جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة

كليةالحقوق والعلوم السياسية

قسم حقوق

الأحكام القانونية لانعقاد الزواج

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق

تخصص: أحوال شخصية

اعداد الطالبتين:

- فوزية بوجاج
- غنية غوناي

إشراف الدكتور:

- فيساح جلول

أمام لجنة المناقشة:

1- بلقاضي رئيس

بلقاسم.....

2- فيساح جلول..... مقرر

3- عباس مجدوب محمد..... عضو

4-..... عضو

5- ..... عضو

السنة الجامعية:2014-2015

شكـــر وتقديـــر

بعد اتمام هذه المذكـرة، نوجه جزيـل الشكر الى كل من ساهـم معنا فـي اعدادها

خلال فترات جمع مادتها العلمية وتصنيفها وكتابتها وطبعها في شكلها النهائي

ونخص بالذكر الأستـاذ المؤطر فيسـاح جلول ، وكذا لجنـة المناقشـة و جميـع

أساتذة قسم الحقوق كما نوجه جزيل الشكر الى موظفي المكتبة المركزية والفرعية

الإهـــــــداء

الى من كانـا سندي ودافعـي في الوصول الى كـل هدف كـان بالنسبة لي بعيد

الى من بفضلهمـا ولأجلهمـا سأثابـر بإذن الله من أجـل تحقيـق المزيـد.

الى والداي العزيزين حفظهما الله لي.

والـى جميـع افـراد العائلــة" حورية ، فاتح ، نجية ، نورة ، ناصر، أحلام ، كريم"

فوزية

الإهداء

إلى علة كياني ، و رفيقة أحزاني ، رجائي في شدتي و عزائي في شقوتي ، لذتي في حياتي و راحتي في مماتي ، حافظة عهدي و مطيبة سهدي ، هادية رشدي ، ضاحكة فوق مهدي و باكية فوق لحدي ، إلى صاحبة الوجه الباسم بملامحه الرقيقة الرزينة ، ومعانيه الدقيقة الحنون إلى التي رافقتني طوال المشوار الدراسي و مهدت لي الطريق لأصل إلى هذا المستوى ، الغالية على قلبي "أمي العزيزة".

إلى أبي الغالي رحمه الله و أسكنه فسيح جنانه ،الذي سهر من أجلي وتعب من أجل دراستي و تعليمي .

إلى أخواتي :فتيحة، كريمة، فريدة، فاطمة و زوجها .

إلى اخوتي: العربي، أحمد، رشيد، محمد،أمين، عبد السلام، عبد القادر،

وإلى كل العمات والأعمام و الخالات و الأخوال .

إلى صديقاتي و أخص بالذكر رزيقة، أمينة حسيبة دون أن أنسى رفيقتي فوزية ، إلى كل الأصدقاء ، إلى الأستاذ المؤطر : فيساح إلى كل أسرة العلوم القانونية و الإدارية وإلى كل من يعرفني .

أملنا أن نكون قد وفقنا في تقديم منهجي و علمي لمضامين هذه المذكرة .

و الله الموفق ، و هو من وراء القصد

غنية

خطـــة البحـــث

الفصل التمهيدي:

المبحث الأول: مفهوم الزواج

المطلب الأول: تعريف الزواج

المطلب الثاني: دليل مشروعية الزواج

المبحث الثاني: مقاصد تشريع الزواج

المطلب الاول: المقصد الأصلي للزواج

المطلب الثاني: المقاصد التبعية للزواج

الفصل الاول: الاحكام القانونيـــة للـزواج

المبحث الاول: مقدمـــات الزواج

المطلب الأول: مفهوم الخطبـة

الفرع الاول : تعريـف الخطبـة

الفرع الثاني: مشروعية الخطبـة

الفرع الثالث: شروط الخطبـــة

الفرع الرابع: أثر الخطبـة على الخطبـة في صحـة العقـد

الفرع الخامس: انقضاء الخطبة عن طريـق العدول

الفرع السادس: طبيعـة الخطبـة

المطلب الثاني: الفاتحـة

الفرع الاول: تعريـف الفاتحـة

الفرع الثاني: الطبيعـة القانونيـة للفاتحـة

الفرع الثالث: العلاقـة بين الخطبـة و الفاتحـة

الفرع الرابع: اقتران الخطبـة بالفاتحـة

المبحث الثاني: الركـن والشروط الموضوعيـة والشكليـة وأثر تخلفهمـا

المطلب الاول: ركن الرضـا وأثر تخلفـه

الفرع الاول: تعريف ركن الرضـا

الفرع الثاني: أثر تخلـف ركـن الرضـا

المطلب الثاني: الشروط الموضوعيـة وأثر تخلفهـا

الفرع الاول: أهليـــة الزواج

الفرع الثاني: الصداق

الفرع الثالث: الولـي

الفرع الرابع: شرط الاشهـاد في عقـد الزواج

الفرع الخامس: انعدام الموانـع الشرعيـــة

المطلب الثالث: الشروط الشكليـة وأثر تخلفهـا

الفرع الاول: شروط الانعقـاد وأثر تخلفهـا

الفرع الثاني: شروط الصحـة وأثر تخلفهـا

الفرع الثالث: شروط اللزوم و أثر تخلفهـا

الفرع الر ابع: شروط النفـاذ وأثر تخلفهـا

الفصل الثاني: الاحكام الخاصـة لانعقـاد الزواج

المبحث الاول: الاحكام الخاصة بزواج الاجانب والفئـات الخاصـة

المطلب الاول: الاحكام الخاصـة بزواج الأجانـب

الفرع الاول: حالـة زواج الأجانـب المقيميـن في الجزائـر

الفرع الثاني: حالـة زواج أجنبـي مقيم في الجزائـر والآخـر غير مقيم أو زواج أجنبـي و جزائري

المطلب الثاني: الاحكـام الخاصـة بالفئـات الخاصــة

الفرع الاول: موظـفي الأمـن الوطنــي

الفرع الثاني: الجيـش والدرك الوطني

المبحث الثاني: الاحكـام الخاصـة بالفحص الطبـي وتعدد الزوجــات

المطلب الاول: الأحكـام الخاصـة بالفحص الطبــي

الفرع الاول: تعريـف الفحص الطبــي

الفرع الثاني: آثـار الفحص الطبـي قبـل الزواج

الفرع الثالث: طبيعــة الإلزام بالفحص الطبـي قبـل الزواج وأثره القانونـــي

المطلب الثاني: تعدد الزوجــات

الفرع الاول: تعريـف تعدد الزوجـات

الفرع الثاني: شروط تعدد الزوجــات

المطلب الثالث: الإجراءات الإداريـة لإبرام عقـد الزواج

الفرع الاول: الإجراءات الخاصـة لتسجيـل عقـد الزواج

الفرع الثاني: الإجراءات الواجب اتباعها لإبرام عقـد الزواج

الفرع الثالث: أثر تخلـف الشروط الإداريــة

الخاتمـــــة

مقدمة:

إن الجميع يدرك أن حجر الزاوية و عنصر القوة في العالم الإسلامي هو الاسرة، لهذا عمدت الحركة التشريعية في مجال التدوين و التقنين إلى وضع قانون عام شامل يعتمد على الشريعة الإسلامية و يستسقى من المذاهب المختلفة تيسرا مع الناس و تماشيا مع روح التشريع الإسلامي الذي يدعو إلى رفع الحرج ودفع الضرر على الأسرة بعيدا عن التقليد و الجمود و عدم التقيد بمذهب معين و الاستفادة من المذاهب الاجتهادية كلها.

ففي 1963/06/29 صدر القانون رقم 63-224 المتعلق بتحديد سن الزواج وتسجيله، ورغم هذا لم ينل الشعب الجزائري جزء من استقلاله التشريعي وظل طو ال مدة واحد وعشرون (21) سنة بلا قانون للأحوال الشخصية، إلى أن صادق البرلمان الجزائري على قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية، وأصبح سار يا في 1984/06/09 وهو القانون رقم 11-84 الذي اشتمل على أربع كتب، الكتاب الأول بعنوان: الزواج وانحلاله، الثاني بعنوان: النيابة الشرعية، أما الكتاب الثالث فهو بعنوان الميراث، والكتاب الأخير بعنوان التبرعات.

وما يلاحظ أنه لم يكن قانونا في مستوى الواحد والعشرين سنة من الدراسة، حيث اشتمل على ثغرات عديدة كانت محل نقد ونقاش بين رجال الدين والقانون والسياسة والاجتماع، وذلك ما استدعى حتمية التعديل لسد هذه الثغرات، وقد عمدت المحكمة العليا إلى وضع مشروع تمهيدي لتعديل قانون الأسرة.

وهذا المشروع جاء بعد عشرين سنة أخرى من معاناة ساحة القضاء من إشكالات استحال حلها في إطار هذا القانون، فهل هذا المشروع كان في مستوى هذه المدة من الانتظار؟ لا سيما ما يتعلق بالزواج وإجراءاته و أحكامه، وهذا ما جعل واضعي المشروع يقصرون اقتراحاتهم على هذا الجانب وهذا ما دفعنا إلى حصر دراستنا عليه تحت عنوان: الأحكام القانونية لانعقاد الزواج.

وإن غايتنا المنشودة من موضوع الدراسة هي معالجة قانونية لأحكام الزواج وإبراز أهميتها، ومدى فعاليتها والتعديل الجديد، وكذلك معرفة التغيرات التي جاء بها قانون الاسرة المعدل بالإضافة الى تشعب الموضوع وكثرة المسائل المثارة حول موضوع أحكام الزواج وكذا معرفة توجهات المشرع الجزائري وأهدافه بعد تعديل قانون الاسرة ، والأطر القانونية والخاصة لإنعقاد الزواج ومدى أهميته منتهجين في ذلك الأسلوب التحليلي.

وفي ظل أهمية قانون الأسرة في تنظيم المجتمعات عموما والمجتمع الجزائري خاصة، فالسؤال الذي يطرح في هذا الصدد: هل كانت الأحكام القانونية كافية لإبرام عقد الزواج وهل وفق المشرع الجزائري فيما ذهب إليه من أحكام و إجراءات لإبرام عقد الزواج؟ وهل كانت الأحكام الخاصة كفيلة بتنظيم زواج بعض الفئات؟.

ولمعالجة هذه الإشكالات ارتأينا تقسيم دراستنا إلى فصلين، الفصل الأول خصصناه للأحكام القانونية لانعقاد الزواج، وضمناه مبحثين، المبحث الأول تعلق بمقدمات الزواج، والمبحث الثاني تعلق بالركن والشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج وآثار تخلفها، أما الفصل الثاني فخصصناه للأحكام الخاصة لانعقاد الزواج في ثلاثة مباحث، الأول عالج الأحكام الخاصة بزواج الأجانب والفئات الخاصة، والثاني بالأحكام الخاصة بالفحص الطبي وتعدد الزوجات، والمبحث الثالث تعلق بالإجراءات الإدارية لإبرام عقد الزواج.

فصل تمهيدي: ماهية عقد الزواج

المبحث الأول: مفهوم الزواج

يعتبر عقد الزواج من العقود المهمة في الحياة الإنسانية لذا كان لابد من الإشارة الى أهدافه ومقاصده وتبيان احكامه وذلك من خلال مايلي:

المطلب الأول : تعريف الزواج

تعريف الزواج: يعرف تعريفا لغويا و تعريفا اصطلاحيا من وجهة نظر المشرع بما يحدثه من أثر قانوني

أ- الزواج لغة: هو تثنية الشيء بآخر من جنسه، نقول ثنيت الشيء إذ جعلت له مثله معه ونقول: زوجته بتضعيف الواو و فتحها إذا أضفنا له واحد آخر ، و لهذا المعنى ورد لفظ الزواج في القرآن الكريم: (و إذا النفوس زوجت)[1] .

ب- الزواج اصطلاحا: تعددت بشأنه التعاريف الفقهية و التشريعية ومنها ما عرفه الإمام أبو زهرة والذي يرى بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة و تعاونهما يحدد ما لكليهما من حقوق و ما عليهما من واجبات .

[1] سورة التكوير ، الآية 07

تعريف المشرع الجزائري حاول المشرع الجزائري وضع تعريف لعقد الزواج في المادة الرابعة المعدلة من قانون الأسرة وهو كالتالي:" الزواج هو عقد رضائيبتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي... "

وبموجب هذه المادة أصبح الرضا العنصر الجوهري في عقد الزواج .[1]

المطلب الثاني :دليل مشروعية الزواج

لإثبات مشروعية هذا العقد نلتمس عدة أدلة:

أ- **من الكتاب** :قوله تعالى في الآية 21 من سورة الروم(ومن آياته ان خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة)

ب- من السنة :قوله عليه الصلاة والسلام (ثلاثة حق على الله عونهم ، الناكح الذي يريد العفاف ، المكاتب الذي يريد الاداء والغازي في سبيل الله)

أما فقها فقد عرف الفقهاء الزواج بأنه عقد يحل استمتاع الرجل بالمرأة نظير عوض .

ومن خلال هذه الأدلة نلاحظ مشروعية الزواج من الكتاب والسنة و عند الفقهاء.[2]

[1] – فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ،المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1986 ص 16

[2]– بلحيرات رفيقة +حميطوش وسيلة ،أحكام عقد الزواج ، مذكرة لنيل شهادة الليسانس في الحقوق سنة 2003/2002 ص09

المبحث الثاني: مقاصد تشريع الزواج

سنتناول في هذه النقطة العناصر التالية:

المطلب الأول: المقصد الأصلي للزواج

هو المحافظة على النسل و حفظه من الانقطاع ، جاء في علوم الدين للإمام الغزالي أن للزواج خمس فوائد : الولد و كسر الشهوة وتدبير المنزل و كثرة العشيرة و مجاهدة النفس بالقيام بشؤون الزوجات و أم الولد هو الأصل المقصود و له وضع النكاح ، و المقصود بقاء النسل و أن لا يخلو العالم من جنس الإنس ، و إنما الشهوة خلقت باعثة مستحثة كالموكل بالفحل في إخراج البذر و الأنثى في التمكن من الحرث تلطفا بهما من اقتناص الولد ، وكانت الحكمة الأزلية غير قاصرة عن اختراع الأشخاص ابتداء من غير حراثة و ازدواج ، و لكن الحكمة اقتضت ترتيب المسببات على الأسباب مع الاستغناء عنها إظهارا للقدرة و إتماما لعجائب الصنعة و تحقيقا لما سبقت به المشيئة.

المطلب الثاني: المقاصد التبعية

إذا كان النسل هو المقصد الأصلي من النكاح فهذا لا يمنع أن تكون هناك مقاصد أخرى للنكاح و هذه المقاصد تكون بمثابة التابع المكمل للمقصد الأصلي و من بين المقاصد التبعية للنكاح:

1- التحصن عن الشيطان و كسر غوائل الشهوة وغض البصر و حفظ الفرج ، و النكاح بقصد دفع غائلة الشهوة ، مهم في الدين لأن الشهوة إذا غلبت ، ولم تقاومها قوة التقوى

جرت إلى اقتحام الفواحش ، و إذا كان الإنسان ملجما بلجام التقوى فغايته أن يكف الجوارح عن إجابة الشهوة فيغض البصر و يحفظ الفرج .

2- ترويح النفس و إراحة للقلب و تقوية له على العبادة ، مصداقا لقوله تعالى في الآية07 من سورة التكوير :" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون " ، فالمراد بالسكن في الآية استقرار النفس و راحة القلب .

3- أن يقصد بالنكاح مجاهدة النفس والقيام بحقوق الزوجة ، وليس من اشتغل بإصلاح نفسه كمن اشتغل بإصلاح نفسه و غيره ، ولا من صبر على الأذى في سبيل الإصلاح كمن رفه نفسه و أراحها من الأتعاب و التبعات ، فمقساة الأهل و الولد بمنزلة الجهاد في سبيل الله وكذلك من مقاصد الزواج تحريم التبني والزنا .

وإن تشريع النكاح في الدين الإسلامي يندرج في المقصد الثالث لمقاصد الشريعة و هو حفظ النسل .[1]

[1] - عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى 2007 ص30-33

الفصل الأول: الأحكام القانونية لانعقاد الزواج

لقد نظم المشرع الجزائري الأحكام القانونية للزواج في قانون الأسرة ابتداء من مقدماته الى غاية انحلاله والآثار المترتبة عن ذلك، وفي دراستنا لهذا الموضوع سنتناول مقدمات الزواج في المبحث الاول ثم الركن والشروط الموضو عية والشكلية للزواج وأثر تخلفها في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مقدمات الزواج:

إن كل عقد من العقود المهمة تسبقها مقدمات، ويبين فيها كل طرف من المتعاقدين طلباته ورغباته، فيتم العقد بتلاقي الارادتين ووجوب الايجاب والقبول.

فعقد الزواج هو أخطر العقود لأن موضوعه الحياة الانسانية، إذ يعقد على نية الدوام والبقاء ما بقي كلا الزوجين على قيد الحياة، لهذا كانت مقدماته لها شأنها وأهميتها، ولم تعنى الشريعة الإسلامية ولا قانون الأسرة بمقدمات أي عقد من العقود سواه.

وفي دراستنا لهذه المقدمات سنتطرق إلى النقاط التالية:

المطلب الأول: مفهوم الخطبة:

نظرا لكون عقد الزواج من أهم العقود التي يجريها الانسان في حياته وأعزها شأنا وأرفعها مكانة عند الله تعالى وعند الانسان، ويكفي أن الله تعالى سمى الزواج بالميثاق الغليظ، كان لا بد لمن أراد أن يدخل في هذا الرباط (الزواج) أن يكون على بينة من أمره.

الفرع الأول: تعريف الخطبة:

1 . لغة: الخطبة بكسر الخاء وضمها مشتقة من المخاطبة، وهي الكلام والمحادثة التي تجري بين المتكلم والسامع، تقول العرب: خاطبه مخاطبة وخطابا إذا كالمه وحادثه.

وقد جعلت العرب الخطبة بضم الخاء لما يلقى من كلمات في المجامع والمحافل تقول: خطب فلان من على منبر المسجد خطبة، إذا ألقى عليهم كلمة منثورة بمواصفات معروفة أما الخطبة بكسر الخاء فهي طلب المرأة للزواج، يقال: خطب فلان إلى فلان ابنته، أي طلب منه الزواج بها.[1]

2 . تعريف الخطبة اصطلاحا:

عرف الفقهاء الخطبة بتعاريف متقاربة نذكر منها ما يلي:

المالكية: عرف المالكية الخطبة بأنها " التماس التزويج والمحاولة عليه ".

الشافعية: عرف الشافعية الخطبة بأنها " التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة " .

الحنابلة: عرف الحنابلة الخطبة بأنها " خطبة الرجل المرأة لينكحها ".

وهذه التعاريف تطابق المعنى اللغوي للخطبة ، ويمكننا أن نعرف الخطبة بأنها "طلب الرجل النكاح من امرأة معينة، خالية من الموانع الشرعية "[2].

---

[1] د عمر سليمان الأشقر . أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى 1997 ص37 .

[2] د . جميل فخري محمد جانم ، مقدمات عقد الزواج ،الخطبة في الفقه والقانون ، الطبعة الأولى 2009 ص20.

3 . تعريف الخطبة قانونا :

عرفت قوانين الأحوال الشخصية الخطبة بتعاريف متقاربة ، تدور حول معنى واحد وهو أن الخطبة وعد بالزواج وليست زواجا ، ومن هذه التعاريف ما يلي:

عرف قانون الاحوال الشخصية السوداني في المادة السابعة الخطبة بأنها "وعد بالزواج في المستقبل ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا ، والجاري به عرفا معتبر شرعا".

عرفت مدونة الأحوال الشخصية في الفصل الثاني الخطبة بأنها "وعد بالزواج وليست بزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرى به العرف والعادة من تبادل الهدايا".

عرف مشروع قانون الأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي في المادة الاولى الخطبة بأنها" طلب التزوج والوعد به".

عرف مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة الاولى الخطبة بأنها " طلب التزوج أو الوعد به ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا"[1]

في حين عرفت المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري الخطبة بأنها وعد بالزواج و لكلا الطرفين العدول عنها" [2].

---

[1] د- جميل فخري محمد جانم- مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون- مرجع سابق- ص21.

[2] المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري رقم84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الفرع الثاني : مشروعية الخطبة

الخطبة مشروعة من الكتاب والسنة، فمن القرآن الكريم نجد قوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم)[1].

ومن السنة النبوية الشريفة نجد ما رواه أحمد ومسلم عن عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " المؤمن أخو المؤمن فلا يحل لمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر "أخرجه مسلم في الصحيح.

وما رواه البخاري عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك وفي رواية حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب[2].

الفرع الثالث: شروط الخطبة

*** أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية:**و التي تمنع زواجه في الحال لسبب من أسباب التحريم المؤقتة أو المؤبدة ، فالمحرمة مؤبدا لا يجوز أن يتزوجها بأي حال من الأحوال ، لأن سبب التحريم وصف لازم غير قابل للزوال ، فالأمومة والأخوة والعمومة والخؤولة صفات لازمة لا تقبل الإسقاط أو التنازل أو التغيير والمحر مة مؤقتا لا يجوز له الزواج بها مادام سبب التحريم قائما، لكن إذا زال سبب التحريم بأن رجعت المرتدة واعتنقت المشركة دين سماوي ، أو طّلق الغير زوجته وانقضت عدتها منه ، فإنها يجوز لمن يريد التزوج بها أن يخطبها ، لأنه يجوز له أن يتزوجها.

---

[1] الآية 235 من سورة البقرة.

[2] الأستاذ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2009، ص9- 10.

***المعتدة من طلاق رجعي:**

لا يجوز خطبتها لا تصريحا ولا تعريضا باتفاق الفقهاء ، لأن النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم بينها وبين مطلقها من كل وجه ، حتى أنه يجوز له أن يعيدها الى عصمته بغير إذنها ورضاها ، وبدون حاجة الى عقد جديد[1].

***المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى:**

يرى الأحناف أنه لا تجوز خطبتها لا تصريحا ولا تعريضا مادامت العدة باقية ، لبقاء آثار الزواج ، أما المالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية يرون بجواز خطبتها تعريضا ، لأن الطلاق البائن يقطع سلطة الزوج بزوجته.

***المعتدة من وفاة :**

فإنه تباح خطبتها تعريضا فقط لأن النص المذكور آنفا (البقرة ، 235) أباح خطبتها تعريضا ولا تباح خطبتها تصريحا ، مادامت معتدة من وفاة.

والتعريض في الخطبة هو القول المفهم للمقصود وليس بنص فيه[2].

ألا تكون مخطوبة للغير خطبة شرعية:

لأنفي خطبتها بهذه الصورة اعتداء على حق الخاطب الأول وإيذاء له لورود النهي عن ذلك في قوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه أحمد ومسلم عن عقبة بن عامر أنه قال " المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه ، حتى يذر" أخرجه مسلم في الصحيح، ومخطوبة الغير كما هو معلوم اذا تقدم أحد لخطبتها إما أن تكون موافقة على الخطبة ،وإما أن ترفض ،وإما أن تسكت.

---

[1] د- أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2004 ص52- 55.

[2] د عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، مرجع سابق ، ص 38

فإذا وافقت على الخطبة ، فلا يحق لخاطب آخر أن يتقدم الى خطبتها وهو يعلم أنها مخطوبة من الغير ،وإن رفضت الخطبة صراحة جاز لأي خاطب أن يتقدم لخطبتها لزوال المنع بالرفض.

وإذا سكتت ولم يوجد ما يدل على صريح القبول ، ولا صريح الرفض فقد اختلف الفقهاء في ذلك ، فأباح الشافعية في قول لهم جواز خطبتها لأن السكوت يعتبر رفضا ضمنيا ، ولأن مع ترددها لم يثبت للخاطب الأول حق حتى تعتبر الخطبة الثانية ايذاء له.

ويرى المالكية والحنفية الى أنه لا يجوز للخاطب الثاني أن يتقدم لخطبتها لأن سكوتها لا يدل على الرفض فربما كانت تتحرى على الخاطب الأول ، وتقدم الخاطب الثاني قد يمنعها من استمرارها في التحري فيكون في هذا التقدم اعتداء وتشويش على حق الخاطب الأول[1] .

أما الرأي الثاني فيرى إباحة هذه الخطبة وهو أحد الرأيين عند الشافعي ودليلهم في ذلك ما رواه أصحاب السنن عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثا فلم يجعل لها رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنا ولا نفقة وقال لها الرسول إذا حللت فآذنته فخطبها معاوية وابن جهم وأسامة بن زيد فقال رسول الله " أما معاوية ترب لا مال له وأما جهيم فرجل ضراب للنساء ولكن أسامة ، فقالت بيدها هكذا أسامة فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم طاعة الله وطاعة رسوله قالت :"فتزوجته فاغتبطت ".

قالوا : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينكر على واحد من هؤلاء الثلاثة خطبته و إنما أرشدها الى أفضلهم وهذا الاستدلال يتم لهم لو ثبت أن هؤلاء خطبوها متوالين وأن كل واحد

---

[1] د بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى 2008 ص27 .28

منهم كان يعلم بخطبته سبقه وهو لم يثبت بعد الاحتمال أنهم خطبوها في وقت واحد أو على التوالي دون أن يعلم المتأخر بخطبة السابق[1].

الفرع الرابع : أثر الخطبة على الخطبة في صحة العقد

اختلف الفقهاء في صحة الزواج الناتج عن خطبة شخص مخطوبة غيره.

ذهب الشافعية والحنفية الى أن هذه الخطبة لا تؤثر في العقد قضاء، بمعنى أن القاضي ينفذه ولا يحكم بفسخه ، اذ المخالفة لم تكن في نفس العقد ،وإنما في وسيلته ، وهي لا تؤثر فيه لكونها لا تشكل جزء من العقد ، ولا مقدمة لازمة له ، وينحصر أثرها في الجانب الديني فقط.

ذهب المالكية في الرأي المشهور عنهم الى التفصيل بين حالتين:

حالة قبل البناء: اذا علم القاضي بهذه الخطبة قبل البناء فسخ العقد لما فيه من تعد.

حالة بعد البناء : اذا علم بالخطبة بعد البناء فلا فسخ ، اذا العقد تأكد بالبناء[2].

الفرع الخامس: انقضاء الخطبة عن طريق العدول

الخطبة كما ذكرنا هي اتفاق رضائي يتم بإيجاب وقبول يصدر من أهليهما ، ويتعلق هذا الاتفاق بوعد يعقد الزواج ، فهي ليست عقدا يلتزم به الطرفان بالتزامات لها قوة الإلزام فإن للعقد أركان لا يتحقق بدونها وله شروط لا يصرح بغيرها والزواج يكون صحيحا اذا تم ركنه وشروطه ولو لم تسبقه ، فحتى لو تم هذا الاتفاق وقرأت الفاتحة أو ألبست خاتم الخطبة أو قبلت الهدايا أو تم التبادل بينهما أو قبضت المخطوبة المهر كله أو بعضه ، يمكن للطرفين العدول ، وفيما يأتي سنتناول جواز العدول عن الخطبة واثاره.

---

[1] الأستاذ طاهري حسين ، الاوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق ، ص 11.

[2] د أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2011، ص33.

***جواز العدول عن الخطبة:**

إن الخطبة ماهي إلا مرحلة تمهيدية للعقد وليست عقدا ولا ترقى الى مرتبته ، وإن كان هناك من المحدثين من يرى إمكانية ذلك لاشتمالها على الإيجاب والقبول واظهار الرغبة وهذه الأمور هي من مكونات العقد ، ويسأل الشخص عن اخلاله بها مسؤولية تعاقدية ولكن الخطبةليست عقدا، بل هي مجرد وعد وإن كان مستحبا ومطلوب الوفاء بالوعد.

ومن ثم يبقى لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عن الخطبة بإرادته المنفردة دون الرجوع الى الطرف الثاني ، وهذا ما قضت به صراحة المادة الخامسة في فقرتها الثانية من قانون الأسرة الجزائري "...يجوز للطرفين العدول عن الخطبة " أي أن حقيقة العدول مقررة لكل من الخاطب والمخطوبة دون الرجوع الى الطرف الثاني وطلب رضائه في ذلك العدول لكونه مباحا شرعا وجائز قانونا.[1]

***اثار العدول عن الخطبة :**

مادامت الخطبة مجرد وعد بالزواج ،لا يربط الخاطب بمخطوبته رباط الزوجية فيجوز لكل الطرفين أن يعدل عن الخطبة وينقض وعده على أساس انعدام فكرة الإلزامية في الخطبة وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر والخطبة في صورتها الاجتماعية يترتب عليها تواصل بين الطرفين بتقديم الهدايا الثمينة عند اعلان الخطبة ، وتبادل الهدايا بين الطرفين في المناسبات التي تعارف عليها الناس ، وقد يدفع المهر كله أو بعضه أثناء الخطبة لتكون أكثر مصداقية.

لكن إذا حدث العدول من أحد الطرفين أو من الطرفين معا فماذا يكون مصير كل من الهدايا والمهر؟

فهل يجوز استرداد الهدايا المقدمة ؟ وماحكم المهر الذي دفعه الخاطب الى مخطوبته؟

---

[1] الأستاذ محمد محدة ، سلسلة فقه الأسرة ، الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بقرارات و أحكام، الطبعة الثانية 1994 ص 57.

وهل يحق للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض عند حدوث العدول؟.[1]

اولا : بالنسبـة للهدايـا:

إختلف الفقهاء في حكم الهدايا التي قدمها أحد الخاطبين للآخر بعد فسخ الخطبة فذهب الحنفية الى أن الهدايا تأخذ حكم الهبة فيجوز الرجوع فيها مالم يوجد مانع يمنع من الرجوع ، وبناء على ذلك اذا كانت الهدية موجودة كخاتم أو سوار ، فللخاطب الحق في استردادها أما اذا وجد مانع من الرجوع بأن كانت خرجت من يدها ، أو زادت زيادة متصلة كما لو أهداها قماشا فخاطته ثوبا أو هلك أو استهلك ، فهنا ذهب الشافعية في بعض أقوالهم الى أن المهدي له أن يسترد هديته كاملة بعينها إن كانت قائمة وبعوضها إن كانت هالكة أو مستهلكة قياسا على المهر وذلك لأن الإهداء كان على أساس إتمام الزواج وقد أبعد فزال السبب الذي حمل على الإهداء.

أما المفتى به في مذهب مالك فإن حكم استرداد الهبة بعد فسخ الخطبة على التفصيل التالي:

إذا وجد شرط بين الطرفين أو عرف بين الناس عمل به.

إذا كان العدول من جانب الخاطب، ليس له أن يسترد شيئا مما أهداه ولو كان موجودا في يدها، إلا إذا قضى شرط أو عرف بغير ذلك[2].

اذا كان العدول من جانب المخطوبة ، كان للخاطب الرجوع في الهدايا إن كانت قائمة وبقيمتها أو مثلها إن كانت هالكة أو مستهلكة لأنها هبة مشروطة ضمنا بإتمام الخطبة مالم يكن هناك عرف أو شرط مخالف لذلك.

---

[1] الطالبة قوسم فوزية، واضحي أمينة، مذكرة تخرج النظام القانوني للخطبة بين الشريعة والقانون ، اشراف الاستاذ اسطنبولي محي الدين ،شهادة ليسانس في العلوم القانونية و الإدارية دفعة 2005-2006 ، ص35 .

[2]– د عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ،الطبعة الأولى الاصدار الثاني، 2004 ص 27 – 28.

أما قانونا فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة الخامسة المعدلة على حكم الهدايا المقدمة بعد العدول كما يلي " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداه ، إن كان العدول منه وعليه أن يردللمخطوبة مالم يستهلك مما أهدته له أو قيمته ، وإن كان العدول من المخطوبة ، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته" .

ما يلاحظ أن هذه الفقرة أخذت من رأي المالكية على العموم مع بعض التعديل في هذا الرأي، والغريب أن النص القانوني بدايته كانت متطابقة مع رأي المالكية المذكور سابقا أما نهاية الفقرة فقد خالفت رأي المالكية في الموضوع حينما لا يقع الرد في حالة الاستهلاك وهذا الرأي هو للأحناف حيث يعد من موانع الرجوع في الهبة.

ومن المستحسن لو أن المشرع أخذ برأي المالكية على اطلاقه لأنه رأي وجيه لكونه يحمل الطرف العادل عن الخطبة قدرا من المسؤولية ، يتحمل تبعة خسارة الهدايا المقدمة وأما اذا عدل من تسلم الهدايا فمن المنطقي أن يرد ما أخذه على سبيل الهدية اذ لا يعقل أن يعدل عن الخطبة ثم يحتفظ بالهدايا حتى وإن استهلكت.[1]

ثانيا : بالنسبـة للمهر:

لم يختلف الفقهاء أنه في حال العدول عن الخطبة يجب أن ترد المخطوبة جميع ما دفعه لها الخاطب على حساب المهر سواء أكان عينا أو نقدا ، فإن كان العين قائما رده نفسه إن كان هالكا رد قيمته يوم قبضه ، لا فرق في أن يكون العدول عن الخطبة من قبل الخاطب أو المخطوبة ، ولا فرق في ذلك بين أن يفسخ الخطبة أحد الخاطبين أو تفسخ بأمر خارج عن إرادتهما ذلك أن المخطوبة لا تستحق شيئا من المهر إلا بالعقد فإذا لم يكن ثمة عقد فيم تستحق المهر!.[2]

---

[1] د- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق ، ص 42.

[2] د- عمر سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، مرجع سابق ، ص 72.

أما قانونا فإذا فسخت الخطبة من الطرفين، أو من أحدهما وكان الخاطب قد دفع الصداق كله أو بعضه فله المطالبة باسترداده فإن كان قائمايجب رده بعينه، وإن كان هالكا أو مستهلكا يجب رد مثله إن كان مثليا ، وقيمته إن كان قيميا ، وهذا باتفاق العلماء وذلك لأن وجوب الصداق بالعقد (المادة 14 – 15 – 16 من قانون الأسرة الجزائري) كان على أساس المعاوضة أي أن الصداق دفع لغرض معين ، ولم يتم هذا الغرض وهو الزواج ، فوجب استرداده لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج .[1]

وفي ملف رقم219313 ، وفي القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 قضت المحكمة العليا بأنه من المقرر قانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه ومتى تبين في قضية الحال أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب، فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض اتمام الزواج والزام المدعى عليها بردها الى المدعى ما قدمه من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقا دون الرد على دفوع الطاعنة أخطأوا في تطبيق القانون ، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب " .

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه (المجلة القضائية . العدد الخاص بإجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث 2001 ص39).[2]

***التعويـض عن العدول في الخطـبة :**

باستعمال المشرع الجزائري في المادة الخامسة الفقرة الثانية من قانون الأسرة لعبارة " ولكل من الطرفين العدول عنها . أي الخطبة " فكأن المشرع الجزائري يعترف لأي طرف بحق العدول ، كأنـه كذلك تدارك خطـورة منح هذا الحق لأحد الطرفين فيقـر في الفقرة

---

[1] د بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية ، بن عكنون– الجزائر، الطبعة الثالثة 2004– ص53.

[2] د الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية، 2008 ص 26.

الثالثة من المادة الخامسة " اذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض ".

وهنا يقوم منح التعويض للطرف المتضرر على التعسف في استعمال الحق، طبقا لحكم المادة 41 الفقرة الأولى من القانون المدني" يكون استعمال حق تعسفيا إذا وقع بقصد الإضرار بالغير".[1]

الفرع السادس: طبيعة الخطبـة

تترتب عن الخطبة آثار شرعية وقانونية انطلاقا من مركزها الذي تحتله كمرحلة تمهيدية سابقة عن ابرام عقد الزواج ، ولذلك لابد من بيان مركز الخطبة كتصرف إرادي بين الخطيبين من خلال تحديد طبيعتها أولا في الفقه الإسلامي ثم في القانون الوضعي.

اولا : طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي

إن الخطبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية ليست عقدا ، وانما تمهيدا للتعاقد غير أن الاختلاف الذي يقع بين الفقهاء هو في مدى لزوم هذا الوعد.

1 . الفريق الأول: الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به:

يذهب عدد من فقهاء الشريعة الإسلامية الى اعتبار الخطبة وعد لازم بالزواج وواجب الوفاء به وذلك استنادا الى ما ورد في الشريعة الإسلامية من الإلزام بالوفاء بالوعد و الحث عليه ومن هؤلاء الفقهاء نجد(ابن حجر العسقلاني، ابن الشاط ، ابن العربي، ابن القيم)[2]

---

[1] الد الغوثي بن ملحة ، المرجع نفسه ، ص 23 – 24.

[2] الطالبة بريكي حجيلة ، مذكرة التعسف في العدول عن الخطبة لنيل شهادة الماستر في القانون، اشراف الاستاذ بلعزوز رابح ، تخصص عقود ومسؤولية 2013 ص 08.

وقد استدل هؤولاء الفقهاء بما يلي :

قوله تعالى (واذكر في الكتاب اسماعيل إنه كان صادق الوعد وكان رسولا نبيا)[1] ووجه الاستدلال هنا أن الله اثنى على سيدنا اسماعيل لكونه صادق الوعد.

وقوله تعالى "يأيها الذين آمنوا لما تقولون مالا تفعلون 2 كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون".[2]

وجاء في تفسير ابن كثير لهذه الآية بأن الإنكار الوارد في هذه الآية على من يعد وعدا أو يقول قولا لا يفي به.[3]

ومن السنة النبوية " آية المنافق ثلاث: اذا حدث كذب ، واذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان"[4] أخرجه البخاري ومسلم والنسائي عن قتيبة.

ومن خلال هذا الحديث فإن خلف الوعد هو من ضمن صفات المنافقين وهذا يدل على التحريم وذلك لأن ذكر خلف الوعد في سياق الذم دليل على التحريم.[5]

متفق على صحته ، أخرجه البخاري و مسلم والنسائي عن قتيبة.

---

[1] سورة مريم الآية .54.

[2] سورة الصف الآية 2 . 3.

[3] بن زيطة عبد الهادي . تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية ، الطبعة الاولى ،الجزائر 2007 ص 68.

[4] محمد ابن اسماعيل البخاري ، الجامع الصحيح ، تحقيق محمد بن زهير ناصر الناصر، المجلد الأول ،الجزء الأول دار طوق النجاة – لبنان ص 16.

[5] عبد الله مبروك النجار– التعويض عن فسخ الخطبة– الطبعة الأولى– دار النهضة العربية مصر 2002 ص 21 – 22.

الفريق الثاني : الخطبة وعد غير ملزم:

تعتبر الخطبة وفقا لأنصار هذا الرأي وعد غير ملزم، فإذا تم الاتفاق بين رجل و امرأة على الزواج فإن هذا الاتفاق لا يعتبر عقد زواج يتيح لهما أن يختلطا ببعضهما البعض كاختلاط الأزواج ، وقد استدلوا بما يلي:

الوعد بالعقد غير ملزم عند جمهور الفقهاء ، وعليه تعتبر الخطبة وعدا بالزواج غير ملزم كذلك، في هذا الشأن ومنها ما أورده السيوطي بقوله " والظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي وإن تخيل كونها عقدا فليس بلازم بل جائز في الجانبين قطعا".

كما يجمع الفقهاء المعاصرين على أن الخطبة ليست إلا تمهيدا بالزواج أو وعدا به ومنهم الشيخ أبو زهرة الذي يرى أن الخطبة ليست عقدا ينشئ بين طرفيه التزامات لها قوة الإلزام ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت ، أن تكون وعدا بالعقد وفقا لمالك في بعض أقواله.[1]

ثانيا :الطبيعة القانونية للخطبة

كما ورد في نص المادة الخامسة الخطبة هي وعد بالزواج، هذا وإن وصفت أو كيفت الخطبة بوعد فهذا لا يعني تطبيق عليها أحكام المادة 71 من القانون المدني والتي تعرضت الى الاتفاق الذي يعد له كلا من المتعاقدين أو أحدهما ، بإبرام عقد معين في المستقبل ، ويستبعد كذلك في الوعد بالزواج الحكم الوارد في المادة 72 من القانون المدني والذي يطبق على الوعد بالتعاقد.

ولذا فالخطبة هي وعد من نوع خاص ، تخضع لأحكام خاصة من حيث الشروط ومن حيث الآثار ولابد أن لا يكون الخلط بين الخطبة وعقد الزواج ، وفي ذلك فإن قضاء

[1] الطالبة بريكي حجيلة – مذكرة التعسف في العدول عن الخطبة – مرجع سابق– ص 09.

المحكمة العليا نقض قرارا أخلط فيه قضاة الموضوع بين الخطبة والزواج ولم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود ، هل هو خطبة على معنى المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري ، أم هو مجلس عقد على معنى المادة التاسعة من قانون الأسرة الجزائري وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1992/03/17 عن غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية والمواريث ، العدد الخاص بإجتهاد نفس الغرفة.

وفي قضاء آخر اعتبرت المحكمة العليا اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد ، زواجا صحيحا وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1992/04/14 عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ، المجلة القضائية العدد الخاص باجتهاد نفس الغرفة 2001 ص 33[1].

المطلب الثاني: الفاتحــة

ورد النص عن الفاتحة في المادة السادسة من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب القانون 05-02 بالقول " إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا ، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة التاسعة من هذا القانون ".

والفاتحة كما هو متعارف عليها في مجتمعنا المسلم هي قراءة سورة الفاتحة بعد أن تكون الخطبة قد تمت وبعد أن يكون الطرفين قد اتفقا على جميع الشروط وتوفر أركان الزواج، والفاتحة ليست من أركان الزواج وانما هي من باب التبرك والدعاء[2]

---

[1] الد الغوثي بن ملحة ، قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء ، مرجع سابق ص 20 -21.

[2] المحامي يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، (الزواج والطلاق) ، دار هومه للطباعة النشر والتوزيع – الجزائر ،الطبعة الثالثة 2011، ص 10.

الفرع الاول : تعريف الفاتحة

الفاتحة عبارة عن مجلس أو اجتماع يحضره عادة ولي الزوجة والزوج ، أو وكلاؤهما وجمع من الناس من أقارب الخطيبين وأصدقاؤهما ، ومن أعيان الجماعة ، وينتهي بإبرام عقد زواج شفهي لصالح الخطيبين يتم فيه تحديد الصداق ، تليه قراءة الفاتحة قراءة متبوعة ببعض الدعوات للزوجين ، وبتقديم الصداق كله أو بعضه في نفس المجلس أحيانا وأحيانا اخرى يقدم بعد انفضاض المجلس والفاتحة بهذا المعنى تكون عبارة عن عقد زواج شفهي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية فيه رضاء المتعاقدين اللذين يمثلهما ولي الزوجة والزوج أو وليه أو وكيله ، وحضور الولي والشهود والصداق و تجتمع فيه العلانية والإشهار.[1]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للفاتحة

نص المشرع الجزائري في المادة السادسة المعدلة من قانون الأسرة الجزائري " ان اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة التاسعة مكرر من هذا القانون".

ما يمكن ملاحظته من هذا النص أن المشرع راعى التقاليد الجزائرية والعادات التي تجعل الفاتحة عقدا شرعيا غير موثق متى توافر على جميع الأركان وتدارك المشرع ما كان سائدا قبل التعديل بأن الخطبة والفاتحة في مركز قانوني واحد.

والفاتحة في العرف الجزائري ماهي إلا عقد زواج شرعي وهذا ما استوحته الاجتهادات القضائية التي نصت على ما يلي:

---

[1] د – سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ،الطبعة الثالثة ، 1996 ،ص 84.

" من المقرر فقها وقضاء بأن الزواج بقراءة الفاتحة وتحديد الصداق وحضور الشهود، هو زواج صحيح ".

وفي قرار آخر والمؤرخ في27 /1990/03 نصت على ما يلي:

" من المقرر شرعا بأن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان الذي يشهد أصحابها بأنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين".

وجاء كذلك من المحكمة العليا قرار لاحق للأول ينص على أنه " من المقرر قانونا وشرعا بأن الزواج يثبت بالشهود اللذين حضروا العقد أو على الأقل الفاتحة ، إذا كانت مشتملة على أركانه أو شهادة السماع ، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه يخرق القانون ومخالفة القواعد الشرعية غير مؤسس يستوجب الرفض".[1]

الفرع الثالث: العلاقة بين الخطبة والفاتحة

إن ما يمكن ملاحظته بشأن العلاقة بين الخطبة والفاتحة هو أنه بعد أن أشارت الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون الأسرة الى أن الخطبة يمكن أن تقترن بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة ، نصت في الفقرة الثانية منها على أن كلا من الخطبة والفاتحة تخضع الى نفس الأحكام المبينة في المادة الخامسة ، ومعنى هذا الكلام أن قانون الأسرة الجزائري قد ساوى بين الخطبة والفاتحة في كل ما ينتج بعد العدول عن أية واحدة منهما قبل ابرام عقد الزواج ، ولاسيما ما يتعلق بجواز العدول عن الفاتحة وما يتعلق بالتعويض عما يمكن أن يصيب الطرف الآخر من ضرر يمكن أن يترتب عن العدول عن الفاتحة.

---

[1] الطالب حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الاسرة، اشراف الاستاذ الدكتور تشوار جيلالي ، جامعة ا بو بكر بلقايد، تلمسان سنة 2009 / 2010 ص48 ،49 .

وان كان هناك من القضاة أو غيرهم من يرى أن هناك تناقضا بين عناصر الفاتحة والخطبة أو تعارضا في نتائجها وآثارها باعتبار أن الخطبة تقف اثارها عند التعارف و اختيار الطرفين لبعضهما البعض دون أن يتم أي عقد عرفي ، ودون أن ينشأ عليها أي التزام شرعي.

وباعتبار أن الفاتحة نوع من العقد الشفهي يتم بإيجاب و قبول و حضور ولي و شهود و تسمية الصداق و ينتج عنها التزام شرعي متبادل يشكل عقدا شرعيا تاما و ليس من العدل أن يخضعا إلى حكم واحد أو قاعدة قانونية واحدة فإن كانت الفاتحة تختلف عن الخطبة من حيث عناصرها و نتائجها الظاهرة إلا أنها ليست كذلك من وجهة نظر قانون الأسرة على الأقل لأن قانون الأسرة قد حصر دليل إثبات عقد الزواج في وسيلة واحدة وهي نسخة مستخرجة من سجلات الحالة المدنية بعد أن يكون عقد الزواج قد وقع إبرامه بين يدي الموثق، و سجل في سجلات عقود الزواج للحالة المدنية ولم يعترف قانون الأسرة بما دون ذلك من العقود بما فيها العقد العرفي الذي يبرم عن طريق الفاتحة بين يدي جماعة من المسلمين وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية ، والدليل على ذلك أن المادة الخامسة من القانون رقم 224-63 قد منعت كل شخص من أن يدعي أنه زوج و يتجه إلى القضاء ليطالب الحكم له بما يترتب عن الزواج من آثار إذا لم يكن زواجه قد سجل في سجلات الحالة المدنية و قدم نسخة من وثيقة عقد زواجه إلى المحكمة المختصة .

أما الخطبة وأما الفاتحة سواء أكانتا مقترنتين أو متفرقتين ، وسواء أكانتا متحدتين من حيث عناصرهما أو مختلفتين فإنهما لا يرتقيان إلى درجة العقد في نظر قانون الأسرة. ومدامتا كذلك فإن العدول أو الرجوع عنهما ممكن أنه إذا ترتب ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين المتخاطبين نتيجة للعدول بعد الفاتحة أو الخطبة وكان الخاطب قد أهدى مخطوبته شيء وكان العدول منه فلا يسترد أي شيء مما أهداه وإن كان العدول من المخطوبة وجب عليها أن ترد الهدايا التي كانت موجودة عندها ولم تستهلكها وهذا هو إذا وجه إخضاع كل

من الخطبة و الفاتحة إلى أحكام واحدة هي أحكام المادة الخامسة رغم ما يبدوا من اختلاف بينهما ، وإن قانون الاسرة يكون منطقيا مع نفسه ولا وجود إلى أي تعارض أو تناقض في إخضاعه لكل من الخطبة والفاتحة الى أحكام متماثلة ومتشابهة.[1]

الفرع الرابع : اقتران الخطبة بالفاتحة

لكي يتم العقد الشرعي ولقراءة الفاتحة يستوجب الأمر أن تكون الفاتحة في مجلس العقد وهذا ما أكد عليه قانون الأسرة الجزائري حين نص في الفقرة الثانية من المادة السادسة بالقول:" غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواج..."
بمعنى أن الفاتحة تلي الخطبة وتلي الاتفاق بين العائلتين و أن تكون العائلتين قد اتفقتا على الصداق وأن يكون بمجلس العقد أشخاص آخرون إضافة الى أهلي الخاطبين وهم بمثابة شهود .

وذهب قضاء المحكمة العليا في قرار رقم 81877 الى القول: " أن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد لا يعد خطبة بل هو زواج صحيح لتوفر جميع أركانه بقراءة الفاتحة بعد الخطبة أو إقرانها مع الخطبة في مجمع أو مجلس يعد بمثابة زواج صحيح وينتج كافة آثاره ولا ينقص سوى الدخول وتسجيل العقد الإداري بالحالة المدنية للبلدية".[2]

في ملف رقم 111876 قرار بتاريخ 1995/04/04 قضية (ع . م) ضد (ع . ق)
إن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت شروطه طبقا للمادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة ومتى تبين في قضية الحال أن الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبر وعدا بالزواج طبقا للمادة الخامسة من قانون الأسرة وانما اقترنت الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق وبالتالي فإن اقتران الخطبة بالفاتحة

---

[1] د – سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الاسرة ، مرجع سابق ، ص 90 – 91.
[2] يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الاسرة، مرجع سابق ص 10 – 11.

في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت شروطه طبقا للمادة التاسعة مكرر من قانون الأسر ة الجزائري ، وعليه فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعدا بالزواج رغم تقديم الطاعنة لشهودها على وقوع الزواج وتوافر شروطه فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد أخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية/ عدد خاص 2001 ص 36.[1]

المبحث الثانـي: الركن والشروط الموضوعية والشكلية و أثر تخلفها

عقد الزواج كغيره من العقود لابد فيه من أركان وشروط ، ونظرا لما لهذا العقد من خصوصية تميزه عن غيره من العقود كان لابد من أن يختلف ركنه وشروطه عن أركان وشروط العقود الأخرى ، وعليه سيخصص هذا المبحث لركن وشروط عقد الزواج وما يمكن أن يقترن بهذا العقد من شروط شكلية، وقبل أن نتناول ذلك سنتعرض لمفهوم الركن والشرط.

*تعريف الركن: لغة واصطلاحـا

فالركن ما توقف عليه وجود الشيء وكان جزء منه كالركوع في الصلاة وأما الشرط فهو ما توقف عليه وجود الشيء وليس جزء منه، فهو مالا يوجد المشروط مع عدمه ولا يلزم أن يوجد عند وجوده كالوضوء في الصلاة والحول في الزكاة.

وقد عرف الدكتور وهبة الزحيلي الشرط بأنه" ما يتوقف عليه وجود الشيء سواء أكان جزء منه أم لا"[2].

فالركن في اللغة الجانب الأقوى للشيء واصطلاحا ما كان جزءا من حقيقة الشيء لا يوجد ذلك الشيء إلا بوجوده كالإيجاب و القبول في عقد الزواج وقانون الأسرة قبل التعديل حدد الأركان وجعلها أربعة في المادة التاسعة حيث نصت المادة على " يتم عقد الزواج

---

[1] الأستاذ العيش فضيل ، قانون الاسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية 2007 بن عكنون ، الجزائر الطبعة الثانية ، ص20.

[2] د اسماعيل ابا بكر علي البامري ، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية ، الطبعة الاولى 2009 ، ص 77.

برضا الزوجين وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق " وهذا النص جاء تحت عنوان أركان الزواج.

أما في التعديل الجديد فقد تغير الوضع تماما فلم يبقى من تلك الأركان الأربعة سوى ركن واحد هو الرضا أما بقية الأركان فقد أدرجت ضمن شروط صحة الزواج فجاء في المادة التاسعة المعدلة ما يلي: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ".[1]

وسنتعرض لركن الرضا في المطلب الأول وفي المطلب الثاني الشروط الموضوعية وأثر تخلفها، أما في المطلب الثالث فسنتناول الشروط الشكلية و أثر تخلفها.

المطلب الاول : ركـن الرضا و أثر تخلفـه

وفي هذا المطلب سنتعرض الى تعريف الرضا كركن في الزواج والى شروطه ، ثم الى موقف المشرع الجزائري منه وأثر تخلفه في عقد الزواج.

الفرع الاول : ركـن الرضـا

اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج واختلفوا في تسميته فهناك من يسميه الصيغة وهناك من يسميه العنصر النفسي في الزواج ، وهذا الاختلاف لفظي فقط أما المعنى واحد ، هذا وقد نصت المادة (16) من ميثاق حقوق الانسان على أنه "لا ينعقد الزواج الا برضا الطرفين".

---

[1] د بن شويخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص 54 – 55.

ونصت المادة (23) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة (10) من العهد الدولي لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أنه "لا ينعقد الزواج الا برضا الطرفين رضاء كاملا لا اكراه فيه"

أولا: تعريف الرضا (الصيغة)

هي اللفظ الدال على حصول الزواج وتحققه ايجابا وقبولا ، والإيجاب هو التعبير الدال عن الرضا الصادر ممن هو أهل له ، ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجبا ، أما القبول هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر دليلا على موافقته على ما أوجبه الأول، ويسمى الشخص الذي صدر منه القبول قابلا.

فأول الكلام ايجاب سواء صدر من جانب الزوج أو من جانب الزوجة ، وسمي ايجابا لأنه أوجد الالتزام وسمي الثاني قبولا لأنه رضا بما في الأول من الزام.[1]

ثانيا : شروط الرضا (الصيغة)

1. تمييز المتعاقدين :

ان كان أحدهما صغيرا أو مجنونا فإن الزواج لا ينعقد، هذا وقد أوردت المادة السابعة من قانون الأسرة شرط اكتمال أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة.

2. اتحاد مجلس الإيجاب والقبول:

فلو فصل بين الإيجاب والقبول بكلام أجنبي أو بما يعد في العرف اعراضا فإن الزواج لا ينعقد وليس بلازم أن يكون القبول فور الإيجاب.

فالمالكية يجيزون التراضي اليسير بينهما فلا بأس بالفصل بين الإيجاب والقبول بما لا يعد في العرف أعراضا كالخطبة أو المشاورة.

---

[1] د . عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق . ص 51 .

3 . أن يوافق القبول الإيجاب:

وذلك حتى يتلاقيا على شيء واحد ويتحقق اتفاق الإرادتين فإذا تخالفا مخالفة كلية أو جزئية لا ينعقد الزواج إلا في حالة إذا كانت المخالفة فيها خير للموجب فإنه ينعقد ، كأن يقول زوجتك ابنتي بخمسمائة فقال : قبلت بألف.

وأن الزواج ينعقد لأن القبول اشتمل على ما هو الأصلح.

4. سماع كل من المتعاقدين كلام صاحبه : والذي يفهم منه أن المقصود هو انشاء عقد زواج.

هذه هي شروط الانعقاد ، منها ما يرجع الى العاقد ومنها ما يرجع الى الصيغة ومنها ما يرجع الى محل العقد.

ذكرنا أن ما يرجع للعاقد شرطان أولهما أن يكون العاقدين أهلا لمباشرة العقد بأن يكون كامل الاهلية وثانيهما أن يعلم اتحاد المجلس وتوافق الإيجاب والقبول.

أما ما يشترط في الصيغة أن تكون منجزة غير معلقة على أمر سيحدث في المستقبل.

وما يرجع الى المحل وهو المرأة فيشترط منها شرطان :

*** أن تكون أنثى محققة الانوثة :**

فلو عقد على غير الأنثى كالخنثى المشكل لا ينعقد العقد لعدم المحلية ويكون باطل.

*** أن تكون مؤبدة**

أي أن تكون على وجه التأبيد غير مؤقتة بوقت كان ، ولهذا حكم الفقهاء على زواج المتعة وزواج التحليل بالبطلان لأن الأول يقصد به مجرد الاستمتاع الوقتي والثاني يقصد به تحليل الزوجة لزوجها الاول.[1]

[1] الأستاذ طاهري حسين ، الاوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق . ص 22 . 23 . 24.

ثالثا : التعبير عن الإرادتين من حيث اللفظ والصيغـة

أحوال التعبير عن ارادتي الطرفين في عقد الزواج تظهر في ثلاثة أوجه :

*** الألفاظ المستعملة في العقد**

إن عقد الزواج لا ينعقد إلا بالألفاظ الدالة عليه ،سواء أكانت حقيقة لغوية في دلالتها عليه أم مجازا وفي ذلك تقول المادة العاشرة في قانون الأسرة " يكون الرضا بكل لفظ يفيد معنى النكاح لغة" ويمكن حصر ألفاظ عقد الزواج حسب ما يراه الفقهاء في أربع مجموعات.

1 - الالفاظ التي يستعمل فيها لفظ الزواج والنكاح:

وهي دالة صراحة على إرادة الطرفين في إبرام عقد الزواج.

2 – الألفاظ الدالة على تمليك الأعيان في الحال بغير عوض:

كلفظ الهبة ، وقد أخذ بذلك مالك وابو حنيفة وابن حنبل استنادا لقوله تعالى(وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين)[1] وفي ذلك لفظ مجازي.

3- الالفاظ الدالة على تمليك الأعيان في الحال بعوض:

اذا قصد بها معنى الزواج ومن كان على هذا الرأي ، يفسره بأن اللفظ الذي اقترن بما يدل على إرادة إبرام عقد الزواج، وأما من يخالفون هذا الرأي فيرون بأن حقيقة البيع وما يشبهه من المعاملات ، تخالف حقيقة الزواج فلا يستعمل لفظ فيه.

4 – الالفاظ التي تدل على تمليك المنفعة في الحال:

وهذا قول منفرد على أن جمهور الفقهاء يرى بأنه يصطدم بحقيقة الزواج الذي هو غير الحصول على المنفعة ، وما هو الامر بالنسبة الى استعمال اللغة في انعقاد عقد الزواج بغير اللغة العربية ؟

---

[1] سورة الاحزاب ، الآية 50.

فقد ذهب جمهور الفقهاء على أنه يجوز انعقاد الزواج بغير اللغة العربية إذا كانت الالفاظ تدل على معنى الزواج في اللغة التي اختارها المتعاقدين أو ينطقان بها[1]

بخلاف الفقه الحنبلي الذي يرى بأن عقد الزواج لا يصح بغير اللغة العربية

*حكم العاجـز عن التكلـم:

تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في المادة العاشرة من قانون الأسرة الفقرة الثانية " ويصح الإيجاب والقبول من العاجز، بكل ما يفيد معن النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة"[2].

أولا : انعقاد الزواج بالإشارة:

إذا كان أحد العاقدين أخرس فهل يجوز له أن يعقد زواجه بالإشارة إذا كان يعرف الكتابة؟ ذهب الرأي الراجح في المذهب الحنفي الى أنه لا يلجأ الى الإشارة إذا كان الأخرس يجيد الكتابة ، لأن الكتابة أبين دلالة وأقوى في التعبير عن الإرادة ، ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى ، فلا تقبل الإشارة لأنها قاصرة عن الكتابة في الدلالة.

بينما ذهب الجمهور الى أن الأصل في العقد أن يكون بالخطاب فإذا عجز عنه استعين بغيره من أنواع الدلالات ، لأن العبرة بحصول الإفهام ومادام لا يستطيع النطق فالإشارة والكتابة لديه سواء.[3]

---

[1] د – الغوثي بن ملحة ، قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص 40 . 42.

[2] المادة 10 ، من القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 يونيو المتضمن قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[3] د عثمان التكروري ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 46 . 47.

انعقاد الزواج بالكتابة:

اذا كان أحد العروسين عاجزا ولا يملك القدرة اللازمة للتعبير بلسانه عن إرادته في عقد زواجه مع شخص آخر معين، ولكنه قادر عن الكتابة وعن التعبير بها عن مراده في الزواج فإنه يرخص له شرعا وقانونا باستعمال الكتابة كوسيلة للتعبير عن إرادته في الزواج بالإيجاب والقبول على أن يكون ذلك في مجلس العقد نفسه أمام الموظف المؤهل بتحرير العقد ، وبحضور الولي أو الوكيل والشهود ، ثم يطلب منه بعد ذلك أن يوقع على وثيقة عقد الزواج الى جانب الأطراف الآخرين.[1]

رابعا: موقف المشرع الجزائري من أحكام الصيغة

نصت "المادة 10" من قانون الأسرة الجزائري على بعض هذه الأحكام فقد جاء فيها "يكون الرضا بإيجاب أحد الطرفين وقبول الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا "

فيشترط لصحة عقد الزواج رضا الطرفين بواسطة ألفاظ تفيد معنى النكاح لغة أو شرعا أو عرفا في مجلس واحد وبحضور شاهدين وتسمية صداق للزوجة ، أما اذا تخلف ركن الإيجاب والقبول فإن الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا محققا لاختلال أحد أركانه الأساسية ذلك أنه لا يوجد زواج بدون رضا سليم واختيار ملؤه الحزم والحرية[2].

الفرع الثاني: أثر تخلف ركن الرضا

وسنتعرض في هذا الفرع الى أثر تخلف ركن الرضا في الشريعة الإسلامية ثم في قانون الأسرة الجزائري.

أولا: أثر تخلف ركن الرضا في الشريعة الإسلامية

يذهب جمهور الفقهاء المسلمين الى أن تخلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله باطلا ومنعدما لما أصابه من خلل ، ولم يرتبوا عليه أية آثار ولم يحلوابه الدخول، وإذا تم

---

[1] د- سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 119.

[2] د – عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 53.

الدخول فلقد اتفق الفقهاء على وجوب التفريق بين الزوجين ويعتبرونه زنا، لكن اختلفوا حول وجوب اقامة حد للزنا عليهما، فالمالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف يقولون بإقامته، فحين الحنفية ترى بأن الزواج الباطل في حد ذاته شبهة تدرأ الحدود، ولكن هذا لا يمنع من إنزال عقوبة التعزير عليهما، ومن المتفق عليه أيضا أنه لا يثبت المهر ولا النفقة ولا الطاعة كما أنه لا ير د الطلاق، أما النسب فقد اختلف فيه فالجمهور يرى بعدم ثبوته على عكس الحنفية التي قالت بثبوته.[1]

ثانيا : أثر تخلف ركن الرضا في قانون الاسرة الجزائري

تناول المشرع الجزائري في نص المادتين"32" و"33" من قانون الأسرة الجزائري أثر تخلف ركن الرضا ،حيث نصت المادة "32" من الامر 05 – 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أنه " يبطل الزواج ، اذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

أما المادة "33" من نفس الأمر فنصت على أنه " يبطل الزواج اذا اختل ركن الرضا.

اذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة و جوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

والفرق بين الفسخ والبطلان يتبين فيما يلي:

اذا كان لكل من الفسخ والبطلان أثر رجعي ، فإن الفسخ يختلف عن البطلان من حيث كون الفسخ جزاء لعدم تنفيذ العقد أو التزام من التزاماته ، أما البطلان فهو جزاء لعيب في انعقاد العقد.

وما يؤخذ على المشرع الجزائري في المادة "34" أنه رتب الفسخ كجزاء والأصح هو البطلان لأن الأمر متعلق بالنظام العام والآداب العامة (الزواج بالمحرمات) وفي نفس الإطار يستمر المشرع في الخلط بين مصطلحي الفسخ والبطلان ، حيث يعتبر في

---

[1] الطالب القاضي ، بولعواد زبير، مذكرة تخرج، اجازة المعهد الوطني للقضاء، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفهما في القانون والشريعة الإسلامية ، مجلس قضاء المدية ، الدفعة 12 – ص07.

المادة"32" عقد الزواج باطل إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، وبالمقابل يعتبر في المادة "35" الشرط باطل والعقد صحيح إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه[1].

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية وأثر تخلفها

وفي هذا المطلب سنتعرض الى شروط الزواج المنصوص عليها في المادة التاسعة مكرر وهي أهلية الزواج ،الصداق ،الولي والشاهدان بالإضافة الى انعدام الموانع الشرعية.

الفرع الاول :أهليـة الزواج

حددت المادة السابعة المعدلة أهلية الزواج بـ 19سنة للطرفين أي الرجل والمرأة وبالتالي لا يجوز ابرام عقد الزواج لأحد الطرفين اذا كان لم يبلغ بعد 19 سنة كاملة الا بناء على ترخيص مسبق يصدر من رئيس المحكمة المختصة ، والتعديل الجديد فيما يتعلق بالزواج جعل أهلية الزواج تتطابق مع أهلية الشخص الراشد لمباشرة كامل حقوقه المدنية وفق ما تنص عليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري والتي لم تفرق بين الذكر والانثى وهذا خلافا لما كان عليه الأمر في السابق، اذ كان بإمكان المرأة أن تتزوج في سن الثامنة عشر[2].

ولدراسة هذا الموضوع سنتطرق الى المفهوم اللغوي للأهلية ، المفهوم الفقهي ثم المفهوم القانوني وفي الأخير الى موقف المشرع الجزائري من أهلية الزواج.

أولا : التعريف اللغوي للأهلية

الأهلية كما جاء في المعجم الوسيط مؤنث الأهلي ، والأهلي المنسوب الى الأهل و الأهلية للأمر الصلاحية له.

---

[1] الاستاذ العيش فضيل ، قانون الاسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا ، مرجع سابق ، ص35.

[2] يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الاسرة ، مرجع سابق ، ص 20 – 21.

وقد استعرض الدكتور خلف الجابوري تعريفات الأصوليين والفقهاء للأهلية ثم قال:
" التعريفات وإن تنوعت ألفاظها الا أنها متفقة في مدلولها الذي مفاده صلاحية الإنسان لما يجب عليه من الحقوق وما يلزمه من الواجبات بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف لصحة ثبوت الحقوق له ، والواجبات عليه.
ومناط الأهلية العقل وفق الخطاب، فمن لا عقل له وهو المجنون فإنه فاقد الأهلية[1]

المفهوم الفقهي للأهلية:

يقصد بالأهلية في الفقه الإسلامي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام ، بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغيره ، وتثبت له حقوق من قبل غيره، فإذا كان الشخص أهلا لثبوت الحقوق المشروعة له، وبثبوت الحقوق المشروعة عليه وأهلا لأن يلتزم بحقوق تنشئ أسبابها القولية ،كانت عنده الأهلية بجزأيها ، أو كانت عنده ما يسمى في عرف الفقه أهلية الأداء[2].

وان كان للشخص صلاحية لثبوت الحقوق له ووجوب الواجبات عليه كانتقال الملك له وكوجوب نفقته على الغير تسمى أهلية الوجوب[3].

وأهلية الأداء تثبت كاملة للبالغ العاقل الرشيد الذي لم يحجر عليه ، حيث لا يجوز للصغير والصغيرة أن يتزوجا حتي يبلغا، مصداقا لقوله تعالى(و ابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ولا تأكلوها اسرافا وبدارا أن يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف فإذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم وكفى بالله حسيبا)[4].

---

[1] د عمر سليمان الاشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، مرجع سابق ، ص109.
[2] الإمام أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بدون سنة– ص198.
[3] د محمد سراج ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، بدون سنة طبع ، ص64.
[4] سورة النساء الآية 6.

ولم يشترط جمهور الفقهاء لانعقاد الزواج البلوغ والعقل وأكدوا صحة زواج الصغير والمجنون وقد كانت آراء الفقهاء واضحة ، فلم يعينوا للرشد سنا خاصة ولم يعينوا للبلوغ سنا ، اذ جعل أبو حنيفة نهاية لسن الحجر ونقص الأهلية فحددها بخمسة وعشرين سنة.[1]

ثالثا: المفهوم القانوني للأهلية

حرصت معظم تشريعات الاحوال الشخصية على تحديد أهلية الزواج وتعيين سن محدد لها بالنظر الى آثار عقد الزواج من مسؤولية ملقاة على عاتق طرفي العقد لما لها كذلك من آثار اجتماعية واقتصادية.

ولقد حددها قانون الأسرة الجزائري في مادته السابعة بـ21 سنة و18 سنة للفتاة بموجب القانون رقم 84-11.[2]

ليخفضها الى 19 سنة للفتى وهي نفس السن المتطلبة في الفتاة بعد تعديل المادة بنصها على أنه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

إن موقف المشرع الجزائري من الأمر 05 – 02 بخصوص هذا الموضوع يعد مبدئيا موافقا لطبيعة الأحكام المنظمة لسن الزواج لأنه ليس هناك مانع من تعديلها باعتبارها أحكام متغيرة، إلا أن تقييم هذا الموقف اجمالا يحتاج الى بعض من التفصيل بالنظر الى الأهداف المرجوة من وراء إحداث مراكز قانونية جديدة والغاء أخرى قديمة.

الشيء الجديد الذي جاءت به المادة السابعة من قانون الأسرة هو رفع السن الكامل من

---

[1] وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء 09، دار الفكر ، الطبعة الثانية سنة 1984 ، ص 60 – 65.

[2] المادة 7 من قانون 84-11 المتضمن قانون الاسرة الجزائري.

الجنسين عكس المادة الاولى من قانون 29 جوان 1963والخاصة بتحديد سن الزواج وإن كانت رفعته للمرأة والرجل وجعلته نفس السن الواردة في المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

وبهذا يمكن القول أن المادة الاولى قد الغيت ضمنيا بما اشتملت عليه المادة السابعة والسؤال المطروح هل ما تضمنته المادة السابعة من الغاء ضمني للمادة الاولى من قانون 1963 يقتصر عليها وحدها أو يمتد الى بقية النصوص التالية لها ، والتي اشتملت على أحكام تتعلق بتنظيم قواعد لم يتعرض لها قانون الاسرة ضمن مواده[1].

الجديد في المادة السابعة بعد تعديلها أن الاستثناء الخاص بالزواج قبل بلوغ سن الأهلية أصبح يشتمل على كل من المرأة والرجل بعدما كان في السابق يقتصر على المرأة فقط.

ويلاحظ أيضا أن المشرع بقي متوسعا في عملية الاستثناء هذا ما يجرنا حتما الى القول أنه يمكن للقاضي أن يمنح الإذن بالزواج لشاب أو شابة لم يبلغا 19 سنة.

وهذا لكون القاضي يتمتع بامتيازات منح الإذن ولا توجد أية رقابة عليه ، ولهذا فقد يتحول الاستثناء الى قاعد والأجدر بالمشرع الجزائري تحديد الاستثناء بسنة أو سنتين قبل بلوغ أهلية الزواج.

لقد ساوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة فيما يخص أهلية الزواج وهي مساواة شكلية أكثر من مساواة جوهرية ، خاصة اذا علمنا جميعا من جهة أن المشكلة التي يشكو منها المجتمع الجزائري ليست هي مشكلة الزواج المبكر، بل هي مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة ومشكلة العجز عن تكاليف الزواج بالنسبة للشباب من جهة أخرى.

لقد وسع المشرع من سلطة القاضي في التقدير، ومنحه عناوين عريضة للاجتهاد.

---

[1] عيسى حداد ، عقد الزواج دراسة مقارنة ، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة ، طبعة 2006 ، ص 95.

فما هو الحد للقدرة الكافية ؟ وماذا يقصد بها؟ هل يقصد تحمل تبعات الزواج من نفقة أو قدرة الطرفين فيسيولوجيا على الارتباط والانجاب؟.

-تساؤلات نطرحها على المشرع الجزائري الذي وسع كثيرا في هذا التعديل من سلطة تدخل القاضي.

و أما ما أتى به في هذه المادة هو ما تضمنته الفقرة الأخيرة من المادة والتي منحت الزوجين اللذين لم يبلغا سن الرشد المدني صلاحية وأهلية التقاضي فقط فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة، واثبات النسب والحضانة وطلب الطلاق والخلع وغير ذلك[1].

رابعا: موقف قانون الأسرة الجزائري من أهلية الزواج

اعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من الالتزامات المالية والواجبات الاجتماعية العائلية، ذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة و العامة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري، وقدرة مالية ومعرفة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية، ويكون الزواج قبل اكتمال الأهلية باطلا بطلانا مطلقا ويمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين، أو النيابة أو أي شخص له مصلحة.

أما بعد الدخول فيصبح البطلان بطلانا نسبيا ويمكن الطعن فيه من طرف الزوجين فقط وهناك العقوبة الجنائية التي تطبق على كل من ساهم في انعقاد الزواج دون احترام شرط السن الشرعي وهي بالحبس من 15 الى3 أشهر، أو بغرامة مالية من 400 الى 1000 دج

[1] د سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، دار هومه ، الطبعة الرابعة 2007 ، ص25.

والعقوبة تشمل هاهنا، ضابط الحالة المدنية، أو قاضي الأحوال الشخصية وكذلك الممثلين الشرعيين للزوجين.

ويكون تقدير السن الشرعي للزواج وقت انعقاد العقد، وليس وقت الدخول وهو يعتمد على البيانات الواردة في سجل الحالة المدنية للزوجين، ويشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ وللقاضي الإذن بعد مراعاة اجازة الولي بزواج المجنون والمعتوه، هذا وقد نص المشرع الجزائري صراحة على أنه من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام قانون الأسرة "المادة 81" وأنه من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 34 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة اذا كانت نافعة له ، وباطلة اذا كانت ضارة به وتتوقف على اجازة الولي وفي حالة النزاع يرفع الامر الى القضاء ، المادة(83) من قانون الأسرة.[1]

الفرع الثاني: الصداق

نصت المادة 14 من قانون الأسرة على أنه " الصداق هو ما يدفع نحلة الى الزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء " وقد نصت كذلك عليه المواد 15. 16. 17 من قانون الأسرة ونظرا لأهمية الموضوع ارتأينا دراسته بتناول العناصر التالية:

أولا : تعريفه وانواعه

1. تعريف الصداق

لغــة : مهر المرأة مهرا ، أي جعل لها مهرا ، وأعطاها مهرا[2]، والمهر صداق المرأة، والجمع مهور ومهورة وفي حديث أم حبيبة: وأمهرها النجاشي من عنده، ساق لها مهرا ، وهو

---

[1] د بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق ص ، من 61 الى 64.

[2] ابن منضور . لسان العرب . المجلد الاول دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الاولى 2005 . ص 184/5.

الصداق، والصداق مأخوذ من الصدق ، وهو الشديد الصلب، لأنه أشد الاعواض ثبوتا فإنه لا يسقط بالتراضي.

اصطلاحا: عرف الفقهاء المهر بتعريفات عدة نذكر منها ما يلي:

***الحنفية:** "اسم للمال الذي يجب لعقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع إما بالتسوية أو بالعقد".

***المالكية:**" ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها".

***الشافعية:**" ما وجب بنكاح أو وطء".

***الحنابلة:**" العوض المسمى في عقد النكاح أو المسمى بعده.[1]

أنواعه: وهو نوعان:

أولا : المهر المسمى (معجل و مؤجل)

وهو ما اتفق عليه العاقدان وقت العقد ، أو فرض للزوجة بالتراضي بعد العقد، وهذا المهر المسمى بنوعيه، يكون هو الواجب للزوجة ، اذا تم العقد صحيحا والمسمى مما يصلح أن يكون، ووجوب المهر المسمى يثبت للزوجة على الزوج بمجرد العقد الصحيح، سواء دخل بها أم لم يدخل ، وسواء اختلى بها خلوة صحيحة أم لم يختل.

ووجوب المهر المسمى من غير توقف هذا الدخول هو في العقد الصحيح أما العقد الفاسد فلا يجب بمجرده شيء ولو كانت التسمية صحيحة غير أنه اذا دخل الزوج بزوجته دخولا حقيقيا، فإنه يجب لها على الأقل من المهر المسمى ومهر المثل.

---

[1] د ، جميل فخري محمد جانم ، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان الطبعة الاولى2009 ، ص111.

ثانيا: مهر المثل (غير المسمى)

هو مهر امرأة من أقارب أبيها ، كالأخوات والعمات وبنات الأعمام ، ولا يعتبر بأمها وخالتها الا اذا كانت من قبل أبيها بأن يكون أبوها تزوج بنت عمه فإن أمها وخالتها تكون من قبل أبيها، وذلك لأن قيمة الشيء، انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والإنسان من جنس قوم أبيه، لا من جنس قوم أمه.

وان لم توجد من تماثلها في صفاتها من أقارب أبيها، اعتبر مهر المثل بمهر امرأة من أسرة تماثل أسرة أبيها في المكانة والمنزلة الاجتماعية.

وعندما يراد اثبات مثل امرأة يشترط اخبار رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول، بأن يقولا نشهد بأن مهر مثلها مثل أقارب أبيها ، وقد تزوجت بهذا المبلغ.[1]

ثالثا : شروطه:

يشترط في المهر ما يشترط في الثمن في البيع الا أنه لإتيانه على المكارمة قد يغتفر فيه مالا يغتفر في الثمن وشروطه هي كالتالي:

*أن يكون متمولا شرعا ودليل اشتراط التمويل أن الله تعالى لما أمر ان يكون النكاح بالأموال لم يجز أن يبذل فيه ما ليس بمال، وحقيقة المال ما تتعلق به الاطماع ويعتد للانتفاع فلا يجزأ الصداق إذا لم يكن متمولا ومن ذلك:

اذا وجب على الرجل لامرأة قصاص، فيتزوجها على تركه ، فيفسخ قبل الدخول ، فان دخل ثبت بصداق المثل.

أن يتزوجها ليكون سمسارا في بيع سلعة لها، وأما لو جعلت له شيء يساوي ربع دينار في نظير السمسرة فله جعله صداقا.

*أن يكون طاهرا لا نجس فيه اذ لا يقع بالنجس تقويم شرعا كالخمر.

---

[1] د أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية ، مرجع سابق ص 207 . 208.

*أن يكون منتفعا به شرعا اذ غير المنتفع به لا يقع فيه تقويم كآلة لهو مثلا فلا يصح دفعها صداقا.

*أن يكون مقدورا على تسليمه.

*أن يكون معلوما قدرا وصنفا وأجلا.[1]

رابعا : تعجيل المهر وتأجيله

يذهب الجمهور الى أنه لا يشترط تعجيل المهر كله قبل الدخول ، بل يجوز تأخير بعضه أو كله الى ما بعد الدخول ، ويشترط أن لا يكون مجهولا جهالة فاحشة وعند عدم النص في العقد على التأجيل أو التعجيل فإن العرف الجاري في البلاد هو الذي يتبع ويسقط الأجل المعين في العقد باستحقاق المهر بالطلاق أو الوفاة.

ويذهب المالكية الى كراهية تأجيل الصداق، لأن الصداق شرط من شروط الزواج فإن وقع شيء منه مؤخرا فلا يجوز أن يطول الأجل، حتى لا يتذرع الناس الى الزواج بدون صداق ، ويرى المالكية أنه لا يصح تأجيل الصداق اذا كان معينا ولو اشترط قبضه بعد الدخول، وأن الأجل في غير المعين إذا كان مجهولا يفسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعد الدخول.

وأخذ القانون الجزائري برأي المالكية حيث نص في المادة 15" يحدد الصداق في العقد سواء كان مؤجلا أو معجلا " وكما جاء في المادة 16 "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول وبوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".[2]

---

[1] د عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 133 – 134.

[2] د بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 106.

وهذا ما ذهبت اليه المحكمة العليا في ملف رقم92714 قرار بتاريخ 1993/07/13 في قضية (م . و) ضد (و. م . ه).

من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن اتمام الزواج أن ترد مالم يستهلك من هدايا وغيرها.

ولا تستحق الزوجة نصف الصداق الا عند الطلاق قبل الدخول ولما ثبت – في قضية الحال – أن الطاعنة هي التي عدلت عن اتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل – المطعون ضده – بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك وأن دفع الطاعنة متعلق بأحقيتها في نصف الصدق، إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج، مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم ويتوجب رفض الطعن[1].

خامسا: مؤكدات المهر ومسقطاته:

أولا: مؤكدات المهر:

والمقصود من تأكيد المهر بعد وجوبه أن يكون دينا صحيحا قويا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ومؤكدات المهر ثلاثة:

***الدخول الحقيقي للزوجة:**

إذا دخل الزوج بزوجته دخولا حقيقيا تأكد وجوب المهر عليه، لأنه يكون قد استوفى حقه فيتقرر حق الزوجة في المهر.

***الخلوة الصحيحة:**

وهي أن يجتمع الزوجان وحدهما.

[1] المجلة القضائية، العدد الأول، 1995، ص: 128.

***موت أحد الزوجين:**

إذا مات أحد الزوجين ولو قبل الدخول والخلوة الصحيحة تأكد وجوب المهر على الزوج، وذلك لأن المهر وجب بنفس العقد، والعقد لا فسخ بالموت وإنما ينتهي به والشيء بانتهائه تتقرر أحكامه التي يمكن تقريرها ومنها المهر[1].

ثانيا: مسقطات المهر:

***مسقطات جميع المهر:** يسقط جميع المهر إذا حصلت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة في الحالات التالية:

1- أن تقع الفرقة بين الزوجين قبل الدخول والخلوة الصحيحة لسبب من جهة الزوجة، كأن تأبى الدخول في الاسلام، أو أن تفسخ العقد قبل الدخول والخلوة الصحيحة لوجود خيار فسخ العقد بالبلوغ أو الافاقة أو العتق.

2- أن تقع الفرقة بين الزوجين من جهة الزوج لعيب أو علة في الزوجة، فإنه يسقط جميع المهر لأنها كالفرقة من جهتها، كأنها الفاسخة للعقد.

3- أن تقع الفرقة بين الزوجين من جهة الزوجة لعيب أو علة في الزوج.

4- أن تقع الفرقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة من جهة الزوجة، بسبب عدم كفاءة الزوج كأن يزوجها وليها، ثم تعلم بالزواج، فتطلب فسخ العقد لعدم كفاءة الزوج، أو أن تزوج نفسها بدون إذن الولي فيعترض الولي على الزواج، ويطلب فسخه لعدم كفاءة الزوج.

5- أن تقع الفرقة بين الزوجين قبل الدخول والخلوة الصحيحة بسبب خيار البلوغ أو الافاقة من المجنون، كما لو زوج غير الأب أو الجد من له ولاية الاجبار عليه، واختار الزوج نفسه قبل الدخول عند زوال سبب الحجر عليه[2].

---

[1] د أحمد فراج حسين، أحكام الاسرة في الشريعة الاسلامية، مرجع سابق ص210-211.

[2] د جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون ، مرجع سابق ص169-170.

***مسقطات بعض المهر:** تستحق الزوجة نصف المهر في الحالات التالية:

1- الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة.

2- إذا وقعت الفرقة قبل الدخول حقيقة أو حكما من قبل الزوج سواء كان طلاقا أم فسخا ومن ذلك:

أ – الإيلاء ، بأن يحلف عدم قربان زوجته أربعة أشهر أو أكثر وتمضي هذه المدة.

ب- اللعان، وهي إتهام الرجل زوجته بالزنا وليس لديه بينة ، فيلاعن القاضي بينهما ويعد تفريق القاضي بينهما طلاقا.

د – الردة، وهي الخروج عن الإسلام، ويعد فسخا.

هـ – اباء الزوج الذي أسلمت زوجته أن يسلم بعد عرض الإسلام عليه ويعد فسخا.

و- فعل الزوج ما يوجبه حرمة المصاهرة كالزنا بأم امرأته او بنته.[1]

سادسا : الاختلاق في المهر

* الاختلاق في تسمية المهر وعدم تسميته:

اختلفت أراء الفقهاء في كيفية فصل النزاع في هذا الموضوع بين التسمية وعدم التسمية:

*قال الحنفية:

اذا كان الاختلاف في حال حياة الزوجين ، وحلف منكر التسمية فيجب مهر المثل باتفاق أئمة الحنفية ، وان كان الاختلاف بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة باتفاقهم ايضا، وإذا وقع الاختلاف بعد موت احد الزوجين فهو كالاختلاف في حال حياة الزوجين فمن كان القول له لو كان حيا يكون القول لورثته فيحكم بالمسمى إن ثبت وبمهر المثل ان لم يثبت.

---

[1] د عثمان التكروري ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 121 – 122.

***قال المالكية :**

إن أقام المدعي البينة على ما يدعيه قضى له بما ادعى وإن لم يقم البينة ، كان القول قول من يشهد له العرف في التسمية وعدمها مع يمينه.

***قال الحنابلة:**

إن اختلف الزوجان أو ورثته أو أحدهما وولي الآخر أو وارثه في تسمية المهر، فقال لم نسم مهرا وقالت سمي لي مهر المثل، فالقول قول الزوج بيمينه.

***قال الشافعية :**

لو ادعت المرأة تسميته ، فأنكر زوجها قائلا لم تقع تسمية ولم يدع تفويضا تحالفا في الأصح ، لأن حاصله الاختلاق في قدر المهر.[1]

*** الاختلاف في قبض المهر :**

اذا اختلف الزوجان في قبض معجل الصداق كله أو بعضه ووقع الخلاف بعد الدخول بها وجب على الزوج اثبات ما يدعيه فإن أقام بينة على دعواه حكم عليه بما ادعاه وإن عجز عن اقامة البينة كان القول قول الزوجة.[2]

ثالثا: الاختلاف حول صداق السر والعلن:

اذا كان الاختلاف بين الزوجين صريحا على أن صداق العلن هو صوري اتخذ للشهرة والسمعة فلا عبرة به ويطالب الزوج بصداق السر ، أما في حالة النزاع حيث تمسك

---

[1] د وهبة الزحيلي– الفقه الاسلامي وادلته الشرعية والأراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية ، الأحوال الشخصية، الجزء السابع دار الفكر – الطبعة الثالثة دمشق ص 307 – 308.

[2] د عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، مرجع سابق ص 140.

الزوج بصداق السر وتمسكت الزوجة بصداق العلن فالقول قول الزوج ويلزم الزوج بدفع الصداق المعلن عليه لأنه الشيء الذي يشهد له الظاهر.[1]

*من قرارات المحكمة العليا في شأن المهر:

صدر قرار للمحكمة العليا جاء فيه : طلاق قبل البناء –" الحكم على الطاعنة بإرجاع الصداق كاملا" خطأ في تطبيق القانون وقالت المحكمة العليا أنه من المقرر قانونا انه عند الطلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق ، وان قضاة الموضوع طبقوا المادة الخامسة من قانون الاسرة على الطلاق قبل البناء وقضوا بإرجاع الصداق كاملا على أساس أن العدول بالخطبة كان من طرف الطاعنة رغم ان عقد الزواج قد تم بين الطرفين فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون وكان على قضاة الموضوع تطبيق المادة 16 من قانون الاسرة الجزائري.[2]

كما قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها:

إن الزوجة تستحق الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل البناء.

إن قضاة الموضوع أخطأوا في تطبيق القانون، اعتبروا الطلاق المحكوم به فسخا، والحكم على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع أنها تستحق نصفه خالفوا المادة 16 من قانون الاسرة الجزائري.

---

[1] د بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق – ص 114.

[2] المجلة القضائية، قرار صادر في 1993/10/16، عدد خاص 2001 ص 266.

***أثر تخلف الصداق وفقا لقانون الاسرة الجزائري:**

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف الصداق في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أنه " اذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه ، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه" ، فقد حددت هذه المادة على الخصوص حالة تخلف شرط الصداق قبل الدخول بأنه يترتب عليه فسخ عقد الزواج ، وما يستنتج منها أن المشرع رتب الفسخ على تخلف شرط الصداق قبل الدخول ، كما أنه فصل في مسألة وهي عدم استحقاق الزوجة للصداق في هذه الحالة ، وهو ما جسد في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1987/03/09 تحت رقم 45301 جاء فيه " أنه من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق اذا توفي زوجها قبل الدخول بها ولم يكن قد وقع حكم بفسخ العقد ، وبالطلاق.[1]

كما تعرض المشرع الجزائري الى حالة اثبات عقد الزواج في نص المادة 3/33 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت " ويثبت بعد الدخول بصداق المثل" .

فإذا تم الدخول فالزواج يثبت ويكون صحيحا وتستحق الزوجة بذلك صداق المثل وهذا ما نجده في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/11/17 تحت رقم21422 الذي جاء فيه " إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضى للزوجة بصداق المثل " ومتى تبين في قضية الحال فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج[2].

---

[1] د سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 375

[2] قرار المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، ملف رقم 21422 المؤرخ في 1998/11/17 ، مجلة قضائية عدد خاص 2001 ص53.

الفرع الثالث: الولـــي

اولا: معنى الولايـة وحكمهـا:

الولاية حق شرعي، ينفذ بمقتضاه الأمر على الغير جبرا عنه وهي ولاية عامة وولاية خاصة.

و الولاية الخاصة هي ولاية على النفس، وولاية على المال والولاية على النفس هي المقصودة هنا، أي ولاية على النفس في الزواج.

والولي هو أبو الزوجة ، أو الوصي، أو الأقرب من عصبتها أو ذو الرأي من أهلها، أو السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم "لا نكاح الا بولي" وقول عمر رضي الله عنه " لا تنكح المرأة الا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها ، أو السلطان" .

ورأي الجمهور أن النكاح لا يصح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها ، فإن فعلت ولو كانت بالغة عاقلة رشيدة ، لم يصح النكاح وهو رأي كثير من الصحابة رضي الله عنهم ومن أدلتهم :

حديث عائشة وأبي موسى وابن عباس :"لا نكاح الا بولي" ، وحديث عائشة " أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له" وحديث أبي هريرة :"لا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها".[1]

ثانيـا : شروط الولـــي

يشترط في الولي أربعة شروط بحيث لو فقد واحد منها لم يكن له حق الولاية وهي:

*أن يكون حرا، فلا تجوز ولاية العبد مطلقا.

*أن يكون بالغا، فلا تجوز ولاية الصبي مميزا كان أو غير مميز.

---

[1] د عمار قرفي ، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2001- ص16.

*أن يكون عاقلا، فلا تجوز ولاية المجنون والمعتوه.

*أن يكون موافقا للمولى عليه في الدين، فلا تجوز ولاية غير المسلم على المسلم.

فلو أن امرأة لها أخوان أحدهما مسلم و الآخر نصراني أو يهودي فالولاية عليها لمن يوافق دينه دينها، فإن كانت مسلمة فالولاية لأخيها المسلم وإن كانت نصرانية فالولاية لأخيها النصراني وهكذا.

وانما وجب تحقق هذه الشروط في الولاية لأن الذي فقد أحد الشروط الثلاثة الاولى بأنه لا ولاية له على نفسهوإن كان لا يتولى شؤون نفسه فأولى أن لا يتولى شؤون غيره. والذي فقد الشرط الرابع لا يكون له من رعاية مصلحة المولى عليه ما يسوغ له أن يتولى شؤونه.

وليس الصلاح والعدالة شرطا في الولي بل تجوز ولاية الفاسق سواء أكان متهتكا بفسقه أم لم يكن الا أنه اذا كان متهتكا في فسقه لم ينعقد تزويجه المولى عليه الا اذا راعى المصلحة على ما سبق.[1]

ثالثا: ترتيب الاولياء:

بالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع لم يتبع نهجا معينا في مسألة من هم أحق بهذه الولاية على أساس سن المرأة الراغبة في الزواج بين ما إن كانت بالغة أو قاصرة أي لم تبلغ السن القانونية.

[1] د رمضان علي السيد الشرنباصي ،أحكام الاسرة في الشريعة الإسلامية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت2002 ص 133 .

***ترتيب الاولياء بالنسبة الى المرأة الراشدة :**

أ- قرابـة الأبوة:

وهي القرابة الاولى التي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته على المولى عليها وهنا حصر القانون الولاية في الأب فقط ويفهم من ذلك أنه استبعد الجد عكس ما كان معمول به قبل تعديله ، يستنتج هذا من مسألة الترتيب حسب مفهوم النص القانوني.

ب- القرابــة:

يفهم من نية المشرع أنه ترك الحرية للمرأة في اختيار أحد الأقارب دون تحديد الدرجة من يكون لها وليا في عقد زواجها، وبهذا يكون المشرع سلك طريقا آخر في مسألة الولي المؤهل للزواج.

ج- الولي المختار:

في حالة عدم اختيار الأب أو أحد الأقارب، خول المشرع الحق للمرأة في اختيار الولي، وبهذا يكون خول لها أن تختار أي شخص من غير العائلة وبعيدا عليها، لهذا يفهم من النص أن المشرع حرر المرأة في مسألة اختيار الولي.

***ترتيب الولاية للبنت القاصرة:**

أ-الابـوة:

وهي القرابة الاولى التي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته على المولى عليها سواء كان الأب أو الجدوإن علا ، لأن الاب والجد لا فرق بينهما من حيث الشفقة على الفروع غير أن الأولوية للأب عند وجوده فإن لم يكن موجودا فالجد إلا بسقوط أحد شروطها وهي:

1-عجز الولي عن القيام بهذه الولاية.

2-الحجز عليه لانعدام الأهلية ، وتوفر سبب الحجز سفاهة أو جنون.

3-سقوطها بقوة القانون عند الوفاة سواء كانت الوفاة حقيقية أو حكما.

ب-الأخـوة:

هذه القرابة تؤهل أصحابها للحصول على سلطة الولاية إلا اذا تعذرت قرابة الأبوة ومتى ثبت للأخوة فإنها تكون حقا للقرابة القوية على القرابة الضعيفة، فتقدم قرابة الأخ الشقيق على قرابة الأخ لأب ، وتقدم هذه الأخيرة على قرابة الأخ لأم وفقا لمادة 154من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه " اذا كان الموجود من العصبة أكثر من واحد واتحدوا في الجهة والدرجة كان الترجيح بقوة القرابة فمن كان ذا قرابتين قدم على من كان ذا قرابة واحدة ، وإذا اتحدوا في الجهة والدرجة والقرابة ورثوا بالتعصيب واشتركوا في المال بالسوية" وهذا ما تقره قاعدة الأقرب تحجب الأبعد.[1]

ج-العمومـــة:

العم الشقيق أم العم لأب، حيث له الحق في تولي من لم يكن لها واحد مما ذكروا لأنه من العصبة وهو من يليه في المرتبة، يسمون بالحاشية البعيدة وذلك مقابلة لهم بالحاشية القريبة وهم الإخوة الأشقاء أو لأب وأبناءهم.

-ابناء الأعمام : اشقاء كانوا أو لأب الأقرب منهم فالأقرب والشقيق يقدم على الذي لأب وفق القول بالتعصيب في الميراث.

د-الكافـــل: ويكون في مرتبة بعد انعدام من ذكروا سابقا.

هـ-القاضـي:

وهو ولي من لا ولي له فإن عضل الولي من كانت تحت ولايته في الزواج أولم يكن لها ولي أصلا فالقاضي من حقه أن يزوجها باعتباره ذا ولاية عامة.[2]

---

[1] عيسى حداد، عقد الزواج – دراسة مقارنة ، مرجع سابق، ص 147، 148، 149.

[2] محمد محدة – الخطبة والزواج ، دار الشهاب ،الطبعة الثانية 2000 – ص 246.

رابعا: أحكام الولايـــة في قانـــون الأســـرة الجزائـري:

نص المشرع الجزائري في المادة التاسعة مكرر من الأمر 05-02 المؤرخ في27 فبراير 2005 على:

" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

-أهلية الزواج،

-الصداق،

-الولي،

-شاهدان،

-انعدام الموانع الشرعية .

فهذه المادة نصت في كون الولي شرط أساسي في عقد الزواج كما أنه أكد ذلك في المادة 11(الامر رقم 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005) بقولها "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أي شخص آخر تختاره".

وفي هذه المادة المعدلة أسند المشرع الجزائري مباشرة أمر الزواج الى المرأة الراشدة بخلاف ما كان عليه الأمر في المادة الأصلية لهذا القانون والتي جاءت بالصيغة التالية (يتولى زواج المرأة وليها...).

كما أن المشرع في هذه المادة قد وسع دائرة الولي بحيث يمكن لأي شخص تختاره المرأة الراشدة أن يكون ولي لها.

وهذا التوسيع جاء مطلقا فلم يقيده المشرع في حالة عدم وجود الأب أو الاولياء ذي القربى عموما.

اضافة الى ذلك فقد نص المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون الاسرة أنه "لا يجوز للولي أيا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها."

ولقد أبطل مجلس قضاء مستغانم في حكمه الصادر بتاريخ03 نوفمبر1996 استبد فيه الولي بالعقد، لذلك يظهر أن قانون الأسرة الجزائري مال نحو المذهب الحنفي وفق ما جاء في المادة 13 السالفة الذكر، وهو بذلك يكون قد وضع حدا نهائيا لنقاش قديم وطويل حول مدى سلطة الولي في اجبار من في ولايته على الزواج بشخص لا تريده أو تكره أن ترتبط به بعقد زواج.

فلا يجوز لأي جزائري أن يجبر ابنته على الزواج بدون رضاها سواء سبق لها الزواج وكانت ثيبا أو لم يسبق لها الزواج ومازالت بكرا وسواء بلغت سن أهلية الزواج بحكم القانون أو أعفيت منه بموجب إذن أو اعفاء من القضاة لسبب من الأسباب أم لا، واذا أجبر الولي الفتاة على الزواج وأبرم عقد الزواج ببلد أجنبي تقبل قوانينه اجبار البنات على الزواج فإن مثل هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية أو غير الإدارية.[1]

الفرع الرابع: شرط الإشهاد في عقد الزواج وأثر تخلفه

ولدراسة هذا الفرع سنتطرق الى العناصر التالية:

أولا: معنى الإشهاد وحكمه:

*معنى الإشهاد:

المراد بالشاهدين في عقد الزواج أن يحضر العقد اثنان فأكثر من الرجال العدول المسلمين لقوله تعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم)[2]

وعن أبو عتبة عن عبد الله بن محرز عن قتادة عن عمران بن حصين قال الرسول عليه الصلاة والسلام(لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل).

---

[1] د عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق – مرجع سابق ،ص68– 69.

[2] سورة الطلاق ، الآية2.

***حكم الإشهاد:**

ذهب جمهور العلماء الى أن الزواج لا ينعقد إلا ببينة ولا ينعقد حتى يكون الشهود حضورا حالة العقد ولو حصل اعلان عنه بوسيلة أخرى.

وإذا شهد الشهود وأوصاهم المتعاقدين بكتم العقد وعدم إذاعته كان العقد صحيحا و استدلوا على صحته بما يلي:

1-عن يوسف بن حمادة البصري، عن عبد الاعلى عن سعيد عن قتادة عن جابر بن زيد عن ابن عباس أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال "البغايا اللاتي ينكحن بغير بينة" حديث مرفوع رقم (1018).

2-عن عائشة أن رسول الله قال" لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[1]رواه الدارقطي، وهذا النفي يتوجه الى الصحة وذلك يستلزم أن يكون الإشهاد شرطا ،لأنه قد استلم عدمه عدم الصحة وما كان ذلك فهو شرطا.

*عن أبي الزبير المكي أن عمر ابن الخطاب اتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال "هذا نكاح السر، ولا أجيزه، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت". رواه مالك في الموطأ والأحاديث وان كانت ضعيفة إلا أنه يقوي بعضها بعضا.

*قال الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعضهم من التابعين وغيرهم قالوا:" لا نكاح إلا بشهود" ذلك لأن الإشهاد يتعلق به حق المتعاقدين، وهو الولد، فاشترطت الشهادة فيه لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه.[2]

ثانيا: الطبيعـة القانونيـــة للإشهـاد في عقـد الزواج:

الشهادة في عقد الزواج شرط شكلي يدخل في ابرامه بعكس الشهادة في العقود الاخرى التي تكون فيها وسيلة اثبات فقط واشتراط الشهادة لكي يرتب عقد الزواج آثاره أو لصحته

---

[1] أخرجه ابن حبان في صحيحه(4075) والبيهقي في السنن الكبرى125/7 من حديث عائشة رضي الله عنها وصححه الألباني في صحيح الجامع (7557).

[2]قرفي عمار، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون ، مرجع سابق، ص 19- 20.

يجعل عقد الزواج شكلي لأن العقد الرضائي يكفي لصحته تراضي الطرفين فقط وهذا ما لا يتوافر في عقد الزواج.[1]

اعتبار الشهادة شرط صحة في الدخول:

من المقرر قانونا أنه يتوجب على القاضي الاستماع بنفسه الى شهادة شاهد، وعلى الانفراد سواء بحضور الخصوم أو غيابهم ويذكر كل شاهد قبل الإدلاء بشهادته اسمه ولقبه ومهنته، وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته أو تبعيته للخصوم ثم يحلف بأن يقول الحق ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما كلفوا الموثق بسماع شهود زواج المدعى عليه يكونون قد تخلفوا عن مسألة تتعلق باختصاصهم وأنه لا يحق للموثق أن يقوم بذلك مكانهم ، وعليه فإن قضاة الموضوع باعتمادهم على تقرير الموثق فيما يخص اثبات الزواج خالفوا القانون واخطأوا في تطبيقه.[2]

ثالثا: شروط الشهـود:

نص المشرع الجزائري على الإشهاد في الزواج لكنه لم يحدد الشروط التي يجب أن تتوافر في الشهود حتى تصح شهادتهم وهذا ما يجعلنا ووفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة بالرجوع الى الشروط التي حددها فقهاء الشريعة الإسلامية وأوجبوا توافرها في الشهود.

*الشروط المتفـق عليها:

أ-**العقل:** يجب أن يكون الشاهد عاقلا باعتبار أن الغاية من الشهادة الإعلان والإثبات في حالة الجحود وهذا ما لا يستطيع القيام به المجنون والقاصر الغير مميز.[3]

---

[1] السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني ، دار الكتاب العربي، ص 234.

[2] د بلحاج العربي، قانون الاسرة مع تعديلات الامر02/05 معلق عليه بمبادئ المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة2007 ، ص107.

[3] د وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، الجزء السابع ، مرجع سابق ، ص 73.

ب-البلوغ: وجد هذا الشرط لأن حضور الصبي الغير البالغ في عقد الزواج لا يتناسب مع تكريم عقد الزواج وخطورته وهو ليس أهلا للولاية على نفسه وبالتالي من الأجدر أن لا يكون وليا على غيره بالشهادة.

ج-التعدد: اتفق الفقهاء على عدم صحة عقد الزواج بشاهد واحد.

د-الإسلام: اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الزوجان مسلمين يجب أن يكون الشهود مسلمين لكن اختلفوا في حالة ما إذا كانت الزوجة كتابية فجمهور الفقهاء اشترطوا أن يكون الشاهدين مسلمين.[1]

هـ-سماع الشهود كلام المتعاقدين وفهم المراد منه: أي لا تصح شهادة نائمين أو أصمين، أو مثلا من لا يفهم اللغة العربية اذا تم العقد باللغة العربية.

***الشروط الغير المتفق عليها:**

أ- ذكورة الشهود: اعتبرها جمهور الفقهاء المسلمين شرط صحة عقد الزواج، ولا تصح شهادة الانثى مستدلين على رأيهم هذا بأنه جرت السنة على أنه لا يجوز شهادة النساء في الحدود والنكاح والطلاق[2] .

في حين الحنفية أجازت شهادة رجل وامرأتين.

أما فيما يخص التطبيقات القضائية فإن القضاء الجزائري أخذ بما ذهب اليه جمهور الفقهاء في اشتراطهم الذكورة في الشهود وهو ما جسد في القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه:".... والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.[3]

---

[1] الأستاذ محمد مصطفى شلبي ، أحكام الاسرة في الاسلام ، الطبعة الثانية، ص 110.

[2] د وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ص 74.

[3] القراررقم43889 -المؤرخ في12/15/ 1986عن المحكمة العليا- غرفة الاحوال الشخصية -مجلة قضائية -عدد 02 1993-ص37.

ب-العدالـة: ذهب جمهور الفقهاء المسلمين الى أنه يشترط في الشهود العدالة حتى ولو كانت ظاهرة فقط في حين ابو حنيفة لم يشترطها والقضاء الجزائري من خلال القرار المذكور اعلاه قد أخذ بما ذهب اليه الجمهور.

ج-الحرية: اشترط جمهور الفقهاء المسلمين الحرية في الشهود واعتبروا أن شهادة العبد غير صحيحة، وخالفهم في ذلك الحنابلة وأجازوا شهادة العبد مستندين في ذلك بأنه لم يثبت في الكتاب والسنة أو الإجماع نفيها خصوصا إذا ما كان العبد عدلا وثقة وهذا الشرط لم يعد له محل في وقتنا الحالي باعتبار العبودية قد زالت.

د-البصـر: هذا الشرط اشترطه الشافعية أما جمهور الفقهاء فلم يأخذوا به وتصح عندهم شهادة الأعمى لأنه ما يشترط لديهم فقط سماع كلام العاقدين وتميز صوتهما.[1]

رابعا: أثر تخلف شرط الإشهاد في عقد الزواج:

تناول المشرع الجزائري في نص المادة 33 من قانون الأسرة أثر تخلف شرط الإشهاد في الزواج ونجد كذلك فقهاء الشريعة الاسلامية قد رتبوا أثر عن تخلف الاشهاد في الزواج حسب ما كيفوه ولهذا يمكن التطرق لهذه المسألة في النقطتين التاليتين:

*أثر تخلف الإشهاد في الزواج وفق فقهاء الشريعة الإسلامية:

اختلف الفقهاء في ذلك، حيث اعتبر الفقهاء المسلمين شرط الإشهاد في الزواج شرط صحة في حين أن المشهور عن المذهب المالكي اعتبر الإشهاد شرط نفاذ، وبالتالي

[1] د وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ص75-76.

فإن أثر تخلف الإشهاد في الزواج وفقا لجمهور الفقهاء هو أن العقد يكون غير صحيح وبالتالي يبطل.[1]

***أثر تخلف الإشهاد وفقا لقانون الأسرة:**

إذا ما تخلف شرط الإشهاد في عقد الزواج وتم اكتشافه قبل الدخول ،هنا يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق.

ووفق ما جاءت به المادة33 من قانون الأسرة اذا ما تم عقد الزواج بدون شهود وتم الدخول فهنا الزواج يثبت بصداق المثل.[2]

الفرع الخامس: انعدام الموانـع الشرعيـة للزواج:

على الرغم من الأصل في ابرام عقد الزواج هو الإباحة وأنه يجوز للمرأة أن تتزوج مع من تشاء من الرجال، وأنه بالمقابل يجوز للرجل أن يتزوج مع من يريد من النساء إلا أن نظام الأسرة وحماية المجتمع في التشريع الاسلامي لم يترك الحبل على الغارب ولحكمة بعضها نعلمه وبعضها لا يعلمها إلا الله جاء التشريع الإسلامي باستثناء من شأنه تقييد المباح ووضع ضوابط لبناء الأسرة ولحمايتها والحفاظ على استقرارها وتماسكها ووسع مجال الموانع أكثر من غيره من بعض التشريعات السماوية والقوانين الوضعية وفي هذا الإطار ورد في القرآن الكريم قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء)[3].

وقوله(حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم، وخالاتكم، وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة، وأمهات نسائكم، وربائبكم التي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم، وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم، وأن تجمعوا بين الاختين)[4]

---

[1] د محمد محدة ، الخطبة والزواج ، مرجع سابق ص 289- 290.

[2] المادة "33" من قانون الاسرة الجزائري.

[3] سورة النساء الآية 22.

[4] سورة النساء الآية 23

وعندما صدر قانون الأسرة خلال سنة 1984 تبنى كل هذه الموانع وهذه المحرمات وذكرها ضمن المواد من 23الى31 ذكرا مرتبا ومفصلا ولما صدر الأمر رقم 05-02 خلال سنة2005 بتعديل قانون الأسرة اشتمل على ما اشتمل عليه هذا القانون ، ولم يتناول بالتعديل سوى المادتين 30-31 حيث أهمل النص تلك التي تزيد على العدد المرخص به شرعا.

ومن خلال قراءة الآيات القرآنية وتحليل النصوص الوضعية المستمدة بكاملها من أحكام الشريعة الإسلامية، يمكننا أن نتبين أن هناك محرمات مؤبدة ومحرمات مؤقتة "[1]"
وهذا ما يحملنا على الاعتقاد بضرورة محاولة ترتيب هؤلاء المحرمات ترتيبا مختصرا ومبسطا وذلك على النحو التالي:

أولا: المحرمات مؤبدا:

وسنتناول في هذا العنصر المحرمات بسبب النسب والمصاهرة والمحرمات بسبب الرضاع وذلك كما يلي:

***بسبب النسب (القرابة)**

بين الله سبحانه وتعالى المحرمات بسبب القرابة بقوله" حرمت عليكم أمهاتكم، وبناتكم وأخواتكم، وعماتكم وخالاتكم ، وبنات الأخ وبنات الأخت"[2]
فيؤخذ من القرآن الكريم أن المسلم يحرم عليه بسبب القرابة أربعة أنواع من قريباته وهن:
1-أصوله أي أمه وأم أمه وأم أبيهوإن علت لأن لفظ الأم معناه الأصل فيشمل الجميع "حرمت عيكم أمهاتكم".

---

[1] د سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص28.
[2] سورة النساء، الآية 23.

2-وفروعه أي بنته وبنت بنته وبنت ابنه وإن سفلت لأن لفظ البنت معناه الفرع فيشمل الجميع "وبناتكم".

3-وفروع أبويه أي أخواته وبنات إخوته وأخواته وإن نزلت لا فرق بين الشقيقة أو لأب أو لأم" وأخواتكم وبنات الأخ وبنات الأخت".

4-فروع جديه إذا انفصلت بدرجة واحدة أي عماته وخالاته أما فروع الجد اللاتي انفصلن بأكثر من درجة فليست من المحرمات وهن بنات الأعمام والعمات وبنات الاخوال والخالات وبناتهن" وعماتكم وخالاتكم".

***بسبب المصاهرة:**

بين الله سبحانه المحرمات بسبب المصاهرة بقوله في الآية 23 من سورة النساء(...وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ، وأن تجمعوا بين الاختين)

وقوله تعالى" ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف". [1]

فيؤخذ من القرآن الكريم أن المسلم يحرم عليه بسبب المصاهرة أربعة أنواع وهن:

1-أصول زوجته، أي أمها وأم أمها وأم أبيها وان علت" وأمهات نسائكم".

2- فروع زوجته التي دخل بها أي بنتها وبنت بنتها وبنت ابنها وان سفلت.

3- زوجة أصله أي زوجة أبيه وجده وإن علا.

4- زوجة فرعه أي زوجة ابنه وابن ابنه وابن بنته وإن نزل "وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم"[2]

---

[1] سورة النساء - الآية22.

[2] د عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع الكويت، الطبعة الثانية1990- ص45 -46.

***بسبب الرضاعـة:**

جميع من حرمن بالنسب من الأمهات، والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ ، وبنات الأخت لقوله صلى الله عليه وسلم "يحرم بالرضاع ما يحرم من النسب" رواه البخاري في الصحيح عن مسلم بن ابراهيم رواه مسلم عن هدبة بن خالد.

والرضاع المحرم ما كان دون الحولين ، وتحقق معه وصول لبن حقيقة الى جوف الرضيع مما يعتبر ارضاعا لقوله عليه الصلاة والسلام "لا تحرم المصة والمصتان"[1] لأن المصة شيء تافه لا يحصل معه لبن الى الجوف لقلته، وزوج المرضعة يعتبر أبا للرضيع، فأولاده من غير المرضعة إخوة له ويحرم عليه أمهات أبيه، وأخواته وعماته وخالاته كافة كما أن المرضعة جميع أولادها من أي زوج هم اخوة للرضيع .

اخوة الرضيع وأخواته لا يحرم عليهم أحد ممن حرم على الرضيع لأنهم لم يرضعوا مثله فيباح للأخ أن يتزوج من أرضعت أخاه أو أمها أو ابنتها، كما يباح للأخت أن تتزوج صاحب اللبن الذي رضع منه أخوها أو أختها، أو أباها أو ابنه مثلا.

*هل تعتبر زوجة الابن من الرضاع كزوجة الابن من الصلب؟

تحرم عند الجمهور على اعتبارها كحليلة الابن، ومن رأى غير ذلك احتج بأن حليلة الابن محرمة بالمصاهرة، والرضاع لا يحرم الا ما يحرم النسب فقط.

ثانيا: المحرمات تحريما مؤقتا:

1-أخت الزوجة الى أن تطلق أختها وتنقضي عدتها أو تموت، لقوله تعالى في سورة النساء الآية 23 في سياق بيان المحرمات"...وأن تجمعوا بين الأختين".

---

[1] حديث مرفوع،رقمه2236، عن زهير بن حرب عن اسماعيل بن ابراهيم عن سويد بن سعيد عن عبد الله بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها.

2-عمة الزوجة أو خالتها، فلا تنكح حتى تطلق بنت أخيها أو بنت أختها، وتنقضي عدتها لقول أبي هريرة رضي الله عنه:" نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على عمتها وخالتها" أخرجه النسائي.

3-المحصنة أي المتزوجة حتى تطلق وتنقضي عدتها لقوله تعالى في سورة النساء الآية24 في سياق بيان المحرمات" والمحصنات من النساء...".

4-المعتدة من طلاق أو وفاة حتى تنقضي عدتها ويحرم خطبتها كذلك، ولا مانع من التعريض، في غير المعتدة من طلاق رجعي كقوله مثلا" اني فيك لراغب".

5-المطلقة ثلاثا حتى تنكح زوجا آخر وتفارقه بطلاق أو موت وتنقضي عدتها، لقوله تعالى في سورة البقرة الآية230 "...فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"

6-المحرمة بحج أو عمرة.

ومن هنا أخذ الفقهاء أن الشريفة مقدمة في الزواج على غير الشريفة وأن حسنة السمعة مقدمة على سيئتها، وفي هذا ايحاء قوي للنساء بأن يعملن جهدهن على تحسين سمعتهن، وتحليهن بالأخلاق الفاضلة التي يرغب فيها الازواج، و يلتقي هذا مع قوله تعالى في سورة النور الآية (3) :"الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين".[1]

*لكن ما موقف المشرع الجزائري من الزنا؟

ذكر المشرع الجزائري في المواد24-26-27 المحرمات ولم يعتبر الزنا ضمن أسباب التحريم والسؤال المطروح هل قانون الأسرة يعتبر الزنا سبب من أسباب التحريم؟.

إن المشرع الجزائري لا يتكلم عن الزنا ضمن أسباب التحريم في الزواج خلافا للقانون الجنائي الذي يعتبره فعلا مجرما ويعاقب عليه القانون، أما قانون الأسرة فلا نجد فيه نصا يتعلق بهذه المسألة ما عدا المادة 222 التي تنص على أنه " كل ما لم يرد النص عليه في

[1] قرفي عمار، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون ، مرجع سابق، ص27-28-29.

هذا القانون يرجع الى أحكام الشريعة الإسلامية" ، لكن هذه المسألة كانت محل خلاف بين الفقهاء وسبب الخلاف بينهم تمثل في تأويل كلمة النكاح في قوله تعالى:" ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء" حيث ترى الحنفية والحنبلية أن المقصود من النكاح الوطء.

بينما ترى المالكية والشافعية أن الزنا لا تثبت به الحرمة الأبدية معللين رأيهم أن الله سبحانه وتعالى بعد ذكر المحرمات أورد "وأحل لكم ما وراء ذلك" وهذا يدل على حلية النساء بعد بيان ما حرم الله دون ذكر الزنا من بين أسباب المحرمات.

وإن كانت المسألة محل خلاف بين الفقهاء وحتى المشرع لم يبين أي مذهب يعتنقه من المذاهب الفقهية بإحالته على أحكام الشريعة الإسلامية وهي تعامل الإنسان بما يرضي الله و لهذا كانت العلاقة بين العبد وخالقه مباشرة ، ومن غير إنسانية أن يتزوج الرجل امرأة يعلم أنها تأخذ حكم البنت و الا يفقد الإنسان مفهومه كما تحدد في شرع الله فالعبرة في التحريم بالزنا تقوم على العودة لحكم الله أولا وأخيرا.

أما القوانين ومن في حكمها إلا مرشدا للإنسان كي تسير له الطريق وبهذا يكون الزنا سببا من أسباب المنع في قانون الأسرة الجزائري طبقا للمادة 222 من القانون نفسه.[1]

المطلب الثالث: الشروط الشكلية وأثر تخلفها:

كما سبق ذكره فإن الفقهاء المسلمين قد جعلوا أربعة شروط لعقد الزواج ورتبوا على تخلفها عدة آثار سنتناولها في النقاط التالية:

الفرع الأول: شروط الانعقاد وأثر تخلفها:

[1] عيسى حداد، عقد الزواج – دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 223-224.

تعرف شروط الانعقاد بأنها تلك الشروط التي يلزم توافرها في أركان عقد الزواج أثناء الانعقاد والإنشاء وذلك بسبب ارتباطها كليا بالأركان التي يقوم عليها العقد، ويعرفها البعض بأنها الشروط التي يلزم توافرها لترتب الآثار الشرعي على العقد.

اولا: شروط الانعقــاد:

– أن يكون العاقد عاقلا، وهذا شرط انعقاد فلا ينعقد نكاح المجنون والصبي الذي لا يعقل.
– أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، وهذا شرط انعقاد، والمقصود بالمجلس هو الاستمرار في الحديث في نفس الموضوع، أما لو انقطع الكلام فيه بلا عذر، أو ظهر من أحد المتعاقدين اهمال الامر بأن قام عن المجلس أو اشتغل بكلام أجنبي أو فعل يدل على على الاعراض، فإن مجلس التعاقد ينتهي، حتى لو قبل العاقد الآخر بعد ذلك لا ينعقد النكاح ويعتبر قبوله ايجابا جديدا يحتاج الى قبول من الطرف الثاني.

ويلزم ذلك أن يكون العاقدين جالسين في هذا المجلس حتى لو كان أحدهما غائبا لم ينعقد، فإن قالت امرأة بحضرة شاهدين: زوجت نفسي من فلان وهو غائب فبلغه الخبر فقال: قبلت.
ويستثنى من هذه الصورة العقد بالكتابة أو الرسول بشروطه.[1]

ثانيا: أثر تخلفها:

إن شروط الانعقاد يأخذ بها الذين يميزون بين العقد الباطل والفاسد وهم الأحناف ولقد جعلوا في تخلف شروط الانعقاد أنه يؤدي حتما الى بطلان عقد الزواج ولا يترتب على

[1] د محمد صلاح أبو الحاج، سبل الوفاق في أحكام الزواج والطلاق ، كلية أصول الدين الجامعية، جامعة البلقاء التطبيقية مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع ،عمان ، 2005 ص68 – 69.

بطلان عقد الزواج أي أثر من آثار عقد الزواج حتى لو تم الدخول وهو في مرتبة العدم كما يقول بدران أبو العينين بدران" عقد الزواج ينعدم بانعدامها" ويثبت به النسب.[1]

الفرع الثاني: شروط الصحة وأثر تخلفها:

وسنتعرض في هذا الفرع الى تفصيل شروط صحة عقد الزواج ثم الى أثر تخلفها.

اولا: الشروط:

*المحلية الفرعية:

أن لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤقتا أو تحريما فيه شبهة كتزويج أخت المطلقة التي لاتزال في العدة، تزويج العمة مع ابنة أخيها.

فإذا لم تتحقق هذه المحلية الفرعية كان العقد فاسدا عند الحنفية، فالزواج في حال انعدام المحلية الفرعية فاسد ويترتب عليه بالدخول بعض الآثار لكن يحر م الدخول بالمرأة في حال فساد العقد.

*ان تكون صيغة الإيجاب والقبول مؤبدة غير مؤقتة:

فإن تم تأقيت الزواج بطل بحيث اتفقت المذاهب الأربع وجماهير الصحابة على أن زواج المتعة ونحوه حرام باطل وكونه باطل عند الحنفية بالرغم من أن هذا الشرط من شروط الصحة لأنه منصوص على حكمه في السنة.

* الشهادة

*الرضا أو الاختيار من العاقدين أو عدم الإكراه:

وهو شرط عند الجمهور غير الحنفية، فلا يصح الزواج بغير رضا العاقدين فإن أكره أحدهما على الزواج كان العقد فاسدا.

---

[1] الطالب بولعواد زبير، مذكرة اركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة والقانون ، مرجع سابق، ص 68 -69 -70.

وقال الحنفية: حقيقة الرضا ليست شرطا لصحة الزواج فيصح الزواج ومثله الصداق.

***تعيين الزوجين:**

ذكره الشافعية والحنابلة فلا يصح العقد إلا على زوجين معينين لأن المقصود في النكاح التعيين.

***عدم الإحرام بالحج أو العمرة من أحد الزوجين أو الولي:**

وهو شرط عند الجمهور غير الحنفية فلا يصح الزواج إذا كان أحد العاقدين محرما بحج أو عمرة ولا يجوز نكاح المحرم.

وقال المالكية: أنه يفسخوا إن دخل الزوج.

قالت الحنفية: ليس شرطا لصحة الزواج فيصح الزواج مع الإحرام سواء كان المحرم الزوج أم الزوجة أم الولي.

***عدم تواطؤ الزوج مع الشهود على كتمان الزواج:**

وهو شرط أيضا عند المالكية، فإذا أحدث التواطؤ بين الزوج والشهود على كتمان الزواج على الناس أو عن الجماعة بطل الزواج وهذا ما يعرف بنكاح السر.

***ألا يكون أحد الزوجين مريضا مرضا مخوفا:**

وهو شرط أيضا عند المالكية، فلا يصح نكاح المريض والمريضة المخوف عليهما. والمرض المخوف هو ما يتوقع منه الموت عادة ويفسخ الزواج إن وقع ولو بعد الدخول إلا إن صحا المريض قبل الفسخ، فإن لم يدخل الزوج ليس للمرأة صداقوا إن دخل فلها الصداق المسمى.

***الولي:**

وهو شرط عند الجمهور غير الحنفية، فلا يصح الزواج إلا بولي، وقال الحنفية في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله:" للمرأة العاقلة البالغة تزويج نفسها

وابنتها الصغيرة، وتوكل على الغير، ولكن لو وضعت نفسها عند غير كفء، فلأوليائها الإعراض[1]

ثانيا: أثر تخلفها :

لقد رتب جمهور الفقهاء على تخلف شرط من شروط الصحة فساد عقد الزواج وبالتالي لا يحل الدخول بالمرأة ، وإذا تم الدخول يجب التفرقة بينهما سواء اختيارا أو جبرا وتثبت حرمة المصاهرة والعدة من وقت الفرقة حتى يبرأ الرحم، كما يثبت الولد الناتج عن الزواج الفاسد لأبيه أما الحنفية فترى بأنه إذا تخلف شرط من شروط الصحة فإن العقد يكون فاسدا إلا إذا كانت المحلية أصلية ، فالعقد يكون باطل.[2]

الفرع الثالث: شروط اللزوم و أثر تخلفها

ذهب الفقهاء المسلمين الى أن عقد الزواج يكون لازما إذا ما استوفى شروط الانعقاد والصحة والنفاذ وليس لأحد الزوجين أو الغير حق فسخه بعد تمامه نتيجة عدم توفر شرط من شروط اللزوم، ويمكن تعريف هذه الأخيرة بأنها " تلك الشروط التي لا يكون لأحد الزوجين أو غيرها ممن يتعدى إليه ضرر العقد حق فسخه بعد تمامه".[3]

أولا: شروط اللزوم

عقد الزواج عقد لازم في أصل حقيقته، ليس لأحد أن ينفرد بفسخه ونقصد بفسخه نقض العقد من أصله، والطلاق ليس نقضا للعقد من أصله، بل هو انهاء لأحكامه وهو من الحقوق التي يملكها الزوج بمقتضى العقد، لا باعتبار أن ذلك فسخ ونقض للعقد، وإنما كان

---

[1] وهبة الزحيلي ، الجزء السابع ، مرجع سابق ص 62 -63 .

[2] د بدران أبو العينين، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة- ص56.

[3] د محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 320.

عقد الزواج في أصله لازما لأن المقاصد الشرعية التي أنيطت به لا يمكن تحققها مع لزومه.[1]

وشروط اللزوم هي الشروط التي إذا توافرت في عقد النكاح كان العقد لازما وليس لأحد فسخه وهذه الشروط هي:

1- ألا يكون هناك عيب يوجب الخيار فإن كان فلا لزوم ولمن لا يرضى حق الفسخ.

2-ألا يغرر الزوج بالزوجة في الكفاءة أو بأوليائها بأن يدعي مثلا شرفا أو نسبا، ليس له فإن أظهر خلاف ما ادعى، فلهم الفسخ بخلاف ما لو سكتوا أو لم يذكروا شيئا، وتبين بعد العقد أنه غير كفئ فليلزم.

3-ألا يقل المهر عن مهر المثل، فإذا زوجت العاقلة البالغة نفسها من غير اذن وليها، فإن قل فللولي حق الفسخ وعند الحنفية والجمهور لا يصح عندهم هذا الزواج أصلا كما رأينا لاشتراطهم الولي في الزواج.

4-ألا يكون المزوج لفاقد الأهلية غير أصله أو فرعه، وهذا عند الحنفية لأن الجمهور لا مجبر عندهم غير الاب و الجد، على خلاف في ذلك ليس هذا محله.[2]

ثانيا: أثر تخلف شروط اللزوم

ذهب جمهور الفقهاء الى أنه إذا تحققت في العقد ركنه وشروطه، وتخلفت احدى شروط اللزوم فيكون العقد صحيحا ، نافذا إلا انه لا يكون لازما فيجوز لمن له حق التمسك بفسخ عقد الزواج أن يطلب فسخه، فإذا كان طلب الفسخ قبل الدخول ورأى القاضي بفسخ العقد فهذا العقد لا يرتب أي آثار الزواج ، أما بعد الدخول فيرتب العقد آثاره المترتبة على

---

[1] الإمام أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص99.

[2] د المصري مبروك ، الطلاق وآثاره من قانون الاسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ،2010 الجزائر ص 88.

كل العقود الصحيحة والنافذة واللازمة الى أن يفسخ العقد ومن تلك الآثار نجد ثبوت النسب النفقة والعدة ، المهر المسمى أو مهر المثل ، حرمة المصاهرة والعدة.[1]

الفرع الرابع: شروط النفــاذ واثر تخلفهـــا

إذا توافرت في العقد شروط الانعقاد وشروط صحة العقد انعقد العقد صحيحا ، لكن لكي يكون نافذا أو يرتب آثاره يجب أن تتوافر فيه شروط النفاذ وهذه الاخيرة تعرف بأنها :" تلك الشروط التي لا تنفذ أحكام العقد على من عاقد به بغير وجودها".

أولا: شروط النفاذ:

يشترط لنفاذ عقد الزواج أن يكون الذي تولى إنشاؤه له حق إنشائه لذلك اشترط لنفاذ عقد الزواج وترتب آثاره عليه بالفعل بعد انعقاده صحيحا الشروط الآتية:

1-أن يكون كل من العاقدين أهلا لأن يعقد لنفسه أو يكون وكيلا عن أحد الطرفين، أو ولي الزوجة أو وكيله.

2-ألا يكون العاقد وليا أبعد مع وجود الولي الأقرب المقدم عليه فإن زوج الولي الابعد الفتاة كان العقد موقوفا على اجازة الولي الأقرب.

3-ألا يكون العاقد وكيلا خالف موكله فيها وكله به فإذا وكل شخص غيره ليزوجه فتاة معينة أو بمهر معين فزوجه فتاة غيرها أو زوجه بمهر أكثر كان العقد موقوفا على إجازة الموكل.

4-ألا يكون العاقد فضوليا، والفضولي هو من لا يكون له التزويج وقت العقد.[2]

ثانيا: أثر تخلف شروط النفــاذ:

---

[1] الإمام أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص154.

[2] د عثمان التكروري، شرح قانون الاحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 67 – 68.

يذهب جمهور الفقهاء المسلمين الى أنه إذا تخلف شرط النفاذ في عقد الزواج كان العقد صحيحا إلا انه لا يرتب آثاره إلا إذا أجيز من الطرف الذي له حق الإجازة وإذا تم الدخول و أجيز رتب العقد آثاره أما إذا تم الدخول دون إجازة فإنه تترتب عليه نفس الآثار عن الزواج الفاسد الذي تخلف أحد شروط الصحة وهناك استثناء بالنسبة للشافعية والحنابلة الذين ذهبوا الى أن زواج الفضولي لا يستدعي الإجازة لأنه باطل.[1]

[1] الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، أحكام الاسرة في الإسلام، مرجع سابق ص 323-324.

*الفصـل الثانـــي: الأحكام الخاصة لانعقاد الزواج:

المقصود بالأحكام الخاصة لانعقاد الزواج تلك الضوابط القانونية التي فرضها القانون لإبرام عقد الزواج من الناحية القانونية، وهي على العموم تتلخص في تحديد الجهات الرسمية الموكل لها قانونا ابرام عقد الزواج، تقديم شهادة طبية قبل الزواج ، والحصول على الترخيص المسبق في حالة تزويج القصر وحالة التعدد في الزواج.[1]

المبحث الاول: الاحكام الخاصة بزواج الأجانب والفئات الخاصة:

جاءت هذه الاحكام في نصوص مختلفة صادرة عن جهات إدارية وتشريعية متنوعة تجعل زواج الاشخاص خاضعا لرخصة أو موافقة مسبقة من الغير أو الادارة المختصة وفي هذا الصدد سنتناول النقاط التالية:

المطلب الأول: الاحكام الخاصة بزواج الاجانب:

نصت المادة 31 من قانون الاسرة الجزائري على انه :" يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين الى أحكام تنظيمية".

ولقد نظم هذه الاجراءات القرار الصادر بتاريخ 11 فيفري 1980 عن وزارة الداخلية والذي الزم موظف الحالة المدنية أو الموثق قبل قيامه بإبرام عقد الزواج للأجانب لا بد من حصوله على رخصة مكتوبة من الوالي ، كما نظم هذا القرار الوزاري منح الرخصة كما يلي:

الفرع الاول: حالة زواج الأجانب المقيمين في الجزائر

في حالة ما إذا كان عقد الزواج الذي يراد ابرامه سوف يكون بين أجنبيين مقيمان في الجزائر وفقا للمادة10 من الامر 211/66 المؤرخ في 1966/07/21 فإن عليهما أن يتحصلا على رخصة بالزواج تمنح لهما من طرف الوالي وذلك عن طريق تقديمهما لطلب

[1] د بن شويخ ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، مرجع سابق ، ص118

موقع من طرفهما يتضمن هويتهما وعنوانهما وكذا المعلومات الواردة في بطاقة اقامتهما وكذا بطاقة الإقامة لكل منهما لمعرفة مدى صلاحيتها ،فإن توفرت تلك الشروط منحت لهما الرخصة.

الفرع الثاني: حالة زواج أجنبي مقيم في الجزائر والآخر غير مقيم أو زواج أجنبي وجزائري

في هذه الحالة اضافة الى تقديم الطلب من طرفي عقد الزواج الى الوالي والوثائق التي تثبت حالتهما يقوم الوالي بعد أخذه لرأي مصالح الامن الوطني الإيجابي بمنح الرخصة وفي حالة ما إذا كان الرأي سلبيا برفض منح الرخصة فإن ضابط الحالة المدنية أو الموثق لا يمكنه تحرير عقد الزواج بدونها.[1]

المطلب الثاني: الاحكام الخاصة بالفئات الخاصة

وسنتعرض في هذا المطلب الى الاحكام الخاصة بموظفي الامن الوطني في الفرع الاول أما في الفرع الثاني فسنتناول الأحكام الخاصة بالجيش والدرك الوطني وذلك وفق التفصيل التالي:

الفرع الأول: موظفي الامن الوطني:

من خلال الاطلاع على المرسوم رقم 481/83 الصادر في 1983/08/13 المتعلق بالأحكام والقواعد المطبقة على موظفي الامن الوطني نجد ان المادة 23 منه تنص على انه:" لا يمكن لموظفي الامن الوطني ابرام عقد زواجهم دون ترخيص بالزواج" بحيث يتم الحصول عليه من الجهة التي لها سلطة التعيين وذلك في أجل ثلاثة أشهر قبل الاحتفال بالزواج.

---

[1] بولعواد زبير، مذكرة أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الاسلامية والقانون ، مرجع سابق ص 20- 21.

ويجب أن يرفق الطلب بتقديم نسخة من وثيقة الميلاد، وشهادة الجنسية للزوج الآخر وعند الاقتضاء يجب بيان مهنة هذا الزوج وبيان صاحب عمله وعلى الإدارة أن تجيب على هذا الطلب خلال شهريين من تاريخ تقديمه.

أما إذا كان الموظف قد أخفى وظيفته، وقام بإبرام عقد زواجه وتسجيله فإنه سيعرض نفسه الى عقوبة ادارية، ومع ذلك اذا ابرم عقد زواجه على الطريقة العرفية وبعد مدة جاء الى المحكمة ليطلب اثبات وتسجيل زواجه طبقا لأحكام المادة22 من قانون الاسرة والمادة 39 من القانون المدني الجزائري، فإنه لا يجوز للمحكمة أن تمتنع عن اصدار حكم قضائي بإثبات عقد الزواج وتسجيله في سجلات الحالة المدنية بحجة عدم الحصول على الرخصة المطلوبة من الإدارة المختصة، ذلك أن المادة 22 السابقة لم ترتب على مخالفتها أي جزاء يمكن أنيؤثر في العقد ويجعله باطلا أو فاسدا وإنما رتب جزاء إحالة الموظف الى اللجنة التأديبية، واتخاذ ما يجب من اجراءات لحماية مصالح المؤسسة الامنية.[1]

الفرع الثاني: الجيش والدرك الوطني:

إن عقد زواج العسكريين مثله مثل عقد زواج موظفي الأمن الوطني ، يتطلب الحصول على رخصة مسبقة من الجهات العسكرية العليا ولقد جاء في النصوص المتعلقة بالنظام العسكري، وفي منشورين صادرين عن وزارة العدل أحدهما بتاريخ 1967/06/13 والثاني بتاريخ1968/06/25 رقم 364 مفادهما أن أي زواج لأحد أفراد الجيش الوطني والشعبي لا يمكن ابرامه أو عقده إلا بعد تقديم رخصة بذلك ممنوحة من مصالح الدفاع الوطني، كما أن طلب الرخصة بالزواج يشمل العسكريين الذين هم في الخدمة الفعلية ويشمل كذلك رجال الدرك الوطني وكل المجندين الخاضعين لنظام الخدمة الوطنية.

[1] د عبد العزيز سعد ، قانون الاسرة في ثوبه الجديد ، مرجع سابق ص 64 – 65.

وعليه وتطبيقا لهذه النصوص فإن أي واحد من العسكريين العاملين ضمن الجيش الوطني الشعبي، أو ضمن هيئة الدرك الوطني أو المجندين ضمن نظام الخدمة الوطنية ، لا يجوز لهم ابرام عقد الزواج مع أي زوج آخر جزائري أو أجنبي الابعد الحصول على موافقة او رخصة مسبقة من الجهة المختصة بهيئة الدفاع الوطني.

وينتج عن ذلك أنه لا يجوز لضابط الحالة المدنية أو الموثق أو غيرهما ممن يكون مؤهلين قانونا لتحرير عقود الزواج، أن يقبل تحرير عقد زواج أي عسكري جزائري الابعد الاطلاع على هذه الرخصة، وإذا كان هذا العسكري قد أخفى صفته العسكرية وأبرم عقد الزواج دون رخصة فإنه سيعرض نفسه الى المتابعة الجزائية والإدارية.

ومع ذلك فإن عقد الزواج المبرم من العسكري دون رخصة، سيكون عقدا صحيحا كلما وقع وفق الشريعة الإسلامية ووفقا للقانون، ولا يمكن وصفه بأنه عقد فاسد أو باطل.

وإذا لم يمكن تسجيله في سجلات الحالة المدنية وقت ابرامه بسبب عدم تحريره أمام الاشخاص المؤهلين لتلقي وتحرير عقود الزواج، فإن ذلك لا يمنع من اللجوء الى القضاء وتسجيل هذا العقد وفقا لقواعد وأحكام المادة 22 من قانون الاسرة الجزائري ولا يجوز للقاضي أن يطلب منه إحضار الرخصة.[1]

[1] د سعد عبدالعزيز – مرجع سابق – ص 66-67.

المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بالفحص الطبي وتعدد الزوجات:

وفي هذا المبحث سنتناول الاحكام الخاصة بالفحص الطبي لماله من أهمية بالغة في الحياة الزوجية بالإضافة الى تعدد الزوجات .

المطلب الاول: الاحكام الخاصة بالفحص الطبي:

أوجبت المادة 7 مكرر من قانون الاسرة على كل متزوج ومتزوجة تقديم بشكل مسبق شهادة طبية لا تزيد عن ثلاثة أشهر تثبت خلو الطرفين من أي مرض أو أي عائق يشكل خطرا على الحياة الزوجية كما أوجبت على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من هذه المسألة قبل ابرام عقد الزواج، ويجب عليه تبصير الطرفين بكل مرض أو عامل قد يشكل خطرا على الزواج ، وليس هذا فحسب بل عليه أن يؤشر على ذلك في عقد الزواج[1] ومن هذا المنطلق سنتناول الاحكام الخاصة بالفحص الطبي في النقاط التالية:

الفرع الاول: تعريف الفحص الطبي:

أولا: تعريفه لغة: يتكون مصطلح الفحص الطبي من شقين، كلمة (الفحص) و كلمة (الطبي).

فالفحص لغة: شدة الطلب خلال كل شيء، ففحص عنه فحصا: بحث، وكذلك تفحص وافتحص، وتقول فحصت عن فلان وفحصت عن أمره لأعلم كيف حاله وقد فاحصني فلان فحاصا: كأن كل واحد منهما يفحص عن عيب صاحبه وعن سره.

فهو البحث بدقة للوصول الى أمور مخفية في الشيء المفحوص.

---

[1] د بن شويخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص 119

*والطبي لغة: من الطب ، والطب أيضا بمعنى السحر، وتطّيب فلان : تعاطى المريض ونحوه طبا: دواه وعالجه، والطبيب من حرفته الطب أو الطبابة، وهو الذي يعالج المرضى ونحوهم، والطبابة حرفة الطب.

وعليه فالطبي لغة: نسبة الى الطب الذي هو: علم معالجة ومداواة الجسم والنفس ، وهو البحث الدقيق عن الأمراض والعيوب الخفية من أجل مداواتها.

ثانيا: تعريفه اصطلاحا:

الفحص الطبي في اصطلاح أهل الطب: معرفة حالة الانسان الصحيحة كإجراء وقائي يساعد على صيانة الصحة وعلى الكشف المبكر للأمراض وهي في أطوارها الأولى.[1]

ويمكن تعريف الفحص الطبي بأنه: المقدمة التي يتبعها الطبيب أو المعالج ليصل بها الى تشخيص المرضى ووصف العلاج المناسب سواء أكان العلاج بالأدوية أم بالجراحة الطبية.[2]

ويشير هذا التعريف الى أن الفحص الطبي قبل الزواج ليس عملا خاصا بالطبيب ، بل يشترك فيه الطبيب ولممرض والمصدّور ومحلل المخابر وغيرهم.

والخطوة الأولى من خطوات الفحص الطبي لأول مرة هي إعطاء الطبيب سجلا كاملا عن الامراض التي يعاني منها من يريد الفحص، وعن الامراض السابقة للمرض

---

[1] المفتي صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الاردن، الطبعة الاولى 2009 ص55.

[2] د منصور محمد خالد، الاحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي ، عمان الأردن ، دار النفائس ، الطبعة الاولى 1999 ص 23 ، 24.

وصحة الوالدين والاقارب المقربين وغير ذلك ، ثم يقوم الطبيب بفحص ظاهري لجميع اعضاء الجسم.

ثالثا: معنى الفحص الطبي قبل الزواج :

يمكن تعريفه بأنه:" عبارة عن فحوصات مخبرية أو سريرية تجرى لكل من الذكر والانثى العازمين على الزواج، ويتم اجراءها قبل عقد القران لاكتشاف أي موانع صحية تحول دون الزواج وحتى لمعرفة امكانية الإنجاب من عدمه بحيث يكون كلا الخاطبين عالما بما هو مقبل عليه ومقتنع به تماما".

وكذلك هو عبارة عن فحص المقبلين على الزواج قبل عقد القران في مراكز محددة لهذه الغاية للكشف عن احتمالية حملهما لأمراض وراثية أو معدية أو مضرة بحالتهما.

وهذا التعريف يتضمن:

*محل الفحص الطبي قبل الزواج هو الخاطبان العازمان على الزواج.

*وقت الفحص الطبي قبل الزواج يكون قبل عقد القران لا بعده.

*نوعية الفحوصات التي تجري للمقبلين على الزواج إما سريرية وذلك بالفحص الحسي للمريض في مواضع معينة من بدن المريض ومعاينتها، وهي جزء من الفحوصات التكميلية للكشف عن الامراض المعدية كالإيدز.

*الهدف العام للفحص الطبي قبل الزواج هو الوصول الى حياة زوجية سعيدة وابناء اصحاء.[1]

[1] المفتي صفون محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج ، مرجع سابق ، ص 56- 57.

الفرع الثاني: آثار الفحص الطبي قبل الزواج:

الفحص الطبي قبل الزواج مطبق في كثير من دول العالم إما على سبيل الإلزام أو على سبيل الاختيار ، والاردن كمثال على ذلك أصدرت قانونا يجبر المقدمين على الزواج بإجراء الفحوصات الطبية اللازمة في المراكز المخصصة لذلك والتابعة لوزارة الصحة ، ولا يتم عقد القران قبل احضار ورقة تثبت اجراء الفحص وذلك اعتبار من 2004/06/16.

والدول التي تطبق الفحص الطبي قبل الزواج لم تصل الى هذا القرار إلا بعد دراسة وافية لكل ما يتعلق بهذا الفحص وعلى وجه التحديد الإيجابيات والفوائد التي تترتب على سنّه كقانون والسلبيات التي تصاحب ذلك فلما وجدوا السلبيات أقل من الإيجابيات أصدروا القرارات بسنها كقانون إلزامي.

وفي هذه النقطة سنبين فوائد الفحص الطبي قبل الزواج والسلبيات التي ترتب على الإلزام به كقانون.

أولا: فوائد وايجابيات الفحص الطبي قبل الزواج

* تعد الفحوصات الطبية قبل الزواج مفتاح الزواج الآمن وهي من الوسائل الوقائية الفعالة جدا في الحد من الأمراض الوراثية والمعدية والخطرة، ويتفرع على ذلك:

1-الوقاية من أمراض الدم المعدية.

2-ان المقدمين على الزواج يكونون على علم بالأمراض الوراثية المختلفة المحتملة للذرية إن وجدت فتتسع الخيارات في عدم الإنجاب أو عدم اتمام الزواج أو فحص الجنين في أيامه الاولى ومراقبته واجهاضه ان لزم ضمن الشروط الشرعية.

3-التحقق من وجود أمراض مزمنة مؤثرة على مواصلة الحياة بعد الزواج مثل السرطان وغيرها مما له في ارباك استقرار الحياة الزوجية.

4-المحافظة على سلامة الجنين في رحم المرأة من الامراض والاعاقات فقد يكون أحد الزوجين مصابا بمرض معد ينتقل الى الجنين ويسبب له التشوهات والامراض المختلفة.

5- ضمان صحة المرأة أثناء الحمل وبعد الولادة.

*التقليل من الأعباء المالية الناتجة عن علاج المصابين بالأمراض الوراثية أو المعدية.

*تثقيف الخاطبين صحيا بالنواحي التي تؤدي الى السعادة الزوجية وتحاشي أسباب الاختلاف والطلاق، وازالة شكوكهما غير المبررة، ودحض الافكار والمعتقدات المغلوطة التي قد تتلبسهما.

*بالفحص الطبي يتأكد كل واحد من الخاطبين من قدرة الطرف الآخر على الإنجاب وعدم وجود العقم[1].

ثانيا: سلبيات الفحص الطبي قبل الزواج

– ايهام الناس أن اجراء الفحص الطبي سيقيهم من جميع الامراض ، وهذ غير صحيح لأن الفحص المطلوب لا يبحث عن جميع الامراض الوراثية وإنما يكون الفحص من مرضين أو ثلاثة الى خمسة أمراض معروفة منتشرة في المنطقة التي يفحص بها.

– الاعتقاد الديني الخاطئ عند بعض الأشخاص ، حيث يقولون أن الله يعطي للناس ما يستحقون وإنها ارادة الله تعالى ومشيئته أن يحدث ما حدث بعد الزواج حتى ولو أجريت جميع الفحوصات.

– قد يؤدي هذا الفحص الى الإحباط الاجتماعي ، فمثلا لو اثبتت الفحوصات أن هناك احتمالا لإصابة المرأة بالعقم ، أو بسرطان الثدي، واطلع على ذلك الآخرون فإن هذا الامر سيسبب ضررا نفسيا واجتماعيا.[2]

---

[1] المفتي صفوان محمد عضيبات، مرجع سابق ،ص 87–90.

[2] المفتي صفوان محمد عضيبات ، المرجع السابق، ص، 92 – 93 – 94

الفرع الثالث: طبيعة الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج وأثره القانوني:

من الاهمية التعرف على طبيعة هذا الفحص أو ما يمكن تسميته بالتكييف القانوني للفحص وآثار ذلك لما له من أهمية:

أولا: طبيعة الالزام بالفحص الطبي:

ان طبيعة الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج لا تعد كونه شرطا اجرائيا لإبرام العقد وأن الإلزام به لا يعني بطلان العقد عند عدمه فلا يملك ولي الامر السلطة المختصة في الدولة مع غير الملتزمين به من الزواج أو الفصل بينهم، فهو شرط اجرائي فقط يلتزم به الزوجان والموثق على نحو يرتب مسؤولية الموثق لعقد الزواج عند عدم ادراجه الشهادة الطبية التي تثبت خلو الزوجين من الامراض الوراثية او المعدية ضمن أوراق التوثيق مما يعني أن التكييف القانوني للفحص الطبي عند تقارير الدولة الالزام به لا يعطي الحق في منع الزواج أو فسخه عند عدم الالتزام به، وتقديم ما يفيد ذلك عند توثيق العقد.

ونجاح الفحص في تحقيقه لأهدافه في الجانب القضائي يعتمد في الاساس على دقة المعالجة التشريعية واسهام هذه المعالجة في تقديم أكبر قدر ممكن من الحماية للأطراف المقبلة على الفحص ، بالإضافة الى الدقة في التعامل مع الامور الفنية الطبية لأنها تعد الابرز والأكثر تأثيرا في انجاح مهام الفحص الطبي في هذا الجانب.

والمعالجة التشريعية تكون في غاية الضبط والدقة على عكس الامور الفنية التي تخضع للتلاعب والتزوير.

ثانيا: الاثر القانوني للإلزام بالفحص قبل الزواج:

الإلزام بالفحص الطبي لا يعني أنه شرط في صحة العقد ومن ثم فهو لا يرتب بطلان العقد عند عدم الالتزام به، بل إن العقد صحيح لازم.

اذن فماهي الآثار القانونية المترتبة عند عدم الالتزام بالفحص من قبل المعنين به؟

تحديد هذه الآثار يتوقف على النصوص التشريعية التي تعالج المسألة في كل دولة غير أن ذلك لا يحول دون القول بأن طبيعة الإلزام بالفحص من مسوغات ابرام العقد أو توثيقه تعني

– إن عدم التزام الطرفين بإجراء فحص طبي يسقط أحقية كل منهما في طلب التفريق اذا تبين وجود مرض من الامراض التي ينص الفحص على الكشف بشأنها عند تفاقم المر ض.

– الزام الدولة للموثق الشرعي بعد توثيق أي عقد نكاح إلا بعد الحصول على ما يفيد خضوع الزوجين لفحص طبي يرتب مسؤولية على الموثق حال عدم الالتزام لذلك.[1]

المطلب الثانــي: تعــدد الزوجــات:

عندما جاء الاسلام الحنيف كان لابد أن يعالج هذه المسألة الهامة ولذلك فإن الاسلام لم ينشأ هذا النظام وإنما هذبه وعدله ونظمه وجعله مرتبطا بالعدل والمساواة بين الزوجات ، ولا يباح التعدد إلا عند الثقة بإقامة العدل والامن من الجور مصداقا لقوله تعالى في سورة النساء الآية 3(فإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ور باع، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو م؛ا ملكت أيمانكم ، ذلك أدنى ألا تعولوا).

[1] د فاتن الكيلاني البوعيشي ، الفحوصات الطبية للزوجين قبل ابرام عقد الزواج ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الاردن الطبعة الاولى 2011 ص من 157 الى 160 .

الفرع الأول: تعريف تعدد الزوجات:

وهو أن يتزوج الرجل أكثر من امرأة جامعا بينهن على أن لا يزيد عددهن عن الاربعة[1] لقوله تعالى في سورة النساء الآية 13(فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع).

الفرع الثاني: شروط تعدد الزوجات:

لقد أباح المشرع الجزائري في نص المادة الثامنة من قانون الاسرة تعدد الزوجات في الحدود التي وضعها الشرع الإسلامي واضعا بذلك شروطا منها:

*** شرط كون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية:**

إن القول أن عبارة " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية" انما يقصد به العدد أي أنه يجوز للرجل أن يتزوج اثنين أو ثلاثة أو أربعة نساء وهو الحد الاقصى المسموح به شرعا، والزواج فوق الاربعة يعتبر زواجا غير شرعي وغير مقبول شرعا وممنوع قانونا[2].

*** شرط المبرر الشرعي:**

اشترط المشرع الجزائري على الشخص الذي يريد ان يتزوج بأكثر من واحدة أن يتوافر لديه المبرر الشرعي الذي دفعه الى ذلك، لكنه لم يوضح ما هو المبرر الشرعي فقد يقصد به مرض الزوجة الذي يعطلها عن القيام بالشؤون المنزلية والعناية بالأولاد، العقم.

---

[1] د احسن زقوم ، شبهات حول قوانين الاحوال الشخصية في البلدان الاسلامية ودفعها ، قانون الاسرة نموذجا منشورات دار الاديب وهران، 2007 ، ص 25- 26.

[2] د سعد عبد العزيز ، قانون الاسرة في ثوبه الجديد ، مرجع سابق، ص 86.

*** شرط نية العدل:**

لقد اشترط المشرع الجزائري توافر نية العدل لمن يريد أن يتزوج بأكثر من زوجة واحدة، دون أن يحدد ما المقصود بنية العدل بين الزوجات وهذا ما يؤدي بنا الى الرجوع الى فقهاء الشريعة الاسلامية لتحديد المقصود بهذا الشرط ، فهم يحددونه بما يستطاع فيه العدل ألا وهو النفقة ، حسن المعاشرة المبيت أي ما يقصد به العدل الظاهر، أما مالا يدخل تحت قدرة الانسان ولا يملكه مثل الميل القلبي والمحبة فالزوج غير مكلف به وهذا ما جاء في الآية 29 من سورة النساء يقول فيها تعالى(ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله غفور ر حيم)

*** شرط اعلام الزوجة السابقة واللاحقة:**

اشترط المشرع الجزائري على الزوج الذي يريد أن يتزوج بأكثر من زوجة واحدة أن يعلم الزوجة اللاحقة أنه متزوج من قبل وأن يعلم كذلك الزوجة السابقة بأنه سيتزوج، ولم يحدد المشرع في المادة الثامنة كيفية الإعلام.

*** شرط القدرة على الانفاق:**

لم يوضح المشرع الجزائري ما يقصد به من هذا الشرط وهذا ما يستدعي بنا الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية، وحسب جمهور الفقهاء فإن القدرة على الإنفاق يقصد بها أن يكون قادرا على الزواج وتكاليفه، والقدرة الدائمة على أداء النفقة الواجبة للأزواج مستدلين في ذلك بالحديث النبوي الشريف:" يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج".[1]

[1] الطالب القاضي، بولعواد زبير، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفهما في الشريعة الاسلامية والقانون ، مرجع سابق ص20.

*** شرط الحصول على رخصة الزواج الثاني:**

نصت المادة الثامنة بأنه يجب على الزوج أن يقدم طلبا بالترخيص بالزواج الى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجة ثم جاءت الفقرة الثالثة منها ونصت على أنه يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد اذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل وعلى الشروط الضرورية للحياة الزوجية.

*** جزاء الاخلال بهذه الشروط:**

من خلال قراءة المادة الثامنة مكرر والمادة الثامنة مكرر واحد ، نجد أن المادة الاولى تنص على أنه في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق والثانية تنص على أن الزواج الجديد يفسخ قبل الدخول اذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة الثامنة اعلاه.[1]

المطلبالثالث: الاجر اءات الادارية لإبرام عقد الزواج:

يقصد بإجراءات الزواج الترتيبات الادارية التي تسبق العقد، وكذلك التي يشترطها القانون في العقد ذاته بهدف تسجيله واشهاره، ذلك ان تسجيل عقد الزواج واشهاره هو شرط لوجود العقدوا إحداث آثاره القانونية في مواجهة الغير.

ولقد فرض المشرع الجزائري هذه الاجراءات الادارية لمنع التلاعب في عقود الزواج واشعار المجتمع بأهميتها وخطرها ، في حين أن الفقه الاسلامي لم ينص على مثل هذه القيود الادارية.[2]

---

[1] د سعد عبد العزيز، قانون الاسرة في ثوبه الجديد ، مرجع سابق ص 89- 91.

[2] بولغبار أمينة الزهرة ، شروط انعقاد الزواج في ظل تعديل قانون الاسرة الجزائري الجديد ، مذكرة تخرج ليسانس قسم القانون الخاص ، جامعة سعد دحلب ، البليدة 2005-2006 ص 79

الفرع الاول: الاجراءات الخاصة لتسجيل عقد الزواج:

حاول المشرع الفرنسي قبل الاستقلال ادخال نظام تسجيل عقد الزواج في سجل الحالة المدنية، جاعلا عقد الزواج هو الوسيلة القانونية لإثبات الرابطة الزوجية وترتيب أثارها القانونية(القانون 23 مارس 1882 ، وقانون 2 أفريل 1930،قانون11جويلية 1957، والامر الصادر في 4 فبراير1959 وكذا المرسوم المؤرخ في 17 سبتمبر 1959) غير أن هذه المحاولات الاستعمارية لم تصل الى هدفها نظرا لوجود العلاقة التنافرية التي كانت موجودة بين الشعب الجزائري والاستعمار الفرنسي.

أما بعد الاستقلال تدخل المشرع الجزائري، بكل مرونة وبعيدا عن الردع والصرامة عن طريق سلسلة من القوانين أساسها الوظيفة التربوية لإشعار المجتمع بأهمية تسجيل عقد الزواج وإثباته رسميا، كما أنه حاول ادخال نظام تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية في العادات والأعراف الاجتماعية وفي اطار قواعد النظام العام الداخلي للوطن .[1]

أولا: تسجيل عقد الزواج أمام الموثق:

لقد أشار المشرع الجزائري الى تسجيل عقد الزواج أمام الموثق في نص المادة 18 من قانون الاسرة الجزائري، وهو الموظف المؤهل قانونا لذلك باعتباره قد حل محل القاضي الذي أشارت اليه المادة 71 من قانون الحالة المدنية، فعقد الزواج وان كان سابقا يحرر على مستوى المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها محل إقامة الزوجين أو أحدهما كباقي العقود المدنية، فإنه حاليا يحرر في مكاتب التوثيق كغيره من العقود، الا أن المشرع الجزائريوإن اعتبر الموثق كموظف مؤهل لتحرير العقود لم يحدد لنا كيفية تحرير العقود والاجراءات التي يقوم بها الموثق لتحرير عقود الزواج باعتبار أن قانون الاسرة صدر بعد قانون الحالة المدنية.

---

[1] د بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص141 – 142

لكن إذا كان الموثق قد حل محل القاضي في تحرير العقود منها عقد الزواج فقد حل محله في اختصاصاته والاجراءات التي يقوم بها في تحرير عقود الزواج المنصوص عليها في نص المادة 2/72 قانون الحالة المدنية، اذ على الزوجين الانتقال الى الموثق رفقة الشهود ليشهدوا على العقد، وولي الزوجة اذ بدونهم لا يمكن للموثق تسجيل العقد وذلك بعد استخراج كل الوثائق الخاصة بالعقد والمشترط تقديمها لتسجيله ليتم بصفة سليمة.

اذ على الموثق التحقق من توفر كل شروط العقد المنصوص عليها في المادة التاسعة مكرر من قانون الاسرة الجزائري وبعدها يقوم بتحرير العقد مع ذكر كل البيانات الالزامية فيه، ثم يتم تسجيله في سجلاته ويسلم للزوجين عقد زواج وارسال ضابط الحالة المدنية للإخبار بالزواج في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ تسجيل العقد ليسجله هذا الاخير بدفاتر الحالة المدنية، في مدة خمسة أيام من تاريخ تسليمه الزوجين الدفتر العائلي ثم يرسل له الايصال الموجود على ذيل الاخبار بالزواج ليعلمه بتسجيل عقد الزواج في دفاتر الحالة المدنية.

كما يختص الموثق في تحرير بعض العقود كالإقرار بالزواج فهو ليس بعقد زواج يتم ابرامه بصفة عادية انما هو عقد يقوم الموثق بإبرامه في بعض الحالات الاستثنائية.

ثانيا: تسجيل عقد الزواج أمام موظف مؤهل قانونا:

اذا كان المشرع الجزائري قد نص عليه في المادة 18 من قانون الاسرة الجزائري الا انه لم يحدد لنا صفة هذا الموظف ، لكن بالرجوع الى قانون الحالة المدنية في نص المادة 71 نجد أنها أشارت الى تسجيل عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية الذي عرفته المادة الاولى من القانون المدني :" ضباط الحالة المدنية هم رؤساء المجلس الشعبي البلدي ونوابه

وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفين على دائرة قنصلية رؤساء المراكز القنصلية".

فنص هذه المادة يبين الموظف المؤهل قانونا لتسجيل عقد الزواج سواء تم ابرامه في الجزائر الذي يختص به ضابط الحالة المدنية اضافة الى الموثق، أو رؤساء البعثات الدبلوماسية اذا تم ابرامه في الخارج.[1]

* الموظف المختص بتحريـر عقد الزواج داخـل الوطـــن:

نصت المادة 71 من قانون الحالة المدنية على أنّه: "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل من تاريخ الزواج" فالموثق هو ضابط عمومي مكلف بتحرير العقود التي يجب افراغها في شكل رسمي.[2]

وعليه فإن الموظفين المختصين بتحرير عقود الزواج داخل الوطن هم كل من الموثق أو ضابط الحالة المدنية.

*الموظف المختص بتحرير عقد الزواج خارج الوطن:

باستقراء نصوص المواد 96-97-104 من قانون الحالة المدنية 20/70 نجد أن الموظفين المختصين بتحرير عقود الزواج وتسجيلها في الخارج هم رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفين على الدوائر القنصلية أو رؤساء المراكز القنصلية بصفتهم يتمتعون بصفة ضابط الحالة المدنية طبقا لنص المادة الاولى من قانون الحالة المدنية، كما أن المادة 104 منه نصت على انه:" يؤذن لنواب القناصل بالقيام بمهام رئيس المركز القنصلي بصفة دائمة بموجب مقرر من وزير الشؤون الخارجية ، يخول لهم ممارسة السلطات التامة لضابط الحالة المدنية.

---

[1] بلحيرات رفيقة وحميطوش وسيلة ، احكام عقد الزواج ، مذكرة لنيل شهادة ليسانس مرجع سابق ص 34- 35- 36.

[2] المادة 3 من القانون رقم 03/06 المؤرخ في 2006/02/20 والمتعلق بتنظيم مهنة الموثق

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.[1]

الفرع الثانـــي: الاجـــراءات الواجـــب اتباعهـــا لإبـرام عقـد الزواج:

تتمثل هذه الاجراءات فيما يجب على الزوجين القيام به لتحضير العقد وما يتطلب من وثائق لقبول الموظف المختص لتحرير العقد تحريرا صحيحا، لذا سنرى ماهي هذه الوثائق التي يجب على الزوجين تقديمها لإعداد العقد وماهي البيانات التي تذكر في العقد؟

أولا: الوثائـــق المتطلبـــة قانونـــا:

باعتبار أن عقد الزواج عقد خاص بالزوجين فعليهما القيام باستخراج الوثائق اللازمة لتسجيل العقد بصفة رسمية أمام الموظف المختص بتحريره، وهي محددة في المادة 74 من القانون الجزائري المدني وهذه الوثائق هي:

– شهادة ميلاد كل من الزوجينوإن تعذر الامر بإمكانهما تقديم الدفتر العائلي للأبوين أو بطاقة التعريف الوطنية، بالإضافة الى الدفتر العسكري بالنسبة الى موظفي الجيش أو الامن الوطني.

– شهادة الإقامة بالنسبة الى الزوج الذي ينتمي الى اختصاص دائرة البلدية التي يتم تسجيل عقد الزواج بها وقد فرضها المشرع لمن لم يكن معروف المسكن أو الإقامة وفقا للمادة 75 من القانون المدني الجزائري.

– شهادة الترخيص المقدم من القاضي بالنسبة للذي لم يتوفر فيه شرط السن القانوني للزواج وفقا للمادة 76 من القانون المدني الجزائري.

---

[1] سالمي سميرة ، اجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق اثبات عقد الزواج الرسمي والعرفي ،مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة 15 سنة 2007، ص 17–18–19.

– تقديم رخصة الزواج بالنسبة لبعض الفئات والتي يتطلبها القانون وهم : الاجانب، موظفي الامن الوطني ، افراد الجيش الشعبي الوطني والدرك الوطني.

– شهادة وفاة الزوج السابق أو حكم الطلاق النهائي بالنسبة للزوجة التي كانت متزوجة وانحلت علاقتهما الزوجية بسبب الطلاق أو الوفاة.

ثانيا: بيانات عقد الزواج :

نجد ان المادة 73 من القانون المدني الجزائري قد حددت هذه البيانات التي يجب مراعاتها لتحرير عقد الزواج وتسجيله وهي:

– اسم ولقب و تاريخ ولادة كلا من الزوجين.

– اسم ولقب أبوي كلا الزوجين.

– اسم ولقب وتاريخ ومكان ولادة الشهود الحاضرين.

– وجوب الاشارة الى الترخيص بالزواج او الاذن لمن يشترط لهم ذلك.

– وجوب الاشارة الى الشروط التي اشترطها الزوجان وهو ما أشارت اليه المادة 19 من قانون الاسرة الجزائري.[1]

الفرع الثالث: أثر تخلف الشروط الادارية

ان المشرع الجزائري من خلال نص المادة 46 من قانون الحالة المدنية قد فرق بين عقد الزواج كوثيقة وبين الزواج كواقعة ، بحيث أنه رتب بطلان عقد الزواج كوثيقة إذا ما كانت البيانات الرئيسية المذكورة سابقا مزورة أو في غير محلها حتى ولو كان العقد في شكله صحيحا، كما يبطل إذا كان محررا بصورة غير قانونية ولقد أعطى المشرع في نص المادة 77 من قانون الحالة المدنية للموظف المؤهل قانونا صلاحية رقابة مدى توافر الشروط الادارية ورتب على مخالفة تلك الشروط تعرضه للعقوبات المنصوص عليها في نص المادة 441 من قانون العقوبات فقرة 1 و2 .[2]

1بلحيرات رفيقة وحميطوش وسيلة ، أحكام عقد الزو اج ، مرجع سابق ،ص 29–30–31

[2] بولعواد زبير – مذكرة اركان وشروط عقد الزواج الرسمي، مرجع سابق ،ص .22.

خاتمـــة:

ما يمكننا استخلاصه مما سبق أن المشرع الجزائري نظم الاحكام القانونية للزواج بحيث جعله عقدا رضائيا بمقتضى نص المادة الرابعة من قانون الاسرة المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

فأصبح الرضا العنصر الجوهري والركن الوحيد في العقد ، بالإضافة الى الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من نفس القانون غير أن هذا التنظيم لم يخل من بعض النقائص وكذلك من بعض الغموض فنجد المشرع في صدد تعريفه للخطبة في المادة الخامسة من قانون الاسرة يعتبرها وعد بالزواج من جهة ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة ولفظ الوعد له دلالته القانونية في القانون المدني والذي هو وعد ملزم بمقتضى المادة 72 وتطبيق النصوص القانونية بهذه الصفة يؤدي الى تضارب الاحكام في القانون المدني وقانون الاسرة في المصطلح القانوني الواحد.

وكذلك نجد أن المادة 11 المعدلة تكرس للمرأة الحق في مباشرة عقد الزواج بنفسها واشترط المشرع فقط حضور الولي في هذا العقد سواء كان أبا او أحد الاقارب أو أي شخص آخر تختاره وهو ما يفتح الباب أمام التأويل.

أما من حيث الاحكام الخاصة للزواج فنجد المشرع الجزائري قد أخضع عقد الزواج لإجراءات معينة ورد ذكرها في قانون الحالة المدنية ، وهي اجراءات تهدف الى تنظيم العلاقات بين الافراد من جهة ومن جهة أخرى تهدف الى اثبات عقد الزواج وحماية المرأة خاصة.

وجعل كذلك من وثيقة عقد الزواج المستخرجة من الحالة المدنية السبيل الوحيد لإثبات عقد الزواج والاحتجاج به وبتخلف اجراءات ابرام عقد الزواج يتحول عقد الزواج من الرسمية الى مجرد زواج عرفي لا يعتد به ولا يعترف به قانونا، لكن رغم هذه الاجراءات إلا أن ظاهرة الزواج العرفي أو الشرعي مازالت منتشرة مما أدى الى كثير من المشاكل خاصة فيما يتعلق بإثباته.

قائمة المراجع

*القــرآن الكريـــم

1- سورة البقرة، الآية 235

2- سورة مريم ، الآية 54

3- سورة الصف، الآيتان 2،3

4- سورة الأحزاب، الآية 50

5- سورة النساء، الآية 6

6- سورة الطلاق، الآية 2

7- سورة النساء الآية 22

*المؤلفـــات:

1- الإمام أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي

2- د أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2004.

3- د أحمد أباش، الاسرة بين الجمود والحداثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى 2011.

4 - د أحسن زقوم، شبهات حول قوانين الاحوال الشخصية في البلدان الاسلامية ودفعها، قانون الاسرة نموذجا، منشورات دار الأديب ، وهران 2007.

5- د المصري مبروك ، الطلاق وآثاره من قانون الاسرة الجزائري ، دار هومه للنشر ، الطباعة والتوزيع، الجزائر 2010.

6- د الغوثي بن ملحة، قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية 2008.

7- الاستاذ العيش فضيل، قانون الاسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا ،ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، بن عكنون الجزائر2007.

8- ابن منضور، لسان العرب المجلد الاول ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الاولى 2005.

9- د بلحاج العربي ، قانون الاسرة مع تعديلات الامر 05-02 معلق عليه بمبادئ المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة ، 2007.

10- د بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزء الاول (الزواج والطلاق) الساحة المركزية -بن عكنون الجزائر ، الطبعة الثالثة 2004

11- د بدران أبو العينين ، الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة.

12- د بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الطبعة الاولى ،2008 .

13- بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري ، دار الخلدونية ، الطبعة الاولى ، الجزائر 2007.

14- د جميل فخري محمد جانم ، مقدمات عقد الزواج (الخطبة في الفقه والقانون) الطبعة الاولى 2009.

15- د جميل محمد فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه القانون ، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى ، عمان 2009.

16- د رمضان علي السيد الشرنباصي ، أحكام الاسرة في الشريعة الاسلامية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2002.

17- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي.

18- المفتي صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى، عمان الاردن 2009.

19- الاستاذ طاهري حسين ، الاوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى2009.

20- د سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، دار هومه للطباعة النشر والتوزيع ، الطبعة الثالثة، الجزائر 1996.

21- د سعد عبد العزيز، قانون الاسرة في ثوبه الجديد ، دار هومه ، الطبعة الرابعة 2007.

22- د اسماعيل أبا بكر علي البامري ،الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، الطبعة الاولى 2009

23- د عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،الطبعة الاولى 2007.

24-عبد الله مبروك النجار ،التعويض عن فسخ الخطبة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى ، مصر 2002.

25-عيسى حداد ، عقد الزواج دراسة مقارنة ، منشورات باجي مختار ، عنابة طبعة 2006.

26- د عمر سليمان الاشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى 1997.

27- د عثمان التكروري ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الاولى ، عمان الإصدار الثاني 2004.

28- د عمار قرفي ، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة 2001.

29- د فاتن الكيلاني البوعيشي ، الفحوصات الطبية للزوجين قبل ابرام عقد الزواج، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى ، الاردن 2001.

30- د فضيل سعد، شرح قانون الاسرة الجزائري،(الزواج والطلاق) المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986.

31- د منصور محمد خالد ، الاحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الاسلامي، دار النفائس الطبعة الاولى، عمان الاردن 1999.

32- الاستاذ محمد محدة ، سلسلة فقه الاسرة ، الخطبة والزواج دراسة مدعمة بقرارات وأحكام

الطبعة الثانية 1994.

33- الاستاذ محمد محدة ، الخطبة والزواج ، دار الشهاب ، الطبعة الثانية 2000.

34- محمد بن اسماعيل البخاري ،الجامع الصحيح ، تحقيق محمد بن زهير ناصر الناصر، المجلد الاول ، دار طوق النجاة، الجزء الاول ، لبنان.

35- د محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الاسلامي.

36- د محمد عبد الوهاب خلاف، أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، دار القلم للنشر والتوزيع الطبعة الثانية ، الكويت 1990.

37- محمد صلاح أبو الحاج، سبل الوفاق في أحكام الزواج والطلاق، كلية أصول الدين الجامعية جامعة البلقاء التطبيقية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان 2005.

الاستاذ محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسرة في الإسلام ، الطبعة الثانية.

38- د وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، الجزء التاسع ، دار الفكر، الطبعة الثانية 1984.

39- د وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته الشرعية والأراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية الأحوال الشخصية، الجزء السابع، دار الفكر- الطبعة الثالثة دمشق.

40- المحامي يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الاسرة (الزواج والطلاق) دار هومه للطباعة ، النشر والتوزيع ، الطبعة الثالثة ، الجزائر 2011.

***المذكـــرات:**

1- أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفهما في الشريعة والقانون، من إعداد الطالب القاضي بولعواد زبير، مذكرة تخرج إجازة المعهد الوطني للقضاء، مجلس قضاء المدية الدفعة الثانية عشر ، 2001- 2004.

2- أحكام عقد الزواج ، من اعداد بلحيرات رفيقة وحميطوش وسيلة ، مذكرة لنيل شهادة ليسانس في الحقوق ، جامعة البليدة 2 سنة 2002-2003.

3- اجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق اثبات عقد الزواج الرسمي والعرفي ، من اعداد الطالبة سالمي سميرة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر،2007.

4- التعسف في العدول عن الخطبة ، من اعداد الطالبة بريكي حجيلة ، شهادة الماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية ، سنة 2013.

5- دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الاسرة في مسائل الزواج وآثاره ، من اعداد الطالب حسين مهداوي، مذكرة ماجستير في قانون الاسرة، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان 2009-2010.

6- شروط انعقاد الزواج في ظل تعديل قانون الاسرة الجديد ،من اعداد الطالبة بولغبار أمينة الزهراء ، مذكرة تخرج ليسانس، قسم القانون الخاص ،جامعة سعد دحلب ، البليدة 2005-2006.

7- النظام القانوني للخطبة بين الشريعة والقانون ، من اعداد الطالبتين قوسم فوزية وواضحي أمينة ، شهادة ليسانس في العلوم القانونية والادارية ، دفعة 2005- 2006.

*** النصوص القانونية:**

1- قانون العقوبات الجزائري الصادر بموجب الامر 156/66 المؤرخ في 18 جوان 1966 المعدل بالامر رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

2- قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الامر 20/70 المؤرخ في 19 فيفري 1970 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08.

3- القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2005.

4- قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

5- قانون التوثيق 03/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق.

***القرارات والمجلات القضائية:**

*** القـــرارات:**

1- قرار المحكمة العليا رقم21422 المؤرخ في 1998/11/17 الصادرة عن غرفة الاحوال الشخصية.

2- قرار المحكمة العليا رقم 43889 المؤرخ في 1986/12/15 الصادر عن غرفة الاحوال الشخصية

3- قرار المحكمة العليا الصادر في 1993/10/16

***المجـلات القضائيـة:**

1- المجلة القضائية ، العدد الاول، 1995.

2- المجلة القضائية، عدد خاص 2001

الفهــرس

مقدمة.....أ

الفصل التمهيدي ماهية عقد الزواج.....01

المبحث الاول: مفهومالزواج.....01

المطلب الأول: تعريف الزواج.....01

المطلب الثاني: دليل مشروعية الزواج.....02

المبحث الثاني: مقاصد تشريع الزواج.....03

المطلب الأول: المقصد الاصلي للزواج.....03

المطلب الثاني: المقاصد التبعية للزواج.....03

الفصل الاول: الاحكام القانونية للزواج 09

المبحث الاول: مقدمات الزواج.....09

المطلب الاول: الخطبة.....09

الفرع الاول: تعريف الخطبة..... 09

الفرع الثاني: مشروعية الخطبة.....12

الفرع الثالث: شروط الخطبة.....12

الفرع الرابع: أثر الخطبة على الخطبة في صحة العقد.....15

الفرع الخامس: انقضاء الخطبة عن طريق العدول.....15

الفرع السادس: طبيعة الخطبة.....20

المطلب الثاني: الفاتحة.....23

الفرع الأول: تعريـف الفاتحـة.....24

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للفاتحة.....24

الفرع الثالث: العلاقة بين الخطبة والفاتحة.....25

الفرع الرابع: اقتران الخطبة بالفاتحة.....27

المبحث الثاني: الركن و الشروط الموضوعية و اثر تخلفها.....28

المطلب الاول: ركن الرضا واثر تخلفه.....29

الفرع الاول: ركن الرضا.....29

الفرع الثاني: اثر تخلف ركن الرضا.....34

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية و اثر تخلفها.....36

الفرع الاول: اهلية الزواج.....36

الفرع الثاني:الصداق.....41

الفرع الثالث:الولي.....51

الفرع الرابع: شرط الاشهاد في عقد الزواج.....56

الفرع الخامس: انعدام الموانع الشرعية للزواج.....61

المطلب الثالث: الشروط الشكلية وأثر تخلفها.....66

الفرع الأول: شروط الانعقاد وأثر تخلفها.....66

الفرع الثاني: شروط الصحة وأثر تخلفها.....68

الفرع الثالث: شروط اللزوم وأثر تخلفها.....70

الفرع الرابع: شروط النفاذ وأثر تخلفها.....72

الفصل الثاني: الأحكام الخاصة لانعقاد الزواج.....74

المبحث الاول: الأحكام الخاصة بزواج الأجانب والفئات الخاصة.....74

المطلب الاول: الأحكام الخاصة بزواج الأجانب.....74

الفرع الاول: حالة زواج الأجانب المقيمين في الجزائر.....74

الفرع الثاني: حالة زواج أجنبي مقيم في الجزائر والآخر غير مقيم.....75
المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بالفئات الخاصة.....75
الفرع الاول: موظفي الأمن الوطني.....75
الفرع الثاني: الجيش والدرك الوطني.....76
المبحث الثاني : الأحكام الخاصة بالفحص الطبي وتعدد الزوجات.....78
المطلب الاول: الأحكام الخاصة بالفحص الطبي.....78
الفرع الاول: تعريف الفحص الطبي.....78
الفرع الثاني: آثار الفحص الطبي قبل الزواج.....81
الفرع الثالث : طبيعة الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج وأثره القانوني.....83
المطلب الثاني: تعدد الزوجات.....84
الفرع الأول: تعريف تعدد الزوجات.....84
الفرع الثاني: شروط تعدد الزوجات.....85
المطلب الثالث: الاجراءات الادارية لإبرام عقد الزواج.....87
الفرع الاول: الإجراءات الخاصة لإبرام عقد الزواج.....87
الفرع الثاني: الإجراءات الواجب اتباعها لإبرام عقد الزواج.....91
الفرع الثالث: اثر تخلف الشروط الادارية.....92
الخاتمة.....93