جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التمييز بين الزواج ومقدماته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

من إعداد الطالب:

***عزوزي محمد التارزي**

تحت إشراف الدكتور:

***بشيري عبد الرحمان**

لجنة المناقشة:

***أ. بورزق أحمد..... رئيسا**

***د. بشيري عبد الرحمان.....مقررا**

***أ. مصطفى عيسى.....مناقشا**

الموسم الجامعي2014/2013

شكر وعرفان

- أشكر بداية المولى القدير لتوفيقي في إنجاز هذا العمل المتواضع فله الحمد أولا و آخرا.
- ثم أتقدم بالشكر إلى كل من:
  - الأستاذ المشرف بشري عبد الرحمان عل مجهوداته ونصائحه الثمينة.
  - زميلي عبد الكريم زرارقة لدوره الكبير في إنجاز هذا البحث.
  - كل أساتذتي طيلة مدة دراستي في جامعة الجلفة كلية الحقوق.
  - إلي الزميلة فتيحة على مساعدتها لي في انجاز البحث.
- شكر خاص إلى الوالد أطال الله في عمره لمساهمته الثمينة في إنجاز هذا البحث من بدايته لنهايته.

أهـدي هـذا العمـل إلـى:

- إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله.
- إلى أخوتي خليل،مصطفى،مهدي،مأمون،أبو القاسم،زين العابدين.
- إلى أخواتي زبيدة،فاطمة خدوج،زينب حفيظة،بسمة.
- إلى ابن عمي أيمن وابن خالي عزالدين اللذين كانا لي نعم السند في إنجاز هذا العمل.
- إلى الأصدقاء محمد شنافي،عباس خملول ،عبد القادر دربالي،محمد جباري،يحي ورنو غي.
- إلى زملاء الإقامة الجامعية:1000 سرير 03 صابر،فتحي،عبد الرحمن،وليد،ياسين،محمد، عيسى ،حسان،عبد القادر،ناصر إلى كل من كان معيي .

- وإهداء خاص إلى رمز البراءة:

ابنة عمي الكتكوتة فضيلة.

مقدمة

مقدمة :

قضت سنة الله في خلقه والفطرة التي جبل عليها الإنسان ،بضرورة إجتماع الذكر و الأنثى للتوالد والتناسل حتى يتحقق بقاء النوع البشري الذي جعله الله خليفة في الأرض لعمارتها واستثمارها إلى الأجل الذي قدره الله لبقائها.

ولما كان اجتماعهما وتناسلهما على أية صورة من الصور لا يليق بكرامة الإنسان الذي كرمه الله وفضله على كثير من مخلوقاته،وقد شرع الله نظام الزواج وجعله أساسا لاتصال الرجل بالمرأة جنسيا وذلك على سنة أنبيائه ورسله ،فقال عزوجل : ﴿ ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية ﴾.

وقال عزوجل أيضا في سورة الذاريـــــــات: ﴿ "ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلـــــكم تذكرون"﴾.

فالزواج سنة الله تعالى لسير سفينة الحياة حتى تظـــــــل المعمورة على حالها تتكاثر كيفما أرادت فنظم القرائن ووضع لها أصولا وقواعد حتى يحافظ على آدمية الإنسان، ويربي في نفسه الفضيلة والطهر والعفاف، فكلنا أبناء هذا العـــــقد والتناسل بغير ذلك يعني طريق المعصية ، والوجود بدونه وجود قلق يعوزه النسب الذي إليه ننتمي والأسرة التي بها نحتمي.

لأن له هذه الأهمية فلم يترك الشارع الحكيم أسسه بغير تنظيم ،وإنما نصت الآيات القرآنية عـــلى أحكام إنشائه وانقضائه بصورة تكاد تكون تامة.

فإبرام هذا العقد يمر عبر مراحل حتى يتوج في قالب نهائي ورسمي ،لينتج عنه آثار هـــذه المراحل اهتم بها الشارع الكريم وجعل لها ضوابط وشروط وآثار .

وإذا كان الزواج في بعض التشريعات مجرد ارتباط شخصي رضائي بين طرفين يستهدفان إقامة نظام حياة مادية مشتركة بقصد تبادل المساعدة والرعاية وانه في بعض التشريعات الأخرى لا يعتبر إلا مجرد عقد لتنظيم العلاقات الجنسية ضمن مراسيم وأشكال تنظيمية معينة.

فان عقد الزواج في المجتمعات العربية الإسلامية ومنها الجزائر،لا يجوز أبدا تصوره على انه عقد شركة مساهمة بين ذكر و أنثى من اجل استثمار طاقاتها الجنسية أو بقصد إشباع

رغبتها أو دوافعها الغريزية في إطار تنظيمي وإنما يجب تصوره على انه ميثاق شرعي غليظ ومعاهدة ذات أبعاد روحية دنية ودنيوية يتعهد فيها الزوج بإسعاد زوجته واحترام كرامتها ،وتتعهد الزوجة بموجبها بإسعاد زوجها ومساعدته وان يتعهد معا على التضامن والتعاون في تكوين أسرة منسجمة متوادة متراحمة تكون نواة لإقامة مجتمع متماسك ومتحاب .

ونظرا للأهمية التي تميز عقد الزواج عـن العقود الأخرى فقد جعل له الشارع مقدمات تتمثل في الخطبة هذه الأخيرة التي تعتبر أهـــم خطوة تسبق هذا العقد.

فالخطبة تمثل في مجتمعنا إجراءا أوليا وتمهيديا من الإجراءات التي يقوم بها الخاطب أو أسرته للاتصال بالمخطوبة أو أقاربها من اجل التعرف وتبادل الرضا والموافقة بين أسرة الخاطب وأسرة المخطوبة بشان المصاهرة والتزاوج وإقامة العلاقات الطيبة بينهما .

أما المشرع الجزائري فقد تطرق في نصوص قانون الأسرة إلى الخطبة مبرزا أهميتها من خلال تعريفها والآثار الناجمة عن العدول عنها ،وذلك يقينا منه باستحالة نشوء الزواج في حال فشلها .

كما أن المرحلتين السابقتين–الخطبة والزواج– قد تتخللهما خطوة أخرى تدخل فـــــي عـــــرف المجتمع الجزائري والتي تسمى بالفاتحة، هذه الأخيرة عبارة عن مجلس يحضره ممثلي الخطيبين أو أوليائهما وجمع من الأقارب والأصدقاء يشرف عنه احد رجال الدين "الطالب" لقراءة الفاتحة ومباركة الزواج والدعاء لهما ، هذا المصطلح "الفاتحة" الذي آثار اهتمام المشـــــرع الجزائري نظرا لما يثيره من لبس لدى عامة الناس خاصة العائلات التي لازالت متشبثة بالتقاليد والأعراف.

وتجدر الإشارة إلى أنه وبالرغم من الخلط الحاصل بين هذه المصطلحات واللبس القائم حولها، والأهمية التي يطرحها موضوع التمييز بينها إلا انه ومع الأسف لم يتم تناول هذا الموضـــوع من قبل حسب علمي، ولهذا أردت طرق الباب والتفصيل في هذا الموضوع.

-
- **أهمية البحث وأهدافه:**

- تكمن أهمية هذا البحث في كونه متعلق بكل بمجتمعنا كون هذه المراحل التي تطرقت إليها في بحثي لابد أن يمر عليها أي فرد يعيش وسط المجتمع من كلا الجنسين وكان لابد لي من التطرق لهذا الموضوع في محاولة مني لإبراز والتفريق بين المراحل التي تطرقت إليها في بحثي–الخطبة، الفاتحة،عقد الزواج الرسمي– وذلك من اجل تحقيق أهداف خلال هذا البحث وهي:
- ـ إزالة اللبس والغموض الذي يكتنف التشابه بين الخطبة والفاتحة والزواج.
- ـ ضبط المصطلحات والمفاهيم التي تتعلق بكل واحد منهما.
- ـ إبراز وجهة نظر الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري لكل من هذه المراحل.
- ـ التمييز بين هذه المراحل وإبراز خصائص ومميزات كل منها.
-
- **أسباب اختيار الموضوع:**
- ـ الرغبة في تناول الموضوع والإحاطة بمختلف جوانبه.
- ـ حساسية الموضوع وأهميته في المجتمع.
- ـ عدم التطرق إليه من قبل.
- ـ مدى اللبس والغموض الذي يكتنف الموضوع.
- ـ المساهمة في إثراء الدراسة البحثية لتخصص الأحوال الشخصية.

الإشكالية الرئيسية:

- * إلى أي مدى يمكن أن نميز بين الخطبة والفاتحة وعقد الزواج الرسمي في ظل الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري؟
-
- **الإشكاليات الفرعية:**
- ما هي مرجعية الفقه والقانون في الخطبة والفاتحة وعقد الزواج الرسمي؟
- ما هو وجه الاختلاف الشرعي والقانوني بين الخطبة والفاتحة وعقد الزواج الرسمي؟
-
- **صعوبات الدراسة:**

لكل دراسة صعوبات وعراقيل تمر بها ،فليس هناك بحث يمر أو دراسة تجري إلا وكانت هناك عراقيل وعقبات تعترضها.

ويمكنني القول إنني لم أصل إلى الإجابة على هذه التساؤلات التي صغتها سابقا في إشكالات إلا بعد جهد وعناء كبيرين نظرا للصعوبات التي واجهتها في ذلك والتي أذكر منها:

- قلة المعلومات عن هذا الموضوع

- قلة المراجع الجزائرية

- **المنهج المتبع:**
- لقد اتبعت في بحثي هذا المنهج المقارن وذلك لتبيان وجهة نظر الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري لهذا الموضوع وتسليط الضوء على مدى استنباط قانون الأسرة الجزائري لأحكامه من الشريعة الإسلامية،في أحكام الخطبة والزواج.

تقسيمات البحث:

بما أن الموضوع يشمل ثلاثة مراحل وهي الخطبة والفاتحة والزواج الرسمي ،هذه المراحل المذكورة ارتأيت في بحثي هذا إلى دراستها والتمييز بينها من الناحية الفقهية والناحية القانونية .

وللوصول إلى ما ذكرت فقد قسمت هذا البحث إلى فصلين.

فالفصل الأول تطرقت فيه إلي مرجعية الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في الخطبة والفاتحة وعقد الزواج الرسمي .

أما الفصل الثاني فقد تطرقت إلى الاختلاف الفقهي والقانوني للخطبة والفاتحة و عقد الزواج الرسمي.

الفصل الأول:

الخطبة والفاتحة وعقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تمهيد :

إن الإنسان بطبعه الاجتماعي، يعيش في وسط مكون من أفراد وأسر ،تتكاثر وتتناسل عن طريق الزواج ،ولو عدنا تاريخ بدء الخليقة الإنسانية، نجد أن الزواج هو اتصال الرجل بالمرأة اتصالا جنسيا، قد شرعه الله على لسان أنبيائه ورسله ،قال تعالى: "ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلناهم أزواجا وذرية "سورة التوبة ،لما كان لعقد الزواج أهمية كبيرة في الحياة واستقرارها لما يترتب عليه من أحكام النسب والميراث وتوثيق الصلاة ،إذ اعتبر الفقهاء عقد الزواج من العقود المستمرة غير المفيدة بزمان ،فليس المقصود منه مجرد الاستمتاع بل تكوين الأسرة والتوالد والتناسل ودوام العشرة بين الزوجين واشتراكهما وتعاونهما في الحياة وتربية الأولاد .

وليس عقد الزواج عقد تمليك لعين أو منفعة كالبيع والإيجار ،بل هو أسمى من ذلك واجل ،انه عهد وميثاق بين الزوجين يربط بينهما برباط المودة والرحمة مدى الحياة ويحكم العلاقة حتى يصيرا شخصا واحدا يدافع كل منهما عن الأخر ويتألم كل منهما بألم الأخر ، وقد ارشد إلى ذلك قوله تعالى :" هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ " سورة البقرة على أن حفظ النوع الإنساني لا يتحقق إلا بالزواج لأنه المنشئ للأسرة ، والأسرة هي الخلية الأولى لبناء المجتمع .

ولخطورة هذا العقد عني به الشارع الإسلامي في كافة مراحله بدءا من الخطبة ليكون كل طرف على دراية بالطرف الأخر ولإستوثاقه أكثر واستمراره مدى الحياة وصولا إلى الزواج ،هذا الأخير الذي قد يكون بالفاتحة (الزواج العرفي)أو أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق أو بكليهما ومن هنا فقد ارتأيت في هذا الفصل إلى التطرق في هذه المراحل حيث قسمت هذا الفصل إلى ثلاث مباحث:

- المبحث الأول :الخطبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

- المبحث الثاني :عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

- المبحث الثالث: الزواج العرفي في الجزائر

المبحث الأول : الخطبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

من المتعارف عليه في إبرام العقود،انه عادة ما تسبق هذه العقود خاصة منها المهمة، مقدمات ليتأكد العاقد من انه يحقق رغبته، فيقدم عليه – أي العقد– وإلا فيعرض عنه، لذلك وجب اخذ كامل الوقت والتريث قبل إبرام العقد ،خاصة العقود المهمة مثل الزواج.

وبما أن الزواج يعتبر من اخطر العقود ،لأنه عقد مرتبط بحياة كل طرف منهما – الزوج والزوجة–، فيه من المسؤوليات والالتزامات ما ليس في غيره، وتترتب عليه أثار عديدة زادت عناية الشارع به، فأقامه على أسس صحيحة ،وقواعد صلبة ،فجعل له مقدمة المتمثلة في الخطبة، ليكون المتزوج على بينة من الطرف الأخر، ويتحقق لهما بهذا العقد الراحة، والسعادة الزوجية.

المطلب الأول:ماهية الخطبة وشروطها

لتتجلى لنا صورة واضحة عن ماهية الخطبة وجب علينا أن نعرف الخطبة لغة واصطلاحا وقانونا ،كما أن للخطبة شروط لابد لنا من ذكرها وهذا ما سنتطرق إليه من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول:ماهية الخطبة

1/لغة:

الخطبة –بكسر الخاء– ،مصدر خطب، يقال:خطب فلان فلانة أي طلب الزواج منها[1].

يقول تعالى: وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّـهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَـٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّـهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّـهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴿ [2] .

[1] ابن منظور،لسان العرب ،–المجلد 2-الطبعة الأولى، دار صادر بيروت ،1990م،ص361.
[2] سورة البقرة ،الآية 234-235.

فالخطبة لـغـة، هـــي التمـــاس النكـــاح.[1]

2/اصطلاحا:

الخطبة بكسر الخاء، طلب النكاح، وبالضم معناه:ما يوعظ به من الكلام، كخطبة الجمعة، وفي الحديث (لا يخطبن أحدكم على خطـــبة أخـــيـــه)[2].

وتختص الخطبة بطلب المرأة للزواج .

ويميل اغلب المعاصرين، إلى التعريف الخطبة، بأنها طلب المرأة للزواج بها ،وهو تعريف له ما يقاربـه في كتب الفـقه الإسلامي .

فقد عرفها الجعفري: بأنها طلب الزوجة من نفسها، أو وليها ،وقد تكـون بالتعريـض أو التصريح.[3]

فالخطبة الصريحة ،هي طلب التزوج بامرأة ،وإظهار الرغبة في ذلك بطريقة مباشـرة.

أما الخطبة بالتعريض، فهي تلك التي يستعمل فيها الخاطب ،الجمل التي يفهم مـن عرضها بالقرائن[4].

وأباح القران الكريم (التعريض) في خطبة المعتدة دون التصريح، ومن صور التعريض، أن يقول :انك لجميلة ،أو صالحة أو نافقة ،أو يذكر الشخص مآثره أمامها.[5]

وعيب هذه التعريفات ،أنها تجعل الخطبة من جانب الرجل، ولعل هذا هو الشائـــع المعتاد ،لما عرف عن المرأة من حياء وتمنع، ولكن الشرع منح حق الخطبة لكل من الرجل والمرأة ،فكلاهما يمكن أن يكون خاطبا بنفسه ،أو بوليه أو وكيله.

وقد توكل المرأة من يخطب لـها، كما فعلت خديجة رضـي الله عنـها، فأرسلـت نفيسة إلى الرسول صلى الله عليه وسلم تخطبه لنفسها.

---

[1] عبد الفتاح تقية .مباحث في قانون الأسرة الجزائري – منشورات ثالة ، الجزائر ،1999- 2000 ،ص 36.

[2] .محمد علي الصابوني ، روائع البيان ، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة ،مكتبة الرحاب ،الجزائر العاصمة 1410هـ - 1990م،ص370.

[3] بدران أبو العينين بدران ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ،الزواج والطلاق ،دار النهضة العربية ،للطباعة والنشر ،بيروت،لبنان. ص 352.

[4] المرجع نفسه،352.

[5] محمد علي الصابوني ، روائع البيان، الجزء الأول، الطبعة الرابعة ،مكتبة الرحاب ،الجزائر العاصمة 1410هـ - 1990م ، ص 374.

كما يرى "الحطاب "الفقيه المالكي، في كتابه "مواهب الجليل"،حيث عرف الخطبة بأنه "استدعاء النكاح وما يجري من المشاورة" [1] .

3/قانونا:

عرف المشرع الجزائري، الخطبة في قانون الأسرة[2]، من خلال المادة 5 الفقرة 1 "الخطبة وعد بالزواج "، فالناظر للقانون يجده لا يخرج عن المعنى اللغوي أو الاصطلاحي للخطبة، باعتباره الخطوة الأولى للزواج، ولا يرقى إلى درجة العقد، ويمكن العدول عنه.

إذا الخطبة، لغة وعرفا وشرعا، شيء غير الزواج، فهي مقدمة له وتمهيد لحصوله.[3]

الفرع الثاني : شروط الخطبة

للخطبة شروط مستحسنة وأخرى واجبة أو لازمة ، فالشروط المستحسنة، يندب لمريد الزواج، مراعيتها وتحصيلها ،ولكنه إن أهملها ولم يحققها لا تؤثر في صحة الخطبة، ومن الشروط المستحسنة ،أن تكون المخطوبة من غير القريبات للخاطب، لأن التزوج بالقريبة ،غالبا ما يكون النسل فيها ضعيفا ،كما قد يكون فيه اثر سلبي على صحة الأولاد الجسمانية والعقلية، كما أن ذلك يقلل الشهوة،قال صلى الله عليه وسلم :"لا تنكحوا القرابة القريبة فان الولد يخلق ضاويا"رواه إبراهيم الحربي في غريب الحديث ،وقال :معناه تزوجوا الغرائب ،قال:ويقال ،اغربوا لا تضروا،أي اقصدوا الغرائب عند تزوجكم ،حتى لا تضعفوا[4] .

وكذلك أن تكون المخطوبة بكرا ولودا، وذلك لقوله عليه السلام،عن جابر بن عبد الله قال تزوجت امرأة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال أتزوجت يا جابر،فقلت: نعم،فقال:بكرا أم ثيبا،فقلت ثيبا،فقال:هلا تزوجت جارية تلاعبها وتلاعبك ،فقلت :يا رسول الله إن عبد الله مات ترك سبع بنات أو تسعا فجئت بمن يقوم عليهن ،قال:فدعا لي[5].

---

[1] محمد كمال الدين إمام ،الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ،–الطبعة الأولى –، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،بيروت ، 1996،ص39.

[2] قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

[3] يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة في شؤون المرأة والأسرة ، مكتبة رحاب للنشر والتوزيع، الجزائر سنة 1987 ص68.

[4] أبو حامد الغزالي،إحياء علوم الدين،الجزء الثاني ،دار المعرفة،بيروت،لبنان،1403هـ - 1983م،ص 41.

[5] الترمذي ،جامع الترمذي، باب النكاح،بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع،الرياض،السعودية،ص 194.

أما الشروط الواجبة شرعا، فهي تلك التي لابد من توافرها وتحققها ،ولا تصح الخطبة بدونها[1] وهي تتمثل في ثلاثة شروط أساسية :

1)أن يحل الزواج بها شرعا:

لان الخطبة وسيلة إلى الزواج ،وللوسيلة حكم الغاية ،فما أدى إلى الحرام حرام ،وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فكل امرأة يحرم نكاحها تحرم خطبتها، وعليه يشترط أن تكون خالية من الموانع المؤبدة والمؤقتة ،والموانع المؤبدة : كالنسب والمصاهرة والرضاع ....الخ والموانع المؤقتة: كالمشركة ،المتزوجة،المعتدة .....الخ

2)ألا تكون مخطوبة للغير:

من شروط الخطبة ألا تكون الفتاة مخطوبة للغير خطبة شرعية، لان في خطبتها اعتداء على الخاطب الأول وإيذاء له، زيادة على ما يترتب على حلها من الضغينة بين الخاطبين، وإيقاع العداوة بينهما، لقوله صلى الله عليه وسلم "لا يبيع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب "[2].

والنهي للتحريم والأخ ليس بقيد فتحرم الخطبة على خطبة الكافر ولما كانت علة النهي عن الخطبة على خطبة ترتب العداوة والبغضاء[3].

3)ألا تكون معتدة:

و المعتدة تحرم خطبتها، لأنه يحرم نكاحها حتى تخرج من عدتها، لقوله تعالى : ﴿..... وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... ﴾[4] وقوله تعالى:﴿ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾[5].

وبالتالي يحرم التصريح بخطبتها، ويباح التعريض والتلويح .[1]

---

[1] بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول(الزواج والطلاق)، طبعة2002،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،ص 46.

[2] الترمذي ،المرجع السابق،ص 201.

[3] أبي محمد عبد الله بن زيد عبد الرحمان القيرواني المالكي،الفواكه الدواني ،الجزء الثاني ،الطبعة الثالثة،ملتزم للطبع والنشر،مصر،1374 هـ - 1955م،ص21.

[4] سورة البقرة الآية (228).

[5] سورة البقرة الآية (235).

المطلب الثاني : مميزات الخطبة

بما إن الخطبة عبارة عن وعد،ولا ترتقي إلى مرتبة العقد،إلا أن لها مميزات وخصائص تميزها عن غيرها من الوعود ،ولكي يتضح لنا المطلوب – أي مميزات الخطبة– وجب لنا أن نتطرق إلى عنصرين وهما معايير الخطبة وحدود النظر المباح ،وهذا ما سنوضحه من خلال الفرعين التاليين.

الفرع 1:معايير الخطبة

حثت الشريعة الإسلامية ،على أن يكون اختيار الزوجة قائما على أساس الدين والخلق، يقول الرسول صلى الله عليه وسلم "تنكح المرأة لأربع :لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فأظفر بذات الدين تربت يداك "[2]،وقوله عليه السلام :"إياكم وخضراء الدمن "،وقوله أيضا :"ألا أخبركم بخير مايكنز المرء ؟ المرأة الصالحة إذا نظر إليها سرته ،وإذا غاب عنها حفظته، وإذا أمرها أطاعته "،فالإسلام يفضل الأخلاق والدين ،ومن الأفضل أن تكون المخطوبة مع جمالها متحلية بالأخلاق الحميدة، ومتقربة إلى الله بالطاعات[3] .

الفرع2:حدود النظر المباح

المعروف إن الإسلام لا يجيز للرجل أن ينظر من المرأة الأجنبية، إلى غير الوجه والكفين ،أما ما عداهما فلم يجزه، إذا لا تتعلق به ضرورة من ضرورات الآداب أو المعيشة ،فضلا عما فيه من إثارة ودواعي الفضول والفساد[4]، أما بالخصوص الخطبة، فينبغي للخاطب أن ينظر إلى مخطوبته في حدود الحشمة والآداب العامة، ودليل ذلك هو ما جاء به الشرع، وما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم أن يرى الخاطب مخطوبته، فقد جاءه احد المسلمين يقول:إني خطبت امرأة من الأنصار فقال :أنظرت إليها ؟ قال :لا، قال :انظر إليها فان في أعين الأنصار شيئا[5] .

---

[1] محمد بشير الشقفة ،فقه الأحوال الشخصية ،كتاب النكاح ،الجزء الثالث ،الطبعة الأولى،دار القلم ،دمشق ،1420 هـ - 2000م ،ص 37،38.
[2] الترمذي ،المرجع السابق،ص 193.
[3] بلحاج العربي ،المرجع السابق،ص45،46.
[4] عبد الحميد خزار ،فلسفة الزواج وبناء الأسرة في الإسلام ،الطبعة الأولى ، شركة الشهاب ، الجزائر ،1990،ص 55.
[5] يوسف القرضاوي،المرجع السابق،ص84.

وجاء المغيرة بن شعبة يستأذن النبي صلى الله عليه وسلم أو يخبره بأنه خطب امرأة، فقال: "أنظرت إليها ؟ قال:لا ،قال :انظر إليها ،فانه أحرى أن يؤدم بينكما"[1] .

أي يحصل بينكما الادام والائتلاف والوفاق، فالعين بريد القلب، ورسول العاطفة .....لابد أن تحدث رؤية قبل الزواج وهذا أمر من النبي صلى الله عليه وسلم[2] .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم ما معناه:إذا خطب أحدكم المرأة وأراد أن يتزوجها فلينظر بعض ما يدعوه إلى زواجها ،فمن هنا كان للخاطب أن يرى مخطوبته وينبغي لأهل الفتاة أن ييسروا له ذلك ،ولقد جاء عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه انه قال في امرأته بعد أن تزوجها:"لقد كنت أتخبأ لها تحت شجرة حتى رأيت منها ما دعاني إلى زواجها"[3].

فهذه الأحاديث وغيرها تبيح النظر ولكنها لم تحدد ما ينظر إليها منها ومن هنا جاء اختلاف الفقهاء في بيانه فذهب الجمهور منهم إلى أنه يباح له النظر إلى وجهها وكفيها معللين ذلك بأن هذا القدر كاف في التعرف لأن الوجه ينبأ عن جمالها وحالتها النفسية التي تنطبع على تقاسيمه كما ينبأ الكفان عن حال الجسم من خصوبة أو هزال وهذا ما ذهب إليه الفقه المالكي مستندين في ذلك إلى قوله تعالى: ﴿ ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾[4] وبعض الحنفية يزيد القدمين و الحنابلة يزيدون الرقبة والجعفرية يوافقون الجمهور[5].

وعلى هذا الأساس منع الفقه الإسلامي تعدد النظر إلى المخطوبة، ويستمع إلى حديثها بحضور محرم من محارمها لاستبعاد وقوع المعصية في حضوره، وليرقى مستوى الحوار بينهما لما يخدم هذا المشروع ،في حدود التي تتفق مع الآداب ولا تعارض مع روح الشريعة الإسلامية .

---

[1] الترمذي ،المرجع السابق،ص 193.
[2] يوسف القرضاوي،المرجع السابق،ص85.
[3] مرجع نفسه ،ص85.
[4] سورة النور، الآية،(31).
[5] محمد مصطفى شلبي ،أحكام الأسرة في الإسلام ،الطبعة الثانية ،دار النهضة العربية،بيروت، 1397هـ 1977 م ، ص 95.

المطلب الثالث :الطبيعة القانونية للخطبة وأثار العدول عنها

بما أن الخطبة تعتبر مقدمة من مقدمات عقد الزواج وجب لنا أن نحدد طبيعتها القانونية ،وأثار العدول عنها .

الفرع1:الطبيعة القانونية الخطبة

إن الخطبة تمثل إجراء أولي وتمهيديا للإجراءات التي يقوم بها الخاطب أو أقاربه، للاتصال المخطوبة أو أوليائها من أجل التعرف على العروس وعلى أسرتها من أجل تبادل الرضا والقبول بين أسرة الخاطب وأسرة المخطوبة بشأن المصاهرة والتزاوج وإقامة العلاقات الطيبة بينهما[1] فالخطبة في الشريعة الإسلامية والقانون: هي وعد بالزواج وليست عقد وإن تمت بإتفاق الطرفين وهي لا تبيح لهما أن يختلط اختلاط الأزواج ولا يترتب على ذلك حق ما لأحدهما نحو حتى لو ألبس الخاطب مخطوبته خاتم الخطبة وقرأ الفاتحة أو جزءا من الصداق أو كله أو قدم شيئا من الهدايا إلى مخطوبته أو إلى أهلها[2] .

الفرع 2:آثار العدول عن الخطبة:

إن العدول عن الخطبة يعني التراجع أحد الخاطبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الأخر، والتوقف تماما عن السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام عقد الزواج ،كما كان مخططا له في أول الأمر بعد إتمام الخطبة[3].

ولما كانت الرضائية في الخطبة وفي عقد الزواج تجعل العدول أمرا طبيعيا إذا رفض الطرفان أو أحدهما إتمام الزواج والقول بغير ذلك يجعل الخطبة عقدا ملزما ويجعل الزواج يتم بالإكراه وكلاهما لا يصح بإتفاق المذاهب الإسلامية.

فإذا عدل الخاطب عن خطيبته من غير سبب مقبول كان أثما ديانة أي عند الله ولا يعتبر العدول عن مجرد سببا لأية مطالبة قضائية [4].

---

[1] عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،الطبعة الثالثة ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ،1996،ص 83.

[2] بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 51.

[3] عبد العزيز سعد،المرجع نفسه ،ص85.

[4] محمد كمال الدين إمام ،المرجع السابق ص47.

إذا فسخت الخطبة بين الطرفين أو أحدهما وكان الخاطب قد دفع الصداق كله أو بعضه فله المطالبة باسترداده، فإن كان قائما وجب رده بعينه وإن كان هالكا أو تم استهلاكه يجب رد مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا ،وهذا باتفاق العلماء وذلك وجوب الصداق يكون بالعقد أو الدخول المواد14.15.16. ق.ا.ج[1] كان على أساس أن الصداق دفع لغرض معين وهو الزواج فوجب استرداده لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج وليس زواجا، أما ما قدمــه الخاطب من هدايا فالفقهاء متفقون بالجملة على رده وإن اختلفوا في التفاصيل.

فالمذهب الحنفي تأخذ الهدايا حكم الهبة وحكم الهبة أن الواهب له حق الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من موانع في الهبة .

أما الشافعية يذهبون إلى وجوب الرد مطلقا سواء كانت الهدية باقية أم هالكة ،شرط أن تكون الهدية لأجل التزوج.

أما المالكية فيذهبون إلى أنه إذا كان العدول من جانب الخاطب فلا يحق له أن يسترد شيئا من الهدية، سواء كانت مثلية أو قيمية وسواء كانت قائمة أو مستهلكة .

المادة 5 من ق.ا.ج[2]" لا يسترد الخاطب من مخطوبته شيئا مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته ".

وأن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته"[3].

وهذه الأحكام ترى في حالة عدم وجود شروط أو عرف مماثلا لذلك .

أما عن المشرع الجزائري فقد أخذ بالمذهب المالكي في المادة 5[4] المذكورة آنفا وقضت به كذلك المحكمة العليا في قراراتها الصادرة في هذا الخصوص.

---

[1] قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
[2] القانون نفسه.
[3] القانون نفسه.
[4] القانون نفسه.

المبحث الثاني:عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

لقد حاولت المجتمعات البشرية منذ القدم جعل الزواج في إطار محدد وذو صبغة موحدة تفرقه عن باقي العلاقات غير الشرعية الأخرى ، وجعلت من انعقاده مناسبة سارة يفرح لها الأهل و المقربون، وحرصت في ذلك على إتباع إجراءات معينة تعطي لهذا العقد الهيبة والقوة الدينية والقانونية وذلك من خلال تحديد شروط وإجراءات لإتمامه وهذا ما سنتطرق إليه.

المطلب الأول :مفهوم الزواج

من اجل التطرق لموضوع الزواج وجب علينا أن نسدل الستار عن مفهومه في اللغة والاصطلاح والقانون وذلك من اجل ضبط هذا المصطلح وإزالة اللبس والغموض الذي قد يكتنف هذا المصطلح.

الفرع1:لغة

للزواج في اللغة العربية معان عدة متقاربة ، فهو يأتي بمعنى الاقتران ، و الازدواج ، و الارتباط و الاختلاط ، فهو اقتران أحد الشيئين بالآخر و ارتباطهما بعد أن كان كل منهما منفصلاً عن الآخر ، يقول العرب : زوج الشيء بالشيء أي قرنه به ، و يقال تزوجه النوم أي خالطه ، و في القرآن الكريم يقول الله تعالى: ﴿ احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا و أَزْوَاجَهُمْ ﴾[1] ، أي و قرنائهم الذين كانوا يزينون لهم الظلم ، و منه قوله تعالى:﴿ كذلك وَ زَوَّجْنَاهُمْ بِحُوْرٍ عِيْنٍ﴾[2]، أي و قرناهم بحور عين ، و قد اشتهر معنى الزواج في اللغة باقتران الرجل بالمرأة[3] .

والنكاح في اللغة يعني الوطء والضم يقال: تناكحت الأشجار إذا تمايلت وانظم بعضها إلى بعض ،ويطلق على العقد مجازا لأنه سبب في الوطء[4].

---

[1] سورة الصافات،الآية،(22).
[2] سورة الدخان،الآية،(54).
[3] محمد كمال الدين إمام ،المرجع السابق،ص24.
[4] عبد الرحمان الجز يري،كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ،المجلد الرابع،قسم الأحوال الشخصية ،دار الفكر لبنان،بيروت، ص 1.

ويقال :نكح البذر الأرض ويقال نكح النعاس عينه أي دخل فيها ونكحت الحصى أخفاف الإبل أي دخلت فيها .[1]

وقد استعمل العرب لفظ الزواج في اقتران أحد الزوجين بالآخر وارتباط كل واحد بالأخر بعد أن كانا منفصلين ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ وَزَوَّجْنَاهُم بِحُورٍ عِينٍ ﴾[2] أي قرناهم بهن وقوله سبحانه : ﴿ وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ ﴾[3]، أي اقترنت بأبدانها أو بأعمالها[4] .

الفرع2: في اصطلاح الفقه :

المذهب الحنفي: عرف النكاح بأنه عقد يفيد ملك المتعة قصدا، ومعنى ملك المتعة اختصاص الرجل ببضع المرأة وسائر بدنها من حيث التلذذ ، فليس المراد بالملك الملك الحقيقي وبعضهم يقول :انه يفيد ملك الذات في حق الاستمتاع ، ومعناه أنه يفيد الاختصاص بالبضع يستمتع به ،وبعضهم يقول :أنه يفيد الانتفاع بالبضع وبسائر جزاء البدن بمعنى أن الزوج يختص بالاستمتاع دون سواه وكل هذه العبارات معناها واحد فالذي يقول:انه يملك الذات لا يريد الملك الحقيقي طبعا لان الحرة لا تملك وإنما يريد انه يملك الانتفاع وقولهم :قصدا خرج به ما يفيد تلك المتعة ضمنا كما إذا اشترى جارية فإن عقد شراءها يفيد حل وطئها ضمنا وهو ليس عقد نكاح كما لا يخفى .

المذهب الشافعي:عرفه بأنه عقد يتضمن ملك وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو معناهما والمراد انه يترتب عليه ملك الانتفاع باللذة المعروفة وعلى هذا يكون عقد تمليك . وبعضهم يقول: "انه يتضمن إباحة الوطء .....الخ" فهو عقد إباحة لا عقد تمليك ،وثمرة هذا الخلاف انه لو حلف انه لا يملك شيئا ولا نية له فانه لا يحنث إذا كان يملك الزوجة فقط على القول بأن العقد لا يفيد الملك أما على القول الأخر فانه يحنث والراجح عندهم انه عقد إباحة.

المذهب المالكي :عرفه بأنه عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقده حرمتها أن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على غير المشهور، ومعنى هذا أن النكاح عبارة عن عقد على متعة التلذذ المجردة.

---

[1] أبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني المالكي،المرجع السابق،ص 21.
[2] سورة الطور ، الآية (20).
[3] سورة التكوير ،الآية (7).
[4] عبد الفتاح تقية ، المرجع السابق ،ص 36.

وقد صرح المالكية أن عقد النكاح عقد تمليك انتفاع بالبضع وسائر بدن الزوجة .

المذهب الحنبلي: عرفه بأنه عقد بلفظ النكاح أو تزويج على منفعة الاستمتاع وهو يريد بالمنفعة الانتفاع كغيره لان المرأة التي وطئت بشبهة أو زنى كرها عنها لها مهر مثلها وهي تملكه إن كانت متزوجة لقوله عليه الصلاة والسلام : " فلها بما استحق من فرجها أي نال منها بالوطء " .[1]

كما انه عرف في كتاب منهاج المسلم لأبوبكر جابر الجزائري بأنه :النكاح أو الزواج عقد يحل لكل من الزوجين الاستمتاع بصاحبه[2].

وعرفه بعض العلماء :بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة ويفيد تعاونهما ويحدد لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات[3] .

الفرع3:في القانون :

و تنص المادة 04 ق.ا.ج "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه .

تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب "[4]

والمشرع في نص المادة 04 لم يقصر عقد الزواج على ذلك الملك أو تلك الحلية فقط بل ارتقى بالزواج إلى أسمى من ذلك فجعل له هدفا شخصيا لكل من الزوج والزوجة إلا وهو الإحصان الأسري وذلك يجعله قياسا على المودة والرحمة والتعاون بين أفراد الأسرة باعتبارهم من متطلبات عقد الزواج[5]، ومن هنا لم ليتعرض القانون لموضوع عقد الزواج (تعريفه. أثاره القانونية).

ولعل عذر القانون في هذا الإغفال هو الخشية من أن يظن أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة ،فعدل على ذلك إلى ذكر الغاية منه وهذا ما ذهبت إليه

---

[1] عبد الرحمان الجز يري ،المرجع السابق،ص2،3.
[2] أبو بكر جابر الجزائري،منهاج المسلم،الطبعة الرابعة ،دار البعث،الجزائر،1402هـ – 1981م ، ص430.
[3] محمود السر طاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ،القسم الأول ،عقد الزواج وأثاره ،الطبعة الثانية ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع . عمان ،الأردن،1416هـ-1996 م ص145.
[4] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 .
[5] عبد الفتاح تقية ، المرجع السابق ،ص 37.

التشريعات العائلة العربية المعاصرة ،المادة 1 من القانون السوري :"بأنه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا ،غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل " كذلك المادة 1 من المدونة الصادرة سنة 1957 من قانون المغربي.

المطلب الثاني:شروط وأركان عقد الزواج

ركن الشيء في الاصطلاح هو ما به قوام الشيء ولا تتحقق ماهيته إلا به لكونه جزءا منه كالركوع والسجود في الصلاة أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارج عن حقيقة ومثل ذلك الوضوء بالنسبة للصلاة فالركن إذن جزء من حقيقة الشيء، وإن كان يتوقف على وجود كل من الركن والشرط وجود الشيء شرعا بحيث تترتب عليه أحكامه[1]

الفرع 1:الأركان (الرضا)

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري[2] ركن الرضا وإنما اكتفى في الفقرة الأولى من المادة (10) بتحديد قسمي الرضا واللفظ بصفة عامة الذي يجوز به التعبير عن الإيجاب والقبول ،الأمر الذي يجعلنا نرجع في تعريفه إلى الفقه الإسلامي ، ومن بين التعريفات الواردة للرضا في الفقه الإسلامي نجد التعريف الذي أورده السيد سابق والذي جاء فيه:"بأنه توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال عن التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده ،وبأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا"[3].

-الإيجاب والقبول(الصيغة):

لما كان الأصل في عقود الرضا ولا يمكن الاطلاع عليه لأن محله القلب ،فقد اعتبر الشارع الإيجاب والقبول دليلا ظاهرا عليه وأما إذا عقد الزواج بالإكراه فسخ العقد وإن رضيت وتعتد المرأة من الماء الفاسد إن حصل دخول ويثبت النسب ويجب المهر وتثبت حرمة المصاهرة [4].

[1] عبد العزيز عامر ،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء"الزواج"،الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ،القاهرة،مصر، 1404هـ-1984 م، ص30.

[2] قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

[3] السيد سابق، فقه السنة، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي ،القاهرة،مصر،ص234.

[4] محمود السرطاوي ،المرجع السابق ،ص 43 .

والإيجاب هو ما صدر أولا من أحد العاقدين للدلالة على الرغبة في إنشاء العقد والقبول هو ما صدر من العاقد الثاني للدلالة على الموافقة على ما أوجبه الطرف الأول والرضا به ويصح الإيجاب بلفظ النكاح والتزويج بالاتفاق، لأن كل من هذين اللفظين صريح في دلالة على الرغبة في إنشاء العقد كما يصح الإيجاب بكل لفظ يدل عليه عند الأحناف والمالكية أما القبول فلا يشترط فيه لفظ مخصوص ويصح بكل ما يدل على الرضا والإيجاب .

أما صيغة الإيجاب والقبول فيشترط ورودهما بلفظ الماضي لدلالته على تمام الرغبة في إنشاء العقد في الحال من غير توقف على نية أو قرينة .

ويجيز الأحناف والمالكية التعبير عن الإيجاب والقبول بصيغة المضارع والأمر إذا وجدت القرائن الدالة على إنشاء العقد في الحال كان يكون المجلس مهيئا لعقد الزواج أو وجدت الدلائل على اتجاه نية العاقدين إلى إنشاء العقد وإنما أجاز الأحناف انعقاد الزواج بلفظ الأمر كان يقول طالب الزواج لولي الزوجة :زوجني ابنتك فيقول الأخر :قبلت بناء على أن قوله زوجني ابنتك يفيد توكيله في عقد الزواج عليها ولم يوافق المالكية على أن مثل هذه الصيغة تفيد التوكيل لان طالب الزواج ما قصد هذا وعندهم أن هذا اللفظ بهذه الصفة من الصيغ المفيدة لإنشاء الإيجاب والقبول في العرف فينعقد الزواج بها[1] .

ينص المشرع الجزائري في المادة 1/10 من ق.ا.ج[2] "يكون الرضا بإيجاب من احد الطرفين وقبول من الطرف الأخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة"[3]، فلا يشترط إذا في الإيجاب أن تصدر من جانب معين بل اللفظ الذي يقع أولا يكون ايجابيا والثاني يكون قبولا فإذا قال الرجل للمرأة :تزوجتك على صداق قدرة كذا فقالت المرأة : قبلت زواجك بما ذكرت من الصداق كان الرجل موجبا والمرأة قابلة .

[1] محمد احمد سراج و محمد كمال إمام ،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ،دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية،مصر، ،1999 ،ص 160.
[2] قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02المؤرخ في 27 فيفري 2005.
[3] من نفس القانون.

وعليه يشترط لصحة عقد الزواج رضا الطرفين بواسطة ألفاظ تفيد معنى النكاح لغة أو شرعا أو عرفا في مجلس واحد أما إذا تخلف ركن الإيجاب والقبول فان الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا لاختلال أحد أركانه الأساسية ذلك انه لا يوجد زواج بدون رضا سليم[1].

-حكم كون الألفاظ بلغة أعجمية:

إذا كان العاقدين أو أحدهما لا يفهم اللغة العربية فإن الفقهاء على اتفاق أن الزواج ينعقد بغير العربية هنا .

وإذا كانا يفهمان اللغة العربية و يستطيعان التلفظ بها، فإن الشافعي ذهب إلى عدم انعقاد العقد بغير اللغة العربية ،أما الأئمة الثلاثة فقد أجازوا ذلك لأن التكلم بغير اللغة العربية ليس محرما وقد تكون اللغة غير العربية هي لغة المتعاقدين .

-الانعقاد بالإشارة أو الكتابة :

إذا كان أحد العاقدين لا يستطيع ولا يعرف الكتابة فإن الإجماع على أن العقد يجوز بالنسبة له بالإشارة المفهمة لأن هذه الوسيلة هي أوضح طريق للتعبير عن مراده.

وإذا كان الذي لا يستطيع الكلام يعرف الكتابة، فقد اختلف في حكمه الرأي في المذهب الحنفي وذهب بعض الفقهاء ومنهم الجعفرية إلى أن إشارة الأخرس كافية لانعقاد العقد حتى ولو كان يحسن الكتابة .

-انعقاد الزواج بالمكاتبة وبالرسول:

إذا لم يكن الطرفان في مكان واحد فإن الزواج يمكن إن ينعقد بالكتابة لأن المشافهة متعذرة وصور ذلك أن يرسل إليها مثلا خطابا يقول فيه :"تزوجتك" فإذا بلغها هذا الخطاب وقرأته على الشاهدين وقبلت هي الزواج في هذا المجلس وأشهدت الشاهدين المذكورين على ذلك ،فإن عقد الزواج ينعقد والمجلس الذي حصل فيه القبول مع قراءة الرسالة على الشاهدين هو مجلس العقد، ويمكن أن ينعقد الزواج أيضا بالرسول، والذي قبل في الانعقاد بالمكاتبة يقال

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 65 .

هنا ومجلس العقد هو المجلس الذي يدلي فيه الرسول بالإيجاب وتدلي فيه المرأة بالقبول بحضور الشاهدين[1] .

الفرع2:الشروط

نصت المادة 9 مكرر من ق.ا.ج [2]على انه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

أهلية الزواج،الصداق،الولي،شاهدان،انعدام الموانع الشرعية، وسوف أتطرق إلى كل شرط على حدا.

1)الأهلية:

لم يحدد الفقهاء بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم الفترة الزمنية التي تأتي بعد مرحلتـــي الطفولة والتمييز وهي تظهر طبيعيا بعلامات توجد في الفتى كالاحتلام وفي الفتاة كالحيض[3] وتكتمل الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية ،وهي شروط متى توافرت في المسلم اكتملت له أهلية الأداء ولو باشر زواجه بنفسه أو بواسطة وكيله كان العقد صحيحا ونافذا.

فإذا كان العاقد فاقد الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون كان العقد باطلا لا ترد عليه إجازة أو تصحيح وإذا كان العاقد ناقص الأهلية كالصبي المميز يأخذ زواجه حكم العقد الموقوف، فلا تترتب عليه أثار الزوجية إلا إذا وافق من بيده الإجازة كالولي فان أجازه نفذ وإلا لم ينفذ[4].

اعتبر القانون الجزائري أن الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة ولقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن زواج الصغير ليس في مصلحته بل باطل ولا يترتب عليه اثر وهذا ما نصت عليه المادة 7[5] من الأمر رقم05-02 :"تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة " فبعد أن كانت أهلية الزواج 18سنة للرجل و15 سنة للمرأة في الأمـــر الصادر في 4 فيفري 1959 المادة 5 وكان 18 سنة للرجل و15 سنة للمرأة في المادة 7 القديمة تم التعديل الأخير في الأمر 05-02 في المادة 7 المادة منه.

---

[1] عبد العزيز عامر ، المرجع السابق ،ص 32-33.
[2] قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27فيفري 2005.
[3] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 61 .
[4] محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ،ص 77 .
[5] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 .

وقد ساير المشرع اعتبارات سن الرشد القانوني كما هي محددة في المادة 40 ق.ا.ج[1] ولكن أضاف المشرع في المادة 2/7 من التعديل أن " للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ".

2)الصداق:

هو الحق المالي الذي يجب على الرجل لامرأته للعقد بالعقد عليها أو الدخول بها ويسمى الصداق والنحلة ويسمى الأجر والفريضة والعقر ويجب المهر بالعقد بالزواج الصحيح أو الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد فإذا تم عقد الزواج صحيحا وجب المهر على الزوج بمجرد تمام العقد بحيث لو مات أحد الزوجين بعد العقد كان المهر حقا للزوجة أو لورثتها نص المشرع الجزائري على الصداق في المواد 17.16.15.14 من قانون الأسرة الجزائري[2].

–دليله الشرعي :

قوله تعالى: ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [3]وقوله كذلك :﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّـهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾[4].

وقد روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال:"التمس ولو خاتما من حديد"متفق عليه[5]،وهذا ما انعقد عليه إجماع المسلمين من عصر الرسول إلى يومنا هذا على وجوب المهر على الزوج لزوجته .

–ما يصلح أن يكون مهرا:

يجب أن يكون المهر مالا مقوما معلوما وكل منفعة تقابل بالمال تصلح أن تكون مهرا، وعلى هذا فالفضة والذهب سواء كانت من النقدي ناو كانا حليا أو سبيكة والعقار والعروض

---

[1] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 .
[2] القانون نفسه.
[3] سورة النساء الآية (4).
[4] سورة النساء الآية (24) .
[5] أبو بكر جابر الجزائري،المرجع السابق،ص 433.

والمكيلات والموزونات والحيوان وورق النقد، كل ذلك يصلح أن يكون مهرا متى كان معلوما[1] تنص المادة 14 ق.ا.ج[2] "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرهما من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء ".

فلا يصح أن يكون المهر حفنة من تراب أو حبة من أرز أو خمر أو خنزير كما لا يصح أن يكون جهالة فاحشة تؤدي إلى الشقاق والخصام كدابة لم يبين جنسها .

ينقسم المهر إلى مهر مسمى ومهر المثل .

-الأمور المؤكدة لوجوب كل المهر :

1-الدخول الحقيقي للزوجة

2-الدخول الحكمي (الخلوة الصحيحة بين الزوجين) وهي أن يجتمع الزوجان في مكان منفردين أمنين من اطلاع أحد عليهما بدون إذنهما كقوله تعالى: ﴿ فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا﴾[3]

وفي رأي الحنفية أن الإفضاء إليها معناه هو الاختلاء ويؤكد ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم :"من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب عليه الصداق" والخلفاء الراشدون من أغلق بابا أو أرخى ستار فقد وجب المهر ووجبت العدة، ورأي المالكية لا يأخذون بالخلوة القصيرة وإنما يعولون على ما يصاحبها من الوطء، ولا يحكمون بتأكيد المهر إلا إذا شهدت القرائن بالوطء.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 16 ق.ا.ج[4]:"تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج....."ولم يشر إلى الخلوة الصحيحة إلا في الاجتهاد .

-متى يجب للزوجة نصف المهر:

---

[1] عبد الفتاح تقية ، المرجع السابق، ص121.
[2] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 .
[3] سورة النساء الآية 19-21 .
[4] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 .

1)أن يكون العقد صحيحا

2)أن يكون المهر مسمى اسما صحيحا

3)أن تقع الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة عند الحنيفة

4)أن تكون الفرقة من قبل الزواج والدليل قوله : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾[1].

دلت الآية على أن الزوجة التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمي لها مهرا فالواجب عليه نصف المهر، كما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 16[2]: "....وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"

– متى يسقط كل المهر:

–إذا حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول حقيقة أو حكما بسبب من الزوجة .

– الإبراء من كل المهر قبل الدخول أو بعده إذا كان المهر دينا على الزوج .

3)الولي:

الولاية حق شرعي ينفذ بمقتضاه الأمر على الغير جبرا عنه وهي ولاية عامة وولاية خاصة والولاية الخاصة ولاية على النفس وولاية على العمل .

والولاية على النفس هي المقصودة هنا أي ولاية على النفس في الزواج.

والولي هو أبو الزوجة أو الوصي أو الأقرب من عصبتها أو ذوا الرأي من أهلها أو السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم :" لا نكاح إلا بولي "وقوله عمر رضي الله عنه :"لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذوي الرأي من أهلها أو السلطان"[3]

–شروط الولي:

[1] سورة البقرة الآية (237) .
[2] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 .
[3] عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق ص 16.

1)العقل:فلا ولاية لمجنون أو معتوه

2)البلوغ:فلا ولاية لصبي على غيره لأنه لا ولاية له على نفسه

3)الحرية:فلا ولاية لعبد لأنه لا ولاية له على نفسه

4)الإسلام:فلا ولاية لغير المسلم على المسلم ولا لمسلم على غير المسلم ،وذلك لأن الولاية في الزواج مبنية على التعصيب في الإرث ولا توارث مع اختلاف الدينين ،لكن هناك من الفقهاء من يجيز ذلك إذا كان الولي كتابيا وكانت موليته كذلك[1].

5) العدالة:لقوله صلى الله عليه وسلم :"لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل "[2]

أما عن الولي في قانون الأسرة الجزائري فقد نص عليه المشرع في المادة 11[3] والتي تنص :"تعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليها وهو أبوها أو احد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"

من خلال نص المادة نجد أن المشرع الجزائري أعطى الحرية للمرأة في إبرام عقد زواجهما مستندا في ذلك إلى المذهب الحنفي مما أدى إلى جدال عميق لدى الفقهاء والعامة وظهور مجموعة من الانتقادات أدت إلى فشل هذا التعديل وبقيت المادة 11مجرد حبر على ورق .

4)الشاهدان:

أوجبت الشريعة الإسلامية الشهادة في عقد الزواج بهدف إعلان الزواج وإثباته في وقت واحد وهذا هو رأي جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة.

فلا يصح زواج بغير حضور شاهدين لقول الرسول (ص) :"لا نكاح إلا بشهود" فإذا انعقد بدونهما كان العقد فاسدا عند الفقهاء الأحناف باطلا عند الجمهور، ووجب التفريق بين الزوجين أي أن عدم صحة العقد لعدم توافر شرط الشهادة يستوي من حيث الآثار المترتب عليه وهو البطلان مع عدم توافر أحد أركان[4].

---

[1] سليمان ولد خسال،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري،الطبعة الأولى،دار طليطلة،المحمدية،الجزائر،1432هـ – 2010م،ص59.
[2] محمود السرطاوي ، المرجع السابق ،ص74.
[3] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 .
[4] محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ،ص74.

ويشترط في الشهادة :

أ-أن تكون برجلين أو برجل وامرأتين وذلك لنص القران الكريم : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ ﴾[1] فلا تصح شهادة رجل واحد ولا شهادة رجل وامرأة واحدة ولا شهادة النساء وحدهن مهما كان العدد لأن شهادة النساء وحدهن لا تكفي إلا في أحوال مستثناة ليس عقد الزواج منها ولان الشهادة في هذا العقد للإعلان، والإعلان لا يتم على الوجه الصحيح بشهادة النساء وحدهن .

ب-كما يشترط فيها البلوغ والعقل والحرية ،وذلك لخطر هذا العقد فلا يناسبه أن تكون الشهادة عليه من الصغير أو المجنون ،ولان الشهادة من باب الولاية وهؤلاء لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى ألا تكون لهم ولاية على الغير .

ج-.ويشترط في الشهادة أيضا أن يسمع الشاهدين كلام العاقدين ويفهماه لان بغير ذلك لا يتحقق الإعلان المقصود من الشهادة وعلى ذلك فلا تصح شهادة الأصم ولا النائم وقت العقد ولا السكران الذي لا يعي ما يقال ،ولا يستطيع بعد إفاقته تذكر ما سمع وقت العقد.

د-ويشترط في شهود الزواج أيضا الإسلام وذلك في الزوجين المسلمين باتفاق أقوال الفقهاء ،لأن الشهادة من باب الولاية ولاية لغير المسلم على المسلم[2] .

5-انعدام الموانع الشرعية للزواج:

لقد شرع الإسلام نظاما للزواج فيه تكريم للمرأة والأسرة فحظر التزوج بأصناف من النساء حفظا لروابط لا ينبغي أن تعرض بالزواج إلى الفساد .

والمحرمات من النساء صنفان :المحرمات تحريما مؤبدا والمحرمات تحريما مؤقتا.

أولا :المحرمات تحريما مؤبدا :ويتمثل ذلك في الحالات التالية :

[1] سورة البقرة الآية 281 -282 .
[2] عبد العزيز عامر ،المرجع السابق،ص41 -42.

أ-المحرمات بالنسب وهن :الأم والجدة مطلقا ومهما علت والبنت وبنتها مهما نزلت وبنت الابن وبنتها مهما نزلت والأخت مطلقا وبناتها وبنات ابنها مهما نزلن والعمة مطلقا ومهما علت والخالة مطلقا ومهما علت وبنت الأخ مطلقا وبنت ابنته مهما نزلت وذلك لقول الله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ.... ﴾ [1]

ب-المحرمات بالمصاهرة وهن :زوجة الأب وزوجة الجد مهما علا لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾[2]وأم الزوجة وجدتها مهما علت وبنت الزوجة إن دخل بالأم وكذا بنت بنت الزوجة أو بنت ابنها وزوجة الابن أو ابن الابن لقول تعالى: ﴿....وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾[3].

ج-المحرمات بالرضاع وهن :جميع من حرمن بالنسب من الأمهات والبناة والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت لقوله صلى الله عليه وسلم "يحرم بالرضاع ما يحرم من النسب "[4]والرضاع المحرم ما كان دون الحولين وتحقق معه وصول لبن حقيقة إلى جوف الرضيع مما يعتبر إرضاعا.

ثانيا:المحرمات تحريما مؤقتا وهن:

1-أخت الزوجة إلى إن تطلق أختها وتنقضي عدتها أو تموت لقوله تعالى في سياق بيان المحرمات : ﴿..وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ... ﴾ [5].

2-عمة الزوجة أو خالتها فلا تنكح حتى تطلق بنت أخيها أو بنت أختها وتنقضي عدتها أو تتوفى لقول أبي هريرة رضي الله عنه :"نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم :أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها "متفق عليه[1].

---

[1] سورة النساء الآية (23).
[2] سورة النساء الآية(22).
[3] سورة النساء الآية (23).
[4] البخاري ،الجامع الصحيح ،باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت القديم ،الجزء الثاني،الطبعة الأولى ،دار البيان العربي ،الأزهر ،مع دار الوعي الجزائر،2005م.
[5] سورة النساء الآية (23).

3-المحصنة (أي المتزوجة)حتى تطلق أو تؤيم وتنقضي عدتها لقوله تعالى في سياق بيان المحرمات ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ... ﴾ [2].

4- المعتدة من طلاق أو وفاة حتى تنقضي عدتها ويحرم خطبتها كذلك ولا مانع من التعريض في غير المعتدة من طلاق رجعي كقوله :"إني فيك لا راغب "وذلك لقوله سبحانه وتعالى: ﴿....لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ..... ﴾ [3].

5-المطلقة ثلاث حتى تنكح زوجا أخر وتفارقه بطلاق أو موت وتنقضي عدتها لقوله تعالى: ﴿ ... إِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ.... ﴾ [4] .

6-الزانية حتى تتوب من الزنا ويعلم ذلك منها يقينا وتنقضي عدتها منه لقوله تعالى :﴿.. الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ ﴾[5] .

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "الزاني المجلود لا ينكح إلا مثله "[6]رواه احمد وأبو داود وقال الحافظ رجاله ثقات.

المطلب الثالث:الشكلية في الزواج

إن الشكلية أو الرسمية في الزواج يعد أكثر من أهمية ، ففضلا عن أنها سند توثيقي تخرج الزواج من واقعيته المادية فإنها تشكل وسيلة لإثبات الرابطة الزوجية ، و الشكلية هنا يفرضها القانون لإثبات لا للانعقاد .

وعليه فهذا العقد بحاجة إلى إتباع إجراءات إدارية و تنظيمية و إلى إثباته على النحو التالي:

أولا:إجراءات الزواج الإدارية و التنظيمية

---

[1] أبو بكر جابر الجزائري ،المرجع السابق،ص446.
[2] سورة النساء الآية (24).
[3] سورة البقرة ،الآية،(235).
[4] سورة البقرة ،الآية،(230).
[5] سورة النور،الآية،(03).
[6] أبو بكر جابر الجزائري،المرجع السابق،ص 447.

1_ الموظف المختص بإشهار عقد الزواج

ينص القانون على أن الشخص مكلف بإبرام عقد الزواج هو إما ضابط الحالة المدنية و إما الموثق ، و هذا ما قررته المادة 18 من الأمر 05/ 02 مع مراعاة المادة 9 و مكرر 9 من ذات الأمر .

كما نصت المادة 71 من قانون الحالة المدنية[1] بأن هذا الضابط أو هذا الموثق أو هذا المختص بتحرير عقد الزواج هو إما ذلك الذي يوجد بدائرة اختصاص موطن الزوجين ، أو أحدهما ، و إما ذلك الذي يوجد بدائرة اختصاصه مقر إقامة أحد الزوجين باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج [2].

أما إذا انعقد الزواج خارج الجزائر أي في بلد أجنبي فان المواد : 76 ، 96 ، 104 من قانون الحالة المدنية[3] تنص على أن هذا العقد إنما يحرره الموظفون الدبلوماسيون أو القنصليين أو السلطة المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية [4].

2_ الوثائق المطلوبة لإثبات العقد[5]

أ_ شهادة الميلاد الأصلية لكل من الزوج و الزوجة ، فان تعذر ذلك فبطاقة التعريف الوطني أو الدفتر العائلي للأبوين ، و بإمكان الزوج تقديم الدفتر العسكري هذا ما نصت عليه المادة 74 من قانون الحالة المدنية .

ب_ شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية ، و هذا للتأكد فقط ، فإذا كان الموثق أو ضابط الحالة المدنية يعرف إقامة الشخصين فلا داعي لهذه الوثيقة وهذا حسب المادة 75 من القانون السالف الذكر .

ج_ شهادة الإعفاء من السن الذي نصت عليه المادة 07 من الأمر 02/05 .

---

[1] قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم 70-20 بتاريخ 1970/02/19.
[2] عبد العزيز سعد،نظام الحالة المدنية في الجزائر،الطبعة الثانية،دار هومة للطباعة والنشر،ص157.
[3] قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم 70-20 بتاريخ 1970/02/19
[4] بلحاج العربي ،المرجع السابق،ص135.
[5] بلحاج العربي،المرجع السابق،ص134- 135.

د_ رخصة الزواج التي ينص عليها القانون العسكري أو الجيش أو الأمن الوطني رجال الدرك أو الأمن الوطني على كل من ينتمي إلى رجال الدرك أو الأمن العسكري أو الجيش أو الأمن الوطني بالنسبة للزوج أو الزوجة .

هـ_ تقديم نسخة من عقد الزواج السابق _ للمرأة التي سبق لها الزواج – أو نسخة من حكم الطلاق الذي صار نهائيا ، و هذا ما أشارت إليه المادة 75 من قانون الحالة المدنية [1].

هذا و تجدر الإشارة أن التعديل الجديد في الأمر 02/05 قد ألغى صراحة المادة 20 من القانون رقم 11/84 المتعلقة بالوكالة ، و بتالي فوكالة المكتوبة الرسمية لم تعد مقبولة لإبرام عقد الزواج من أي طرف كان ، و مهما كانت الأعذار .

3_ بيانات عقد الزواج

لقد حدد قانون الأسرة لاسيما المعدل منه بعض البيانات أو العناصر التي يجب أن تتضمنها وثيقة عقد الزواج ، وترك و البعض الآخر إلى قانون الحالة المدنية ولاسيما منه المادة 73 وهي على التفصيل كما يلي :

أ_ وجوب ذكر لقب واسم و تاريخ ومكان ولادة كل واحد من الزوجين ومهنتهما و توقيعهما .

ب_ وجوب ذكر لقب واسم وتاريخ ومكان ولادة كل واحد من أبوي الزوجين .

ج_ وجوب الإشارة إلى لقب واسم وتاريخ ومكان ولادة ولي المرأة من توقيعه.

د_ وجوب الإشارة إلى اسم وتاريخ ومكان ولادة كل من الشاهدين مع توقيعهما .

وهذه العناصر الأربعة نصت عليها المادة 73 من القانون الحالة المدنية[2] .

هـ_ وجوب الإشارة إلى الترخيص بالزواج أو الإعفاء من سن الزواج عند الاقتضاء ، وقد نصت على الأولى المادة 23 من المرسوم رقم 83_481 الصادر في 1983/08/13 و أما الثانية فنصت عليه المادة 7 من الأمر 02/05 .

[1] قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم 70-20 بتاريخ 1970/02/19.
[2] عبد العزيز سعد،نظام الحالة المدنية في الجزائر،المرجع السابق،ص162.

و_ الإشارة إلى الشروط التي يشترطها أحدهما بمناسبة العقد كما نصت عليه المادة 19 من الأمر 02/05.

ز_ وجوب الإشارة إلى الصداق الزوجان أو يشترطها أحدهما بمناسبة العقد كما نصت عليه المادة 15 من الأمر 02/05 لكن مع الأسف فان ضابط الحالة المدنية لا يكتبه في السجل باعتبار أن هذا الأخير قد وضعت نماذجه قبل التشريع لقانون الأسرة وبتالي لا توجد خانة في ذلك لكتابته .

4_ إجراءات تسجيل عقد الزواج

يقوم الموثق بتسجيل العقد في سجلاته بعد أن يتأكد من صحة تطبيق المادة 9 و 9 مكرر من الأمر 05/02[1] ، و يسلم للزوجين نسخة للإثبات ، ثم يقوم بعد ذلك بإرسال ملخص إلى ضابط الحالة المدنية في أجل أقصاه ثلاثة أيام لتسجيله بسجلات الحالة المدنية ، وفي خلال مدة خمسة أيام الموالية لوصول الملخص ، يسجل العقد في سجل الحالة المدنية ، ويسلم للزوجين دفترا عائليا، ويكتب بيانات الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين ، وهذا ما نصت عليه المادة 2/72 من قانون الحالة المدنية .

أما المادة 1/72 من قانون الحالة المدنية فإنها تنص على أن ضابط الحالة المدنية إذا ما قام بإبرام عقد الزواج في البلدية المختصة محليا فانه يسجل عقد الزواج في سجلاته حال إتمامه ويسلم إلى الزوجين دفترهما العائلي مثبتا للزواج[2] .

5_ مسؤولية الموظف

إن مسؤولية الموظف المختص تحكمها النصوص القانونية ولقد نصت المادة 46 من قانون الحالة المدنية على إن العقد يكون باطلا إذا كان تسجيله مزورا ، أو وقع تسجيله في غير المدة القانونية المسموح بها حتى و لو كانت البيانات المتوفرة في العقد ذاته صحيحة شكلا .

كما أن هذا الموظف المختص يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 2/441 من قانون العقوبات ، وإذا لم يطبق الإجراءات المقررة فانه يعاقب بغرامة لا يمكن أن تتجاوز

---

[1] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02المؤرخ في 27 فيفري 2005.
[2] عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق،ص 166.

200 دج بموجب حكم صادر عن المحكمة المختصة بالفصل في المسائل المادية كما نصت عليه المادة 77 من قانون الحالة المدنية[1] .

ثانيا : إثبات عقد الزواج

نص المشرع الجزائري في المادتين 18 و 22 من الأمر 02/05[2] بأن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، بعد أن يسجل أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا .

كما أن المشرع نص صراحة في المادة 21 من القانون رقم 84-11 بأن أحكام قانون الحالة المدنية تطبق في إجراءات تسجيل عقد الزواج ، وعليه فلا يمكن إثبات عقد الزواج أو الرابطة الزوجية إلا بعقد مدني هو عقد الزواج وهو عبارة عن سند توثيقي كما أوضحته المواد 21 من القانون رقم 11/84 و 71-77 من قانون الحالة المدنية[3].

[1] عبد العزيز سعد ،المرجع نفسه،ص175– 176.
[2] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02المؤرخ في 27 فيفري 2005.
[3] قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم 20/70 المؤرخ في 20/19-1970.

المبحث الثالث :الزواج العرفي في الجزائر

يعتبر الزواج العرفي من أهم المواضيع التي شغلت المشرع الجزائري والفقهاء القانونيين ،لما يترتب عن هذا الزواج من أثار على المجتمع ،خاصة أن هذا الزواج تبلورت أثاره بعد الاستقلال ،إذا وجد المشرع الجزائري نفسه مجبرا على إصدار قوانين للحد من هذا الزواج .

المطلب الأول: الزواج بالفاتحة

للتطرق في هذا الموضوع علينا أولا أن نعرف الزواج بالفاتحة.

تعريف الفاتحة:

فاتحة الشيء:أوله. افتتاح الصلاة :التكبيرة الأولى .وفواتح القران أوائل السور . وأم الكتاب يقال لها :فاتحة القران [1].

أما في المشرق العربي فالفاتحة هي تلك السورة القرآنية التي تقرا للتبرك ،أما في بلادنا فقد تعود الناس على إجراء عقود الزواج وتعارفوا منذ القيم على إضفاء الصبغة الدينية عليها وعلى إبرامها بحضور جماعة من المسلمين من أقرباء وأصدقاء العروسين ومن أعيان وكبار الجماعة تحت رعاية احد من رجال الدين من حفظة القران الكريم يسمونه "الطالب" وبعد أن يتم العرض والقبول من أولياء العروسين أو ممثليهما، ويتم الاتفاق على مقدار الصداق ونوعه يقرا الطالب الفاتحة ويدعو للزوجين بالرفاهية والبنين ويسمى مثل هذا الزواج (الزواج بالفاتحة)[2] وهو عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالأخر على الوجه المشروع.

يتضح لنا من التعريف السابق للزواج إننا لم نجد هناك فرق بين الزواج الرسمي والزواج العرفي وخاصة من النواحي الشرعية، وذلك لان الزواج عقد رضائي وليس من العقود الشكلية التي تستلزم التوثيق لشرعيتها أو لصحتها أو لنفاذها وان القانون لم يشترط لصحة الزواج سوى الإشهار ولم يستلزم التوثيق إلا لإثبات وحفظ حقوق الأولاد والزوجة[3] .

---

[1] ابن منظور،المرجع السابق،ص539.
[2] عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق ،ص 20.
[3] هلال يوسف إبراهيم ، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين ،،مؤسسة ديوان المطبوعات الجامعية. 1999 م.

وتجدر الإشارة أن الزواج بالفاتحة له نفس أركان وشروط عقد الزواج عدا الشروط الشكلية (الرسمية)السابق ذكرها[1] .

وجاء نص المشرع الجزائري على الفاتحة من خلال المادة 6[2] فقط من قانون الأسرة الجزائري

ونص المادة هو:" إن اقتران الخطبة بالفاتحة لا يعد زواجا.

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9مكرر من هذا القانون".

المطلب الثاني: أثار الزواج بالفاتحة

يشكل الزواج العرفي إحدى المعضلات المطروحة في البلدان العربية، ورغم انه زواجا شرعيا إلا انه من الناحية العملية يطرح إشكاليات متعددة وتظل المرأة والأبناء يدفعون تبعاته خاصة عندما لا يتم إبرامه رسميا لدى السلطة المؤهلة قانونا كعقد زواج رسمي يسمح للزوجة والأبناء بالمحافظة على كيانهم المستقل عند الخطر وتحديدا عند الطلاق .

إن غياب هذا العقد الرسمي يجعل الزوجة في حيرة من الأمر لإثبات الزواج العرفي خاصة إثبات نسب الأبناء لوالدهما أمام القضاء المختص ،وتزداد الأمور تعقيدا عند إنكار الرجل لهذا الزواج وإنكار نسبة الأبناء إليه من الأساس أو في حالة وفاته أو مغادرته للوطن هروبا من المواجهة والتملص من مسؤولياته وسلطته الأبوية .

ولقد طرحت هذه الإشكالية أمام المجتمع الجزائري منذ الاستقلال إلى أن صدر قانون الأسرة في 1984/6/9 تحت رقم 11048 والذي ينص المادة 18:"بان يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 9 من هذا القانون ".

ولقد عدلت المادة بأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005[3] لقولها :"يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من

---

[1] انظر المطلب الثالث ، الشكلية في الزواج ،ص29.
[2] قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
[3] قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

هذا القانون " وهي المادة التي تشترط في إبرام عقد الزواج رضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين والصداق بيد أن نظرا لغلاء المعيشة واستحالة توفير السكن بالنسبة لأغلبية المقبلين على الزواج فقد اعتادت العائلات الجزائرية على إجراء مراسيم الخطوبة وقراءة الفاتحة وتأجيل إبرام عقود الزواج والزفاف إلى وقت لاحق تبعا لظروف كل طرف باستثناء من يملك الإمكانيات اللازمة .

إلا أن بعض الشباب استغل هذه الوضعية وتحت حجة أن المرأة زوجته شرعا للتغرير بالعديد من الشابات بل والإتيان بأفعال لاتمت بالدين بأي صلة ،ومن ثم وقعن الكثيرات في الخطيئة وما يترتب عنها من ماسي لأهالي الشابات عندما يقع الحمل وبعيدا عن رقابة الأهل وتزداد المتاعب وتزداد المتاعب عندما ينكر الرجل مسؤوليته في الفعل ويتهرب من الحضور للمحكمة للإقرار بالأبوة أو لا يظهر له اثر مما يجعل المرأة دائما ضحية تلاعب بعض الرجال الذين لا ضمير لهم ،ويجعل من إحضار أدلة الإثبات من الصعوبة بمكان .

ومن هنا فلقد تزايدت الشكاوى في المحاكم الجزائرية في مثل هذه القضايا التي دائما ضحيتها المرأة وأولادها ،ووصلت إلى الأئمة ووزارة الشؤون الدينية التي اضطرت إلى إصدار التعليمة تحت رقم 60 المؤرخة في 2000/4/12 أرسلت إلى كل المديريات التابعة لوصايتها ولقد حثت فيها الجميع بعد عرض أسباب إلزام أولياء المتزوجين قبل قراءة الفاتحة تقديم عقد الزواج الرسمي المسجل لدى مصالح سجلات الحالة المدنية .

إلا أن تأخر التطبيقات التعليمات في الولايات أكدوا بأنه يعود إلى حساسية الموضوع والرهبة من ردود فعل المواطنين ولذلك يتم التركيز حاليا على التوعية عبر الدعاية الإعلامية في وسائل الإعلام والمساجد لأهمية محتوى التعليمات الوزارية التي جاءت للمحافظة على المرأة والأسرة الجزائرية وتماسكها. إلا انه وفي المقابل فان للزواج بالفاتحة أو الزواج العرفي ايجابية في كونه تظهر فيه الصيغة الإيجاب والقبول.

المطلب الثالث: كيفية تسجيل الزواج العرفي (الإثبات)

يمكن القول مبدئيا بأن الزواج العرفي هو زواج يتوافر على جميع أركانه وشروطه الشرعية والقانونية ,غير أنه لم يتم شهره وتسجيله بسجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانونا ، وهي في القانون الجزائري ثلاثة أيام تبدأ من تاريخ انعقاد العقد عندما يبرم الزواج داخل التراب الوطني، و مدة سنة عندما يبرم الزواج بين الجزائريين مقيمين في بلاد أجنبي.

هذه بعض الآثار التي تنتج عن الزواج العرفي الذي يغفل فيه التسجيل في سجلات الحالة المدنية ، وهذا الإجراء على بساطته يمكنه أن يغني الأفراد عن اللجوء إلى إجراءات أخرى أكثر تعقيدا من أجل تسجيل زواجهم خاصة عندما يتعرضون إلى مشكلة ما سببها تقديم نسخة من شهادة عقد الزواج ، ولهذا فإنهم يلجئون إلى إثباته وتسجيله.

. إثبات الزواج العرفي و إجراءات تسجيله:

1- إثبات الزواج العرفي :

وسنرى فيما يلي كل دليل من الأدلة:.

أ. الإقـــــرار

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

ب. الشـــــهادة

وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب، وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة، فانصرف لفظ " البينة" إلى الشهادة دون غيرها..

ج. النكول عن اليمين

اليمين بوجه عام هو قول يتخذ فيه الحالف الله شاهدا على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد و يستنزل عقابه إذا ما حنث وهي عمل مدني وديني في نفس الوقت..

أما النكول عن أدائها فهو رفض من وجهت إليه اليمين حلفها ، فإذا نكل عنها خسر دعواه، وهو ما نصت عليه المادة 247 ق.م.ج : " كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها ... خسر دعواه".

إن حجية اليمين في القواعد العامة للإثبات كالإقرار قاصرة على الحالف وورثته بصفتهم خلفا عاما له سواء كان ذلك عند الحلف أو عند النكول ولا تتعدى إلى الغير لذلك فإن

موقف القضاء حيال اليمين هو عدم اعتبارها وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي .

2- تسجيل الزواج العرفي:

والتسجيل يقتضي إتباع إجراءات خاصة، لكن قد يكون الزواج العرفي المراد تسجيله متنازع فيه، و بالتالي نتطرق إلى تسجيل الزواج العرفي غير التنازع فيه، ثم تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه.

أ- حالة تسجيل زواج دون نزاع:

ففي هذه الحالة إذا وقع الزواج العرفي دون نزاع في التراب الوطني وتم الدخول بالزوجة قبل تسجيل العقد في الحالة المدنية للبلدية فان إجراءات تسجيل هذا العقد تقتضي :

- تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا أو من له مصلحة في ذلك إلى وكيل الجمهورية للجهة التي ابرم فيها العقد .

- تقديم شهادة ميلاد الزوج وشهادة ميلاد الزوجة .

- إحضار شاهدين بالغين عاقلين ممن حضر مجلس العقد أو حول الزواج ، تحدد شهادتهما في محضر رسمي.

ويقدم ملف للسيد وكيل الجمهورية بإعداد عريضة لرئيس المحكمة أو القاضي المكلف بالحالة المدنية يلتمس استصدار أمر بتسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية بأثر رجعي ويفصل القاضي في الملف بأمر على العريضة يأمر فيها تسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية إذا ثبت صحة الزواج وتوفرت شروطه .

- تحفظ النسخة الأصلية للأمر في كتابة ضبط المحكمة ويقوم كاتب الضبط بإرسال نسخة من الأمر إلى ضابط الحالة المدنية التي ابرم في إقليمها العقد ليسجل الزواج بتاريخ انعقاده في سجلات الحالة المدنية وهنا هو أمر غير قابل للطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف ولكنه قابل للمراجعة فيه أمام نفس القاضي إذا وقع فيه خطا ويمكن تصحيح الخطأ وقابل للطعن فيه أمام نفس القاضي إذا تعلق الأمر بزواج دون نزاع تم خارج التراب الوطني ولكن

الاختصاص هنا يقول أن وكيل الجمهورية لمحكمة الجزائر العاصمة طبقا للمادتين 100و101[1] للجزائريين المقيمين في الخارج وتصحح على مستوى مكتب الحالة المدنية بوزارة الشؤون الخارجية الموجودة في الجزائر العاصمة .

ب ـ حالة تسجيل زواج به نزاع :

وهي الحالة التي يدعي فيها احد الزوجين انه عقد قران مع الزوج الأخر عرفيا وعادة ما تكون الزوجة ، وينكر الزوج رابطة الزواج أو يقع نزاع بشان وجوده أو صحته سواء بين الزوجين أثناء حياتهما أو بين احدهما وورثة الزوج الأخر أو بين ورثتهما ما بعد وفاتهما وهنا يجب لتسجيله وجود حكم وبذلك يجب رفع دعوى بقسم الأحوال الشخصية من الزوجة ضد الزوج بحضور السيد وكيل الجمهورية وهنا إما أن يصدر أمر بصحة الزواج أو يرفضه وفي كلتا الحالتين هو حكم ابتدائي قابل للمعارضة إذا كان غيابيا والاستئناف إذا كان حضوريا وإذا صار نهائيا يتم التبليغ بالحكم بواسطة محضر قضائي وبذلك فالقاضي ينظر في مدى توفر أركان والشروط المذكورة في المادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري[2] .

ومن هنا فانه إن حصل الدخول بالزوجة فإننا نكون أمام واقعة مادية يجب أن يصدر بناء عليها حكم المحكمة المختصة يعتبر تلك الواقعة زواجا إذا توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 9و9مكرر ق.ا.ج فإذا انتفت كانت جريمة خضعت لنصوص قانون العقوبات كوقائع جرائم الزنا ووجب على المحكمة القضاء ببطلان هذا الزواج مع ترتيب الآثار اللازمة[3].

[1] قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم 20/70 المؤرخ في 1970/02/19.
[2] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري2005..
[3] بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص 138-139.

ويمكنني أن أشير في الأخير إلى أنني ذكرت كل من الشروط وأركان عقد الزواج وطبيعة الخطبة وفصلت في هذه الأمور لما لها دور في تجلية حقيقة هذه المصطلحات والتي تتعلق ببحثي ورفع اللبس والغموض عنها من خلال توضيح كل من المفاهيم (لغة واصطلاحا وقانونا) والطبيعة والآثار ومحاولة التفريق بينهما حيث ينبغي للقارئ أو المتطلع لموضوع التمييز لمعرفة كل ما يتعلق بموضوع الخطبة، وكل ما يتعلق بموضوع الزواج ونفس الشيء بالنسبة للفاتحة لهذا ارتأيت أن أدخل في هذا الفصل كل النقاط المهمة أو بالأحرى التي رأيت أنها تفيد بحثي .

الفصل الثاني:

الاختلاف الفقهي والقانوني بين الخطبة والفاتحة وعقد الزواج

تمهيد :

الفاتحة، الخطبة، وعقد الزواج كلها ألفاظ ومصطلحات قريبة وقد تتشابه في بعض الأحيان إلى حد يصل إلى الخلط بينهما ،إلا أن الاختلاف والفارق بين هذه المدلولات أو المصطلحات كبير وجوهري باختلاف طبيعة كل مصطلح عن الأخر، والآثار الناجمة والمترتبة عن كل واحدة منها فمصطلح الفاتحة يختلف معناها من مكان إلى أخر باختلاف الأعراف ففي المشرق العربي وخصوصا في مصر تقرأ الفاتحة أثناء الخطبة أو– كتب الكتاب – وقراءتها تكون للتبرك فقط بينما عندنا في الجزائر لها مفهوم أخر يرتبط بعقد الزواج وبخصوص هذه النقطة يطرح التساؤل حول القيمة الإضافية للتعديلات الجديدة ، يخص تجلية هذا اللبس والغموض الحاصل في هذا الموضوع وهذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا الفصل حيث قسمته إلى ثلاث مباحث :

- المبحث الأول: التمييز بين الخطبة والفاتحة

- المبحث الثاني:التمييز بين الفاتحة وعقد الزواج

- المبحث الثالث: التمييز بين الخطبة وعقد الزواج

المبحث الأول: التمييز بين الخطبة والفاتحة

كما سبق و أن عرفنا بأن الخطبة تعتبر مقدمة للزواج أو وعد به، وعقد الزواج أو الدخول هو أخر مرحلة تتوج العلاقة الموجودة بين الخاطبين، لكن قد يتخلل الفترة الممتدة بين هاذين المرحلتين ما يسمى بالفاتحة و المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة، فرق بين الحالتين الأولى إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة فقط والثانية إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد وهذا ما سيتم الإشارة إليه من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول:اقتران الخطبة بالفاتحة

مفهوم الخطبة في مجتمعنا الجزائري اليوم، هو عبارة عن اتفاق يسبق قراءة الفاتحة، ويقع غالبا بين والدي الخاطبين أو أوليائهما، وينتهي بإيجاب و قبول المصاهرة بين العائلتين دون إبرام أي عقد، و غالبا ما يكون ذالك غيابيا دون حضور الخاطبين إلى مجلس المواعدة بالزواج وإتمام المراسيم الخطبة، لذالك فان الخطبة بهذا المعنى لا يترتب عنها أي حق لأحد الخطيبين اتجاه الأخر ويمكن العدول عنها في أي وقت، كما لا يترتب عن العدول عنها أي ضرر يمكن أن يلحق أحد الخاطبين بشكل مباشر، وبما أن المشرع الجزائري أشار في المادة 6 الفقرة 1 [1] إلى أن الاقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا فان الخطبة ليست مجرد إجراءات تحضيرية لا يطلب فيها رضا الزوجين ولا يحضرها شهود ولا يسمى فيها صداق معـين ،وتقتصر كما أسلفنا على مجرد إعلان عن رغبة الجانبين في التزاوج والمصاهرة ثم إبرام عقد الزواج في وقت لاحق، ونلاحظ أن كلا من الخطبة والفاتحة رغم اختلاف المفهوم أحدهما عن مفهوم الأخرى فان من الممكن أن يقعا منفصلين وفي مجلسين مختلفين زمانا ومكانا فانه لا يكون لهما حكم واحد هو أن كل واحدة منهما تعتبر قانونا وعد بالزواج، يحق لكل واحد من الخاطبين أن يتراجع عن وعده ويعدل عنه في أي وقت يشاء قبل إبرام عقد الزواج بصفة رسمية أمام الموظف المختص والمكلف قانونا بتحرير وتسجيل عقود الزواج في البلدية والمحكمة وإذا رفع أحد الخطيبين دعوى أمام المحكمة يطلب منها أن تحكم له بإلزام أو إجبار الخطيب الأخر على إتمام إجراءات عقد الزواج، وحكمت له بما طلب فإنها

[1] المادة 6 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

تكون قد دمرت أهم ركن من أركان الزواج وهو الرضا و تكون قد خرقت أحكام الشريعة والقانون[1].

وبما أن الركن الأساسي في عقد النكاح هو الإيجاب والقبول وللإيجاب والقبول ألفاظ معهودة معلومة في العرف و الشرع ومادام هذا العقد بإيجابه وقبول لم يتحقق فالزواج لم يقع أيضا وقراءة الفاتحة لا تعتبر عقدا لا عرفا ولا شرعا ولا قانونا، والخطبة مهما اخذ حولها من مظاهر الإعلان فلا يترتب عليها حقوق سوى انه لا يجوز لأحد أن يتقدم ويخطب علي خطبة الخاطب وفيما عدا ذلك تظل المخطوبة أجنبية عن خاطبها لا يحل له الخلوة بها ولا السفر معها دون وجود احد محارمها كأبيها أو أخيها .

يقول فضيلة الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي :"الخطبة لغة وعرفا وشرعا شيء غير الزواج فهي مقدمة له وتمهيد لحصوله فكتب اللغة جميعا تفرق بين كلمتي الخطبة والزواج والعرف يميز جيدا بين رجل خاطب ورجل متزوج"[2] والشريعة فرقت بين الأمرين تفريقا واضحا فالخطبة ليست أكثر من إعلان الرغبة في الزواج من امرأة معينة، أما الفاتحة فلا تزيد عن كونها للتبرك فقط إذا ما اقترنت مع الخطبة دون توفر شروط و أركان الزواج (الصداق.الولي.الشهود.الرضا).

ويقول الدكتور حسام عفانة أستاذ الفقه وأصوله بجامعة القدس فلسطين "الخطبة هي مقدمة للزواج ووعد بالزواج وليست عقد فلا يترتب على الخطبة شيء مما يترتب على عقد الزواج، وإنما تبيح الخطبة نظر الخاطب إلى وجه المخطوبة وكفيها" فقط على راجح أقوال أهل العلم وأما قراءة الفاتحة عند الخطبة كما جرى العرف به عند كثير من الناس لا تعتبر عقدا للزواج ،إذ عقد الزواج لابد فيه من الإيجاب والقبول ،والمراد بذلك الألفاظ التي تصدر عن كل واحد من المتعاقدين للدلالة على رضاه بالمعقود عليه ويكون الإيجاب والقبول الشفويين لأن في كتابة عقد الزواج خطيا تحقيق لمصالح عظيمة للناس وفيه محافظة على حقوق المتزوجين

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق،المرجع السابق،ص 84-85 .
[2] يوسف القرضاوي،المرجع السابق،ص46.

المطلب الثاني :اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد

تختلف الخطبة عن "الفاتحة " في مفهوم عامة الشعب من حيث أن الفاتحة عندنا عبارة عن مجلس أو اجتماع يحضره عادة ولي الزوجة أو كلاهما وجمع من الناس من أقارب الخطيبين وأصدقائهما ومن أعيان الجماعة تحت إشراف احد رجال الدين يسمى "الطالب" وينتهي بإبرام عقد زواج شفهي لصالح الخطيبين بتوفر أركان عقد الزواج، التي هي في الزوجين الإيجاب والقبول ويعتبر الرضا في الإيجاب والقبول أهم ركن من أركان عقد الزواج[1] حيث تحث وتأمر الشريعة الإسلامية الأخذ برأي المرأة قبل عقد الزواج، كما يتم فيه تحديد الصداق تليه قراءة الفاتحة قراءة متبوعة ببعض الدعوات للزوجين وبتقديم الصداق كله أو بعضه في نفس المجلس أحيانا أخرى يقدم بعد انقضاض المجلس والفاتحة، بهذا المعنى تكون عبارة عن عقد الزواج شفهي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية، فيه رضا العاقدين الذين يمثلها ولي الزوجة والزوج أو وليه أو وكيله وحضور الولي والشهود والصداق وتجتمع فيه العلانية والإشهار وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 6[2] الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري بنصها:"غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9مكرر من هذا القانون".

ومتى تبين أن الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبر وعدا بالزواج طبقا للمادة 05 من قانون الأسرة ،وإنما اقترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد وبحضور الشهود والولي وتحديد الصداق وبالتالي فإن اقتران الخطبة بالفاتحة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توفرت أحكامه طبقا للمادة 9من قانون الأسرة [3].

وبهذا الشكل تكون الفاتحة عبارة عن عقد صحيح مستوفي لجميع شروطه وأركانه وتترتب عليه جميع أثار العقد الصحيح من:

---

[1] انظر الفصل الأول ،ص 18.

[2] قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 .

[3] نبيل صقر ،قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ،عين مليلة ،الجزائر 2006،ص 17 .

استحقاق المهر ثبوت النسب حرمة المصاهرة ووجوب النفقة كما أن هذا لا يمنع حدوث الخلوة بينهما ودخول الزوج بزوجته شرعا[1].

إلا أن الفقرة الأولى من المادة 6 من الأمر رقم 02/05 ،تبقى مجرد زيادة كان ينبغي على المشرع عدم إضافتها ،وفضلا عن هذا فإن الخطبة المقترنة بالفاتحة تتنافى ومقاصد حقيقة الخطبة،وكأن المشرع يشجع الزواج العرفي،بالرغم من بعض آثاره السلبية ،كما هو مبين خلال الفقرة التالية من المادة 6 من الأمر رقم 02/05[2].

وفي الأخير يمكن أن نقول أن المشرع الجزائري اعتبر اقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد زواجا صحيحا متى توافر فيه ركن الرضا والشروط النصوص عليها في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري .

كما عمل المشرع الجزائري على تكريس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا المجال، حيث استقر اجتهاد المحكمة العليا على ما يلي:" يعتبر كل زواج صحيحا إذا توافرت أركانه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية ، وترتب عليه كافة الحقوق والآثار"[3].

[1] أ.عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق ،ص108 .
[2] سليمان ولد خسال،المرجع السابق،ص26
[3] عبد العزيز سعد ،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق،ص 109 .

المبحث الثاني: التمييز بين الزواج بالفاتحة وعقد الزواج الرسمي

الزواج العرفي (بالفاتحة) لا يختلف عن الزواج الرسمي من حيث صحته وشروط انعقاده أي أن الزواج الرسمي من الناحية الشرعية يتساوى تماما مع الزواج العرفي ولكن قد دلت الحوادث على أن الزواج وهو أساس رابطة الأسر لازال في حاجة إلى الصيانة والاحتياط في أمره، والدعوى بضرورة تسجيله،ويثبت الزواج العرفي متى تبين أن أركان الزواج متوفرة فيه طبقا لأحكام المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري[1].

المطلب الأول : أثر الزواج العرفي على الزواج الرسمي

لما كان الزواج العرفي مستوفي لأركانه وشروطه المقررة في الشريعة الإسلامية، كان هذا الزواج صحيحا شرعيا يترتب عليه جميع الآثار التي للزواج الصحيح ولا تتوقف صحته على تدوينه في وثيقة رسمية لذلك نرى أن هناك فرق من حيث اثر الزواج العرفي على الزواج الرسمي من الناحية الشرعية عنه من الناحية القانونية والذي نتعرض لكل حالة على حدا.

الفرع أ: الناحية الشرعية

في الأصل ينعقد الزواج شرعا بين طرفين (الزوج والزوجة)بنفسيهما أو بوكيليهما أو وليهما بإيجاب وقبول بين الطرفين متى استوفى هذا العقد جميع شروطه الشرعية المبسوطة في كتب الفقه ويترتب على هذا العقد جميع الآثار والنتائج، ويثبت لكل من الزوجين قبل الأخر جميع الحقوق والواجبات دون توقف على توثيق العقد توثيقا رسميا أو كتابيا بورقة عرفية وهذا كله من الوجهة الشرعية ،ومن ثم يترتب على عقد الزواج العرفي انه لا يجوز للزوجة أن تتزوج رسميا أو عرفيا إلا إن طلقت وقضت العدة وذلك منعا من الاختلاط الأنساب كما لا يجوز للزوج أن يتزوج رسميا بعد الزواج العرفي بأكثر من ثلاث يكونوا على عصمته ومن ثم نرى أن الزواج العرفي يقيد الزواج الرسمي من الناحية الشرعية وفقا لما سبق بيانه لأنه زواج صحيح شرعا منتجا لأثاره .

الفرع ب:الناحية القانونية

[1] عبيدي الشافعي،قانون الأسرة، دار الهدى ،عين مليلة،الجزائر ،2008،ص 13 .

الزواج العرفي من الناحية القانونية لا يرتب حقا لأي من الزوجين قبل الأخر سوى نسب الأولاد الذي يثبت بكافة طرق الإثبات فلا تستطيع الزوجة رفع دعوى النفقة، إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليهما كما انه لا يستطيع الزوج إنذارها بالدخول في طاعته كما لا يستطيع أي من الزوجين مطالبة حقه في ميراث الأخر لان الزوجية سبب من أسباب الميراث وهذا بخلاف حق الأولاد في المطالبة بحقهم في الميراث لان هذا القيد لا يسري على الأولاد من الزواج العرفي كما قلنا سالفا أن النسب يثبت بالزواج سواء كان رسميا أو عرفيا فهذا لا خلاف عليه وبالتالي يخضع الزواج العرفي لنفس قواعد الزواج الرسمي عند إثبات النسب أي أن النسب يثبت بثلاث طرق: هي الفراش والبينة والإقرار ويجوز إثباته بكافة طرق الإثبات دون اشتراط تواجد الوثيقة الرسمية، فالزواج العرفي إذا استوفى أركانه الشرعية ولا ينقصه إلا إثباته في وثيقة رسمية يثبت به النسب وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية "النسب في جانب المرأة يثبت بالولادة ولا مرد لها وهذا .....يثبت بالفراش وبالإقرار والبينة...."[1].

الفرع ج :من الناحية الاجتماعية

كان من المفروض أن لا ينتج عن هذا العقد آثار سيئة، لأنه _كما أسلفنا _ زواج شرعي، لا يختلف عن الزواج الذي كان يجري عليه العمل في ديار الإسلام، ولكن الواقع يدل على أنه أحدث آثاراً سيئة، ومرد هذه الآثار السيئة إلى أمران:

الأول: الإشكالات القديمة التي صاحبت عقود الزواج التي لم تكن توثق، فكل واحد من الزوجين كان يمكنه أن ينتفي من الزوج الآخر، كما يستطيع أن ينفي الأولاد، وقد يموت الشهود، أو ينسون أو يتراجعون عن الشهادة، فلا يستطيع الزوج المطالب بإثبات الزوجية أن يثبت العقد بطريقة من طرائق الإثبات..

والثاني: السرية التي تصاحب عقد الزواج العرفي، فالأصل في الزواج الإعلان والإشهار، والأصل في الزواج العرفي الإسرار والكتمان، لأسباب أوردتها في الحالات التي دعت لإيجاده، والزواج في السر يضيع كثيراً من الحقوق، وخاصة حقوق الزوجة والأولاد.

[1] هلال يوسف ، المرجع السابق،ص79-80-83 .

المطلب الثاني :ضرورة تسجيل الزواج العرفي

حاول المشرع الفرنسي قبل الاستقلال مرات عديدة، وبأساليب متنوعة، وأسباب مختلفة،إبعاد شعبنا عن هذا العرف الديني، وأوجب أن يتم إبرام عقد الزواج بين المسلمين الجزائريين إما أمام (القاضي الشرعي) ،أو أمام ضابط الحالة المدنية، وتسجيله في سجلات خاصة ،وذلك بموجب قانون 1882/3/23 المتعلق بالحالة المدنية، ولم يعترف بالزواج الذي ينعقد على يد الجماعة.[1]

غير أن هذه المحاولات الاستعمارية لم تصل إلى هدفها نظرا لوجود العلاقة التنافرية التي كانت موجودة بين الإدارة الاستعمارية والشعب الجزائري الذي بقي متشبثا بالتقاليد والأعراف الإسلامية فاستمر الجزائريون في إبرام عقود الزواج"بالفاتحة"بين يدي"الطالب" وبحضور جماعة من المسلمين .

و تنص المادة 22 ق.أ.ج[2] انه "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

وعليه فان التسجيل بمعناه التنظيمي لا يتم إلا قبل الدخول لإعطاء العقد المبرم الصفة الشكلية والقانونية أمام الموثق أو البلدية (م18ق.أ.ج و 72.71 ق.ح.م)[3] ،أما إذا حصل الدخول بالزوجة فانه يجب على الشخص الذي يدعي انه مرتبط مع شخص أخر بموجب عقد الزواج تقديم الأدلة والإثباتات التي تؤكد ما يدعيه ،وهذا من اجل الحصول على حكم من رئيس المحكمة يعتبر تلك الواقعة المادية زواجا إن توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 9و9 مكرر من ق.أ.ج (م39-40 و50 ق.ح.م ومـ5 من قانون رقم 63/224).

أما إذا كان قد سبق لشخص أن ابرم عقد زواجه "بالفاتحة"على يدي "الطالب" وبحضور جماعة من المسلمين وفقا الأحكام الشريعة الإسلامية مادام أن الزواج بالفاتحة مازال معمولا به عرفا، فانه ليس أمام هذا الشخص من سبيل لإثبات هذا الزواج إلا باللجوء إلى المحكمة.

---

[1] عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر، المرجع السابق،ص 152.
[2] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 .
[3] قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الامر20/70 بتاريخ 1970/2/19.

ويكون هذا بكتابة طلب إلى وكيل الجمهورية يلتمس فيه تسجيل عقد زواجه ثم تقوم النيابة العامة بإحالة الطلب إلى رجال الضبطية لتحري صحة ما يراد تسجيله، وعندها يطلب وكيل الجمهورية من رئيس المحكمة إصدار حكم بتسجيل هذا العقد بعد التحقيق في الأدلة والحجج وبالتأكد من توافر أركان المادة 9و9مكرر من قانون الأسرة الجزائري[1] .

وبعد استصدار هذا الحكم يرسل كاتب الضبط نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها عقد الزواج ليقوم هذا الأخير بتسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية .

وبعد إتباع هذه الإجراءات المحددة في قانون الحالة المدنية يستطيع الشخص الحصول على نسخة منقولة أو مستخرجة عن سجل الحالة المدنية ويثبت قانونا قيام عقد الزواج الذي يعتبر الوسيلة لإثبات الرابطة الزوجية .

وطالما انه لا يوجد نص يحرم أو يلغي أو يعاقب على الزواج بالفاتحة لا في قانون الأسرة ولا في القوانين الأخرى فلا مانع من إدراجه في سجلات الحالة المدنية إذا توفرت فيه أحكام التشريع الإسلامي وشروط المادة 9و9 مكرر من ق.أ.ج[2] ،وهذا لحماية قواعد النظام العام من جهة وحماية مصالح الزوجة و مصالح الأولاد الناتجين عن مثل هذا الزواج من جهة أخرى .

ويترتب على هذا وجوب تدخل النيابة العامة عند الضرورة ولو من تلقاء نفسها للمطالبة بتسجيل عقود الزواج المغفلة أو المهلة بموجب حكم قضائي صادر عن المحكمة المختصة، لان تسجيل عقود الزواج يدخل ضمن قواعد النظام العام الجزائري[3] .

ونشير في نهاية هذا البحث إلى أن هناك فرق أخر وجوهري بين الفاتحة وعقد الزواج ويتمثل هذا الفرق في الطلاق حيث أنه يختلف عندما نكون بصدد علاقة زوجية متوجة بعقد رسمي فيكون في هذه الحالة الطلاق رسميا أي بورقة تصدر من المحكمة وهذا الأخير منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري المادة 47و48[4].

---

[1] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
[2] من نفس القانون.
[3] بلحاج العربي، المرجع السابق،ص 143-144
[4] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

أما إذا تم الزواج بالفاتحة (أمام جماعة من المسلمين) ولم يتم توثيق هذا الزواج فان الطلاق يكون أمام نفس الجماعة ، كما أن اللجوء إلى الزواج بالفاتحة له عدة مبررات تكون في الغالب تملصا من التزامات فرضها القانون، واغلب هذه المبررات تتمثل فيما يلي:

1/ صغر السن:

إن تحديد سن معينة لأهلية الزواج لم يكن معروفا لدى فقهاء المسلمين وذلك لعدم ورود نص شرعي من القران أو السنة يحدد سنا معينة للفتى أو الفتاة لأهلية الزواج بصفة دقيقة وواضحة ومعلومة الحدود،غير أنهم يشترطون في الزواج البلوغ واجتهدوا في وضع علامات ومعايير كثيرة ومتنوعة لإمكانية تحديد سن البلوغ الذي تتم به أهلية كل من الفتى والفتاة.

أما المشرع الجزائري فانه في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري[1] قد حدد هذه السن ب19سنة بالنسبة للزوج والزوجة وقد نص على حالتي الضرورة والمصلحة .

فما نلاحظه في وقتنا الحالي أن الأشخاص قد يقدمون على زواج في سن مبكرة دون مبالاة بما نصت عليه المادة 7 من قانون الأسرة وهذا الأمر يؤدي به إلى عدم تسجيل عقد زواجه بالحالة المدنية خوفا من عدم بلوغه السن القانونية للزواج .

وقد تدعو المصلحة الزوج أن يتزوج بفتاة لم تبلغ السن القانونية للزواج أو فتاة تتزوج بفتى لم يبلغ السن القانونية للزواج .

فقد تكمن مثلا هذه المصلحة في كون الفتاة يتيمة، أو ليس هناك من يقدم رعاية والاحتفاظ بها فهنا القاضي لا يرى هناك عائقا من تزويج هذه البنت لهذا الفتى وضمان استقرارها .

2/قصد تحقيق غاية ما:

قد يكون الهدف من إبرام عقد الزواج عرفي تحقيق غاية ما فهذه الغاية تكمن في عدة أهداف أخرى كالمال – أو شهرة – أو منفعة أو غيرها من الدوافع غير مباشرة أي الخفية .

فقد يحدث أن تطلب امرأة ثرية أن تتزوج بطريقة عرفية من زوج يعجبها وهو متوسط الحال أو فقير ففي هذه الحالة الرجل يقبل التزوج بها عرفيا وذلك لهدف تخلصه من الفقر أو مديونية والعيش مع هذه المرأة دون أية ركيزة قانونية تحميها أو تحمي زواجهما .

[1] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

3/ الهروب من بعض الالتزامات : فظاهرة الزواج العرفي هنا تكمن خاصة لدى الزوج الذي يكثر من الزيجات بحيث يقوم بتعدد الزوجات بطريقة عرفية ، فلا يلجأ إلى توثيق عقود زواجه بهن ولا بتسجيل زواجهن بالحالة المدنية ،وذلك لغرض الهروب من بعض الالتزامات التي يوجبها القانون عليه بكونه أبا وزوجا وهذا ما جاء النص عليه خلال المادة 8 ق.أ.ج[1].

ومجمل هذه الالتزامات تنص عليها المادة 3/36 من قانون الأسرة الجزائري[2] حيث تنص :"التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم "

كذلك نص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري[3] حيث جاء في بما يشمل النفقة :الغذاء ، الكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة .

4/عدم وضع المشرع لعقوبة قانونية :

إن عدم تسجيل عقد الزواج من طرف الزوج قد يرجع إلى عدم وضع عقوبة في القانون ترغمه على توثيق زواجه العرفي وإعطائه الصبغة الإدارية والقانونية فقانون الأسرة الجزائري لا توجد فيه مادة تنص على تطبيق عقوبة مالية أو جسدية على من لا يوثق عقد الزواج العرفي إذا اتضح ذلك ،وإنما تصرح بضرورة توثيق وتسجيل هذا العقد لدى المصالح المختصة.

هناك بعض القوانين نصت على هذه العقوبة كقانون الأحوال الشخصية العراقي تحت رقم 188 لسنة 1959الذي ينص في المادة 5/10 على عقوبة الحبس مدة لا تقل عن 6 أشهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة مالية لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة (أي بطريقة عرفية) وتكون عقوبة الحبس مدة لا تقل عن 3 سنوات ولا تزيد عن 5 سنوات إذا عقد خارج المحكمة زواجا مع قيام الزوجية.

[1] المادة 8 تنص :"يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل . يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وان بقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية .." .

[2] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

[3] من نفس القانون.

كذلك قدر قانون العقوبات الأردني عقوبة تقدر بالحبس من شهر إلى 6 أشهر على كل من أجرى مراسيم الزواج أو كان طرفا في إجراء تلك المراسيم بصورة لا تتفق مع قانون الأحوال الشخصية.

المبحث الثالث :التمييز بين الخطبة وعقد الزواج

للتمييز بين الخطبة وعقد الزواج وجب لنا أن نتطرق إلى الطبيعة القانونية لكل واحد منهما والآثار الناجمة عن كل مرحلة (الخطبة – وعقد الزواج).

المطلب الأول :من حيث الطبيعة القانونية لهما

الفرع الأول:تكييف الخطبة وتحديد طبيعتها القانونية

التكييف هو إعطاء الوصف القانوني للتصرف أو العلاقة من اجل معرفة القانون الواجب التطبيق ،ولقد انقسم فقهاء القانون الوضعي حول تكييف الخطبة كمرحلة تمهيدية للزواج، وتحديد طبيعتها القانونية ،وقد جاءت أرائهم على النحو التالي :

1/أصحاب النظرية العقدية :

لقد ذهب أصحاب هذا الرأي إلى إصباغ الخطبة بالصبغة العقدية ،حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن الموافقة والرضا بين الخطيبين وما يدور بينهما من إيجاب وقبول يعتبر من قبيل العقد ،حيث عرف بعضهم الخطبة بأنها : عقد علني ذو صبغة دينية يتبادل فيه رجل وامرأة الوعد بالزواج في المستقبل، ويعتمد أصحاب هذا الرأي على أساسين:

أ- الأساس التاريخي:

اعتمد أصحاب هذا الرأي على أساس أن الخطبة تعبير تقليدي قديم تعود جذوره إلى ما قبل القانون الروماني[1]،ومن نظر إلى هذا العقد بصفة خاصة يجد أن قانونه جعل الزواج على مرحلتين:

- المرحلة الأولى:

مرحلة الخطبة ويتم فيها تبادل الرضا والاتفاق التام بشأن الزواج وتحديد كل من الشروط والأركان ومن ثم فهي نتيجة لتلك الاتفاقات والشروط صارت بمثابة العقد، الذي يلتزم بمقتضاه الطرفان على تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ويحق لكل منهما مطالبة الأخر إتمام الزواج، ومطالبته بالتعويض عما يحدث له من ضرر في حالة العدول .

[1] محمد محدة،الخطبة والزواج،الجزء الأول،الطبعة الثانية،سنة 2000، ص34.

ـ المرحلة الثانية:

مرحلة الزواج ، وكنتيجة لما تم الاتفاق عليه أثناء الخطبة لم يبق لمرحلة الزواج سوى عملية البناء وانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية بغية الاستقرار وتحقيق ما تم الاتفاق عليه أثناء الخطبة تحقيقا فعليا وواقعيا.

ب ـ الأساس القانوني :

يستدل أصحاب النظرية العقدية للخطبة بالمفهوم العادي للعقد والأركان العامة التي يقوم على أساسها ، وذلك في محاولة منهم لإضفاء صفة العقد على الخطبة فيقولون: أن العقد هو عامة اتفاق يلتزم بموجبه شخصان فأكثر للقيام بأي عمل،ومن تفحص حقا الوعد بالزواج والمواعدة به يجدهما يستوفيان كل الشروط العقد ومتطلباته.

2/أصحاب النظرية غير العقدية:

ويرى أصحاب هذا الرأي أن الخطبة لا ترقى إلى مرتبة العقد وإنما هي مجرد وعد بالزواج ليس لها الصيغة الإلزامية ولا القيمة القانونية حيث لا تزيد عن كونها التزاما أدبيا لا غير ،وعليه لو أن احد الطرفين عدل عن الخطبة فانه بعدوله هذا لا يعد خارقا لاتفاق قانوني قائم بينه وبين المعدول عنه، لكون هذا الوعد لا اثر قانوني له ، وأساسهم في ذلك :

ـ أن القانون لم ينص على الخطبة كعقد عند تسميته وتنظيمه للعقود، وبالتالي فلا اثر لها، فلو أن المشرع قد قصد من ورائها حصول أثار معينة أكثر مما هي عليه لقام بتنظيمها وبيان أحكامها وأثارها ، كما هو الحال في العقود .

ـ إن إضفاء الصفة الإلزامية على الخطبة كمرحلة تمهيدية على الزواج ، يعد خرقا لمبدأ حرية الشخص في اختيار شريك حياته دون أدنى إكراه أو ضغط[1].

أما من خلال المادة1/5 من قانون الأسرة فإننا نستنتج أن المشرع الجزائري اقر للخطبة الصفة الشرعية من كونها مجرد وعد بالزواج من الطرفين مع أحقية العدول والتراجع عنها من الطرفين.

الفرع الثاني: تكييف عقد الزواج الرسمي وتحديد طبيعته القانونية

[1] محمد محدة ، المرجع السابق ،ص 24.

اختلف الفقه حول تكييف الزواج،وطبيعته القانونية،فمنهم من اعتبره عقد ومنهم من قال بأنه مجرد اتفاق كما اختلف القائلين بان الزواج عقد حول طبيعته القانونية ،بينما هناك من يقول بأنه عقد ديني ،كما انقسموا أيضا حول صيغة هذا العقد هل هو عقد رضائي أو شكلي .

فبل التطرق إلى موقف المشرع الجزائري ،نعرج قليل إلى ما ذهب إليه بعض الفقهاء إلى اعتبار الزواج مجرد اتفاق ولا يرقى لان يكون عقد ، حيث يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري،بأنه يجد ران لا تدعى هذه الاتفاقات عقود ،وان وقعت في نطاق الخاص لأنها تخرج من دائرة المعادلات المالية[1]،في حين يرى أصحاب الاتجاه الذين يعتبرون الزواج بأنه عقد لما له من مواصفات العقد فهو تصرف إداري ويرتب التزامات .

ـ موقف المشرع الجزائري:

قد تضمن التعديل الذي مس نص المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري إضافة كلمة رضائي وصفا لهذا العقد تأكيد المشرع على صفة ووصف العقد ،للعلاقة التي تنشا بين الزوجين في الزواج،وهذا العقد من العقود الرضائية التي تقوم أساسا على رضا الطرفين ـ الزوجين ـ والذي يتحقق باقتران الإيجاب والقبول وفقا للقواعد العامة في نظرية العقد.

وهذا ما تؤكده المادة 9 من قانون الأسرة بعد التعديل والتي جاء فيها:"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

المطلب الثاني :من حيث الآثار الناجمة عنهما

الخطبة مجرد وعد بالزواج ولا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين حتى لو فسخت الخطبة فيما بعد.

–إذا تمت الخطبة فقد تأخذ الزوجة من زوجها هدايا وقد تقدم له هدايا ومعجل الصداق فإذا عدل الخاطب عن الخطبة ولم يكن ثمة عقد فان له باتفاق الفقهاء استرداد ما دفعه من مهر وذلك بأخذ عينة إن كان قائما أو اخذ مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا لان المهر

[1] محمد محدة، المرجع السابق،ص 109.

يجب بالعقد ولم يوجد وإنما الخطبة مجرد وعد كما تقدم وهذا حسب نص المادة5 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:"الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

لايسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه ،وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته .

وان كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته "[1]

وبذلك لو حدث أن المخطوبة قد أعدت بهذا المهر بعض الجهاز الذي تعده عادة لاستقبال الحياة الزوجية وفي هذا الحال يكون استرداد المهر فيه مضرة لها وقد يرهقها ويجعل من أمرها عسرا فيجوز للزوجة ،في هذه الحالة أن تعطيه بدل المهر بعض ما اشترته من متاع باحتساب قيمته يوم الشراء وهذا ما جرى عليه العمل في مصر حيث تقول المادة 18 في احد فقراتها :"إذا اشترت المرأة بالمهر جهازا أو بعضه ثم عدل الخاطب للمرأة الخيار بين رد المهر نقدا أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء ".

أما الهدايا التي يكون قد قدمها الخاطب أو المخطوبة :

فقال الحنفية :تعتبر الهدايا في هذه الحالة في حكم الهبة وللواهب أن يرجع في هبته فيستردها من الموهوب له ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة .

وقال الشافعية :إن المهدي له أن يسترد هديته كاملة بعينها إن كانت قائمة ويعوضها إذا كانت هالكة أو استهلكت لان الإهداء كان على أساس تمام الزواج، وقد ابعد فزال السبب الذي من اجله كان الإهداء وإذا زال السبب كان له حق الاسترداد .

والذي عليه الفتوى في المذهب مالك هو أن يفرق بين هدايا من يعدل عن الخطبة وهدايا الأخر فان كان الذي هو أهدى هو الذي عدل عن الخطبة فليس له أن يسترد منه شيئا، ولو كانت الهدايا قائمة حتى لا يجمع على الطرف الأخر ألمان ألم العدول وألم الاسترداد ولان إبطال العمل تم من جانبه ومن سعى في نقض ما تم من جهته كان سعيه مردودا عليه أما

[1] المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 .

إذا كان المهدي هو الطرف الذي لم يعدل فله أن يسترد كل ما أهدى سواء أكان قائما أم هالكا أو مستهلكا ويرد القائم بعينه والهالك أو المستهلك بعوضه[1].

يكون نتيجة للتصرفات غير المشروعة المستعملة من طرف الخاطب تجاه المخطوبة والتعويض فيه طبعا يكون مبلغ من المال يحكم به القاضي أو قد يكون رد للاعتبار إذا كان هناك الضرر يمس بعاطفة المخطوبة.

هذا فيما ما يتعلق بالآثار الناجمة عن الخطبة أما عن الآثار التي تنجم عن رابطة الزواج :

1)الحقوق المشتركة بين الزوجين التي نصت عليها المادة 36 ق.أ.ج[2] على انه :"يجب على الزوجين:

1-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

2-المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة

3-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم

4-التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات

5-حسن المعاملة كل منهما لأبوي الأخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم

6-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف

7-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف "

2)النفقة:تعتبر النفقة من ابرز الحقوق الواردة للزوجة بمقتضى عقد الزواج، وتشمل هي الطعام والكسوة والسكن أما أنواعها فهي :نفقة الصغار نفقة التعليم نفقة التعليم نفقة العلاج .....

3)الحضانة:إنها هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته لما يصلحه ووقايته عما يؤذيه .

[1] عبد الرحمان الجز يري ،المرجع السابق،ص359 .
[2] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

4)<u>الميراث</u> :الزواج الصحيح يثبت التوارث بين الزوجين ويتم ذلك بمجرد العقد دون توقف على الدخول أو الخلوة فأيهما مات قبل الأخر والعقد قائم يثبت حق الباقي على الحياة في الإرث من تركة نصيبا مفروضا .

5) <u>المهر</u>:المادة 1/16 تنص على :"تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول "

6)<u>النسب</u> : الأولاد هم ثمرة الحياة الزوجية وهم زينة الحياة الدنيا .

ومن المقرر والمعروف شرعا أن العاقد إذا ترك المعقود عليها دون أن يدخل بها يجب عليه نصف مهرها قال تعالى :﴿ وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ﴾[1].

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري[2] "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

أما الخاطب إذا ترك المخطوبة بعد فترة طالت أو قصرت فلا يجب عليه شيء إلا ما توجيه الأخلاق والتقاليد من لوم وتأنيب فكيف يمكن والحلة هذه أن يباح للعاقد سواء بسواء،

كما يترتب عن العدول إضرار معنوية تتمثل في الآلام التي تهلك وتحطم عاطفة الشخص بمساسه في سمعته وشرفه .

فإذا ما حاولنا أن نبحث في مسألة التعويض عن الأضرار المحتمل أن تحدث عن العدول في شريعتنا الغراء فلا نجدها وذلك لكبر تقوى المسلمين وعدم تعريض احد العادلين إلى الخسارة والضرر ،لكن تطور نمط الحياة لمجتمعنا العربي جعله يغير كثيرا في هذا النمط بحيث أصبحت مختلف القوانين العربية تنص على وجوب التعويض عن الأضرار الناجمة من العدول، فمشرعنا قد نص على ذلك في المادة 2/5 من قانون الأسرة الجزائري[3]

كما يلي :

"إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"

---

[1] سورة البقرة،الآية(237).
[2] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
[3] قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

ولكنه لم يحدد درجة الجسامة لكل من الضرر المادي أو المعنوي التي يمكن التعويض عنها ،ذلك أن من غير المعقول أن يطلب التعويض عن الأضرار التافهة أو الأقل جسامة لاعتبارها غير ضارة بصاحبها .

فالتعويض إذا يكون علي الأضرار المادية الجسمية والناتجة عن التصرفات غير الأجنبية عن الخطبة والتعويض يكون ماديا(نقديا) .

أما عن الأضرار المعنوية والتي عرفناها بالآلام التي تهلك عاطفة الشخص بمساسه في سمعته وشرفه والخطوبة أكثر تعرضا لهذا النوع من الضرر دون الخاطب ، والحفاظ علي النسل بالإنجاب من غايات الزواج المهمة في الإسلام .

فإذا كانت آثار الزواج المادية تعود مباشرة علي الزوجة والزوج فان آثاره الطبيعية لا يعبر عنها إلا بقدوم الولد وإقبال الحياة بمولده ولهذا الميلاد تكاليفه (ثبوت نسب)[1].

7) الإعلان (الإشهار):

عمل التشريع الإسلامي علي إيجاد أنواع مختلفة للأفراح وأشكال أخري من الترفيه المباح ومن بين هذه الأفراح، نذكر الزواج الذي يعد ميثاقا يختلف عن كل ميثاق، وبالتالي يستلزم إشهاره لنفرق بين الحلال والحرام .

وهذا ما جاء في الحديث عن محمد بن حاطب الجمحي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :"فصل مابين الحرام والحلال الدف والصوت"[2] .

وعليه فان ذيون الخبر بالحفل الوليمة غير كاف للإعلان عن الزواج، كما لابد من الإشهار علي هذا النكاح حتى يصبح هذا الأخير ذو بينه ويمكن الإشهار علي هذا النكاح حتى يصبح هذا الأخير ذو حجة .

فان أسباب ودواعي الإشهار في قانون الأحوال الشخصية الجزائري هو تمكين الغير من معرفة حالة الشخص – متزوج أو عازب – وذلك لعدم الوقوع في الغلط عند الخطبة أي

[1] د.كمال الدين إمام ،المرجع السابق ،ص297 .
[2] الإمام الحافظ ابن العربي المالكي، عارضة الاحوزي بشرح صحيح الترمذي،أبواب النكاح ،المجلد الثاني،الجزء الثالث،دار العلم للجميع،سوريا،ص307 .

لا يخطب الرجل إمرة وهي عصمة أخيه سواء كانت متزوجة أو مجرد مخطوبة كما يعد الإشهار في تشريعنا دليلا لإثبات واقعة الزواج فقط عند إنكار احد الزوجين لهذا الواقعة .

خاتمة

خاتمة:

يمكننا القول أن علاقة الرجل بالمرأة ضرورة بحكم الفطرة والتكوين لما جبل عليه الرجل والمرأة من احتياج غريزي للأخر هذا من جهة ،ومن جهة أخرى هي ضرورة بحكم الوظيفة والغاية لان الإنسان في هذه الحياة – رجلا كان أو امرأة – لم يخلق لمجرد إشباع أو الاستمتاع فهو عضو في جماعة من أهم غايتها

الحفاظ على البقاء والاستمرار .

ولما كان الهدف من الزواج هو تكوين أسرة إسلامية فاضلة، حفاظا على تماسكها من أول ربط إلى أخر ربط فالسبيل هو الشرع والقانون ، والحكمة من وضع هذه القواعد لدرء المفاسد التي تؤدي إلى قطيعة الرحم والانحلال الاجتماعي والخلقي .

وبعد دراستي لموضوع التمييز بين الخطبة والفاتحة وعقد الزواج الرسمي نخلص إلى :

–تعتبر الفاتحة في مجتمعنا عقدا شرعيا باعتبار أن جميع الشروط والأركان تكون حاضرة في مجلس العقد بخلاف الفاتحة في بعض المجتمعات العربية والتي تكون قراءتها في الخطبة للتبرك فقط .

–الخطبة ما هي إلا مقدمة من مقدمات الزواج ولا ترقى إلى درجة العقد من حيث الآثار إلا إذا اقترنت بالفاتحة وعقد الزواج .

– الآثار المترتبة عن عقد الزواج تختلف عن الآثار المرتبة عن الخطبة كالمهر والنفقة .

– الإعلان في عقد الزواج يختلف عنه في الخطبة لان هذه الأخيرة يتقدم فيها أهل الخاطب فقط بخلاف الفاتحة وعقد الزواج .

– ضرورة التدقيق في مصطلحات (من ناحية العرف ، الشرع والقانون) والتمعن في مدلولاتها لإزالة اللبس الحاصل بينها ،يقول الإمام ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين[145] :"إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا دلالة على ما في نفوسهم فإذا أراد أحدكم من الأخر شيئا عرفه

[145]ابن القيم الجوزية،إعلام الموقعين عن رب العالمين، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي ،المملكة العربية السعودية،1423هـ ،ص279.

بمراده وما في نفسه بلفظه ورتب على تلك الإرادة والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ ولم يرتب ذلك على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول " .

– موضوع الفاتحة وبالرغم من أهمية التي يتسم بها إلا أن المشرع الجزائري لم يتناوله إلا من خلال مادة واحدة ووحيدة هي نص المادة 6 من قانون الأسرة الجزائري مما يطرح صعوبة لدى الشخص العادي في العرف على قصد المشرع من هذه المادة إلا بعد رجوعه إلى الأعمال التحضيرية – مع علمنا بصعوبة هذا الأمر – ويقول في ذلك رئيس حركة الإصلاح سابقا السيد عبد الله جاب الله ناقدا نص المادة 6 "إن النص هنا ربط صحة العقد بالمكان الذي ينعقد فيه وقد حددت الفقرة الثانية في المادة 7مكرر مكتب ضابط الحالة المدنية بالبلدية أو الموثق وهو بهذا كأنه يسقط العقود التي تتم خارج الأماكن الرسمية المحددة في القانون والحال، إن عقد الزواج لا يخضع إلى المكان وإنما يخضع إلى الأركان والشروط .

فكل عقد زواج استوفى أركانه وشروطه فهو عقد صحيح وقد احتاج إلى الترسيم في الأماكن المنصوص عليها قانونا بغرض التوثيق .

–الخلل والغموض في القانون وعدم مراعاة المصالح بدقة هو الذي دفع الأفراد إلى اختيار طرق أخرى مخالفة لما هو منصوص عليه من بينها الإقبال على الزواج العرفي ،ويعزفوا عن تسجيل عقود الزواج وإعطاءها الصبغة الإدارية والقانونية .

<u>واهم الاقتراحات التي يمكن اقترحها هي :</u>

–أن ننصح أفراد مجتمعنا على التعجيل بالبناء، إذا كانت الظروف سانحة لذلك والتشديد في شأن الخلوة بعد إتمام الفاتحة لتفادي الآثار الوخيمة المترتبة على ذلك من بينها الإنكار مثلا .

–إن طبيعة قانون الأسرة لا تنسجم مع مفاهيم القانونية المحددة والعقيمة وعليه يجب مواصلة حركة التوعية وبرامج الإعلام والشرح لأهمية وأهداف عقد الزواج الرسمي المسجل في سجلات الحالة المدنية ،إن حماية الأسرة واستقرارها يقضي مواصلة مجهود التوعية وخاصة في الأوساط الشعبية الواسعة وسكان القرى والأرياف ،وإشعارهم بضرورة إبرام عقود الزواج أمام الموظف المؤهل قانونا ،وبصفة رسمية طبقا لقواعد النظام العام الجزائري غير أن المحكمة العليا مازالت تقدر الأوضاع والعادات في البلاد ،وتقرر بان الزواج العرفي الذي توافر على أركانه يمكن القضاء بتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد وفقا للشرع والقانون.

كما يستطيع المشرع أن ينص على عقوبة مالية أو على الأقل معنوية لكل من يخالف نصوصه في شان تسجيل عقد الزواج بسوء نية تهربا من حقوق أو الالتزامات التي تنتج عنه ،هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد بان قانون الأسرة لم يبلغ كمال الوضوح ولم يأتي بأشياء جديدة وان بعض مواده يشملها الغموض والنقص كما سبق وان تعرضت لها خلال البحث، وقدمت بعض الاقتراحات والتوضيحات لبعض المواد ،مع ذلك نهب بكل العناصر الوطنية النشيطة من القضاة والمحامين وكل المنشغلين بالقانون أن يبذلوا كل جهودهم لإثرائه وتحليل غموض مواده للناس والى أن يتحقق لنا ذلك أرجو أن أكون قد وفقت في إفادتكم وإضافة بعض المعلومات إلى معلوماتكم والله ولي التوفيق .

قائمة المراجع و المصادر

قائـمـــــــة المصادر والمـــــــــراجـــع

المصادر:

ـ القران الكريم

1ـ قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

2ـ قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم 70- 20بتاريخ 1970/02/19.

المراجع:

1ـ ابن منظور ،لسان العرب،المجلد الثاني،الطبعة الأولى،دار صادر بيروت،1990م.

2ـ أبو بكر جابر الجزائري ،منهاج المسلم،الطبعة الرابعة،دار البعث،الجزائر،1402هـ ـ 1981م.

3ـ أبو حامد الغزالي،إحياء علوم الدين،الجزء الثاني ،دار المعرفة،بيروت،لبنان ،1403هـ ـ 1983م.

4ـ أبي عبد الله بن زيد عبد الرحمان القيرواني المالكي،الفواكه الدواني،الجزء الثاني،الطبعة الثالثة،ملتزم للطباعة والنشر،مصر،1374هـ ـ 1955م.

5ـ البخاري ،الجامع الصحيح للبخاري،الطبعة الأولى ،دار البيان العربي ،الأزهر،مع دار الوعي ،الجزائر،2005.

6ـ بدران أبو العينين ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون،الزواج والطلاق،دار النهضة العربية للطباعة والنشر ،بيروت،لبنان.

7- بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول(الزواج والطلاق)، طبعة 2002،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر.

8- الترمذي ،جامع الترمذي، باب النكاح،بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع الرياض،السعودية

9- الحافظ ابن العربي المالكي،عارضة الاحوزي بشرح صحيح الترمذي،المجلد الثاني،الجزء الثالث ،دار العلم للجميع،سوريا.

10- سليمان ولد خسال،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري،الطبعة الأولى،دار طليطلة،المحمدية، الجزائر،1432هـ – 2010م.

11- السيد سابق ،فقه السنة،الطبعة السابعة،دار الفكر العربي،القاهرة ،مصر.

12- عبد الرحمان الجزيري،كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ،المجلد الرابع،قسم الأحوال الشخصية،دار الفكر ،لبنان،بيروت.

13- عبد الحميد خزار، فلسفة الزواج وبناء الأسرة في الإسلام،الطبعة الأولى،شركة الشهاب، الجزائر ، 1990م.

14- عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر،الطبعة الثانية،دار هومة للطباعة والنشر،1990م.

15- عبد العزيز سعد ،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،الطبعة الثالثة،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،1996م.

16- عبد العزيز عامر ،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (الزواج)، الطبعة الأولى،دار الفكر العربي،القاهرة ،مصر،1404هـ – 1984م.

17- عبد الفاتح تقية،مباحث في قانون الأسرة الجزائري ،منشورات ثالة،الجزائر،2000.

18- عبيدي الشافعي،قانون الأسرة ،دار الهدى ،عين مليلة،الجزائر ،2008م.

19- محمد احمد سراج ومحمد كمال الدين إمام ،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،مصر،1999م.

20- محمد بشير الشقفة ،فقه الأحوال الشخصية ،كتاب النكاح،الجزء الثالث،الطبعة الأولى،دار القلم،دمشق،1420هـ – 2000م.

21- محمد علي الصابوني،روائع البيان،الجزء الثاني،الطبعة الرابعة،مكتبة الرحاب الجزائر العاصمة،1410هـ – 1990م.

22- محمد كمال الدين إمام ،الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي،الطبعة الأولى ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،بيروت،1996م.

23- محمد محدة ،الخطبة والزواج،الجزء الأول،الطبعة الثانية،2000م.

24- محمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة ،الطبعة الثانية،دار النهضة العربية بيروت، 1397هـ ،1977م.

25- محمود السرطاوي،شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني،القسم الأول(عقد الزواج وأثاره) ،الطبعة الثانية،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ،عمان،الأردن،1416هـ - 1996م.

26- نبيل صقر ،قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عين مليلة،الجزائر،2006م.

27- هلال يوسف إبراهيم،أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين ،ديوان المطبوعات الجامعية ،1999م

28- يوسف القرضاوي،فتاوى معاصرة في شؤون المرأة والأسرة ،مكتبة الرحاب ،الجزائر 1987م.

الملاحق

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حكم

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة:.....

بتاريخ:.....

وعلى الساعة العاشرة صباحا للنظر في قضايا الأحوال الشخصية

تحت رئاسة السيد(ة):.....القاضي بها

وبمساعدة السيد.....أمين الضبط

صدر الحكم الآتي ببيانه في القضية المنشورة لدى المحكمة بتاريخ .....

تحت رقم.....والقائمة بين :

-1-.....

مدعية مباشر ة الخصام بواسطة الأستاذ(ة).....
من جهة

-2-.....

مدعى عليه مباشر الخصام بواسطة الأستاذ(ة).....

من جهة أخر

-الوقائع-

بموجب عريضة افتتاح دعوى لدى كتابة ضبط المحكمة بتاريخ:

.....تحت رقم.....رفعت المدعية المباشرة للخصام بواسطة الأستاذ(ة).....دعوى ضد.....المباشر الخصام بواسطة

الأستاذ(ة).....بطلب إثبات عقد الزواج

أضافت شارحة لدعواها أنها تزوجت بالمدعى عليه أمام جماعة من المسلمين

ببلدية .....وأن زواجهما هذا لم يسجل بسجلات عقود الزواج لتلك البلدية

-وعليه فإن المحكمة-

-بعد الإطلاع على ملف الدعوى وما فيها من وثائق

-بعد الإطلاع على المواد:8-12-13-22إلى26-32-35-38-225-459من قانون الإجراءات المدنية

-بعد الإطلاع على المادة 22من قانون الأسرة

-حيث أن المدعى عليه اعترف بوقوع الزواج بينهما وبين المدعية

-وحيث أن تسجيل الزواج مما يتطلبه النظام العام للحالة المدنية

-وحيث أنه بعد الإطلاع على المادة 22من قانون الأسرة

-وحيث أنه يتعين الحكم بإثبات عقد الزواج العرفي الواقع بين الطرفين

خلال :..... حيث أن المصاريف يتحملها خاسر الدعوى طبقا للمادة 225من قانون الإجراءات المدنية

-لهذه الأسباب –

حكمت المحكمة ابتدائيا حضوريا بإثبات عقد الزواج المبرم بين الطرفين في بلدية .....وأمر ضابط الحالة المدنية بالتأشير بذلك على هامش عقود الطرفين وتحميل المدعى عليه المصاريف القضائية

بذا صدر الحكم في التاريخ المشار أعلاه ويليه إمضاء كل من الرئيس وأمين الضبط

الرئيس أمين الضبط

....

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حكم في الأحوال الشخصية

بالجلسة العلنية المنعقدة بمحكمة.....مجلس القضاء.....

بتاريخ.....

على الساعة.....صباحا للنظر في قضايا الأحوال الشخصية

تحت رئاسة السيد(ة).....قاضي بالمحكمة

وبمساعدة الأستاذ/.....أمين الضبط الرئيسي

صدر الحكم التالي بيانه بين الطرفين :

المدعية /.....الساكنة.....ولاية.....

والمباشرة للخصام بواسطة الأستاذ (ة).....محامي (ة)لدى المجلس

من جهة

ضد/ النيابة لدى محكمة.....

من جهة أخرى

بيان الوقائع الدعوى

بمقتضى عريضة افتتاحية مؤرخة بتاريخ.....والمسجلة لدى كتابة

ضبط محكمة .....بتاريخ.....تحت رقم.....

أقامت المدعية .....دعوى شخصية وبواسطة وكيلتها.....

مهورية من أجل إثبات الزواج الواقع بينهما وبين المرحوم ....جاء فيها ما يلي:

-حيث إن العارضة تزوجت بالمرحوم .....زواجا شرعيا كان قائما على قواعد الشريعة الإسلامية بحضور جماعة من المسلمين بولاية أبيها في شهر أوت 1970 وتركت على هذا الزواج إنجاب بنت سميت .....المولودة بتاريخ .....وتوفى الزوج بتاريخ .....نسخة من شهادة الوفاة بسبب الإغفال ،وتلتمس تسجيل الزواج بأثر رجعي طبقا لما ينص عليه القانون .

-حيث إن المحكمة أجرت تحقيقا في الموضوع بتاريخ .....واستمعت الى شهادة الشهود

-حيث أن المحكمة حالت ملف القضية الى السيد وكيل الجمهورية طبقا للمادة 141ق أ م

-المحكمة-

بعد الاطلاع على أوراق الملف .

حكم شخصي رقم:01/629(ص02)

-بعد الاطلاع على المواد 459.225.85.24.22.28.18.12.8 ق أ م

-بعد الاطلاع على محضر سماع الشهود المؤرخ بتاريخ.....

-بعد الاطلاع على التماسات ممثل الحق العام.

-بعد المداولة القانونية.

حيث أن المدعية.....رافعت ممثل الحق العام بواسطة وكيلتها الأستاذة.....

أمام قسم الأحوال الشخصية من اجل إثبات الزواج العرفي الواقع خلال سنة .....بينها وبين المرحوم.....المتوفى بتاريخ .....

حيث أن الزواج تم وفقا للشريعة الإسلامية أمام جماعة من المسلمين

حيث أن ممثل الحق العام التمس تطبيق القانون

حيث أن الشهود اقروا بواقعة الزواج العرفي الواقع خلال .....بين المدعية والمتوفى .....

حيث أن المحكمة ترى بأن الطلب مؤسس ويتعين الاستجابة له

-لهذه الأسباب-

حكمت المحكمة حكما ابتدائيا علنيا حضوريا في المسائل الشخصية قبول الدعوة شكلا

وفي الموضوع / قضت بتثبيت الزواج العرفي الواقع خلال سنة.....بين المسماة.....وبين المرحوم.....والأمر بتسجيله بالحالة المدنية لبلدية .-....بالسجلات المعدة لذلك مع تحميل المدعية المصاريف القضائية

بذا صدر هذا الحكم وأفصح به جهرا في اليوم والشهر والسنة المذكورة أعلاه ووقع على أصله كل من القاضي وأمين الضبط الرئيسي

القاضي امين الضبط الرئيسي

....

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية:.....

دائرة:.....

بلدية:.....

شهادة زواج

يشهد رئيس المجلس الشعبي البلدي بـــــــ:.....

بان المسمى :.....

المهنة:.....المولود في.....

والمسماة:.....

المهنة.....المولودة في.....

قد عقد زواجهما .....

بتاريخ.....(الذي سجل بالبلدية)

أمام قاضي محكمة :.....

بتاريخ:.....

سلمت هذه الشهادة للإدلاء بها في حدود ما يسمح به القانون.

الكتابة السابقة للاسم واللقب

الزوج..... في :.....

الزوجة..... رئيس المجلس الشعبي البلدي

ع- م 28

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ولاية.....دائرة.....

الحالة المدنية بلدية.....

رقم العقد..... **ملخص من دفاتر عقود الزواج**

في.....سنة ألفين.....

على الساعة.....حضر لدينا علانية بمقر البلدية

المسمى .....المهنة.....

المولود في.....

بـــ.....دائرة.....ولاية.....

ابن.....وابن.....

والمسماة .....المهنة.....

المولودة في .....

بـ.....دائرة.....ولاية.....

ابنة.....وابنة.....

وبعد تلاوة الوثيقة وقع مع الزوجين 1).....

2).....كشاهدين راشدين.....

ونحن.....ضابط الحالة المدنية بـ.....

.....التوقيعات.....

مكتوب على الهامش.....

نسخة مطابقة للأصل

في.....

ضابط الحالة المدنية

1-.....

2-.....

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ولاية .....دائرة.....
الحالة المدنية بلدية.....

رقم العقد **نسخة من سجلات عقود الزواج**

بـ.....
مثل أمامنا علانية بمقر البلدية
المسمى.....
المهنة.....المولود في.....
دائرة.....ولاية.....
ابن.....و.....من جهة
المسماة .....
المهنة.....المولودة في.....
بـ.....
دائرة.....ولاية.....
بنت.....و..... من جهة أخرى
وقد أعلن القادمان على الزواج أنه أبرم زواج
.....
وقد صرح كل من الطرفين عن رغبته في الزواج بالآخر
وقد أعلن باسم الشريعة ارتباطهما بالزواج بمحضر كل من
.....
بوصفهما شاهدين وقد وقعا بعد التلاوة مع الزوجين
ونحن.....
لبلدية.....ضابط الحالة المدنية
مكتوب على الهامش.....تلي التوقيعات

.....

الكتابة السابقة للاسم واللقب

الزوج.....

الزوجة..... في.....

ضابط الحالة المدنية

بعض الدعاوى في إثبات الزواج العرفي

دعوى إثبات الزواج العرفي

إنه في يوم ..... الموافق.....

بناء على طلب السيدة/..... المقيمة.....

ومحله المختار مكتب الأستاذ..... المحامي.....

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

السيد/..... المقيم.....

وأعلنته الأتي

بموجب عقد زواج عرفي مؤرخ //تزوجت الطالبة من المعلن إليه

على صداق وقدره.....الحال منه.....والمؤجل منه.....يحل بأقرب الأجلين وذلك أمام شاهدين وقع على العقد في مجلس العقد .

وحيث أن العقد تتوافر فيه الشروط المطلوبة لصحة الزواج بالإيجاب والقبول كما هو وارد بعقد الزواج الموضح في الصحيفة مما يحق الطالبة رفع هذه الدعوى طالبة الحكم بإثبات زواجها من المعلن إليه بموجب عقد الزواج العرفي المؤرخ// بإيجاب وقبول متطابقين على الصداق الموضح بالعقد وصدر الصحيفة .

بناء عليه:

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

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

الموافق // ليسمع الحكم بإثبات زواج الطالبة بالمصاريف والأتعاب وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وبلا كفالة

ولأجل العلم

فهرس

الموضوعات

الإهداء

شكر وعرفان

مقدمة .....أ.ب.ج.د

الفصل الأول: الخطبة والفاتحة وعقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تمهيد 06

المبحث الأول : الخطبة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري.....**07**

المطلب الأول: . ماهية الخطبة وشروطها..... **07**

المطلب الثاني: مميزات الخطبة.....**11**

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للخطبة وأثار العدول عنها **13**

المبحث الثاني : عقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري..... **15**

المطلب الأول : مفهوم الزواج..... **15**

المطلب الثاني: شروط وأركان عقد الزواج الرسمي **18**

المطلب الثالث: الشكلية في الزواج.....**29**

المبحث الثالث: الزواج العرفي في الجزائر **33**

المطلب الأول: الزواج بالفاتحة..... **33**

المطلب الثاني : أثار الزواج بالفاتحة **34**

المطلب الثالث: كيفية تسجيل الزواج بالفاتحة*الإثبات* **36**

الفصل الثاني:الاختلاف الفقهي والقانوني بين الخطبة والفاتحة وعقد الزواج الرسمي

تمهيد: 41

المبحث الأول : التمييز بين الخطبة والفاتحة **42**

المطلب الأول : اقتران الخطبة بالفاتحة..... **42**

المطلب الثاني: اقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد..... **44**

المبحث الثاني: التمييز بين الفاتحة وعقد الزواج..... **46**

المطلب الأول: أثر الزواج العرفي على الزواج الرسمي **46**

المطلب الثاني : ضرورة تسجيل الزواج العرفي..... **48**

المبحث الثالث: التمييز بين الخطبة وعقد الزواج **53**

المطلب الأول: من حيث الطبيعة القانونية لهما **53**

المطلب الثاني : من حيث الآثار الناجمة عنهما..... **56**

خاتمة **62**

قائمة المراجع..... **66**

الملاحق..... **70**