جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

عقد الزواج بين التسجيل والإغفال في القانون الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص
تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبة:
صالح ويزة

إشراف الأستاذ:
بطاطاش نذير

لجنة المناقشة

الأستاذ:خليفي سمير..... رئيسًا
الأستاذ: بطاطاش نذير .....مشْرِفًا ومقّررًا
الأستاذ:ربيع زاهية.....ممتحنا

تاريخ المناقشة

2015/06/ 04

شكر

أتقدم بالشكر والتقدير إلى أستاذي المشرف بطا طاش نذير

على تفضله بالإشراف على هذه المذكرة

حيث منحني الكثير من وقته كما أولى لي

عناية وتشجيعا لمواصلة هذه المذكرة.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من أعضاء اللجنة ،

الذين أشرفوا على مناقشتها حيث تكون

ملاحظاتهم محل تقدير واهتمام لما لها من أثر لإثراء هذه المذكرة.

وأشكر كل من ساعدني في انجاز هذه المذكرة من قريب

أو من بعيد، لهم مني أجمل آيات الشكر والعرفان.

إهداء

إلى روح والدي رحمه الله رحمة واسعة، الذي كنت

دائما آمل أن يراني في القمة،

لكن الله اختاره إلى جواره وأنا في بداية الطريق.

إلى مشرفي بطاطاش نذير الذي ساعدني في انجاز هذه المذكرة،

وإلى أمي التي ولدتني وتحملت من أجلنا الكثير،

التي ساندتني بحنانها وبرفعها لمعنوياتي.

وإلى أمي التي ربتني "عمتي" وإلى عمي الذي

كان دائما بمثابة أب لي، وبدونهما لما

وصلت إلى ما هو أنا اليوم.

إلى إخواتي كل من، جوجو، سامية، فاطمة،

أنابيس الصغيرة وأخي صوفيان الذي اعتبره سندي الكبير،

وإلى أخي الصغير ياني وإلى كل أصدقائي وزملائي

اللذين ساعدوني في إنجاز هذا العمل المتواضع.

قائمة أهم المختصرات:

ق . م .ج : قانون المدني الجزائري

ق .ا .ج : قانون الأسرة الجزائري

ق .ت : قانون التوثيق

ق. ح م: قانون الحالة المدنية

ق . ا . م .ا : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ج ر: جريدة رسمية

ط: الطبعة

م: المادة

إن عقد الزواج عقد مقدس شرعه الله لإقامة الأسرة على أساس متين من الترابط والألفة بقصد الاستمرار، وقد قضت الفطرة التي فطر الله الناس عليها بضرورة التقاء الذكور والإناث دفعا إلى بقاء النوع الإنساني، كما أن كلا الزوجين يجد الراحة على الاستعانة بصاحبه، حيث يخفف عنه متاعب الحياة وآلامها، وضف إلى ذلك أن المجتمع الصالح لا يقوم إلا إذا تكون من أسر سليمة صالحة.

وأساس الأسرة التي تكون على هذا النحو هو الزواج لأن النهج الذي رضيه الإسلام هو النهج السليم الذي يلائم طبيعة البشر، كما أن الزواج حفظ للإنسان حيث يجد الأولاد من يرعاهم ويقوم على شؤونهم.

وذلك لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1].

وللزواج عدة تعريفات نجد منها:

ا_**لغة:** الزواج من زوج يزوج زوجا، وأصله زوج، والزوج خلاف الفرد، يقال زوج أو فرد، كما يقال شفع أو وتر قال الله تعالى: ﴿وَأَنۢبَتْنَا فِيهَا مِن كُلِّ زَوْجٍۭ بَهِيجٍ﴾[2].

وكل واحد منهما أيضا زوجا فيقال: هما زوجان لاثنين وهما زوج لواحد، كما يقال هما سيان وسواء.

فكل واحد منهما زوج ذكرا كان أو أنثى.

والزوج ماله نقيض أو نظير[3].

1-سورة الروم، الآية 21.

2-سورة ق، الآية 07.

3-قاموس اللغة العربية "**مجاني الطلاب**"، دار المجاني، بيروت، الطبعة الرابعة، 1994.

ومثال النقيض: الحلو والمر، والليل والنهار، والرطب واليابس ومثال النظير، الشكلين المتماثلين والصنفين المتماثلين زوج والصنفين المتماثلين زوج.

ويطلق لفظ الزوج على الرجل والمرأة إذا اقترنا ببعضهما، ويطلق كذلك على كل واحد منهما، ويقال الزوج زوج المرأة، والمرأة زوج بعلها، وهو النصيح[1].

ب_اصطلاحا:

لقد تعددت عبارة الفقهاء القدامى في تعريف الزواج إلا أن جميعها يدور حول مفهوم واحد لا اختلاف فيه، والتفاوت بينهما في القيود والألفاظ فمثلا عرفه أبو الزهرة: إنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد مالكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات"[2].

ج_قانونا:

فالزواج حسب المشرع الجزائري هو عقد بين رجل وامرأة يسمح لكل منهما الاتصال بالآخر بصفة شرعية بهدف تكوين أسرة، وهذا حسب ما جاء في نص المادة 04 ق.إ.ج "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"[3].

طبيعة عقد الزواج: نجد أن الآراء قد اختلفت حول طبيعة عقد الزواج خاصة من الناحية القانونية والدينية.

اعتاد المسلمون أن يحيطوا عقد الزواج بهالة من القدسية والتعظيم، وهذا مستمد من توجيهات القرآن والسنة.

1-قاموس اللغة العربية "**مجاني الطلاب**"، المرجع السابق.

2-الإمام ابوزهرة، **محاضرات في عقد الزواج وأثره**، دار الفكر العربي، مصر، 1971، ص17.

3-أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد15، لسنة 2005.

فالزواج عند المسلمين مرهون بإرادة المتعاقدين، يتم برضاهما وفق ما شرعه الله ولم تشترط الشريعة في عقد الزواج أن يعقد في المسجد، كما لم تشترط أن يعقد على يد عالم أو فقيه، ولا تسجيله في مسجل خاص كل فيه هو تحقيق أركانه وشروطه.

يقول الدكتور السباعي في كون عقد الزواج عقدا مدنيا أو دينيا أن موقف الإسلام جاء موقفا وسطا بين اتجاهين متعارضين.

فالأول: أن عقد الزواج عقد ديني لا ينعقد إلا تحت إشراف رجال الدين أو بواسطتهم، فإذا عقد خارجا عن ذلك لم يكن يعترف به في الدين ولا يترتب عليه آثاره، فهذا ما تقرره الديانة المسيحية مثلا.

أما الثاني: أن عقد الزواج عقد مدني بحت، فلا علاقة له بالدين، ولا صلة له، وهذا ما نادت به الشيوعية، وذهبت إليه أكثر القوانين الغربية الحديثة، وإن كانت لا تمانع من إجراء عقده في الكنيسة بعد أن يتم إجراؤه في سجلات الدولة الرسمية.

فالإسلام في موقفه الوسط ينسجم مع مبادئه العامة،لا يعرف طبقة تسمى طبقة "رجال الدين" والمسلمون جميعا متساوون في الحقوق والواجبات والمكانة الاجتماعية والدينية، ولا يتفاوتون إلا بالتقوى، أما علماء الشريعة فهم كرجال القانون والطب والهندسة[1].

فالزواج هو عقد مدني محاط بإطار ديني، فهكذا يحتفظ في الوقت ذاته بقدسية الزواج في نفس الزوجين بما يكون له أبعد الأثر في سعادتهما الزوجية، وسعادة المجتمع بزواجهما.

ومن خلال تحديد طبيعة عقد الزواج نستخلص أن هذا الأخير إذا تم وفقا للشروط المنصوص عليها في الشريعة يكون زواجا دينيا شرعيا أو بما جرت العادة بتسميته بزواج عرفي.

1-مصطفى السباعي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، الزواج وانحلاله، الجزء الأول، دار الوراق، الطبعة التاسعة، 2001، ص36.

وكون عقد الزواج من أهم العقود التي يقوم بها الإنسان في حياته حرصت مختلف التشريعات على سن قوانين تحمي هذه الأسرة وتضع لها قوانين تنظمها.

ارتأيت الى اتباع المنهج التحليلي اين حللت مواد القانون الجزائري اذ نجد،

كل من قانون الأسرة الجزائري وقانون الحالة المدنية قد حرصا على وضع مجموعة من الإجراءات الموضوعية المستمدة من الشريعة والعادات والأعراف ومجموعة من الإجراءات الشكلية تنظيمية إدارية تتمثل في ضرورة تسجيل العقد أمام الحالة المدنية بالبلدية المختصة، وذلك ضمانا لحقوق والتزامات كلا الزوجين، ذلك نظرا لما يترتب عليه من آثار كإثبات النسب، ، والميراث إلا أن هذه الأهمية لم تجعل مجتمعنا يخلو بما يعرف بالزواج العرفي أي يتم وفقا للأعراف والتقاليد دون اللجوء إلى تسجيله وعدم إعطاءه الصبغة الرسمية، فالمشرع لم يمنع هذا الزواج إلا أنه لا يترتب عليه أي أثر قانوني.

وهذا ما أدى إلى كثرة الشكاوى والقضايا أمام العدالة خاصة في قضايا إثبات النسب.

فيما تتمثل الاثار القانونية لعقد الزواج المسجل والزواج المغفل منها؟

الفصل الأول: إجراءات عقد الزواج في القانون الجزائري

لما كان عقد الزواج من أهم العقود التي يقوم بها الإنسان في حياته، نظرا لما يشتمل عليه من أعباء وتكاليف والتزامات، ولما يترتب عليه من أحكام النسب والقرابة والميراث، فيتم عقد الزواج وفقا للشريعة الإسلامية وعادات وأعراف الناس ويكون العقد صحيحا متى توافرت أركانه وشروطه الشريعة.

ولما كان من أقدس وأنبل الروابط التي تنشأ بين الرجل والمرأة لتكوين الأسرة فلقد عني به المشرع الجزائري عناية خاصة لم تتوفر في غيره من العقود، وأحاطه بالرعاية في جميع مراحله من وقت التفكير فيه إلى وقت إنشاءه وإبرامه ثم إلى انتهائه.

ويتبين لنا من خلال نصوص كل من أحكام قانون الأسرة، وقانون الحالة المدنية، إذ نجدهما قد نظما لعقد الزواج مجموعة من الإجراءات الموضوعية لصحة العقد ومجموعة من الإجراءات الشكلية تتمثل في ضرورة-تسجيله أمام الحالة المدنية كإجراء تنظيمي إداري حتى يصبح سندا قانونيا.

وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل وسنقسم هذا الأخير إلى مبحثين المبحث الأول يشمل الإجراءات الموضوعية لعقد الزواج والمبحث الثاني يشمل الإجراءات الشكلية لعقد الزواج.

المبحث الأول: الإجراءات الموضوعية لعقد الزواج

إن عقد الزواج حتى يكون صحيحا وجب توفره على مجموعة من الإجراءات الموضوعية المتمثلة في كل من الخطبة كمقدمة لعقد الزواج وأركان وشروط لصحة العقد من الناحية الشرعية والقانونية التي تناولها كل من قانون الأسرة الجزائري وقانون الحالة المدنية ففيما تتمثل هذه الأركان والشروط؟

المطلب الأول: الخطبة

لقد درج الناس على ألا يقدموا على إنشاء هذا العقد إلا بعد سبق تفكير وروية، وتدبر وحيطة ولم يغفل المشرع والشارع الحكيم تلك الخطوة بل رسم للإنسان معالم الطريق ليسير على هديها قبل إبرام العقد إبراما نهائيا، ودعا الناس إلى مراعاة هذه المقدمات لكي تنشأ الرابطة الزوجية على أقوم حال، وعلى خير الأسس، فتدوم العشرة ويشيع الوفاق.

قد حددت الشريعة أحكامها والتي استوحى منها المشرع الجزائري وأوضحت مقدماتها، وهذه المقدمات هي الخطبة.

الفرع الأول: مفهوم الخطبة

نتعرض من خلال هذا الفرع إلى تعريف الخطبة لغة، فقها وقانونا.

ا_ **الخطبة لغة:** هي مصدر الفعل "خطب" بفتح حروفه الثلاثة، وحين يشتق الاسم منه "الخطبة" فإن حرف الخاء يكون مكسورا[1]وتعني الإجراءات التي يقوم بها الرجل في طلب يد المرأة، إذ بموجب هذا الإجراء يتعرف الخاطب على خطيبته.

ب_ فقها: عرفها الإمام أبو زهرة بأنها طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها وذويها ببيان حالة ومفاوضتهم في أمر العقد[2].

وقد عرفها الدكتور محمد رأفت عثمان: هي طلب الخاطب الزواج بالمخطوبة، وأحيانا يصرح بالخطبة، وأحيانا يحصل التعريض بها ومعنى التصريح بالخطبة الكلام الذي لا يحتمل إلا معنى الزواج مثل: أن يقول الرجل للمرأة أريد الزواج منك، ومثل قوله للمرأة التي طلقها زوجها أو مات عنها ولا زالت في العدة، إذا انقضت عدتك تزوجتك وما شابه ذلك. [3]

1-جوزيف باد روس،**القاموس الموسوعي عربي عربي**، منشورات الحلبي الحقوقية ،ط 01 ،لبنان ، 2006.

2-محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص55.

3-محمد رأفت عثمان، **فقه النساء في الخطبة و الزواج** ،جامعة الأزهر، دار الاعتصام ،مصر ،ص12.

أما التعريض بالخطبة فهو الكلام الذي يحتمل الرغبة في الزواج وعدم الرغبة فيه، أي يكون كلاما محتملا للأمرين معا، مثل: أن يقول الرجل للمرأة كثيرون يرغبون في الزواج بك، أو من يجد مثلك.

كما يعتبر التعريض بالخطبة في التشريع الإسلامي جائز شرعا.[1].

ج_ قانونا:

فالخطبة لا تتمتع بأية قوة إلزامية للطرفين ولو طال أمدها لأن القانون أقر لها صفتها الشرعية، وهي كونها مجرد وعد بالزواج، مع أحقية كلا الطرفين في العدول عنها دون حاجة إلى مبرر له.

يظهر ذلك في نص المادة 05 من ق.أ.ج *"الخطبة وعد بالزواج للطرفين العدول عن الخطبة"*[2].

على هذا الأساس لا تتمتع الخطبة بأية قوة إلزامية حتى ولو صبت في قالب رسمي شكلي، ذلك لأن القانون لم يرق بها إلى مرتبة العقد، فهي مجرد وعد بالزواج من الطرفين.

قد أكد المشرع في مادته السادسة من ق.أ.ج أنه لا يغير من الطبيعة القانونية للخطبة في حالة اقترانها بما يعرف بالفاتحة.

فالفاتحة هي السورة المعروفة في القرآن الكريم فهي أم القرآن الكريم، فلذلك جرى العرف على أن تطلق هذه التسمية على كلمات التبرك التي تتلو قراءة الفاتحة، بعد الاتفاق التمهيدي الذي سميناه الوعد بالزواج أو الخطبة.[3]

1 -محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص13.

2-أمر رقم 05-02 ،المرجع السابق.

3-العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة** ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2013 ،ص17.

قراءتها تعني حصول الاتفاق بين الطرفين على أنهما قد اتفقا مبدئيا عازمين على إبرام عقد الزواج، وهذا لدلالة على أنه لم تتم المنازعة بشأن الأمور الهامشية دون المساس بالأمور الجوهرية.

مادة السادسة من ق.أ.ج جعلتها منفصلة عن الاتفاق التمهيدي، فيمكن أن تتأخر الفاتحة إلى ليلة الزفاف، ما دامت في المرحلة بين الاتفاق المبدئي وعقد الزواج[1].

فالفاتحة بتقديمها أو تأخيرها عن مجلس التخاطب لا يغير من القيمة القانونية للوعد بالزواج، فقد أخضع المشرع آثار الفاتحة إلى نص المادة 01/06 من ق.أ.ج.

لكن تتغير الطبيعة القانونية للخطبة، إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توفر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة والمادة مكرر ق.أ.ج وهذا حسب الفقرة الثانية من المادة 06 ق.أ.ج.

فالمشرع الجزائري لم يعطي تعريفا دقيقا للخطبة بل اكتفى بالقول أنها مجرد وعد بالزواج، لكنه يحيلنا إلى أحكام نص المادة 222 من ق.أ التي تنص: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[2].

ويفهم من هذه المادة أن المشرع يحيلنا إلى التعاريف التي وردت في الشريعة الإسلامية، لأنه قد ثبت مشروعية الخطبة في القرآن والسنة وسبق ذكرها أعلاه.

إذن الخطبة حسب نص المادة الخامسة هي إجراء تمهيدي يقوم به الخطيبان للتعرف على بعضهما البعض، ولا يترتب أي أثر على الطرفين اللذين يمتلكان حق العدول متى شاء ذلك، أو شاء أحدهما إذا سمح المشرع الجزائري بذلك صراحة ضمن هذه المادة.[3]

هو نفس التعريف الذي تضمنته قوانين الأحوال الشخصية في كل من تونس والمغرب وسوريا، أما القانون المدني الفرنسي فلم يتعرض إلى تعريف الخطبة وآثارها رغم أن الفرنسيين

1 - العربي بختي ،المرجع السابق، ص17.

2- فضيل سعد، **شرح قانون الاسرة ا لجزائري في الزواج و الطلاق** ،الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر، ص18.

3- أمر رقم 05-02، مرجع سابق.

لا يتزوجون إلا بعد مرور بمرحلة الخطبة التي قد تقصر أو تطول حسب ظروف الخطيبين ووضعهما المالي والاجتماعي[1].

الفرع الثاني: شروط الخطبة

وللخطبة شروط وجب توفرها وستناولها في هذا الفرع

لم يتناول المشرع الجزائري شروط الخطبة في نصوص قانون الأسرة وإنما نجدها في كل من القرآن والسنة، فإذا أراد الرجل

أن يتزوج فلا يباح له أن يخطب أي امرأة كانت فلابد من النظر إلى من يريد خطبتها فإن كانت متصفة بما يمنع العقد عليها فامتنعت الخطبة ما دامت هذه الأخيرة مقدمة لعقد الزواج.

من شروط الخطبة الشرعية وجب:

- أن تكون المرأة محلا للزواج، بحيث لا تكون المخطوبة محرمة على خاطبها لا حرمة مؤبدة كأن تكون من المحرمات عليه بسبب من أسباب التحريم المؤبدة كأخته نسبا أو رضاعا أو المؤقتة كزوجة غير أو معتدة. [2]
- فلا تحل خطبة معتدة الغير سواء كانت معتدة من وفاء أو طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى أو كبرى. [3]
- وإن كانت معتدة لموت الزوج يقال لها معتدة وفاة.
- فالرجعي كأن يقول الرجل لزوجته المدخول بها أنت طالق أو مطلقة أو طلقتك[4].
- والبائن بينونة صغرى كأن يقول لها أنت علي حرام أو أنت بائن، والبائن بينونة كبرى هو ما كان بالثلاث بأي لفظ كان.

1 -عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثانية، دار البعث1989 ، الجزائر، ص84.

2 -العربي بختي ، المرجع السابق، ص15.

3- محمد زيد الأنيافي، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، الجزء 01، الطبعة الثانية، 1908، ص22.

4- محمد مصطفى شلبي ،**أحكام الأسرة في الإسلام**، ط 04، دار الجامعية للطباعة و النشر،لبنان ، 1983 ص82.

- وحكم الطلاق الرجعي أنه لا يزيل الملك ولا الحل فيجوز للزوج مراجعتها مستقلا ما دامت في العدة بدون عقد ومهر جديدين رضيت أو لم ترض.
- حكم الطلاق البائن بينونة صغرى زوال الملك لا الحل أي لا يجوز للزوج أن يعيدها إليه إلا بعقد ومهر جديدين سواء كانت في العدة أو بعد انقضاءها، بشرط رضاها بذلك، ولكن لا يشترط أن تتزوج بغيره قبل عودتها إليه.
- حكم الطلاق البائن بينونة كبرى زوال الملك والحل فلا يجوز للزوج أن يردها إلى عصمته إلا بعد أن تتزوج بغيره ويدخل بها وتحصل الفرقة بينهما وتنقضي عدتها.

لهذه الأسباب لا تحل خطبة معتدة الغير سواء كانت معتدة من وفاة أو طلاق رجعي أو بائن بينونة صغر أو كبرى، لأنها ما دامت في العدة فحق زوجها متعلق بها، وفي خطبتها اعتداء عليه سواء كانت خطبة بصريح العبارة أو بطريق التعريض[1].

استثنى من هذه الحالة حالة واحدة وهي ما إذا كانت المعتدة معتدة وفاة فإنه تباح خطبتها بطريق التعويض فقط ولا تباح بالتصريح، والحكمة من هذا الاستثناء أن الوفاة قد قطعت رباط الزوجية لا إلى العودة، وهذا من شأنه أن يجعل الراغب في زواج المتوفى زوجها لا يتحرج من خطبتها في عدتها[2].

السند الشرعي في هذه الإباحة هو قول الله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ﴾[3].

كشرط آخر، أن لا يسبق الخاطب رجل آخر إلى خطبتها، والسند الشرعي في هذا الحديث الشرعي: "المؤمن أخو المؤمن، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه، ولا يخطب

1_نفس ،المرجع السابق، ص23.

2_ عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، دار القلم للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الكويت، 1990، ص19.

3 -سورة البقرة، الآية230.

على خطبة أخيه حتى يذر"، وبكل حال، فإن هذا التحريم ديني لا قضائي، وهذا التحريم الديني يعني أن فاعله يكون آثما، وسيستحق العقاب في الآخرة[1].

لما كان الغرض من عقد الزواج التناسل وتعاون الزوجين، ووجود الألفة والمحبة بينهما، أباح الشارع للخاطب أن يبصر المخطوبة وينظر إلى وجهها وكفيها لأنه إذا تزوجها ولم يراها قبل فقد لا تحسن في عينه، فقد يكرهها وينفر منها، وحينئذ تفوت مصالح الزواج، وإما أن يفارقها وحينئذ تتضرر بذلك وإذ بالناس يذهبون في سبب الفراق وكل منها يكون منفرا عنها، فيمتنعون عن تزوجها، بخلاف إن رآها قبل الزواج فإن حسنت في عينه أقدم على التزوج وإلا امتنع[2].

أما ابن تيمية يقول يجوز النظر إلى المخطوبة، وإنه لم يحدد أعضاء معينة أو مواضع محددة، بل إنه يجعل النظر إلى كل ما يظهر من المرأة في بيتها عند محارمها، وإلى كل ما يدعو إلى نكاحها، ويحصل به التعرف عليها أمرا مندوبا إليه ومستحبا[3].

كما يباح له أن تجتمع معها ويكلمها دون خلوة بل بحضور أحد محارم المخطوبة كأبيها أو أخيها أو عمها أو خالها والرؤية تكون عند الخطبة وتكون عند نية الزواج، فعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الخلوة بالمخطوبة بقوله صلى الله عليه وسلم: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يخلو بامرأة ليس معها ذو محرم منها فإن ثالثهما الشيطان". كما يجوز للمخطوبة أن تنظر إلى خطيبها، فحكم إباحة النظر ليس مقصورا على الرجل فقط، فهو ثابت للمرأة أيضا، فلها أن تنظر إلى خاطبها فإنه يعجبها منه مثل ما يعجبه منها[4].

1-مصطفى الرافعي، **نظام الأسرة عند المسلمين والمسيحيين فقها وقضاءا**، دار الكتاب العالمي، الطبعة الأولى، لبنان، 1990، ص24.

2-محمد زيد الأنيافي، المرجع السابق، ص24.

3-ابن تيمية ،**في الزواج وأثره**، المجلد الأول، الرياض، 2003، ص124.

4 -بدران أبو العينين بدران، **أحكام الزواج والطلاق**، ، الطبعة الثانية، مطبعة دار التأليف، مصر، 1974، ص23.

الفرع الثالث: العدول عن الخطبة

الخطبة مرحلة سابقة عن العقد الذي هو الغرض النهائي لاتفاق الخطيبين ولكن ذلك المبتغى قد لا تسمح ظروف أحد الطرفين ببلوغه، فأعطى المشرع هذه المرحلة طابع التروي والتفكير وتدبير خلفيات الأمور، حتى لا يقحم الشخص نفسه في التزام قد يصعب عليه التخلص من نتائجه بالسهولة المتوقعة، وقد أباح المشرع ذلك للطرفين على حد سواء، وهذا الحق هو الحق في العدول عن الخطبة.

العدول عن الخطبة يعني تراجع أحد الخطيبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، في أية مرحلة كانت عليها الخطبة وهذا يظهر من نص المادة الخامسة من الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري حيث نصت: "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"[1].

فبتالي إن حدث العدول عن الخطبة فينتج هذا الأخير عدة آثار نعالجها.

أولا: **الأضرار المادية والمعنوية**

_لقد انقسم في هذا الشأن الفقه الإسلامي إلى ثلاثة آراء:

- **الرأي الأول:** يرى أنه لا تعويض عن العدول لأن الخطبة وعد وليست عقدا ولا إلزام في الوعد، لأن الحكم بالتعويض لا يكون إلا بعد بيان الضرر الناتج عن العدول.
- **الرأي الثاني:** يرى أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر عن الأضرار الواقعة سواءا كانت مادية أم معنوية، وأساس هذا الرأي هو حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، ولأن الضرر يزال بالتعويض[2].
- **الرأي الثالث:** يرى أن العدول يستوجب تعويضا إذا ترتب عنه ضرر مادي فقط، أما الضرر المعنوي فلا يعوض، ويمثله الشيخ محمد أبو زهرة[3].

---

1 -أمر 05-02 المرجع السابق.

2-وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، الجزء 7، سوريا، 1992، ص28.

3- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص36.

ب_أما قانونا:

نصت المادة 05 من ق.أ.ج *"إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"*[1].

وما نلاحظ أن نص المادة 05 من ق.أ.ج جاء بعبارة: "*جاز الحكم بالتعويض*"، ولم يوجبه رغم أنه من المعلوم أنه كل من تسبب في ضرر يلزم بالتعويض وذلك طبقا لنص المادة 124 قانون مدني جزائري[2].

وقد استقر لدى مختلف الأنظمة القضائية بأن الأفعال التي تقترن بالعدول وتحلق ضررا بأحد الخطيبين هي التي يمكن جعلها أساسا لطلب التعويض أي على أساس المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار.

وتكون الدعاوى المتعلقة بالخطبة من نظر قسم شؤون الأسرة وذلك وفقا لنص المادة 423 ق.إ.م.إ للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008، كما أن الاختصاص الإقليمي في مسائل الخطبة يعود إلى مكان المدعى عليه وفقا لما نصت عليه المادة 426 ق.إ.م: "تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه"[3].

ثانيا: الهدايا

ا_شرعا: لم يتفق فقهاء الشريعة في حكم استرداد الهدايا للمخطوبة في حال العدول.

فرأى الشافعية والحنابلة أنه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه سواء كانت موجودة أو هالكة لأن للهدية حكم الهبة، ولا يجوز للواهب أن يعود على هبته.

---

1 -الأمر 05-02 المرجع السابق.

2-الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975. يتضمن القانون المدني، ج ر، عدد78الصادر في لسنة 1975، المعدل والمتمم.

3-قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ، ج ر، عدد21، الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما الحنفية: هدايا الخطبة هبة، وللواهب أن يرجع في هبته إلا في حالة هلاك الشيء أو استهلاكه، وفي حالة ما إذا كان ما أهداه الخاطب قائما فإن له أن يسترده.

وقال المالكية: إذا عدل الخاطب فلا يرجع بشيء ولو كان موجودا، وإن عدلت فللخاطب أن يسترد الهدايا سواء كانت قائمة بردها أو استهلكت برد قيمتها، وهذا حتى لا يجمع الخاطب بين ألم العدول عنه وألم ضياع أمواله[1].

ب_أما قانونا: نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بتفصيل المالكية في مسألة العدول، إلا أنه عدل إلى رأي الأحناف في عدم أحقية الخاطب في استرداد هداياه التي تم استهلاكها، وهذا ما نصت المادة 03/05 من ق.أ.ج "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

ثالثا: ما يدفع للمرأة على اعتباره مهرا

ا_شرعا: اتفق الفقهاء أنه لا يجوز المهر لغير عقد أو دخول، فلا يجب الصداق، ولا يتقرر بمجرد الخطبة[2].

ب_أما قانونا: لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لما يدفع للمرأة على اعتباره مهرا، لا ضمنا ولا صراحة وذلك طبقا لنص المادة 16 ق.أ.ج بالدخول أو وفاة الزوج، حيث نصت: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"[3].

عكس المشرع المغربي الذي كان واضحا في حالة ما دفع للمرأة هدايا على اعتبارها مهرا، ويظهر ذلك في نص م9 من مدونة القانون المغربي، التي تنص: *"إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءا منه وحدث عدول عن الخطبة، أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو ورثته استرداد ما سلم بعين إن كان قائما، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه.*

1 -وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص288.

2 -بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص32.

3 -أمر 05-02، المرجع السابق.

إن لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول، ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدي فيه"[1].

فخول القانون والشرع مسألة تولي الخطبة في الزواج إلى الأئمة وذلك بموجب م28 من المرسوم التنفيذي رقم 144/91[2].

لكن بعد تعديل نص المادة السابقة ذكرها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96/02 المؤرخ في 2002/03/02[3]، قد أسقطت هذه المهمة من مهام الإمام، حيث صدرت تعليمة من وزارة الشؤون الدينية تجبر الأئمة على عدم إبرام عقد شرعي قبل العقد المدني، فهذا ما أدى إلى عدم وجود خطبة على يد إمام كما كانت الأزمنة الماضية.

المطلب الثاني: ركن عقد الزواج

من خلال نص المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري اعتبر المشرع ركن الرضا كركن وحيد لعقد الزواج، حيث نصت هذه المادة على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

فيعرف الركن على أنه الذي يقوم به الشيء ولا تتحقق ماهيته إلا به لكونه جزء منه، حيث يعتبر جزء من حقيقة الشيء.

الفرع الأول: ركن الرضا

إذا كان ركن الرضا ركنا جوهريا في كل عقد، فباعتبار أن عقد الزواج من العقود البالغة الأهمية، صنفه المشرع الجزائري من العقود الرضائية فنجد ذلك في نص المادة 04 ق.أ.ج "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..."[4].

---

1 -مدونة الأسرة المغربية، ج ر، العدد 5184 لسنة 2004 الصادرة في 03 فيفري 2004.

2 -المرسوم التنفيذي رقم 144/91، الصادر في 1991/04/27، المتضمن القانون الأساسي الخاص، بعمال قطاع الشؤون الدينية، الجريدة الرسمية، عدد20، لسنة 1991.

3-المرسوم التنفيذي رقم 96/02 الصادر في 2002/03/02، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 144/91، الجريدة الرسمية، ع17، المتعلق بعمال الشؤون الدينية والأوقاف الصادر في 2002.

4-الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

بهذا التعريف استبعد المشرع الجزائري كل أشكال الإجبار والإكراه الذي يمارس على كلا الزوجين.

فجعل من ركن الرضا كركن الوحيد لعقد الزواج عكسه ما كان في القانون القديم، حيث كان عنصر الرضا من أحد أركان الزواج، إلى جانب كل من الولي، الشاهدين، الصداق، حيث أنها تنص أي المادة 9 ق.أ القديم على: *"يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق"*[1].

يقصد بالرضا الزوجين صدور إيجاب من أحدهما وقبول من الطرف الآخر، فالإيجاب هو أن يعبر أحد الطرفين عن إرادته ورغبته في الزواج من الطرف الآخر، أما القبول هو التعبير عن الإرادة التي يوجهها الطرف الآخر إلى الموجب يخطره فيه بقبول الإيجاب[2].

ا _من الناحية الفقهية:

لم يختلف فقهاء الإسلام في اعتبار رضا الزوج البالغ، إذ هو ولي نفسه، وكذا الثيب البالغ فلا رضا إلا رضاها، إلا أنهم اختلفوا في اعتبار رضا البكر البالغ، فرأى الحنفية أن الرضا المعتبر هو رضاها فقط، واشترط المالكية والشافعية والحنابلة رضا الولي أيضا ممثلا في الأب، أو الجد.

استندوا فيما ذكروه على قوله صلى الله عليه وسلم: "الثيب أحق بنفسها من وليها"، وقوله صلى الله عليه وسلم: *"لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن"*.

كما قرر فقهاء الإسلام على أنه إذا وقع عضل، وهو منع الولي المرأة العاقلة البالغة من الزواج بكفئها، إذا طلبت ذلك، فإن هذا يكون سببا لسقوط ولاية العاضل.

1-قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر، عدد 24، بتاريخ 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02.

2-عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص186.

ذهب كل من الشافعية والحنابلة إلى أن العضل يتحقق في الحالة الأولى فقط، وليس للولي عضل بسبب المهر لأنه محض حقها، وذهب الحنفية إلى أن العضل يتحقق في حال كون الخاطب كفء وبمهر المثل.

قال الحنابلة: إذا وقع العضل تنتقل الولاية إلى من يلي العاضل وقال الجمهور: تنتقل الولاية إلى القاضي[1].

ب_أما من الناحية القانونية:

يظهر من خلال المادة 09 ق.أ.ج "*ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين*"، وأدرجها تحت عنوان أركان الزواج.

فبالتالي فإن المشرع الجزائري قد أهمل نوعا ما دور الولي في مسألة الرضا بغض النظر عن كونه أبا أو جدا أو غيرهما.

قد أوضحت المادة 11 ق.أ.ج أن المرأة الراشدة هي من تتولى إبرام عقد زواجها، ولها أن تختار من تشاء من الأولياء وهي تنص: "*تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها، أو أحد أقربها، أو أي شخص آخر تختاره*"[2].

الفرع الثاني: الايجاب والقبول في عقد الزوج

إن عقد الزواج من العقود الثنائية الطرف، فتتم بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من لآخر، فبالتالي التعبير عن الإرادة تختلف طرقه وتتنوع لذا قصد كل من الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري تضييق دائرة طرق التعبير عن الإرادة في الزواج لما لهذا العقد من خصوصية وتمييزا له عن سائر العقود.

ا_شرعا: نجد أن فقهاء الإسلام اتفقوا على أن لفظي "الزواج" و"النكاح" ينعقد بما يصاغ منهما لفظا الإيجاب والقبول لأنهما اللفظان الشرعيان للدلالة على هذا العقد.

1- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص81.

2-الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

اتفق جمهور الفقهاء على ذلك ومنعوا انعقاد الزواج بغير ما يصاغ من هذين اللفظين، وزاد المالكية كل لفظ يدل على التمليك كألفاظ "المنح" و"الهبة" بشرط اقترانهما بذكر المهر ليكون قرينة على إرادة الزواج من هذه الألفاظ.

رأى الأحناف أن التعبير عن الإرادة في الزواج يكون بكل لفظ يفيد معنى الزواج شرعا[1].

اتفق أيضا الفقهاء على أنه لا ينعقد عقد الزواج بالكتابة وبالإشارة للناطق في حال حضوره، لأن الأصل في التعبير عن الإرادة في عقد الزواج هو اللفظ، ولا يلجأ إليه إلا في حالة الضرورة، ولا ضرورة هنا.

خالف الحنفية الجمهور في انعقاد الزواج بالكتابة أو بالرسول من الغائب عن مجلس العقد إذا حضر شاهدان عند وصول الكتاب أو الرسول.

ينعقد زواج الأخرس بالكتابة أو الإشارة المفهمة عند سائر الفقهاء والأفضل الكتابة، وتتعين الكتابة عند الحنفية إذا قدر عليها، لأن الكتابة به أقوى في الدلالة على المواد وأبعد عن الاحتمال[2].

ب _ قانونا:

اختار المشرع الجزائري رأي الأحناف في مسألة الصيغة اللفظية في عقد الزواج، فنص في المادة العاشرة في قانون الأسرة**:** "*يكون الرضا باتجاه من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا*".

نجد أن المشرع قصر طرق التعبير بالنسبة لغير العاجز عن الكلام على اللفظ دون غيره موافقة لمنهج الشريعة في ذلك، أي لا يجوز لهذا الأخير الاكتفاء بطرق التعبير الأخرى كالكتابة والإشارة مثلا[3].

1-محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص79.

2 -عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، دار النفائس، الأردن، 1997، ص87.

3 -الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

أيضا نجد أن المادة 60 من القانون المدني الجزائري قد نصت على أن *"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"*.

بالتالي نجد أن الصيغة في عقد الزواج تنطبق عليها القواعد العامة الواجبة في صيغة العقد[1].

قد اختار المشرع الجزائري رأي الجمهور في الفقرة الثانية من المادة العاشرة: "ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة".

لم يفرق المشرع الجزائري بين الكتابة والإشارة في المرتبة موافقة لرأي الجمهور بل وجعلها في مرتبة واحدة، وللعاجز عن النطق حق الخيار بينها، وإن كانت الكتابة أولى في الدلالة على الإشارة[2].

الفرع الثالث: حالة تخلف ركن الرضا

نصت المادة 33 من ق.أ.ج: *"يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"*.

تكون عنصر الرضا العنصر الوحيد الذي يقوم عليه عقد الزواج وفي حالة غيابه يكون الزواج باطلا فبتالي لا يرتب أي أثر لا شرعا ولا قانونا، وليس له أي وجود مطلقا، ووجب على الزوجين أن يفترقا.

استثنى المشرع الجزائري في هذه الحالة ما نصت عليه المادة 40 من ق.أ.ج على ثبوت النسب وذلك رعاية لحقوق الطفل[3].

1 -قانون رقم 07-05 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن للقانون المدني.

2 -عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص188.

3- أمر رقم 05-02، المرجع السابق.

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنه في حالة انعقاد الزواج بدون رضا أحد الطرفين، فإنه يجوز له أو ممن له مصلحة أو من طرف النيابة العامة رفع دعوى أمام المحكمة لطلب إبطال عقد الزواج، على أن يرافق الطلب بكل الأدلة، ويصدر الحكم بالبطلان، ويشطب عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية.

إذ نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على طرق إبطال عقد الزواج، ومن له الحق في طلب إبطاله، ولم يبين لنا الإجراءات الواجب إتباعها في هذه الحالة[1].

المطلب الثالث :شروط صحة الزواج

الفرع الأول: الأهلية

تحتاج مباشرة التصرفات القانونية إلى أهلية معينة حتى تكون مرتبة لآثارها، وترتبط هذه الأهلية بعنصري السن والعقل، وفيما يلي بيان موقف الفقهاء وقانون الأسرة الجزائري.

أ_ فقها:

لم يحدد الفقهاء سن البلوغ الذي تتم به أهلية المرأة والرجل قصد الزواج وقالوا هي تظهر طبيعيا بعلامات توجد في الرجل كالاحتلام، والمرأة كالحيض، ورغم هذا قدّر جمهور الفقهاء سن البلوغ بالخامسة عشر للذكور والإناث، في حين ذهب الفقه المالكي إلى نهايته ثمانية عشر عاما للرجل والمرأة.

وعلى هذا فالصغير غير المميز لا يتعقد الزواج بعبارته قولا واحدا، وأما الصبي المميز فينعقد عند أغلب الفقهاء، ولكنه يكون موقوفا عند إجازة وليه أما تزويج غير العاقل فقد اتفقوا على جوازه، ورأي المالكية أنه للأب وحده تزويج غير العاقل، وأطلق الحنفية الأمر لكل ولي، ورأى الشافعية أنه لا يزوج إلا لضرورة من الأب أو الحاكم.

1 -عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص189.

فنجد أن فقهاء الشريعة أجازوا زواج الصغير وغير العاقل لإمكانية توفر المصلحة في تزويجها، ثم اختلفوا في من يكون له تزويجهما، والظاهر أنها مسألة متروك تقديرها للولي بشروط تحددها القوانين، وقد يحتاج الأمر إلى إذن قضائي[1].

ب_ قانونا:

نصت المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو للضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"

وقد سبق هذا التنظيم في الفترة الاستيطانية بالقانون الصادر في سنة 1930 والذي حدد أهلية الزواج بخمسة عشر سنة للرجل والمرأة على السواء، مع إمكانية إعفاء صادر عن الحاكم العام ولأسباب خطيرة[2].

وبأخذ رأي لجنة تتألف من مستشار لدى مجلس قضاء الجزائر وقاضي الصلح وطبيب مع تصريح مسبق بالخطبة.

وفي سنة 1959 حدد القانون السن بالنسبة للرجل بثمانية عشر سنة، وبخمسة عشر للمرأة مع إمكانية الإعفاء[3].

وفي القانون الصادر في 1963/06/29 نص في المادة الأولى منه على أنه: "لا يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة عشر سنة، ولا المرأة التي لم تكمل السادسة عشر سنة أن يعقدا زواجا، ويجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسبابا خطيرة، ولذلك بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية".[4].

1 -وهبة الزحيلي، المرجع السابق ،ص 179-183.

2 -كاملي مراد، **محاضرات في قانون الأسرة** ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر، 2009-2010، ص24.

3-أمر رقم59 -224 الصادر في الخاص04 -02 -1959 بعقود الزواج ،التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية ،و ذلك في عملات الجزائر، و الساورة والواحات.

4- قانون رقم 63-244 الصادر في ج ر عدد 44لسنة 1963.

وفي قانون الأسرة 1984 قبل التعديل كانت المادة (07) تنص على أنه "تكتمل أهلية الرجل للزواج بتمام الواحد والعشرين سنة، والمرأة بتمام الثامنة عشر سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو الضرورة".

ومن المتأمل لنص المادة السابعة من القانون الحالي ومقارنتها بما سبقها من تنظيم لنفس المسألة يلاحظ أمور أهمها:

- إن قانون الأسرة الجزائري في تحديده لسن معينة للزواج قد قدّر كون هذا السن يقترن عادة بنضج عقلي ونفسي مؤهل للزواج، كما أنه لما سمح بالزواج دون السن المحددة قد راعي العادات السائدة في بعض مناطق الوطن واحتاط لبعض الحالات التي قد تكون الضرورة فيها دافعة إلى هذا الإعفاء.

وألغت المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري من الأمر 05-02 المادة السابعة من قانون 1984 لاشتمالهما على موضوع واحد فيما تعلق سن أهلية الزواج، ولنص القانون الحالي صراحة في المادة 233 منه على أنه: " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون"

وحد المشرع بتحديده لسن 19 سنة بين الرجل والمرأة من سن الأهلية، ووحد بين أهلية الزواج والأهلية في القانون المدني، وبالتالي أنهى التناقض الموجود سابقا، حيث كان تجيز للمرأة الزواج في سن 18 سنة أي دون سن الرشد في القانون المدني.

ولم يتضمن قانون الأسرة الحالي أي نص على معاقبة المخالف لشن الأهلية المحدّد، خلاف قانون 1963 حيث تنص المادة الثانية منه على معاقبة ضباط الحالة المدنية، والموثق والزوجين وممثلهما والشركاء.

الذين لم يحترموا السن القانونية بالحبس من 15 يوما إلى ثلاثة أشهر، وبغرامة من 400 إلى 1000 دينار جزائري أو بإحدى العقوبتين. [1]

1 -كاملي مراد، **محاضرات في قانون الأسرة**، ص24-25.

ومن الجدير الذي أتى به التعديل، هو اكتساب القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، وهو ما لم يكن موجودا قبل التعديل 2005، إذ لا يعقل أن يمنح للقاصر إذنا بالزواج، ثم لا يمنح أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج[1].

ولم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لزواج غير العاقل لما رآه من ضرورة التمتع بالقوى العقلية في الزواج، إلا أن الضرورة قد تدفع إلى تزويج غير العاقل.

وقد نص المشرع على أن من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام قانون الأسرة المادة 81، وأن من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا لأحكام المادة 34 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء حسب المادة 83 من قانون الأسرة[2].

الفرع الثاني: الصداق

يعتبر الصداق من إحدى شروط صحة الزواج، وبالتالي يعرف الصداق في الفقه الإسلامي بأنه المال الذي أوجبه الشرع على الزوج، وجعله حقا للزوجة، كما عرف بأنه ما يجعل للمرأة في نظير الزواج منها[3].

وعرفته المادة 16 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية: «*ما يبذله الزوج من المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج لإنشاء أسرة وتثبيت أسس المودة والعشرة*»[4].

وعرفه الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنه: «*كل ما صح التزامه شرعا*».

1-نقلا عن عبد العزيز عامر، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا**، دار الفكر العربي للطبع والنشر، الطبعة الاولى، مصر، سنة 1984 ،ص45.

2 -كاملي مراد، المرجع السابق، ص25.

3 -عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص132.

4- مدونة الأسرة المغربية ،بتاريخ 03 فيفري 2004 ،ج ر، العدد 5184 لسنة 2004 .

وعرفته المادة 54 فقرة 02 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه: «*كل ما كان مباحا ومقوما بمال*»[1].

أما بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد عرف الصداق في نص المادة 14 ق.أ.ج: «*الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو وملك لها تتصرف فيه كما تشاء*»[2].

فهو واجب على الزوج وحق للزوجة بأدلة كثيرة أهمها قوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ ﴾[3].

وقوله تعالى: ﴿ فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا تَرَٰضَيۡتُم بِهِۦ مِنۢ بَعۡدِ ٱلۡفَرِيضَةِۚ ﴾[4].

فذهب معظم الفقهاء المسلمين إلى أن الصداق ليس بشرط أو ركن في عقد الزواج باعتبار أن خلو العقد من تحديد المهر لا يؤثر في صحته، فحتى لو وقع الاتفاق على الزواج بدون صداق، فإن العقد يكون صحيحا وملزما، ويجب فيه مهر المثل، وعلى أساس ذلك اعتبروا الصداق أثر من آثار الزواج[5].

للصداق شروط:

نجدها في نص المادة 14 من قانون الأسرة وهو كون الصداق مباحا شرعا، كما أوجب أن يكون معلوما وذلك بوجوب تحديده حسب ما ورد في نص م 15 ق.أ: «*يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا*».

1 -نقلا عن عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص133.

2 -أمر رقم 05-02، المرجع السابق.

3 -سورة النساء، الآية 04.

4 -سورة النساء، الآية 24.

5 -عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص158.

فالمادة 15 اشترطت تحديد الصداق، لأنه يجوز تأجيله إلى ما بعد العقد، أو بعد الدخول وفي حالة عدم تسميته تستحق الزوجة صداق المثل أي صداق من تماثلها من أسرة أبيها سنا، جمالا، مالا، أدبا، عقلا وعلما[1].

والسؤال الذي نطرحه: - متى تستحق الزوجة الصداق كاملا ومتى تستحق نصفه؟

وهذا ما بينته المادة 16 ق.أ.ج حيث تنص: «*تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول*»

ا_بمعنى تستحق الصداق كاملا:

1- في حالة الدخول الحقيقي، حيث أنه بالدخول الحقيقي تستحق الزوجة كل الصداق إذا كان مسمى، أما إذا كان غير مسمى تستحق صداق المثل.

2- حالة وفاة الزوجين قبل الدخول حيث أنه إذا توفي الزوج قبل البناء تستحق الزوجة الصداق كاملا.

ب_وتستحق نصف الصداق:

. في حالة كون العقد صحيحا وتمت تسميته الصداق ووقع قبل الدخول.

. وقد عالج المشرع الجزائري حالة التنازع في الصداق حيث فصّل وفرق بين حالتين هما: قبل وبعد الدخول.

فنصت المادة 17 ق.أ.ج: « *في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينه وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين*».

1 -أمر رقم 05-02، المرجع السابق.

والحكمة من الصداق هو رمز لإكرام المرأة وعربون على إظهار الرغبة في الزواج بها والبناء خلال زمن لاحق، وليس ثمنا يقدمه الزوج مقابل الزوجة أو مقابل رضاها بزواجه[1].

الفرع الثالث: الولي:

إن الولي في قانون الأسرة الجزائري يعتبر من الشروط المنصوص عليها في نص م 9 مكرر ق.أ.ج.

أولا: تعريف الولي

أ- **لغة**: ولي، يلي، ولاية أي ملك أمره[2].

ومن قوله تعالى: «ومن يتولى الله ورسوله، والذين آمنوا فإن حزب الله هم الغالبون»[3].

ب- إصطلاحا: هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد، ويعرف الولي بأنه من يتولى عن المرأة إبرام عقد الزواج[4].

ج_فقها:

اختلف الفقهاء في ثوب الولاية في عقد الزواج على قولين:

القول الأول: وهو قول المالكية، الشافعية والحنابلة وكثير من الصحابة: أنه ليس للمرأة أن تتولى عقد زواج نفسها أو غيرها وأدلتهم هي: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بولي»[5].

1-عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، دار هومة، االطبعة الثالثة، الجزائر، ص26.

2-عصام نورالدين ،**معجم الوسيط عربي عربي**، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، ط 1، لبنان ،2005.

3-سورة المائدة، الآية 56.

4عبد القادر حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق** جامعة باتنة، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007، ص54.

5 -أخرجه ابن ماجة في سننه باب **15 لا نكاح إلا بولي** رقم 1884 كتاب النكاح، طبعة الأولى ،مكتبة المعارف، السعودية ،14/7 هـ ص327.

وقوله صلى الله عليه وسلم: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل»[1].

القول الثاني: وهو قول أبو حنيفة،ومفاده أنه يجوز للمرأة العاقلة البالغة أن تباشر عقد زواجها بنفسها، ويستحب مباشرته من طرف الولي وأدلتهم قوله تعالى: «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» فقد نست الآية لتزويج للمرأة.

د_قانونا:

فموقف المشرع الجزائري يظهر في نص م 07 مكرر ق.أ.ج من الأمر 05-02 فالولي شرط من شروط عقد الزواج فلا يعد ركنا فاقتصر ركن الزواج على ركن واحد ووحيد وهو الرضا المنصوص عليه في م09 ق.أ.ج.

وقد ميز المشرع في دور الولي بالنسبة للمرأة الراشد والقاصر، إذ تنص م 01/11: «*تعقد المرأة الراشد زواجها بحضور و وليها*».

أما بالنسبة للقاصر فإن الولي هو الذي يباشر العقد حسب نص م 02/11 ق. ا.ج « *يتولى زواج القصر أولياؤهم*».

فمن هنا نستنتج أن المرأة الراشدة هي التي تباشر العقد بنفسها (م02/11) ففي حالة افتقار العقد لحضور الولي فهو عقد غير صحيح فقد أهمل المشرع إمكانية القاضية أن تزوج غيرها دون نفسها رغم كونها امرأة دون النظر إلى مركزها القانوني.

أما بالنسبة للقاصر فإن الولي لا يملك إجبارها على الزواج، حيث تشترط المادة 13 موافقتها لإبرام الولي عقد زواجهما إذ نصت «*لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها*».

1 -أخرجه الترمذي في سننه حديث رقم 1102، **باب لا نكاح إلا بولي**، كتاب النكاح أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة جامع صحيح، تحقيق أحمد محمد شاكر، ج3، الطبعة 02، ملتزم الطبع، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الباني، الحلبي وأولاده، بدون بلد النشر، 1398هـ-1978م، ص399.

وبما أن القانون قد اشترط ترخصا قضائيا لزواج القصر م 07ق أج فلا دخل للولي كذلك في مسألة الرضا إذا حصلت على الترخيص.

وفي حالة غياب الولي في العقد نجد نص م 2/33 تنص أنه: «*إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل*».

وما نلاحظ بعد التعديل الأخير في شأن الولي، أنه قد حرر المرأة البالغة من الولي فرغم أنه مازال شرطا من شروط عقد الزواج، إلا أن وجوده أصبح وجودا شكليا، وأصبحت لا تحتاج إلى موافقة مادام أن المرأة تستطيع أن تختار أي شخص ليكون وليها[1].

الفرع الرابع: الشهود:

لا بد في عقد الزواج من أن يشهد عليه شاهدان، أي لا ينعقد العقد إلا بحضور شاهدين.

أ- **فقها:**

اتفق الفقهاء على وجوب الشهادة في الزواج ثم اختلفوا في حقيقتها، بالنسبة للعقد على النحو التالي:[2]

فجمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن الشهادة شرط لصحة عقد الزواج، فتلزم حين إجراء العقد ليسمع الشهود الإيجاب والقبول عند صدورهما من المتعاقدين فإن تم العقد بدون الشهادة وقع فاسدا[3] بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[4].

1 -الشيخ شمس الدين، **قانون الأسرة والمقترحات البديلة**، الطبعة الأولى، دار الأمة 2003، ص95.

2- محمد رأفت عثمان فقه، المرجع السابق، ص117.

3 -المرجع السابق، ص117.

4 -كاملي مراد، المرجع السابق، ص35-36.

أما المالكية فقد رأوا أن الشهادة شرط لنفاذ عقد الزواج، سواء كانت عند إبرام العقد أم بعد العقد وقبل الدخول، ويستحب كونه عند العقد، فإن لم يشهد في العقد ولا قبل الدخول فسخ بطلقة، كما يفسخ زواج السر بطلقة بائنة إن دخل الزوجان.

شروط الشهود في الفقه الإسلامي:

العقل والبلوغ، التعدد، الذكورة وهو شرط عند الجمهور، وليس شرطا عند الحنفية لا يجيزون شهادتا في الحدود والزواج والطلاق.

الإسلام: هو شرط متفق عليه إن كان الزوجان مسلمين، وأجاز الحنفية شهادة الزميين إن تزوج المسلم من خمّية.

العدالة: شرط عند الجمهور بحديث النبي "ص": «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[1].

ب_قانونا:

فاعتبر المشرع الجزائري الشهادة من إحدى شروط صحة العقد في م 09 مكرر تغليبا لرأي الجمهور، فمن الناحية العملية فإن الموثق أو ضابط الحالة المدنية لا يسجل العقد إلا بحضور شاهدين، وهذا طبقا لنص م 18 ق.أ.ج.

تنص: *"يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في م 09 مكرر من هذا القانون»*[2].

1-عبد العزيز سعد، **نظام الحالة المدنية في الجزائر**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، ص131.

2 -العزيز سعد، المرجع السابق، ص132.

شروط الشهود في قانون الأسرة:

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى شروط الشهود ولا إلى أحكام الشهادة إلا انه من المتفق عليه هو أن يكون عددهم اثنين فأكثر فقد يكون رجلين أو رجل و امرأتين ، فقد اكتفى بما ذكره في نص م 09 مكرر وم33 قانون الحالة المدنية.[1]

فالتعدد: ذكر في نص م 09 مكرر في لفظ شاهدين.

الأهلية: وهذا ما بينته الأمر 70-20 المتضمن قانون الحالة المدنية، حيث اشترط السن والعقل في نص م 33 ق. الحالة المدنية وأن سن الشاهد لا يقل عن 21 سنة حيث تنص: «يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم».[2]

وهو الأمر الذي لا يتماشى مع سن الرشد في القانون المدني ب19 سنة.[3]

الإسلام: فمادامت م 222 ق.أ.ج تحيلنا إلى نصوص وأحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم ورود نص فبتالي يشترط الإسلام في الشهود.

ومن خلال هذه المواد يجب على الشهود أن يكونوا من المعروفين بالنزاهة والثقة والاستقامة، ووجب عليهم حضور مجلس العقد، وأن يسمعوا الإيجاب والقبول الصادر من الزوجين.

ووجب عليهم أن يوقعوا على وثيقة عقد الزواج، وفي حالة عدم استطاعة أحد الشهود لا يستطيع ذلك وجب بيان السبب الذي يمنعه من التوقيع في صلب العقد نفسه تطبيقا لأحكام م 36 قانون الحالة المدنية[4].

1-نصر الدين ماروك، **قانون الاسرة بين النظرية و التطبيق**، دار الهلال للخدمات الاعلامية ،2004،ص51 .

2-قانون الحالة المدنية ،الصادر بموجب الأمر 20/70المؤرخ في 1970/02/19.

3-انظر المادة 40من القانون المدني الصادر بموجب الامر75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 .

4-عبد العزيز سعد،مرجع السابق، ص132.

حيث يرى وهبة الزحيلي الحكمة من الإشهاد بقوله: "إن في الشهادة حفاظا على حقوق الزوجة والولد لئلا يجحده أبوه، فيضيع نسبه وفيها درأ التهمة عن الزوجين وبيان خطورة الزواج وأهميته"[1].

الفرع الخامس: انعدام الموانع الشرعية:

من شروط صحة الزواج أن تكون المعقود عليها غير محرمة على من يريد الزواج بها بأي سبب من أسباب التحريم.

ومنها المحرمات المؤبدة، والمحرمات المؤقتة، وقد ورد ذكرهما في قوله تعالى: (حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُمۡ وَعَمَّٰتُكُمۡ وَخَٰلَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُ ٱلۡأَخِ وَبَنَاتُ ٱلۡأُخۡتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمۡ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمۡ تَكُونُواْ دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورٗا رَّحِيمٗا)[2].

والمحرمات المؤبدة ثلاثة أنواع: إما محرمات بسبب القرابة، ومحرمات بسبب المصاهرة ومحرمات بسبب الرضاعة، فإن هذه الأنواع تنشئ صلات غير قابلة للزوال، فيكون التحريم أيضا غير قابل للزوال[3].

وقد نص المشرع الجزائري عن موانع الزواج من المواد 23 إلى المادة 31 ق.أ، وقد قسم موانع الزواج إلى موانع مؤبدة ومؤقتة في نص م 23 ق.أ.

1-وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص61.

2 -سورة النساء، الآية23.

3 -الإمام أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، المرجع السابق، ص110.

وفصّلى وبّين لنا المحرمات من النساء تحريما مؤبدا وذلك في نص م 24 ق.أ وهي ثلاثة أنواع هي:

أ- المحرمات بسبب القرابة وهن كل من:

01- فروع الرجل من النساء وإن نزلت: أي البنت وبنت البنت وإن نزلت.
02- أصول الرجل من النساء وإن علون أي الأم، الجدة من الأم والجدة من الأب.
03- فروع أبويه من النساء وإن نزلت: أي الأخت سواء كانت شقيقة أو الأب أو الأم، فروع الإخوة والأخوات.
04- فروع الأجداد والجدات إذا انفصلن بدرجة واحدة: وهن العمة والخالة.

ب-المحرمات بسبب المصاهرة وهن:

01- من كانت زوجة أصله، وإن علا ذلك الأصل: أي زوجة الأب وزوجة الجد.
02- من كانت زوجة فروعه، وإن نزل سواء كان من العصابات مثل ابن الابن، أو من ذوي الأرحام مثل ابن البنت.
03- أصول من كانت زوجته وإن علون سواء دخل بها أو لم يدخل أي بمجرد العقد[1]
04- فروع من كانت زوجته وإن نزلت، بشرط أن يكون قد دخل به فالدخول
05- بالزوجة شرط لتحريم فرعها فقط اما اصلها وزوجة الاصل وزوجة الفرع فتحرم عليه بمجرد عقد الزواج حتى ولو لم يحصل الدخول[2]

وحكمة التحريم بالمصاهرة هي أن رابطة المصاهرة كرابطة القرابة.

وذلك لقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[3].

1 -أمر رقم 05-02، مرجع سابق.
2-عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية** ، ص49.
3 -سورة النساء، الآية23.

ج- المحرمات بسبب الرضاع: نصت المادة 27 من قانون الأسرة على أنه: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». وهن:

01- أصول الشخص من الرضاع: وهن: أمه من الرضاع وأمها وأم أبيه من الرضاع وإن علت.
02- فروع الشخص من الرضاع.
03- فروع الأبوين من الرضاع.
04- فروع الجد والجدة من الرضاع.

وما يلاحظ على نص المادة 27 أسقطت كلمة "المصاهرة"، وذلك أنه من المتفق عليه أن يحرم من الرضاع وما يحرم من النسب والمصاهرة.

وعليه يضاف إلى المحرمات من الرضاع بإجماع الفقهاء.

05- بنت الزوجة من الرضاع.
06- زوجة الأب والجد من الرضاع وإن علت.
07- زوجة الابن وابن الابن وابن البنت من الرضاع وإن نزلوا[1].

والأم من الرضاعة هي المرأة التي أرضعتك وأمها وجداتها وان علت درجتها والأخت من الرضاعة كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو ارتضعت وإياها من بين رجل واحد[2].

ويعتبر التحريم بالّرضاع قاصرا على من رضع، لأنه حاصل بسببه فلا يتعدى إلى غير الرضيع، وهو مقتضى ما نصت عليه م 28 من قانون الأسرة، وبالتالي فلا يسري التحريم إلى إخوة وأخوات الّرضيع لخلاف فروعه، فيسري عليهم.

1-عبد العزيز عامر، **الأحوال الشخصية**، المرجع السابق، ص77.
2-عمر سليمان الأشقر ، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة** ، **دار النفائس للنشر و التوزيع** ، **الاردن**، ص245.

وقد نصت المادة 29 على اشتراط كون الرضاع في الحولين أو قبل الفطام سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا، وقد سكت النص عن اشتراط كون الفطام في الحولين لأنه معلوم شرعا[1].

2- المحرمات من النساء تحريما مؤقتا:

وهن اللواتي كان سبب تحريمهن وصفا قابلا للزوال، فالتحريم يدور حول ذلك الوصف وجودا وعدما وسنتناول المحرمات المؤقتة بإيجاز، وقد نصت عليها المادة 30 قانون الأسرة وهي:

أ- المحصنة: وهي زوجة الغير أي التي تكون في عصمة رجل آخر مسلما كان أو غير مسلم.

وذلك لقوله تعالى: ﴿۞ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾[2].

ب-المعتدة من الغير: سواء كانت في عدة طلاق أو عدة وفاة.

ج- المطلقة ثلاثا: إذا طلق الرجل زوجته الطلقة الثالثة حرمت عليه ولا تحل له حتى تنكح غيره.

د- الجمع بين محرمين: يحرم على الرجل التزوج بالمرأة وأختها سواء شقيقتها أو لأب أو لأم أو من الرضاع، كما يحرم عليه الجمع بين المرأة وخالتها، أو عمتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها سواء بالنسب أو بالرضاع.

هـ - من لا تدين بدين سماوي: فيحرم على الرجل التزوج بمن لا تدين بدين سماوي أي بمشركة، أما زواج المسلمة بغير المسلم ولو كان كتابيا فهو باطل بإجماع الفقهاء[3]

1-كاملي مراد، **محاضرات في قانون الأسرة** المرجع السابق، ص39.

2- سورة النساء، الآية24.

3-عبد العزيز عامر، **الأحوال الشخصية**، المرجع السابق، ص77.

المبحث الثاني: الإجراءات الشكلية لعقد الزواج

بالإضافة إلى الإجراءات الموضوعية لعقد الزواج السابقة الذكر، فرض القانون مجموعة من الإجراءات الشكلية تتعلق بتوثيق عقد الزواج في تسجيله، حتى يتسنى للمعني بالأمر إثباته.

فالشروط الشكلية في عقد الزواج، حسب قانون الأسرة هي المسائل المتعلقة بضرورة إتباع إجراءات الزواج الإدارية والتنظيمية والمراد من التشكيلة هنا توثيق الزواج وتسجيله ضمانا للحقوق الشرعية، فهي بمعنى آخر الجانب الرسمي التوثيقي للزواج الذي يفرضه القانون للإثبات، لذا سنتناول هذه الإجراءات وسنعالج في هذا المبحث المراحل التاريخية التي مر بها توثيق عقود الزواج في ظل القانون الجزائري، ونعالج طرق إثبات الزواج المسجل والإجراءات الاستثنائية المعلقة على رخصة مسبقة

المطلب الاول :توثيق عقد الزواج في الجزائر

فيمكن تقسيم النصوص القانونية التي عالجت عقود الزواج إلى مرحلتين وهي:

الفرع الأول: توثيق عقد الزواج قبل 1962

فقد حاول المشرع الفرنسي قبل الاستقلال، من خلال تشريعات مختلفة إدخال نظام تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية، جاعلا عقد الزواج هو الوسيلة القانونية لإثبات الرابطة الزوجية وترتيب آثارها القانونية ونص على ضرورة اتخاذ الشكل الرسمي التوثيقي لإبرام عقد الزواج، وذلك عبر سلسة من القوانين وهي:

1- قانون 23 مارس 1882:

هو أول نص قانوني صدر لتنظيم الحالة المدنية بإتباع إجراءات بسيطة تتمثل في تصريح يقدمه الزوج إلى رئيس البلدية أو الحاكم العسكري بمجرد إبرام العقد، وفي حالة عدم احترام هذه

المادة يعاقب بعقوبة جزائية تتراوح بين 6 أيام إلى 3 أشهر حبس وغرامة مالية من 16 فرنك فرنسي إلى 330 فرنك فرنسي[1].

2- قانون رقم 57/777 المؤرخ في 1957/07/11:

هذا القانون متعلق بإثبات عقود الزواج التي تمت قبل هذا التاريخ، وذلك طبقا لنص المادتين 3 و 4 من هذا القانون وذلك بموجب حكم يصدره رئيس المحكمة بناء على طلب الزوجين أو أحدهما.

3- القانون المؤرخ في 1959/02/04:

دخل حيّز التنفيذ بموجب المرسوم 1959/09/17، وهذا القانون نظم العقود العرفية وحدد أركان عقد الزواج بالمادة 03، وحدد إجراءات تسجيله، وطرق إثباته وذلك عن طريق وثائق أو شهود ويتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية، بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة الذي يصدر حكم بالتسجيل، ويكون ذلك الحكم مقام عقد الزواج، ويكون قابلا للاحتجاج به أمام الجهات الإدارية[2].

الفرع الثاني: توثيق عقد الزواج بعد 1962

فبعد الاستقلال في 1962/07/05 صدر الأمر رقم 62/65 الذي قضي بالاستمرار بالعمل بالقوانين والمراسم الفرنسية ما عدا ما يتعارض مع السيادة الوطنية ثم استمر الوضع بالعمل بالمراسم المنظمة لعقود الزواج، ثم صدرت عدة نصوص قانونية تعالج عقود الزواج وهي:

1-قانون 1882/03/23 المتعلق بالحالة المدنية لأهالي المسلمين بالجزائر، المعدل والمتمم بقانون 04/02 1930.

2- نقلا عن ناسلي حميدة، **محاضرات بعنوان عقود الزواج العرفية**، الجزائر، ص14-15.

1- المرسوم رقم 62/124 المؤرخ في 1962/12/31:[1]

المتعلق بالحالة المدنية والذي نص خاصة على ضرورة تسجيل كل عقود الزواج التي تم إبرامها أثناء حرب التحرير في سجلات الحالة المدنية.

2- القانون المؤرخ رقم 224/63 المؤرخ في1963/06/29:[2]

الخاص بالسن القانونية للزواج، نصت م 05: "لا يجوز لأحد أن يدعي الزوجية أو يطالب بآثارها القانونية ما لم يقدم عقد الزواج محرر ومسجل في سجلات الحالة المدنية". وهي مستوحاة تماما من نص م 194من القانون المدني الفرنسي والتي تقضي بأنه لا تقبل دعوى إثبات الزواج إلا بحجة رسمية.

3- أمر رقم 69/72 المؤرخ في 1969/09/16:[3]

المتعلقة بمعالجة وضعية العقود العرفية للزواج، والتي لم تسجل، حيث نصت على أن جميع عقود الزواج التي أبرمت قبل هذا التاريخ وفقا للشريعة الإسلامية، يسجل بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة الذي يأمر بتسجيلها بسجلات الحالة المدنية.

4- الأمر 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدني:[4]

الذي بدأ تنفيذه في 1972/07/01 والمتعلق بقانون الحالة المدنية المواد من 71 إلى 77 والمادة 39 و 58 وما يليها، حيث نصت م 39على تسجيل عقود الزواج المبرمة، ولم تسجل في سجلات الحالة المدنية، بموجب أمر ذيل عريضة يصدر من رئيس المحكمة ونصت المادتين 40 و41 على كيفية تقديم الطلب وإجراءات استصدار أمر التسجيل.

---

1 -المرسوم رقم 62/124 المؤرخ في 12/31/1962ج ر، العدد 8 لسنة 1962 المتعلق بتسجيل عقود الزواج 1962/12/14.

2-القانون المؤرخ رقم 224/63 المؤرخ في1963/06/29 ج ر، العدد 44 لسنة 1963 المتضمن قانون الأسرة.

3-أمر رقم 69/72 المؤرخ في 1969/09/16ج ر، العدد 80، لسنة 1969 بتاريخ 1969/09/19، المتضمن قانون الأسرة

4-أمر رقم 20/70 المؤرخ في 1970/02/19، ج ر، العدد 21، لسنة 1970 ، المتضمن قانون الحالة المدنية ص223.

ثم يسجل منطوق الحكم الذي يصدر فيما بعد، في سجلات الحالة المدنية، بمكان الولادة أو في سجلات القنصليات.

5- قانون 11/84 المؤرخ في 1984/06/09:[1]

المتضمن قانون الأسرة، وهو آخر قانون عالج عقود الزواج، ونص على أنه يمكن تسجيلها إذا توفرت أركان العقد الشرعية بالمادة 22 منه، على أن الزواج يثبت بنسخة مستخرجة من سجلات الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يمكن إثباته بحكم إذا توفرت أركانه وبعد ذلك يتم تسجيله.

وكل هذه القوانين كانت تمثل حركة تشريعية لدفع الناس على ضرورة تسجيل عقد الزواج وإشهاره أمام موظف رسمي، وإبراز أهميته العملية، ومزاياها القانونية على الفرد والمجتمع، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في م 18 من ق.أ.ج: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون" المعدلة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27[2].

المطلب الثاني: إجراءات توثيق عقد الزواج والموظف المختص

يقصد بإجراءات الزواج الترتيبات الإدارية التي تسبق العقد، وكذا تلك التي يشترطها القانون في العقد ذاته بهدف تسجيله وإشهاره، ذلك أن تسجيل عقد الزواج، هو شرط لوجود العقد وإحداث آثاره القانونية في مواجهة الغير.

فهو عقد من العقود الشكلية لا تترتب أحكامها بمجرد التراضي عليها، بل يشترط فيها شروط أخرى كالرسمية والتسجيل، فبالتالي فيما تتمثل الوثائق المطلوبة قانونا ومن هو الموظف المختص لتحرير عقد الزواج؟

1-قانون رقم 84 /11 المؤرخ في 1984/06/09ج ر، العدد 24 ،لسنة 1984، ، المتضمن قانون الأسرة، ص911.

2 -بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** "الزواج والطلاق" ،الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004 ص278.

الفرع الأول: الإجراءات العادية

على كل مقبل على الزواج أن يمر بهذه الإجراءات وهي وجوب إحضاره مجموعة من الوثائق وان يرفق بها أمام موظف الحالة المدنية وهذا ما نبينه في هذا الفرع.

أولا: الوثائق المطلوبة قانونا

حددتها كل من المواد 74،75،76 من قانون الحالة المدنية وهذه الوثائق هي:

1-شهادة ميلاد الزوج والزوجة، فإن تعذر ذلك عليهما يجوز لهما تقديم بطاقة التعريف الوطني أو الدفتر العائلي للأبوين.

2- شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية ولقد إستلزمها المشرع لمن لم يكن معروف السكن أو الإقامة لضابط الحالة المدنية أو الموثق.

3-وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر، تثبت خلو الزوجين من أي مرض، أو عامل قد شكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من عملهما بما تكشف عنه من أمراض، وتبصير الطرفين بذلك، ويؤشر بذلك في عقد الزواج (م 7مكرر المضافة بالأمر رقم 02/05).[1]

4-نسخة من بطاقة التعريف الوطني أو رخصة السياقة مع شاهدي عدل.

5-السن القانوني للزواج هو 19 سنة كاملة للزوج والزوجة.

6-حقوق الاحتفال 1000دج.

7-بالنسبة لإعادة الزواج مرة ثانية للزوج أو الزوجة (شهادة طلاق أو شهادة وفاة).[2]

1 -أنظر الملحق رقم 01.

2 - العربي بلحاج المرجع السابق ص278.

فعند التوجه أمام ضابط الحالة المدنية يقدم لطالب عقد الزواج فيها جميع الوثائق اللازمة للزواج[1]

نموذج عن نسخة عقد الزواج كما تتضمن أهم البيانات التي يتضمنها عقد الزواج سنراها في الملحق[2].

الفرع الثاني: الإجراءات الاستثنائية المعلقة على رخصة مسبقة

إضافة إلى الإجراءات العادية لتوثيق عقد الزواج استثنى المشرع الجزائري بعض الفئات التي يعلق عقد زواجهم على رخصة أو إذن مسبق لتحرير عقود زواجهم.

أولا: عند زواج القاصرين

لقد حدد قانون الأسرة أهلية الزواج بالسن بتمام 19 سنة لكل من الرجل والمرأة وذلك حسب نص م7 ق.أ كقاعدة عامة[3].

إلا أنه قد يحدث أن يبرم عقد الزواج أشخاص لم يبلغوا السن القانونية، فالقانون اشترط في ذلك تقديم إعفاء من السن القانونية من طرف القاضي بناء على طلب ولي القاصر، إذ رأى القاضي ضرورة أو مصلحة لحماية القاصر مثل أن تكون الفتاة يتيمة الأبوين ويخشى عليها من الوقوع في مهاوي الرذيلة، فإنه يمنح لها موافقة بإعفائها من سن أهلية الزواج ويؤذن لها الزواج[4].

لكن في حالة ما إذا تعرضت فتاة إلى الاغتصاب ولم تبلغ السن القانونية، هل يكون ذلك سببا لتخول القاضي سلطة منح الضحية الإعفاء من سن أهلية الزواج حتى تتزوج من خاطفها؟

1- أنظر الملحق رقم02.

2 -أنظر الملحق رقم03.

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص60.

4- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص268.

فيقول عبد العزيز سعد أنه في نظره إذا كانت يوجد في الأمر مصلحة للفتى لتحقيق عليه عقوبة هتك العرض أو جريمة الاغتصاب، فلا توجد أي مصلحة بالنسبة للفتاة فلا وجود لضرورة شرعية ولا قانونية لحماية الفتاة القاصر، فلا تتوفر إرادة حقيقية للتعبير عن الرغبة في الزواج أو الرضاء في الزواج من أجل بناء أسرة منسجمة متحابة ومتعاونة.

فيطلب من القاصر إحضار مجموعة من الوثائق اللازمة لتكوين ملف الترخيص بالزواج قبل السن القانونية[1]للحصول على رخصة قاصر للزواج[2].

ثانيا: عند زواج أرملة أو مطلقة

تم استثناء كل من الأرملة والمطلقة وعلق زواجهما على ضرورة تقديم الأرملة الراغبة في زواج جديد وثيقة وفاة زوجها إلى الموثق أو نسخة من وثيقة ميلاد زوجها يشار فيها إلى وفاته، كإثبات واقعة وفاة زوجها، أما بالنسبة للمطلقة فاشترط القانون أن تقدم وثيقة لعقد زواجها السابق يتضمن بيان الطلاق، أو نسخة من الحكم أو قرار القاضي بالطلاق.

نقدم نموذج عن بيان طلاق في الملحق.[3]

ثالثا: عند زواج موظفي الأمن الوطني

لا يجوز لموظفي الأمن الوطني عقد زواجهم دون ترخيص مسبق من الجهة التي لها سلطة تعيينهم، وذلك حسب م23 من المرسوم رقم 83-481 الصادر في 1983/08/13 الخاصة بموظفي الأمن الوطني، ويجب أن يقدم طلب الرخصة بالزواج قبل ثلاثة أشهر من موعد الاحتفال بالعرس، وجاء في المادة 24 منه أن موظفي الشرطة من النساء لا يستطعن عقد زواجهن إلا بعد ترسيمهن، وفي حالة ما إذا كان الموظف لم يبلغ السن القانونية وجب الحصول على الإعفاء من السن القانونية صادرة من ريس المحكمة التي يقيم بدائرة اختصاصها، إضافة إلى رخصة التي يمنحها له مصالح وزارة الداخلية.

1 - أنظر الملحق رقم04.

2 - أنظر الملحق رقم05.

3 -انظر الملحق رقم06.

رابعا: زواج أفراد الجيش الوطني الشعبي

إضافة إلى موظفي الأمن الوطني فإن زواج أفراد الجيش الوطني الشعبي يتطلب رخصة أو موافقة مسبقة من الجهات الإدارية أو العسكرية أو القضائية المختصة، حيث جاء في منشورين صادرين من وزارة العدل، أحدهما بتاريخ 1967/06/13 يحمل رقم 329، والثاني بتاريخ 1968/06/25 يحمل رقم 364، حيث جاء فيه لا يمكن لأفراد الجيش الوطني إبرام عقده إلا بعد رخصة بذلك ممنوحة من مصالح الدفاع الوطني، كما يشمل رجال الدرك الوطني وكل المجندون الخاضعون لنظام الخدمة الوطنية.[1]

فلا يجوز للموثق ولا لضابط الحالة المدنية بالبلدية أن يبرم عقد زواج أي عسكري إلا بعد الاطلاع على مثل هذه الرخصة أو الإذن، وفي حالة إخفاء العسكري صفته العسكرية يعرض نفسه لمتابعة جزائية بتهمة ارتكاب جريمة تزوير الحقائق والإدلاء بوقائع كاذبة، بالإضافة إلى إجراءات تأديبية[2].

معنا نموذج عن رخصة الزواج لكل من ينتمي إلى سلك الأمن الوطني كما سنراه في الملحق[3].

الفرع الثالث: الموظف المختص بتسجيل عقد الزواج

حدد كل قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية الجهة المختصة لتحرير عقود الزواج وتختلف حسب مكان انعقاد مكان الزواج، أي إذا ما كان داخل أو خارج الوطن[4].

1 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص60-61-62.

2 -نفس المرجع السابق، ص62.

3 -أنظر الملحق رقم07.

4 -بلحاج العربي، المرجع السابق، ص265.

أولا: داخل الإقليم

نصت المادة 18 ق.أ (المعدلة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27) على ما يلي: «*يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا، مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا* القانون»[1].

كما أنه وحسب المادة 03 في فقرتها الثالثة من الأمر رقم 20/70 في 1970/02/19 والمتضمن قانون الحالة المدنية: «*فإنه يكلف ضابط الحالة المدنية بتحرير عقود الزواج*».

وبالإضافة إلى هذا نصت م 71 من نفس القانون: على أن يختص بتحرير عقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي (أي الموثق) الذي يقع في دائرة اختصاصه موطن أو محل طالبي الزواج.

وعليه فإنه يكون أمام الزوجين الاختيار أمام جهتين هما: كل من الموثق (Le Notaire) وهو القاضي المكلف بتحرير عقود الزواج وتوثيقها بالإضافة إلى الحالة المدنية " L' officier d'état civil" وهو الموظف العمومي المؤهل قانون لتحرير عقود الزواج وتسجيلها.

ومعنى ذلك، أن تحرير هذا العقد من شخص غير الموثق، وغير ضابط الحالة المدنية تحريرا غير قانوني ولا يحتج بهذا العقد أمام الجهات الإدارية أو القضائية[2].

ثانيا: خارج الإقليم

يحق للجزائريين بإبرام عقود زواجهم في الخارج وفقا لأحكام القانون السائد في دولة الإبرام، كما يحق لهم إبرام العقود المعنية، وفقا للشكل المقرر في القانون الجزائري وذلك عن طريق القنصلية الموجودة في البلد المعني.

1- أمر رقم 05-02، المرجع السابق.

2 -بن شويخ رشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري** المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008، ص118 و ص 119.

كما يبيح القانون الجزائري للأجانب حق الزواج أمام القنصليات الجزائرية، ما دام الزوج جزائريا، أما الأجنبي غير المنتمي لدولة المقر، فلا يحق له كقاعدة عامة، إبرام زواجه من موطن جزائري لدى القنصلية الجزائرية المعنية، ما لم يصدر مرسوم جزائري يتيح ذلك لرعايا دولته[1].

وهذا طبقا لنصوص المواد 96-97-104 من قانون الحالة المدنية 20/70 التي أعطت لكل من رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفين على الدوائر القنصلية أو رؤساء المراكز القنصلية صفة ضابط الحالة المدنية لتحرير عقود الزواج وتسجيلها في الخارج.

ويبرم عقد الزواج بمقر الهيئة الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية الموجودة بالبلد الأجنبي الذي سيبرم فيه عقد الزواج بين جزائري وامرأة أجنبية من حاملي جنسية ذلك البلد[2].

المطلب الثالث :طرق اثبات عقد الزواج المسجل

حسب كل من المواد 18 و21 من قانون الأسرة والمواد من 71 إلى 77 من قانون الحالة المدنية يكلف كل من ضابط الحالة المدنية والموثق بتحرير عقد الزواج فتعد تلك الوثيقة هو السند الرسمي لإثبات واقعة الزواج.

الفرع الأول: مستخرج من الحالة المدنية

إذا كنا بصدد إثبات واقعة الزواج، لا يمكننا إثباته إلا عن طريق عقد مدني وهو ما يسمى بعقد الزواج، فلا يستطيع شخص أن يدعي أنه مرتبط مع شخص آخر إلا بموجب عقد، فلا يقبل منه هذا الإدعاء إلا في حالة استخراجه نسخة من عقد الزواج مستخرجة من الحالة المدنية، التي يحررها ضابط الحالة المدنية[3]، وذلك حسب نص المادة 03/3 من الأمر 20/07 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية التي تنص على: "*يكلف ضابط*

1 -هشام خالد، **القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج**، جامعة طنطا، سنة 2006، ص49.

2 -بلحاج العربي، المرجع السابق، ص269.

3 -عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص163.

الحالة المدنية موظفا عموميا مؤهلا قانونا لتحرير عقود الزواج التي يوجد بدارة اختصاص موطن زوجين أو محل إقامة أحدهما "[1].

وبالتالي يطلب من الشخص الذي أبرم عقد زواجه أمام ضباط الحالة المدنية استخراج نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية أو ما يسمى بشهادة زواج أمام الجهات المختصة التي بيدها سجل عقود الزواج، وذلك بهدف إثبات واقعة الزواج.[2]

الفرع الثاني: عقد الموثق

إن المادة 3 من القانون رقم 03/06 المتضمن تنظيم مهنة توثيق نصت على أن: *"الموثق هو ضابط عمومي مكلف بتحرير العقود التي يجب إفراغها في شكل رسمي وكذلك العقود التي يريد الأطراف إعطاءها الشكل الرسمي*"[3].

فيعتبر الموثق كجهة ثانية يمكن اللجوء إليها لتحرير عقود الزواج، وذلك وفقا للمعلومات التي يقدمها كل من الزوجين عن هوية كل واحد منهما، ويبطل هذا العقد، إذا كان تسجيله مزورا، أو يعاقب الموثق في حالة تحريره عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزواج بالعقوبات المنصوص عليها في نص م 53 من قانون التوثيق[4].

إذ خولت لهذا الأخير سلطة تحرير ما يسمى بإقرار زواج أو لفيف زواج وفقا للشكلية المعدة من طرف وزارة العدل كونه يحمل صفة الضابط العمومي.

فالإقرار**:**هو ان يقر كل من الزوجين عن زواجهما وقد ابرموا عقد زواجهما وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية وتوفر فيه أركان وشروط عقد الزواج إلا أنهما لم يسجلوه في سجلات الحالة المدنية فيطلب الموثق من الزوجين إحضار الوثائق التالية **:**

1 -قانون الحالة المدنية ،الصادر بموجب الأمر 20/70 ،المؤرخ في 1970/02/19.

2 -نموذج عن شهادة تسجيل زواج،انظر الملحق رقم08

3-قانون رقم 02/06، المؤرخ في 21 محرم عام 1427هـ ،الموافق لـ 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق.

4 -قانون رقم 02/06، المرجع السابق.

-شهادة عدم تسجيل الزواج[1].

-شهادة ميلاد الزوجين من البلدية الأصلية .

- شهادة ميلاد الأبناء إن وجدوا.

-شهادة طبية لتثبيت حمل الزوجة ان كانت حاملا.

-شاهدين .

-ولي الزوجة .

أما لفيف الزواج هو عقد تام و صحيح شرعا ،وقانونا ابرم بين شخصين، ولم يسجلا عقد زواجهما، ثم توفي احدهما أو كلاهما منوفي، فيحرر الموثق ما يسمى بلفيف الزواج بطلب من احد الزوجين أو الأبناء أو الآباء ، فيطلب منهم إحضار الوثائق التالية:

- شهادة عدم تسجيل الزواج.

-شهادة ميلاد الزوجين من البلدية الأصلية.

-شهادة ميلاد الأبناء.

-شهادتين ممن حضروا مجلس العقد العرفي لهما معرفة بالزوجين بشرط ان يكونا كبار السن.

-ومعنا نموذج لعقد لفيف زواج.[2]

وعلى الموثق أن يراعي الحيطة والموضوعية عند قيامه بمهمة التحرير كونه يتحمل المسؤولية كاملة عند وقوع أي خطأ يمس بصحة العقود التي يبرمها [3]وان يرسل ملخص عقد زواج في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بدوره بنسخه في سجلات الحالة

1-انظر الملحق رقم 09.

2-انظر الملحق رقم 10

3-عبد الفتاح تقية المرجع السابق ص 60

المدنية في أجل 5 أيام من تاريخ تسليمه الزوجين دفترا عائليا، وفي حالة عدم تسجيل العقد التوثيقي في المهلة المحددة قانونا، يصبح عقدا من العقود المغفلة التي وجب إثباتها عن طريق حكم قضائي ذلك حسب نص المادة 72ق.ح .م .

وما يعاب على قانون الأسرة، انه جاء خال من ذكر مسؤوليات أو أي رقابة على ضابط الحالة المدنية ،بل اكتفى فقط بالمادة 18 المعرفة بصورة وجيزة لضابط الحالة المدنية، من قانون ،إلا انه ما نستنتجه أن تحرير عقد الزواج من غير الموثق وغير ضابط الحالة المدنية إنما يعتبر تحرير غير قانوني لا يمكن الاحتجاج به أمام الجهات الإدارية أو القضائية[1].

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص268.

الفصل الثاني : عقد الزواج المغفل وإجراءات إثباته

إن أهم الآثار التي تركها الاستعمار الفرنسي وجود وضعية مهمة وكبيرة من نسبة الزواج غير المسجل رغم التشريعات المختلفة التي كانت موجودة آنذاك تحث على تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية.

غير أن هذه المحاولات الاستعمارية لم تصل إلى هدفها المنشود لوجود العلاقة التنافرية التي كانت موجودة بين الإدارة الاستعمارية والشعب الجزائري الذي بقي متشبتا بالقيم الإسلامية، وبالتقاليد والأعراف المحلية، فقد استمر الجزائريون في إبرام عقود الزواج خارج البلدية الاستعمارية، بقراءة الفاتحة بين يدي "الإمام" بحضور الولي والشاهدين وتسمية الصداق أمام جمع من الناس يحضرون زفاف الطرفين، ويتولون الإشهاد في مجلس العقد.

إلا أن هذه الوضعية لم تنتهي رغم وجود كل هذه القوانين التي تحث على تسجيل عقود الزواج بسجلات الحالة المدنية.

فالزواج المغفل هو عقد تام تتوفر فيه جميع أركان عقد الزواج المنصوص عليه في كل من نص م 9 و م 9 مكرر من ق.أ.ج فلا يختلف عقد الزواج المغفل أو العرفي عن الزواج الرسمي إلا في جانبه الشكلي، أي لم يسجل أمام السلطات المختصة، وبالتالي فهو يفتقر للقوة القانونية التي يكتسبها الزواج المسجل، ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أثبت في عقد رسمي، فرغم كل هذه الأهمية التي يكتسبها العقد الرسمي إلاّ أننا نجد الكثير من الأزواج يلجا ون إلى الزواج العرفي أو المغفل مما يسبب الكثير من المشاكل لهما أثناء حياتهما الزوجية، ولأبنائهما وورثتهما بعد وفاتهما، ونجد هذه الفئة كبيرة في القرى والأرياف وتعود هذه الظاهرة إلى عدة أسباب اجتماعية ودينية وأخرى مادية[1] .

فكل هذه الأسباب قد ساعدت على كثرة ما نسميه بالزواج العرفي أو الزواج المغفل من التسجيل، وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل، أي ما مصير الزواج المغفل من التسجيل؟ وما هي الآثار المترتبة عنه؟ وهل كل عقد عرفي أغفل من التسجيل يجوز إثباته قانونا؟

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص278.

المبحث الأول :عقد الزواج المغفل

كما قد تعرضنا في مقدمتنا السابقة، إن الزواج المغفل من التسجيل هو زواجا عرفيا قد تم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون يتوافر على جميع الأركان والشروط الشرعية والقانونية، غير أنه لم يتم شهره وتسجيله بسجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانونا، وهي في القانون الجزائري 03 أيام لم تبدأ من تاريخ انعقاد العقد إذا أبرم داخل التراب الوطني، وفي مدة سنة عندما يبرم الزواج بين جزائريين مقيمين في بلاد أجنبي[1].

إلا أنه قد يحدث أن يكون الزواج عرفيا لكن لم يتوفر على أركان وشروط صحة العقد، فهل يمكن إثبات هذا الأخير؟ وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب أي أنواع عقود الزواج المغفلة أو العرفية في المطلب الأول وما حكم الزواج المغفل شرعا وقانونا؟ في مطلب ثاني وما هي الآثار التي ينتجها هذا الإغفال من التسجيل؟ في مطلب ثالث.

المطلب الأول: أنواع عقود الزواج المغفلة

سنتعرض في هذا المطلب إلى عقود الزواج المستوفية للأركان وشروط عقد الزواج وحالة غياب هذه الأركان والشروط وحكم هذه الأنواع من الناحية الشرعية والقانونية.

الفرع الأول: الزواج المستوفي لأركان وشروط الزواج.

نبين في هذا الفرع حالة الاختلاف الأركان والشروط في الزواج من الناحية الفقهية و القانونية.

يعرف عقد الزواج العرفي أو المغفل انه الزواج استوفى جميع شروطه الشرعية دون أن يوثق رسميا ففي نظر الشريعة زواجا صحيحا ويرتب عليه جميع آثاره الشرعية2.

إلا انه اختلف الفقهاء حول أركان وشروط النكاح فالمالكية يرون أن أركان الزواج خمسة: ولي المرأة بشروطه، فلا يعقد النكاح عند المالكية بدون ولي، ثم الصداق لا بد من وجوده ولكّنهم لا يشترطون ذكره عند العقد والزواج والزوجة مع وجوب خلوهما من الموانع الشرعية، كالإحرام والعدة، وأخيرا الصيغة، صيغة العقد.

أما الأركان عند الشافعية فهي خمسة متمثلة في الزواج وولي وشاهدين وصيغة أما الحنفية فيحصرون الأركان في الإيجاب والقبول، إلاّ أن معظم الفقهاء اتفقوا على اعتبار الإيجاب والقبول ركنا في النكاح[1].

أولا: الرضا(الصيغة الإيجاب والقبول).

اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية والأديان السماوية، والقوانين الوضعية والاتفاقات الدولية، على أن الرضا هو الركن الأساسي في الزواج، فمن الفقهاء من يطلق عليه الإيجاب والقبول، ومنهم من يعبر عنه بالصيغة.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث جعله تعديل 2005 هو الركن الوحيد لعقد الزواج حسب نص م 9 من ق.أ.ج.

ثانيا: الأهلية: (العاقدان: زوج وزوجة وولي).

الظاهر أن الأهلية شرط في جميع أطراف العقد، والعناصر المكونة له من العاقدين: (الولي والزوج عند الجمهور، والزوج والزوجة عند الحنفية)، و كذلك الشهود، فهي مطلوبة في جميع التصرفات وتتحقق بالبلوغ والعقل والحرية[2].

حيث جاء في الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي يتطلب عقد الزواج لوجوده ونفاذه وترتب آثاره الشرعية أن يكون العاقد ذو أهلية أداء وذو ولاية بأن يكون أصيلا عن نفسه أو وليا ووصيا على غيره.

ويكون تقدير السن الشرعي للزواج وقت انعقاد العقد وليس وقت الدخول.

1 -عبد الرحمان الصابوني، **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة**، دمشق، الطبعة الخامسة 1978، ص 81.

2 -عبد القادر بوقزولة، **مذكرة تخرج بين الشريعة والقانون**، سنة 2004، ص 7.

وقال كذلك: الأهلية هي صلاحية الشخص لمباشرة العقود والولاية صلاحية الشخص لإنفاذ العقد[1].

إذ يرى الأستاذ عبد العزيز سعد انه إذا انعقد الزواج بدون رضا احد الطرفين فانه يجوز له أو ممن له مصلحة أو من طرف النيابة العامة رفع دعوى أمام المحكمة لطلب إبطال

عقد الزواج على أن يرفق الطلب بكل الأدلة و يصدر الحكم بالبطلان مع الأمر بتشطيب عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية ويكون الحكم الصادر في هذا الشأن حكما تقريريا لما هو شرعا وقانونا[2]

وقال كذلك: الأهلية هي صلاحية الشخص لمباشرة العقود والولاية صلاحية الشخص لإنفاذ العقد.

ويكون تقدير السن الشرعي للزواج وقت انعقاد العقد وليس وقت الدخول.[3]

ثالثا: الولاية في الزواج.

الولاية في الزواج شرط عند جمهور الفقهاء، فلا يصح الزواج إلا بولي، في حين ذهب أبو حنيفة إلى عدم اشتراط الولاية في النكاح، فللمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها وأن تزوج غيرها بدون إذن وليها سواء كانت بكرا أو ثيبا إذا كان الزواج بكفء، وبمهر المثل فهي مستحبة، وللأولياء حق الاعتراض إذا وضعت نفسا في غير كفء وبغير مهر المثل[4].

1-وهبة الزحيلي ،المرجع السابق، ص7

2-عبدالعزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة** ،الجزء01، ط 03 ،ديوان المطبوعات الجامعية ،2003ا،لجزائر، ص63

3-العربي بلحاج، **الوجيز في قانون الأسرة الجزائري** ،_الجزء الأول، ط 03،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر_،2003 ص63.

4 -وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 82، 83.

وقال مالك: يشترط الولي في حق الشريفة لا الوضعية فلها أن تزوج نفسها والدنية ويقصدون بالدنية (الخالية من النسب، كابنة الزنا، ابنة الشبهة أو المعوقة من الجواري). أن تكون من قوم خدمة للناس ولا ديانة عندهم.

واستدل الجمهور بآيات من القرآن وأحاديث نبوية منها:[1]

قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ﴾[2].

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوۡاْ بَيۡنَهُم بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾[3].

أما من الناحية القانونية فقد أدرج الولي من شروط صحة الزواج والدليل نص م 9 مكرر.ق.إ.ج.

وفي حالة غياب الولي في العقد نصت م 2/33 ق.إ.ج أنه:«*إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول* بصداق المثل».

فبعد التعديل الأخير لقانون الأسرة نجد من خلال نص م 01/11: «تعقد المرأة الراشد زواجها بحضور وليها» أن المرأة البالغة قد حررت من حضور الولي وهذا ما أدى إلى انتشار الزواج العرفي بكل صوره أي ما يسمى بالزواج السّر وبالتالي نجد نوع من الخلل والتناقض بين كل من نص م 33 ق.أ.ج و م 11 ق.أ.ج.

1-محمد مصطفى شابي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، لبنان، 1977، ص 40.

2 -سورة النور، الآية رقم 32.

3-سورة البقرة، الآية رقم 232.

رابعا: الصداق في الزواج

للفقهاء المسلمين أبحاث كثيرة في الصداق من حيث كونه واجبا أو غير واجب، ومن حيث كونه ركنا من أركان عقد الزواج أو شرط صحة العقد.

فذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى أن النهر هو أثر من آثار عقد الزواج، وليس ركنا من أركانه ولا شرطا من شروط صحة العقد.

قول المالكية أن الصداق كالثمن في عقد البيع هو فقط لإبراز الصداق كركن من أركان العقد، باعتبار أن عقد البيع هو عقد نموذجي في الفقه الإسلامي، وليس معنى المقارنة بالبيع، ويعتبر الأستاذ الغوثي بن ملحة الصداق كعنصر مادي في العقد.

أما المشرع الجزائري فلقد نص عن الصداق في م 9 مكرر ق.أ. كشرط من شروط صحة العقد ورتب في نص م 33 ق.أج. رتب على فقدان الصداق فسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه، وتثبيته بعد الدخول بصداق المثل.

فلو أبرم زواج عرفي وأراد الطرفين تثبيته، فإن المحكمة تتأكد من مدى توافر أركان وشروط صحة العقد التي ذكرتها كل من م 9 و م 9 مكرر ق.أ.ج ومنها الصداق، ومقداره فإن سمي الصداق أثناء إبرام العقد ثبت الزواج، وإن لم يسم الصداق أثناء إبرام العقد فسخ إن لم يحصل الدخول ولا صداق فيه، أما إذا حصل الدخول فيثبت الزواج العرفي بصداق المثل[1].

وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾[2].

خامسا: الشاهدين.

لقد اختلف الفقهاء في الشهود وتأثيرهم على وجود العقد أو عدمه، فقال مالك أن وجودها ضروري لنفاذ العقد وترتيب آثاره، بينما انعقاد الزواج لا يكفي فيه مجرد وجود الشهود بل يجب إذاعة خبر الزواج، وفي حالة سكوت الشاهدين كما توصيا بالكتمان فإن العقد لا ينعقد لعدم توفر شرط الإعلان الذي هو الغاية من حضور الشاهدين.

1- الغوثي بن ملحة، **محاضرات قانون الأسرة بالمعهد الوطني للقضاء**، الجزائر، 2002، ص 22.

2- سورة النساء، الآية رقم 24.

وتكون شهادة الشهود مطلوبة عند مالك لتحقيق شرط حلية المرأة للرجل، أما انعقاد العقد فإنه لا يتم إلا الإعلان، لذلك فإن تأخر الشهود عن مجلس العقد يجعله عقدا موقوفا لا ينتج أثره إلا بالإشهاد عليه[1]فقال الحنفية أن الشهادة لإعلان العقد، فيتحقق ذيوع الخبر بمجرد حضور الشاهدين، وهذا الخلاف على ما يبدو وأنه كان سبب قوله عليه السلام: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[2]، وتجدر الملاحة أن الخلاف لا يدور حول الشهادة في ذاتها وإنما اختلف الأئمة في آثار الشهادة هل مجرد حضور الشاهدين يكفي أم لابد من الإعلان عما تم الإشهاد عليه.

واعتبر المشرع الجزائري الشهادة من شروط صحة العقد وذلك ن خلال م 9 مكرر ق.أ.ج، ولكن لم يرتب على تخلف هذا الشرط البطلان بعد الدخول طبقا لنص م 33 ق.أ.ج فلو تخلف الشاهدين في عقد الزواج العرفي ولم يحصل الدخول فسخ العقد أما لو حصل الدخول ثبتت المحكمة الزواج العرفي إذا توافرت أركانه الأخرى[3].

سادسا: خلو المرأة من المحرمات الشرعية

من شروط صحة الزواج أن تكون المعقود عليها محلا للعد أي لا يكون بين الزوجين من موانع الزواج، والمحرمات من النساء من الأحكام التي لا يختلف باختلاف الزمان والمكان،

فهي لا تقبل التغيير ولا التبديل، وليس فيها مجال للاجتهاد، ولقد أوردها المشرع الجزائري في باب موانع الزواج في قانون الأسرة من المادة 23 إلى 31 ق.أ.ج.

وقد سبق لنا أن تعرضنا لموانع الزواج في الفصل الأول بالتفصيل فحسب المادة 23 فإن المحرمات المؤيدة: هي ما كان سبب التحريم قائما ودائما، لا يزول وينحصر كما جاء في المادة 24 من قانون الأسرة في ثلاثة أسباب رئيسية وهي: القرابة، المصاهرة، الرضاع.

---

1 -بدران أبو العينين بدران، **أحكام الزواج والطلاق في الإسلام**، الطبعة الثالثة، دار المعارف، الإسكندرية، 1966، ص 82.

2 -أخرجه ابن ماجة في سننه باب 15 **لا نكاح إلا بولي** رقم 1884 كتاب النكاح ،طبعة الأولى ،مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، 1417 هـ ، ص 327.

3 -عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثانية ،دار البعثة، قسنطينة ،سنة 1989، ص107.

أما المحرمات المؤقتة: نصت عليها المادة 30 من ق.أ.ج فيحرم الزواج معهن بصفة مؤقتة فقط، ولسبب شرعي قائم يتعلق بالزوجة، وبمجرد أن يزول السبب يحل الزواج معها وهي: كل من: المحصنة، المطلقة ثلاث، المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة، تحريم زواج المسلمة بغير مسلم[1].

الفرع الثاني: الزواج غير المستوفى لأركان وشروط النكاح.

لقد تعرضنا في الفرع الأول إلى العقد المستوفي لأركان وشروط الزواج إلا أنه أغفل من التسجيل ونجد نوعا آخر من أنواع الزواج العرفي فهو زواج يتولاه كل الزوج والزوجة دون أن يحضره شهود ولا ولي، ودون أن يعلن أو يكتب في وثيقة رسمية، ويعيش الزوجان في ظله في حالة كتمان بحيث لا يعرفه أحد من الناس سواهما.

وهذا النوع من الزواج يسمى بالزواج السري، وهذا النوع من الزواج اختلط مفهومه في الواقع المعاصر بالزواج العرفي.

فأصبح يطلق على الزواج الذي لا يوثق لدى الجهات المختصة إضافة إلى عدم الإشهاد عليه أو في حالة خلوه عن الولي.

ويكمن الفرق بين كل من الزواج السّر والزواج العرفي في أصله يقوم على عدم التوثيق لدى السلطات المختصة، لذا فق كانت هذه النقطة هي القاسم المشترك بين كافة صوره.

أما زواج السّر فيرجع في أصله إلى إخفائه وعدم إظهاره، وهذا قد يأخذ شكلا لا يخل بالعقد، وقد كان القاسم المشترك بين كافة صوره إخفاء النكاح وعدم إظهاره.

أما فيما عدا ذلك فإن الزواج العرفي أو المغفل وزواج السر يتداخلان في المفهوم السائد في العصر الحاضر، فزواج السر قد لا يوثق لدى الجهات المختصة فبتداخل مع الزواج العرفي.

1 -محمد محدة، **سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج ،الجزء الأول**، الطبعة الثانية، شهاب، الجزائر، 2000، ص296.

قد يخلوا الزواج العرفي عن وجود الولي وهذا واقع في الزواج السري، وهكذا يكمن التداخل[1].

وعلى سبيل المثال ما توصلت إليه الصحافية "فريدة لكحل" في جريدة الشروق الوطنية تحت عنوان "الشارع تحت الصدمة جزائريات يتزوجن دون ولي ولا فاتحة" إلى أن بلدية الجزائر الوسطى قد سجلت أكثر من 2500 حالة زواج أين غاب فيها الولي واختلفت صفة الولي في كل حالة فمن جار لها، إلى صديق أو زميل في العمل أو حتى شخص من الشارع لا علاقة تربطه بهذه العروس، وكل ما عليه معرفته أثناء أخذ شهادته هو معرفة اسمه، ولقبه، كذا رقم بطاقة الهوية، الأمر لا يختلف كثيرا عن باقي البلديات، الاختلاف الوحيد كان في زيادة هذا العدد أو نقصانه[2].

وأيضا مثال عن بعض حالات عقود الزواج المغفلة و تم تسجيلها أمام مصلحة إبرام عقود الزواج ببلدية امشدالة نجد منها:

- حالة زواج سنة 1934	وسجل عن طريق حكم قضائي سنة 2012.
- حالة زواج سنة 1976	سجل عن طريق حكم قضائي سنة 2013.
- حالة زواج سنة 1991	سجل عن طريق حكم قضائي سنة 2013.
- حالة زواج سنة1988	سجل عن طريق حكم قضائي سنة 2012
- حالة زواج سنة2003	سجل عن طريق حكم قضائي 2009سنة.
- حالة زواج سنة 2011	سجل عن طريق حكم قضائي سنة 2012

1 -سمية عبد الرحمان عطية بحر رسالة ماجستير، **عقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي**، كلية الشريعة القانون الجامعة الإسلامية، غزة، سنة 2006/2005، ص 81.

2 -جريدة "الشروق" الوطنية الصادرة في 2010/07/12، الجزائر، ص17.

وما لاحظت أنه لا يزال المواطنين يلجأون إلى الزواج العرفي الشرعي لأن سكان المنطقة لا يزالون يعملون بالأعراف والعادات.

أما حالات الزواج بدون ولي في المنطقة نادرة ولم تسجل أي حالة على مستوى البلدية[1].

المطلب الثاني: حكم الزواج المغفل من التسجيل

لقد تعرضنا في المطلب السابق إلى الزواج المغفل (العرفي)، المستوفى لأركان وشروط عقد الزواج، وإلى الزواج غير المستوفى لأركان وشروط الزواج، وبالتالي سنعالج حكم كل نوع من الناحية الشرعية والقانونية في هذا المطلب.

الفرع الأول: شرعا.

بعد بيان أركان النكاح وشروطه، بقي بيان حكم الزواج العرفي الذي استوفى الأركان وشروط النكاح، بقي بيان حكم الزواج الذي استوفى الأركان والشروط.

أ_حكم الزواج العرفي الذي استوفى أركان الزواج وشروطه: إلا أنه لم يتم توثيقه رسميا في الجهات المختصة في الدولة، صحيح شرعا، وهو بهذا المعنى لا يتنافى مع الشريعة الإسلامية، لأنه في الأصل عبارة عن إيجاب وقبول بين عاقدين، وبحضور شاهدين ولا تتوقف صحته على توثيق العقد وتسجيله، وهو في هذه الحالة لا فرق بينه وبين الزواج الشرعي، وإنما هناك فرق بينه وبين الزواج الرسمي. فالزواج حتى يكون رسميا لا بد من توثيقه في الدائرة الخاصة بالمحاكم الشرعية، خشية الجحود وحفاظا للحقوق وحذّرت من مخالفته لماله من النتائج الخطيرة عند الجحود.

وعليه فالتوثيق الرسمي هو شيء زائد على حقيقة العقد وماهيته إلا أن يرى الحاكم اللجوء إليه حفاظا للحقوق وخوفا من الإنكار لعقد الزواج.

1- سجلات الحالة المدنية، **لبلدية امشدالة**، ولاية البويرة لسنة 2009-2012-2013.

كما قال عمر بن عبد العزيز: «تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور فلهم أن يفعلوا ذلك وقد نص العلماء على أن للحاكم تقييد المباح مراعاة للمصلحة العامة، وله أن يستحدث من السياسات الشرعية، وما يحفظ على الناس حقوقهم وأمنهم واستقرارهم».

و بناءا عليه: فالتوثيق يعتبر الآن من المصالح الهامة التي يرجى أن تتوفر في العقد وذلك لضمان الحقوق المترتبة على العقد في حالة وفاة أو طلاق أو إثبات أو غيره، وخاصة مع قلة الدين[1].

فالسبب في أهمية التوثيق، أن الوثيقة الرسمية لا تقبل الإنكار ولا يجوز الطعن فيها بحال بناءا على ذلك يثبت بها عقد النكاح قطعا، فيقول الدكتور عبد الفتاح عمرو: «العقد العرفي يعتبر كالورقة العرفية التي تقبل الطعن والتزوير والإنكار، أما العقد الرسمي فهو كالوثائق الرسمية التي لا تبل الطعن بالإنكار»[2].

ب- الزواج غير المستوفى لأركان وشروط الزواج:

فمن الناحية الشرعية أجمع الفقهاء على أن هذا الزواج الذي يتولاه الزوج والزوجة دون أن يحضره شهود ولا ولي، دون أن يعلن أو يكتب في وثيقة رسمية، ويعيش الزوجان في ظله في حالة كتمان بحيث لا يعرفه أحد من الناس سواهما، أنه زواج باطل لفقده شرط الصحة وهو الشهادة والولاية فإذا حضر الشهود وأخبروا به كان صحيحا عند الأحناف، لكن الجمهور يشترطون الولاية مع الشهود، وهو الراجح، وإن كتم الزوجان والشهود والولي أمر الزواج ولم يشهدوه كان صحيحا مع الكراهية ووقع صحيحا لوجود الولي والشهود، إلا أن الكراهية كانت يسبب عدم الإعلان والإشهار.

فهذا النوع من الزواج أي الزواج السري الذي نجده منتشرا في السنوات الأخيرة في مجتمعاتنا ، فهو من الناحية الشرعية، زواج باطل رغم كونه إحدى صور الزواج العرفي، إلا أنه لم يستوفي جميع أركان وشروط صحة الزواج.

---

1 -أبو سريع محمد عبد الهادي، **حكم الإسلام في زواج المتعة مع بيان كل حكم الأنكحة**، دار النصر للطباعة الإسلامية، القاهرة، سنة 1994، ص 88.

2 -أبو سريع محمد عبد الهادي، المرجع السابق، ص89.

كان الزواج في العصور الماضية، قائما على عقد عرفي دون رسمي أي كان يحتوي على أركان وشروطه صحة العقد، دون إعطائه طابع رسمي، وذلك لأن الدين كان متينا عند الناس، والضمائر كانت حية، والنفوس كانت طيبة، ثم أصبح في عصورنا وسيلة للخداع فخربت الذمم، وضعفت الضمائر، وقل الإيمان، وتبدلت الأحاسيس، وأصبح الكثير ينكرون هذا الزواج، والضحية غالبا هي الزوجة، حيث يمكن إنكار الزواج وتضيع حقوق الزوجة بناءا على ذلك، ويمكن للزوجة أن تنكه وتتزوج برجل آخر، وتكون في عصمة رجلين في وقت واحد، ويضيع نسب الأولاد بسبب هذا الزواج العرفي[1].

الفرع الثاني: قانونا

نعالج في هذا الفرع حكم عقد الزواج في حالة استفاءه أركان وشروط عقد الزواج وحالة غيابها كلها أو إحداها.

أ- حالة الزواج المستوفي لأركان وشروط الزواج:

يعتبر الزواج المستوفى لأركان وشروط النكاح من الناحية القانونية عقد زواج صحيح شرعا مستوفيا لأركان وشروط النكاح المنصوص عليها في م 9 ق.أ.ج و م 9 مكرر ق.أ.ج[2].

وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا من أن عقد الزواج يعتبر صحيحا، متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وصداق، وانتفت الموانع الشرعية، فإن عقد الزواج صحيحا، متى تحق إشهاد رجلين عدليين على الزواج في مجلس واحد، وأما كتابة العقد وفقا لنص م 18.ق.أ.ج فهي لتوثيقه رسميا، ضمانا للحقوق الشرعية والقانونية.

عكس الديانتين اليهودية والمسيحية فإن الشريعة الإسلامية لا تشترط أن يتولى عقد الزواج رجل من رجال الدين، الذي يقوم بإبرام العقد في الكنيسة، وفقا لطقوس دينية معينة وما سار عليه المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، من أن الفاتحة التي تتم بمعرفة الإمام ليست شرط

1 -أبو سريع محمد عبد الهادي، **حكم الإسلام في زواج المتعة مع بيان حكم أنواع الأنكحة**، دار الذهبية، القاهرة، 1994. ص87.

2 -أمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

في عقد الزواج، وإنما هي مجرد تبرك فقط، فالعقد الشرعي هو ما توفرت فيه شروط وأركان الزواج (من رضا، ولي، شهود، أهلية، الخلو من الموانع الشرعية). [1].

فما دام أن الزواج بالفاتحة أو الزواج العرفي ما يزال معمولا به عرفا في الحياة العملية فإنه ليس أمام هذا الشخص من سبيل لإثبات هذا الزواج إلا اللجوء إلى المحكمة المختصة (م 2/426 من ق.إ.م.إ) [2].

ب-الزواج غير المستوفى لأركان وشروط الزواج:

الإشكال يكمن في حالة إفتقاد ركن أو شرط من الزواج، فقد رتب المشرع الجزائري على تخلف أركان وشروط عقد الزواج كلية أو بعضها إما وصف البطلان أو الفساد.

وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا من أن عقد الزواج يعتبر صحيحا، متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة، وشاهدين وصداق وانتفت الموانع الشرعية. فإن العقد يكون صحيحا متى تحقق إشهار رجلين عدليين، على الزواج في مجلس واحد، وأما كتابة العقد وفقا لنص م 18 ق.أج فهي لتوثيقه رسميا، ضمانا للحقوق الشرعية والقانونية.

نلاحظ هنا، بأنه على العكس من الديانتين اليهودية والمسيحية فإن الشريعة الإسلامية لا تشترط أن يتولى عقد الزواج، رجل من رجال الدين، الذي يقوم بإبرام العقد في الكنيسة، وفقا لطقوس دينية معينة[3].

قسمها المشرع تحت عنوان الزواج الباطل أو الفاسد، ولقد تأثر المشرع الجزائري في هذا الشأن بأحكام الفقه الإسلامي، عندما استعمل مصطلحي الباطل والفاسد، وذلك في المواد من 32 إلى 35 ق.أج.

ا_**الزواج الباطل:** الزواج الباطل عند الحنفية هو الزواج الذي حصل خلل في ركنه، أو في شرط من شروط انعقاده.

1- بلحاج العربي، المرجع السابق ،ص288.

2- قانون رقم 08-09،يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3 - بلحاج العربي، المرجع السابق ص 288.

من خلال هذا التعريف نلاحظ أن الحنفية يفرقون بين الأثر المترتب على ركن أو شرط من شروط الانعقاد فيرتبون عنه البطلان.

أما المالكية الزواج الباطل هو الزواج الذي حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته[1].

هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حسب نص م 32: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"[2].

ففي حالة عدم توفر ركن الرضا بشقيه الإيجاب والقبول وشروطهما عدم توفر، شروط العاقدين كالأهلية بالنسبة للمتعاقدين والأنوثة المحققة في المرأة والرجولة المحققة في الرجل.

فالزواج الباطل لا يرتب أي أثر من الآثار عقد الزواج الصحيح، ولو حصل فيه دخول وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر ما قبل الدخول، بل يعتبر وجوده كعدمه، و يجب على كل من الزوجين أن يفترقا ومن آثار الزواج الباطل نجد:

- لا توارث بين الزوجين.
- ثبوت النسب رعاية لحقوق الطفل.
- لا يترتب على العقد الباطل الصداق للزوجة كما أنه لا ينشئ للزوج على زوجته أي حق، ولا للزوجة على زوجه.
- إذا كان البطلان واضحا قبل الدخول وثبت العلم بالتحريم وسببه وتم الدخول عدّ بمنزلة الزنا[3].

ب_ الزواج الفاسد: فهو زواج الذي فقد شرط من شروط صحته، ويعتبر الزواج فاسدا في الحالات التالية:

---

1 -وهبة الزحيلي، "**الفقه الإسلامي وأدلته الشامل لأدلة الشرعية والآراء المذهبية وتحقيق الأحاديث النبوية وأهم المسائل الفقهية**،" دار الفكر، ط2، 1985، **ص**112.

2 - امر 05-02المرجع السابق.

3 -وهبة الزحيلي، نفس المرجع ص 112.

1- الزواج بغير شهود: بما أن الشهود شرط صحة في عقد الزواج فتخلفها يجعل العقد فاسدا.

عدم موافقة الولي ومباشرته للعقد: في حالة عدم موافقة الولي ومباشرته العقد يكون العقد فاسدا، فالعقد الذي يبرم دون موافقته الولي، ويباشر من طرف شخص غير الولي يعتبر فاسدا.

الزواج بإحدى المحرمات حرمة فيها شبهة أو خلاف بين الفقهاء كالزواج بأخت المطلقة التي لا يزال غي العدة من طلاق بائن، الزواج بامرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة[1].

ومن آثار الزواج الفاسد نجد وجوب التفريق بين حالتين وهما:

آثار الزواج الفاسد قبل الدخول:

فالزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل، فإذا عقد رجل على امرأة بعقد لم تتوفر فيه شروط صحة الزواج، ولم يتم الدخول بها فكان الزواج في حكم الباطل.

وبالتالي لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، فلا يجب لها مهر ولا يجوز الدخول فيه، ولا تجب لها نفقة، ولا طاعة ولا عدّة ولا مهر، ولا تثبت بها حرمة المصاهرة، ولا نسب ولا يتوارثان في حالة وفاة أحدهما[2].

آثار الزواج الفاسد بعد الدخول:

إذا دخل الرجل بالمرأة التي عقد عليها بعقد فاسد عليهما أن يفترقا، لكل واحد من الطرفين حق طلب الفسخ من غير حضور الطرف الآخر، وهذا الحق يثبت حتى في حالة الدخول بالمرأة دفعا للمنكر، ولكن رغم هذا لا يقام الحدّ عليهما حدّ الزنا لوجود شبهة العقد.

1- العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة**، ديوان المطبوعات الجامعية ،2013 الجزائر، ص58.

2 -عبد الرحمان الصابوني **"شرح قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق"**، المطبعة الجديدة، دمشق ط الخامسة، 1978، 1979. ص 253.

ومن آثاره بعد الدخول:

وجوب المهر: لها مهر المثل ذلك حسب نص م 02/33/ ق.أ.ج.

حرمة المصاهرة: حرمة المصاهرة أثر من آثار الزواج الفاسد، فإذا دخل الرجل في الزواج الفاسد بزوجته بزواج الفاسد، يحرم عليه أصولها وفروعها[1].

نفقة العدة: تستحق المرأة نفقة العدة، إذا كانت جاهلة بفساد النكاح[2].

فكل هذه الآثار تترتب على الزواج الفاسد، ويمكننا القول أن الزواج المغفل من التسجيل أو العرفي إذا توفرت فيه جميع أركان وشروط صحة الزواج فهو من الناحية الشرعية والقانونية يأخذ حكم الزواج الصحيح المنصوص عليه في م 9 و م 9 مكرر ق.أج.

أما إذا اختل فيه ركن أو شرط من شروط صحة الزواج أخذ حكم الزواج الباطل أو الفاسد المنصوص عليه في المواد من 32 إلى 35 ق.أ.ج، كالزواج السري الذي في هذه الأعوام، فمن الناحية القانونية لا يرتب آثار الزواج الصحيح[3].

معنا نموذج عن حكم لدعوى إثبات زواج عرفي تظهر فيه أهمية شروط صحة الزواج كوسيلة إثبات تعرضنا إليها في الملحق[4].

ملف رقم 4389 قرار بتاريخ 1986/12/15.

قضية: (ج) ضد: (خ ف).

زواج – إثباته – شهادة امرأتين – نقض.

(أحكام الشريعة الإسلامية).

---

1 -أحمد حسين فراج، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، بيروت، دار الجامعية، 1988، ص 133، 134.

2 -مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 205.

3 -أمر 02-05 المعدل والمتم لقانون الأسرة الجزائري.

4 -أنظر الملحق رقم 11.

من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا دعاها أحدهما، وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدليين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه جاء خاليا من أية حجة أو بنية تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة ومخطأ في فهم أنواع الشهادات في الفقه.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1].

لدينا مجموعة من قرارات المحكمة العليا في شأن إثبات الزواج منها:

- قضت المحكمة عن امتناع الأب عن تزويج ابنته القاصرة، بدون مبرر إذن القاضي بالزواج.

حيث أن المحكمة ذهبت في تعليلها ومناقشتها للوجه المأخوذ من مخالفة الفقرة الثانية من المادة 12 من قانون الأسرة، التي يسمح للأب بمنع زواج ابنته إذا كان في المنع مصلحة لها. وعللت المحكمة العليا أن المنع لم ين مبررا خصوصا أن البنت تحصلت على نهاية التعليم الثانوي وإن الراغب في الزواج منها معلم وله سكن وظيفي[2].

كما قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها: أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق، وأن الشهود أكدوا واقعة الزواج مبينين في شهاداتهم أركان الزواج من ولي وشهود وصداق، فإن قضاة الموضوع لقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون[3].

وقضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أن ثبوت الزواج، بدون تحديد الصداق جائز.

1- بلخير سديد، **الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2009 ص 151.

2- قرار في 30-03-1993 ،غرفة الأحوال الشخصية،مجلة قضائية، عدد خاص، 2001.

3- قرار في 17-03-1998،غرفة الأحوال الشخصية،مجلة قضائية،عدد خاص2001.

ذهبت المحكمة العليا أن الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي ما عدا الصداق بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة، وأن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه، فإنهم عرضوا قراراتهم للتناقض والقصور في التسبيب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج[1].

من خلال دراستنا إلى حكم الزواج المغفل من التسجيل من الناحية الشرعية والقانونية نستنتج أن موقف القانون و الشرع أنهما يرتكزان على مدى توفر كل من أركان وشروط صحة الزواج حتى يعتبر الزواج المغفل أو العرفي زواجا صحيحا من الناحية الشرعية وحتى يثبت من الناحية القانونية.فيتضح لنا من خلال قرارات المحكمة التي تناولنها أنه في حالة غياب ركن أو شروط الزواج فلا يعد به فأعطي له تسمية الزواج الفاسد أو الباطل فلا يثبت قانونا.

يرى الدكتور عبد الرحمان الصابوني أن ركن الزواج وشروطه هي شروط شرعية أما التسجيل فهو قيد قانوني[2].

فالقاضي الجزائري بالإضافة إلى كونه يأخذ بالزواج العرفي فهو يعتبر أن لعقد الزواج أركان وشروط يثبت بها في حالة عدم تسجيله.

فعلى هذا الأساس فالتسجيل ليس ركنا، ولا شرطا في عقد الزواج، إنما يشترط للإثبات وفقا لما جاء في قانون الأسرة الجزائري من جهة وما جاء في القضاء من جهة أخرى.

المطلب الثالث آثار عقد الزواج المغفل

إن عقد الزواج المغفل من التسجيل أو عقد الزواج العرفي رغم كونه عدا صحيحا من الناحية الشرعية إلا أنه ينتج آثار وخيمة بالنسبة لكل من الزوجين والأولاد، والمجتمع وهذا يعود إلى عدم إعطاءه الطابع الرسمي وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب.

1-قرار في 17-11-1998، غرفة الأحوال الشخصية ،مجلة قضائية، عدد خاص، 2001.

2 -عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 245.

الفرع الأول: بالنسبة للزوجين

لقد نظم المشرع الجزائري آثار عقد الزواج بعد اكتمال أركانه وشروطه، في المواد من 36 إلى 37 من قانون الأسرة، وجعل بعضها مشتركة بين الزوجين وخص بعضها بزواج واحد، فهل تكون هذه الوجبات نفسها في حالة كون هذا الزواج عرفيا.

أ- **الحقوق المشتركة:** حيث حصرت م 36 ق.أ.ج الحقوق المشتركة بين كل من الزوجين وذلك بنصها على:

يجب على الزوجين:

1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.
3- التعاون على مصلحة الأسرة، ورعاية الأولاد، وحسن تربيتهم.
4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.
5- حسن معاملة كل منها لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.
6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى وبالمعروف.
7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف[1].

ويمكن تلخيص هذه الوجبات في ضرورة المعاشرة بالمعروف، بما يحقق السكن والمودة والرحمة، وذلك عن طريق الاحترام المتبادل، وتقاسم الأعباء من أجل صيانة مصلحة الأسرة، والإشراف على تربية الأبناء التربية الإسلامية الصحيحة، والمحافظة على الروابط الاجتماعية و الأسرية التي تربط بين أسرتي الزوج والزوجة، وأن يسعى كل منهما إلى التعاون من أجل خلق الانسجام لهما ولأسرتيهما[2].

1-أمر 05-02، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

2 -عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثانية، دار البعث ،الجزائر ، 1989، ص198.

وهناك حقوق مستقلة لكلا الطرفين منها:

ب-حقوق الزوجة:

1-النفقة: عرفت المادة 78 من قانون الأسرة النفقة على أنها تشمل: "الغذاء والكسوة، والعلاج، السكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

وتستحق أيضا من تاريخ عقد الزواج وهي خدمة يومية واجبة على الزوج، ولا تسقط إلا بأحد الأسباب التالية:

- نشوز الزوجة.
- الطلاق.
- موت الزوج.

2-العدل بين الزوجات في حالة التعدد**:** فإذا كانت الشريعة والقانون قد خولا للرجل حق الزواج بأكثر من امرأة، فإنه أوجب مراعاة شروط هذا التعدد والمتمثلة في خضوعه إلى أحد المبررات الشرعية، كأن تكون المرأة مريضة أو أن تكون قادرة على الإنجاب لعقم أو مرض أو غيره، كما يجب إعلام الزوجة السابقة واللاحقة وذلك طبقا لنص م 8 و م 8 مكرر ق.أ.ج[1].

3-حرية التصرف في مالها**:**

وهذا لقوله تعالى: "للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن".

ج- حقوق الزوج:

1**-حق الطاعة:** وعلى الزوجة طاعة زوجها في غير معصية، وأن تحفظه في ماله وفي نفسها، ومراعاته باعتباره هو رئيس العائلة[2].

1 -أمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

2- سالمي سميرة ،مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، **إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثبات الزواج العرفي**، الدفعة الخامسة عشر، 2004- 2007، ص 60.

2-**حق الاحتباس:** هو مكوث الزوجة في بيت زوجها لقوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ ٱلْجَـٰهِلِيَّةِ﴾[1]. أي على المرأة المكوث في بيت زوجها إلا أن هذا الحق يمكن للزوج التنازل عنه بأن يسمح لزوجته بالعمل خارج المنزل.

3-حق التأديب: وذلك لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّـٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾[2]. وهذه الإجراءات مقررة لإعادة الانسجام إلى الأسرة من خلال توعية الزوجة وتبصيرها بخطئها، وإن لم تستجب فإن الشريعة منحت للزوج طريقة أخرى وهي الهجرة في المضجع وأخيرا اللجوء إلى الضرب على أن يكون هذا الضرب خفيفا ولا يؤدي جسم الزوجة فإن لها الحق أن تلجأ إلى القضاء إذا تعسف الزوج ي استعمال هذا الحق وأدى بالإضرار بجسدها.

فهذه الحقوق والواجبات تمثل آثار عقد الزواج الصحيح الرسمي وهي نفسها التي يرتبها الزواج العرفي الكامل الأركان، وهذا ما اتجهت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1986/11/22 بأنه: "إن كل زواج عرفي يعتبر صحيحا متى توافرت أركانه حتى ولو كان غير مسل بالحالة المدنية، وتترتب عليه كافة آثار عقد الزواج وكافة الحقوق الزوجية".

إلا أنه من الناحية العملية، نجد أن الزواج العرفي غير المسجل لا يعتد به إذا أخل أحد الزوجين بالتزامه، فالزواج كواقعة مادية تثبت من يوم قيام العقد صحيحا، إلا أن ممارستها من الناحية القانونية لا تكون إلا بعد تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية فهذا ما يؤدي إلى غدر الحقوق المالية وغير المالية منها.

أولا: بالنسبة للحقوق المالية:

إن حق الزوجة في النفقة كما سبق ذكره يكون مستحقا من يوم الدخول، غير أنه وفي حالة امتناع الزوج عن أداء النفقة لزوجته، وتقدمت إلى العدالة للمطالبة بحقها، فإن عليها أولا

1 -سورة الأحزاب، الآية 33.

2-سورة النساء، الآية34 .

أن تثبت واقعة الزواج القائمة بينها وبين المدعي عليه، وإلا رفضت دعواها لانعدام الصفة، والصفة من النظام العام[1].

هذا ما نصت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ1987/02/07 أنه: "طالما لم تثبت الزوجة علاقة الزوجية فإنها تبقى بدون صفة، ومطالبتها بحقوقها المالية تكون غير مؤسسة إذا طالبت بإثبات علاقة الزوجية والنفقة و فشلت في إثبات عقد زواجها"[2].

فالإدارات العمومية المخول لها أداء المنح والتعويضات العائلية تستوجب عقد الزواج لمنح الزوجة حقها، وفي حالة عدم تقديم الزوج لعقد الزواج أو عدم إمكان الزوجة إثباته فإنها لا تستطيع الحصول على هذه الحقوق كذلك الأمر بالنسبة لصناديق الضمان الاجتماعي، وشركات التأمين، فمثلا لو توفي شخص كان متزوج عرفا عن زوجته في حادث مرور أو حادث عمل، فإنها لا تستطيع المطالبة طالما لم تثبت علاقة الزوجية، إذ لا تكون صاحبة صفة في رفع دعوى للحصول على التعويض.

الأمر نفسه بالنسبة لقضايا الميراث، فإن عقد الزواج يعطي للزوج حق الميراث دون أن يسقط أو يحجب، غير أنه إذا كان الزواج عرفيا، فتتقدم الزوجة المتوفى عنها زوجها، و تصدم بإنكار باقي الورثة لها، ومع عدم إمكانيتها إثبات الزواج فإنها تحرم من طرف الورثة محاولة منهم حرمانها من الميراث.

أما بالنسبة للصداق فإنه تستحقه الزوجة بالدخول، وبالخلوة الصحيحة فإذا كان مؤجلا وطالبت به الزوجة فلا بد أولا إثبات علاقة الزوجية وإثبات عدم تسلمها له، وفي حالة إثباتها لعدم استلامها الصداق عن طريق الشهود فيتعين على المدعي عليه أداءه لها[3].

1 -سالمي سميرة، المرجع السابق، ص 61.

2 -بداوي علي، **مقال عقود الزواج العرفية**، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، العدد 02، ص 39.

3 -سالمي سميرة، المرجع السابق، ص62.

ثانيا: الحقوق غير المالية:

إن الزواج العرفي يبقى دائما عرضة للإنكار، فيمكن لأحد الزوجين أن ينكر العلاقة الزوجية ويطمس آثارها وكل ما يسهل إثباته، فلا يمكن الاحتجاج بالمطالبة بالحقوق المالية بل حتى والمطالبة بالمتابعة الجزائية.

فلو تزوج شخص عرفيا ثن ترك مقر الزوجية لمدة أكثر من شهرين فهل يمكن للزوجة متابعته بجريمة ترك مقر الزوجية وفقا للمادة 330 ق.ع[1]، وإذا كانت هذه الزوجة حامل فهل يمكن لها متابعته بجريمته إهمال الزوجة الحامل؟ وإذا علمت أنه على علاقة غير شرعية فهل يمكن متابعته بجريمة الزنا؟

يشترط لأي متابعة قضائية من هذا النوع وجود عقد زواج شرعي وقانوني صحيح يربط بين الزوجين، وترفض نسخة منه بالشكوى وإلا رفضت، وعليه يجب أولا على الزوجة أن تثبت عقد زواجها.

بالنسبة للعدة فهي فترة محددة من الزمن تتربصها المرأة في مسكن الزوجية بعد وقوع الفرقة بينها وبين وجها أو بعد وفاته وتمنع خلالها من التزوج بغيره والهدف منها هو التأكد من براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب.

- تهيئة الفرصة لتمكين الزوج من مراجعتها.
- إعلان حزن الزوجة على زوجها المتوفى.

والعدة تحسب كالآتي:

- إذا كانت الزوجة حامل فعدتها وضع حملها.
- إذا كانت غير حامل ومن ذوات الحيض فعدتها ثلاثة قروء.
- إذا لم تكن من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة أشهر.

1 - قانون العقوبات، ج ر، العدد 84، لسنة 24 ديسمبر 2006.

- إذا كانت الزوجة قد توفي عنها زوجها وعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام[1].

الفرع الثاني: بالنسبة للأولاد

إن آثار عقد الزواج المغفل من التسجيل، تتعدى آثارها من طرفي عقد الزواج إلى أولادهم فالتناسل من أغراض الزواج الرئيسي حفاظا للبقاء، واستمرارا للنوع وثبوت النسب فنضمه وضبط قواعده حفاظا له من الفساد والاضطراب وذلك لقوله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾[2].

وجعل للنسب سببا واضحا كريما ينفق وكرامة الإنسان، وهو الاتصال بالمرأة عن طريق الزواج، ولم يترك للأهواء ورغبات الناس كما هو الحال في الجاهلية من تبني وإلحاق الأولاد عن طريق الفاحشة.

قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ ۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ﴾[3].

وبالتالي تترتب على الطفل حقوق تناولها قانون الأسرة منها م 36 ق.أ.ج حق تربية الأولاد وتكوين الطفل من الناحية النفسية والعاطفية ونشأته بصفة سليمة.

وحق الحضانة الذي جاءت به المادة 62 من ق.أ.ج. وحق النفقة الذي تناولته المواد 75، 76، 77 من قانون الأسرة والحق في النسب الذي بينته م 40 ق.أ والحق في النسب قد تعترضه بعض العوائق في الزواج العرفي.

وعليه اهتم المشرع الجزائري ببيان طرق ثبوت النسب في نص م 40 ق.أ التي تنص: «يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد

1- سالمي سميرة ،مذكرة تخرج، المرجع السابق، ص63.

2 -سورة الفرقان، الآية 54.

3-سورة الأحزاب، الآية 04.

الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون، يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب»[1].

ويمكن بيان هذه الطرق على النحو التالي:

أ-الزواج الصحيح: يثبت به النسب دون اشتراط دليل أو اعتراف أي متى ثبتت الزوجية انتسب هذا الولد إلى زوجها دون حاجة إلى بينة بين الزوجة أو إقرار من الزوج ويشترط ثبوت النسب من الفراش.

ألا يكون الزوج صغيرا لا يحصل منه الحمل بمعنى أن يكون بالغا، أو مراهقا على الأقل، فلو كان صغيرا دون ذلك لا تعتبر الزوجية فراشا، لأنه لا يتصور أن تحمل منه.

إذا ثبت التلاقي الفعلي بين الزوجين خلافا للأحناف الذين يرون أن المكان التلاقي كان لثبوت النسب محافظة على الولد من الضياع[2].

أن تلده الزوجة لأقل مدة الحمل بعد الزواج الصحيح وأقل مدة الحمل هي 06 أشهر، فلو أتت به أقل من ذلك، لا تثبت نسبه إلا إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من زنا، نفي النسب لا يتم إلا باللعان الشرعي إذا توفرت شروطه، وهي أن ينفي الولد عند الولادة[3].

ب-**ثبوت النسب في الزواج الفاسد:** فالزواج الفاسد لا تصير له المرأة فراشا بالعقد، بل بالدخول الحقيقي على الزوجة، فإذا ولدت المتزوجة زواجا فاسدا الأقل من 06 أشهر من حيث الدخول الحقيقي لا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا دعاه، ولم يصرح أنه من الزنا وإذا جاءت به ستة أشهر فأكثر ثبت نسبه بدون دعوى منه. [4]

1-أمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة.

2- العربي بختي، أحكام الأسرة، المرجع السابق ،ص،72 .

3- نفس المرجع السابق ،ص 72،73 .

4- العربي بختي ، المرجع السابق ،ص73

المطلقة قبل الدخول:

إذا ولدت لستة أشهر من وقت العقد، ولأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، ثبت نسبه من زوجها، لإمكان الحمل به وقت الفراش.

المطلقة بعد الدخول:

إما أن تقر بانقضاء عدتها قبل الولادة أولا، فإذا أقّرت بانقضاء عدّتها في مدة يحتمل انقضاء العدّة فيها، ثم جاءت بولد ستة أشهر، فلا يثبت نسبه من مطلقها سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا لاحتمال أن يكون الحمل من غيره، بعد العدة، وأن ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار بانقضاء عدتها، تثبت نسبه وتكون كاذبة في إقرارها لأنها وقت الإقرار كانت حاملا بيقين.

وإن لم تقر بانقضاء عدّتها وجاءت بولد لأقل من سنتين ومن وقت الطلاق، ثبتت نسبه من مطلقها سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا[1].

المتوفى عنها زوجها:

إذا ادعت الحمل وجاءت بولد لأقل من سنتين من تاريخ الوفاة ثبت نسبه، من زوجها لقيام الفراش، حتى حملها وإذا جاءت به لليقين فأكثر لا يثبت نسبه لسنتين بأن علوقها به كان بعد الموت.[2]

ج- ثبوت النسب بنكاح الشبهة:

نكاح الشبهة هو نكاح يقوم خطأ سبب غلط يقع فيه الشخص، وهو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناءا على عقد زواج صحيح أو فاسد، مثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه فيظنها زوجته، ومثله أيضا وطء المطلقة طلاقا ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له.

1 -طاهري حسين، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الأولى، دار هومة، 2009، ص 70 و ص72، ص73.

2 -احمد فراج حسين ،المرجع السابق ، ص 259

وعلى العموم نكاح الشبهة إن كان يحمل وجوده قبل سنتين طويلة، فإنه من النادر وقوعه اليوم إلا في المناطق النائية، والأرياف الصغيرة التي تكون فيها العائلات مجتمعة في مقر عائلي واحد.

د- الإقرار: الإقرار بالبنوة هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب، ومعنى الإقرار أيضا إخبار الشخص بوجود القرابة بينه و بين شخص آخر[1]، وله شروط حسب نص م 44 ق.أ.ج:«يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة، أو الأمومة لمجهولي النسب»[2].

وهذه الشروط هي:

1- أن يكون الولد مجهول النسب.
2- أن يكون الولد أتى من علاقة شرعية، سواء كان نكاح صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة.
3- أن لا يكذبه العقل أو العادة.
4- أن يصدقه المقر له على إقراره إن كان أهلا لذلك وضرورة تصديق المحمول عليه النسب[3].
5- والولد الذي يثبت نسبه بالإقرار يكون ولدا حقيقا ولا يكون متبني و تجب له كل الحقوق الولد الحقيقي و تترتب عليه أثار النسب.

وبالتالي في الزواج العرفي لا يمكن إثبات النسب بالإقرار إلا بعد تثبيت الزواج أي تقديم المدعي مع طلبه عقد زواج مسجل لدى الحالة المدنية.

هـ - البينة: أقوى من الإقرار لأنها حجة متعدية إلى الغير، والإقرار حجة قاصدة فتقتصر على المقر فحسب.

1-طاهري حسين، المرجع السابق، ص 74.
2-أمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
3- محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ،ص328.

ويكون الأخذ بالبينة عند الإقرار لعدم تحقق شرط من شروطه فيثبت المقر بالبينة ما ادعاه من نسب في إقراره[1]..

وبذلك لو تعارض إقرار وبينة في دعوى النسب رجح جانب البينة فلو كان هناك ولد ليس له نسب معروف فأخذه رجل، وادعى نسبه، وتوافرت شروط الإقرار السابقة ثبت نسبه بذلك الإقرار، فلو جاء رجل آخر وادعه نسبه وأقام بينة صحيحة على أنه ابنه كان أحق به من المقر[2].

وبالتالي ينشئ ما يسمى بدعوى النسب:

بما أن الزواج العرفي هو زواج صحيح قائم بكل أركانه ينقصه التسجيل فبتالي لما تتقدم المرأة المتزوجة إلى المستشفى من أجل الولادة، تطلب منها وثيقة تثبت الزواج، كالعقد أو الدفتر العائلي، فبالتالي لا تملك ما يثبت زواجها، سوف يقيد على اسم والدته وهنا لما نستخرج شهادة الميلاد هذا الولد نجدها باسم أمه ولأب مجهول، وهذا رغم إقرار الأب وتصريحه بأن الولد منه، لا يقبل منه ذلك، فالمشرع لم يضع نصوص تحد من هذه الظاهرة فلو وضعنا الطفل تحت اسم والدته فهذا يعرض سمعة والدته للأقاويل، فلا يمكننا رفع دعوى نسب أمام الجهات القضائية إلا بعد إثبات الزواج العرفي، فتكو.ن الدعوى بوضع عريضة لدى كتابة الضبط المحكمة مع إرفاق الدعوى بعقد زواج رسمي سجل لدى مصالح الحالة المدنية.

الدعوى بوضع عريضة لدى كتابة الضبط المحكمة مع إرفاق الدعوى بعقد زواج رسمي سجل لدى مصالح الحالة المدنية. لإثبات صفة المدعي وعدم تعرض الدعوى لعدم القبول لانعدام الصفة[3].

ولدينا بعض القرارات المحكمة العليا في شأن النسب، قضى أنه من المقرر قانونا، أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا ومن ثّم فإن ..... الإقرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض لما كان من الثابت في قضية الحال

1- نفس المرجع السابق، ص400.

2 -وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 426.

3 -مذكرة تخرج، المرجع السابق، ص 84.

أن أم المطعون ضده اعترفت بأنه ابنها وأن اعترافها كان صحيحا، ومن ثّم فإن قضاة المجلس بموافقتهم على الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض الدعوى، لعدم التأسيس طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1].

الفرع الثالث: بالنسبة للمجتمع

إن آثار الزواج العرفي قد تعّت الزوجين والأولاد إلى تأثيرها على المجتمع.

ومن أهم الآثار هو انتشار الخلع والطلاق وكثرة الدعاوى أمام العدالة فالأعداد لا تزال تزداد فحسب البحث الذي أجرته الصحافية فريدة لكحل كما سبق وأن ذكرناها قد وصلت 2500 حالة زواج عرفي يفتقر إلى حضور الولي ببلدية الجزائر العاصمة[2].

وغياب الوازع الديني والخلقي لدى بعض الأشخاص قد يلجأون إلى هذا النوع من الزواج أي غير الموثق حتى يستعملونه كوسيلة لتعدد الزوجات وإنكار نسب الأطفال، وهذا ما يؤدي كثرة الشكاوى أمام العدالة من دعاوى إثبات الزواج العرفي ودعاوى إثبات النسب أين يكونون أول ضحايا هذا الزواج خاصة عندما يبلغون سن الدخول المدرسي مما يدفعهم إلى اللجوء إلى التزوير وبالتالي تتداخل الجرائم فيما بينها[3].

نبين في الملحق نموذج عن دعوى إثبات النسب[4].

فهذا ما يدفع الشخص إلى ضرورة تسجيل زواجه حتى بتفادي هذه الآثار السلبية له خاصة في وقتنا الحالي هذا ما سنتعرض إليه في المبحث الثاني.

---

1 -عبد القادر حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية، 2007، ص 372.

2 -الجريدة الوطنية "**الشروق" تحت عنوان الشارع تحت الصدمة جزائريات يتزوجن دون فاتحة ولا ولي**" الصادرة في الإثنين 2010/07/12، الجزائر، ص 17.

3 -فارس محمد عمران، **الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي**، دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية، 2001، ص 37.

4 -أنظر الملحق رقم12.

المبحث الثاني إجراءات تسجيل وإثبات الزواج المغفل

إن كثرة النصوص القانونية التي حاولت معالجة وضعية الزواج المغفل أدت إلى كثرة الشكاوى والإشكاليات القانونية من أهمها كيفية الإثبات ومن هي الجهة المختصة بإثباته؟

وسنحاول من خلال هذا المبحث إلى التطرق إلى أهم المراحل التي مرت بها العقود المغفلة عبر مختلف القوانين التشريعية التي تناولت موضوع الزواج.

المطلب الأول: إجراءات تسجيل الزواج المغفل

عندما نكون أمام نزاع حول واقعة الزواج قد يكون أمام نزاع أو عدم وجود نزاع لإثبات هذه الواقعة، أو إثبات واقعة زواج وأحد الطرفين يكون قد توفي وهذا ما سنحاول أن نبينه في هذا المطلب مع تبيان أهم القوانين التشريعية التي تناولته.

الفرع الأول: حالة العقود المغفلة المبرمة قبل صدور قانون الحالة المدنية.

كان الزواج في الجزائر قبل الاستقلال يقام وفقا للأعراف الإسلامية والتقاليد بحضور جماعة من المسلمين بين يدي "الطالب" وبقراءة الفاتحة. فرغم محاولة المشرع الفرنسي إدخاله نظام تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية جاعلا عقد الزواج هو الوسيلة الوحيدة لإثباته وذلك بإصداره عدة نصوص قانونية منها قانون 23 مارس 1982 وقانون 1957 وقانون 1959، إلا أن الجزائريون استمرا بإبرام عقودهم عن طريق العرف ذلك نظرا للعلاقة التنافرية الموجودة مع الإدارة الفرنسية[1].

فالعقود المبرمة خلال الفترة الاستعمارية قبل صدور قانون الحالة المدنية ولم ينشأ حول واقعيتها أو صحتها أي نزاع يمكن إثباتها، بموجب حكم يصدره رئيس المحكمة بناءا على طلب بسيط يقدمه إليه مباشرة إما الزوج أو الزوجة أو غيرهما ممن له مصلحة في إثبات عقد الزواج وتسجيله في سجلات الحالة المدنية[2]. مثل الآباء، دون حاجة إلى إقامة دعوى أمام القضاء،

1 -بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الجزء 01، ط الثالثة، الجزائر، 2004، ص 278.

2 -عبد الفتاح، تقية، **محاضرات في قانون الأحوال الشخصية**، دار هومة للنشر، الجزائر، سنة 2000، ص 58.

والحكم الذي يصدره رئيس المحكمة في هذا الموضوع هو حكم يمكن تنفيذه فور صدوره مباشرة، ولا يقبل أي طريقة من طرق الطعن، ويقيد في سجلات الحالة المدنية وبأثر رجعي إلى تاريخ وقوع العقد بصفة شرعية وصحيحة[1].

الفرع الثاني: حالة العقود المغفلة المبرمة بعد صدور قانون الحالة المدنية.

هي تلك العقود التي أبرمت بعد دخول قانون الحالة المدنية حيز التنفيذ خلال سنة 1972 ويعني تاريخ صدور قانون الأسرة في 1984 ولم ينشأ حولها أي خلاف أو نزاع بين الزوجين أو بين ورثتهما، ولم تكن قد سجلت أو قيدت في سجلات الحالة المدنية فإنه يمكن إثباتها وتقييدها وفقا لنص م 39 من ق.الح.الم. حيث نصت على أنه يختص بالنظر في طلبات إثبات عقود الزواج المغفلة أو غير المصحح بها في وقتها، التي لم تكن موضوع نزاع بين الزوجين أو بين ورثتهما، وحصرتها في رئيس محكمة الدائرة القضائية التي كان ينبغي تسجيل عقد الزواج بها[2].

وذلك ليس بموجب حكم كما هو الشأن بالنسبة لعقود الزواج التي وقعت قبل صدور الأمر 65 – 71 الصادر في 1971/09/22، ولكن بموجب:

تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة، أو ممن له مصلحة إلى السيد وكيل الجمهورية للجهة القضائية التي أبرم فيها العقد العرفي، مرفقا بشهادة ميلاد كل من الزوجين.

- يقوم السيد وكيل الجمهورية بإحالة الطلب مرفقا بعريضة
- إلىالقاضي المكلف بالحالة المدنية، يلتمس فيها استصدار أمر بتسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية بأثر رجعي.
- فيقوم القاضي المكلف بالحالة المدنية بالتحقيق عن طريق سماع الزوجين والتأكد من توافر أركان وشروط عقد الزواج، وسماع الشهود والولي، ليقوم فيها بعد بإصدار أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية.

1 - نفس المرجع السابق، ص 58.

2-عبد العزيز سعد، **نظام الحالة المدنية في الجزائر**، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 26 و27.

- تحفظ النسخة الأصلية من الحكم بأمانة ضبط قيد الحالة المدنية للبلدية التي أبرم فيها عقد الزواج.
- يأشر على هامش عقدي ميلاد الزوجين في سجلات الميلاد، يرسل نسخة من الأشعار بالزواج إلى أمين الضبط المكلف بالحالة المدنية، أين يحفظ النسخة الثانية من سجل الميلاد ليؤشر على هامش عقدي ميلاد الزوجين، ففي حالة كون الزوجين غير مولودين في إقليم البلدية التي سجلت فيها عقد الزواج يقوم ضابط الحالة المدنية بإرسال إشعار بالزواج إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية المولود بإقليمها أحد الزوجين ونسخة أخرى إلى المجلس القضائي أين تحفظ النسخة الثانية من سجل المواليد للتأشير على عقد الميلاد.

هذا فيما يخص عقود الزواج المبرمة داخل الإقليم الوطني، أما التي أبرمت خارجه فالمحكمة المختصة بإثبات عقد الزواج هي محكمة الجزائر العاصمة طبقا لنص م 100 و م 101 من ق.الح.الم، لأن الحالة المدنية لوزارة الشؤون الخارجية الكائن مقرها بالجزائر العاصمة.

فتتبع نفس الإجراءات إثبات الزواج المبرم داخل الوطن، حيث يحتفظ بالنسخة الأصلية لدى أمانة الضبط وترسل نسخة أخرى لدى مصلحة الحالة المدنية لدى وزارة الشؤون الخارجية[1].

الفرع الثالث: حالة العقود المغفلة المبرمة في ظل قانون الأسرة.

هي تلك العقود التي أبرمت في ظل قانون الأسرة 84-11 وما لحقه من تعديل بموجب الأمر 05-02 ولم تسجل في سجلات الحالة المدنية ولم تكن موضوع نزاع بين الزوجين حيث، نص م 22 ق.أ.ج. في حالة عدم التسجيل يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون، ويتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية[2].

1 -بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 144.

2-أمر 05-02 ،المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

فيكون الحكم الصادر لا يدخل ضمن الأحكام التي تقبل الطعن فيها ولا يوصف بأنه حكم ابتدائيا ولا تطبق بشأنه قواعد قانون الإجراءات المدنية ذلك أن المادة 21 من ق ا قد نصت صراحة على أن إجراءات تقييد عقود الزواج تطبق بشأنها أحكام قانون الحالة المدنية.[1]

وما يجدر بنا الإشارة إليه هو أن عقد الزواج الذي يمكن إثباته بموجب أمر أو حكم هو العقد الذي تم عقده وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية ،وفقا للمادة9و9 مكرر ولم يكن إبرامه أمام موثق أو ضابط الحالة المدنية، ولم يكن موضوع تسجيل أو تقييد في سجلات الحالة المدنية ولم يكن أيضا موضوع نزاع أو خلاف بشان وجود وقائعه المادية أو بشان صحته سواء بين الزوجين أثناء حياتهما أو بين احدهما، وورثة الآخر، ففي حالة النزاع لا يعود الاختصاص إلى رئيس المحكمة بالحكم أو بالأمر بتقييد عقد الزواج المتنازع عليه في سجلات الحالة المدنية ،لا وفقا للأمر رقم 71-65 ولا وفقا لنص م39 من قانون الحالة المدنية ،ولا وفقا لأحكام المادة22 ق ا بل على المعني بالأمر أن يتوجه إلى المحكمة فيرفع دعوى مدنية عادية بمقتضى عريضة، تسجل لدى كتابة الضبط بعد دفع مصاريف محددة وتقديم الأدلة الكافية للإثبات الواقعة وان الحكم الذي سيصدره في موضوع مثل هذه الدعوى سيكون حكما عاديا يجرى عليه ما يجرى على أحكام محاكم الدرجة الأولى بالتالي يستطيع الزوج إرسال نسخة عن الحكم ويطلب تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية .[2]

وفي حالة وجود نزاع حول إثبات واقعة الزواج أي أحد الزوجين ينكر واقعة الزوج هنا يرفع المدعي طلب إثبات عقد الزواج على شكل عريضة أمام قسم شؤون الأسرة طبقا للقواعد المقررة في نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ترفع الدعوى إما من طرف أحد الزوجين ضد الآخر المنكر للزوجية أو من ورثة أحدهما ضد الآخر، أو ممن له مصلحة ضد وكيل الجمهورية، باعتباره طرف أصليا في جميع الدعاوى التي تتعلق بشؤون الأسرة.

بعد تلقي القاضي المكلف بشؤون الأسرة للملف يقوم بدراسته، يشرع في التحقيق في مدى صحة الوقائع التي يزعم بها أحد الزوجين، حيث يقوم بسماع الشهود المقدمين من طرف

1-عبد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص 25.

2-نفس المرجع السابق، ص26.

المدعي محضر واحد بعد التأكد من هويتهم، ودرجة قرابتهم بأطراف الدعوى لأداء اليمين القانونية، و يستجوبهم حول واقعة الزواج وما مدى توفر أركان وشروط الزواج.

من خلال نص م39 ق .ح.م و م 22 ق.أ.ج. لم يفرقا بين حالة وجود نزاع أو عدم وجوده بل في حالة ما إذا وجد إنكار من أحد الطرفين فما على الطرف الآخر إلا رفع دعوى لإثبات عقد الزواج بكل طرق الإثبات أمام قسم شؤون الأسرة وهذا ما نبينه في المطلب الموالي[1].

المطلب الثاني: طرق إثبات الزواج المغفل

الإثبات بالمعنى الفقهي هو إقامة الحجة الشرعية أمام القاضي على صحة واقعة قانونية متنازع عليها، وهو تعريف لا يكاد يختلف عن المعنى القانوني، الذي هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق والإجراءات التي حددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع عليها.

وأهمية عقد الزواج غير كافية، ومن هنا جاءت أهمية إثباته حتى تثبت أمور كثيرة منها: النفقة، العدة، التوارث، حل العلاقة بين الزوجين.

ففما تتمثل هذه الطرق؟ فسنعالجها في هذا المطلب.

الفرع الأول: الإقرار.

وفي هذا الفرع سنعالج إحدى طرق إثبات الزواج وهي الإقرار ونبين فيه تعريفه ودرجته في الإثبات .

الإقرار، اعتراف بإنشاء تصرف أو ثبوت حق، سواء كان ذلك في مجلس القضاء أو في غيره، فلو ادعت امرأة على رجل أنها زوجته، وثبتت الزوجية بهذا الإقرار أمام الناس أو أمام القاضي، أما إذا كان أحد الزوجين صغيرا، فلا يعتبر إقرار الولي عليه بالزواج، ولا يثبت إلا

1 -بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 146.

بالشهادة، أو بتصديق الصغير له بعد البلوغ، وإذا أقر الزوجان أمام القاضي أو لدى الموظف المختص، تصبح المصادق على الإقرار توثيق تسمع به الدعوى في كل ما يترتب على الزوجين من آثار معنوية ومادية، ومن ثبوت نسب وغيره[1].

فالإقرار بوجه عام هو واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني مفادها اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق أو لم يقصد[2].

عرفت المادة 34 ق.مدني: «الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة»[3].

فجمهور الفقهاء اعتبروه حجة قاصرة على المقر وحده، ولا تتعداه إلى غيره، إلا أنهم اعتبروه وسيلة كافية في حد ذاته لإثبات الزواج إذا ما أقر به أحد الطرفين فيقول الإمام أبو زهرة: «إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج، فادعى الرجل وجوده تسأل المرأة، فإن أقرت قضي بالزواج، وثبت بتصادقهما وإن أنكر فإن عجز عن البينة، وجهت اليمين إلى المرأة على رأي الصاحبين»[4].

فإذا أقر الزوجان أمام القاضي أو لدى الموظف المختص، تصبح المصادق على الإقرار توثيقا تسمع فيه الدعوى في كل ما يترتب على الزوجة من آثار معنوية ومادية ومن ثبوت نسب وغيره، فالإقرار حجة على المقر والمصادقة ليست إلا إعلان الرغبة في تسجيل زواج سبق عقده وأقر به الزوجان.

---

1 -محمد كمال الدين إمام، **مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2003، ص 332.

2-عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الثاني، المجلد الأول، دار النهضة، القاهرة، 1982، ص 410.

3-قانون رقم07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن قانون المدني ،ج ر، العدد 31، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58.

4-الإمام أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950، ص 17.

ويصح إقرار الرجل بالزوجية بشرط مصادقة المرأة له، مع عدم وجود المانع الشرعي، ومثال المانع أن تكون زوجة لغيره أو معتدة أو من المحرمات على المقر[1].

في حين نجد ان المشرع الجزائري قد نص صراحة في المادة 01/432 ق.مدني على أن: «الإقرار حجة قاطعة على المقر».

إن الإقرار تصرف قانوني يقصر أثره على المقر، ويتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له، فإن الإقرار بواقعة الزواج يكون صحيحا وملزما لكل من الزوج والزوجة وورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته، ولا يتعداهم إلى الغير.

لذلك فمحاكمنا ومجالسنا القضائية لا تعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، وذلك لما يتميز به هذا العقد من خصوصية وطابع اجتماعي لا نكاد نلتمسه في باقي العقود الأخرى.

وهذا ما أخذت به محكمة الجلفة في حكم لها صادر بتاريخ 1997/12/06 رقم 97/602 أهم ما جاء في وقائع القضية كون المدعي متزوج عرفيا بالمدعى عليها، وقد أقر الطرفان بواقعة الزواج العرفي التي تمت سنة 1995 والتمس كل منهما من المحكمة الحكم بتسجيل عقد الزواج لدى مصالح الحالة المدنية وقد كان تسبيب بالحكم و منطوقه كالتالي: «... حيث أن المحكمة أجلت القضية لعدة جلسات من أجل إحضار الشهود لإجراء تحقيق على واقعة الزواج العرفي، المبرم بين المدعي والمدعى عليها ولم يحضرا».

حيث أن طلب المدعي بالإشهاد على الزواج العرفي غير مؤسس كونه لم يقدم للمحكمة ما يثبت الواقعة من شهود مما يتعين معه رفض الطلب.

وعليه قضت المحكمة برفض الدعوى لعدم التأسيس.

1 -محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 332.

من خلال هذا الحكم نستنتج عدم أخذ القضاة بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات الزواج العرفي، لهذا سنتطرق في الفرع الثاني: إلى الشهادة أكثر أهمية من حيث القوة الثبوتية[1].

الفرع الثاني: الشهادة.

كطريقة ثانية للإثبات عقد الزواج نجد طريقة أخرى وهي شهادة الشهود نبين في هذا الفرع مدى حجية هذه الأخيرة للإثبات عقد الزواج.

في اللغة تطلق على معان كثيرة منها الحلف، والحضور، والإدراك ولكن الأقرب من هذه المعاني للمعنى الاصطلاحي، هو الإخبار أو البيان، أي القول الصادر عن علم حاصل ،

بالمشاهدة، وهي في المعنى الاصطلاحي إخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص وبعده مما يترتب عليه أثر في الشرع أو القانون، أي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق غيره لغيره. [2]

فالشهادة في عقد الزواج لا تكون إلا بشهادة رجلين عدليين أو رجل و امرأتين عدول كما إذا ادعى أحد على امرأة أنها زوجته، أو ادعت هي أنه زوجها، فيثبت هذا الزواج بالشهادة بالشروط التي قيد الفقهاء بها هذا الدليل[3].

يجوز سماع شهادة الأقارب في إثبات عقد الزواج باعتباره من قضايا الحال، وذلك ما نجده في العديد من قرارات المحكمة العليا منها القرار رقم: 264884 المؤرخ في 2001/09/19 الذي جاء فيه: «أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في الدعاوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق، فإن القضاء بإثبات الزواج العرفي بعد المراجعة بناء على شهادة الأقارب بعد توافر أركان يعد تطبيقا سليما للقانون».

---

[1] سالمي سميرة، **مذكرة تخرج**، مرجع سابق، ص 96

2 -محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص333

3 -محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص333.

يشترط في الشهادة أن تكون واضحة، دقيقة، محددة لأركان العقد من ولي وشاهدين وتحديد للصداق وأن لا تكون متناقضة، حيث لا يعتد بالشهادة المتناقضة طبقا لقرار المحكمة العليا رقم 58788 المؤرخ في 1990/03/19 الذي جاء فيه: «من المقرر شرعا أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع الحكم عليها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وحيث ثبت لها في القضية أن أقوال الشاهدين متناقضة ومن ثم فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف والقضاء بحجة الزواج يكونوا قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه».

كأصل عام لا تجوز الشهادة بشيء لم يره أو يعانيه الشاهد، إلا أنه أجمع الفقه على استثناء عدة مسائل من هذا الأصل كالنسب والموت والنكاح والدخول، وعليه فإنه يجوز إثبات عقد الزواج عن طريق التسامع[1].

إن سماع الشهود يكون أمام المحكمة، طبقا للأوضاع المقررة قانونا لذلك، فلا عبرة بأي شهادة يحصل الإدلاء بها خارج مجلس القضاء، ولو كان ذلك أمام موظف عام مهما علت درجته طالما أنها ليست ولاية القضاء.

قد يرجع الشاهد عن شهادته ويكون رجوعه حسب الشريعة الإسلامية رجوعا صحيحا ومقبول بشرط أن يتم أمام القضاء، وتبرير ذلك أن رجوع الشاهد عما أولى به إن كان كذبا هو عودة إلى الحق.

إن كان الرجوع قبل صدور الحكم بإثبات الزواج يستبعد القاضي شهادته، ولا يقضي بها لبطلانها بتراجعه عنها، وإن لم يصبح الحكم نهائيا، يجوز تصحيح الوضع على مستوى درجات التقاضي الأخرى[2].

1-بلحاج العربي، **قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات العليا**، 1994، ص 30-31.

2-سالمي سميرة، مذكرة تخرج، المرجع السابق، ص 109.

في حالة ما إذا صدر حكم استوفى طرق الطعن نجد أن المحكمة العليا قد استقرت في هذه المسألة على أن الحكم القاضي بإثبات واقعة الزواج له حجية مؤقتة، على خلاف بقية الأحكام التي لها حجية مطلقة، وذلك في قرار لها صادر بتاريخ 1998/12/15 الذي جاء فيه: «حيث أن إثبات واقعة الزواج ليس لها حجية الشيء المقضي فيه، باعتبار واقعة الزواج العرفي لها حجية مؤقتة»[1].

فمتى توفرت الأدلة التي تؤدي إلى خلاف ما تنتهي إليه الحكم الذي استوفى طرق الطعن، يمكن رفع دعوى جديدة لنفي ما انتهى إليه الحكم الأول.

الفرع الثالث: النكول عن اليمين.

في هذا الفرع نتطرق إلى طريقة أخرى وهي حالة توجيه اليمين ومدى حجيتها وحكم رفض من وجهت إليه اليمين.

_النكول عن اليمين ليس إلا امتناعا عن أدائها، فإذا نكل من وجهت إليه اليمين عن الحلف خسر دعواه، وهو حجة يحكم بها القاضي على من نكل عن اليمين.

هذا ما نصت عليه م 247 ق.مدني: «*كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها ... خسر دعواه*»[2].

حيث يقول الإمام أبو زهرة أنه: «عند فشل إثبات الزواج بكل من وسيلتي الإقرار والبينة، توجه اليمين إلى المرأة، ويبين أن ذلك رأي الصاحبين، فإن حلفت رفضت دعوى الزوج، وإن نكلت عن اليمين قضي عليها بالزواج، لأن النكول إقرار على مذهب الصاحبين المفتى به في الفقه الحنفي»[3].

فإذا عجز المدعى بالزواج عن تقديم بالزواج عن تقديم شهوده، والمدعي عليه منكر للزواج، فطلب المدعي توجيه اليمين أجيب إلى طلبه، فإذا نكل المدعي قضي عليه منكر

1 -المحكمة العليا، **غرفة الأحوال الشخصية**، 1986/12/15، مجلة قضائية، 1993، عدد 02، ص 57.

2 -قانون رقم 07-05، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

3-الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص17.

للزواج، فطلب المدعي توجيه اليمين أجيب إلى طلبه، فإذا نكل المدعى عليه قضي عليه بنكوله.

فلو ادعى رجل على امرأة أنها متزوجة، فأنكرت الزوجية، وعجز عن إثبات ذلك بشهادة الشهود، فطلب المدعي توجيه اليمين إلى المرأة ونكلت قضي له إثبات الزوجية وعند

الشافعية والجعفرية إذا نكل المنكر عن اليمين، فإن اليمين ترد على المدعي فإن حلف قضى له وإن نكل خسر دعواه.[1]

يعتد باليمين في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معا، يتعين على القاضي توجيهها إلى المدعي بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود الذين يؤكدون صحة الزواج العرفي وفقا للشريعة الإسلامية مع بيان توفر أركان وشروط صحة الزواج (م 9 و م 9 مكرر).

هذا ما أكده القرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 1988/09/23 الذي جاء فيه: «إذا كان من المبادئ الشرعية السائدة فقها وقضاء أن إثبات عقد الزواج في حالة وفاة أحد الزوجين يكون مؤسسا على شهادة الشهود يؤكدون صحة انعقاده وفقا للشريعة الإسلامية وأن الاكتفاء بشهادة ثلاثة أشخاص كان أفضل من شهد منهم أنه حضر الفاتحة، فهي شهادة في غاية الإجمال، وليست ما يثبت بها عقد الزواج إذا كانت شهادة الآخرين أضعف منها فإن الإثبات على هذا النحو لا يكفي وحده إلا مع يمين المدعية، لذا يستوجب نقض القرار القاضي لإثبات عقد الزواج المدعية بشخص متوفى تأسيسا على شهادة ثلاثة أشخاص ليست كافية لهذا الإثبات ودون تحليف المدعية اليمين»[2]

-معنا نموذج عن محضر تحقيق[3].

1-محمد كمال الدين امام ، المرجع السابق، ص334.

2 -المحكمة العليا، **غرفة الأحوال الشخصية**، 1985/09/23، مجلة قضائية، 1990، العدد 1، ص 95.

3 -انظر: الملحق رقم13.

المطلب الثالث:مدى حجية حكم الزواج المثبت

بعد الانتهاء من إجراءات التحقيق والتأكد من مدى وتوفر كل من أركان وشروط عقد الزواج يصدر القاضي حكمه بإثبات عقد الزواج العرفي.

ويجب أن يتضمن الحكم الصادر ألقاب وأسماء ومهنة وسن وموطن كل من الزوجين بالإضافة إلى تحديد ألقاب وأسماء ومهنة وموطن الشهود، ودرجة قرابتهم مع الخصوم، مع أمر ضابط الحالة المدنية للبلدية الواقع في دائرتها عقد الزواج بتسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية مع التأشير به على هامش عقدي ميلاد كل من الطرفين، وفي حالة عدم تحديد هذه البيانات في الحكم القاضي بإثبات عقد الزواج يكون عرضة للإلغاء.

ويعتبر الحكم القضائي الصادر بتثبيت الزواج العرفي أو رفض ذلك حكما ابتدائيا قابلا للمعارضة إذا كان غيابيا، أو للاستئناف إذا كان حضوريا.

يعتبر الزواج الذي ثبت وسجل بموجب حكم مرتبا لآثاره من وقت إنشائه المقرر في الحكم، والحكم الصادر في قضايا إثبات الزواج لا يجوز حجية الشيء المقضي فيه، باعتبار أن إثبات واقعة الزواج العرفي لها حجية مؤقتة يمكن إثباتها متى توفرت الأدلة لإثباتها[1].

أنه لا يجوز للمحكمة أن تفصل في النزاع حول الوقائع المادية والشروط القانونية لعقد الزواج و في طلب تقييده في سجلات الحالة المدنية في وقت واحد، بحكم واحد لأنه إذا كان الفصل في النزاع حول مدى وجود واقعة الزواج يدخل في اختصاص المحكمة[2].

ومعنا نموذج عن عقد زواج عرفي نقل في سجلات الحالة المدنية[3].

1 -بلحاج العربي، **قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا**، ص 29.

2 -عبد العزيز سعد، **نظام الحالة المدنية في الجزائر**، ص 164-165.

3 -أنظر الملحق رقم14.

من خلال ما تطرقنا إليه في بحثنا نجد أن عقد الزواج يشكل النواة الأساسية التي يقام عليها بنيان الأسرة ويعتبر السبب الوحيد الذي يمكن أن يكون سندا لإثبات النسب، واثبات الحقوق والواجبات بين أطراف الأسرة، فهو سند توثيقي للواقعة المادية للزواج ويشكل وسيلة لإثبات الرابطة الزوجية.

فرغم سهولة إجراءات عقد الزواج إلا أن الناس يهملون الإجراءات الرسمية ،ويكتفون بالإجراءات العرفية هذا ما أدى إلى كثرة الدعاوي وكثرة الشكاوي أمام محاكمنا، بل أكثر من هذا فقد يغفل الناس عن إجراء تسجيل زواجهم تدليسا بزوجاتهم وهروبا من التزاماتهم حتى أنهم يستغلون الزواج المغفل كطريقة لتعدد الزوجات، فمثلا شخص يتزوج عرفا في مدينة ثم يزيد زواجا أخر في مدينة أخرى كحيلة قانونية لتعدد الزوجات ،وهذا عائد إلى عدة أسباب نجد منها:

-ضعف الوازع الديني حيث نجد اليوم الناس ابتعدوا عن القيم الدينية و الأخلاقية.

-تأخير سن الزواج بسبب طول مدة الدراسة و العمل فيجعل المرأة تقبل بزواج غير موثق لستر نفسها وتحصين فرجها.

-الاختلاط و الإباحية وشيوع الصداقة والمعاشرة غير الشرعية.

-أيضا كثرة القيود القانونية إذ يشترط على كلا الزوجين في حالة الزواج الأول مجموعة من الشروط كالسن القانونية وهو19 سنة إضافة إلى الوثائق الإدارية ووجوب حضور الطرفين شخصيا أمام ضابط الحالة المدنية لإمضاء العقد.

-وجوب الحصول على رخصة من طرف الزوجة الأولى في حالة التعدد، وموافقة القاضي على ذلك فبتالي يلجأ الناس إلى إغفال زواجهم من التسجيل للتحرر من المسؤولية

المادية في حالة الطلاق كون الزواج غير المسجل لا يرتب نفس الالتزامات التي يرتبها الزواج الرسمي من نفقة على الأولاد واستقلال المطلقة بمسكن الزوجية.

ومن خلال هذا البحث نستنتج أن أهم عامل قد ساهم في انتشار هذه الظاهرة ،هو كثرة الثغرات القانونية التي تملأ قانون الأسرة ،وان إجراءات عقد الزواج متناثرة الأحكام من ناحية وموادها موزعة من ناحية أخرى بين كل من قانون الأسرة و قانون الحالة المدنية.

فبعد التعديل الأخير لقانون الأسرة أصبح ركن الرضا هو الركن الوحيد لعقد الزواج، مما فتح بابا واسعا للإبرام عقود زواج تفتقر إلى شروط صحتها من ولي وشهود فيصعب إثباتها كون الشهود من الأدلة التي يستند إليها في حالة إثبات عقود الزواج المغفلة من التسجيل.

-عدم تعديل نصوص قانون الحالة المدنية تناسقا مع نصوص قانون الأسرة فمثلا الأمر رقم 05-02ألغى نص المادة التي تجيز الزواج عن طريق التوكيل، عكس قانون الحالة المدنية الذي يجيز التوكيل المكتوب بصفة رسمية.

-أيضا عند تناولنا للإجراءات الاستثنائية التي تقف على رخصة مسبقة من السلطات المختصة، ففي حالة إبرام رجال الأمن لعقد زواج عرفي دون رخصة مسبقة، فهذا لا يمنع القاضي من إثبات العقد وفقا لنص م21 و م22 ق. ا ،ذلك لأنها لا تعتبر لصحة العقد وفقا لأحكام الشرع و القانون.

-تساهل بعض الأئمة حيث أنهم يجرون عقود الزواج الشرعية بغض النظر عن توفر أركان والشروط الزواج من عدمها، ولا يسألون هل تم تسجيلها أم لا، ذلك رغم التعليمة التي

أصدرتها وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف التي تجبر الأئمة على عدم إبرام عقد زواج شرعي قبل العقد المدني ، إلا أن هذه التعليمة لا ترقى إلى مستوى النص القانوني الذي أتى بصيغة الإلزام مما أدى إلى تمرد بعض الأئمة فهناك من لا يلتزم بهذه التعليمة نظرا لافتقارها للجانب

الجزائي، هذا ما أدى إلى كثرة ظاهرة الزواج المغفل من التسجيل خاصة في مجتمعنا اليوم أين كثرت صفة الخداع و التدليس،فان الناس مهما بلغوا من درجة الرقي والتعليم فإنهم لا يتساوون جميعا في درجة احترامهم للقانون ومواده ،وبالتالي هناك منهم من يبرمون عقودا ويسرعون بتسجيلها لسهولة إثباتها لوعيهم بخطورة نتائج إغفالها من التسجيل وهناك من يعقدون زواجهم ويغفلون تسجليها، لمدى تعلقهم بالعادات و التقاليد أو عائد للأسباب أخرى .

فرغم ما قد يتذرع به الأفراد من أسباب لتبرير عدم تسجيل عقود زواجهم فلا بد من دق ناقوس الخطر وهذا ما يجعل وجوب إعادة النظر في قانون الأسرة و قانون الحالة المدنية فإجراءات تسجيل هذا الزواج خطوة حتمية لابد منها

فبتالي نقدم بعض الاقتراحات التي نراها قد تقلل من ظاهرة الزواج المغفل من التسجيل:

-فنقترح على المشرع أن يضع إجراءات عقد الزواج كلها تحت عنوان واحد و ضمن قانون واحد وليكن قانون الأسرة، حتى يسهل لمن يهمه الأمر من إدارة و مواطنين الاستفادة منها.

-توحيد الجهة أين تبرم عقود الزواج وتكليف أئمة المساجد بأن يتولوا مهام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، وذلك بتدوينهم لعقود الزواج التي يبرمونها ثم يرسلونها لتسجيلها في سجل الحالة المدنية في اجل محددة قانونا كما هو الحال في مصر أين خولت هذه المهام للمأذون.

- أن ينص على عقوبات مالية لكل من لم يسجل زواجه في حدود المدة المخولة قانونا.

-تعديل قانون الحالة المدنية لتحقيق التناسق بينه وبين قانون الأسرة.

-الوضوح في نصوصه على أن لا يترك ثغرات قانونية يستفيد منها أصحاب سوء النية ،كاستعمالهم إغفال الزواج في تعدد الزوجات كما سبق لنا أن ذكرناه، تخفيضا لنسبة الزواج المغفل و نسبة الدعاوي و الشكاوي التي نراها أمام محاكمنا .

الملحق رقم10:

وزارة العدل الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مكتب التوثيق لفيف زواج.

بـ: ..... محتفل له سنة: .....

الهاتف:.....

الرقم:.....الدفتر:.....

الـزوج

الاسم واللقب: .....

ابن: ..... و .....

مولود بـ: ..... في .....

أعزب، مطلـق، أيـم، متـزوج.

المهنة: ..... السكن: .....

الزوجـة

اللقب والاسم: .....

بنت: ..... و: .....

مولودة بـ: ..... في: .....

عـازبة، مطلقـة، أيـم.

المهنة: ..... السكن: .....

سلم هذا العقد بنـاءا على طلب الشهود.

1- اللقب والاسم: .....

السن: ..... السكن: .....

2- اللقب والاسم: .....

السن: ..... السكن: .....

حرر بـ: ..... في: .....

الموثق[1].

(1) معزوز دليلة، مذكرة ماجستير **(إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي)**، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2003-2004، ص82.

الملحق رقم12:

دعوى نسب الولد في الزواج العرفي.

إنه في يوم ..... الموافق .....

بناءا على طلب السيدة/ ..... المقيمة .....

ومحلها المختار مكتب الأستاذ/ ..... المحامي .....

أنا: ..... محضر محكمة ..... قد انتقلت حيث إقامة:

السيد/ ..... المقيم .....

وأعلنته بالآتي

الطالبة زوجة المعلن إليه بموجب عقد الزواج العرفي المؤرخ في ...../...../.....

وذلك أمام شاهدين وقعا على العقد بمجلس العقد ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ورزق منها على فراش الزوجية بولد يدعى ..... في يدها.

وحيث أن المعلن إليه منكر نسب هذا الولد إليه بدون حق، وقد طالبته الطالبة بالمصادقة على بنوة هذا الولد منها وعدم التعرض لها في ذلك فلم يقبل دون حق شرعي.

ـ بناءا ـ

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت حيث إقامة المعلن إليه وأعلنته بصورة هذه الصحيفة وكلفته كحضور أمام محكمة ..... والكائن مقرها .....

وبجلستها المنعقدة علنا في تمام الساعة التاسعة من صباح يوم .....

الموافق لـ ...../ ...../ ..... يسمع الحكم لها عليه بثبوت النسب الولد المذكور إليه، وأنه والده شرعا وأمره بعدم التعرض لها في ذلك مع إلزامه بالمصاريف والأتعاب ولأجل العلم يلاحظ:

أنه يمكن الجمع بين دعوى واحدة بين إثبات الزواج العرفي ونسب الولد[1].

نموذج عن عريضة لدعوى إثبات زواج عرفي.

1هلال يوسف إبراهيم، **كتاب أحكام الزواج العرفي**، المكتبة القانونية لدار المطبوعات، مصر، 1999، ص106.

الملحق رقم13:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلس قضاء الشلف

محكمة عين الدفـلى

قسم شؤون الأسـرة

قضية :...../11

محضـــــر إجـــــراء تحقـيـــــق

بتاريخ.....من شهر.....لسنة الفين واحدى عشر،

نحن الســـيد: .....رافع سعيدة.....رئيس قسم شؤون الأسرة بمحكمة عين الدفلى ،

و بمساعدة السيد :.....بدواني فاطمة الزهراء.....أمين الضبط

وبعد الاطلاع على المواد 28 و 75 و ما يليها ، و المادة 150 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،قمنا بإجراء تحقيق في القضية المرفوعة أمامنا :

حيث قمنا بسماع الأطراف و الشهود و تسجيل التصريحات التالية :

المدعـــــي(ة):

.....المولود(ة) بتاريخ.....بـ.....

لأبيه(ا):.....و أمه(ا):.....حامل(ة) بطاقة التعريف (رس) رقم:.....الصادرة عن دائرة:..... بتاريخ:...../...../.....

و قد صرح (ت) بمايلي:

.....

.....

.....

.....
.....
.....
.....

إمضاء و بصمة المدعي(ة)

المدعى عليه(ا):

.....المولود(ة) بتاريخ.....بـ
.....

لأبيه(ا):.....و أمه(ا):.....حامل(ة) بطاقة التعريف (رس)
رقم:.....الصادرة عن دائرة:.....
بتاريخ:...../...../.....

و قد صرح (ت) بمايلي:

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

إمضاء و بصمة المدعى عليه(ا)

الولـــــــي :

.....المولود(ة) بتاريخ.....بـ
.....

لأبيه(ا):.....و أمه(ا):.....حامل(ة) بطاقة التعريف (رس)
رقم:.....الصادرة عن دائرة:.....
بتاريخ:...../...../.....

و قد صرح (ت)
بمايلي:.....
.....
.....
.....
.....
.....

إمضاء و بصمة الولي

الشاهد الأول:.....المولود بتاريخ:.....بـ
:.....

لأبيه(ا):.....و أمه(ا):.....،حامل بطاقة التعريف (رس) رقم.....

الصادرة بتاريخ:..../...../.....عن دائرة:.....، المهنة.....

الساكن بـ :.....

و الذي صرح بعد أدائه اليمين القانونية بصيغة "أقسم بالله أن أقول الحق" بمايلي:

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

إمضاء و بصمة الشاهد الأول

الشاهدالثاني:.....المولود بتاريخ:.....بـ
:.....

لأبيه(ا):.....و أمه(ا):.....،حامل بطاقة التعريف (رس) رقم.....

الصادرة بتاريخ:..../...../.....عن دائرة:.....،
المهنة.....

الساكن بـ :.....

و الذي صرح لنا بعد أدائه اليمين االقانونية بصيغة " أقسم بالله أن أقول الحق" بمايلي:

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

إمضاء و بصمة الشاهد الثاني

إثباتا لهذا حررنا المحضر و تليناه بالزمان والمكان المحدد أعلاه،وأمضيناه نحن الرئيس و أمين الضبط

الرئيــس أمين
الضبط

قائمة المراجع:

أولا: المصادر

أ- القرآن الكريم.

ب- كتب السنة.

1- أبي عبد الله محمد بن يزيد القزوين (ابن ماجة)، سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، ط1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، 1417هـ.

2- أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة (الجامع الصحيح)، تحقيق أحمد محمد شاكر، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، ملتزم الطبع، شركة مكتبة ومطبعة، مصطفى أكلي وأولاده، بدون بلد النشر، 1398هـ-1978م.

ثانيا: الكتب

أ- الكتب الفقهية:

1- ابن تيمية، **فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام في الزواج وآثاره**، المجلد الأول، الرياض، 2003.

2- أبو سريع محمد عبد الهادي، **حكم الإسلام في زواج المتعة مع بيان حكم أنواع الأنكحة**، دار الذهبية، القاهرة، 1994.

3- أحمد حسين فراج، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، دار الجامعية، بيروت، 1988.

4- بدران أبو العينين بدران، **أحكام الزواج والطلاق**، مطبعة دار التأليف، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 1974.

5- عبد العزيز عامر، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا**، دار الفكر العربي للطبع والنشر، الطبعة 01، الإسكندرية، 1984.

6- عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، دار القلم للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الكويت، 1990.

7- عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، دار النفائس، الأردن، 1997.

8- محمد أبو زهرة، **محاضرات في عقد الزواج وآثاره**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.

9- محمد رأفت عثمان، **فقه النساء في الخطبة والزواج**، جامعة الأزهر، دار الاعتصام، القاهرة.

10- محمد زيد الأنيافي، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، الجزء01، الطبعة الثانية، 1908م.

11- محمد كمال الدين إمام، **مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2003.

12- محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، لبنان، 1977.

13- مصطفى السباعي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، الزواج وانحلاله، دار الوراق، الجزء01، الطبعة 9، 2001.

14- مصطفى الرافعي، **نظام الأسرة عند المسلمين والمسيحيين فقها وقضاءا**، دار الكتاب العالمي، الطبعة الأولى، لبنان، 1980.

15- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته لأدلة الشرعية والآراء المذهبية**، وتحقيق الأحاديث النبوية وأهم المسائل الفقهية، دار الفكر، الطبعة الثانية، دمشق، 1985.

16- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، الجزء السابع، دمشق، 1992.

ب- الكتب القانونية:

1- بلخير سديد، **الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2009.

2- فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

3- فارس محمد عمران، **الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي**، دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية، 2001.

4- سعد عبد العزيز، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق**، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009.

5- سعد عبد العزيز، **نظام الحالة المدنية في الجزائر**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية في الجزائر، 1996.

6- الشيخ شمس الدين، **قانون الأسرة والمقترحات البديلة**، الطبعة الأولى، دار الأمة، الجزائر، 2003.

7- طاهري حسين، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 1430-2009.

8- العربي بختي ،**أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر .2013.

9- العربي بلحاج، **قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي**، وفقا لقرارات المحكمة العليا، الجزائر، 1994.

10- العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الزواج والطلاق، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004.

11- عبد القادر حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، جامعة باتنة، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007.

12- عبد الفتاح تقية، **محاضرات في قانون الأحوال الشخصية**، دار هومة للنشر، الجزائر، 2000.

13- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الثاني، المجلد الأول، دار النهضة، القاهرة، 1982.

14- عبد الرحمن الصابوني، **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق**، المطبعة الجديدة، الطبعة الخامسة، دمشق، 1978.

15- الغوثي بن ملحة، **محاضرات في قانون الأسرة، المعهد الوطني للقضاء**، الجزائر، 2002.

16- محمد محدة، **سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج**، الجزء 01، الطبعة الثانية، شهاب، الجزائر، 2000.

17- ناسلي حميدة، **محاضرات بعنوان عقود الزواج العرفية**، الجزائر، 2008.
18- نصر الدين ماروك، **قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق**، دار الهلال للخدمات الإعلامية ،الجزائر، 2004 .
19- هشام خالد، **القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج**، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2006.
20- هلال يوسف إبراهيم، **كتاب أحكام الزواج العرفي**، المكتبة القانونية لدار المطبوعات، مصر، 1999.

ج- كتب اللغة:

1- جوزيف بادروس، **"القاموس الموسوعي عربي عربي** "،منشورات الحلبي الحقوقية، ط01 ،بيروت ،2006.
2- عصام نورالدين،" **معجم الوسيط عربي عربي**"، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، ط01، لبنان، 2005.
3- قاموس اللغة العربية "**مجاني الطلاب**"، دار المجاني، بيروت، الطبعة الرابعة، 1994.

ثالثا: مذكرات ومقالات

1- دليلة معزوز، مذكرة ماجستير، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، كلية الحقوق، الجزائر، 2003-2004.
2- سالمي سميرة، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثبات الزواج العرفي، الدفعة الخامسة عشر، 2004-2007.
3- سمية عبد الرحمن عطية، بحر رسالة ماجستير، عقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2005-2006.
4- عبد القادر بوقزولة، مذكرة تخرج بين الشريعة والقانون، 2004.
5- علي بداوي، مقال عقود الزواج العرفية، مجلة قضائية، العدد 02، الجزائر، 2002.
6- جريدة الشروق الوطنية الصادرة في 2010/07/12، الجزائر.

رابعا: المجلات

1- مجلة قضائية، العدد 1990/01، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1985/09/23.
2- مجلة قضائية، العدد 1993/02، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/12/15.
3- مجلة قضائية، عدد خاص/2001، قرار في 1993/03/30، غرفة الأحوال الشخصية.
4- مجلة قضائية، عدد خاص، قرار في 1998/03/17، غرفة الأحوال الشخصية.
5- مجلة قضائية، عدد خاص، قرار في 1998/11/17، غرفة الأحوال الشخصية.
6- حكم قضائي، صادر من محكمة البويرة، مجلس قضاء البويرة، قسم شؤون الأسرة، تاريخ الحكم في 2014/06/11.

خامسا: القوانين

1- قانون 1882/03/23 المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين بالجزائر، المعدل بقانون 1930/04/02.
2- المرسوم رقم 62/124، المؤرخ في 1962/12/31 ج ر، العدد 8، لسنة 1962 المتعلق بتسجيل عقود الزواج.
3- قانون رقم 224/63، المؤرخ في 1963/06/29ج ر، العدد 44، لسنة 1963 المتضمن قانون الأسرة.
4- قانون رقم 69/72، المؤرخ في 1969/09/16 ج ر، العدد 80، لسنة 1969 المتضمن قانون الأسرة.
5- قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الأمر 70-20 المؤرخ في 1970/02/19
6- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78 لسنة 1975 المعدل والمتمم.
7- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري.

8- مدونة الأسرة المغربية ،الجريدة الرسمية، العدد 5184 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004 .

9- أمر رقم 05-02 المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر، عدد 15، لسنة 2005م.

10- أمر رقم 06-02 مؤرخ 7 الموافق لـ 20 فبراير سنة 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق.

11- قانون رقم 08-09 ، ج ر، عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفهرس:

العنوان	الصفحة
الفصل الأول: إجراءات عقد الزواج في القانون الجزائري	01
المبحث الأول: الإجراءات الموضوعية لعقد الزواج	01
المطلب الأول: الخطبة في عقد الزواج	02
الفرع الأول: مفهوم الخطبة	02
الفرع الثاني: شروط الخطبة	05
الفرع الثالث: حكم العدول عنها	08
المطلب الثاني: ركن عقد الزواج	11
الفرع الأول: ركن الرضا	12
الفرع الثاني: الإيجاب و القبول في عقد الزواج	14
الفرع الثالث: حالة تخلف ركن الرضا	16
المطلب الثالث: شروط صحة الزواج	16
الفرع الأول: الأهلية	16
الفرع الثاني: الصداق	20
الفرع الثالث: الولي	22
الفرع الرابع: الشهود	25
الفرع الخامس: انعدام الموانع الشرعية	27
المبحث الثاني: الإجراءات الشكلية لعقد الزواج	31
المطلب الأول: توثيق عقد الزواج في الجزائر	32
الفرع الأول: توثيق عقد الزواج قبل 1962.	32
الفرع الثاني: توثيق عقد الزواج بعد 1962	33
المطلب الثاني: إجراءات توثيق عقد الزواج والموظف المختص	35
الفرع الأول: الإجراءات العادية	35
الفرع الثاني: الإجراءات الاستثنائية المعلقة على رخصة مسبقة	36

الفرع الثالث: الموظف المختص بتسجيل عقد الزواج	39
المطلب الثالث: طرق إثبات عقد الزواج المسجل	41
الفرع الأول: مستخرج من الحالة المدنية	41
الفرع الثاني: عقد الموثق	42
الفصل الثاني:عقد الزواج المغفل وإجراءات إثباته	45
المبحث الأول: عقد الزواج المغفل	46
المطلب الأول:أنواع عقود الزواج المغفلة	46
الفرع الأول: الزواج المستوفي لأركان وشروط النكاح	46
الفرع الثاني: الزواج غير المستوفي لأركان وشروط النكاح	52
المطلب الثاني: حكم الزواج المغفل	54
الفرع الأول : شرعا	54
الفرع الثاني: قانونا	56
المطلب الثالث: أثار عقد الزواج المغفل	63
الفرع الاول: بالنسبة للزوجين	63
الفرع الثاني: بالنسبة للأولاد	68
الفرع الثالث: بالنسبة للمجتمع	73
المبحث الثاني: إجراءات توثيق عقد الزواج والموظف المختص	74
المطلب الأول: إجراءات تسجيل الزواج المغفل	75
الفرع الأول: حالة العقود المغفلة المبرمة قبل صدور قانون الحالة المدنية	75
الفرع الثاني: حالة العقود المغفلة المبرمة بعد صدور قانون الحالة المدنية	76
الفرع الثالث: حالة العقود المغفلة في ظل قانون الأسرة	70
المطلب الثاني: طرق إثبات الزواج المغفل	79
الفرع الأول : الإقرار	79
الفرع الثاني: الشهادة	82
الفرع الثالث: النكول عن اليمين	84
المطلب الثالث: مدى حجية حكم الزواج الثبت	85

خاتمة	**87**
الملاحق	**90**
قائمة المراجع	**108**
الفهرس	**114**