

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

قطب جامعة أم البواقي

مدرسة الدكتوراه دراسات قانونية

تخصص قانون شؤون الأسرة

الزواج العرفي وطرق إثباته

مدير المذكرة:
د. مختار بوعبد الله

إعداد الطالبة:
ريمة هبير

لجنة المناقشة

- د. محمد مراح أستاذ محاضر (أ) جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي، رئيساً
د. مختار بوعبد الله أستاذ محاضر (أ) جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي، مقررًا ومشرفًا
د. إبراهيم هادفي أستاذ محاضر (أ) جامعة العربي التبسي - تبسة، عضواً
د. محمد الصالح روان أستاذ محاضر (أ) جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي، عضواً

السنة الجامعية: 2012/2011

شكر

الشكر أولاً وأخيراً لله سبحانه وتعالى الذي أكرمني بهذه المذكرة التي يسرها لي، اللهم لك الحمد والشكر كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك.

أما بعد:

يطيب لي أن أتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساهم من قريب أو بعيد في إعداد هذه المذكرة وأخص بالذكر الأستاذ المشرف الدكتور: بوعبد الله مختار، عرفاً مني بمجهوداته المبذولة في سبيل خدمة البحث العلمي.

و للأستاذ محمد رضا التميمي الذي كان خير سند.
والأستاذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة.

الإهداء

إلى روح والدي العزيز، رحمه الله وسكن مثواه الجنة.
إلى التي عبّدت طريقي بحنانها ... أمي الحبيبة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله الذي شرع لعباده الأحكام لمصالح وحكم، وبين في كتابه المحكم أصول دين الإسلام، وثبت قواعده سنة نبيه الكريم. الصلاة والسلام على الرسول الأمين محمد خاتم الأنبياء المرسلين وحكيم المشرعين، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم من الأئمة المجتهدين الذين لم يألوا جهدا في الإحاطة بأحكام الشريعة وتحريير قواعدها واستنباط فروعها من أصولها.

خلق الله الإنسان وجعله خليفة في الأرض إلى أمد لا يعلمه إلا هو، وسن لهذا الهدف وسيلة الزواج، ومنه جعل الاستمرار البشري في إطار شرعي يحفظ للزوجين أنفسهما ودينهما، ولذلك فقد أحلته كل الأديان واعتبرته رباطا دينيا مقدسا ذو فائدة دينية ودنيوية.

فقد أمر ديننا الحنيف الشباب بالزواج لأنه يتماشى مع الطبع الإنساني والقيم الدينية والنفسية والاجتماعية، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: "تناكحوا تناسلوا فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة".

وقد حاولت المجتمعات البشرية منذ القدم جعل الزواج في إطار محدد وذو صبغة موحدة تفرقه عن باقي العلاقات غير الشرعية الأخرى وجعلت من انعقاده مناسبة سارة يفرح لها الأهل والمقربون، ومن انحلاله نكبة تلحق بطرفي العقد وأهليهما، وحرصت في ذلك على إتباع إجراءات معينة تعطي لهذا العقد الهبة والقوة الدينية، شأنها شأن المشرع الجزائري الذي خص الزواج بأحكام وقواعد محددة.

ومع تغير أحوال الناس من تفشي الكذب ونقص الوازع الديني وذيوع حالات الجحود والنكران للعلاقة الزوجية، رأى ولي الأمر إلزام الأفراد بتوثيق عقود

زواجهم بالكتابة وأمام الجهات الرسمية المكلفة بترسيم عقود الزواج، ومن دون وثيقة الزواج لا يعتد به من الناحية القانونية لا سيما بآثاره، وإن كان من الناحية الشرعية صحيحا بتوافره على كل أركانه وشروطه.

ولعلّ السبب في ذلك يعود إلى ما ترتب عن هذا الجحود النكران من آثار وخيمة تتلخص في ضياع الأنساب، وتحطيم دعائم الأسرة وركائزها التي دب فيها التوتر والنزاع والقلق وتفكك المجتمع.

ومن هنا تتضح أهمية عقد الزواج العرفي في:

أهمية الموضوع:

إن موضوع عقد الزواج العرفي من المواضيع التي تثير جدلا كبيرا على المستويين الفقهي والقانوني، وذلك لما قد ينجز عنه من آثار خطيرة يؤدي عدم الاهتمام به والوقوف على معوقاته بالسلب على الأسرة والمجتمع معا.

ولعل أهم الوسائل التي هي محل أخذ ورد مسألة عدم توثيق عقد الزواج لأن في هذه النقطة بالذات تترتب آثار خطيرة تهدد كيان الأسرة وما يحيط بها.

ذلك أن من الآثار التي تتجم عن الزواج العرفي قضايا إثبات البنوة وأخرى لِنفيه، خاصة في حالة تهرب الآباء من مسؤوليتهم وإنكارهم لفلذات أكبادهم مما يعود بالسلب على الأطفال، حيث يولدون بغير نسب أو هوية، مما ينجر عنه عقد نفسية وانحرافات سلوكية تكون معولا لهدم المجتمع، والأمثلة العملية والقضايا في ذلك كثيرة ومتكررة أمام المحاكم.

كما أن الزواج العرفي يساعد على انتشار الفاحشة داخل المجتمع، وهذا ما أكده علماء النفس والاجتماع، وهذا أمر بديهي ونتيجة حتمية لمثل هذا السلوك.

كذلك فإن الزواج العرفي معول هدم لروح المسؤولية لدى الأزواج، حيث يرى الشاب المتزوج أن مثل هذا الزواج له الإرواء الغريزي للشهوة بسهولة ويسر دون أن يتحمل أعباء مالية أو معنوية مما يشجعه على العزوف عن توثيقه، ويتحلل منه دون أدنى إحساس بالمسؤولية أو صحة ضميره تجاه زوجته وأبنائه.

ويثير الزواج العرفي مشاكل قانونية، فهي كثيرة لا حصر لها، وكم هي كثيرة قضايا إثبات الزواج وإثبات البنوة، التي تعج رفوف القضاء ومكاتبه بها، ويطول الفصل فيها.

وانطلاقاً من الأهمية التي يكتسبها هذا الموضوع ارتأينا توليه بالبحث والدراسة.

3. إشكالية البحث:

إن إشكالية البحث تتمثل في الإجابة على التساؤلات الأساسية الآتية: إذا كان الزواج الرسمي أو الموثق لا يطرح مشكلة في إثباته الذي يتم عن طريق مستخرج من تسجيل الحالة المدنية، وفي ترتيبه لآثاره فإن الإشكال يطرح في حالة الزواج العرفي بحيث تبرز عنه إشكاليات من الناحية القانونية والعملية من حيث:

- مفهوم الزواج العرفي وتحديد أركانه وشروطه.
- الفرق بين عقد الزواج العرفي وغيره من عقود الزواج الأخرى.
- إبراز أسباب عقد الزواج العرفي وبيان الآثار المترتبة عنه، هل هي تنحصر في طرفي العقد أم تتعداها إلى أطراف أخرى؟
- ومن حيث طرق إثباته، هل نلجأ لطرق الإثبات المقررة في الشريعة الإسلامية فقط أم النظرية العامة للإثبات؟

- هل يكفي في إثباته دليل واحد أم لابد من تقديم عدة أدلة؟
- وما هي الدعاوي التي يمكن أن تعرض أمام القضاء بمناسبة تسجيل هذا العقد؟
- وما هي إجراءات تسجيله؟

4. أهداف الدراسة:

- إن أي بحث علمي لابد أن تكون له أهداف يسعى إلى تحقيقها، ومن بين الأهداف التي سطرتها في هذا البحث ما يأتي:
- تأصيل موضوع الزواج العرفي من الوجهة القانونية والشرعية.
- بيان موقف رجال القانون والقضاء وعلماء الشريعة في موضوع الزواج العرفي والآثار والأحكام المترتبة عنه.
- الوصول إلى مدى إمكانية الامتداد بآثار الزواج العرفي.
- توضيح وإبراز الإجراءات في إثبات هذا النوع من الزواج في قانون الأسرة الجزائري.
- جمع ما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية الفقهية والقانونية، وإخراجه في رسالة جامعية وأكاديمية، لكي يستفيد منها طلبة العلم والقضاة والباحثون سواء في المجال الفقهي أو القانوني.

5. أسباب ودوافع اختيار الموضوع:

ولقد دفعني إلى اختيار هذا الموضوع أنه من المسائل الهامة في هذا العصر واختلفت فيه آراء الفقهاء اختلافاً بيناً، كما جاء هذا البحث عقب صدور الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة، وما صاحب ذلك من تداعيات وصراعات بين تيارات وقوى متضاربة.

- رغبتى النفسية في التطرق إلى المسائل المتعلقة بمحور الزواج وجميع الجوانب التي تحيط به.

- أهمية موضوع الزواج العرفي وخاصة أنه موضوع الساعة وقلة الدراسات حوله كان لي حافزاً ودافعاً للكتابة فيه.

- إصدار وزارة الشؤون الدينية لتعليمية تقضي بإجراء العقد الإداري قبل العقد الشرعي.

- كثرة القضايا المتعلقة لإثبات الزواج العرفي وأخرى بإثبات نسب الأبناء الناتجين عنه والتي زادت في الآونة الأخيرة بشكل رهيب.

- الرعب الإعلامي حول مخاطر الزواج العرفي وتفاقمه خلط الكثير من الدارسين القانونيين وحتى الشرعيين بين مفهوم صور الزواج غير الموثق من بينهم الزواج العرفي.

6. الدراسات السابقة:

- يعتبر موضوع الزواج العرفي من الموضوعات الجديدة إلا أن الدراسات الأكاديمية المتخصصة فهي تكاد تكون نادرة ومن هذه الدراسات:

- رسالة ماجستير والذي تطرق إلى هذا الموضوع بصفة عامة بعنوان "إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته، ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي"

الطالبة معزوز دليلة، والمتطلع في هذه الدراسة يجد أنها وإن تطرقت إلى موضوع تسجيل الزواج وإثبات الزواج العرفي إلا أنها وظفتها من زاوية أخرى طبعة بحثها وبالتالي هذه الدراسة عامة ومتخصصة السابقة الذكر.

7. المنهج المتبع:

-لقد اتبعت في كتابة بحثي هذا عدة مناهج علمية حاولت الالتزام بها قدر الإمكان ألخصها في النقاط التالية:

-المنهج الاستقرائي (الاستدلالي) أساسا عن طريق تتبع الآراء الفقهية في مختلف المذاهب وكذا النصوص القانونية والاجتهادات القضائية من أجل الوصول إلى مدى إمكانية ترتيب الزواج العرفي بآثاره وطرق إثباته في الحالات المعروضة، كما قمت باستقراء ما ورد في قانون الأسرة الجزائري لا سيما التعديل الجديد له.

-كما أستعين بالمنهج التحليلي، كونهما الأنسب لمثل هذه الدراسات المعتمدة أساسا على تحليل آراء الفقهاء واستنتاج النصوص القانونية، والأحكام القضائية -كما اعتمدت على المنهج المقارن في بعض جزئيات البحث بين الشريعة والقانون.

-مع الأخذ بالمنهج التاريخي للوقوف عند أهم التطورات التي مر بها التشريع الجزائري بخصوص هذه الإشكالية.

8. صعوبات البحث:

مما لاشك فيه أن لكل عمل يقوم به الإنسان صعوبات ومشاق وأهم الصعوبات التي اعترضتني عند طرق هذا البحث هي ما يأتي:

- ندرة الدراسات السابقة في موضوع بحثنا فعلى الرغم من الأهمية البالغة للبحث إلا أننا نجد أن الباحث الجزائري قد عزف عن تناوله والتعرض إليه بالشكل المطلوب باستثناء بعض الإشارات العابرة للموضوع في بعض الرسائل والمذكرات، ضف إلى ذلك أغلب هذه الدراسات كانت في ظل قانون الأسرة الغير معدل.

- صعوبة الحصول على الوثائق التي تخدم البحث من الجهات المعنية.

- قلة المراجع التي تخدم الموضوع.

- ومن الصعوبات التي واجهتنا أيضا فقر الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا الموضوع، مما حتم علينا الاستعانة بالاجتهاد القضائي المصري لإثراء البحث من الناحية القضائية.

9. منهجية البحث:

- طبيعة الموضوع الذي يدور حول دراسة ما اعتمده التشريع الجزائري ومدى استناده للشريعة الإسلامية في ذلك.

- استلزم تتبع المادة العلمية في كل المراجع المتوفرة في الكتب القانونية المتعلقة بالقانون الجزائري بأغلب فروعه مع إعطاء أمثلة عن باقي الدول.

- ورجعت في غالب الأحيان إلى مصادر هذه القوانين بالجرائد الرسمية وأيضا اعتمدت على بعض الوثائق الرسمية المنشورة في المواقع الوزارية على شبكة الانترنت ومن أجل البحث عن الحقيقة الشرعية لكل جزئية لجأت

إلى المصادر وأمهات الكتب التي صنفها الفقهاء وقمت بتدعيم البحث بنصوص شرعية من الكتاب.

- وذكرت المواد القانونية برقمها والقانونية المأخوذة منه في متن البحث.

- وأحيل عليها في الهام لذكر رقم القانون وتاريخه والجريدة الرسمية التي نشر بها.

- إذا ذكر المصدر أو المرجع لأول مرة فإنني أذكر جميع معلوماته أما إذا تكرر ذكره اكتفيت بذكر اسم المؤلف وكتابه المرجع السابق ثم الصفحة والجزء إن وجد.

- قمت بالتعريف ببعض المصطلحات في الهامش وبعض الشروحات اللازمة وفي

تهميش المصادر والمراجع في البحث قمنا بذكر اسم ولقب المؤلف، عنوان الكتاب الطبعة، دار النشر، مكان النشر، سنة النشر، الصفحة.

فإذا كان المصدر أو المرجع لا يتوفر على طبعة أو تاريخ النشر أشير إلى ذلك (د.ط) و(د.ت).

- كما قمت بتهميش الرسائل العلمية كمايلي:

اسم الباحث، عنوان المذكرة، درجتها، اختصاصها، الكلية، الجامعة، التاريخ والصفحة.

10. الخطة المتبعة:

قسمت هذا البحث عملا بالمنهجية العلمية إلى فصلين ومقدمة وخاتمة وفيما يلي عرض موجز لكل فصل وما اشتمل عليه من مباحث:

- تعرضت في الفصل الأول إلى ماهية الزواج العرفي من خلال ثلاث مباحث

تناولنا في الأول منهما إلى: مفهوم الزواج العرفي، بينما خصصنا الثاني إلى

أركان وشروط وجزاء تخلفهما أما المبحث الثالث فخصصناه لآثار الزواج العرفي.

- أما الفصل الثاني فقد تصدينا فيه لدراسة طرق إثبات الزواج العرفي وتسجيله أين قسمناه هو الآخر إلى مبحثين اثنين، الأول فيهما تعرضنا فيه لدراسة طرق إثبات الزواج العرفي، بينما خصصنا الثاني لتسجيل عقد الزواج العرفي.
- أما الخاتمة فقد تناولت فيها أهم النتائج والتوصيات المتوخاة من هذا البحث متبوعة بفهرس وقائمة المراجع.

خطة موجزة للبحث

المقدمة

الفصل الأول: ماهية الزواج العرفي

المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي

المبحث الثاني: أركان وشروط عقد الزواج العرفي وجزاء تخلفهما

المبحث الثالث: آثار عقد الزواج العرفي

الفصل الثاني: طرق إثبات الزواج العرفي وتسجيله

المبحث الأول: طرق إثبات الزواج العرفي.

المبحث الثاني: لتسجيل عقد الزواج العرفي

الخاتمة

الفصل الأول

ماهية الزواج العرفي

الفصل الأول: ماهية الزواج العرفي

يشكل موضوع الزواج العرفي أحد الموضوعات المعاصرة الهامة والثرية من الناحية الفقهية التي تتميز بالجدل الواسع القائم بين فقهاء القانون لا سيما فيما يخص جوانبه وأثاره، هذا ما سنحاول تبيانه ضمن الفصل الأول من بحثنا الذي خصصناه لمحاولة إبراز مفهوم الزواج العرفي (المبحث الأول)، ثم التطرق لأركانه وشروطه وجزاء تخلفها (المبحث الثاني) و أخيرا آثاره (المبحث الثالث).

المبحث الأول

مفهوم الزواج العرفي

لضبط مفهوم الزواج العرفي ارتأينا أنه من المنهجي أن نعرفه (المطلب الأول) ثم أن نعرض على أسباب اللجوء إليه (المطلب الثاني)، و أخيرا أن نبرز أوجه المقارنة الممكنة مع صور أخرى للزواج (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تعريف الزواج العرفي

سنتطرق إلى تعريف الزواج العرفي لغة (الفرع الأول) واصطلاحاً (الفرع الثاني) وبيان حكمه في الفقه والقانون (الفرع الثالث).

الفرع أول: الزواج العرفي لغة

أولاً: الزواج في اللغة:

من الزوج وهو خلاف الفرد وزوج المرأة بعلمها، وزوج الرجل امرأته وتزوج من بين فلان نكح فيهم⁽¹⁾، وزوج الشيء وزوجته إليه قربه، ولقد جاء في القرآن ما يرادف هذا المعنى في قوله تعالى: ﴿وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عَيْنٍ﴾ أي قرناهم بهن⁽²⁾ وقوله: "وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ" أي اقترنت بأبدانها وأعمالها. والزوج يطلق على الذكر والأنثى لقوله تعالى: "﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾ [البقرة / آية 35] ، ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى﴾ [النجم آية/45]⁽³⁾.

2. العرفي في اللغة

هذه الكلمة مأخوذة من "العرف" وتعني في معجم اللغة العربية فيقال عرف يعرفه عرفه، عرفاً، ومعرفة واعترافاً.

(1) - ابن فارس أبو الحسين أحمد بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي ج3، ط3، القاهرة، 1981، ص 35.

(2) - الفيروز أبادي (مجد الدين محمد بن يعقوب)، القاموس المحيط، المطبعة الميرية، ج 1، مصر، 1301هـ، 1991.

(3) - الفيروز أبادي، المرجع نفسه، ج1، ص 254.

وهي من عرف العرفان أي العلم ورجل عروف وعروفة، ويعرف الأمور وعريف القوم سيدهم وعرف بذنبه عرفا، واعترافا والمعروف ضد المنكر كالعرف والمعروف لا يتحسن من الأفعال وعرفه طيبة وزينة والعرف، والعرف النخل إذا بلغ الإطعام والعرف والعروف الرمل المرتفع⁽¹⁾ والعرف المنجم⁽²⁾.

الفرع الثاني: الزواج العرفي اصطلاحا

أولا: الزواج.

1. تعريف الزواج في الاصطلاح الفقهي.

عرف الفقهاء الزواج بتعريفات مختلفة نوردتها فيما يأتي:

عند الحنفية: "عقد يفيد ملك المتعة قصدا"⁽³⁾.

عند الشافعية: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح ونحوه"⁽⁴⁾.

عند المالكية: "عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجبة قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدتها حرمتها في الكتاب على المشهود أو الإجماع على الآخر"⁽⁵⁾.

من خلال تعاريف الفقهاء نخلص أن الزواج عقد، ذلك أنه فيه إيجاب وقبول على

مجرد احتراز به من العقد على المنافع والذوات متعة التلذذ، فأخرج بذلك المتعة لأنها

من الأمور المعنوية والتلذذ من الأمور الحسية، غير عالم حرمتها أخرج نكاح المتعة

(1) - ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، ج 4، (دط)، ص 2897-2902، باب العين المادة "عرف".

(2) - الفيومي (أحمد بن محمد بن علي المقرئ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار القلم بيروت، لبنان، (دط)، ج1، ص 553.

(3) - الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ج2، القاهرة، مصر، ص 94.

(4) - الشافعي، الأم، دار الفكر، بيروت، ط2، ج2، 1983، ص 15.

(5) - أحمد بن غنيم بن سالم، الفواكه الدواني على رسالة أبو زيد القيرواني، مطبعة السعادة، (دط)، ج 2، مصر 1331هـ، ص 150.

والمحرمات، إن حرمتها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر أي كل ما حرم بالكتاب والسنة والإجماع⁽¹⁾.

وقد وضع أبو زهرة تعريف كاشفاً لحقيقة عقد الزواج والمقصود منه حيث عرفه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد لديهما من حقوق وما عليه من واجبات"⁽²⁾ وهو التعريف المختار هنا لأنه يبين حقيقة ومقصد عقد الزواج من كونه عقداً غايته أسمى من مجرد حل المتعة بين الزوجين أولاً وهو التناسل وحفظ النوع الإنساني، أما المتعة ليست مقصودة لذاتها بل لأجل التناسل.

2. تعريف الزواج في القانون

عرفت المادة 4 من قانون الأسرة الزواج بأنه: «عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب»⁽³⁾.

فمن خلال قراءتنا لنص المادة 4 نستخلص أن المشرع الجزائري على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين قصدوا عقد الزواج على حل المتعة والاستمتاع بين الزوجين رقى بالزواج إلى أسمى مراتبه ورسم له أهدافاً ومقاصد يسعى لتحقيقها، فمن جهة له هدف شخصي لكل من الزوجين وهو الإحسان وآخر أسري بتكوينه أسرة قائمة على المودة والرحمة والتآلف والتعاون بين أفراد الأسرة الواحدة، وهدف

(1) - الرصاص (أبو عبد الله محمد الأنصاري)، شرح حدود بن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان الطاهر المعموري دار الغرب الإسلامي، ط1، ج1، بيروت، لبنان، 1993، ص 235.

(2) - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، (دط)، ص 44.

(3) - المادة 4 من قانون الأسرة (قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984) معدلة بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005 ج.ر. العدد 15،

اجتماعي من كونه يساهم في استمرارية النوع الإنساني، وبالتالي يحافظ على بقائه وكل ذلك في ظل نظام محكم بضوابط ثابتة لأن ترك تكوين أسرة بلا نظام ولا ضابط يترتب عليه من المفسد ما لا يحصى ولا يعد ولوجدت ذرية لا تعرف لها أصلا ولا نسبا ولتفكك المجتمع واختل كما هو الشأن في دول المغرب"⁽¹⁾.

فالتشريع المغربي أعطى للزواج صيغة القداسية حيث أطلق على الزواج ميثاق

الذي هو العهد المتضمن للعقد مع الإحساس بالمعنى الروحي المطلوب في الترابط الزوجين وتماسكهما، وذلك مأخوذ من قوله تعالى: " وَأَخَذْنَا مِنْهُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا " النساء الآية 21 فقد سمى الله سبحانه وتعالى عقد الزواج بالميثاق"⁽²⁾.

وقد عرفه قانون الأحوال الشخصية الأردني في الفصل الأول المادة الثانية لأنه:"الزواج عقد بين رجل وامرأة له شرعا لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما"⁽³⁾، كما يعرفه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة الأولى منه أنه:"الزواج عقد بين رجل وامرأة يحل له شرعا، غايته إنشاء رابطة بالحياة المشتركة والنسل"⁽⁴⁾.

ثانيا: تعريف العرف في الاصطلاح.

هو ما تعارفه الناس، وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك⁽⁵⁾، وعرفوه أيضا بأنه ما اعتاده الناس وساروا عليه في شؤون حياتهم⁽⁶⁾، ومن هنا نخلص إلى مفهوم الزواج العرفي من خلال هذه التعريفات:

(1) - محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة والزواج، دار الشهاب، (دط)، باتنة، ص 91.
(2) - إدريس الفخوري، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، (دن)، ط1، 1993، ص 29.
(3) - قانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، موسوعة التشريعات العربية.
(4) - المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 17/09/1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، موسوعة التشريعات العربية، محمد بن بونس، نبيل سعد.
(5) - عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط9، الكويت، 1970، ص 99.
(6) - عبد العزيز خياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى، عمان، (دط)، 1977، ص 24.

عرفه سليمان الأشقر بأنه: «عقد لم يسجل في المحكمة ولم يجري على يد مأذون ولم تصدر فيه وثيقة الزواج»⁽¹⁾.

عرفه حسن منصور بأنه: «زواج أفرغ في ورقة عرفية، ولم يتدخل الموظف العام المختص في تحريرها»⁽²⁾.

عرفه محمد إبراهيم بأنه: «هو زواج اكتملت فيه أركان الزواج الصحيح، ولكنه لم يوثق من الحكومات القائمة في هذا البلد الذي تم فيه العقد»⁽³⁾.

عرفه بوحلاسة عمر بأنه: «تلك العقود التي جرت في الماضي وفق أصول الشريعة الإسلامية ولم تسجل الحالة المدنية، في وقتها القانوني»⁽⁴⁾.

عرفه بدوي علي بقوله: «عقد يحل رجل وإمرأة أبرم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وتم فيه الدخول بالزوجة، إلى بيت الزوجية ولم يسجل في سجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانون لذلك»⁽⁵⁾.

فمن خلال التعاريف السابقة للزواج العرفي نصل إلى أنه زواج متوافر على جميع الأركان الشرعية من رضا الزوجين وولي الزوجة وشهود والإعلان، وكل ما في الأمر أنه لم يوثق لدى الجهات المكلفة بتسجيله، وقد اصطلح عليه الفقهاء الزواج العرفي، لأنه يتم وفق ما تعارف عليه الناس منذ عهد رسول الله -ص-

(1) - عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، بيروت، ط2، ص 177.

(2) - حسن حسن منصور، المحيط في مسائل الأحوال الشخصية، (دن)، ط2، الإسكندرية، ص 195.

(3) - محمد أبو هيثم، ظاهرة منحرفة انتشرت باسم الزواج العرفي، 2002/01/09

موقع: www.uslamway.com

(4) - عمر بوحلاسة، "عقود الزواج المغفلة"، نشرة القضاة، ع2، أبريل 1989، ص 16.

(5) - بداوي علي، مقال عقود الزواج العرفية، بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني، ع02.

كما يطلق عليه اسم الزواج المغفل لإغفاله بعدم تسجيله، ويصطلح عليه عقد زواج شرعياً لأنه مكتمل الأركان الشرعية، كما يطلق عليه الزواج بالفاتحة لاقتترانه بها.

وتجدر الإشارة هنا أن مصطلح الزواج العرفي مصطلح حديث وهو في مقابل عقد الزواج الرسمي أو الموثق.

الفرع الثالث: حكم الزواج العرفي

الأصل أن الزواج العرفي متى كان مستوفياً لكل شروطه الشرعية، فإنه زواج صحيح يترتب عليه كل الآثار الشرعية للزواج سواء للزوج أو الزوجة أو الأبناء.

ولكن لأسباب عدة إنه قد حصل شبه إجماع لدى الفقهاء المعاصرين بأن الزواج العرفي المستكمل لأركانه وشروطه الشرعية والغير الموثق لدى الجهات المكلفة بذلك يوشك أن يكون زواجا مكروها كراهة قانونية واجتماعية ترتب الكراهة الشرعية وقد علل الفقهاء حكمهم هذا بالحجج والأدلة الآتية:

1. أن الزواج العرفي عرضة للإنكار ويؤدي إلى ضياع حقوق الزوجة الشرعية والقانونية⁽¹⁾.

2. أن فيه مخالفة لأمر ولي الأمر، وطاعته واجبة، فيما ليس بمعصية، ويحقق مصلحة العباد.

كما صدر عن الفقهاء المعاصرين فتوى بتحريمه ومنعه بل ومنهم من دعا إلى تحريم الزواج العرفي⁽²⁾.

(1) - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 177.

(2) - عبد الرحيم فودة، الزواج السري والعرفي، مجلة لواء الإسلام، ع 02، السنة التاسعة عشر، 02 فبراير 1965، مطابع مذكور وأولاده، القاهرة، مصر.

فالعقد العرفي عبث وكثير ما تمليه الشهوات، والنزوات، فبعد عرضنا لبعض آراء الفقهاء المعاصرين في حكم الزواج العرفي يتبين لنا ضرورة تسجيل عقد الزواج أمام الجهات الرسمية المكلفة بذلك، وهو واجب شرعي على كل مقبل على الزواج فمن لا يلتزم بذلك فهو آثم وإن كان العقد صحيحا تترتب عليه آثاره الشرعية.

وهذا لما يترتب على عدم توثيقه من فساد وضياع لحقوق الزوجة والأولاد وعلى الآباء أن يلتزموا بأمر ولي أمرهم ولا يزوجوا بناتهم زواجا عرفيا وأن يحرصوا على توثيقه، وحماية للنظام العام، وصونا لحقوق الزوجة والأبناء.

المطلب الثاني

أسباب اللجوء إلى الزواج العرفي

تعددت أسباب اللجوء للزواج العرفي ويصعب تحديدها جامعا، إن ذلك يحتاج إلى كثير من الأبحاث والإحصاءات الدقيقة والمتنوعة، فضلا على هذا غالبا ما يتم الزواج سرا. قد أجهد الباحثون أنفسهم وتعددت بهم السبل في دراسة الظاهرة التي يمكن حصر أسبابها في أسباب دينية (الفرع الأول) وقانونية (الفرع الثاني) واجتماعية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الأسباب الدينية.

هي من أهم الأسباب المؤدية إلى هذه الظاهرة، ويمكن حصرها في قلة الوازع الديني واندثار القيم والمبادئ القومية، فضلا عن السلوكيات الدخيلة التي ليست من الدين في شيء ولرغم أهمية هذه الأسباب الدينية والتي تؤكد عليها أحكام المحاكم

والأبحاث التي تجري فالتهوين من شأنها قائم وتغيب الوازع الديني حائم ولا حول لنا ولا قوة إلا بالله العظيم⁽¹⁾.

كما يعد اضطراب الفتوى وتضاربها بين العلماء واختلافهم بشأن الحكم الشرعي للزواج غير الموثق سببا آخر من أسباب انتشاره⁽²⁾، فالبعض من المفتين يحل الزواج العرفي والآخر يحرمه، فلا بد من التفصيل والبيان حتى يصطلح كل فريق على حقه فما يتوافق مع الضوابط الشرعية للزواج الإسلامي لحلها، وما تخالفه نحرما وننكره كذلك لابد من تحصيل أدوات النظر في الكتاب والسنة.

وتجنب الرخص أو زلات العلماء، فلكل جواد كبوه، ولكل عالم زلة⁽³⁾، ومن يقول على الله ورسوله الكريم ويقول في القرآن برأيه فليتبوأ مقعده من النار لأن المتكلم بالرأي إن أصاب الحق مرة سيخطئه آلاف المرات.

الفرع الثاني: الأسباب القانونية.

تعد الأسباب القانونية أحد أهم العوامل التي تدفع الأفراد نحو التهرب من توثيق عقود زواجهم، خاصة بعد تعديل قانون الأسرة⁽⁴⁾، ويقصد بها القيود القانونية التي تفرضها الأحكام الجديدة عند إجراء عقود الزواج، حيث استحدثت المشرع شروطا يتعذر على بعض الأفراد تلبيتها، مما أدى إلى تزايد ملحوظ لظاهرة الزواج العرفي. يمكن حصر الأسباب القانونية فيما يأتي:

(1) - مجلة منير الإسلام، عدد شهر صفر، سنة 1418هـ، ص 87 وما بعدها.
(2) - فارس محمد عمران، الزواج العرفي، والصور الأخرى للزواج الغير رسمي، دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية، 2001، ص 71.
(3) - سميع عبد العظيم، الزواج العرفي، دار القمة، دار القمة، دار الإيمان، (دط)، الإسكندرية، 2002، ص 36-37-38.
(4) - الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

أ- القيود المفروضة على تعدد الزوجات.

أباح المشرع للزوج الحق في تعدد الزوجات (الفقرة الأولى من المادة 8 ق.أ.)
 (في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة
 بالتطليق)⁽¹⁾، وجاء في المادة 08 مكرر 01 "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا
 يستصدر الزوج ترخيصها من القاضي وفقا لشروط المادة 08 أعلاه" إلا إنه أخضعه
 لقيود (الفقرة 2 و الفقرة 3 من نفس المادة) اعتبرها البعض ثقيلة بالنسبة لهم ولم يجدوا
 سبيلا سوى اللجوء إلى الزواج غير الموثق، يترتب على عدم مراعاة الزوج لهذه
 الشروط القانونية الحق لكل زوجة في التطليق⁽²⁾ أو فسخ عقد الزواج بالنسبة للزوجة
 الثانية في حالة عدم الدخول⁽³⁾.

إن إقران الزواج بالتعدد ليس أمرا سهلا كما يعتقد البعض و خاصة الرأي العام
 الغربي الشائع يحث لا يكفي الاقتناع الذاتي بإباحته الشرعية و إبلاغ الزوجة السابقة
 بل لا بد من تجسيد كل هذه الترتيبات في ترخيص قضائي يؤكد صحتها و إلا لا بد
 مسبقا من حل الرابطة الزوجية القائمة و مواجهة تبعاته. فللمطلقة تعسفا الحق فيما
 يجبر تضررها و لحاضنة الحق في نفقة لها و لأبنائها و في مسكن⁽⁴⁾، إن عدم احترام
 هذه الواجبات يشكل حالة الإهمال العائلي يجرمه و يعلق عليه قانون العقوبات⁽⁵⁾.

وعليه كان الزواج العرفي هو السبيل الوحيد الذي يجده الزوج للتهرب من
 الالتزامات المترتبة على الزواج في حالة رغبته في التعدد⁽⁶⁾ مع تمسكه بزوجه الأولى

(1)-المادة 8 ف. 1 ق.أ: «يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل».

(2)-المادة 8 مكرر ق.أ: «في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بتطليق».

(3)-المادة 8 مكرر 1 ق.أ: «يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه».

(4)-المادة 72 ق.أ: «في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار».

(5)-طالع المادة 331 من قانون العقوبات.

(6)- فاطمة مصطفى، الزواج العرفي، (دم)، (دن)، ط1، 1998، ص 24-26.

الأولى والحفاظ على أسرته مثلا، و يستعمل هذا الطريق كأمر واقع يصبح فيه القاضي مجبرا على تثبيت الزواج في حالة إثبات النسب⁽¹⁾.

في الواقع، إن هذا الحل هو حل ضعيف مؤقت وغير مجدي لأنه لا يزيل التدليس وتبقى العلاقة الزوجية المرغب في المحفظة عليها مهددة وغير مطمئنة كونها مرهونة بمدة التستر و الإخفاء.

ب- بسبب العجز على إستكمال ملف اكتاب عقد الزواج

يفرض قانون الأسرة على طالبي الزواج إحضار وثائق الإدارية (لاسيما عقد الميلاد) وشهادة طبية من أجل التوثيق الرسمي للعقد، فإذا تخلفت وثيقة واحدة يمتنع ضابط الحالة المدنية أو الموثق عن تحريره.

قد تشكل وثائق الحالة المدنية قيودا يصعب على بعض الأفراد تحصيلها خاصة وأن منهم من لم يسجل بالحالة المدنية وبالتالي لا يملك أي وثيقة تثبت هويته، الأمر الذي يدفعه للزواج دون توثيق⁽²⁾، ويلزم القانون المطلقين إحضار شهادة الطلاق بالنسبة للرجل وشهادة تثبت استنفاذ العدة (شهادة إثبات الطلاق منذ أكثر من ثلاثة أشهر)، فبالنسبة للأخيرة إنها لا تسلم غالبا إلا بعد إحضار نسخة من حكم الطلاق ونسخة من محضر تبليغ الحكم، وأمام صعوبة استخراج مثل هذه الشهادة، يضطر الأفراد للزواج العرفي⁽³⁾.

بالنسبة لموظفي الأمن وأفراد الجيش الشعبي الوطني والدرك الوطني إن القوانين الخاصة التي يخضعون لها تلزمهم بالحصول على ترخيص مسبق بعد فحص

(1) - منير إدعيس، منتدى لمناقشة قانون الأسرة الجديد، الجزائر ، 2007/03/21.

الموقع: www.amangordan.org.mebek

(2) - جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الميزان الإسلامي، مراجعة علي أحمد عبد العال، الطهطاوي، الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 96.

(3) - بدوي علي، مرجع سابق، ص 161.

اجتماعي حول العائلة المراد مصاهرتها، إن استصدار الرخصة من الهيئة المستخدمة قد يأخذ وقتاً طويلاً كما قد ينجم عنه رفضها لأسباب موضوعية، كل ذلك يشكل في وسط هذه الفئة من أعوان الدولة دافعا لمجانبة الزواج الرسمي والموثق وفقا للقانون.

حدد المشرع سن الزواج بـ 19 سنة كاملة بالنسبة للزوجين (المادة 7 ق.أ) إلا أنه يجوز للقاضي الترخيص بالزواج قبل ذلك⁽¹⁾، وعليه فإن الإجراءات المتبعة للحصول على الرخصة القضائية التي تسمح بالزواج دون السن القانوني تدفع بعض الأولياء الذين هم بحاجة لأن يزوجوا أبنائهم أو بناتهم دون سن الزواج إلى التزويج العرفي ريثما يكتمل سن أهلية الزواج الرسمي.

الفرع الثالث: الأسباب الاجتماعية.

من الأسباب الاجتماعية ما هو نتيجة تفاعل عوامل نفسية واقتصادية وأخرى معبرة عن إنحلال أخلاقي وثقافي.

أ- تفاعل العوامل النفسية والاقتصادية.

إن انتشار ظاهرة العنوسة في المجتمع الجزائري يدفع الشباب، خاصة الشبابات إلى السعي على عدم التأخر عن الزواج كرهبتن في الزواج مباشرة بعد إتمام الدراسة، لأن التقدم في السن يعتبر بالنسبة للأنثى عائق من عوائق الحياة، هذا الاعتقاد، الذي تساهم فيه مكانة المرأة في مجتمعنا، هو دافع مميز يقف وراء تقبل الزواج العرفي وانتشار الانحرافات الجنسية⁽²⁾.

كما تعتبر الصعوبات المادية التي تحيط بكثير من الشباب في الآونة الأخيرة من أكبر معوقات الزواج، الأمر الذي يدفعهم للزواج العرفي من بينها ظاهرة المبالغة في

(1) - طالع النص الكامل للمادة 7 ق.أ .

(2) - فاطمة مصطفى، المرجع السابق، ص 30-32.

تكاليف الزواج كغلاء المهور إضافة إلى انتشار البطالة وانخفاض المستوى المعيشي للجزائريين وعدم توفر المسكن، وكل هذه العوامل تعتبر من العقبات التي تقف في طريق الزواج الرسمي مما يجعل اللجوء إلى الزواج الغير الموثق التسهيلات التي يوفرها.

ب- الانحلال الأخلاقي والثقافي.

كأن يرغب الرجل في النصب والاحتيال على المرأة وخداعها وبما أن التوثيق يقيده فإنه يفضل عدم توثيق عقد الزواج حتى ما إذا حقق هدفه السيئ ينفصل منها بسهولة دون أن يتحمل أدنى مسؤولية.

كما تعتمد بعض النساء إلى اتخاذ الزواج العرفي أداة لكسب أموال طائلة من الرجال مما يحقق لها الكسب السريع والمربح فتنقل من رجل ثري إلى آخر بزواج الفاتحة أو الزواج العرفي ضاربة عرض الحائط بعرضها وشرفها، و منها رغبة بعض الأسر في الزواج بناتهم من أجانب استهدافا وطلبا للمال، بتزويجهن عرفيا، ومن الدوافع المالية كذلك، لجوء أرملة إلى الزواج العرفي رغبة منها في الاحتفاظ بمعاش زوجها المتوفي⁽¹⁾.

تناقص دور الثقافة الإسلامية بين الشباب، وهو أمر واضح في مناهج التعليم بمراحلها المختلفة، وفي وسائل الإعلام المتنوعة، والثقافة المتواجدة على الساحة. ومن العوامل الهامة التي ساعدت على انتشار هذا الزواج، وفي ظل غياب أو تغيب الثقافة الإسلامية الموضحة سلفا، الاختلاط المباح دون رقابة أو حدود ولفترات طويلة ولغير حاجة بين الشباب والشابات.

(1) - جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الميزان الإسلامي، مراجعة علي أحمد عبد العال، الطهطاوي، الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 96.

الإحساس النفسي للرجل والمرأة على السواء تجاه علاقتهما غير السوية، هذا الإحساس يزيد من الصراع الداخلي لديهما والإحساس بعقدة الذنب وعدم مصداقية هذه العلاقة وإنما مرفوضة شكلا وموضوعا من المجتمع، وتخفيفا لذلك يحاول إيجاد مهرب ومبرر ظاهري لتيقن هذه العلاقة في صورة الزواج العرفي.

المطلب الثالث

مقارنة الزواج العرفي بغيره من صور الزواج

لقد يقع الخلط بين الزواج العرفي والزواج الرسمي وبين الزواج العرفي والزواج السري، لذا فإننا سنحاول رفع اللبس و تبيان أوجه التشابه والاختلاف بين هذه المفاهيم عن طريق المقارنة بين الزواج العرفي والزواج الرسمي من جهة (الفرع الأول)، و بين الزواج العرفي والزواج السري من جهة ثانية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقارنة بين الزواج العرفي والزواج الرسمي.

عرف الفقهاء الزواج العرفي بأنه الزواج الذي يتوافر على ركن (الرضا المتمثل في صيغة الإيجاب والقبول بين القابلين على الزواج) وشروط (الأهلية، الصداق، الولي الشهود وانعدام الموانع الشرعية) غير انه لم يوثق في الدوائر الحكومية، إنه غالبا عقدا شفاهيا يتم بين يدي إمام المسجد بحضور جماعة المسلمين (قد يقع أن تكتب فيه ورقة عرفية تتضمن اعترافا بالزوجية).

بالنتيجة لما سبق، إن الزواج الرسمي هو الزواج المكتمل من حيث الأركان والشروط وتم تثبيت صحته في عقد محرر أمام موظف رسمي مؤهلا قانونا لتوثيق

عقود الزواج الأمر الذي يضفي الرسمية على هذا العقد، هنا يكمن الفاصل الجوهرى بينهما.

يمكننا استدراك ما سبق على النحو الآتي: يتقارب كل من الزواج العرفي والزواج الرسمي من حيث ضرورة تطابقهما مع أركان الشريعة الإسلامية، إلا أنهما يختلفان من حيث قيمتهما الوضعية⁽¹⁾ التي تتجلى من حيث الآثار و من حيث الحجية. أ. من حيث الآثار.

يرتب الزواج العرفي آثاراً شرعية تتمثل في وجوب النفقة للزوجة والأبناء الطاعة للزوج وثبوت نسب الأبناء وغيرها من الحقوق، أما من الناحية الرسمية فإن القانون، و إن كان لا ينكره، فهو لا يأخذ بما يترتب عليه من آثار إلا إذا كان مسجلاً لدى الجهات المكلفة بتسجيله، أما الزواج الرسمي تترتب عليه كل الآثار الشرعية والقانونية⁽²⁾.

ب. من حيث الحجية.

إن الزواج العرفي ولو أثبت بالشهود أو بوثيقة عرفية، فإنه يقبل الطعن فيه كما هو قابل للإنكار.

أما الزواج الرسمي فهو وثيقة رسمية مسلمة من أجهزة الدولة لا تقبل الإنكار ولا يجوز الطعن فيها بحال، وبها يثبت الزواج قطعاً غير أنه يقبل الطعن بالتزوير.

(1) - بمعنى القانون الوضعي.

(2) - أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، ط 2، الأردن، 2005، ص 132.

ج. من حيث سماع الدعوى.

لا تسمع دعوى الزواج العرفي سواء تعلقت بذات الزوج أو الآثار المترتبة عليه: دعاوى النفقة، أو الميراث، أو الطلاق. في حين تسمع دعوى الزواج الرسمي أو أي حق مترتب عليه أمام المحاكم وهو يضمن حقوق الزوجة والأولاد.

نصل هكذا إلى أن الزواج العرفي، وإن كان مكتمل الأركان الشرعية، فهو مع ذلك لا يضمن حقوق المرأة والأولاد خاصة في حالة الإنكار، خاصة وأن التوثيق أصبح من تنظيمات الدولة، وقد أوجبه ولي الأمر وطاعته واجبة، ومخالفته تكون إثماً.

الفرع الثاني: المقارنة بين الزواج العرفي والزواج السري

قد يتداخل الزواج العرفي والزواج السري تداخلاً كبيراً بحيث يخفي على بعض أهل العلم تبيين الحد الفاصل بينهما، وقد يدخل بعض الباحثين زواج السر في الزواج العرفي، فيفتح هذا التوجه باب شر كبير، وهذا خطأ وغلط في المفهوم فالزواج العرفي غير الزواج السري.

فالزواج العرفي زواج صحيح مكتمل الأركان والشروط لكن ينقصه التوثيق لدى المصالح الرسمية وهو زواج صحيح شرعاً غير معترف بآثاره قانوناً.

أما الزواج السري فهو ما يتم بدون شهود وبدون ولي وشهود مع التواصي بالكتمان إذ تغلب عليه السرية، وهو باطل شرعاً وعند عامة العلماء.

وهذا ما أكده الدكتور فرج زهران الدمرداس في مقال له بعنوان "الزواج العرفي" حيث يتكلم عن الزواج السري فيقول: «إن تسمية هذا النوع من الزواج باسم الزواج العرفي، تسمية غير صحيحة ولا تتفق مع الحقيقة والواقع لأن معنى كون الشيء عرفياً أن الناس قد تعارفوا عليه وارتضوه ولم يألفوه بحيث أنه إذا أطلق لفظ

الزواج فإنه لا ينصرف ولا يعني إلا شيئاً واحداً عند العامة والخاصة، وهو الزواج الذي يحضره الولي ويدعو إليه القريب والبعيد [...] فإن هذه التسمية خاطئة وغير صحيحة، وليكن الاسم صحيحاً والمناسب له هو الزواج غير العرفي»⁽¹⁾.

فالزواج العرفي يتم برضا الزوجين، وحضور الولي، وشهادة الشهود، ويتم فيه الإعلان غير أنه لم يسجل في سجلات الرسمية وهو زواج صحيح شرعاً.

وزواج السر فهو نوعان زواج يتم بإيجاب وقبول من الرجل والمرأة من غير حضور الشهود والولي ولا يكون في إعلان وهو زواج باطل بإجماع الفقهاء وهو من جنس السفاح قال ابن تيمية « ولا نكاح السر من جنس نوات الأخدان»⁽²⁾.

فالفرق بينهما هو وجود السرية والرغبة في الكتمان وعدم الظهور، أما الزواج العرفي فيه الإشهار والإعلان ويشتهر بين الناس.

فيعترف القانون بالزواج العرفي، ويلزم إثباته في وثيقة رسمية حتى يرتب آثاره الشرعية القانونية.

فzواج السر أشبه بزواج المتعة ولا يعتد به القانون وهو في حكم الزنا، والمقصود منه الاستمتاع بعيداً عن رقابة المجتمع والقانون والقيم الدينية⁽³⁾.

(1) - فرح زهران الدمرداس، الزواج العرفي، من منظور شرعي، مجلة الأمواج، ع 01، الإسكندرية، الموقع: www.amwague

(2) - ابن تيمية، أحكام الزواج، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، (دط)، بيروت، لبنان، 1996، ص 165.

(3) - أحمد الشرباصي، الموسوعة الشرباصية في الخطب المنبرية، دار الجيل، (دط)، ص 59.

المبحث الثاني

ركن وشروط عقد الزواج العرفي وجزاء تخلفهما

سبق توضيح أن الزواج العرفي هو عقد زواج كامل مطابق لأحكام الشريعة الإسلامية غير أن القانون الوضعي لا يرتب عليه أثرا رسميا كونه لم يتم تسجيله لتصبح له قوة إثبات يؤخذ بالاحتجاج بها أمام السلطات العمومية، وله مقومات لا يقوم بدونها، تتمثل أساسا في ركن وشروط التي يقع أن يتم خلطها¹. هذا ما يهمننا التركيز عليه في هذا المبحث بتناول ركن عقد الزواج (المطلب الأول) وشروطه (المطلب الثاني) ثم جزاء تخلف كل منهما (المطلب الثالث).

المطلب الأول

ركن عقد الزواج العرفي : الرضا

يجمع الفقه الشرعي و القانوني كما تتطابق مختلف التشريعات الوضعية وكذا الاتفاقيات الدولية في ما أن الرضا هو عنصر جوهري لصحة عقد الزواج، ذلك ما يجزنا حتما بالتدقيق في طبيعته و المقصود به (الفرع 1) ثم كيفية التعبير عليه (الفرع 2) و أخيرا شروط صحته (الفرع 3).

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للرضا والمقصود به

يهمننا في هذا الفرع أولا تحديد الطبيعة القانونية للرضا في تحقيق الزواج بصفته عقد بين طرفين، ثم سنعالج ما المقصود به.

(1) - هذا ما يمكن استخلاصه من تشريع الأسرة الجزائري من خلال المادة 9 الأصلية ثم بعد تعديلها، المادة 9 الأصلية ق.أ: «يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصدق». سوت هذه المادة بين عناصر اتمام العقد الأربعة إلا أن المشرع قد انتهج مسلكا مخالفا سنة 2005 حيث احتفظ بعنصر الرضا وحده بمادة مستقلة (المادة 9 السابقة) الخاصة باتمام عقد الزواج و تناول باقي العناصر (مع اضافة أخرى) في مادة جديدة (المادة 9 مكرر) جاعلا منها شروطا لصحة العقد: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشرود الآتية: - أهلية الزواج، - الصداق، - الولي، - شاهدان، - انعدام الموانع الشرعية للزواج».

أولاً: الطبيعة القانونية للرضا

لقد نص المشرع الجزائري سنة 1984 في المادة 9 من قانون الأسرة على أنه: «يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي وشاهدين وصداق»⁽¹⁾ جاعلا هكذا من العناصر الأربعة المشار إليها ذات نفس القيمة القانونية لصحة عقد الزواج يصعب تصنيفها أركاناً أو شروطاً، بينما تراجع ضمن تعديل سنة 2005 على هذا الموقف بإدخال تباين شكلي واضح بين العناصر السابقة الذكر بحيث قام أولاً بفصلها وتوزيعها في مادتين مستقلتين: المادة 9 و المادة 9 مكرر ومستعملاً كل مرة تعبيراً قانوني يفيد التحول في قيمتها القانونية⁽²⁾، كيف يمكن تقدير الطبيعة القانونية للرضا في انعقاد الزواج كما هو منصوص عليه في المادة 9: هل هو ركن له أو شرط من شروطه؟ لمحاولة حسم هذه المسألة، لا بد من توضيح معنى كل من الركن و الشرط.

الركن لغة هو «أحد الجوانب القوية التي يستند إليه الشيء ويقوم به، وهو أقوى جوانب الشيء»⁽³⁾؛ و اصطلاحاً، إنه ما يتوقف الشيء على وجوده وكان جزءاً في حقيقته⁽⁴⁾ وقيل ركن الشيء أي ما يتم به وهو داخل فيه.

(1) - قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984.

(2) - جاء في المادة 9 أن عقد الزواج ينقذ «بتبادل رضا الزوجين»، و جاء في المادة 9 مكرر «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية [...]». من الواضح أن العناصر التي سبف جمعها في المادة 9 من قانون الأسرة قبل تعديله قد تغيرت قيمتها القانونية و أصبحت ركناً (الرضا - المادة 9) و شروطاً (الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدان و انعدام الموانع الشرعية للزواج - المادة 9 مكرر).

(3) - حسن حسنين، أحكام الأسرة فقها وقضاء، دار الأفاق العربية، 2001، ص 95.

(4) - رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر 2001، ص 34.

(1) أما الشرط فيعرف في اللغة بأنه «إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه»⁽¹⁾ والشرط جمعه شروط وهو القيد أو الحكم⁽²⁾؛ الشريطة هي ما هو مشروط. الشرط هو العلامة⁽³⁾، ومنه أطلقت كلمة الشرط في اللغة على ما يشترطه المتعاقد في تعاقدته والتزاماته اتجاه نفسه أو غيره، فهو كالعلامة التي تميز العقد عن أمثاله باشتراط أحكام إضافية يتفق عليها طرفين⁽⁴⁾. من الناحية الاصطلاحية، الشرط هو كذلك ما يتوقف عليه وجود الشيء، بأن يوجد عند وجوده وينعدم بانعدامه. وقيل أن الشرط: «هو ما يتوقف عليه الحكم وليس بعلة الحكم، أي ما يلزم من عدمه عدم ولا يلزم من وجوده المشروط»⁽⁵⁾، مثال ذلك ما يطلبه المشرع لإبرام العقود، كشرط الأهلية، فإنها إلزامية في كل عقد، حيث أن فاقد الأهلية كالمجنون لا ينعقد عقده⁽⁶⁾. من هذا الجانب، إنه يتفق مع الركن كون كل منهما يتوقف عليه وجود الحكم: فإذا تخلف الركن بطل الحكم، وإذا تخلف الشرط فسد الحكم، أي أن الحكم يتوقف وجوده على وجودهما⁽⁷⁾. في آن واحد إنه يمكن التمييز بينهما بسبب أن الركن يعتبر جزءاً من حقيقة الشيء أو ماهيته، بينما يعتبر الشرط خارجاً من ماهية الشيء المشروط وحقيقته وليس جزءاً منه، مثلاً

(1) - بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، 1979، ص 460.

(2) - روعي البعلبكي، المورد الثلاثي، دار العلم للملايين، 2004، ص 107. - والشريطة هي الشرط المشروط، والشرط هو العلامة: أنظر محمد عبد الله قاسم، المعتمد، دار صادر، بيروت، 2000، ص 305. - ومنه أطلق الشرط في اللغة على ما يشترطه المتعاقد في عقوده والتزاماته اتجاه نفسه أو غيره، فهو كالعلامة التي تميز العقد عن أمثاله باشتراط أحكام إضافية يتفق عليها طرفين: أنظر رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 27-28..

(3) - محمد عبد الله قاسم، المعتمد، دار صادر، بيروت، 2000، ص 305.

(4) - رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 27-28.

(5) - نور الدين عباسي، اتقان الضبط في الفرق بين السبب والشرط، مجلة الموافقات، المعهد الوطني العالي لأصول الدين الجزائر، 1995، العدد 04، ص 27-28.

(6) - كوثر كامل علي، شرط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، 1983 ص 36-37. وقد يستعمل الشرط للدلالة على أركان العقد وشروط صحته، فيسمى بالشرط الشرعي أو القانوني.

(7) - لمطاعي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1996/1995، ص 24-25.

الركوع: إنه ركن من الصلاة لأنه جزء من حقيقتها والوضوء شرط في صحة الصلاة لأنه أمر خارج عن ماهيتها.

أخذا بما سبق نستطيع القول بأن وجود و حقيقة عقد الزواج يتوقف على الرضا وهو القائم الذي يقوم عليه ويتوقف وجوده عليه رغم الاختلاف في تسميته: فهناك من يطلق عليه تسمية "الإيجاب والقبول" وهناك من يسميه "الصيغة" وهناك من يسميه "العنصر النفسي" في عقد الزواج⁽¹⁾، وهذا الاختلاف لفظي فقط أما المعنى فهو واحد. عند إذن، يصبح الرضا الركن الوحيد والأساسي لعقد الزواج و هو ما يستنتج من فحوى المادة 9، بخلاف ما احتوته المادة 9 مكرر من مجرد شروط. إن المادة 9 من قانون الأسرة تجعل من الرضا العنصر الوحيد الذي ينعقد الزواج بمقتضاه و بالتالي ينعدم بانعدامه و الأمر في ذلك بسيط إنه يستلزم توفر الإرادة.

ثانيا: المقصود بالرضا.

تنص المادة 10 من قانون الأسرة أن الرضا يكون « بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا» مضيفة أنه «يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أم عرفا كالكتابة والإشارة». إذا تأملنا في هذه المادة لم نجد فيها تعريفا مجرد للرضا على طريقة الصيغ التقليدية والمعتادة لتعاريف التصورات القانونية، و إنما في شكل تأكيد المشرع على الكيفية التي يتم فيها الرضا وبالتالي يمكن اعتبار مضمون المادة 10 تعريفا غير مباشر: ما هو الرضا كركن للزواج؟ الرضا هو تبادل الإيجاب و القبول لطرفين للفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

(1) – الغوتي بن ملح، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 49.

يشارك تعريف المشرع الجزائري مع التعريف الفقهي في المعنى العام للرضا الذي يعرفه السيد سابق بأنه « توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاره، وأنه ما صدر من الثاني يعتبر قبولا» (1). كما يعرفه الدكتور بدران أبو العينين بأنه « الإيجاب والقبول الصادرين الذي يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما» (2).

ومن هنا نستخلص أن ركن الرضا في عقد الزواج ينقسم إلى قسمين وهما الإيجاب والقبول و أن المادة 10 (فقرة 1) جاءت متفقة تماما مع ما اعتمده فقهاء الشريعة الإسلامية وهو أن ركن الرضا يتكون من شقين: الإيجاب والقبول؛ لكن ما يؤخذ على هذه المادة أنها حددت الإيجاب والقبول دون أن تعرفهما ولم تحدد شروطهما. لذا، وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة (3) نرجع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع.

أ. تعريف كل من الإيجاب والقبول.

أ.1. الإيجاب: هو ما يصدر من أحد العاقدين يدل على أنه يود الارتباط بعلاقة زوجية مع الطرف العقد الآخر ويسمى الذي صدر منه الإيجاب موجبا.

أ.ب. القبول: هو الكلام الذي يصدره المتعاقد الثاني الذي وجبه له الإيجاب يدل على موافقته على ما أوجبه الموجب ويسمى الشخص الذي صدر منه القبول قابلا.

ب. شروط صحة الإيجاب والقبول.

لصحة الإيجاب والقبول اشترط الفقهاء المسلمون أن تتوافر فيهما شروط معينة

منه ما اتفقوا عليها ومنها ما اختلفوا فيها وهي كالتالي:

(1) – سيد السابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط7، دار الكتاب العربي، ص 234.
(2) – بدران أبو العينين، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، ص 56.
(3) – المادة 222 ق.أ.: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

ب.1. **الشروط المتفق عليها:** اشترط الفقهاء أن يكون اجتماع إرادتي المتعاقدين على الزواج في مجلس العقد واتفقهما في القصد والهدف، ويجب أن يكون مجلس العقد متحدًا أي لا يفرق بين الإيجاب والقبول ما يعد شاغلا عنهما مثلًا يتكلم أحد العاقدين كلام أجنبي.

ب.2. **الشروط المختلف فيها:** على خلاف الحنابلة والحنفية اشترطت الملكية والشافعية لصحة الإيجاب والقبول أن تكون الفورية في القبول والإيجاب⁽¹⁾.

ومن هنا فالأصل في تحقيق الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يكون بالعبارة وقد يوجد أحدهما أو كلاهما بالإشارة أو الكتابة، في بعض صورته ولما كان الأصل فيه هو الألفاظ عن الفقهاء بيان الألفاظ التي ينعقد بها وهو ما يعرف بصيغة عقد الزواج.

الفرع الثاني: الصيغة اللفظية

التعبير على الرضا نوعان: بالكلام و بغيره.

أولاً: **التعبير بالكلام.**

اتفق الفقهاء المسلمين بأن الزواج ينعقد بألفاظ الزواج أو النكاح، منشدين في ذلك أن معظم الآيات والأحاديث المتعلقة بالزواج جاءت بهذين اللفظين كما اتفقوا على أن الزواج:

- لا ينعقد بالألفاظ الآتية: الإباحة، الإحلال، الإيداع، الإعارة، الرهن، الوصية، الإجازة وذلك بسبب أنها لا تؤدي إلى مفهوم الزواج حقاً⁽²⁾ والزواج من العقود الأبديّة لأنه يفيد ملك المتعة للزوج.

(1) - بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 65-66.

(2) - محمد مصطفى الشلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، ط2، بيروت، 1977، ص 71.

- وكذلك لفظ الوصية لأنها وإن أفادت التملك إلا أنه تملك مضاف إلى ما بعد الموت، والزواج التملك في الحال.

- كما أنه لا ينعقد بلفظ الإيجار لأنها وإن أفادت ملك المنفعة في الحال إلا أنها ملكية مؤقتة والزواج شرع على الدوام والتأبيد فصيغة الزواج يجب ألا تكون دالة على التأقيت، وألا يقترن بها ما يدل على هذا التأقيت صراحة، لأن مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها.

ذهبت المالكية والحنفية بأنه يجوز ويصح أن يكون الإيجاب بالألفاظ الآتية:
 الهبة التملك، البيع، الصدقة والجعل مشرتطين فقط أن تدل تلك الألفاظ على بقاء الحياة الزوجية مدى الحياة، في حين الشافعية والحنابلة قالوا بعدم صحة الزواج الذي يتم بالألفاظ المذكورة أعلاه، وما يلاحظ في اشتراط الفقهاء الألفاظ التي يتم بها عقد الزواج أن تشترط فقط أن يستعملها الموجب في إيجابه أما القابل فلا تشترط فيه وإنما يكفي أن يقول قبلت أو رفضت، وأنه وفقا لما جرت عليه العادة والعرف في الجزائر أنه يعمل بما ذهب إليه المذهب المالكي والحنفي بحيث يكفي أن يقول الموجب جئت أطلب ابنتك، مثلا، فيقول القابل: "إني أعطيك".

وذهب الإمام أبو زهرة إلى القول: «ولا ينعقد عقد الزواج إلا بالألفاظ الدالة عليه، سواء كانت لغوية عليه أم كانت مجازا مشهورا وصل إلى درجة الحقيقة اللغوية أم كانت مجازا وضعت فيه القرينة واستبيان المعنى حتى صار الكلام صريحا في إرادة الزواج»⁽¹⁾.

(1) - الغوتي بن ملحة، محاضرات قانون الأسرة بالمعهد الوطني للقضاء، 2002.

إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على اللغة التي يجب أن يعلن بواسطتها عن الرضا أو الاصطلاح الموجب استعماله⁽¹⁾، بل اكتفى فقط بذكر «بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا». في حين أن جمهور الفقهاء المسلمين متفقين على جواز عقد القران بغير اللغة العربية مستدلين في رأيهم على أن العقود تقوم على المعاني لا على الألفاظ والمباني.

هل يمكن استنتاج من صمت المشرع أنه يأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء؟

ثانيا: انعقاد الزواج بغير الكلام

بالنسبة لانعقاد الزواج بغير الكلام، فقد ميز الفقه بين حالتين: إذا كان العاقدان حاضرين معا في مجلس العقد وكان قادرين على النطق، فلا يصح الزواج بينهما بالكتابة لأنه اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة، ولأن الكتابة كناية، والنكاح لا ينعقد بالكناية.

أما إذا كان العاقدان غائبين فقد ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى المنع من إجراء عقد الزواج بالكتابة بين غائبين وأجاز ذلك الحنفية «حيث يجيزون للرجل الغائب عقد الزواج بالمراسلة وتعبيرا عن الرضا بواسطة الرسائل المكتوبة عندما تتضمن هوية الزوجة وتتم قراءة الرسالة علانية بحضور الشهود، وتعلن لمرسل إليها وقبولها أمامه، ولو لم تكن الرسالة قد تضمنت مقدار ونوع الصداق»⁽²⁾. في هذا السياق، نشير من باب الاستدلال أن القانون السوري قد أخذ

(1) – إن المسألة تتعلق بالتعبير على الرضا لا على اكتتاب عقد الزواج الذي لا بد أن يتم باللغة العربية وفقا لقانون التعريب و كذلك كما يقتضيه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المادة 8.

(2) – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 119.

بالكتابة و نصت في هذا الشأن المادة السابعة للأحوال الشخصية على أنه: «يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد العاقدين من الغائبين عن المجلس»⁽¹⁾.

تتجسد مسألة انعقاد الزواج بغير الكلام في وجهين: التعبير من طرف العاجز عن الكلام و التعبير عن طريق الهاتف.

أ. التعبير من طرف العاجز عن الكلام

قد يتعذر على احد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في الزواج لعائق فيه كالأخرص والأبكم، ولهذا اتفق جمهور الفقهاء على أنه إذا كان العاقدين أو أحدهما يعجز عن التعبير وكان يحسن الكتابة فإنه يعبر عن إرادته بواسطة هذه الأخيرة، لأنها طريقة تعبير أكثر بيانا من الإشارة.

أما المشرع الجزائري عندما نص في المادة العاشرة من قانون الأسرة بعد التعديل على أنه: «... ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة»، ويفهم من ذلك يمكن للأخرص التعبير عن الإرادة بالإشارة حتى ولو كان يعرف الكتابة، المهم أن تكون الإشارة لديها دلالة معروفة خصوصا لدى شهود العقد⁽²⁾.

(1) – خالد حمو إطلال حمادة، عقود الزواج بالكتابة، الطبعة الأولى، دار النفا عس، الأردن، عن طريق الانترنت، 2002، ص 89. – بالنسبة للقانون الوضعي الجزائري، إن المشرع قد تناول انعقاد الزواج بغير الكلام من خلال المادة 10 الفقرة الثانية من قانون الأسرة التي اقتصرت على حالة الشخص العاجز عن الكلام أو الكتابة ولم يتطرق إلى التعبير عن طريق الرسالة والمرسول.

(2) – محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 65.

ب. التعبير عن طريق الهاتف.

مما تجدر الإشارة إليه أن الزواج لا ينعقد بواسطة الهاتف لأن الشاهدان يسمعان كلام أحد العاقدان فقط، وسمعهما بالإيجاب وحده أو القبول وحده غير كاف لصحة العقد وكذلك لو شهد اثنان على كلام أحدهما وآخران على كلام الآخر، لا يعقد بذلك لأن الشهادة لم تكن على كامل العقد.

وأما عند من لا يشترط الشهادة فيمكن أن يقال أنه ينعقد متى تأكد كل من الطرفين من شخص آخر ومن وضوح عباراته والتأكد من ذلك عسير لاشتباه الأصوات وإمكانية تقليدها⁽¹⁾.

ثالثاً: الزواج المعلق (التعليق في الصيغة).

كما أنه يشترط في عقد الزواج أن يكون منجزاً وذلك بخلوه من التعليق على الشرط ويحتمل أن يتحقق أولاً وصيغته غير مضافة لأجل المستقبل. أما إذا اقترن الزواج بشرط يتمشى مع مقتضيات العقد ويساير ما تأمر به الشريعة الإسلامية فهذا جائز كاشتراط تعجيل بعض الصداق وتأجيل بعضه، وهو ما أشارت إليه المادة 19 من قانون الأسرة بقولها: « للزوجين أن يشترطاً في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.»

(1) - المرجع السابق، ص 70.

الفرع الثالث: شروط الرضا.

هناك شروط يجب أن تتحقق في ركن الرضا وهي كالاتي:

أولاً: أن لا يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية أو ناقص لها:

ويعد السفیه كامل الأهلية ولذلك يصح وينعقد عقد زواجه إذ لا حجر عليه في الزواج وأثاره، وأهلية الزواج في قانون الأسرة حددتها المادة 7 : «تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج».

ثانياً: أن يكون الإيجاب حازماً:

أي ينطوي على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به وعلى أساس توافر هذه النية أو انتقائها يفرق الفقهاء بين الإيجاب وبين الدعوة إلى التعاقد مع مراعاة أن القول بذلك من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا⁽¹⁾.

ثالثاً: أن يكون الإيجاب كاملاً: أي أن تتوفر فيه العناصر الرئيسية للعقد المراد إبرامه بحيث ينعقد العقد بمجرد اقتران القبول به.

رابعاً: أن يكون الرضا سليماً من كل العيوب:

وهي الإكراه والغلط والتدليس وهناك من يضيف الاستغلال، وقد نصت المادة 13 من قانون الأسرة أنه : «لا يجوز للولي، أيا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها»⁽²⁾.

(1) – العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، في طبعة 1999، بن عكنون، الجزائر، ص 60.

(2) – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/03/30، المجلة القضائية العدد الخاص، 2001، ص 35.

أما إذا ورد الإكراه بمعنى المنع وليس الإجبار فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أنه في هذه الحالة للقاضي أن يأذن بالزواج، حيث قضت غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بأنه: «من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون»⁽¹⁾.

أما في الغلط في فقد صدر قرار عن المحكمة العليا جاء فيه: «تعتبر الكفاءة كشرط لصحة الزواج ومعناها المساواة في المركز والأخلاق».

ولذا اعتبرت الكفاءة في صالح المرأة، وحسب الفقهاء فإن الكفاءة تتصل بالمال والجمال بالنسبة للمرأة، والكفاءة تتصل كذلك بخلو الزوج من العيوب المخلة بمقاصد الزواج، وإذا غابت الكفاءة كان غيابها من أسباب لزوم العقد لعدم وجود الرضا عند الزوجة⁽²⁾، إذن لانعقاد الزواج لابد من إرادة واعية وجدية، كما أن أساس الزواج هو الرضا والاختيار، وعليه فلا ينعقد الزواج بالإكراه المادي أو المعنوي.

المطلب الثاني

شروط عقد الزواج العرفي

بعد تطرقنا لشرط عقد الزواج العرفي، نعالج شروط هذا العقد وفقاً لما جاءت به الشريعة الإسلامية مع إسقاطها عند الحاجة على ما يأخذ به قانون الأسرة لإبراز القيمة الحقيقية لهذا الزواج الذي كل ما ينقصه، كما سبق التنويه به، هو الطابع الرسمي فقط، هذه الشروط تتمثل في الولي (الفرع الأول)، الشاهدين (الفرع الثاني)، الصداق أو المهر (الفرع الثالث) وأخيراً انعدام الموانع الشرعية للزواج (الفرع الرابع).

(1) – المحكمة عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

(2) – مجلة العلوم القانونية والسياسية، سنة 1968، عدد 04، ص 52.

الفرع الأول: الولي.

لا يوجد في القانون الوضعي الجزائري الخاص بالشؤون المدنية أو الأسرية تعريفاً للولي (1) مما يجبرنا البحث في هذا المفهوم على ضوء الشريعة الإسلامية بالتطرق إلى تعريف الولاية في الزواج ثم أقسامها، شروطها و أخيراً دليل شرعيتها.

أولاً: تعريف الولاية.

الإسلام هو دين وتماسك، فمن عجز عن رعاية مصلحته أقامت له الشريعة الإسلامية من يتولى أمره، ويحقق له النفع ويدفع عنه الضرر، لذا شرعت الولاية حفاظاً لحقوق العاجزين عن التصرف لسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها، ورعاية لمصالحهم وشؤونهم حتى لا تضيع وتهدر. فما هي الولاية في عقد الزواج؟

الولاية لغة: بكسر الواو، المحبة والنصرة (2)، وهي سلطة يملكها المرء على شيء من الأشياء ومنها أخذت كلمة الوالي الذي له سلطة ونفوذ على قطر معين (3).

الولاية اصطلاحاً: فيقصد بها الفقهاء "تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونهم (4)، أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذاً غير موقوف على إجازة أحد (5) ويقصد بالغير هنا القاصر والمجنون وباللغة في ولاية الاختيار.

(1) – يستعمل القانون المدني عدة مصطلحات تؤدي معنى تولي شؤون العاجزين: النائب القانوني – le représentant légal (م. 38)؛ الولاية – l'administration légale، الوصاية – la tutelle و القوامة – la curatelle (م. 44).

(2) – الدكتور بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2005، ص 118.

(3) – الأستاذ محمد مصطفى شلبي، أحكام أوصاف الإسلام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، بيروت، 1977، 253.

(4) – الأستاذ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، (سلسلة تبسيط القوانين)، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009، ص 93.

(5) – الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 107.

ثانياً: أقسام الولاية في الزواج.

يقسم فقهاء الإسلام الولاية إلى ثلاثة أقسام هي: الولاية على النفس، الولاية على المال، والولاية على النفس والمال معاً، وما يهمننا في موضوعنا هي الولاية على النفس والتي قسمت إلى قسمين أساسيين: ولاية إجبار وولاية اختيار.

أ. ولاية الإجبار: وهي الولاية الكاملة لأن الولي يقوم بإنشاء عقد الزواج دون أن يشاركه فيه أحد وهي تثبت كما اتفق عليه جمهور الفقهاء على الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة، وزاد على ذلك الإمام الشافعي والإمام مالك وأحمد بن حنبل على أن البكر حتى ولو كانت بالغة فتكون عليها ولاية الإجبار ما دامت لا تزال بكراً أما لمن تثبت هذه الولاية فقد اختلفوا فيها، فالحنفية ترى أنه تثبت للعصبة وذوي الأرحام أما الشافعي فقد ثبتها للأب أو الوصي الذي جعل له الأب ولاية الزواج وهذا ما ذهب إليه أحمد، إلا أن الوصي اشترط أن يكون الأب قد حدد الزواج⁽¹⁾.

ب. ولاية الاختيار (الاستحباب): وتسمى ولاية المشاركة وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة الراشدة من باب الاستحباب فقط؛ فالأصل وفق لموقف اجتهادي أن المرأة البالغة والمتبصرة لا ولاية عليها وتبرم عقد زواجها بنفسها وبعبارتها وإن يستحب أن يتولى وليها ذلك فقط وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف بالخروج عن التقاليد والأعراف⁽²⁾.

بالنسبة لعقد الزواج الرسمي، أو الوضعي، إن المشرع قد حسم مسألة الولي في عقد الزواج، جاء في المادة 11 من قانون الأسرة أن المرأة الراشدة «تعقد زواجها

(1) – الدكتور بدران أبو العينين بدران، فقه المقارن لأحوال الشخصية، الجزء الأول، (الزواج والطلاق)، درا

النهضة العربية بيروت، دون سنة.

(2) – الدكتور العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في الفقه الإسلامي، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1996، ص 119.

بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره» و أنه «دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القاصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأوليين والقاضي ولي من لا والي له»⁽¹⁾، و فيما يخص سلطة الوالي تجاه إرادة المرأة في الزواج فجاء نص المادة 13 صريحا: «لا يجوز للولي، سواء كان أبا أو غيره، أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يجوزها بدون موافقتها». في اعتقادنا، إن المراد بالقاصرة هو المرأة الصغيرة، ويتضح من تحليل هذا النص أن المشرع الجزائري قد ابتعد عن مذهبه وهو المذهب المالكي وأخذ برأي بعض الأفكار الفقهية التي لا تقول بولاية الإيجابار على الصغار. مما سبق، يظهر أن القانون الوضعي أكثر مرونة من ما يجمع فقهاء الشريعة مما يجعل الزواج العرفي له إمكانية واسعة الانتقال إلى الرسمية دون التعارض مع ما أقره قانون الأسرة.

ثالثا: شروط الولي:

ويشترط الإسلام في من يتولى إنشاء عقد الزواج أن تكون له حق الولاية والقدرة على إنشائه، وقد أجمع الفقهاء على أن المرء مادام بالغاً عاقلاً فله الحق في هذه الولاية.

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط التي يجب أن تتوافر في الولي ولهذا يجب الرجوع إلى ما حدده فقهاء الشريعة الإسلامية لنص المادة 222 من قانون الأسرة ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى:

(1) – حررت المادة 11 في ظل قانون 84-11 كما يلي: «يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأوليين و القاضي ولي من لا والي له».

أ. الشروط المتفق على وجوب توفرها في الولي:

اتفق الفقهاء المسلمين على شروط يجب أن تتوفر في الولي وهي كالتالي:

1. أن يكون الولي بالغاً عاقلاً حراً: يجب أن يكون الولي كامل الأهلية أي أن لا يكون فاقداً للأهلية.

2. اتحاد الدين يبين الولي والمولى عليها: فاتحاد الدين تتفق المصلحة بين الولي والمولى عليها ويستثنى من هذه الشروط من له ولاية عامة القاضي والمحاكم والمالك بالنسبة للأمة الكافرة.

ب. الشروط الغير متفق على وجوب توفرها في الولي:

1. الذكورة: ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط الذكورة في الولي وخالفهم أبو حنيفة وأجاز للمرأة أن تكون ولي على الصغير والكبير فاقد الأهلية عند عدم وجود الأولياء الذكور وذهبت المالكية إلى إجازة ولاية المرأة في حالات استثنائية جدا وهي حالة ما إذا تعلق الأمر بوصية من ولي أو إذا كانت مالكة⁽¹⁾.

2. العدل: لقد اشترط كثير من الفقهاء العدالة في الولي، وذلك لأنه مطلوب منه البحث والسعي عن مصلحة المولى عليها، وأمام الإمام مالك وغيره فقد ذهبوا إلى أن العدالة ليست مشروطة في الولي لعدم تصريح النص بها كما هو بالنسبة للشهادة إذ يقول عليه الصلاة والسلام: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، ويرى الأستاذ فضيل سعد أن المشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور عندما سكت شرط العدل في الولي فقال بعموم اللفظ في المادة 11 دون أي إضافة أخرى⁽²⁾.

(1) – الدكتور بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 146.

(2) – فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، (الزواج والطلاق)، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 76.

رابعاً: دليل شرعية الولاية الدلالية وحكمها:

هناك خلاف ظاهر في الرأي بين الأئمة، فالإمام مالك والشافعي وأحمد متفقون على أن المرأة البالغة مهما تكن درجتها من الرشد، فليس لها أن تتفرد بأمر زواجها بل لوليها سلطان، وأن النساء لا يتولين إنشاء العقد، بل لا بد من إذن الولي وإشراكه في الاختيار ودليلهم في ذلك قوله تعالى: "ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن" وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي"، وقوله أيضاً: "أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل باطل باطل وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها"⁽¹⁾.

وقد خالف الإمام أبو حنيفة سائر الفقهاء وقال: "أن للمرأة الحق أن ترد باختيار الزوج من غير إشراك وليها، ولها أن تتشئ عقد زواجها بعباراتها، ولكن يستحسن أن يتولى ذلك وأن يكون راضياً بحالة الزوجة"، واستدل بقوله تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره" سورة البقرة، الآية 230، وقوله أيضاً: "وإذا طلقتم فلا تحل له بعد حتى تنكح زوجاً غيره"، وقوله أيضاً: "وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن" سورة البقرة، الآية 232 وقوله صلى الله عليه وسلم: "الأيام أحق بنفسها من وليها"⁽²⁾ فالشرع أسند للمرأة البالغة العاقلة العقد.

قد اعتبر الإمام أبو زهرة الولاية شرطاً للنفاد وليس شرطاً للصحة ويقول: "يشترط لنفاد العقد أن يكون الذي يتولى إنشائه له ولاية إنشائه فإذا كان الذي تولى عقد الزواج كامل الأهلية وعقد لنفسه فعده صحيح لولاية الإنشاء بالأصالة وكذلك إذا عقد لمن هو في ولايته (الولاية الشرعية، أو من وكله الوكالة)، وإن لم يكن للعاقدة ولاية الإنشاء، إما لأنه ليس كامل الأهلية أو لأنه كامل الأهلية لكن عقد لغيره من

(1) – الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، 1996، ص 82.

(2) – الأيام من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيباً.

غير إنابة بحكم الشارع أو بتوكيل صاحب الشأن فإن العقد لا يكون نافذا بل يكون موقوفا⁽¹⁾، ويقصد ولاية الإيجار والاختيار والوكالة.

وقد اعتبر المشرع الجزائري الولاية في عقد الزواج ركن من أركانه حسب المادتين 9 و 11 من قانون الأسرة 11/84، وعليه لا يمكن للمرأة أن تزوج نفسها والذي يزوجها هو وليها بتفويض منها بمراعاة رضاها، إلا أن المادتين 09 مكرر و 11 المعدلة بالقانون رقم 05-02 على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقربها أو أي شخص تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القاصرين أولياءهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له.

الفرع الثاني: الشاهدين:

من خلال قراءة النص القديم للمادة التاسعة من قانون الأسرة نجد أنها نصت على أن يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة وشاهدين وصداق وعندما نقرأ هذه المادة بعد تعديلها بموجب الأمر رقم 05-02 سنة 2005 نجد أنها قسمت المادة 09 إلى جزئين المادة 09 والتي نصت على أن ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين والمادة 09 مكرر التي نصت على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج بشروط التالية وهي: أهلية الزواج، والصداق والولي والشاهدين وانعدام الموانع الشرعية للزواج⁽²⁾. ومعنى هذا الكلام هو أن التعديل جعل من الرضا ركنا لانعقاد الزواج، وأن الزواج لا ينعقد إلا برضا المتبادل بين الزوج والزوجة، أما حضور الشاهدين فجعل منه شرط لصحة عقد الزواج مثله مثل الولي والصداق، ونفهم من ذلك أن تخلف شرط وجود

(1) - الغوتي بن ملح، قانون الأسرة الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص

27.

(2) - المادة 9 مكرر قانون الأسرة الجزائري.

الشاهدين في مجلس عقد الزواج لا ينتج عن البطلان المطلق مثل ما الحال بالنسبة إلى تخلف ركن الرضا وإنما يمكن أن ينتج عنه الفسخ في بعض الحالات والنفاذ في بعض الحالات الأخرى، كما سنوضح ذلك فيما بعد وفقا لما تضمنته المواد 32 وما بعدها من هذا القانون، والإشهاد على الزواج يمكن تناوله في النقاط التالية:

أولاً: المقصود بالإشهاد في الزواج:

أ. تعريف الشهادة في الزواج: لم يعرف المشرع الجزائري الشهادة في الزواج ويمكن تعريفها على: الشهادة مأخوذة من المشاهدة وهي أن يخبر الإنسان بما رأى أو أدرك بأحد حواسه، وتعد من ضمن وسائل الإثبات والبيئة عند حصول التناكل والتجادد⁽¹⁾.

ب. حكمة الإشهاد في الزواج: لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الحكمة من الإشهاد في الزواج واعتبره شرط في العقد الذي أنشأه وهذا ما يستدعي الحكمة منه الرجوع إلى الفقه والذي حدد الإشهاد فيمابيلي:

1. إخراج النكاح من السرية : والمقصود من أنه يفصل بين الزواج والزنا

فالإشهاد يعلن الزواج وتزول الشبهة وسوء الظن، فشأن الحلال إظهاره وشأن الحرام التستر عنه⁽²⁾.

2. تبيان خطورة الزواج وأهميته : للزواج أهمية ومزايا كبرى وآثار ذات

خطورة كبيرة فالمصاهرة والنسب تربط بين الأسر والأفراد وتكوين الأسر ولهذا اختص عقد الزواج بالشهادة.

(1) – محمد محدة، المرجع السابق، ص 284.

(2) – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، ط2، ص73.

3. التوثيق الأمر الزواج والاحتياط لإثباته عند الحاجة: أي أن الإشهاد يصون

الأنكحة من الجحود ويثبت النسب والحقوق والواجبات الناشئة عن عقد الزواج.

ثانياً: شروط الشهود: نص المشرع الجزائري على الإشهاد في الزواج لكنه لم يحدد الشروط التي يجب أن تتوافر في الشهود حتى تصح شهادتهم، مع العلم أن قانون الحالة المدنية ينص في المادة 33 منه على وجوب بلوغ الشاهد من الواحد والعشرين سنة لتقبل شهادته في عقد الزواج⁽¹⁾، وبالإضافة إلى هذا فإن المادة 222 من قانون الأسرة نصت على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁽²⁾.

وهذا ما يجعلنا نرجع إلى الشروط التي حددها فقهاء الشريعة الإسلامية وأوجبوا توافرها في الشهود وهذا يعكس الذين يقولون بأنه يرجع في ذلك إلى قانون الحالة المدنية مخالفين بذلك ما نص عليه قانون الأسرة الذي أحال في حالة وجود نقص أو سهو فيه الرجوع إلى الشريعة الإسلامية هناك شروط اتفقوا عليها وشروط لم يتفقوا عليها وهي كالآتي:

أ. الشروط المتفق عليها: وهذه الشروط تتمثل فيمايلي:

1. العقل: يجب أن يكون الشاهد عاقلاً باعتبار أن الغاية من الشهادة الإعلان واثبات في حالة الجحود⁽³⁾، وهذا ما لا يستطيع القيام به المجنون والقاصر الغير مميز.

(1) – أمر رقم 70-20 المؤرخ في 19/02/1970 المتضمن قانون الحالة المدنية.
 (2) – يوسف دلاندا، المادة 222، قانون الأسرة، منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 05-02، ط2، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2007.
 (3) – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 74.

2. **البلوغ:** وجد هذا الشرط لأن حضور الصبي الغير البالغ في عقد الزواج لا يتناسب مع تكريم عقد الزواج وخطورته وهو ليس أهلا للولاية على نفسه وبالتالي من الأجر أن لا يكون ولي على غيره بالشهادة.

3. **التعدد:** اتفق الفقهاء على عدم صحة عقد الزواج بشاهد واحد استنادا إلى الحديث الشريف "لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدل".

4. **الإسلام:** اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الزوجين مسلمين يجب أن يكون الشهود مسلمين لكن اختلفوا في حالة ما إذا كانت الزوجة كتابية فجمهور الفقهاء اشتهروا أن يكون الشاهدين مسلمين بخلاف الحنفية أجازت أن يكون الشاهدين كتابيين من ديانة الزوجية⁽¹⁾.

5. **سماع الشهود كلام العاقدين وفهم المراد منه :** أي لا تصح شهادة أصمين أو مثلا من لا يفهم اللغة العربية إذا تم العقد باللغة العربية.

ب. الشروط الغير متفق عليها: وهذه الشروط هي:

1. **ذكورة الشهود:** اعتبرها جمهور الفقهاء المسلمين شرط صحة عقد الزواج لا تصح شهادة الأنثى مستدلين على رأيهم هذا أنه جرت السنة على أنه يجوز شهادة النساء في الحدود والنكاح والطلاق⁽²⁾، في حين أن الحنفية أجازت شهادة رجل وامرأتي، أما فيما يخص التطبيقات القضائية فإن القضاء الجزائري أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء في اشتراطهم الذكورة في الشهود ما جسد في القرار الصادر عن محكمة العليا بتاريخ 15 ديسمبر 1988 تحت رقم 43889 الذي جاء فيه ... والشهادة المعتبرة في الزواج هي

(1) – الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص

(2) – الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 74.

شهادة عدلين ذكرين وثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

2. **العدالة:** ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أنه يشترط في الشهود العدالة حتى ولو كانت ظاهرة فقط في حين أبو حنيفة لم يشترطها والقضاء الجزائي من خلال القرار رقم 43889 المذكور أعلاه قد أخذ بما ذهب إليه الجمهور.

3. **الحرية:** اشترط جمهور الفقهاء المسلمين الحرية في الشهود واعتبروا أن شهادة العبد شهادة غير صحيحة، وخالفهم في ذلك الحنابلة وأجازوا شهادة العبد مستدلين في ذلك بأنه لم يثبت في الكتاب والسنة أو الإجماع أنفاهما خصوصاً إذا ما كان العبد ذو عدل وثقة⁽²⁾ وهذا الشرط لم يعد له محل في وقتنا الحالي باعتبار العبودية قد زالت.

4. **البصر:** هذا الشرط اشترطه الشافعية أما جمهور الفقهاء فلم يأخذوا به وتصح عندهم شهادة الأعمى لأنه ما يشترط لديهم فقط سماع كلام العاقدين وتمييز صوتهما⁽³⁾.

5. **قابلية الشهود للشهادة على الزوجين:** ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يشترط في الشهود ممن لا ترد شهادتهم للزوجين في الزواج، وهذا يعني يجوز أن يكون الشهود من الأقارب سواء الأصول أو الفروع أما الحنابلة فقد خالفوا هذا الرأي وقالوا بأنه لا تصح شهادة الأبناء على زواج أبويهم ولقد أخذ القضاء الجزائي بما ذهب إليه المذهب الحنبلي ونجد كذلك ما نصت عليه المادة 64 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية⁽⁴⁾، ومن بين القرارات القضائية المؤكدة كذلك نجد القرار رقم 84334 المؤرخ

(1) – القرار رقم 43889 المؤرخ في 15 ديسمبر 1986 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد 02، سنة 1993، ص 37.

(2) – دكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 75.

(3) – دكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 76.

(4) – المادة 64، فقرة 03، قانون الإجراءات المدنية قبل التعديل تنص: "...باستثناء الأبناء يجوز استدعائهم للشهادة في الدعاوي الخاصة بمسائل الحالة والطلاق".

في 29 سبتمبر 1992 الصادر عن المحكمة العليا والذي جاء فيه «... من المقرر قانوناً أنه يجوز سماع الأقارب باستثناء الأبناء في الدعاوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق»⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الصداق (المهر).

إذا كانت المادة 9 من قانون الأسرة، قبل تعديلها، قد أوردت الصداق تحت عنوان "أركان الزواج" إلى جانب ركن الرضا، إن هذا الترتيب قد تحول حالياً بحيث المادة 9 مكرر قد أدمجته ضمن الشروط التي يجب توفرها في عقد الزواج، ذلك ما يدل دلالة صريحة على أن الصداق ليس ركناً يجب توفره لانعقاد الزواج وإنما هو شرط صحته، يمكن تداركه إذا تخلف ولا يشكل سبباً من أسباب بطلانه. في سياق ما سبق سنتناول الصداق من حيث تعريفه و شرعيته، و حالاته وظروف استحقاقه.

أولاً: تعريف الصداق وشرعيته.

أ. تعريف الصداق.

للصداق عدة أسماء منها: النحلة، المهر، الفريضة، والأجر.

لغة: إنه اسم مصدر لأصدق وهو بفتح الصاد مهر المرأة، وكذا الصداقة وهو يجمع على صدقات. أما من وجه الاصطلاح، فقد عرفه المالكية أنه ما يجعل للزوجة نظير الاستمتاع بها، وعرفه الشافعية أنه ما وجب النكاح أو وطء، وعرفه الحنابلة أنه العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضي الطرفين أو الحاكم أو العوض في نحو النكاح كوطء الشبهة ووطء المكرهة، وعرفه بعض الفقهاء أنه المال

(1) - قانون المحكمة العليا 84334 المؤرخ في 29 ديسمبر 1992، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص ص 44.

الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزا لرغبته في الاقتران بها وعرف أيضا أنه المال الذي تستحقه الزوجة على الزوج العاقد عليها⁽¹⁾.

أما القانون الوضعي الجزائري فقد تناوله من خلال المادة 14 من قانون الأسرة التي عرفته بأنه «هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء».

وعرفه الفصل السادس عشر من مدونة الأحوال الشخصية المغربية بأنه هو ما يبذله الزوج من المال بالرغبة في عقد الزواج⁽²⁾، وهو نفس التعريف الذي تضمنه الفصل الثاني عشر من مجلة الأحوال الشخصية التونسية حيث جاء فيها أن كل ما كان مباحا ومقوما بمال تصلح تسميته مهرا، وهو ملك للزوجة تتصرف فيه كيف شاءت. إن للصداق طبيعة رمزية سامية تعبر على إكرام المرأة و هو إشارة لعربون على إظهار الرغبة في الزواج بها والبناء خلال زمن لاحق. إنه لا يمكن تقديره ثنا يقدمه الزوج مقابل للزوجة أو مقابل رضاها بزواجه⁽³⁾.

ب. شرعية الصداق.

حكم الصداق وشرعيته مستمدة من قوله تعالى: « وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً » وقوله: « لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنِ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ». ومما لا بد تأكيده، أنه مهما كزا تصنيف الصداق لدى الفقه الإسلامي بدمجه في خانة الأركان أو في خانة شروط الصحة، فإن ذلك أن يغير من الأمر شيئا. السبب في ذلك أن من الفقهاء المسلمين من يرى أن الصداق لا يؤثر في سلامة الزواج، وهو

(1) – والأصح العقد معها وليس العقد عليها لأنها ليس محل العقد بل طرف فيه.

(2) – مجلة مغربيات، مواطنات حتى تتمتعن بحقوقهن، ص 34.

(3) – الأستاذ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 133.

حق حتى و لو وقع اتفاق الزوجين على نفيه. و في حالة الزواج بدون تسمية المهر، فإن العقد سيكون ملزماً ويجب فيه مهر المثل⁽¹⁾.

ثانياً: وضعيات الصداق وحالات استحقاقه.

نتناول في هذا المطلب كل من مقدار الصداق وحالاته وأنواعه وهي كالتالي:

1. مقدار الصداق: اتفق الفقهاء على أنه لا يوجد حد أعلى لصداق في حين أنهم لم يتفقوا على الحد الأدنى للصداق فالمالكية ترى الحد الأدنى للصداق هو ربع دينار أما الحنفية فجعلوه عشرة دراهم وأما الحنابلة والشافعية فيرون بأنه لا حد أدنى للمهر ومن المتفق عليه بين الفقهاء على أنه لا ينبغي المغالاة في المهور.

أما المشرع الجزائري فلم يحدد لا الحد الأدنى ولا الأعلى للصداق أخذاً في ذلك بما ذهب إليه كل من المذهب الشافعي والحنبلي، وهذا الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري كان منطقياً جداً لتماشيه مع جميع طبقات المجتمع غني منهما وفقير أي أنه لا يعجز الفقراء ولا يقيد إرادة البعض الآخر في الرفع من مبلغ الصداق.

2. أنواع الصداق: يقسم الصداق من حيث الأنواع إلى قسمين: الصداق المسمى والصداق المثل.

2.1. الصداق المسمى: وهو المتفق عليه والمعين أثناء انعقاد العقد الصحيح أو فرض بعده بالتراضي بأوصافه وقيمه وصنفة، فإن لم يفعل ذلك كان الواجب هو صداق المثل، وهو ما جاءت به المادة 15 من قانون الأسرة بعد تعديل أمر 05-02 على وجوب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً⁽²⁾، كأن يقول يزوج فلان

(1) – بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، القاهرة.

(2) – الأستاذ عبيدي الشافعي، المادة 15 قانون الأسرة المرفق بالتنفيذي رقم 06 – 154 المؤرخ في 11 مايو سنة 2006 المحدد لشروط كفيات تطبيق المادة 07 مكرر بخصوص الشهادة الطبية ما قبل الزواج، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2008.

ابنته فلانة لشخص آخر بصداق يتمثل في أربعين ألف دينار جزائري فهذا الصداق مسمى لأنه حدد يوم إبرام العقد بقيمته.

ويعتبر من الصداق ما جرى عليه العرف بتقديم الزوج لزوجته قبل الزفاف من ثياب ومصوغ وهو ما يعرف عندنا بالجهاز⁽¹⁾.

2. 2. صداق المثل: يعرف مهر المثل بعدة تعاريف منها تعريف الحنفية الذي هو أكثر منطقية وتعرفه بأنه: "مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد من جهة أبيها في المال والجمال والعقل والدين"⁽²⁾ ويطبق صداق المثل من لم يتفق في العقد على تحديد الصداق، أو اشتراط في العقد أن يكون بدون صداق وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 33 من قانون الأسرة بعد التعديل والتي قرنت استحقاق الزوجة لصداق المثل متى تم الدخول بها دون صداق.

خلو إبرام زواج عرفي، ولم يسم الصداق فيه أثناء إبرام العقد، فهذا يجب صداق المثل إذا تم الدخول فالقاضي يثبت الزواج العرفي بصداق المثل.

3. حالات الصداق : اتفق الفقهاء على أن للصداق ثلاث حالات فإما أن يكون معجل كلياً أو مؤجل كلياً أو معجلاً في جزء ومؤجلاً في الجزء الآخر وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 15 من قانون الأسرة وذهب إليه القضاء.

- فيذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يشترط تعجيل المهر كله قبل الدخول، بل يجوز تأجيله كله أو بعضه إلى ما بعد الدخول أو إلى ما بعد الطلاق أو إلى بعد الوفاة، بشرط أن يكون معلوماً، وعند عدم النص في العقد على التأجيل أو التعجيل فإن العرف الجاري في البلاد هو الذي يتبع.

(1) - محاضرات الأستاذ الغوتي بن ملحمة، المرجع السابق.

(2) - الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 277.

- كأن يتفق أثناء إبرام العقد على صداق قدره خمسون ألف دينار جزائري ولم يحدد إذا كان مؤجلاً أو معجلاً، فإذا كان عرف المنطقة هو رفع المهر قبل الدخول فيكون المهر معجلاً في هذه الحالة ويدفع قبل الدخول.
- وأما إذا اتفق على تاريخ معين فإذا دفع المؤجل من الصداق يجب الوفاء به بحلول هذا التاريخ، وإن المادة 15 من قانون الأسرة توجب تحديد مقدار الصداق سواء كان معجلاً أو مؤجلاً فلو أبرم زواج عرفي وتم تحديد الصداق سيارة نوع كذا على أن تسلم مؤجلاً بعد الدخول بشهرين ولم يقدّم الزوج بدفع الصداق فرفعت الزوجة دعوى لإثبات زواجها ودفع الصداق المؤجل فإن المحكمة تتأكد من توفر أركان العقد ومن تاريخ دفع مؤخر الصداق وتحكم بتثبيت العقد ودفع مؤخر الصداق ولكن هل يجوز للزوجة المتزوجة عرفياً أن تطلب بمؤخر الصداق زمام القضاء، قبل أن تثبت زواجها العرفي؟
- اختلفوا في الرأي، فرأي يقول بعدم قبول دعواها بعدم ثبوت صفتها كزوجة فعليها إثبات الزواج ثم المطالبة بمؤخر الصداق، وهناك من يرى بقبول دعواها والحكم بمؤخر الصداق إذا أقر الزوج بوجود زواج ووجود مؤخر صداق.
- كما يجوز الزيادة في الصداق إذا تراضيا بها والخط منه إذا رضيت به لقوله تعالى: " لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً... " (1)، اعتبر ذلك ملحقاً بأصل العقد.

4. استحقاق الصداق وأوضاعه : نص المشرع الجزائري على استحقاق الزوجة

للصداق في نص المادتين 16 و 33 من قانون الأسرة ويمكن تقسيمها إلى ثلاث حالات:

(1) - سورة النساء، الآية 24.

أ. حالة استحقاق كامل الصداق: تستحق الزوجة الصداق كاملاً إذا كان عقد زواج صحيحاً فإن الصداق المسمى يجب لها كاملاً ويصبح حقاً من حقوقها، وتستحقه بمجرد الدخول، أو بوفاة الزوج سواء قبل الدخول بها أو بعده حسب المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري، لكن هل تستطيع الزوجة المطالبة بكامل الصداق قبل إثبات زواجها العرفي رغم أن عقدها صحيح؟ فهناك من يرى أنه عليها إثبات زواجها العرفي قبل المطالبة بالصداق من يرى أن النزاع لا ينصب على إثبات الزوجية وإنما على الصداق فدعواها مقبولة ولها الصفة في رفعها.

- فقد سكت قانون الأسرة على اعتبار الخلوة صحيحة بين الزوجين كحالة من حالات استحقاق الزوجة للصداق المسمى، فإن الفقهاء متفقون على أن الخلوة التامة والصحيحة⁽¹⁾ تشكل حالة من حالات الاستحقاق للزوجة للصداق، مثلها مثل الدخول بالزوجة.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها أنه: "من المقر شرعاً وقانوناً إذا أبرم عقد الزواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين، أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها، حتى ولم يقع احتفال بالدخول..."⁽²⁾.

وفي قرار آخر انه: "من المتفق عليه فقهاً أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بعدم إتمام الدخول بزوجته، غير مبرر ويستوجب رفضه، ولما كان ثابتاً من وقائع الدعوى أن الطرفين عاشا كزوجين في الخارج أثناء قضاء شهر العسل وفي الداخل بمحل الزوجية لمدة طويلة في فراش واحد، والأمر الذي يتقرر به كامل الصداق ويترتب عليه توابع العصمة وبما أن قضاة المجلس اعتبروا الزواج بين الطرفين صحيحاً

(1) - الخلوة الصحيحة هي أن يجتمع الزوجان بعد عقد الزواج في مكان منفردين يؤمنان دخول الغير عليهم ولا يوجد لزوجته مانع حسي أو شرعي أو طبيعي يمنع من مقاربة الزوج لها وإلا كانت الخلوة فاسدة.
(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 18/06/1991، مجلة قضائية، 1993، العدد 01، ص 61.

وصرحوا بالطلاق بينهما فأنهم بقضائهم كما فعلوا سببوا قرارهم وخولوه أساسا شرعيا ومتى كان ذلك تستوجب رفض الطعن⁽¹⁾.

وعليه فلو تم عقد زواج عرفي وتمت الخلوة الصحيحة فإن الزوجية تستحق الصداق المسمى كاملا.

ب. وجوب نصف الصداق: تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى عند قيام عقد الزواج صحيح ووقوع الطلاق قبل الدخول حسب المادة 16 من قانون الأسرة وهو ما يتفق مع أحكام الشريعة استنادا لقوله تعالى: "وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ"⁽²⁾.

ج. وجوب صداق المثل: وهي الحالة التي تستحق فيها الزوجة صداق المثل وهي الحالة التي يتم فيها إبرام عقد الزواج دون تحديد تسمية قيمة الصداق حيث لا يكون هناك صداق معلوم ولا معجلا ولا مؤجلا وهذا هو المعنى الذي تضمنته الفقرة الثانية من المادة 15 المعدلة، حيث نصت على أنه في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل.

د. سقوط كل المهر: إذا وقع عقد الزواج فاسدا (بدون ولي أو شاهدين أو صداق) يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه حسب المادة 33 من قانون الأسرة.

- كأن يبرم عقد زواج عرفي بدون حضور شاهدين ولم يحصل الدخول فإن هذا الزواج لا يثبت وإنما يفسخ ولا صداق فيه.

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1984/11/19، مجلة قضائية، 1990، العدد 02، ص 55.

(2) - سورة البقرة، الآية 237.

5- مسألة قيام النزاع بشأن الصداق:

من خلال قراءة المادة 17 من قانون الأسرة التي لم يمسهما التعديل نجد أنها تنص على انه في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو وريثهما وليس لأحدهما بنية وكان ذلك قبل الدخول فالقول للزوجة أو وريثها مع اليمين، وإن كان بعد البناء فالقول للزوج مع اليمين، فالمشرع فرق بين حالتين وهذا ما طبقته المحكمة العليا من خلال قرارها المؤرخ في 12/01/1987 أنه: "متى كان من المقرر شرعا أنه في حالة ثبوت خلاف بين زوجين على مؤخر الصداق يؤخذ بقول الزوجة مع يمينها إذا لم يدخل بها بعد البناء يكون القول للزوج مع يمينه"⁽¹⁾.

وهذا ما قضت به المحكمة عندما ألزمت المدعى عليه أن يدفع للمدعية مؤخر صداقها لم تستلمه بعد الدخول وأثبتت وجود مؤخر صداق وعدم دفعه من خلال شهادة الشهود وبذلك فبوجود النية لا يلجأ لليمين.

فهذه المادة قسمت النزاعات على الصداق إلى نزاعات قبل الدخول وأخرى بعد الدخول دون أن تحدد ما هي الخلافات المتعلقة بالصداق والتي تطبق عليها القاعدة الإثبات المنصوص عليه في نص المادة 17 وبالتالي هذه القاعدة المذكورة تطبق على جميع حالات النزاع سواء كان متعلقة بالتسمية أو المقدار أو صنفه أو نوعه أو في القبض ويمكن تقسيمها إلى حالتين:

أ. حالة الخلاف في الصداق قبل الدخول : لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 17 على انه: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو وريثهما وليس لأحدهما بينه وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو وريثها مع اليمين..." وما يمكن استخلاصه من هذه المادة أنه إذا لم يكن هناك دخول وثار نزاع بين الزوجين أو بين أحد الزوجين

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1989/06/05، مجلة قضائية، 1990، العدد 04، ص 81.

وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين ولم تكن هناك بينة للمدعي أو للمدعى عليه فالقول هنا للزوجة أو ورثتها مع اليمين ولقد جسد هذا في التطبيقات القضائية منها القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 18/06/1991 تحت رقم 73515 الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين وورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين..." (1).

ب. حالة الخلاف في الصداق بعد الدخول : لقد نص المشرع الجزائري أيضاً على هذه الحالة في نص المادة 17 من قانون الأسرة: "وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين" ويعني هذا أنه إذا كان نزاع حول الصداق بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين ولم تكن لأحدهما بينة فهنا القول للزوج أو ورثته مع اليمين وهذا ما جسد في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/06/1991 رقم 73515 الذي قضى «... وإذا حال بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين ومن ثم فالقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون» (2).

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه خالف في نص المادة 17 من قانون الأسرة الأحكام التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية بحيث وضع قاعدة عامة واحدة وطبقها على جميع حالات النزاع المتعلقة بالصداق في حين فقهاء الشريعة الإسلامية كما سبق ذكره خصصوا لكل حالة نزاع قاعدة إثبات خاصة بهذا وهذا حتى وإن اتفق المشرع الجزائري في تقسيمه للنزاع حول الصداق مع فقهاء الشريعة الإسلامية إلى نزاع قبل الدخول وبعد الدخول.

(1) – الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 307.

(2) – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 73515 مؤرخ في 18/06/1991، مجلة قضائية، العدد 04، 1992، ص 69.

خلاصة القول بالنسبة إلى الصداق فهو أنه وإن كان البعض يعتبرونه أثرا من آثار الزواج ولا يشكل ركنا ولا شرطا لانعقاده، ولا يترتب على إغفاله بطلان العقد، فإن قانون الأسرة الجزائري المعدل قد رتب على إغفال الصداق جزءا فاسخا حيننا ومثبتا حيننا آخر حيث ورد في الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون الأسرة أنه إذا تم عقد الزواج بدون صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

الفرع الرابع: إنعدام الموانع الشرعية للزواج.

بعد أن نصت المادة 9 مكرر الجديدة من قانون الأسرة على وجوب توفر أهلية الزواج، والصداق، والولي، والشاهدين كشرط لعقد الزواج، تعرضت أخيرا لشرط انعدام الموانع الشرعية للزواج⁽¹⁾، التي تناولها بعد ذلك المشرع بالتفصيل ضمن الفصل الثاني عبر المواد 23 إلى 31. فنصت المادة 23 على أنه يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة، فتكون المرأة حلا للزواج بالنسبة للذي يريد أن يعقد عليها إذا كانت غير محرمة عليه مؤبدا أو مؤقتا. فإذا تخلف هذا الشرط، إن فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري قد رتبوا عليه أثارا يمكن تناولها في النقاط الآتية:

أولا: خلو المرأة من موانع الزواج المؤبد:

هي ما كان سبب تحريمها دائما ولا يزول ولقد تناولها المشرع الجزائري بصفة عامة في المادتين 23 و 24 من قانون الأسرة ثم فصلها في المواد 25 إلى 29. يتبين من خلال هذه النصوص كلها أنه أخذ برأي الفقهاء. المحرمات المؤبدة ثلاث:

(1) - أضيفت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

المحرمات بسبب القرابة، المحرمات بسبب المصاهرة و المحرمات بسبب الرضاع نتناولها كمايلي:

1. المحرمات بسبب القرابة : ويقصد بالتحريم بسبب القرابة ما كان هو (أي الزوج) جزء منها (أي الزوجة) أو كانت هي جزء منه، أو كانا معا جزءا. ولقد شرحها المشرع في المادة 25 على النحو الآتي:

أ. **الأمهات:** ويقصد بها من له علاقة ولادة مباشرة كالأم أو غير مباشر كأم الأم أو أم الأب وإن علو.

ب. **البنات:** ويقصد بهن فروع الشخص وفروع فروعه وإن نزلوا.

ج. **فروع أبوي الشخص وفروع فروعهم :** وهم الأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت وإن نزلوا.

2. المحرمات بسبب المصاهرة : يقصد بهذا التحريم ما نتج بسبب الزواج ولقد نصت عليها المادة 26 من قانون الأسرة وهي:

أ. **أصول الزوجة بمجرد العقد عليها:** لثبوت التحريم في هذه الحالة لا يشترط الدخول وإنما بمجرد العقد فقط على البنت يحرم الزوج على أصولها.

ب. **فروع الزوجة عند حصول الدخول بها :** وهنا لا يحرم فروع الزوجة إلا إذا تم العقد وحصل الدخول.

ج. **أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا:** وهن زوجات أصول الزوج مهما علوا.

د. **أرامل ومطلقات أصول الزوج وإن نزلوا :** ويقصد بهذا من كن أزواج للفروع سواء كانوا أبناء أو أبناء الأبناء وإن نزلوا.

3. المحرمات بسبب الرضاع: تناول المشرع المحرمات بسبب الرضاعة في المواد 27 إلى 29 من قانون الأسرة. ويمكن تعريف الرضاع بأنه مص الرضيع اللبن من ثدي أنثى آدمية في مدة الرضاع⁽¹⁾. ومن خلال هذا التعريف نستنتج الشروط التي يجب أن تتوافر في الرضاع حتى يحرم الزواج به وهي كمايلي:

أ. يجب أن تكون المرضعة امرأة.

ب. يجب أن يكون الرضاع في مدة حولين أو قبل الفطام كما نصت عليه المادة 29 من قانون الأسرة. لا يؤخذ بعين الاعتبار كمية اللبن سواء كانت قليلا أو كثيرا فهي تحرم الزواج أخذا في ذلك بما ذهب إليه المذهب المالكي والحنفي الذين لا يميزان بين مقدار اللبن.

والأصناف المحرمة رضاعا جاءت محددة ضمن المادة 27 من قانون الأسرة التي هي مطابقة تماما للحديث النبوي الشريف حيث قال الرسول صلى الله عليه وسلم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»⁽²⁾، ولقد خالف المشرع الجزائري جمهور الفقهاء وأخذ بالمذهب الحنبلي الذي قصر محرمات الرضاع على محرمات النسب ويمكن تحديد الأصناف المحرمة رضاعا كما يأتي: الأم بالرضاع مهما علت، الفروع رضاعا، الأخت رضاعا، ابنة الأخت رضاعا، ابنة الأخ رضاعا الخالة رضاعا، العممة رضاعا، أم الأخت من رضاع، أخت الابن أو البنت من الرضاع.

ثانيا: خلو المرأة من موانع الزواج المؤقتة:

نص عليها قانون الأسرة في المواد 30، 23 و 31 و هي كالتالي:

1. المحرمات المؤقتة المنصوص عليها في نص المادة 30 من قانون الأسرة: وهي:

أ. محصنة: ما دامت المرأة زوجة للغير فهي محرمة على الآخرين.

(1) – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 81.

(2) – رواه البخاري ومسلم.

ب. **المعتدة**: وهي المرأة التي كانت زوجة للغير ثم طلقها أو توفي عنها ولا تزال في العدة، فهي محرمة إلى غاية نهاية عدتها.

ج. **المطلقة ثلاثا**: ويقصد بها تلك المرأة التي يطلقها زوجها ثلاث طلاقات فتصبح محرمة عليه مؤقتا إلى غاية أن تتكح شخص آخر ثم يطلقها أو يتوفى عنها بعد ذلك يستطيع الزواج بها، وما يشترط في زواجها هذا أن لا يكون زواج تحليل لأن جمهور الفقهاء متفقين على أن زواج المحلل غير جائز وكذا ما يجب في زواجها أيضا أن يتم الدخول بها فإن عقد عليها ثم لم يدخل عليها وطلقها أو توفي عنها فإنها لا تحل لمطلقها ثلاث وفقا للحديث النبوي الشريف: "أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك"⁽¹⁾.

د. **ما يزيد عن أربع زوجات**: متى كان تحت عصمة الرجل أربع نساء فلا يستطيع أن يتزوج بأخرى إلا إذا طلق أو توفت إحداهن وانتهت عدتها.

و. **الجمع بين المرأة وأختها أو مع عمتها أو خالتها**: لقد سار المشرع الجزائري في منعه الجمع بين المرأة وأختها أو مع عمتها أو مع خالتها مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك من أجل المحافظة على الرحم وعدم قطعه.

2. المحرمات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 31 من قانون الأسرة:

ذهب المشرع الجزائري في المادة 31، الفقرة الأولى من قانون الأسرة إلى أن المسلمة محرمة تحريما مؤقتا على غير المسلم إلى غاية إسلامه، أخذا في ذلك بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية الذين حرّموا زواج المسلمة بغير المسلم مهما كانت ديانتها وفقا للآية الكريمة رقم 221 من سورة البقرة التي يقول فيها الله تعالى: «... وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَكَوَّ أَعْجَبَكُمْ ...» [سورة البقرة، الآية 221]

(1) - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 81.

ثالثا: أثر الزواج بإحدى المحرمات.

لقد نص المشرع على الآثار التي تترتب على الزواج بإحدى المحرمات في

المادة 34 من قانون الأسرة وهذه الآثار تتمثل فيمايلي:

- فسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده : وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المسلمين

بعكس المذهب الحنفي الذي يبطل عقد الزواج إذا كانت الحرمة أصلية ويفسخ عقد

الزواج إذا كانت الحرمة فرعية.

- ثبوت النسب : أي أن الأولاد الذين ينتجون عن هذه العلاقة الفاسدة يثبت نسبهم

لأبيهم وأمهم.

- وجوب الاستبراء: أي يجب على المرأة التي تزوجت في هذا الزواج الفاسد أن تعتد

حتى تستبرأ رحمها.

المطلب الثالث

جزاء تخلف ركن وشروط الزواج العرفي

إن عقد الزواج العرفي ليكون صحيحا لابد أن يتوافر على الأركان والشروط التي

حددها المشرع الجزائري في المادتين 9 (تبادل رضا الزوجين) و 9 مكرر (توفر

شروط أهلية الزواج، الصداق، الولي الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية) من قانون

الأسرة. وإذا ما تخلف ركن من أركان عقد الزواج أو شرط من شروطه فإنه لا يخرج

عن كونه زواج باطل أو فاسد.

وقد تناول قانون الأسرة الجزائري مسألة بطلان عقد الزواج وفساده في المواد 32 إلى

35 دون أن يلتزم بتعريف كل من البطلان والفساد وهو ما نتناوله ضمن الفرعين

الآتيين: الزواج العرفي زواج فاسد (الفرع الأول) والزواج العرفي زواج باطل (الفرع

الثاني).

الفرع الأول: الزواج العرفي زواج فاسد.

يكون عقد الزواج العرفي فاسدا إذا اختل فيه شرط من شروط صحته المحددة في المادة 9 مكرر قانون الأسرة كأن لا يحترم شرط الولي أو لا تتوفر فيه أهلية الزواج، أو عدم وجود صداق، أو يسبب وجود موانع شرعية للزواج (المادة 33). وعليه يمكن حصر أسباب فساد عقد الزواج فيما يلي: إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق أو شاب الإرادة عيب من عيوب الرضا كأن تكون المرأة مجبرة.

آثار الزواج الفاسد:

إن الزواج الفاسد قبل الدخول يعتبر باطلا، لا أثر له وحكمه هو وجوب تفريق الزوجين قبل الدخول، أما بعد الدخول فتترتب عليه بعض الآثار وهي:

1. تستحق الزوجة بالزواج الفاسد بعد الدخول صداق المثل و هو ما نصت عليه المادة 33 قانون الأسرة : « إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل».
2. ثبوت نسب الابن لأبيه، رعاية لحقوق الطفل ومنعا لاختلاط الأنساب (المادتين 34 و 40 ق. أ.).
3. ثبوت حرمة المصاهرة، حيث يحرم على الزوج بالزواج الفاسد، بعد الدخول أن يتزوج بأصول المرأة وفروعها، كذلك يحرم على المرأة بالزواج الفاسد أصول الرجل وفروعه (المادة 26 ق. أ.).
4. وجوب العدة لمعرفة براءة الرحم من الحمل (المادة 30 و 34 ق. أ.).
5. اعتبار العقد الفاسد شبيهة بعد الدخول بالزوجة، يدرأ عنها الحد.

الفرع الثاني: الزواج العرفي زواج باطل.

يعتبر الزواج العرفي زواجا باطلا إذا فقد ركنا من أركانه الأساسية وهي:

- إذا اختل ركن الرضا، عملا بالمادة 33 من قانون الأسرة.
- كل زواج بإحدى المحرمات: عملا بالمادة 34 قانون الأسرة.
- ففي هذه الحالة يفسخ الزواج قبل الدخول، وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب العدة وينصرف البطلان إلى زواج المسلمة بغير المسلم (المادة 30 ق.أ.).

- اشتمل عقد الزواج على شرط يتنافى ومقتضيات العقد (المادة 32 ق.أ.).

آثار الزواج الباطل:

يعتبر وجوده كعدمه لا يترتب عليه أثر من آثار الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول، وعلى الزوجين أن يفترقا في الحال. وعليه فإن الآثار المترتبة على البطلان هي مايلي:

- لا توارث بين الزوجين طبقا لنص المادة 131 من قانون الأسرة.
 - ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد وإحياء له المادة 34 من قانون الأسرة.
 - لا يترتب على العقد الباطل الصداق للزوجة.
 - لا يترتب على العقد الباطل أي اثر من آثار الزواج الصحيح.
 - لا عدة على الزوجة في الزواج الباطل.
- من خلال بيان أركان وشروط وجزاء تخلف كل منهما نلاحظ إجماع معظم الفقهاء على تحريم الزواج العرفي بجميع صورته وأشكاله، بل إنهم أدخلوا الزواج العرفي المستوفي لكل أركانه وشروطه في الحرمة، وذلك مخافة لضياع حقوق الأسرة وانهيار المجتمع لما له من آثار سلبية وعواقب جمة تلحق بالمرأة والطفل، سنوضحها في المبحث الثالث.

المبحث الثالث

أثار عقد الزواج العرفي

إذا كانت القاعدة العامة في العقود هي أن العقد هو شريعة المتعاقدين و أنه لهما باشتراك ما شاء من الشروط و تغيير اتفاقهما متى شاء، إن عقد الزواج يربط طرفاه بشروط محددة وليس لهما إن يشترطا من الشروط ما لا يتفق مع ما يقرره النظام العام الشرعي، والحكمة من ذلك هي الحفاظ على الحياة الزوجية من إن تتعرض لعوامل الفساد بما يشترط العاقدان من شروط قد تكون منافية لمقاصد الشريعة و مرماه من ذلك العقد المقدس. وعليه فان إي شرط يشترطه العاقدان لا يرتب أثاره للشارع يقره ولا ينافي مقاصده.

و يذهب إلى ذلك المشرع الجزائري إذا جعل عقد الزواج يرتب حقوق و واجبات متبادلة لكلا الطرفين ناشئة من العقد و ملزمة للطرفين.

غير إن الزواج العرفي و نظرا لطابعه الخاص، إذ انه يفتقد إلى شرط شكلي يستوجبه القانون يجعل أثاره مميزة لا تنحصر فقط في الزوجين و لكن تمتد إلى أطراف أخرى. سنتناول في هذا المبحث الآثار التي يرتبها عقد الزواج العرفي بوصفه واقعة مادية وقانونية معترف بها فيما يلي: أثار الزواج العرفي بالنسبة للزوجين بالنسبة للزوجين (المطلب الأول)، أثاره بالنسبة للأبناء (المطلب الثاني) وأخيرا أثاره بالنسبة للمجتمع (المطلب الثالث).

المطلب الأول

أثار الزواج العرفي بالنسبة للزوجين

إن من الأهداف الأساسية لعقد الزواج صيانة الزوجين وإحسانهما، والتنازل اثارا تتمثل في حقوق وواجبات الزوجين. وعليه نتطرق أولا لمعرفة هذه الآثار بالنسبة لعقد الزواج الرسمي ثم نعالج ما إذا كانت هذه الآثار هي نفسها التي تترتب على عقد الزواج العرفي و ذلك من خلال تحليل الواجبات المشتركة (الفرع الأول) ثم الحقوق والواجبات المستقلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الواجبات المشتركة.

إن الواجبات التي تقع على عاتق الزوجين من أجل إنجاح العلاقة الزوجية واجبات متنوعة ومتبادلة نظرا لأهمية البناء الزوجي وحساسيته في تثبيت المجتمع وقد حمل المشرع الزوجين في المادة 36 المعدلة من قانون الأسرة سبعة واجبات (1) يمكن تلخيصها في ضرورة المعاشرة بالمعروف بما يحقق السكن والمودة والرحمة وذلك عن طريق الاحترام المتبادل، قاسم الأعباء من أجل صيانة مصلحة الأسرة والإشراف على تربية الأبناء تربية الحسنة، والمحافظة على روابط المودة الأسرية التي تربط بين أسرتي الزوج و الزوجة، و أن يسعى كل منهما على التعاون من أجل خلق الانسجام لهما و لأسرتيهما (2).

(1) - المادة 36 معدلة ق.أ.: « يجب على الزوجين:

1 - المحافظة على الرابطة الزوجية و واجبات الحياة المشتركة.

2 - المعاشرة بالمعروف، و تبادل الاحترام و المودة و الرحمة.

3 - التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن تربيتهم.

4 - التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات.

5 - حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و أقاربه و احترامهم و زيارتهم.

6 - المحافظة على روابط القرابة و التعامل مع الوالدين بالحسنى و المعروف.

7 - زيارة كل منهما لأبويه و أقاربه و استضافتهم بالمعروف.».

(2) - أنظر كذلك: عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط2 ، دار البعث ، قسنطينة ، 1989 ، ص 198.

و تقابل ذلك حقوق ناتجة عن طبيعة عقد الزواج و تناولها المشرع في نصوص متفرقة
(1) .

- حل المعاشرة بين الزوجين و استمتاع كل منهما بالأخر في إطار ما إذن به
الشرع و في ذلك إحصان للزوجين و عصمة لهما من ارتكاب الزنا المحرم
شرعا و قانونا.

- التوارث بين الزوجين، فمن توفي منهما حقيقة أو حكما ورثه الزوج الآخر لقوله
تعالى : « لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَاكْلٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَاكْلٌ فَلَكُمْ
الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ
يَكُنْ لَكُمْ وَاكْلٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَاكْلٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا
أَوْ دَيْنٍ » [سورة النساء، الآية 12]، كما نصت المادة 130 من قانون الأسرة على
أنه «يوجب النكاح التوارث بين الزوجين و لو لم يقع بناء».

- حرمة المصاهرة: فلا يجوز للزوج التزوج بأصول الزوجة و بفروعها إذا حصل
الدخول بها و لا يمكنها بأصوله و فروعها.

الفرع الثاني: الحقوق والواجبات المستقلة.

و هي الحقوق و الواجبات التي يستقل بها كل طرف فلا تثبت هذه الحقوق إلا
إذا قام الطرف الآخر بواجباته، لذلك سنتطرق إلى حقوق الزوجة ثم إلى حقوق الزوج
باعتبار حقوق الزوجة واجبات على عاتق الزوج و العكس صحيح .

(1)- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج 1 ، ط 2002 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ص
161 .

1. حقوق الزوجة :

- فضلا عن المادة 36، نصت على هذه الحقوق المادة 78 من قانون الأسرة و هي :
- **النفقة** : عرفت المادة 78 النفقة على أنها تشمل « الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة». و شروط وجوب النفقة نصت عليها المادة 74 من و هي الدخول بالزوجة و العقد الصحيح على المرأة و يضيف الفقهاء شرطا آخر و هو صلاحية المرأة للمتعة.
 - **الدخول بالزوجة** : و يرتب حق الزوجة على زوجها في النفقة بالخلوة الصحيحة سواء تمت المخالطة الجنسية أو لا، متى كان العجز يعود لضعف الرجل⁽¹⁾.
 - العقد الصحيح** : أي أن يكون العقد كامل الأركان القانونية و الشرعية و عليه فان النفقة لا تستحق إذا كان العقد باطلا أو فاسدا .
 - **صلاحية المرأة للمتعة** : بان لا تكون صغيرة، و إن كان هذا الشرط لا يمكن إثارته إذ أن قانون الأسرة نص على سن الزواج بالنسبة للمرأة هو 19 سنة وأن لا تكون مريضة مرضا يمنع الزوج من مخالطتها.
 - و النفقة تستحق من تاريخ عقد الزواج وهي خدمة يومية واجبة على الزوج و لا تسقط إلا بأحد الأسباب التالية :
 - نشوز الزوج
 - الطلاق
 - موت الزوج
 - وتجب النفقة في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية و في حدود طاقة الزوج.

(1) - فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، ج 1 المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1989 ، ص 179

• **العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة:** فان كانت الشريعة و القانون قد خولا للرجل حق الزواج بأكثر من امرأة، فانه اوجبا مراعاة شروط هذا التعدد و المتمثلة في خضوعه إلى احد المبررات الشرعية كان تكون الزوجة مريضة أو أن لا تكون قادرة على الإنجاب لعقم أو مرض أو غيره، كما يجب إعلام الزوجة السابقة و اللاحقة. و حق الزوجة هو عدل الزوج بينها و بين باقي زوجاته في المبيت و النفقة و إن يسعى لمعاملتهم نفس المعاملة دون تمييز لان التمييز يؤدي إلى النفور بينهن .

• **زيارة أهلها من المحارم و استضافتهم بالمعروف :** مع مراعاة أن تكون هذه الزيارة في حدود ما يتطلبه العرف و العادة، فيجب أن يكون ذهابها إلى زيارة أهلها و مجيئهم لزيارتها بما يوافق عليه الزوج وبما يتوافق مع احتياجاته و احتياجات الأبناء، وفي هذه الزيارات تقوية الروابط العائلية و الأسرية، و تقوية لصلة الرحم

2. حقوق الزوج:

لقد نصت المادة 36 على حقوق الزوج باعتبارها واجبات الزوجة نحوه ونحو أبناء و هذه الحقوق هي :

أ. طاعة الزوج و مراعاته رئيس العائلة،

ب. إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم،

ج. احترام والدي الزوج و أقاربه.

تمثل هذه الحقوق والواجبات آثار عقد الزواج الرسمي الصحيح و هي نفسها التي يرتبها عقد الزواج العرفي الكامل الأركان والشروط و هذا ما اتجهت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1986/11/22 قررت « إن كل زواج عرفي يعتبر

صحيحاً متى توافرت أركانه حتى و لو كان غير مسجل بالحالة المدنية و تترتب عليه كافة آثار عقد الزواج و كافة الحقوق الزوجية»⁽¹⁾.

غير انه من الناحية العملية إن الزواج العرفي غير المسجل لا يعتد به إذا اخل احد الزوجين بالتزامه و طالبه الزوج الآخر بتنفيذه، إلا بعد تسجيله. فان كانت آثار الزواج العرفي تثبت من حيث انه واقعة مادية من يوم قيام العقد صحيحاً، إن ممارستها من الناحية القانونية لا تكون إلا بعد تسجيل العقد في سجلات الحالة المدنية و هذا ما قد يهدر بعض الحقوق و يؤثر على مراكز الأفراد. و عليه فان للزواج العرفي آثار سلبية على الزوجين يمكن حصرها فيما يلي :

أ. بالنسبة للحقوق المالية:

إن حق الزوجة في النفقة كما سبق ذكره يكون مستحقاً من يوم الدخول، غير انه و في حالة امتناع الزوج عن أداء النفقة لزوجته، و تقدمت إلى العدالة للمطالبة بحقها فان عليها أولاً إن تثبت العلاقة الزوجية القائمة بينها و بين المدعي عليه، و إلا فان دعواها لا تقبل لانعدام صفتها، و الصفة من النظام العام. فحتى ولو اقر الزوج بعقد الزواج العرفي و اعترض على طلب النفقة فان المحكمة لا تحكم لها بالنفقة حتى ولو أنها فعلاً لم تتحصل عليها ، وهذا ما نصت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1987/02/07: «طالما لو تثبتت الزوجة العلاقة الزوجية فإنها تبقى بدون صفة و مطالبتها بحقوقها المالية تكون غير مؤسّسة إذا طالبت بإثبات علاقة الزوجية و النفقة و فشلت في إثبات عقد زواجها»⁽²⁾ .

(1) - بدوي علي ، مقال عقود الزواج العرفية، موسوعة الفكر القانوني ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، العدد 02 ، ص 39
(2) - قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1987/02/07 ، المجلة القضائية ، 1990 ، العدد 03 ، ص 65.

إن الإدارات العمومية المخول لها أداء المنح والتعويضات العائلية تستوجب عقد الزواج لمنح الزوجة حقها، وفي حالة عدم تقديم الزوج لعقد الزواج أو عدم إمكان الزوجة إثباته، فإنها لا تستطيع الحصول على هذه الحقوق كذلك الأمر بالنسبة لصناديق الضمان الاجتماعي وشركات التأمين.

فمثلا لو توفي شخص كان متزوج عرفيا عن زوجته في حادث مرور أو حادث عمل فإنها لا تستطيع المطالبة بالتعويضات المالية طالما لم تثبت علاقة الزوجية إذ لا تكون صاحبة صفة في رفع دعوى للحصول على التعويض.

وهو الأمر نفسه بالنسبة لقضايا الميراث، فان عقد الزواج يعطي للزوج حق الميراث دون أن يسقط أو يحجب، غير انه إذا كان الزواج عرفيا فانه من الممكن أن يضيع الزوج إذا لم يستطع إثبات هذا الزواج. كان يتوفى رجل متزوج زواجا رسميا أو زواجا عرفيا فنتقدم الزوجة من الزواج العرفي بطلب حقها من الميراث و تصدم بإنكار باقي الورثة لها، و مع عدم إمكانية إثبات الزواج فإنها تحرم من حقها المخول لها شرعا، كما أن مركز الزوجة المتزوجة عرفيا يبقى عرضة للتجريح من طرف الورثة محاولة منهم حرمانها من الميراث، و مثال ذلك وقائع القضية التي فصل فيها بموجب قرار صادر في 2004/06/05 رقم 2004/16 الذي حاولت زوجة المتوفى من زواج رسمي التشكيك في عقد الرجعة للزوجة الثالثة من عقد عرفي .

أما بالنسبة للصداق، فانه شرط من شروط عقد الزواج و تستحقه الزوجة بالدخول و بالخلوة الصحيحة، فإذا كان مؤجلا و طالبت به الزوجة فلا بد أولا من إثبات علاقة الزوجية و إثبات عدم تسلمها له. هذا ما جاء في القضية رقم 902/54 و التي تتلخص وقائعها في وجود عقد زواج عرفي اثبت بموجب حكم قضائي، ثم إثبات الطلاق العرفي دون التطرق لمؤخر الصداق، و بما أن المدعية أثبتت صداقها عن طريق الشهود مما تعين معه إلزام المدعي عليه بأدائه لها .

ب. بالنسبة للحقوق غير المالية:

إن عدم الحصول على وثيقة تثبت العلاقة الزوجية تجعله عرضة للإنكار إذ يمكن لأحد الزوجين أن ينكر العلاقة الزوجية ويطمس آثارها و كل من شأنه إثباتها و يمنع بذلك الطرف الآخر من الاحتجاج بها ليس فقط بالمطالبة بالحقوق المالية بل حتى المتابعات الجزائية، فلو تزوج شخص عرفيا ثم ترك مقر الزوجية لمدة أكثر من شهرين فهل يمكن للزوجة متابعته بجريمة ترك مقر الزوجية وإذا كانت هذه الزوجة حامل فهل يمكن لها متابعته بجريمة إهمال الزوجة الحامل؟ وإذا علمت انه على علاقة غير شرعية فهل يمكن متابعته بجريمة الزنا؟

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

بالنسبة للعدة هي فترة محددة من الزمن تتربصها المرأة في مسكن الزوجية بعد وقوع الفرقة بينها و بين زوجها أو بعد وفاته وتمنع من التزوج بغيره والهدف منها هو:

- أ. التأكد من براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب.
- ب. تهيئة الفرصة لتمكين الزوج من مراجعة زوجته.
- ج. إعلان حزن الزوجة على زوجها المتوفي.

والعدة تعتبر كالاتي :

- أ. إذا كانت الزوجة حامل، فعدتها وضع حملها.
- ب. إذا كانت غير حامل و من نوات الحيض فعدتها ثلاثة قروء.
- ج. إذا لم تكن من نوات الحيض فعدتها ثلاثة أشهر.

د. إذا كانت الزوجة قد توفي عنها زوجها فعدتها أربعة أشهر و عشرة أيام. تحسب العدة من يوم النطق بحكم الفرقة أو من يوم الوفاة، هذا في عقد الزواج المسجل، فكيف يمكن حسابها في عقد الزواج العرفي الغير مسجل ؟

إن على الزوجة أولاً إن تتبع إجراءات التسجيل أمام قاضي الأحوال الشخصية ثم تثبت قيام الطلاق بينها و بين زوجها و نظراً لأن الواقعتين غير مسجلتين فقد تطرح الإشكاليات التالية:

أ. قد ينفي الزوج واقعة الطلاق و يؤكد واقعة الزواج و يراجع زوجته دون عقد جديد.

ب. قد ينكر الزوج واقعة الزواج و واقعة الطلاق مع وجودهما من الناحية الفعلية دون أن يسعى احد من الزوجين لتثبيته و قد تتزوج الزوجة من آخر دون مراعاة مهلة العدة.

إذا توفي الزوج ، فان الزوجة تلجا أولاً لإثبات واقعة الزواج ، ثم تنتظر صدور الحكم لاعتداد عدة المتوفى عنها زوجها و هذا ما يتطلب فترة زمنية طويلة قد لا تستطيع معها الزوجة إثبات واقعة الزواج و بذلك تفوت عليها بعض المنافع كإعادة الزواج مثلاً.

المطلب الثاني

أثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للأولاد

تطرق المشرع لحقوق الأولاد في قانون الأسرة حيث تناولت مادته 36 حق تربية هؤلاء و وجوب رعايتهم من الناحية النفسية و العاطفية و نشأتهم بصفة سليمة، كما صان المشرع الحضانة من خلال المادة 62 من نفس القانون التي عرفتها بأنها : « ... رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة وخلقاً». وكرس المشرع كذلك واجب النفقة ضمن المواد 74 إلى 80 .

وإن جاءت كل هذه النصوص لتؤطر الزواج الرسمي، فلا يمكن استبعاد روحها عندما يتعلق الأمر بالزواج العرفي وإن كان غير رسمياً، يبقى زواج مطابق للشريعة الإسلامية ولا بد أن ترتب النصوص السالفة الذكر أثارا تتعدى وضعية الزوجين لتمس الأبناء: إن حقوق الأبناء على الوالدين تؤدي بصفة تلقائية و طبيعية، إلا أن هناك عائق معتبر قد يحجب واجب الوالدين، يتمثل في النسب حيث في العديد من الأحيان يكون الأولاد عرضة للإنكار أكثر مما هو عليه الحال في الزواج الرسمي، لذلك سنتناول هذه المسألة ضمن هذا المطلب من خلال أثار الزواج العرفي في إثبات النسب (الفرع الأول) ودعوى إثبات النسب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أثار الزواج العرفي في إثبات النسب:

إذا كان نسب الولد لأمه ثابت بسبب الحمل المرئي والولادة وذلك بقطع النظر عن كونه ولداً شرعياً أو ولد زناً، فإن نسبه إلى والده ليس دائماً سهلاً، والشريعة الإسلامية حصرت طرق إثبات النسب في: الزواج الصحيح، الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة أو الإقرار أو البينة، و هذا ما أخذه المشرع الجزائري حيث نص في المادة 40 من قانون الأسرة: « يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة وبنكاح الشبهة وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و 33 و 34 من هذا

القانون»، وقبل التطرق إلى هذه الطرق الرسمية لا بد من التعرّيج على مفهوم النسب الذي عرفه القضاء بأنه القرابة الناشئة عن صلة الدم بالتناسل و هو يكسب المقر به حقوق و يرتب عليه واجبات كالنفقة على ذوي قراه المحتاجين و يمكنه من مزاحمة الورثة في الإرث و يجري عليه ما يجري عليهم من موانع الزواج الناشئة عن القرابة. والنسب حق لكل من الزوجين لأنه يضمن التناسل الذي يعتبر من أغراض الزواج الرئيسية.

1. إثبات النسب بالزواج الصحيح :

إن الولد يمكن أن ينسب إلى والده من الزواج الصحيح متى كان الزواج شرعياً و متى أمكن الاتصال بين الزوجين ولم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة – كالملاعنة – ومتى حصلت ولادته خلال اقل من مدة الحمل أو أقصاها، كما قال الرسول عليه الصلاة و السلام: « الولد للفراش و للعاهر الحجر»، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها الذي جاء فيه: « من المقرر شرعاً أن النسب يثبت بالفراش الصحيح ومن ثم فإن القضاء بإثبات النسب حال قيام الزوجية ودون تطبيق قواعد اللعان في المدة المحددة شرعاً يعد قضاءً صحيحاً».

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

كما انه قد يحدث أن يكون هناك زواجا عرفياً قام الزوجين بتسجيله بعد مدة من الدخول على أساس انه زواج رسمي و بعد أن تكون الزوجة قد حملت بالمولود، وإن حدث و أنجبت بعد ثلاثة أو أربع شهور من تاريخ العقد الرسمي المسجل فهنا لا يمكن

إسناد الابن لأبيه أمام ضابط الحالة المدنية لأنه لم يولد في الفترة المحددة قانونا مما يؤدي بالزوجين إلى اللجوء لوكيل الجمهورية عن طريق تقديم طلب يلتزمان من خلاله الحكم بتصحيح تاريخ واقعة الزواج العرفي و تسجيله بأثر رجعي، حتى يتمكنان من تسجيل ميلاد المولود وإثبات نسبه بصفة قانونية لوالديه وهنا لا يتولى الكثير من وكلاء الجمهورية في متابعة الزوجين جزائيا بجنحة الإدلاء بقرارات كاذبة ومعاقتهم وفقا للمادة 223 من قانون العقوبات.

فإذا كانت ولادة المولود إثناء قيام الرابطة الزوجية بين أدنى وأقصى مدة للحمل وبعد الدخول تبعا لعقد صحيح تكون قرينة شرعية وقانونية على أن الولد للفراش وينسب الولد إلى أبيه ، و هذه القرينة قد لا يستفيد منها الطرف الذي يريد إثبات نسب الولد في حالة العجز عن إثبات الرابطة الزوجية الشرعية حتى و إن كان الدخول تبعا لعقد صحيح و هنا يضيع نسب الولد .

وقد لا يحدث أن يكون الزوج متأكدا بان الولد الذي أنجبته زوجته من زواج عرفي ليس ابنه و لا يقوم بنفيه بالطرق الشرعية (الملاعنة) ويتغاضى عن ذلك ظنا منه انه غير ممكن لزوجته أن تثبت زواجه العرفي منها و لكن إذا سعت الزوجة و أثبتت الزواج هنا ينسب له الولد و هو ليس منه لأنه فوت مواعيد الملاعنة لان دعوى اللعان لا يعتد بها خارج الآجال القانونية المحددة شرعا و قانونا.

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: « من المقرر قانونا انه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة. ومن المستقر عليه قضاءا إن مدة نفي الحمل لا تتجاوز 08 أيام ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة المحددة

شرعا و تمسكه بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، و لان الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر البناء.

فان قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد لأبيه عرضوا قرارهم لتناقض مع أحكام المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة و اخطأوا في تطبيقها و متى كان ذلك استوجب نقض القرار «(1) .

كما جاء في قرار آخر أنه : « من المقرر قانونا أن اقل مدة للحمل هي 06 أشهر و إن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا ، و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة ، و من المستقر عليه قضاء انه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في اجل محدد لا يتجاوز 08 أيام من يوم العلم بالحمل .

و من الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر، و أن قضاة الموضوع أخطأوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد، فإنهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج و إلحاق النسب للام أخطأوا في تطبيق القانون و خالفوا أحكام المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة مما يستوجب نقض القرار «(2).

أما في حالة وقوع الولادة بعد انقضاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة و إتيان الزوجة لولد ليس بين اقل و أكثر مدة للحمل و إنما بعد مضي أكثر من عشرة شهور أي بعد انقضاء أقصى مدة للحمل التي حددها القانون فانه لا يمكن إسناد نسبه إلى هذا الزوج المتوفى أو المطلق، بمعنى آخر لا يثبت نسب الولد إلى أبيه إلا إذا جاءت به الزوجة لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ العقد أو إمكان الوطاء ، و لأقل من ستة أشهر بعد الطلاق فان مجيئها به في غير المواعيد يدل على أنها حملت به قبل أن تكون فراشا لهذا الزوج أو حملت به بعد طلاقها أو وفاة زوجها من رجل آخر.

(1)- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1984/12/03 ، المجلة القضائية ، 1990 ، العدد 01 ، ص 83 .
(2)- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1997/10/28 ، المجلة القضائية ، 2001 ، العدد الخاص ، ص 70 .

لكن الإشكال الذي يطرح في الزواج العرفي هو صعوبة إثبات النسب عند وقوع الطلاق عرفيا ، و تحديد تاريخه بدقة مما يجعل إمكانية إثبات نسب الولد الذي يولد بعد أكثر من 10 أشهر من تاريخ الطلاق واردة ، و قد تتزوج المرأة زواجا شرعيا و مسجلا و يدخل بها زوجها و يعاشرها معاشرة الأزواج ثم يغيب عنها لسبب شرعي أو غير شرعي يدوم غيابه أكثر من عشرة أشهر و كانت الزوجة قد أتت بمولود في هذه الفترة فان هذا المولود يعتبر للفراش ما لم يثبت هذا الزوج عدم تلاقيه مع الزوجة و اتصاله بها و هذا ما ينطبق على الزواج العرفي باعتباره زواج شرعيا متى تم إثباته ، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي فصل في قضية إثبات النسب بعد وضع الولد بعد 16 شهرا من غيبة الطاعن ز الذي جاء فيه : « من المستقر عليه قضاء أن المدة القانونية لنفي النسب لا تتجاوز 08 أيام و متى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت و الزوجية قائمة بين الزوجين و أن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة و أن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة و أن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن »⁽¹⁾.

2. ثبوت النسب بالزواج الفاسد :

بما إننا فرقنا بين عقود الزواج التي تبرم قبل صدور قانون الأسرة وأخضعناه لأحكام الشريعة الإسلامية، وبين العقود المبرمة بعد صدور قانون الأسرة و تطرقنا إلى مفهوم فساد العقد وفقا للشريعة الإسلامية ثم وفقا للقانون و خلصنا أن النسب في الزواج الفاسد يثبت للأب حسب الشريعة الإسلامية و وفقا للقانون و قد جاء في المادة 40 من قانون الأسرة: " يثبت النسب ... بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 ، 33 و 34 من قانون الأسرة»، فالمادة 32 نصت على أن

(1)- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1993/11/23 ، المجلة القضائية ، 2001 ، العدد الخاص ، ص 64.

يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد. أما المادة 33، فنصت على انه إذا تم الزواج بدون ولي أو صداق أو شاهدين يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و المادة 34 نصت على أن الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول أو بعده، وجاء في قرار للمحكمة العليا : « المحصنة تحرم على الزوج الثاني و أن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب»⁽¹⁾.

وحسب هذه المواد، إذا تبين الفساد قبل الدخول فسخ الزواج دون صداق و يعتبر كالعقد الباطل لا اثر له ، أما بعد دخول المرأة تستحق صداق المثل و يثبت به النسب . و العقد الباطل يبطل قبل أو بعد الدخول و يترتب عليه ثبوت النسب أيضا ⁽²⁾. و لقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا : « و لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا»⁽³⁾ .

و بالتالي نقول أن الإشكاليات التي يمكن طرحها في حالة الزواج العرفي هي الزواج بالمحرمات فلا نتصور وقوع الجمع بين أختين مثلا في الزواج الرسمي الذي يعتمد فيه على وثائق الطرفين لإثبات هويتهما .

كما أن الزواج مع المرأة المحصنة يمكن تصوره في الزواج العرفي بالنسبة للزوجة التي تترك زوجها و تذهب إلى مكان آخر و تعيد الزواج مع أنها تعتبر شرعا في ذمة الزوج الأول، و الزواج العرفي قد يكون فاسدا نتيجة عدم توفر ركن من أركانه، كعدم توفر الشروط المطلوبة في شروط العقد و ذلك لعدم مراقبتها من طرف موظف مختص، وجاء في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية : « المقرر في الفقه الحنفي أن الزواج الذي لا يحضره شهود هو زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج

(1)- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1986/02/24 ، غير منشور .

(2)-العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 153 .

(3)- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1984/06/25 ، غير منشور.

الصحيح ومنها النسب بالدخول الحقيقي»، وجاء أيضا في قرار آخر لمحكمة النقض المصرية: « إن زواج المطعون عليها المسلمة بالطاعن المسيحي وهي تعلم ذلك الزواج فاسد و مؤداه جواز إثبات النسب»⁽¹⁾.

والزواج العرفي قد يكون في كثير من الأحيان مصدرا للنكاح الفاسد خصوصا ما بين المحرمات، فقد تتزوج المرأة أو الرجل عدة مرات عرفيا وفي مناطق مختلفة وينجبون أولاد ويلتقي هؤلاء الأولاد ويعقدون زواجهم وهم يجهلون وجه التحريم عندما يتبين فساد هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده لكن إذا ترتب عنه أبناء فإنه يثبت به النسب مع التفريق بين الأزواج مما يؤدي إلى حرمانهم من الرعاية العائلية وهذا رغم حسن نية الزوجين، أما إذا كان هؤلاء الأولاد على علم بوجه التحريم ولكن كانوا من الذين لا يردعهم وازع ديني و لا أخلاقي و الناس لا يعلمون بأمرهم عادة فالزواج فيما بينهم في هذه الحالة لا يثبت به النسب ذلك انه عند العلم يعتبر الزواج باطل وغير شرعي والأولاد يعتبرون أولاد زنا و لا نسب لهم.

ونلاحظ خطورة إثبات النسب بالزواج الفاسد ، في حالة ما إذا تزوجت المرأة المطلق عرفيا أو المتوفى عنها زوجها زواجا ثانيا في فترة عدتها دون أن يكون للزوج الثاني علما بزواجها الأول أو بكونها ما تزال في فترة عدتها فهذه المرأة أن ولدت مولودا في الفترة الممتدة بين ستة أشهر وعشرة أشهر من تاريخ زواجها الثاني فإن الولد ينسب للزوج الثاني رغم احتمال كونه من الزوج الأول كان تكون قد انجبت به بعد سبعة أو ثمانية أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وهذا ما جاء به القرار الصادر عن المحكمة العليا: «من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل، و من المقرر قانونا أن اقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر .

(1) - محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، ج1، دار النشر محمود، جمهورية مصر العربية، ص 150.

ومتى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدتها و أن الحمل وضع بعد أربع أشهر من تاريخ الزواج الثاني، و أن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعة بنت للزوج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش مع أن الزواج الثاني باطل شرعا ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و خرخوا أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة»⁽¹⁾.

إن المتمعن في الأسباب القانونية التي يترتب عليها فساد العقد يدرك بأنه من النادر أن تكشف قبل الدخول وذلك لكون أن هذا العقد لا يبرم أمام موظف مختص يعرف الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج ، لذا فان سبب فساد العقد عادة ما يكشف بعد الدخول، وقد جاء في قرار المحكمة العليا انه : « متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة فان القضاء بتصحيح هذا الزواج و تسجيله في الحالة المدنية و إلحاق نسب الأولاد لأبيهم يكون قضاءا موافقا للشرع والقانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن».

ومما سبق يتضح أن الزواج الفاسد وإن كان يثبت به النسب فانه قد يكون في حالة الزواج العرفي سببا لضياع الأنساب واختلاطهم و لوجود فئة من الأولاد محرومة من الرعاية العائلية.

3. ثبوت النسب بنكاح الشبهة :

نكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، و هو الاتصال الجنسي غير الزنا، و ليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد مثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشة فيظنها زوجته، و مثله أيضا وطء المطلقة طلاقا ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له .

(1)- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1998/05/19، العدد الخاص ، 2001 ، ص 73

فان أنت المرأة بولد ما بين ستة و عشرة أشهر من وقت الوطاء ثبت نسبه من الوطاءى لتأكد أن الحمل منه و إذا أنت به في مدة اقل من ستة أشهر لا يثبت النسب منه و يكون وطؤها قبل ذلك بشبهة أخرى هذا هو موقف الفقه من نكاح الشبهة.

و إما موقف القانون فيوضح من خلال المادة 40 من قانون الأسرة، و يتبين أنه ذهب إلى ما ذهب إليه الفقهاء و رتب على نكاح الشبهة ثبوت النسب، و هذا ما يتأكد من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا و الذي جاء فيه : « من المقرر قانوناً أن يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار و بنكاح الشبهة و من ثمة فان القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقاً سليماً للقانون .

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لم يثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة فان قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون»⁽¹⁾.

إن النكاح بشبهة يمكن تصور وجوده في حالة الزواج العرفي، إذا لم تحضر الزوجة مجلس العقد و ناب عنها وليها أو وكيلها ثم بعد ذلك زفت إليه امرأة أخرى فيعاشرها معاشرة الأزواج ظناً منه أنها المرأة التي أبرم العقد معها، و عليه فان مثل هذا النكاح أن ترتب عنه ولد يثبت لأبيه .

4. ثبوت النسب بالإقرار :

قد نصت المادة 44 من قانون الأسرة على انه: «يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهولي النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة». و للإقرار شروط منها :

(1)- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1991/05/21 ، المجلة القضائية ، 1994 ، العدد 02 ، ص 56

1. أن يكون الولد مجهول النسب .
2. أن يكون الولد أتى من علاقة شرعية ، سواء أكان صحيح أو فاسد أو نكاح الشبهة.
3. أن لا يكذبه العقل أو العادة .
4. أن يصدقه المقر له على إقراره أن كان أهلا لذلك وضرورة تصديق المحمول عليه النسب.

و قد جاء في المادة 45 من قانون الأسرة أن «الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة، و الأمومة، لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه» ، كما أن الآثار الناتجة عن هذا الإقرار منصرفه إليه دون غيره من الأقارب، و بناء عليه إذا كان المقر ببنوة الغلام هي الزوجة أو المعتدة فيشترط مع ما ذكر أن يوافق زوجها على الاعتراف ببنوته له أيضا وأن تثبت ولادتها له من ذلك الرجل لان فيه تحميل النسب على الغير فلا يقبل إلا بتصديقه أو ببينة .

ويبطل الإقرار إذا صرح المقر بان الولد ابنه من الزنا لان الزنا لا يصلح سببا لإثبات النسب، و هذا الإقرار بالبنوة حالة نادرة على مستوى محاكمنا لان الإقرار وحده لإلحاق النسب من الأمور الخطيرة و التي تتيح الفرصة أمام العلاقات المشبوهة والمحرمة التي تنتج عنها أولاد غير شرعيين و يكون من السهل بمجرد الإقرار أن يثبتوا نسب هؤلاء الأولاد و يصبح ولد الزنا ولدا شرعيا يتمتع بحقوق ليست له، وهذا ما دفع المشرع إلى وضع قيد على رفع هذه الدعاوى يتمثل في ضرورة إثبات قيام العلاقة الزوجية.

وبالتالي في الزواج العرفي لا يمكن إثبات النسب بالإقرار إلا بعد تثبيت الزواج فرغم عدم وجود نزاع حول نسب هذا الولد فلا يمكن أن تثبت النسب قبل أن تثبت

العلاقة الزوجية بين الزوجين ، أي البحث أولاً عن شرعية و قانونية الزواج قبل أن نبحث في قضية إثبات نسب الأولاد، و بالتالي يبقى الإقرار في النسب لا يقبل على مستوى محاكمنا إلا إذا قدم المدعي مع طلبه عقد زواج مسجل لدى الحالة المدنية.

و قد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا : « أن الإقرار بالولد يجب أن يكون بدون تردد و لا تراجع مع توافر شروط صحة الزواج ، حيث أن الزواج المزعوم وقع بين الطرفين بالفاثحة في 20 أوت 1965 إلى غاية 25 جويلية 1967 ، كما أن الطلاق المزعوم وقع بين الطرفين في 1966 و أن الولد المسمى " وحيد " المتنازع عنه ولد في 1966/06/28 و أن هذه الوقائع لم تثبت و لم تعرض البيئة لإثبات صحتها لأن الزواج يثبت فقها و قضاء بقراءة الفاثحة و تحديد الصداق و حضور الشهود و الولي و أن اعتراف المطعون ضده أمام القاضي الأول وقع التردد و تراجع عليه ، و من ثم فإن القرار المطعون فيه سليم و لم يخطأ في تطبيق القانون » (1) .

5. إثبات النسب بالبينة (الشهادة) :

و نوع البينة التي يثبت بها النسب هي شهادة رجلين أو رجل و امرأتين عند أبي حنيفة، و شهادة رجلين فقط عند المالكية و جميع الورثة عند الشافعية و الحنابلة و الشهادة تكون بمعينة المشهود به أو سماعه ، و قد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة السماع (2) .

و قد ورد النص على إثبات النسب عن طريق البينة في المادة 40 قانون الأسرة و عليه فإذا ادعت امرأة أنها حملت من زوجها و ولدت في غيابه مثلا أو في حضوره فأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها، أو اعترف بالولادة كواقعة مادية و أنكر أن يكون الولد الذي بين يديها هو نفسه الذي ولدته، ففي هذه الحالة يحق للمرأة أن تثبت بالشهود

(1)- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1986/02/24 ، غير منشور

(2)- وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 426

ما ينكره الزوج والإثبات هنا ليس إثبات نسب لان النسب يثبت بالفراش و لكن النزاع الحقيقي قائم على حصول الولادة . فبالإمكان شرعا و قانونا إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن عملية الولادة أو الأطباء أو الممرضات أو القابلات إذا وضعت حملها في المستشفى و كذلك إلى إثبات الولد نفسه، و يذهب أبو حنيفة إلى انه يكفي لإثبات هذا الأمر شهادة امرأة واحدة تتوفر فيها شروط الشهادة و لا يشترط نصاب الشهادة المفروض في سائر الأمور، و إذا أثبتت الولادة و ثبت المولود أمكن حينئذ نسبه إلى الزوج و تسجيله على لقب و اسم أبيه في سجلات الحالة المدنية استنادا إلى الحكم الذي يفضي بثبوت النسب .

وإثبات النسب بالبينة لا يمكن تصوره إلا في الحالة التي يكون فيها الزوج والزوجة قد جمع بينهما عقد زواج صحيح أو فاسد.

إما بالنسبة للزواج العرفي نعتقد أن هذه الوضعية قد تكون نتيجة عزوف المتزوجات عرفيا الى اللجوء للمستشفيات من اجل الولادة بها لأنها تكون غير قادرة على اثبات زواجها امام المصالح الاستشفائية، و تكون وضعيتها كوضعية الأمهات العازبات، واللجوء نتيجة ذلك الى الولادة بالبيوت وخصوصا في المناطق الريفية والنائية قد يحول دون توفي شاهد على هذه الواقعة المادية لان القابلة ترفض الإدلاء بشهادتها خوفا من المتابعة على أساس ممارسة مهنة دون رخصة مما يؤدي لضياع نسب الولد ليس لسبب إلا أن زواج ولديه كان عرفي.

الفرع الثاني: دعوى إثبات النسب:

نعلم إن دعوى إثبات النسب أو إلحاق نسب شخص إلى آخر هي في الأساس دعوى مثل غيرها من الدعاوى المادية العادية التي ترفع أمام المحاكم للفصل فيها كيف يلجا المدعين إلى القضاء لإثبات النسب؟

بما أن الزواج العرفي هو زواج صحيح قائم بكل أركانه وشروطه ينقصه فقط التسجيل لدى الحالة المدنية و هذا التسجيل يمكن الزوجين من استخراج وثائق تثبت صفتها، وبالتالي فالمرأة المتزوجة عرفيا لما تتقدم إلى المستشفى من اجل الولادة تطلب منها وثيقة تثبت الزواج كالعقد أو الدفتر العائلي وبما أن زواجها غير مسجل فهي بالضرورة لا تملك ما يثبت زواجها ، فلما يولد المولود سوف يقيد على اسم والدته وهنا لما تستخرج شهادة ميلاد هذا الولد نجدها باسم أمه والأب مجهول هذا رغم إقرار الأب وتصريحه بان الولد منه لكن لا يقبل منه ذلك، وما نعييه في هذه الإجراءات سواء على مستوى المستشفيات أو لدى ضابط الحالة المدنية بالبلدية أن المشرع لم يضع نصوص تحد من هذه الطريقة، لأننا إذا سجلنا الولد باسم أمه ناتج عن علاقة زواج شرعية فإننا نعرض سمعته و سمعة والدته للأقاويل إضافة للعراقيل التي تعترضه أمام أية جهة إدارية لذلك من المستحسن جعل الأصل هو تثبيت النسب ولكل ذي مصلحة في إسقاطه أن يسقطه، لان استخراج شهادة ميلاد لأب مجهول مساس بشرف الابن و عائلته و سوف يصححها بعد ذلك بحكم قضائي مما يجعله يبقى مدى الحياة يتحمل نتيجة عمل خارج إرادته، و لو لاحظنا قانون الحالة المدنية في الماد 62 نجد أن المشرع نص على قبول التصريح سواء من الأب أو الأم أو من له مصلحة لكن على مستوى البلديات لا يقبلون سوى تصريح الأب⁽¹⁾.

(1) - أمر رقم 70-20 المؤرخ في 16 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية، ص 178.

ولاحظنا عمليا أن المعني بشهادة الميلاد لأب مجهول يتجه عادة بطلب إلى وكيل الجمهورية من أجل تصحيح لقبه، وهذا طبعاً بعد أن يكون قد اثبت الزواج العرفي بين والديه.

لكن ما لاحظناه على مستوى محكمة التربص أن وكيل الجمهورية يقبل الطلب ويرسل الملف إلى مصلحة الحالة المدنية من أجل التصحيح القضائي بإضافة اللقب وأمر ضابط الحالة المدنية بتسجيله في شهادة ميلاد المعني ، لكن على مستوى بعض المحاكم الموجودة في حدود الولاية، فإن وكلاء الجمهورية يرفضون الطلب ويوجهونه إلى قسم الأحوال الشخصية.

إلا أنه حسب رأينا، إن الأمر لا يوجد فيه نزاع والمحاكم المختصة بالفصل في النزاعات مما يجعلنا نؤكد على ضرورة إجراء تصحيح قضائي دون رفع دعوى قضائية.

وهنا اختلاف بين القضاة أنفسهم في قسم الأحوال الشخصية عند ورود مثل هذه القضايا إليهم، إذ إن بعض القضاة يؤكدون على عدم وجود نزاع فيفصلون بعدم الاختصاص، إما البعض الآخر يفصل بإثبات النسب بحكم، و يكون المنطوق يتضمن اللقب وأمر ضابط الحالة المدنية بقيده في سجلات الميلاد.

وبما إننا أكدنا إن دعوى إثبات النسب لا يمكن أن تكون إلا بإثبات الزواج فهل يمكن الجمع بين دعوى إثبات الزواج و دعوى إثبات النسب وإن كان الأمر كذلك فكيف يكون الحكم فيها ؟

المطلب الثالث

أثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للمجتمع

إن طرفي عقد الزواج العرفي يعتبران زوجين من الناحية الشرعية والقانونية وبالتالي تنتفي عن العلاقة القائمة بينهما صفة العقد الباطل أو الفاسد أو العلاقة المحرمة غير انه بالرغم من ذلك فان لهذا العقد آثار خطيرة تمس بالمجتمع يمكن إيجازها في مسائل ذات الطابع القضائي (الفرع الأول)، و مسألة زواج المحرمات (الفرع الثاني) وأخيرا موضوع الاحتجاج بالعقد العرفي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المسائل ذات الطابع القضائي:

إن كثرة الزواج العرفي في الجزائر جعل عدد القضايا النازرة فيها المحاكم كثيرة وعديدة، خاصة فيما يتعلق بإثبات عقد الزواج العرفي، ونظرا لسهولة إثباته وغياب الوازع الديني لدى بعض الأشخاص فإنهم قد يلجؤون إلى الغش لإثبات العقد ومتى توفرت أركان عقد الزواج شكليا فإنه لا يسع المحاكم إلا الأمر بتثبيته وبالتالي إعطاء مراكز قانونية لأشخاص وترتيب حقوق لغير مستحقيها، والأمثلة على ذلك كثيرة كأن يكون شخص على علاقة غير شرعية بامرأة وبعد وفاته تدعي أنها متزوجة منه عرفيا وتقدم للمحكمة شهود زور وعلى أساسها تثبت علاقة الزواج العرفي وتكون المحكمة في هذه الحالة، قد أضفت صفة الشرعية على علاقة غير شرعية في حين تعجز الزوجة الحقيقية عن إثبات عقد زواجهما.

كما أن الإشكال الذي يطرحه الزواج العرفي هو تكييف الجرائم، خاصة التي تكون فيها صفة الجاني والمجني عليه محل اعتبار، كما هو الحال في جريمة ضرب وقتل الأصول أو الفروع، فهنا يتغير الوصف الجزائي وتصبح هذه الصفة ظرفا مشددا

في العقوبة، لكن عدم تحديد الأنساب في الزواج العرفي قد يعطل ذلك، كأن يتعدى الابن على أبيه بالضرب لكن لا يقدم أمام العدالة أي وثيقة تثبت هذه العلاقة فتكيف الجريمة على أنها ضرب وجرح عمدي ويعاقب على هذا الأساس بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة في حين أن تكييفها الصحيح هو ضرب وجرح الأصول والتي تكون عقوبتها أكثر تشديداً.

كذلك الأمر بالنسبة للسرقة بين الفروع والأصول إذ يحدث أن يسرق ابن من زواج عرفي والده، الذي يرفع عليه دعوى ونحن نعلم أن قانون العقوبات يعطي للأب الحق في التنازل عن الدعوى المرفوع ضد ابنه، فيما يتعلق بالسرقة، ولطالما أن الأب لا يحوز وثيقة الزواج الرسمية التي تثبت صلته بابنه، فإنه يحول دون استعمال حقه في التنازل عن الدعوى. تنص المادة 369 قانون العقوبات الجزائري «لا يجوز اتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأقارب والحواشي والأصول لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الشخص المضرور والتنازل عن الشكوى بوضع حدا لهذه الإجراءات»⁽¹⁾.

من بين الآثار التي يربتها الزواج هي إنجاب الأبناء الذين يحتاجون خلال حياتهم إلى وثائق إدارية خاصة إذا تعلق الأمر بالتسجيل في المؤسسات التعليمية أو الحصول على التعويضات والمنح العائلية، فيلجأ الأفراد إلى الطرق الاختيارية لاسيما التزوير والتي عادة ما يؤدي اكتشاف أمرها إلى جر الأفراد إلى المحكمة بسبب التزوير واستعمال المزور والإدلاء بإقرارات كاذبة.

(1) - بالحد الأقصى للحبس المؤقت من خمس إلى عشرة سنوات إذا نشأ عجز كلي عن العمل مدة تزيد عن خمسة عشر يوماً.

الفرع الثاني: زواج المحرمات:

الزواج العرفي قد ينتج عنه أبناء وبنات و قد يفترق الزوجان دون أن يسعى احدهما لتسجيل الزواج وتحديد النسب ومع مرور السنوات قد يجتمع هؤلاء الأبناء ويتزوج بعضهم البعض وهذا التزاوج بين المحارم محرم شرعا وقانونا فمن المسؤول عن ارتكاب مثل هذه المحرمات؟ و في حالة اكتشاف الجريمة من يتابع؟ وهل تسقط الجريمة بالتقادم؟

ومثال عن ذلك : « رسالة جاءت إلى لجنة الفتوى بالأزهر من سيدة تقول، أنها تزوجت من رجل عرفيا وبعقد غير موثق انتظرت لتحسن ظروفه المادية و بعد عشرة استمرت خمس سنوات أنجبت خلالها طفلا اختفى الزوج فجأة و هرب و تركها وحدها مع ابنها، و بعد فترة تقدم إليها رجل كريم للزواج منها وأخبرته أن هذا الطفل (ابنها من الزوج العرفي) ابن أختها التي توفت هي وزوجها في حادث ، و وافق الرجل على تقبل الطفل ونسبه لنفسه و كبر الابن ودخل الجامعة وجاء يعرض الزواج من زميلة له بالجامعة ووافقته على ذلك، و في زيارتي لبيت زميلة ابني رأيت صورة أبيها وكانت المفاجأة التي لا يتوقعها بشر إذ انه والد ابني الذي تزوجني عرفيا وهرب ، ورفضت هذه الزيجة بدون إبداء الأسباب وأمام إصرار ابني وافقت و تزوج زميلته التي هي أخته وأنجب منها طفلة...» (1).

وإن كانت هذه الواقعة قد حدثت في مصر غير انه ليس هناك ما يمنع وقوعها في مجتمعنا خاصة مع توافر كامل الظروف لحصولها إذ انه ليس هناك أي عقوبات ردعية توجب تسجيل عقود الزواج والميلاد.

(1) - فارس محمد عمران، الزواج العرفي و صور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة ، جمهورية مصر العربية، 2001 ص 36 - 37

الفرع الثالث: الاحتجاج بالعقد العرفي:

إن هذا العقد المعترف به من الناحية القانونية و الشرعية ، غير انه لا يمكن الاحتجاج به من طرف الزوجين إلا بعد تسجيله - كما سبق القول - لكن هل يمكن للغير الاحتجاج و طلب تثبيته ؟ كان يتزوج شخص زواجا رسميا ثم بعد ذلك يتزوج زواجا رسميا ثم بعد ذلك يتزوج زواجا عرفيا، دون أن يعلم زوجته الأولى كما يستوجب القانون في المادة الثامنة مكرر من قانون الأسرة، وحيث أن الزواج دون إعلام الزوجة يخول لها الحق في طلب التطلق .

فهل لهذه الزوجة المطالبة بإثبات عقد الزواج وهي طرف أجنبي عن هذا العقد للحصول على حقها في التطلق ؟ أم أن هذا الحق مخول فقط لطرفي العقد و هل يمكن للزوجة أن تتقدم بدعوى التطلق مؤسسة دعواها على هذا الزواج أم أن دعواها ترفض لعدم تأسيسها؟

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 اجل تسجيل زواجهم خاصة عندما يتعرضون إلى مشكلة ما سببها تقديم نسخة من شهادة عقد الزواج، ولهذا فإنهم يلجؤون إلى إثباته وتسجيله وهو ما نتطرق إليه في الفصل الموالي.

خلاصة الفصل الأول

ما يمكن أن نجمله بشأن الزواج العرفي فهو مصطلح جديد يطلق على الزواج الشرعي، ولكونه مستمد من عرف المجتمع.

كما يتم الخلط بينه وبين صور الزواج غير الموثق إلا أنه أبرم وفقاً للأعراف السائدة بشأن إبرام عقد الزواج والمعهودة منذ زمن الرسول "عليه الصلاة والسلام" ولكن تغلب عليه تخلف الشكل الرسمي.

ويصطلح عليه الزواج المغفل أو الزواج الشرعي أو زواج الفاتحة. وإن كان الأصل أن الزواج العرفي مكتمل الأركان والشروط إلا أنه لقي استهجاناً من طرف الفقهاء المعاصرين فمنهم من ذهب إلى تحريمه ويؤثم فاعله بسبب ما ينجر عنه من أضرار تلحق بالزوجة والأبناء والمجتمع.

الفصل الثاني

طرق إثبات الزواج العرفي

الفصل الثاني

طرق إثبات الزواج العرفي

يعد إثبات الزواج العرفي من أهم المشاكل التي تقابل طرفي هذا الزواج وعملية الإثبات هذه جد مؤثرة بسبب انقلاب زاوية العلاقة من الزواج العرفي إلى الزواج الرسمي وكما وضحنا آثار الزواج العرفي سلبية أكثر منها إيجابية، حيث تثار التساؤلات فيما إذا حدثت مشكلة بين الزوجين وأرادوا الاحتكام إلى القضاء كطلب الزوجة حقوقها المالية وطلبها الطلاق من زوجها فيجب على بادئ ذي بدء أن تكون العلاقة فيما بينهما مثبتة حتى تستطيع الاحتكام إلى القضاء، لذا يلجأ أحد أطراف الزواج إلى رفع دعوى ثبوت زوجية لتحقيق ذلك.

والزوجية تثبت بكافة طرق الإثبات المقررة في الفقه والقانون وهي: البينة الإقرار، اليمين وإذا ما أثبتت زواجها بواحدة من هذه الطرق وقضي لها بإثبات زواجها كان لها أن تقوم بتسجيله.

وعليه ستكون دراستنا لهذا الفصل مقسمة الى مبحثين، يتضمن المبحث الأول طرق إثبات الزواج العرفي، أما المبحث الثاني فننتطرق فيه لتسجيل عقد الزواج العرفي.

المبحث الأول

طرق إثبات الزواج العرفي

قبل التطرق إلى طرق إثبات الزواج العرفي وجب أولاً تعريف الإثبات بمعانيه

الثلاث:

لغة: من الفعل ثبت، ثباتاً، ثبوتاً، فيقال ثبت الشيء أي استقر والتثبيت أي الحجة⁽¹⁾.
المعنى الفقهي للإثبات: هو إقامة الحجة الشرعية أمام القاضي على صحة واقعة متنازع عليها.

المعنى القانوني للإثبات: فيقصد به إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق والإجراءات التي حددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع عليها⁽²⁾.

وبما أن النزاع حول واقعة الزواج له أهميته وخطره فقد أجاز الشرع إثباته بإحدى طرق الثلاثة وهي: الإقرار أو البينة أو اليمين والنكول عنه، لذلك سألخص المطلب الأول لإثبات الزواج العرفي عن طريق الإقرار، أما المطلب الثاني سأخصصه للإثبات عن طريق البينة، وأخير المطلب الثالث أتناول فيه الإثبات بواسطة النكول عن اليمين.

(1) - المعجم العربي، ص 237.

(2) - محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998.

المطلب الأول

الإقرار

يعد الإقرار من أقوى أدلة الإثبات ويسمى بسيد الأدلة كما يطلق عليه بالشهادة على النفس، وهذا ما سيأتي شرحه في هذا المطلب في ثلاثة فروع متتالية، الفرع الأول يشمل تعريف الإقرار، أما الفرع الثاني نتطرق فيه إلى شروطه، والفرع الثالث نتناول فيه حجية الإقرار.

الفرع الأول: تعريف الإقرار

أولاً: لغة:

من القرّ وهو البرد والقروور من النساء التي تقربها، والقرار مستقر الماء في الروضة⁽¹⁾ وأقره الله تعالى وهو مقرر، وأقرّ دخل فيه، ويوم القر يلي يوم النحر⁽²⁾ والإقرار ضد الجحود وذلك أنه إذا أقرّ بحق فقد أقرّه قراره⁽³⁾. كما يقصد به الاعتراف بإنشاء تصرف أو ثبوت حق.

(1) - ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص 3578-3579.

(2) - الفيروز أبادي، ج2، ص 114.

(3) - ابن فارس، ج5، ص8.

ثانياً: شرعاً:

وهو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه وبذلك يخرج من مدلول معنى الإقرار ما يدعيه الخصم⁽¹⁾، أو هو إخبار عن حق ثابت على المخبر بغيره⁽²⁾، فلو كان لنفسه كانت دعوى الإقرار⁽³⁾.

ثالثاً: في الاصطلاح القانوني:

هو واقعة مادية تتطوي على اعتراف شخص أو إعلان صداقة بحق عليه لآخر سواء عن قصد أو لم يقصد به⁽⁴⁾.

كما عرفه أحمد عبد الرزاق السنهوري بأنه: "اعتراف شخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد"⁽⁵⁾.

كما نصت عليه المادة 341 قانون مدني جزائري بأنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة"⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: شروط الإقرار

الإقرار حجة على المقر بما أقر ولصحته لا بد من توفر مجموعة من الشروط المتصلة بالمقر والمقر له وهي:

(1) - ممدوح عزمي، الزواج العرفي، مرجع سابق، ص 57.
(2) - الكهوجي (عبد الله بن الشيخ حسن الحسن)، زاد المحتاج بشرح المنهاج، حققه وراجعه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، (دم)، ط1، 1989، ص 269.
(3) - ابن عابدين (محمد أمين)، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دراسة وتحقيق، عادل أحمد عبد (د.ط)، (د.ت).
(4) - محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 213.
(5) - عبد الرزاق سنهوري، المرجع السابق، ج2، ص 471.
(6) - أمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون 05-2005 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

أولاً: الشروط الواجب توافرها في المقر

- أ. أن يكون المقر عاقلاً بالغاً فلا يجوز إقرار المجنون والمعتوه.
- ب. صدور الإقرار بإرادة خالصة لا إكراه فيه من شخص يقضي في صحو تام فلا يصح إقرار المكره وكذا السكران لأنهما وإن كانا مكلفين إلا أنهما محجور عليهما في المال⁽¹⁾، لقوله تعالى: "إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ" آية 106 النحل، إذ جعل الإكراه مسقطاً لحكم الكفر فالأولى الإقرار في حال الإكراه، وذهب الحنابلة إلى أنه لا يصح إقرار المكره، إلا أن يقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الإقرار بزواج امرأة فيقر بأنه زوج للأخرى⁽²⁾.
- ج. أن يكون المقر جاداً غير هازل وأن لا يكون محجور عليه بسنه أو عقله أو منهما في إقراره، لأنه وإن كان مكلفاً فهو محجور عليه في المال جاء في الانصاف "يصح الإقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه"⁽³⁾.

ويضيف القانون شروط أخرى وهي:

- أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية، مدعى بها سواء كانت الواقعة تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية كالإقرار بالزواج وأن يكون محل الإقرار لا يكذبه الواقع، كأن تقر امرأة بأنها زوجة لرجل آخر قبل أن تولد.
- وأن يكون غير مخالف للنظام والآداب العامة، كإقرار الرجل بأن هذه المرأة خليلته فلا يثبت زواجه بهذا الإقرار، كما لا يثبت نسب الولد الناتج عنه⁽⁴⁾.

(1) - ابن عابدين، ج8، ص 353.

(2) - المرداوي (علي بن سليمان)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب بن حنبل، تحقيق عبد الله محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط1، ج12، بيروت، 1977، ص 108.

(3) - المرداوي، المرجع السابق، ص 115.

(4) - عبد الرزاق صنهوري، المرجع السابق، ج2، ص 483-486.

- أن يكون الإقرار أمام مجلس القضاء وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى وهذا طبقاً لنص المادة 431 قانون مدني، فإن كان أمام جهة رسمية كالموثق فإنه لا يعتد بهذا الإقرار⁽¹⁾.

ثانياً: الشروط الواجب توفرها في المقر له:

- أ. أن يكون المقر له معلوماً ومحدداً تحديداً كافياً.
- ب. أن تصدق المرأة الرجل لإقراره حالة كونه المقر والعكس صحيح.
- ج. أن تكون الزوجة حلاً للرجل في إقراره إذا كان هو المقر وأن يكون الرجل حلاً للمرأة إذا كانت هي المقر.

ثالثاً: الشروط الواجب توفرها في المقر به:

المقر به هنا هو الزوجية كعلاقة قائمة بين الطرفين، لذا يجب ان يكون الزواج ممكن بين المقر والمقر له بأن لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً، كما أن يكون المقر به ملكاً للمقر وأن يكون مشروعاً وأن يكون معلوماً⁽²⁾.

رابعاً: الشروط الواجب توفرها في صيغة الإقرار:

- أ. أن تكون صيغة الإقرار موجزة غير معلقة على أي شرط.
 - ب. أن تكون الصيغة مثبتة للحق المقر به.
 - ج. أن تكون صادقة أمام القضاء بالعبارة.
- * كما أن الإقرار ينقسم حسب القواعد العامة للإثبات إلى نوعين:

(1)-أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون 05-2005 المؤرخ في

20 يونيو 2005.

(2)- الكوهجي، المرجع السابق، ج2، ص 275-277.

1. الإقرار غير القضائي: وهو الذي تم خارج مجلس القضاء كأن يقر فلان أن فلانة زوجته خارج مجلس القضاء سواء كان ذلك كتابة أو شفاهة، وسلطة تحقق التقدير بمثل هذا الإقرار موكلة للقاضي، يقدرها وفقا لظروف الدعوة وملابستها.

ويظهر مثل هذا النوع من الإقرار في الزواج العرفي عند تحديد موثق لها يسمى بعقد توثيق الزواج في الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين أو الآباء أو من له مصلحة كما يظهر الإقرار بزواج بناء على طلب الزوجين معا والإرادة الحرة لكل منهما، وليس بالإرادة المنفردة لإحدهما.

2. الإقرار القضائي: هو إعلان الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه كأن يقف الزوج أمام القاضي ويقر بقيام علاقة زوجية بينه وبين المدعى عليها.

من هذا فما حجية هذا الإقرار ومدى قوته الثبوتية في اثبات الزواج العرفي؟ وما إذا كان الإقرار طريق لإثبات الزواج في الفقه وهل يعتد القانون الجزائري به كوسيلة لإثبات هذا الزواج؟

الفرع الثالث: حجية الإقرار

سنتطرق لها من ناحيتين:

1. من الناحية الفقهية:

فإن جمهور الفقهاء اعتبره حجة قاصرة على المقر وحده ولا تتعداه إلى غيره إلا إنهم اعتبروه وسيلة كافية في حد ذاته لإثبات الزواج إذا ما أقرّ به أحد الطرفين.

فيقول فارس محمد عمران وهو يتحدث عن إثبات الزواج العرفي: "الإثبات يكون بواحدة من ثلاث وسائل كما هو مقر في الفقه الحنفي: البينة، الإقرار، والنكول عن اليمين"⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقهاء حول إقرار ولي القاصر، فمنهم من أجازوا إقرار الولي عن النفس بالزواج إن كان هو الذي تولاه، وذهبت طائفة أخرى منهم وجعلت إقرار الولي بزواج القاصر موقوف إلى غاية بلوغ القاصر، إن صدقه ينفذ إقراره، وإن أنكره أبطل إقراره⁽²⁾.

معنى ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة للإثبات لكن على من تقتصر هذه الحجية؟

إن الإقرار هو حجة على المقر والخلف العام ولا تتعداه إلى غيرهما فإذا كان الإقرار تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر ويتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له فإن الإقرار بواقعة الزواج يكون صحيحا وملزما لكل من الزوج والزوجة وورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته ولا يتعداهم إلى الغير، لذلك فإن محاكمتنا ومجالسنا القضائية لا تعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، وذلك لما يتميز به هذا العقد من خصوصية وطابع اجتماعي لا نكاده نجده في باقي العقود الأخرى، فما فائدة إثبات الزواج العرفي اعتمادا على وسيلة الإقرار ولا يكون بعدها إلا حجة على المقر وورثته؟

في حين أن الزواج في حد ذاته يتطلب الإعلان والاشهار وعلم الناس به بغلق منافذ الظن والخوض في الأعراض والتقول على المتزوجين عرفيا ورميهم بالزنا من

(1) - فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2001، ص 41.

(2) - الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 18.

طرف الناس الذين لم يصل إلى علمهم زواج، فإذا كان الإقرار طريقاً لإثبات الزواج في الفقه فهل يعتد القانون الجزائري به كوسيلة لإثبات الزواج العرفي؟

من خلال قرارات المحكمة العليا، وجدنا أنها لا تعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، ولعل السبب في ذلك يعود لطبيعة عقد الزواج وخصوصيته لاسيما فيما يتعلق بآثاره الخطيرة، والتي لا تتوقف عند المتزوجين بل تتعداهما إلى النسل الناتج عن هذا الزواج، كما أنه لو اكتفى القضاء بإثبات الزواج بإقرار الزوجين فإن هذا لا يؤدي إلى ذبوعه وشيوعه، ويحول دون تحقق القاضي من توافر أركان الزواج ومدى اشتهاؤه وإعلانه⁽¹⁾.

المطلب الثاني

إثبات الزواج العرفي بالبينة

إن من الخصائص التي يتميز بها عقد الزواج في الإسلام الشهادة عليه عن طريق شهود عدل ساعة إبرام العقد وتحريره وذلك لضمان شرعيته وإثباته من جهة أو إنكاره وجووده من جانب أحد المتعاقدين من جهة أخرى، كما أنها تعد أحد أهم طرق إثبات الزواج، ولهذا السبب فقد قسمنا هذا المطلب إلى أربعة فروع، الفرع الأول نتطرق فيه إلى ما هي البينة وأنوعها، والفرع الثاني إلى شروط البينة، أما الفرع الثالث نتناول فيه حكم الرجوع عن البينة، وأخير الفرع الرابع سأخصصه لنصاب الشهادة.

(1) - بكوش يحي، المرجع السابق، ص 276

الفرع الأول: ماهية البينة وأنواعها

أولاً: ماهية البينة

قبل الشروع في هذه التفاصيل يجب علينا أولاً معرفة معنى البينة في اللغة والشرع ثم الاصطلاح القانوني فيما يلي:

1. لغة:

وهي الشهادة⁽¹⁾، أو البيان وهو ما يتبين الشيء من الدلالة وغيرها⁽²⁾، وبيان الشيء وأبان اتضح وانكشف فهو بين⁽³⁾، وأبان الشيء فهو بين، واستبان الشيء ظهر والتبين الإيضاح والوضوح⁽⁴⁾، وفلان بين من فلانة أوضح منه⁽⁵⁾.

2. البينة شرعاً:

المراد بها هي الشهود أو الشاهد وهي شهادة رجلين أو رجل وإمرأتين ويقال: الإثبات بالبينة "أي شهادة شاهدي عدل على حدوث واقعة معينة كثبوت الزوجية"⁽⁶⁾. إن المقصود بالبينة الحجة والدليل والبرهان سواء كانت منفردة أو مجتمعة وهي أهم من البينة في اصطلاح الفقهاء⁽⁷⁾.

3. البينة قانوناً:

لم يعرف القانون البينة غير أنه من مفهوم نصوصه القانونية نصل أنه يقصد بها الشهادة، ويقصد بها أيضاً إخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص

(1) - المعجم العربي، المرجع السابق، ص 368.

(2) - ابن منظور، مرجع سابق، ج 1، ص 406، باب الباء كلمة بين.

(3) - ابن فارس، مرجع سابق، ج 1، ص 327، الفيروز أبادي، مصدر سابق، ج 4، ص 201، فصل باب النون.

(4) - ابن منظور، مرجع سابق، ج 1، ص 406.

(5) - ابن فارس، مرجع سابق، ج 1، ص 328.

(6) - محمد ممدوح عزمي، الزواج العرفي، ص 58.

(7) - ابن القيم الجوزية (شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر)، إعلام الموقعين، راجعه وقدمه وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد، مطبعة النهضة، طبعة جديدة، (دت)، ج 1، مصر، ص 90.

وبعده مما يترتب عليه أثر في الشرع أو القانون⁽¹⁾، ويمكن تعريفها بأنها أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة يقرون ما عاينوه أو سمعوه من الوقائع، وهي بذلك دليل مباشر.

ثانياً: أنواع الشهادة:

والبيئة ثلاث أنواع: البيئة المباشرة، والبيئة السماعية، والبيئة بالسامع.

1. البيئة المباشرة:

_ الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة، فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه فالذي يميز الشاهد إذن هو أنه يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية إما لأنه رآها بعينه فجاأ إلى مجلس القضاء ليشهد بما سمع وإما لأنه رأى وسمع.
وتكون الشهادة عادة شفوية يستمدها الشاهد من ذاكرته ليقول ما رآه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى، ومع ذلك قد يكتفي في ظروف استثنائية بتلاوة شهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للاعتداد بها.

إذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة، كأن يدلي الشاهد بما عاينه صورة شخصية ومباشرة أثناء إنشاء واقعة الزواج العرفي بما في ذلك معرفته لطرفي العقد من زوج الزوجة ومكان وظروف إبرام عقد الزواج من رضا الزوجين ووجود ولي وتسمية الصداق⁽²⁾.

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995، ص 181.
(2) - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/09/24، مجلة قضائية، ع1، ص 64.

والشهادة المباشرة وهي التي يقرر فيها الشاهد في مجلس القضاء بالواقعة المشهود بها، والمراد إثباتها، وذلك أن حدوثها تم تحت سمعه وبصره وتسمى الشهادة من الدرجة الأولى⁽¹⁾.

2. البينة السماعية: وتسمى أيضا بالشهادة من الدرجة الثانية ويشهد فيها الشاهد بما سمعه من غيره، وتسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة عن الشهادة، وفيها يدلي الشاهد بما نقله عن شخص آخر يكون قد عاين الواقعة المشهود بها والمراد إثباتها.

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية، وفي الفقه الإسلامي الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا بالإنابة، فإذا سمع شاهد فكانت شهادته سماعية فهي لا تقبل منه إلا إذا أشهده فيها الشاهد الأصلي، ويقدر القاضي قيمة الشهادة السماعية ولا سلطان لأحد عليه في ذلك.

3. الشهادة بالتسامع: هي شهادة بما يتسامعه الناس وهي عكس الشهادة السماعية التي يمكن تحري مصدر الصدق فيها وتحميل صاحبها مسؤولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره، فالشهادة بالتسامع صاحبها لا يروي عن شخص معين ولا عن الواقعة بالذات بل يشهد بما يتسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير في شأنها فهي غير قابلة للتحري، ولا يتحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما شهد به⁽²⁾، كالقول مثلا: "قيل أن فلان تزوج فلانة"⁽³⁾.

(1) - عبد الحميد الشواربي، الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية والجناحية والأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 378.

(2) - بكوش يحيى، المرجع السابق، ص 190-191.

(3) - عبد الرزاق صنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، المجلة 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988 ص 413.

الفرع الثاني: شروط أداء الشهادة

يشترط لأداء البينة أو الشهادة أمام القاضي شروط تتعلق بالشاهد، وشروط المشهود به وشروط للشهادة.

أولاً: شروط ترجع إلى الشاهد:

1. الأهلية: أي ينبغي أن يكون الشاهد بالغاً وقت أداء الشهادة فلا تقبل شهادة المجنون ولا السكران، ولا شهادة الطفل لعدم حصول الثقة⁽¹⁾.

فقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون الشاهد بالغاً وعاقلاً وقت أداء الشهادة وقد حدد المشرع سن الشاهد 21 سنة في المادة 33 من قانون الحالة المدنية "يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل"⁽²⁾.

أما إذا كان مميزاً أو دون التمييز بأن كان 18 سنة أو 16 سنة أو مجنون فلا تقبل شهادتهم وإن تمت دون تحليفهم فهي بذلك تكون على سبيل الاستدلال لا غير.

2- الحرية: ذهب الحنفية والملكية والشافعية إلى أن الحرية شرط في الشاهد، فلا تقبل شهادة الرقيق لقوله تعالى: "ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ" النحل آية 75، ولأن الشهادة فيها معنى الولاية ولا ولاية للعبد، أما الحنابلة والظاهرية فذهبوا إلى قبول شهادة العبد، ذلك أن الآيات جاءت عامة في وجوب الشهادة⁽³⁾.

3- الولاية: يشترط الفقهاء أن يكون الشاهد من أهل دين المشهود عليه فلا ولاية لغير مسلم على مسلم.

(1) - ابن قدامة، مصدر السابق، ج 12، ص 27، الوئشريسى (أبو العباس احمد بن يحيى)، عدة البروق في جمع ماضي المذهب من المجموع والفروق، دراسة وتحقيق حمزة أبو فارس، دار العرب الإسلامي، بيروت، لبنان، (دت)، (دط)، 502.

(2) - أمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية، ص 124.

(3) - ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 7، ص 340.

أن لا يكون الشاهد غير مقبول الشهادة شرعا: لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا شهادة المتهم"، والتهمة إما أن تكون فسق الشاهد، أو وجود صلة خاصة بينه وبين المشهود عليه النائحة، المغنية، مدمن الشراب والمخنث ومن يقامر بالنرد والشطرنج...، أي كل من لا تفترض فيه العدالة ويكون معروفا بسوء السيرة وذهاب الأخلاق.

ثانيا: شروط ترجع إلى الشهادة:

1. لفظ الشهادة: يتعين على الشاهد عند أداء الشهادة أن يذكر لفظ الشهادة فيقول أشهد أنه أقر بكذا ونحوه، ولو قال أتيقن أو أعرف أو أعلم لم يعتد بها لان الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة، فلا بد من الإتيان بفعلها المشتق منها لأن فيها معنى لا يحصل في ذلك من غيرها وهذا ما أجمع عليه الفقهاء⁽¹⁾.

2. أن تكون الشهادة موافقة للدعوى: فلا تقبل الشهادة المنفردة عن الدعوى فإذا كان بصدد دعوى لإثبات الزواج العرفي دون غيرها، أما في القانون فيشترط لصحة الشهادة أن تكون موافقة للدعوى، وبالتالي لا يمكن إثبات الزواج بواسطة شهادة متناقضة⁽²⁾.

3. مكان أداء الشهادة: يشترط أن تكون الشهادة في مجلس القضاء⁽³⁾، كما أنها تتم أمام المحكمة أو مجلس القضاء وهذا ما ذهب إليه جل قرارات المحكمة العليا فالقاضي وحده له صلاحية سماع الشهود، أو هي من صميم اختصاصه، وعليه فقيام جهة أخرى بسماع تصريحات الشهود كالخبير والموثق، يعد اعتداء على صلاحيات القاضي ولا يعتد بما يصدر عنه من تصريحات.

(1) - ابن قدامه، المرجع السابق، ج12، ص 64-69.

(2) - المجلة القضائية، ع2، سنة 1991.

(3) - المرغيناني، (برهان الدين علي بن أبي بكر)، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الفكر بيروت، لبنان، (دت)، ط 2، ج7، ص 433.

وهذا الموقف يتضح في كثير من قرارات المحكمة العليا نذكر على سبيل المثال قرار 1992/09/29 ملف رقم 84334 "سماع شهود الزواج أمام الموثق بتكليف من القضاة خطأ في تطبيق القانون ولما تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع بما كفلوا الموثق بسماع شهود الزواج المدعي به يكون قد تخلوا عن المسألة تتعلق باختصاصهم لأنه لا يمكن للموثق أن يقوم بذلك"⁽¹⁾.

ثالثاً: شروط ترجع إلى المشهود به: يشترط أن المشهود به معلوماً للشاهد، فلا يصلح للشاهد أن يشهد بشيء حتى يحصل له به علم، لا بما شك فيه ولا بما يغلب الظن على معرفته لأن فائدة الشهادة إلزام المدعي عليه⁽²⁾، فلا يشهد الشاهد مثلاً أن فلانة زوجة فلان بانبا اعتقاده هذا من خلال رؤيته لهما وهما يسكنان نفس البيت، ويتعاملان كما يتعامل الأزواج وهو ما اتجهت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1990/04/30 الذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية والشهرة ومرعاة أركانه وشروطه...، والزواج العرفي ما يزال معملاً به متى توفرت فيه الشروط والأركان، والطاعة عجزت عن إثبات زواجها رغم محاولات الشهود لها بالزواج وأدينوا معها في جريمة التزوير، فمعاشرة رجل لإمرأة طالت مدتها أو قصرت، ولو وقع الإشهاد بها لا زواجاً"⁽³⁾.

رابعاً: أداء الشهادة: إن سماع الشهود يكون أمام المحكمة، طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً لذلك، فلا عبرة بأي شهادة يحصل الإدلاء بها خارج مجلس القضاء ولو كان ذلك أمام موظف عام مهما علت درجته طالما أنه ليست له ولاية القضاء، وهذا ما اتجهت إليه المحكمة العليا في قرارها صدر بتاريخ: 1989/12/11 أهم ما جاء فيه: "من المقرر شرعاً أن الشهادة الشرعية في إثبات الحق أو نفيه عن الشخص هي التي تؤدي

(1) - المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 44.

(2) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 166.

(3) - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1990/04/30، مجلة قضائية، 1992، ع 2، ص 64.

أمام القاضي ويتخذ في شأنها إجراءات نص القانون عليها كتحليفهم ومعرفة ما إذا كانوا أهلاً للشهادة والتحقق من توفر شروط الأداء فيهم، وهناك شهادة أخرى يشهد أصحابها أمام موظف مختص لتلقي شهادات معمول بها قضاءً، ويحكم بناءً عليها ومن القضاة من يحضر أمامه أشخاص هذه البيئة التي تلقاها الموثق، ويحلفهم قبل أن يحكم بما شهدوا وعليه إذ لم يكن في القضية سوى الإثبات بالبيئة، فالقاضي هو الذي يستمع للشهود، فإذا استمع إليهم غيره وبنى حكمه على شهادتهم كما هو الحال هنا فإن حكمه يكون قائماً على أساس غير قانوني.

فالخبير ليس من مهمته سماع الشهود أو إعطاء رأيه في شهادتهم وإلا فإنه يكون قد سلب سلطة القاضي وحل محله، وهذا غير جائز قانوناً، فالأمر يتعلق بالإقناع الذي يكون من الحجج الشرعية أو البيئة الشرعية والقرار المطعون فيه جاء صادر على الحكم الذي اعتمد على أقوال أشخاص لم يتخذ في شأنها ما هو مطلوب قانوناً وقبلت بعيداً عن المحكمة فإنه خالف النصوص القانونية وانتهاك القواعد الشرعية وعرضوا قرارهم لعدم التأسيس القانوني ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

أما دور القاضي حيال الشهود فيتمثل في استفسارهم عما إذا حضروا مجلس العقد ويتأكد من عددهم حتى يحترم نصاب الشهادة، ويتأكد من هوية الشاهد الكاملة من خلال بطاقة التعريف، ودرجة القرابة بالخصوم مع الإشارة لتأدية اليمين القانونية بعدها يقوم القاضي باستفسار الشهود عن معرفتهم للخصوم، وفيما إذا حضروا فاتحة الزواج أو حفل الزفاف، ومن تولى العقد كولي الزوجة، ويسألهم عن التاريخ أو السنة التي تم فيها والزواج العرفي لاسيما إن كانت الشهادة سماعية وعن مكان إبرام عقد الزواج العرفي، كما يستفسر عن مقدار الصداق المقدم وهل هو مؤجل أو معجل.

(1) - قرار المحكمة العليا، المرجع السابق، ع2، ص 62.

وعلى القاضي وهو بصدد الاستماع للشهود أن يحكم ذكاهه وخبرته، وأن يدقق في كل كبيرة وصغيرة صرح بها الشاهد ويقارن بين تصريحات الشهود عساه يجد تعارضا في أقوالهم، وعليه أن يربط بين كل تلك التصريحات ليستتبط منها أخيرا أركان الزواج المذكور في المادة التاسعة من قانون الأسرة ليقرر تثبيت الزواج العرفي من عدمه.

الفرع الثالث: حكم الرجوع عن البيينة:

هل يجوز للشاهد أن يرجع عن شهادته؟ حسب الشريعة الإسلامية فإنه يجوز للشاهد أن يرجع عن شهادته، ورجوعه صحيح ومقبول بشرط أن يكون في مجلس القضاء وتبرير ذلك رجوع الشاهد عما أدلى به إن كان كذبا هو عودة إلى الحق، وقد استدلوا بذلك عن رواية حدثت مع علي رضي الله عنه - أين شهد عنده رجلين خطأ على رجل بالسرقه فقطعت يده، ثم عادا وترجعا عن أقوالهما متهمين رجل آخر وليس الرجل الأول فقال لهما علي رضي الله عنه: "لا أصدقكما على هذا الأخير وأضمنكما يد الأول، ولو أنني أعلمكما فقلتما ذلك عمدا قطعتم أيديكما" ففي هذه الرواية دليل أن الرجوع عن الشهادة صحيح في حق الشاهد.

فإذا سلطنا الضوء في هذه النقطة - رجوع الشاهد عن شهادته - على مسألة الزواج العرفي وافترضنا أن القاضي أثبت الزواج بين فلان وفلانة بناء على شهادة سماعية وصدر الحكم واستوفى طرق الطعن واصبح نهائيا، ثم أتى نفس الشاهد الذي شهد بواقعة الزواج العرفي ورجع عن شهادته مبررا ذلك بأنه قد تم إيهامه أن فلانة هي حقا زوجة فلان، فما هو موقف القاضي هنا؟

إذا كان رجوع الشاهد عن شهادته قبل صدور الحكم بتثبيت الزواج العرفي الحالي يستبعد القاضي شهادته ولا يقضي بها لبطلانها بتراجعها عنها، وإن لم يصبح

الحكم نهائياً، فيجوز تصحيح الوضع على مستوى درجات التقاضي الأخرى، لكن كيف يكون الوضع إن صار الحكم نهائياً، ورتب آثاره كاملة خاصة إن كان الزوجين متوفيين فهل يجوز في هذه الحالة طرح المسألة من جديد على القضاء، والتحقيق في هذا الزواج من جديد؟

وكيف سيكون موقف القاضي حيال الشاهد الذي تراجع عن شهادته كونه وقع ضحية إيهام من الغير على أن فلانة زوجة فلانة، فهل تتابع النيابة هذا الأخير جزائياً بتهمة شهادة الزور؟ وكيف يكون ذلك ونحن نعلم حسب الشريعة الإسلامية والقواعد العامة للإثبات أن الشهادة السماعية لا تحمل صاحبها المسؤولية الشخصية عما أدلى به لأنه نقل كلام عن غيره من الناس، ولم ينقل واقعة عاينها بسمعه وبصره هو شخصياً. وفي هذه المسألة بالذات يمكن استنتاج الحل من خلال موقف المحكمة العليا التي استقرت على أن حكم القاضي بإثبات واقعة الزواج له حجية مؤقتة، على خلاف بقية الأحكام التي لها حجية مطلقة، وذلك في قرار لها صادر بتاريخ: 1998/12/15، أهم ما جاء فيه: "حيث أن اثبات واقعة الزواج ليس لها حجية الشيء المقضي فيه حسب مفهوم المادة 338 من القانون المدني، باعتبار واقعة الزواج العرفي لها حجية مؤقتة"⁽¹⁾.

فمن خلال هذا القرار يمكن استنتاج أنه متى توفرت الأدلة التي تؤدي إلى خلاف ما انتهى إليه الحكم الذي استوفى طرق الطعن، يمكن رفع دعوى جديدة لنفي ما انتهى إليه الحكم الأول.

(1) - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/12/15، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 56.

الفرع الرابع: نصاب الشهادة

أولاً: نصاب الشهادة في الفقه:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الشهادة على النكاح تكون برجلين ذكريين، ولا تجوز شهادة النساء إلا في الأموال⁽¹⁾.

وذهب الحنفية إلى أن الشهادة تتم بشهادة رجلين ذكريين، أو رجل وإمرأتين عدلين⁽²⁾ لقوله تعالى: "وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ" الآية 2 من سورة الطلاق.

ثانياً: نصاب الشهادة في القانون:

ذهبت المحكمة العليا في قرار لها إلى عدم الاعتداد بشهادة النساء وحدهن في النكاح وأخذت شهادة رجلين ذكريين.

قرار في: 1984/10/08 ملف رقم: 34137: "من القواعد المقررة شرعاً أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن اثباته يكون بالبينة القاطعة... والشهادة المعتبرة في الزواج شهادة عدلين ذكريين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية"⁽³⁾.

ملف رقم: 88856 في 1993/02/23 "إن حضور شاهد واحد، لا يكفي للقضاء بصحة الزواج العرفي"⁽⁴⁾.

(1) - ابن قدامه، المرجع السابق، ج 12، ص 7.

(2) - المرغيناني، المرجع السابق، ص 370.

(3) - المجلة القضائية، ع 4، 1981.

(4) - المجلة القضائية، ع 2، 1996.

المطلب الثالث

اثبات الزواج العرفي عن طريق النكول عن اليمين

يعد اليمين طريقة من طرق الإثبات، والنكول عن اليمين هو امتناع من وجهة إليه اليمين عن أدائها، أو هو المنع عن الحلف المطلوب منه، وعلى هذا الأساس سوف نتناول تعريف النكول عن اليمين في الفرع الأول، أما الفرع الثاني نتطرق فيه إلى حجية اليمين.

الفرع الأول: تعريف النكول عن اليمين:

اليمين بوجه عام هو قسم أو حلف بالله أو أسمائه، ولا يجوز سواها، يلتزم بأدائها المدعي عليه متى طلبها المدعي، يترتب عليها ثبوت الحق في ذمته إن حلفها. واليمين قول يتخذ فيه الحالف بالله شاهداً على صدق ما يقول⁽¹⁾، وعرفه بن عرفة بقوله اليمين قسم أو إلتزام⁽²⁾.

أما عند الفقهاء وأهل الدين فإن اليمين توجه في الزواج لأن النكول عندهما إقرار لا بذل، لذلك فإن إدعى شخصان واقعة زواج فادعى الزوج بوجوده فإن أقرت المرأة قضي وصح الزواج وكان صادقين ولكن إذا ما نكلت ووجبت على الزوج البينة وذلك حسب المبدأ القائل: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"⁽³⁾.

أما التعريف القانوني فالقضاء لا يأخذ باليمين كدليل لإثبات الزواج العرفي لعدم كفايته كدليل، فهو عمل مبني على صحة ما شاهد أو سمع في أي واقعة من الوقائع ولأن الزواج يقوم على أركان وشروط، وهو مما لا يثبت إلا بالشهود الذين يؤكدون

(1) - نبيل السعد، المرجع السابق، ص 224.

(2) - الرصاع، مصدر سابق، ص 206.

(3) - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 316.

توافرها، ولهذا نجد أن اليمين طبيعة قانونية لا بد من احترامها واليمين نوعان هما: اليمين القضائية واليمين الغير القضائية، فقد نصت المادة 349 من القانون المدني الجزائري بأنه: "لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يرها على خصمه"⁽¹⁾، وعليه فالخصم الذي وجهت له اليمين المتممة أمام خيارين إما أداء اليمين وإما الامتناع عن أدائها، ولكن لا يجوز له ردها وبذلك يكون القانون قد أخذ برأي الحنفية القاضي يمنع رد اليمين على المدعي⁽²⁾.

الفرع الثاني: حجية اليمين:

إن موقف القضاء حيال اليمين هو عدم اعتبارها وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، ففي محاكمنا ومجالسنا القضائية لا يكون الاعتداد باليمين إلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معا، ويتعين على القاضي توجيهها إلى المدعي بالإضافة إلى سماع بينة الشهود والذين يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وفقا للشريعة الإسلامية مع بيان توفير أركان وشروط المادة 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة.

فإن مات أحد الزوجين وادعى الحي منهما الزوجية وليس له شاهدا واحدا يشهد بالزوجية شهادة مفصلة قطعية يحدد فيها مبلغ الصداق المسمى وتأجيله أو تعجيله، ومن تولى العقد فإن الزواج يثبت لكن مع يمين المدعي.

وخلاصة القول فإنه إذا كانت الشريعة الإسلامية تعتمد على كل من الإقرار والبينة والنكول عن اليمين لإثبات الزواج العرفي فإن القضاء الجزائري يركز على شهادة الشهود بالدرجة الأولى، أما اليمين فيلجأ إليها لتدعيم وتأكيده شهادة الشهود في

(1) - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون 05-2005، المؤرخ في يونيو 2005، ص 73.

(2) - بكوش يحي، مرجع سابق، ص 335.

حالة وفاة أحد الزوجين، أما الإقرار القضائي فلا يعتد به إطلاقاً عكس الإقرار الغير القضائي الذي يتم التصريح به أمام الموثق، والذي تعتد به محاكمنا ومجالسنا القضائية في إثبات واقعة الزواج العرفي الغير المتنازع عليه.

المبحث الثاني

تسجيل عقد الزواج العرفي

جرت العادة منذ القدم على ابرام عقود الزواج بالفاتحة عن طريق الإمام والجماعة معتبر في ذلك من المسائل الدينية، دون اللجوء إلى ما نص إليه المشروع الجزائري من إلزام توثيقها لدى موظف رسمي مختص. مما نجم عنه ظهور الكثير منها دون تسجيل، رغم صدور عدة قوانين سواء قبل الاستقلال أو بعده، والتي تحث على ضرورة تسجيل كل عقود الزواج التي أبرمت في السابق، ولم يصرح بها.

والإشكالية التي تطرح هل باستطاعة هذه القوانين بالرغم من تعددها من تسجيل كافة عقود الزواج الغير موثقة ومن بينها الزواج العرفي؟ وإن وجدت فماهي إجراءات تسجيله؟

وبناء على ما تقدم فقد قسمنا هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الاول النصوص القانونية التي تناولت تسجيل عقد الزواج العرفي، أما المطلب الثاني نتطرق فيه الى إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي.

المطلب الأول

النصوص التي تناولت تسجيل عقد الزواج العرفي

بداية من سنة 1882 تاريخ إنشاء الحالة المدنية في الجزائر، وإلى غاية تاريخ صدور قانون الأسرة الجديد لسنة 2005، صدرت عدة قوانين ومراسيم نصت على تسجيل عقود الزواج العرفية، منها ما صدر قبل الاستقلال ومنها ما صدر بعده، وعلى ذلك نحاول في هذا المطلب التطرق إلى القوانين الصادرة قبل الاستقلال في الفرع الأول والقوانين الصادرة بعد الاستقلال في الفرع الثاني.

الفرع الأول: القوانين الصادرة قبل الاستقلال

من بين هذه القوانين مايلي:

أولاً: قانون 1882/03/23 المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين بالجزائر:

ويعتبر هذا القانون أول تنظيم لقانون الحالة المدنية في الجزائر كان على يد الاستعمار المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين بالجزائر، والمعدل بقانون 1930/04/02، ونصت المادة 16 منه على أن:

- وثائق الميلاد والوفاة المتعلقة بالأهالي الجزائريين يجري تنظيمها وتسجيلها في سجلات الحالة المدنية، وفقاً للأشكال والأوضاع المنصوص عليها في القوانين الفرنسية النافذة، أما الوثائق المتعلقة بالزواج والتفريق والطلاق الرضائي فإنها ستنظم وتسجل في سجلات الحالة المدنية بناءً على تصريح يقدمه الزوج إلى رئيس البلدية أو المحاكم العسكرية.

- كما رتب هذا القانون على كل مخالفة لأحكام هذه المادة عقوبة **بدنية** تتراوح ما بين (06) أيام إلى (06) أشهر حبسا وعقوبة مالية تتراوح ما بين 16 فرنك و 300 فرنك غرامة.

غير أن هذا القانون انحصر تطبيقه في جهات معينة أهمها المناطق التي تركزت فيها فيها مصالح الاستعماريين واحتاجت فيها السلطة الفرنسية إلى التعامل مع بعض الجماعات من الجزائريين لاستخدامهم في إدارتها⁽¹⁾.

إلى أنه ظل هذا القانون هو المطبق في بلادنا إلى ان ألغي بموجب المادة 18 من الأمر رقم 66-307 المؤرخ في: 14/10/1966 والمتضمن شروط تأسيس الحالة المدنية⁽²⁾.

يمكن القول بأن أفراد مناطق معينة بتطبيقها هذا القانون جعل عقد الزواج في المناطق الأخرى خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية والتي لا تشترط تسجيله في سجلات الحالة المدنية، ولا تخضعه لإجراءات معينة⁽³⁾.

ثانيا: قانون رقم 57/777 الصادر في: 11/07/1957 .

صدر هذا القانون خلال سنة 1957، ويتعلق بإثبات وتسجيل عقود الزواج المنعقدة في الجزائر طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية، وقد نص على ذلك المادتين الثالثة والرابعة منه على: "وجوب تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية بموجب حكم من رئيس المحكمة في غرفة المشاورة بناء على طلب الزوجين أو طلب أحدهما، وأن الحكم الصادر لا يقبل أي طريق من طرق الطعن".

(1) - بداوي علي، مقال عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني، ع2، ص33.

(2) - عبد الله شناح، الزواج العرفي، مذكرة نهاية التربص بالمعهد الوطني للقضاء، سنة 1993، ص 5.

(3) - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط2، دار هومة، الجزائر، ص 18-19.

كما منعت نفس المادة إقامة حفل الزواج إلى بعد الإطلاع على الشهادة والدفتر العائلي، وأضافت المادة السادسة من نفس الأمر أن إنحلال الزواج لا يكون إلا بقرار من القضاء فيما عدا الموت⁽¹⁾.

فهذا الأمر كان يهدف إلى القضاء على الزواج العرفي، والطلاق العرفي الذي يتم أمام الجماعة، كما أن الاستعمار الفرنسي كان يهدف من وراء ذلك إلى أحكام قبضته على الأسرة الجزائرية وإحصاء كل تصرفاتها.

وحسب هذا القانون فإن مباشرة الحقوق المتعلقة بالزواج وإثباته والاحتجاج به تتوقف على تسجيل عقد الزواج في الحالة المدنية، وفق شروط نظمها هذا القانون. ومدة التسجيل هي خمسة أيام تسري من يوم الدخول بالزوجة بموجب تصريح من الزوجين أو ممثليهما، ويترتب على عدم التصريح بالزواج خلال الأجل المحدد عقوبة سالبة للحرية بالحبس من (06) أيام إلى (06) أشهر وغرامة من 6000 إلى 10000 فرنك، ومع ذلك يمكن للأطراف تسجيل عقود زواجهم بموجب حكم من المحكمة بناء على طلب من أحد الزوجين، يوجه إلى رئيس المحكمة التي يوجد مكان عقد الزواج بدائرة اختصاصها⁽²⁾.

ثالثا: أمر رقم 59/274 الصادر في 1959/02/04

وهو خاص بتسجيل عقود الزواج، التي يبرمها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر، والساورة، والواحات ويخضع الأشخاص في هذه المناطق فيما يخص عقود زواجهم وانحلالها لقواعد الأحوال الشخصية.

(1) - عبد الله شناح، المرجع السابق، ص 7.

(2) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 18-19.

ونص في المادة الثانية على دور ضابط الحالة المدنية في تسجيل عقد الزواج في سجلاته، وتسليم الزوجين دفترا عائليا، أما إن تم الزواج أمام القاضي، وجب عليه أن يثبت ذلك في وثيقة العقد، ويسلم المعنيين شهادة بإنعقاد الزواج ثم يرسل نسخة منها إلى ضابط الحالة المدنية خلال (03) أيام على أن يسلم لزوجين دفترا عائليا.

كما صدر مرسوم رقم 59/1082 اشتمل على 26 مادة تتضمن أساليب وكيفيات تطبيق أمر رقم 59/174 ثم تلاها قرار من وزير العدل في 1959/11/21 يبين فيها أنواع المستندات الواجب تقديمها إلى ضابط الحالة المدنية، أو القاضي بغية إبرام عقود الزواج بين الأشخاص الخاضعين لنظام الحالة المدنية في كل عمالات الجزائر وأساور والواحات.

وإن هذا الأمر كان يهدف للقضاء على الزواج والطلاق العرفي الذي يتم أمام الجماعة، كما كان يهدف إلى إحكام المستعمر قبضته على الأسرة الجزائرية وإحصاء كل تصرفاتها.

وخلاصة الأمر أن المستعمر قد حصر تسجيل عقود الزواج على مناطق معينة وبقية ماعداها، تبرم عقود زواجها وفق الشريعة الإسلامية، كما أنه نص على تسجيل عقود الزواج التي تمت بعد صدوره، دون أن ينص على تسوية عقود الزواج التي أبرمت قبل صدوره⁽¹⁾.

(1) - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 22-24.

الفرع الثاني: القوانين الصادرة بعد الاستقلال

بعد الاستقلال استمر العمل بالقوانين والمراسيم التي نظمت عقود الزواج والتي كانت سارية وقت الاستعمار ماعدا تلك التي تتعارض نصوصها مع السيادة الوطنية فصدرت مجموعة من القوانين جاءت متتالية وفي أزمنة مختلفة، توجب على الجزائريين الذين أبروا عقود زواجهم بالفاتحة، أن يتقدموا إلى المحاكم الوطنية لتسجيل عقود زواجهم التي يمكن التطرق إليها كما يلي:

أولاً: مرسوم رقم 126-62 الصادر في 13/12/1962.

نص هذا المرسوم في المواد الخمس الأولى منه على إمكانية وكيفية تقييد حالات الولادة والزواج والوفاة الواقعة داخل وخارج التراب الوطني، خلال الفترة ما بين أول نوفمبر 1954 و خمسة جويلية 1962.

كما نصت المادة السابعة منه على أن السجلات المتضمنة وثائق الزواج والولادة والمحررة من قبل الهيئات التابعة لجهة التحرير الوطني وجيش التحرير الوطني في الجزائر وتونس والمغرب تخضع إلى تأشيرة وموافقة وكلاء الدولة لدى المحاكم الابتدائية الكبرى بالجزائر وقسنطينة ووهران الذي يأمرون بتقييد وثائق الميلاد والزواج والوفاة التي تضمنتها السجلات المذكورة في سجلات الحالة المدنية لبلديات الجزائر الكبرى ووهران تبعا لآخر موطن في البلاد.

كما تنص المادة الثامنة على أن وثائق الولادة والزواج والوفاة المحررة في الخارج بشكل نظامي يمكن تقييدها في سجلات الحالة المدنية بمجرد طلب من وكيل الدولة المختص وبعد ذلك نصت المادة 14 على ان أحكام هذا المرسوم ستكون قابلة للتطبيق خلال مدة سنة ابتداء من تاريخ دخولهم حيز التنفيذ.

وبالرغم من أن القانون حاول وضع حد لعقود الزواج المغفلة، إلا أنه لم يستمر العمل به، كما أنه وإن كان وضع حل لتسجيل عقود الزواج المبرمة بعد صدوره فمأهوا شأن عقود الزواج الواقعة قبل صدوره⁽¹⁾.

ثانيا: قانون 63-224 المؤرخ في: 1963/06/29 .

والمتعلق بتعيين الحد الأدنى لسن الزواج ووجوب تسجيل عقود الزواج خلال أجل محدد، وكان هدفه القضاء على الزواج العرفي أو التقليل منه.

بحيث نهى في المادة الخامسة على أنه لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج ويطالب بما يترتب على الزواج من آثار، ما لم يقدم عقد الزواج محررا ومسجلا في سجلات الحالة المدنية⁽²⁾.

أما فيما يخص العقود غير المسجلة، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة على أنه: "يجب تسجيل عقود الزواج المبرمة قبل صدور هذا القانون خلال 03 سنوات"، ثم مدد هذا الأجل إلى 03 سنوات أخرى بمقتضى الأمر المؤرخ في: 1968/02/22 إلى غاية 1969/12/31.

غير أن هذا النص لم يبين كيفية التسجيل ولا شروطه، وبقيت أحكامه تطبق الإجراءات التي نص عليها قانون 57/777 الصادر في: 1957/07/11⁽³⁾.
أهم ما يمكن قوله ان هذا القانون كان يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة قبل صدوره، وبذلك فإن بحل مشكلة العقود المبرمة بعد سنة 1962 وحتى تلك التي أبرمت بين الفترة الممتدة بين 1954/11/01 و 1962/07/05 وفاتها ميعاد السنة طبقا لم نص عليه المرسوم 62-126.

(1) - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط2، دار هومة، الجزائر، ص 26-27.

(2) - عبد الله شناح، المرجع السابق، ص 6.

(3) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 155.

ولكن الإشكالية التي خلفها قانون 63-224 هي عدم اعترافه بالزواج الذي أبرم وفقا لتعاليم الشريعة الإسلامية (الفاخرة) ولم يسجل في سجلات الحالة المدنية وذلك بالنسبة للفترة ما بين صدوره إلى غاية 69-72.

كما أن الدكتور عبد العزيز سعد يذهب إلى إمكانية معاقبة الزوجين وممثليهما الشرعيين وكل الأشخاص الذين يساهمون في إبرام عقد زواج لفتيان وفتيات لم يبلغوا السن المحددة في القانون، وما يزال بالإمكان اعتبار زواجهما باطلا أو قابلا للإبطال حسب الأحوال، أو اعتباره زواجا صحيحا بعد البلوغ أو بعد حمل الزوجة ويمكن تسجيله هو نفسه كان قد أبرم خلال فترة التي لم يبلغ الزوجان أو أحدهما فيها السن القانونية المحددة⁽¹⁾.

ثالثا: الأمر رقم 69-72 المؤرخ في 16/09/1969 .

قد تضمن هذا الأمر استثناء لما نصت عليه المادة الخامسة من القانون 63-224 بحيث نص في المادة الأولى منه على: "استثناء لما نصت عليه المادة الخامسة من القانون المذكور أعلاه، ودون المساس بما قرره النصوص الجاري بها العمل، فإن جميع عقود الزواج التي وقعت وفقا للشريعة الإسلامية قبل نشر الأمر الحالي، والتي لم تقيد أو تسجل في سجلات الحالة المدنية يمكن تسجيلها بمجرد استظهار بحكم صادر عن رئيس المحكمة"⁽²⁾، ومع ذلك فإن تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية ظلت قائمة ولم تنتهي إما بسبب إهمال المواطنين وعم اهتمامهم بتسجيل عقود الزواج تهاونا منهم، أو سبب إهمال المسؤولين وعدم اكتراثهم بالمصلحة العامة والنظام العام الأمر الذي أدى إلى صدور أمر جديد.

(1) - عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 30.

(2) - أمر رقم 69-72 المؤرخ في 16/09/1969 يتضمن استثناء لما نصت عليه المادة 05 من قانون رقم 63-224 في 1963/06/29، المتعلق بإثبات الزواج.

رابعاً: الأمر رقم 65-71 المؤرخ في 1971/09/22.

والمتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد مدون في سجلات الحالة المدنية، وذلك بموجب حكم صادر عن رئيس المحكمة، بناء على طلب من يعنيه الأمر⁽¹⁾.

وقد تضمن هذا الأمر تسعة مواد، كما انه ألغى ضمناً الأمر 69-72: فنص في المادة الأولى منه على أن: "كل قران إنعقد قبل صدور هذا الأمر ونتج عنه أولاد ولم يكن موضوعاً لأي إجراء ولا لأي محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية يمكن أن يقيد في هذه السجلات".

كما نصت المادة الثانية الإجراءات الواجب اتباعها حيث نصت على أنه: "يجوز لكل من يعنيه الأمر أن يوجه إلى رئيس المحكمة التي انعقد القران في دائرة اختصاصها، طلب يرمي إلى جعل هذا القران معترفاً به قضائياً، وكذلك التاريخ الذي انعقد فيه".

أما إذا تعلق الأمر بزواج الجزائريين بالجزائريات بالأجانب والأجنبيات، وليس لهم موطن دائم في الجزائر، فإنه يجب أن يوجه طلب إلى البعثات الدبلوماسية، أو القنصلية الجزائرية التي يوجد المسكن في دائرة اختصاصها، والذي يوجه الطلب إلى رئيس محكمة مدنية الجزائر مصحوباً برأيهم وذلك بعد إجراء تحقيق ويتميز مضمون هذا الأمر بأربع ميزات وهي أنه لا يكتفي بتسجيل عقود الزواج التي تتم داخل الوطن بل يتعداه إلى عقود الزواج التي تتم خارجه بين الجزائريين والأجانب، كما وكل الاختصاص بتسجيله المحكمة الجزائر العاصمة ويشترط بذلك أن هناك أطفال ناتجين عن هذا الزواج، وقد نص هذا الأمر على أنه يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود

(1) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 28.

الزواج المبرمة قبل صدوره بشرط أن يكون قد نتج عنها أولاد، وبذلك يكون هذا الأمر قد أغفل عقود الزواج العرفية التي لم ينتج عنها أولاد وهذا ما يعاب عليه⁽¹⁾.

خامسا: الأمر 20/70 الصادر في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية .

والذي دخل حيز التنفيذ خلال شهر جويلية 1972 نص هذا الأمر، فألغى جميع القوانين المخالفة له التي كانت مطبقة قبله وفق تعاليم الشريعة الإسلامية.

هذا الأمر عالج جميع عقود الحالة المدنية بشكل شامل، ومنها عقود الزواج التي تم عرفيا والتي سماها "بالعقود المغفلة" ونص عليها في القسم الأول من الفصل الثاني من قانون الحالة المدنية تحت عنوان تعويض العقود المغفلة أو المتلفة⁽²⁾.

ويمكن تعريف العقود المغفلة بصفة عامة بأنها: العقود التي لا يصرح بها لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة أو تعذر قبولها، أو عندما لا توجد سجلات أو فقدت لأسباب أخرى غير أسباب الكارثة أو العمل الحربي.

ومنه فإن عقد الزواج العرفي هو عقد مغفل لم يسمع فيه الزوجين، أو محرر العقد على تسجيله في الآجال المحددة قانونا.

وقد نص الأمر 20/70 في المادة 39 منه على إمكانية تقييد في سجلات الحالة المدنية على ان التسجيل يتم بموجب أمر بسيط من رئيس المحكمة، بناء على طلب من وكيل الجمهورية، إستنادا إلى طلب صاحب المصلحة وبالاتماد على الوثائق والإثباتات المادية.

وهذا الأمر يطبق بأثر فوري ومستقبلي بنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة بعد دخوله حيز التطبيق ويمكن القول بأن المادة 39 من الأمر السابق، أشمل مقارنة مع

(1) - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، مرجع سابق، ص 154-155.

(2) - بداوي علي، المرجع السابق، ص 34.

المادة الأولى من الأمر 65-71 إذ وبأنها تضمنت تسجيل جميع حالات الزواج سواء تلك التي نتج أو لم ينتج عنها أولاد⁽¹⁾.

سادسا: قانون 11-84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الى غاية أمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة.

هذا القانون عالج مسألة تسجيل عقود الزواج ولم يختلف معه أمر 02-05 المعدل له حيث تنص المادة 22 منه "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"⁽²⁾.

إن صدور كم هائل من القوانين والأوامر تضمنت تسجيل عقود الزواج الغير موثقة من بينها عقد الزواج العرفي والتي تمت وفق أصول الشريعة الإسلامية يجعلنا نتساءل أي عقود الزواج يقيد بحكم وأيها يقيد بأمر؟

وعليه فإن الإجابة عن هذا التساؤل تجعلنا نتعرض إلى الفرق بين العمل القضائي والعمل الولائي على أساس أن الأول ينتهي بصدور حكم وثاني ينتهي بصدور أمر:

1. العمل القضائي: حسب ما يعرفه الأستاذ عمر زودة هو العمل الذي يهدف إلى إزالة العقبة المادية أمام تطبيق القاعدة القانونية هذا العمل يتضمن وجود نزاع فيه، بحيث يمكن الطعن فيه بكافة طرق الطعن، وكذلك الدفع فيه يسبق الفصل وأخيرا فهو يجوز حجية الشيء المقضي.

(1)- أمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، ص 220.

(2)- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، وزارة العدل، قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001، (دط)، ص 15.

2. العمل الولائي: فهو يهدف إلى إزالة العقبة القانونية أمام إرادة الأفراد، بحيث تنعدم فيه المنازعة، كما أنه لا يخضع للطعن فيه، غير أنه يمكن التظلم فيه أمام الجهة المصدرة له بدعوى البطلان المبتدأة، وأخيراً لا يدفع فيه الفصل ولا يجوز حجية الشيء المقضي⁽¹⁾.

من خلال هذا يمكن القول بأن جميع إجراءات التسجيل الواردة في معظم القوانين الصادرة كانت تتم بموجب أوامر قضائية بدليل أن جميعها صدرت عن رئيس المحكمة وذلك رغم أن المشرع استعمل لفظي الأمر والحكم معاً، وذلك إلى غاية صدور أمر 02-05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الذي فصل في الإشكال من خلال نص المادة 22 قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾.

وعليه فإن معيار التمييز بين الأمر والحكم يكمن في كون الزواج العرفي متنازع فيه أو غير متنازع فيه، على أن النزاع في الزواج قد يتعلق بشأن وجوده كواقعة مادية، أو بشأن صحته من الناحية القانونية أو الشرعية، سواء بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر، أو بين ورثتهما بعد وفاتهما معاً في وقت واحد أو في أوقات مختلفة، وبذلك سنحاول التطرق إلى تسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه وغير المتنازع فيه في المطلب الثاني.

(1) - عمر زودة، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية بمعهد الوطني للقضاء، 2003، ص 75.
 (2) - أمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ص 15.

المطلب الثاني

إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي

ان التعرض الى اجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي يقتضي التطرق الى كيفية تسجيل الزواج العرفي الغير المتنازع كمرحلة أولى، أما المرحلة الثانية نتناول فيه اجراءات تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه، وهذا ما سيأتي شرحه في فرعين متتاليين.

الفرع الأول: تسجيل الزواج العرفي الغير المتنازع فيه

لقد نصت المادة 18 من قانون الأسرة: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا...". دون أن تذكر صراحة ضابط الحالة المدنية الذي ورد ذكره مع القاضي في المادة 71 من قانون الحالة المدنية⁽¹⁾.

وقبل الحديث عن تسجيل الزواج بسجلات الحالة المدنية يمكن الإشارة إلى أن المشرع في المادة 18 السابقة الذكر باستعماله لعبارة "يتم عقد الزواج..." أراد تبيان الكيفية المتبعة لتسجيل عقد الزواج وليس إلزام المواطنين بالتسجيل، فهذه المادة 18 من قانون الأسرة والمادة 71 من قانون الحالة المدنية نجد أن المشرع قد أسند مهمة القيام بإجراءات تحديد وثيقة عقد الزواج المبرمة داخل الوطن، والمتعلقة بزواج المواطنين الجزائريين لشخصين دون غيرهما وهما ضابط الحالة المدنية والموثق الذي يوجد بدائرة اختصاصه محل إقامة أحدهما⁽²⁾.

أما إذا تعلق الأمر بعقد زواج الأجانب قبل الموظف المختص يمكن أن يكون أيضا الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي أقام الخطيبان أو أحدهما بدائرة اختصاصه إقامة مستمرة مدة شهر على الأقل حتى تاريخ انعقاد الزواج.

(1) - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، مرجع سابق، ص 16.

(2) - عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 128.

وعليه فحسب ما جاء في المادة 72 قانون الحالة المدنية فإنه إذا وقع انعقاد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية يتعين على الزوجين تحضير ملف يتكون من: نسخة من شهادة الميلاد الأصلية للزوجين لا يتجاوز مدتها 03 أشهر - شهادة عزوبة للزوجين - شهادة طبية بعدم حمل الزوجة - نسخة من بطاقة التعريف الطرفين، وبعد أن يتأكد ضابط الحالة المدنية من الهوية الكاملة للطرفين ومن رضا الزوجة وسماع وليها الشهود المرافقين لهما ووجود الصداق، يقوم بتسجيل هذا في سجلات الحالة المدنية فوراً بعد توقيع الطرفين والولي والشهود على السجل، ثم يسلم الزوجين دفترًا عائلياً يؤكد ويثبت صحة وشرعية العقد وتسجيله.

أما إذا وقع انعقاد الزواج أمام الموثق فإنه يجب على هذا الأخير أن يحرر عقداً بذلك ويسجله في سجلاته المعدة لذلك، ثم يسلم الزوجين شهادة تثبت انعقاد زواجهما أمامه وفقاً للقانون، بعدها يرسل ملخصاً عن وثيقة عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية وذلك خلال 03 أيام أين يجب عليه أن يقوم بتقييد ملخص هذا العقد في سجلات الحالة المدنية المتعلقة بعقود الزواج وذلك خلال مهلة 05 أيام ابتداءً من تاريخ استلامه، ثم يسلم الزوجين دفترًا عائلياً، وعليه أيضاً أن يؤشر بهذا الزواج على هامش سجل شهادات ميلاد كل من الزوج والزوجة.

غير أنه إذا تم إبرام الزواج ولم يسجل بسجلات الحالة المدنية ضمن الآجال المقررة قانوناً، ولم يكن موضوع نزاع أو خلاف سواء بين الزوجين أو ممن له مصلحة في ذلك ففي هذه الحالة يمكن تثبيته وبالنتيجة تسجيله في سجلات الحالة المدنية، وذلك بعد إستيفاء جملة من الإجراءات الواجب اتباعها، والتي تبتدأ بتقديم طلب يتضمن إثبات الزواج العرفي وتنتهي بصدور أمر يقضي بالتثبيت مع الأمر بالتسجيل.

وتجدر الإشارة إلى أن إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه تختلف باختلاف مكان إبرام العقد وعليه سنحاول التطرق إلى:

أولاً: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم داخل التراب الوطني.

ثانياً: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم خارج التراب الوطني.

أولاً: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم داخل التراب الوطني:

إن المتزوجين عرفياً غير المتنازعين حول واقعة الزواج في كثير من الأحيان يلجؤون إلى الموثق من أجل التصريح أمامه بقيام الرابطة الزوجية بينهما، بعد إثبات توفر أركانها وشروطها.

وتلك التصريحات يدونها الموثق ضمن وثيقة تعرف بالإقرار بالزواج أو تقارير الزواج إن هذا الإقرار لا يرقى إلى مرتبة العقد، ولا يمكن أن يكون وسيلة لإثبات الزواج فهو مجرد إقرار غير قضائي أو تصريحات تتم أمام جهة رسمية، تلزم الطرفين فقط ولكن عادة ما يستند إليها هؤلاء للمطالبة بتثبيت عقد الزواج.

وتطبيقاً لأحكام نص المادة 39 من قانون الحالة المدنية فإن الجهة المختصة بنظر طلبات تثبيت الزواج هي محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود والتي كان يمكن تسجيلها فيها، بمعنى دائرة اختصاص مقر احد الزوجين أو كلاهما، أو محل إقامتهما وعليه يمكن لأحد الزوجين أن يرفع طلباً إلى رئيس المحكمة، وذلك عن طريق تقديم عريضة دون مصاريف، على أن يكون طلبه مكتوباً على ورقة عادية يوجهه إلى وكيل الجمهورية يتضمن البيانات المتعلقة بعقد الزواج وبدواعي تسجيله ومرفوقاً بالوثائق والإثباتات المادية والمتمثلة في: شهادتي ميلاد الزوجين، شهادة عدم تسجيل الزواج بالحالة المدنية، شهادة عزوبة بالنسبة للزوجين، شهادة طبية بحمل أو عدم حمل الزوجة، نسخة من بطاقتي تعريف الزوجين، وثيقة الإقرار بالزواج، ووجود

هذه لا يحول دون ممارسة القاضي لسلطته في مراقبة المعلومات المدلى أو المصرح بها أمام الموثق، على أساس أنه بعد تكوين الملف يقوم وكيل الجمهورية باستدعاء الأطراف، وسماع الشهود والتأكد من صحة الوثائق المقدمة. وزيادة على اركان وشروط الزواج التي يتطلبها القانون وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وكذلك المادة التاسعة من قانون الأسرة هناك شروط أخرى تتعلق بزواج فئة معينة من الأشخاص هذه الشروط منها ما نص عليها القانون ومنها ما نصت عليها تنظيمات داخلية.

- بالنسبة لزواج القصر:

فإن قانون الأسرة نص على أهلية الزواج وحدد سنه بالمادة السابعة منه والتي جاء فيها بأن: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تاكدت قدرة الطرفين على الزواج". وبذلك فإنه من جهة لا يمكن إبرام عقود الزواج دون بلوغ السن القانون ومن جهة أخرى أقر المشرع بإمكانية وقوعه قبل ذلك، أين أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج لمصلحة أو ضرورة⁽¹⁾.

- بالنسبة للزواج المبرم مع الأجانب:

على أن الأجنبي في نظر القوانين الوطنية هو كل شخص لا يحمل الجنسية الجزائرية حتى ولو كان ينتسب إلى الشعب الجزائري في عروبه أو ينتمي إليه في إسلامه أو يشترك معه في حضارته وسائر مقوماته، وقد صدر قرار من وزارة الداخلية بتاريخ: 1980/02/11 تضمن أنه لا يجوز لضابط الحالة المدنية بالبلدية ولا

(1) - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، ص 53.

للموثق بالمحكمة إبرام عقد الزواج أجنبي إلا بعد الحصول على رخصته أو موافقة مكتوبة من الوالي⁽¹⁾.

- بالنسبة لزواج موظفي الأمن ولأفراد الجيش الشعبي الوطني:

على الأجنبي في نظر القوانين الوطنية هو كل شخص لا يحمل الجنسية الجزائرية حتى ولو كان ينتسب إلى الشعب الجزائري في عروبته أو ينتمي إليه في إسلامه أو يشترك معه في حضارته وسائر مقوماته، وقد صدر قرار من وزارة الداخلية بتاريخ: 1980/11 تضمن أنه لا يجوز لضابط الحالة المدنية بالبلدية ولا للموثق بالمحكمة إبرام عقد الزواج أجنبي إلا بعد الحصول على رخصة أو موافقة مكتوبة من الوالي.

وكل واحد من العسكريين العاملين ضمن هيئة الدرك الوطني أو المجندين ضمن نظام الخدمة الوطنية وبموجب مناشير ومراسيم خاصة سواء تلك الصادرة عن الأمن الوطني أو الدفاع الوطني فإنه لا يمكنهم عقد زواجهم مع أي شخص آخر سواء كان جزائرياً أو أجنبياً إلا بعد أن يحصل هو الآخر على رخصة أو إذن بالزواج من والي ولاية وذلك وفقاً للإجراءات المتعلقة بزواج الأجانب⁽²⁾.

وإذا كان العسكري أخفى صفته العسكرية وعقد زواجه دون رخصة مسبقة فإنه سيعرض نفسه إلى المتابعة الجزائية بتهمة ارتكاب جريمة الإدلاء بتصريحات كاذبة بالإضافة لإجراءات التأديبية التي يمكن أن تسلطها عليه الهيئة المستخدمة.

وعليه يمكن القول بأن الزواج المعلق على تقديم رخصة أو إذن بالزواج حسب الحالات السابقة الذكر، زيادة على أركان وشروط العقد الشرعية والقانونية، يمكن تسجيله بسجلات الحالة المدنية، غير أن الطلب المرفوع أمام وكيل الجمهورية

(1) - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، ص 53.

(2) - المرجع نفسه، ص 60-61.

والمتمضمن إثبات الزواج وتسجيله يختلف بين حالتين وهما: الحالة التي يعلق فيها الزواج على رخصة والحالة التي يعلق فيها على رخصة أو الإذن على أن تسجيلهما يختلف بين الحالتين.

فإذا أبرم الزواج مع توافر أركانه وشروطه ولم يعلق على رخصة أو إذن مسبق، وأن طرفيه لم يسعيا إلى تسجيله ضمن الآجال القانونية، وفي هذه الحالة يقبل وكيل الجمهورية الطلب ويرفعه بموجب عريضة بطلب قيد زواج مع أمر إلى رئيس المحكمة، فإذا تبين له بعد اطلاعه على العريضة المقدمة والمستندات المرفقة لها بأن الزواج المراد تسجيله كان قد تم وفقا للشرع والقانون فإنه يأمر بقيد الزواج المنعقد تسجيله في سجل الزواج للسنة الجارية وذلك بالبلدية التي ينبغي أن يسجل فيها.

أما إذا تم الزواج بتوافر أركانه وشروطه وعلق على رخصة أو إذن، فإنه إذا توفرت هذه الأخيرة وكان غير مسجل، ويتم قبول الطلب من وكيل الجمهورية، وبنفس الإجراءات السابقة يصدر رئيس المحكمة أمرا بتسجيله بسجلات الحالة المدنية.

ثانيا: تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم خارج التراب الوطني

تنص المادة 99 من ق.ح.م "إذا لم يسجل العقد بسبب عدم التصريح به، فإنه إما أن يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة، أو الحصول على حكم من رئيس المحكمة مدينة الجزائر يقضي بتسجيله في السجلات القنصلية".

كما تنص المادة 100 من ق.ح.م "يختص رئيس محكمة مدنية بإصدار حكم بتصحيح عقود الحالة المدنية الرسمية والمحركة في الخارج، ضمن الأوضاع المحلية والخاصة بالجزائريين.

والعقد المصحح بهذه الكيفية يسجل تلقائياً بطلب من النيابة العامة في السجلات القنصلية⁽¹⁾.

من خلال قراءتنا لهذه النصوص يمكن استخلاص إجراءات تسجيل عقود الزواج الواقعة في الخارج حسب قواعد الشريعة الإسلامية ولم تحرر أمام الموظف المؤهل قانوناً لذلك فيما يلي:

إذا وقع زواج بين جزائريين أو جزائري واجنبية يقيمان في بلد أجنبي ولم يسجلا العقد في سجلات الحالة المدنية بالقنصلية الجزائرية أو في بلدية ذلك البلد فإنه يتعين عليهما:

1. تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا أو ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية لمحكمة الجزائر العاصمة يرفق الطلب بشهادة ميلاد الزوج وشهادة ميلاد الزوجة، كذلك يصحبان معها شاهدين بالغين ممن حضرا مجلس العقد أو حفل الزواج.

2. يقوم وكيل الجمهورية بإعداد عريضة يقدمها إلى رئيس المحكمة، والذي يصدر أمراً بتسجيل عقد الزواج بعد أن يتحقق من توافر أركانه الشرعية أو يقضي برفض تسجيل عقد الزواج، إذ لم يتوافر على ما يثبت صحته من الناحية الشرعية القانونية.

3. عندما يصدر رئيس محكمة العاصمة أمراً بتقيد عقد الزواج يتعين على وكيل الجمهورية إرسال نسخة من ذلك الأمر عن طريق السلم الإداري، إلى وزارة الخارجية، والتي تقوم بتسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية المودعة نسخة منها بالقنصلية والمحفوظة الثانية منهما بوزارة الشؤون الخارجية⁽²⁾.

(1)- أمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

(2)- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، مرجع سابق، ص 16.

الفرع الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه:

إذا وقع نزاع حول واقعة الزواج بين زوجين، أو بين من لهم مصلحة شرعية وقانونية في ذلك، وكان أحدهما يدعي قيام الزواج شرعا وقانونا، والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه أو صحته، فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة، وإذا تمكن المدعي من إثبات الزواج وحكمت المحكمة بقيام الزواج وعندما يصح الحكم نهائيا يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية⁽¹⁾.

حيث ترفع دعوى إثبات عقد الزواج التي لا تختلف عن غيرها من الدعاوى المدنية الأخرى، من حيث ما يتعلق بإجراءات رفع الدعوى ومن حيث ما يتعلق بأهلية المتنازعين وصفاتهم وإن كان قانون الأسرة على عكس الأمر رقم 20/70 لم يحدد صراحة الإجراءات الواجب اتباعها لإثبات واقعة الزواج العرفي والجهة القضائية المختصة.

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

وقد عرفها الأستاذ عمر زودة بأنها: دعوى تهدف إلى الحصول على حكم قضائي، يؤكد في النهاية وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني، وبهذا التأكيد يزول الشك حول هذا الوجود من عدمه.

(1) - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 369.

أن هذه الدعوى لا تواجه اعتداء في شكل مخالفة للالتزام، وإنما تواجه اعتراض للحق أو المركز القانوني⁽¹⁾.

أولاً: اختصاص واجراءات رفع دعوى إثبات الزواج:

القاعدة العامة أن يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه، فإن لم يكن للمدعي عليه موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له.

وهذا وقد نصت المادة 426 من قانون الاجراءات المدنية كذلك على أنه في موضوع اثبات الزواج يعود الاختصاص الاقليمي بمكان وجود موطن المدعي عليه، الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية وفي دعاوى الحضانة أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة.

وعليه فإن المشرع لم يحدد اختصاص محلي خاص لدعوى إثبات الزواج ومن ثمة بالرجوع إلى القاعدة العامة هي موطن المدعي عليه والاختصاص المحلي ليس من النظام العام، وليس للقاضي إثارته تلقائياً، ولأطراف النزاع الاتفاق على عرضه أمام أي جهة قضائية.

وفي حالة وجود عقد الزواج ويتعلق النزاع بصحته أو عدم صحته شرعاً أو قانوناً أو في حالة ما تعلق النزاع بعدم وجوده أصلاً يعود الاختصاص إلى قاضي الأحوال الشخصية للمحكمة موطن المدعي عليه إذا لم يتفق الطرفين على خلاف ذلك.

وإن كانت المحاكم تخطئ بين الزواج المتنازع فيه وغير المتنازع فيه وترجعها جميعاً إلى قاضي الأحوال الشخصية والذي يرفض إعادة النظر في الدعاوى التي لا

(1) - عمر زودة، مقال تعليق حول التطبيقات القضائية للمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية، المجلة القضائية، 2001، ع01، ص 38.

تتضمن نزاع لأن الحكم يفصل في النزاع القائم بين المدعى والمدعى عليه حول قيام الزوجية.

ولإثبات الزواج العرفي أمام القضاء لابد من اتباع الاجراءات التي حددها قانون الاجراءات المدنية والادارية لعدم وجود نص خاص بهذه الدعوى وكيفية رفعها ومتابعتها وإصدار الحكم الفاصل فيها.

وتبدأ إجراءات رفعها بتقديم الطلب في شكل عريضة طبقاً للمادة 12 من قانون الإجراءات المدنية والادارية مكتوبة، وموقعة ومؤرخة من المدعي أو محامية ومودعة لدى كاتب ضبط قسم الأحوال الشخصية مع مراعاة أحكام المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية.

ثانياً: شروط رفع دعوى اثبات الزواج

يتعين على كل فرد يرغب في اللجوء إلى القضاء بدعوى معينة أن تتوفر فيه شروط محددة قانوناً وهي شروط لابد من توفرها جملة وفي آن واحد فإذا تخلف شرط واحد فإن دعوى المدعي لا يمكن قبولها وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1. الشروط الموضوعية لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي:

أ. الأهلية: وهي قدرة الشخص وصلاحيته لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومن لم يكن متمتعاً بقواه العقلية أو كان صغير السن أو قد تم الحجر عليه فإن مثل هذه الفئات لا يجوز لها التقاضي بصفته الشخصية.

- وأهلية التقاضي تعني صلاحية الشخص لمباشرة الاجراءات أمام القضاء، والقاعدة العامة أن يكون الشخص الطبيعي أهلاً للتقاضي ببلوغه سن الرشد والتي حددت بـ

19 سنة كاملة بالنسبة لكلا الزوجين وهذا ما نصت عليه المادة السابعة فقرة أولى قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾.

كما أورد المشرع استثناء على أهلية التقاضي حيث منح القاصر الحق في رفع الدعوى فيما يتعلق بآثار الزواج، بموجب الترشيح بقوة القانون ودون أن يحتاج إلى ممثله الشرعي وهذا ما نصت عليه المادة السابعة الفقرة الثانية قانون الأسرة الجزائري. وبالرجوع للقواعد العامة فإن تخلف الأهلية يترتب عليها بطلان العمل القضائي فهي شرط لمباشرة الدعوى وليست شرطا لوجودها ويعد البطلان الناشئ عن تخلف أهلية التقاضي متعلقا بالنظام العام، وقواعد الأهلية مقررة لحماية القصر وهذا لا ينفي امكانية تصحيح هذا البطلان في أي مرحلة تكون عليها الإجراءات من الشخص المخول له ذلك، فالأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما لمباشرة إجراءاتها⁽²⁾.

وفي حالة نقص الأهلية أو انعدامها فإن مباشرة الدعوى تكون من طرف من يمثل ناقص الأهلية أو فاقدها أو من ممثله القانوني.

ب. الصفة:

صفة المتقاضي تتمثل في كونه على علاقة مباشرة بالشيء المدعى به، والصفة في الزواج ترفع من طرف أحد الزوجين ضد الآخر الذي أنكرها إذا كانا على قيد الحياة معاً، أو من الزوج الباقي على قيد الحياة ضد ورثة الزوج المتوفي، أما في حالة وفاة الزوجين معاً فترفع من ورثة أحد الزوجين ضد ورثة الزوج الآخر.

(1)- أمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(2)- بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص 76-79.

والصفة هي الجانب الشخصي للحق في الدعوى⁽¹⁾، والصفة في دعوى إثبات الزواج وباعتبارها دعوى تقريرية تثبت للورثة برمتهم وليس لأحدهم لأن تأكيد وجود الحق أو المركز القانوني لا يمكن أن يحدث آثاره إلا في مواجهة جميع أطراف الرابطة القانونية. وإن كانت بعض المحاكم تقبل دعوى إثبات الزواج العرفي إذا رفعت من أحد الورثة فقط أو ضد أحد الورثة ولا تشترط أن تكون ضدهم أو من طرفهم جميعا لأنها تطرح العديد من الاشكاليات، خاصة فيما يخص التبليغات وصعوبة جميع كل الورثة أطراف الرابطة القانونية.

ونشير هنا أنه في حالة وفاة أحد الزوجين أو كلاهما غالبا ترفع هذه الدعاوى من صاحب المصلحة ضد النيابة العامة وهذا بموجب المادة الثالثة مكرر من قانون الأسرة الجزائري التي نصت أنه: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"⁽²⁾.

وبالتالي لها رفع الدعوى نيابة عن أحد الزوجين أو الورثة أو ضدهم ولها استئناف الأحكام والطعن فيها ويمكن للورثة رفع دعوى ضد النيابة العامة وللنيابة العامة علاوة على ذلك الاطلاع على ملف الدعوى وإبداء طلباتها مكتوبة.

- واعتبار النيابة العامة طرفا في الدعوى الهدف منه تعزيز رقابتها على مصالح الأفراد وضمان تطبيق السليم للقانون وتحقيق السير الحسن للعدالة وتدعيم مركزها أكثر كحامي للمصالح العام.

(1) - أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية في الأحوال الشخصية، إبراهيم محمد السيد وشركاه، الإسكندرية، ط2، ص 222.

(2) - قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

ج. المصلحة:

لا دعوى بغير مصلحة والمصلحة المقصودة هي حماية شخص لحق أعتدي عليه أو اغتصب منه وهو أساس المصلحة وهو الحق الثابت للمعتدي عليه ومتى انتفت المصلحة أفضت الدعوى، ويشترط أن تكون قائمة وحالة⁽¹⁾.

وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 459 قانون الأسرة الجزائري

والادارية: "لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى امام القضاء مالم يكن له مصلحة في ذلك".

وتظهر المصلحة في دعوى إثبات الزواج العرفي من صاحب المصلحة : أحد الزوجين، وفي حالة وفاة أحدهما، أو كلاهما من طرف ورثتهم او من لهم مصلحة. وعليه لا بد من توفر كل شرط من هذه الشروط لانه يترتب على تخلفها عدم قبول الدعوى وللقاضي إثارتها تلقائيا لأنها مرتبطة بالنظام العام.

2. الشروط الشكلية لرفع دعوى إثبات الزواج غير الموثق:

يقصد بها إجراءات رفع الدعوى لإثبات الزواج العرفي المتنازع فيه وسوف نتناولها كما يلي:

أ. ميعاد رفع دعوى إثبات الزواج العرفي

إن ميعاد رفع الدعوى لإثبات الزواج العرفي غير محددة بمهلة معينة، على اعتبار أن الزواج وآثاره لا تقتصر على الزوجين فحسب، بل تمتد إلى ورثتهما وعلاقة الزواج بين الطرفين تكون أبدية واثارها مستمر فلا تحدد مهلة معينة لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي يسمح لأطراف العلاقة أو أصحاب المصلحة من تثبيت العلاقة الزوجية مهما طال الزمن ولمن الضياع الحقوق خاصة بوفاة أحد الزوجين أو كلاهما.

(1) - أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 219.

فالعلاقة الزوجية إن كانت تنقطع فإن آثارها تمتد إلى الغير وهم الورثة، وعليه كانت دعوى زوجية، لا تسقط بالنقاد، ويجوز للورثة رفع دعوى إثبات زواج غير الموثق للحصول على المنافع المترتب عنه لا سيما الميراث وأحيانا أخرى الاسم.

ب. مكان رفع الدعوى إثبات الزواج العرفي وإجراءات تبليغها:

ترفع دعوى إثبات الزواج العرفي أمام المحكمة، وتشترب بالاضافة الى التوقيع والتاريخ، تقديم عريضة مكتوبة من أحد الزوجين أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الاطراف وهذا ما نصت عليه المادة 12 قانون الإجراءات المدنية والادارية.

وتضمن العريضة البيانات التالية: اسم ولقب المدعي وموطنه، اسم من يمثله ولقبه وصفته ووظيفته وموطنه، اسم المدعى عليه ولقبه ومهنته وموطنه، ذكر وقائع الدعوى وطلبات المدعي، وتوقيعه أو توقيع وكيله ذكر تاريخ تقديم العريضة وهو تاريخ إيداعها في قلم وكتابة القيد وقبدها⁽¹⁾.

وبعدها يقوم كاتب الضبط بتقييد العريضة حالا في سجل خاص حسب الترتيب الوارد، مع بيان أسماء الأطراف، رقم القضية، تاريخ الجلسة، ويقدم للأطراف وصلا بدفع مصاريف الدعوى.

بعدها يتم تبليغ عريضة الدعوى للمدعي عليه من طرف المحضر القضائي بواسطة التكليف بالحضور طبقا لنص المادة 26 قانون الاجراءات المدنية والادارية.

(1) - أهمية تحديد تاريخ إيداع العريضة وهو أن آثار المطالبة القضائية يترتب من هذا التاريخ.

ج. كيفية إجراء تحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي:

بعد تبليغ الأطراف بموجب التكليف بالحضور يتعين على الأطراف الحضور للجلسة في اليوم والساعة المحددين، وعندما يقوم القاضي بسماع أقوال الخصوم المادة 33 ق.إ. م والشهود وولي الزوجة.

وبالجلسة يتأكد القاضي من الحضور الشخصي لكل من الخصوم والشهود وولي الزوجة ويبدأ في التحقيق في مكتبه، لكن كيف يتم هذا التحقيق؟ وماهي سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات المقدمة؟ وماهي القيمة القانونية في الإثبات لمحضر التحقيق؟ فيبدأ القاضي في التحقيق في مكتبه فيتأكد لمباعدة أمين الضبط فيتأكد، إلا من هوية الخصوم وولي الزوجة والشهود، من خلال بطاقة تعرف كل واحد منهم وعن درجة القرابة بينهم.

ثم يقوم بسماع الشهود كل على حدة وبعد التأكد من هوية الشاهد يوجه له اليمين القانونية، ويكتب كاتب الضبط محضرا بذلك، ثم يستفسر عما إذا كان حاضرا مجلس عقد الزواج أو حفل الزواج، ومن تولى العقد كالولي أو غيره، وتاريخ الزواج، ومقدار المهر المقدم وإذا كان معجلا أو مؤجلا، وعن وجود رضا الزوجين، وإذا كانت الزوجة لازالت في ذمة الزوج ثم يوقع الشاهد والقاضي وأمين الضبط على محضر التحقيق، وبعد الانتهاء من التحقيق يحدد القاضي جلسة بالنظر في الدعوى، قصد تقدير أدلة الإثبات المقدمة وقبل اصدار الحكم يعرض ملف القضية على النيابة العامة، لإبداء طلباتها كتابيا المادة 144 مكرر من قانون الاجراءات المدنية (1).

(1) - جاء في قرار رقم 34762 في 03/02/1994.

"من المقرر قانونا أنه يجب إبلاغ النائب العام بالقضايا المتعلقة بحالة الأشخاص ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لإجراء جوهري، وانتهاكا لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام".

وهي إجراء جوهري من النظام العام.

وبعدها يقوم قاضي الأحوال الشخصية بتقدير الأدلة ويقرر الأخذ بها أو رفضها حسب قناعته الشخصية، وإذا ما اقتنع القاضي بالأدلة الموجودة بين يديه ويتأكد من قيام زواج صحيح ينطق بالحكم في جلسة علانية المادة 32 من قانون الاجراءات المدنية⁽¹⁾.

عندما يتأكد القاضي من صحة قيام العلاقة الزوجية بناء على الشروط والأركان الشرعية ينطق بالحكم في جلسة علنية، ولكن هل يمكن أن تقترن دعوى إثبات الزواج العرفي بدعوى الطلاق العرفي أو بدعوى الرجوع أو النفقة؟ وللإجابة عن هذه التساؤلات نستند إلى الاجتهاد القضائي وإلى ما جرى به العمل في المحاكم، إذا جاء في قرار المحكمة العليا أن:

"الحكم بتثبيت الزواج العرفي والحكم بالتطليق... إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي، وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي"⁽²⁾.

فإذا توافرت الأركان والشروط الشرعية للزواج لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل لحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي⁽³⁾.

(1)- أمر رقم 66-154 المتضمن قانون الاجراءات المدنية المؤرخ في: 08/06/1966، ص 23.

(2)- نشرة القضاة، ع53، ص 56.

(3)- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، ع53، ص 56.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا غير منشور أن:

"مبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن القضاء بإثبات عقد النكاح ثم فسخه بالطلاق في آن واحد بحكم واحد"⁽¹⁾.

ويستخلص من هذه القرارات أن المحمة العليا تجيز الجمع بين دعوى إثبات الزواج ودعوى الطلاق أو التطلق، لكن نجد بعض المحاكم موقفها ما زال متذبذبا فأحيانا تقبل الجمع بين الدعوتين وأحيانا أخرى تفضل الفصل بينهما على أساس عدم ارتباط الطرفين، وأنه حتى يحكم بالطلاق أو التطلق لا بد أن يكون الحكم بالزواج نهائي.

كما أنه تقتزن دعوى إثبات الزواج العرفي بدعوى رجوع الزوجة لبيت الزوجية فهنا لا يجوز قبول الدعوتين معا، لأن طلب الرجوع المصلحة فيه محتملة لعدم ثبوت العلاقة الزوجية أولا، وحتى يتأكد حق الزوج في المطالبة بالرجوع، فلا بد من أن يكون الحكم، المثبت للزواج النهائي حتى ينتج أثره، ومن ثمة تتحقق الصفة والمصلحة لكل طرف في الدعوى، وقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه:

"إذا كان الثابت أن القرار الذي أمر بتسجيل الزواج بين طرفي النزاع في الحالة المدنية طعن فيه بالنقض من قبل الطاعن وقد نقض فعلا من طرف المحكمة العليا، فإن قضاة الموضوع بقضائهم في الدعوى بترجيع الزوجة إلى محل الزوجية ودفع النفقة لها دون وقف الفصل في هذه الدعوى لحين البث فيها من طرف المحكمة العليا، يكونوا قد عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني".

ومن ثمة لا بد من تثبيت الزواج العرفي بحكم ويسجل بالحالة حتى يتمكن من له مصلحة في رفع الدعوى الرجوع أو النفقة.

(1) - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/01/13 ملف رقم 39600، غير منشور.

وبعد أن يتأكد القاضي من شروط قبول الدعوى ومن الأدلة المقدمة لتثبيت واقعة الزواج العرفي يصدر حكمه بالإشهاد على عقد الزواج العرفي، ويكون منطوقه محدد فيه تاريخ وقوع الزواج ويبين الهوية كاملة لكل من الطرفين مع أمر التأشير به على هامش عقدي ميلاد كل من الطرفين.

د. صدور الحكم بتثبيت الزواج العرفي:

بعد قبول الدعوى شكلاً وموضوعاً يصدر قاضي الأحوال الشخصية حكم بإشهاد على عقد الزواج الغير موثق (الزواج العرفي)، أو حكم برفض تثبيت الزواج غير الموثق.

عندها يستخرج المعني نسخة من الحكم ويبلغها لطرف آخر الذي يمكنه الطعن فيه. المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية والادارية⁽¹⁾.

وقبل التطرق لطرق الطعن نتساءل عن طبيعة الحكم القاضي بتثبيت عقد الزواج غير الموثق (الزواج العرفي).

1. طبيعة الحكم بتثبيت الزواج العرفي: إذا كان الأصل أن الحكم الصادر في موضوع

الدعوى يكسبه حجية الشيء المقضي فيه.

فإن الاستثناء وارد بمسائل الحالة المدنية إذا الحكم فيه يجوز الحجية المؤقتة ويمكن للأطراف رفع نفس الدعوى أمام جهة أخرى أو نفس الجهة إذا ما توافرت لديهم الأدلة المثبتة للزواج وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في 1998/12/15 ملف رقم

(1) - أمر رقم 66-154 المتضمن قانون الحالة المدنية المؤرخ في 08/06/1966، ص 24.

2111509: "إن حكم إثبات واقعة الزواج يكتسي حجية مؤقتة... ويكون مؤقتة حسب توفر الأدلة"⁽¹⁾.

2. الطعن في الحكم بتثبيت الزواج العرفي:

لأي من الزوجين الذي صدر حكم ضده ولا يرتضيه ورأى أنه مجحف بحقه، أو أن المحكمة أخطأت في تطبيق القانون، أو صدر حكم في غيبته أن يطعن فيه بطرق الطعن المعروفة وهي الطعن بالمعارضة والطعن بالاستئناف، والطعن بالنقض، على أن الطعن في الحكم بهذه الطرق يوقف تنفيذه⁽²⁾.

3. تنفيذ حكم عقد الزواج وتقييده:

يحق للخصوم بعد التوقيع على اصل الحكم واستكمال اجراءات التسجيل لدى الادارة المعنية، طلب نسخة عادية او نسخة تنفيذية من امين الضبط. فالنسخة العادية هي صورة مأخوذة عن اصل الحكم تسلم للاطلاع على مضمون الحكم من حيث التسبيب والمنطوق ليتمكن الخصوم من ممارسة حق الطعن. أما النسخة التنفيذية فهي النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية توقع وتسلم من طرف أمين الضبط الى المستفيد من الحكم الذي يرغب في متابعة تنفيذه، وهي تحمل العبارة التالية " نسخة مطابقة للأصل مسلمة للتنفيذ" وكذا ختم الجهة القضائية.

وعليه كل من صدر حكم تثبيت الزواج لمصلحته، الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية من مكتب الضبط من أجل تقييده، وحتى يكون الحكم قابلاً للتنفيذ لا بد أن:

(1) - المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي، لغرفة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 56. (في الواقع العملي يجهل الكثير من القضاة هذا المبدأ ويصدرون حكماً بعدم التأسيس، وهو خطأ إذ يتعين عليها تركها على الحال، لأن الحكم بعدم التأسيس يعني حيازته للحجية الشيء المقضي فيه وهو مخالف للمبدأ القائل أن الأحكام في قضايا الحالة تحوز الحجية المؤقتة).

(2) - المجلة القضائية، 1989، ع2، ص57.

- يستنفذ الأطراف كل طرق الطعن العادية والغير عادية.
- أن تحمل النسخة المقدمة إلى مصلحة التنفيذ بمكتب الضبط عبارة "نسخة مطابقة للأصل مسلمة للتنفيذ" وموقعة من امين الضبط، وتحمل الخاتم الرسمي لمكتب الضبط.
- أن يكون الحكم مهور بالصيغة التنفيذية 320 ق إ م⁽¹⁾.
- وبعد استخراج الزوج المعني أو أحد الورثة للحكم المهور بالصيغة التنفيذية، له أن يرفق مع شهادة ميلاد الزوجين رسالة تتضمن طلب استصدار أمر أو حكم بتقيد عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية إلى السيد وكيل الجمهورية الذي يصدر أمر إلى ضابط الحالة المدنية للقيام بإجراءات التنفيذ، بعدها يقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل الحكم القاضي بتثبيت الزواج وبتقييده بأثر رجعي يعود للتاريخ الفعلي له⁽²⁾، والتأشير على هامش شهادة الميلاد الأصلية، لكل من الزوجين وتحفظ الإدارة بالنسخة من الحكم، وترسل الحكم الأصلي ونسخة من عقد الزواج إلى وكيل الجمهورية لتحقيق من تسجيل الزواج، بعدها يعيد الحكم الأصلي للأطراف.
- ولصاحب مصلحة أن يحصل على نسخة ملخصة لعقد الزواج وذلك للاحتجاج به عند الحاجة.

(1) - أمر رقم 66-154 المتضمن قانون الحالة المدنية المؤرخ في 08/06/1966، ص 93-94.

(2) - خلاف ما نص عليه أمر رقم 69-72 في سبتمبر 1969 المتعلق بإثبات الزواج في المادة 04 "إن الزواج الذي تم إثباته وفق لهذه الشروط والمسجل في سجل الأحوال المدنية يحدث آثاره ابتداء من تاريخ اليوم الذي اعترف به الحكم بأنه عقد الزواج.

خلاصة الفصل الثاني

إن طرق إثبات الزواج العرفي ثلاث وهي: الإقرار والبينة، والنكول على اليمين ومن خلال تقصي جل قرارات المحكمة العليا، وجدنا أنها لا تعتد بها كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، ولعل السبب في ذلك يعود إلى طبيعة عقد الزواج وخصوصيته، لا سيما فيما يتعلق بآثاره الخطيرة. ورغم كثرة النصوص والقوانين والأوامر الرامية لتسجيل عقود الزواج المبرمة وفق الشريعة الإسلامية إلا أنها لا تحقق النتيجة المرجوة منها.

الخاتمة

الخاتمة:

- بعد عرضنا لفصول البحث ومباحثه نلخصها إلى النتائج الآتية:
- أن الزواج العرفي مصطلح جديد يطلق على الزواج الشرعي لتمييزه عن الزواج الرسمي أو لكونه مستمد من عرف المجتمع وهذا المصطلح غير مستساغ لدى البعض، وإنه يتم الخلط بينه وبين صور الزواج الغير موثق، وإن كان الأصل أن الزواج العرفي مكتمل الأركان والشروط وصور الزواج الغير موثق لا تخرج إما كونها زيجات فاسدة أو باطلة.
 - كما توصلنا إلى أن عقد الزواج العرفي وإن كان يشتمل في بعض صورته على أركان عقد الزواج وشروطه فإنه بات مكروها، ومنهم من ذهب إلى تحريمه وفاعله آثم.
 - وهذا لما يترتب على عدم توثيق عقد الزواج من مفسد تعود على الزوجة والأبناء والمجتمع وإن القضايا المرفوعة أمام جهات القضاء لخير دليل على ذلك.
 - أسباب الزواج العرفي كثيرة وعديدة أهمها الأسباب القانونية إذ باتت القيود القانونية من أهم ما يدفع الأفراد نحو عدم توثيق عقد الزواج، ولقد جاء قانون الأسرة الجديد ليزيد من حالات الزواج الغير موثق بسبب ما أدخله من تعديلات تتضمن قيود أخرى على عقد الزواج.
 - ازدواجية عقد الزواج في ظل قانون الأسرة الجزائري بسبب اشتراط القانون العقد الإداري لإتمام العقد الشرعي.
 - كذلك بسبب تعدد الجهات القائمة بإبرام عقد الزواج إذ نجد الإمام في المسجد يبرم عقد الزواج العرفي، وضابط الحالة المدنية والموثق يبرمان عقد الزواج

- الرسمي أي نتج عنه ازدواجية في أركان عقد الزواج، وبالتالي وقوع قانون الأسرة في متناقضات كثيرة.
- وأن تعليمية وزارة الشؤون الدينية وإن كان الهدف منها وضع حد لزواج العرفي إلا أنها أدت إلى زيادة حالات الطلاق قبل الدخول.
- إبراز خطورة الزواج غير الموثق (الزواج العرفي) في آثاره السلبية التي تعود على الزوجين والأبناء والمجتمع.
- إلى أن الزواج العرفي أو الغير موثق، تصادفه في كثير من الأحيان صعوبات وكذلك عقبات، ذلك أنه قد يحدث أن يعقد لأغراض معينة وبمجرد ارتفاع شدة الخلافات يتهرب الزوج من الالتزامات المفروضة عليه، أو ترغب الزوجة في الانفصال والتخلص من هذا الزوج والمطالبة بحقوقها الشرعية، وحقوق أبنائها غير أنها تقابل برفض سماع الدعوى، لعدم وجود وثيقة زواج رسمية تثبت علاقاتها بالزوج المدعى عليه ولا تجد أمامها من وسيلة سوى إثبات زواجها بالطرق الشرعية كما هو مقرر في الفقه والقانون، وهي البينة والإقرار واليمين.
- يعد الإقرار من أقوى أدلة الإثبات ويسمى بسيد الأدلة.
- ومن خلال تفصيّل قرارات المحكمة العليا، وجدنا أنها لا تعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، ولعل السبب في ذلك يعود لطبيعة عقد الزواج وخصوصيته لا سيما فيما يتعلق بآثاره الخطيرة، والتي لا تتوقف عند الزوجين بل تتعداهما إلى النسل الناتج عن هذا الزواج فإن هذا لا يؤدي إلى ذبوعه وشيوعه ويحول دون تحقق القاضي من توافر أركان الزواج ومدى اشتهاؤه وإعلانه.
- كما تعد البينة من طرق الإثبات والتي لم يعرفها المشرع الجزائري غير أنه من مفهوم نصوصه القانونية نصل انه يقصد بها الشهادة.

- كما أن السلطة التقديرية ممنوحة لقاضي الموضوع في الاعتماد بالشهادة من عدمه لا سيما إذا كانت الشهادة غير مباشرة، وذلك من شعوره بالريبة ولم يطمئن لها فالشهادة طريق لإثبات الحق وهو ليس بالأمر الهين خاصة فيما يتعلق بالزواج وأثاره.

- خاصة إذا كان من شأن الإثبات بالشهادة أن يرتب مراكز قانونية لمن ليس أهلاً بمجرد أنه اعتمد على شهود الزور فكان حرص القاضي وورعه ويقظته في اعتماد شهادة الشهود أمر لازم وحتمي.

- اليمين طريق من طرق الإثبات، واليمين بوجه عام قسم أو حلف بالله أو أسمائه ولا يجوز بسواها، يلتزم بأدائها المدعى عليه متى طلبها المدعي، يترتب عليها ثبوت الحق في ذمته إن حلفها، واليمين قول يتخذ فيه الحالف بالله شاهداً على صدق ما يقول.

- إلا أن القضاء لا يؤخذ باليمين كدليل لإثبات الزواج العرفي: لعدم كفايته كدليل فهو عمل مبني على صحة ما شاهد أو سامع في أي واقعة من الوقائع، ولأن الزواج يقوم على أركان وشروط وهو مما لا يثبت إلا بالشهود الذين يؤكدون توافرها.

- كما أنه عقد له خطره لا يكفي اليمين لإثباته، خاصة وأنه تترتب عليها حقوق تتعلق بالأشخاص ومصالح المجتمع وتمتد إلى الغير.

- فإذا ما أثبتت الزواج العرفي بواحد من هذه الطرق وقضي لها بإثبات هذا الزواج كان للزوجين تسجيل زواجهما.

- فتوصلنا إلى أنه رغم كثرت النصوص والقوانين والأوامر الرامية، لتسجيل

عقود الزواج المبرمة وفق الشريعة الإسلامية، إلا أنها لم تحقق النتيجة

الموجودة وكشفت عن قصورها في علاج هذه المسألة وعلة ذلك أن المشرع

الجزائري لم يحسمها لمدة زمنية معينة كما لم يفرض عقوبات بدنية ومالية توضع لها.

- فالزواج وآثاره لا يتعلق بالحقوق الخاصة بالأفراد بل هي مزيج بين الحق العام والحق الخاص وإن تساهل المشرع الجزائري وإهمال الأفراد تسجيل عقود زواجهم رتب أضرارا بالصالح العام.

- كما توصلنا أيضا أن قانون الحالة المدنية كان واضحا في مسألة تسجيل عقد الزواج الذي نص صراحة على أنه يتم بسعي من وكيل الجمهورية، ويصدر فيه أمر بسيط من رئيس المحكمة خاصة وأنه ليس محلا للنزاع، فكيف يرهق الأطراف بإجراءات رفع دعوى قضائية هم في غنى عنها والحل القانوني سهل.

- فأما عن مسألة التصريح بعقود الزواج غير الموثقة أمام الموثق (الزواج العرفي) الغير متنازع فيه فهو حل ارتأيناه ونؤيده، لأنه يخفف العبء الواقع على كامل المحاكم ويسهل الاجراءات على المواطنين، خاصة وأن الموثق له الصفة الرسمية لتحرير العقود، وأنها من صميم صلاحياته واختصاصه، والنقد توجهه للمادة 22 التي تقضي بإثبات الزواج بحكم مع توافر أركانه طبقا للمادة 09 و 09 مكرر.

توصيات نوجزها في النقاط التالية:

- من الأجدر أن يفرق المشرع بين طلبات تسجيل عقود الزواج العرفي غير المتنازع فيها، والتي يكون الاختصاص بنظرها لرئيس المحكمة بموجب أمر بسيط، وطلبات تسجيل عقود الزواج العرفي والمتنازع فيها والتي يفصل فيها بموجب دعوى عادية.

- لا بد على وسائل الإعلام في الدولة أن تلعب دورا في الموضوع بتوعية المواطن وحمله على تجنب هذا النوع من الزواج خاصة المرأة لأن أغلب الآثار السلبية تقع عليها وعلى أبنائها.

- إعطاء مزيد من العناية والأهمية للدراسات الأكاديمية والتي تهتم بموضوع الزواج العرفي وغيره من أنواع الزواج غير الموثق.

نماذج قانونية

نموذج دعوى نسب الولد في الزواج العرفي:

إنه في يوم الموافق
بناء على طلب السيدة /.....المقيمة.....
محلته المختار مكتب الأستاذ /.....المحامي.....
أنامحضر محكمة قد انتقلت حيث إقامة :
السيد/.....المقيم.....

وأعلنته بالآتي

الطالبة زوجة للمعلن إليه بموجب عقد الزواج العرفي المؤرخ / / و ذلك أمام شاهدين وقعا على العقد بمجلس العقد ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج و رزق منها على فراش الزوجية بولد يدعى.....في يدها.

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

بناء عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت حيث إقامة المعلن إليه وأعلنته بصورة هذه الصحيفة وكلفته بالحضور أمام محكمةوالكائن مقرها
وبجلستها المنعقدة علنا في تمام الساعة التاسعة من صباح يوم

الموافق // لیسع الحكم لها عليه بثبوت نسب الولد المذكور إليه وأنه والده شرعا وأمره بعدم

التعرض له في ذلك مع إزامه بالمصاريف والأتعاب . ولأجل العلم يلاحظ :

أنه يمكن الجمع في دعوة واحدة بين إثبات الزواج العرفي ونسب الولد .(1)

نموذج دعوى إثبات الزواج العرفي:

إنه في يوم الموافق
بناء على طلب السيدة /.....المقيمة
محله المختار مكتب الأستاذ /.....المحامي
أنامحضر محكمة قد انتقلت حيث إقامة :
السيد/.....المقيم
وأعلنته بالآتي

بموجب عقد زواج عرفي مؤرخ // تزوجت الطالبة من المعلن إليه
على صداق وقدرهالحال منهوالمؤجل.....يحل بأقرب الأجلين وذلك أمام
شاهدين وقعا على العقد في مجلس العقد .
وحيث أن العقد قد توافر فيه الشروط المطلوبة لصحة الزواج بالإيجاب والقبول كما هو وارد بعقد
الزواج الموضح بصدر الصحيفة مما يحق للطالبة 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 محكمةوالكائن مقرها
وبجلستها المنعقدة علنا في تمام الساعة التاسعة من صباح يوم
الموافق // لیسع حکم بإثبات زواج الطالبة من المعلن إليه بموجب عقد الزواج العرفي المؤرخ //
مع التزام الطالبة بالمصاريف والأتعاب وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وبلا كفالة .ولأجل العلم .(1)

نموذج دعوى إثبات طلاق للزوجة المتزوجة عرفيا :

إنه في يوم الموافق
بناء على طلب السيدة /.....المقيمة.....
محله المختار مكتب الأستاذ /.....المحامي.....
أنامحضر محكمة قد انتقلت حيث إقامة :
السيد/.....المقيم.....

وأعلنته بالآتي

بموجب عقد زواج عرفي مؤرخ // تزوجت الطالبة من المعلن إليه
على صداق وقدرهالحال منهوالمؤجل.....يحل بأقرب الأجلين وذلك أمام
شاهدين وقعا على العقد في مجلس العقد .
وحيث أن المعلن إليه قد ترك الطالبة وسافر إلى جهة غير معلومة ولا يعرف متى يعود وأنه يخشى
على الطالبة الفتنة وهي صغيرة السن وقد انتظار عودة المعلن إليه ولكن دون جدوى مما حدا
بالتالبة برغع هذه الدعوى طالبة الحكم بإثبات طلاقها من المعلن إليه .

بناء عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت حيث إقامة المعلن إليه وأعلنته بصورة هذه الصحيفة وكلفته
بالحضور أمام محكمةوالكائن مقرها
وبجلستها المنعقدة علنا في تمام الساعة التاسعة من صباح يوم
الموافق // ليسمع الحكم لها عليه بتطليقها طليقة بانئة وأمره بعدم التعرض لها في أمور الزوجية
بينهما ، مع إلزامه بالمصاريف والأتعاب .ولأجل العلم .(1)

قائمة المراجع

قائمة المصادر و المراجع

I. المؤلفات.

1. احمد الشرباصي، الموسوعة الشرباصية في الخطب المنبرية، دار الجيل بيروت لبنان، 1987 .
2. احمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، 2004.
3. احمد محمود خليل ، عقد الزواج وأركانه وشروط أحكامه، منشأة المعارف الإسكندرية، 2002.
4. ادريس الفاخوري ، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، (د م)، 1993، ط 1 .
5. أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية في الأحوال الشخصية، إبراهيم السيد و شركاءه، الإسكندرية، (د ت)، ط 2.
6. بدران أبو العينين بدران ، تاريخ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت (د س).
7. بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق ج1، دار النهضة العربية، بيروت، (د ط).
8. بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، 1979.

9. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج 1 ، الزواج والطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط4 ، 2005.
10. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج 1 ، ديوان المطبوعات الجزائرية، بن عكنون، 2002.
11. بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات في الفقه الإسلامي، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
12. بوبشير محمد مقران ، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر.
13. ابن تيمية، أحكام الزواج تحقيق محمد عبد القادر عطاء، دار الكتب العلمية بيروت 1996، (د ط).
14. ابن تيمية مجموع فتاوى ابن تيمية، المجلد الثاني و الثلاثون (النكاح)، مكتبة المعارف ،المغرب، (د س)، مؤلفات عامة.
15. جمال بن محمد بن محمود ، الزواج العرفي في الميزان الإسلامي، مراجعة علي احمد عبد العال الطهطاوي، الكتب العلمية، بيروت لبنان.
16. حسن حسن منصور ، المحيط في مسائل الأحوال الشخصية، الإسكندرية 1996، ط2.

17. حسن حسنين، أحكام الأسرة المسلمة فقها وقضاء، دار الأفاق العربية
2001.
18. خالد محمود طلال حمادة ، عقود الزواج بالكتابة، دار النفائس، الأردن
2002، ط1.
19. رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون
الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001.
20. الرصاع أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة تحقيق محمد
أبو الأجفان الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان ، 1993
ط1.
21. روهي البعلبكي، المورد الثلاثي، دار العلم للملايين، 2004.
22. الزعيلي (فخر الدين عثمان بن علي) تبين الحقائق شرح كثر الدقائق،
دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د ط).
23. سميع عبد العظيم ، الزواج العرفي، دار القمة دار الإيمان، الإسكندرية
2002، (د ط).
24. السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، المجلد الثاني، 1975، ط7.
25. الشافعي ابي عبد الله محمد بن ادريس، الام، دار الفكر، بيروت، 1983
ط2.

26. عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1992.
27. عبد الحميد الشواربي، الإثبات وشهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية والجنائية و الأحوال الشخصية، نشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
28. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988 .
29. عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط 2، دار هومة، الجزائر.
30. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، 1996 ، ط3.
31. عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومه للطباعة التوزيع، الجزائر، 2009، ط2.
32. عبد العزيز خياط، نظرية المعارف، مكتبة الأقصى، عمان، 1977، (د ط).
33. عبد الفتاح تقيّة ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، تالة، طبعة 2000/1999.
34. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الكويت، 1970، ط9.

35. عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن 2004.
36. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، دار النفائس الأردن، 1997، ط2.
37. الغوتي بن مالحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
38. فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية، 2001.
39. فاطمة مصطفى، الزواج العرفي، (د م)، 1998.
40. ابن فارس أبو الحسين احمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، مكتبة الخانجي القاهرة، 1981، ط3.
41. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، ج 1، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1986.
42. الفيروز ابادي، (محمد الدين محمد بن يعقوب) القاموس المحيط، المطبعة الميرية، مصر، 1301هـ.
43. الفيومي (احمد بن محمد بن علي المقرئ) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار القلم، بيروت، لبنان، (د ط).

44. ابن قدامه (موفق الدين) المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان،
1983 (د ط).

45. ابن قيم الجوزية (شمس الدين ابو عبد الله محمد بن ابي بكر)، اعلام
الموقعين، مطبعة النهضة، طبعة جديدة (د ت)، ج 1.

46. كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الاسلامية، دار بو
سلامة للطباعة و النشر و التوزيع، تونس، 1983.

47 الكوهجي عبد الله بن الشيخ حسن الحسن ، زاد المحتاج بشرح المنهاج،
ط1، ج1، 1989، 2.

II. المقالات.

- 1 بداوي علي ، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون و متطلبات
المجتمع،المجلة القضائية،قسم الوثائق، المحكمة العليا،(د.م)،ع2004، 2 .
- 2 عبد الرحيم فودة ، الزواج السري و العرفي ، مجلة لواء الإسلام ، ع 2 سنة
التاسعة عشر ، 02 فبراير 1965 ، مطابع مدكور و أولاده ، القاهرة .
- 3 عبد المجيد سالم ، الزواج القضائي و الزواج العرفي ، مجلة الفكر الإسلامي،
ع2 سنة 1984 .
- 4 صورية بورويلة ، الزواج العرفي ، الدين يتحفظ و القانون يتسامح ، جريدة
الخبر 2006/11/08 .

III. مذكرات الماجستير.

- لمطاعي نور الدين ، الشرط المقترن بالعقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق
جامعة الجزائر ، السنة الجامعية 1995/1996 .

- **دليلة معروز ، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي ، رسالة ماجيستر ، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2004/2003**

.IV. النصوص القانونية.

أ. النصوص الوطنية.

- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الأمنية.
- الأمر رقم 211-66 المؤرخ في 21 جويلية 1966 والمتعلق بتحديد وضعية الأجانب في الجزائر.
- الأمر رقم 69-72 المؤرخ في 16/09/1969 يتضمن استثناء لما نصت عليه المادة 5 من القانون رقم 63-224 في 29/06/1963 المتعلق بإثبات الزواج.
- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.
- القانون رقم 01-09 المؤرخ في 29 يونيو 2001 المتضمن قانون العقوبات.
- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة.
- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يوليو 2005 المعدل للأمر رقم 75-58 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني.

- المرسوم التنفيذي رقم 06-54 المؤرخ في 11 ماي 2006 يحدد شروط
وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 .

ب. نصوص قانونية لدول عربية.

- القانون رقم 51-84 المؤرخ في 1984 المتضمن للأحوال الشخصية
الكويت المعدل بالمرسوم 1996.
- القانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن لقانون الأحوال الشخصية الأردني
جريدة رسمية الصادرة في 01/1976، ع 12 ع 2668
- القانون رقم 188 المتضمن للأحوال الشخصية العراقي لسنة 1959.
- الأمر رقم 13 أوت 1955 يتعلق بإصدار مجل الأحوال الشخصية التونسي.
- المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 17/09/1953 المتضمن قانون
الأحوال الشخصية السوري.

V. المجالات القضائية

- 1 مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 04، سنة 1962.
- 2 مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 04، سنة 1968.
- 3 نشرة القضاة، العدد 02، سنة 1972.
- 4 المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1984.
- 5 المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1984.
- 6 المجلة القضائية، العدد 08، سنة 1989.
- 7 المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1989.
- 8 المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1990.
- 9 المجلة القضائية، العدد 03، سنة 1990.

- 10 - المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1991.
- 11 - المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1991.
- 12 - المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1992.
- 13 - المجلة القضائية، العدد 03، سنة 1992.
- 14 - المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1992.
- 15 - المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1993.
- 16 - المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1994.
- 17 - المجلة القضائية، العدد 02، سنة 2001.
- 18 - المجلة القضائية، العدد 01، سنة 2003.
- 19 - المجلة القضائية، ع03، سنة 2003.

الفهرس

الفهرس

الصفحة	العنوان
أ	مقدمة:
10	الفصل الأول: ماهية الزواج العرفي
11	المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي
12	المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي
12	الفرع الأول: الزواج العرفي لغة
12	أولاً: الزواج في اللغة
12	ثانياً: العرفي في اللغة
13	الفرع الثاني: الزواج العرفي اصطلاحاً
13	أولاً: الزواج في الاصطلاح الفقهي
14	ثانياً: الزواج في القانون
15	ثالثاً: تعريف العرف في الاصطلاح
17	الفرع الثالث: حكم الزواج العرفي
18	المطلب الثاني: أسباب اللجوء إلى الزواج العرفي
18	الفرع الأول: الأسباب الدينية
20	الفرع الثاني: الأسباب القانونية
24	المطلب الثالث: مقارنة الزواج العرفي بغيره من صور الزواج
24	الفرع الأول: المقارنة بين الزواج العرفي والزواج الرسمي ...

- الفرع الثاني: المقارنة بين الزواج العرفي والزواج السري ... 26
- المبحث الثاني: ركن وشروط عقد الزواج العرفي وجزاء تخلفه 28
- المطلب الأول: ركن عقد الزواج العرفي (الرضا) 28
- الفرع الأول: الطبيعة القانونية للرضا والمقصود به 28
- أولا: الطبيعة القانونية للرضا 29
- ثانيا: المقصود بالرضا 31
- الفرع الثاني: الصيغة اللفظية 33
- أولا: التعبير بالكلام 33
- ثانيا: انعقاد الزواج بغير كلام 35
- ثالثا: الزواج المعلق (التعليق في الصيغة) 37
- الفرع الثالث: شروط الرضا 38
- أولا: أن ألا يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية أو ناقص لها 38
- ثانيا: أن يكون الإيجاب حازما 38
- ثالثا: أن يكون الإيجاب كاملا 38
- رابعا: أن يكون الرضا سليما من كل العيوب 38
- المطلب الثاني: شروط عقد الزواج العرفي 39
- الفرع الأول: الولي 40
- أولا: تعريف الولاية 40
- ثانيا: أقسام الولاية في الزواج 41
- ثالثا: شروط الولي 42

- 44 رابعا: دليل شرعية الولاية الدلالية وحكمها
- 45 الفرع الثاني: الشاهدين
- 46 أولا: المقصود بالإشهاد في الزواج
- 47 ثانيا: شروط الشهود
- 50 الفرع الثالث: الصداق (المهر)
- 50 أولا: تعريف الصداق وشرعيته
- 52 ثانيا: وضعيات الصداق وحالات استحقاقه
- 59 الفرع الرابع: انعدام الموانع الشرعية للزواج
- 59 أولا: خلو المرأة من موانع الزواج المؤبدة
- 61 ثانيا: خلو المرأة من موانع الزواج المؤقتة
- 63 ثالثا: أثر الزواج بإحدى المحرمات
- 63 المطلب الثالث: جزاء تخلف ركن وشروط عقد الزواج العرفي
- 64 الفرع الأول: الزواج العرفي زواج فاسد
- 65 الفرع الثاني: الزواج العرفي زواج باطل
- 66 المبحث الثالث: آثار عقد الزواج العرفي
- 67 المطلب الأول: آثار الزواج العرفي بالنسبة للزوجين
- 67 الفرع الأول: الواجبات المشتركة
- 68 الفرع الثاني: الحقوق والواجبات المستقلة
- 75 المطلب الثاني: بالنسبة للأولاد
- 75 الفرع الأول: آثار الزواج العرفي في إثبات النسب

87	الفرع الثاني: دعوى إثبات النسب
89	المطلب الثالث: آثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للمجتمع
89	الفرع الأول: المسائل ذات الطابع القضائي
91	الفرع الثاني: زواج المحرمات
92	الفرع الثالث: الاحتجاج بالعقد العرفي
93	خلاصة الفصل الأول
94	الفصل الثاني: طرق إثبات الزواج العرفي
96	المبحث الأول: طرق إثبات الزواج العرفي
97	المطلب الأول: الإقرار
97	الفرع الأول: تعريف الإقرار
97	أولاً: لغة
98	ثانياً: شرعاً
98	ثالثاً: في الاصطلاح القانوني
98	الفرع الثاني: شروط الإقرار
99	أولاً: الشروط الواجب توافرها في المقر
100	ثانياً: الشروط الواجب توافرها في المقر له
100	ثالثاً: الشروط الواجب توافرها في المقر به
100	رابعاً: الشروط الواجب توافرها في صيغة الإقرار
101	الفرع الثالث: حجية الإقرار
103	المطلب الثاني: إثبات الزواج العرفي بالبينة

104	الفرع الأول: ماهية البينة وأنواعها
104	أولاً: ماهية البينة
105	ثانياً: أنواع البينة (الشهادة)
107	الفرع الثاني: شروط أداء الشهادة
107	أولاً: شروط ترجع إلى الشاهد
108	ثانياً: شروط ترجع إلى الشهادة
109	ثالثاً: شروط ترجع إلى المشهود به
109	رابعاً: أداء الشهادة
111	الفرع الثالث: حكم الرجوع عن البينة
113	الفرع الرابع: نصاب الشهادة
113	أولاً: نصاب الشهادة في الفقه
113	ثانياً: نصاب الشهادة في القانون
114	المطلب الثالث: إثبات الزواج العرفي عن طريق النكول عن اليمين ...
114	الفرع الأول: تعريف النكول عن اليمين
115	الفرع الثاني: حجية اليمين
116	المبحث الثاني: تسجيل عقد الزواج العرفي
117	المطلب الأول: النصوص التي تناولت تسجيل عقد الزواج العرفي ...
117	الفرع الأول: القوانين الصادرة قبل الاستقلال
121	الفرع الثاني: القوانين الصادرة بعد الاستقلال
128	المطلب الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي

الفرع الأول: تسجيل الزواج العرفي الغير المتنازع فيه128

الفرع الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي 135

خاتمة 149

نماذج قانونية 155

قائمة المراجع: 159

الفهرس 168

ملخص البحث

إن عقد الزواج يشكل اللبنة الأصلية لبناء الأسرة وهو الرخصة أو الوسيلة الشرعية والقانونية التي تنظم العلاقة بين المرأة والرجل وهو الدعم أو السند لإثبات النسب مع حقوق وواجبات كل من الزوجين.

ومع تغير أحوال الناس من تفشي الكذب ونقص الوازع الديني وذيوع حالات الجحود والنكران للعلاقة الزوجية، رأي ولي الأمر إلزام الأفراد بتوثيق عقود زواجهم بالكتابة وأمام الجهات الرسمية المكلفة بترسيم عقود الزواج، ومن دون وثيقة الزواج لا يعتد به من الناحية القانونية لا سيما بأثره، فمن بين أنواع هذا الزواج الزواج العرفي والذي يعد من المواضيع التي تثير جدلاً كبيراً على المستويين الفقهي والقانوني، وذلك قد ينجر عنه من أثار خطيرة يؤدي عدم الاهتمام به الوقوف على معوقاته بالسلب على الأسرة والمجتمع معاً، فما مفهوم الزواج العرفي، والفرق بينه وغيره من عقود الزواج العرفي؟

ما هي أسباب عقد الزواج العرفي؟ وبيان الآثار المترتبة عنه؟
ومن حيث طرق إثباته، هل تلجأ إلى طرق الإثبات المقررة في الشريعة الإسلامية فقط أم النظرية العامة للإثبات؟
وهل يكفي في إثباته دليل واحد أم لابد من تقديم عدة أدلة؟
وما هي إجراءات تسجيله؟

وقد عرض هذا البحث في مقدمة وفصلين وخاتمة مرفقا بملحق.
في المقدمة عرضت فيها تمهيدا للموضوع وبينت أهميته وحددت إشكالية البحث وأهدافه والدراسات السابقة في هذا الموضوع التي بينت أنها قليلة وتكاد تكون منعدمة وهي عبارة عن دراسات جزئية وأخيراً بينا المنهجية التي تم بها هذا البحث.

أما الفصل الأول فتناول ماهية الزواج العرفي من خلال ثلاث مباحث الأول مفهوم الزواج العرفي بعرض تعريفه لغة وقانوناً وشرعاً وأسباب اللجوء إليه وأخيراً برزنا أوجه المقارنة الممكنة مع صور أخرى للزواج.

أما فيما يخص المبحث الثاني فخصص لعرض ركن وشروط عقد الزواج العرفي وجزءاً تخالفهما من خلال مفهوم الزواج العرفي الذي هو عقد زواج كامل مطابق لأحكام

الشريعة الإسلامية غير أن القانون الوضعي ليرتب عليه أثر رسميا كونه لم يتم تسجيله لتصبح له قوة إثبات يأخذ بالاحتجاج بها أمام السلطات العمومية وله مقومات لا يقوم بدونها.

كما تطرقنا في المبحث الثالث إلى آثار عقد الزواج العرفي والتي لا تتحصر فقط في الزوجين ولكن تمتد إلى أطراف ستناول في هذا المبحث الآثار التي يرتبها عقد الزواج العرفي بوصفه واقعة مادية وقانونية معترف بها فيما يلي:
أثار الزواج العرفي بالنسبة للزوجين وأثاره بالنسبة للأبناء وأخيرا بالنسبة للمجتمع.
بينما عن الفصل الثاني تبين طرق إثبات الزواج العرفي والتي تعد من أهم المشاكل التي تقابل طرفي هذا الزواج.

فقسم هذا الفصل إلى مبحثين الأول يتضمن طرق إثبات الزواج العرفي بينما المبحث الثاني فخصص لتسجيل عقد الزواج العرفي.
وأخيرا ختمت هذا البحث بأهم النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة فتوصلنا إلى أنه رغم كثرت النصوص والقوانين والأوامر الرامية لتسجيل عقود الزواج المبرمة وفق الشريعة الإسلامية إلا أنها لم تحقق النتيجة الموجودة.
كما أرفقت البحث بملاحق، تخص وثائق عقد الزواج العرفي.

RÉSUMÉ DE LA RECHERCHE

L'acte de mariage constitue la pierre angulaire d'origine pour construire la famille.

Il s'agit de la permission ou le moyen légitime et légal qui régit la relation entre la femme et l'homme. C'est le soutien et la preuve de la descente avec les droits et les devoirs des deux conjoints.

Avec le changement de la vie des gens, la propagation du mensonge et le manque de morale religieuse et l'incrédulité et le déni de la relation conjugale, le tuteur a jugé utile l'obligation aux individus de notarié leurs actes de mariage par écrit et devant les organismes officielles chargés de l'officialisation des actes de mariage et sans le document de mariage, le mariage ne compte pas légalement, en particulier ses impacts. Parmi les types de ce mariage : le mariage sous seing privé qui est l'un des sujets qui suscitent beaucoup de débats au doctrinale et juridique, et ce pour les effets graves entraînés de ce type de mariage, et que son ignorance induit à des inconvenances négatives sur la famille et sur la collectivité.

- Donc, quelle est la définition du mariage sous seing privé ? et quelle est la différence entre ce dernier et les différents types d'actes de mariage ?
- Quelles sont les causes de l'acte de mariage coutumier ? Et la démonstration des répercussions ?
- En termes de méthodes éprouvées, le recours aux modes de preuve prévus dans la loi islamique ou la théorie générale de la preuve ?
- Serait-il suffisant pour le prouver un seul argument, ou bien doit-on fournir plusieurs éléments de preuve ?
- Quelles sont les procédures pour l'enregistrer ?
- Cette recherche a été présentée dans une introduction, deux chapitres et une conclusion accompagnée d'une annexe.

Dans l'introduction, j'ai présenté un préambule au sujet, j'ai aussi identifié et montré l'importance de la problématique du sujet, ainsi que ses objectifs et les études antérieures faites dans ce sujet, où nous avons montré qu'elles sont insuffisantes ou presque inexistantes, et qu'il s'agit des études élémentaires. Finalement, nous avons montré la méthodologie dont elle faite cette recherche.

Le premier chapitre a porté sur la définition du mariage sous seing privé en trois parties :

- La première partie : La définition terminologique mariage sous seing privé ainsi que sa définition du point de vue légitime et légale et les raisons du recours

à cette méthode, et finalement, nous avons montré les aspects comparatifs possibles par apport à d'autres façons de mariage.

- En ce qui concerne la deuxième partie, elle est consacrée pour présenter l'élément et les conditions de conclusion de l'acte du mariage sous seing privé et la pénalité réservée à leur manque, à travers le concept du mariage sous seing privé qui est un acte de mariage en pleine conformité aux dispositions de la charia islamique. Néanmoins, le droit positif ne confère pas à l'impact formellement, du fait du non inscription de ce dernier, à fin de devenir une force pour prouver reconnue en se manifestant avec cette dernière devant les autorités publiques et des éléments qui ne saurait être sans ces derniers.

- Comme nous avons discuté, dans la troisième partie, les impacts de l'acte de mariage sous seing privé qui ne se limitent pas uniquement aux conjoints mais s'étant aux autres parties. Nous allons les discuter, dans cette partie, les effets issus du mariage sous seing privé comme étant un fait matériel et juridique reconnu, comme suit :

- ✓ Les effets de l'acte de mariage sous seing privé sur la famille, sur les enfants du conjoint et finalement, sur la société.

Tandis que le deuxième chapitre montre les moyens pour prouver le mariage sous seing privé, qui est l'un des problèmes les plus importants que rencontrent les deux parties de ce mariage. Ce chapitre est divisé en deux parties. La première comprend les moyens pour prouver le mariage sous seing privé, tandis que la deuxième partie est consacrée à l'enregistrement de l'acte de mariage sous seing privé.

Finalement, cette recherche a été clôturée par les plus importants résultats de cette étude. Nous avons conclu qu'en dépit du grand nombre de textes, lois et ordonnances visant l'enregistrement des actes de mariages en conformité avec la charia islamique, le résultat souhaité n'est toujours pas réalisé.

La recherche est jointe par des annexes concernant les actes de mariage sous seing privé.

Research Summary

The marriage contract is the cornerstone to build the family. This is the permission or legitimate and legal governing the relationship between man and woman. It is the support and proves of the descent with the rights and duties of both spouses'.

With the change in people's lives the spread of lies and lack of moral and religious disbelief and denial of the marital relationship the tutor has found that the obligation to individuals to record their marriage acts by writing at the official organisms responsible of the formalization of marriages and without this paper marriage does not legally be considered in particular its impact. Among the types of this marriage: marriage under private signature which is one of the topics that generate a lot of legal and doctrinal debate for serious trained of this type of marriage that its ignorance leads to alleged improprieties negative impact on the family and the community. (à verifier)

- So what is the definition of marriage under private signature? And what is the difference between this and the different types of marriages?
- What are the causes of the marriage under private signature? And demonstration of impact?
- In terms of proven methods, the use of methods of proof provided for in Islamic law or the general theory of proof?
- Would it be sufficient to prove it a single argument or should we provide several pieces of evidence?
- What are the procedures to register it?
- This research was presented by an introduction two chapters and a conclusion with an annex.

In the introduction I presented a preamble to the subject, I also identified and demonstrated the importance of the problem of the subject as well as its objectives and previous studies done in this regard we have shown that studies are insufficient or almost nonexistent and it is elementary. Finally, we showed the methodology that this search was made.

The first chapter has focused on the definition of marriage under private signature in three parts.

- Part I: The terminological definition of marriage under private signature and its definition in terms of legitimate and legal and reasons of using this method and finally we have shown the possible comparative aspects versus to other ways of marriage.
- The second part is devoted to present the pillar and the terms of the marriage under private signature act and the penalty reserved for their deficiency through the concept of marriage under private signature, which is an act of wedding in full compliance with the provisions of Islamic Sharia (Islamic law). However the positive law does not give the impact formally because of the non-inscription of this act to become a force of prove recognized in manifesting in front of public authorities and ingredients that cannot be without.

- We discussed in the third part the impact of the marriage under private signature act, which is not limited only to, spouses but it extends to other parties. We will discuss in this section the implications of marriage under private signature as a concrete legal and recognized fact as follows:

- The impacts of marriage under private signature act on the family and on children of the couple and finally on society.

While the second chapter shows how to prove the marriage under private signature, which is one of the most important problems, facing both spouses of the marriage. This chapter is divided into two parts. The first one includes the means to prove the marriage under private signature while the second one is devoted to the recording of the marriage under private signature.

Finally, this research was concluded by presenting the most important results of this study. We concluded that in spite of the large number of texts laws and regulations for the registration of the marriage acts in accordance with the Islamic Sharia(Islamic law); the desired result still not realized.

This research is joined by annexes concerning acts of marriage under private signature.