار المترتبة على الحكم بفساد الزواج أو بطلانه
150	المبحث الأول: الآثار الشخصية المترتبة على الحكم ببطلان الزواج أو فساده
151	المطلب الأول: الإستبراء، العدة والنسب وحرمة المصاهرة كأثر لعقد الزواج الباطل أو الفاسد
151	الفرع الأول: حرمة المصاهرة المترتبة على الحكم ببطلان عقد الزواج أو فساده
153	الفرع الثاني: الإستبراء والعدة في العقد الباطل والفاسد
158	الفرع الثالث: النسب في الزواج الباطل والفاسد
180	المطلب الثاني: الحضانة كأثر للزواج الفاسد أو الباطل
181	الفرع الأول: ماهية الحضانة
189	الفرع الثاني : آثار إسناد الحضانة

190	الفرع الثالث : دعوى إسقاط الحضانة
194	الفرع الرابع: إنقضاء الحضانة وتمديدها
195	الفرع الخامس: الإشكالات القانونية المتولدة عن تطبيق أحكام الحضانة
199	المبحث الثاني: الآثار المالية
199	المطلب الأول: الصداق في حالة الزواج الفاسد أو الباطل
200	الفرع الأول: تعريف الصداق، مشروعيته، تكييفه ومؤكداته في الزواج الفاسد أو الباطل
205	الفرع الثاني: نكاح الشغار
206	المطلب الثاني: النفقة وحق الميراث
207	الفرع الأول: حكم النفقة في حالة الحكم بفساد الزواج أو بطلانه
208	الفرع الثاني: حكم الميراث في الزواج الفاسد أو الباطل
210	المطلب الثاني: التعويض في حالة الحكم ببطلان الزواج أو فساده
211	الفرع الأول: أركان المسؤولية المترتبة على الحكم ببطلان الزواج أو فساده
213	الفرع الثاني: تقدير القاضي للتعويض
216	خاتمة
223	قائمة المراجع
243	قائمة محتويات الأطروحة

الملخص

عقد الزواج بخصوصيته التشريعية وبنيته التكوينية من أركان ومقومات وشروط له أهمية كبيرة، فهو يتوسط الجانب الفقهي باعتباره الأصل الذي لم يمكنه التخلص منه وجانب آخر تفرضه متطلبات الوضع الراهن المعاصر يحتم عليه الظفر بما. ولهذا إرتأ كل من المشرع الجزائري والمغربي اللجوء إلى التحلل من المذهب الواحد واعتماد المذاهب الفقهية الأخرى كنوع من مواكبة المتطلبات العصرية وفي نفس الوقت إحياء لآراء فقهاء الشرع الإسلامي، وذلك لتوسيع النظر في المسائل محل النزاع للظفر بالبحث عن الحلول الوسطى أو بترجيح أحد الكفئات عن الأخرى لما يتناسب وقضايا الحال فيما يخص الزواج. فإذا نشأ هذا الأخير صحيحا ترتبت عنه آثاره المنصوص عليها في التشريع الأسري، وفي حال إختلال نظامه التشريعي فسد أو بطل الزواج ولم يقض بترتيب آثار أو إلتزام إلا ما كان بسبب الدخول بالزوجة في إطاره ولما كان الزواج عقدا رضائيا فإن كل من الزوجين قد يشترط ما يراه في مصلحته، وتلك الشروط الإرادية منها ما يكون صالحا لازما بالعقد ومنها من يكون فاسدا يستوجب الإسقاط لمناقضته النظام العام أو مقاصد الزواج ومقتضياته.

الكلمات المفتاحية :

زواج، فساد، بطلان، آثار، دعوى، شروط الصحة، إجراءات .

Resume:

Le contrat de mariage avec sa spécificité législative et sa structure formative des piliers, des composantes et des conditions de grande importance, il médiatise l'aspect jurisprudentiel comme l'original qui ne pouvait pas s'en débarrasser et un autre aspect imposé par les exigences de la situation actuelle contemporaine est nécessaire pour qu'il gagne, et pour cela le législateur algérien et marocain a décidé de recourir à la décomposition de la même doctrine et à l'adoption d'autres écoles de jurisprudence comme une sorte de suivre le rythme des exigences modernes et en même temps raviver les vues des juristes islamiques, afin d'élargir la prise en compte des questions en litige triomphant recherche de solutions de compromis ou pondération de l'un des menottes Si ce dernier se pose valablement, il a ses effets stipulés dans la législation familiale, et dans le cas où il est dû à l'entrée de la femme dans son cadre, et puisque le mariage est un contrat consensuel, chacun des époux peut stipuler ce qu'il estime dans son intérêt, et ces conditions volontaires, y compris ce qui est valable et nécessaire dans le contrat, et certaines d'entre elles sont cruelles et nécessitent l'omission pour contredire l'ordre public ou les buts et exigences du mariage.

Mots-clés:

Mariage, corruption, nullité, effets, procès, conditions, santé, procédures.

Abstract:

The marriage contract has a huge importance and it's legislative privacy, and it has a configuration structure of elements and regulator and terms, located in the center of two streams; one of them is the Fiqh side as the origin that's not done without it, and on another side the current and contemporary situation requires it and impose them to follow-up, among This tides the Algerian and Moroccan legislators decided to refuge the decomposition of one doctrine and depend any recognized Islamic schools of thought; as a kind of riding the requirements of the times and revived in the same time for views of recognized Islamic schools of thought and so to broaden consideration of the issues in dispute and found the appropriate middle solutions, or the weighting of one opinion on the other in view of what suits the disputed issues In the field of marriage, If It's held properly it will has the effects that the family legislation talked of we mean here lineage, in the event of a disruption of its legislative system it will corrupt or null and void, And did not arrange the supposed impact and commitment only what was due to intercourse, and we limited it here in lineage.

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

Keywords:

Marriage, corruption, contraindicated, health terms, procedures.