جـامعة عـبد الـرحمان مـيرة – بـجاية–
كـلية الـحقوق و الـعلوم الـسياسية
قــسم الــقانون الخاص

إشكــالات إبرام عقــد الـــزواج في القانون الجـــزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
فــرع: القانون الخاص

تخصص: القانون الخاص الشامل

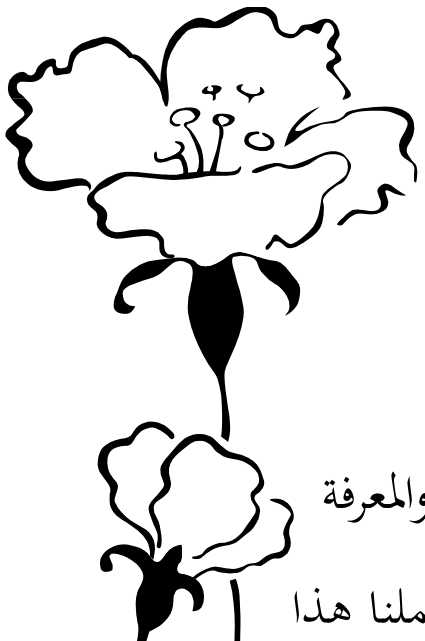
من إعداد الطالبتين :
– لعمريـــو نســـرين
– أحفيـــر بلنـــدى

تحت إشراف الأستاذة:
– مـقـنـانـة مبروكـــة

لـجنـة المنـاقشـة

– الأستاذة: نجـــومـــن سنـــاء .....رئيسة.
– الأستاذة: مـقـنـانـة مبروكـــة .....مشرفة ومقررة.
– الأستاذة: عشـــاش حفيـــظة.....ممتحنة.

السنة الجامعية: 2015–2016



تشكـــرات

الحمد لله الذي أنار دربنا بالعلم والمعرفة

وأعاننا على أداء واجبنا، ووفقنا في أداء عملنا هذا

حتى أتممناه على أكمل وجه

نتوجه بالشكر والإمتنان إلى كل من ساعدنا من قريب

أو من بعيد على إنجاز عملنا، ووقف بجانبنا في مواجهة

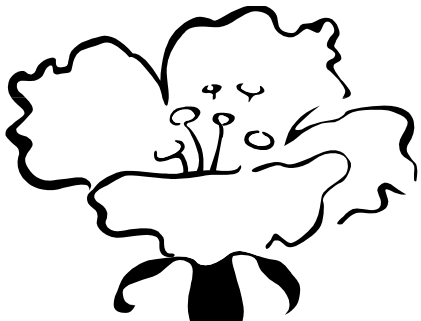
الصعوبات والعراقيل و أخص الذكر الأستاذة مقنانة مبروكة،

ولا ننسى لجنة المناقشة وجميع أساتذة الحقوق بجامعة

بجاية.

كل من ساعدنا من قريب أومن بعيد لإتمام هذه المذكرة

المتواضعة.



إهـــــداء

إلــى من أحمل اسمه إلى سندي في الحياة إلى من أمسك بيدي منذ صغري وعلمني مواجهة الحياة بحلوها و مرها.

إلـــى والدي الغالي أدامه الله علينا ومنحه الصحة والعافية والعمر المديد.

إلى من سهرت اللّيالي إلى من وقفت معي في كل الأوقات

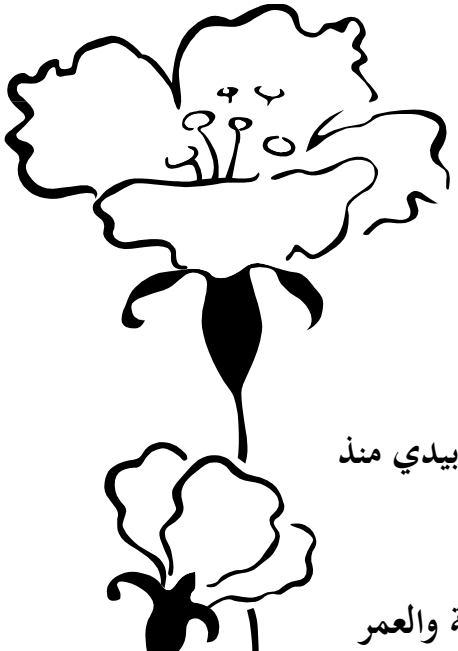
إلى والدتي الغالية رحمها الله .

أهديكما عملي ثمرة جهدي المتواضع راجية من الله أن ترافقني دعواتكما وتكون ظلالي في دروب الحياة.

إلــى من يرسم البسمة في البيت إلى الأختين العزيزتين كاتية و إيمان متمنية من الله أن يمنحهما الفرح والسعادة في حياتهما.

حفظكم الله لي جميعا من كل شر إن شاء الله

نسرين



إهـــــداء

إلــى من أحمل اسمه إلى سندي في الحياة إلى من أمسك بيدي منذ صغري وعلمني مواجهة الحياة بحلوها و مرها.

إلـــى والدي الغالي أدامه الله علينا ومنحه الصحة والعافية والعمر المديد.

إلى من سهرت اللّيالي إلى من وقفت معي في كل الأوقات

إلى والدتي الغالية .

أهديكما عملي ثمرة جهدي المتواضع راجية من الله أن ترافقني دعواتكما وتكون ظلالي في دروب الحياة.

إلــى من يرسم البسمة في البيت إلى أخي عبد الرحيم

متمنية من الله أن يمنحهم الفرح والسعادة في حياتهما.

و إلى إخوتي و أخواني صونية، دالية، حنان ، والصغير وائل

حفظكم الله لي جميعا من كل شر إن شاء الله

بلندى

قـــــــــــائمة بـــأهم المختصرات

ج.ر.ج.ج.: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ج.ر.ع : جريدة رسمية عدد

د.ب.ن: دون بلد النشر

د.س.ن: دون سنة النشر

د.ط: دون طبعة

ص. ص: من صفحة إلى صفحة

ص: صفحة

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

ق.أ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق.ح.م: قانون الحالة المدنية

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

م.ع.غ.أ.ش: محكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

م.ق : المجلة القضائية

مقدمة

شرع الله سبحانه وتعالى الزواج منذ بدأ الخليقة الإنسانية قد شرعه الله سبحانه وتعالى لأنبيائه، حيث قال عز وجل :" **وَ لَقَدْ أَرْسَلْنَاَ رُسُلاً مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَاَ لَهُمْ أَزْوَاجاَ وَ ذُرِّيَّةً** " [1].

حيث أن عقد الزواج يعتبر من العقود المستمرة وليس المقصود منه مجرد الاستمتاع، بل تكوين الأسرة والتوالد ودوام العشرة بين الزوجين وتعاونهما، إذ هذا الأخير ليس عقد تملك لعين أو منفعة، بل هو أسمى من ذلك إذ هو عقد وميثاق بين الزوجين يربط بينهما برباط المودة والرحمة مدى الحياة، لقوله تعالى: " **وَمِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاَ لِتَسْكُنُواْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةَ وَ رَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَأَيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرونَ.**"[2]

فالزواج عقد مقدس شرعه الله تعالى لإقامة الأسرة على أساس متين من الألفة بقصد الاستمرار، لأنه ليس من مصلحة المجتمع أن تكون الأسرة قائمة على أسس منهارة، أو أن تكون الرابطة التي تجمع بين الزوجين رابطة مؤقتة.

فأهداف الزواج إذن تدور حول حماية الإنسان من طغيان الشهوة ، وحماية الذرية من ضياع الأنساب حيث الزواج يلقي على الإنسان مسؤولية مقدسة، فبناء أسرة ليس أمراً هيناً بل إنه يقتضي جهد مبذولا وسعياً موصولاً في الإنفاق، الرعاية والحماية، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في نص المادة 4 منه: " **الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.**"[3]، كما سعى المشرع لتعزيز تماسكها وترابطها ومكافحة كل ما يعرض للخطر، إذ هو عقد تمتد آثاره إلى ما بعد رحيل الطرفين.

---

[1]– سورة الرعد، الآية 38.

[2]ـ سورة الروم، الآية 21.

[3]– قانون رقم 11/84، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، متضمن ق.أ.ج، ج.ر، عدد 31 المؤرخة في 31 جويلية 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05–02، مؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع 15 الصادر في 27 فبراير 2005.

فإن كل عقد له خطوة تسبقه مقدمات، والأمر كذلك لعقد الزواج فمقدمة هذا الأخير تسمى بالخطبة، فهي وعد بالزواج وهذا ما عرفته المادة 05 من ق.أ.ج:" **الخطبة وعد بالزواج**"[1].

حيث من خلالها يتبين عند كل من المتعاقدين رغبته في الزواج وتحقيق مطالبه في العقد، فإذا تلاقت الرغبات أقدم كل واحد منهما على العقد و تم العقد بإصدار الإيجاب والقبول، وعلى هذا الأساس تعود الناس على أن لا يقدموا إلى إنشائه إلا بعد تفكير وتدبير وحيطة، لأنه من العقود المهمة، لذلك أقر التشريع الإسلامي القيام بمقدمات تمهيدية للزواج أو ما يسمى بالخطبة حتى تنشأ الرابطة الزوجية على دعائم قوية وأسس ثابتة تحقق الراحة والسعادة، الصفاء والوئام، فتدوم العشرة و يشيع الحب والوفاق.

في نفس الوقت أباحت الشريعة الإسلامية وعلى غرارها التقنيات الحديثة، المتمثلة في تراجع كل من الخاطب والمخطوبة على إتمام عقد الزواج إذ لم يجد في الطرف الآخر ما يدعوه إلى ذلك وهذا ما يسمى بالعدول عن الخطبة، فهو رجوع أحد الخاطبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخاطب الآخر والتوقف عن الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج.

لذلك فإذا وقع العدول والتراجع عن الخطبة فإن مشروع الخطبة يكون قد ألغي، ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل و لم يقبل بالعدول أن يطالب القضاء الحكم له بإلزام الطرف العادل بالإستمرار في الخطبة وبمتابعة إجراءات إبرام عقد الزواج دون رغبته ودون إرادته، مع العلم أن الزواج عقد رضائي، وهذا ما أوضحته المادة 04 السالفة الذكر من قانون الأسرة، فإنّ عقد الزواج في المجتمعات العربية الإسلامية لا يتم إلا في إطار شرعي صحيح، تتم فيه كل مقدمات الزواج و قواعده وإجراءاته على ما جاء في المنهج الرباني، وما أقره ووضحه قانون الأسرة الجزائري الذي يستمد مبادئه وأحكامه من الشريعة الإسلامية بالإضافة إلى ما تعارف عليه الناس في أمور الزواج، هذه الأعراف تتماشى ومبادئ الإسلام و أحكامه.

وعليه لابد من توفر الركن والشروط العامة المنصوص عليها في ق.أ.ج في المادتين 09 و09 مكرر وكذلك الشروط الخاصة المتعلقة بالرخص المسبقة لانعقاد الزواج حيث لا يمكن أن

[1]- قانون رقم 11/84، المرجع السابق.

نجدها في أي عقد آخر، فإذا توفرت جميعها وجد العقد، ومن ثمة يكون صالحاً لترتيب آثاره الشرعية قِبل طرفيه وفي مواجهة الكافة، كما أنه يستلزم لتحقيق هذه الغايات السامية التي قام من أجلها نظام الزواج، والتأكيد على توثيق عقد الزواج وإلزام المسلمين بذلك، هذا الإلزام إنما هو لحفظ الحقوق الزوجية الناشئة عن عقد الزواج بصيانة هذا العقد من العبث والضياع و إنكاره إذ ما عقد شخصين بدون وثيقة رسمية ثم أنكر أحد الزوجين و عجز مدعيه عن إثباته بطرق أخرى، فلو كان بيده وثيقة رسمية ما استطاع أحد إنكاره.

من هنا يظهر لنا جليا أن إثبات عقد الزواج هو عملية صعبة ومعقدة، لأنه يعتبر الوسيلة الأمثل لتجسيد العلاقة الزوجية، كما هو ضمانة قانونية للآثار الناتجة عنها من حقوق وواجبات ولا يقتصر الأمر على عقد الزواج فحسب بل في سائر العقود الأخرى.

فإذا كان عقد الزواج الرسمي لا يتم وفقا للأوضاع القانونية المنصوص عليها لا يطرح أي إشكالات خاصة فيما يتعلق بإثباته نظراً لوجود زواج مكتوب، فإن عقد الزواج العرفي يطرح إشكالات كبيرة أدت إلى طرح العديد من الشكاوى والقضايا أمام العدالة خاصة فيما يتعلق بإثباته وإلحاق نسبه لذلك جعل المشرع قاضي شؤون الأسرة رقيبا وحارسا أمينا لضمان التقيد بأحكام القانون بمختلف نصوصه، لكن مهما بلغت حيطة المشرع فإنه ظل عاجزا عن معالجة كل الحالات المعروضة على القضاء، ذلك أن الواقع العلمي أفرز إشكالات عملية عديدة ناتجة إما عن ظروف تطبيق القانون إما عن الثغرات القانونية التي أغفلها المشرع في تعديله الأخير.

كما يرجع اختيارنا لهذا الموضوع إلى رغبتنا في دراسته والإلمام بكافة جوانبه، خاصة أنه موضوع قلة الدراسات حوله.

نظرا لأهمية هذا الموضوع بالنسبة للمجتمع ككل، وبالنسبة للأسرة بصفة خاصة، ارتأينا أن نبحث في موضوع إشكالات انعقاد الزواج في التشريع الجزائري وذلك من خلال استقرائنا لبعض النصوص من قانون الأسرة ، وعليه نطرح الإشكالية التالية :

- فيما تتمثل أهم إشكالات انعقاد الزواج في التشريع الجزائري؟

اقتضت طبيعة الموضوع المعالج الاعتماد على مجموعة من المناهج بدأنا بالمنهج الاستقرائي من خلال محاولة الإطلاع على كل ما كتب حول هذا الموضوع من آراء الفقهاء المسلمين، ثم يليه المنهج التحليلي لفهم نصوص المشرع، ومعرفة مقصده اتجاه جزئيات كل قضية مطروحة .

للإجابة على هذه الإشكالية سنقف عند آراء كبار فقهاء الشريعة الإسلامية، كما نتعرض لأحكام قانون الأسرة المتعلقة بها، كل ذلك ضمن فصلين يتمثلان في: أهم إشكالات انعقاد الزواج (الفصل الأول) ثم يليه أبرز الإشكالات المتعلقة بتوثيق عقد الزواج (الفصل الثاني).

الفصل الأوّل

أهم إشكالات انعقاد الزواج

قد أعطى الإسلام الزواج تلك القدسية الهامة، وسمى العقد الذي يتم بين طرفي الزواج بالرباط المقدس، وتكوينه يخضع لمراحل تتم وفق نظام الإسلام للأسرة، من جهة كذلك الأعراف الاجتماعية من جهة أخرى، وقد تم بيان ذلك في قوانين الأحوال الشخصية وقانون الأسرة في المجتمع الجزائري[1]، وهذه المراحل يجب أن تكون صحيحة و ترتب آثار حيث لكي يكون عقد الزواج صحيحا ومرتبا لآثاره، من الضروري خلوه من كل الإشكالات التي يمكن من خلالها أن تؤدي إلى عدم انعقاد العقد، أو تهديد هذا الأخير بالفسخ أو البطلان .

[1]ـ حمزة جبالي، ضوابط الزواج في المجتمع الجزائري بين قانون الأسرة والأعراف الاجتماعية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص علم الإجتماع القانوني، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة ، 2009، ص9.

المبحث الأول

الإشكالات العملية لعقد الزواج

الزواج عقد من العقود التي تتميز بالرسمية، وكذا يعترف به قانوناً إذ لتحقيق هذا الأخير يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط والأحكام ابتداء بركنه الجوهري المتمثل في الرضا، وشروطه المقررة شرعا من الأهلية، الصداق، الولي، الشهود، وانعدام الموانع الشرعية وكذلك الآثار المترتبة على مخالفتها.[1]

عقد الزواج عقد شكلي صائب لأنه إضافة إلى الشروط السابقة الذكر، أدرج المشرع بعض الإجراءات الإدارية والتنظيمية لكي يرتب عقد الزواج أثار كما تطرق إلى آثار تخلف أو مخالفة ركن أو أحد هذه الشروط .

المطلب الأول

إشكال ركن الرضا في تكوين العقد

تنص المادة 09 من قانون الأسرة على: "**ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين**"، عليه وجب أن يكون التعبير عن رضا كل واحد من الطرفين رضا علنياً تاماً دون غش أو إكراه أو تهديد، وهو أمر لابد توفرهِ صراحة لإمكانية قيام عقد الزواج وسلامته، كما يكون كذلك التعبير عن الرضا بالإيجاب والقبول، أي أن يعلن الرجل رغبته في الزواج من امرأة معينة تكون خالية من الموانع الشرعية، وتعلن المرأة عن قبولها ومنها يرتب العقد آثاره كما يرتب كذلك آثاره في حالة تخلف ركن الرضا .[2]

---

[1] ـ صبرينة أبو عبد القادر، إثبات عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص5.

[2] – عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل ، الطبعة الثانية ، دار هومة، الجزائر،2009،ص38.

الفرع الأول

تعريف ركن الرضا

الأصل في عقد الزواج أنه سكنُ ومودة ورضا وموافقة بين العاقدين، فالحياة الزوجية مبنية على التفاهم والتعاون والمحبة والعاطفة، لها النصيب الأوفر في هذا العقد، لذلك فإن عقد الزواج يتم إذا ثبت بوضوح بأن كلا الطرفين، الرجل والمرأة أظهرا رغبتهما في الزواج، إذ الرضا هو الذي يعبر في آنٍ واحد عن إرادة كلا الطرفين وعن تطابق الإرادتين .[1]

ما تجدر الإشارة إليه أن نص المادة 09 قبل التعديل من ق.أ.ج ، نصت على أن يتم عقد الزواج برضا الزوجين، و بولي الزوجة، شاهدين، وصداق ولكن بعد التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 ، أصبح للزواج ركن واحد بعدما أن كان لديه أربعة أركان و الذي تنص عليه المادة 9 من ق.أ.ج: " **ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين** ."[2]

إذ التعبير عن الإرادة نوعين صريح وضمني، حيث يقصد بالتعبير الصريح هو الإفصاح عن الإرادة بطريقة مباشرة، واضحة لا لبس فيها وهو التعبير عن الإرادة قولاً (لفظا) ويكاد أن يكون أكثر أساليب التعبير شيوعا، وينبغي أن يكون بصيغة قاطعة على اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني، هذا ما أكدته المادة 10 من ق.أ.ج التي تعرضت إلى التعبير عن الإرادة، لكنه بدون تدقيق، إذ ورد فقط في النص: " **يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً.**"[3]

حيث يقصد المشرع في هذا النص حالة اتفاق الإرادتين للطرفين في عقد الزواج أي التعبير الثنائي، والنص لا يفيد في تبيان كل الحالات للتعبير الصريح، حيث ورد في نص المادة

---

[1]- الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة ، على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر،2005، ص34.

[2]- قانون رقم 11/84، السابق.

[3]- قانون رقم 11/84، المرجع نفسه.

60 من القانون المدني: " **التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه** "[1]

إذ يكون التعبير عن الإرادة صريحا إذا كان المظهر الذي اتخذه العاقد مظهراً واضحاً بحيث صدر منه كلام أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك.

كما يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان المظهر الذي اتخذه العاقد ليس في ذاته واضحاً للكشف عن الإرادة، هذا ما ورد في نص المادة 60 من ق.م.ج في الفقرة الثانية " **يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أنه يكون صريحاً**"[2] فالتعبير الضمني عن الإرادة هو الذي يكشف عن الإرادة بطريق غير مباشر وذلك عن طريق استنباط التعبير عن الإرادة من أفعال يقوم بها الشخص[3]، ولكن كيف العمل في حالة السكوت ؟

فبالنسبة للعقد العادي، السكوت لا يعبر عن ذاته وقد عبر الفقهاء في قولهم " **لا ينسب إلى ساكت قول** "، وعليه فالسكوت لا يؤخذ على أنه تعبير ضمني ، ولكن الأمر مختلف في عقد الزواج إذ عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : " **لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا: يا رسول الله و كيف إذنها ؟ قال: أن تسكت** " وعن ابن رشد: " **الإذن في النكاح ضربين ، فهو واقع في حق الرجال والثيب من النساء بالألفاظ ، وهو حق الأبكار المستأذنات واقع السكوت ، أعني الرضا** ".[4]

---

[1]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 80-07 المؤرخ في 9 غشت 1980، القانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 يناير 1983، القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987، القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 مايو 1989، القانون رقم 89-01 المؤرخ في 7 فبراير 1989، القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 و القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

[2]- الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

[3]- عيسى مؤيد محمد دغش، المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة ، دراسة مقارنة ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير، في القانون الخاص، بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية ،نابلس، فلسطين،2008، ص21.

[4]- الغوتي بن ملحة ، المرجع السابق ، ص 37.

الفرع الثاني

شروط العقد

تطلق الصيغة في الاستعمال الفقهي على الألفاظ والعبارات التي يتركب منه العقد، وهي التي تسمى في لغة الفقهاء بالإيجاب والقبول[1]، بحيث أن في الأصل التعبير عن الإرادة تختلف طرقه و تتنوع ، إذ يكون الإيجاب الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً ، باعتبار الصيغة اتفاق إرادة الطرفين للجوء إلى انعقاد العقد فهذه الأخيرة لها شروط متعلقة بمجلس العقد .

أولا- شروط الصيغة

1-أن تكون صيغة العقد منجزة

يشترط لانعقاد الزواج أن تكون صيغة العقد منجزة ، فالزواج المنجز هو الذي لم تقيد صيغته التي يعقد بها الزواج يجب أن تكون مطلقة غير مقيدة بأي قيد من القيود مثل أن يقول ولي المرأة للخاطب: زوجتك ابنتي، فيقول الخاطب قبلت ، هذا خلافا عن العقد الغير المنجز وهو العقد الذي تتوقف آثاره على وعد في المستقبل، أو شرط غير موجود أو لا يمكن تحقيقه .[2]

حيث يتحقق الإنجاز عندما تكون الصيغة مفيدة لمعناها في الحال، وغير معلقة على أمر مستقبلي أو معلق بشرط أو مقترنة بشرط، ففي هذه الأحوال لا ينعقد العقد.[3]

أ-الصيغة المعلقة على شرط

الزواج له مكانة سامية يليق بها أن يصان وأن يجعل تحقق مضمونها معلقا على تحقق شيء آخر بأداة من أدوات التعليق مثلا : كأن يقول الخاطب إن إلتحقت بالوظيفة تزوجت ابنتك فيقول ولي المرأة قبلت، فإن الزواج بهذه الصيغة لا ينعقد، لأن إنشاء العقد معلق على شيء قد يكون وقد لا يكون في المستقبل، ولكن ليس كل تعليق على الزواج لا ينعقد، مثل أن يقول

---

[1]- نور الدين أبو لحية، عقد الزواج و شروطه، دار الكتاب الحديث، القاهرة، دون سنة النشر، ص35.

[2]-حمزة جبالي، المرجع السابق، ص 38.

[3]- عمر بن سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار الفائس للنشر والتوزيع، 1997، ص81.

الخاطب إن كانت ابنتك سِنها عشرون سنة تزوجتها و يقبل ولي المرأة والبنت فعلا سنها عشرون سنة.[1]

ب-الصيغة المضافة إلى زمن مستقبل

تعتبر الصيغة المضافة إلى زمن مستقبل منافية لعقد الزواج الذي يوجب تمليك الاستمتاع في الحال، إذ أن هذه الصيغة المضافة لا ينعقد بها عقد الزواج، لا في الحال ولا عند حلول الزمن المضاف إليه، ومثال ذلك كأن يقول لها زوجيني نفسك في أول العام القادم، فتقول قبلت وهذا لا ينعقد أصلا لا في وقت العقد ولا في الزمن الذي أضافه فيه، والإضافة إلى المستقبل مانعة من ترتيب آثاره في الحال.[2]

2- أن تكون صيغة عقد الزواج مؤبدة

لقد اشترط الفقهاء المسلمين أن تكون صيغة عقد الزواج مؤبدة غير مؤقتة ولا مقترنة بما يدل على التأقيت، لأن التأبيد هو مقتضى عقد الزواج ، وعليه فان الزواج المؤقت وزواج المتعة غير جائزين عند الفقهاء المسلمين ولم يعترف بهما المشرع الجزائري، ويقع تحت طائلة البطلان باستثناء زفر من الحنيفة الذين يجيزون الزواج المؤقت ويبطلون زواج المتعة، أما الشريعة الإسلامية لا تميز بين الزواج المؤقت وزواج المتعة فتعتبرهما باطلان.[3]

الغاية من الزواج هو اشتراك الرجل والمرأة في الحياة الزوجية من أجل الإنجاب، وعليه يجب أن لا تكون صيغة عقد الزواج مؤقتة، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن التأقيت يبطل عقد الزواج وذلك في زواج المتعة والزواج المؤقت باعتبارهما باطلان.[4]

---

[1]- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، دار الكتاب العربي بيروت، لبنان،1977، ص40.

[2]- السيد سابق، المرجع السابق، ص41.

[3]- زوبير بولعواد، وأركان و شروط عقد الزواج و آثار تخلفها في الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ،الدفعة 12، 2004، ص12.

[4]- دليلة بلعربي خالدية، آثار عيوب الرضا على عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة ماجيستر، كلية الحقوق، جامعة سعيد حمدين، 2015، ص26.

3-أن تكون صيغة عقد الزواج سليمة

إن الزواج ينعقد بتبادل رضا الزوجين، والمشرع جعل الرضا كركن لانعقاد الزواج، وإذا انعدم ركن الرضا في عقد الزواج يترتب عليه بطلانه، لأن إرادة طرفي عقد الزواج غير موجودة، وقد تكون موجودة ولكن تشوبها عوامل تؤثر على سلامتها، ولهذا وجب عليه أن يكون صحيحاً وخالياً من العيوب حتى يتمكن من اعتباره زواج صحيحاً وملزماً لطرفيه ومرتباً لآثاره .[1]

تعتبر نظرية عيوب الإرادة (الرضا) صدا لمبدأ سلطان الإرادة، فما دام أن الإرادة هي ركن التصرف القانوني تنشأ وتحدد آثار، فيجب أن تكون بريئة من كل عيب يشوبها، ولكن المشرع الجزائري لم يتعرض في قانون الأسرة لعيوب الإرادة بالتفصيل بل أشار إلى أحكامها في نصوص متفرقة ومنها، نلجأ إلى ما ورد في القواعد العامة للقانون المدني من المادة 81 الى 85 حيث تتضمن كل ما يتعلق بعيوب الرضا ومن بين هذه العيوب الغلط، التدليس، والإكراه.[2]

-الغلط

يشير الفقهاء إلى الغلط كعيب من عيوب الإرادة بتسميات مختلفة تدور حول الاشتباه، والنسيان والخطأ والجهل، وعرفه الشيخ مصطفى الزرقا على أنه توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعاً[3]، قد يحدث في عقد الزواج ذلك في شخص العاقد إذا كانت شخصية العاقد محل في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد الأمر على حقيقته، فيكون هو الدافع إلى التعاقد، ويشترط في الغلط كي يكون عيب في الإرادة المبرمة لعقد الزواج أن يكون متعلق بالشخص أو في صفة من صفاته الأساسية التي هي محل اعتبار في التراضي، إذ حسب المادة 81 من القانون المدني " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله."، و تضاف المادة 82 " يكون الغلط جوهريا، إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام يقع في هذا الغلط."

---

[1]- دليلة بلعربي، المرجع السابق، ص35.

[2]-زوبير بولعواد، المرجع السابق، ص12.

[3]- عدنان سامي العجوزي، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، دراسة فقهية مقارنة ، رسالة لنيل درجة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة ،كلية التربية ، قسم الدراسات الإسلامية، الأزهر، غزة، 2013،ص89.

ثانيا- الشروط المتعلقة بمجلس العقد

كل العقود و منها عقد النكاح مبنية على اجتماع إرادة العاقدين بموضوع العقد، ولما كانت الإرادة والرضا من الأمور الخفية لا يطلع عليها بنو البشر، لزم أن يصدر عن كل واحد من العاقدين ما يدل على قبوله بالعقد و موافقته عليه.[1]

الرضا يكون من الطرفين لا من طرف واحد، و ذلك كقول الطرف الأول زوجتك ابنتي، فيقول الثاني قبلت، فهنا ينطبق الإيجاب و القبول فالانعقاد عقد الزواج وجب تعبير كلا المتعاقدين على رغبتهما على الزواج في مجلس العقد و من شروط هذا الأخير:

1-إتحاد مجلس العقد

معنى هذا الإتحاد أن يكون العاقدين حاضرين ، فيشترط أن يكون الإيجاب و القبول في مجلس واحد فلو إختلف مجلس العقد فإن النكاح لا ينعقد، فلو أوجب أحدهما فقام الآخر عن المجلس فإن النكاح لا ينعقد.[2]

أما ما يخص التعاقد بطريقة المراسلة أو الكتابة فإن مجلس العقد هو الذي تقرأ فيه الرسالة أو قراءة الكتابة أمام الشهود، فلو بلغ الرسول الرسالة إلى المرأة ثم انشغلت بشيء آخر وبعدها قبلت فلا ينعقد العقد، وكذلك الأمر لو قبلت في مجلس آخر لعدم إتحاد المجلس،[3] بل ينبغي أن تتم موافقة كل من المتعاقدين في مجلس واحد، ويكون العاقدين سامعين لبعضهما وعدم مخالفة الإيجاب للقبول.[4]

2- مطابقة القبول للإيجاب

الزواج من التصرفات التي لا تنتج آثارها إلا بمطابقة القبول للإيجاب، وبالتالي يتحقق باتفاق الإرادتين على شيء واحد، فإذا تخالف مخالفة جزئية أو كلية لا ينعقد الزواج.[5]

---

[1]-عمر بن سليمان الأشقر، المرجع السابق،،ص79.

[2]- إبراهيم الشحات، محمد منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، كتاب ، ص36.

[3]- عمر بن سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص79.

[4]- أحمد الشامي، التطور التاريخي لعقود الزواج في الإسلام، دراسة مقارنة، د.ب.ن، 1982،ص20.

[5]- نور الدين أبو لحية ، المرجع السابق، ص34.

فتطابق الإرادتين يكون كذلك باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الزواج عقد بين شخصين، ولابد من فهم كل واحد من المتعاقدين ما يصدر من صاحبه[1]، فلو اختلف الإيجاب والقبول في موضوع العقد بأن قال، زوجتك ابنتي فقال قبلت زواج أختك، في هذه الحالة العقد لا ينعقد لاختلاف موضوع العقد.[2]

الفرع الثالث

أثر تخلف ركن الرضا

كما ذكرنا سالفا إن الزواج ينعقد بتبادل رضا الزوجين، فالمشرع الجزائري جعل الرضا كركن لانعقاد الزواج، ولا يكفي أن يكون الرضا موجود فقط بل لابد أن يكون صحيحاً و خالياً من العيوب حتى يتمكن من اعتبار عقد الزواج صحيحاً وملزماً لطرفيه ، فانعدام ركن الرضا يرتب عليه آثار.[3]

أولا- أثر تخلف ركن الرضا في الشريعة الإسلامية

يذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أن تخلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله باطلاً ومنعدما لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه أية آثار، ولم يحل به الدخول، وإذا تم الدخول، فلقد اتفق على وجوب التفريق بين الزوجين ويعتبرونه زنى، لكن اختلف حول وجوب إقامة حد الزنا عليهما، فالمالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف يقولون بإقامته في حين الحنفية ترى بأن الزواج الباطل في حد ذاته شبهة تدرأ الحدود،[4] ولكن لهذا يمنع من إنزال عقوبة التعزيز عليهما ومن المتفق عليها أيضا أنه لا يثبت المهر ولا النفقة كما أنه لا يرد الطلاق، أما النسب فقد اختلف فيه فجمهور الفقهاء يرى بعدم ثبوته على عكس الحنفية التي قالت بثبوته.

---

[1]- أحمد الشامي، المرجع السابق، ص20.

[2]- إبراهيم الشحات، محمد منصور، المرجع السابق، ص 79.

[3]- دليلة بلعربي خالدية، المرجع السابق،ص57.

[4]- زوبير بولعواد، المرجع السابق، ص 13.

ثانيا- أثر تخلف ركن الرضا في قانون الأسرة الجزائري

تناول المشرع الجزائري في نص المادتين 32 و33 من قانون الأسرة على أنه: " **يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد** " وكذلك المادة 33 التي تنص على أنه: " **يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا**"[1]، حيث يعتبر هذا الأخير الركن الأساسي والوحيد في عقد الزواج و إذا اختل هذا الركن يبطل العقد، ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2000/07/18 باعتبار الزواج باطلاً للانعدام ركن الرضا، لا يحق للقضاء إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج.[2]

المطلب الثاني

الإشكالات المتعلقة بشروط عقد الزواج

من حسن التنظيم الإسلامي ودقته في شرع الأحكام أن جعل للعقود شروطاً تنضبط بها، تتحدد فيها صلاحياتها للنفوذ والاستمرار، فكل عقد من العقود له شروط لا يتم إلا بها[3]، فباعتبار عقد الزواج كغيره من العقود لا بد فيه من أركان وشروط، ونظراً لما لهذا العقد من خصوصية تميزه عن غيره من العقود كان لابد أن تختلف شروطه عن شروط العقود الأخرى وهذا لكي لا تكون الأمور فوضوية لا حدود لها، ومن بين تلك الشروط التي نص عليها قانون الأسرة في المادة 9 مكرر والتي تتضمن: "**يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق الولي، شاهدين وانعدام الموانع الشرعية**"[4].

---

[1]-قانون 48-11، المرجع السابق.

[2]- م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 249128 بتاريخ،2000/07/18، المجلة القضائية، عدد02 ،من الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، الأبيار، الجزائر، 2003،ص267.

[3]- محمد بن صالح العثيمين، الزواج و مجموعة أسئلة في أحكامه، طبعة عام1432هـ، دار الوطن للنشر، المملكة العربية سعودية، 1992،ص15.

[4]- قانون 11/84، المرجع السابق

الفرع الأول

إشكالات الأهلية في عقد الزواج

لم يحدد الفقهاء القدامى بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج، حيث قالوا بأن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية تأتي بعد مرحلتي الطفولة والتمييز، وهي تظهر طبيعيا بعلامات توجد في الفتى كالاحتلام، وفي الفتاة كالحيض[1]، فباعتبار أن الزواج في الشريعة الإسلامية لم يكن موقوفا على سن معينة ولا معلقا على شرط بلوغ عدد من السنين، فإن النصوص القانونية الوضعية قد مرت بعدة مراحل تضمنتها نصوص مختلفة باختلاف زمانها و مكان صدورها[2]، وحسب القواعد العامة فإن كل شخص آهل للتعاقد ما لم تُسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون، والأهلية هي ذاتها التي مناطها التمييز ، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تميزه نقصت أهليته .[3]

يميز الفقه بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء إذ يعرف علماء أصول الفقه الإسلامي أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، أما أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق.[4]

المقصود بالأهلية في الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي هو صلاحية الشخص للإلزام أو الالتزام، لأن إلتزامه حقوق لغيره و تثبت له حقوق قبل غيره.[5]

هذا ما يخص مفهوم الأهلية لدى الفقه الإسلامي، أما في التشريع الجزائري لقد نص القانون المدني على أن الأهلية هي صلاحية الشخص لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات بغض النظر عن

---

[1]– العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات، المرجع السابق، ص 156.

[2]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،المرجع السابق،ص24.

[3]- نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو،2012،ص72.

[4]- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الأول ،دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص273.

[5]- حسن مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الاسرة في مسائل الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ،2010،ص16.

الفترة التي تبدأ فيها هذه الصلاحية، وتعد أحكامها والقواعد المنظمة لها من النظام العام إذ لا يحق للأشخاص التنازل عن أهليتهم أو تعديلها، بل القانون هو من يتولى بيان أحكامها وحدودها حيث ورد في المادة 40 أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة،[1] هذا ما يخص مقصود الأهلية في القانون المدني أما في قانون الأسرة لقد نص المشرع على الأهلية في المادة 7 منه إذ تتضمن هذه المادة "**تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل دلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج** "، ولإبراز إشكالات الأهلية نرى ضرورة تناول النقطتين الآتيتين: تحديد سن الزواج ثم الشهادة الطبية.

أولا- أهلية تحديد سن الزواج

لم يكن تحديد سن الزواج معروفا لدى المسلمين، فحسب الأحكام العامة للشريعة فإن شروط انعقاد عقد الزواج هي تلك التي يجب توافرها عند إنشاء كل عقد، و منها لا يكون أحد المتعاقدين فاقد الأهلية[2]، فأهلية الأداء تثبت كاملة للبالغ العاقل الراشد الذي لم يحجر عليه، إما ناقص الأهلية فهو من كان عنده أصل التمييز و لكن لم يكن عنده كمال العقل، مصادق لقوله تعالى " **وَ ٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَ لَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَ بِدَارًا أَن يَكْبَرُ وَمَنَ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهِمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمَ وَكَفَى بَٱللهِ حَسِيبَا**" [3]. فتزويج الصغير قبل البلوغ باطلاً حتى يبلغ و إذا وقع فهو مفسوخ، هذا ما جاء به الفقه الإسلامي [4].

أما من الجهة القانونية اعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توافر الأهلية الكاملة ليترتب عليه من الالتزامات المالية، و الواجبات الاجتماعية العائلية، ذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة والعامة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري، وقدرة مالية

---

[1]- أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[2]- فوزية بوجاجة، غنية غوناي، الأحكام القانونية لإنعقاد الزواج، مذكرة لنيل شهادة ماستر، جامعة الجدلالي بونعامة، خميس مليانة، 2015،ص42.

[3]- سورة النسا،الأية6.

[4]- حسن مهداوي، المرجع السابق ،ص17.

كذلك معرفة شؤون الحياة والأعباء الزوجية. على هذا الأساس حددت المادة 7 المذكورة سابقا من قانون الأسرة أن سن الزواج يتحدد باكتمال أهلية الزوجين أي بتمام 19 سنة[1]، حيث ربط المشرع الجزائري سن الزواج بالأهلية ، كما ذكر في المادة 81 من نفس القانون فيما يخص فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو الجنون أو العته فلا ينعقد العقد لأن هذا الأخير يعتمد على الإرادة والقصد والرضا من العاقد ، وهذا غير محقق في الشخص غير المميز [2].

ثانيا- آثار تخلف الأهلية في عقد الزواج

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون الأسرة المعدلة على أن أهلية الزواج لكل من الفتى والفتاة لا تكتمل إلا بعد بلوغ سن 19 سنة هذا تماشيا ومقتضيات العصر، وذلك بدافع اجتناب الأضرار الصحية و الاجتماعية التي تترتب على الزواج المبكر [3].

هناك جملة من الفقهاء الذين ذهبوا إلى عدم صحة زواج الصغار مطلقا، وترتب البطلان المطلق للعقد الذي يبرمه الصغار سواء أنفسهم أو بواسطة الأولياء وقال بهذا الرأي إبن شبرمه كذلك النبي و دليلهم لقوله تعالى" **وَ ٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَ لَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَ بِدَرًا أَن يَكْبَرُ وَ مَنَ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهِمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمَ وَ كَفَى بِٱللهِ حَسِيبَا** ".[4]

كذلك جهة من الفقهاء من يرى بجواز زواج الصغار وحجتهم في ذلك في قوله تعالى:" **وَلَلَّائِى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّآئِي لَمْ يَحِضْنَ وَ ُوْلَاتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ ٱللهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا**"[5]، وهذا ما جاء به بعض الفقهاء، أما ما يخص موقف المشرع الجزائري يمكن القول أن قانون الأسرة لم ينص صراحة ولا ضمنيا عن ما يترتب من آثار على مخالفة سن أهلية الزواج، وعقد الزواج قبل بلوغ السن المحدد التي هي 19 سنة لكل من الفتى والفتاة، وذلك على عكس القانون رقم 224-63

---

[1]- العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ،المرجع السابق، ص158.

[2]- الغوتي بن ملحة، المرجع السابق،ص32.

[3]-حسن مهداوي، المرجع السابق،ص43.

[4]- سورة النساء،الآية6.

[5]- سورة الطلاق ،الآية4.

الصادر خلال سنة 1963، الذي نص في الفقرة الأولى منه على أنه لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة ولا للمرأة التي لم تبلغ 16 سنة أن يعقدا زواجا، ونص في المادة الثانية على معاقبة كل من الطرفين من ضابط الحالة المدنية، القاضي (الموثق) والزوجين وممثليهما الذين لم يراعوا شرط السن القانونية[1]، كما نص كذلك في المادة الثالثة على أن الزواج أبرم خلافا للأحكام المادة الأولى يكون باطلاً ما لم يلحقه دخول ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصياً أو من النيابة العامة أو من ممن له مصلحة فيه ولكن لا يجوز الطعن إذا بلغ الزوجين السن القانونية أو حملت الزوجة فمن الأرجح أنه ما دام قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم 224-63 ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلاً لتطبيق على كل من يخالف سن الأهلية [2].

في الواقع نستنتج أن عقد الزواج لا يتم إلا برضا الزوجين وإلا كان العقد غير صحيح، وبما أن عقد الزواج هو من العقود الدائرة بين النفع و الضرر فنطبق عليه ما جاء في المادة 83 من ق.أ.ج و من ثم إذا كان الشخص البالغ 13 سنة من عمره ولم يبلغ سن الرشد فزواجه من المفروض يعتبر زواج متوقفاً على إرادة الولي، وإذا كان الشخص لم يبلغ هذا السن فزواجه باطلاً بطلان مطلقاً ، ولكن أن أهم ما يميز هذا العقد هو أن المشرع الجزائري قد نص صراحة على أن العقد لا يعد صحيحا في حالة عدم توفر سن الزواج المقرر في المادة 7 من ق.أ إلا بعد الحصول على إذن القاضي، من ثم فإن موافقة الولي غير كافية في مثل هذا العقد بل يجب إذن القاضي وإلا كان العقد فاسداً .

فأمام هذه المشاكل القانونية فإنه من المستحسن على المشرع الجزائري أن يأتي بنصوص صريحة تبين الحكم الواجب تطبيقه في حالة انتفاء السن المقرر في المادة 7 من ق.أ.ج.

ثالثا- الشهادة الطبية قبل الزواج

عندما تحدث الفقهاء عن الأمراض و تأثيرها في العلاقة بين الزوجين لم يكن قد تم اكتشاف العديد من هذه الأمراض التي ظهرت في وقتنا الحالي، إذ مع تطور العصور اكتشف الطب أن ثمة أمراض خطيرة يمكن انتقالها من شخص إلى آخر بطريق العدوى، وقد كان للتقدم الطبي أثر

[1]- زوبير بولعواد ،المرجع السابق، ص 34.

[2]-عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق،ص28.

في معرفة العديد من الأمراض المعدية مثل نقص المناعة المكتسبة (الإيدز)، وعليه لتجنب هذه الأمراض والوقاية منها وجب على الفرد اتخاذ الوسائل المانعة لها، وذلك بقيام بفحص طبي قبل الزواج من أجل مصلحة الفرد والأمة [1] .

لقد تعددت تعريفات الفقه للفحص الطبي و تداخلت لكن بالنسبة للمشرع الجزائري لم يعطي تعريفا للفحص الطبي ، فقد اكتفى بإعطاء كيفية القيام به و شروطه و التي حددها في المواد من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 الذي حدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من ق.أ.ج:" **يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا تزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج .** " [2]

الفحص الطبي هو معرفة حالة الإنسان الصحية كإجراء وقائي يساعد صيانة الصحة وعلى الكشف المبكر للأمراض وهي في أطوارها الأولى[3]، أو هو مجموعة من الفحوصات المخبرية والاستشارات الطبية التي تهدف إلى ضمان نجاح الزواج وسلامة الزوجين، وتشخيص إستعدادتهما الجسدية و الصحية والوراثية ، حتى تكون العلاقة الجنسية سليمة من نقل الأمراض كذلك العلل من أحدهما إلى الآخر أو إلى أبنائهما[4].

---

[1]- حسن مهداوي، المرجع السابق ،ص28.

[2]- قانون 11/84، المرجع السابق.

[3]- هشام حضري ، آثار الفحص الطبي على إنعقاد الزواج ،مذكرة لنيل شهادة ماستر ، كلية الحقوق و العلوم الإسلامية، جامعة محمد خيضر، بسكرة،2015،ص11.

[4]- عائشة محمد صدقي موسى، أثار الأمراض المزمنة على الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطني، نابلس، فلسطين،2014،ص44.

L'article 7 bis nouveau exige des futurs époux la remise d'un document médical datant de 3 mois au notaire ou, à l'officier d'état civil avant la rédaction du contrat de mariage.

Curieusement le droit marocain de la famille reste muet sur la question, alors que le Maghreb se trouve confronté à une situation sanitaire déplorable en raison de la dégradation des conditions de vie, contrairement au droit algérien qui lui exige au deux époux un document médical prouvent que ses deux dernier n'ont aucune maladie qui pourrais mettre en péril la vie de leurs compagnon, ou même encore celle de leurs enfants. Se pendant le certificat médical doit attester que les future époux ne sont atteints d'aucune maladie ou qu'il ne représente aucun risque qui contre indique le mariage. L'exigence de ce document médical est une nouveauté dans le droit algérien du mariage, et s'impose comme un empêchement prohibitif de la future union

من خلال قراءة المادة 7 مكرر المنصوص عليها في ق.أ.ج يتضح لنا شروط و كيفيات تقديم الفحص الطبي من بينها أن يقوم بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج طبيب ثقة للتأكد من محافظته على سرية نتائج الفحص و بالتالي يتضمن كذلك تقديم نصيحة للزوجين بإحاطتهما بخطورة المرض واحتمال انتقاله إلى الذرية ، كما تمنح الشهادة الطبية لثبوت حدوث الفحص الطبي، فطالبي الزواج ينبغي أن يقدما هذه الشهادة في مدة لا تزيد عن 3 أشهر وأن يتأكد الموثق أو ضابط الحالة المدنية بعلم الطرفين بما قد يكشف عنه الفحوصات الطبية.

أما في حالة ما إ ذا تقدم الزوجان إلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية و لم يقدم أحدهما الشهادة الطبية التي تثبت خلوهما من أي مرض، فإن جزاء تخلف هذه الأخيرة هو امتناع ضابط الحالة المدنية من تحرير عقد الزواج، فلا يجوز تحرير عقد مع تخلف أو إغفال شرط اشترطه القانون.[1]

إ ذا تجاهل الموثق أو ضابط الحالة المدنية هذا الشرط عليه تحمل مسؤوليته، ومع ذلك إذا لم يمتثل ضابط الحالة المدنية أو الموثق لحكم القانون و قام بتحرير عقد الزواج فإننا نعتقد أن العقد يكون صحيحا، ولا يمكن اعتباره باطلا أو فاسدا لأن القانون لا ينص على ذلك ولكن الإشكال الذي سيواجهه الطرفين بعد انعقاد العقد في حالة وجود مرض من الأمراض التي ينص الفحص الطبي على الكشف بشأنها عند تفاقم المرض، سقوط أحقية كل منهما في طلب التفرقة و هذا يعتبر نوع من التنازل عن الحق الذي خوله لهما المشرع في حالة وجود عيب [2].

الفرع الثاني

الإشكال المثار حول الصداق

تعددت التعاريف إذ عرفه المشرع الجزائري في المادة 14 من قانون الأسرة أنه :" **الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء**"[3]، حيث يكون الصداق واجب إذا كان الزواج صحيحاً سواء بالدخول أو بغير

[1]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق،ص53.

[2]ـ هشام حضري ، المرجع السابق،ص45.

[3]– قانون رقم 84–11، المرجع السابق.

الدخول، الحكم في ذلك هو منصوص عليه في المادة 16 من ق.أ.ج حسب العبارات التالية:" **تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول**" وحسب الفقه، يتأكد المهر الواجب بالعقد الصحيح بواحد من الأمثلة الثلاثة: الدخول الحقيقي بالزوجة، الخلوة الصحيحة بين الزوجين و موت أحد الزوجين قبل الدخول، فالدخول الحقيقي يؤكد إستحقاق الصداق كاملا والأمر كذلك في الخلوة الصحيحة، إستحقاق الصداق كاملا بعد الوفاة الزوج أم الزوجة ، وتستحق نصف الصداق بالوفاة قبل الدخول .[1]

الفرع الثالث

الإشكالات المتعلقة بالولاية في عقد الزواج

لقد كانت الولاية من أهم الانشغالات التي تناولها الفقه وأخضعها لآرائه وانتقاداته فإن تعريف الولاية لم يسلم من ذلك، إذ تعتبر الولاية حق شرعي ينفذ بمقتضاه الأمر على الغير جبرا عنه، وهي ولاية عامة، ولاية خاصة وولاية على النفس، وولاية على المال إذ الولاية على النفس المقصودة هنا أي ولاية على النفس في الزواج[2]، ولتحديد مفهوم الولاية في عقد الزواج يجب أولا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، عن أبي بردة بن أبي موسى، عن أبيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "**لا نكاح إلا بولي**"، وعن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :"**أيما إمرة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن إشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له** "، فهذه الأقوال والأحاديث تدل على علو مكانة الولي في الشريعة الإسلامية.[3]

أما قانون الأسرة الجزائري فلقد نص في المادة 11 على أن: "**تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، و هو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص تختاره** "، ونص في الفقرة الثانية منها

---

[1]- الغوتي بن ملحة، المرجع السابق، ص 60.

[2]- السيد سابق، المرجع السابق، ص126.

[3]- الحافظ بن درج العسقلاني، بلوغ المرأة من أدلة الأحكام، الطبعة الثانية، مكتبة دار الفيحاء، دمشق، 1997، ص292.

على أنه: " **دون إخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القاصرين أوليائهم وهم الأب أو أحد أقارب الأولين، والقاضي ولي لمن لا ولي له**".[1]

المشرع أخذ موقفا مشترك بين اشتراط الولي في الزواج وعدم اشتراطه وحاول التوفيق بين آراء بعض الفقهاء و لكن موقفه رغم ذلك يبقى متذبذبا ، فتارة اعتبره شرطا من شروط عقد الزواج وهذا ما جاء به في المادة 9 مكرر، وتارة يبدوا قد استغنى عنه عندما أجاز للمرأة الراشدة أن تعقد زواجها بنفسها بحضور أي شخص تختاره غير الولي.[2]

أولا- إشكالية حضور الولي في العقد بالنسبة للمرأة الراشدة

تعتبر الولاية من بين أهم المسائل التي حضت بنقاش حاد، ولم يثر الجدل على ساحة الاجتماعية والقانونية بخصوص قانون الأسرة بقدر ما ثار حول إشكالية حضور الولي في العقد بالنسبة للمرأة الراشدة حيث أن المشرع كان ينص في المادة 11 قبل التعديل على أن يتولى عقد زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين، وأن القاضي ولي لمن لا ولي له، ونص في الفقرة الأولى من المادة 11 بعد تعديلها بموجب الأمر رقم 05-02 لسنة 2005 على أن: "**تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص تختاره**" ونص في الفقرة الثانية منها على أنه: "**دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أوليائهم، وهم الأب فأحد أقارب الأولين و القاضي ولي لمن لا ولي له**" .[3]

فبمقارنة هذا النص المعدل مع النص السابق فإنه يتبين أن المشرع عير عبارة يتولى زواج المرأة وليها، بعبارة تعقد المرأة الراشدة زواجها وبهذا انتقلت الفتاة الراشدة من صفة طرف في العقد إلى صفة عاقدة ، بحيث ينبغي أن تدلي على موافقتها في الزواج شخصيا أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق.[4]

---

[1]- أمر رقم 05-02، المرجع السابق.

2- سالم صادق ، الولي في الزواج، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خضير، بسكرة، 2015، ص28.

[3]-قانون84-11، المرجع السابق.

4- عبد الحكيم بوجاني، إشكالات إنعقاد وإنحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،2014،ص 69

ثانيا- إشكالات تزويج الولاية على المحضون

تنص المادة 87 المعدلة على أنه :" **يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً. وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.**[1]

يرى بعض الفقهاء أن إثبات الولاية للأم على ولدها القاصر والمجنون وغيرهما أولى لأنها أشفق وأحن من الغير ولأن ولاية المال لنفسها ثابتة لها فتثبت كذلك على الغير[2]، فإن كانت الولاية على المال فالأمر لا يطرح إشكالا، أما إذ كانت الولاية على النفس فهنا قمة الإشكال خصوصا إذا آلت الحضانة إلى الأم، فكيف للمرأة أن تتولى مباشرة عقد زواج محضونها، بالعلم أن المشرع قد جعل الولاية للقاصر بيد الولي وهو الأب فأحد أقارب الأولين و القاضي ولي لمن لا ولي له.[3]

بموجب نص المادة 222 من ق.أ.ج نستخلص أنه لا يجوز للمرأة أن تكون وليا في عقد زواج محضونها، لأنها هي ذاتها أو شخصيا لا يمكن أن تتزوج ، ولو كانت مطلقة أو أرملة إلا بحضور شخص ذكر وهذا إعمالا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه و سلم :" **لا تزوج المرأة المرأة و لا تزوج المرأة نفسها**".[4]

بالرجوع إلى المادة 87 المعدلة نجد أن المادة 87 تسند الولاية لمن آلت إليه الحضانة وفي حالة الطلاق تؤول إلى الأم بالعلم أن الأم إمرأة والمرأة لا يمكنها تزويج محضونها لاشتراط الذكورة فبالتالي هذا النص مخالف لشريعة الإسلامية، كان من المستحسن لو أن المشرع وضع القاضي

---

[1]- قانون 11/84، المرجع السابق.

[2]- زوبيدة إقروفة، الإبانة في أحكام النيابة ، دراسة فقهية قانونية، دار الأمل، تيزي ويزو، 2014، ص43.

[3]-عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص74.

[4]- نقلا عن الحافظ بن درج العسقلاني، المرجع السابق،ص293

في مكان الولي المحضون، فالمصلحة العامة تقضي تعيين القاضي كولي على المحضون وخاصة في مثل هذه الحالات [1].

ثالثا- آثار تخلف شرط الولي

بالنظر إلى نص المادة 9 مكرر التي وضعت الولي في الدرجة الثالثة من درجات سلم شروط عقد الزواج، هل هذا يعني أن غياب الولي أو تغييب الولي عن مجلس إبرام عقد الزواج ابنته سيؤدي بالضرورة إلى بطلان أو فساد العقد ؟[2]

لقد نص المشرع الجزائري على أثر تخلف الولي في عقد الزواج في المادة 32 التي تنص: " **يُبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد**".

بالإضافة إلى المادة 33 من قانون الأسرة الفقرة الثانية " **إذ تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل**".[3]

هناك حالتين الحالة الأولى أين تخلف الولي وتم اكتشافه قبل الدخول، يفسخ الزواج ولا تستحق الزوجة الصداق أما في الحالة الثانية أين يتخلف شرط الولي ولم يتم اكتشافه إلا بعد الدخول، يثبت بصداق المثل و تُرتِب كل آثار العقد وهذا حسب المادتين 32 و 33 من القانون الأسرة.

أما في حالة وجوب الولي بالنسبة للقاصر وتم العقد بدون ولي فإن هذا الأخير يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، أما إذا تم الدخول بدون ولي في حالة وجوبه وتم الدخول بالمرأة القاصرة فإن عقد الزواج يثبت بمهر المثل.[4]

---

[1]- عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص75.

[2]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 41.

[3]- قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[4]- وفاء مناد، المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة و القانون، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير، بسكرة،2015،ص53.

الفرع االرابع

إشكالات المتعلقة بشرط الشاهدين وانعدام الموانع الشرعية

شروط الزواج هي تلك التي يجب توفرها ليكون العقد صحيحاً ومرتباً لآثارهِ بحيث إذ وجدت يعتبر عقد الزواج موجوداً شرعاً وقانوناً وتثبت له جميع الأحكام والحقوق المترتبة عليه، فإذا تخلف شيء منها لم يكن العقد صحيحاً لترتيب آثار عليه بل يكون عقدً فاسداً، من بين شروط الصحة لعقد الزواج حل المرأة للتزويج بالرجل الذي يريد الاقتران بها بشرط أن لا تكون محرمة عليه بأي سبب من أسباب التحريم المؤبدة أو المؤقتة ، كما أن هناك شرط الإشهاد على الزواج إذ هذه الأخيرة تصح على العقد و يثبت بها عند القاضي.[1]

أولاً- إشكالية شرط الشاهدين

لما كان النكاح من الأمور الخطيرة و التي لها أثرها الجليل على حياة الأسرة والمجتمع أحاطه الشارع بسياج منيع و جعل له من الشروط ما يتفق ومشروعيته من اشتراط الشهادة عليه حيث أن الشريعة الإسلامية تأخذ بشرط شكلي واحد وهو الإشهاد على الزواج وهذا الشرط هو شرط الصحة لإنشاء الزواج عند الأئمة الثلاثة، أبو الحنيفي، الشافعي وأحمد.[2]

كما ذهب جمهور العلماء إلى أن الزواج لا ينعقد إلا ببينة، ولا ينعقد حتى يكون الشهود حضوراً حالة العقد و استدلوا بما يأتي: عن إبن العباس أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: " **البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة** "، رواه الترميذي وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "**لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل**" رواه الدار قطني.[3]

القانون لم يختلف مع ما جاء به الفقه الإسلامي وهذا ما يمكن ملاحظته في ق.أ.ج من خلال قراءة نص المادة 9 مكرر من ق. أ.ج بعد التعديل بموجب الأمر رقم 05-02 سنة 2005 نجد أنها جعلت من الشاهدين شرطا لصحة عقد الزواج مثله مثل الولي والصداق فالمراد

---

[1]- إبراهيم الشحات ، المرجع السابق، ص39.

[2]-عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النورة الجديدة ،بيروت، لبنان،1994، ص327.

[3]- نقلا عن السيد سابق، المرجع السابق، ص56.

بالشاهدين في عقد الزواج أن يحضر العقد اثنان فأكثر من الرجال العدول المسلمين[1] لقوله تعالى: " **وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ** "[2]، وحتى يصح عقد الزواج لابد أن يشهد عليه شاهدان عدلا، ولقد جاء مثل هذا الحديث أحاديثٌ عدة من علماء المسلمين منهم إبن عباس، علي وعمر رضي الله عنهم، فالقانون لم يختلف مع ما جاء به الفقه الإسلامي في هذا الموضوع، وإنما ما يمكن ملاحظته هو أن قانون الأسرة لم ينظم أي نص بين لنا شروط الواجب توفرها بل ذكر فقط الشاهدان في المادة 9 مكرر، التي تعتبره شرط من شروط عقد الزواج.[3]

1-شروط الإشهاد:

ما يمكن أن نلفت الانتباه إليه هو أنه وإن كان الفقهاء المسلمون قد اختلفوا حول توفر الإشهاد أو عدم ضروريته في صحة عقد الزواج، فإنهم قد اتفقوا على أن يكون الشاهد بالغاً، عاقلاً، عادلاً و مسلماً، أما قانون الأسرة الجزائري فلم يعر أي اهتمام للشروط الواجب توفرها في الشهادة وهذا يعتبر إهمالاً لا مبرر له.[4]

إذ المشرع نص على الإشهاد في الزواج لكنه لم يحدد الشروط التي يجب أن تتوفر في الشهود حتى تصح شهادتهم ، وعلى هذا علينا الرجوع إلى المادة 33 من قانون الحالة المدنية التي تنص على: " **يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 19 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون تمييز فيما يخص الجنس ويتم إختيارهم من قبل الأشخاص المعنيين** ".[5]

من بين الشروط ما يلي:

---

[1]- فوزية بوجاجة، المرجع السابق،ص61.

[2]- سورة الطلاق، الآية 2.

[3]- دليلة معزوز، إجراءات عقد الزواج الرسمي و طرق إثباته و مشكلة الإثبات في الزواج العرفي ،مذكرة ماجستير ،كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004، ص63.

[4]-عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 45.

[5]- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير سنة1970، و المتعلق بالحالة المدنية ، معدل و متمم لقانون رقم 14-08 مؤرخ في 09 أوت 2014.

ا- **البلوغ:** ينبغي توافر أوصاف معينة في الشهود وهي أولا يكون آهلاً لتحمل الشهادة وذلك بالبلوغ والعقل، فلا تصح شهادة الصبي إذا شهد على العقد، قوله تعالى:" **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ** "[1] والصبي ليس من الرجال.

ب-العقل: يجب أن يكون الشاهد عاقلاً، باعتبار أن الغاية من الشهادة الإعلان والإثبات في حالة وجود نزاع وهذا ما لا يستطيع القيام به المجنون والقاصر الغير مميز، فلا تصح الشهادة بحضور من هم ناقصوا الأهلية لعدم إدراكهم فإن كان كذلك أي شهد شخص ناقص الأهلية فهذا يظهر خطراً على العقد و أهميته.[2]

ج-العدالة : ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أنه يشترط في الشهود العدالة لقول الشافعية، لا بد من أن يكون الشهود عدولاً للحديث المقدم " **لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل** "، فالعدالةُ إشْتُرِطَتْ ولو كانت ظاهرة فقط فإذا تبين بعد العقد أنه كان فاسِقاً لم يؤثر ذلك في العقد، لأن الشرط في العدالة من حيث الظاهر أي لا يكون ظاهر الفسق.[3]

د-الإسلام : اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الزوجان مسلمين يجب أن يكون الشهود مسلمين لأنه يشهد على إبرام عقد الزواج وهذا الأخير يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية،[4] أما إذا كانت الزوجة ذمية أو كتابية فأجاز أبو حنيفة وأبو يوسف شهادة الذميين والكتابيين في هذا الحال، ورفض ذلك الشافعية والحنابلة وأوضح المشترطون الإسلام الشاهد مطلقاً بقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل** " ووجه الاستدلال أن غير المسلم ليس بعدل.[5]

هـ-التعدد: بالرجوع إلى اتفاق الفقهاء الذين اتفقوا على عدم صحة الزواج بشاهد واحد و منه تعين أن يكون عدد الشهود في عقد الزواج شاهدين على الأقل.[6]

---

[1]- سورة البقرة، الآية 282.

[2]- الغوتي بن ملحة، المرجع السابق، ص67.

[3]- السيد سابق، المرجع السابق، ص58.

[4]- فورزية بوجاجة ، المرجع السابق، ص64.

[5]-عمر بن سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص170.

[6]- فوزية بوجاجة، المرجع السابق،ص64.

و-الذكورة :اعتبر جمهور الفقهاء المسلمين شرط صحة عقد الزواج لا تصح شهادة الأنثى والشافعية والحنابلة يشترطون في الشهود الذكورة فإن عقد الزواج بشهادة رجل وامرأتين لا يصح[1]، لما رواه أبو عبيد عن الزهري أنه قال قضت السنة عن رسول الله صلى الله عليه و سلم :"**أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح و لا في الطلاق** ".[2]

2-أثر تخلف شرط الإشهاد في الزواج :

أثر تخلف الإشهاد في الزواج وفقاً لجمهور الفقهاء هو أن العقد يكون غير صحيح وبالتالي يبطل[3]، أما وفقاً لقانون الأسرة الجزائري ما يترتب من آثار على الإخلال بشرط الإشهاد في عقد الزواج يترتب عليه الجزاء المنصوص عليه في المادة 2/33، من أنه إذ تم عقد الزواج بدون شاهدين يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.[4]

ثانيا- إشكالية إنعدام الموانع الشرعية

1-أصناف المحرمات

قال النبي صلى الله عليه وسلم: " **إن الله فرض فرائضٌ فلا تضيعوها، وحد حدوداً فلا تعتادوها**" ومن جملة الحدود الشرعية التي حد الله تعالى حدودها النكاح حلاً وحرمة، حيث على الرجل نكاح نساءٌ معينة للقرابة أو رضاع، أو المصاهرة، أو غير ذلك[5].

حيث قال الله تعالى:"**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلاَئِلُ أَبْنَآئِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا**".[6]

---

[1]- السيد سابق، المرجع السابق، ص58.

[2]- نقلا عن السيد سابق ،المرجع نفسه ،ص58.

[3]- زوبير بلعواد، المرجع السابق، ص21.

[4]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق ،ص45.

[5]- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ص21.

[6]- سورة النساء، الآية 23.

من خلال هذه الآية نجد أن الفقه الإسلامي استند على القرآن الكريم والسنة النبوية، وميز بين نوعين من الموانع الأولى الموانع المؤبدة و فيها لا يجوز للشخص أن يتزوج بشخص فيه واحد من الموانع مهما طالت المدة ومادام أنه على قيد الحياة، والثاني الموانع المؤقتة فهنا المانع يزول بزوال السبب الذي أدى إلى حرمانها.

المرأة لا تحل في أي وقت من الأوقات، لأن السبب في ذلك يتعلق بالصفة اللازمة للمرأة وهي غير قابلة للزوال مثل النسب، المصاهرة و الرضاعة.[1]

ا-المحرمات المؤبدة:

***المحرمات من النسب أو القرابة:**

هن اللواتي ورد النص على تحريمهن في صورة النساء في قول الله تعالى: "**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ...**".[2]

أي أصول الشخص من النساء وهن: الأم، الجدة و إن علون، فروع الشخص وإن نزلن من النساء وهن: البنت، وبنت البنت ، وإن نزلن، فروع أبوي الشخص وإن نزلن : الأخوات سواء شقيقات أو من الأب أو من الأم وكذلك بنات الإخوة أو الأخوات و بنات و أولاد الإخوة والأخوات إن نزالن ، كما هو منصوص عليه في المادة 25 من ق.أ.ج.[3] و كذلك فروع أجداد الشخص وجدتها: العمات والخالات.

*** المحرمات بالمصاهرة :**

تتمثل في زوجات أصوله و إن علون فتحرم عليه زوجة أبيه و زوجة جده وإن علون، فزوجات فروعه وإن نزلن كما تحرم عليه زوجة إبنه و زوجة إبن إبنه إن نزلن، ويحرم عليه كذلك أصول زوجته كأمها وإن علون، فروع زوجته المدخول بها وإن نزلن وذلك لقوله تعالى: "**وَرَبَائِبُكُمُ الَّلاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ الَّتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ**"،[4]

---

[1]- الغوتي بن ملحة، المرجع السابق، ص51.

[2]- سورة النساء، الآية23.

[3]- قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[4]- سورة النساء، الآية 23.

فمن خلال الأصناف الثلاثة التي ذكرها نلاحظ أنها ثبت حرمتهم بمجرد، العقد سواء حصل دخول أم لا و لكن في النوع الرابع و الأخير تثبت الحرمة بمجرد الدخول فإن لم يتم الدخول لا تكون هناك حرمة.[1]

*** المحرمات من الرضاع:**

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، لقد ثبت التحريم من الرضاع بالكتاب والسنة في قوله تعالى: "**وَأُمَّهَاتُكُمْ الْلَّاتِى أَرْضَعْنَاكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الْرَّضَاعَةِ**" وعملاً بأحكام المذهب المالكي لقد نص المشرع الجزائري في المادة 29 من ق.أ.ج، لا يحرم من الرضاع إلا ما قد حصل قبل الفطام أو في الحولين بغض النظر عن مقدار الرضاعة.[2]

فأصناف المحرمات من الرضاعة هن: أمه من الرضاع وأمها وإن علت، أم أبيه من الرضاعة وأمها وأن علت، فروع الشخص من الرضاع وهن: بنته من الرضاع وابنتها وإن نزلن وابنة ابنه من الرضاع وابنتها وإن نزلن فروع الأبوين من الرضاع وهن: الإخوة من الرضاع وإن نزلن، فروع الجدة والجد من الرضاع وهن: عماته وخالاته من الرضاع، أم الزوجة من الرضاع وكذلك جدتها، بنت الزوجة من الرضاع، زوجة الأب والجد من الرضاع وإن علت، زوجة الابن وابن الابن وابن البنت من الرضاع وإن نزلن.[3]

ب-المحرمات المؤقتة:

حذر النبي صلى الله عليه و سلم من الخلوة بالنساء اللاتي لا يحرمن تحريماً مؤبداً فيما حذر من الخلوة بالأجنبية والدخول عليها، والمحرمة على سبيل التأقيت يحل نكاحها متى ارتفع السبب المانع من النكاح فالمحرمات إلى أمدٍ هن المحرمات إلى مدةٍ معينة أو تغير الحال إلى آخر فهن محرمات لسبب يزول.[4]

---

[1]- سعاد سطحي، فقه الأسرة، مذكرة لطلبة السنة الثانية ل.م.د. كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، د.ب.ن 2013، ص14.

[2]- دليلية معزوز، المرجع السابق، ص68.

[3]- الغوتي بن ملحة ، المرجع السابق، ص ص 52-53.

[4]- محمد بن سعيد رسلان بن عبد الله، المحرمات من النساء، دار أضواء السلف، القاهرة، 2009، ص70.

وفقا لما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 30 يحرم من النساء مؤقتاً، المحصنة فمدام الزوجة للغير فهي محرمة على الآخرين، المعتدة من طلاق أو وفاة فهي تلك التي كانت زوجة للغير ثم طلقها أو توفي عنها ولا تزال في العدة فهي محرمة إلى غاية نهاية العدة ، المطلقة ثلاث يقصد بها تلك المرأة التي يطلقها زوجها ثلاث طلقات فتصبح محرمة عليه مؤقتً إلى غاية أن تتزوج شخص آخر غيره ثم يطلقها، كما أنه يحرم مؤقتاً الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو من الأب أو من الأم أو من الرضاع، زد إلى ذلك زواج المسلمة بغير المسلم حتى يسلم وكذلك الزواج عن ما يزيد أربعة زوجات.[1]

كما يحرم على المحرم أن يعقد النكاح لنفسه بولاية أو وكالة يقع العقد باطلاً، لا يترتب عليه آثار الشريعة لما رواه المسلم وغيره، عن إبن عثمان بن عفان أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: "**لا يَنْكَحُ المُحْرِمْ وَ لا يُنْكَحُ وَ لاَ يَخْطُبْ**".[2]

2- أثر الزواج بإحدى المحرمات:

لقد نص الم.الج على الآثار التي تترتب على الزواج بإحدى الحرمات في المادة 34 من ق. أ.ج التي تنص :" **كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء** ".[3]

خلاصة القول بالنسبة إلى شرط انعدام المانع الشرعي لصحة عقد الزواج هو أن إبرام عقد الزواج مع إحدى المحرمات ، مثل عقد الزواج خطأً أو عمدًا مع الأخت أو الخالة أو مع غيرهن ممن ورد ذكرهن في القرآن الكريم يجعل منه عقداً باطلاً وأن جزاء العقد الباطل هو فسخه، سواء قبل الدخول أو بعده وهذا ما ذكر في المادة 34 أعلاه.[4]

كما ذكر في المادة 34 من ق.أ.ج وجوب إستبراء الرحم حيث تُثبت العدة من يوم الافتراق بالفسخ أو بحكم قضائي، إذ ذكر في المادة فسخ عقد الزواج قبل الدخول وبعده وهذا ما ذهب إليه

---

[1]- زوبير بلعواد ، المرجع السابق ، ص36.

[2]- نقلا عن السيد سابق، المرجع السابق، ص91.

[3]- قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[4]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق،ص52.

جمهور الفقهاء بعكس الحنفي الذي يبطل عقد الزواج إذا كانت الحرمة ويفسخ إذا كانت الحرمة فرعية،[1] أما ما يخص ثبوت نسب الولد إن وجد من الرجل الذي دخل بمن تزوج بها فاسداً وذلك حماية الولد و لمنع اختلاط الأنساب وهذا ما أكدته المادة 40 من ق.أ.ج " **يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو نكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32،33 و34 من هذا القانون**".[2]

[1]– زوبير بلعواد ، المرجع السابق، ص37.

[2]– قانون رقم11/84، المرجع السابق.

المبحث الثاني

أبرز الإشكالات القانونية المتعلقة بالرخص المسبقة لإبرام عقد الزواج

إن كل شخص مقدم على إبرام عقد الزواج لا بد أن يتزود بكل البيانات المطلوبة قانونيا لتسجيل عقده أمام ضابط الحالة المدنية، هذا هو الأصل في عقد الزواج، كما نعلم أن لكل أصل استثناء فنجد بأن هناك حالات خاصة أين لا يقدم فيها المقبل على الزواج كل هذه البيانات أو أنه يزيد عليها بيانات إضافية[1]، إضافة إلى الشروط السابقة الذكر الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، وضع المشرع الجزائري شروط تنظيمية وإجراءات إدارية لإبرام عقد الزواج[2]، و هذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث.

المطلب الأول

الرخص المتعلقة بعقد الزواج

إن عقد الزواج في بعض الحالات يستلزم إجراءات خاصة إذ جاءت هذه الأخيرة في نصوص مختلفة صادرة من جهات إدارية وتشريعية متنوعة، تجعل زواج الشخص خاضع لرخصة أو لموافقةٍ مسبقة من الغير أو من الإدارة المختصة، وهذا مثل ما يخص زواج القاصر الذي لم يبلغ بعد سن الزواج القانوني والذي يستوجب رخصة مسبقة، وكذلك الحال في تعدد الزوجات إذ الزوج يستوجب رخصة من القاضي لعقد زواجه[3]، إذ نصت المادة 31 من قانون الأسرة على خضوع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب إلى إجراءات تنظيمية[4]، فبالزيادة إلى الشروط السالفة الذكر التي يستلزم وجودها لانعقاد عقد الزواج ، وردت إجراءات خاصة واجبة لتكوين العقد الصحيح .

---

[1]- دليلة معزوز، المرجع السابق، ص89.

[2]- زوبير بولعواد، المرجع السابق، ص39.

[3]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث والوصية) الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 139.

[4]- قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

الفرع الأول

رخصة رئيس المحكمة كشرط لعقد الزواج

من خلال إستقراء المادة 7 من قانون الأسرة المعدلة نجد أنها تنص على أن أهلية الرجل والمرأة للزواج تتحقق باكتمال السنة التاسعة عشر من عمر كل واحد منهما، ثم تضيف أنه يجوز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل بلوغ الطرفين السن القانوني ومعنى ذلك أن قانون الأسرة قد أسند إلى رئيس المحكمة مهمة معقدة، والمتمثلة في مهمة أو صلاحية منح الرخصة لإبرام عقد الزواج.[1]

أولا- الرخصة الممنوحة للقاصر

جمهور الفقهاء ذهبوا إلى القول بصحة زواج الصغار دون سن البلوغ ودليلهم في ذلك قوله تعالى :" **وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ إِرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ**".[2] إذ يقصد اللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ حسب المفسرين والفقهاء الفتاة الصغيرة فنفهم من هذا الدليل جواز تزويج الطفلة القاصرة هذا من جهة الشريعة الإسلامية أما المشرع الجزائري أجاز قانون الأسرة الترخيص للقاصر بالزواج قبل تمام أهلية الزواج، والترخيص يصدره القاضي المختص بناء على طلب يقدمه ولي القاصر بعد إثبات المصلحة والقدرة على الزواج، ومن ثم موافقة الولي غير كافية في مثل هذا العقد بل يجب إذن القاضي وإلا كان عقد الزواج فاسداً، ويشترط أن يكون هذا الإذن سابقا للعقد، ولكن ماذا يمكن أن يترتب لو أن هذا الفتى أو هذه الفتاة أو كلاهما خالفا هذا النص أو تجاوزه فأبرم عقد الزواج بدون رخصة أو برخصة مزورة ؟

حيث يمكننا الإجابة عن هذا التساؤل بشكل مختصر إذ نقول أن قانون الأسرة لم ينص صراحة و لا ضمنا عن ما يترتب من أثار على مخالفة سن أهلية الزواج، ، حيث نلاحظ أن التعديل الجديد لقانون ق.أ.ج، أعطى للزوج القاصر دون الزوجة أهلية التقاضي فيما يتعلق

[1]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص59.

[2]- سورة الطلاق، الآية 4.

بالآثار المترتبة على عقد الزواج مخالفا بذلك أحكام المادة 40 من ق.م.ج التي حددت أهلية التقاضي بكمال 19 سنة كاملة [1].

الفرع الثاني

إشكالات قيود تعدد الزوجات

لم يكن الإسلام أول من شرع تعدد الزوجات، وقد كانت شريعة موسى أباحته من قبل وكان العرب يسيرون عليه من غير تحديد، و قد امتاز الإسلام بتحديد العدد، و تقيده بشروط[2].

والدليل على ذلك قول الله تعالى: "**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُسْقِطُواْ فِي الْيَتَامَىَ فَانْكِحُواْ ماَ طاَبَ لَكُمْ مِّنَ الْنِسَآءِ مَثْنىَ وَ ثُلَاثَ وَرُباعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ**".[3] وفي عهد النبي صلى الله عليه و سلم أسلم غيلان الثقفي وعنده عشر نساء، فأمره الرسول صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً ويفارق البواقي، حيث أباح الشارع للرجال التعدد إلى أربع فقط ،لأنه العدد الذي يتمكن منه هذا الأخير من تحقيق العدل، والقيام بالحقوق الزوجية .[4]

حيث تعدد الزوجات يعني اقتران الرجل بأكثر من زوجة واحدة في آن واحد على أن لا يتجاوز هذا العدد أربعة بشرط أن تتوفر في الزوج القدرة المادية على الإنفاق وأن يعدل بين الزوجات في النفقة والقسمة.[5]

أولا- إباحة التعدد في الشريعة الإسلامية

لا يعد الإسلام أول من شرع نظام تعدد الزوجات بل كان موجودا في الأمم القديمة كلها تقريباً وفي مختلف الديانات، إنما جاء الإسلام لتهذيب وتعديل هذا النظام إذ يعتبر تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية من المسائل الهامة التي يكثر عليها التساؤل، والاختلاف حول معرفة هذا

---

[1]- يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص15.

[2]- لطفي حسين أسعد، الزواج في الإسلام، وزوجات النبي محمد صلى الله عليه وسلم، المطبعة البهية المصرية، سنة 1938، ص71.

[3]- سورة النساء، الآية3.

[4]- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ص28

[5]- عزيز طارق مقران ،إجراءات تنظم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير ، بسكرة ، 2015، ص 12.

النظام وكذا معرفة مشروعيته، إذ المشروعية من الكتاب في قول الله تعالى :"**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُسْقِطُواْ فِي الْيَتَامَىَ فَانْكِحُواْ ماَ طاَبَ لَكُمْ مِّنَ الْنِسَآءِ مَثْنىَ وَثُلاَثَ وَرُباعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْماَنُكُمْ**"[1] وقوله تعالى :"**وَ لَن تَسْتَطِيعُواْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ الْنِسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلاَ تَمِيلُواْ كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهاَ كَالْمُعَلَّقَةِ وَ إِنْ تُصْلِحُواْ و تَتَّقُواْ فَإِنَّ الله كَاَنَ غَفُورا رَّحِيماً**".[2]

أما المشروعية من السنة المطهرة إذ كان النص القرآني المقدم أعلاه أجاز تعدد الزوجات حتى أربع عند تيقين العدل، فإن السنة النبوية المطهرة، بينت بدورها مشروعية التعدد، بإطاره الأخلاقي الشرعي المبني على العدل ، فقد أسلم أُناس كثيرون على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم، وكان تحتهم من النسوة ما يزيد على الأربع ، فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم باختيار أربع منهنَّ و مفارقة باقيهن، امتثالاً لما قضى الله تعالى به، وحتى لا يفوت الإحسان الذي شرعه الله تعالى لصلاح الحياة الزوجية [3].

ثانيا– الإشكالات القانونية المتعلقة بقيود تعدد الزوجات

تنص المادة 8 من ق.أ.ج المعدلة على ما يلي:" **يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت نية العدل.**"

كما ذكر كذلك في الفقرة الثانية:" **يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل الزواج بها و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.**"

ينص كذلك في الفقرة الثالثة من نفس المادة على:" **يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزواج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.**"[4]

تعرض المقنن الجزائري لتقييد تعدد الزوجات في المادة الثامنة المذكورة أعلاه كذلك في المواد 8 مكرر و 8 مكرر1 من ق.أ.ج المعدل، ومن خلالها تبين كل الشروط الواجب توفرها

---

[1]– سورة النساء، الآية 3.

[2]ـ سورة النساء، الآية 129.

[3]ـ نقلا من محمد بن محمد شتا أبو سعد، تعدد الزوجات ص30.

[4]– أمر رقم05–02، المرجع السابق.

لعقد زواج ثانٍ من ظِل وجود عقد زواج قائم، وتتمثل هذه الشروط بوجود مبرر شرعي، إعلان موافقة الزوجتين والإذن القضائي [1].

1- وجود المبرر الشرعي

كما تم ذكره سابقا في المادة الثامنة من ق.أ.ج أن من بين الشروط تعدد الزوجات وجود مبرر شرعي إذ نصت عليه في الفقرة الأولى وكذلك في الفقرة الثالثة، إذ المشرع الجزائري لم يقم بتحديد المبرر الشرعي ولم يعطي أي مثال، حيث لم يضع أي معيار للتفرقة بين المبرر الشرعي والغير الشرعي، كما أن الشريعة الإسلامية لم تفرض أو توجب وجود مبرر شرعي لإباحة التعدد[2]، وبالتالي يمكننا أن نجد الحل بالإحالة إلى المادة 222 من ق.أج التي تنص على: "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.**"[3] غير أنه ما يمكننا أن نصنفه ضمن المبرر الشرعي يمكن أن يكون عقم الزوجة أو أن تصاب الزوجة بمرض مزمن بحيث لا يستطيع الزوج معاشرتها معاشرة الأزواج[4] ولا يمكنها القيام بالالتزامات الزوجية حيث أن هاتين الحالتين وما يماثلها يعتبر من المبررات الشرعية التي تسمح للرجل أن يتزوج عليها بأخرى،[5] حيث وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى هو معيار مرن وشخصي وواسع فإنه لا سبيل إلى حصر مبررات تعدد الزوجات وهي تختلف حسب الزمان والمكان والأشخاص.

2- إعلام موافقة الزوجتين

إشترط المشرع الجزائري على الزوج الذي يود الزواج بأكثر من واحدة أن يعلم كل منهما أو منهن بأنه تزوج أو سيتزوج بأكثر من واحدة أو أنه متزوج من قبل بالنسبة للمرأة التي يقبل الزواج بها من دون أن تحدد المادة 8 من ق.أ.ج على كيفية الإعلام، ونجد البعض يحملون نص المادة

---

[1]- أعرور عائشة ، تعدد الزوجات (دراسة مقارنة) ،مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2013، ص 28.

[2]-عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص 84.

[3]- قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[4]- نادية بن فليس، تعدد الزوجات في ظل التحولات الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع ، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، باتنة ، 2005، ص 100.

[5]- أعرور عائشة، المرجع السابق، ص 30.

8 من ق.أ.ج أكثر مما يحتمل بحيث يشترطون أن يعطي الزوج للزوجات اللاحقة معلومات عامة عن وضعيته العائلية و هذا ما لا تشترطه المادة 8 من ق.أ.ج.[1]

للمرأة أن تشترط في عقد الزواج أن لا يعدد زوجها عليها، هذا ما يظهر في نص المادة 19 من ق.أ.ج التي أباحت للزوجين الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق[2].

3- الإذن القضائي المسبق

لقد ثار خلاف في الآونة الأخيرة في الجزائر جدل عنيف ونقاش حاد حول تعدد الزوجات وتعديل قانون الأسرة الجزائري وأصبح بين عشية وضحاها موضوع العام والخاص، وقد انتهى الجدل بإصدار اشتراط الحصول على ترخيص من القاضي فيما يتعلق بحالات تعدد الزوجات[3]، إذ بعد التعديلات التي جاء بها الأمر رقم 05-02 يشترط على الزوج الراغب بالزواج للمرة الثانية أن يحصل على ترخيص مسبق من طرف القاضي وهذا ما نصت عليه المادة 8 من ق.أ.ج في الفقرة الثانية والثالثة:" **يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان الزوجية.**"

" **يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية**"[4]، بناء على هذه المادة فإن التعدد لا يتم إلا بعد حصول الزوج على ترخيص قضائي يسمح له بذلك، والقاضي يتمتع في هذا الصدد بسلطة تقديرية واسعة، بحيث يمكنه منح الإذن كما يمكن له رفضه.[5]

إذ جاء في المادة 08 مكرر من ق.أ.ج: " **في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق** ." وفي المادة 08 مكرر 01 من نفس القانون :

" **يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه** " إذ من خلال هاتين المادتين يتبن لنا أن الم. الج قد

---

[1]- زوبير بلعواد، المرجع السابق، ص 3.

[2]- قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[3]- نادية بن فليس، المرجع السابق، ص 101.

[4]-قانون 11/84 ، المرجع السابق.

[5]- أعرور عائشة، المرجع السابق، ص 32.

فرض جزاءا صريحاً على مخالفة القانون فيما يتعلق بعدم إخبار الزوجة الأولى بأنه مقبل على الزواج ، و بعدم إخبار الزوجة الثانية بأنه متزوج مع غيرها زواجا مازال قائما، إذ يتمثل هذا الجزاء في فسخ عقد الزواج قبل الدخول و كذلك تأهيل كلا الزوجتين السابقة و اللاحقة الحق في رفع دعوى قضائية مطالبة التطليق، ولكن ما نلاحظه هو وجود فراغ قانوني يتمثل أولا في عدم وجود المدة الزمنية المتاحة لرفع دعوى، وثانيا سكوته عن حالة بعد الدخول .[1]

الفرع الثالث

حالة زواج الأجانب المقيمين في الجزائر والجزائريين المقيمين في الخارج

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري في المادة 31 منه التي تنص على: "**يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية** "ولقد فرض الم.الج هذه الإجراءات الإدارية لمنع التلاعب في عقود الزواج، وإشعار المجتمع بأهميتها و خطرها ، في حين أن الفقه الإسلامي لم ينص على مثل هذه القيود الإدارية.[2]

أولا- الأجانب المقيمين في الجزائر

إذا رأى شخص أجنبي يقيم في الجزائر بصفة دائمة أو مؤقتة أن يعقد زواجا في الجزائر مع شخص آخر جزائري أو أجنبي فإنه يجب عليه أن يقدم زيادة على الأوراق والشهادات التي تثبت أهليته للتعاقد وفقا لقانون بلاده أن يقدم إلى ضابط الحالة المدنية إذنا بالزواج يعطيه له والي الولاية التي يقيم بها بعد القيام بتحقيق حول ظروف وأسباب إقامته في تلك الولاية وحول سيرته وسلوكه العام.[3]

إذا من خلال نص المادة 77 من قانون رقم 14-08 لسنة 2014 الذي يعدل ويتمم الأمر رقم 70-20 لسنة1970 التي تنص في الفقرة الأولى على :"**يعاقب القاضي الشرعي أو ضابط الحالة المدنية الذي يحرر الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين**

---

[1]- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديل الوارد على قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره، مذكرة لنيل شهادة ماجيستر في قانون الأسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص 65.

[2]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص137.

[3]-عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، مطبعة البعث، قسنطينة، 1980، ص75.

بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 441 المقطع الأول من قانون العقوبات. "[1] كما تنص الفقرة الثانية من هذه المادة بعد التعديل على:" **دون الإخلال بالمتابعات الجزائية يتعرض ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي لم يطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الفصل إلى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.**"[2] إذ يلاحظ من خلال هذا التعديل أن المشرع الجزائري قد قام باستبدال مصطلح القاضي الشرعي بالموثق، كما أنه طبق عقوبة تأديبية منصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول به بدلا من الغرامة المالية التي كان ينص عليها قبل التعديل.

ثانيا- الجزائريين المقيمين في الخارج

تنص المادة 18من ق.أ.ج، بأنه يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادة 9 من هذا قانون الأسرة، أما إذا إنعقد الزواج في الخارج، فباستقراء نصوص المواد 96-97 -104 من قانون الحالة المدنية70-20 نجد أن الموظفين المختصين بتحرير عقود الزواج و تسجيلها في الخارج هم، رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفين على الدوائر القنصلية أو رؤساء المراكز القنصلية بصفتهم يتمتعون بصفة ضابط الحالة المدنية، ويبرم عقد الزواج بمقر الهيئة الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية الموجودة بالبلد الأجنبي الذي سيبرم فيه عقد الزواج بين الجزائريين أو بين جزائري وامرأة أجنبية من حاملي جنسية ذلك البلد.[3]

المطلب الثاني

الرخص الخاصة لبعض الفئات من الموظفين

إذا كان الزواج يتم متى توفر ركن والشروط المنصوص عليها في ق.أ.ج ويتم توثيقه سواء أمام ضابط الحالة المدنية أو أمام الموظف المؤهل قانوناً فإن بالنسبة لأفراد الأسلاك الأمنية

[1] ـ الأمر رقم 70-20، المرجع السابق.

[2] ـ قانون 70-20، المرجع نفسه.

[3] - فوزية بوجاجة، المرجع السابق، ص95-96.

والعسكريين يكون الأمر مختلف فهناك بعض الإجراءات التي يجب احترامها ليكون الزواج صحيح و مرتب لآثاره .[1]

الفرع الأول

رخصة خاصة بموظفي الأمن الوطني

من خلال الإطلاع على المرسوم رقم 83-481 الصادر في 1983/08/13 المتعلق بالأحكام والقواعد المطبقة على موظفي الأمن الوطني أو موظفات الأمن الوطني نجد أن المادة 23 منه تنص على أنه لا يمكن لموظفي الأمن الوطني إبرام عقد زواجهم دون ترخيص مكتوب من السلطة الوصية عليهم[2]، وهذه الرخصة للحصول عليها يجب القيام بما يلي:

- تقديم طلب مكتوب للحصول على الترخيص من الجهة الإدارية التي لها صلاحية توظيفهم في مدة 3 أشهر قبل الاحتفال بالزواج.
- إرفاق الطلب بنسخة من شهادة ميلاد الزوج و شهادة الجنسية، وعلى الإدارة أن تجيب على هذا الطلب خلال شهرين من تاريخ تقديمه.
- بالنسبة لموظفات الأمن الوطني يجب أن يثبتن أنهن قد ترسمن وفقا للمادة 23 من المرسوم.[3]

ورد النص في نفس المادة على أنه إذا أبرم موظف الأمن الوطني عقد زواجه مخالفا أحكام هذا المرسوم أو بالرغم من رفض طلبه فإن للجهة التي لها سلطة التأديب أن تتخذ أي إجراء خاص يحمي مصالح المؤسسة الأمنية بعد أخذ رأي اللجنة المتساوية الأعضاء.[4]

---

[1]- يوسف دلائدة، المرجع السابق ، ص17.

[2]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 64.

[3]- زوبير بلعواد، المرجع السابق، ص39.

[4]-عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 64.

الفرع الثاني

رخصة خاصة بزواج موظفي الجيش الوطني الشعبي و الدرك الوطني

إذا تعلق الأمر بزواج أحد الرجال العسكريين فإنه زيادة على المستندات الواجب تقديمها في الحالات العادية التي سبق ذكرها يجب عليه إذا رغب في الزواج أن يقدم نسخة من الإذن له بالزواج صادرة عن القيادة العسكرية التابع لها، وشرط وجوب الحصول على الإذن بالزواج مسبقاً يشمل العسكريين العاملين بصفة دائمة كما يشمل شباب الخدمة الوطنية إذ رغبوا الزواج أثناء الخدمة الوطنية، وكذلك الحال بالنسبة لرجال الشرطة ورجال الدرك الوطني، حيث أن الطلب الرخصة بالزواج كما يشمل العسكريين الذين هم في الخدمة الفعلية يشمل كذلك رجال الدرك الوطني و كل المجندين الخاضعين لنظام الخدمة الوطنية.[1]

[1]– عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، المرجع السابق، ص 74.

الفصل الثاني

إشكالية توثيق عقد الزواج العرفي

لقد اعتنى الإسلام بالأسرة و أرشد إلى تكوينها أساس سليم و منهج قويم وقواعد متينة وجعل ونواتها الزوج والزوجة، فالزواج في الإسلام له شأن عظيم، ومنزلة جليلة رفيعة وأساسها الزواج الصحيح[1] وقد حاولت المجتمعات البشرية منذ القدم جعل الزواج في إطار محدد وذو صبغة موحدة تفرقه عن باقي العلاقات غير الشرعية الأخرى ، وجعلت من انعقاده مناسبة سارة يفرح لها الأهل و المقربون، ومن انحلاله نكبة تلحق بطرفي العقد وأهليهما، وحرصت في ذلك على إتباع إجراءات معينة تعطي لهذا العقد الهيبة والقوة الدينية، فمثلا اشترط المسيحيون أن يتم هذا الزواج في كنيسة وبين أيدي رجل دين وأن يسجل في دفتر قيد عقود الزواج الذي يمسكه رئيس كل كنيسة، بينما يشترط الإسلام ضرورة توافر الرضا، الأهلية، الولي، الصداق، الشهود وخلوهما من الموانع الشرعية لانعقاده، وقد جاءت القوانين الوضعية في الدول الإسلامية، وأمرت بتسجيل عقد الزواج لأهداف عملية تحفظ الحقوق من الضياع.

شأنها شأن قانون الأسرة الجزائري الذي استوجب قيد الزواج في سجلات الحالة المدنية، ورغم صراحة النصوص القانونية بضرورة تسجيل عقد الزواج إلا أن بعض الأفراد يغفلون هذا الشرط ويعقدون دون تسجيلها وهو ما يعرف بالزواج العرفي، الذي يطرح العديد من الإشكالات من الناحية القانونية والعملية كما أنه يطرح مشكلة كيفية إثبات هذا النوع من العقود وإيجاد وسائل و طرق إثباته، حيث سوف نتعرض في هذا الفصل إلى إشكالية الإثبات في الزواج العرفي **(المبحث الأول)**، كذلك إشكالية تسجيل عقد الزواج العرفي وطرق إثباته **(المبحث الثاني)** .

[1]– نور الدين إبراهيم، إشكاليات الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص1.

المبحث الأول

إشكالية الإثبات في الزواج العرفي

يعد الزواج العرفي ظاهرة اجتماعية وقانونية تزداد يوما بعد يوم، ورغم أنه يعد زواجا صحيحا شرعا إلا أن عدم استكمال توثيقه يعرض الأسرة لعدة مشاكل، حيث أن الزواج العرفي غير موثق بوثيقة رسمية تصدر من موثق مختص مخول له الحق في إصدارها والزواج لا ترتب كل آثاره إلا بعد تسجيله وعليه سنتطرق مفهوم الزواج العرفي **(المطلب الأول)** و بعد ذلك آثار عقد الزواج **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

مفهوم عقد الزواج العرفي

حينما نتعرض لتعريف الزواج العرفي يكون الأصل في كلامنا هو الواقع التي تمر به الأمة، فالزواج الشرعي قد سبق تعريفه، وهو عقد يفيد حل الاستمتاع لكل العاقدين بالآخر على الوجه المشروع بالركن والشروط السابق إيضاحها[1] أما الزواج العرفي قد عرف بتعريفات عديدة وبعبارات مختلفة إذ هو اصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج الغير الموثق بوثيقة رسمية.[2]

الفرع الأول

تعريف عقد الزواج العرفي و حكمه

سنتطرق إلى تعريف الزواج العرفي وبيان حكمه في الفقه والقانون.

[1]– محمد بن محمود جمال الدين، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 88.

[2]– أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي، حقيقته، أحكامه، وأثاره، والأنكحة ذات الصلة به، دار العاصمة للنشر والتوزيع، 2005، ص79.

أولا- تعريف عقد الزواج العرفي

عرفت مجلة البحوث الفقهية المعاصرة الزواج العرفي باعتباره، فقالت: "هو اصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية، سواء كان مكتوبا أو غير مكتوب".[1]

فالزواج العرفي يطلق على عقد الزواج الذي لم يوثق بوثيقة رسمية، وهو نوعان نوع يكون مستوفيا للركن والشروط، ونوع لا يكون مستوفيا لذلك فالأول عقد صحيح شرعا يحل به التمتع وتتقرر الحقوق للطرفين والذرية الناتجة منها، أما النوع الثاني من الزواج العرفي فلا.[2]

فعرفه أيضا سليمان الأشقر بأنه "عقد لم يسجل في المحكمة الشرعية ولم يجر على يد مأذون ولم تصدر فيه وثيقة زواج".[3]

من خلال التعاريف السابقة للزواج العرفي، نصل إلى انه زواج متوافر على ركن الرضا، الأهلية وولي الزوجة والشهود، وانعدام الموانع الشرعية وكل ما في الأمر انه لم يوثق لدى الجهات المكلفة بتسجيله، وقد اصطلح عليه الفقهاء الزواج العرفي لأنه يتم وفق ما تعارف عليه الناس منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم كما يطلق عليه الزواج المغفل لإغفاله لعدم تسجيله، ويصطلح عليه عقد زواج شرعي لأنه مكتمل الأركان الشرعية كما يطلق عليه اسم الزواج بالفاتحة لاقترانه بها.[4]

ثانيا- حكم للزواج العرفي الشرعي

اختلفت الآراء في شأن حكم الشرعي للزواج العرفي وذلك من حيث الصحة والبطلان أو الجواز والمنع وذلك على النحو التالي:

---

[1]- مريم غماري ، الزواج العرفي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أو الحاج، البويرة، 2013، ص19.

[2]- عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي المشكلة والحل، (د.ط)، دار الروضة للنشر والتوزيع، مصر، (د.س.ن)، ص38.

[3]- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط02، دار النفائس، بيروت، (د.س.ن)، ص175.

[4]- كريمة محروق،" واقع الزواج العرفي في الجزائر أسبابه ومفاسده وإجراءات الحد منه" ، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 39، جامعة قسنطينة، 2013، ص132.

1-الصحة والجواز

يرى أصحاب هذا القول بأن الزواج العرفي المستوفي لركنه وشروطه غير موثق رسميا زواج شرعي صحيح جائز، تترتب عليه أحكام الزواج وحقوقه وأثاره الشرعية ولا يؤثر عدم التسجيل الرسمي في صحته وإباحته، مع كون التوثيق الرسمي أولى وأحسن نظرا لظروف العصر الحاضر.[1]

لقد أجمع العلماء المعاصرين على إباحة وصحة هذا الزواج نذكر منهم "فضيلة الشيخ عبد الرحمن الجبرين"، الذي حدد شروط النكاح في: الولي والشاهدان، والإيجاب والقبول، وانتقاء الموانع فإذا تمت الشروط وزلت الموانع صح عقد النكاح.

كما عرف فضيلة الشيخ يوسف القرضاوي بأنه زواج شرعي غير مسجل ولا موثق ولكنه زواج عادي , يتكفل فيه الزوج بالسكن والنفقة للمرأة.[2]

2-المنع والحرمة

ذهب فريق من العلماء على أن الزواج العرفي ممنوع وحرام ولا يجوز ذلك بسبب أنه لا يحقق مقاصد الزواج الشرعية، خصوصا في هذا العصر الذي كثر فيه الفساد والفتن.

فشرع الله الزواج لتحقيق أهداف اجتماعية ومقاصد مثلى منها إقامة الحياة الآمنة المطمئنة بين الزوجين القائمة على السكينة والمودة والرحمة، وإقامة أسرة مترابطة متحابة يأنس فيها الزوج إلى زوجته ليجد عندها راحته وتجد هي الحماية وصون الكرامة، مما يساعد على استمرار الحياة واعتمار الأرض وكذا المحافظة على الأنساب، فمن الظاهر جدا أن الزواج العرفي لا يؤدي إلى المحافظة على الأنساب بل على عكس أنه يضيعها.[3]

---

[1]- صبرينة أوعبد القادر ، المرجع السابق، 2013، ص41.

[2]- نقلا عن غماري مريم، المرجع السابق، ص ص 46-47.

[3]- فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير رسمي، ط01، مجموعة النيل العربية للنشر، القاهرة، 2001، ص75.

3-موقف المشرع الجزائري

بالنظر إلى موقف القضاء الجزائري حول عقد الزواج العرفي، فنلاحظ أن أغلب قراراته استقرت على تثبيته واعتباره صحيحا بمجرد استيفائه لعناصره الشرعية منها:

القرار الصادر22-11-1982 "**يعتبر كل زواج صحيحا إذا توفرت أركانه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وترتب أثاره عليه كافة الحقوق**".[1]

وفي قرار آخر قضى بأنه "**متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة فان القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بابيهم يكون موافقا للشرع والقانون, ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن**".[2]

الفرع الثاني

أسباب انتشار الزواج العرفي

للزواج العرفي أسباب عديدة يصعب تحديدها، لكن مع ذلك يمكن إرجاع هذه الأسباب إلى:

أولا- الأسباب الدينية

إن استمرار التعامل في الارتباط لدى الأسرة الجزائرية عن طريق عقود الزواج العرفية رغم مشاق تسويتها إداريا، يرجع أساسا إلى تأثر المواطن بإحكام الشريعة الإسلامية التي لا تعرف الشكلية أو الرسمية في إبرام العقد، فسهولة إجراءات عقد الزواج رغم إصدار العديد من القوانين التي تلزم المواطنين بتسجيل عقود زواجهم منذ الاستقلال.[3]

ثانيا- الأسباب الإدارية

من بين الأسباب التي تجعل الأشخاص يلجؤون إلى العقود العرفية هو أن إبرام الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية يتطلب العديد من الشروط والوثائق الإدارية، فلا يكون الحل إلا

---

[1]- نشرة القضاة، قرار مؤرخ في 1982/12/25، ملف رقم 28784، عدد 2، ص32، نقلا عن دلاندة يوسف، قانون الأسرة "مدعم بأحداث واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث"، دار هومة، الجزائر، 2004، ص17.

[2]- قرار مؤرخ في 1989/12/25، ملف رقم58224، م.ق، عدد 4، ص110، نقلا عن دلاندة يوسف، المرجع نفسه، ص19.

[3]- صبرينة أوعبد القادر، المرجع السابق، ص45.

بالزواج العرفي الخالي من هذه الإجراءات ووجود مجموعة من النصوص القانونية التي سنت لأجل معالجة عقود الزواج منذ إنشاء نظام الحالة المدنية في الجزائر إلى يومنا هذا تعد من العوامل الأساسية لوجود الزواج العرفي، لكونها تكتفي بالمعالجة الجزئية ولم تعتن بقيم المجتمع في شأن الزواج فأصبحت دون فعالية في المجتمع.[1]

ثالثا- الأسباب المادية والمعنوية

قد يكون الهدف من إبرام عقد الزواج العرفي تحقيق الغاية التي تكمن في عدة أهداف أخرى كالمال أو الشهرة أو منفعة أو غيرها من الدوافع غير المباشرة أو الخفية، فقد يحدث أن تطلب امرأة ثرية أن تتزوج بطريقة عرفية من زوج يعجبها، وهو متوسط الحال أو فقير، ففي هذه الحالة الرجل يقبل التزوج بها بطريقة عرفية وذلك لهدف تخلصه من فقره أو مديونيته والعيش مع هذه المرأة دون أية ركيزة قانونية أوتحمي زواجهما، ويحدث أن تكون هذه الغاية أو المصلحة تقصدها امرأة أرملة من وراء زواجها الثاني بطريقة عرفية، وهذه المصلحة كان تريد مثلا استمرارية بقاء معاش زوجها الأول فان أباحت بزواجها هذا فسوف ينقطع المعاش عليها أو تريد الاحتفاظ بنفقة أولادها إن كانت مطلقة، فتلجأ إلى الزواج العرفي حتى لا تفقد هذه النفقة وسكن الحضانة إن وجد، وقد تمارس هذا النوع من الزواج العرفي من طرف نساء يجهلن خطورة هذا الإجراء وما قد يرتب من آثار قانونية لها الإلزامية كما لو كان الزواج رسميا.[2]

رابعا- الأسباب القانونية

تعد الأسباب القانونية من أحد أهم العوامل التي تدفع الأفراد نحو التهرب من توثيق عقود زواجهم، فيقصد بها القيود والأحكام التي يفرض القانون على الأفراد احترامها والالتزام بها عند إجراء عقود زواجهم، وقد برزت بعد تعديل قانون الأسرة الجديد حيث استحدث المشرع الجزائري مواد جديدة، وتعديلا لمواد قديمة تضم قيودا يتعذر بعض الأفراد الالتزام بها لعدم توافرهم على الشروط اللازمة، الأمر الذي أدى إلى تزايد ملحوظ لظاهرة الزواج غير الموثق وتتمثل هذه القيود فيما يلي:

---

[1]- مريم غماري ، المرجع السابق، ص46.

[2]-صبرنة أوعبد القادر ، المرجع السابق، ص46.

1-الأسباب القانونية العامة

- **تعدد الزوجات:** نص المشرع الجزائري على تعدد الزوجات في المادة 08 المذكورة سابقا، كما نص في المادة 08 مكرر من ق.ا.ج: "**في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوة قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق**"، وجاء في المادة 08 مكرر01: "**يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيص من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه**".[1]

فالمشرع الجزائري بعد أن أباح تعدد الزوجات أورد قيودا على ذلك اعتبرها بعض الأفراد ثقيلة بالنسبة لهم ولم يجدوا طريقا سهلا سوى اللجوء إلى الزواج غير الموثق، الزواج العرفي، إذا يجب على الراغب في التعدد أن يلتزم بالقيود المحددة في المادة 08 من ق.أ.ج. السابق ذكرها.[2]

زيادة على ذلك استحضار الفحوصات الطبية التي استحدث المشرع الجزائري مادة جديدة يلزم بموجبها كل المقبلين على الزواج بإجراء فحص طبي يثبت سلامتهم الجسدية من الأمراض وتقدم شهادة الفحص الطبي لضابط الحالة المدنية أو الموثق ويمتنع معها عن تحرير عقد الزواج إذا لم يحضر الزوجان شهادة تثبت إجراء فحص طبي شامل، وعليه يعد إجراء الفحص الطبي قيدا على بعض الأفراد من عدة جوانب، فقد يكون أحد الزوجين مصابا بمرض ويخشى معرفة الطرف الآخر بحاله فيمتنع عن إتمام الزواج فيلجا إلى الزواج غير الموثق.[1]

علاوة على ذلك التهرب من التبعات القانونية فيرتب عقد الزواج العرفي تبعات قانونية سواء تلك المنجزة عن الزواج مثل مطالبة الزوجة بمسكن خاص عن الأهل والنفقة عليها وعلى أبنائها وغيرها من التبعات، تظهر جليا عند التنازع أو ما يترتب عن الطلاق من نفقة العدة ونفقة الأبناء وتعويض الزوجة على الطلاق التعسفي وغيرها من الإجراءات القضائية الواجبة، وما يترتب عنها

---

[1]- أمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[2]- كريمة محروق، عقد الزواج غير موثق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2007، ص120.

من مصاريف قضائية وصدور أحكام ونفقات التنفيذ وإجراءات الطعن وغيرها من العراقيل القضائية،[1] فكل هذا يجعل الأفراد يلجؤون إلى الزواج العرفي وذلك حتى يتسنى لهم التهرب من المسؤوليات القانونية.

2-الأسباب القانونية الخاصة

وهي على النحو التالي:

- **حالة المطلقين:** أين يلزم القانون كل مطلق أو مطلقة إحضار إلى جانب الوثائق شهادة الطلاق بالنسبة للرجل وشهادة تثبت أن الطلاق تم منذ أكثر من ثلاثة أشهر بالنسبة للمرأة، فأمام صعوبة استخراجها أي مثل هذه الشهادة يضطر الأفراد للزواج العرفي.
- **حالة موظفي الأمن والمنتمين إلى الجيش الوطني:** يشترط لهم القانون زيادة على الشروط الواجب توافرها لتوثيق عقود زواجهم أمام مصالح الرسمية أن يقدموا رخصة تسلم لهم من الإدارة المستخدمة بعد إجراء بحث اجتماعي حول العائلة المراد مصاهرتها، فمن المعلوم أن تسليم الرخصة من قبل الإدارة في أكثر الأحيان يأخذ وقتا طويلا ينجم عنه رفض منح الرخصة لأسباب موضوعية قد تتعلق بسلوك الزوجة، أو السيرة السيئة للأسرة، الأمر الذي يدفع الأفراد للزواج العرفي.[2]
- **حالة الزواج بالأجانب:** يحدث أن ترغب امرأة جزائرية في الزواج بأجنبي غير مسلم، والأجنبي في مفهوم القانون هو كل شخص لا يحمل الجنسية الجزائرية، ولكون زواج المسلمة بغير مسلم محضور شرعا وقانونا، فإنه يتعين على الأجنبي غير المسلم أن يدين بالإسلام وأن يحضر شهادة تدينه بالدين الإسلامي من مصالح شؤون الدينية تثبت ذلك، كما يتعين عليه وعلى المرغوبة بالزواج بها إحضار ترخيص بالزواج من الأجنبي يستخرج من مديرية التنظيم والشؤون العامة بالولاية.[3]

---

[1]- كريمة محروق، عقد الزواج الغير الموثق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص122.

[2]- كريمة محروق، واقع الزواج العرفي في الجزائر أسبابه ومفاسده وإجراءات الحد منه، المرجع السابق، ص137.

[3]- كريمة محروق، المرجع نفسه، ص137.

- صغر السن (أهلية الزواج): حدد المشرع السن للزواج كقاعدة عامة، لكن ترد عليه بعض الاستثناءات في حالة توفر كل من شرط المصلحة والضرورة في أحد المتعاقدين، فتحديد سن الزواج يعتبر من النظام العام لا يمكن مخالفته إلا بإعفاء من السن القانونية من رئيس المحكمة وبرخصة يمنحها القاضي، وهذا الأخير أحيانا يرفض تقديم ترخيص بالزواج وهو الأمر الذي يجعل الأولياء والشباب يلجؤون إلى الزواج العرفي الذي لا يتطلب استحضار هذه الرخصة.[1]

خامسا- الأسباب الاجتماعية

تعد الأسباب الاجتماعية إحدى أهم العوامل وراء انتشار الزواج العرفي، وتتمثل هذه الأسباب في الفوارق الاجتماعية وتأخر سن الزواج والصعوبات المادية، إضافة إلى انتشار البطالة وغلاء المعيشة وقلة الأجور، أزمة السكن كذلك غلاء قيمتها و إيجارها، وقلة مناصب الشغل،[2] زيادة إلى انعدام الثقافة القانونية والتوعية بالمخاطر الناجمة عن عقد الزواج غير الموثق، كما أن انعزال بعض البلديات يجعل الأفراد ينظرون إلى التنقل لتسجيل عقد الزواج على انه عبئ ثقيل لا طائلة منه.

المطلب الثاني

أثار عقد الزواج العرفي

تترتب عن انعقاد الزواج العرفي مجموعة من الآثار يمكن أن تكون ايجابية أو سلبية، وهذا نظرا لطابعه الخاص ما يجعل من الآثار الناجمة عنه متميزة عن غيره من العقود، وتتمثل في أثار قانونية ومادية واجتماعية منها ما يتعلق بالزوجة والأبناء الناتجين عن هذا الزواج.

[1]- عبد السلام زايدي، عليلي يوبى ، شروط عقد الزواج في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 71.

[2]- كريمة محروق، عقد الزواج الغير الموثق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، المرجع السابق، 139-140.

الفرع الأول

الآثار القانونية

تترتب عن عقد الزواج العرفي أثار قانونية تمس الأبناء الناتجين عنه وكذا الزوجين.

أولا- الآثار القانونية على الأبناء

الزواج العرفي عرضة لضياع الأنساب، لأنه غير موثق، لذا تنشأ عنه قضايا لإثبات النسب وأخرى لنفيه، ولا شك أن من أسمى أهداف التي شرع الله سبحانه وتعالى لعباده من اجلها المحافظة على الأنساب،[1] وذلك بأن ينسب الولد إلى والده ولكن هذا ليس دائما بالأمر السهل، لذا حصرت الشريعة الإسلامية طرق إثبات النسب في الزواج الفاسد أو الوطء بالشبهة أو الإقرار أو البينة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نص في المادة 40 من ق.أ.ج،[2] فالولد يمكن أن ينسب إلى والده من الزواج الصحيح متى كان الزواج شرعيا ومتى أمكن الاتصال بين الزوجين ولم يكن الزوج قد نفاه بالطرق الشرعية، كالملاعنة، ومتى حصلت ولادته خلال اقل مدة الحمل وأقصاها.

وإذا كان تحديد الفاصل الزمني بين تاريخ الزواج وتاريخ الولادة لا يثير أي إشكال بالنسبة للزواج الرسمي أين تكون التواريخ مضبوطة نتيجة التسجيل فان الأمر قد يكون دون ذلك بالنسبة للزواج العرفي فالتواريخ تحدد بصفة تقريبية يعتمد فيها على ذاكرة الشهود مما قد يؤدي إلى ضياع الأنساب خصوصا في حالة الإنكار.[3]

ثانيا- الآثار القانونية على الزوجين

يهدف عقد الزواج على صيانة الزوجين، والحفاظ على الجنس البشري ومنع الأنساب من الاختلاط، وإذا انعقد صحيحا تترتب عنه آثار على الزوجين وأهمها:

---

[1]- فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص49.

[2]- نص المادة 40 من القانون رقم 84-11 على أنه: "**يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 و43 من هذا القانون**".

[3]- نور الدين بن براهيم ، المرجع السابق، ص33.

1-الواجبات والحقوق المشتركة

إن الواجبات التي تقع على عاتق الزوجين من أجل إنجاح العلاقة الزوجية واجبات كثيرة ومتنوعة نظرا لأهمية هذا العقد وحساسيته في بناء المجتمع، وقد ذكر المشرع هذه الآثار في نص المادة 36 من ق.أ.ج بنصها: "**يجب على الزوجين:**

ا-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،

ب- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة،

ج- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم،

د- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات،

هـ- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم،

و- المحافظة على روابط القرابة والتعاون مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف،

ي- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".[1]

فحسب هذه المادة، نستنتج أن الحقوق المشتركة بين الزوجين هي حقوق ثابتة بينهما، وفي نفس الوقت تكون واجبة عليهما.

2- الحقوق والواجبات المستقلة

هي تلك الحقوق والواجبات التي يستقل بها كل طرف، فلا تثبت هذه الحقوق إلا إذا قام الطرف الأخر بواجباته حسب ما نصت عليه المادة 37 من ق.أ.ج قبل التعديل.

فمن بين حقوق الزوجة على زوجها، حقوق مالية وأخرى غير مالية.

أ- حقوق مالية:

- الصداق(المهر): وهو المال الذي يدفعه الزوج حقا للمرأة بمقتضى عقد الزواج، فهو يعد حقا لها سواء كان معجلا أو مؤجلا.

[1]- قانون84-11، المرجع السابق.

النفقة: هي واجبة على الرجل وهذا الوجوب ثابت بالكتاب والسنة والإجماع وحتى القانون، فعرفتها المادة 78 ق.أ.ج على أنها: "**تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**".

فإن شرط وجوب النفقة فقد نصت عليه المادة 74 ق.أ.ج[1] وهي الدخول بالزوجة والعقد الصحيح على المرأة ويضيف الفقهاء شرط آخر وهو صلاحية المرأة للمتعة.

ب-حقوق غير مالية:

- العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة: خولت الشريعة والقانون للرجل حق الزواج بأكثر من امرأة وذلك بمراعاة شروط التعدد، المتمثلة في الخضوع إلى أحد المبررات الشرعية، كما يجب إعلام الزوجة السابقة واللاحقة، والعدل في المعاملة بينهن.

- زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف: إن زيارة الزوجة لأهلها حق لها طالما أنها لا تتعسف في استعماله ولا يستطيع الزوج منعها من ذلك إلا لخوف عدم الأمن عليها، وقد قال الفقهاء أن لها حق زيارة والديها مرة كل أسبوع إذا كانوا يقطنون في نفس المدينة.[2]

- حرية التصرف في مالها: وهذا الحق ضمنته لها الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: "**للرجَال نَصيبٌ ممَا اكتَسَبُوا وَللنسَاء نَصيبٌ ممَا اكتَسَبنَ**".[3]، كما نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 37 من قانون الأسرة بعد التعديل.

وهناك حقوق الزوج على زوجته و هي:

- **حق الطاعة:** أوجب الله تعالى على المرأة أن تطيع زوجها طاعة مطلقة في غير معصية الله، أما الطاعة فيقصد بها مرافقتها إياه استجابتها لطلبه وتلبية رغباته.[4]

---

[1]- قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2]- مريم غماري، المرجع السابق، ص54.

[3]- سورة النساء، الآية 32.

[4]- عبد رب النبي علي الجارحي، المرجع السابق، ص71.

وإذا كانت هذه الحقوق قد أقرها القانون فإن هناك حقوق أخرى أقرتها الشريعة الإسلامية للزوج وهي:

- **حق الاحتباس:** هو قرار الزوجة في بيت زوجها لقوله تعالى: " **وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى**"،([1]) ذلك أن من واجبات الأساسية الإشراف على بيت الزوجية وإدارة شؤونه الداخلية ورعاية الأولاد.

- **حق التأديب:** من حق الزوج على زوجته أن يقوم بتأديبها في حدود ما يسمح به القانون والشريعة، وبما أن الزوج هو رب الأسرة فحال عدم قيام الزوجة بطاعة زوجها بإمكانه تأديبها بالموعظة الحسنة أو بالهجر في المضجع أو الضرب غير المبرح[2].

الفرع الثاني

الآثار المادية والاجتماعية

إن عقد الزواج العرفي تترتب عليه آثار مادية تمس الزوجين والأبناء الناتجين عنهما معا، وكذا آثار اجتماعية تمس بقيم المجتمع والأسرة.

أولا- الآثار المادية

من أهمها استحقاق الزوجة والأبناء للنفقة والميراث، وكذلك استحقاقها للصداق.

1- فالنفقة على الزوجة نص عليها المشرع الجزائري في المادة 74 ق.أ.ج[3] التي تنص بشكل واضح على وجوب تولي الزوج الإنفاق على زوجته كمبدأ عام وذلك متى تم الدخول بها إلى بيت الزوجية، أو متى دعيت إليه على الأقل ذلك أنه إذا لم يقع الدخول بالزوجة أو رفضت الدخول رغم دعوتها إليه فإن حقها في النفقة على زوجها يسقط، ولم يعد لها الحق في طلب النفقة ما دامت غير مدخول بها أو ما دامت قد دعت إلى الدخول ورفضت ذلك.[4]

---

[1]- سورة الأحزاب، الآية 33.

[2]- عبد رب النبي علي الجارحي، المرجع السابق، ص73.

[3]- قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[4]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص105.

2-أما النفقة على الأبناء فقد نصت عليها المادة 75 من ق.أ.ج "**تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، بالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا بآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب**"[1]. من خلال هذه المادة نستنتج أن نفقة الوالد تجب على أبنائه إن لم يكن لهم المال، فالنفقة على الذكر تكون إلى بلوغه سن الرشد، أما النفقة على الإناث فتكون إلى زواجهن، وتستمر النفقة في حالة ما إذا كان الولد عاجزا بسبب مرض عقلي أو بدني أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب.

بالرجوع إلى نص المادة 76 من ق.أ.ج[2] التي تنص على: "**في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك**" يتضح لنا أن المشرع الجزائري كان واضحا حول النفقة مبرزا أنها من حق الزوجة والأبناء، لكن في حالة عجز الأب عن القيام بواجب النفقة فإن هذا الواجب ينتقل إلى الأم لتتحمله إذا كانت قادرة.

3- استحقاق الزوجة والأبناء للإرث حق مخول شرعا وقانونا، ففي عقد الزواج الصحيح يترتب عليه حق ثبوت الإرث بين الزوجين، إما مات أحد الزوجين أثناء الحياة الزوجية أو أثناء العدة، لذا أجمع المسلمون على ميراث الأولاد من والدهم ووالدتهم، و ميراث الرجل من زوجته وميراث الزوجة من زوجها عند اختفاء الموانع، فالميراث في عقد الزواج العرفي ثابت لكونه زواجا صحيحا كعقد الزواج الرسمي، فيرث الزوج زوجته وهي بالتالي ترثه إذا مات بمجرد العقد، كما يرث الولد أبويه نتيجة النسب الصحيح بالزواج العرفي.[3]

4-أما بالنسبة لاستحقاق الزوجة للصداق في عقد الزواج العرفي غير الموثق رسميا زواج شرعي صحيح، لذا يجب فيه المهر بأحكامه المذكورة سابقا، وهو حق الزوجة ثابت لها شرعا، وعلى الزوج أداؤه معجلا أو مؤجلا حسب الاتفاق.[4]

---

[1]- قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2]- قانون رقم 84-11، المرجع نفسه.

[3]- مريم غماري ، المرجع السابق، ص ص 56-57.

[4]- أحمد بن يوسف بن أحمد الدروييش، المرجع السابق، ص ص161-162.

ثانيا- الآثار الاجتماعية:

من بين الآثار الإجتماعية المترتبة عن الزواج العرفي:

1-مسائل ذات طابع قضائي:

لقد أورد المشرع الجزائري مجموعة من العقوبات والجزاءات المترتبة على الجرائم الواقعة بين الفروع والأصول وخصها وحصرها دون غيرها من الجرائم التي تقع بين الأفراد بظروف مشدَدة في العقوبة، لذا تنجر على ذلك إرهاق القضاء بقضايا الزواج العرفي حيث عرف القضاء تزايد في عدد القضايا التي تتضمن تثبيت عقود الزواج وبالتالي تشكل عبئا عليها، زيادة على قضايا الأحوال الشخصية المتعلقة بالنفقة والميراث والطلاق وآثاره، وأدى ذلك إلى ظهور التحايل من طرف الأشخاص لتثبيت عقود زواجهم دون وجه حق حيث يعمد الأفراد إلى إحضار شهود زور لتثبيت عقود زواجهم، فلا يسع المحكمة في هذه الحالة إلاَ الحكم بتثبيتها و منحهم مراكز قانونية وترتيب حقوق دون استحقاق.[1]

2-المشاكل المتعلقة بالتزوير:

قد يؤدي الزواج العرفي إلى جريمة التزوير, وذلك بتزوير وثائق هذا الزواج في أوراق عرفية للهروب من العقوبة المقررة أو تهديد الفتيات بإجبارهن على توقيع الزواج العرفي مع عدم الرغبة فيه، وقد تحاول المرأة تزوير الوثائق لإثبات حقوقها أو إثبات نسب ولدها بطريقة غير شرعية، وهذا يحتاج إلى نشر الوعي الإسلامي والدعوة إلى الزواج الرسمي الموثق، وتذليل كافة العقوبات أو المشكلات التي تعترض طريقه سواء من قبل الأولياء أو الجهات المختصة في الدولة.[2]

3-زواج المحارم أو الزنا:

قد ينتج عن الزواج العرفي أبناء وبنات، وبعد مرور السنوات قد يلتقي الأبناء والبنات بأخواتهم وبإخوتهم من الأب في الزواج العرفي، بعد موت الأب، وقد يتزوج بعضهم البعض وهذا ما يدعى بزواج المحارم الذي هو محرم حيث قال سبحانه وتعالى: "**حُرِمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَهَاتكُمْ وَبَنَاتكُمْ**

---

[1]- كريمة محروق، واقع الزواج العرفي في الجزائر أسبابه ومفاسده وإجراءات الحد منه، المرجع السابق، ص147.

[2]- أحمد بن وسف بن أحمد الدرويش، المرجع السابق، ص 190.

وَأَخَوَاتِكُمْ"،[1] وبالرغم من هذا التحريم فإن الحياة تكشف عن وقائع تؤكد حقيقة ارتكاب هذه المحرمات.[2]

المبحث الثاني

إشكالية تسجيل عقد الزواج العرفي وطرق إثباته

بعد أن تطرقنا إلى إشكالية الإثبات في الزواج العرفي في المبحث الأول من هذا الفصل حيث عالجنا مفهوم الزواج العرفي وحكمه فمن خلاله يتضح أن إشكالية الزواج العرفي تنصب على مسألة تسجيله، فهذا الأخير يقتضي إجراءات خاصة تختلف باختلاف مكان انعقاد العقد والفترة الزمنية التي أبرم فيها، فسوف نتناول مسألة تسجيله وإثباته التي تعد من أهم المشاكل التي تقابل طرفي هذا الزواج، بحيث سنتطرق إلى إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي **(المطلب الأول)** وذكر طرق إثباته**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي

سعى المشرع الجزائري إلى تنظيم قواعد وإجراءات تسجيل عقود الزواج العرفية، وذلك في عدة قوانين ومراسيم منها ما صدر قبل الاستقلال ومنها ما صدر بعده، فالبرغم من ذلك إلا أنه بقيت مشكلة عقد الزواج العرفي سائدة في المجتمع الجزائري.

رجوعا إلى قانون الأسرة نلاحظ أنه نص على أن إثبات عقد الزواج يتم بموجب حكم صادر من قاضي الأحوال الشخصية بعد إجراء تحقيق لإثبات الزواج، وهذا ما دلت عليه المادة 22 من ق.أ.ج[3] بنصها على: "**يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.**

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"، بينما نلاحظ أحكام قانون الحالة المدنية أنه أشار إلى أن التسجيل يتم وفقا لأمر بسيط بناء على عريضة يقدمها

---

[1]- سورة النساء، الآية 23.

[2]- فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص55.

[3]- أمر رقم 05-02، المرجع السابق.

وكيل الجمهورية إلى رئيس المحكمة مرفقة بالوثائق التي يقتضيها العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 39 من ق.ح.م.ج، "... **يصادر مباشرة إلى قيد عقود الولادة والزواج والوفاة بدون نفقة عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدولة القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي يمكن تسجيلها فيها بناء على مجرد طلب من وكيل الدولة لهذه المحكمة...**"[1] فمن هنا يطرح التساؤل متى تطبق أحكام قانون الحالة المدنية؟

الفرع الأول

تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه

نظم قانون الحالة المدنية في مواده قواعد وإجراءات عقد الزواج الواجب إتباعها لإثباته وتسجيله، وكذا حدد الجهة القضائية المختصة، فإجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه تختلف باختلاف مكان وإبرام العقد إذا ما كان داخل التراب الوطني أو خارجه.

أولا- تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم داخل الوطن

إن المتزوجين عرفيا، غير المتنازعين حول واقعة الزواج، في كثير من الأحيان يلجؤون إلى الموثق من أجل التصريح أمامه بقيام الرابطة الزوجية بينهما، بعد إثبات توافر أركانها، فتلك التصريحات يدونها الموثق ضمن وثيقة تعرف بالإقرار بالزواج وتقارير بالزواج. إن هذا الإقرار لا يوفى إلى مرتبة العقد ولا يمكن أن يكون وسيلة لإثبات الزواج فهو مجرد إقرار غير قضائي أو تصريحات تتم أمام جهة رسمية تلزم الطرفين فقط ولكن عادة ما يسند إليها هؤلاء للمطالبة بتثبيت عقد الزواج.[2]

وتطبيقا لأحكام المادة 39 من ق.ح.م فإن الجهة المختصة بنظر طلبات تثبيت الزواج هي محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي يمكن تسجيلها فيها، بمعنى دائرة

[1]- أمر رقم 70-20، المرجع السابق.

[2]- نور الدين بن براهيم ، المرجع السابق، ص ص101-102.

اختصاص مقر أحد الزوجين أو كلاهما أو محل إقامتهما.[1] وعليه يمكن لأحد الزوجين أن يرفع طلبا إلى رئيس المحكمة، وذلك عن طريق تقديم عريضة بدون مصاريف على أن يكون طلبه مكتوبا على ورقة عادية يوجهه إلى وكيل الجمهورية متضمنا البيانات المتعلقة بعقد الزواج وبدواعي تسجيله ومفروقا بالوثائق والإثباتات المادية المتمثلة في:

- شهادتي ميلاد الزوجين
- شهادة عدم تسجيل الزواج بالحالة المدنية
- شهادة عزوبة بالنسبة للزوجين
- شهادة طبية للحمل أو شهادة عدم حمل الزوجة
- نسخة من بطاقتي تعريف الزوجين.
- وثيقة الإقرار بالزواج وجود هذه الأخيرة لا يحول دون ممارسة القاضي لسلطته في مراقبة المعلومات المدلى أو المصرح بها أمام الموثق، على أساس انه بعد تكوين الملف يقوم وكيل الجمهورية باستدعاء الأطراف وسماع الشهود والتأكد من صحة الوثائق المقدمة.[2]

فإذا تم الزواج العرفي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية وتم الدخول بالزوجة ولم يكن موضوع نزاع بين الزوجين أو بين ورثتهما فإن إجراءات إثبات وتسجيل عقد الزواج تتم كما يلي:

- تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجين معا أو ممن له مصلحة إلى السيد وكيل الجمهورية للجهة التي أبرم فيها العقد العرفي، مرفقا بشهادة ميلاد كل من الزوجين.
- يقوم السيد وكيل الجمهورية بإحالة الطلب مرفقا بعريضة إلى القاضي المكلف بالحالة بالمدنية، يلتمس فيها استصدار أمر بتسجيل الزواج[3] في سجلات الحالة المدنية بأثر رجعي، وبناء على ذلك يقوم القاضي المكلف بالحالة المدنية بالتحقيق عن طريق سماع

---

[1]- تنص المادة 39 من ق.ح.م :على انه"... يصادر مباشرة إلى قيد عقود الولادة والزواج والوفاة بدون نفقة عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدولة القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي يمكن تسجيلها فيها بناء على مجرد طلب من وكيل الدولة لهذه المحكمة..."

[2]- نور الدين بن براهيم ، المرجع السابق، ص 102

[3]- عد إلى الملحق رقم ،1ص87

الزوجين والتأكد من توافر الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج، وفيما إذا كان منسجم مع قواعد الشريعة الإسلامية، وأحكام المادتين 09 و09 مكرر من ق.ا.ج ليقوم فيما بعد بإصدار أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية.[1]

- تحفظ النسخة الأصلية من الحكم بأمانة ضبط قيد الحالة المدنية وترسل نسخة إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية التي أبرم في إقليمها عقد الزواج العرفي،[2] ليقوم بتسجيل منطوق الحكم في السجلات الزواج لسنة الجارية وفقا للأوضاع والإشكال التي يتطلبها قانون الحالة المدنية، وكل ذلك وفقا للنص المادة 40 ق.ح.م بنصها:

"**إذا كانت هذه العقود سجلت أو كان ينبغي تسجيلها في دائرة قضائية أخرى فانه يخبر وكيل الدولة التابع لمكان وجود التسجيلات عن مكان وجود التسجيلات، فيعتمد هذا الأخير إلى تقديم طلبه إلى رئيس المحكمة لنفس الغرض**".

كما يشار بصفة ملخصة إلى الحكم في هامش السجلات في محل تاريخ العقد، وهو ما تضمنته المادة 42 من ق.ح.م،[3] ويعتبر الأمر الصادر بتسجيل الزواج أمر ولائيا غير قابل للطعن فيه لا بالمعارضة ولا بالاستئناف، ولكنه قابل للمراجعة أمام نفس القاضي إذا وقع فيه خطأ.[4]

ثانيا- تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه المبرم خارج الوطن

حسب نص المادة 99 من ق.ح.م فإن عقود الزواج التي تتم خارج الوطن بين جزائريين أو بين جزائريين وأجانب، التي لم يتم تسجيلها بسبب عدم التصريح بها أو إغفالها، تكون الجهة القضائية المختصة في نظر طلبات إثبات عقود الزواج هو رئيس محكمة مدينة الجزائر، بحيث نصت على:

---

[1]- أوعبد القادر صبرينة، المرجع السابق، ص 51.

[2]- تنص المادة 41 من قانون رقم 14-08 "**يرسل وكيل الجمهورية فور حكم رئيس المحكمة قصد نقل هذه العقود في السجلات الحالة المدنية للسنة الجارية وكذا على الجداول إلى : رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المكان الذي سجلت فيه العقود أو كان ينبغي تسجيلها فيه كتابة ضبط الجهة القضائية التي تحتفظ بالنسخ الثانية من السجلات**".

[3]- أمر رقم 70-20، المرجع السابق

[4]- صبرينة أوعبد القادر ، المرجع السابق، ص52.

"**إذا لم يسجل العقد بسبب عدم التصريح به, فانه ،إما أن يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة أو الحصول على حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر يقتضي بتسجيله في سجلات القنصلية**".[1]

هذا ما تؤكده المادتين 100 و101 من ق.ح.م[2] فإن المحكمة المختصة بإثبات عقد الزواج العرفي هي محكمة الجزائر العاصمة، لأن الحالة المدنية للجزائريين المقيمين في الخارج تقع على مستوى الحالة المدنية لوزارة الشؤون الخارجية الكائن مقرها بالجزائر العاصمة.[3]

أما بالنسبة لإجراءات التسجيل فإنه يتم تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة، أو الزوجين معا أو ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية لدى محكمة العاصمة، على أن يرفق الطلب بشهادة ميلاد الزوجين وشهادة شاهدين بالغين ممن حضر مجلس العقد أو حفل الزواج، ويتولى وكيل الجمهورية لدى محكمة مدينة الجزائر إعداد عريضة يقدمها إلى رئيس نفس المحكمة بعد إجراء التحقيقات اللازمة والمشار إليها سابقا، يقرر هذا الأخير إصدار أمر بتسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية للقنصلية أو السفارة الجزائرية وأين يتولى وكيل الجمهورية بنفس المحكمة إرسال نسخة من الأمر إلى وزارة الشؤون الخارجية.[4] وهذا ما نصت عليه المادة 60 في فقرتها الثالثة من ق.ح. م والتي جاء فيها بأنه: "**إذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامشه البيان قد حرر أو سجل في الخارج فإن ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد الواجب يقوم بإشعار وزير الشؤون الخارجية خلال ثلاثة أيام**"

---

[1]– أمر رقم 70–20، المرجع السابق.

[2]– تنص المادة 100 ق.ح.م على: "**يختص رئيس محكمة الجزائر بإصدار حكم بتصحيح عقود الحالة المدنية الرسمية والمحررة في الخارج ضمن الأوضاع المحلية والخاصة بالجزائيين**".

[3]– عبد السلام زايدي ، عليلي يوبي ، المرجع السابق، ص 76.

[4]– نور الدين بن براهيم ، المرجع السابق، ص 105.

الفرع الثاني

تسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه

إذا ما وقع نزاع حول واقعة الزواج بين الزوجين، أو بين من لهم مصلحة شرعية وقانونية في ذلك، وكان أحدهما يدعي قيام الزواج شرعا وقانونا، والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه أو في صحته، فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعى هو إقامة دعوى إثبات الزواج[1]، أمام المحكمة المختصة، وإذا تمكن المدعي من إثبات الزواج حكمت المحكمة بقيام الزواج وعندما يصبح الحكم نهائيا يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية[2] وقد جاء في المادة 22 في فقرتها الثانية من ق.أ.ج أنه :"**يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة**".

فالملاحظ أن لا قانون الأسرة ولا قانون الحالة المدنية حدد صراحة الإجراءات الواجب إتباعها لإثبات واقعة الزواج العرفي والجهة القضائية المختصة بذلك إلا أن هذه الدعوى[3] تختلف عن غيرها من الدعاوى المدنية الأخرى، من حيث ما يتعلق بإجراءات رفع الدعوى ومن حيث ما يتعلق بأهمية المتنازعين وصفاتهم، فهذا ما سنبينه وفق مايلي:

أولا-الجهة القضائية المختصة

لم يحدد المشرع الجزائري اختصاص خاص لدعوى إثبات الزواج ومن ثمة بالرجوع إلى القاعدة العامة، فهذه الدعوى ترفع أمام قسم شؤون الأسرة، كونها تعد من دعاوى الأحوال

---

[1]- عد إلى الملحق رقم2، ص 88.

[2]- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، المرجع سابق، ص 396.

[3]- فدعوى إثبات الزواج العرفي من دعاوى الأحوال الشخصية التي تتعلق بالنزاعات الناشئة بين أفراد الأسرة الواحدة بدءا من الزوجين إلى الأصول إلى الفروع، وهي دعوى تقريرية يطلب فيها المدعي تقرير وجود حق أو مركز قانوني دون إلزام الخصم بأداء معين.

الشخصية التي تتعلق بالنزاعات الناشئة بين أفراد الأسرة للاختصاص النوعي وفقا لنص المادة 32 من ق.إ م.إ.[1]

أما بالنسبة للاختصاص الإقليمي وحسب القاعدة العامة، فالجهة القضائية بالفصل فيها يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه في جميع الدعاوى التي لم ينص فيها على اختصاص محلي خاص، وإذا لم يكن للمدعي موطن معروف يعود إلى الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها محل إقامته،[2]، حسب نص المادة 37 من ق. إ.م.إ بنصها على ما يلي:" **يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في الدائرة التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك**".

ثانيا-الإجراءات المتبعة

لإثبات الزواج العرفي أمام القضاء ومن ثمة تسجيله، لا بد من إتباع إجراءات حددها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لعدم وجود نص خاص بهذه الدعوى وكيفية رفعها ومتابعتها وإصدار الحكم الفاصل فيها، نتبع ما يلي :

كأول إجراء يقوم به رافع دعوى إثبات الزواج العرفي هو تقديم الطلب في شكل عريضة طبقا لنص المادة 14 من ق إ.م.إ بنصها: "**ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد النسخ يساوي عدد الأطراف**".

[1]- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر.ع 21، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

[2]- صبرينة أوعبد القادر صبرينة، المرجع سابق، ص54.

زيادة على ذلك يتعين عليه أيضا توفر شروط محددة قانونا للجوء إلى القضاء، وهي شروط لا بد من توافرها والمتمثلة في:

1-الأهلية: وهي قدرة الشخص وصلاحيته لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومن لم يكن متمتعا بقواه العقلية أو كان صغير السن أو قد تم الحجر عليه فان مثل هذه الفئات لا يجوز لها التقاضي بصفتها الشخصية، وأهلية التقاضي تعني صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات أمام القضاء، والقاعدة العامة أن يكون الشخص الطبيعي أهلا للتقاضي ببلوغه سن الرشد القانوني 19 سنة حسب نص المادة 40 من ق. م.ج.[1]

2-**الصفة:** صفة المتقاضي تتمثل في كونه على علاقة مباشرة بشيء المدعى به فالدعوة ترفع من طرف احد الزوجين ضد الأخر الذي ينكر إذا كانا على قيد الحياة معا، أو من الزوج الباقي على قيد الحياة ورثة الزوج المتوفى، أما في حالة وفاة الزوجين معا ترفع من ورثة الزوج الآخر.[2]

3- المصلحة: وهي أن يحصل المدعي على منفعة أو فائدة من الدعوى ويشترط أن تكون قائمة وحالة، أي حماية شخص لحق اعتدى عليه وتظم المصلحة في دعوى إثبات الزواج من صاحب المصلحة أحد الزوجين وفي حالة وفاة احدهما أو كلاهما من طرف ورثتهم.[3]

تعد هذه الشروط من النظام العام وعلى القاضي إثارتهما من تلقاء نفسه حسب نص المادة 13 من ق.إ.م.إ بنصها على مايلي:"**لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرَها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعي عليه، كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون**"، أما بالنسبة لميعاد رفع دعوى إثبات الزواج العرفي فإنها غير محدَدة بمهلة معينة، على اعتبار أن الزواج وآثاره لا تقتصر على الزوجين فحسب بل تمتد إلى ورثتهما، فالعلاقة الزوجية إن كانت تتقطع فإن آثارهما

---

[1]- نور الدين بن إبراهيم ، المرجع سابق، ص 93.

[2]- صبرينة أو عبد القادر، المرجع سابق، ص 55.

[3]- كريمة محروق، عقد الزواج غير موثق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، المرجع سابق، ص 224.

تمتد إلى الغير وهم الورثة، وعليه فإن دعوى الزوجية لا تسقط بالتقادم ويجوز للورثة رفع دعوى إثبات الزواج العرفي للحصول على المنافع المترتبة عنه لاسيما الميراث وأحيانا أخرى الاسم.[1]

بعد تلقي القاضي المكلف بشؤون الأسرة الملف يقوم بدراسته ليشرع في التحقيق في مدى صحة الوقائع التي يزعم بها أحد الزوجين، حيث يقوم بسماح كل من المدعي والمدعي عليه في محاضر يوقع عليها كل من الطرفين، القاضي وأمين الضبط، ولا بد من أن يتأكد من حضور الشهود وولي الزوجة، وبمساعدة أمين الضبط يبدأ في التحقيق في مكتبه بالتأكد من هوية كل من الخصوم وولي الزوجة والشهود وذلك من خلال تقديم بطاقات الهوية، كذلك يتأكد من درجة القرابة الموجودة بينهم لأنه لا تجوز شهادة الأقارب باستثناء الأبناء، بعدها يقوم القاضي بالاستماع لكل واحد منهم بمفرده، حيث يتم التأكد من توفر شروط الزواج، المكان والتاريخ الذي أبرم فيه عقد الزواج العرفي ويسألهم عن مقدار المهر وإن تم تأديته معجلا أم مؤجلا.

من أهم الوسائل التي يقوم بها القاضي في إثبات هذه الواقعة هي البينة أي شهادة الشهود، فللقاضي دور كبير اتجاه الشهود والذي يتمثل في استفسارهم عن حضورهم أثناء مجلس العقد ويتأكد من عددهم ثم يأمرهم بأداء اليمين القانوني، ويقوم كذلك بمساءلة الشهود عن معرفتهم للخصوم وهل حضروا فاتحة الزواج أو الحفلة.[2]

بعد الانتهاء من التحقيق، يصدر القاضي حكما برفض الطلب إن لم يجد ما يبرره شرعا وقانونا، أو يصدر حكما يقرر فيه قبول الطلب ويأمر بتسجيل عقد الزواج بأثر رجعي حسب التاريخ والمكان المنعقد فيهما إذا ثبت له بعد التحقيق أن العقد قد أبرم وفقا للشريعة والقانون، وهذا وفقا لمقتضيات المادة 39 من ق.ح.م، وبعدها يرسل وكيل الجمهورية منطوق هذا الحكم مرفقا بنسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية التي أبرم فيها عقد الزواج ويطلب منه تدوين منطوق هذا الحكم وتقييده في السجل المخصص لتدوين أو تسجيل عقود الزواج للسنة التي تم القيد فيها.[3]

---

[1]– كريمة محروق، عقد الزواج غير موثق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص244.

[2]– عبد السلام زايدي ، عليلي يوبى ، المرجع السابق، ص80.

[3]– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص166.

أخيرا يتضح أن عقد الزواج هو بمثابة إجراءات قانونية يجب إتباعها فإن لم تحترم أو لم تأخذ بعين الاعتبار سواء من الأطراف الذين يلجؤون إلى طلب تسجيل عقد زواجهم العرفي، أو من طرف القاضي المكلف بالتحقيق أو من له مصلحة في القيام بهذه المهام فيكون مآل تثبيت هذا العقد البطلان.[1]

المطلب الثاني

طرق إثبات عقد الزواج العرفي

لإثبات واقعة الزواج العرفي أمام القضاء يجب اتباع طرق وإجراءات حددتها الشريعة والقانون، وذلك من أجل إثبات صحة واقعة المتنازع فيها لذا أجاز القانون إثباتها بإحدى الطرق التالية:

الفرع الأول

الشهادة

قد ينكر أحد الزوجين واقعة الزواج، حينئذ يكلف المدعي منهما بالإثبات وذلك باستعمال كل الوسائل لإثباتها منها الشهادة.

أولا- تعريف الشهادة

تعتبر الشهادة سيدة الأدلة في إثبات وجود واقعة الزواج العرفي وأقوى الحجج لأنها حجة متعدية، فالثابت بها على الكافة وليس على المدعي عليه وحده، بل يثبت عليه وعلى من يثبت الحكم إليه.[2]

1-**تعريف الشهادة شرعا:** تعرف الشهادة بالبينة والمراد بها هو الشهود أو الشاهد، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتان ويقال: الإثبات بالبينة أي شهادة شاهدي عدل على حدوث واقعة معينة كثبوت الزوجية.[3]

---

[1]- عبد السلام زايدي ، عليلي يوبى ، المرجع السابق، ص83.

[2]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط02، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950، ص271.

[3]- نور الدين بن إبراهيم ، المرجع السابق، ص78.

2-**تعريف الشهادة قانونا:** لم يعرف القانون البينة، غير أنه من مفهوم نصوصه القانونية نجد بأنه قصد بها الشهادة، ويقصد بها أيضا إخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت شخص وبعدد ما يترتب عليه أثر في الشريعة والقانون[1] ومكن تعريفها بأنها أقوال شهود عدل معروفين بالصدق والأمانة يقرون ما عاينوه أو سمعوه من الواقع وهي بذلك دليل مباشر.

ثانيا: أنواع الشهادة

تنقسم الشهادة إلى نوعين، شهادة مباشرة وشهادة غير مباشرة.

1-الشهادة المباشرة: تعد في الأصل الشهادة، وهي التي يدلي بها الشاهد بناء على ما رآه أو سمع بواقعة ما بنفسه كمن يشهد إبرام عقد معين وقع تحت بصره وسمعه أو شهد واقعة أمامه دون الحاجة إلى إخباره بها من طرف شخص آخر،[2] وتكون هذه الشهادة عادة شفوية يستمد الشاهد من ذاكرته ليقول ما رآه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى، ومع ذلك يكتفي في ظروف استثنائية بتلاوة شهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للاعتداد بها.[3]

2-الشهادة غير المباشرة: تنقسم بدورها إلى نوعين:

ا-شهادة سماعية: وفيها يدلي الشاهد بما نقله عن شخص آخر يكون قد عاين الواقعة المشهود بها والمراد إثباتها، وتسمى بالشهادة على الشهادة وصاحبها يحمل مسؤولية الشهادة بالتسامع والشهادة بالشهرة العامة.[4]

ب-الشهادة بالتسامع: هي شهادة بما يتسامعه الناس، وهي عكس الشهادة السماعية التي يمكن التحري من مصدر الصدق فيها وتحميل صاحبها مسؤولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره، فالشهادة بالتسامع صاحبها لا يروي عن شخص معين ولا عن الواقعة بالتحديد، إنما يشهد بما يتسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير في شأنها، فهي غير قابلة

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية، بيروت، 1995، ص181.

[2]- منصور محمد حسن، قانون الإثبات مبادئ الإثبات وطرقه، د ط، منشأة المعارف، مصر، 1999، ص80.

[3]- مريم غماري ، المرجع السابق، ص79.

[4]- كريمة محروق، عقد الزواج غير الموثق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص185.

للتحري وتحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما يشهد به، كقوله مثلا:" قيل أن فلان تزوج فلانة".[1]

وإذا ما عدنا إلى القضاء الجزائري فإن المحكمة العليا، فيما يتعلق بإثبات الزواج العرفي، أخذت بشهادة التسامع في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 والذي جاء فيه أنه:" **من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بالشهادة التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين فيما يتعلق بالسبب المستدل به على طالب نقض إثبات الزواج أو نفيه مما يستقل به قاضي الموضوع ويثبت إما بشهادة العيان أو بشهادة السماع والطاعن لم يأت بأية واحدة من الشهادتين، فلا هو أحضر رجالا حضروا قراءة الفاتحة ولا هو أحضر رجالا سمعوا قراءتها أو حضروا زفاف الطرفين كما أنه لم يأت ببينة إسماع يشهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج (ب.ز) لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.**"[2]

ثالثا- شروط أداء الشهادة

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة في مسألة الإشهاد إلى أكثر مما ذكره في المادتين 09 مكرر و33 والمرجع في ذلك هو نص المادة 222 من ق.أ.ج التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فيشترط أداء البينة أو الشهادة أمام القاضي شروط تتعلق بالشاهد وشروط ترجع للشهادة.

[1]-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج02، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص413

[2]- قرار المحكمة العليا ،صادر عن غرفة الاحوال الشخصية، المجلة القضائية ،عدد1990،03،ص82

1-الشروط المتعلقة بالشاهد:

ا- **الذكورة:** يشترط في الشاهدين أن يكونا ذكرين أو ذكر وأنثيين ولا تقبل شهادة شخص واحد ولا تجوز شهادة امرأتين لإثبات عقد الزواج،[1] استنادا لقوله تعالى:"... **وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِنْ رِّجَالِكُمْ فَإِنَ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُهَدَاءِ...**"[2]

ب-الأهلية: يشترط الفقه أن يكون الشاهد عاقلا بالغا، فلا تقبل شهادة المجنون والسكران ولا شهادة الطفل لعدم بلوغه.

أما القانون فقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون الشاهد بالغا وعاقلا وقت أداء الشهادة، وقد حدد المشرع الجزائري سن الشاهد ب19 سنة حسب المادة 33 من ق.ح.م التي تنص على أنه:" **يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية، أن يكونوا بالغين 19 سنة على الأقل، سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم، دون تمييز فيما يخص الجنس ويتم اختيارهم من قبل الأشخاص المعنيين**"[3] وقد وضع المشرع الجزائري في نص المادة 153 فقرة 4 من ق.إ.م.إ من تجوز شهادتهم في إثبات الزواج العرفي، فإنه باستثناء الأبناء يجوز قبول شهادة أقارب الزوجين أو أصهارهم المباشرين أو أحد الزوجين ولو بعد الطلاق، أو إخوة أو أخوات أو أبناء عمومة الخصمين للشهادة في الزواج العرفي.[4]

ج-عدالة الشهود والإسلام: يقصد به كل من لا تفترض فيه العدالة ويكون معروفا بسوء السيرة وذهاب الأخلاق، كالنائحة، المغنية، مدمن الشرب، المخنث ومن يقامر بالنرد أو الشطرنج...وغيرها من الفاسقين الذين لا تقبل شهادتهم ولا تثبت بهم، لقوله عز وجل: "**إذا جاءكم**

---

[1]- دليلة معزوز ، المرجع السابق، ص108.

[2]- سورة البقرة، الآية 281.

[3]- قانون رقم 14-08، المرجع السابق.

[4]- تنص المادة 153 من ق.إ.م.إ على أنه: "**لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم. لا يجوز سماع شهادة الزوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقا. لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق.**"

فاسق بنبأ فتبينوا"،[1] فالفاسق لا بد من السؤال عن حاله لتصديقه إذ يحتمل من كلامه الصدق والكذب.[2]

يشترط الفقهاء أن يكون الشاهد من أهل الدين، إذ لا تجوز شهادة الكافر على المسلم لأن الشهادة بمثابة الولاية، والولاية على مسلم لا تكون إلا بمسلم،[3] لقوله تعالى: "**لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين**".[4]

2-الشروط المتعلقة بالشهادة:

ا-أن تكون الشهادة مطابقة للوقائع المادية: كأصل عام لا يجوز الشهادة بشيء لم يره أو عاينه الشاهد لأن الفقه أجمع على استثناء عدة مسائل من هذا الأصل كالنسب، الموت، النكاح والدخول حيث جوز فيها أن يكون أساس الشهادة التسامع ويستغني فيها عن المعاينة.[5]

زيادة على ذلك فإن الشهادة تتم في جلسة علنية أمام الحضور والجمهور وذلك بغلق الباب أمام شهادات الزور، وكذلك بفتح المجال أمام الجمهور للإدلاء بشهاداتهم في وقائع الدعوى محل النزاع وصولا إلى الحقيقة ما لم تتعلق الدعوى بالنظام العام والآداب العامة أو بحرمة الأسرة أين توجب الإدلاء بالشهادة في جلسة سرية، ومع ذلك فإنه يتم إصدار الحكم الفاصل في الدعوى علنيا حسب ما تؤكده المادة 07 من ق.إ.م.إ،[6] وهذه العلنية شأنها توفير عنصر الرقابة من طرف الخصوم على ما يتم الإدلاء به من طرف الشاهد.[7] بالإضافة إلى وجوب حلف الشاهد لليمين قبل إدلاءه بالشهادة وهذا ما تؤكده المادة 152 فقرة 02 من ق.إ.م.إ والتي تنص على:" **يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال. يجوز إعادة سماع الشهود ومواجهة بعضهم البعض.**"

---

[1]- سورة الحجرات، الآية 06.

[2]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص56.

[3]- صبرينة أو عبد القادر، المرجع السابق، ص60.

[4]- سورة آل عمران، الآية 28.

[5]-محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص217.

[6]- أمر رقم 08-09، المرجع السابق.

[7]- مريم غماري ، المرجع السابق، ص81.

ب- أن تكون شهادة الشاهدين متوافقة وموافقة لموضوع الدعوى: لا تقبل الشهادة المنفردة عن الدعوى فإذا كان بصدد دعوى لإثبات الزواج العرفي دون غيرها، أما في القانون فيشترط لصحة الشهادة أن تكون موافقة للدعوى وبالتالي لا يمكن إثبات الزواج بواسطة شهادة متناقضة،[1] كذلك يستوجب أن تكون واضحة، دقيقة ومحددة لركن وشروط العقد من ولي وشاهدين وتحديد الصداق وأن لا تكون متناقضة، لأن باختلافهما لم يكتمل نصاب الشهادة ولا يجب أن تكون هذه الموافقة تامة بل يمكن أن تكون ضمنية، كأن يشهد الشاهد الأول بأنه حضر زواج فلانة بفلان في شهر جويلية من سنة 1998، وبالتالي يصرح الشاهد الثاني بنفس السنة دون ذكر الشهر، أو كأن يشهد شاهد في عقد زواج عرفي أن فلانة زوجها وليها بفلان على صداق قدره أربعين ألف دينار، ويشهد الثاني بنفس الشيء دون أن يحد قيمة الصداق. ففي الحالتين يقبل القاضي الشهادتين ما دام الفرق في قولهما لا يصل إلى حد التعارض، ويبقى فقط على القاضي تقدير مدى توافر الشهادة على الشروط المقررة شرعا ومدى كمالها ووضوحها ودقتها لاستخلاص الأركان الواجب توفرها لإبرام عقد الزواج العرفي ومن ثمة الأخذ بها لقبول واقعة الزواج العرفي أو رفضه.[2]

تعتبر الشهادة من أقوى الحجج لكونها حجة متعدية وثابتة على الكافة، ونص بها في إثبات الزواج ، رجلين أو رجل وامرأتان.[3]

الفرع الثاني

الإقـــرار

يعد الإقرار من أقوى أدلة الإثبات ويسمى أيضا بالشهادة على النفس فهو حجة على المقر وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء.

أولا- تعريف الإقرار

الإقرار بوجه عام هو واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني مفادها اعترف شخص بحق

[1]- نور الدين بن إبراهيم ، المرجع السابق، ص82.

[2]- مريم غماري ، المرجع السابق، ص82.

[3]- دليلة معزوز، المرجع السابق، ص127.

عليه آخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق أو لم يقصد.[1]

أما التعريف القانوني للإقرار فقد عالجته المادة 341 من ق.م.ج بنصها أن :

"**الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القاضي بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة**".[2]

ثانيا- شروط الإقرار

حتى يكون الإقرار وسيلة إثبات يشترط أن يخضع لشروط تتمثل فيما يلي:

1- إن الشخص المقر لابد أن يكون عاقلا، وذلك لخطورة هذا الالتزام، فالمجنون أو الصبي غير المميز لا يحق لهما الإقرار، أما الصبي المميز فيحق له ذلك ولكن يبقى إقراره غير نافذ لأن البلوغ ليس شرط لصحة الإقرار وإنما شرط لنفاذه.[3]

2- إمكانية ثبوت الزوجية شرعا للمقر، أي عدم وجود مانع شرعي من ثبوت الزوجية للمقر بها، إذ لا يجوز أن يقر رجل بان فلانة زوجته خاصة إذا كان متزوجا بأخرى وهي محرمة له، كالأخت أو العمة أو الخالة أو كأن تكون زوجة لرجل آخر أو كانت على عدة ولم تنقضي مدتها.[4]

3- أن يكون محل الإقرار معينا تعيينا كافيا، فلا يعتد بالإقرار وإن كان سيظل قائما.[5]

4- تصديق الطرف الآخر المقر له بالزوجية، وقد فرق الحنفية هنا بين حالتين هما:

حالة تصديق الزوج للإقرار بالزوجية والعكس حالة تصديق الزوجة للإقرار بالزوجية، فإذا كان الرجل هو المقر فصدقته المرأة في حياته أو مماته وقع الإقرار ويكون نافذا، أما إذا كانت المرأة فينبغي أن يصدقها الزوج في حياتها وان توفت فلا يصح تصديق الإقرار ولا تثبت الزوجية ولكن الصاحبين يصححان هذه الحالة(أن يجعلونها صحيحة).[6]

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص410.

[2]- أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[3]- دليلة معزوز، المرجع السابق، ص129.

[4]- دليلة معزوز، المرجع نفسه، ص129.

[5]- مريم غماري، المرجع السابق، ص75.

[6]- صبرينة أوعبد القادر ، المرجع السابق، ص 64.

ثالثا- حجية الإقرار

الإقرار حجة قاصرة وقاطعة على المقر هذا ما جاء في نص المادة 342 من ق.م.ج "**الإقرار حجة قاطعة على المقر**".[1] بالنسبة إلى كونه حجة قاصرة على المقر فلأن الإقرار نزول من المقر عن حقه في مطالبته خصمه بإثبات ما يدعيه وهذا الإقرار يقتصر عليه ولا يتعداه إلى خلفه، أما كونه حجة قاطعة على المقر هو أن الواقعة المقر بها تصبح في غير حاجة للإثبات عليه أو لصالحه وهذا لأنه لا يجوز للمرء أن يصطنع لنفسه دليلا.

وبذلك يكون الإقرار وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات الزواج إذا ما أقر به أحد الزوجين وصدقه الزوج الآخر لظهور رجحان الصدق على الكذب، بدليل أن الإنسان غير متهم فيما يقر به على نفسه.[2]

الفرع الثالث

النكول عن اليمين

إذا كان من المبادئ الشرعية السائدة، شرعا وقضاء، أن إثبات عقد الزواج في حالة وفاة أحد الزوجين يكون مؤسسا على شهادة شهود يؤكدون صحة انعقاده وفقا للتعاليم الإسلامية، فإن الإثبات بالبينة على هذا النحو لا يكفي وحده إلا مع يمين المدعية، فيعد هذا الأخير طريق من طرق الإثبات يقضي به القاضي عند عدم توافر أدلة الإثبات الأخرى والتي تتمثل في الإقرار والبينة.

أولا- تعريف النكول عن اليمين

يقصد باليمين عامة قول يتخذ فيه الحالف الله شاهدا على صدق ما يقول[3] على انجاز ما يعد ويستنزل عقابه إذا ما حنث وهي عمل مدني وديني في نفس الوقت، أما النكول عن أداءها فهو الرفض من وجهت إليه اليمين حلفها، فإذا نكل عنها خسر دعواه وهو ما نصت عليه المادة

---

[1]- أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[2]- كريمة محروق، الزواج غير موثق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص178.

[3]- نور الدين بن إبراهيم ، المرجع السابق، ص87.

347 من ق.م.ج: "**كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنه دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه**".[1]

والنكول عن اليمين في الشريعة الإسلامية لا يعتد به عموما، باستثناء بعض الفقهاء منهم الصاحبين الذين يتخذون النكول عن اليمين وسيلة كافية بحد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، فحسب رأيهم أنه عند فشل إثبات الزواج بكل من وسيلتي الإقرار والبينة توجه اليمين إلى المرأة فإن حلفت رفضت دعوى الزواج، وإن نكلت عن اليمين قضي عليها بالزواج لأن النكول إقرار على مذهب الصالحين.[2]

ثانيا- حجية اليمين

تنقسم اليمين إلى قسمين اليمين الحاسمة واليمين المتممة.

توجه اليمين الحاسمة حسب ما أكدت عليه المادة 343 من ق.م.ج لكل من الخصمين حيث أنها تنص المادة على: "**يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الأخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك**"،[3] ويعني ذلك أن اليمين الحاسمة لها حجية بالنسبة لأطراف اليمين والقاضي إضافة إلى الغير.

أما بالنسبة لليمين المتممة فتتمثل في الوسيلة التي يلجأ إليها القاضي لاستكمال قناعته نظرا لعدم كفاية الأدلة المقدمة لإثبات الحق المدعي به، وبالتالي فإن تحقق الدليل الكامل في الدعوى يتنافى قصد المشرع في توجيه هذه اليمين.[4]

فباعتبار أن اليمين في القواعد العامة لا تتعدى إلى الغير فإن القضاء قد جعلها وسيلة غير كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، فيتعين على القاضي توجيهها إلى المدعي بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود الذين بدورهم يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وتوافر عناصره الشرعية.

---

[1]- مريم غماري ، المرجع السابق، ص84.

[2]- صبرينة أو عبد القادر ، المرجع السابق، ص66.

[3]- أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[4]- مريم غماري ، المرجع السابق، ص85.

خاتـمة

ما يمكن إستخلصه في مسألة انعقاد الزواج في التشريع الجزائري تعتبر من المسائل ذات الاتصال الوثيق بالحقائق الاجتماعية، لذا ينبغي على المشرع أن يقوم بوضع حماية قانونية لها، وذلك بنص على قواعد قانونية يخضع لها أفراد الأسرة هذا بهدف تعزيز تماسك وترابط الأسرة ومكافحة كل ما يعرض أفرادها للخطر وكذلك العقد بالفسخ والانحلال.

فباعتبار أن عقد الزواج عقد شرعي مبني على ركن واحد وهو رضا الزوجين، بالإضافة إلى شروط الصحة المتمثلة في: الأهلية، الصداق، الولي، الشهود وخلو الزوجين من الموانع الشرعية، فهذه تعد بمثابة مقومات إنشاء عقد صحيح، حيث يترتب على كل من الرجل والمرأة حقوق وواجبات، لكن هذا لا يكفي إذ أنه لا يمكن اعتباره سندا لإثبات النسب والحقوق والواجبات بين أطراف الأسرة لذا أخضع المشرع الج عقد الزواج إلى مجموعة من القواعد والأحكام الإدارية التي تضمن توثيقه و حفظه والعناية به، فعلى كل راغب في الزواج أن يقوم بالتقيد بهذه القواعد لكي يكون زواجه صحيح و مرتبا لآثاره .

فهناك حالات خاصة أين القانون يلزم فئة معينة من الأفراد الراغبين في الزواج جلب رخصة، مثل زواج القاصر، زواج سلك الأمن والجيش الوطني، كذلك فيما يتعلق في حالة تعدد الزوجات، فيتعين لهم مراعاة شروط التعدد من وجود مبرر شرعي وموافقة الزوجة السابقة واللاحقة.

فزيادة على شروط انعقاد الزواج هناك شرط آخر مستحدث وهو الفحص الطبي قبل الزواج وهذا ما نصت عليه الماد 07 مكرر، أين يتعين على العاقدين القيام بهذا الفحص قبل زواجهما، فهو إجراء إلزامي وضروري للمقبلين عليه، إذ يستوجب عليهم، تقديم وثيقة طبية إلى المختص بتحرير العقد سعيا في ذلك الحفاظ على مصلحة الزوجين في المرتبة الأولى و أولادهم في المرتبة الثانية .

وعليه في حالة الإخلال بإحدى هذه الإجراءات والشروط قد ينتج عنه إشكالات تنعكس على العاقدين، كما أنه قد تؤدي إلى ضياع حقوقهم وواجباتهم وتعرقل زواجهما.

كذلك بعد تفحصنا للتعديلات التي قام بها الم الج بموجب الأمر رقم 05-02 لا سيما فيما يخص عقد الزواج، أنه حاول إلى حد بعيد سد الثغرات والنقائص القانونية التي كان عليها القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة .

لكن هذه الحالة لم تخلو من العيوب التي سوف نسلط عليها الضوء وفقا لما يلي:

- المادة 09 من ق.أ.ج بنصها أنه ينعقد عقد الزواج بتبادل رضا الزوجين أي أنه يكفي إنعقاد الزواج توافر ركن الرضا بينما كان قبل التعديل ينعقد وفقا للأركان الأربعة وهي رضا الزوجين، الولي، شاهدين و صداق.

فالملاحظ أن المشرع قد قلص من أركان انعقاد الزواج ،فجعل منها ركن واحد وهو الرضا من ثمة فإذا أخل أحد أطراف على هذا الأخير فمصيره البطلان، وهذا ما أكدته المادة 33 من هذا القانون بعبارتها "**يبطل الزواج.**"

علاوة على ذلك فإن هذا الركن غير كافي لانعقاد الزواج، لذا جاءت المادة 09 مكرر التي تتضمن شروط صحة عقد الزواج التي كانت قبل التعديل أركانا إلا أنه بالغ في إفراد ركن وحيد لأن الولي والصداق والشاهدين والموانع الشرعية تلعب دورها في إبرام العقد و ذلك لما يترتب عليها من آثار في حالة تخلفها.

فبالنسبة لشرط الأهلية فقد نصت عليها المادة07 من ق.أ.ج من قانون84-11، فتكمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة ، فأحسن ما فعله هو توحيد سن الزواج كما رخص في المادة نفسها الزواج لمن لم يبلغ هذا السن عند الحاجة و الضرورة و التقدير يرجع للقاضي لكن يعاب على هذه المادة أنها لم تنص على السن الأدنى لمنح الترخيص و لم تحدد القاضي المخول لمنحها .

فأما ما يترتب عن آثار مخالفة سن أهلية الزواج فالمشرع لم ينص صراحة و لا ضمنيا على ما يترتب منه.

فيعد الصداق كذلك من شروط انعقاد الزواج، فيجب تحديده سواء كان مؤجلا أو معجلا وهذا حسب نص المادة 15 من ق.أ.ج ، ففي حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق

المثل ، فيعاب على هذه المادة أنه لم يتطرق إلى تحديد القيمة المستحقة للزوجة و لا أي معني لصداق المثل.

"جعل المشرع الج الولي شرط من شروط انعقاد الزواج، فهو من يتولى زواج المرأة، وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين ففي حالة عدم وجوده فالقاضي ولي لمن لا ولي له، وهذا ما نصت عليه المادة 11، فتعاب هذه الأخيرة أنها جعلت حضور الولي إجراء شكلي فقط، بالرغم من احتفاظه لشرط الولاية إلا أنه لم يراع ترتيب الأولياء حسب الترتيب الوارد في الشريعة الإسلامية، كما فسح المجال للزوجة البالغة حرية اختيار أي ولي تراه مناسبا لحضور مجلس العقد".

كذلك الأمر بالنسبة لإخلال بشرط الشاهدين حيث يترتب نفس الآثار وهو فسخ عقد الزواج وهذا ما أكته المادة 33 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة، فمن شروط صحة عقد الزواج وجوب حضور الشاهدين و هذا ما نصت عليه المادة 09 مكرر من الأمر رقم 05-02 .

فيترتب على الإخلال بشروط الصداق، الولي والشاهدين هو الفسخ، وذلك قبل الدخول أما بعد الدخول فيثبت العقد و يقدم للزوجة صداق المثل أما قبل الدخول فلا صداق فيه.

فانعدام الموانع الشرعية كذلك يعتبر من الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة فيجب كلا الزوجين أن يكونا خالين من الموانع الشرعية المؤبدة و المؤقتة، و هذا ما أقرته المادة 23 من ق.أ.ج ففي حالة الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء حسب المادة 34 من ق.أ.ج .

فبتوافر هذه الشروط السابقة الذكر ينعقد العقد صحيحا و مرتبا لآثاره لكن ليس دائما، إذ أنه هناك بعض الحالات الخاصة أين يتعين على العاقدين، تقديم رخصة مثل زواج القاصر، زواج موظفي الأمن فهؤلاء الأشخاص مقيدين بهذه الرخص ففي حالة عدم تقديمها لا ينعقد الزواج إلا أنه لا يكون باطلا .

كذلك الأمر بالنسبة للزوج الراغب بالتعدد فعليه التقيد بالشروط المنصوص عليها في المادة 08 من ق.أ.ج لينعقد زواجه ، ففي حالة عدم تقديمها لا يرخص القاضي بالزواج، فإذا تزوج بدون رخصة يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول ، وهذا ما نصت عليه المادة 08 مكرر1 .

إن مسألة تسجيل عقد الزواج لم تكن معروفة في الشريعة الإسلامية، نظرا لانعدام نزاعات إنكار الزوجية بسبب وجود الوازع الديني، فكان إبرام عقود الزواج يتم عرفا وبالفاتحة فقط، وهو ما يعرف بالزواج العرفي فهو عقد صحيح يترتب عليه آثاره لكونه يتوفر على جميع العناصر، إلا أنه غير مسجل، ففي عصرنا هذا بكثرة الخيانات و التنكر لحقوق الطرفين، لذا أخضع الم.الج عقد الزواج إلى قواعد التسجيل والإثبات الذي نص عليها في قانون الحالة المدنية و قانون الأسرة أن عدم إتباعها يكون العقد معرضا للإبطال.

فلوثيقة عقد الزواج أهمية بالغة فهي السبيل الوحيد لإثبات عقد الزواج والاحتجاج به، فالعقد الرسمي يخفض ويثبت الحقوق فهو لا يقبل الإنكار، عكس الزواج العرفي فهو عرضة للإنكار وضياع الأنساب لذا رعت الشريعة الرجوع إلى طرق الإثبات وهي الشهادة، الإقرار واليمين.

نخلص في الأخير إلى القول أن المشرع الجزائري و إن وافق في بعض المسائل التي أدرجها في تعديل أحكام ق.أ.ج، فإنه أخفق لحد بعيد في مسائل عديدة منها المتعلقة بالزواج، إذ يكتنفها الكثير من الغموض فعليه أن يعيد النظر في هذه التعديلات التي قام بها وما هي مساعيها الحقيقية .

فمثلا مسألة انعقاد الزواج العرفي فهي ظاهرة مازالت منتشرة بشكل كبير وهو الأمر الذي أدى إلى الكثير من المشاكل الخاصة فيما يتعلق طريقة إثباته .

نظرا للغموض الوارد على مواد قانون الأسرة فيما يخص طرق إثبات عقد الزواج العرفي أدى إلى العمل بالاجتهادات القضائية وهذا راجع إلى عدم وجود نصوص قانونية بالرغم من الإحالة إلى قانون الحالة المدنية، إلا أنه هناك نقصان، فبالرجوع إلى المادة 06 فقرة 2 من قانون الأسرة نستنتج ضمنيا أن المشرع الجزائري يعترف بالزواج العرفي، فيعتبر إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد زواجا متى توفر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر وتنقصه الرسمية فقط.

فللحد من الزواج العرفي الذي أصبح يهدد حياة الفرد من جهة والمجتمع من جهة أخرى نقوم ببعض الاقتراحات قد تكون كفيلة للحد منه.

لا بد من أن يكون هناك اجتهاد في مسألة الزواج العرفي وذلك لتوعية المواطن على تجنب هذا النوع من الزواج وتشجيعه على ضرورة توثيق زواجه، كذلك إدخال بعض التعديلات على قانون الأسرة كإلغاء النصوص التي تتضمن قيود على إبرام عقد الزواج أو تعديلها ومن بين هذه القيود:

- إزالة القيود الواردة على تعدد الزوجات أو على الأقل التخفيف منها لأن هذه القيود التي تؤدي إلى إنتشار الزواج العرفي .
- كذلك مسألة الرخص فهي تعرقل توثيق الزواج
- وضع نصوص جزائية تتضمن عقوبات مالية و بدنية على كل من يخالف أو يبرم عقد زواج عرفي.

وآخر ما نختم به لتفادي إشكالات انعقاد الزواج ما علينا سوى مراعاة والتمسك بأحكام الشريعة الإسلامية عند غياب نص في قانون الأسرة، وهذا ما أكدته المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، كما من المستلزم احترام كل من ركن وشروط صحة انعقاد الزواج وتوثيق وتسجيل عقود الزواج بهدف حماية وصيانة الحقوق هذا من أجل تقليل وتفادي الإشكالات .

المراجع

أولا- باللغة العربية

القــرآن الكـــريم.

I- الكتب

1. أحمد الشامي، التطور التاريخي لعقود الزواج في الإسلام دراسة مقارنة، د. ب.ن، 1982.

2. أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي، حقيقته،أحكامه، وأثاره، والأنكحة ذات الصلة به، دار العاصمة للنشر والتوزيع، 2005.

3. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام، بحث تحليلي و دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة دار التأليف، الإسكندرية، 1931.

4. الحافظ بن درج العسقلاني، بلوغ المرأة من أدلة الأحكام، الطبعة الثانية، مكتبة دار الفيحاء، دمشق ،1997،

5. زوبيدة إقروفة، الإبانة في أحكام النيابة ، دراسة فقهية قانونية،دار الأمل 2014

6. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، دار الكتاب العربي ، لبنان، 1977

7. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج02، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

8. _____، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن.

9. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص38.

10. _____، نظام الحالة المدنية في الجزائر ، مطبعة البعث، الجزائر،1980

11.عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني ، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النورة الجديدة ، لبنان،1994.

12.عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي المشكلة والحل، (د.ط)، دار الروضة للنشر والتوزيع، مصر، (د.س.ن).

13.بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث إجتهدات المحكمة العليا ، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012.

14._____ ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث والوصية)، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2005

15._____ ،قانون الأسرة الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن،2007.

16.عطية سند عبد الحسيب، الإكراه وأثره على إرادة المكره في الأفعال الجنائية والتصرفات الشرعية و العقود المالية في الفقه الإسلامي، مطبعة الغد للنشر والتوزيع، 2001 .

17.علي أحمد عبد الله الطرطاوي، شرح كتاب النكاح، ،دار الكتب العلمية، ، لبنان، 2005 .

18.عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط02، دار النفائس، لبنان، (د.س.ن).

19.الغوتي بن ملحة ، قانون الأسرة ، على ضوء الفقه و القضاء ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،2005 .

20.فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير رسمي، مجموعة النيل العربية للنشر، القاهرة، 2001.

21.لطفي حسين أسعد ، الزواج في الإسلام ، و زوجات النبي محمد صلى الله عليه و سلم ، الطبعة الأولى ،المطبعة البهية المصرية ،سنة1938

22.محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950.

23.محمد بن سعيد رسلان بن عبد الله، المحرمات من النساء، دار أضواء السلف، القاهرة 2009.

24.محمد بن صالح العثيمين، الزواج و مجموعة أسئلة في أحكامه، مدار الوطن للنشر، المملكة العربية السعودية، عنيزة، 1992.

25.محمد بن محمود جمال الدين، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

26.محمد حسين قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، دار الجامعة للنشر والتوزيع، مصر، 1994.

27.منصور محمد حسن، قانون الإثبات مبادئ الإثبات وطرقه، منشأة المعارف، مصر، 1999.

28.نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، لبنان، 1995.

29.نور الدين إبراهيم، إشكاليات الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة،2014-2015.

30.نور الدين أبو لحية، عقد الزواج و شروطه، دار الكتاب الحديث، القاهرة، د.س.ن.

31.يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، (الزواج و الطلاق)، دار الهومة للطباعة، الجزائر،2007.

II- رسائل و المذكرات العلمية

أ- الرسائل

-عدنان سامي العجوزي ،نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، دراسة فقهية مقارنة ، رسالة لنيل درجة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الإزهر غزة، كلية التربية، قسم الدراسات الإسلامية ، 2013

ب- المذكرات

1. أعرور عائشة ، تعدد الزوجات (دراسة مقارنة) ،مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية،2013.

2. بشرى عقون ،فارسي سارة ، أحكام الصداق في ضوء الفقه الإسلامي و قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة 08ماي1945، قالمة.

3. حسن مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الاسرة في مسائل الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ،.2010

4. حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديل الوارد على قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستر في قانون الأسرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010.

5. حمزة جبالي، ضوابط الزواج في المجتمع الجزائري بين قانون الأسرة و الأعراف الاجتماعية، مذكرة ماجستير ، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة،2009

6. دليلة بلعربي خالدية، آثار عيوب الرضا على عقد الزواج ، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق، جامعة سعيدحمدين،2015.

7. دليلة معزوز، إجراءات عقد الزواج الرسمي و طرق إثباته و مشكلة الإثبات في الزواج العرفي، رسالة ماجيستر ،كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،2004

8. زايدي عبد السلام, يوبى عليلي، شروط عقد الزواج في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

9. سالم صادق ، الولي في الزواج، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير ، بسكرة،2015.

10.نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر2012.

11.صبرينة أبو عبد القادر، إثبات عقد الزواج، مذكرة ماستر، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية،2013.

12.عائشة محمد صدقي موسى، أثار الأمراض المزمنة على الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطني في نابلس، فلسطين،2014

13.عبد الحكيم بوجاني، إشكالات إنعقاد وإنحلال الزواج، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،2014.

14.عزيز طارق مقران، إجراءات تنظم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير، بسكرة ،2015.

15.عيسى مؤيد محمد دغش، المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة ،مذكرة لنيل شهادة ماجيستر، في القانون الخاص، بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية ،نابلس، فلسطين،2008 .

16.غماري مريم، الزواج العرفي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أو الحاج، البويرة.

17.فوزية بوجاجة، غنية غوناي، الأحكام القانونية لإنعقاد الزواج، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر ، جامعة الجدلالي بونعامة بخميس مليانة، 2015.

18.كريمة محروق، عقد الزواج غير موثق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجيستر في الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسنطينة، 2007.

19.محمد طواهري ، الجزاء المدني في بعض مسائل الزواج، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015

20.نادية بن فليس، تعدد الزوجات في ظل التحولات الاقتصادية، الاجتماعية و الثقافية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع ،جامعة الحاج لخضر ، كلية العلوم الاجتماعية و الإسلامية، باتنة ،2005

21.نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو،2012.

22.هشام حضري، آثار الفحص الطبي على إنعقاد الزواج ،مذكرة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم الإسلامية، جامعة محمد خيضر، بسكرة،2015.

23.وزبير بولعواد، أركان وشروط عقد الزواج و آثار تخلفها في الشريعة الإسلامية و القانون، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ،الدفعة 12،2004

24.وفاء مناد، المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة والقانون، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير، بسكرة،2015.

25.سعاد سطحي، فقه الأسرة مطبوعة بيداغوجية لطلبة السنة الثانية ل.م.د. كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر،د.ب.ن،2013.

II- النصوص التشريعة

1- قانون رقم 14-08مؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق 9 غشت سنة 2014 ، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-20 مؤرخ 19 فبراير سنة1970، والمتعلق بالحالة المدنية.

2- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر.ع 21، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

3- قانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، المتضمن ق.أ.ج، ج.ر، عدد 31 المؤرخة في 31 جويلية 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

4- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 80-07 المؤرخ في 9 غشت 1980.

5- القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987، القانون رقم 88-14 المؤرخ في ، القانون رقم 89-01 المؤرخ في 7 فبراير 1989.

6- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 و القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

VI-مقالات و مجلات

أ- المجلات

- كريمة محروق، "واقع الزواج العرفي في الجزائر أسبابه ومفاسده وإجراءات الحد منه"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 39، جامعة قسنطينة، 2013

V- اللإجتهادات القضائية

***إجتهاد المحكمة العليا**

1- م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 249128 بتاريخ،2000/07/18، المجلة القضائية، عدد02، من الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، الجزائر، 2003.

2- مجلة قضائة، قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27.

ثانيا- باللغة الفرنسية

Articles

1. Kamel Saidi ,La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation , R.I.D.C.1-2006.

2. Mohamed Djagham, revue des sciences humaines : La polygamie en Algérie divergence autours d'un droit en mutation.

ملاحق

لـهذ ه الأسبـا ب و لـلاجلـها

فـي الـشكل :

قبول الدعوى لاستيفائها الأوضاع القانونية المنصوص عليها في أحكام المواد 12 و 13 و 459 من قانون الإجراءات المدنية.

فـي الـموضوع :

القول بأنها مبررة و مؤسسة للأسباب المشارة إليها أعلاه .
وعليه الأمر بتسجيله أمام مصالح الحالة المدنية لبلدية بجاية وكون أن هذا الزواج أثمر بطفل عمره الآن عامين و عليه و بالضرورة يلتمس منكم العارض الأمر بإثبات نسبه لأبيه

الـمرفـقـا ت

1- شهادة عدم تسجيل عقد الزواج .
2- شهادة الميلاد لكلا الطرفين.
3- نسخة من الدفتر الصحي للطفل .
4- شهادتين شرفيتين للشهود

عن الـعا رض / وكيـلـه

ملحـــق رقم 05

دعوى اثبات الزواج العرفي

انه في يوم .....الموافق .....
بناءا على طلب السيدة:.....المقيمة:.....

و محله المختار مكتب:
الاستاذ:.....المحامي:.....
أنا:.....محضر محكمة:.....
قد انتقلت حيث إقامة السيد:.....المقيم :.....

وأعلنته بالاتي:

بموجب عقد زواج عرفي مؤرخ تزوجت الطالبة من المعلن اليه على صداق و قدره.....الحال منه.....و المؤجل منه.....يحل باقرب الاجلين و ذلك امام شاهدين وقعا على العقد في مجلس العقد.

و حيث ان العقد قد توافر فيه الشروط المطلوبة لصحة الزواج بالايجاب و القبول كما هو وارد بعقد الزواج الموضح بصدر الصحيفة مما يحق للطالبة رفع هذه الدعوى طالبة الحكم باثبات زواجها من المعلن اليه بموجب عقد الزواج العرفي المؤرخ في .../...../..... بايجاب و قبول متطابقين على الصداق الموضح بالعقد و صدر الصحيفة.

بناءا عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت حيث اقامة المعلن اليه و اعلنته بصورة هذه الصحيفة و كلفته بالحضور امام المحكمة:.....و الكائن مقرها:.....و بجلستها المنعقدة علنا في تمام الساعة التاسعة من صباح اليوم :.....الموافق:..../...../..... ليسمع الحكم باثبات زواج الطالبة من المعلن اليه بموجب عقد الزواج العرفي المؤرخ ...../...../..... مع التزام الطالبة بالمصاريف و الاتعاب و شمول الحكم بالنفاذ المعجل و بلا كفالة.

فهـــرس

الشـــكر

الإهـــداء

قائمـــة المختصرات

مقـــدمة..... 02

الفصل الأول

أهم إشكالات إنعقـــاد الزواج..... 07

المبحث الأول: الإشكالات العملية لعقد الزواج..... 08

المطلب الأول: إشكال ركن الرضا في تكوين العقد..... 08

الفرع الأول: تعريف ركن الرضا..... 09

الفرع الثاني: شروط العقد..... 11

أولا: شروط الصيغة..... 11

1: أن تكون صيغة العقد منجزة..... 11

أ:الصيغة المعلقة على شرط..... 11

ب: الصيغة المضافة إلى زمن المستقبل..... 12

2:أن تكون صيغة عقد الزواج مؤبدة..... 12

ج:أن تكون صيغة عقد الزواج سليمة 13

– الغلط..... 13

ثانيا: الشروط المتعلقة بمجلس العقد..... 14

1: إتحاد مجلس العقد..... 14

2: مطابقة القبول للإيجاب..... 14

الفرع الثالث: أثر تخلف ركن الرضا..... 15

أولا: أثر تخلف ركن الرضا في الشريعة الإسلامية..... 15

ثانيا:أثر تخلف ركن الرضا في قانون الأسرة الجزائري..... 16

المطلب الثاني: الإشكالات المتعلقة بشروط عقد الزواج..... 16

الفرع الأول: إشكالات الأهلية في عقد الزواج..... 17

أولا : أهلية تحديد سن الزواج..... 18

ثانيا: آثار تخلف الأهلية في عقد الزواج..... 19
ثالثا: الشهادة الطبية قبل الزواج..... 20
الفرع الثاني: الإشكال المثار حول الصداق..... 22
الفرع الثالث: الإشكالات المتعلقة بالولاية في عقد الزواج..... 23
أولا إشكالية حضور الولي في العقد بالنسبة للمرأة الراشدة..... 24
ثانيا: إشكالات تزويج الولاية على المحضون..... 25
ثالثا: آثار تخلف شرط الولي..... 26
الفرع الرابع: إشكالات المتعلقة بشرط الشاهين و انعدام الموانع الشرعية..... 27
أولا: إشكالية شرط الشاهدين..... 27
1: شروط الإشهاد..... 28
أ:البلوغ..... 29
ب: العقل..... 29
ج: العدالة..... 29
د:الإسلام..... 29
هـ: التعدد..... 29
و: الذكورة..... 30
2:أثر تخلف شرط الإشهاد في الزواج..... 30
ثانيا: إشكالية إنعدام الموانع الشرعية..... 30
1: أصناف المحرمات..... 30
أ:المحرمات المؤبدة..... 31
*المحرمات من النسب و القرابة..... 31
* المحرمات بالمصاهرة..... 31
*المحرمات من الرضاع..... 32
ب:المحرمات المؤقتة..... 32
2:أثر الزواج بإحدى المحرمات..... 33
المبحث الثاني: أبرز الإشكالات القانونية المتعلقة بالرخص المسبقة لإبرام عقد الزواج..... 35
المطلب الأول:الرخص الخاصة المتعلقة بعقد الزواج..... 35

الفرع الأول:رخصة رئيس المحكمة كشرط لعقد الزواج..... 36
أولا : الرخصة الممنوحة للقاصر..... 36
الفرع الثاني: إشكالية قيود تعدد الزوجات..... 37
أولا: إباحة التعدد في الشريعة الإسلامية..... 37
ثانيا:الإشكالات القانونية المتعلقة بقيود تعدد الزوجات..... 38
1: وجود المبرر الشرعي..... 39
2: إعلام موافقة الزوجتين..... 39
3: الإذن القضائي زواج المسبق..... 40
الفرع الثالث: حالة زواج الأجانب المقيمين في الجزائر و الجزائريين المقيمين في الخارج..... 41
أولا : الأجانب المقيمين في الجزائر..... 41
ثانيا: الجزائريين المقيمين في الخارج..... 42
المطلب الثاني:الرخص الخاصة لبعض الفئات من الموظفين..... 42
الفرع الأول:رخصة خاصة بموظفي الأمن الوطني..... 43
الفرع الثاني: رخصة خاصة بزواج موظفي الجيش الوطني الشعبي و الدرك الوطني..... 44

الفصل الثاني

إشكالية توثيق عقد الزواج العرفي..... 46
المبحث الأول : إشكالية الإثبات في الزواج العرفي..... 47
المطلب الأول : مفهوم عقد زواج العرفي..... 47
الفرع الأول : تعريف عقد زواج العرفي و حكمه..... 47
أولا: تعريف عقد الزواج العرفي..... 48
ثانيا: حكم الزواج العرفي الشرعي..... 48
1: الصحة و الجواز..... 49
2: المنع و الحرمة..... 49
3: موقف المشرع الجزائري..... 50
الفرع الثاني : أسباب انتشار الزواج العرفي..... 50
أولا: الأسباب الدينية..... 50
ثانيا: الأسباب الإدارية..... 50

ثالثا: الأسباب المادية و المعنوية..... 51
رابعا: الأسباب القانونية..... 51
1:الأسباب القانونية العامة..... 52
2: الأسباب القانونية الخاصة..... 53
خامسا: الأسباب الإجتماعية..... 54
المطلب الثاني: آثار عقد الزواج العرفي..... 54
الفرع الأول: الآثار القانونية..... 55
أولا: الآثار القانونية على الأبناء..... 55
ثانيا: الآثار القانونية على الزوجين..... 55
1: الواجبات و الحقوق المشتركة..... 56
2: الحقوق و الواجبات المستقلة..... 56
أ:حقوق مالية..... 56
ب:حقوق غير مالية..... 57
الفرع الثاني :الأثار المادية و الإجتماعية..... 58
أولا: الآثار المادية..... 58
ثانيا: الآثار الإجتماعية..... 60
1: مسائل ذات طابع قضائي..... 60
2: المشاكل المتعلقة بالتزوير..... 60
3: زواج المحارم أو الزنا..... 60
المبحث الثاني :إشكالية تسجيل عقد الزواج العرفي و طرق إثباته..... 61
المطلب الأول : إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي..... 61
الفرع الأول : تسجيل عقد زواج العرفي غير المتنازع فيه..... 62
أولا: تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه و المبرم داخل الوطن..... 62
ثانيا:تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه المبرم خارج الوطن..... 64
الفرع الثاني :تسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه..... 66
أولا :الجهة القضائية المختصة..... 66
ثانيا : الإجراءات المتبعة..... 67

1: الأهلية..... 68
2: الصفة..... 68
3: المصلحة..... 68
المطلب الثاني: طرق إثبات عقد الزواج العرفي..... 70
الفرع الأول : الشهادة..... 70
أولا : تعريف الشهادة..... 70
1:تعريف الشهادة شرعا..... 70
2: تعريف الشهادة قانونا..... 71
ثانيا : أنواع الشهادة..... 71
1: الشهادة المباشرة..... 71
2: الشهادة غير المباشرة..... 71
ثالثا : شروط أداء الشهادة..... 72
1:الشروط المتعلقة بالشاهد..... 73
أ: الذكورة..... 73
ب: الأهلية..... 73
ج:عدالة الشهود و الإسلام..... 73
2: الشروط المتعلقة بالشهادة..... 74
أ: أن تكون الشهادة مطابقة للوقائع المادية..... 74
ب: أن تكون شهادة الشاهدين موافقة و موافقة لموضوع الدعوى..... 75
الفرع الثاني : الإقرار..... 75
أولا: تعريف الإقرار..... 75
ثانيا: شروط الإقرار..... 76
ثالثا: حجية الإقرار..... 77
الفرع الثالث: النكول عن اليمين..... 77
أولا : تعريف النكول عن اليمين..... 77
ثانيا: حجية اليمين..... 78
خاتمة..... 80

قائمة المراجع..... 86
الملاحق..... 93
فهرس 96

ملخص

يعتبر الزواج سنة من سنن الله تعالى في الخلق و التكوين، و لكي يكون الزواج صحيحا و مرتباً لآثاره يجب التقيد بالركن و الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري و التي تتمثل في الرضا وبعض الشروط التي هي: الأهلية، الصداق، الولي، الشهود و خلو الزوجين من الموانع الشرعية، حيث ترتب كل هذه آثاراً، كما أن هناك بعض الإجراءات التي يلتزم بها فئة من الناس لكي يكتمل ويصح عقد زواجهم والمتمثلة بالرخص المسبقة لعقد الزواج و الممنوحة من طرف القاضي و الهيئة المستخدمة ووالي الولاية، إذ بالإخلال بأحد الشروط و الإجراءات المنصوص عليها في قانون الأسرة قد يخلق إشكالات عديدة تؤدي إلى الفسخ أو البطلان.

حيث لكي يكون الزواج صحيح و مرتب لآثاره يستوجب إفراغه في قالب رسمي و إذ لم يتم ذلك يعتبر زواج عرفي حيث أن هذا الأخير يتضمن كل شروط عقد الزواج إلا أنه لم يتم تسجيله وتوثيقه وهذا قد يخلق إشكالات خاصة في طريقة إثباته في حالة إنكار أحد الطرفين .

Résumé

Le mariage est l'union d'un homme et une femme dans le but de former une famille, cependant pour que ce dernier soit valable il doit contenir quelque conditions de fond et de forme posé par la loi qui se présents comme, le consentement des deux parti, la dot, le wali, les témoins, la capacité au mariage, ainsi que l'exception des empêchements légaux au mariage, c'est avec la présence de ses derniers que le mariage sera valable, mais en plus de ses conditions de fond il existe d'autres de forme qu'il faudra respecter pour une catégorie de personne pour les qu'elles il exige une autorisation délivré par le juge ou alors le wali de la wilaya ou encore l'employeur pour que le mariage soit valable.

Mais en plus l'acte de mariage doit être authentifié et conclu devant un notaire ou devant l'officier de l'état civil, sinon il sera considéré comme étant un mariage coutumier, car avec ce dernier les deux époux remplissent toutes les conditions posés par la loi mais sans que l'acte soit authentifié ce qui peut créer beaucoup de conflits comme comment prouver l'union des deux individus sans un acte valable et authentifier.