الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج
في التشريع الجزائري والمقارن

بن عزوز بن صابر
أستاذ بكلية الحقوق
جامعة مستغانم

مقدمة:

يقـوم عقد الزواج في كل من أحكام الشريعة الإسلامية وقوانين الأسرة المقــارنة بما فيها التشريع الجزائري على أركان وشروط ، وينبغي التمييز بين الركن والشرط فالركن لغة ما يقـوى به الشيء ويقـوم عليه، أما الشرط فهو ما يلتـزم به الشيء[1]. أما عند جمهـور فقهاء الشريعة فالـركن ما به قوام الشيء ووجوده، فلا يتحقق إلا به، وبعبارتهم الشهيرة هو ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به، أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء سواء كان جزء منـه أو خارجـا عنـه كـالـركوع في الصلاة، أما الشرط عندهم ما يتوقف عليه وجود الشيء ولم يكن جـزء من حقيقته كالـوضوء في الصلاة والحول في الزكاة[2].

عرّف المشـرع الجزائـري الـزواج على أنـه: " عقـد رضـائي contrat consensuel يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي dans les formes légales من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة L'affection والرحمــة La mansuétude والتعـاون L'entraide و إحصان الزوجين Protéger moralement les deux conjoints والمحافظة على

[1] انظر المنجد في اللغة والأعلام دار المشرق بيروت طبعة 1987 ص 278 و 382.
[2] انظر الدكتور عبد القادر بن حرز الله – الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دار الخلدونية طبعة 2007 ص 50 . وانظر كذلك الدكتور إسماعيل أبا بكر علي البامري – أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة – دار حامد للنشر والتوزيع الأردن طبعة 2008 ص 77 .

الأنساب Préserver les liens de la famille"[3]. إذا كان المشرع الجزائري قد عرف الزواج على أنه عقد، فإن المشرع المغربي اعتبره: " ميثاق تراضي Un pacte consensuel وترابط بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين"[4].

حصر المشرع الجزائري أركان عقد الزواج قبل التعديل الأخير في أربعة أركان وهي رضا الزوجين وولي الزوجة ، والشاهدين والصداق[5]، غير أنه بعد التعديل حصر الركن في رضا الزوجين، واعتبر ما عداه شروطا[6]. كما ألزم المشرع طرفي عقد الزواج باحترام الإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانون ورتب على تخلفها آثار، لذا سنقسم موضوع بحثنا إلى قسمين نتناول في القسم الأول أركان وشروط عقد الزواج، ونخصص القسم الثاني للإجراءات الشكلية الواجب إتباعها عند إبرام العقد .

أولا : أركان وشروط إبرام عقد الزواج:

نصت المادة 9 من القانون ورقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة قبل تعديلها على أنه: " يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة، وشاهدين، وصداق " بموجب هذه المادة حصر المشرع الجزائري أركان عقد الزواج في الرضا، والولي، والشاهدين والصداق، غير أنه بالرجوع إلى المادة 9 المعدلة بالأمر رقم 05 – 02 نجد أن المشرع حصر أركان الزواج في ركن واحد

[3] انظر المادة 4 من القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة.
[4] انظر المادة 4 من مدونة الأسرة المغربية تحت رقم 70.30 المؤرخة في 05 فبراير 2005 .
[5] المادة 9 من القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة: " يتم عقد الزواج برضا الزوجين ، و بولي الزوجة ، وشاهدين ، وصداق
[6] نصت المادة 9 من الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل للقانون رقم 84 – 11 السالف الذكر : " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ". كما نصت المادة 9 مكرر على أنه : " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية : " أهلية الزواج – الصداق – الولي – الشاهدان – انعدام الموانع الشرعية للزواج ".

حيث نصت على ما يلي : ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ". ومن ثم ميز المشرع بين الركن والشروط في عقد الزواج ورتب عن تخلف كل منهما آثار سنتطرق إليها تبعا.

1 – ركن التراضي في عقد الزواج:

يعتبر عقد الزواج عقدا مدنيا، ولكي ينتج آثاره، يجب توافر ركن التراضي بين الزوجين Le consentement des deux époux[7] فلا ينعقد الزواج إلا بوجود طرفين أحدهما الزوج والآخر الزوجة على أن تتطابق إرادة كل واحد منهما مع الآخر وهو ما يعبر عنه في الفقه المالكي بركن الصيغة والتي يراد بها اللفظ الدال على حصول الزواج وتحقه إيجابا وقبولا[8]، وهو أيضا ما كرسه المشرع الجزائري حيث نصت المادة 10 من قانون الأسرة على ما يلي : " يكون الـرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا". إذا اختل ركن التراضي اعتبر الزواج باطلا Le mariage est déclaré nul si le consentement est vicié وهو ما نصت عليه المادة 33 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري[9].

2 – شروط عقد الزواج :

حصر المشرع الجزائري شروط عقد الزواج في أهلية الزواج، والصداق والولي والشاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج وهو ما نصت عليه المادة 9 مكرر، بينما اعتبرت هذه الشروط قبل التعديل الذي طرأ على المادة بموجب الأمر رقم 05 – 02 السالف الذكر أركـانا يترتـب على

[7] المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري : " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ".
[8] انظر طاهري حسين – الأوسط في شرح قانون الأسرة دار الخلدونية الطبعة الأولى 2009 ص 22 .
[9] انظر المادة 33 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري.

تخلفها البطلان وهو ما أقرتها المحكمة العليا في بعض قراراتها[10]. تعتبر أهلية الزواج La capacité au mariage من أهم الشروط الواجب توافرها في هذا العقد حددها المشرع الجزائري 19 سنة كاملة لكل من الرجل والمرأة وقت إبرام العقد، بينما حددها المشرع المغربي 18 سنة كاملة[11]، مع العلم أنها كانت محددة 21 سنة كاملة بالنسبة للرجل و18 سنة بالنسبة للمرأة[12]، ولعل السبب في تحديد أهلية الزواج 19 سنة هو التقيد بأهلية الأداء الكاملة المحددة في القانون المدني[13]. القاعدة العامة إذن توافر أهلية الزواج لدى الزوجين، غير أنه استثناء عن هذه القاعدة يجوز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل بلوغ السن القانونية لكل من الزوجين متى دعت المصلحة أو الضرورة إلى ذلك، شريطة التأكد من قدرة الطرفين على الزواج[14]، لم يحدد المشرع الجزائري القاضي المختص بترخيص زواج القصر أهو قاضي الموضوع أم قاضي الأمور المستعجلة، لكن بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نجده يمنح لرئيس قسم شؤون الأسرة (قاضي الأحوال الشخصية) الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، وبذلك فإن الترخيص المسبق بالزواج يكون لقاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على ذيل عريضة[15].

كما أنه لم يحدد الإجراءات التي يجب على القاضي إتباعها عند الترخيص بزواج القصر، على خلاف ذلك اشترط المشرع المغربي أن يتم الترخيص بمقرر معلل يبين فيه المصلحة

---

[10] ملف رقم 34137 قرار بتاريخ 08 / 10 / 1984 – زواج – وجوب توافر أركانه عدم وجودها أو بعضها – انعدام الزواج وخرق لأحكام الشريعة الإسلامية.

[11] المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية : تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية.

[12] المادة 7 من القانون رقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة قبل تعديلها .

[13] المادة 40 من القانون المدني: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد 19 سنة كاملة. "

[14] المادة 7 فقرة 1 من قانون الأسرة.

[15] المادة 425 من القانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جريدة رسمية عدد 21
المؤرخة في 23 أبريل 2008 .

والأسباب المقررة لذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي، ومقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن(16)[16].

يكون تقدير السن القانوني للزواج خلال إبرام العقد وليس وقت الدخول، إلى جانب الرضا والأهلية القانونية للزواج اشترط المشرع حتى يكون العقد صحيحا تحديد الصداق La dot في العقد سواء كان معجلا dans l'immédiat أو مؤجلا[17] à terme وحضور الوليEl wali وهو أبوها Son père أو أحد أقاربها Un proche parent أو أي شخص تختاره المرأة Toute autre personne de son choix والقاضي ولي من لا ولي لـه Le juge est tuteur de la personne qui en est dépourvue، كما اشترط المشرع حضور الشاهدين Les deux témoins وأن يكون العقد خاليا من الموانع الشرعية للزواج L'exemption des empêchements légaux au mariage يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا Le mariage est déclaré nul si le consentement est vicié.[18][19]

إذا كان المشرع قد رتب على تخلف ركن الرضا البطلان المطلق ، فإنه في حالة ما إذا تم الزواج بدون شرط الشاهدين أو الصداق أو الولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.[20]

ثانيا : الإجراءات الشكلية الواجب إتباعها عند إبرام عقد الزواج:

---

16 انظر المادة 20 من مدونة الأسرة المغربية.
17 انظر المادة 9 مكرر فقرة 2 والمادة 15 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري.
18 انظر المادة مكرر9 فقرة 4 من قانون الأسرة.
19 انظر المادة 33 من قانون الأسرة .
20 انظر المادة 33 فقرة 2 من قانون الأسرة.

بالإضافة إلى وجوب توافر ركن الرضا والشروط السالفة الذكر، ألـزم المشـرع الطـرفين المتعاقدين الزوج والزوجة بإفراغ رضاهما في شكل معين، بحيث يجب أن يبرم أمام الموثـق Le notaire أو أمام المـوظف المؤهل قانـــون[21] Le fonctionnaire légalement habilité ، غير أنه كثيرا ما يلجأ الأطراف إلى إبرام العقد العرفي " أي العقد بالفاتحة " دون احترام الشكلية التي نص عليها القانون، ومن ثم نحاول التطرق في من خلال هذا العنصر إلى الإجراءات الشكلية التي ألزم المشرع الأطراف بها عند إبرام عقد الزواج .

1. الأشخاص المؤهلون قانونا لإبرام عقد الزواج :

يبرم عقد الزواج أما أمام الموثق وإما أمام الموظف مؤهل قانونا، يقصد بالموظف المؤهل قانونا، ضابط الحالة المدنية الذي هو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو نوابه، كما يجوز لرئيس المجلس أن يفـوض أي عون بلـدي يقوم بـوظيفة دائمة لا يقـل عمـره عن 21 سنة لممارسة مهامه كضابط للحالة المدنية لتسجيل وقيد جميع العقود بما فيها عقد الزواج[22]. أما خارج الوطن يعتبر ضباط الحالة المدنية رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية أو رؤساء المراكز القنصلية، و يجوز أن ينوب عن هؤلاء من يقوم بمهامهم بموجب مقرر من وزير الخارجية شـريطـة أن يكونوا موظفين في السـلك الدبلوماسي[23] كل عقد لا يبرم أمام الموثـق، أو الموظف المؤهل قانونا يعتبر عقدا عرفيا والعقد العرفي هو العقد الذي يبرم بحضور جماعة من المسلمين وبتوافر الشروط والأركـان الشرعية إلا أن مثل هذه العقود لا ترتب آثارها القانونية أي (الحقوق والواجبات، إلا بعد تثبيتها بحكم من الحكمة المختصة (قسم الأحوال الشخصية) .

---

[21] انظر المادة 18 من قانون الأسرة .

[22] انظر المواد 1 و 2 و 3 فقرة 2 من الأمر رقم 70 – 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية.

[23] انظر المادتين 2 فقرة 4 و104 من قانون الحالة المدنية .

2. الوثائق المطلوب تقديمها أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا :

يجب على طرفي عقد الزواج تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن 3 أشهر تثبت خلوهما من أي مـرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، كما يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الـزواج من خضـوع الطرفين للفحوصات الطبية، ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعـارض مع الزواج ، ويؤشر على ذلك في عقد الزواج[24]، يعتبر هذا الأجراء جديدا لم يكن مكرسا في ظل القانون رقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة.

كـما يحق للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع الأحكام الواردة في القانون[25].

غير أن المشرع الجزائري خص بعض الفئات بأحكام خاصة منها موظفي وموظفات الأمن الوطني[26]، وكذا أفراد الجيـش الوطني الشعبي وأفراد الدرك الوطني[27] حيث يجب عليهم الحصول على ترخيص مكتوب من السلطة الوصية عليهم وللحصول على الرخصـة ينبغـي تقديم طلـب مكتوب يوجه إلى الجهة الإدارية التي لها صـلاحية توظيفهم في مدة ثلاثة أشهر قبل الاحتفال، كما يجب إرفاق الطلب بنسخة من شهادة ميلاد الزوج وشهادة الجنسية. إن انعدام الرخصة الخاصة بموظفي وموظفات الأمن الوطني لا يؤثر في صحة العقد[28].

---

[24] انظر المادة 7 مكرر من الأمر رقم 05 – 02 المعدل للقانون رقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة.
[25] انظر المادتين 18 و 19 من قانون الأسرة الجزائري
[26] انظر المادتين 23 و 24 من المرسوم رقم 83 / 481 المؤرخ في 13 أوت 1983 والذي يحدد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني على أن موظفي وموظفات الأمن الوطني.
[27] انظر المنشور الصادر عن وزارة العدل المؤرخ في 25 جوان 1969 تحت رقم 364 والنصوص المتعلقة بالنظام العسكري فإن أفراد الجيش الوطني الشعبي وأفراد الدرك الوطني.
[28] انظر الملف رقم 357345 قرار مؤرخ في 17 / 06 / 2006 مجلة قضائية عدد 01 لسنة 2007.

أجاز المشرع الجزائري في ظل قانون الأسرة بموجب المادة 20 الملغاة بأحكام الأمر 05 – 02 لوكيل الزوج أن يبرم عقد الزواج باسم الزوج ، شريطة أن يقدم وكالة خاصة محررة من قبل الموثق، غير أن هذه المادة لم يعد لها أثر في القانون الجديد، مما يستدعي تطبيق القواعد العامة الواردة في القانون المدني والخاصة بأحكام الوكالة مادام أن عقد الزواج هو عقد مدني كما سبق الذكر. حددت المواد 74 ، 75 و 76 من قانون الحالة المدنية الوثائق الواجب تقديمها لضابط الحالة المدنية عند تسجيل عقد الزواج، أهمها:

- شهادة ميلاد كل من الزوجين لا تتعدى مدتها ثلاثة أشهر، أو بطاقة التعريف الوطني أو الدفتر العائلي للوالدين.
- شهادة إقامة للزوج .
- الترخيص المقدم من القاضي بالنسبة للذي لم يتوفر فيه شرط السن القانوني للزواج.
- رخصة الزواج التي يتطلبها القانون بالنسبة للأجانب، موظفي الأمن الوطني، أفراد الجيش الشعبي الوطني والدرك الوطن .
- شهادة وفاة الزوج السابق أو حكم الطلاق النهائي بالنسبة للزوجة التي انحلت علاقتها الزوجية بسبب الطلاق أو الوفاة.

3. تسجيل عقد الزواج والبيانات التي ترد فيه:

لم يتعرض المشرع في ظل أحكام قانون الأسرة على كيفية تسجيل عقد الزواج ومكتفيا بوجوب مراعاة الضابط المؤهل قانونا عند إبرام عقد الزواج الأركان والشروط المنصوص عليها في المادة 9 من قانون الأسرة، غير أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الحالة المدنية في مادته 72 نجدها تفرق بين حالتين:

أ – إذا تم تحرير العقد أمام موثق فإنه يقوم بتسجيله في سجلاته ويسلم للزوجين شهادة تثبت ذلك ثم يقوم بإرسال ملخص عن العقد في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة ثلاثة أيام ابتداء من تاريخ تسليمه ويمنح للزوجين دفتر عائليا، كما يسجل بيان الزواج على هامش عقد ميلادهما وهو ما نصت عليه المادة 72 فقرة 02 من قانون الحالة المدنية.

ب – إذا أبرم العقد أمام ضابط الحالة المدنية فإنه وفقا لنص المادة 72 فقرة 1 من قانون الحالة المدنية، على هذا الأخير أن يقوم بتسجيل عقد الزواج ويسلم إلى الزوجين دفترا عائليا.

هذا عن الكيفية التي يجب إتباعها لتسجيل عقد الزواج أما فيما يخص البيانات التي يجب أن ترد في عقد الزواج تضمنتها المادة 73 من قانون الحالة المدنية على النحو التالي:

- ذكر بأن عقد الزواج قد تم وفقا للشروط القانونية.
- ذكر كل من ألقاب وأسماء وتواريخ و مكان ميلاد كل من الزوجين.
- ذكر ألقاب وأسماء والدي الزوجين.
- ذكر ألقاب وأسماء ومهن الشهود.
- ذكر الترخيص بالزواج المنصوص عليه قانونا بالنسبة للأشخاص التي يتطلب القانون فيهم ذلك.
- ذكر الإعفاء من السن الممنوح من القاضي بالنسبة للزوج أو الزوجين اللذين لم يكملا سن الأهلية القانونية.

الخاتمة :

يتبين من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري في ظل التعديلات الأخير التي طرأت على قانون الأسـرة حاول مسايرة التحولات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي شاهدتها البلاد نتيجة العولمـة، وحـاول المشـرع أن يزيل بعض القيود التي كانت حملا ثقيلا على المرأة الجزائرية، عندما أعاد النظر في طبيعة العقد الذي يربطها بشريكها الاجتماعي حيث اعتبره عقـد مدنيا أطرافه الأسـاسية الـزوج و الزوجة، ومن تم جعل أهم ركن في العقد يـؤدي إلى البطـلان هو ركـن التراضي، وما عداه شروط لا يؤدي إلى البطلان بل إلى الفسخ كما سبق ذكره.

كما أنه قيـد إبـرام هذا العقـد لمصلحـة الطرفين بقيود أهمها ضرورة تقديم شهادة طبية قبل لإبرام عقد الزواج وذلك لخطورة الآثار التي قد تنجـر عليهـا أولا، ثم على الأبناء فيما بعد ولقد أحسن المشرع الجزائري في هذه الحالة.

كما أحسن المشرع الجزائري عندما منح المرأة الحرية في اختيار من يتولى أمر زواجها حيث أثبت الحيـاة العمليـة والمنـازعات التي تطرح أمام الجهات القضائية تعسف الأولياء ورفض حضورهم عند إبرام عقد الزواج بسبب الخلافات السابقة (الطلاق) مما كان يصعب من وضعية المرأة عن إبرامها للعقد .