وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

المرجع:.....

قسم:القانون خاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الأحكام القانونية للزواج العرفي

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة:الحقوق

التخصص: قانون قضائي

من إعداد الطالب(ة):
لكحل خضرة

تحت إشراف الأستاذ(ة):
بنولر سعاد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	بوزيد خالد	رئيسا
الأستاذ(ة)	بنور سعاد	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	حميش يمينة	مناقشا.

السنة الجامعية: 2021/2020

تاريخ المناقشة **2023-06-23**

شكر و تقدير

.....لا يسعى بعد إتمام هذا البحث إلا أن أحمد الله تبارك و تعالى و أشكره على عظيم نعمه و جليل منته، فهو مبدأ الحمد و منتهاه لا أحصي ثناء عليه كما أتني على نفسه. حباني بنعمة طلب العلم و سهل لي طريقه و سيرني أن أتقدم بجزيل الشكر و الامتنان. عرفا للجميل إلى أستاذتي المشرفة"**بنور سعاد**" لقبولها الإشراف على المذكرة رغم مشاغلها الكثيرة، فلم تبخل عليا بالعلم و الوقت.....

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين منحوا صدورهم من أجل قراءة و تقويم هذه المذكرة.....

كما أتقدم بالشكر لكل ما ساعدني من قريب أو بعيد لإتمام هذه المذكرة.

إهداء

تهدي ثمرة هذا البحث المتواضع إلى:

رمز المحبة والحنان، إلى القلب الناصع بالبياض، إلى منبع الصبر والتفاؤل، إلى التي رعتني حق الرعاية، كانت سندي في الصعاب إلى قدوتي في هذه الحياة.

أمي لحبيبة.

إلى منبت الخير والتضحية، إلى من علمني النجاح والصبر، إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد إلى طريق العلم، إلى من أجمل اسمك بكل فخر أبي العزيز

إلى زوجي الذي ساعدني في مشواري الدراسي

.

يعتبر الزواج الشرعي هو الأساس الذي يبنى عليه الكيان الأسري وقد أولته الشريعة الإسلامية بأهمية عظيمة، ومظاهر هذه العناية لقدسية العلاقة الزوجية واعتبارها آية من آيات الله عز وجل فيه السكينة والمودة والمحبة والألفة مصداقها لقوله تعالى ومن آياته أن **خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**".

وهذا ما نصت عليه أيضا المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري بقولها : " **الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب** ."

فهذه الآية الكريمة جاءت لتنبه إلى أمر ذو أهمية كبيرة يغفل عنه معظم المجتمعات لا سيما المجتمع الإسلامي، فالزواج يعتبر النظام الاجتماعي والقانوني الذي تقوم على أساسه الأسرة باعتبارها النواة الأولى في تأسيس كل بيت مسلم خصوصا والمجتمع الإسلامي عموما .

وعليه كان من الضروري أن يكون قائم على مقومات متينة وصحيحة في إطار شرعي ومنظم، ولتحقيق هذا الغرض وجب إتباع إجراءات معينة لتعطى له الهيبة والقوة الدينية فاشترط بذلك الإسلام ضرورة الوافر الرضاء الولي، الشهود، فرض المهر للمرأة مع انتفاء الموانع الشرعية لانعقاده، وإلى جانب هذه المقومات المفروضة شرعا والترتيب آثاره فعلا جاءت القوانين الوضعية فأمرت بتسجيله لأهداف عملية تحفظ بها الحقوق من الضباع لهذا

سمت جل التشريعات وعلى سبيل الخصوص التشريع الجزائري على إتباع ذلك، فرغم تأكيد النصوص القانونية بضرورة احترامه، فإن بعض الأفراد يعملون عنه يعقد زيجاتهم دونه وهذا ما يعرف "**بالزواج العرفي**" أو " **الزواج الفاتحة**" في أوساط المجتمع الجزائري.

فكان الأساس الذي انصبت دراستنا عليه نظرا لما يطرحه من إشكالات من الناحية الشرعية والقانونية والعملية على حد السواء، خاصة في ظل عصر الحداثة وكثرة النوازل والمستجدات التي من شأنها أن تهدد بناءه الشرعي هذا من جهة، ومن جهة أخرى ما يتميز به في كون ترتيب آثاره والتمتع بها متوقف على شرط إجراء توثيقه.

إلا من مقاصد الزواج تحقيق المودة والرحمة والاستقرار والسكينة العامة فزادت الحاجة إلى معرفة أسباب هذا التزايد.

أولا: أهمية البحث تبرز أهمية البحث فيما يلى :

تكمن أهمية موضوع البحث في كونه يتطرق إلى نازلة، تحتاج إلى بيان من فقهاء الشريعة والقانون, الحاجة إلى معرفة الحكم الشرعي في هذا الموضوع، وانعكاس أثاره على المجتمع عامة، والأسرة خاصة، إلا من مقاصد الزواج في الإسلام تحقيق المودة والرحمة والإنس، والطمأنينة، والاستقرار بين الزوجين وتحصيل الولد الصالح .

أسباب اختيار موضوع البحث

هناك أسباب ذاتية وأسباب موضعية الذاتية رغبتي النفسية في التطرق إلى معالجة مثل هذا الموضوع,والموضوعية نظرا لأهمية الموضوع .

فما العمل في حال غياب هذا الأخير، خاصة هو النوع المنتشر في أوساط المجتمع الجزائري، وبناء عليه ستركز ف ي معالجتنا لهذا الموضوع على دور مختلف النصوص القانونية في التشريع الجزائري، لا سيما قانون الأسرة منه إلى جانب ذلك تتطرق إلى بعض التشريعات المقارنة في هذا المجال حتى تقف على الأهمية التي حظي هذا الموضوع.

ومن هنا يثور الإشكال الرئيسي: **ما مدى مشروعية زواج العرفي في المنظومة القانونية و الفقه الإسلامي؟**

إلا من مقاصد الزواج تحقيق المودة والرحمة والاستقرار والسكينة العامة فزادت الحاجة إلى معرفة أسباب هذا التزايد .وللإجابة على الإشكال تناولنا الخطة الآتية الفصل الأول:مفهوم الزواج العرفي وطرق إثباته الفصل الثاني إجراءات تسجيل الزواج العرفي وطرق إثباته.

إن علاقة الزواج قدست في كل المجتمعات العربية والغربية، وكان الإسلام أول من أحاط هذه العلاقة بمجموعة من الالتزامات وتبعه في ذلك التشريعات العربية، وكان التشريع الاسلامي من اوفى التشريعات التي عالجت الزواج العرفي [1]فالزواج الشرعي لا يتحقق دون العقد فهو الميثاق الغليظ الذي جعله الله تعالى الوسيلة الوحيدة التي يجوز فيها معاشرة كلا الجنسين ,فعقد الزواج هو فاتحة الأسرة وأساس لتكوين أجيال في الإطار الصحيح وحماية للنسل في إطار العلاقة الشرعية.

و للزواج الغير موثق صور عديدة من بينها الزواج العرفي الذي أصبح , ظاهرة الظواهر التي عرفت إنتشارا في مجتمعنا الجزائري وذلك لأسباب عديدة حيث تتلف مفاهيم ذا الزواج العرفي من مجتمع لأر من دولة إلى أرى بإتلاف تشريعاتها لذلك وجب علينا في ذا الفصل وقبل الحديث عن ذ الظاهرة الوقوف على تحديد ماهية الزواج العرفي من خلال المبحثين المواليين: حيث خصصنا المبحث الأول لتحديد مفهوم الزواج العرفي، وخصصنا المبحث الثاني طرق إثبات الزواج العرفي.

[1] فارس محمد عمران,الزواج العرفي وصور اخرى للزواج غير الرسمي,دار الجامعة الجديدة للنشر,2001,الاسكندرية ,ص3.

المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي.

يطلق على الزواج العرق على أنه يوثق بوثيقة رسمية، وهو ظاهرة اجتماعية وقانونية تزداد يوما بعد يوم، ورغم أن يعد زواجا صحيحا شرعا إلا أن عدم استكمال توثيق عرض الأسرة لعدة مشاكل ولضبط هذا [1] المفهوم إرتأينا أنه من الضروري التعريف به وضبط مفهومه.

المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي

لقد تعددت التعاريف حول مفهوم الزواج العرفي ما بين علماء اللغة واشرع القانون غير أنها اتفقت في مجملها على أنه الإطار الوحيد الذي يحقق فيه الزواج الراحة النفسية والاجتماعية، وتنشأ من خلاله روابط مشتركة ويتم فيه تنظيم الحياة البيولوجية في شكل حضاري وسامي.

الفرع الأول: مقصود بالزواج العرفي لغة وإصطلاحا وقانونا

يتركب الزواج العرفي من شطرين الأول " الزواج" والثاني " العرفي" ومنه وحب التعريف كل واحد منهما على حدى، وذلك بحسب اللغة والشرع والقانون وهو ما سنتطرق إليه فيما يلى:

أولا: تعريف الزواج العرفي لغة :

الزواج لغة :من عرف العرفان أي العلم ورجل عروف وعروفة,يعرف الأمور وعريف القوم سيدهم وعرف بذنبه عرفا[2],

من الزوج وهو خلاف الفرد وزوج المرأة وهو بعلها وزوج الرجل امرأته وتزوج من بن فلان نكح فيها.[3]

---

[1] ابن فارس أبو الحسين احمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج 03، ط03، مكتبة الكانجي، القاهرة، مصر، 1981، ص35.

[2] كريم محروق ,عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون,دار هومة ,الطبعة الاولى ,2019,ص128.

[3] ممدوح عزمي، الزواج العرفي، مطابع رويال، دار الفكر العربي، الإسكندرية، بدون نشر، ص10.

وهو ارتباط الشيء بالأخر أي اقترانها سويا بعد أن كانا منفصلين قوله تعالى في كتابه القدسي وإذا النفوس زوجت " أي اقترنت بأبدانها عند الحشر وقوله تعالى " وزوجناهم بحور عينّ"[1].

ثانيا: تعريف الزواج العرفي قانونا.

عرف المشرع الجزائري عقد الزواج في المادة 04 من قانون الأسرة على أنه " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على من الأنساب".[2]

إن الزواج بين طرفين يتم على وجه الرضائية، حيث يتم بالخطبة، غير أن لاقتران الخطبة بالفاتحة كما تعارف عليه مجتمعنا لا يعد زواجا طبقا لنص المادة 06 من قانون الأسرة الجزائري، ولكن الفاتحة المقترنة بمجلس العقد تعد إلي زواجا على الوجه العربي إذا توافرت كل الشروط والأركان في ذلك المجلس.

فمن خلال التعريفات السابقة للزواج العربي نصل إلى أنه زواج شرعي من الناحية الدينية أما من الناحية القانونية فهو زواج صحيح متى توفرت كل أركانه وشروطه بدليل نص المادة 6 ف 2 "غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا مني توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون" [3] أي اعتراف المشرع الجزائري يكون الزواج العربي زواج صحيح من خلال هذه المادة، وتتمثل أركان الزواج العربي في الركن الوحيد المنصوص عليه في المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " وهو الرضا وشروط الصحة المنصوص عليها في المادة 09 مكرر يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج،

---

[1] الأية 0، من سورة التكوير.

[2] المادة 04، أمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان 1404، الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، الصادرة في 18 محرم 1426، الموافق 2 فبراير 2005، ص18.

[3] المادة 6 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق 27 فبراير 2005، المرجع السابق

الصداق، الولي ، شاهدين، انعدام المواقع الشرعية للزواج [1] ، وهذا ما سنتطرق إليها بالتفاصيل في المبحث الموالي .

الفرع الثاني: المقصود بالعرف لغة واصطلاحا .

العرف في اللغة ضد المنكر، قال ابن منظور والمعروف ضد المنكر، والعرف ضد المنكر، يقال أولاه عرفا أي معروفا والمعروف والعارفة، خلاف النكر والعرف والعارفة والمعروف واحد ضد النكر وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتأنس به وتطمئن إليه [2]، وهو كل مكان عال وجمع الأعراف وسمى بذلك لظهوره ومعرفة الناس به ومنه الأمر بالمعروف وهو ما تعارف عليه الناس وهذا ما يدل على سكونهم إليه [3].

اصطلاحا:

هو الاقتران والازدواج , وشاع استعماله في إقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والإستمرار , ولقد جاء في القرآن ما يرادف هذا المعنى في قوله تعالى :"وزوجناهم بحور عين " أي قرناهم بهن ، وقوله:"وإذا النفوس زوجت." أي إقترنت بأبدانها وأعمالها .

أما النكاح فيعني الدخول والإختلاط والضم والعقد والوطء ، ومن إستعماله في الوطء قوله صلىالله عليه وسلم:" ولدت من نكاح." أي من وطء حلال

الفرع الثالث: التعريف الفقهي للزواج العرفي.

يعرف علماء الشرع الزواج العر في على أنه الزواج السليم من الناحية الشرعية والمتعارف عليه من عهد الرسول عليه الصلاة والسلام والصحابة رضوان الله عليهم وهو الذي يتم بإيجاب وقبول من الطرفين أي الزوج والزوجة، وذلك مباشرة الولي لمن تحت ولاينه

[1] المادة 90 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005، المرجع السابق

[2] محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار العرب، بيروت، ص 235 .

[3] أحمد بن يوسف بن احمد الدريوش الزواج العربي حقيقته وأحكامه وأثاره و الأنكحة ذات الصلة به دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأول، الريان، 2005، ص 78.

مع حضور شاهدي عدل يوقعان على عقد الزواج وإشهار هذا الزواج وعلم الناس به، وقد كان يعاب على هذا الزواج من الناحية القانونية بعدم توثيقه رسميا لأن مسألة التوثيق لم تكن معروفة أيام الصحابة [1]. والعقد الذي يعطي لكل واحد من الرجل والمرأة حق الاستماع بالآخر مدى الحياة وعلى الوجه الشرعي.

ويقول الشوكاني: " والنكاح في الشرع عقد بين الزوجين يحل به الوطء وهو في حقيقة العقد مجاز في الوطء وهو الصحيح في قوله تعالى: " فانكحوهن بإذن أهلهن "، والوطء لا يجوز إلا بالإذن.

وقال أبو حنيفة: هو حقيقة الوطء مجاز في العقد لقوله صلى الله عليه وسلم " تناكحوا تكاثروا ""[2] كما عرفه بعض الفقهاء بتعريفات مختلفة نوردها فيما يلي :

عند الحنفية: " عقد يفيد ملك المتعة قصدا".[3]

عند الشافعية: " عقد يتضمن إباحة وطء، بلفظ النكاح ونحوه ."

عند المالكية: " عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجبة قيمتها [4]، ببينة قبله غير عالم عاقداها حرمتها في الكتاب على المشهود أو الإجماع على الآخر [5]، وضع أبو زهرة تعريف كاشفا لحقيقة عقد الزواج والمقصود منه حيث عرفه " عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لديهما من حقوق وما عليهما من واجبات. [6] وفي مجمل ما سبق من تعريفات يمكن القول إن الزواج

---

[1] فارس محمد عمران الزواج العربي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، 2001، ص 17،18.

[2] جمال محمد بن محمود الرواج العربي في ميزان الإسلام دار الكتب العلمية، لسان، طبعة الأولى، 2003، ص 12

[3] الزيلعي، تبيين الحقائق، شرح كنز الدقائق الجزء الثاني الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، ص 94، دون تاريخ نشر

[4] الشافعي، الأم، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1983، ص 15

[5] احمد بن غنيم بن سالم الفواكه الدواني على رسالة أب زيد القيرواني الجزء الثاني، مطبعة السعادة، مصر 1331هـ، ص150.

[6] محمد ابو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره 44، 14:00./07/05 2017 www.uslamway.com

العربي، هو ما تعرفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك [1] وعرفوه أيضا بأنه ما اعتاده الناس وساروا عليه في شؤون حياتهم[2]، ومن هنا نستخلص على أنه عقد الزواج الذي لم يوثق بوثيقة رسمية.[3]

وعرف أيضا على انه : " عقد يخل لرجل وامرأة إبرام عقد زواجهما وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وتم فيه الدخول بالزوجة إلى بيت الزوجية ولم يسجل في سجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانونا لذلك [4].

وعرف أيضا : " تلك العقود التي جرت في الماضي وفقا لأصول الشريعة الإسلامية ولم تسجل في محلات الحالة المدنية في وقتها القانوني[5].

وهما نوعان :

نوع يكون مستوفيا للأركان والشروط ونوع لا يكون مستوفيا لذلك.

فالأول عقد صحيح شرعا يحل به التمتع وتتقرر به الحقوق للطرفين والذرية السائحة منها وكذلك التوارث، وكان هذا النظام السائد قبل أن توحد الأنظمة الحديثة التي توجب توثيق العقود.

أما الثاني من الزواج العربي فله صورتان، صورة يكتفي فيها بتراضي الطرفان على الزواج دون أن يعلم بذلك أحد من الشهود أو غيرهم، وصورة يكون العقد فيها لمدة معينة كشهر أو سنة وهما باطلال لاتفاق مذاهب السنة[6].

---

[1] عبد الوهاب خلاف علم اصول الفقه، الطبعة التاسعة، الكويت، 1970، ص 99.

[2] عبد العزيز الخياط نظرية العرف، بدون طبعة مكتبة الأقصى، عمان، 1977، ص 24

[3] عبد رب النبي علي الجارحي الزواج العربي المشكلة والخل دار الروضة للنشر والتوزيع، القاهرة، بدون طبعا، بدون سنة نشر ص 38.

[4] بداوي على مقال عنود الروح العربية من قضى أحكام القانون ومتطلبات المجتمع موسوعة الفكر القانوني العدد 02 الجزائر 2002، ص 14

[5] عمر بوحلاسة، عقود الزواج المغلقة، نشرة القضاة، العدد 2 أفريل 1989، من 16

[6] فارس محمد عمران المرجع السابق ص ص 17-18.

المطلب الثاني: أركان وشروط عقد الزواج العرفي

لكي يتم إبرام عقد الزواج من الناحية القانونية استلزم القانون جملة من الشروط نص عليها في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، غير أنه لم يحدد طبيعتها وعلى الأرجح هي شروط صحة.

الفرع الأول: أركان الزواج العرفي

هو عبارة عن إيجاب وقبول من طرفي العقد وهما الزوج والزوجة,فالإيجاب هو اللفظ الذي يصدر أولا من أحد المتعاقدين دالا على رضاه بالعقد, والقبول هو اللفظ الذي يصدر ثانيا من المتعاقد الآخر دالا على موافقته على رغبة الأول ولا يشترط ان يصدر الإيجاب من جانب معين، بل اللفظ الذي يقع من الأول يعتبر إيجابا ولو كان من المرأة والثاني يكون قبولا.

وقد أجازت المادة 10ق.أ.ج بأن يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ويؤيد ذلك ما جاء في الآية 50 من سورة الاحزاب.

لما كان عقد الزواج عقدا إراديا يقوم على تراضي المتعاقدين، كان الرضا ركنا من أركانه، وهذا الرضا أو التراضي يوجد بوجود إرادتين متوافقتين ومتطابقتين متجهتين إلى إحداث أثر شرعي معين وهو حلّية إستمتاع في الزواج مع تحمل باقي آثار العقد الشرعي ، ومظهر ذلك كله هو الإيجاب و القبول[1] .

وقال البخاري :" لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاهما ، كما أنه ليس للأب جبر البكر على الزواج بمن أراد إذا إمتنعت " .

[1] عبدالعزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الثانية ، دار البعث ، قسنطينة ، 1989 ، ص115 .

وذهب المالكية إلى القول بأن المرأة لو قالت بعد العقد "ما علمت من أن صمتي إذن" بطل العقد لإعتبارهم ذلك عيبا في الرضا.

وقد جاء في المذكرة التوضيحية لمشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية أن " عقد الزواج عقد لابد فيه من الرضا ".

ونصت المادة العاشرة من قانون الأسرة في فقرتها الأولى أن :" الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا " .

ثم نصت فقرتها الثانية أن :" يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة " .

الفرع الثاني:شروط عقد الزواج العرفي

أولا: الأهلية في عقد الزواج

يشترط في العاقد أهلية التصرف، وهذه الأهلية تختلف باختلاف العقود والتصرفات التي يباشرها الإنسان، فمن كان أهلا لعقود المعاوضات، قد لا يكون أهلا لعقود التبرعات ومن يكون أهلا للأخذ والتملك قد لا يكون أهلا للإعطاء والتمليك، فأهلية المتعاقدين من الشروط العامة لكل العقد.

الأهلية في اللغة : هي الصلاحية مطلقا، يقال: فلان أهل لهذا العقد إذا كان صالحا للقيام به.

الأهلية في الاصطلاح: فهي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا لثبوت الحقوق له ووجوب التزامات عليه وصحة التصرفات منه، وتنقسم الأهلية إلى قسمين أهلية وجوب وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، مما يجعلها مطابقة للشخصية القانونية حيث تدور وجودا وعدما مع الحياة لأنها تثبت لكل إنسان.

أما **أهلية الأداء** : فهي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية، أي القدرة على التعبير بنفسه، فقد ساوى المشرع بين الجنسين من حيث سن الرشد وهو بلوغ من 19 سنة

وهو مطابق لنص المادة 40 من قانون المدني، أهلية الزواج ب 19 سنة لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. كما منح للقاضي سلطة تقديرية في أن يرخص بالزواح قبل بلوغ هذا السن متى كان لمصلحة أو ضرورة مع قدرة الطرفين على الزواج، ولكنه لم يحدد الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي النزول عن سن التمييز والمحدد ب 13 سنة.[1]

ثانيا: الصداق

تتعرض في جانب آخر من جوانب عقود الزواج والذي تحت أيدينا والمهر أو الصداق وقد وردت كلمات متعددة في القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة، ولقوله تعالى " وأتوا النساء صدقاتهن نحلة [2]". وفي حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم للرجل الذي أراد أن يتزوج وليس معه ما يقدمه للمرأة التي يريد أن يتزوجها قال له أمهرها ذلك الحالم، وقد جمع الفقهاء الأسماء السبع للمهر في البيت الشعري الآتي

صداقى ومهر نحلة وفريضة**** حبا وأجر ثم عقر علايق .

وليس في التشريع تحديد لقيمة المهر لأن هذه القيمة تختلف من شخص لآخر [3]، ومن هنا يتوجب علينا تعريف الصداق بأنه هو الحق المالي الذي أوجبه الشارع على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو الدخول بها وتستحق المرأة المهر بالعقد في الزواج الصحيح وقد نص قانون الأسرة الجزائري على أحكام الصداق في المواد من 14 إلى 17[4]، وقد عرفته المادة 14 من ق. أ.ج " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا هو ملك لها وتتصرف فيه كما تشاء ."

---

[1] احمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، بدون طبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية .مصر 2010، ص ص 62-67

[2] الآية 4 من سورة النساء.

[3] احمد الشامي، التطور التاريخي لعقود الزواج، دراسة مقارنة، بدون طبعة، بدون بلد النشر، 1982، ص 21

[4] انظر: المواد من 14 إلى 17 من قانون أسرة الجزائري.

وعرفته بعض التشريعات العربية كالقانون التونسي في الفصل 2 كل ما كان مباحا ومقوما بالمال تصلح تسميته مهرا وهو ملك للمرأة" ويتأكد بالدخول الحقيقي، فإذا تم عقد الزواج صحيحا وجب المهر على الزوج بمجرد تمام العقد، ولو لم يعقبه دخول، بحيث لو مات أحد الزوجين بعد العقد وقبل الدخول كان المهر حقا للزوجة أو لورثتها .

وتستحق الزوجة نصف الصداق بجملة من الشروط وهي :

-أن يكون عقد الزواج صحيحا .

-أن يكون المهر قد سمي تسمية صحيحة .

-أن تقع الفرقة قبل الدخول، وأن تكون الخلوة صحيحة

- .أن تقع الفرقة بسبب الزوج.

أنواع الصداق: المهر نوعان هناك المهر المسمى ومهر المثل.

المهر المسمى: وهو ما اتفق عليه في العقد الصحيح، أو فرض بعده بالتراضي .

المهر المثل: وهو مهرا امرأة من قوم أبيها، كأختها أو من تماثلها في بعض الصفات كالجمال والمال والسن، ونحو ذلك من الصفات.

مشروعية الصداق: الصداق المشروع بالكتاب والإجماع والسنة.

فالدليل على مشروعيته من الكتاب لقوله تعالى " فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة إن الله كان عليما حكيما.[1]

وأما الدليل على مشروعيته من السنة وما روي أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال " التمس ولو خاتم من حديد "

وأما الإجماع فقال ابن قدامة " وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح، والحكمة في تقرير مشروعية المهر لديهم هي إظهار لمكانة هذا العقد، وتقديرا للمرأة ولإشعارها بأنها موضع حبه وعطفه ورعايته، وأنه سيتحمل عنها تكاليف الحياة [2].

[1] ابن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 84.

[2] الآية 24 من سورة النساء

ثالثا : الولاية في الزواج العرفي

1 تعريف الولاية في عقد الزواج

لغة: الولاية بكسر الواو ويمكن تعريفها ي النصرة والقدرة وعند الفقهاء لعلي سلطة شرعية ممكن صاحبها من مباشرة العقود، وارتب آثارها عليها دون توقف على إجازة أحدا[1].

شرعا: هي حل منعه الشارع لبعض الناس يكتسب به صاحبه الياء قوله على غيره رضي ذلك الغير أم لم يرضى وسببه أحد الأمرين أولهما: عجز الذي بنها القول عليه وثانيهما: قصور أهليته عن التصرف بنفسه.

2 شروط الولي

العقل: لأنه شرط التكليف، ومعرفة الصحيح من الغاط فإذا فقد العقل العلى تكليف من فقده، فلا ولاية له لذلك لا تصح ولاية المجنون والمعتوه.

البلوغ: فلا ولاية الصبي على غيره لأنه لا ولاية له على نفسه، فالولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة.

الإسلام: إذا كانت المخطوبة مسلمة فلا ولاية الغير المسلم على المسلمة.

الذكورة: فالولي في الزواج هو العصبة بنفسه والعصبة هم الذكور دون الإناث[2].

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري في مواده الحادي عشر والمادة السابعة من نفس القانون تنص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري لعلماء المرأة الراشدة زواجه صدور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر أختاره" ودون الإخلال بأحكام المادة السابعة من نفس القانون " يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب فاحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له[3]. فقد اختلف الفقهاء في ثبوت ولاية التزويج للمرأة فقال

[1] بن شويخ الرشيدة، شرح قانون الأسرة المراكزبية دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة2008، ص62.

[2] عثمان التكروري، المرجع السابق، من 73 75

[3] المادة 11 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005

المالكية والشافعية والحنابلة بعدم ثبوت ولاية التزويج للمرأة ولو كانت عاقلة راشدة فليس لها مهما كانت أن تتولى عقد زواجها ولا عقد زواج غيرها، وإنما الذي يتولى هو الولي، وذلك نسبة إلى الحديث الشريف لا نكاح إلا بولي وأنما امرأة تزوجت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له، وروي أيضا عن الرسول صلى الله عليه وسلم "لا" تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها فالزانية هي التي تزوج نفسها.

وقال أب حنيفة وأب يوسف بإثبات حق التزويج للمرأة العاقلة البالغة فلها أن تتولى عقد زواجها كما لها أن تتولى عقد زواج غيرها، ووضع أب حنيفة وصاحبه شرطا مؤداه أن هذه المرأة إذا تولت عقد زواجها وكان لها عاصب يشترط لصحة زواجها وللزومه أن يكون الزوج كفنا وألا يقل مهرها عن مهر مثلها وحجة هذا الرأي لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها وأذنها صماتها."

وهنا نقسم الولاية إلى نوعان :

ولاية اختيار

وفيها لا يكون للولي أن يزوج غيره بدون رضاه، وإنما لا بد من رضا الولي ورضا المولي عليه بمعنى اشتراكهما في الاختيار فإذا رضي كل منهما يتولى الولي عقد الزواج.

ولاية إجبار

ففيها يكون للولي أن يزوج المولي عليه بمن يختاره الولي رضي المولي عليه أم لم يرضى، فتثبت عند المالكية على فاقد الأهلية وناقصها بسبب الصغر أو الجنون أو العته .

والقانون خرج عن ولاية الإجبار لا يجوز للولي أن يجبر القاصرة التي في ولاينه على الزواج كما لا يجوز أن يزوجها بدون موافقتها بمعنى ذلك لا يجوز للولي أبا أو غيره أن يمنع الصغيرة التي في ولايته من الزواج إذا رغبت فيها . [1]فإذن الزواج من العقود الهامة والخطيرة في آن واحد لذا نجد ديننا الحنيف حرص على أن يتم هذا العقد على أسس

[1] يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا وشؤون الأسرة، بدون دار النشر، ط 2011، ص 17

صحيحة ومن بينها حضور ولي المرأة وهو ما سلكه المشرع الجزائري منذ الاستقلال وحتى إن التعديل الجديد أبقى على شرط الولي وإن كان قد أعطى للمرأة الراشدة حق اختيار أي شخص آخر كولي لها دون أن يبين ما إذا كان ذلك في حالة عدم وجود الأب أو أحد الأقارب أو حتى في حالة وجودهم وهو ما يستدعي التعرض له من قبل الفقهاء وشرائح القانون[1].

رابعا: الشهادة على الزواج

من المتطلبات التي يطلبها الزواج أيضا هو الإشهاد بمعنى أن يتم العقد بحضور شاهدين مستكملين الشروط لأن هذا العقد من أخطر العقود وله مكانة في الإسلام فكان الواجب إعلانه وإخراجه عن حدود الكتمان. وقد دل على ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[2] وجاء في أحكام قانون الأسرة الجزائري في مادته 9 مكرر تنص على الشاهدين كشرط من شروط الزواج، ومع ذلك فإن الشهادة الشهود في عقد الزواج أهمية كبيرة بحيث إذا اعتبرنا أن شهادة الشهود من أهم شروط عقد الزواج فانعدامه يفسخ العقد، لذا أوجب القانون على الموظف أو الموظفين المؤهلين لإبرام عقود الزواج أن يحضر مجلس العقد شاهدين وأن يوقعا على العقد وفقا لقانون الحالة المدنية في مادته 33 رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 ذلك القانون الذي أوجب أيضا أن يكون الشهود ممن بلغوا سن 21 سنة [3]. وعقد الزواج لا يثبت إلا بشهادة الشهود وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا أن عدم الإثبات بشاهدين يؤدي إلى رفض الدعوى وأن عقود الزواج كما في

[1] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 81

[2] المادة 33 من الأمر 70-0 المتعلق بالحالة المدنية، المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389، الموافق ل 19 فبراير 1970 للجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21 الصادرة في 21 ذي الحجة 1389، الموافق ل 27 فبراير 1970 ص 274

[3] يوسف دلاندة المرجع نفسه، ص 18

قضايا الحالة تجوز فيها شهادة الأقارب وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في عدة قرارات منها القرار رقم 07-1887[1]

الشروط اللازم توافرها في شهود الزواج

التعدد: الصحة عقد الزواج يجب أن يتعدد الشهود فلا يصح بشاهد واحد ويكفي في ذلك شاهدان من الرجال أو رجل وامرأتان لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكن رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ".[2]

الإسلام: إذا كان الزوجين مسلمين لأن العبرة بشيوع أمر الزواج بين المسلمين فلا يصح زواج المسلم بالمسلمة بشهادة غير المسلمين وهذا باتفاق الفقهاء وذلك لأن الشهادة من باب الولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم لقوله تعالى " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا[3]."

أما إذا كان الزوج مسلما والزوجة كتابية فأجازوا شهادة غير المسلمين وسندهم أنه إذا كان الكتابي وليا على المرأة الكتابية، يصح له أن يتولى عقد زواجها بولايته عليها فيصح أن يكون شاهدا في عقد زواجها.

العقل: فلا تصح شهادة المجنون ومن في حكمه لعدم أهليتهم لخطر العقد وأهميته.

البلوغ: فلا تصح شهادة الصبي ولو كان مميزا لأنه ليس أهلا للولاية على نفسه فلا يكون أهلا للولاية على غيره بالشهادة.[4]

إضافة إلى ذلك يجب على الشهود أن يسمعا ويفهما صيغة الإيجاب والقبول وأن يعلما المقصود منهما وهو إنشاء ميثاق الزواج بين ذكر وأنثى معينين معروفين لديهما فكل زاج

---

[1] الآية 282 من سورة البقرة.

[2] الآية 4 من سورة النساء .

[3] عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 65، ص 66

[4] مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، بدون بلد النشر، سنة 2011، ص 46.47

بدون حضور شاهدين لا تتوفر فيها الشروط المذكورة أنفا يكون فاسدا لا تترتب عليه أثاره الشرعية من حقوق والتزامات الزوجية، ولا تحل المعاشرة الزوجية بينهما وذلك حماية لسمعة الزوجية وأسرتها، وذلك يتطلب أن يتم مراسيم الزواج بحضور شاهدين.

خامسا: انعدام الموانع الشرعية للزواج

من شروط انعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محلا للعقد، أي ألا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج وهذا لقوله تعالى " وأحل لكم ما وراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين[1]، والمحرمات من النساء من الأحكام التي لا تتلف باختلاف الزمان والمكان، لأنها لا تقبل التغيير ولا التبديل وليس فيها مجال للاجتهاد[2]

ولقد جاء التعديل الجديد لقانون الأسرة للمادة 09 مكرر شرط إضافي لإبرام عقد الزواج والمتمثل في انعدام الموانع الشرعية للزواج ، ويقصد بموانع الزواج تلك المنصوص عليها في أحكام المواد من 23 إلى 32 من ذات القانون بحيث تنص المادة 23 من قانون الأسرة بالقول " يجب أن يكون كل من الزوجين خلو من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة " [3]، وفي المادة 32 حدد المانع المؤقتة كالمحصلة ، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطقة ثلاث، عدم الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة من أب أو من رضاع وكذا زواج المسلمة من غير المسلم وفي المادة 24 حدد الموانع المؤبدة وهي القرابة المصاهرة الرضاع .

وهذه الموانع والمحرمات جاءت متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء مصداقا لقوته تعالى " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسالكم وربالبكم اللاتي في

[1] عبد المالك بن يوسف المطلق، الزواج العربي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها دراسة فقهية واجتماعية نقدية، الطبعة الأولى، سنة 2006، ص 90، 89

[2] الآية 24 من سورة النساء

[3] المادة 23 من المر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005

حجوركم اللاتي دخلتم من ..... فلا جنح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف " على الرغم من أن القانون نص على الموانع الشرعية للزواج في المواد من 23 إلى 32 فإن التعديل الجديد أحسن الفعل لما أدرجها في شروط الزواج[1] .

إن الزواج بالمرأة المحرمة يختلف باختلاف نوع التحريم، وإن كان قطعيا متفقا عليه جعل العقد باطلا وكان انتفاء هذه الحرمة شرطا لانعقاد العقد وهذه التفرقة مبنية من الباطل والفساد وإن كان التحريم ظنيا كان نزوج معتدة من طلاق بائن فهذا الزواج يكون منعقد لكن يكون فاسدا وإن وقع هذا العقد وجب التفريق .

التحريم المؤبد: للمؤبد ثلاث أسباب وهي النسب الرضاع المصاهرة، فالمحرمات بسبب النسب قد بينهن الله تعالى بقوله " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنت الأخ وبنت الأخت". [2]

الأم وهي كل أنثى شاركت في ولادة الرجل من جهة أبيه أو من جهة أمه وعلى ذلك فأم الأم وأم الأب وأم الجدين وأن علون كلهن حرام كما حرمت البنت والأخت والعمة والخالة وبنت الأخ وبنت الأخت.

المحرمات من الرضاع: تحريمهن بموجب الآية الكريمة " وأمهاتكم التي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ."

وقد نصت الآية على حرمة الأمهات والخوات من جهة الرضاعة إلا أن الحرمة غير مقصودة عليهن لوجهين. الأول: إن الله تعالى أجرى الرضاع مجرى النسب لما سمى المرضعة أما والمرضعة أختا. الثاني: الحديث الشريف يحرم" بالرضاعة ما يحرم النسب" وأم الإنسان من الرضاعة هي التي أرضعته وكذلك كل امرأة انتسبت على تلك المرضعة بالأمومة .

[1] يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 19

[2] الآية 23 سورة النساء.

الرضاع المحرم:

- تنقل اللبن من المرضع إلى الرضيع.
- دخول اللبن على الجوف عن طريق الفم والأنف.
- أن يكون في سن الرضاعة .
- أن يكون لين امرأة.
- ما كان بين الحولين عند جمهور الفقهاء وعامين وستة أشهر عند الحنفية لقوله تعالى: " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد منكم أن يتم الرضاعة " سورة البقرة الآية 233 ، وقوله تعالى: "وحمله وفصاله ثلاثون شهرا " سورة الأحقاف الآية 15 .

مقدار الرضاع المقدر

عند بعض الفقهاء قليلة أو كثيرة سواء في التحريم فيما يطلق عليه أسر الرضاع في العرف ودليلهم إطلاق الآية والحديث: يحرم من الرضاع أما فريق آخر يرى أن التحريم يثبت ثلاث رضعات فأكثر، ودليلهم ما رواه مسلم عن أم الفضيل رضي الله عنها وأنس: دخل أعربي على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي وقال يا نبي الله إني كانت لي امرأة فتزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتي الأولى أنها أرضعت امرأتي رضعة أو رضعتين فقال نبي الله : " لا تحرم لا ملاجة ولا ملاجتان" وهذا صريح في نفي التحريم.[1]

ويرى آخرون أن التحريم يكون بخمس رضعات فأكثر .

إثبات الرضاع: يثبت بالإقرار أو شهادة امرأتين على الأقل فإذا أقره الرجل أو المرأة وأصر على إقرارهما عموما.[2]

[1] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 205 المؤرخ في : 27/12/2005، الطبعة الأولى دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، 2009، ص 24-29.

[2] طاهري حسين، المرجع السابق، ص 33

المحرمات بسبب المصاهرة والمحرمات بسبب المصاهرة أربعة أصناف وهي :

أ - فروع الزوجة المدخول با : فيحرم على الرجل أن يتزوج بنت زوجته التي دخل كما وكذلك بنت بنتها أو بنت ابنها وإن نزل .

ب - أصول الزوجة: يحرم على الرجل أن يتزوج أم امرأته وجدتها وإن علت سواء كانت الجدة من جهة الأب أو الأم.

ت - زوجات الأصول: يحرم على الرجل أن يتزوج زوجة أبيه أو جده مهما علا سواء دخل الأصول بالزوجة أم لم يدخل بها.

ث - زوجات الفروع يحرم على الرجل أن يتزوج امرأة فرعه من النسب أو الرضاع كزوجة الابن وزوجة ابن الابن وزوجة ابن البنت وإن نزل سواء دخل الابن بما أم لم يدخل بها[1]

الحكمة من التحريم

في القرابة: لقد أجمعت الشرائع المنزلة على تحريم الزواج من المذكورات فالإسلام هذا نصه: ويهودية والنصرانية فيما بقي منهما من أحكام إلى اليوم ترى فيها التحريم لهؤلاء ثابتا ونصوصه قائمة ولقد أثبتت التجارب العلمية التي أجريت في الحيوان ان التلاقح بين سلالات مختلفة ينتج نتاجا قويا، والتلاقح بين الحيوانات من نفس السلالة ينتج نسلا ضعيفا .

في المصاهرة : إن الشرائع السماوية قد وافقت الشريعة الإسلامية في التحريم بسبب المصاهرة فكان هذا دليل على ذلك التحريم مشتق من الفطرة الإنسانية وأنه لو ساغ للأم أن تتزوج زوج ابنتها والبنت أن تتزوج زوج أمها لقطعت الأرحام ولأوجس الأصل خيفة من فرعه وما بمثل ذلك تقام دعائم الأسر.

في الرضاع: لقد انفردت الشريعة الإسلامية من بين الشرائع السماوية القائمة الآن يجعل الرضاع سببا من أسباب التحريم منها أو المرضع التي ترضع الولد إنما تغذيه يجزء من

[1] جابر عبد الهادي سلم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، بدون طبعة، بدون بلد النشر، 2007، ص 106-107.

جسمها فتدخل أجزائها تكوينه ويكون جزء منها.[1]

المحرمات المؤقتة: نصت عليها المادة 30 من قانون الأسرة فيحرم الزواج معهن بصفة مؤقتة فقط، ولسبب شرعي قائم يتعلق بالزوجة وبمجرد أن يزول السبب يحل الزواج معها هي:

المحصنة: وهي المرأة التي ما تزال مرتبطة مع زوج آخر بعقد رسمي شرعي فهي محرمة على كل رجل إلى أن يطلقها الزوج الأول وبه تحل لغيره .

المطلقة ثلاث : وهي المرأة التي طلقها زوجها ثلاث مرات وأصبح طلاقها بالنا فإن الزواج منها يحرم مؤقتا وأنها لم تعد تحل له إلا إذا تزوجت رسميا مع رجل آخر ودخل بها ثم طلقها وانقضت عدتها[2].

المرأة الخامسة: وهي المرأة التي يكون زوجها المستقبل متزوج مع أربعة نساء أخريات زواجا شرعيا ورسميا، فإن هذ الرجل يحرم عليه الزواج بها مؤقتا ولا تحل له شرعا ولا قانونا إلا إذا طلق إحدى زوجاته الموجودات في عصمته وانقضت عدتها .

المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة وهي المرأة التي طلقها زوجها أو توفي عنها، إن هذه المرأة لا يجوز لرجل أن يتزوج معها وتحرم عليه مؤقتا إلى أن تنقض مدة عدتها الشرعية وهي ثلاثة أشهر بالنسبة للمطلقة وأربعة أشهر وعشرة أيام بالنسبة للمتوفي عنها زوجها.

اخت الزوجة: فلا يجوز للرجل أن يتزوج أخت زوجته التي في عصمته ويحرم عليه الزواج معها إلا بعد أن تكون قد توفيت أو طلقها وانقضت عدتها وباعتبار أنه لا يجوز الجمع بين الأختين في عصمة رجل واحد سواء كانت أختين شقيقتين أو أختين للأب أو للأم أو أختين من الرضاع.

---

[1] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي افتتاحية الجزء الرابع، الطبعة الثانية، أغسطس سنة 1950، ص 65.73.83

[2] المادة 30 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005.

أخت الزوجة وكل من تكون محرما لها وهو أن يتزوج الرجل على زوجته بعمتها أو خالتها وهي لا تزال حية وفي عصمته فمثل هذا الزواج حرام مؤقتا وشرعا وقانونا لا تكون حلال إلا بعد الوفاة أو طلاقها[1].

ومن خلال ما سبق نستنتج أن الزواج العربي المستوفي لجميع الأركان والشروط من أهلية وصداق وولي وشاهدان ولانعدام الموانع الشرعية، فهو عقد صحيح وفق الشريعة الإسلامية غير أن ما يعاب عليه من الناحية القانونية هو عدم توثيقه لدى الجهات المختصة، إلا إن ذلك لا يخرجه من دائرة سلبية الآثار التي تنتج عنه، ويكون ثمنها المساس بقيم المجتمع والأسرة وهذا ما تطرقنا إليه في هذا الفصل.

المطلب الثالث: أثر تخلف أركان وشروط الزواج العرفي

سبق وذكرنا أن للزواج العرفي أركان وشروط شرعية وقانونية المذكورة في المادة 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة، إلا أنه في بعض الحالات قد يتخلف ركن من الأركان أو شرط من شروط فما هو جزاء تخلف كل من الركن والشروط؟

لذا تناولنا في هذا المطلب فرعين الفرع الأول تحدثنا فيه عن أثر تخلف الأركان أما الفرع الثاني تطرقنا فيه عن أثر تخلف الشروط .

الفرع الأول: أثر تخلف أحد أركانه

سبق وتناولنا أركان الزواج حسب ما جاء في المادة 09 من قانون الأسرة بأنه يوجد ركن واحد هو الرضا، إلا أنه في حالة تخلف ركن الرضا ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أنه في تخلفه يجعله باطلا ومنعدما قبل الدخول أو بعد الدخول ولم يرتب عليه أية آثار، كما اعتبره المالكية بأنه زواج الزنا وجب التفريق بينهما، في حين نجد أن الحنفية يرون بأنه في حالة تخلف ركن الرضا يعتبر الزواج زواجا باطلا[2]

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 86-87.

[2] ياسمين عبد العزيز، مقال عن أركان وشروط الزواج قانونا وشرعا وأثر تخلفهما، دراسات قانونية للزواج العرفي في القانون الجزائري منتديات ستار تايمز على الموقع: 25541330. 2015.30/11/04 www.startimes.com/ft =

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف ركن الرضا في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري وفي هذه الحالة يترتب على تخلف ركن الرضا البطلان، فهو منعدم لا ينتج عنه أية أثر فهو زواج باطل[1]

1 تعريف الزواج الباطل

هو كل عقد فقد ركن من الأركان الأساسية والتي اعتبرها المشرع الجزائري في نص المادة 9 من قانون الأسرة الرضا.[2]

2 أثار الزواج الباطل

إن عقد الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار عقد الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول، بل يعتبر وجوده كعدمه، فوجب على كل من الزوجين أن يفترقا في حال إذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا باطلا كان دخوله بمنزلة الزنا، نجد من الآثار :

- لا توارث بين الزوجين.
- ثبوت النسب رعاية حقوق الطفل
- لا يترتب على العقد الباطل الصداق للزوجة كما أنه لا ينشأ للزوج على زوجته أي حق ولا للزوجة على زوجها .

في حالة ما إذا كان البطلان واضحا قبل الدخول وثبت العلم بالتحريم، أما في حالة بعد الدخول عد بمنزلة الزنا .[3]

الفرع الثاني: أثر تخلف أحد شروط عقد الزواج

تتمثل شروط الزواج في التشريع الجزائري وفقا للمادة 09 مكرر من قانون الأسرة في أهلية الزواج، الصداق الولي ،شاهدان انعدام الموانع الشرعية للزواج، إلا أنه في حالة تخلف

[1] المادة 33 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء الأول ، مرجع سابق، ص 290 30

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق ، ص 292

هذه الشروط في عقد الزواج يؤدي به حتما إلى الفسخ، وهذا ما تناوله المشرع الجزائري في المواد (33-34-35) فمثلا تنص المادة 33 من قانون الأسرة إذا تم الزواج بدون شاهدان أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه وكما تنص المادة 34 من قانون الأسرة كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول، وبعده يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء ."

يستنتج من هذه المواد أنه في حالة تخلف شرط من الشروط التي نظمها المشرع في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة يترتب على هذا العقد الفسخ أو ما يسمى بالزواج الفاسد، فماذا نقصد بالزواج الفاسد وما هي آثاره؟ لذلك سنتناول في هذا الفرع تعريف الزواج الفاسد (أولا)، وآثاره (ثانيا .(

أولا: تعريف الزواج الفاسد

هو كل زواج تم ركنه الأساسي الرضا (الإيجاب والقبول المذكورة في المادة 09 قانون الأسرة، ولكنه فقد شرطا من شروط الصحة الواردة في المادة 09 مكرر المضافة بالأمر 05/02 بمعنى الذي توفر فيه سبب من أسباب الفسخ.[1]

ثانيا: آثار الزواج الفاسد

إن الزواج الفاسد قبل الدخول يعتبر كالباطل لا أثر له، وحكمه وجوب التفريق بين الزوجين، أما بعد الدخول سترتب عليه بعض الآثار هي- :

- تستحق الزوجة بالزواج الفاسد بعد الدخول صداق المثل طبقا لنص المادة 33/2 المعدلة.[2]

-ثبوت النسب إذا حملت الزوجة بالمولود وذلك لرعاية حقوق الولد ومنعا لاختلاط الأنساب مادة 34، ويثبت نسب الولد من أبيه إذا جاءت به أمه في مدة الحمل أقلها

[1] المرجع نفسه، ص 300

[2] نص المادة 33/2 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

ستة أشهر من تاريخ الدخول، وأكثرها عشرة أشهر من تاريخ التفريق أو الانفصال (مادة 42 و 43 قانون الأسرة.

-حرمة المصاهرة، حيث يحرم على الزوج في الزواج الفاسد بعد الدخول أن يتزوج أمها أو ابنتها، كما لا يجوز للزوجة أن تتزوج أباه أو ابنه، طبقا لنص المادة 26 من قانون الأسرة.

-وجوب الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل، وذلك طبقا لنص المادة 34 من قانون الأسرة.[1]

المبحث الثاني: طرق إثبات الزواج العرفي.

لإثبات واقعة الزواج يحب الاستناد إلى طرق الواثبات وهي الإقرار وشهادة الشهود واليمين.

المطلب الأول: إثبات الزواج العرفي بالإقرار

الفرع الاول:تعريف الإقرار

الإقرار يعتبر إلا قرار وسيلة من وسائل إثبات عقد الزواج العرفي وإلا قرار حجة قاصرة على المقر فال تتعداه إلى غيره إلا إذا صدقه ذلك الغير أو قامت البينة على صحة إلا قرار وقد عرفت المادة 341 من القانون ا لمدني الاقرار على انه اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك إثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة يجب أن تتوفر في إلا قرار مجموعة من الشروط تتعلق بكل من المقر والمقر له والمقر به وصيغة إلا قرار نوضحها كما يلي

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 299

الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بما الواقعة .[1]

- **إلا قرار غير القضائي:** وهو ذلك إلا قرار الذي يتم خارج مجلس كان يقر الرجل ان هذه المراة هي زوجته ولكن هذا إلا قرار يكون خارج مجلس القضاء وفي هذه الحالة ترجع السلطة التقديرية للقاضي في قبول هذا إلا قرار ووفقا ملابسات الدعوى ، ويتم اللجوء إلى هذا النوع من إلا قرار لدى الموثق والذي يحرر عقد إلا قرار بالزواج بناء على طلب كل من الزوجين

.إلا قرار القضائي: هو اعتراف الخصم أما القضاء بواقعة مدعى بها عليه ومثال ذلك إقرار الزوج أم القاضي بأن فلانة زوجته , إثبات عقد الزواج العرفي في التشريع بالنسبة لحجية إلاقرار فقد اعتبره الفقهاء حجة قاصرة على ا لمقر وحده و ألا تتعداه للغير إلا أنهم اعتبروا أنه وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات الزواج العرفي حيث يقول الامام أبو زهرة في ذلك " **إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج فادعى الرجل وجوده تسأل المرأة فإن أقرت قضي بالزواج,** نشير إلى أن الاجتهاد القضائي لغرفة شؤون ألأسرة والمواريث بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ 02/16/ 2014.

الفرع الثاني:شروط الإقرار

إن الإقرار يعتبر دليلا على صاحبه وحجة عليه.

أ -شروط الإقرار حتى يعتبر إقرار قضائي: الإقرار وهو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة معينة وحتى يعتبر الإقرار قضائيا يجب أن يكون ضمن شروط تحدده وهي:

-أن يكون الإقرار من الخصم أثناء الدعوى.

-أن يكون أمام القضاء فلا يمكن أن يؤخذ بإقرار خارج المحكمة.

-أن يكون أثناء سير الدعوى المتعلقة بموضوع الإقرار

- صدور الإقرار من الخصم:

[1] المادة 341 انظر الأمر 75/58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 20 يونيون 2005 ، ينضم القانون المدن الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2007.

-حتى يكون الإقرار قضائيا يجب أن يكون من طرف الخصم لأن اعتراف الخصم أمام القضاء وفي سير الدعوى مهم في محل النزاع، سواء كان الإقرار المعترف به أمام القضاء من الشخص نفسه أو من طرف وكيله أو نائبه[1].

- **صدور الإقرار أمام القضاء**

-يجب أن يصدر الإقرار أمام القضاء سواء كان الإقرار شفويا أي في جلسة المحاكمة أمام قاضي الحكم أو أثناء التحقيق أمام قاضي التحقيق أو أثناء الاستجواب، كما يمكن أن يكون مكتوبا على شكل مذكرات أو طلبات معلنة للخصم في الدعوى موضوع الإقرار .

- **صدور الإقرار أثناء سير الدعوى المتعلقة بموضوعه**

لصدور الإقرار يجب أن يكون أثناء سير الدعوى، ويكون من قبل الخصم ويدلي أمام القضاء ويعترف بموضوع الواقعة للمتنازع فيها حالا أي لا يزال القضاء ينظر في هذه الواقعة ولم يفصل فيها بعد حتى يعتبر إقرار قضائيا.[2]

أما المادة 342 قانون المدني الجزائري وتنص على أن الإقرار حجة قاطعة على المقر، ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى.

فالفقرة الأولى من هذه المادة والتي تنص على أن الإقرار حجة قاطعة على المقر أي عند إقراره واعترافه بالواقعة أمام القضاء تكون دليلا عليه وعلى القاضي أن يؤخذ بهذا الاعتراف فمثلا امرأة رفعت دعوى على شخص واعترف على أنه تزوج من هذه امرأة عرفيا فهنا لا بد على القاضي أن يؤخذ باعترافه ويقوم بتثبيت زواجه.

[1] محمد زهدور الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، وفق آخر التعديلات، طبعة الأول، 1991 ص 88

[2] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 91.

غير أن الفقرة الثانية من المادة 342 تنص على عدم تجزئة الإقرار وهذا يعني على أنه عند إقرار لا يمكن أن نقسمه ونأخذ بجزء ولا نأخذ الآخر يل إما على القاضي أن يؤخذ الإقرار كامل أو عدم الأخذ به جملة واحدة.[1]

الشروط المتعلقة بالمقر :

-يجب أن يكون المقر عاقلا بالغا فلا يجوز إقرار المجنون أو المعتوه أو الصبي.

-التمتع بكامل قواه العقلية والجسمية ولا يكون تحت أي إكراه مادي أو تحت ضغوط تعيق إرادته ويكون في الصحوة وليس تحت تأثير أي مخدر فلا يصح إقرار السكران .

- أن يكون المقر جادا غير هازل .

الشروط المتعلقة بالمقر له:

-أن يكون المقر له معلوما محددا.

-أن تصدق المرأة في إقراره حالة كونه المقر والعكس بالعكس[2].

الشروط المتعلقة بالمقر به

- إن من شروط عقد الزواج يجب ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤقنا أو مؤبدا، وتكون العلاقة الزوجية ممكنة بين الطرفين وهذا هو الشرط الجوهري.

الشروط المتعلقة بطبيعة الإقرار :

-أن تكون الصيغة مثبتة للحق المقر به.

- أن يكون الإقرار أمام القضاء حسب المادة 341 قانون مدني.

-ألا تكون صيغة الإقرار منجزة، وغير معلقة على شرط.

---

[1] المادة 342 انظر الأمر 75/58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق 30 سبتمبر 1975، المعدل واسمم بالقانون رقم 05/07

[2] المرداوي علي بن سليمان الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب بن حنبل، تحقيق: عبد الله محمد حسن إسماعيل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1977، ص 108

- الإقرار لا يمكن تجزئته.[1]

القاضي ثم تدون أقوال الشهود في محضر يوقع عليه القاضي وكاتب الضبط والشاهدين.

الفرع الثالث :حجية الإقرار

سنعالج هذه الحجية من الناحية الفقهية ومن الناحية القانونية :

أما من الناحية الفقهية : فإن جمهور الفقهاء إعتبره حجة قاصرة على المقر وحده ولا تتعداه إلى غيره ، إلا أنهم إعتبروه وسيلة كافية في حد ذاته لإثبات الزواج إذا ما أقر به أحد الطرفين .

فيقول الإمام أبو زهرة : " إذا تداعى شخصان رجل وإمرأة بشأن وجود الزواج ، فإدعى الرجل وجوده تسأل المرأة فإن أقرت قضى بالزواج وثبت بتصادقهما ، وإن أنكر فإن عجز عن البينة وجهت اليمين إلى المرأة على رأي الصاحبين"[2].

ويقول فارس محمد عمران وهو يتحدث عن إثبات الزواج العرفي :" الإثبات يكون بواحدة من ثلاث وسائل كما هو مقرر في الفقه الحنفي

وقد إختلف الفقهاء حول إقرار ولي القاصر ، فنهم من أجاز إقرار الولي على 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 .

نستنتج مما سبق ذكره أن الفقه الإسلامي رغم إعتباره أن حجية الإقرار قاصرة على المقر وحده ولا تتعدى لغيره إلا أنه إعتبره وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي ، فإن رفض أحد الطرفين الإقرار يكون الاتجاه للبينة ، فإن عجزت البينة وجهت اليمين .

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، بدون طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، 1988، ص 486-483

[2] الإمام أبوزهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 17

في حين نجد أن المشرع الجزائري قد نص صراحة في المادة 342 الفقرة الأولى من القانون المدني على أن : " الإقرار حجة قاطعة على المقر " .

معنى ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى الإثبات ، 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 و يتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له ، فإن الإقرار بواقعة الزواج يكون صحيحا و ملزما لكل من الزوج والزوجة وورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته ، ولا يتعداهم إلى الغير .

لذلك فإن محاكمنا ومجالسنا القضائية لا تعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي ، وذلك لما يتميز به هذا العقد من خصوصية و طابع إجتماعي لانكاد نلتمسه في باقي العقود الأخرى .

فما فائدة إثبات الزواج العرفي إعتمادا على وسيلة الإقرار ، ولا يكون بعدها إلا حجة على المقر وورثته ؟ في حين أن الزواج في حد ذاته يتطلب الإعلان والإشهار ، وعلم الناس به لغلق منافذ الظن والخوض في الأعراض ، والتقول على المتزوجين عرفيا ورميهم بالزنا من طرف الناس الذين لم يصل إلى علمهم زواج هؤلاء كون الإقرار لا يتعداهم .

فالطرفين وهما يلجآن إلى القضاء لإثبات الزواج هدفهما في ذلك هو إعلانه وإشهاره للكافة والإقرار غير كاف ليؤدي هذه المهمة ، وهو ما أخذت به محكمة الجلفة في حكم لها صادر بتاريخ 1997/12/06 رقم 97/602 أهم ما جاء في وقائع القضية كون المدعي متزوج عرفيا بالمدعى عليها ، وقد أقر الطرفان بواقعة الزواج العرفي التي تمت سنة 1995 و إلتمس كل منهما من المحكمة الحكم بتسجيل عقد الزواج لدى مصالح الحالة المدنية وقد كان تسبيب الحكم ومنطوقه كالتالي : " ... حيث أن المحكمة أجلت القضية لعدة جلسات

من أجل إحضار الشهود لإجراء تحقيق على واقعة الزواج العرفي المبرم بين المدعي والمدعى عليها ولم يحضرا .

حيث أن طلب المدعي بالإشهاد على الزواج العرفي غير مؤسس لكونه لم يقدم للمحكمة ما يثبت الواقعة من شهود مما يتعين معه رفض الطلب .

وعليه قضت المحكمة برفض الدعوى لعدم التأسيس " (ملحق رقم 12) .

من خلال هذا الحكم وغيره من الأحكام نستنتج عدم أخذ القضاة بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات الزواج العرفي ، لهذا نتطرق إلى الوسيلة الثانية التي تراها المحاكم والمجالس القضائية أكثر أهمية ، وأنجح من حيث القوة الثبوتية ، وهي البينة أو ما يسمى بشهادة الشهود .

المطلب الثاني: إثبات الزواج العرفي بالبينة

قد يحصل في كثير من الأحيان وأثناء سير الدعوى القضائية لعجز الطرف المدعي عن إثبات واقعة الزواج العرفي، فلا يكون أمامه إلا الحصول على طرق أخرى للتوصل في إقناعه ومن بين هذه الطرق نجد الشهادة (البيئة

الفرع الأول: تعريف البينة وأنواعها

سنتناول في هذا الفرع تعريف البينة (أولا)، ثم أنواع البينة (ثانيا.

أولا: تعريف البينة:

للبينة معنيان، معنى عام وهو الدليل أكان بالكتابة أو شهادة أو قرائن، فإذا قلنا البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر فإنما نقصد هنا البيئة بهذا المعنى العام.

أما المعنى الخاص، فهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب، وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة، فانصرف لفظ "البيئة" إلى الشهادة دون غيرها .[1]

ثانيا: أنواع البيئة :

للبيئة ثلاثة أنواع تتمثل فيما يلي: الشهادة المباشرة، الشهادة السماعية، الشهادة بالتسامع.

1 - **الشهادة المباشرة:** تعد الأصل في الشهادة هي تلك التي يدلي بها الشاهد بناء على ما رأه أو سمع بواقعة ما بنفسه كمن يشهد إبرام عقد معين وقع تحت بصره وسمعه أو شهد واقعة أمامه دون الحاجة إلى إخباره بها من طرف شخص آخر.[2]

من خصائص هذه الشهادة الشفوية يشهدها الشاهد من ذاكرته ليقول ما رأه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى، ومع : ذلك فقد يكتفي في ظروف استثنائية بتلاوة شهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للإعتداد بها.

إذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة، كأن يدلي الشاهد بها بما عاينه بصورة شخصية ومباشرة أثناء إنشاء واقعة الزواج العرفي بما في ذلك معرفته لطرفي العقد من زوج وزوجة ومكان وزمان وظروف إبرام عقد الزواج من رضا الزوجين ووجود الولي وتسمية الصداق [3].

2 - الشهادة السماعية وتسمى أيضا بالشهادة من الدرجة الثانية ويشهد فيها الشاهد بما سمعه من غيره، وتسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة عن الشهادة، هنا يشهد أنه . سمع

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى دار هومة، الجزائر، 2009، ص 119. .

[2] منصور محمد حسين، قانون الإثبات مبادئ الإثبات وطرقه، منشأة المعارف، مصر، 1999، ص 80.

[3] منصور محمد حسين مرجع سابق، ص 80

بواقعة يرويها له شاهد رآها بعينه وسمعها بأذنه، كأن يشهد شخص أمام القاضي أنه سمع شخصا آخر يروي له أن فلان تزوج بفلانة[1].

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية، وفي الفقه الإسلامي الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا بالإنابة، فإذا سمع شاهد شاهد فكانت شهادته سماعية فهي لا تقبل منه إلا إذا أشهده فيها الشاهد الأصلي، ويقدر القاضي قيمة الشهادة السماعية ولا رقابة على ذلك[2].

3 - **الشهادة بالتسامع**: أي الإدلاء بما هو شائع بين الناس دون تحديدهم، وهنا تختلف عن الشهادة السماعية التي يتم فيها تحديد الشخص الذي اعتمد على روايته في الإدلاء بالواقعة محل الإثبات، ونظرا لعدم إسنادها إلى أشخاص محددين بذواتهم فإن القاضي يأخذ على سبيل الاستئناس أو لاستخلاص قرينة قضائية في الدعوى [3].

وإذا ما عدنا إلى الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بمسألة إثبات الزواج العرفي، أجازت شهادة العيان واعتبرتها ضرورة دعت إليها المصالح والحاجة الشديدة، لاسيما إذا أثمر إنجاب أطفال، وهذا الاستحسان مرده أنها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم، وقد تتعلق بأحكام تبقى على انقضاء القرون كمسألة إثبات نسب الأبناء ومسائل الميراث .

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فإنّ المحكمة العليا سارت في طريق الشريعة الإسلامية وأخذت بشهادة العيان، وهذا ما أكدته بعض القرارات الصادرة عنها، ومن بين هذه القرارات نجد القرار الصادر بتاريخ 27/03/1989 الذي جاء فيه أنه من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين كانا متزوجين... فيما يتعلق بالسبب المستدل به على طلب نقض إثبات الزواج أو

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 413

[2] المرجع نفسه، ص 413

[3] منصور محمد حسين مرجع سابق، ص 126

نفيه مما يستقل به قاضي الموضوع ويثبت إما بشهادة العيان وإما بشهادة السماع، والطاعن لم يأتي بأية واحدة من الشهادتين، فلا هو أحضر رجالا حضروا قراءة الفاتحة، ولا هو أحضر رجالا سمعوا قراءتها أو حضروا زفاف الطرفين... كما أنه لم يأت ببينة إسماع يشهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج (ب) ز) ... لما كان من الثابت في قضية أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[1]

الفرع الثاني: شروط الشهادة.

يجب على القاضي قبل الاستماع إلى الشاهد أن يتأكد من توفر مجموعة من الشروط، منها ما هو خاص بالشاهد، ومنها ما هو خاص بالشهادة نفسها، ومنها ما هو خاص بالمشهود به، لذا سنتناول شروط خاصة بالشاهد (أولا)، وشروط خاصة بالشاهد والمشهود به (ثانيا(

.أولا: الشروط الخاصة بالشاهد

1 -كمال العقل في عقد الزواج حضور المجانين والصبيان لعدم تحقق المعنى من اشتراط الشهادة بحضورهم، فمثل هذه الفئة تفقد الدراية بالأمور وخطورتها لذلك لا تصح شهادتهم في إثبات واقعة الزواج العرفي .

2 -البلوغ إذ لا يصح إشهاد الصبيان ولو كانوا مميزين لأنهم لا يصدق لهم القول ولعدم أهليتهم للولاية على أنفسهم ، فلا تكون لهم أهلية الولاية على غيرهم[2].

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 27/03/1989، مجلة قضائية، 1990، العدد 03 ص 82.

[2] عثمان التكروري شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص ص 63-61 .

3 -الإسلام إن فقهاء المسلمين لم يختلفوا في اشتراط الإسلام في الشهود فزواج المسلم بالمسلمة لا يصح الشهادة عليه بشهادة غير المسلمين، لأن غير المسلمين لا يجوز له أن يشهد زواج المسلمين لاختلاف الملة.[1]

4 -أن يتمتع الشاهد بالحاسة التي يستند إليها في العلم بالواقعة محل الإثبات، إذ لا يمكن قبول شهادة الأعمى عن واقعة تستوجب الرؤية، أو الاعتماد على الأصم كشاهد سمع، ومع ذلك يمكن أن يكون الأعمى شاهد سمع وأن يكون الأصم شاهد رؤية[2] .

ثانيا: شروط خاصة بالشهادة والمشهود به

للشهادة والمشهود به شروط تتمثل فيما يلي:

- أن تكون الشهادة موافقة للدعوى: فلا تقبل الشهادة المنفردة عن الدعوى فإذا كنا بصدد دعوى لإثبات الزواج العرفي، فيجب أن تنصب الشهادة على واقعة الزواج العرفي دون غيرها، فيشهد الشاهد مثلا على وجود أولاد بين فلان وفلانة لأن ذلك ليس قرينة على حصول زواج شرعي مكتمل الأركان.[3]
- نصاب الشهادة: لقد حدد الله عزوجل نصاب الشهادة الذين يحضرون عقد الزواج برجلين أو برجل وامرأتين، وذلك لقول الله عز وجل (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَنَهُمَا فَتُذَكِرَ إِحْدَتْهُمَا الأُخْرَى) [4] . ولا تقبل شهادة النساء وحدهن ولو زاد عددهن عن امرأتين في إثبات واقعة الزواج العرفي هذا ما أقرته المحكمة العليا أخذا بأحكام الشريعة الإسلامية في اجتهاد قضائي لها بتاريخ 15/12/1986، حيث نصت فيه

[1] السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، دار الفكر ، دمشق، سوريا، 1993، ص 145

[2] نبيل صقر، المرجع ، ص 128

[3] مريم غماري، مرجع سابق، ص 81

[4] سورة البقرة، الآية: 282

على أنه من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاء أحد وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة بمعاينة العقد أو السماع الفاشي والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين[1].

للمشهود به شرط واحد يتمثل فيما يلي :

يشترط أن يكون المشهود به معلوما للشاهد فلا يمكن للشاهد أن يشهد بشيء حتى يحصل له به علم[2]

المطلب الثاني إثبات الزواج العرفي بالبينة

قد يحصل في كثير من الأحيان وأثناء سير الدعوى القضائية لعجز الطرف المدعي عن إثبات واقعة الزواج العرفي، فلا يكون أمامه إلا الحصول على طرق أخرى للتوصل في إقناعه ومن بين هذه الطرق نجد الشهادة (البيئة

الفرع الأول: تعريف البينة وأنواعها

سنتناول في هذا الفرع تعريف البينة (أولا)، ثم أنواع البينة (ثانيا.

أولا: تعريف البينة:

للبينة معنيان، معنى عام وهو الدليل أكان بالكتابة أو شهادة أو قرائن، فإذا قلنا البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر فإنما نقصد هنا البيئة بهذا المعنى العام.

أما المعنى الخاص، فهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب، وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة، فانصرف لفظ "البيئة" إلى الشهادة دون غيرها .[3]

ثانيا: أنواع البيئة :

---

[1] قرار المحكمة العليا رقم: 43889 الصادر بتاريخ 15/12/1986، المجلة القضائية، العدد 2، 1993، ص 37

[2] عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1992، ص 375.

[3] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى دار هومة، الجزائر، 2009، ص 119.

للبيئة ثلاثة أنواع تتمثل فيما يلي: الشهادة المباشرة، الشهادة السماعية، الشهادة بالتسامع.

4 - **الشهادة المباشرة:** تعد الأصل في الشهادة هي تلك التي يدلي بها الشاهد بناء على ما رأه أو سمع بواقعة ما بنفسه كمن يشهد إبرام عقد معين وقع تحت بصره وسمعه أو شهد واقعة أمامه دون الحاجة إلى إخباره بها من طرف شخص آخر.[1]

من خصائص هذه الشهادة الشفوية يشهدها الشاهد من ذاكرته ليقول ما رأه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى، ومع : ذلك فقد يكتفي في ظروف استثنائية بتلاوة شهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للإعتداد بها.

إذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة، كأن يدلي الشاهد بها بما عاينه بصورة شخصية ومباشرة أثناء إنشاء واقعة الزواج العرفي بما في ذلك معرفته لطرفي العقد من زوج وزوجة ومكان وزمان وظروف إبرام عقد الزواج من رضا الزوجين ووجود الولي وتسمية الصداق [2].

5 - الشهادة السماعية وتسمى أيضا بالشهادة من الدرجة الثانية ويشهد فيها الشاهد بما سمعه من غيره، وتسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة عن الشهادة، هنا يشهد أنه . سمع بواقعة يرويها له شاهد رآها بعينه وسمعها بأذنه، كأن يشهد شخص أمام القاضي أنه سمع شخصا آخر يروي له أن فلان تزوج بفلانة[3].

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية، وفي الفقه الإسلامي الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا بالإنابة، فإذا سمع شاهد شاهد فكانت شهادته سماعية فهي لا

[1] منصور محمد حسين، قانون الإثبات مبادئ الإثبات وطرقه، منشأة المعارف، مصر، 1999، ص 80.

[2] منصور محمد حسين مرجع سابق، ص 80

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 413

تقبل منه إلا إذا أشهده فيها الشاهد الأصلي، ويقدر القاضي قيمة الشهادة السماعية ولا رقابة على ذلك[1].

6 - **الشهادة بالتسامع**: أي الإدلاء بما هو شائع بين الناس دون تحديدهم، وهنا تختلف عن الشهادة السماعية التي يتم فيها تحديد الشخص الذي اعتمد على روايته في الإدلاء بالواقعة محل الإثبات، ونظرا لعدم إسنادها إلى أشخاص محددين بذواتهم فإن القاضي يأخذ على سبيل الاستئناس أو لاستخلاص قرينة قضائية في الدعوى [2].

وإذا ما عدنا إلى الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بمسألة إثبات الزواج العرفي، أجازت شهادة العيان واعتبرتها ضرورة دعت إليها المصالح والحاجة الشديدة، لاسيما إذا أثمر إنجاب أطفال، وهذا الاستحسان مرده أنها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم، وقد تتعلق بأحكام تبقى على انقضاء القرون كمسألة إثبات نسب الأبناء ومسائل الميراث .

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فإنّ المحكمة العليا سارت في طريق الشريعة الإسلامية وأخذت بشهادة العيان، وهذا ما أكدته بعض القرارات الصادرة عنها، ومن بين هذه القرارات نجد القرار الصادر بتاريخ 27/03/1989 الذي جاء فيه أنه من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين كانا متزوجين... فيما يتعلق بالسبب المستدل به على طلب نقض إثبات الزواج أو نفيه مما يستقل به قاضي الموضوع ويثبت إما بشهادة العيان وإما بشهادة السماع، والطاعن لم يأتي بأية واحدة من الشهادتين، فلا هو أحضر رجالا حضروا قراءة الفاتحة، ولا هو أحضر رجالا سمعوا قراءتها أو حضروا زفاف الطرفين... كما أنه لم يأت ببينة إسماع يشهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج (ب) ز) ... لما كان من الثابت في قضية أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن

[1] المرجع نفسه، ص 413

[2] منصور محمد حسين مرجع سابق، ص 126

قضاة الموضوع برفضهم دوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[1]

الفرع الثاني: شروط الشهادة.

يجب على القاضي قبل الاستماع إلى الشاهد أن يتأكد من توفر مجموعة من الشروط، منها ما هو خاص بالشاهد، ومنها ما هو خاص بالشهادة نفسها، ومنها ما هو خاص بالمشهود به، لذا سنتناول شروط خاصة بالشاهد (أولا)، وشروط خاصة بالشاهد والمشهود به (ثانيا(

.أولا: الشروط الخاصة بالشاهد

5 -كمال العقل في عقد الزواج حضور المجانين والصبيان لعدم تحقق المعنى من اشتراط الشهادة بحضورهم، فمثل هذه الفئة تفقد الدراية بالأمور وخطورتها لذلك لا تصح شهادتهم في إثبات واقعة الزواج العرفي .

6 -البلوغ إذ لا يصح إشهاد الصبيان ولو كانوا مميزين لأنهم لا يصدق لهم القول ولعدم أهليتهم للولاية على أنفسهم ، فلا تكون لهم أهلية الولاية على غيرهم[2].

7 -الإسلام إن فقهاء المسلمين لم يختلفوا في اشتراط الإسلام في الشهود فزواج المسلم بالمسلمة لا يصح الشهادة عليه بشهادة غير المسلمين، لأن غير المسلمين لا يجوز له أن يشهد زواج المسلمين لاختلاف الملة.[3]

8 -أن يتمتع الشاهد بالحاسة التي يستند إليها في العلم بالواقعة محل الإثبات، إذ لا يمكن قبول شهادة الأعمى عن واقعة تستوجب الرؤية، أو الاعتماد على الأصم

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 27/03/1989، مجلة قضائية، 1990، العدد 03 ص 82.

[2] عثمان التكروري شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص ص 63-61 .

[3] السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، دار الفكر ، دمشق، سوريا، 1993، ص 145

كشاهد سمع، ومع ذلك يمكن أن يكون الأعمى شاهد سمع وأن يكون الأصم شاهد رؤية[1] .

ثانيا: شروط خاصة بالشهادة والمشهود به

للشهادة والمشهود به شروط تتمثل فيما يلي:

- أن تكون الشهادة موافقة للدعوى: فلا تقبل الشهادة المنفردة عن الدعوى فإذا كنا بصدد دعوى لإثبات الزواج العرفي، فيجب أن تنصب الشهادة على واقعة الزواج العرفي دون غيرها، فيشهد الشاهد مثلا على وجود أولاد بين فلان وفلانة لأن ذلك ليس قرينة على حصول زواج شرعي مكتمل الأركان.[2]
- نصاب الشهادة: لقد حدد الله عزوجل نصاب الشهادة الذين يحضرون عقد الزواج برجلين أو برجل وامرأتين، وذلك لقول الله عز وجل (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَنَهُمَا فَتُذَكِرَ إِحْدَتْهُمَا الأُخْرَى) [3] . ولا تقبل شهادة النساء وحدهن ولو زاد عددهن عن امرأتين في إثبات واقعة الزواج العرفي هذا ما أقرته المحكمة العليا أخذا بأحكام الشريعة الإسلامية في اجتهاد قضائي لها بتاريخ 15/12/1986، حيث نصت فيه على أنه من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاء أحد وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة بمعاينة العقد أو السماع الفاشي والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين[4].

للمشهود به شرط واحد يتمثل فيما يلي :

---

[1] نبيل صقر، المرجع ، ص 128

[2] مريم غماري، مرجع سابق، ص 81

[3] سورة البقرة، الآية: 282

[4] قرار المحكمة العليا رقم: 43889 الصادر بتاريخ 15/12/1986، المجلة القضائية، العدد 2، 1993، ص 37

يشترط أن يكون المشهود به معلوما للشاهد فلا يمكن للشاهد أن يشهد بشيء حتى يحصل له به علم[1]

المطلب الثالث: النكول عن اليمين:

يعتبر النكول عن اليمين من الوسائل الاحتياطية لإثبات الزواج العرفي، وهي مرتبطة بأخلاقيات الشخص ومدى صدقه وخشيته الله عز وجل، لأن الحل الوحيد للنزاع عندما تنعدم الأدلة الثابتة، يلجأ إلى النكول عن اليمين كوسيلة لإثبات واقعة الزواج العرفي، وعليه سوف نتعرض في هذا المطلب إلى تعريف النكول عن اليمين فرع أول، ثم نوضح أنواع اليمين فرع ثان)، وحجية اليمين (فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف النكول عن اليمين وأنواعه

أولا :تعريف النكول

النكول عن اليمين وهو إلا امتناع عن أدائها فمن ادعى على أحد بدعوى نظر، فإن كانت بينهما مخالطة وملابسة استحلف المدعى عليه، فإن حلف بطل ذلك الحق عنه، وإن أبى أن يحلف ورد اليمين على المدعي فحلف طالب الحق أخذ حقه.[2]

والنكول عن اليمين له مجاله في إثبات الرابطة الزوجية، على سبيل المثال نورد بعض حالات إثبات العلاقة الزوجية عن طريق النكول عن اليمين من بينها نجد حالة تتمثل في رفع دعوى ثبوت الزوجية عند عدم إقرار الزوج بالعلاقة الزوجية، ولم تستطيع الزوجة إثباتها بشهادة الشهود، ومثل ذلك عندما يتوفى الشهود فعلى الزوجة أن تلجأ إلى القضاء لإلزام الزوج بأداء اليمين، فإذا حلف الزوج اليمين بانتفاء الزوجية قضى القاضي برفض الدعوى، وليس هناك ما يمنع الزوجة من إقامة دعواها مرة أخرى إذا وجدت البيئة على زواجها، أما إذا نكل الزوج عن اليمين حكم للزوجة بثبوت الزوجية، وتطبق نفس الحالة لو أن الزوجة

[1] عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1992، ص 375.

[2] بوطيش وهيبة، مرجع سابق، ص 37.

امتنعت عن الإقرار بالعلاقة الزوجية، فإذا وجه لها اليمين ونكلت عن أدائها قضى عليها بالزوجية لأن النكول إقرار على مذهب الفقه الحنفي[1].

ثانيا:أنواع اليمين.

تنقسم اليمين إلى نوعين حيث يتمثل النوع الأول باليمين الحاسمة، أما النوع الثاني اليمين المتتمة.

أولا: اليمين الحاسمة يقصد باليمين الحاسمة لجوء الخصم الذي يعوزه الدليل الذي يطالبه القضاء من أجل إثبات دعواه إلى توجيه اليمين إلى خصمه الذي لا يقر له بصحة ما يدعيه مخاطبا بذلك ضميره، فيطلب منه الحلف لحسم النزاع، وهذا ما أكدت عليه المادة 343 من القانون المدني الجزائري، حيث تنص المادة يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك.[2]

ثانيا: اليمين المتممة هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين عند عدم كفاية ما قدمه الخصم من دليل ليتممه باليمين وهي ذات تأثير تكميلي، ولا تعتبر تصرفا قانونيا، إذ للقاضي السلطة التامة في تقدير ما إذا كانت هناك حجة لتوجيهها سيكمل بها قناعته إذا لم يقدمك الخصم دليلا كافيا على واقعة إثبات الزواج العرفي، فاليمين المتممة لا تحسم النزاع لأنها ليست إلا إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة فالقاضي من بعد توجيه هذه اليمين يكون له مطلق الخيار من أن يقضي على أساس اليمين الذي تمت تأديتها أو على أساس عناصر إثبات أخرى اجتمعت له قبل حلف هذه اليمين أو بعد حلفها، واليمين المتممة على عكس اليمين الحاسمة لا يجوز ردها على الخصم.[3]

---

[1] بوطيش وهيبة المرجع نفسه، ص 38.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 239

[3] بوطيش وهيبة، مرجع سابق، ص 76.

الفرع الثاني: حجية اليمين

سنعالج في هذا الفرع حجية اليمين لإثبات الزواج العرفي في موقفين، موقف القضاء (أولا)، ثم موقف الشريعة الإسلامية (ثانيا.

أولا: موقف القضاء من حجية اليمين:

إنّ القضاء لا يعتد بحجية اليمين كوسيلة لإثبات واقعة الزواج العرفي، نجد في محاكمنا ومجالسنا القضائية لا تعتد باليمين إلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معا، ويتعين على القاضي توجيهها إلى المدعي بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود الذين يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وفقا للشريعة الإسلامية، مع بيان توفر أركان المادة التاسعة من قانون الأسرة .وهذا ما نصت عليه المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها بتاريخ (1985/09/23) بالنص على أنه إذا كان من المبادئ الشرعية السائدة فقها وقضاءا أن إثبات عقد الزواج في حالة وفاة أحد الزوجين، يكون مؤسسا على شهادة الشهود يؤكدون صحة انعقاده ووفقا لتعاليم الشريعة الإسلامية وأن الاكتفاء بشهادة ثلاثة أشخاص كان أفضل من شاهد أنه حضر الفاتحة فهي في غاية من الإجمال وليست مما يثبت بها عقد الزواج إذا كانت شهادة الآخرين اضعف منها، فإن الإثبات بالبينة على هذا النحو لا يكفي وحده إلا مع يمين المدعية.[1]

ثانيا : موقف الشريعة الإسلامية من حجية اليمين

الشريعة الإسلامية لا تعتد باليمين عموما إلا أنه توجد بعض الحالات الاستثنائية منها نجد بعض الفقهاء منهم الصاحبين الذين يتخذون اليمين وسيلة كافية لإثبات واقعة الزواج العرفي، وهذا ما أكده الإمام أبو زهرة في قوله أنه: عند فشل إثبات الزواج لكل من وسيلتي الإقرار والبيئة، توجه اليمين إلى المرأة، ويبين أن ذلك رأي الصاحبين، فإن حلفت رفضت

[1] قرار المحكمة العليا رقم: 37501، الصادر بتاريخ 23/09/1985 مجلة قضائية، 1989، العدد 01، ص 95

دعوى الزواج، وإن نكلت عن اليمين قضى عليها بالزواج، لأن النكول إقرار على مذهب الصاحبين المفتى به في الفقه الحنفي.[1]

[1] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 17

لقد حاول المشرع الجزائري التحكم في ظاهرة الزواج العربي من خلال إصداره لمجموعة من القوانين التي تنظم هذه الظاهرة الخطيرة، والتي تعرف انتشارا كبيرا والتي تلزم الأفراد الذين تزوجوا عرفيا أن يتقدموا إلى المحاكم، من أجل تسوية وضع يتهم سواء في المحاكم لاستصدار أمر أو حكم لتسجيل عقودهم المبرمة عرفيا في سجلات الحالة المدنية، ولتسجيل هذا الزواج يقتضي إتباع إجراءات لإثبات واقعة الزواج العرفي.

وعليه سنتناول في هذا الفصل من خلال مبحثين، حيث ستعالج في المبحث الأول إجراءات إثبات الزواج العرفي، وسنعالج في المبحث الثاني إجراءات تسجيل الزواج العرفي.

المبحث الأول: إجراءات التسجيل الزواج العرفي

لإثبات واقعة الزواج العرفي لابد على أحد الزوجين أو من له مصلحة في ذلك أن يتقدم إلى المحكمة من أجل إثبات هذه الواقعة.

المطلب الأول: إجراءات تسجيل الزواج العرفي

إذا لم يكن للمدعى موطن معروف يعود الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية حسب . المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا يعني أنه في حالة عدم وجود موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[1].

ولإثبات الزواج العر في أمام القضاء يجب إتباع إجراءات حددها قانون الإجراءات المدنية في المادة 14، حيث ترفع دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة وتكون مرفقة بعريضة مكتوبة من طرف المدعي أو وكيله أو محاميه، كما تكون موقعة ومؤرخة وتودع لدى أمانة الضبط من قبل المدعي بعدد النسخ يساوي عدد الأطراف في القضية.

[1] المادة 37، القانون رقم 08/09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما تتضمن العريضة حسب المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، البيانات التالية:

الفرع الأول: الإجراءات التي تسبق العقد

إن أول تنظيم لقانون الحالة المدنية في الجزائر كان على يد الإستعمار عندما أصدر قانون 1882/03/23 المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين بالجزائر والمعدل بقانون 1930/04/02 ، ونصت المادة 16 منه على أن :

" وثائق الميلاد و الوفاة المتعلقة بالأهالي الجزائريين يجري تنظيمها و تسجيلها في سجلات الحالة المدنية وفقا للأشكال و الأوضاع المنصوص عليها في القوانين الفرنسية النافذة أما الوثائق المتعلقة بالزواج و التفريق و الطلاق الرضائي فإنها ستنظم وتسجل في سجلات الحالة المدنية بناءا على تصريح يقدمه الزوج إلى رئيس البلدية أو المحاكم العسكرية " [1]

كما رتب هذا القانون على كل مخالفة لأحكام هذه المادة عقوبة بدنية تتراوح ما بين 6 أيام إلى 6 أشهر حبسا وعقوبة مالية تتراوح مابين 16 إلى 300 فرنك غرامة .

غير أن هذا القانون إنحصر تطبيقه في جهات معينة أهمها المناطق التي تركزت فيها مصالح الإستعماريين وإحتاجت فيها السلطة الفرنسية إلى التعامل مع بعض الجماعات من الجزائريين لإستخدامهم في إداراتها.

وظل هذا القانون هو المطبق في بلادنا إلى أن ألغي بموجب المادة 18 من الأمر رقم 66-307 المؤرخ في 1966/10/14 والمتضمن شروط تأسيس الحالة المدنية [2].

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

[1] بداوي علي ,مقال عقود العرفية بين قصور احكام القانون ومتطلبات المجتمع,موسوعة الفكر،ص100.

[2] عبد الله شناح ، الزواج العرفي ، مذكرة نهاية التربص بالمعهد الوطني للقضاء ، سنة1993,ص05.

قانون 57-777 :

صدر هذا القانون خلال سنة 1957 ، ويتعلق بإثبات و تسجيل عقود الزواج السابقة له ، وقد نص في المادتين الثالثة والرابعة منه على :

" وجوب تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية بموجب حكم من رئيس المحكمة في غرفة المشاورة بناءا على طلب الزوجين أو طلب أحدهما ،وأن الحكم الصادر لا يقبل أي طريق من طرق الطعن " [1] .

هذا القانون تم إلغاؤه فيما بعد ، وقبل ذلك كان يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة قبل صدوره ، بحيث تضمن إجراءات تسجيل عقود الزواج والتي تتم بناءا على طلب ينتهي بصدور حكم فيه ، خلافا للقانون السابق الذي يتم فيه التسجيل بناءا على تصريح يقدمه الزوج إلى رئيس البلدية أو المحاكم العسكرية .

وهذا يعني أن إجراءات التسجيل حسب هذا القانون ترفع أمام رئيس المحكمة بصفته الجهة المنوطة بالفصل في طلب تسجيل عقد الزواج .

الأمر 59-224 المؤرخ في 1959/02/04 ، والخاص بعقود الزواج التي يعقدها

الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية وذلك في عمالات الجزائر ، والساورة و الواحات .

حيث نص هذا الأمر في المادة الثالثة منه على تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية ، غير أنه فرق بين إجراءات التسجيل بحسب الجهة التي يتم إبرام الزواج أمامها . فإذا تم الزواج أمام ضابط الحالة المدنية ، وجب على هذا الأخير أن يسلم للزوجين دفترا عائليا يثبت إنعقاد الزواج ، أما إذا تم الزواج أمام القاضي وجب أن يثبت ذلك في وثيقة وأن يسلم إلى أصحابها شهادة بإنعقاد الزواج ، ثم يرسل إلى ضابط الحالة المدنية نسخة من عقد الزواج خلال 03 أيام ، وعلى هذا الأخير أن يسلم الزوجين دفترا عائليا.

[1] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 20

كما منعت نفس المادة إقامة حفل الزواج إلا بعد الإطلاع على الشهادة و الدفتر العائلي ، وأضافت المادة السادسة من نفس الأمر أن إنحلال الزواج لا يكون إلا بقرار من القضاء[1] فيما عدا حالات الموت

إن هذا الأمر كان يهدف إلى القضاء على الزواج العرفي و الطلاق العرفي الذي يتم أمام الجماعة ، كما أن الإستعمار الفرنسي كان يهدف من وراء ذلك إلى إحكام قبضته على الأسرة الجزائرية و إحصاء كل تصرفاتها .

وخلاصة القول أن هذا الأمر إنحصر تطبيقه في مناطق معينة على سبيل الحصر ، مما يجعل عقد الزواج في غير هذه المناطق خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية ، كما أنه نص على إجراءات تسجيل عقود الزواج المبرمة بعد صدوره ، ولم يتحدث عن كيفية تسوية عقود الزواج المبرمة قبله ، والأهم أنه فرق بين الزواج الذي يتم أمام ضابط الحالة المدنية والذي يتم أمام القاضي من حيث إجراءات تسجيله ، وخلص في النهاية إلى أن قيام الزواج يثبت بشهادة إنعقاد الزواج و بالدفتر العائلي ، وأن إنحلاله يكون بقرار من القضاء ، ومنه فلا يمكن الإحتجاج بخلاف ذلك .

2 – القوانين الصادرة بعد الإستقلال :

بعد الإستقلال إستمر العمل بالقوانين و المراسيم التي نظمت عقود الزواج والتي كانت سارية وقت الإستعمار ما عدا تلك التي تتعارض نصوصها مع السيادة الوطنية ، ثم صدرت عدة قوانين يمكن التطرق إليها كمايلي :

مرسوم 62-126 المؤرخ في 1962/12/31 نص هذا المرسوم في المواد الخمس الأولى منه على إمكانية وكيفية تقييد حالات الولادة و الزواج و الوفاة الواقعة داخل وخارج التراب الوطني خلال الفترة ما بين أول نوفمبر 1954 و خمسة جويلية 1962 .

ونصت المادة السابعة منه على أن السجلات المتضمنة وثائق الزواج والولادة والوفاة والمحررة من قبل الهيئات التابعة لجبهة التحرير الوطني وجيش التحرير الوطني في الجزائر وتونس والمغرب تخضع إلى تأشيرة و موافقة وكلاء الدولة لدى المحاكم الإبتدائية الكبرى

[1] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص .

بالجزائر وقسنطينة ووهران الذين يأمرون بتقييد وثائق الميلاد والزواج والوفاة التي تضمنتها السجلات المذكورة في سجلات الحالة المدنية لبلديات الجزائر الكبرى وقسنطينة 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 أن أحكام هذا المرسوم ستكون قابلة للتطبيق خلال مدة سنة إبتداءا من تاريخ دخولهم حيز التنفيذ .

وبذلك يبقى الإشكال مطروح بالنسبة لعقود الزواج المبرمة قبل صدور هذا المرسوم و التي فاتها ميعاد السنة .

قانون 63-224 المؤرخ في 29 جوان 1963 والمتعلق بتعيين الحد الأدنى لسن الزواج ووجوب تسجيل عقود الزواج خلال أجل محدد ، وكان هدفه هو القضاء على الزواج العرفي أو التقليل منه .

بحيث نص في المادة الخامسة منه :" لا يجوز لأحد أن يدعي بأنه زوج و أن يطالب بما يترتب على ذلك من آثار ، مالم يقدم زواج مسجل بسجلات الحالة المدنية " [1]

أما فيما يخص العقود غير المسجلة ، نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة على أنه :" يجب تسجيل عقود الزواج المبرمة قبل صدور هذا القانون خلال 3 سنوات " ، ثم مدد هذا الأجل إلى 03 سنوات أخرى بمقتضى الأمر المؤرخ في 1968/02/22 إلى غاية 31 ديسمبر 1969.

غير أن هذا النص لم يبين كيفية التسجيل ولا شروطه وبقيت المحاكم تطبق الإجراءات التي نص عليها قانون 57-777 المؤرخ في 1957/07/11 .

أهم ما يمكن قوله أن هذا القانون كان يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة قبل صدوره ، وبذلك فإنه يحل مشكلة العقود المبرمة بعد سنة 1962 وحتى تلك

[1] عبد العزيز سعد,نظام الحالة المدنية في الجزائر ,الطبعة الثانية ,دار هومة ,الجزائر ,ص26-27.

التي أبرمت بين الفترة الممتدة بين 1954/11/01 و 1962/07/05 وفاتها ميعاد السنة طبقا لما نص عليه المرسوم 62-126 .

لكن الإشكالية التي خلقها قانون 63-224 هي عدم إعترافه بالزواج الذي أبرم وفقا لتعاليم الشريعة الإسلامية ولم يسجل بسجلات الحالة المدنية وذلك بالنسبة للفترة ما بين صدوره إلى غاية صدور الأمر 69-72 .

ولما كانت المادة 223 من قانون الأسرة تنص على إلغاء جميع الأحكام المخالفة له ، فإن النتيجة هي أن المادة الأولى من القانون 63-224 تكون قد ألغيت إلغاءا ضمنيا ، أما غيرها من المواد الأخرى فإن الإلغاء لم يشملها لا ضمنيا ولا صراحة بأنها لا تخالف قانون الأسرة ، فنص المادة الخامسة مازال مطبق حيث لا يمكن لشخص أن يثبت أنه زوج بدون مستخرج عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية [1] .

كما أن الدكتور محمد محده و عبد العزيز سعد يذهبان إلى إمكانية معاقبة الزوجين وممثليهما الشرعيين وكل الأشخاص الذين يساهمون في إبرام عقد زواج لفتيان أو فتيات لم يبلغوا السن المحددة في القانون ، وما يزال بالإمكان إعتبار زواجهما باطلا أو قابلا لإبطال حسب الأحوال ، أو إعتباره زواجا صحيحا بعد البلوغ أو بعد حمل الزوجة ويمكن تسجيله هو نفسه كان قد أبرم خلال الفترة التي لم يبلغ الزوجان أو أحدهما فيها السن القانونية المحددة .[2]

الأمر 69-72 المؤرخ في 1969/09/16 قد تضمن هذا الأمر إستثناء لما نصت عليه المادة الخامسة من القانون 63-224 .

بحيث نص في المادة الأولى منه على : " إستثناء لما نصت عليه المادة الخامسة من القانون المذكور أعلاه ، ودون المساس بما قررته النصوص الجاري بها العمل ، فإن جميع عقود الزواج التي وقعت وفقا للشريعة الإسلامية قبل نشر الأمر الحالي ، والتي لم

[1] عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 29

[2] المرجع السابق ، ص 30

تقيد أو تسجل في سجلات الحالة المدنية ، يمكن تسجيلها بمجرد الإستظهار بحكم صادر عن رئيس المحكمة.

وحسب المادة الثانية من هذا الأمر فإن إجراءات تسجيل عقد الزواج المبرم قبل صدوره تكون بتوجيه طلب من المعني أو ممن له مصلحة في ذلك ، إلى رئيس المحكمة التي تم في دائرة إختصاصها إنعقاد الزواج على أن يتضمن الطلب الإعتراف قضائيا بالزواج إبتداءا من تاريخ عقده ، وبعد أن تقوم المحكمة بإجراء التحقيقات المناسبة تبث في الدعوى خلال 03 أشهر من تاريخ تقديم العريضة ، على أن الحكم الصادر غير قابل للطعن .

وطبقا للمادة الرابعة من الأمر فإن أثر الزواج يبدأ من تاريخ اليوم الذي إعترف فيه الحكم بأنه تاريخ عقد الزواج ، إلا أن مسالة تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية ظلت قائمة ولم تنته ، إما بسبب إهمال المواطنين وعدم الإهتمام بمصالحهم ، وإما بسبب إهمال المسؤولين وعدم إهتمامهم بالمصلحة العامة والنظام العام ، الأمر الذي حتم على السلطات المسؤولة أن تعيد النظر وذلك بعد إصدارها للأمر رقم 71-65 .

الأمر 71-65 المؤرخ في 1971/09/22 و المتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد مدون في سجلات الحالة المدنية ، وقد تضمن هذا الأمر تسعة مواد ، كما أنه ألغى ضمنيا الأمر 69-72[1] .

ونص في المادة الأولى منه على أن :" كل قران إنعقد قبل صدور هذا الأمر ونتج عنه أولاد ولم يكن موضوعا لأي إجراء ولا لأي عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية يمكن أن يقيد في سجلات الحالة المدنية "

وبينت المادة الثانية الإجراءات الواجب إتباعها حيث نصت على أنه :" يجوز لكل من يعنيه الأمر أن يوجه إلى رئيس المحكمة التي إنعقد القران في دائرة إختصاصها ، طلبا يرمي إلى جعل هذا القران معترفا به قضائيا ، وكذلك التاريخ الذي إنعقد فيه ".

ونفس الأمر نص على أنه إذا تعلق الأمر بقران بين الجزائريين أو بين الجزائريين و أجنبيات ليس لهم مسكن قار في الجزائر ، فإن الإختصاص بشأن الحكم بإثبات الزواج يعود

[1] عبد الله شناح ، الزواج العرفي,المرجع السابق,ص12.

إلى رئيس محكمة مدينة الجزائر ، وعلى المعني المقيم في بلد أجنبي إيداع طلبه لدى البعثات الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية التي يوجد المسكن في دائرة إختصاصها ، وفي هذه الحالة يقوم الأعوان الدبلوماسيين أو القنصوليين بإجراء تحقيق حول واقعة الزواج ، وإرسال الطلب مشفوعا برأيهم في خلال الشهر الموالي من إستلامهم للطلب إلى رئيس محكمة مدينة الجزائر .

والمحكمة التي يمكنها أن تأمر بجميع إجراءات التحقيق المفيدة تبث في القضية في ظرف الثلاثة أشهر الموالية ليوم تسليم الطلب ، والحكم الصادر غير قابل لأي طريق من طرق الطعن ، ثم ينسخ منطوق الحكم في سجلات الحالة المدنية التابعة لمكان الميلاد وفي سجلات القنصلية وذلك بطلب من وكيل الدولة [1].

وقد نص هذا الأمر على أنه يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود 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 .

الأمر 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية ، والذي دخل حيز التطبيق خلال شهر جويلية 1972 ، فألغى جميع القوانين المخالفة له التي كانت مطبقة قبله .

هذا الأمر عالج جميع عقود الحالة المدنية بشكل شامل ومنها عقود الزواج التي تمت عرفيا و التي سماها " بالعقود المغفلة " ونص عليها في القسم الأول من الفصل الثاني 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 .

---

[1]

[2] بداوي علي ، المرجع السابق ، ص 34 .

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

وقد نص الأمر 70-20 في المادة 39 منه على إمكانية تقييد كل عقود الزواج المبرمة بعد صدوره والتي لم تكن موضوع تسجيل أو تقييد في سجلات الحالة المدنية ، على أن التسجيل يتم بموجب أمر بسيط من رئيس المحكمة ، بناءا على طلب من وكيل الجمهورية ، إستنادا إلى طلب صاحب المصلحة و بالإعتماد على الوثائق و الإثباتات المادية .

هذا الأمر يطبق بأثر فوري و مستقبلي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة بعد دخوله حيز التطبيق .

و يمكن القول بأن المادة 39 من الأمر السابق ، أشمل مقارنة مع المادة الأولى من الأمر 71-65 إذ بأنها تضمنت تسجيل جميع حالات الزواج سواءا تلك التي نتج أو لم ينتج عنها أولاد .

بما أن الأمر 71-65 يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود الزواج العرفي المبرمة قبل صدوره ، وأن الأمر 70-20 يطبق بأثر فوري ومستقبلي بعد دخوله حيز التنفيذ في شهر جويلية 1972 ، فإننا نتساءل على كيفية تسوية وضعية العقود المبرمة بين الفترتين ؟

بالنسبة إلينا فإن تلك العقود تدخل ضمن العقود المغفلة و المنسية في مفهوم قانون الحالة المدنية ، وبذلك يمكن إخضاعها لأحكام المادة 39 من الأمر 70-20 .

قانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 ، والمتضمن قانون الأسرة وهو آخر النصوص التي عالجت عقود الزواج ، حيث نص في المادة 22 على إمكانية تسجيل عقود الزواج العرفية ، وفيما يتعلق بإجراءات التسجيل فقد أحال على المادة 21 منه في تطبيق أحكام قانون الحالة المدنية .

وبذلك فإن قانون الأسرة يطبق بأثر فوري و مستقبلي بالنسبة لجميع العقود المبرمة بعد دخوله حيز التطبيق على أساس أنه لم ينص على تطبيقه بأثر رجعي ، وبالمقابل فإن المادة 39 من الأمر 70-20 تبقى سارية التطبيق بشأن تقييد وإثبات عقود الزواج التي أبرمت في الفترة ما بين صدور قانون الحالة المدنية وتاريخ صدور قانون الأسرة .

والملاحظ مبدئيا أن كل من قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية تضمنا قواعد سبق وأن تضمنها الآخر ، ومنه تصبح النصوص والقواعد القانونية التي تضمنها الأول وشملها الثاني نصوص معدلة أو ملغاة ضمنيا بحيث تطبق قواعد قانون الحالة المدنية بشأن تحرير عقد الزواج وكيفية تسجيله أو تقييده في سجلات الحالة المدنية فيما لم يرد عليه نص مخالف في قانون الأسرة أو فيما يحيل عليه ، وتطبق نصوص قانون الأسرة فيما عدا ذلك من القواعد وأهم نقطة من نقاط التلاقي بين القانونين هي :

بيانات عقد الزواج تكون وفقا للمادتين 30-73 من قانون الحالة المدنية ويضاف إليها ما تضمنته المادة 15 من قانون الأسرة حيث جاء فيها وجوب تحديد مبلغ ونوع الصداق و إدراجه في وثيقة عقد الزواج سواءا كان معجلا أو مؤجلا ولكن عند تفحصنا لسجلات عقود الزواج ببلدية الجلفة لاحظنا بأنها مطبوعة وفق نموذج لا يسمح بإدراج مبلغ الصداق ضمن وثيقة عقد الزواج .

الخلاصة أن جميع النصوص القانونية التي تناولت عقود الزواج العرفية وعالجت كيفية تسجيلها وخاصة تلك التي صدرت بعد الاستقلال وإلى غاية صدور قانون الأسرة ، لم يستقر فيها المشرع حول الإجراءات الواجب إتباعها ، حيث نجده ينص في قانون على أن التسجيل يتم بموجب أمر ، وفي آخر يتم بموجب حكم . [1]

الما أن الزواج العربي يحتاج إلى إثبات ويكون ذلك عن طريق دعوة قضائية، ولكي يتم قبول هذه الدعوة يجب أن يتوفر مجموعة من الشروط وهذا ما سنتناوله بالدراسة كالتالي :

[1] بو بشير محمد أمقران المرجع السابق، ص 75.

ثانيا: ما يشترطه القانون حسب طبيعة بعض الأزواج

1-الأهلية

ونعني بالأهلية قدرة الشخص وصلاحيته لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات غير أن القانون استثنى فئة ناقصي الأهلية فلا يمكن لهم التقاضي بصفتهم الشخصية[1].

ونعني بأهلية التقاضي مدى قدرة الشخص المباشرة الإجراءات أمام القضاء، ويكون الشخص الطبيعي أهل للتقاضي وهذا ما جاءت به المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري باكتمال أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ، وأهلية التقاضي لا تختلف كثيرا عن أهلية الزواج، فإن انعدام أهلية التقاضي قد يترتب إبطال العمل القضائي فهي شرط لزوم المباشرة الدعوى وليست شرطا لوجودها، ففي حالة تخلف أهلية التقاضي يترتب عليه بطلان العمل القضائي لكونها من النظام العام مقررة لحماية القصر،[2] وقد أصاب المشرع حينما استبعد الأهلية من دائرة شروط قبول الدعوى وذلك لعدة أسباب نذكر منها أن الأهلية وضع غير مستقر قد يتوفر قيد الدعوى وقد تغيب أو تنقطع أثناء سيرا الخصومة.

ثانيا: الصفة

الصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي، كما يمكن أن يتدخل طرفا أثناء سير الخصومة لم يرد ذكره في عريضة افتتاح الدعوى، سواء بناءا على طلب من أحد أو كلا أطراف النزاع القائم أو كان ذلك بمحض إرادته لأجل تحقيق مصلحة[3] " والصفة لدى طرفي الخصومة تنقسم إلى :

أ - **الصفة لدى المدعي:** تعتبر الصفة لدى المدعي وهو رافع الدعوى فقد يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصيا بسبب عذر مشروع فيسمح

[1] بو بشير محمد أمقران المرجع السابق، ص 80.

[2] بو بشير محمد أمقران المرجع السابق، ص82.

[3] بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص47.

القانون لشخص آخر أن يمثله بوكالة خاصة حسب المادة 574 قانون مدني كان يحضر المحامي نيابة على المدعي، ثم يقوم القاضي من التأكد من صحة التمثيل ثم يتأكد من توفر عنصر الصفة .

ب – الصفة لدى المدعي عليه كما قلنا سابقا يجب أن تتوفر الصفة في المدعي يجب أيضا أن تتوفر الصفة في المدعى عليه أي لا تصح إلا إذا رفعت الدعوى من ذي صفة على ذي صفة وتشترط في صحة الدعوى أن ترفع ضد الشخص المعني بالخصومة، كدعوى زوجة ضد زوجها .

–ممن يجوز مقاضاتهم فلا تقبل دعوى ضد فاقد الأهلية[1].

والصفة في دعوى إثبات الزواج باعتبارها دعوى تقريرية تثبت للورثة تجميعهم وليس لأحدهم، لأن تأكيد وجود الحق لا يمكن أن يحدث أثاره إلا في مواجهة جميع أطراف الرابطة القانونية.[2]

كما يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه وهذا ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

ب: المصلحة

تعتبر المصلحة في دعوى إثبات الزواج العرفي شرط من شروط رفع دعوى، وترفع ممن له مصلحة في ذلك سواء من أحد الزوجين أو من ورثتهم، فهي حماية لحق اعتدي عليه أو اغتصب لشخص له مصلحة، ولقد نصت عليها المادة 13 من قانون إجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الأولى حيث أنه " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون."[4]

---

[1] بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 41–43

[2] عمر زودة، مقال دور النيابة في الدعاوي المدنية محلة فضائية، 1991، ص 276

[3] المادة 13، القانون رقم 08/09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

[4] عمر زودة، المرجع نفسه، ص 278

الفرع الثاني:الجهة المسند إليها إبرام عقد الزواج

تكون المحكمة مختصة إقليميا، حسب المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الثانية من هذه المادة ويكون إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعي عليه أي عند رفع دعوى ترفع أمام المحكمة التي في دائرة اختصاصها في موطن المدعى عليه[1].

الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى سواء كانت أمام المحكمة أو المجلس.

- اسم ولقب المدعى وموطنه اسم من يمثله وصفته ووظيفته وموطنه.
- اسم ولقب وموطن المدعى عليه فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له.[2]
- ذكر وقائع الدعوى وطلبات المدعى وتوقيعه أو توقيع وكيله مع ذكر تاريخ تقديم العريضة وهو تاريخ إيداعها في كتابة القيد وقيدها.

ثم يقوم كاتب الضبط بتقييد العريضة حالا في سجل خاص حسب الترتيب الوارد مع بيان أسماء الأطراف، من القضية، تاريخ الجلسة، ويقدم الأطراف وصل دفع مصاريف الدعوى.

ثم يقوم المدعي بتبليغ المدعى عليه عن طريق المحضر القضائي بواسطة التكليف بالحضور طبقا للمادة 19 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، غير أن في مثل هذه الدعاوي لا تكون محددة بمدة زمنية بل تبقى مفتوحة رقم الأجل ليقوم الزوجين أو أصحاب المصلحة من تثبيت العلاقة الزوجية وهذا حتى لا تضيع حقوق الطرفين بوفاة أحدهما أو كلاهما[3].

غير أن القانون حدد شروط لمن يرغب أن يتوجه إلى القضاء بدعوى معينة أن يتمتع بمجموعة من الشروط وهي محددة قانونا ولا يمكن قبول أي دعوى بدون هذه الشروط التالية:

---

[1] المادة 426 القانون رقم 08/09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 لسنة 48 2008

[2] المادة 15، القانون رقم 08/09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] بو بشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، طبعة 2008 ، ص 77،76.

الفرع الثالث:الإجراءات المتبعة بعد العقد

أولا:تسجيل العقد أما ضباط الحالة المدنية

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

وقد جاء في المادة 22 فقرتها الثانية من قانون الأسرة أنه: " في حالة عدم التسجيل يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية."

حيث ترفع دعوى إثبات عقد الزواج التي لاتختلف 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 70-20 لم يحدد صراحة الإجراءات الواجب إتباعها 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 إلى الفروع. وهي دعوى تقريرية يطلب فها المدعي تقرير وجود حق أو مركز قانوني دون إلزام الخصم بأداء معين[1].

-دور النيابة في إثبات الزواج العرفي:

إذ أن الإدعاء يدخل من صميم أعمال النيابة إذ لها الحرية التامة في إبداء طلباتها و لها الحق في رفع أي دعوى متعلقة بالأسرة إذا ما رأت أن فيه انتهاكا للقانون و للمصلحة العامة.

[1] بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص50.

إذ تتولى النيابة العامة في مسائل الأسرة رفع الدعوى المرتبطة بالمصلحة العامة أو مصلحة المجتمع في الحدود التي وضعها القانون، فالنيابة العامة هي الهيئة التي تمارس الدعوى باسم المجتمع أو للمصلحة العامة، وقد جعلها المشرع الجزائري سلطة الإدعاء للحفاظ على حسن تطبيق القوانين و الدفاع عن المجتمع و حقوقه، إذ بالإضافة إلى دورها الهام في المجال الجزائي منح لها المشرع في مسائل الأسرة مركزا أصليا في تلك القضايا (المادة 3 مكرر من قانون الأسرة) كطرف أصلي بصفة مدعى أو مدعى عليه أو متدخل أو مدخلا وتكون لها في هذه الحالة جميع الحقوق و الضمانات التي أقرها المشرع لسائر الخصوم فالقضايا التي تتولى النيابة العامة الدفاع عنها هي التي تمس بالنظام العام و الأحوال التي عينها القانون بتطبيق القانون كالحفاظ على مصالح القصر و عديمي الأهلية.

ثانيا تسجيل الزواج العرفي أمام الموثق

قد نصت المادة 18 من قانون الأسرة على أن:"عقد الزواج يتم أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا"، دون أن تذكر صراحة ضابط الحالة المدنية الذي ورد ذكره مع الموثق في المادة 71 من قانون الحالة المدنية.

بالرجوع إلى المادة 18 من قانون الأسرة والمادة 71 من قانون الحالة المدنية نجد بأن المشرع قد أسند مهمة القيام بإجراءات تحرير وثيقة عقد الزواج المبرمة داخل الوطن والمتعلقة بزواج المواطنين الجزائريين لشخصين دون غيرهما وهما ضابط الحالة المدنية والموثق الذي يوجد بدائرة اختصاصه مسكن الخطيبين أو أحدهما أو الذي يوجد بدائرة اختصاصه محل إقامة أحدهما[1].

أما إذا تعلق الأمر بعقد زواج الأجانب فإن 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[2].

[1] بو بشير محند أمقران، المرجع السابق ,ص166.

[2] =https://www.startimes.com/?t2023/04/24.

المطلب الثاني:إجراءات تسجيل الزواج العرفي

إن تنظيم الأسرة خاصة في نواتها الأولى المتعلقة بالزواج من الاهتمامات الأولى ذات الصلة بالمجتمع، وفي هذا النطاق يأتي تسجيل عقد الزواج كإجراء إداري تعرفه كثير من التشريعات، ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بعقد الزواج، لكنها لم توجب تحريره بالمفهوم الشكلي أمام الجهة المختصة، والأصل في عقود الزواج أن تبرم أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو موظف القنصلية، بحيث يذكر فيه كل الشروط التي يشترطها أحد الزوجين، وبذلك يرسل إلى البلدية ليسجل في السجلات الرسمية، وفي كل الحالات يجب حضور الزوجين شخصيا وولي الزوجة.... ولا يترتب عليه أي إشكال ،لهما، ولكن هناك من لا يسجل زواجه أمام الجهات المذكورة آنفا مكتفيا بالزواج الذي تم أمام الجماعة، وهي العقود التي سماها المشرع بعقود الزواج العرفية، لذا سنتناول في هذا المبحث إجراءات تسجيل الزواج العرفي وتقسيمه إلى مطلبين، في حالة عدم وجود نزاع .

الفرع الاول: إجراءات تسجيل الزواج العرفي المبرم في حالة عدم وجود نزاع داخل التراب وطني.

الزواج العرفي هو الزواج الذي تتم فيه جميع الأركان والشروط وفقا للمادة 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة، إلا أنه ينقصه عنصر التسجيل، ولإتمام هذا العنصر يستوجب إثبات الزواج وذلك بإتباع إجراءات تسجيل الزواج العرفي، لذا سنتناول في هذا المطلب إجراءات تسجيل الزواج العرفي في شكلين وهما إجراءات تسجيل الزواج العرفي المبرم في حالة عدم وجود نزاع داخل التراب الوطني (فرع) أول)، ثم إجراءات تسجيل الزواج العرفي المبرم في حالة عدم وجود نزاع خارج التراب الوطني فرع ثان.

إذا تم إبرام زواج لم يسجل بسجلات الحالة المدنية ضمن الآجال القانونية، ولم يكن موضوع نزاع سواء بين الزوجين أو ممن له مصلحة في ذلك، ففي هذه الحالة يمكن تثبيته وبالنتيجة تسجيله بسجلات الحالة المدنية، ويتم هذا بإتباع مجموعة من الإجراءات.

أولا: تقديم طلب

يقوم أحد الزوجين بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة باعتبارها الجهة القضائية المختصة بنظر طلبات تثبيت الزواج، وهذا ما أكدته المادة 39 من قانون الحالة المدنية [1]، ويتم هذا الطلب عن طريق تقديم عريضة بدون مصاريف، ويكون طلبه مكتوبا على ورقة عادية متضمن لجميع البيانات والوثائق والإثباتات المادية والتي تتمثل في :

- شهادة ميلاد الزوجين.
- شهادة عدم تسجيل الزواج بالحالة المدنية.
- شهادة عزوبة بالنسبة للزوجين.
- شهادة طبية بحمل أو عدم حمل الزوجة.
- نسخة من بطاقتي تعريف الزوجين.

ويقوم رئيس المحكمة بتوجيه هذا الطلب إلى وكيل الجمهورية، ويقوم هذا الأخير باستدعاء الأطراف، وسماع الشهود والتأكد من صحة الوثائق.

يقوم السيد وكيل الجمهورية بإحالة الطلب مرفقا بعريضة إلى القاضي المكلف بالحالة المدنية يلتمس فيها استصدار أمر بتسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية[2].

ثانيا: إجراء تحقيق حول واقعة الزواج العرفي

إجراء التحقيق من طرف القاضي: يقوم القاضي باعتباره الشخص المكلف بالتحقيق ويتم ذلك عن طريق سماع الزوجين والتأكد من توافر جميع أركان وشروط الزواج، وسماع الشهود والولي .

ثالثا: إصدار أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية

يقوم القاضي بإصدار أمر بتسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية، ويجب حفظ النسخة الأصلية من الأمر بأمانة ضبط المحكمة، وترسل نسخة إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية التي أبرم في إقليمها عقد الزواج العرفي، ويقوم كذلك بالتأشير على هامش عقدي ميلاد الزوجين في سجلات الميلاد، ويرسل نسخة من الإشعار بالزواج إلى أمين الضبط

[1] المادة 39 من قانون الحالة المدنية، مرجع سابق .

[2] نقلا عن عبد العزيز سعد الزواج والطلاق، الطبعة الثانية، دار البعث، قسنطينة 1989، ص 53

المكلف بالحالة المدنية لدى المجلس القضائي، أين تحفظ النسخة الثانية من سجل المواليد للتأشير على عقد الميلاد .

إلا أن الأمر الصادر بتسجيل الزواج أمرا ولائيا غير قابل للطعن فيه لا بالمعارضة ولا بالاستئناف، ولكنه قابل للمراجعة أمام نفس القاضي إذا وقع فيه خطأ[1].

الفرع الثاني: إجراءات تسجيل الزواج العرفي المبرم في حالة عدم وجود نزاع خارج التراب الوطني توجد بعض حالات عقود أبرمت خارج التراب الوطني بين جزائريين أو بين جزائريين وأجانب، إلا أن هذه العقود لم يتم تسجيلها لدى الجهات الرسمية، ولإثبات وتسجيل هذه العقود تستلزم مجموعة من الإجراءات الواجب اتخاذها نتناول الجهة المختصة قضائيا (أولا)، ثم الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي (ثانيا .(

أولا الجهة القضائية المختصة

الجهة القضائية المختصة في نظر طلبات إثبات عقود الزواج هو رئيس محكمة مدينة الجزائر، حيث نصت المادة 99 من قانون الحالة المدنية 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 محكمة مدينة الجزائر يقضي بتسجيله في سجلات القنصلية[2].

ثانيا: الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي

تتمثل الإجراءات المتبعة في تسجيل عقد الزواج العرفي فيما ما يلي :

1 -تقديم طلب تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا أو ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية لدى محكمة الجزائر العاصمة ، مرفوقا ببعض الوثائق من بينها:

- شهادتي ميلاد الزوجين .
- شهادة شاهدين بالغين ممن حضر مجلس العقد[3].

[1] مريم غماري، مرجع سابق، ص ص 65-66

[2] المادة 99 من قانون الحالة المدنية، مرجع سابق.

[3] مريم غماري، مرجع سابق، ص 66.

ثم يأتي دور وكيل الجمهورية، إذ يقوم هذا الأخير بإعداد عريضة يقدمها إلى رئيس نفس المحكمة .2- **إجراء التحقيق وإصدار أمر بالتسجيل** : يقوم رئيس المحكمة بإجراء التحقيقات اللازمة حول واقعة الزواج، ويتم ذلك عن طريق سماع الزوجين والتأكد من توفر جميع أركان وشروط الزواج، وسماع الشهود والولي وبعدها يقرر رئيس المحكمة، إصدار أمر بتسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية للقنصلية أو السفارة الجزائرية، كما يقوم وكيل الجمهورية بنفس المحكمة إرسال نسخة من الأمر إلى وزارة الشؤون الخارجية، وهذا ما أكدته المادة 60 من قانون الحالة المدنية والتي نصت إذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامشه البيان قد حرر أو سجل في الخارج فإن ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد الواجب قيده يقوم بإشعار وزير الشؤون الخارجية خلال ثلاثة أيام[1].

الفرع الثالث : إجراءات تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه

وهي الحالة التي يدعي فيها أحد الزوجين أو من لهم مصلحة شرعية وقانونية بقيام علاقة زوجية شرعية وقانونية، لكن الطرف الثاني يذكر ويزعم نفسه ويطعن في صحته، فما هو السبيل الذي يتخذه صاحب المصلحة لإثبات ما يدعيه، بمعنى آخر ما هي الإجراءات المتبعة لإثبات ما يدعيه؟

سنتطرق للجهة القضائية المختصة (أولا)، ثم نرجئ الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي (ثانيا .(

أولا: الجهة القضائية المختصة

بالرجوع إلى قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية فإن الزواج عبارة عن واقعة مادية وفي حالة إنكارها من أحد الطرفين فما على الطرف الآخر إلا رفع دعوى لإثبات عقد الزواج بكل طرق الإثبات أمام قسم شؤون الأسرة لدى المحكمة المنعقدة في دائرة اختصاصها عقد الزواج العرفي [2].

ثانيا: الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي نتناول الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي والتي تتمثل في:

[1] مريم غماري، مرجع سابق، ص 66.

[2] نقلا عن عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 369 .

1 **رفع دعوى :** يرفع طلب إثبات عقد الزواج العرفي في حالة وجود نزاع على شكل عريضة أمام قسم شؤون الأسرة طبقا للقواعد المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث ترفع الدعوى من قبل أحد الزوجين ضد الآخر المنكر للزواج أو من ورثة أحدهما ضد الآخر، أو ممن له مصلحة ضد وكيل الجمهورية باعتباره طرفا أصليا في جميع الدعاوى التي تتعلق بشؤون الأسرة[1].

2 **إجراء تحقيق حول واقعة الزواج العرفي:** تقدم عريضة مرفقة بأدلة كافية لإثبات الزواج المتنازع حول وجوده إلى كتابة ضبط قسم الأحوال الشخصية، إذ يتم تسجيل العريضة في السجل العام للقضايا، يقوم القاضي بالتحقيق بمساعدة أمين الضبط فيتأكد أولا من هوية الخصوم وولي الزوجة والشهود من خلال بطاقة التعريف لكل واحد منهم.

كما يتم سماع كل واحد على حدى عن مدى توافر جميع الأركان وشروط الزواج، ويتم كذلك سماع الشهود كل واحد على حدى بعد التأكد من هوية الشاهد كاملة وبعد تأديته اليمين القانونية على محضر يدون فيه الهوية الكاملة للشاهد من اسم ولقب ومهنة وسن والموطن ودرجة قرابته بالخصوم، وبعد ذلك يتحقق عن ما إذا حضر مجلس عقد الزواج وحفل الزفاف، ومن تولى العقد كولي الزوجة، وعن حضور أشخاص آخرين مجلس العقد والتاريخ الذي تم فيه الزواج العرفي، وبعدها يقوم القاضي بطلب الأطراف أن يقدموا إضافات أخرى إن وجدت، وفي حالة إذا لم يقدموا الأطراف معلومات إضافية أخرى يقوم القاضي بتحديد جلسة للنظر في الدعوى والهدف من ذلك تقدير أدلة الإثبات المقدمة، كما يقوم القاضي بعرض الملف على النيابة لإبداء طلباتها.

الحكم القاضي بإثبات عقد الزواج العرفي بعد تأكد القاضي من توفر جميع الأركان وشروط عقد الزواج المقررة في المواد 09 و09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري والتأكد من جميع الإثباتات المادية التي ذكرناها سابقا، يصدر القاضي حكم بإثبات عقد الزواج العرفي ويجب أن يتضمن الحكم الصادر ألقاب وأسماء ومهنة وسن وموطن كل من الزوجين

[1] أنظر الملحق رقم 01 ص 65 .

بالإضافة إلى تحرير ألقاب وأسماء وسن ومهنة وموطن الشهود ودرجة قرابتهم مع الخصوم وكيفية أداء اليمين مع الإشارة إلى مضمون الشهادة وتحديد حضور الولي ومكان وزمان إنعقاد العقد، مع أمر ضابط الحالة المدنية للبلدية الواقع في دائرتها عقد الزواج بتسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية [1]، التأشير به على هامش عقدي ميلاد كل من الطرفين وفي حالة عدم تحرير هذه البيانات في الحكم القاضي بإثبات عقد الزواج لكونه عرضة للإلغاء[2].

مع إلا أن الحكم المثبت لواقعة الزواج العرفي ليست له حجية الشيء المقضي فيه حسب مفهوم المادة 338 من القانون المدني، باعتبار إثبات واقعة الزواج لها حجية مؤقتة يمكن إثباتها متى توافرت الأدلة الكافية.[3]

المبحث الثاني: آثار القانونية المترتبة عن الزواج العرفي

إذا كانت القاعدة العامة في العقود هي أن العقد هو شريعة المتعاقدين و أنه لهما باشتراط ما شاءا من الشروط وتغيير اتفاقهما متى شاءا، 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 ان تتعرض لعوامل الفساد بما يشترط العاقدان من شروط قد تكون منافية لمقاصد الشريعة و مرماه من ذلك العقد المقدس. وعليه فإن إي شرط يشترطه العاقدان لا يرتب أثاره للشارع يقره ولا ينافي مقاصده .

ويذهب 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.

---

[1] العربي بلحاج، مبادئ الاجتهاد القضائي، وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984. ص29.

[2] أنظر الملحق رقم 02

[3] المادة 338 من القانون المدني، مرجع سابق.

سنتناول في هذا المبحث الآثار التي يرتبها عقد الزواج العرفي بوصفه واقعة مادية وقانونية معترف بها فيما يلي.

المطلب الأول: أثار القانونية بالنسبة للزوجين

إن من الأهداف الأساسية لعقد الزواج صيانة الزوجين وإحسانهما، والتناسل أثارا 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: الحقوق المشتركة بين الزوجين

.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 وواجبات الحياة المشتركة.

2 – المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام و المودة والرحمة.

3 – التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

4 – التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات5 ..

5 – حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه و احترامهم و زياراتهم .

6 – المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين بالحسنى و المعروف.

7 – زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه و استضافتهم بالمعروف .«

[2] أنظر كذلك عبد العزيز سعد الزواج والطلاق 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 واستمتاع كل منهما بالآخر في إطار ما إذن به الشرع و في ذلك إحصان للزوجين وعصمة لهما من ارتكاب الزنا المحرم شرعا و قانونا.

-التوارث بين الزوجين، فمن توفي منهما حقيقة أو حكما ورثه الزوج الآخر لقوله تعالى : « لَكُمْ نِصفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الربعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصين بها أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرَّبْعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْن [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 وفروعه.

الفرع الثاني:واجبات الزوج

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

أ -طاعة الزوج و مراعاته رئيس العائلة،

ب - إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم،

ت - 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 22/11/1986 قررت إن كل زواج عرفي يعتبر صحيحا متى توافرت أركانه

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج 1 ، 2002 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون 161

حتى و لو كان غير مسجل بالحالة المدنية و تترتب عليه كافة آثار عقد الزواج وكافة 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 أثار الزواج العرفي تثبت من حيث انه واقعة مادية من يوم قيام العقد صحيحا، 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 مستحقا من يوم الدخول، غير انه و في حالة امتناع الزوج عن أداء النفقة لزوجته، وتقدمت إلى العدالة للمطالبة بحقها فان عليها أولا إن تثبت العلاقة الزوجية القائمة بينها و بين المدعي عليه، وإلا فان دعواها لا تقبل لانعدام صفتها، و الصفة من النظام العام. فحتى ولو أقر الزوج بعقد الزواج العرفي و اعترض على طلب النفقة فان المحكمة لا تحكم لها بالنفقة حتى ولو أنها فعلا لم تتحصل عليها ، وهذا ما نصت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 07/02/1987: طالما لو تثبت الزوجة العلاقة الزوجية فإنها تبقى بدون صفة ومطالبتها بحقوقها المالية تكون غير مؤسسة إذا طالبت بإثبات علاقة الزوجية والنفقة وفشلت في إثبات عقد زواجها».[2]

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 التامين.

[1] بداوي على مقال عقود الزواج العرفية، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، العدد 02 ، ص 39

[2] قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 07/02/1987 ، المجلة القضائية ، 1990 ، العدد 03 ، ص 65.

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 أنه 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 فتتقدم 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، ومثال 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 فلابد أولا من إثبات علاقة الزوجية و إثبات عدم تسلمها له هذا ما جاء في القضية رقم 902/54 والتي 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 و يطمس أثارها و كل من شانه 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 أنه 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 منهاو:

أ. التأكد من براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب.

ب.تهيئة الفرصة لتمكين الزوج من مراجعة زوجته.

ت.إعلان حزن الزوجة على زوجها المتوفي.

والعدة تعتبر كالأتي:

أ. إذا كانت الزوجة حامل، فعدتها وضع حملها.

ب. إذا كانت غير حامل و من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة قروء

ج. إذا لم تكن من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة أشهر.

د. إذا كانت الزوجة قد توفي عنها زوجها فعدتها أربعة أشهر وعشرة 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 أولا إن تتبع إجراءات التسجيل أمام قاضي الأحوال الشخصية ثم تثبت قيام الطلاق بينها و بين زوجها و نظرا لان 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 وواقعة 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 أولا لإثبات واقعة الزواج، ثم تنتظر صدور الحكم لاعتداد عدة المتوفى عنها زوجها وهذا ما يتطلب فترة زمنية طويلة قد لا تستطيع معها الزوجة إثبات واقعة الزواج وبذلك تفوت عليها بعض المنافع كإعادة الزواج مثلا.

الفرع الثالث :واجبات الزوجة

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

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 والكسوة والعلاج و السكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة و شروط وجوب النفقة نصت عليها المادة 74 من و هي الدخول بالزوجة و العقد الصحيح على المرأة و يضيف الفقهاء شرطا أخرا و هو صلاحية المرأة للمتعة .

الدخول بالزوجة :

ويرتب حق الزوجة على زوجها في النفقة بالخلوة الصحيحة سواء تمت المخالطة الجنسية أو لا، متى كان العجز يعود لضعف الرجل. [1]

[1] فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج 1 المؤسسة الوطنية للكتاب، 1989، ص 179

العقد الصحيح : أي أن يكون العقد كامل الأركان القانونية والشرعية وعليه فإن النفقة لا تستحق إذا كان العقد باطلا أو فاسدا.

صلاحية المرأة للمتعة : بأن لا تكون صغيرة، و إن كان هذا الشرط لا يمكن 19 سنة إثارته إذ أن قانون الأسرة نص على سن الزواج بالنسبة للمرأة هو وأن لا تكون مريضة مرضا يمنع الزوج من مخالطتها.

والنفقة تستحق من تاريخ عقد الزواج وهي خدمة يومية واجبة على الزوج ولا تسقط إلا بأحد الأسباب التالية :

-نشوز الزوج.

- الطلاق.

- موت الزوج.

وتجب النفقة في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية و في حدود طاقة الزوج.

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 التعد المتمثلة في خضوعه إلى أحد المبررات الشرعية كان تكون الزوجة مريضة أو أن لا تكون قادرة على الإنجاب لعقم أو مرض أو غيره، كما يجب إعلام الزوجة السابقة واللاحقة و حق الزوجة هو عدل الزوج بينها و بين باقي زوجاته في المبيت والنفقة و إن يسعى لمعاملتهم نفس المعاملة دون تمييز لان التمييز يؤدي إلى النفور بينهن[1] .

زيارة أهلها من المحارم و استضافتهم بالمعروف : مع مراعاة أن تكون هذه الزيارة في حدود ما يتطلبه العرف والعادة، فيجب أن يكون ذهابها إلى زيارة أهلها ومجيئهم لزيارتها بما يوافق عليه الزوج وبما يتوافق مع احتياجاته واحتياجات الأبناء، وفي هذه الزيارات تقوية الروابط العائلية والأسرية، وتقوية لصلة الرحم.

[1] فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ,المرجع السابق,ص20.

المطلب الثاني: أثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للأولاد

تطرق المشرع لحقوق الأولاد في قانون الأسرة حيث تناولت مادته تربية هؤولاء و وجوب رعايتهم من الناحية النفسية و العاطفية و نشأتهم بصفة 36 حق 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 وخلقا»، 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 رسميا، يبقى زواج مطابق للشريعة الإسلامية ولا بد أن ترتب النصوص السالفة الذكر أثارا تتعدى وضعية الزوجين لتمس الأبناء: إن حقوق الأبناء على الوالدين تؤدى 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:حق الولد في النفقة

من الحقوق التي أثبتتها الشريعة الإسلامية للأولاد على الأباء النفقة التي تدخل في إطار نفقة الأقارب فالأولاد يستفيدون من نفقة الأب ذكورا كانوا أو إناثا إلى حين بلوغهم سن الرشد القانوني أي مرحلة الاعتماد على النفس غير أنه لا تسقط في كل الأحوال نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها فالنفقة تبقى مستمرة حتى تتزوج وحينئذ تسقط عن الأب النفقة المفروضة لها لأن نفقتها تجب على زوجها بمجرد البناء و كذا إذا دعته للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها أما إذا كانوا الأولاد يطلبون العلم في إحدى المدارس أو الكليات فإن نفقته تجب دائما على الأب إلى أن ينهوا دراستهم خصوصا إذا أبانوا عن رغبة ونشاط ونتيجة في الدراسة الأمر الذي دفع بالمشرع إلى تحديد مدة انتهاء النفقة في سن الخامسة والعشرين في مدونة الأسرة عوض إحدى وعشرين سنة في مدونة الأحوال الشخصية فالرفع من هذه المدة ليسمح للطالب النجيب بإكمال دراسته في ظروف ملائمة.

وتبقى نفقة الأولاد واجبة على الأب ما عدا إذا عجز كليا أو جزئيا عن الإنفاق وفي هذه الحالة

أولا : تعريفها

النفقة لغة الإخراج والذهاب يقال نفقت الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع والهلاك، كما تطلق على معنى الصرف يقال أنفق ماله أي صرفه " وفي الاصطلاح" فهي إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه النفقة من خبر وكسوة وما يتبع ذلك من ثمن ماء ودهن ومصباح ونحو ذلك وحكمها التي توصف [1]به وهو الوجوب فتقول النفقة واجبة على الزوج أو الأب أو السيدة فالنفقة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع فنجد أولا بالكتاب هناك آيات عديدة في هذا الإطار من بينها قوله تعالى " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم " أما بالنسبة للسنة النبوية فهناك أحاديث كثيرة في هذا الموضوع منها ما يلي قوله صلى الله عليه وسلم وهو يخاطب المسلمين في حجة الوداع" اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن فكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف "أما دليل وجوبها بالإجماع فقد أجمع الأئمة باختلاف مذاهبهم ومنذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على وجوب النفقة على الزوج لزوجته ولم يخالف ذلك أحد أما بالنسبة لوجوبها القانوني فقد نظم المشرع المغربي النفقة الزوجية باعتبارها التزاما يثقل كاهل الزوج وذلك في المواد من 194 حتى 196 من مدونة الأسرة.

ثانيا:شروط النفقة على الأولاد

واجبة على الأب ما عدا إذا عجز كليا أو جزئيا عن الإنفاق وفي هذه الحالة وجبت النفقة على الأم إذا كانت مسيورة بمقدارها عجز عنه الأب ويتضح أن مساهمة الأم الميسورة في النفقة جاءت على سبيل الاحتياط فقط حيث اشترط المشرع أن تكون ميسورة ومفهوم الشرط أنه إذا لم تكن الأم ميسورة فهي غير ملزمة بالإنفاق عليهم ويتجلى أيضا أن وجود الأولاد

[1]. جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في ميزان الإسالم، الطبعة ألاولى، دار الكتب العلمية ، لبنان، 2004.

هو الذي يبرر هذه المساهمة لأنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الواجبة عليه ويستمر إنفاق الأب على الأولاد المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب.

ويحكم بنفقة الأولاد من تاريخ التوقف عن الأداء طبقا لما تقتضي به المادة 200 من مدونة الأسرة وكل توقف ممن تجب عليه النفقة على الأولاد لمدة أقصاها شهر عن الأداء دون عذر مقبول تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة[1].

أما حق الطفل في السكن وبما أن في الأصل أن المحضون يسكن مع والديه لكن المشكل يطرح عند انحلال ميثاق الزوجية بسبب الطلاق أو التطليق حيث يحدد القاضي مبلغ النفقة والحضانة وكذا السكنى لكن المشرع إعتبر تكاليف سكن المحضون منفصلة من حيث تقديرها عن بقية التكاليف وعلى هذا الأساس فإنه ملزم بأن تحدده المحكمة " لأولاد " محلا لسكناهم وأن يؤدي المبلغ الذي تحدده المحكمة حيث تقدره حسب يسر أو عسر الأب

ثالثا:مشتملات وتقدير النفقة

تشمل النفقة حسب مقتضيات المادة 189 من مدونة الأسرة الغداء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد مع مراعاة أحكام المادة 168 من نفس المدونة وحسب المشرع دائما يراعي في تقدير النفقة الواجبة على الزوج التوسط ودخل الملزم بالنفقة وحال مستحقها ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تعرض فيه تلك النفقة.

ويظهر من هذا المقتضى أن تقرير النفقة مما يندرج ضمن السلطة التقديرية لمحكمة الأسرة، وان العناصر المشار إليها في المادة 189 إنما هي توجيهات وهي أساسا إلى توحيد كيفية إعمال تلك السلطة من جانب القضاء ومن ثمة يجب أن تحتل مكانا في التعليل.

ومما يجب أخذه بعين الاعتبار كذلك إعمالا لتلك السلطة وما قررته المادة 19 من مدونة الأسرة التي تقضي بما يلي:

[1] https://maraje3.com.2023/04/24

تعتمد المحكمة في تقدير النفقة على تصريحات الطرفين وحججهما استنادا إلى أحكام المادتين 85 و 189 أعلاه ولها أن تستعين بالخبراء في ذلك " ويتعين البث في القضايا المتعلقة بالنفقة خلال شهر. "

تعتمد المحكمة في تقدير النفقة على تصريحات الطرفين وحجمها مراعية أحكام المادتين 85 و 189 أعلاه ولها أن تستعين بالخبراء ويتعين البث في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد، وتعمل المحكمة على إصدار حكم يقيد في تقدير النفقة تقديرا منصفا تراعي فيه مداخيل الملزم ولكي يتأتى لها ذلك لابد من الإعتماد على جميع الوسائل الإثباتية التي تبين مداخيل الملزم بالنفقة ولها في ذلك أن تستند على أية وثيقة تساعد في الوقوف على المداخيل الحقيقية.

إضافة إلى تصريحات الطرفين ، أي الملزم بالنفقة والمستفيد منها خصوصا الزوجة في حالة انحلال ميثاق الزوجية.

الفرع الثاني: الحق في النسب:

إذا كان نسب الولد لامه ثابت بسبب الحمل المرئي والولادة وذلك بقطع النظر عن كونه ولدا شرعيا أو ولد زنا، فان نسبه إلى والده ليس دائما سهلا، والشريعة الإسلامية حصرت طرق إثبات النسب في الزواج الصحيح، الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة أو الإقرار أو البيئة، و هذا ما أخذه المشرع الجزائري حيث نص في المادة 40 من قانون الأسرة :« يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيئة وبنكاح الشبهة وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و 33 و 34 من هذا القانون»، وقبل التطرق إلى هذه الطرق الرسمية لا بد من التعريج 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 قرباه 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 .

أولا :تعريف النسب

يقول ابن منظور " :النسب: نسب القرابات، وهو واحد الأنساب، ابن سيده: النِّسبة والنُّسبة والنسب: القرابة، وقيل: هو في الآباء خاصة، وقيل: النِّسبة مصدر الانتساب، والنُّسبة: الاسم، التهذيب: النسب يكون بالآباء، ويكون إلى البلاد، ويكون في الصناعة، وانتسب واستنسب: ذكر نسبه، أبو زيد: يقال للرجل إذا سُئل عن نسبه: [1]استنسب لنا؛ أي: انتسب لنا حتى نعرفك، ونسبه ينسُبه وينسِبه نَسَبًا: عزاه، ونسبه: سأله أن ينتسب، ونسبت فلانًا إلى أبيه أنسِبه وأنسُبه نسبًا: إذا رفعت في نسبه إلى جَدِّهِ الأكبر، الجوهري: نسبت الرجل أنسُبه، بالضم، نسبة ونسبًا: إذا ذكرت نسبه، وانتسب إلى أبيه: أي: اعتزى"

وجملة المعاني اللغوية التي أوردها صاحب اللسان هي كالتالي:

-1النسب بمعنى القرابة.

-2النسب يكون بالآباء خاصة.

-3النسب يكون إلى البلدان.

-4النسب يكون في الصناعة.

-5النسب بمعنى العَزْو.

ويقول ابن فارس: "النون والسين والباء كلمة واحدة قياسها اتصال شيء بشيء، ومنه النسب، سُمِّيَ لاتصاله وللاتصال به، تقول: نسبت أنسب، وهو نسيب فلان، ومنه النسيب في الشعر إلى المرأة، كأنه ذِكْرٌ يتصل بها، ولا يكون إلا في النساء، تقول منه: نسبت أنسب، والنسيب: الطريق [المستقيم]؛ لاتصال بعضه من بعض"

وعلى هذا؛ فالمعنى اللغوي الذي أضافه ابن فارس رحمة الله عليه هو:

[1] لسان العرب، لابن منظور الإفريقي، مادة: نسب، دار صادر – بيروت، الطبعة الثالثة، 1414هـ،ص120.

-1النسب بمعنى الاتصال؛ أي: اتصال شيء بشيء؛ سواء فيما بين الأقارب، أو في الشعر الذي يتشبب الشاعر فيه بالمرأة، أو في اتصال الطريق المستقيم الذي يتصل بعضه ببعض.

ب:النسب في الاصطلاح

عند الرجوع إلى المصنفات الفقهية على المذاهب الأربعة لا نجد ذكرًا لمصطلح (النَّسب)؛ حيث لا يوجد تعريف شرعي جامع مانع للنسب، بل يُكتفَى في ذلك بإيراد تعريفات عامة أقرب إلى التعريف اللغوي منها إلى التعريف الاصطلاحي، ترتكز بالأساس على أن النسب هو مطلق القرابة بين شخصين، كما هو صنيع المطرزي صاحب "المغرب في ترتيب المعرب"، وأول تعريف تقريبًا للنسب هو تعريف ابن العربي رحمه الله في أحكام القرآن عند معرض تفسيره لقوله تعالى :﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴾] الفرقان: 54]؛ قال" :فيها مسألتان: المسألة الأولى: في النسب: وهو عبارةٌ عن مرج الماء بين الذكر والأنثى على وجه الشرع، فإن كان بمعصية كان خَلْقًا مطلقًا، ولم يكن نسبًا محقَّقًا؛ ولذلك لم يدخل تحت قول :﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾] النساء: 23] بنتُهُ من الزنا؛ لأنها ليست ببنتٍ في أصح القولين لعلمائنا"

ومن خلال تعريف ابن العربي يظهر لنا مصطلح النسب الذي يفيد صحة ثبوت النسب لشخص ما أو عدم ثبوته له.

والظاهر أنه حتى المعاجم الفقهية المعاصرة لم تُحْكِمْ هذا المصطلح؛ كما هو الحال في المعجم الفقهي لسعدي أبو جيب؛ حيث قال: "عمود النسب عند الفقهاء: هو الآباء والأمهات، وإن علَوا، والأولاد وإن سفلوا.

أما الموسوعة الفقهية الكويتية، فقد سارت على نهج مَن لم يحدِّد ولم يُحْكِمِ التعريف الشرعي للنسب، بل اكتفت بإيراد بعض التعريفات اللغوية على غرار صنيع المطرزي.

وقد عرَّفه الدليل العملي لمدونة الأسرة على الشكل التالي:

"النسب هو :رابطة شرعية تربط الفروع بالأصول، في إطار الضوابط والقواعد الشرعية المبنية على القرابة بين إنسانين في ولادة قريبة أو بعيدة، ويُنسَب الولد فيها لوالده؛ سواء ترتب عن زواج صحيح، أو فاسد، أو شبهة.[1]"

كما أن مدونة الأسرة عرفته في المادة (150) منها بأنه: "لُحْمَةٌ شرعية بين الأب وولده، تنتقل من السلف إلى الخلف[2]."

ثانيا :طرق أثبات النسب

1 -إثبات النسب بالزواج الصحيح :

إن الولد يمكن أن ينسب إلى والده من الزواج الصحيح متى كان الزواج شرعيا 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 والسلام: « الولد للفراش و للعاهر الحجر»، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها الذي جاء فيه: « من المقرر شرعا أن النسب يثبت بالفراش الصحيح ومن ثم فان القضاء بإثبات النسب حال قيام الزوجية ودون تطبيق قواعد اللعان في المدة المحددة شرعا بعد قضاءا صحيحا .«

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

كما أنه قد يحدث أن يكون هناك زواجا عرفيا 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

[1] المعجم الفقهي، سعدي أبو جيب، دار الفكر، دمشق – سورية، الطبعة الثانية، 1408هـ – 1988م، ص: 351

[2] المادة (150),من قانون الاسرة.

أمام ضابط الحالة المدنية لأنه لم يولد في الفترة المحددة قانونا مما يؤدي بالزوجين إلى اللجوء لوكيل الجمهورية عن طريق تقديم طلب يلتمسان من خلاله الحكم بتصحيح تاريخ واقعة الزواج العرفي وتسجيله 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 ومعاقبتهم 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 ، وهذه القرينة قد لا يستفيد منها الطرف الذي يريد إثبات نسب الولد في حالة العجز عن إثبات الرابطة الزوجية الشرعية حتى وإن 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 ولا 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[1].

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.

[1] المعجم الفقهي، سعدي أبو جيب,المرجع السابق,ص356.

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 واخطوا في تطبيقها ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار.[1]

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

ومن 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 وإلحاق النسب للام أخطأوا في تطبيق القانون وخالفوا 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 أخر لا يثبت نسب الولد إلى أبيه إلا إذا جاءت به الزوجة لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ العقد أو إمكان الوطء ، ولأقل 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.

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 مسجل و يدخل بها

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 05/12/1984 ، المجلة القضائية ، 1990 ، العدد 01 ، من 83

[2] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 28/10/1997، المجلة القضائية ، 2001 ، العدد الخاص، ص 70

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 واتصاله بها وهذا ما ينطبق على الزواج العرفي باعتباره زواج شرعيا متى تم إثباته ، وهذا 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 الأحكام 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 وقد 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 يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد. أما المادة 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

[1] قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 23/11/1993، المجلة القضائية ، 2001 ، العدد الخاص ، ص 67.

المحرمات يفسخ قبل الدخول أو بعده، وجاء في قرار للمحكمة العليا : « المحصنة تحرم على الزوج الثاني و أن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده و يترتب عليه ثبوت النسب»[1]

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

وبالتالي 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 أثار الزواج 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»[4]

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

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 24/02/1986 ، غير منشور .

[2] العربي بلحاج، المرجع السابق ، ص 153

[3] قرار المحكمة العليا : غرفة الأحوال الشخصية، 25/06/1984. غير منشور 80

[4] محمد عزمي البكري الأحوال الشخصية، ج1، دار النشر محمود جمهورية مصر العربية، ص 150

ويلتقي هؤلاء الأولاد ويعقدون زواجهم وهم يجهلون وجه التحريم عندما يتبين فساد هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده لكن إذا ترتب عنه أبناء فانه يثبت به النسب 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 مع 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 فان الولد ينسب للزوج الثاني رغم احتمال كونه من الزوج الأول كان تكون قد انجبته 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، ومن المقرر قانونا أن اقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر ومتى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدتها و أن الحمل وضع بعد أربع أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش مع أن الزواج الثاني باطل شرعا ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و خرقوا 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

[1] قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 19/05/1998، العدد الخاص ، 2001 ، ص 73

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 والحاق نسب الأولاد لأبيهم يكون قضاء 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 خطا بسبب غلط يقع فيه الشخص، و هو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناءا على عقد زواج صحيح أو فاسد مثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشة فيظنها زوجته، ومثله أيضا وطء المطلقة طلاقا ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له.

فان أتت المرأة بولد ما بين ستة و عشرة أشهر من وقت الوطء ثبت نسبه من الواطئ لتأكد أن الحمل منه و إذا أتت 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 .

وإما موقف القانون فيتضح 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 قانونا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار و بنكاح الشبهة و من ثمة فان القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما 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]

[1] قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، 21/05/1991، المجلة القضائية، 1994، العدد 02، ص 56.

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 ظنا منه أنها المرأة التي ابرم العقد معها، وعليه فإن مثل هذا النكاح أن ترتب عنه ولد يثبت لأبيه .

خلاصة الفصل

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 وفقا 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 لقى استهجان من طرف الفقهاء المعاصرين فمنهم من ذهب إلى تحريمه ويؤثم فاعله بسبب ما ينجر عنه من أضرار تلحق بالزوجة والأبناء والمجتمع

رغم أن الزواج العرفي هو زواج شرعي ذلك أنه في زمن النبي عليه الصلاة والسلام والصحابة والتابعين وتابعي التابعين وحتى إلى وقت قريب لم يكن يوثق إلا انه نظرا الفساد الذمم وضياع الأخلاق بات توثيق الزواج من الأمور الضرورية نظرا للكثير من النزاعات التي حدثت عندما ينكر الزوج أنه متزوج عرفيا وبطبيعة الحال فالمتضرر هو المرأة ولاسيما إذا ما تم الدخول بها وحصل حمل.

لذلك تدخل المشرع الجزائري وألزم الزوجين على توثيق عقد الزواج ولكنه نظير ذلك أجاز تسجيل الزواج العرفي بسعي من النيابة العامة في حالة إثباته وهذا ما تسبب في انتشار الزواج العرفي لأن القانون الجزائري أجاز ذلك.

للأسف أصبح الزواج العرفي يستعمل كوسيلة للتلاعب بالمرأة التي غالبا ما تجد نفسها في حالة مواجهة مع الزوج أمام القضاء لإثبات الزواج العرفي وهذا فعلا يعتبر إهانة في حقها ومساسا بشرفها لذلك نقترح ما يلي:

أ -وجب على المشرع الجزائري التدخل سريعا ووضع حد لهذه الآفة وذلك بتجريم الزواج العرفي حتى يكون الطريق الوحيد للزواج أمام الرجل والمرأة هو عن طريق الموثق أو ضابط الحالة المدنية فقط وبذلك يتم تكريس الحماية الحقيقة للأسرة .

ب - تعديل المادة 08 من قانون الأسرة التي ألزمت الزوج بمراعاة مجموعة من الشروط القانونية إذا أراد أن يعدد التي من بينها وأصعبها شرط التحصل على

رخصة بالزواج من طرف القضاء بعد موافقة الزوجة الأولى وهذا ما أدى بأغلبية الرجال إلى التوجه للزواج العرفي كمخرج شرعي في حالة التعدد.

القران الكريم.

❖ **الكتب:**

1.ابن فارس أبو الحسين احمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج 03، ط 03، مكتبة الكانجي، القاهرة، مصر، 1981.

2.احمد الشامي، التطور التاريخي لعقود الزواج، دراسة مقارنة، بدون طبعة، بدون بلد النشر، 1982.

3.احمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، بدون طبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية .مصر 2010.

4.احمد بن غنيم بن سالم الفواكه الدواني على رسالة أب زيد القيرواني الجزء الثاني، مطبعة السعادة، مصر 1331هـ.

5.أحمد بن يوسف بن احمد الدريوش ، الزواج العربي حقيقته وأحكامه وأثاره و الأنكحة ذات الصلة به دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأول، الريان، 2005.

6.بداوي على مقال عنود الروح العربية من قضى أحكام القانون ومتطلبات المجتمع موسوعة الفكر القانوني العدد 02 الجزائر 2002.

7.بن شويخ الرشيدة، شرح قانون الأسرة المراكزبية دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة2008

8.بو بشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، طبعة 2008

9.جابر عبد الهادي سلم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، بدون طبعة، بدون بلد النشر، 2007

10. جمال محمد بن محمود الرواج العربي في ميزان الإسلام دار الكتب العلمية، لسان، طبعة الأولى، 2003.

11. الزيلعي، تبيين الحقائق، شرح كنز الدقائق الجزء الثاني الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، دون تاريخ نشر

12. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، دار الفكر ، دمشق، سوريا، 1995

13. الشافعي، الأم، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1983.

14. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 205 المؤرخ في : 27/12/2005، الطبعة الأولى دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، 2009.

15. عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1992.

16. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، بدون طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، 1988.

17. عبد العزيز الخياط نظرية العرف، بدون طبعة مكتبة الأقصى، عمان، 1977

18. عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار البعث ، قسنطينة ، 1989 .

19. العبد العزيز سعد، نظام الحمالة المدنية في الجزائر، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار هومة 2011.

20. عبد المالك بن يوسف المطلق، الزواج العربي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها دراسة فقهية واجتماعية نقدية، الطبعة الأولى، سنة 2006.

21. عبد الوهاب خلاف علم اصول الفقه، الطبعة التاسعة، الكويت، 1970.

22. عبد رب النبي علي الجارحي الزواج العربي المشكلة والخل دار الروضة للنشر والتوزيع، القاهرة، بدون طبعا، بدون سنة نشر

23. عثمان التكروري شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.

24. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج 1 ، 2002 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون

25. فارس محمد عمران الزواج العربي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، 2001.

26. فارس محمد عمران الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة ، جمهورية مصر العربية، 2001.

27. فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج 1 المؤسسة الوطنية للكتاب، 1989.

28. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي افتتاحية الجزء الرابع، الطبعة الثانية، أغسطس سنة 1950.

29. محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار العرب، بيروت.

30. محمد زهدور الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، وقل آخر التعديلات، طبعة الأول، 1991.

31. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى دار هومة، الجزائر، 2009..

32. محمد عزمي البكري الأحوال الشخصية، ج 1، دار النشر محمود جمهورية مصر العربية.

33. المرداوي علي بن سليمان الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب بن حنبل، تحقيق: عبد الله محمد حسن إسماعيل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1977.

34. مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، بدون بلد النشر، سنة 2011.

35. ممدوح عزمي، الزواج العرفي، مطابع رويال، دار الفكر العربي، الإسكندرية، بدون نشر.

36. منصور محمد حسين، قانون الإثبات مبادئ الإثبات وطرقه، منشأة المعارف، مصر، 1999

37. يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا وشؤون الأسرة، بدون دار النشر، ط 2011.

❖ **مجلات:**

1. بداوي على مقال عقود الزواج العرفية، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، العدد 02 .
2. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، بدون طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، 1988.
3. عمر بوحلاسة، عقود الزواج المغلقة، نشرة القضاة، العدد 2 أفريل 1989.
4. عمر زودة، مقال دور النيابة في الدعاوي المدنية محلة فضائية، 1991، ص 276
5. محمد زهدور الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، وقل آخر التعديلات، طبعة الأول، 1991 .
6. المرداوي علي بن سليمان الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب بن حنبل، تحقيق: عبد الله محمد حسن إسماعيل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1977.

❖ **القوانين:**

1. قانون أسرة الجزائري.
2. القانون رقم 08/09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 لسنة 48 2008

❖ **الأوامر:**

1. الأمر 75/58 المؤرع في 20 رمضان 1395، الموافق 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 20 يونيون 2005 ، ينضم القانون المدن الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2007.
2. الأمر 70-0 2المتعلق بالحالة المدنية، المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389، الموافق ل 19 فبراير 1970 للجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21 الصادرة في 21 ذي الحجة 1389، الموافق ل 27 فبراير 1970
3. الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/05
4. أمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان 1404، الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، الصادرة في 18 محرم 1426، الموافق 2 فبراير 2005.

❖ **مذكرات**

1. بن عزوز :سارة: محاضرات ألقيت على طلبة الماسار تخصص قوانين إجرائية وتنظيم قضائي، مقياس الإثبات المدني، سنة 2017.
2. بن غربى مصطفى حبيب أبو سعيد، مذكرة اثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري، جامعة الجلفة، 2006-2007

❖ **مواقع الكترونية**

1. ياسمين عبد العزيز، مقال عن أركان وشروط الزواج قانونا وشرعا وأثر تخلفهما، دراسات قانونية للزواج العرفي في القانون الجزائري منتديات ستار تايمز على الموقع: www.startimes.com/ft 25541330. 2015.30/11/04 =

2. محمد ابو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره 44، www.uslamway.com 2017 14:00./07/05

❖ **قرارات:**

1. قرار المحكمة العليا : غرفة الأحوال الشخصية، 25/06/1984. غير منشور

2. المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 05/12/1984 ، المجلة القضائية ، 1990 ، العدد 01 .

3. قرار المحكمة العليا رقم: 37501، الصادر بتاريخ 23/09/1985 مجلة قضائية، 1989، العدد 01.

4. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 24/02/1986 ، غير منشور .

5. قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 24/02/1986 ، غير منشور

6. قرار المحكمة العليا رقم: 43889 الصادر بتاريخ 15/12/1986، المجلة القضائية، العدد 2، 1993.

7. قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 07/02/1987 ، المجلة القضائية ، 1990 ، العدد 03 .

8. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 27/03/1989، مجلة قضائية، 1990، العدد 03.

9. قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، 21/05/1991، المجلة القضائية، 1994، العدد 02، ص 56.

10. قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 23/11/1993، المجلة القضائية ، 2001 ، العدد الخاص

11. المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 28/10/1997، المجلة القضائية ، 2001 ، العدد الخاص.

12. قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 19/05/1998، العدد الخاص ، 2001 .

❖ **مراسيم:**

مرسوم تنفيذي رقم 10000 مؤرخ في 10 مارس 2009 بعدد كيفية تعيين الوسيط القضائي، قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الإهداء

الشكر

مقدمة 01

الفصل الأول: مفهوم الزواج العرفي وطرق إثباته 04

المبحث الأول مفهوم زواج العرفي 05

المطلب الأول: تعريف زواج عرفي 05

الفرع الأول: مقصود بالزواج عرفي لغة واصطلاحا وقانونا 05

الفرع الثاني: مقصود بالعرف لغة واصطلاحا 07

الفرع الثالث: التعريف الفقهي للزواج عرفي 07

المطلب الثاني: أركان وشروط الزواج العرفي 10

الفرع الأول أركان زواج العرفي 10

الفرع الثاني: شروط الزواج العرفي 11

المطلب الثالث: اثر تخلف أركان وشروط الزواج العرفي 23

الفرع الأول: اثر تخلف احد أركانه 23

الفرع الثاني: اثر تخلف احد شروط عقد زواج 24

المبحث الثاني: طرق الإثبات الزواج العرفي 26

المطلب الأول: الإثبات الزواج العرفي بالإقرار 26

الفرع الأول: تعريف الإقرار 26

الفرع الثاني: شروط الإقرار الفرع الثالث حجية الإقرار 27

الفرع الثالث:حجية الاقرار 30

المطلب ثاني: إثبات الزواج العرفي بالبينة 32

الفرع الأول: تعريف البينة وأنواعها 32

الفرع الثاني: شروط الشهادة 35

المطلب الثالث: النكول عن اليمين 42

الفرع الأول: تعريف نكول عن يمين وأنواعه 42

الفرع الثاني: حجيه اليمين 44

الفصل الثاني: الإجراءات تسجيل الزواج العرفي والآثار القانونية المترتبة عن تسجيل 46

المبحث الأول: الإجراءات التسجيل الزواج العرفي.....46

المطلب الأول: الإجراءات التسجيل الزواج العرفي 46

الفرع الأول: الإجراءات التي تسبق العقد 47

الفرع الثاني: الجهة المسند إليها إبرام عقد زواج 49

الفرع الثالث: الإجراءات المتتبعه بعد العقد 59

المطلب الثاني: إجراءات التسجيل الزواج العرفي 61

الفرع الأول : الإجراءات تسجيل الزواج العرفي المبرم في حالة عدم وجود نزاع داخل تراب وطني 61

الفرع الثاني : الإجراءات التسجيل الزواج العرفي المبرم في حالة عدم وجود نزاع خارج التراب الوطني 63

الفرع الثالث : الإجراءات التسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه 64

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن الزواج العرفي 66

المطلب الأول: الآثار القانونية بالنسبة للزوجين 67

الفرع الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين 67

الفرع الثاني : واجبات الزوج 68

الفرع الثالث : واجبات الزوجة 72

المطلب الثاني: الآثار القانونية بالنسبة للأولاد 74

الفرع الأول: حق الولد في النفقة 74

الفرع الثاني : الحق في النسب 77

خاتمة.....89

قائمة المراجع.....91

الفهرس

رغم أن الزواج العرفي هو زواج شرعي ذلك أنه في زمن النبي عليه الصالة والسالم والصحابة والتابعين وتابعي التابعين وحتى إلى وقت قريب لم يكن يوثق إال انه نظرا لفساد الذمم وضياع ألاخالق بات توثيق الزواج من ألامور الضرورية نظرا للكثير من النزاعات التي حدثت عندما ينكر الزوج أنه متزوج عرفيا وبطبيعة الحال فاملتضرر هو المرأة والسيما إذا ما تم الدخول بها وحصل حمل .لذلك تدخل املشرع الجزائري وألزم الزوجين على توثيق عقد الزواج ولكنه نظير ذلك أجازتسجيل الزواج العرفي بسعي من النيابة العامة في حالة إثباته وهذا ما تسبب في انتشارالزواج العرفي ألن القانون الجزائري أجازذلك .لألسف أصبح الز واج العرفي يستعمل كوسيلة للتالعب باملرأة التي غالبا ما تجد نفسها في حالة مواجهة مع الزوج أمام القضاء إلثبات الزواج العرفي وهذا فعال يعتبر إهانة في حقها ومساسا

الكلمات المفتاحية :1- الزواج العرفي 2- الشهادة 3- الاثبات 4- التشريع 5-اجراءات6- التشريع

. Although customary marriage is a legal marriage, because at the time of the Prophet, peace and blessings be upon him, the companions, the followers, and the followers of the followers, and even until recently, it was not documented, but due to the corruption of people and the loss of morals, the documentation of marriage has become one of the necessary matters due to the many disputes that occurred when the husband denied that he was married By custom, of course, the victim is the woman, especially if intercourse took place with her and pregnancy occurred. Therefore, the Algerian legislator intervened and obligated the spouses to document the marriage contract, but in exchange for that he authorized the registration of customary marriage with the endeavor of the Public Prosecution in the event of proving it, and this is what caused the spread of customary marriage because the Algerian law permitted that. Unfortunately, customary marriage has become used as a means to manipulate women, who often find themselves in a state of confrontation with their husbands before the courts.

Keywords: 1- marriage 2- registration 3 intervened and obligated 4- Criminal 5- Authenticity 6- the Algerian legislato