

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

Dissolution of marital bond, its causes and effects

نورة العشي

خديجة نبات*

كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1-

K.nbbt1705@mail.com

تاريخ إرسال المقال: 2024 /12 /06 تاريخ قبول المقال: 2024 /01 /31 تاريخ نشر المقال: 2025 /03 /20

الملخص:

الزواج حل استمتاع الرجل بالمرأة على الوجه الشرعي، فيتم ارتباطهما بموجب عقد. هذا العقد الذي ينبغي أن يخضع في تمامه لأركان و في صحته لشروط يجب توفرها. مع ذلك، قد يتم عقد الزواج دون أن رضا الزوجين، أو دون أن يكون أحدهما أهلا للزواج، فيبطل العقد و يبطل معه الزواج. كما يمكن أن يتم الزواج دون حضور ولي المرأة أو الشهود أو دون تسمية للصدّاق، و هو ما يؤدي إلى فساد. لذلك، يفسخ العقد عند ثبوت فساد، و من ثم تتأثر العلاقة الزوجية بذلك الفسخ خاصة إذا تم الدخول بالزوجة، و يتأثر الأولاد أيضا إن وجدوا. و تختلف آثار الزواج الفاسد قبل الدخول بالزوجة عن تلك الآثار التي تكون بعد الدخول بها. فالعدة و النسب و التوارث من أهم ما تتأثر بها العلاقة الزوجية من زواج فاسد. فالزوجة من زواج فاسد سوف تعتد عند الدخول بها، و نسب الأولاد يثبت بالرغم من فساد الزواج، و تبقى مسألة التوارث بين الزوجين حيث لا يتوارث الزوجان من زواج فاسد إذا تم فسخ الزواج، أما إذا لم يتم فسخه، فالزواج يبقى قائما و يرث كل من الزوجين الآخر إذا توفي قبل الفسخ.

الكلمات المفتاحية: الزواج، الرابطة، فساد ، فسخ.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

Abstract :

Marriage is the solution of a man's enjoyment of a woman in a legal manner, and they are bound by contract. This contract, which must be subject in its entirety to the elements and in its validity to the conditions that must be met. However, a marriage may be concluded without the consent of the spouses, or without one of them being eligible for marriage, and the contract is annulled and the marriage is annulled. Marriage can also take place without the presence of the woman's guardian or witnesses or without naming the dowry, which leads to its corruption. Therefore, the contract is terminated when it is proven to be corrupt, and then the marital relationship is affected by that annulment, especially if the wife is entered, and the children are also affected, if any. The effects of a corrupt marriage before entering the wife differ from those that occur after entering into it. The waiting period, lineage and inheritance are among the most important things that affect the marital relationship from a corrupt marriage. The wife of a corrupt marriage will count when entering into it, and the lineage of the children is proven despite the corruption of the marriage, and the issue of inheritance between the spouses remains, as the spouses do not inherit from a corrupt marriage if the marriage is dissolved, but if it is not dissolved, the marriage remains in place and each of the spouses inherits the other if he dies before the dissolution.

مقدمة :

الزواج رباط مقدس بين رجل وامرأة مرتبطين بعلاقة بيولوجية، مكونين لأسرة تعتبر في الإسلام نظاما ذي طابع ديني ومؤسستي¹. فالعلاقة الزوجية لا تقوم إلا على الوجه الذي حله الله تعالى، مصداقا لقوله: "والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة" سورة النحل الآية 72. أي على أسس شرعية أقرها الشارع الحكيم، حتى يستمتع كل واحد منهما بالآخر. قال تعالى: "يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء" سورة النساء الآية 1.

والرابطة الزوجية المبنية على شروطها الشرعية تأتي بنسل سوي متباها به أمام الأمم، كما تحدث به الرسول الكريم ﷺ: "تناكحوا تناسلوا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة"². وعلى خلاف ذلك، فإذا كان العقد فاسدا في نشأته تزعزعت العلاقة الزوجية وترك ذلك آثارا نفسية واجتماعية على الزوجين والأطفال إن وجدوا على حد سواء.

¹ . الغوثي بالملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة النشر 2008،

صفحة 05، 06.

² . رواه الشافعي عن ابن عمر.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

إن الهدف من وراء دراسة موضوع عقد الزواج الفاسد، هو تبيان الأسباب التي أدت الى اعتباره فاسدا، مما يؤدي بالنتيجة إلى فسخه، ثم الآثار الناجمة عن ذلك الفسخ على الزوجين. فما هي الأسباب التي تؤدي إلى فسخ عقد الزواج؟ وكيف يؤثر فسخ العقد على العلاقة الشرعية و القانونية بين الزوجين؟ وهل يتعدى أثر التفريق بين الزوجين إلى الأولاد إن وجدوا؟ من حيث المنهج المتبع في البحث، إتبعنا المنهج التحليلي و المقارن، حيث قمنا بتحليل موضوع عدم شرعية الزواج لفساده بسبب خلل في أحد أو جل شروطه التي وضعها الشارع الحكيم و القانون، ومن ثم تبيان آثاره التي تعود على الزوجين المرتبطين. كل ذلك مقارنة بين ما جاء به الفقه قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: الزواج الصحيح

يتضمن هذا المبحث تعريف الزواج الصحيح، أركانه وكذا الشروط التي تقوم عليها العلاقة الزوجية الشرعية.

المطلب الأول: تعريف الزواج الصحيح وانعقاده

أولا. الزواج الصحيح والحكمة من مشروعيته:

1. تعريف الزواج الصحيح:

الزواج لغة يعني الإقتران.

أما اصطلاحا: فهو عقد يجمع بين رجل وامرأة على الوجه المحلل شرعا.

ويسمى الزواج نكاحا. والنكاح لغة هو التضام والتداخل، فيقال: تناكحت الأشجار، أي دخل

بعضها في بعض³.

أ. التعريف الفقهي للزواج:

³. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته. النكاح.، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثالثة، 2005، صفحة 183.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

عرف المالكية الزواج أو النكاح بأنه عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم، أي أنه عقد يحل لرجل ان يتمتع بأنثى كانت محرمة عليه. وقد شرع الله سبحانه وتعالى النكاح لحكم كثيرة، ومصالح جمة، ومنافع عديدة، من ذلك أن إرادة الله اقتضت أن يكون الإنسان خليفة في الأرض لإصلاحها، وإقامة الشرائع فيها، وهي التي لا تتحقق إلا إذا بنيت على أسس متينة ودعائم قوية ثابتة ألا وهي النكاح.⁴

وعلى ذلك، فإن الزواج هو في الأصل الرباط المقدس بين الرجل والمرأة، حلله الله سبحانه وتعالى، وجعل بينهما المودة والرحمة في علاقتهما ببعضهما البعض من خلال قوله تعالى: "ومن آيته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة" سورة الروم الآية 21 .

ب . التعريف القانوني للزواج:

عرف قانون الأسرة الجزائري⁵ الزواج في المادة الرابعة منه، بأنه عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي.

ومن ثم يعرف عقد الزواج ، و كسائر العقود طبقا للقواعد العامة بأنه اتفاق منشئ لأثر شرعي أو قانوني. زيادة على ان عقد الزواج يهدف الى تكوين أسرة بالطريق الحلال. ولا يعتبر العقد قائما إلا إذا تم في مجلس العقد مستوفيا لركن الرضا و توفر الأهلية و كذا شروط الصحة، وما عداه كاقتران الفاتحة بالخطبة فلا يعتبر زواجا شرعيا طبقا لنص المادة 6 فقرة 1 من القانون⁶

2 . الحكمة من مشروعية الزواج:

لقد شرع الله الزواج لحكم كثيرة، منها ان النكاح يكف النفس عن الزنا ويعمل على موافقة إرادة الله تعالى في بقاء النسل إلى اليوم المعلوم وإرادة الرسول ﷺ في المكاثرة⁷

أ . الزواج مشروع في كتاب الله عز وجل:

⁴ - محمد أمين الشهيد بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الخامس، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، طبعة خاصة، 2003. صفحة 58.

⁵ - (القانون 11/ 84)، القانون 11/ 84 المؤرخ في 9 جوان 1984، الجريدة الرسمية رقم 24 لسنة 1984 المعدل والمتمم، المتضمن قانون الأسرة.

⁶ - الامر 02 /05 المؤرخ في 27 /02 /2005، الجريدة الرسمية رقم 15 مؤرخة في 27 /02 /2005 المتضمن قانون الاسرة.

⁷ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، مرجع سابق، صفحة 186.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

إن الحكمة من تشريع الزواج هو الغرض منه، وهذا الغرض يتحقق في بقاء النوع الإنساني وتحصين النفس وقضاء حاجاتها الجنسية من الطريق الذي أحله الله تعالى والبعد عن انتهاك حرمة الدين الإسلامي.⁸ قال تعالى: "وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم، محصنين غير مسافحين، فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة". سورة النساء الآية 24. وقوله تعالى: "فانكحوا ما طاب لكم من النساء". سورة النساء. الآية 3.

ب. الزواج مستحب في السنة النبوية: وذلك لمن كان قادرا على الباءة، وأما غير القادر عليها فهو في حقه حرام إذا أخفى ذلك على زوجته عند العقد. وقد يكون واجبا إذا خشي على نفسه الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج. والأصل في ندبه قوله صلي الله عليه وسلم "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج" ⁹ فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج.¹⁰ وقال أيضا: "النكاح من سنتي، فمن لم يعمل بسنتي فليس مني، وتزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم، ومن كان ذا طول فليتكح، ومن لم يجد فعليه بالصوم، فإن الصوم وجاء له"¹¹

ثانيا: مقومات انعقاد الزواج الصحيح:

لتمام حل العلاقة بين الرجل والمرأة، وجب ان يتم ذلك بعقد بينهما.

والعقد لغة لفظ مشتق من عقد، والعقد جمعه عقود ومعناه الشد والتوثيق والربط.¹²

أما اصطلاحا: فيطلق العقد في اصطلاح الفقهاء على معنيين، معنى عام للعقد، وهو كل ما عزم المرء على فعله سواء بإرادة منفردة كالوقف والطلاق، أو صدر عن إرادتين كالبيع والإيجار والشركة، وسواء كان التزامه يتعلق بالعبادات كأداء الفرائض والواجبات، وترك المحرمات، أو كان التزامه يتعلق بالعادات والمعاملات، فهو يشمل أي تصرف أو التزام، بل هو مرادف لكلمة التزام¹³

⁸ - أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول. دار الكتب القانونية، مصر، بدون طبعة، 2006. صفحة 11.

⁹ - الباءة هي التزوج، وهي النكاح والجماع.

¹⁰ - أبو محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقيين في الفقه المالكي، الجزء الأول، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، مكة المكرمة، بدون طبعة، بدون سنة نشر. صفحة 279.

¹¹ - رواه ابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها

¹² - سليم محمودي، أحكام في فسخ عقود الزواج في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون،

تخصص فقه إسلامي، جامعة الجزائر 1. السنة الجامعية 2017 . 2018. صفحة

¹³ - سليم محمود، أحكام فسخ عقود الزواج في الفقه الإسلامي. أطروحة الدكتوراه. مرجع سابق، صفحة 14

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

ويعرف العقد طبقا للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري¹⁴ اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما. وعقد الزواج إما أن يكون عقدا شرعيا فيسمى زواجا عرفيا، وإما أن يكون عقدا توثيقيا فيسمى زواجا رسميا. فأما الأول فيخضع في إبرامه لأحكام فقهية، وأما الثاني فيخضع لأحكام قانونية.

تتمثل الأحكام التي يخضع لها عقد الزواج كغيره من العقود الى الأركان و الشروط التي لابد من توفرها لينتج صحيحا . أما الفرق بين الركن والشرط، فهو أن الركن ما يكون به قوام الشيء ووجوده، وهو جزء داخل في ماهيته. أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته، ولا يكون مؤثرا في وجوده. فالركن كالركوع في الصلاة والشرط كالطهارة لها.¹⁵

وعليه، فأركان النكاح هي التي تقوم بها حقيقته الشرعية. والركن: ما توقف الشيء على وجوده، وكان جزءا من حقيقته.¹⁶ فأركان كل عقد هي أجزاؤه التي يتركب منها ويتحقق بها وجوده وانعقاده، وهي العاقد والمعقود عليه وصيغة العقد من إيجاب و قبول. ولما كان وجود الصيغة يستلزم وجود العاقد والمعقود عليه اقتصر أكثر الفقهاء في بيان أركان الزواج على قولهم أن أركان الزواج الإيجاب والقبول¹⁷

أما المالكية، فأركان النكاح عندهم خمسة: صيغة، وزوجان وولي وشاهدان وصداق¹⁸ وهو ما ذهب إليه أيضا المشرع الجزائري في نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة بعد التعديل وحتى قبله.¹⁹

¹⁴- القانون رقم 05 / 10 المؤرخ في 20 يونيو 205 ج ر رقم 44 المؤرخة في 26 / 06 / 2005 المعدل والمتمم للأمر 58/ 75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ج ر رقم 78 المؤرخة في 30 / 09 / 1975 المتضمن القانون المدني)

¹⁵- محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، الجزء الثالث، الطبعة الثانية مزينة، دمشق، بدون سنة نشر، صفحة 114، 115

¹⁶- بن محمد المحلى الشافعي، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، دار القلم العربي، حلب، الطبعة الأولى، 1995، صفحة 28.

¹⁷- عبد الوهاب خلاف، احكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الثانية، 1990، صفحة 22

¹⁸- بن محمد المحلى الشافعي، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، صفحة 28

¹⁹- قانون الاسرة (الأمر 05 / 02)، مرجع سابق. والقرار رقم 81129 المؤرخ في 17-3-1992م. الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001. صفحة 30. «لصحة الزواج لا بد من توافر أركانه من رضا الزوجين، وولي وشاهدين، وصداق".

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

1. الرضا او التراضي:

التراضي، هو توافق الإيجاب والقبول بين كل من الرجل والمرأة على الارتباط، فهو توافق إرادتين على الارتباط. و بالرغم من أن إرادتي الطرفين كافيتان لإبرام العقد، إلا أنه لا بد ان تكون خاليتان من العيوب.²⁰ فإذا كان رضا الزوجين مشوبا بعيب من عيوب الإرادة أصبح باطلا ولا يرتب أي أثر.

لذلك، يدل الرضا على قيام العقد، وذلك بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين²¹ و من هنا، يمكن القول بأن الرضا هو الركن الذي لا يتم انعقاد الزواج إلا به، كما ان غيابه يقف أمام عدم تمام العقد أساسا، لأن تبادل الإيجاب والقبول من الطرفين المقبلين على الارتباط هو الذي ينشئ الرابطة الزوجية بينهما.

أ . الصيغة أي الإيجاب والقبول:

قلنا بأن الرضا هو الإيجاب والقبول، فهي الصيغة . كما يسميها الفقهاء . التي يستعملها الرجل لطلب المرأة للزواج. فالصيغة في العقود هي المظهر الأساسي للدلالة على الرضا ولتوضيح رغبات المتعاقدين في التعاقد من حيث إنجاز العقد أو عدم إنجازه²²

قانون الأسرة²³ أوجب في المادة 9 منه أن يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وجعله الركن الذي لا ينعقد الزواج الصحيح إلا به. ونلاحظ بأن المشرع الجزائري فصل بعد تعديله لقانون الأسرة بين الرضا كركن و بين الشروط اللازمة لصحة الزواج بعد أن كانت الشروط مندرجة مع ركن الرضا في نفس النص.²⁴ كما أن المادة المذكورة نصت على أن الزواج ينعقد بتبادل رضا الزوجين، أي بإيجاب من أحدهما وقبول من الآخر، و بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، كما يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة.²⁵ وهو ما نصت عليه أيضا القواعد العامة ضمن نصوص القانون المدني، على أن يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في

²⁰-محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2007، صفحة

²¹- المادة 59 من الامر 58/75، مرجع سابق

²²- سليم محمودي، أحكام فسخ عقود الزواج في الفقه الإسلامي أطروحة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 39

²³- (المادة 9 من قانون الأسرة (الأمر 02/05)، مرجع سابق.

²⁴- المادة 09 من قانون الأسرة (الأمر 11 / 84)، مرجع سابق.

²⁵- المادة 10 من قانون الأسرة (القانون 11/ 84)، مرجع سابق.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

دلالاته على مقصود صاحبه. كما يمكن أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا²⁶

ولأجل تحقيق الرضا بين المتعاقدين على الزواج، يكون التعبير عن الإرادة في مجلس العقد حيث يكون المتعاقدان حاضرا وجها لوجه حضورا يقينيا معا، أين يرى كل واحد منهما الآخر فلا تلتبس عليه صورته، أو يسمعه فلا يلتبس عليه صوته.²⁷

إن رضا طرفي الزواج على الارتباط يكفي دون حاجة لتوثيق الزواج في شكل رسمي معين، فالباحثون في نظرية العقد عرفوا العقد الرضائي بأنه ما يكفي في انعقاده اقتران القبول بالإيجاب، ويكون رضا الطرفين وحده موجدا ومكونا للعقد كالإجارة والوكالة وأكثر العقود، وعرفوا العقد الشكلي بأنه ما يجب لتكوينه اتباع شكل مخصوص يحدده القانون كهبة العقار التي لا تتم قانونا إلا إذا صدرت في ورقة رسمية أمام الموظف العمومي المختص.²⁸

المشرع لم يكتف برضا الطرفين الشفهي في انعقاد الزواج،²⁹ بل نص على أن يكون العقد موثقا، بالإضافة إلى تسجيله وإشهاره.³⁰

ب . شروط الرضا :

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى شروط الرضا أو التراضي في انعقاد الزواج، لكنه حدد العيوب التي قد تصيب رضا المتعاقدين ضمن نصوص القانون المدني.³¹ فأشترط في رضا المتعاقدين أن يكون سليما خاليا من أي عيب يؤثر في التعبير عن إيجابهما أو قبولهما الزواج.

²⁶ - المادة 60 من الامر 58/75، مرجع سابق.

²⁷ - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، احكامالاسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال

الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية بدون طبعة، 2007، صفحة 198.

²⁸ - عبد الوهاب خلا ف، احكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، صفحة

²⁹ - فيجب، طبقا للمادة 18 من قانون الأسرة (القانون 11/ 84)، أن يتم إبرام عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا.

ومعنى ذلك أن عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري لا يثبت إلا إذا حرر في قالب رسمي، وهو الشكل الذي يفرضه المشرع الجزائري لتسجيل العقد وضمان الحماية القانونية للزوجين أولا وللأطفال إن وجدوا ثانيا. وحتى ولو لم يصب العقد في القالب الرسمي، فإن اثباته بطريق القضاء ممكن في أي وقت شاء من له مصلحة في اثباته.

³⁰ - نصيرة بالعبيد، النظام القانوني لتوثيق عقد الزواج في الجزائر، دار الجامعة الجديدة للنشر، الجزائر، بدون طبعة، 2017، صفحة

³¹ - المواد 81، 86، 88، 90 من الامر 58 /75، مرجع سابق

2. الأهلية:

أ. تعريف الأهلية:

الأهلية لغة هي القدرة أو الصلاحية. أما اصطلاحاً فيقصد بها قدرة الشخص أو صلاحيته للقيام بالتصرفات أو الاعمال القانونية. وهذه القدرة هي التي تمكن الشخص من إدراك ما هو مقدم عليه، وبالتالي يكون مستعداً لتحمل نتائج وعواقبه.

وأهلية الزواج تعني صلاحية الشخص و قدرته على الارتباط بعقد الزواج. و يعتبر الشخص كامل الأهلية بعد بلوغه سن الرشد تمتعه بقواه العقلية بعدم الحرج عليه.³² و لأن ارتباط الزوج والزوجة بالميثاق الغليظ سينشئ لكل واحد منهما حتماً حقوقاً ويحمله التزامات زوجية وعائلية.

المشرع حدد كمال أهلية الشخص ضمن نصوص القانون المدني ببلوغه سناً معينة، أي التاسعة عشرة سنة³³ و هي نفس السن القانونية للزواج التي تضمنتها نصوص قانون الأسرة، بأن يبلغ طرفا الزواج عند الإقدام عليه وقت إبرام العقد 19 سنة³⁴ على أن يرخص القاضي بالزواج لمن لم يبلغ هذه السن لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج³⁵.

هذا، ويلاحظ أن المشرع لم يفرق بين الرجل والمرأة فيما يخص أهلية الزواج، و هي سن 19 سنة، بحيث تراجع عما كان يشترطه من أن أهلية الرجل في الزواج تكتمل ببلوغه الواحد والعشرين من العمر، وأهلية المرأة ببلوغها سن الثمانية عشرة مع ترخيص القاضي بالزواج قبل ذلك إذا دعت الضرورة أو المصلحة³⁶

أ. شروط الأهلية:

³² - المادة 2/40 من الامر رقم 58 / 75 ، مرجع سابق

³⁴ - المادة 9 مكرر من قانون الاسرة قانون الاسرة (الأمر 02 / 05)، مرجع سابق.

³⁵ - طبقاً للمادة 7 من قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، المرجع سابق. : "يرخص القاضي بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى

تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. فيكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وواجبات".

³⁶ - المادة 7 من القانون 11/84، مرجع سابق

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

يشترط في الشخص المقبل على الزواج أن يكون كامل الأهلية، يعني أن يكون أهلاً للقيام بإبرام عقد الزواج، وذلك بألا يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون³⁷ لأن عقد الزواج من التصرفات القانونية التي تستدعي أهلية كاملة.

المشرع اشترط كمال الأهلية في انعقاد الزواج، و حددها في نص المادة 7 من قانون الاسرة المعدل ببلوغ كلا الجنسين 19 سنة كاملة، بعد أن كانت محددة قبل التعديل بسن 18 للمرأة و سن 21 للرجل. كما أشار المشرع في نفس النص إلى ان القاصر المميز لا يكتسب أهلية الزواج و لا يتزوج قبل السن المقررة لذلك إلا بترخيص من القاضي لضرورة او مصلحة التأكد من قدرته على ذلك.

و للإشارة، فإن المشرع عندما أجاز الزواج للقاصر أو القاصرة أقل من سن 19 سنة المنصوص عليها، إشتراط القدرة على ذلك، و لم يجز في ذات المادة بالزواج لمن لم يكن قادرا بسبب غير السن، فالقدرة التي يقصدها المشرع هي القدرة البدنية و ليست العقلية لارتباط السن بالقدرة البدنية، و بالتالي فلم يشر إلى جواز او قدرة أو أهلية زواج المصاب عقليا من عدمه في قانون الأسرة.

وعليه، فلا يكون أهلاً لإبرام عقد الزواج لمن لم يكن قادراً عليه كالذي انتابه عارض من العوارض التي تعدم الأهلية كالجنون أو العته أو عدم التمييز لدى الصبي، أو تلك التي تنقصها كالفقه أو الغفلة و الصبي في سن التمييز.³⁸ باستثناء اكتساب القصر والمحجور عليهم وغيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها أهلية التقاضي الا فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.³⁹

خلافاً لما لم يتطرق إليه المشرع بشأن تزويج المصاب عقلياً، نجد أن الفقه اعترف له بحقه في الزواج و إن ذهب عقله. فذهب المالكية الى القول بأن للأب و الحاكم و الوصي، عند عدم وجود الأب تزويج المجنون او المجنونة و نحوهما، و اشتهروا أن يكون الجنون مطبقاً حتى و إن كان لها ولد، و للأب عندهم إجبار إبنته المجنونة على الزواج إذا لم يترتب على تزويجها ضرر.⁴⁰ أما الصبي غير المميز، و هو في حكم المجنون و

³⁷ - المادة 78 من القانون رقم 10 / 05، مرجع سابق

³⁸ - المادتان 42، 43 من القانون رقم 10 / 05، مرجع سابق

³⁹ - المادة 2/7 من الامر رقم 02 / 05، مرجع سابق

⁴⁰ - زبيدة حسام داوود جبور، زواج أصحاب امراض العقلية في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في المحاكم الشرعية الفلسطينية (دراسة

مقارنة)، مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، سنة 2019، ص 67

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

يختلف عنه في عدم قدرته على الزواج و تحمل مسؤوليته، فيقول جمهور الفقهاء بعدم انعقاد زواجه لانعدام أهليته. ولا ينعقد زواج الصبي المميز عند الحنفية إلا بإجازة وليه، و يبطل زواجه عند الجمهور.⁴¹

و إدراجنا للأهلية ضمن مقومات عقد الزواج، إنما كان لنبين بأن للأهلية ارتباط قوي بركن الرضا في الزواج، اذ لا يستطيع المقبل على الزواج أن يعبر عن رضاه في الارتباط، ما لم تكن أهليته كاملة لا يشوبها عارض. أما شروط الصحة، فتأتي بعد ذلك ليكتمل العقد بتوفرها.

لكن، و بالرغم من أن المشرع قد أدرج الاهلية في نص المادة 9 مكرر من قانون الاسرة المعدل ضمن شروط صحة الزواج مثلها مثل الصداق و الولي و الشهود و انعدام الموانع الشرعية، الا انها تبقى في الأصل من مقومات انعقاد الزواج و ليس شرطاً لصحته.

المطلب الثاني: شروط صحة الزواج

متى تبادل طرفا عقد الزواج الإيجاب والقبول، وعبرا عن إرادتهما في الارتباط في مجلس العقد، أصبح من الضروري التطرق إلى باقي الشروط المنصوص عليها في نص المادة 9 مكرر سالف الذكر.

المشرع أورد خمسة شروط يصح بها الزواج⁴² مدرجا الأهلية كشرط صحة مع أنها لا تعتبر كذلك كما سبق ذكره. المهم، تبقى أمامنا أربعة شروط يجب أن تتوفر في عقد الزواج، قسمناها إلى شروط لا يصح الزواج إلا بتوفرها أثناء أو حال التعاقد، و شروط يكفي لوجودها للقول بصحة العقد.

أولاً: الشروط التي لا يصح الزواج إلا بتوفرها حال التعاقد:

وهما شرطان أساسيان: الشهود الذين يشهدون على الزواج، وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

1 . الشهود:

وهما الشاهدان اللذان يشهدان على توافق إرادتي الطرفين على الزواج.

أ . تعريف الشهادة ووجوبها:

⁴¹-مستاري محمد الأمين، احكام الزواج في ضوء الشريعة و القانون، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، المجلد 02 / العدد 05

(2022)، جامعة سيدي بلعباس، صفحة 584.

⁴²- المادة 9 مكرر من قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

الشهادة هي الإخبار بما شاهده وشهده، والشاهد هو الحاضر، والمشاهدة هي المعاينة بمعنى الخبر القاطع، والشهادة لا تخلو بأن تكون بمعنى التحمل أو الأداء.⁴³

الأئمة الأربعة اشترطوا الشهادة في الزواج، وقالوا لا يصح بدونها لأن رسول الله ﷺ قال: "لا نكاح إلا بشهود" وقال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" ⁴⁴ بالإضافة إلى أن شهادة المرأة في عقد الزواج ليست ممنوعة إذا دعت الضرورة إلى ذلك، مثل أن يكون العاقدان في دولة أجنبية لا يوجد فيها إلا شاهد عدل مسلم واحد، فيجوز أن تشهد امرأتان على عقد الزواج مثلما تشهد في الأموال و المداينات⁴⁵

وعن وجوب الإشهاد على عقد الزواج، يذكر الباجي عن الإمام مالك، أن النكاح إذا عرى عن الإشهاد قبل البناء فإنه يفسخ ويفرق بين الزوجين. ويستدل الباجي على ذلك بدليل سد الذرائع، لأنه لو جاز عدم الإشهاد لكان كل من وجد مع امرأة في خلوة، أو أقرا بالجماع، أن يدعيأ بأنهما تزوجا بدون إشهاد، فيؤدي ذلك إلى انتشار الفساد وارتفاع حد الزنا والتعزير على الخلوة.⁴⁶

المشرع الجزائري أكد في قرار له ⁴⁷ على ألا يبرم عقد الزواج إلا بحضور شاهدين، واعتبر ذلك شرطا في الزواج لا يصح إلا بتوفره، و قد اعتبرهما شاهدين ذكور، كما قد تكون الشهادة في عقد الزواج بحضور رجلين أو رجل وامرأتين.⁴⁸

ب . شروط الشهادة:

من متطلبات عقد الزواج، الإشهاد، وهو أن يتم العقد بحضور شاهدين مستكملين لشروط الشهادة. فيعتبر الإشهاد على الزواج من الشروط اللازمة للعقد، لأن عقد الزواج له خطره ومكانته في الإسلام، اذ وجب

⁴³ - محمد بن عبد العزيز السديس، مقدمات النكاح (دراسة مقارنة)، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الطبعة 128 السنة 37 . 1425 (2004 . 2005، صفحة 294

⁴⁴ - احمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مرجع سابق، صفحة 30

⁴⁵ - مريم احمد غالب الخطيب، شهادة المرأة على عقد الزواج "دراسة فقهية قانونية مقارنة" مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات

القانونية، المجلد (2) العدد (1)، 2021، صفحة 138

⁴⁶ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وادلته، الجزء الثالث، مرجع سابق، صفحة 188

⁴⁷ - القرار رقم 221329 المؤرخ في 20-4-1999. الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001، صفحة

60. جاء فيه: "يثبت الزواج العرفي متى تبين أن أركان الزواج متوفرة فيه طبقا لأحكام المادة 9 من قانون الأسرة بما فيها الاستماع إلى الشهود".

⁴⁸ - قرار رقم 381880 مؤرخ في 14/2/2007، مجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2007، ص 483. "يثبت الزواج العرفي

شهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل، ولا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط."

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

إعلانه مصداقا لقول رسول الله ﷺ " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل". كما يشترط في الشهود العقل البلوغ والحرية، فلا يصح الزواج بحضور الأطفال الصغار مثلا أو المجانين، لأن إرادتهم معيبة.⁴⁹

و لصحة الشهادة، يشترط في الشهود الإسلام، فلا تصح شهادة الكافر. والدليل قوله تعالى: "وأشهدوا ذوي عدل منكم" سورة الطلاق، الآية 02. وقوله: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم" سورة البقرة، الآية 282، كما يشترط في الشهود العدالة، مصداقا لقوله تعالى: "ممن ترضون من الشهداء" سورة البقرة، الآية 282. كذلك يشترط في الشهود البلوغ، فلا تصح شهادة الصبي، إذ المراد بقوله: "استشهدوا شهيدين من رجالكم" هم المسلمون البالغون من ذكوركم.⁵⁰

تعد الشهادة أمانة لمن رأى وسمع، فلا يجوز له كتمانها إذا دعي لها. و لتخلف الشاهد عن الشهادة في حالة اثبات الزواج العرفي. إذا لم يوثق. أثر في صحة الزواج، فكاتم الشهادة قلبه آثم، وهو ما يدل على التحريم مصداقا لقوله تعالى: "لا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه والله بما تعملون عليم" «سورة البقرة، الآية 283. كما لا يجوز للشاهد. وبأمر من الله عز و جل. أن يمتنع عن أداء الشهادة أو أن يرفض الإدلاء بشهادته إذا ما دعي إلى ذلك⁵¹ لقوله: "ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا" سورة البقرة، الآية 282.

كذلك، لا تجوز الشهادة في عقد الزواج بالتسامع، لأن الشهادة تستلزم حضور من شهدوا واقعته، كما أن إبرام عقد الزواج الشرعي (العرفي) دون توثيقه وتسجيله لا يمكن إثباته إلا من طرف من هو عالم ومتيقن من شهادته على العقد في مجلسه وقت انعقاده، وأن شهادة من يصرح أنه يعلم كعامه الناس بأن طرفين متزوجان غير كافية لإثبات الزواج العرفي إلا إذا شهد بأن ما سمعه كان من ذي ثقة.⁵²

و لتأكيد الشهادة في الزواج، إعتبر المشرع حضور الشاهدين في الخطبة زواجا شرعيا وإن كانت من الأقارب،⁵³ فيعد زواجا شرعيا لا خطبة تصريح الطرفين في عقد الزواج عن رغبتهما في الزواج بحضور شاهدين، كما لا يمنع ان تكون الشهادة على الزواج من الأقارب.⁵⁴

⁴⁹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع،

الجزائر، الطبعة الأولى، 2008، صفحة 81

⁵⁰ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي و ادلته، الجزء السابع، مرجع سابق، صفحة 107

⁵¹ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي و ادلته، الجزء السابع، مرجع سابق، صفحة 103، 104

⁵² - قرار رقم 0851807 بتاريخ 2015/2/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 1 / 2015، صفحة 23

⁵³ - المادة 6 / 2 من قانون الاسرة (الأمر 02 / 05)، مرجع سابق.

⁵⁴ - قرار رقم 1532128 مؤرخ في 09 مارس 2023، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول لسنة 2023، صفحة 106

2 . إنعدام الموانع الشرعية للزواج:

من شروط صحة الزواج ألا يكون الزوجان من المحارم شرعا . فالمشرع إشتراط أن تتعدم في الزواج من الموانع المؤبدة والمؤقتة التي تجعل كلا من الزوجين محرما على الزوج الآخر تحريما مؤبدا أو تحريما مؤقتا.⁵⁵

أ . الموانع المؤبدة:

الموانع المؤبدة للزواج هي تلك الموانع التي لا تزول بمرور وقت معين . فهي مانعة للزواج للأبد و لا أمل للزوجين في الارتباط مع وجودها . و من هذه الموانع:

. الموانع المؤبدة للزواج بسبب القرابة: ⁵⁶ وهي الزوجات التي يحرم الزواج بهن بسبب وجود صلة القرابة بينهن وبين العاقدتين عليهن، وهن: الأمهات، البنات، الأخوات، العمات، الخالات، بنات الأخ، بنات الأخت⁵⁷

أما المحرمات على الرجال ان ينكحهن تحريما أبديا بسبب القرابة، فهن على سبيل الحصر: الأم، وتحرم على التأبيد بمجرد العقد الصحيح سواء تم الدخول بها أم لا، وحتى وإن ماتت الأم قبل الدخول. وتحرم على العاقد بنت المعقود عليها بعقد صحيح وأختها وعمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها وإن لم يدخل بها.⁵⁸ وذلك مصداقا لقوله تعالى: " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت" سورة النساء الآية 23.

. الموانع المؤبدة للزواج بسبب المصاهرة: وتكون بسبب وجود صلة الأبوة بالنسبة للزوجة أو صلة البنوة بالنسبة لها، ومنها أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، وفروعها إن حصل الدخول بها. كذلك يمنع الزواج بأرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا، وأرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا.⁵⁹

⁵⁵ -المادة 23 من قانون الاسرة (القانون 84 / 11)، مرجع سابق.

⁵⁶ - المادة 24 من قانون الاسرة (القانون 84 / 11)، مرجع سابق.

⁵⁷ - المادة 25 من قانون الاسرة (القانون 84 / 11)، مرجع سابق

⁵⁸ - محمد المحلي الشافعي، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، صفحة 97، 98

⁵⁹ - المادة 26 من قانون الاسرة (القانون 84 / 11)، مرجع سابق.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

. الموانع المؤبدة بسبب الرضاع: ⁶⁰ لأن المرضعة في مقام الأم، فيسري التحريم على الطفل من الرضاع مثله مثل الإبن من الصلب. يعد الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها ويسري التحريم عليه وعلى فروعه، فأولاده وإن نزلوا يعدون من المحارم من الرضاع. ⁶¹ والشرط لتطبيق هذه القاعدة ألا يحرم من الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا ⁶²

ب . الموانع المؤقتة:

يقصد بالموانع المؤقتة، إمتناع الرجل من الإرتباط بامرأة تكون محرمة عليه لوقت معين. إذ بمجرد زوال المانع يستطيع الزواج بها. أي أن الرجل لا يستطيع الزواج بالمرأة التي يمنع الزواج بها مؤقتا الى غاية زوال سبب التحريم. والنساء التي تحرم على الرجال مؤقتا جاءت على سبيل الحصر، ⁶³ وهن:

. المحصنة: وهي المرأة المتزوجة، والتي تكون في عصمة رجل اخر.

. المعتدة من طلاق أو وفاة: وهي التي تكون في عدتها بسبب الطلاق أو التطليق أو الخلع من زوجها أو بسبب وفاته، فلا يجوز لها الإرتباط بعقد زواج آخر لقوله تعالى: "ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله" سورة البقرة، الآية 235. فإذا تزوجت المعتدة في عدتها فالنكاح باطل، ⁶⁴ وهو ما اجتهدت به المحكمة العليا بمعنى المخالفة من أن فسخ الزواج لا يكون إذا لم يتم الدخول بالزوجة، فلا تعتبر في عدتها إذا تزوجت مباشرة بعد طلاقها قبل البناء، لأن زواجها الثاني لا يعد زواجا فاسدا ولا ينتج عنه فسخ. ⁶⁵

. المطلقة ثلاثا: وهي التي طلقها زوجها ثلاث مرات متتالية أو في طلقة واحدة، فلا يجوز لها أن تعيد الزواج ثانية إلا بعد أن تتزوج غيره ويطلقها أو يموت عنها. كما لا يجوز لمن طلق امرأته ثلاثا، فبانث منه، أن ينكحها حتى تنكح زوجها غيره نكاحا صحيحا، أي نكاح رغبة لا نكاح دلسة، وليس له أن يخلو بها بعد بينونتها منه بينونة كبرى ولا أن يستمتع بها، لأن الطلاق الثلاث يزيل الملك والحل معا بمجرد صدوره، إلا أن

⁶⁰ - المادة 27 من قانون الاسرة (القانون 84 / 11)، مرجع سابق.

⁶¹ - المادة 28 من قانون الاسرة (القانون 84 / 11)، مرجع سابق

⁶² - المادة 29 من قانون الاسرة (القانون 84 / 11)، مرجع سابق.

⁶³ - المادة 30 من قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

⁶⁴ - عبد العزيز سليمان الحوشان، الأنكحة الفاسدة والمحظورة قديما وحديثا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى

2006، صفحة 87

⁶⁵ - قرار رقم 137571 بتاريخ 18-6-1996 المجلة القضائية، العدد 2 لسنة 1997، صفحة 93.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

تتكح زوجا غيره نكاحا صحيحا لا شبهة فيه، ثم يموت عنها، أو يطلقها ثلاثا، فتبين منه، وحينئذ لها أن تعود لزوجها الأول بنكاح وعقد جديدين⁶⁶

قال المالكية والحنابلة أن زواج التحليل فاسد، سواء كانت التحليل مشروطا في العقد أو قبله، فلا يجوز لمن فعله مباشرة الزوجة، ولا تحل به لزوجها الأول بعد الطلاق، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "لعن الله المحلل والمحلل له". وفي بعض روايات هذا الحديث أن النبي ﷺ قال: "ألا أخبركم بالتيس المستعار؟" قالوا: "بلى يا رسول الله" قال: "هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له"، وهو ظاهر الدلالة على تحريم زواج التحليل وفساده.⁶⁷

. الجمع بين الاختين: قال تعالى: "وأن تجمعوا بين الاختين إلا ما قد سلف" سورة النساء، الآية 22. أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأم أو لأب أو من الرضاع، فلا يجوز أن يتزوج الرجل أخت زوجته التي في عصمته حتى وإن كانت أختها من الرضاع.

. زواج المسلمة بغير المسلم: يحرم بالإجماع زواج المسلمة بالكافر، لقوله تعالى: "ولا تتكحوا المشركين حتى يومنوا" سورة البقرة الآية 221. ولأن في هذا الزواج خوف قوع المؤمنة في الكفر، ذلك أن الزوج يدعوها عادة إلى دينه، والدعاء إلى الكفر دعاء إلى النار، فكان زواج الكافر المسلمة سببا داعيا إلى الحرام فكان حراما.⁶⁸

. الزواج بثانية دون ترخيص من القاضي: إذ لا يجوز للزوج أن يكرر الزواج إلا إذا وجد المبرر وكانت لديه النية في العدل بين الزوجة الأولى وغيرها⁶⁹. وحتى إن توافر المبرر والنية، فلا يكفي، بل يجب على الزوج إخبار كل من الزوجة التي في عصمته والزوجة التي يقبل على الزواج بها، على أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة التابع لمسكن الزوجية، و الذي ينظر هل وافقت المرأة الثانية ثم، إذا وافقت، ينظر إلى مدى توفر المبرر والنية والشروط الضرورية للحياة الزوجية.⁷⁰

⁶⁶ عبد العزيز سليمان الحوشان، الأنكحة الفاسدة والمحظور قديما وحديثا، مرجع سابق، صفحة 80

⁶⁷ محمد متولي الصباغ، الإيضاح في أحكام النكاح، مكتبة مدبولي، القاهرة، طبعة 1981، صفحة 278

⁶⁸ وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر، سورية، دمشق، الطبعة الثانية، 1985،

صفحة 152

⁶⁹ المادة 8 / 1 من قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

⁷⁰ المادة 8 / 2، 3 من قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

أما إذا لم توافق الزوجة الأولى وقام الزوج بالرغم من ذلك بالزواج من ثانية دون إخبارها، فوقع التدليس من طرفه ثم اكتشفت ذلك، جاز لها رفع دعوى قضائية ضده للمطالبة بالتعويض.⁷¹

ويبقى ان نذكر في الموانع المؤقتة، التي لم يذكرها المشرع الجزائري، مانع إرتداد أحد الزوجين عن دينه، أو أن يرتدا معا، حيث يجب حينئذ فسخ عقد الزواج.

ثانيا: الشروط المكملة لصحة الزواج :

1 . الولي:

أ . الولي شرط لزواج المرأة :

لا يكون النكاح شرعيا إلا بولي. وهو الشخص الذي يباشر عقد النكاح نيابة عن المرأة كالأب أو وصيه ممن يرون في مصلحة المرأة من هو أجدر بها لدينه و خلقه، مصداقا لقول الرسول الكريم صلى الله عليه و سلم: "إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض، وفساد كبير". قالوا يا رسول الله ﷺ: "وإن كان فيه؟" قال: "إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه" ثلاث مرات.⁷²

فلا يجوز للمرأة أن تتولى نكاحها ولا نكاح غيرها، و ذلك للنهي الوارد في حديث الرسول ﷺ،⁷³ والنهي دليل على الحرمة والفساد.⁷⁴

إن في هذا الحديث خطاب موجه إلى الأولياء و أمرهم بأن يزوجوا من هن تحت ولايتهم إلى ذوي الدين والأمانة والخلق، وإن لم يفعلوا ذلك بعدم تزويج صاحب الخلق الحسن، ورغب في الحسب والنسب والجاه والمال، كانت الفتنة والفساد الذي لا آخر له.⁷⁵

إن بطلان الزواج من دون حضور الولي في مجلس العقد مؤكد عليه بشدة، فعن عائشة رضي الله عنها، قالت: "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها

⁷¹ - المادة 8 مكرر من قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

⁷² - رواه الترمذي بإسناد حسن عن أبي حاتم من المزني

⁷³ - لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها" أخرجه ابن ماجه وابن خزيمة في صحيحه وروي

موقوفا عن ابي هريرة رضي الله عنه

⁷⁴ - أبو محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، مرجع سابق، صفحة 281

⁷⁵ - أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، دار الكتاب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 2005، صفحة 42

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها في المهر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له⁷⁶.

ب: الولي في قانون الاسرة الجزائري:

من جهته، إعتبر المشرع الجزائري الولي شرط من شروط صحة عقد الزواج، ونص على أن تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.⁷⁷ وأن القاصرة الأقل من سن التاسعة عشر، يتولى زواجها أبوها فأحد الأقارب الأولين أو القاضي.⁷⁸ فالملاحظ في هذين النصين أن المشرع أوجب حضور الولي في مجلس العقد عند زواج الراشدة، في حين أوجب على الأب بالذات أو أحد الأقارب الأولين أو القاضي تولي تزويج القاصرة. والمعنى هنا أن تولي إبرام عقد الزواج يختلف عن الحضور في مجلس العقد، وبهذا يكون حضور الولي شكليا بالنسبة للراشدة، وفعليا بالنسبة للقاصرة.

إن القول السالف يعد مخالفا لمضمون الحديث الشريف السابق ذكره، بالرغم من أن المشرع كان متمشيا مع ما جاء به الشرع في الحديث عندما نص في قانون الاسرة قبل التعديل⁷⁹ على أن يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، وهنا يكون التزويج المرأة من طرف الولي بالنظر إلى مصلحتها دون النظر إلى سنّها إن كانت راشدة أم قاصرة.

بالرغم من أن المرأة الراشدة أو القاصرة لا تعقد زواجها إلا بوجود وليها في مجلس العقد، إلا أن هذا الولي أبا كان أو غيره، لا يستطيع أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، و هو ممنوع حتى من أن يزوجه بدون موافقتها⁸⁰، في حين كان المشرع، في ظل قانون الاسرة قبل التعديل لا يجيز للولي أن يمنع من في ولايته . سواء كانت المتولى عنها راشدة كانت أم قاصرة . من الزواج إن رغبت فيه وكان أصلح لها⁸¹، مؤكدا على أنه لا يجوز . طبقا للمادة 12 من قانون الأسرة قبل التعديل الملغاة . للولي أن يمنع من في ولايته

⁷⁶ - عبد العزيز سليمان الحوشان، الأنكحة الفاسدة والمحظورة قديما وحديثا، مرجع سابق، صفحة 57.

⁷⁷ - المادة 11 / 1 من قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

⁷⁸ - المادة 11 / 2 من قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

⁷⁹ - قانون الاسرة (القانون 84 / 11)، مرجع سابق، ولا سيما المادة 11 منه.

⁸⁰ - المادة 13 من قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

⁸¹ - المادة 12 من القانون الاسرة 84 / 11 الملغاة بموجب الأمر 02/05، المرجع السابق والقرار رقم 90468 المؤرخ في 30-3-

1993، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001. صفحة 47 .

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

من الزواج إذا رغبت فيه، وكان أصلح لها . كما أجاز للأب ان يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها.⁸²

2 . الصداق:

أ . تسمية الصداق:

للصداق والمهر معنى واحد يطلق على المال الواجب تقديمه للمرأة من الرجل عند الزواج، وله أسماء كثيرة وردت في القرآن الكريم، مثل الصداق والنحلة (الهبة) والفريضة والأجر، كما له أسماء وردت في السنة الشريفة مثل المهر، العليقة، والعقر.⁸³

المشرع الجزائري عرف الصداق بأنه⁸⁴ ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كيف تشاء". ولعل التعريف الوارد في النص لا يختلف عن ذلك التعريف الفقهي له إستنادا إلى النص القرآني المذكور.

ب . وجوب الصداق:

من حسن رعاية الإسلام للمرأة واحترامه لها، أن أعطاها حقها في التملك، إذ كانت في الجاهلية مهضومة الحق، حتى أن وليها كان يتصرف في خالص مالها، ولا يدع لها فرصة التملك، ولا يمكنها من التصرف. فجاء الإسلام ليرفع عنها هذا الإصر، وفرض لها المهر، وجعله حقا على الرجل لها، وليس لأبيها ولا لأقرب الناس إليها أن يأخذ شيئا منه إلا في حال الرضا والاختيار.

قال الله تعالى: "وآتوا النساء صدقاتهن نحلة، فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا، فكلوه هنيئا مريئا" سورة النساء الآية 4 أي: آتوا النساء مهورهن عطاء مفروضا لا يقابله عوض. وهذا المهر المفروض للمرأة، كما أنه يحقق هذا المعنى، فهو يطيب نفس المرأة ويرضيها بقوامه الرجل عليها. قال الله تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما

فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم" سورة النساء، الآية 34 ، مع ما يضاف إلى ذلك من توثيق للصلات وإيجاد أسباب المودة والرحمة.⁸⁵

⁸² - المادة 12 من قانون الاسرة (القانون 84 / 11)، المرجع السابق، والملغاة بموجب الامر 02 / 05 منه، المرجع السابق.

⁸³ - محمد متولي الصباغ، الإيضاح في احكام النكاح، مرجع سابق، صفحة 67.

⁸⁴ - المادة 14 قانون الاسرة (القانون 84 / 11)، مرجع سابق

⁸⁵ - أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، مرجع سابق، صفحة 49

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

المالكية قالوا بوجوب الصداق، فلا يصح عقد النكاح عندهم بلا صداق. وإن كانوا لا يشترطون ذكره في العقد، لكن لو اتفق الزوج والولي على إسقاطه لم يصح النكاح.⁸⁶

أما المشرع الجزائري، فقد أوجب توفر شرط الصداق للمرأة عند الزواج بها⁸⁷ وقال بما أجمع عليه الفقهاء بشأن استحقاق الزوجة لكامل الصداق بعد الدخول بها، وأكدته القضاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا⁸⁸ في أن الزوج إذا دخل بزوجته وجب عليه أن يدفع لها مهرها، فالعبرة بوقوع المساس بالزوجة يوم الدخول بها.

والصداق كونه هدية تمنح للمرأة، يجب أن يكون مباحا، أي مما يجوز التعامل به شرعا، فلا يجوز أن يكون محل الصداق ما لا ربويا مثلا يحرم امتلاكه، فما لا يجوز التعامل به لا يجوز أن يكون مهرا للمرأة. وبشأن تعجيل المهر أو تأجيله، أجاز الشرع ذلك، كما أجاز تعجيل البعض من الصداق و تأجيل البعض الآخر، ويستحب تعجيل جزء منه، لما روى عن ابن عباس أن النبي ﷺ منع سيدنا علي كرم الله وجهه أن يدخل بفاطمة حتى يعطيها شيئا فقال: "ما عندي شيء"، فقال: "فأين درعك الحطمية؟" فأعطاه إياها.⁸⁹ وعن عائشة قالت: "أمرني رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئا".⁹⁰ فهذا الحديث يدل على أنه يجوز دخول المرأة قبل أن يقدم لها زوجها شيئا من المهر.⁹¹

ولقد أجاز المشرع أن يكون الصداق معجلا أو مؤجلا، كأن يقدمه الزوج للزوجة مباشرة وبمجرد إبرام عقد الزواج أو يؤجل تقديمه بعد إبرام العقد بمدة.⁹²

وعن عدم تحديد الصداق، لم يشترط المشرع أن يكون الصداق محددا في العقد حتى يكون صحيحا، غير أنه أوجب على الزوج، في حالة عدم تحديده للصداق، أن يعطي للزوجة مقدار ما يعطى لزوجات في مثل سنها وحسب العادات المعمول بها وهو صداق المثل.⁹³ وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا من أن عدم تحديد

⁸⁶ - بن محمد المحلى الشافعي، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، صفحة 28

⁸⁷ - المادة 9 مكرر من قانون الأسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

⁸⁸ - قرار رقم 34262 تاريخ 19 / 11 / 1984، المجلة القضائية العدد الاول لسنة 1990، صفحة 75.

⁸⁹ - رواه أبو داود، والنسائي والحاكم، وصححه.

⁹⁰ - رواه أبو داود، وابن ماجه

⁹¹ - أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، مرجع سابق، صفحة 52

⁹² - المادة 1/15 من قانون الأسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

⁹³ - المادة 1/15، 2 من قانون الأسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

قيمة الصداق لا يبطل الزواج، وتستحق الزوجة في هذه الحالة صداق المثل⁹⁴ فيثبت المهر بالزواج ولو لم يتم النص عليه في العقد.⁹⁵ وتستحق الزوجة نصف الصداق في حالة عدم الدخول بها من طرف الزوج.⁹⁶

ب . النزاع في الصداق:

إذا لم يكن الزوج قد دخل بزوجته، وادعى أنه منحها الصداق بمجرد العقد عليها شرعا وقانونا، ولم يشهد على ذلك أحد، و لم تكن لديه البينة على ادعائه،⁹⁷ فالقول للزوجة مع أداء اليمين على صحة ادعائه، أو لورثتها في حالة وفاتها مع أداء اليمين على أنهم شهدوا عدم تسلمها لصداقها.⁹⁸

أما إذا كان الزوج قد دخل بزوجته، ولم يمنح لها المهر كأن كان مؤجلا⁹⁹ ثم ادعى بأنه منحها إياه ولم يكن من الشهود من يجزم عدم منحه الصداق لزوجته، وأدى الأمر إلى وقوع نزاع، سواء بينه وبين زوجته أو بينه وبين ورثتها إذا كانت قد توفيت، فالقول حينئذ له أو لورثته مع أداء اليمين على أنها استلمت صداقها.¹⁰⁰ والحالة هذه، تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول بها حتى وان توفي الزوج.¹⁰¹

المبحث الثاني: الزواج غير الصحيح

المطلب الأول: فساد عقد الزواج وفسخه

أولا . الزواج الفاسد والزواج الباطل:

يقصد بالفساد، و هو يختلف عن البطلان، بأنه زهاب الشيء خسرا وهذرا لغة . واصطلاحا، تخلف الآثار المقصودة من الفعل عنه، فإن كانت عبادة فسادها ألا تبرأ بها الذمة، ولا يحسن بها الثواب، وإن كان عقدا أو نحوه، ففساده ألا يترتب عليه أثره من نقل الملك، أو حل الاستمتاع، ونحو ذلك.

⁹⁴-ثبوت الزواج بدون تحديد الصداق جائز المادة 17 و 33 من قانون الأسرة . قرار رقم 210422 مؤرخ في 17-11-1998 مجلة

الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية 2001 صفحة 53.

⁹⁵- محمد متولي الصباغ، الإيضاح في احكام النكاح، مرجع سابق، صفحة 69.

⁹⁶- المادة 16 من قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

⁹⁷-وهي في هذه الحالة تستحق نصف الصداق طبقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة القانون 84 / 11

⁹⁸- المادة 17 من قانون الاسرة (القانون 84 / 11)، مرجع سابق.

⁹⁹-والمهر في هذه الحالة حق لها تستحقه بالدخول كاملا غير منقوص طبقا للشرع والقانون.

¹⁰⁰-المادة 17 من قانون الاسرة (القانون 84 / 11)، مرجع سابق.

¹⁰¹-المادة 16 من قانون الاسرة (القانون 84 / 11)، مرجع سابق.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

فالعقد الفاسد هو الصحيح بأصله، لا بوصفه، أما الباطل، فهو الذي لا يكون مشروعاً بأصله. وعليه، فرق الفقهاء بين النكاح الفاسد والنكاح الباطل، فقالوا أن النكاح الفاسد ما اختلف العلماء في فساد، أما الباطل فهو ما أجمعوا على فساد. فنكاح الاخت من الرضاة باطل، لأن العلماء أجمعوا على بطلانه، والنكاح بلا ولي فاسد، لأن العلماء اختلفوا فيه.¹⁰²

ان جمهور الفقهاء يرون أنه لا فرق بين الباطل والفاسد من النكاح، فالزواج الباطل كالزواج الفاسد، لا يفيد ملك المتعة، ولا تترتب عليه آثار. ¹⁰³ فالعقد عندهم إما صحيح أو غير صحيح. والمستفاد أن كل نكاح محرم لا ينعقد، ويكون باطلاً وفاسداً، ولا يترتب عليه آثاره، ما عدا الحنفية ¹⁰⁴. ومذهب الجمهور هو الراجح بالنص لقوله صلى الله عليه وسلم: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد". ¹⁰⁵ والمراد به ليس بصحيح ولا مقبول. فالصحيح ما صدر من أفعال المكلف مستوفياً شروطه وأركانه على الكيفية المطلوبة وترتبت عليه آثاره الشرعية، أما غير الصحيح فهو الذي اختل ركن من أركانه أو فقد شرطاً من شروطه، فلا يترتب عليه شيء من آثاره. وغير الصحيح عندهم يشمل الباطل والفاسد، وهما سواء. فالصلاة الباطلة كالصلاة الفاسدة لا تسقط الواجب، ولا تبرئ الذمة. والبيع والباطل كالبيع الفاسد لا يؤدي على نقل الملك في البدلين ولا يترتب عليه حكم شرعي ¹⁰⁶

¹⁰² - منار سلامة إسماعيل قزاز، النكاح الفاسد عند الملكية، دراسة تحليلية، مجلة ابن خلدون للدراسات والأبحاث، المجلد الثالث، العدد الثاني، تونس، تاريخ النشر 31 جانفي 2023، صفحة 54

¹⁰³ - عياض بن نامي السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى 2005، صفحة 59.

¹⁰⁴ - (103) الحنفية الذين يرون بأن الفاسد ما شرع بأصله، ولم يشرع بوصفه والباطل ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه. ومثال الفاسد عندهم العقود الربوية. فالعقد فاسد وليس بباطل. ومثال الباطل عندهم إذا باعه الحمل الذي في بطن ناقتة أو باع الدم بدراهم، فالعقد باطل في صورتين، لأن الخلل في المبيع، فحمل حمل الناقة معدوم والدم نجس. . عياض بن نامي السلمي، مرجع سابق، صفحة 59، 60

¹⁰⁵ - فيما رواه البخاري ومسلم وأبو داود عن عائشة رضي الله عنها.

¹⁰⁶ - عبد العزيز سليمان الحوشان، الأنكحة الفاسدة والمحظورة قديماً وحديثاً، مرجع سابق، صفحة 69، 70، 71

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

فاذا كان الزواج غير صحيح كأن اعترضته موانع جعلته باطلا او فاسدا، ينبغي على القاضي أن يفرق بين ذوي النكاح الباطل قطعا وأن يفرق بين ذوي النكاح الفاسد إذا عرف بذلك قبل أن تزول الموانع التي جعلته فاسدا.¹⁰⁷

1. الزواج الفاسد:

الفساد في اللغة. نقيض الصلاح.

الفساد في الاصطلاح: التلف والعطب والإضطراب والخلل.

وعقد الزواج لا يكون صحيحا إلا إذا اكتملت جميع أركانه وشروطه، فإن اختلت إحدى هذه الأركان أو الشروط كان الزواج غير صحيح ويفسخ أو يبطل. ويكون السبب إما لاشتغال العقد على إحدى موانع الزواج المؤبدة أو المؤقتة، وإما لخلل يصيب إحدى الشروط الخاصة بعقد الزواج، كإبرام الزواج بدون شاهدين أو ولي أو بعدم تسمية الصداق.

إن الزواج ينتج آثاره إذا توفر ركن الرضا وتوفرت شروط الصحة فيه، لأن النكاح المشروع هو ما توافق مع ما شرعه الله من أسس وحدود تحقق مقاصد الشريعة فيه. وعكسه النكاح غير المشروع الذي لا يحبه الله، ولا يحقق مقاصد الشريعة فيه.¹⁰⁸

و على كل، فهناك من الأنكحة¹⁰⁹ ما يجتمع الفقهاء على فسادها حتى وإن اختلفت أسباب الفساد فيها¹¹⁰، ومنها ما يختلفون على فسادها.¹¹¹

أ. الزواج او النكاح الفاسد عند الملكية:

¹⁰⁷ -عمر فروخ، الاسرة في الشرع الإسلامي . مع لمحة من تاريخ التشريع الى ظهور الإسلام . المكتبة العلمية، بيروت، الطبعة الأولى

1951، صفحة 147

¹⁰⁸ -صالح بن عبد العزيز ابن إبراهيم آل منصور، الزواج بنية الطلاق، دار ابن الجوزي للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية،

بدون طبعة، سنة النشر 1993، صفحة 29.

¹⁰⁹ -منار سلامة إسماعيل قزاز، النكاح الفاسد عند الملكية مرجع سابق، صفحة 56

¹¹⁰ -وهي: نكاح الشغار، و نكاح السر، وزواج المعتدة من غيره، و زواج الرجل بامرأة فوق أربع زوجات في عصمته، وزواج الرجل

بامرأة يحرم عليه الجمع بينها وبين زوجته، و زواج الرجل بالمرأة التي طلقها ثلاثا دون أن تتكح زوجا غيره، وزواج الرجل بالمرأة تحرم عليه

بسبب الرضاع، زواج الرجل من غير الكتابية أو الوثنية، و زواج المسلمة من الكافر

¹¹¹ - كذلك الزواج بلا ولي، الزواج بصداق فاسد ، الزواج حال الإحرام بالنسك، والزواج على شرط ناقض للعقد .

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

حافظ المذهب المالكي على الإنسجام الفقهي مع المذاهب الأخرى، وقال بالحفاظ على الأسرة مع فساد العقد، وفي حال فساد عقد النكاح المختلف فيه بين الفقهاء قالوا ببقاء عقد الزواج بعد الدخول واستمراره، أما النكاح المجمع على فساده فلا بد من الفسخ فيه.

هذا، وقد أوجب رسول الله ﷺ المهر مثلاً للزوجة المدخول بها من عقد زواج فاسد، بقدر ما أصاب منها زوجها، ولو اعتبرت زانية في هذا الزواج لما أوجب لها المهر. فالمهر تستحقه المرأة في الزواج الصحيح الحلل.¹¹²

ب . الزواج الفاسد في قانون الاسرة الجزائري:

المشرع الجزائري لم يعرف العقد الفاسد، بالرغم من وجود عنوان النكاح الفاسد¹¹³ فنجدته مباشرة يذكر أسباب بطلان وفساد عقد الزواج و آثارها .

2 . الزواج الباطل:

الزواج الباطل هو الذي ينمحي أثره بمجرد انعقاده بسبب عدم توفر ركن الرضا والأهلية فيه. فهو غير مؤسس أصلاً ولا ينتج أثره منذ البداية.

إن المشرع الجزائري، ومن خلال عنوان الفصل الثالث من قانون الاسرة " النكاح الفاسد والباطل" نجده يفرق بين ما هو فاسد وما هو باطل، حيث اعتبر الزواج الباطل في اختلال ركن الرضا والزواج الفاسد في تخلف الشروط. فالباطل مطلق إذا تخلف ركن من أركان العقد، كانهدام الرضا وانهدام المحل والسبب أو عدم مشروعيتهم بمخالفتهم للنظام العام والآداب العامة، أو تخلف الشكل (الرسمية) المطلوب قانوناً في بعض العقود، و نسبي إذا تخلف شرط من شروط صحة العقد كوجود عيب من عيوب الرضا أو عارض في الاهلية¹¹⁴

ولعلنا يجب أن نرجع في اعتمادنا على المصطلحات إلى الشارع الحكيم اعتباراً من أن أركان الزواج وشروطه تخضع في أساسها للأحكام الشرعية. فالحديث الشريف لم يفرق بين الباطل والفاسد المؤدي إلى الفسخ، حيث استعمل مصطلح باطل بدل فاسد بسبب غياب الولي في إبرام الزواج.¹¹⁵

¹¹² - عبد العزيز سليمان الحوشان، الأثكة الفاسدة والمحظورة قديماً وحديثاً، مرجع سابق، صفحة 57

¹¹³ - الفصل الثالث من قانون الاسرة (11/84)، المرجع السابق

¹¹⁴ - عبد المجيد زعلاني، موسوعة القانون الجزائري، بيرتي للنشر . الجزائر. بدون طبعة، سنة النشر 2013، صفحة 250 و 252

¹¹⁵ - رواه ابو داود عن عائشة رضي الله عنها، قال رسول الله ﷺ: "أيا امرأة تكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل....."

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

خلاصة القول في ذلك، أن اختلال الركن في العقد مآله البطلان وفساد العقد بتخلف أحد شروط الصحة مآله الفسخ.

أ . أسباب بطلان الزواج:

تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل،¹¹⁶ نص المشرع¹¹⁷ على أن يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد. في حين أن نفس النص جاء في قانون الأسرة قبل التعديل¹¹⁸ على أن يفسخ النكاح إذا اختل ركن من أركانه¹¹⁹ أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج.

أول ما يلاحظ على النصين، أن المشرع قد عرف البطلان ولم يعرف الفساد، واكتفى بذكر أسباب البطلان فقط ولم يشير إلى فساد العقد كسبب لفسخ عقد الزواج. فهل أن الفسخ سببه فساد العقد أم بطلانه؟ لأننا نجد بأن سبب البطلان في النص بعد التعديل هو سبب الفسخ في النص قبل التعديل، مع العلم أن اختلال الركن يكون سببه البطلان باعتبار أن العقد لا يجب أن يبرم أصلا، في حين أن الفسخ يكون سببه تخلف أحد الشروط الواجب توفرها ولا تكتشف إلا بعد إبرام العقد.

وعلى كل، يبطل الزواج عند انعقاده بمجرد تخلف ركن الرضا أو وجود مانع أو شرط يتنافى مع ما يتطلبه العقد.¹²⁰ و عليه، يبطل الزواج في حالات التالية:

. إذا اشتمل على مانع كعدم قدرة الزوج على القيام بواجباته الزوجية، أو وجود شرط يتنافى مع مقتضيات العقد،¹²¹ وهذه الحالة تنطبق على العقد الذي يحتوي على شرط مخالف للنظام العام كأن يشترط الزوج عدم زيارة الزوجة لأهلها إطلاقا ما دامت في عصمته.

. إذا اختل ركن الرضا،¹²² ويقصد به اشتغال العقد على عيب من عيوب الرضا التي تصيب إرادة أحد المتعاقدين على الزواج كالغلط أو التدليس مثلا مما يجعل الرضا مختلا وبالتالي، يبطل العقد ولا ينتج آثاره الشرعية و القانونية.

¹¹⁶ - الفصل الثالث من قانون الأسرة (القانون 84 / 11 المعدل والمتمم)، مرجع سابق.

¹¹⁷ - المادة 32 من قانون الأسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

¹¹⁸ - قانون الأسرة (القانون 84 / 11)، مرجع سابق.

¹¹⁹ - وركن الزواج واحد هو الرضا المادة 33 من قانون الأسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

¹²⁰ - المادة 32 من قانون الأسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

¹²¹ - المادة 32 من قانون الأسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

. إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه، فيبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا¹²³ وذلك إذا اشترط في العقد التعدد، فيبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا.

ما عدا الحالات المذكورة، يبقى العقد صحيحا إلا إذا غاب شرط من شروط صحته فيصبح فاسدا، ومن ثم يتعرض للفسخ لا للإبطال.

ب . اثار بطلان الزواج:

يتأثر العقد بكل ما من شأنه أن يمس بمقوماته الأساسية لانعقاده، إذ يجعله باطلا، والأمر يختلف بين العقد عموما وبين عقد الزواج على الخصوص، لأن عقد الزواج يتأثر بصفة عميقة وخطيرة لكونه رباط مقدس بين رجل وامرأة على وجه التحليل، كما ينتج عن بطلانه تغيير لحالة الزوجين النفسية والاجتماعية. فبطلان عقد الزواج يؤثر بذلك تأثيرا قويا على العلاقة الزوجية أو الاجتماعية للطرفين، وقد يصل ذلك إلى حد التأثير على الأولاد إن وجدوا.

المشرع نص في القانون المدني¹²⁴ على أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله. وهذا ينطبق على عقد الزواج الباطل، حيث لا يترتب عليه أي أثر، ويعتبر وجوده كعدمه، ويجب على الرجل والمرأة في هذه الحالة الإفتراق وإلا فرق بينهما القاضي.¹²⁵

وسواء أبطل العقد بطلانا مطلقا أو نسبيا، أو انحل بالفسخ، فالأثر بالنسبة للمشرع أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد أو التعويض عند استحالة ذلك.¹²⁶ فنستنتج من خلال ما عرضناه بشأن بطلان العقد وفسخه، أن المشرع قرر الأول عند تخلف أحد أركان العقد . الرضا والمحل والسبب والشكلية .، فينحل هذا الأخير وينتهي أثره ويصبح كأن لم يكن باستثناء استحالة ذلك، وقرر الثاني عند عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لبنود العقد، فينحل كذلك، فالبطلان مقرر لانعقاد والفسخ مقرر للتنفيذ.

ثانيا: فسخ عقد الزواج الفاسد:

¹²² -المادة 33 من قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

¹²³ - المادة 35 قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

¹²⁴ -المادة 103 من القانون المدني (القانون 10/05)، مرجع سابق

¹²⁵ - احمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية الجزء الاول، مرجع سابق، ص 65

¹²⁶ - المادة 103 والمادة 122 من القانون المدني (القانون 10 / 05)، مرجع سابق.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

1 . الفرق بين الفسخ والطلاق:

أ . تعريف الفسخ والطلاق:

الفسخ لغة هو النقص، و اصطلاحا، قد يكون فسخ العقد برفعه من أصله أو بوضع نهاية له بالنسبة للمستقبل، وهو الفسخ بالمعنى الشائع.¹²⁷

فيفسخ عقد الزواج إذا اختل ركن من أركانه، بحيث يعاد الطرفان، كما قلنا، إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

أما الطلاق، فهو في اللغة حل القيد، سواء كان حسيا كقيد الفرس وقيد الأسير، أو معنويا كقيد النكاح، وهو الارتباط الحاصل بين الزوجين.¹²⁸

ب . ضابط ما يعتبر فسخا وما يعتبر طلاقا:

الطلاق إنهاء لعقد الزواج بألفاظ مخصوصة إنهاء قد يكون في الحال (طلاق بائن) أو في المآل (طلاق رجعي)، أما الفسخ، فهو نقض لعقد الزواج إما لخلل وافق نشوءه أو لعارض طرأ عليه فمنع بقاءه بعد أن نشأ صحيحا، وذلك بأن تظهر الزوجة محرمة على الزوج، مثل أن تكون أخته من الرضاع أو معتدة من طلاق سابق.

وفي هذا، يفرق المالكية بين الفسخ وبين الطلاق على أساس السبب الموجب للفرقة، فإن كان راجعا إلى الزوجين فهو طلاق، وإن كان غير راجع إلى أحدهما، بحيث لا يجوز لهما الاستمرار في حياتهما الزوجية المشتركة إن أرادا ذلك، فهو فسخ.¹²⁹

وما يفرق الفسخ عن الطلاق أيضا، أن هذا الأخير تحسب فيه عدد الطلقات فتنقص، أما الفسخ فلا ينقص من عدد الطلقات.

كذلك، الطلاق قبل البناء لا يعد فسخا، لأن الطلاق يقع بعد الزواج الصحيح حتى ولو لم يبين الزوج بزوجه أي لم يدخل بها، أما الفسخ فيقع بعد الزواج الفاسد.¹³⁰

¹²⁷ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، مرجع سابق، صفحة 276

¹²⁸ - عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع (قسم الأحوال الشخصية)، دار إحياء التراث العربي للطباعة

والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة السابعة، سنة النشر 1989، صفحة 278.

¹²⁹ - عبد العزيز محمد عزام، الطلاق في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، بدون دار النشر، بدون طبعة، سنة النشر 1978،

صفحة 56 و صفحة 59

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

وعليه، ينبغي أن نتعرض لأسباب البطلان وأسباب الفسخ التي عددها المشرع في المواد السالفة الذكر.

2. أسباب فسخ عقد الزواج:

عديدة هي الأسباب التي تؤدي إلى فسخ عقد الزواج، وكما سبق التطرق إليه من أن الزواج شروط صحة يجب توفرها حتى ينتج العقد آثاره. و يجب الحرص على احترامها لتمام صحة العقد و الزواج، وإلا فسد العقد وفسد معه الزواج.

ولعل أهم سببين لفساد الزواج وفسخه هو عدم توفر شرط من شروط الزواج أو وجود حالة أو مانع يحول دون بقاء الحل بين الزوجين.

أ. إذا اختل شرط من شروط صحته:

يفسخ الزواج أيضا قبل الدخول إذا تخلف فيه شرط من شروط صحته، كما إذا لم يحضر ولي الزوجة إذا كان وجوبيا، أو غاب الشاهدان اللذان يشهدان على الزواج في مجلس العقد، أو إذا لم تتم تسمية الصداق. وعلى هذا، فإذا تم فسخ العقد قبل الدخول، فليس للزوجة الحق في الصداق. أما إذا تم فسخ الزواج بعد أن تم دخول الزوج بزوجته، فيثبت الزواج بصداق المثل.¹³¹ لما لذلك من خطورة على النسب، بحيث تختلط الأنساب وتتهار القيم ويهتز عرش الرحمن.

أما عن فسخ عقد الزواج، فالمشرع نص على أن يفسخ عقد الزواج بسبب غياب الشاهدين أو الصداق أو الولي في حالة وجوبه.¹³² وهذه الأسباب هي في حقيقة الأمر شروط تتعلق بصحة العقد وليس بانعقاده، فقد انعقد الزواج صحيحا بتوفر ركن الرضا من إيجاب وقبول، ولكن باقي مقتضيات العقد الصحيح لم تتوفر، فاعتبر الزواج بذلك زواجا فاسدا، مؤداه أن يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويفسخ بعد الدخول بصداق المثل، لأن دخول الزوج بالزوجة يقرر لها الصداق كما سبق ذكره.

ب. بسبب حالة أو مانع:

هو الزواج بإحدى النساء المحرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو تحريما مؤقتا يجعل من الزواج فاسدا يجب فسخه.

¹³⁰ - قرار رقم 143725 مؤرخ في 24-9-1996، مجلة قضائية، عدد خاص لسنة 1996، صفحة 269 " الطلاق قبل البناء، ليس فسحا ".

¹³¹ - المادة 33 / 2 من قانون الاسرة قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

¹³² - المادة 33 / 2 من قانون الاسرة (القانون 84 / 11 المعدل والمتمم)، مرجع سابق.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

وللإشارة، فهناك أيضا ما يفسد عقد الزواج شرعا بين الزوجين كبعض أنواع النكاح المحرمة، مثل نكاح المتعة ونكاح الشغار كأن يزوج أحدهم من في ولايته إلى رجل يزوجه هو الآخر و بالمقابل ممن تكون في ولايته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه بوضع الأخرى. وقال مالك أن مثل هذا النكاح لا يصح ويفسخ قبل الدخول وبعده.¹³³ و قد صح النهي عن نكاح الشغار من حديث مالك بإسناده عن ابن عمر أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار.¹³⁴

بالإضافة، يفسد النكاح بسبب عيوب تصيب الرجل والمرأة فتكون سببا في عدم تحقيق الهدف من الزواج. فقال المالكية بوجود ثلاثة عشر عيبا يفسخ بها النكاح، وهي تنقسم الى ثلاثة اقسام: عيوب مشتركة بين الزوجين كالجنون والبرص أين يستطيع أحد الزوجين أن يطلب فسخ الزواج. والقسم الثاني، عيوب تخص الزوج كالعنة (من له ذكر صغير لا يتأتى به الجماع) أو الاعتراض أي الذي لا ينتصب لمرض أو نحوه. فإذا وجدت الزوجة مثل هذه العيوب في زوجها كان لها أن تفسخ العقد. أما القسم الثالث، فيخص وجود عيب بالزوجة كالرتق أي وجود انسداد مدخل الذكر من الفرج، فلا يمكن الزوج من الجماع، هو سبب يؤدي بالزوج إلى فسخ الزواج.¹³⁵

هذا، ولم يشر المشرع في قانون الاسرة، لا قبل التعديل و لا بعده، إلى العيوب التي تؤدي إلى فسخ الزواج، سواء تلك التي تصيب الرجل أو المرأة على حد سواء كما سبق ذكرها.

ومن حالات فسخ عقد الزواج، حالة الزواج بثانية، حيث ألزم المشرع كل من أراد إعادة الزواج أن يستصدر ترخيصا من رئيس المحكمة، وإلا فسخ العقد الجديد قبل الدخول بطلب من الزوجة الأولى.¹³⁶ أما إذا وقع الدخول بالزوجة الثانية، فحينئذ لم يبق أمام الزوجة الأولى سوى طلب التطليق¹³⁷ وفي كلتا الحالتين تستطيع الزوجة الأولى أن تطلب التعويض عما لحقها من ضرر مادي ومعنوي.

¹³³ - الشيخ الامام محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار "شريعة"، بدون سنة النشر، صفحة 57

¹³⁴ - عبد العزيز سليمان الحوشان، الأنكحة الفاسدة والمحظورة قديما وحديثا، مرجع سابق، ص 111

¹³⁵ - عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، قسم الأحوال الشخصية، مرجع سابق، صفحة 181، 182،

¹³⁶ - المادة 8 مكرر 1 من قانون الاسرة قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

¹³⁷ - المادة 6/53 من قانون الاسرة قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

المطلب الثاني: آثار فسخ عقد الزواج الفاسد:

اعتبر الفقهاء العقد في النكاح الفاسد قبل الدخول كأنه لم يكن، فلا تقوم عليه أحكام ولا يقوم عليه طلاق، فالمتزوجون زواجا فاسدا إذا افترقا قبل الدخول فلا عدة على الزوجة ولا مهر لها ولا تثبت بينهما حرمة المصاهرة ولا النسب ولا يتوارثان لو مات أحدهما ولا يترتب على مجرد العقد أثر.¹³⁸ وإذا تم الدخول، فنجد الأمر يختلف حسب الحالة التي أدت الى الفساد.

أولاً: الصداق والعدة:

1. الصداق المستحق للزوجة في الزواج الفاسد:

أ. قبل الدخول: لا تستحق الزوجة غير المدخول بها الصداق لعدم صحة العقد، لأن أصل العقد فاسد ومآل فساد فسخه، وبالتالي ما نشأ فاسدا لا يكتمل صحيحا، والصداق هو شرط من شروط صحة العقد، فلا يثبت للزوجة التي لم يبين بها الزوج.

ب. بعد الدخول: تستحق الزوجة كامل صداقها المتفق عليه عند إبرام عقد الزواج إذا دخل بها الزوج، إذ اجمع الفقهاء على وجوب المهر كاملا للزوجة على زوجها بعد الدخول بها وإن افترقا.¹³⁹

و إذا كان الزواج بعدم توافر شروط صحته الولي والشهود والصداق يفسخ قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، فإن الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده¹⁴⁰ بشرط حسن النية وعدم العلم بحرمة الرضاع مثلاً.

2. العدة:

العدة هي المدة التي قررها الشرع للزوجة المدخول بها حسابها شرعا بعد طلاقها أو وفاة زوجها، بغرض براءة رحمها وعدم اختلاط الأنساب في حال تزوجت مرة أخرى، والدخول بالمرأة هو البناء بها ولو لليلة واحدة¹⁴¹

أ. عدة الزوجة غير المدخول بها:

¹³⁸ - منار سلامة إسماعيل قزاز، النكاح الفاسد عند الملكية دراسة تحليلية، مرجع سابق، صفحة 55

¹³⁹ - تهناني معيض عويد، فسخ عقد النكاح وأحكامه والآثار المترتبة عليه "دراسة مقارنة"، مجلة كلية دار العلوم، مجلد 39، العدد

125، الكويت 2019، صفحة 254

¹⁴⁰ - المادة 34 من قانون الاسرة قانون الاسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

¹⁴¹ - قرار رقم 342922 مؤرخ في 2005/9/14، مجلة المحكمة العليا، العدد 2 لسنة 2005، صفحة 413

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

أما الزوجة غير المدخول بها، فلا تعدد لقول تعالى: "يأبىها الذي أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها" سورة الأحزاب، الآية 49.

ب . عدة الزوجة بعد البناء بها:

إن العدة لا تجب في الزواج الفاسد إلا إذا حصل الوطء، أي دخول الرجل بالمرأة دخولا حقيقيا، لأن المقصود بالعدة في الزواج الفاسد هو معرفة براءة رحم الزوجة من الحمل. أما إذا اختلى الرجل بالمرأة في الزواج الفاسد بلا دخول حقيقي، فلا تجب عليها عدة، ولذلك يقول الفقهاء أن الوطء في الزواج الفاسد هو الموجب للعدة وليس الزواج الذي أصابه ما أفسده.¹⁴²

وعليه، إذا كان الزواج فاسدا، فعدة المدخول بها تبدأ عقب تفريق القاضي بينها وبين زوجها، أو منذ إظهار عزم الواطئ على ترك وطئها. أما غير المدخول بها، فيكفي فيه تفريق الأبدان، وهو أن يتركها زوجها بقصد ألا يعود إليها،¹⁴³ بمعنى أن عدة المرأة من زواج فاسد قبل الدخول بها، تأخذ نفس حكم عدة المطلقة قبل الدخول، إذ لا يجب عليها احتسابها طبقا لقرار صادر عن المحكمة العليا.¹⁴⁴

والزواج بإحدى المحرمات تجب فيه العدة عند فسخه، طبقا لما نص عليه المشرع.¹⁴⁵ كما أنه أوجب الإستبراء في هذه الحالة قبل الدخول، والإستبراء يعني اعتداد الزوجة بمدة معينة لكشف براءة رحمها من الحمل، ما يعني أن الزوج هنا لم يدخل بزوجته لكن يفترض ظنا أنه اختلى بها، ويجب عليها أن تعتد قبل الدخول نظرا لخطورة الوضع الذي يستوجب التفرقة الحالية للزوجين بسبب الحرمة الأبدية.

ثانيا: النسب والتوارث في الزواج الفاسد:

1 . نسب الأولاد من زواج فاسد:

النسب صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم. فالنسب هو نسب الإبن لأبيه لقوله تعالى: "ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله" سورة الأحزاب، الآية 5.

¹⁴² - أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية . الجزء الثاني . مرجع سابق، صفحة 903، 904

¹⁴³ - ليلى حسن الزويجي، احكام العدة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، بدون طبعة، سنة النشر 2006،

صفحة 47، 49

¹⁴⁴ - قرار رقم 137571 مؤرخ في 18-6-1996، المجلة القضائية، العدد 2 لسنة 1997. صفحة 93.

¹⁴⁵ - المادة 34 من قانون الاسرة (القانون 84 / 11)، مرجع سابق.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

ونسب الولد من أمه يثبت بالولادة، ولا فرق بين أن تكون الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو من سفاح، ومتى ثبت النسب منها بالولادة كان ثابتاً، فلا يمكن نفيه بعد ذلك. أما نسب الولد من الرجل، فإنه يثبت بالفراش الصحيح وما يلحق به. والمراد بالفراش الصحيح أن تكون المرأة حلالاً للرجل بناء على عقد زواج صحيح أو ملك يمين.¹⁴⁶

بذلك يعتبر الزواج الصحيح هو السبب المنشئ للنسب. غير أنه لا يمكن نفي نسب الولد إذا لم يأت من فراش صحيح، فالولد لا ذنب له في أصل نسبه، ولذلك يثبت النسب أيضاً بالنكاح الفاسد أو بالوطء بشبهة. فيثبت النسب حتى بالزواج الفاسد، حيث ألحق الشارع الحكيم والقانون، نسب الولد من زواج فاسد لأبيه، لأن القاعدة أن النسب يحتاط في إثباته إحياءاً للولد.¹⁴⁷ وقد نص المشرع على أن يثبت نسب الولد من أبيه بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول. باعتباره زواجا فاسداً. أي بسبب بطلانه لانعدام الرضا أو فسخه بسبب إبرامه بدون شاهدين أو صداق أو ولي عند وجوبه.¹⁴⁸ وعليه، يثبت النسب إذا تم فسخ العقد الفاسد بعد الدخول، وذلك حماية لحق الطفل المولود من زواج فاسد.

والملاحظ أن المشرع قد اعتبر الزواج الفاسد من أسباب إثبات نسب الولد لأبيه متى تم الدخول، وفي نفس الوقت نص على أن ينسب الولد لأبيه بشرطين: أولهما أن يكون الزواج شرعياً، والثاني ألا ينفى الأب بالطرق المشروعة أي اللعان¹⁴⁹، ومعناه أن النسب، طبقاً لهذا النص، لا يثبت إلا بالزواج الشرعي دون الزواج الفاسد.

أ. المدة المحددة لثبوت النسب:

في حالة ما إذا ثبت نسب الولد في النكاح الفاسد بالدخول الحقيقي، فيجب أن تكون الولادة في مدة محددة تحسب من تاريخ الدخول، وأقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر¹⁵⁰ فيثبت نسب ولد الزوجة من زوجها إذا ولدته بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي بها، لأنها حملت به بعد أن صارت فراشا له بالدخول بها، ولا يمكنه أن ينفي نسب هذا الولد أصلاً، لأن النفي في حال قيام زواج صحيح إنما يكون بعد

¹⁴⁶ - عبد الرحمن تاج، الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، مطبعة دار التأليف، مصر، الطبعة الثانية، سنة النشر 1952

صفحة 412

¹⁴⁷ - أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأحكام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، بدون طبعة، سنة النشر 2003، صفحة 81

¹⁴⁸ - المادة 40 من قانون الأسرة قانون الأسرة (الامر 02/05)، مرجع سابق.

¹⁴⁹ - المادة 41 من قانون الأسرة قانون الأسرة (القانون 84/11)، مرجع سابق.

¹⁵⁰ - المادة 42 من قانون الأسرة (القانون 84/11)، مرجع سابق.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

اللعان، ولا لعان بين الزوجين بزواج فاسد وفقا للآية¹⁵¹ التي نزلت بشأن الذين يرمون أزواجهم، إذ ينصرف مضمونها إلى الزواج بعقد صحيح.¹⁵² و النسب قد يثبت بطريق بطريق القيافة أيضا،¹⁵³ لكنها وسيلة تحتاج إلى اليقين.

ب . النسب المثبت بالوسائل العلمية الحديثة:

نظرا للتطورات العلمية الحديثة بشأن إمكانية الكشف عن نسب الولد، كانت بالبصمة الوراثية من بين الوسائل المعتمدة، و هي عبارة عما يسمى بالحمض النووي (ADN.:Acide Désoxyribonucléique) وقد سمي بالحمض النووي نظرا لوجوده وتمركزه في نواة الخلية للكائن الحي.¹⁵⁴ قانون الأسرة يعتمد بدوره على البصمة الوراثية لإثبات النسب، فأجاز للقاضي اللجوء إليها كطريقة من الطرق العلمية الحديثة.¹⁵⁵

2 . ميراث الزوجين من الزواج الفاسد:

أ . تحقق سبب الميراث:

يعد كل من القرابة والزوجية سببا للإرث في قانون الأسرة.¹⁵⁶ وعلى ذلك، يستحق الحي من الزوجين نصيبه من ميراث زوجه المتوفي إذا كانت بينهما علاقة زوجية صحيحة، سواء ترتب على العقد الصحيح بناء بالزوجة أو لم يترتب¹⁵⁷

¹⁵¹ - سورة النور، الآية 6.

¹⁵² - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، صفحة 179

¹⁵³ - وهي القيافة، ويقصد بها تتبع الآثار لمعرفة أصحابها. والقائف: هو من يعرف الآثار وهو الخبير بمعرفة الشبه لإلحاق نسب الولد بابيه أو الأخ بأخيه .. لقول المالكية بجواز إلحاق نسب الولد لأبيه بالقيافة عند التنازع وانعدام الدليل أو عند تعارض الأدلة وعدم وجود ما هو أقوى منها. واستدلوا بذلك بأن رسول الله ﷺ جاء إلى السيدة عائشة رضي الله عنها مسرورا عندما الحق القائف أسامة بابيه زيد بن الحارثة بناء على ما راه من شبه بينهما. فدل سروره على مشروعية القيافة. (الفقه الميسر عبد الله بن محمد المطلق الجزء الخامس فقه الأسرة ص 151) على أن حذر الله عز و جل من فعل القيافة في غير حق، فقال الله تعالى: " ولا تقف ما ليس لك به علم . سورة الإسراء، الآية رقم 3

¹⁵⁴ - أبو حسين عاصم بن منصور بن محمد، اثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان . دراسة فقهية . مجلة الجمعية الفقهية،

السعودية، العدد 21 / 2015، المجلد 2015، تاريخ النشر 2015/05/31، صفحة 431

¹⁵⁵ - المادة 40 من قانون الأسرة (الامر 02 / 05)، مرجع سابق.

¹⁵⁶ - المادة 126 من القانون الأسرة (القانون 11/84)، مرجع سابق

¹⁵⁷ - المادة 130 من القانون الأسرة (القانون 11/84) ، مرجع سابق

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

ويشترط لاستحقاق الإرث أن يوجد سبب لتوريث الحي من الميت، وعدم وجود مانع يمنعه من الإرث.¹⁵⁸ والممنوعون من الإرث حددهم المشرع على سبيل الحصر¹⁵⁹

ب: ميراث أحد الزوجين للآخر من زواج فاسد:

إختلف الفقهاء في جواز التوارث بين الزوجين في النكاح الفاسد، فالشافعية والحنابلة والظاهرية لا يجيزون ذلك على أساس أن سبب الميراث هو الزواج الصحيح، والزواج الفاسد معصية، فلا يكون سببا للميراث. أما المالكية فقد فرقوا في ذلك بين حصول الفسخ قبل الموت، أو استمرار النكاح الفاسد إلى الوفاة، فيجري التوارث إذا مات أحد الزوجين قبل الفسخ، ولا توارث إذا مات أحد الزوجين بعد فسخ الزواج، على أن يستثنى نكاح المريض، فلا ميراث يهولو ما تأخذهما قبل الفسخ.¹⁶⁰

المشرع نص على أنه إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين.¹⁶¹ ولعلنا نقرأ من خلال هذا النص أن الزواج الباطل غير القائم صحيحا، إذا تم الحكم ببطلانه، فلا يرث الزوج المتوفي الزوج الحي، أما إذا لم يثبت ومات أحدهما قبل فسخ العقد، وبقيت العلاقة الزوجية قائمة، فيرث أحدهما الآخر. هذا إذا لم يثبت من له مصلحة في أن العقد قام فاسدا ووجب إبطاله.

أما إذا كان العقد فاسدا بسبب قوي، كالزواج بإحدى المحارم، فيفسخ ولا يثبت فيه الميراث، فلا يرث الحي الميت ولو كان الموت بعد الدخول أو الخلوة، أو كان الموت قبل التفريق بينهما أو بعده.¹⁶² والقول أن العقد الفاسد الذي يمنع ميراث أحد الزوجين للآخر، سواء كان الموت بعد الدخول أو الخلوة، أو كان الموت قبل التفريق بينهما أو بعده، هو الزواج الفاسد بسبب قوي، كالزواج بإحدى المحارم، فيفسخ ولا يثبت فيه الميراث.

¹⁵⁸ - المادة 127 من لقانون الاسرة (القانون 11/84) ، مرجع سابق

¹⁵⁹ - المادة 137، 138 من القانون الاسرة (القانون 11/84) ، مرجع سابق

¹⁶⁰ - رأفت علي نظام الصعيدي، أطروحة دكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، أيار (ماي) ٢٠٠٧ ،

صفحة 126

¹⁶¹ - المادة 131 من القانون الاسرة (القانون 11/84)، مرجع سابق

¹⁶² - علال ياسين، اثر الطلاق على التوارث بين الزوجين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، القاهرة، بدون طبعة، سنة النشر 2017،

صفحة 49، 50.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

خاتمة

من خلال تعرضنا لفسخ عقد الزواج كنتيجة لفساده، توصلنا للنتائج التالية:

. أن عقد الزواج كغيره من العقود يخضع إلى جملة من الأركان والشروط الواجب احترامها.

. أن الرضا ركن لا ينعقد الزواج إلا بوجوده لدى الزوج و الزوجة، وانعدامه يعدم العقد أصلا فلا

ينعقد.

. أن الأهلية من مقومات عقد الزواج، فإذا نقصت، و كانت هناك ضرورة أو مصلحة، وجب ممن له مصلحة طلب الترخيص من القاضي لإتمام الزواج. أما انعدامها فيقف عارضا وراء إبرام عقد الزواج، خلافا لما جاء به الفقه المالكي من أن المجنون يستطيع الزواج بشرط ان يكون جنونه مطبقا ، كما أجاز للأب إجبار إبنته المجنونة على الزواج إذا لم يترتب على تزويجها ضرر.

. أن شروط الزواج الواجب توفرها لصحة الزواج هي تلك المنصوص عليها شرعا وقانونا، و تتمثل في الولي، الشهود والصداق وكذا انعدام الموانع الشرعية.

. ان عدم توفر شرط من شروط صحة الزواج تجعله فاسدا و يكون مآله الفسخ، خاصة ما تعلق منها بالشهود والزواج المحرم إضافة إلى الولي.

. انه يجب التفرقة بين بطلان الزواج وفساده، فالبطلان لا ينشئ العقد، إذ لا ينعقد أصلا، والمفروض

أن ينفذ مجلس العقد إذا لم يتم الرضا بين الزوجين، أو لا يكون أحدهما أهلا للزواج و لم يرخص له به القاضي . أما الفساد فيصيب العقد في صحته، بحيث قد يتم إبرامه بدون ولي أو شهود أو تسمية للصداق أو حتى بين زوجين محرمين على بعضهما بسبب موانع الزواج.

. أن الزواج الباطل لا يقوم أصلا، ويبطل قبل الدخول وبعده، أما الزواج الفاسد فينعقد، لكنه يفسخ قبل

الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا وقع اختلال في أحد شروطه، و يفسخ قبل الدخول و بعده إذا كان بين المحارم.

. المشرع اعتبر الزواج فاسدا بسبب تخلف الشاهدين أو الولي أو الصداق، مما يؤدي إلى فسخه.

. من آثار فساد الزواج أن يفسخ ويفترق الزوجان، خاصة إذا تخلف الشهود أو تزوج الرجل مع من

تحرم عليه سواء كان تحريما مؤبدا إذا كان ذلك بحسن نية دون علم بالتحريم كالرضاع مثلا أو تحريما مؤقتا.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

. من آثار الزواج الفاسد أن تعتد المرأة بعد الدخول بها، لأنها لا تعتد إلا إذا ثبتت ان تثبت خلوة مؤكدة بينها وبين زوجها قبل البناء بها.

. من آثار فساد الزواج، أن يثبت نسب الولد إلى أبيه سواء كان الزواج صحيحا أو فاسدا، لأن الولد لا يؤخذ بذنب غيره.

. أن النسب في الزواج الفاسد يثبت قبل الدخول بالخلوة المؤكدة. وما دام الزواج قد انعقد، فلا تعتبر العلاقة بين الزوجين زنا، خاصة إذا لم يصل إلى علمهما بأن زواجهما فاسد. أما بعد الدخول، فالنسب ثابت بالإتصال.

. إن إثبات النسب يقوم أيضا على احتساب مدة الحمل عند الولادة، فلا يجب، شرعا وقانونا، أن تقل عن ستة أشهر وتكون عشرة أشهر.

. من آثار فسخ الزواج الفاسد التوارث بين الزوجين، و هو مختلف فيه عند الفقهاء. إلا أن المالكية قالوا بالتوارث إذا مات أحد الزوجين قبل الفسخ، وعدم التوارث إذا مات أحد الزوجين بعد فسخ الزواج. المشرع نص على ألا توارث بين الزوجين إذا ثبت بطلان النكاح.

. التوصيات:

الزواج استمتاع الرجل بالمرأة على وجه التحليل، أجازة الله عز وجل بنصوص آياته. غير أن هذا الحل لا بد أن يكون خاضعا في قيامه صحيحا إلى أركان وشروط تجعله شرعيا، منتجا لآثاره الشرعية.

قانون الأسرة، قانون وضعه المشرع مستمدا أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء. لذلك لا يمكن أن تتناقض النصوص القانونية في أحكامها مع أحكام النصوص الشرعية التي جاء به الشرع الالهي. المشرع، و في كثير من النصوص القانونية نجده غير واضح سواء من حيث المصطلحات أو من حيث توظيفها.

و هذه اهم التوصيات التي نقدمها بغرض مراجعة المشرع لمختلف النصوص القانونية في صياغتها اللغوية ومن ثم التحليل الجيد للأحكام القانونية التي نجدها في بعض المواقع صعبة الفهم، وخاصة التناقضات الموجودة في تلك الأحكام بسبب الانتقال من موضوع إلى آخر بشكل غير منتظم ومتسلسل.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

. فيما يتعلق بمصطلحي الركن والشرط، هما مصطلحان مختلفان من حيث المعنى، فالركن غير الشرط، كما أن نقول أن الصلاة في الإسلام ركن لا يقوم الإسلام إلا بها، و صحتها الشرط لقبولها. فعلى المشرع التنبيه لذلك، إذ إن أثر كل منهما يختلف عن الآخر، فتخلف الركن في الزواج يؤدي إلى بطلانه، وتخلف الشرط فيه يؤدي إلى فسخه.

. بالنسبة للولي، لا يصح الزواج شرعا إلا بولي وإلا اعتبر الزواج باطلا. في حين نجد أن دور الولي بالنسبة للمرأة في قانون الأسرة ينحصر في الحضور فقط بالنسبة للراشدة، أما القاصرة فتتولي الأب أو غيره زواجها لا يعطيه الحق في إجبارها أو مخالفة رأيها. في حين، اعتبر المشرع زواج القاصرة بدون ولي عند وجوبه زواجا فاسدا يفسخ قبل الدخول و يثبت بعد الدخول بصدق المثل. ولا يفهم من هذا النص وجوب الولي هل هو لتولي إبرام الزواج أو لمجرد الحضور؟

. عدم حضور الشهود في عقد الزواج يجعله باطلا، مثله مثل الرضا، وهو ما أكدته الشرع في وجوب شهادة شاهدين عدلين في الزواج بغرض إثبات واقعة الزواج وإعلانه. لكن المشرع لم يفصل في شروط الشهادة الأشخاص المقبولة شهادتهم. فبما أنه قنن مواضيع الأسرة فكان عليه أن يفصل في أحكامها تفصيلا محكما. . يفسخ الزواج شرعا إذا وجد بأحد الزوجين عيب فيه، لكن المشرع لم يتطرق إلى العيوب التي تعتبر سببا في فساد الزواج.

. الزواج باطل إذا اشتمل على مانع، لكن المشرع لم يعط تعريفا لذلك المانع.

. من آثار فسخ الزواج الفاسد إثبات نسب الولد. فيثبت نسب الولد لأبيه طبقا لما نص عليه المشرع بكل نكاح تم فسخه بسبب فساد، وفي نفس الوقت نص على أن يثبت نسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن للزوج الإتصال بزوجه، ولم ينفه بالطرق المشروعة كاللعان. فهنا لبس في الأحكام ثبوت النسب في الزواج الفاسد على المشرع إزالته.

. في مسألة التوارث بين الزوجين زواجا فاسدا، يقول المالكية بالتوارث إذا مات أحد الزوجين قبل الفسخ، ولا توارث إذا مات أحد الزوجين بعد فسخ الزواج. في هذا يختلف الرأي لدى المشرع، فيؤكد عدم التوارث بين الزوجين إذا ثبت بطلان النكاح، والثبوت هنا يعني الحكم بالبطلان، فماذا لو لم يثبت البطلان وتوفي أحد الزوجين؟ و ماذا بشأن الزواج الفاسد؟ يبقى السؤال مطروحا.

قائمة المراجع

أولاً: النصوص القانونية:

- . القانون 84 / 11 المؤرخ في 9 جوان 1984، الجريدة الرسمية رقم 24 لسنة 1984 المعدل والمتمم، المتضمن قانون الاسرة.
- . الأمر 02 / 05 المؤرخ في 27 / 02 / 2005، الجريدة الرسمية رقم 15 مؤرخة في 27 / 02 / 2005 المتضمن قانون الاسرة.
- . الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية رقم 78 المؤرخة في 30 / 09 / 1975 والمتضمن القانون المدني.
- . القانون رقم 05 / 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية رقم 44 المؤرخة في 26 / 06 / 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني 58/75

ثانياً: الكتب:

1 . الكتب القانونية:

- . الغوثي بالملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة النشر (2008).
- . أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية (الجزء الأول)، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2006.
- . أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية (الجزء الثاني)، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2006.
- . عبد الوهاب خلاف، احكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الثانية، سنة النشر 1990
- . محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، سنة النشر 2007.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

- . جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة النشر 2007.
- . نصيرة بالعبيد، النظام القانوني لتوثيق عقد الزواج في الجزائر، دار الجامعة الجديدة للنشر، الجزائر، سنة النشر 2017.
- . بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة النشر 2008.
- . عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي . مع لمحة من تاريخ التشريع الى ظهور الإسلام . المكتبة العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة النشر 1951.
- . عبد المجيد زعلاني، موسوعة القانون الجزائري . طبعة مصغرة . بيرتي للنشر . الجزائر . سنة النشر 2013.
- . علال ياسين، أثر الطلاق على التوارث بين الزوجين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، القاهرة، سنة النشر 2017.

2 . الكتب الفقهية:

- . الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث . النكاح .، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثالثة، سنة النشر 2005.
- . محمد أمين الشهيد بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار . شرح تنوير الأبصار. الجزء الخامس، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، طبعة خاصة، سنة النشر 2003.
- . أبو محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، الجزء الأول، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، مكة المكرمة، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
- . محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، الجزء الثالث، فقه الأحوال الشخصية . كتاب النكاح . الطبعة الثانية مزينة، الدار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة الثالثة، سنة النشر 2007.
- . بن محمد المحلى الشافعي، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، دار القلم العربي، حلب، الطبعة الأولى، سنة النشر 1995.

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

- . محمد متولي الصباغ، مكتبة مدبولي، الإيضاح في احكام النكاح، القاهرة، بدون طبعة، سنة النشر 1981.
- . علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، دار الكتاب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة النشر 2005.
- . عبد العزيز سليمان الحوشان، الأنكحة الفاسدة والمحظورة قديما وحديثا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة النشر 2006.
- . وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع، الاحوال الشخصية، دار الفكر، سورية، دمشق، الطبعة الثانية، سنة النشر 1985.
- . صالح بن عبد العزيز ابن إبراهيم آل منصور، الزواج بنية الطلاق، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، بدون طبعة، سنة النشر 1993.
- . عياض بن نامي السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة النشر 2005.
- . عبد العزيز محمد عزام، الطلاق في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، بدون دار النشر، بدون طبعة، سنة النشر 1978.
- . ليلي حسن محمد الزوبعي، احكام العدة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، بدون طبعة، سنة النشر 2006.
- . عبد الرحمن تاج، الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية، مطبعة دار التأليف، مصر، الطبعة الثانية، سنة النشر 1952.
- . أحمد نصر الجندي، . النسب في الإسلام والأحكام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، بدون طبعة، سنة النشر 2003.
- . الشيخ الامام محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار "شريعة"، بدون سنة النشر.
- . عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، قسم الأحوال الشخصية، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة السابعة، 1986،

فسخ الرابطة الزوجية أسبابه وآثاره

. محمد بن عبد العزيز السديس، مقدمات النكاح (دراسة مقارنة)، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الطبعة 128 السنة 37 . 1425 (2004 . 2005).

ثالثاً: اطروحات الدكتوراه:

. سليم محمودي، أحكام في فسخ عقود الزواج في الفقه الإسلامي ، كلية علوم إسلامية، قسم الشريعة والقانون، تخصص فقه إسلامي، جامعة الجزائر 1- السنة الجامعية 2017 . 2018.
. رأفت عيسى الصبيدي، أطروحة دكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، آيار (ماي) 2007

رابعاً: المقالات:

. تهاني معيض عويد، فسخ عقد النكاح وأحكامه والآثار المترتبة عليه "دراسة مقارنة" مجلة كلية دار العلوم، مجلد 39، العدد 125، الكويت 2019،
. أبو حسين عاصم بن منصور بن محمد، اثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان . دراسة فقهية . مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 21 / 2015، المجلد 2015، تاريخ النشر 2015/05/31.
. منار سلامة إسماعيل قزاز، النكاح الفاسد عند الملكية، دراسة تحليلية، مجلة ابن خلدون للدراسات والأبحاث، تونس، المجلد الثالث، العدد الثاني، تاريخ النشر 31 جانفي 2023.
. مريم احمد غالب الخطيب، شهادة المرأة على عقد الزواج "دراسة فقهية قانونية مقارنة" مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد (2) العدد (1)، 2021.