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

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

المرجع: .....

قسم : القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

طرق إثبات الزواج العرفي في التشريع الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون القضائي

من إعداد الطالبة :

- الحبيتري وسيلة

تحت إشراف الأستاذ :

- رحوي فؤاد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	جلطي أعمر	رئيسا
الأستاذ	رحوي فؤاد	مشرفا مقررا
الأستاذ	بن بدرة عفيف	مناقشا

السنة الجامعية: 2024/2023

نوقشت يوم:2024/06/06

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

كلية الحقوق و العلوم السياسية
مصلحة التربصات
الرقم :.....م.ت/

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية
لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد: ة. الحبيتري وسيلة الصفة: طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 108158349 والصادرة بتاريخ: 29-10-2018

المسجل بكلية: الحقوق والعلوم السياسية قسم: القانون الخاص

والمكلف بإنجاز مذكرة ماستر بعنوان:

طرق إثبات الزواج العرفي في التشريع الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 24/06/2024

إمضاء المعني

المصادقة على توقيع الأستاذ(ة) المشرف(ة) بحضور شخصي
ب.ت
عن الطالب(ة)
بمستغانم بتاريخ (29) في 24 JUIN 2024

* ملحق القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية و مكافحتها

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى من و هبني الله نعمة وجودهم في حياتي إلى العقد المتين

و الى من وهبوني الحياة و الأمل و النشأة على شغف الاطلاع و المعرفة إليكما

اهدي جهدي العلمي والداي الكريمين.

إلى زوجي تعبيرا عن شكري له لوقوفه إلى جانبي كي أحقق طموحي العلمي

الى ابني الذي ملا عالمي و ابهج جوارحي

الى اقرب الناس الى قلبي اختاي

الى كل من يفرحهم نجاحي

شكر وتقدير

- الحمد لله على توفيقه وإحسانه، والحمد لله على فضله وإنعامه، والحمد لله على جوده وإكرامه، الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده

أشكر الله عز وجل الذي أمدني بعونه ووهبني من فضله ومكنني من إنجاز هذا العمل ولا يسعني إلا أن أتقدم بشكري الجزيل إلى كل من ساهم في تكويني وأخص بالذكر أستاذتي الفاضل

" رحوي فؤاد "

الذي تكرم بإشرافه على هذه المذكرة ولم يبخل عليا بنصائحه الموجهة لخدمتي

فكان لي نعم الموجه والمرشد

كما لا يفوتني ان أشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الذين تشرفت لمعرفتهم وتقييمهم لمجهوداتي

كما أشكر كل من قدم لي يد العون والمساعدة ماديا أو معنويا من قريب أو بعيد

إلى كل هؤلاء أتوجه بعظيم الامتنان وجزيل الشكر المشفع بأصدق الدعوات .

فجزاهم الله عنا كل خير

مقدمة

إن الزواج، بمختلف أشكاله وصوره، هو مؤسسة اجتماعية تعترف بها معظم المجتمعات البشرية، سواء القديمة أو الحديثة، وتختلف تفاصيلها وتطبيقاتها حسب الثقافة المسودة في كل مجتمع. يمكن أن يتخذ الزواج شكلًا أحاديًا أو تعدديًا، ويمكن أن يتم داخل إطار محدود داخل المجتمع أو يتعدى حدوده الخارجية. تتأثر هذه الأشكال بالقيم والتقاليد والمعايير المتعلقة بالزواج في كل مجتمع، وتختلف أيضًا بين الطبقات الاجتماعية المختلفة وبين المناطق الحضرية والريفية.

يتغير نظام الزواج عبر الزمن، وهذا يعود إلى التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تحدث في المجتمع. لقد شهد العالم العربي تغيرات كبيرة أثرت على مختلف جوانب الحياة، وأدت إلى تأثيراتها على هياكل المجتمع بشكل عام وعلى مؤسساته الاجتماعية بشكل خاص. لم تكن الجزائر استثناءً من هذه الظاهرة، حيث أثر التقدم الاقتصادي والسياسي والاجتماعي بشكل فعال على النسيج الاجتماعي للمجتمع، بما في ذلك نظام الزواج كجزء من هذا النسيج، بتوجهاته وأنماطه المختلفة.

منذ العصور القديمة، سعت المجتمعات البشرية إلى تنظيم الزواج ومنحه صفة مميزة تفصله عن العلاقات الغير شرعية الأخرى. وقد حرصت هذه المجتمعات على اتباع إجراءات محددة تعزز أهمية هذه العقود وتعطيها السمعة والقوة الدينية. على سبيل المثال، فإن الإسلام يشترط في الزواج وجود موافقة الطرفين والولي والشهود لإتمامه. وفي الدول الإسلامية، توجد قوانين وضعية تشترط تسجيل عقود الزواج بهدف حماية الحقوق وتفادي الضياع.

وعلى الرغم من صرامة النصوص القانونية التي تلزم بتسجيل الزواج، يوجد بعض الأشخاص الذين يتجاهلون هذا الشرط ويعقدون زيجاتهم بدون تسجيلها، وهذا ما يُعرف بالزواج العرفي الذي نحن ندرسه حاليًا.

أسباب اختيار الموضوع

من بين أسباب اختيارنا الموضوع الأسباب التالية:

- **الأسباب الشخصية:** الشعور بالاهتمام الشخصي والرغبة في استكشاف هذا الموضوع نظرًا لأهميته ولكونه أحد أعمدة القضايا التي تشغل بالنا وتثير فضولنا. نود معرفة أهم التحديات التي تواجه إثبات الزواج أمام منظومة العدالة في بلدنا.
- **الأسباب الدينية:** هناك أفراد يكتفون بما ينص عليه الدين الإسلامي من شروط لعقد الزواج ويعتبرونه زواجًا صحيحًا لا يحتاج إلى تأكيد إداري من خلال إجراءات روتينية غير ضرورية وليست لها فائدة.
- **الأسباب الاجتماعية:** من بينها غياب الثقافة القانونية وعدم التوعية بالمخاطر التي يمكن أن تنشأ نتيجة لعقود الزواج غير الموثقة. كما أن بعض الأفراد يعتبرون تسجيل عقد الزواج عبئًا ثقيلاً وغير ضروري، خاصة في البلديات المنعزلة التي قد يعتبرون التنقل إليها لتسجيل الزواج عبئًا بدون فائدة ملموسة.
- **الأسباب القانونية:** هناك شروط مفروضة من قبل القانون وليست مطلوبة شرعًا في الإسلام، مثل الحد الأدنى للعمر المحدد بـ 19 سنة. كما يتطلب القانون رخصة مسبقة لبعض الفئات المهنية مثل قوات الأمن والعسكريين. وفي حالة التعدد، يجب على الزوجة الأولى والزوجات اللاحقة أن يكون لديهن المعرفة بهذا الأمر.

أهمية وأهداف الدراسة:

تسلِّيط الضوء على الزواج العرفي حديث النمط وتحقيق حكم الفقه الإسلامي المعاصر بشأنه، يعد أمرًا ضروريًا. يأتي ذلك نظرًا للأهمية العلمية والعملية لدراسة ظاهرة الزواج العرفي، وضرورة تحليل أحكامها في إطار قانون الأسرة المعاصر. و من ثم استخراج الإشكاليات

القانونية التي تنشأ عن هذا النوع من الزواج وكيفية التعامل معها من قِبَل المشرع الجزائري ضمن النظام القانوني.

الإشكالية:

تثار عدة إشكاليات قانونية وعملية في هذا السياق، تتعلق بتعريف الزواج العرفي وأركانه وشروط صحته والعقوبات المترتبة على عدم توفر تلك الأركان والشروط. وتُطرح أيضًا تساؤلات حول آثار هذا الزواج، هل تقتصر على الطرفين المتعاقدين أم تمتد إلى الأطراف الأخرى؟ وفيما يخص طرق إثباته، هل يجب الاعتماد على طرق الإثبات المتبعة في الشريعة الإسلامية فقط أم يمكن اعتماد النظرية العامة للإثبات؟ وهل يكفي وجود دليل واحد لإثباته أم يجب تقديم عدة أدلة؟ وعلاوة على ذلك، ما هي الدعاوى التي يمكن أن تُرفع أمام القضاء فيما يتعلق بتسجيل هذا العقد؟ وفيما يتعلق بطرق إثباته، هل يجب الاستناد إلى طرق الإثبات المتعارف عليها في الشريعة الإسلامية فقط أم يمكن الاعتماد على النظرية العامة للإثبات؟

الدراسات السابقة:

الزواج العرفي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – قانون الأسرة الجزائري. مذكرة ماستر للطالب قدور عطايا الله جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، كلية العلوم الاجتماعية والانسانية شعبة الشريعة، تخصص قانون وأسرة، 2014/2015.

الزواج العرفي بين الاقارب في الوسط الحضري بين التقليد والتغيير دراسة ميدانية بمدينة عنابة – عبد الحميد بوقصاص بكلية الآداب والعلوم الإنسانية 2005/2006.

إن موضوع البحث يعتبر دراسة وصفية تحليلية وعليه فقد خضع البحث إلى خطة حددها الموضوع حيث قسم البحث إلى فصلين رئيسين جاء الأول للحديث عن مفهوم الزواج العرفي وطرق إثباته، والثاني تناول إجراءات تسجيل الزواج العرفي وآثاره القانونية بعد التسجيل. وقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات منها:

- توحيد الجهات المسؤولة عن إبرام عقود الزواج وتوثيقها، من خلال إدراج نصوص تنص على أن أئمة المساجد يكونون مخولين بأداء هذه المهمة
- تمديد فترة التصريح بتسجيل الزواج لمدة مناسبة تسمح للزوجين بتقديم إعلانات زواجهما بشكل مناسب وفي الوقت المناسب
- توعية المواطنين عن طريق كل من أئمة المساجد قصد توفير الحماية القانونية للأسرة.

صعوبات البحث:

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

- ندرة الدراسات السابقة في موضوع بحثنا فعلى الرغم من الأهمية البالغة للبحث إلا أننا نجد أن الباحث الجزائري قد عزف عن تناوله والتعرض إليه بالشكل المطلوب باستثناء بعض الإشارات العابرة للموضوع في بعض الرسائل والمذكرات، ضف إلى ذلك أغلب هذه الدراسات كانت في ظل قانون الأسرة الغير معدل
- صعوبة الحصول على الوثائق التي تخدم البحث من الجهات المعنية.
- قلة المراجع التي تخدم الموضوع.
- ومن الصعوبات التي واجهتنا أيضا فقر الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا الموضوع، مما حتم علينا الاستعانة بالاجتهاد القضائي المصري لإثراء البحث من الناحية القضائية.

منهجية البحث:

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

استلزم تتبع المادة العلمية في كل المراجع المتوفرة في الكتب القانونية المتعلقة بالقانون الجزائري بأغلب فروعه.

ورجعت في غالب الأحيان إلى مصادر هذه القوانين بالجرائد الرسمية وأيضاً اعتمدت على بعض الوثائق الرسمية المنشورة في المواقع الوزارية على شبكة الانترنيت ومن أجل البحث عن الحقيقة الشرعية لكل جزئية لجأت إلى المصادر وأمهات الكتب التي صنفها الفقهاء وقمت بتدعيم البحث بنصوص شرعية من الكتاب.

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

– وأحيل عليها في الهام لذكر رقم القانون وتاريخه والجريدة الرسمية التي نشربها.

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

قمت بالتعريف ببعض المصطلحات وبعض الشروحات اللازمة وفي تهميش المصادر والمراجع في البحث قمنا بذكر اسم ولقب المؤلف، عنوان الكتاب الطبعة دار النشر مكان النشر سنة النشر الصفحة فإذا كان المصدر أو المرجع لا يتوفر على طبعة أو تاريخ النشر أشير إلى ذلك (دط) و (د.ت).

كما قمت بتهميش الرسائل العلمية كما يلي:

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

الخطة المتبعة:

تم تقسيم الدراسة إلى فصلين :

الفصل الأول بعنوان **ماهية الزواج العرفي** حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول بعنوان **مفهـوم عقـد الـزواج العرفـي** ، وفي المبحث الثاني إلى **الآثار المترتبة على عقــد الـــــزواج العـــــرفي**

أما الفصل الثاني سنتطرق فيه **طرق اثبات الزواج العرفي** في المبحث الأول سنتطرق **طرق إثبات الزواج العرفي** ، و في المبحث الثاني ستنطرق إلى **تسجيل عقد الزواج العرفي**

وفي الأخير أنهينا هذا البحث بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصلنا لها من خلال هذه الدراسة.

الفصل الأول
ماهية الزواج العرفي

يعتبر موضوع الزواج العرفي من الموضوعات الهامة والغنية بالناحية الفقهية في الوقت الحاضر، حيث يشهد جدلاً واسعاً بين فقهاء القانون، وخاصة فيما يتعلق بجوانبه وآثاره.

المبحـــث الأول: مفهـوم عقـد الـزواج العرفـــي

تعتبر تحديد مفهوم الزواج العرفي أمرًا ضروريًا لفهم هذا المصطلح، وبالتالي اعتبرنا أنه من الأسلوب المنهجي أن نبدأ بتعريفه (المطلب الأول)، وبعد ذلك نناقش أسباب اللجوء إليه (المطلب الثاني .

المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي

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

الفرع أول: الزواج العرفي لغة

1 . الزواج في اللغة :

من الزوج وهو خلاف الفرد وزوج المرأة بعلها، وزوج الرجل امرأته وتزوج من بين فلان نكح فيهم[1]و زوج الشيء وزوجته إليه قربه، ولقد جاء في القرآن ما يرادف هذا المعنى في قوله تعالى: «وزوجناهم بحور عين » أي قرناهم بهن[2] وقوله:" وإذا النفوس زوجت " أي اقترنت بأبدانها وأعمالها. والزوج يطلق على الذكر والأنثى لقوله تعالى:" و وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة» [البقرة / أية 35]، { وأنه خلق الزوجين الذكر والأنى } [النجم أية 45][3].

[1]ابن فارس أبو الحسين أحمد بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي ج،3 ط،3 القاهرة، ،1981 ص 35 .

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

[3]الفيروز أبادي، المرجع نفسه، ج،1 ص 254.

2 . العرفي في اللغة

هذه الكلمة مأخوذة من "العرف" وتعني في معاجم اللغة العربية فيقال عرف يعرفه عرفه، عرفا، ومعرفة واعترافا .وهي من عرف العرفان أي العلم ورجل عروف وعروفة، ويعرف الأمور وعريف القوم سيدهم وعرف بذنبه عرفا، واعترافا والمعروف ضد المنكر كالعرف والمعروف لا يتحسن من الأفعال وعرفه طيبة وزينة والعرف، والعرف النخل إذا بلغ الإطعام والعرف والعروف الرمل المرتفع[1] و العرف المنجم[2].

الفرع الثاني: الزواج العرفي اصطلاحا

1.أولا: الزواج.

تعريف الزواج في الاصطلاح الفقهي.

عرف الفقهاء الزواج بتعريفات مختلفة نوردها فيما يأتي :

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

عند الشافعية: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح ونحوه".[4]

عند المالكية: "عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجبة قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها في الكتاب على المشهود أو الإجماع على الآخر[5] .

من خلال تعاريف الفقهاء نخلص أن الزواج عقد، ذلك أنه فيه إيجاب وقبول على مجرد احترز به من العقد على المنافع والذوات متعة التلذذ، فأخرج بذلك المتعة لأنها من الأمور المعنوية

---

[1]– ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، ج،4 (دط)، ص2897 ،2902– باب العين المادة "عرف"

[2]– لفيومي (أحمد بن محمد بن علي المقري)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار القلم بيروت، لبنان، (دط)، ج،1 ص 553.

[3]– الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط،2 ج،2 القاهرة، مصر، ص94.

[4]– الشافعي، الأم، دار الفكر، بيروت، ط،2 ج،2 ،1983 ص15 .

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

والتلذذ من الأمور الحسية، غير عالم حرمتها أخرج نكاح المتعة والمحرمات، إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر أي كل ما حرم بالكتاب والسنة والإجماع.[1]

وقد 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 لديهما من حقوق وما عليه من واجبات" [2] وهو التعريف المختار هنا لأنه يبين حقيقة ومقصد عقد الزواج من كونه عقدا غايته أسمى من مجرد حل المتعة بين الزوجين أولا وهو التناسل وحفظ النوع الإنساني، أما المتعة ليست مقصودة لذاتها بل لأجل التناسل.

المطلب الثاني: أركان وشروط عقد الزواج العرفي وأسباب اللجوء إليه

الفرع الأول: أركان عقد الزواج العرفي

عقد الزواج يعتبر عقدًا زواجًا صحيحًا إذا توفر فيه ركن الرضا، وفي حالة تخلف ركن الرضا، يعتبر العقد باطلاً. يُعتبر ركن الرضا عنصرًا أساسيًا في عقد الزواج، وهذا ما تنص عليه المادة 9 من قانون الأسرة. والآن سنتناول بعض النقاط المتعلقة بهذا الركن:

أولا: ركن الرضا

نظرًا لأن عقد الزواج هو عقد إرادي يقوم على توافق إرادة المتعاقدين، يعتبر الرضا أحد أركانه الأساسية. يتم تحقيق الرضا أو التراضي من خلال وجود إرادتين متوافقتين ومتطابقتين تهدفان إلى إحداث أثر شرعي محدد، وهو حلية الاستمتاع بالزواج مع قبول جميع آثار العقد الشرعي. وتتجلى هذه الإرادة والقبول في عملية الإيجاب والقبول في عقد الزواج.

[1]– المادة 4 من قانون الأسرة (قانون رقم 11–84 المؤرخ في 09 يونيو 1984) معدلة بالأمر رقم 02–05 المؤرخ في 27 فبراير 2005ج.ر. العدد 15.

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

وقال البخاري:" لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاهما، كما أنه ليس الأب جبر البكر على الزواج بمن أراد إذا إمتنعت".[1]

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 " وهذا ما يتعين معه التطرق لكل من الإيجاب والقبول و إلى صيغة كل منهما و إلى إيجاب و قبول العاجز عن الكلام [2] .

أ: الإيجاب والقبول

فالإيجاب: هو ما صدر من أحد العاقدين أولا دالا على ما يريده من إنشاء العقد، ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجبا .

والقبول: هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر دليلا على موافقته على ما أوجبه الأول ويسمى الشخص الذي صدر منه القبول قابلا.

فأول الكلام إيجابا سواء صدر من جانب الزوج أو من جانب الزوجة، وسمي إيجابا لأنه أوجد الإلزام، ويسمى الثاني قبولا لأنه رضا بما في الأول من إلتزام.

والأصل في تحقيق الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يكون بالعبارة وقد يوجد أحدهما أو كلاهما بالإشارة أو الكتابة، في بعض صوره ولما كان الأصل فيه هو الألفاظ عني الفقهاء ببيان الألفاظ التي ينعقد بها وهو ما يعرف بصيغة عقد الزواج [3].

---

[1]– عبد الكريم مامون، نظام الزواج العرفي، دراسة نقدية، مجلة دراسات قانونية، تصدر عن مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ديسمبر2004، العدد01، ص 134.

[2]– المادة 10 من الامر 05 / 02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري.

[3]– ناسلي حميدة، محاضرة بعنوان: عقود الزواج العرفية، ألقيت بمحكمة حمام ضلعة، بتاريخ2008 / 01 / 02

ب: الصيغـــة في تبادل الإيجاب والقبول

وقد إتفق الفقهاء على أن العقد ينعقد بكل لفظ مأخوذ من مادتي الزواج والنكاح لأن أكثر النصوص الواردة فيه جاءت بهما، و أنه لا ينعقد بألفاظ الإباحة والإحلال والإيداع والإعارة والرهن لأنها لا تفيد الأبدية، والزواج من العقود الأبدية لأنه يفيد ملك المتعة للزوج . وبما أن الزواج مشروط فيه الشهادة فلابد أن يكون اللفظ الذي يعقد به صريحا، حتى يعرف الشهود ما شهدوا عليه" [1] .

أما القبول فيتحقق بأي لفظ يدل على الموافقة والرضا. كما أنه ليس شرطا أن يعبر عن الإيجاب والقبول باللغة العربية سواء كان العاقدان يحسنان اللغة أم لا ، لأن المقصود هو التعبير الواضح عن الإرادة [2].

أما في انعقاد الزواج بغير الكلام، فقد ميز الفقه بين حالتين، فإذا كان العاقدان حاضرين معا في مجلس العقد وكانا قادرين على النطق، فلا يصح الزواج بينهما بالكتابة لأن اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة ولأن الكتابة كناية، والنكاح لا ينعقد بالكناية، أما إذا كان العاقدان غائبين، فقد ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى المنع من إجراء عقد الزواج بالكتابة بين غائبين [3] .

أما المشرع الجزائري فقد ذهب من خلال نص المادة العاشرة من قانون الأسرة إلى ما ذهب إليه المانعون من إنعقاد الزواج بالكتابة حيث حصر التعبير عن الإرادة في اللفظ ولم يستثنى الغائبين كما فعل بالنسبة للعاجز.

وأما العاجز عن الكلام كالأخرس فإن كان لا يحسن الكتابة، فيعبر عن إرادته بإشارته المعروفة لأنه لا سبيل له في التعبير عن إرادته إلا بها ولا يزوجه وليه إن كان بالغا، لأن الأخرس كالأصم لا يحجر عليه، والأخرس إذا كان يحسن الكتابة فالأرجح أن لا يقبل منه

[1]– د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص67 .

[2]– المرجع السابق، ص65 .

[3]– عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، ص119 .

التعبير عن إرادته بالإشارة، لأن الكتابة أقوى بيانا من الإشارة حيث يعرفها كل من يقرأ بخالف الإشارة التي لا يعرفها إلا القليل [1] .

وقد لاحظنا أن المشرع الجزائري عندما نص في المادة العاشرة من قانون الأسرة على أنه: " ... ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة " ولم يعط الأولوية للتعبير بالكتابة عنه بالإشارة، ويفهم من ذلك أنه يمكن للأخرس التعبير عن الإرادة بالإشارة حتى ولو كان يعرف الكتابة المهم أن تكون الإشارة لديها دلالة معروفة خصوصا لدى شهود العقد.

أما عن مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في عقد الزواج فقد أجاز الفقهاء ذلك بالنسبة للبكر فقد استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: "ليس للولي من الثيب أمر " وقوله:" الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صمتها."

أما عن إنعقاد الزواج بالأفعال فقد اتفق الفقهاء على أن الزواج لا ينعقد بالأفعال، كأن تقول إمرأة لرجل زوجتك نفسي بمائة دينار مثال، فيدفعها إليها من غير أن يتكلم حتى ولو كان أمام شهود فليس في هذه الصورة إلا الإيجاب والزواج لا يتحقق بالإيجاب وحده [2].

كما أنه يشترط في عقد الزواج أن يكون منجزا وذلك بخلوه من التعليق على الشرط يحتمل أن يتحقق أو لا يتحقق وصيغته غير مضافة لأجل في المستقبل، أما إذا إقترن الزواج بشرط يتماشى ومقتضيات العقد ويساير ما تأمر به الشريعة الإسلامية فهذا جائز، كاشتراط تعجيل بعض الصداق وتأجيل بعضه، وهو ما أشارت إليه المادة 19 من قانون الأسرة بقولها:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون " [3] .

أما إذا كان الشرط مخالفا لقانون الأسرة ولأحكام التشريع الإسلامي وال يتفق مع مقتضيات العقد فالشرط هنا باطل بإتفاق العلماء والعقد يبقى صحيحا، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري

[1]– عبد العزيز سعد لمرجع السابق، ص65 .

[2]– عبد العزيز سعد لمرجع السابق ، ص 69.

[3]– المادة 19 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل بموجب الأمر رقم 02/05، المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن قانون الاسرة

في المادة 35 من قانون الأسرة بقوله:"إذا إقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا."

ثانيا: شـروط الرضـا: أما عن الشروط التي يجب أن تتحقق في ركن الرضا فهي كالآتي:

أ – أن لا يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية أو ناقص الأهلية:[1] ويعد السفيه كامل الأهلية، ولذلك يصح وينعقد عقد زواجه إذ لا حجر عليه في الزواج و آثار.

وأهلية الزواج في قانون الأسرة الحالي حددتها المادة السابعة بقولها: " تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة ."

والمشرع أجاز لرئيس المحكمة إعفاء الزوجين من شرط السن إذ رأى أسباب جدية تدعو إلى ذلك، وهذا التحديد لم يكن معروفا عند المسلمين الأوائل وذلك لعدم ورود نص في القرآن والسنة.

وعلى العموم فإن تحديد السن لم يأت على إطلاقه ذلك أن المشرع لم يأخذ الناس جميعا مأخذا واحدا سواء كانوا ذكورا أو إناثا وإنما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في السماح والإذن بالزواج[2] .

ب – أن يكون الإيجاب حازما: أي ينطوي على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد إقتران القبول به ، وعلى أساس توافر هذه النية أو إنتفاءها [1] يفرق الفقهاء بين الإيجاب و بين الدعوة إلى التعاقد مع مراعاة أن القول بذلك من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا.

ج – أن يكون الإيجاب كاملا: أي أن تتوفر فيه العناصر الرئيسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد العقد بمجرد إقتران القبول به.

د – ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الآخر: لأنه إذا رجع الموجب في إيجابه قبل القبول ألغي الإيجاب، فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء على غير إيجاب ويجوز للموجب

[1]– الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، جمهورية مصر العربية، ص 20

[2]– الإمام محمد أبو زهرة ، **المرجع نفسه، ص 132**.

الرجوع في الإيجاب ما لم يرتبط بقبوله لأن الإلزام لا يتم قبل الإرتباط بين الإيجاب والقبول.

وعلى العموم يجب أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب وإلا أعتبر إيجابا جديدا

هـ – يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب: ومعنى ذلك صدور القبول بالموافقة على كل المسائل التي تضمنها الإيجاب، ومن ثم إذا إقترن القبول بما يزيد أو يعدل فيه إعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا[1] .

و – أن يكون الرضا سليما من كل العيوب: وهي الإكراه والغلط والتدليس وهناك من يضيف الإستغلال، وقد نصت المادة 13 من قانون الأسرة أنه " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها "[2]

أما إذا ورد الإكراه بمعنى المنع وليس الإجبار، فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أنه في هذه الحالة للقاضي أن يأذن بالزواج، حيث قضت غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بأنه:"من المقرر قانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في واليته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون[3]

و السؤال يطرح حول زواج المخطوفة أو المبعدة، حيث إذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها أو مبعدها، لا تتخذ إجراءات المتابعة ضده إلا إذا تقدم الأشخاص الذين لهم صفة في طلب بطلان عقد الزواج.

فالمشرع بعد أن جرم فعل الإختطاف أو الإبعاد تراجع إلى الوراء بقصد حماية مصلحة الضحية المخطوفة أو المبعدة ذلك أنه في حالة زواج القاصرة من خاطفها فلا يمكن أن تتخذ ضده إجراءات المتابعة الجزائية إلا بناءا على شكوى ممن لهم صفة في طلب بطلان عقد الزواج، ثم تراجع خطوة ثانية إلى الوراء وقال ال يجوز الحكم على الخاطف إلا بعد القضاء

[1]– الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 23.

[2]– المادة 13 من القانون رقم 11/84 المعدل بموجب الامر 02/05

[3]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،30/03/1993، المجلة القضائية، العدد الخاص، ،2001 ص 35

ببطلان العقد ، وكأن إعلان رغبة المخطوفة في الزواج من خاطفها و إبرام عقد الزواج بينهما عمل يزيل الصفة الجرمية .[1]

عند النظر إلى رضا الطرفين في حالة زواج المخطوفة أو المبعدة، يمكن أن نجده مشكوكًا فيه. فالزوج الخاطف يعلن موافقته على الزواج بالمخطوفة كوسيلة للهروب من المتابعة الجنائية، وربما يكون لديه نية لإبرام زواج مؤقت. وبالمثل، تعلن المخطوفة قبولها الزواج لتستر على نفسها. لذا، يمكن اعتبار الطرفين قد وقعا في ضغط نفسي، وبالتالي، يكون زواجهما عُرضة للبطلان في أي لحظة.

ما في الغلط قد صدر قرار عن المحكمة العليا جاء فيه:" تعتبر الكفاءة كشرط لصحة الزواج ومعناها المساواة في المركز والأخلاق."

الفرع الثاني: شروط صحة عقد الزواج العرفي

أولا: الولـــــــي كشرط لصحة الزواج

تم تنصيب الولاية في الإسلام لحماية حقوق الأشخاص الذين يعجزون عن التصرف بأنفسهم، سواء بسبب فقدان أهلية التصرف أو نقصها، وذلك للحفاظ على مصالحهم وشؤونهم. يرتكز هذا الأمر على فكرة أن الإسلام ينظر إلى المجتمع كوحدة متماسكة، ومن يعجز عن العناية بشؤونه الشخصية، يوفر الشرع له ولاية تعنى بأموره وتسعى لتحقيق مصلحته وحمايته من الضرر.

ويشترط في الإسلام، لمن يتولى إبرام عقد الزواج، أن يكون له الحق والقدرة على تأدية هذا الدور.

[1]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 66– 68.

وقد اعتبر المشرع الجزائري الولي في عقد الزواج شرطا لصحة الزواج حسب المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر 05 / 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، إلا أن حضوره رمزي بالنسبة للمرأة الراشدة البالغة ووجوبي بالنسبة للفتاة القاصر[1].

فلو أبرم عقد زواج عرفي بدون حضور ولي وحضر الزوجين لتثبيت الزواج العرفي الواقع بينهما أمام المحكمة، فإن المحكمة تتأكد من توافر أركان عقد الزواج حسب المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة.

ثانيا: الصـــــــداق

للفقهاء المسلمين أبحاث كثيرة في الصداق من حيث كونه واجبا أو غير واجب، ومن حيث كونه ركنا من أركان عقد الزواج أو شرط صحة أو فقط أثر من آثاره، ونحن وإن كنا لا نحاول أن نستعرق في تحليل هذه الأبحاث فإننا سنكتفي بالحديث عن الصداق من جوانب قليلة تهم الموضوع ومعتمدين أساسا على أحكام قانون الأسرة.

عرفه المالكية أنه ما يجعل للزوجة نظير الإستمتاع بها [2] .

أما من الناحية القانونية فقد عرفته المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري أنه: "ما يدفع نحله للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

كما نص في المادة التاسعة مكرر عن الصداق وعده شرطا من شروط الصحة، ثم أتى تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل في المادة 33 المعدلة بالأمر 05 ـ 02 ورتب على فقدان الصداق فسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه وتثبيته بعد الدخول بصداق المثل، وكأن المشرع لم يرد التأكيد على شرط الصداق والإستمرار فيه، فكأنه جمع بين الأراء والمذاهب .فلو أبرم زواج عرفي وأراد الطرفين تثبيته فإن المحكمة تتأكد من مدى توافر ركن الرضا الذي ذكرته

[1]– الأستاذ لحسين بن شيخ آث ملوثا، قانون الأسرة الجزائرية، ص 27

[2]- الأستاذ لحسين بن مرجع سابق، ص 27

المادة التاسعة من قانون الأسرة وشروط الصحة التي ذكرتها المادة 09 مكرر ومنها الصداق ومقداره فإن سمي الصداق أثناء إبرام العقد ثبت الزواج وإن لم يسم الصداق أثناء إبرام عقد الزواج فسخ إن لم يحصل الدخول ولا صداق فيه ، أما إذا حصل الدخول فيثبت الزواج العرفي بصداق المثل[1] .

ونصت المادة 17 من قانون الأسرة كذلك أنه:" في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان ذلك قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين وإذا كان بعد الدخول فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين[2].

ثالثا: الشاهديـــــن

الشهادة مأخوذة من المشاهدة وهي أن يخبر الإنسان بما رأى أو أدرك بأحد حواسه، وتعد من ضمن وسائل االثبات والبينات عند حصول التناكر والتجاحد[3].

وللشهادة عدة حكم منها إخراج النكاح من السرية واحتياط الأبضاع وصيانة للانكحة من الجحود وإثبات لنسب المولود وإثبات للحقوق والواجبات الزوجية.

واعتبر المشرع الجزائري الشهادة مطلوبة في عقد الزواج وشرطا لصحته حسب المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة ولكن لم يرتب على تخلف هذا الشرط البطلان بل الفسخ بعد الدخول طبقا لنص المادة 33 من قانون الأسرة، فلو تخلف الشاهدين في عقد الزواج العرفي ولم يحصل الدخول فسخ العقد أما لو حصل الدخول ثبتت المحكمة الزواج العرفي إذا توافرت الشروط وركن الرضا[4].

[1]– المادة 33 من الأمر 05 . 02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري

[2]– المادة 17 من الأمر 05 / 02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري

[3]– د/ محمد محده، المرجع السابق، ص 284

[4]– الأستاذ لحسين بن شيخ آث ملوثا، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص31

رابعا: إنعدام الموانع الشرعية للزواج

لقد أوردتها المواد 30 و31 من قانون الأسرة لذا المتمثلة في خلو المرأة من المحرمات الشرعية من شروط إنعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محال للعقد أي لا يكون بين الزوجين من موانع الزواج لقوله تعالى:" وأحل لكم ما وراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ". والمحرمات من النساء من الأحكام التي لا تختلف بإختلاف الزمان والمكان، فهي لا تقبل التغيير ولا التبديل، وليس فيها مجال للإجهاد ولقد أوردها المشرع في باب موانع الزواج في قانون الأسرة من المادة 23 إلى31 .

وحسب المادة 23 فإن المحرمات من النساء تنقسم إلى قسمين هما: المحرمات المؤبدة والمحرمات المؤقتة.

أ – المحرمات المؤبدة: هي ما كان سبب التحريم قائما ودائما لا يزول وتنحصر كما جاء في المادة 24 من قانون الأسرة في ثلاثة أسباب رئيسية وهي: القرابة، المصاهرة، الرضاع.

فالمحرمات بالقرابة طبقا للمادة 25 هي: الأمهات، البنات، الأخوات، العمات، الخالات، بنات الأخ وبنات الأخت.

ونصت المادة 24 على المحرمات بالمصاهرة وهم: أصول الزوجة بمجرد العقد عليها وفروعها إن حصل الدخول بها وأرامل ومطلقات أصول الزوج إن علوا وأرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا[1].

كما نصت المادة 27 على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[2].

ب – 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 وهي:

[1]– المادة 24 من الأمر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري

[2]– المادة 27 من الأمر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري

- **المحصنــة:** وهي المرأة التي ماتزال مرتبطة مع زوج آخر بعقد زواج رسمي وشرعي فهي محرمة على كل رجل إلى أن يطلقها الزوج الأول وبه تحل لغيره.
- **المطلقة ثالثا:** وهي المرأة التي طلقها زوجها ثلاث مرات وأصبح طالقها بائنا فإن الزواج منها يحرم مؤقتا وأنها لم تعد تحل له إلا إذا تزوجت رسميا مع رجل آخر ودخل بها ثم طلقها وإنقضت 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 إلا أن تنقض مدة عدتها الشرعية وهي ثلاثة أشهر بالنسبة للمطلقة وأربعة أشهر وعشرة أيام بالنسبة للمتوفي عنها زوجها.
- **أخت الزوجــة:** فلا يجوز للرجل أن يتزوج أخت زوجته التي في عصمته، ويحرم عليه الزواج معها إلا بعد أن تكون قد توفيت أو طلقها وإنقضت عدتها بإعتبار أنه لا يجوز الجمع بين الأختين في عصمة رجل واحد سواء كانت أختين شقيقتين أو أختين لأب أو لأم أو أختين من الرضاع [1].
- **الجمع بين الزوجة وعمتها أو خالتها:** وهو جمع يعني أن يتزوج الرجل على زوجته عمتها أو خالتها وهي لا تزال حية وفي عصمته فمثل هذا الزواج حرام مؤقتا شرعا وقانونا و لا يكون حلالا إلا بعد وفاة الزوجة الأصلية أو طلاقها [2].
- **تحريم زواج المسلمة بغير مسلم:** لقد نصت المادة 30 من قانون الأسرة على أنه:" لا يجوز زواج المسلمة بغير مسلم " وقال سبحانه وتعالى: " لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ." فالقانون والشرع كلاهما ينهيان زواج المسلمة بغير المسلم، فأي عقد زواج بين إمرأة مسلمة وأي رجل لا يؤمن بالإسلام يعتبر عقدا باطلا، لا يرتب أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح، ولقد حرم على المسلمة أن تتزوج غير المسلم وذلك لما للزوج من سلطات على زوجته شرعا وعرفا.

[1]– ناسلي حميدة، محاضرة بعنوان: عقود الزواج العرفية، ألقيت بمحكمة حمام ضلعة، بتاريخ2008 / 01 / 02 ، ص12

[2]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 107

والمرتدة تأخذ حكم المشركة فلا يحل الزواج بها، أما الكتابية التي تؤمن برسل هللا وتقر بالكتاب السماوي سواء كانت يهودية أو نصرانية فيحل للمسلم التزوج منها على أري الجمهور.

الفرع الثالث: أسباب اللجوء إلى الزواج العرفي

تحديد أسباب اللجوء إلى الزواج العرفي يُعَدُّ مهمة صعبة ومعقدة، تتطلب إجراء العديد من الأبحاث وتجميع الإحصاءات الدقيقة والمتنوعة. عادةً ما يتم عقد الزواج العرفي بشكل سري في كثير من الحالات، ولذلك قام الباحثون ببذل الكثير من الجهود واستخدام مختلف الوسائل لدراسة هذه الظاهرة.

ويمكن تصنيف أسباب اللجوء إلى الزواج العرفي إلى ثلاث فئات رئيسية وهي: الأسباب الدينية (أولا) والأسباب القانونية (ثانيا) والأسباب الاجتماعية (ثالثا).

أولا : الأسباب الدينية.

أولا: تُعَدُّ الأسباب الدينية من بين أهم العوامل التي تُسهم في تفشي ظاهرة الزواج العرفي، ويُمكن تصنيفها إلى نقص الوازع الديني وتلاشي القيم والمبادئ الوطنية، بالإضافة إلى السلوكيات الغريبة التي لا علاقة لها بالدين. وعلى الرغم من أهمية هذه الأسباب الدينية التي يؤكدها الأحكام القضائية والأبحاث، إلا أن التهاون فيها يعد أمرًا خطيرًا ويزيد من انتشار هذه الظاهرة، حيث إن انعدام الوازع الديني يمثل خطرًا على المجتمع ويجب العمل على إحياءه وترسيخه، وتغيب الوازع الديني حائم ولا حول لنا ولا قوة إلا بالله العظيم.[1]

ثانيا: تعد تضارب الفتوى واختلاف العلماء في الحكم الشرعي للزواج غير الموثق أحد الأسباب التي تساهم في انتشاره. يحدث هذا التضارب نتيجة اختلاف الآراء بين المفتين، حيث يجوز الزواج العرفي في رأي بعضهم، بينما يحرمه آخرون. لذلك، من الضروري توضيح القواعد والمعايير الشرعية المتعلقة بالزواج الإسلامي، بحيث يتفق الجميع على الحقيقة ويتماشون مع الضوابط الشرعية للزواج.

[1]– مجلة منبر الإسلام، عدد شهر صفر، سنة 1418هـ، ص 87 وما بعدها.

يجب أن نحرص على اعتماد أدوات التفكير الشرعي المستندة إلى الكتاب والسنة، ونتجنب المبالغة في التساهل أو الاستناد إلى زلات العلماء. فكما أن لكل جواد كبوة، فإن لكل عالم زلة في أحكامه وفتاواه. ومن يدعي أنه يحكم برأيه الشخصي في القرآن ويتجاوز حدود الله ورسوله، فعليه أن يتحمل عواقب ذلك، فإن صدقت رؤيته مرةً واحدة، فقد يخطئ آلاف المرات. لذا، ينبغي علينا تجنب المغالاة والاستناد إلى الآراء المتنازع عليها والاختلافات الفقهية، وأن نلتزم بالمنهج الشرعي السليم في فهم وتطبيق الأحكام الشرعية.

ثانيا : الأسباب القانونية.

تعد الأسباب القانونية أحد أهم العوامل التي تدفع الأفراد نحو التهرب من توثيق عقود زواجهم، خاصة بعد تعديل قانون الأسرة [1]،ويقصد بها القيود القانونية التي تفرضها الأحكام الجديدة عند إجراء عقود الزواج، حيث استحدث المشرع شروطا يتعذر على بعض الأفراد تلبيتها، مما أدى إلى تزايد ملحوظ لظاهرة الزواج العرفي. يمكن حصر الأسباب القانونية فيما يأتي:

1- القيود المفروضة على تعدد الزوجات:

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

[1]- الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون رقم 11-84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

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

عدم مراعاة الزوج لهذه الشروط القانونية الحق لكل زوجة في التطليق [1] أو فسخ عقد الزواج بالنسبة للزوجة

الثانية في حالة عدم الدخول[2].

إقران الزواج بالتعدد ليس أمرًا سهلاً كما يعتقد البعض، وخاصةً في الرأي العام الغربي المتعارف عليه. لا يكفي الاقتناع الشخصي بجوازه الشرعي وإبلاغ الزوجة السابقة، بل يتطلب ضرورة تنفيذ كل هذه الترتيبات عن طريق قرار قضائي يؤكد صحتها. وإذا لم يتم الحصول على هذا الترخيص القضائي، فإنه يجب في البداية حل الرابطة الزوجية السابقة ومواجهة تبعات ذلك.

فعلى المطلقة أن تحظى بحقها في التعويض عن التضرر الذي تكبده وعلى الحاضنة أن تتمتع بحقها في النفقة لنفسها ولأطفالها، بالإضافة إلى حقها في الحصول على مسكن مناسب للإقامة، إن عدم احترام هذه الواجبات يشكل حالة الإهمال العائلي يجرمه ويعلق عليه قانون العقوبات[3].

يجب أن ندرك أن إقامة علاقة زواجية متعددة تتطلب إجراءات قانونية صارمة ومتشددة لضمان حقوق جميع الأطراف المعنية. وينبغي على الأفراد الذين يرغبون في التعدد أن يتبعوا الإجراءات القانونية المطلوبة وأن يكونوا على استعداد لمواجهة التحديات والتبعات الناتجة عن ذلك.

وعليه كان الزواج العرفي هو السبيل الوحيد الذي يجده الزوج للتهرب من الالتزامات المترتبة على الزواج في حالة رغبته في التعدد [4] مع تمسكه بزوجته الأولى والحفاظ على أسرته

---

[1]– مادة 8 مكرر ق.أ :« في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بتطليق»

[2]– المادة 8 مكرر 1ق.أ : « يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8أعلاه»

[3]– طالع المادة 331 من قانون العقوبات

[4]– فاطمة مصطفى، الزواج العرفي، (دم)، (دن)، ط1، 1998، ص 24-26

مثلا، ويستعمل هذا الطريق كأمر واقع يصبح فيه القاضي مجبرا على تثبيت الزواج في حالة إثبات النسب[1].

في الواقع، يمكن اعتبار هذا الحل كحلاً ضعيفًا ومؤقتًا، ولا يعد حلاً مجديًا بسبب عدة أسباب. فعلى الرغم من أنه يتيح إمكانية الاحتفاظ بالعلاقة الزوجية المطلوبة وإخفاءها، إلا أنه لا يزيل التدليس الذي يمكن أن يهدد هذه العلاقة ويجعلها غير مطمئنة.

2- بسب العجز على إستكمال ملف اكتتاب عقد الزواج

يتطلب قانون الأسرة من المتقدمين للزواج تقديم وثائق إدارية، وعلى وجه الخصوص شهادة الميلاد وشهادة طبية، لإتمام عقد الزواج. وفي حالة عدم توفر أي من هذه الوثائق، يحق لضابط الحالة المدنية أو الموثق رفض تحرير الوثائق الرسمية الخاصة بالعقد.

ويأتي هذا الإجراء تفادياً لتشكيل عقود زواج غير صحيحة أو قانونية. فباستبعاد أي وثيقة غير متاحة، يتمضن القانون في حفظ سلامة وصحة العقود الزوجية وضمان توافقها مع المتطلبات القانونية.

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

---

[1]- منير إدعيس، منتدى لمناقشة قانون الأسرة الجديد، الجزائر، .21/03/2007 الموقع :

www.amangordan.org.mebek

[2]- جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الميزان الإسلامي، مراجعة علي أحمد عبد العال، الطهطاوي، الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص96.

[3]- بدوي علي، مرجع سابق، ص161.

بالنسبة لموظفي الأمن وأفراد الجيش الشعبي الوطني والدرك الوطني إن القوانين الخاصة التي يخضعون لها تلزمهم بالحصول على ترخيص مسبق بعد فحص اجتماعي حول العائلة المراد مصاهرتها، إن استصدار الرخصة من الهيئة المستخدمة قد يأخذ وقتا طويلا كما قد ينجم عنه رفضها لأسباب موضوعية، كل ذلك يشكل في وسط هذه الفئة من أعوان الدولة دافعا لمجانية الزواج الرسمي والموثق وفقا للقانون.

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

ثالثا: الأسباب الاجتماعية.

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

1- تفاعل العوامل النفسية والاقتصادية.

إن انتشار ظاهرة العنوسة في المجتمع الجزائري يدفع الشباب، خاصة الشابات إلى السعي على عدم التأخر عن الزواج كرغبتهن في الزواج مباشرة بعد إتمام الدراسة، لأن التقدم في السن يعتبر بالنسبة للأنثى عائق من عوائق الحياة، هذا الاعتقاد، الذي تساهم فيه مكانة المرأة في مجتمعنا، هو دافع مميز يقف وراء تقبل الزواج العرفي وانتشار الانحرافات الجنسية[2].
تواجه الشباب في الآونة الأخيرة صعوبات مادية كبيرة تعد من أبرز العوائق التي تعرقل الزواج، مما يدفعهم إلى اللجوء إلى الزواج العرفي. وتشمل هذه الصعوبات ظاهرة ارتفاع تكاليف

[1]- طالع النص الكامل للمادة 7 ق.أ.

[2]- فاطمة مصطفى، المرجع السابق، ص 30-32

الزواج، مثل ارتفاع تكاليف المهور، فضلاً عن تفشي البطالة وتدهور المستوى المعيشي للجزائريين، وعدم توفر الإسكان الملائم.

هذه العوامل تمثل عقبات تقف في طريق الزواج الرسمي، وتدفع الأفراد إلى اللجوء إلى الزواج الغير الموثق للتسهيلات التي يوفرها. وتحتاج هذه المسألة إلى اهتمام ومعالجة جادة من قبل الجهات المعنية، لتوفير بيئة مناسبة وداعمة للشباب لتحقيق رغباتهم في الزواج الرسمي، بما في ذلك توفير فرص عمل مناسبة وتحسين المستوى المعيشي وتخفيض التكاليف المرتبطة بالزواج.

2- الانحلال الأخلاقي والثقافي.

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

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

تناقص دور الثقافة الإسلامية بين الشباب وهو أمر واضح في مناهج التعليم بمراحلها المختلفة، وفي وسائل الإعلام المتنوعة، والثقافة المتواجدة على الساحة.

من بين العوامل المهمة التي ساعدت على انتشار الزواج العرفي، وفي ظل غياب أو تراجع الثقافة الإسلامية الموضحة سابقًا، يأتي الاختلاط المباح بين الشباب والشابات دون رقابة

[1]- جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الميزان الإسلامي، مراجعة علي أحمد عبد العال، الطهطاوي، الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص96.

أو حدود ولفترات طويلة وغير مبررة. يشعر الرجال والنساء على حد سواء بالتوتر النفسي تجاه هذه العلاقات غير الشرعية، ويزيد هذا الشعور من الصراع الداخلي لديهم ويولد لديهم شعورًا بالذنب وعدم قبولية هذه العلاقة في المجتمع. ومن أجل تخفيف هذا الضغط، يحاولون إيجاد مخرج ومبرر خارجي في صورة الزواج العرفي لتبرير استمرار هذه العلاقة.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على عقد الزواج العرفي

إن الزواج العرفي ونظرا لطابعه الخاص، إذ أنه يفتقد إلى شرط شكلي يستوجبه القانون يجعل آثاره متميزة لا تنحصر فقط في الزوجين ولكن تمتد إلى أطراف أخرى، فسنتناول في هذا المبحث الآثار التي يرتبها عقد الزواج العرفي بوصفه واقعة مادية وقانونية معترف بها بالنسبة للزوجين في المطلب الأول وبالنسبة للأبناء الناتجين عن هذا الزواج والمجتمع في مطلب ثاني

المطلب الأول: آثاره بالنسبة للزوجين

إن عقد الزواج يهدف في جوهره إلى حماية وصون الزوجين وتأمينهما، والحفاظ على استمرارية الجنس البشري، ومنع اختلاط الأنساب. عندما يتم عقد الزواج بشكل صحيح وفقًا لجميع أركانه وشروطه، فإنه يترتب عليه آثار تتعلق بحقوق وواجبات الزوجين. وفي هذا السياق، سنتناول آثار الزواج الرسمي لنرى ما إذا كانت هذه الآثار مماثلة في الزواج العرفي.
نظم المشرع آثار عقد الزواج بعد إكتمال أركانه وشروطه في المواد من 36 إلى 39 من قانون الأسرة وجعل بعضها مشتركا بين الزوجين وخص بعضها بزوج واحد.

الفرع الأول: الواجبات المشتركة

إن الواجبات التي تقع على عاتق الزوجين من أجل إنجاح العلاقة الزوجية واجبات كثيرة ومتنوعة نظرا لأهمية هذا العقد وحساسيته في بناء المجتمع، وقد ذكر المشرع هذه الآثار في نص المادة 36 من قانون الأسرة حيث جاء أنه: " يجب على الزوجين:

1-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

2-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

3-المحافظة على روابط القرابة والتعاون مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف".

ويمكن تلخيص هذه الواجبات في ضرورة المعاشرة بالمعروف بما يحقق السكن والمودة والرحمة، وذلك عن طريق الإحترام المتبادل، وتقاسم الأعباء من أجل صيانة مصلحة الأسرة، والإشراف على تربية الأبناء التربية الإسلامية الصحيحة.[1]

وتقابل ذلك حقوق ناتجة عن طبيعة عقد الزواج وتناولها المشرع في نصوص متفرقة:

1- حل المعاشرة بين الزوجين وإستمتاع كل منهما بالآخر في إطار ما أذن به الشرع وفي ذلك إحصان للزوجين وعصمة لهما من إرتكاب الزنا المحرم شرعا وقانونا[2].

2- التوارث بين الزوجين، فمن توفي منهما حقيقة أو حكما ورثه الزوج الآخر لقوله تعالى: «ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين» [3]

3- حرمة المصاهرة فلا يجوز للزوج التزوج بأصول الزوجة وبفروعها إذا حصل الدخول بها ولا يمكنها الزواج بأصوله وفروعه.

الفرع الثاني: الحقوق والواجبات المستقلة

وهي الحقوق والواجبات التي يستقل بها كل طرف فلا تثبت هذه الحقوق إلا إذا قام الطرف الآخر بواجباته.

إذ نصت المادتين 37 و38 من قانون الأسرة على حقوق الزوجة المتمثلة في:

النفقة: عرفت المادة 78 من قانون الأسرة النفقة على أنها تشمل:» الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة «. وشروط وجوب النفقة نصت

[1]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص198.

[2]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص161.

[3]- سورة النساء، الآية 12.

عليها المادة 74 من قانون الأسرة وهي الدخول بالزوجة والعقد الصحيح على المرأة ويضيف الفقهاء شرطا آخر وهو صالحية المرأة للمتعة[1].

زيارة أهلها من المحارم وإستضافتهم 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 للروابط العائلية والأسرية، وتقوية لصلة الرحم.

حرية التصرف في مالها وهذا الحق ضمنته لها الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: للرجال نصيب مما اكتسبوا و للنساء نصيب مما اكتسبن » وهو ما أكدته المادة 38 من ق الأسرة[2]

كذلك للزواج العرفي آثار سلبية على الزوجين يمكن حصرها فيما يلي:

أولا: بالنسبة للحقوق المالية:

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

إن حق الزوجة في النفقة كما سبق ذكره يكون مستحقا من يوم الدخول، غير أنه وفي حالة إمتناع الزوج عن أداء النفقة لزوجته، وتقدمت إلى العدالة للمطالبة بحقها فإن عليها أولا أن تثبت العالقة الزوجية القائمة بينها وبين المدعى عليه، وإلا فإن دعواها لا تقبل لإنعدام صفتها والصفة من النظام العام فحتى ولو أقر الزوج بعقد الزواج العرفي وأعترض على طلب النفقة فإن 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 أنه:

[1]– المواد 37 و38 و74 من الأمر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري

[2]– المادة 38 من الأمر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري

" طالما لم تثبت الزوجة علاقة الزوجية فإنها تبقى بدون صفة ومطالبتها بحقوقها المالية تكون غير مؤسسة إذا طالبت بإثبات علاقة الزوجية والنفقة و فشلت في إثبات عقد زواجها " [1]. 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.

ثانيا: الحقوق غير المالية:

إن عدم الحصول على وثيقة تثبت العلاقة الزوجية يعرضها للإنكار ويمنع الطرف الآخر من الاحتجاج بها للمطالبة بالحقوق المالية وحتى في المتابعات الجزائية. على سبيل المثال، إذا تزوج شخص بشكل عرفي وترك مقر الزوجية لأكثر من شهرين، فهل يمكن للزوجة متابعته بتهمة ترك المقر الزوجي وفقًا لقانون العقوبات؟ وإذا كانت الزوجة حاملاً، هل يمكن لها متابعته بتهمة إهمال الزوجة الحامل؟ وإذا علمت أنه في علاقة غير شرعية، هل يمكن متابعته بتهمة الزنا؟

من الضروري لأي متابعة قضائية من هذا النوع وجود عقد زواج شرعي وقانوني صحيح يربط بين الزوجين، ويجب أن يُرفق نسخة من هذا العقد مع الشكوى. إذا لم يكن هناك عقد زواج مثبت، فقد يتم رفض المتابعة القضائية. لذلك، يجب على الزوجة أولاً تثبيت عقد زواجها لتتمكن من متابعة أي قضية قانونية في هذا الصدد.

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

-التأكد من براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب.

تهيئة الفرصة لتمكين الزوج من مراجعة زوجته.

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 07/02/1987، المجلة القضائية ،1990، ال عدد،03 ص 65

-إعلان حزن الزوجة على زوجها المتوفي[1].

فيما يتعلق بالعدة، يتوجب على الزوجة أن تتبع إجراءات التسجيل أمام قاضي الأحوال الشخصية لتثبت وجود الطلاق بينها وبين زوجها. ونظرًا لأن الواقعتين (عقد الزواج العرفي والطلاق) غير مسجلتين رسميًا، فإن ذلك قد يؤدي إلى حدوث بعض المشكلات والتعقيدات الناتجة عن هذا الوضع.

المطلب الثاني: آثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للأبناء والمجتمع

إن الزواج العرفي عقد مشروع رتب له المشرع آثار تتعدى أطرافه الأصليين لتمس الأبناء فتترتب عليه حقوق للأولاد تطرق لها المشرع في مواد قانون الأسرة، حيث تناولت المادة 36 من قانون الأسرة حق تربية الأولاد وهذا من خلال الاهتمام بتكوين الطفل من الناحية النفسية والعاطفية ونشأته بصفة سليمة وحق الحضانة الذي جاءت به المادة 62 من قانون الأسرة وعرفته بأنه[2]:

"رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا "، وحق النفقة والذي تناولته المواد 75 76 و 77 من قانون الأسرة، والحق في النسب الذي بينته المادة 40 من قانون الأسرة.

وفيما يتعلق بحق الأبناء في النسب وفي أن يلحقوا بأبيهم، فإن الزواج العرفي يعرض هذا الحق للعديد من العقبات والتحديات. فغالبًا ما يتعرض حق الولد في النسب وفي إثبات أبوته لأبيه في حالة الزواج العرفي للإنكار والشك أكثر من الزواج الرسمي. ولذلك، سنقوم بمناقشة هذا الحق ومحاولة توضيح سلبية الزواج العرفي على تحقيق هذا الحق.

[1]- تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة2010، العدد رقم ،01 ص 62

[2]- المادة 62 من الأمر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري

الفرع الاول: آثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للأبناء (حق النسب)

إذا كان نسب الولد لأمه ثابت بسبب الحمل المرئي والولادة وذلك بقطع النظر عن كونه ولدا شرعيا أو ولد زنا، فإن نسبه إلى والده ليس دائما سهلا.

والشريعة الإسلامية حصرت طرق إثبات النسب في الزواج الصحيح، الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة أو الإقرار أو البيئة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نص في المادة 40 من قانون الأسرة:

يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيئة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح ثم فسخه بعد الدخول "، وقبل التطرق إلى هذه الطرق نتناول مفهوم النسب.

عرف القضاء النسب بأنه القرابة الناشئة عن صلة الدم بالتناسل وهو يكسب المقر به حقوق ويرتب عليه واجبات كالنفقة على ذوي قرباه المحتاجين ويمكنه من مزاحمة الورثة في الإرث ويجري عليه ما يجري عليهم من موانع الزواج الناشئة عن القرابة.

والنسب حق لكل من الزوجين لأنه يضمن التناسل الذي يعتبر من أغراض الزواج الرئيسية ويثبت بـ:

أولا – إثبات النسب بالزواج الصحيح

إن الولد يمكن أن ينسب إلى والده من الزواج الصحيح متى كان الزواج شرعيا ومتى أمكن الإتصال بين الزوجين ولم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة – كالملاعنة–ومتى حصلت ولادته خلال أقل مدة للحمل وأقصاها، كما قال الرسول عليه الصلاة والسلام: " الولد للفراش وللعاهر الحجر[1]."

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها إذ جاء فيه:

حيث أنه قد يحدث أن يكون هناك زواجا عرفيا قام الزوجين بتسجيله بعد مدة من الدخول على أساس أنه زواج رسمي وبعد أن تكون الزوجة قد حملت بالمولود، وإن حدث

[1]– عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، سنة2000. ، ص 1421

وأنجبت بعد ثلاثة أو أربع شهور من تاريخ العقد الرسمي المسجل فهنا لا يمكن إسناد نسب الإبن لأبيه 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[1]، حتى يتمكنان من تسجيل ميلاد المولود و إثبات نسبه بصفة قانونية لوالديه وهنا لا يتوان الكثير من وكلاء الجمهورية في متابعة الزوجين جزائيا بجنحة الإدلاء بقرارات كاذبة و معاقبتهم وفقا للمادة 223 من قانون العقوبات[2].

فإذا كانت ولادة المولود أثناء 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 وهنا يضيع نسب الولد. وقد يحدث أن يكون الزوج متأكدا بأن الولد الذي أنجبته زوجته من زواج عرفي ليس ابنه ولا يقوم بنفيه بالطرق الشرعية (الملاعنة) ويتغاضى عن ذلك ظننا منه أنه غير ممكن لزوجته أن تثبت زواجه العرفي منها ولكن إذا سعت الزوجة وأثبتت الزواج هنا ينسب له الولد وهو ليس منه لأنه فوت مواعيد الملاعنة لأن دعوى اللعان لا يعتد بها خارج الآجال القانونية المحددة شرعا وقانونا.

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: " من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

ومن المستقر عليه قضاء أن 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 وتمسكه بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

---

[1]– نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، مرجع سابق، ص.222

[2]– المادة 223 من الأمر 66 . 156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري

فإن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد لأبيه عرضوا قرارهم لتناقض مع أحكام المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة وأخطئوا في تطبيقها ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار " [1] كما جاء في قرار آخر أنه : "من المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل هي 06 أشهر وأن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا ، وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ، ومن المستقر عليه قضاءا أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز 08 أيام من يوم العلم بالحمل . ومن الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر، وأن قضاة الموضوع أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد ، فإنهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج و إلحاق النسب للأم أخطئوا في تطبيق القانون وخالفوا أحكام المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة مما يستوجب نقض القرار"[2].

أما في حالة وقوع الولادة بعد إنقضاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة وإتيان الزوجة لولد ليس بين أقل وأكثر مدة للحمل وإنما بعد مضي أكثر من عشر شهور أي بعد إنقضاء أقصى مدة للحمل التي حددها القانون فأنه لا يمكن إسناد نسبه إلى هذا الزوج المتوفى أو المطلق.

لكن الإشكال الذي يطرح في الزواج العرفي هو صعوبة إثبات النسب عند وقوع الطلاق عرفيا.

من المستقر عليه قضاء أن المدة القانونية لنفي النسب لا تتجاوز 08 أيام ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة وأن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة وأن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن."[3]

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،03/12/1984، مجلة قضائية، ،1990 العدد ،01 ص 83

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ،28/10/1997 مجلة قضائية، العدد الخاص، ،2001 ص70.

[3]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 23/11/1993، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001، ص 64

ثانيا: ثبوت النسب بالزواج الفاسد:

وخلصنا أولا إلى أن النسب في الزواج الفاسد يثبت للأب حسب الشريعة الإسلامية ووفقا للقانون وقد جاء في المادة 40 من قانون الأسرة. ترى المادة 33 فنصت على أنه إذا تم الزواج بدون ولي أو صداق أو شاهدين يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه و المادة 34 نصت على أن الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده [1].

وجاء في قرار للمحكمة العليا: " المحصنة تحرم على الزوج الثاني وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب"[2]

وحسب هذه المواد إذا تبين الفساد قبل الدخول فسخ الزواج دون صداق ويعتبر كالعقد الباطل لا أثر له، أما بعد الدخول فالمرأة تستحق صداق المثل ويثبت به النسب.

والعقد الباطل يبطل قبل أو بعد الدخول و يترتب عليه ثبوت النسب أيضا [3]

ولقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا " ولا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسد شرعا [4]

وبالتالي نقول إن 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.

فالزواج العرفي قد يكون فاسدا نتيجة عدم توفر ركن من أركانه، كعدم توفر الشروط المطلوبة في شروط العقد وذلك لعدم مراقبتها من طرف موظف مختص.

يعد الزواج العرفي في كثير من الأحيان مصدرًا للنكاح الفاسد، خاصة عندما يتعلق بالزيجات بين المحارم. قد تحدث حالات تزوج فيها الرجل أو المرأة عدة مرات عرفيًا في مناطق مختلفة،

[1]- المادة 33 و34 من قانون الأسرة الجزائري

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 24/02/1986، غير منشور

[3]– العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 153

[4]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 25/06/1984، غير منشور

وينجبون أطفالًا وقد يقع هؤلاء الأطفال في الحب ويقومون بإقامة زواجهم دون معرفة وجه التحريم. وعندما يتم كشف فساد هذا الزواج، يتم إلغاؤه سواء قبل دخوله القانوني أو بعده. ومع ذلك، إذا نتج عن هذا الزواج أطفال، فإنه يتم الاعتراف بهم قانونيًا وتحديد النسب بينهم، مما يؤدي إلى تفريق الأزواج وحرمان الأطفال من الرعاية العائلية، وذلك على الرغم من حسن نية الزوجين.

إن المتمعن في الأسباب القانونية التي يترتب عليها فساد العقد يدرك بأنه من النادر أن تكتشف قبل الدخول وذلك لكون أن هذا العقد لا يبرم أمام موظف مختص يعرف الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج، لذا فإن سبب فساد العقد عادة ما يكتشف بعد الدخول[1]، وقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه:

متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق 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 فإنه قد يكون في حالة الزواج العرفي سببا لضياع الأنساب واختلاطهم ولوجود فئة من الأولاد محرومة من الرعاية العائلية.

ثالثا : ثبوت النسب بنكاح الشبهة:

نكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، وليس بناءا على عقد زواج صحيح أو فاسد.

[1]– مازن إسماعيل هنية، إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد 17 –، سلسلة الدراسات الإسلامية، يناير 2009 ، العدد01. ، ص 52

فموقف القانون يتضح من خلال نص المادة 40 من قانون الأسرة، فالقانون ذهب إلى ما ذهب إليه الفقه ورتب على نكاح الشبهة ثبوت النسب[1]، وهذا ما يتأكد من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي جاء فيه:

من المقرر قانونا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبنكاح الشبهة ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون[2].

وعلى العموم فإن نكاح الشبهة إن كان يحتمل وجوده قبل سنين طويلة فإنه من النادر وقوعه اليوم إلا في المناطق النائية.

رابعا – ثبوت النسب بالإقرار

قد نصت المادة 44 من قانون الأسرة على أنه يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهولي النسب ".

وللإقرار شروط منها:

1 – أن يكون الولد مجهول النسب.

2 – أن يكون الولد أتي من علاقة شرعية، سواء أكان نكاح صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة.

3 – ألا يكذبه العقل أو العادة.

4 – أن يصدقه المقر له على إقراره إن كان أهلا لذلك وضرورة تصديق المحمول عليه النسب[3].

وقد جاء في نص المادة 45 من قانون الأسرة أن الإقرار بالنسب على الغير لا يملكه المقر ولا يلزم غيره إلا بالتصديق له، كما أن الآثار الناتجة عن هذا الإقرار منصرفة إليه دون

[1]– تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، مرجع سابق ن ص71

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 21/05/1991، مجلة قضائية، 1994، العدد 02، ص 56.

[3]– المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري

غيره من الأقارب، وبناء عليه إذا كان المقر ببنوة الغلام هي الزوجة أو المعتدة فيشترط مع ما ذكر أن يوافق زوجها على الإعتراف ببنوته له أيضا أو أن تثبيت ولادتها له من ذلك الرجل لأن فيه تحميل النسب على الغير فلا يقبل إلا بتصديقه أو ببينة.

ويبطل الإقرار إذا صرح المقر بأن الولد إبنه من الزنا لأن الزنا لا يصلح سببا لإثبات النسب.

وهذا الإقرار بالبنوة أو الأبوة حالة نادرة على مستوى محاكمنا لأن الإقرار وحده لإلحاق النسب من الأمور الخطيرة والتي تتيح الفرصة أمام العلاقات المشبوهة والمحرمة، .... وهذا ما دفع المشرع إلى وضع قيد على رفع هذه الدعاوى يتمثل في ضرورة إثبات قيام العلاقة الزوجية[1].

وبالتالي في الزواج العرفي لا يمكن إثبات النسب بالإقرار إلا بعد تثبيت الزواج، وبالتالي يبقى الإقرار في النسب لا يقبل على مستوى محاكمنا إلا إذا قدم المدعي مع طلبه عقد زواج مسجل لدى الحالة المدنية.

خامسا – إثبات النسب بالبينة (الشهادة):

ونوع البيئة التي يثبت بها النسب هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفة، وشهادة رجلين فقط عند المالكية وجميع الورثة عند الشافعية والحنابلة، والشهادة[2].

وقد ورد النص على إثبات النسب عن طريق البيئة في المادة 40، وعليه فإذا إدعت إمرأة أنها حملت من زوجها وولدت في غيابه مثلا أو في حضوره فأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها، أو إعترف بالولادة كواقعة مادية وأنكر أن يكون الولد الذي بين يديها هو نفسه الذي ولدته، ففي هذه الحالة يحق للزوجة أن تثبت بالشهود ما ينكره الزوج، والإثبات هنا ليس إثبات نسب لأن النسب يثبت بالفراش ولكن النزاع الحقيقي قائم على حصول الولادة فبالإمكان شرعا

[1]– كمال صالح البنا، الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2005، ص 331

[2]– د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، إعادة للطبعة الثالثة، دار الفكر، سورية، 1996، ص426

وقانونا إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن عملية الولادة أو الأطباء أو الممرضات أو القابلات إذا وضعت حملها في المستشفى وكذلك إلى إثبات الولد نفسه

أما بالنسبة للزواج العرفي نعتقد أن هذه الوضعية قد تكون نتيجة عزوف المتزوجات عرفيا إلى اللجوء للمستشفيات من أجل الولادة بها لأنها تكون غير قادرة على إثبات زواجها أمام المصالح الإستشفائية وتكون وضعيتها كوضعية الأمهات العازبات واللجوء نتيجة ذلك إلى الولادة بالبيت وخصوصا في المناطق الريفية والنائية قد يحول دون توفر شاهدة على هذه الواقعة المادية لأن القابلة ترفض الإدلاء بشهادتها خوفا من المتابعة على أساس ممارسة مهنة دون رخصة مما يؤدي لضياع نسب الولد ليس لسبب إلا أن زواج ولديه كان عرفيا[1].

دعوى إثبات النسب:

تعلم أن دعوى إثبات النسب أو إلحاق نسب شخص إلى آخر هي في الأساس دعوى مثل غيرها من الدعاوى المدنية العادية التي ترفع أمام المحاكم للفصل فيها لكن كيف يلجأ المدعين إلى القضاء لإثبات النسب؟

بما أن الزواج العرفي هو زواج صحيح قائم بكل أركانه ينقصه فقط التسجيل لدى الحالة المدنية وهذا التسجيل يمكن الزوجين من إستخراج وثائق تثبت صفتهما، بالتالي فالمرأة المتزوجة عرفيا لما تتقدم إلى المستشفى من أجل الولادة، تطلب منها وثيقة تثبت الزواج كالعقد أو الدفتر العائلي وبما أن زواجها غير مسجل فهي بالضرورة لا تملك ما يثبت زواجها، فلما يولد المولود سوف يقيد على إسم والدته وهنا لما تستخرج شهادة ميلاد هذا الولد نجدها بإسم أمه ولأب مجهول هذا رغم إقرار الأب و تصريحه بأن الولد منه لكن لا يقبل منه ذلك ، غير أن المشرع لم يضع نصوص تحد من هذه الطريقة ، لأننا إذا سجلنا الولد بإسم أمه ناتج عن علاقة زواج شرعية فإننا نعرض سمعته و سمعة والدته للأقاويل إضافة للعراقيل التي تعترضه أمام أية جهة إدارية لذلك من المستحسن جعل الأصل هو تثبيت النسب ..... لأن إستخراج شهادة ميلاد

[1]– دوهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 428

لأب مجهول مساس بشرف الإبن وعائلته وسوف يصحهها بعد ذلك بحكم قضائي مما يجعله يبقى مدى الحياة يتحمل نتيجة عمل خارج عن إرادته[1].

ولو لا حظنا قانون الحالة المدنية في المادة 62 نجد أن المشرع نص على قبول التصريح سواء من الأب أو الأم أو من له مصلحة، لكن على مستوى البلديات لا يقبلون سوى تصريح الأب[2].

وقد لاحظنا عمليًا أن الأب المجهول، عندما يكون مهتمًا بشهادة الميلاد، يتقدم عادة بطلب إلى وكيل الجمهورية لتصحيح لقبه بعد أن يكون قد أثبت الزواج العرفي بين والديه. وفي هذا السياق، هناك بعض القضاة الذين يؤكدون عدم وجود نزاع في هذه الحالة ويقومون برفض الاختصاص، بينما يوجد اختلاف بين القضاة في قسم الأحوال الشخصية عندما يتعلق الأمر بمثل هذه القضايا. ويحكم البعض بإثبات النسب في مثل هذه الحالات.

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

نقول إن دعوى إثبات النسب قد تكون دعوى أصلية منفردة، تهدف أساسا إلى إثبات النسب ذاته، فهنا تكون الدعوى بوضع عريضة عادية لدى كتابة ضبط المحكمة مع إرفاق الدعوى بعقد زواج رسمي سجل لدى مصالح الحالة المدنية، وهذا لإثبات صفة المدعي وعدم تعرض الدعوى لعدم القبول لإنعدام الصفة.

[1]– تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية، مرجع سابق، ص 66.

[2]– المادة 62 من قانون الحالة المدنية الجزائري

الفرع الثاني: آثار الزواج العرفي على المجتمع

إن طرفي عقد الزواج العرفي يعتبران زوجين من الناحية الشرعية والقانونية، بالتالي تنتفي عن العلاقة القائمة بينهما صفة العقد الباطل أو الفاسد أو العلاقة المحرمة، غير أنه بالرغم من ذلك فإن لهذا العقد آثار خطيرة تمس بالمجتمع يمكن إيجازها في مجموعة من النقاط فبالنسبة للعدالة إن كثرة الزواج العرفي في المنطقة جعل عدد القضايا الناظرة فيها المحكمة عديدة خاصة فيما يتعلق بإثبات عقد الزواج العرفي ونظرا لسهولة إثباته و غياب الوازع الديني و الخلقي لدى بعض الأشخاص فإنهم قد يلجؤون إلى الغش لإثبات العقد و متى توفرت أركان عقد الزواج شكليا فإنه لا يسع المحكمة إلا الأمر بتثبيته ، وبالتالي إعطاء مراكز قانونية لأشخاص وترتيب حقوق لغير مستحقيها ، كأن يكون شخص على عالقة غير شرعية بإمرأة وبعد وفاته تدعي أنها متزوجة منه عرفيا وتقدم للمحكمة شهود زور وعلى أساسها تثبت علاقة الزواج فالمحكمة تقرر علاقات غير شرعية بحكم الظاهر وتعطيها صفات لا تتوافق في الحقيقة مع الشرع والقانون في الوقت الذي تعجز فيه الزوجة الحقيقية عن إثبات عقد زواجها[1].

بالنسبة لمسألة الاحتجاج بالعقد العرفي، يعترف هذا العقد قانونيًا وشرعيًا. ومع ذلك، فإن الاحتجاج به من قِبل الزوجين لا يكون ممكنًا إلا بعد تسجيله كما تم ذكره سابقًا. ولكن هل يمكن للأطراف الأخرى الاحتجاج به والمطالبة بتثبيته؟

كان يتزوج شخص زواجا رسميا ثم بعد ذلك يتزوج زواجا عرفيا، دون أن يعلم زوجته الأولى كما يستوجب القانون في المادة الثامنة من قانون الأسرة، وحيث أن الزواج دون إعلام الزوجة يخول لها الحق في طلب التطليق[2].

تنتج بعض الآثار نتيجة للزواج العرفي عندما يتم تجاهل تسجيله في سجلات الحالة المدنية.

[1]– عبد الكريم مامون، نظام الزواج العرفي، دراسة نقدية، مرجع سابق، ص98

[2]– عبد الكريم مامون، نظام الزواج العرفي، المرجع نفسه، ص 99

يعتبر هذا الإجراء بسيطًا ويمكن أن يوفر للأفراد الحاجة إلى اللجوء إلى إجراءات أكثر تعقيدًا لتسجيل زواجهم، خاصةً عندما يواجهون مشكلة في تقديم نسخة من شهادة عقد الزواج المعترف بها رسميًا. لذا، يلجأ الأفراد إلى إثبات زواجهم العرفي وتسجيله بوسائل أخرى. يمكن للأزواج أن يستخدموا الأدلة المختلفة لإثبات وجود الزواج، مثل شهادات الشهود، الوثائق القانونية ، بهدف الحصول على تسجيل رسمي لزواجهم والاستفادة من الحقوق والامتيازات المتعلقة بالحالة الزوجية.

الفصل الثاني
طرق اثبات الزواج العرفي

المبحث الأول طرق إثبات الزواج العرفي

قبل التطرق إلى طرق إثبات الزواج العرفي وجب أولا تعريف الإثبات بمعانيه الثلاث:

لغة من الفعل، ثبت ثباتا، ثبوتا، فيقال ثبت الشيء أي استقر والتثبيت أي الحجة[1].

المعنى الفقهي للإثبات هو إقامة الحجة الشرعية أمام القاضي على صحة واقعة متنازع عليها.

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

وبناءً على أهمية وخطورة النزاع المتعلق بواقعة الزواج، فقد أذن الشرع بثلاث طرق لإثباتها وهي: الإقرار، أو البيئة، أو اليمين والنكول عنه. لذا، سأخصص المطلب الأول لشرح إثبات الزواج العرفي عن طريق الإقرار، وفي المطلب الثاني سأتطرق إلى إثباتها عن طريق البيئة، وأخيرًا، في المطلب الثالث سأتحدث عن إثباتها من خلال استخدام اليمين والنكول عنه.

المطلب الأول : الإقرار

يعتبر الإقرار من بين أقوى وسائل الإثبات، وهو يحظى بلقب "سيد الأدلة" أو ما يُعرف أيضًا بالشهادة على النفس. سنقوم في هذا المقال بشرح الإقرار في ثلاثة فروع متتالية. يتضمن الفرع الأول تعريفًا للإقرار، بينما يتناول الفرع الثاني شروط الإقرار، ويستعرض الفرع الثالث قوة وحجية الإقرار كدليل قانوني.

[1]– المعجم العربي، ص 237

[2]– محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،1998

الفرع الأول: تعريف الإقرار

أولا: لغة:

من القر وهو البرد والقرور من النساء التي تقربها، والقرار مستقر الماء في الروضة[1] وأقره الله تعالى وهو مقرور، وأقر دخل فيه، ويوم القر يلي يوم النحر [2] والإقرار ضد الجحود وذلك أنه إذا أقر بحق فقد أقره قراره[3].

كما يقصد به الاعتراف بإنشاء تصرف أو ثبوت حق.

ثانيا: شرعا

وهو الاخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه وبذلك يخرج من مدلول معنى الإقرار ما يدعيه الخصم [4]، أو هو إخبار عن حق ثابت على المخبر بغيره [5] ، فلو كان لنفسه كانت دعوى الإقرار[6].

ثالثا: في الاصطلاح القانوني

هو واقعة مادية تنطوي على اعتراف شخص أو إعلان صداقة بحق عليه لأخر سواء عن قصد أو لم يقصد به[7].

كما عرفه أحمد عبد الرزاق السنهوري بأنه اعتراف شخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد[8].

---

[1]– ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص 3578–3579

[2]– الفيروز أبادي، ج2، ص 114.

[3]– ابن فارس، ج 5، ص 8

[4] – ممدوح عزمي، الزواج العرفي، مرجع سابق، ص 57.

[5]– الكهوجي (عبد الله بن الشيخ حسن الحسن زاد المحتاج بشرح المنهاج حققه وراجعه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، (دم)، ط1، 1989ص 269

[6]– ابن عابدين (محمد أمين) حاشية رد المحتار على الدار المختار دراسة وتحقيق، عادل أحمد عبد (د.ط)، (د.ت).

[7]– محمد كمال الدين إمام الزواج في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 213

[8] – عبد الرزاق صنهوري، المرجع السابق، ج2، ص 471.

كما نصت عليه المادة 341 قانون مدني جزائري بأنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة "[1].

الفرع الثاني: شروط الإقرار

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

أولا: الشروط الواجب توفرها في المقر

أ) أن يكون المقر عاقلا بالغا فلا يجوز إقرار المجنون والمعتوه.

ب)صدور الإقرار إرادة خالصة لا إكراه فيه من شخص يقضي في صحو تام فلا يصح إقرار المكره وكذا السكران لأنهما وإن كانا مكلفين إلا أنهما محجور عليهما في المال[2]، لقوله تعالى: إلا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ " آية 106 النحل، إذ جعل الإكراه مسقطا لحكم الكفر فالأولى الإقرار في حال الإكراه، وذهب الحنابلة إلى انه لا يصح إقرار المكره، إلا أن يقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الإقرار بزواج إمرأة فيقر بأنه زوج للأخرى[3].

ج) أن يكون المقر جادا غير هازل وأن لا يكون محجور عليه بسنه أو عقله أو منهما في إقراره، لأنه وإن كان مكلفا فهو محجور عليه في المال جاء في الانصاف يصح الاقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه[4].

---

[1]– أمر رقم 5–8 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون 05–2005 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[2] – ابن عابدين، ج8، ص 353

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

[4]– المرداوي، المرجع السابق، ص 115

ويضيف القانون شروط أخرى وهي:

-أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية، مدعى بها سواء كانت الواقعة تصرفا قانونيا أو واقعة مادية كالإقرار بالزواج وأن يكون محل الإقرار لا يكذبه الواقع، كأن تقر إمرأة بأنها زوجة لرجل آخر قبل أن تولد.

- وأن يكون غير مخالف للنظام والآداب العامة، كإقرار الرجل بأن هذه المرأة خليلته فلا يثبت زواجه بهذا الإقرار كما لا يثبت نسب الولد الناتج عنه[1].

-أن يكون الإقرار أمام مجلس القضاء وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى وهذا طبقا لنص المادة 431 قانون مدني، فإن كان أمام جهة رسمية كالموثق فإنه لا يعتد بهذا الإقرار[2] .

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في المقر له:

أ) أن يكون المقر له معلوما ومحددا تحديدا كافيا.

ب)أن تصدق المرأة الرجل لإقراره حالة كونه المقر والعكس صحيح.

ج) أن تكون الزوجة حلا للرجل في إقراره إذا كان هو المقر وأن يكون الرجل حلا للمرأة إذا كانت هي المقرة.

ثالثا: الشروط الواجب توفرها في المقر به

المقر به هنا هو الزوجية كعلاقة قائمة بين الطرفين، لذا يجب ان يكون الزواج ممكن بين المقر والمقر له بأن لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبد أو مؤقت، كما أن يكون المقر به ملكا للمقر وأن يكون مشروعا وأن يكون معلوما[3].

رابعا: الشروط الواجب توفرها في صيغة الإقرار:

أ) أن تكون صيغة الإقرار موجزة غير معلقة على أي شرط.

---

[1]- عبد الرزاق صنهوري، المرجع السابق، ج2، ص 483-486

[2]- أمر رقم 5 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون 05-2005 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[3]- الكوهجي، المرجع السابق، ج2، ص 275-277

ب) أن تكون الصيغة مثبتة للحق المقر به.

ج) أن تكون صادقة أمام القضاء بالعبارة.

كما أن الإقرار ينقسم حسب القواعد العامة للإثبات إلى نوعين:

1. **الإقرار غير القضائي:** وهو الذي تم خارج مجلس القضاء يعلن فيها الشخص على سبيل المثال، أن فلانة هي زوجته، سواء كان ذلك بالكتابة أو بالقول. ويتولى القاضي احترام وتقدير مدى صحة هذا الاعتراف، ويقوم بتقديره وفقًا لظروف القضية والأدلة المتاحة.
2. ويظهر مثل هذا النوع من الاقرار في الزواج العرفي عند تحديد موثق لها يسمى بعقد توثيق الزواج في الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين أو الآباء أو من له مصلحة كما يظهر الإقرار بزواج بناءا على طلب الزوجين معا والإرادة الحرة لكل

منهما، وليس بالإرادة المنفردة لإحدهما.

2 .**الإقرار القضائي:** هو اعتراف الخصم بواقعة قانونية أمام القضاء، مثل اعتراف الزوج بوجود علاقة زوجية بالمدعى عليها. يُعتبر الإقرار دليلاً قوياً في القضاء، ويستخدم لإثبات الزواج العرفي في الفقه وفي القانون الجزائري.

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

الفرع الثالث: حجية الإقرار

سنتطرق لها من ناحيتين:

1 .من الناحية الفقهية

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

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

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

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

الإقرار يُعتبر حجة قوية وملزمة للمقر وورثته العامين، ولكنه لا يمتد للآخرين. إذا كان الإقرار يُعتبر تصرفًا قانونيًا، فإن تأثيره يقتصر على المقر ويمتد أيضًا إلى ورثته كخلفاء عامين. وبالتالي، يكون الإقرار بواقعة الزواج صحيحًا وملزمًا على الزوج والزوجة وورثتهما، ولهم الحق في تقديم الدليل اللازم لإثبات عدم صحة الإقرار. وبالرغم من ذلك، فإن المحاكم والهيئات القضائية لا تعتبر الإقرار وحده كوسيلة كافية لإثبات الزواج العرفي، نظرًا لطبيعته الخاصة والاجتماعية المميزة التي تميز بها عقد الزواج العرفي عن غيره من العقود، فما فائدة إثبات الزواج العرفي اعتمادا على وسيلة الإقرار ولا يكون بعدها إلا حجة على المقر وورثته؟

في حين أن الزواج في حد ذاته يتطلب الإعلان والاشهار وعلم الناس به بغلق منافذ الظن والخوض في الأعراض والتقول على المتزوجين عرفيا ورميهم بالزنا من طرف الناس الذين لم يصل إلى علمهم زواج، فإذا كان الإقرار طريقا لإثبات الزواج في الفقه فهل يعتد القانون الجزائري به كوسيلة لإثبات الزواج العرفي؟

من خلال قرارات المحكمة العليا، وجدنا أنها لا تعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، ولعل السبب في ذلك يعود لطبيعة عقد الزواج وخصوصيته لاسيما فيما يتعلق بآثاره الخطيرة، والتي لا تتوقف عند المتزوجين بل تتعداهما الى النسل الناتج عن هذا

[1] – فارس محمد عمران الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2001، ص 41

[2] – الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية المرجع السابق، ص 18

الزواج، كما أنه لو اكتفى القضاء باثبات الزواج باقرار الزوجين فإن هذا لا يؤدي إلى ذيوعه وشيوعه، ويحول دون تحقق القاضي من توافر أركان الزواج ومدى اشتهاره واعلانه[1].

المطلب الثاني : إثبات الزواج العرفي بالبينة

إن من الخصائص التي يتميز بها عقد الزواج في الإسلام الشهادة عليه عن طريق شهود عدل ساعة إبرام العقد وتحريره وذلك لضمان شرعيته واثباته من جهة أو انكاره وجحوده من جانب أحد المتعاقدين من جهة أخرى، كما أنها تعد أحد أهم طرق إثبات الزواج، ولهذا السبب فقد قسمنا هذا المطلب الى أربعة فروع، يتضمن الفرع الأول تعريف البينة وأنواعها، في حين يستعرض الفرع الثاني شروط البينة. يتناول الفرع الثالث قضية الرجوع عن الشهادة، أما الفرع الرابع فسيتم التركيز فيه على نصاب الشهادة.

الفرع الأول: ماهية البيئة وأنواعها

أولا: ماهية البينة

قبل الشروع في هذه التفاصيل يجب علينا أولا معرفة معنى البيئة في اللغة والشرع ثم الاصطلاح القانوني فيمايلي:

1 لغة:

وهي الشهادة [2] ، أو البيان وهو ما يتبين الشيء من الدلالة وغيره[3] ، وبان الشيء وأبان اتضح وانكشف فهو بين[4] ، وأبان الشيء فهو بين، واستبان الشيء ظهر والتبين الإيضاح والوضوح [5] ، وفلان بين من فلانة أوضح منه[6].

2. البينة شرعا

[1]– بكوش يحي، المرجع السابق، ص 276

[2]– المعجم العربي، المرجع السابق، ص 368

[3]– ابن منظور، مرجع سابق، ج1، ص 406، باب الباء كلمة بين

[4]– ابن فارس، مرجع سابق، ج1، ص 327، الفيروز أبادي، مصدر سابق، ج4، ص 201، فصل باب النون.

[5] – ابن منظور، مرجع سابق، ج1، ص 406.

[6] – ابن فارس، مرجع سابق، ج1، ص 328.

المراد بها هي الشهود أو الشاهد وهي شهادة رجلين أو رجل وإمرأتين ويقال: الإثبات بالبينة أي شهادة شاهدي عدل على حدوث واقعة معينة كثبوت الزوجية[1]. إن المقصود بالبيئة الحجة والدليل والبرهان سواء كانت منفردة أو مجملة وهي أهم من البيئة في اصطلاح الفقهاء [2]

3. البينة قانونا:

لم يعرف القانون البينة غير أنه من مفهوم نصوصه القانونية نصل أنه يقصد بها الشهادة، ويقصد بها أيضا إخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص وبعده مما يترتب عليه أثر في الشرع أو القانون[3] ، ويمكن تعريفها بأنها أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة يقرون ما عاينوه أو سمعوه من الوقائع، وهي بذلك دليل مباشر.

ثانيا: أنواع الشهادة:

والبيئة ثلاث أنواع البيئة المباشرة والبيئة السماعية، والبيئة بالسامع.

1. البينة المباشرة:

الأصل في الشهادة هو أن تكون مباشرة، حيث يقوم الشاهد بشهادة الأمور التي رأى أو سمعها بنفسه. يتميز الشاهد بأنه يشهد على وقائع يعرفها شخصيًا، سواء رآها بعينه أو سمعها، ومن ثم يأتي إلى مجلس القضاء ليشهد بما شاهده أو سمعه.

عادةً، تكون الشهادة شفهية حيث يقوم الشاهد بإعطاء الشهادة من ذاكرته، يروي ما رآه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى. ومع ذلك، في ظروف استثنائية، قد يكون بإمكان الشاهد تلاوة شهادته المكتوبة أو ضمها إلى ملف القضية للاعتماد عليها.

إذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة، كأن يدلي الشاهد بما عاينه صورة شخصية ومباشرة أثناء إنشاء واقعة الزواج العرفي بما في ذلك معرفته لطرفي العقد من

[1]– محمد ممدوح عزمي، الزواج العرفي، ص 58

[2] – ابن القيم الجوزية (شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر) إعلام الموقعين، راجعه وقدمه وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد، مطبعة النهضة، طبعة جديدة، (دت)، ج1، مصر، ص 90.

[3]نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995، ص 181.

زوج الزوجة ومكان وظروف إبرام عقد الزواج من رضا الزوجين ووجود ولي وتسمية الصداق[1].

والشهادة المباشرة وهي التي يقرر فيها الشاهد في مجلس القضاء بالواقعة المشهود بها ، والمراد إثباتها، وذلك أن حدوثها تم تحت سمعه وبصره وتسمى الشهادة من الدرجة الأولى[2]

2. البينة السماعية: تسمى هذه الشهادة بالشهادة من الدرجة الثانية أو الشهادة عن الشهادة في الفقه الإسلامي. في هذا النوع من الشهادة، يقوم الشاهد بإدلاء شهادته بناءً على ما سمعه من شخص آخر الذي شاهد الحادثة أو الواقعة المراد إثباتها.

في القانون الإسلامي، الشهادة السماعية جائزة وتعتبر شهادة أصلية. ومن القواعد الفقهية في الشهادة على الشهادة أنها لا تجوز إلا بالإنابة، وذلك يعني أنه إذا سمع الشاهد ما قيل من قبل شاهد آخر، فإن شهادته السماعية لا تُقبل إلا إذا أشهدها الشاهد الأصلي الذي شاهد الحادثة أو الواقعة بنفسه.

3. الشهادة بالتسامع : هي شهادة بما يتسامعه الناس وهي عكس الشهادة السماعية التي يمكن تحري مصدر الصدق فيها وتحميل صاحبها مسؤولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره، فالشهادة بالتسامع صاحبها لا يروي عن شخص معين ولا عن الواقعة بالذات بل يشهد بما يتسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير في شأنها فهي غير قابلة للتحري، ولا يتحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما شهد به [3]، كالقول مثلا قيل أن فلان تزوج فلانة[4].

الفرع الثاني: شروط أداء الشهادة

[1]قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 24/09/1984، مجلة قضائية، ع1، ص 64.

[2]عبد الحميد الشواربي الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 378

[3]بكوش يحي، المرجع السابق، ص 190-191

[4]عبد الرزاق صنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، المجلة ،1 دار النهضة العربية، القاهرة، 1988 ص 413 -

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

أولا: شروط ترجع إلى الشاهد:

1 .الأهلية: أي ينبغي أن يكون الشاهد بالغا وقت أداء الشهادة فلا تقبل شهادة المجنون ولا السكران ولا شهادة الطفل لعدم حصول الثقة[1].

فقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون الشاهد بالغا وعاقلا وقت أداء الشهادة وقد حدد المشرع من الشاهد 21 سنة في المادة 33 من قانون الحالة المدنية يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل [2]

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

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

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

أن لا يكون الشاهد غير مقبول الشهادة شرعا : لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا شهادة المتهم"، والتهمة إما أن تكون فسق الشاهد، أو وجود صلة خاصة بينه وبين المشهود عليه

[1] ابن قدامة، مصدر السابق، ج 12، ص27، الونشريسي (أبو العباس احمد بن يحي)، عدة البروق في جمع ماضي المذهب من المجموع والفروق، دراسة وتحقيق حمزة أبو فارس، دار العرب الإسلامي، بيروت، لبنان، (دت)، (دط)، 502

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

[3] - ابن قدامة، المرجع نفسه، ج7، ص 340

النائحة المغنية مدمن الشراب والمخنث ومن يقامر بالنرد والشطرنج.... أي كل من لا تفترض فيه العدالة ويكون معروفا بسوء السيرة وذهاب الأخلاق.

ثانيا: شروط ترجع إلى الشهادة:

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

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

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

وهذا الموقف يتضح في كثير من قرارات المحكمة العليا نذكر على سبيل المثال قرار 29/09/1992 ملف رقم 84334 السماع شهود الزواج أمام الموثق بتكليف من القضاة خطأ في تطبيق القانون ولما تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع بما كفلوا الموثق بسماع شهود

[1]– ابن قدامه المرجع السابق، ج12، ص 64–69

[2]– المجلة القضائية، ع2، سنة 1991.

[3]–المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر)، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الفكر بيروت، لبنان، (دت)، ط 2 ج 7، ص 433.

الزواج المدعي به يكون قد تخلوا عن المسألة تتعلق باختصاصهم لأنه لا يمكن للموثق أن يقوم بذلك"[1]

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

رابعا: أداء الشهادة إن سماع الشهود يكون أمام المحكمة، طبقا للأوضاع المقررة قانونا لذلك، فلا عبرة بأي شهادة يحصل الإدلاء بها خارج مجلس القضاء ولو كان ذلك أمام موظف عام مهما علت درجته طالما أنه ليست له ولاية القضاء، وهذا ما اتجهت إليه المحكمة العليا في قرارها صدر بتاريخ: 11/12/1989 أهم ما جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الشهادة الشرعية في إثبات الحق او نفيه عن الشخص هي التي تؤدى أمام القاضي ويتخذ في شأنها إجراءات نص القانون عليها كتحليفهم ومعرفة ما إذا كانوا أهلا للشهادة والتحقق من توفر شروط الأداء فيهم، وهناك شهادة أخرى يشهد أصحابها أمام موظف مختص لتلقي شهادات معمول بها قضاءا، ويحكم بناءا عليها ومن القضاة من يحضر أمامه أشخاص هذه البيئة التي تلقاها الموثق، ويحلفهم قبل أن يحكم بما شهدوا وعليه إذ لم يكن في القضية سوى الإثبات بالبيئة،

[1]– المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 44.

[2]– عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 166

[3]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 30/04/1990، مجلة قضائية، 1992، ع2، ص 64.

فالقاضي هو الذي يستمع للشهود، فإذا استمع إليهم غيره وبنى حكمه على شهادتهم كما هو الحال هنا فإن حكمه يكون قائما على أساس غير قانوني.

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

أما وظيفة القاضي فيما يتعلق بالشهود تتمثل في عدة نقاط. أولاً، يطلب من الشهود التأكد مما إذا كانوا حاضرين في جلسة العقد ويتأكد من عددهم لضمان وجود عدد كافٍ من الشهود لصحة الشهادة. ثم يتحقق من هوية الشهود عن طريق بطاقات التعريف ويستفسر عن درجة القرابة بينهم وبين الخصوم، كما يتطلع إلى تأدية الشهود اليمين القانونية. بعد ذلك، يبدأ القاضي في استجواب الشهود بشأن معرفتهم بالخصوم وحضورهم في حفل الزواج أو فاتحة الزواج، ويسألهم من كان مسؤولاً عن إبرام عقد الزواج العرفي ويستفسر عن التواريخ والتفاصيل المتعلقة بالزواج العرفي، ويستفسر أيضًا عن المهر وما إذا كان مؤجلاً أو مقدمًا. في النهاية، يحرر القاضي محضرًا يتضمن جميع التفاصيل والشهادات، ويستنتج قراره بناءً على الأدلة والشهادات والوقائع المقدمة.

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

[1]– قرار المحكمة العلياء المرجع السابق، ع2، ص 62

الفرع الثالث: حكم الرجوع عن البينة

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

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

إذا كان رجوع الشاهد عن شهادته قبل صدور الحكم بتثبيت الزواج العرفي الحالي يستبعد القاضي شهادته ولا يقضي بها لبطلانها بتراجعه عنها، وان لم يصبح الحكم نهائيا، فيجوز تصحيح الوضع على مستوى درجات التقاضي الأخرى، لكن كيف يكون الوضع إن صار الحكم نهائيا، ورتب أثاره كاملة خاصة إن كان الزوجين متوفيين فهل يجوز في هذه الحالة طرح المسألة من جديد على القضاء، والتحقيق في هذا الزواج من جديد؟

وكيف سيكون موقف القاضي حيال الشاهد الذي تراجع عن شهادته كونه وقع ضحية إيهام من الغير على أن فلانة زوجة فلانة، فهل تتابع النيابة هذا الأخير جزائيا بتهمة شهادة الزور؟ وكيف يكون ذلك ونحن نعلم حسب الشريعة الإسلامية والقواعد العامة للإثبات أن الشهادة السماعية لا تحمل صاحبها المسؤولية الشخصية عما أدلى به لأنه نقل كلام عن غيره من الناس، ولم ينقل واقعة عاينها بسمعه وبصره هو شخصيا.

وفي هذه المسألة بالذات يمكن استنتاج الحل من خلال موقف المحكمة العليا التي استقرت على أن حكم القاضي بإثبات واقعة الزواج له حجية مؤقتة، على خلاف بقية الأحكام التي لها حجية مطلقة، وذلك في قرار لها صادر بتاريخ: 15/12/1998، أهم ما جاء فيه: " حيث أن اثبات واقعة الزواج ليس لها حجية الشيء المقضي فيه حسب مفهوم المادة 338 من القانون المدني، باعتبار واقعة الزواج العرفي لها حجية مؤقتة[1] فمن خلال هذا القرار يمكن استنتاج أنه متى توفرت الأدلة التي تؤدي إلى خلاف ما انتهى إليه الحكم الذي استوفى طرق الطعن، يمكن رفع دعوى جديدة لنفي ما انتهى إليه الحكم الأول.

الفرع الرابع: نصاب الشهادة

أولا: نصاب الشهادة في الفقه:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الشهادة على النكاح تكون برجلين ذكرين، ولا تجوز شهادة النساء إلا في الأموال[2].

وذهب الحنفية إلى أن الشهادة تتم بشهادة رجلين ذكريين، أو رجل وإمرأتين عدلين [3] لقوله تعالى: " وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدلٍ مِنْكُم الآية 2 من سورة الطلاق.

ثانيا نصاب الشهادة في القانون:

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

قرار في: 08/10/1984 ملف رقم 34137: من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن اثباته يكون بالبيئة القاطعة .... والشهادة

[1]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 15/12/1998، المجلة القضائية، عدد . عدد خاص، 2001، ص 56.

[2]– ابن قدامه المرجع السابق، ج 12، ص 7.

[3]– المرغيناني المرجع السابق، ص 370

المعتبرة في الزواج شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية[1].

ملف رقم 88856 في 23/02/1993 إن حضور شاهد واحد، لا يكفي للقضاء بصحة الزواج العرفي[2].

المطلب الثالث : إثبات الزواج العرفي عن طريق النكول عن اليمين

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

الفرع الأول: تعريف النكول عن اليمين:

اليمين بوجه عام هو قسم أو حلف بالله أو أسمائه، ولا يجوز سواها، يلتزم بأدائها المدعي عليه متى طلبها المدعي، يترتب عليها ثبوت الحق في ذمته إن حلفها. واليمين قول يتخذ فيه الحالف بالله شاهدا على صدق ما يقول [3]، وعرفه بن عرفة بقوله اليمين قسم أو إلتزام[4].

أما عند الفقهاء وأهل الدين فإن اليمن توجه في الزواج لأن النكول عندهما إقرار لا بذل، لذلك فإن إدعى شخصان واقعة زواج فادعى الزوج بوجوده فإن أقرت المرأة قضي وصح الزواج وكان صادقين ولكن إذا ما نكلت ووجبت على الزوج البيئة وذلك حسب المبدأ القائل: "البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر[5].

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

[1]– المجلة القضائية، ع4، 1981.

[2]–المجلة القضائية، ع2، 1996.

[3]– نبيل السعد، المرجع السابق، ص 224

[4]–الرصاع، مصدر سابق، ص 206

[5]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص316.

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

الفرع الثاني: حجية اليمين

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

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

وخلاصة القول فإنه إذا كانت الشريعة الإسلامية تعتمد على كل من الإقرار والبيئة والنكول عن اليمين لإثبات الزواج العرفي فإن القضاء الجزائري يركز على شهادة الشهود بالدرجة الأولى، أما اليمين فيلجأ إليها لتدعيم وتأكيد شهادة الشهود في حالة وفاة أحد الزوجين، أما الإقرار القضائي فلا يعتد به إطلاقا عكس الإقرار الغير القضائي الذي يتم التصريح به أمام الموثق، والذي تعتد به محاكمنا ومجالسنا القضائية في إثبات واقعة الزواج العرفي الغير المتنازع عليه.

---

[1]–أمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون 05–2005، المؤرخ في يونيو 2005، ص 73

[2]– بكوش يحي، مرجع سابق، ص 335

المبحث الثاني: تسجيل عقد الزواج العرفي

جرت العادة منذ القدم أن عقود الزواج تُبرم بمجرد إقامة الفاتحة وبحضور الإمام والجماعة، وكان يُعتبر ذلك أمرًا دينيًا. ولم يكن هناك الزام قانوني لتوثيق تلك العقود عند موظف رسمي مختص، مما أدى إلى وجود العديد من عقود الزواج غير المُسجلة رغم صدور عدة قوانين تحث على ضرورة تسجيل جميع عقود الزواج التي تمت في السابق ولم يتم الإعلان عنها.

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

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

المطلب الأول: النصوص التي تناولت تسجيل عقد الزواج العرفي

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

الفرع الأول: القوانين الصادرة قبل الاستقلال

من بين هذه القوانين مايلي:

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

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

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

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

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

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

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

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

صدر هذا القانون خلال سنة 1957، ويتعلق بإثبات وتسجيل عقود الزواج المنعقدة في الجزائر طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية، وقد نص على ذلك المادتين الثالثة والرابعة منه على وجوب تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية بموجب حكم من رئيس المحكمة في

[1] بداوي على مقال عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني، 2ع، ص 33

[2] عبد الله شناح الزواج العرفي مذكرة نهاية التربص بالمعهد الوطني للقضاء، سنة 1993، ص 5.

[3] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط2، دار هومة، الجزائر، ص 18–19

غرفة المشاورة بناءا على طلب الزوجين أو طلب أحدهما، وأن الحكم الصادر لا يقبل أي طريق من طرق الطعن".

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

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

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

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

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

ونص في المادة الثانية على دور ضابط الحالة المدنية في تسجيل عقد الزواج في سجلاته، وتسليم الزوجين دفترا عائليا، أما إن تم الزواج أمام القاضي، وجب عليه أن يثبت ذلك

[1]– عبد الله شناح، المرجع السابق، ص 7.

[2]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 18–19

في وثيقة العقد، ويسلم المعنيين شهادة بإنعقاد الزواج ثم يرسل نسخة منها إلى ضابط الحالة المدنية خلال (03) أيام على أن يسلم لزوجين دفترا عائليا.

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

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

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

الفرع الثاني: القوانين الصادرة بعد الاستقلال

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

[1]– عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 22–24.

أولا: مرسوم رقم 1621266 الصادرة في 13/12/1962.

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

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

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

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

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

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

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

بحيث نهى في المادة الخامسة على أنه لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج ويطالب بما يترتب على الزواج من آثار، ما لم يقدم عقد الزواج محررا ومسجلا في سجلات الحالة المدنية[1].

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

غير أن هذا النص لم يبين كيفية التسجيل ولا شروطه، وبقيت أحكامه تطبق الإجراءات التي نص عليها قانون 777/57 الصادر في 11/07/1957. [2]

أهم ما يمكن قوله ان هذا القانون كان يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود 1962 الزواج المبرمة قبل صدوره، وبذلك فإن بحل مشكلة العقود المبرمة بعد سنة وحتى تلك التي أبرمت بين الفترة الممتدة بين 01/11/1954 و 05/07/1962 وفاتها ميعاد السنة طبقا لم نص عليه المرسوم 126-62.

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

كما أن الدكتور عبد العزيز سعد يذهب إلى إمكانية معاقبة الزوجين وممثليهما الشرعيين وكل الاشخاص الذين يساهمون في إبرام عقد زواج لفتيان وفتيات لم يبلغوا السن المحددة في القانون، وما يزال بالإمكان اعتبار زواجهما باطلا أو قابلا للإبطال حسب الأحوال، أو اعتباره

[1]- عبد الله شناح المرجع السابق، ص 6

[2]- عبد العزيز سعد المرجع السابق، ص 155

زواجا صحيحا بعد البلوغ أو بعد حمل الزوجة ويمكن تسجيله هو نفسه كان قد أبرم خلال فترة التي لم يبلغ الزوجان أو أحدهما فيها السن القانونية المحددة [1]

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

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

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

والمتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد مدون في سجلات الحالة المدنية، وذلك بموجب حكم صادر عن رئيس المحكمة، بناءا على طلب من يعنيه الأمر [3]

وقد تضمن هذا الأمر تسعة مواد كما انه ألغى ضمنيا الأمر 72-69: قنص في المادة الأولى منه على أن كل قرآن انعقد قبل صدور هذا الأمر ونتج عنه أولاد ولم يكن موضوعا لأي إجراء ولا لأي محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية يمكن أن يقيد في هذه السجلات.

---

[1]- عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 30.

[2]- أمر رقم 6-72 المؤرخ في 16/09/1969 يتضمن استثناء لما نصت عليه المادة 05 من قانون رقم 63-224 في 29/06/1963 المتعلق بإثبات الزواج.

[3]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 28.

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

أما إذا تعلق الأمر بزواج الجزائريين بالجزائريات بالأجانب والأجنبيات، وليس لهم موطن دائم في الجزائر، فإنه يجب أن يوجه طلب إلى البعثات الديبلوماسية، أو القنصلية الجزائرية التي يوجد المسكن في دائرة اختصاصها، والذي يوجه الطلب إلى رئيس محكمة مدنية الجزائر مصحوبا برأيهم وذلك بعد إجراء تحقيق ويتميز مضمون هذا الأمر بأربع ميزات وهي أنه لا يكتفي بتسجيل عقود الزواج التي تتم داخل الوطن بل يتعداه إلى عقود الزواج التي تتم خارجه بين الجزائريين والأجانب، كما وكل الاختصاص بتسجيله المحكمة الجزائر العاصمة ويشترط بذلك أن هناك أطفال ناتجين عن هذا الزواج، وقد نص هذ 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[1]

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

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

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

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

[1]– عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، مرجع سابق، ص 154–155.

[2]– بداوي علي المرجع السابق، ص 34

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

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

وهذا الأمر يطبق بأثر فوري ومستقبلي بنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة بعد دخوله حيز التطبيق ويمكن القول بأن المادة 39 من الأمر السابق، أشمل مقارنة مع المادة الأولى من الأمر 71-65 إذ وبأنها تضمنت تسجيل . جميع حالات الزواج سواء تلك التي نتج أو لم ينتج عنها أولاد[1].

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

هذا القانون عالج مسألة تسجيل عقود الزواج ولم يختلف معه أمر 02-05 المعدل له حيث تنص المادة 22 منه يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة[2].

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

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

[1]- أمر رقم 70-0 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية بص 220.

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

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

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

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

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

المطلب الثاني : إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي

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

[1]- عمر زودة، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية بمعهد الوطني للقضاء، 2003، ص 75.

[2]- أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/ فبراير 2005 المعدل للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ص 15

الفرع الأول: تسجيل الزواج العرفي الغير المتنازع فيه

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

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

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

وعليه فحسب ما جاء في المادة72 قانون الحالة المدنية فإنه إذا وقع انعقاد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية يتعين على الزوجين تحضير ملف يتكون من: نسخة من شهادة الميلاد الأصلية للزوجين لا يتجاوز مدتها 03 أشهر شهادة عزوبة للزوجين شهادة طبية بعدم حمل الزوجة نسخة من بطاقة التعريف الطرفين، وبعد أن يتاكد ضابط الحالة المدنية من الهوية الكاملة للطرفين ومن رضا الزوجة وسماع وليها الشهود المرافقين لهما ووجود الصداق، يقوم بتسجيل هذا في سجلات الحالة المدنية فورا بعد توقيع الطرفين والولي والشهود على السجل، ثم يسلم الزوجين دفترا عائليا يؤكد ويثبت صحة وشرعية العقد وتسجيله.

[1]– عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، مرجع سابق، ص 16

[2]– عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 128.

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

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

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

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

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

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

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

وتلك التصريحات يدونها الموثق ضمن وثيقة تعرف بالإقرار بالزواج أو تقارير الزواج إن هذا الإقرار لا يرقى إلى مرتبة العقد، ولا يمكن أن يكون وسيلة لإثبات الزواج فهو مجرد إقرار

غير قضائي أو تصريحات تتم أمام جهة رسمية، تلزم الطرفين فقط ولكن عادة ما يستند إليها هؤلاء للمطالبة بتثبيت عقد الزواج.

وتطبيقا لأحكام نص المادة 39 من قانون الحالة المدنية فإن الجهة المختصة بنظر طلبات تثبيت الزواج هي محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود والتي كان يمكن تسجيلها فيها، بمعنى دائرة اختصاص مقر احد الزوجين أو كلاهما، أو محل إقامتهما وعليه يمكن لأحد الزوجين أن يرفع طلبا إلى رئيس المحكمة، وذلك عن طريق تقديم عريضة دون مصاريف، على أن يكون طلبه مكتوبا على ورقة عادية يوجهه إلى وكيل الجمهورية يتضمن البيانات المتعلقة بعقد الزواج وبدواعي تسجيله ومرفوقا بالوثائق والإثباتات المادية والمتمثلة في: شهادتي ميلاد الزوجين شهادة عدم تسجيل الزواج بالحالة المدنية، شهادة عزوبة بالنسبة للزوجين، شهادة طبية بحمل أو عدم حمل الزوجة، نسخة من بطاقتي تعريف الزوجين وثيقة الإقرار بالزواج، ووجود هذه لا يحول دون ممارسة القاضي لسلطته في مراقبة المعلومات المدلى أو المصرح بها أمام الموثق، على أساس أنه بعد تكوين الملف يقوم وكيل الجمهورية باستدعاء الأطراف، وسماع الشهود والتأكد من صحة الوثائق المقدمة.

وزيادة على اركان وشروط الزواج التي يتطلبها القانون وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وكذلك المادة التاسعة من قانون الأسرة هناك شروط أخرى تتعلق بزواج فئة معينة من الأشخاص هذه الشروط منها ما نص عليها القانون ومنها ما نصت عليها تنظيمات داخلية.

- بالنسبة لزواج القصر:

فإن قانون الأسرة نص على أهلية الزواج وحدد سنه بالمادة السابعة منه والتي جاء فيها بأن تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تاكدت قدرة الطرفين على الزواج. وبذلك فإنه من جهة لا يمكن إبرام

عقود الزواج دون بلوغ السن القانون ومن جهة أخرى أقر المشرع بإمكانية وقوعه قبل ذلك، أين أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج لمصلحة أو ضرورة[1]

- بالنسبة للزواج المبرم مع الأجانب:

على أن الأجنبي في نظر القوانين الوطنية هو كل شخص لا يحمل الجنسية الجزائرية حتى ولو كان ينتسب إلى الشعب الجزائري في عروبته أو ينتمي إليه في إسلامه أو يشترك معه في حضارته وسائر مقوماته، وقد صدر قرار من وزارة الداخلية بتاريخ: 11/02/1980 تضمن أنه لا يجوز لضابط الحالة المدنية بالبلدية ولا للموثق بالمحكمة إبرام عقد الزواج أجنبي إلا بعد الحصول على رخصته أو موافقة مكتوبة من الوالي[2].

- بالنسبة لزواج موظفي الأمن والأفراد الجيش الشعبي الوطني:

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

وكل واحد من العسكرين العاملين ضمن هيئة الدرك الوطني أو المجندين ضمن نظام الخدمة الوطنية وبموجب مناشير ومراسيم خاصة سواء تلك الصادرة عن الأمن الوطني او الدفاع الوطني فإنه لا يمكنهم عقد زواجهم مع أي شخص آخر سواء كان جزائريا أو أجنبيا إلا بعد أن يحصل هو الآخر على رخصة أو إذن بالزواج من والي ولاية وذلك وفقا للإجراءات المتعلقة بزواج الأجانب[3].

[1]- عبد العزيز سعد الزواج والطائق في قانون الأسرة الجزائرية، ص 53.

[2]- عبد العزيز سعد الزواج والطائق في قانون الأسرة الجزائرية، ص 53.

[3]- عبد العزيز سعد الزواج والطائق في قانون الأسرة الجزائرية، ص 53.

وإذا كان العسكري اخفى صفته العسكرية وعقد زواجه دون رخصة مسبقة فإنه سيعرض نفسه إلى المتابعة الجزائية بتهمة ارتكاب جريمة الإدلاء بتصريحات كاذبة بالإضافة لإجراءات التأديبية التي يمكن أن تسلطها عليه الهيئة المستخدمة وعليه يمكن القول بأن الزواج المعلق على تقديم رخصة أو إذن بالزواج حسب الحالات السابقة الذكر، زيادة على أركان وشروط العقد الشرعية والقانونية، يمكن تسجيله بسجلات الحالة المدنية، غير أن الطلب المرفوع أمام وكيل الجمهورية والمتضمن إثبات الزواج وتسجيله يختلف بين حالتين وهما: الحالة التي يعلق فيها الزواج على رخصة والحالة التي يعلق فيها على رخصة أو الإذن على أن تسجيلهما يختلف بين الحالتين.

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

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

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

تنص المادة 99 من ق.ح.م إذا لم يسجل العقد بسبب عدم التصريح به، فإنه إما أن يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة، أو الحصول على حكم من رئيس المحكمة مدينة الجزائر يقضي بتسجيله في السجلات القنصلية". كما تنص المادة 100 من ق.ح.م يختص رئيس محكمة مدنية بإصدار حكم بتصحيح عقود الحالة المدنية الرسمية والمحررة في الخارج، ضمن الأوضاع المحلية والخاصة بالجزائريين.

والعقد المصحح بهذه الكيفية يسجل تلقائيا بطلب من النيابة العامة في السجلات القنصلية [1]

من خلال قراءتنا لهذه النصوص يمكن استخلاص إجراءات تسجيل عقود الزواج الواقعة في الخارج حسب قواعد الشريعة الإسلامية ولم تحرر أمام الموظف

المؤهل قانونا لذلك فيمايلي:

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

1. تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا أو ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية لمحكمة الجزائر العاصمة يرفق الطلب بشهادة ميلاد الزوج وشهادة

ميلاد الزوجة، كذلك يصحبان معها شاهدين بالغين ممن حضرا مجلس العقد أو حفل الزواج.

2. يقوم وكيل الجمهورية بإعداد عريضة يقدمها إلى رئيس المحكمة، والذي يصدر

أمرا بتسجيل عقد الزواج بعد أن يتحقق من توافر أركانه الشرعية أو يقضي برفض تسجيل عقد الزواج، إذ لم يتوافر على ما يثبت صحته من الناحية الشرعية القانونية.

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

الفرع الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه:

إذا وقع نزاع حول واقعة الزواج بين زوجين أو بين من لهم مصلحة شرعية وقانونية في ذلك، وكان أحدهما يدعي قيام الزواج شرعا وقانونا، والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه أو صحته، فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة

[1]– أمر رقم 70–220 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

[2]–عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، مرجع سابق، ص 16

المختصة، وإذا تمكن المدعي من إثبات الزواج وحكمت المحكمة بقيام الزواج وعندما يصح الحكم نهائيا يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية [1]

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

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

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

أن هذه الدعوى لا تواجه اعتداء في شكل مخالفة لالتزام، وإنما تواجه اعتراض للحق أو المركز القانوني [2]

أولا اختصاص واجراءات رفع دعوى إثبات الزواج

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

[1]– عبد العزيز سعد الزواج والطائق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 369.

[2]عمر زودة، مقال تعليق حول التطبيقات القضائية للمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية، المجلة القضائية، 2001، ع01، ص 38.

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

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

وفي حالة وجود عقد الزواج ويتعلق النزاع بصحته أو عدم صحته شرعا أو قانونا أو في حالة ما تعلق النزاع بعدم وجوده أصلا يعود الاختصاص إلى قاضي الأحوال الشخصية للمحكمة موطن المدعي عليه إذا لم يتفق الطرفين على خلاف ذلك. وإن كانت المحاكم تخلط بين الزواج المتنازع فيه وغير المتنازع فيه وترجعها جميعا الى قاضي الأحوال الشخصية والذي يرفض إعادة النظر في الدعاوى التي لا تتضمن نزاع لأن الحكم يفصل في النزاع القائم بين المدعى والمدعي عليه حول قيام الزوجية.

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

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

ثانيا: شروط رفع دعوى اثبات الزواج

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

1. **الشروط الموضوعية لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي:**

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

– وأهلية التقاضي تعني صلاحية الشخص لمباشرة الاجراءات أمام القضاء، والقاعدة العامة أن يكون الشخص الطبيعي أهلا للتقاضي ببلوغه سن الرشد والتي حددت بـ19 سنة كاملة بالنسبة لكلا الزوجين وهذا ما نصت عليه المادة السابعة فقرة أولى قانون الأسرة الجزائري[1]

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

[1]– نمر 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة

[2]– بوبشير محمد امقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، ص 76–79.

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

ب. الصفة : صفة المتقاضي تتمثل في كونه على علاقة مباشرة بالشيء المدعى به، والصفة في الزواج ترفع من طرف أحد الزوجين ضد الآخر الذي أنكرها إذا كانا على قيد الحياة معا، أو من الزوج الباقي على قيد الحياة ضد ورثة الزوج المتوفي، أما في حالة وفاة الزوجين معا فترفع من ورثة أحد الزوجين ضد ورثة الزوج الآخر. والصفة هي الجانب الشخصي للحق في الدعوى.

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

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

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

[1]– نور العمروسي أصول المرافعات الشرعية في الأحوال الشخصية، إبراهيم محمد السيد وشركاء، الإسكندرية، ط2، ص 222

[2]– قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو يتضمن قانون الأسرة معدل ومتهم بالأمر 02–05 المؤرخ في 27 فبراير 2005

الدعوى الهدف منه تعزيز رقابتها على مصالح الأفراد وضمان تطبيق السليم للقانون وتحقق السير الحسن للعدالة وتدعيم مركزها أكثر كحامي للصالح العام.

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

وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 459 قانون الأسرة الجزائري والادارية: لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى امام القضاء مالم يكن له مصلحة في ذلك. وتظهر المصلحة في دعوى إثبات الزواج العرفي من صاحب المصلحة أحد الزوجين، وفي حالة وفاة أحدهما، أو كلاهما من طرف ورثتهم أو من لهم مصلحة. وعليه لا بد من توفر كل شرط من هذه الشروط لانه يترتب على تخلفها عدم قبول الدعوى وللقاضي إثارتها تلقائيا لأنها مرتبطة بالنظام العام.

2. الشروط الشكلية لرفع دعوى إثبات الزواج غير الموثق:

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

أ. ميعاد رفع دعوى إثبات الزواج العرفي

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

[1]– أبو الوفاء المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 219.

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

ب. مكان رفع الدعوى إثبات الزواج العرفي وإجراءات تبليغها :

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

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

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

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

ج. كيفية إجراء تحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي:

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

[1]– أهمية تحديد تاريخ إيداع العريضة وهو أن آثار المطالبة القضائية يترتب من هذا التاريخ.

وبالجلسة يتأكد القاضي من الحضور الشخصي لكل من الخصوم والشهود وولي الزوجة ويبدأ في التحقيق في مكتبه، لكن كيف يتم هذا التحقيق؟ وماهي سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات المقدمة؟ وماهي القيمة القانوننية في الإثبات لمحضر التحقيق؟

فيبدأ القاضي في التحقيق في مكتبه فيتأكد المباعدة أمين الضبط فيتأكد أولا من هوية الخصوم وولي الزوجة والشهود من خلاللا بطاقة تعرف كل واحد منهمم وعن درجة القرابة بينهم.

ثم يقوم بسماع الشهود كل على حدة وبعد التأكد من هوية الشاهد يوجه له اليمين القانونية، ويكتب كاتب الضبط محضرا بذلك، ثم يستفسر عما إذا كان حاضرا مجلس عقد الزواج أو حفل الزواج، ومن تولى العقد كالولي أو غيره، وتاريخ الزواج، ومقدار المهر المقدم وإذا كان معجلا أو مؤجلا، وعن وجود رضا الزوجين، وإذا كانت الزوجة لازالت في ذمة الزوج ثم يوقع الشاهد والقاضي وأمين الضبط على محضر التحقيق، وبعد الإنتهاء من التحقيق يحدد القاضي جلسة بالنظر في الدعوى، قصد تقدير أدلة الإثبات المقدمة وقبل اصدار الحكم يعرض ملف القضية على النيابة العامة، لإبداء طلباتها كتابيا المادة 144 مكرر من قانون الإجراءات المدنية [1] وهي إجراء جوهري من النظام العام.

وبعدها يقوم قاضي الأحوال الشخصية بتقدير الأدلة ويقرر الأخذ بها أو رفضها حسب قناعته الشخصية، وإذا ما اقتنع القاضي بالأدلة الموجودة بين يديه ويتأكد من المادة 32 من قانون الاجراءات قيام زواج صحيح ينطق بالحكم في جلسة علانية المدنية.[2]

عندما يتاكد القاضي من صحة قيام العلاقة الزوجية بناءا على الشروط والأركان الشرعية ينطق بالحكم في جلسة علنية، ولكن هل يمكن أن تقترن دعوى إثبات الزواج العرفي بدعوى الطلاق العرفي أو بدعوى الرجوع أو النفقة؟ وللإجابة عن هذه التساؤلات نستند إلى

[1]– جاء في قرار رقم 34762 في 03/02/1994. "من المقرر قانونا أنه يجب إبلاغ النائب العام بالقضايا المتعلقة بحالة الأشخاص ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد خرقا لإجراء جوهري، وانتهاكا لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام".

[2]– أمر رقم 66–154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 1966/06/08 ص، 23.

الاجتهاد القضائي وإلى ما جرى به العمل في المحاكم، إذا جاء في قرار المحكمة العليا أن": الحكم بتثبيت الزواج العرفي والحكم بالتطليق... إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج يجوز القضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي، وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناءا على تثبيته بموجب حكم قضائي".[1]

فإذا توافرت الأركان والشروط الشرعية للزواج لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل لحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناءا على تثبيته بموجب حكم قضائي.[2]

وفي قرار آخر للمحكمة العليا غير منشور أن: لمبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن القضاء بإثبات عقد النكاح ثم فسخه بالطلاق في آن واحد بحكم واحد".[3]

ويستخلص من هذه القرارات أن المحمة العليا تجيز الجمع بين دعوى إثبات الزواج ودعوى الطلاق أو التطليق، لكن نجد بعض المحاكم موقفها ما زال متذبذبا فأحيانا تقبل الجمع بين الدعوتين وأحيانا أخرى تفضل الفصل بينهما على أساس عدم ارتباط الطلبين، وأنه حتى يحكم بالطلاق أو التطليق لابد أن يكون الحكم بالزواج نهائي.

كما أنه تقترن دعوى إثبات الزواج العرفي بدعوى رجوع الزوجة لبيت الزوجية فهنا لا يجوز قبول الدعوتين معا، لأن طلب الرجوع المصلحة فيه محتملة لعدم ثبوت العلاقة الزوجية أولا، وحتى يتأكد حق الزوج في المطالبة بالرجوع، فلابد من أن يكون الحكم المثبت للزواج النهائي حتى ينتج أثاره، ومن ثمة تتحقق الصفة والمصلحة لكل طرف في الدعوى، وقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه:

[1]– نشرة القضاة ع53، ص56

[2]– قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، ع53، ص56

[3]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 13/01/1986 ملف رقم 39600، غير منشور.

إذا كان الثابت أن القرار الذي أمر بتسجيل الزواج بين طرفي النزاع في الحالة المدنية طعن فيه بالنقض من قبل الطاعن وقد نقض فعلا من طرف المحكمة العليا، فإن قضاة الموضوع بقضائهم في الدعوى بترجيع الزوجة إلى محل الزوجية ودفع النفقة لها دون وقف الفصل في هذه الدعوى لحين البث فيها من طرف المحكمة العليا، يكونوا قد عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني."

ومن ثمة لابد من تثبيت الزواج العرفي بحكم ويسجل بالحالة حتى يتمكن من له مصلحة في رفع الدعوى الرجوع أو النفقة.

وبعد أن يتأكد القاضي من شروط قبول الدعوى ومن الأدلة المقدمة لتثبيت واقعة الزواج العرفي يصدر حكمه بالإشهاد على عقد الزواج العرفي، ويكون منطوقه محدد فيه تاريخ وقوع الزواج ويبين الهوية كاملة لكل من الطرفين مع أمر التأشير به على هامش عقدي ميلاد كل من الطرفين.

د. صدور الحكم بتثبيت الزواج العرفي:

بعد قبول الدعوى شكلا وموضوعا يصدر قاضي الأحوال الشخصية حكم بإشهاد على عقد الزواج الغير موثق (الزواج العرفي)، أو حكم برفض تثبيت الزواج غير الموثق

عندها يستخرج المعني نسخة من الحكم ويبلغها لطرف آخر الذي يمكنه الطعن فيه المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

وقبل التطرق الطرق الطعن نتساءل عن طبيعة الحكم القاضي بتثبيت عقد الزواج غير الموثق (الزواج العرفي).

1.طبيعة الحكم بتثبيت الزواج العرفي : إذا كان الأصل أن الحكم الصادر في موضوع فإن الإستثناء وارد بمسائل الحالة المدنية إذا الحكم فيه يجوز الحجية المؤقتة ويمكن للأطراف رفع نفس الدعوى أمام جهة أخرى أو نفس الجهة إذا ما توافرت لديهم الأدلة المثبتة للزواج وهذا ما

[1] أمر رقم 66-154 المتضمن قانون الحالة المدنية المؤرخ في 08/06/1966، ص 24.

ذهبت إليه المحكمة العليا في 15/12/1998 ملف رقم 2111509 : إن حكم إثبات واقعة الزواج يكتسي حجية مؤقتة... ويكون مؤقتة حسب توفر الأدلة . [1]

2.الطعن في الحكم بتثبيت الزواج العرفي : لأي من الزوجين الذي صدر حكم ضده ولا يرتضيه ورأى أنه مجحف بحقه، أو أن المحكمة أخطأت في تطبيق القانون أو صدر حكم في غيبته أن يطعن فيه بطرق الطعن المعروفة وهي الطعن بالمعارضة والطعن بالاستئناف، والطعن بالنقض، على أن الطعن في الحكم بهذه الطرق يوقف تنفيذه [2]

3.تنفيذ حكم عقد الزواج وتقييده :يحق للخصوم بعد التوقيع على اصل الحكم واستكمال اجراءات التسجيل لدى الادارة المعنية، طلب نسخة عادية أو نسخة تنفيذية من امين الضبط فالنسخة العادية هي صورة مأخوذة عن أصل الحكم تسلم للاطلاع على مضمون الحكم من حيث التسبيب والمنطوق ليتمكن الخصوم من ممارسة حق الطعن أما النسخة النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية توقع وتسلم من طرف أمين الضبط التنفيذية فهي إلى المستفيد من الحكم الذي يرغب في متابعة تنفيذه، وهي تحمل العبارة التالية "نسخة مطابقة للأصل مسلمة للتفيذ" وكذا ختم الجهة القضائية.

وعليه كل من صدر حكم تثبيت الزواج لمصلحته، الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية من مكتب الضبط من أجل تقييده، وحتى يكون الحكم قابلا للتنفيذ لابد أن :

- يستنفذ الأطراف كل طرق الطعن العادية والغير عادية.
- أن تحمل النسخة المقدمة إلى مصلحة التنفيذ بمكتب الضبط عبارة السخة مطابقة للاصل مسلمة للتنفيذ" وموقعة من امين الضبط، وتحمل الخاتم الرسمي لمكتب الضبط.
- أن يكون الحكم ممهور بالصيغة التنفيذية 320 ق إ م.[3]

[1] المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 56. (في الواقع العملي يجهل الكثير من القضاة هذا المبدأ ويصدرون حكما بعدم التأسيس، وهو خطأ إذ يتعين عليها تركها على الحال، لأن الحكم بعدم التأسيس يعني حيازته للحجية الشيء المقضي فيه وهو مخالف للمبدأ القائل أن الأحكام في قضايا الحالة تحوز الحجية المؤقتة)

[2] المجلة القضائية، 1989، 2، ص 57.

[3] – أمر رقم 66–2014 المتضمن قانون الحالة المدنية المؤرخ في 08/06/1966ء ص 93–94

وبعد استخراج الزوج المعني أو أحد الورثة للحكم الممهور بالصيغة التنفيذية، له أن يرفق مع شهادة ميلاد الزوجين رسالة تتضمن طلب استصدار أمر أو حكم بتقييد عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية إلى السيد وكيل الجمهورية الذي يصدر أمر إلى ضابط الحالة المدنية للقيام بإجراءات التنفيذ، بعدها يقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل الحكم القاضي بتثبيت الزواج وبتقييده بأثر رجعي يعود للتاريخ الفعلي له [1]، والتأشير على هامش شهادة الميلاد الأصلية، لكل من الزوجين وتحتفظ الإدارة بالنسخة من الحكم، وترسل الحكم الأصلي ونسخة من عقد الزواج إلى وكيل الجمهورية لتحقق من تسجيل الزواج، بعدها يعيد الحكم الأصلي للأطراف. ولصاحب مصلحة أن يحصل على نسخة ملخصة لعقد الزواج وذلك للاحتجاج به عند الحاجة.

[1]– خلاف ما نص عليه أمر رقم 69–72 في سبتمبر 1969 المتعلق بإثبات الزواج في المادة 04 " إن الزواج الذي تم إثباته وفق لهذه الشروط والمسجل في سجل الأحوال المدنية يحدث آثاره ابتداء من تاريخ اليوم الذي اعترف به الحكم بأنه عقد الزواج

خاتمة

بعد عرضنا لفصول البحث ومباحثه تلخصها إلى النتائج الآتية:

- أن الزواج العرفي مصطلح جديد يطلق على الزواج الشرعي لتميزه عن الزواج الرسمي أو لكونه مستمد من عرف المجتمع وهذا المصطلح غير مستساغ لدى البعض، وإنه يتم الخلط بينه وبين صور الزواج الغير موثق، وإن كان الأصل أن الزواج العرفي مكتمل الأركان والشروط وصور الزواج الغير موثق لا تخرج إما كونها زيجات فاسدة أو باطلة.
- كما توصلنا إلى أن عقد الزواج العرفي وإن كان يشتمل في بعض صوره على أركان عقد الزواج وشروطه فإنه بات مكروها، ومنهم من ذهب إلى تحريمه وفاعله أثم وهذا لما يترتب على عدم توثيق عقد الزواج من مفاسد تعود على الزوجة والأبناء والمجتمع وإن القضايا المرفوعة أمام جهات القضاء لخير دليل على ذلك.
- أسباب الزواج العرفي كثيرة وعديدة أهمها الأسباب القانونية إذ باتت القيود القانونية من أهم ما يدفع الأفراد نحو عدم توثيق عقد الزواج، ولقد جاء قانون الأسرة الجديد ليزيد من حالات الزواج الغير موثق بسبب ما أدخله من تعديلات تتضمن قيود أخرى على عقد الزواج.
- ازدواجية عقد الزواج في ظل قانون الأسرة الجزائري بسبب اشتراط القانون العقد الإداري لإتمام العقد الشرعي.
- كذلك بسبب تعدد الجهات القائمة بإبرام عقد الزواج إذ نجد الإمام في المسجد يبرم عقد الزواج العرفي، وضابط الحالة المدنية والموثق يبرمان عقد الزواج الرسمي أي نتج عنه ازدواجية في أركان عقد الزواج، وبتالي وقوع قانون الأسرة في متناقضات كثيرة.
- وأن تعليمة وزارة الشؤون الدينية وإن كان الهدف منها وضع حد لزواج العرفي إلا أنها أدت إلى زيادة حالات الطلاق قبل الدخول ابراز خطورة الزواج غير الموثق (الزواج العرفي) في آثاره السلبية التي تعود على الزوجين والأبناء والمجتمع.
- إلى أن الزواج العرفي أو الغير موثق، تصادفه في كثير من الأحيان صعوبات وكذلك عقبات، ذلك أنه قد يحدث أن يعقد الأعراض معينة وبمجرد ارتفاع شدة الخلافات يتهرب الزوج من

الالتزامات المفروضة عليه، أو ترغب الزوجة في غير الإنفصال والتخلص من هذا الزوج والمطالبة بحقوقها الشرعية، وحقوق أبنائها غير أنها تقابل برفض سماع الدعوى لعدم وجود وثيقة زواج رسمية تثبت علاقاتها بالزوج المدعى عليه ولا تجد أمامها من وسيلة سوى إثبات زواجها بالطرق الشرعية كما هو مقرر في الفقه والقانون، وهي البيئة والإقرار واليمين.

- بعد الإقرار من أقوى أدلة الإثبات ويسمى بسيد الأدلة.
- ومن خلال تقصى جل قرارات المحكمة العليا، وجدنا أنها لا تعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، ولعل السبب في ذلك يعود لطبيعة عقد الزواج وخصوصيته لا سيما فيما يتعلق بآثاره الخطيرة، والتي لا تتوقف عند الزوجين بل تتعداهما إلى النسل الناتج عن هذا الزواج فإن هذا لا يؤدي إلى ذيوعه وشيوعه ويحول دون تحقق القاضي من توافر أركان الزواج ومدى اشتهاره وإعلانه.
- كما تعد البيئة من طرق الإثبات والتي لم يعرفها المشرع الجزائري غير أنه من مفهوم نصوصه القانونية نصل انه يقصد بها الشهادة كما أن السلطة التقديرية ممنوحة لقاضي الموضوع في الاعتداد بالشهادة من عدمه لا سيما إذا كانت الشهادة غير مباشرة، وذلك من شعوره بالريبة ولم يطمئن لها فالشهادة طريق لإثبات الحق وهو ليس بالأمر الهين خاصة فيما يتعلق بالزواج وآثاره.
- خاصة إذا كان من شأن الإثبات بالشهادة أن يرتب مراكز قانونية لمن ليس أهلا بمجرد أنه اعتمد على شهود الزور فكان حرص القاضي وورعه ويقظته في اعتماد شهادة الشهود أمر لازم وحتمي.
- اليمين طريق من طرق الإثبات، واليمين بوجه عام قسم أو حلف بالله أو أسمائه ولا يجوز بسواها، يلتزم بأدائها المدعى عليه متى طلبها المدعي، يترتب عليها ثبوت الحق في ذمته إن حلفها، واليمين قول يتخذ فيه الحالف بالله شاهدا على صدق ما يقول.

- إلا أن القضاء لا يؤخذ باليمين كدليل لإثبات الزواج العرفي: لعدم كفايته كدليل فهو عمل مبني على صحة ما شاهد أو سامع في أي واقعة من الوقائع، ولأن الزواج يقوم على أركان وشروط وهو مما لا يثبت إلا بالشهود الذين يؤكدون توافرها.
- كما أنه عقد له خطره لا يكفي اليمين لإثباته، خاصة وأنه تترتب عليها حقوق تتعلق بالأشخاص ومصالح المجتمع وتمتد إلى الغير.
- فإذا ما أثبتت الزواج العرفي بواحد من هذه الطرق وقضي لها بإثبات هذا الزواج كان للزوجين تسجيل زواجهما.
- فتوصلنا إلى أنه رغم كثرت النصوص والقوانين والأوامر الرامية، لتسجيل عقود الزواج المبرمة وفق الشريعة الإسلامية، إلا أنها لم تحقق النتيجة الموجودة وكشفت عن قصورها في علاج هذه المسألة وعلة ذلك أن المشرع الجزائري لم يحسمها لمدة زمنية معينة كما لم يفرض عقوبات بدنية ومالية توضع لها.
- فالزواج وآثاره لا يتعلق بالحقوق الخاصة بالأفراد بل هي مزيج بين الحق العام والحق الخاص وإن تساهل المشرع الجزائري وإهمال الأفراد تسجيل عقود زواجهم رتب أضرارا بالصالح العام.
- كما توصلنا أيضا أن قانون الحالة المدنية كان واضحا في مسألة تسجيل عقد الزواج الذي نص صراحة على أنه يتم بسعي من وكيل الجمهورية، ويصدر فيه أمر بسيط من رئيس المحكمة خاصة وأنه ليس محلا للنزاع، فكيف يرهق الأطراف بإجراءات رفع دعوى قضائية هم في غنى عنها والحل القانوني سهل.
- فأما عن مسألة التصريح بعقود الزواج غير الموثقة أمام الموثق (الزواج العرفي) الغير متنازع فيه فهو حل ارتأيناه ونؤيده، لأنه يخفف العبء الواقع على كامل المحاكم ويسهل الاجراءات على المواطنين، خاصة وأن الموثق له الصفة الرسمية لتحرير العقود، وأنها من صميم صلاحياته واختصاصه، والنقد توجهه للمادة 22 التي تقضي بإثبات الزواج بحكم مع توافر أركانه طبقا للمادة 09 و09 مكرر.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع

1- المؤلفات

1. ابن القيم الجوزية (شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر) إعلام الموقعين، راجعه وقدمه وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد، مطبعة النهضة، طبعة جديدة، (دت)، ج1، مصر.
2. ابن عابدين (محمد أمين) حاشية رد المحتار على الدار المختار دراسة وتحقيق، عادل أحمد عبد (د.ط)، (د.ت).
3. ابن فارس أبو الحسين أحمد بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي ج،3 طبعة3 القاهرة، ،1981
4. ابن قدامة، الونشريسي (أبو العباس احمد بن يحي)، عدة البروق في جمع ماضي المذهب من المجموع والفروق، دراسة وتحقيق حمزة أبو فارس، دار العرب الإسلامي، بيروت، لبنان.
5. أبو الوفاء المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990
6. أحمد بن غنيم بن سالم، الفواكه الدواني على رسالة أبو زيد القيرواني، مطبعة السعادة،
7. مصر 1331هـ
8. جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الميزان الإسلامي، مراجعة علي أحمد عبد العال، الطهطاوي، الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص96.
9. كمال صالح البنا، الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، سنة ،2005
10. الكهوجي (عبد الله بن الشيخ حسن الحسن زاد المحتاج بشرح المنهاج حققه وراجعه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، (دم)، ط1، 1989
11. لفيومي (أحمد بن محمد بن علي المقري)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار القلم بيروت، لبنان.

12. مازن إسماعيل هنية، إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد 17 –، سلسلة الدراسات الإسلامية، يناير 2009

2- المقالات

1بداوي على مقال عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني،2ع، ص 33

2 تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة2010، العدد رقم ،01 ص 62

3 عمر زودة، مقال تعليق حول التطبيقات القضائية للمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية، المجلة القضائية،2001

3- الدساتير الجزائرية

1. 1المادة 10 من الامر 05 / 02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري.
2. المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري
3. المادة 17 من الأمر 05 / 02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري
4. المادة 19 من الأمر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري.
5. المادة 223 من الأمر 66 . 156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري
6. المادة 24 من الأمر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري
7. المادة 27 من الأمر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري
8. المادة 33 من الأمر 05 . 02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري
9. المادة 33 و34 من قانون الأسرة الجزائري
10. المادة 38 من الأمر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري

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

12. المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري

13. المادة 62 من الأمر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري

14. المادة 62 من قانون الحالة المدنية الجزائري

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

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

17. مادة 8 مكرر ق.أ :« في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بتطليق»

4- القوانين والاوامر

1. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، وزارة العدل.
2. أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/ فبراير 2005 المعدل للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة،
3. أمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية،
4. أمر رقم 70-220 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.
5. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون 05-2005، المؤرخ في يونيو 2005 73
1. أهمية تحديد تاريخ إبداع العريضة وهو أن آثار المطالبة القضائية يترتب من هذا التاريخ.
2. أمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 1966/06/08.

الفهرس

إهداء

المقدمة: 01
الفصل الأول: ماهية الزواج العرفي 08
المبحث الأول: مفهوم عقد الزواج العرفي 08
المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي..... 08
الفرع أول: الزواج العرفي لغة 08
الفرع الثاني: الزواج العرفي اصطلاحا 09
المطلب الثاني: أركان وشروط عقد الزواج العرفي وأسباب اللجوء إليه..... 10
الفرع الأول: أركان عقد الزواج العرفي 10
الفرع الثاني: شروط صحة عقد الزواج العرفي 16
الفرع الثالث: أسباب اللجوء إلى الزواج العرفي 21
المبحث الثاني: الآثار المترتبة على عقد الزواج العرفي 29
المطلب الأول: آثاره بالنسبة للزوجين..... 29
الفرع الأول: الواجبات المشتركة 29
الفرع الثاني: الحقوق والواجبات المستقلة..... 30
المطلب الثاني: آثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للأبناء والمجتمع..... 33
الفرع الاول: آثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للأبناء (حق النسب) 34
الفرع الثاني: آثار الزواج العرفي على المجتمع..... 43
الفصل الثاني: طرق اثبات الزواج العرفي..... 46
المبحث الأول طرق إثبات الزواج العرفي 46
المطلب الأول : الإقرار 46
الفرع الأول: تعريف الإقرار 47

الفرع الثاني: شروط الإقرار 48
الفرع الثالث: حجية الإقرار 50
المطلب الثاني : إثبات الزواج العرفي بالبينة 52
الفرع الأول: ماهية البيئة وأنواعها 52
الفرع الثاني: شروط أداء الشهادة 55
الفرع الثالث: حكم الرجوع عن البينة 59
الفرع الرابع: نصاب الشهادة 60
المطلب الثالث : إثبات الزواج العرفي عن طريق النكول عن اليمين 61
الفرع الأول: تعريف النكول عن اليمين: 61
الفرع الثاني: حجية اليمين 62
المبحث الثاني: تسجيل عقد الزواج العرفي 63
المطلب الأول: النصوص التي تناولت تسجيل عقد الزواج العرفي 63
الفرع الأول: القوانين الصادرة قبل الاستقلال 63
الفرع الثاني: القوانين الصادرة بعد الاستقلال 66
المطلب الثاني : إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي 72
الفرع الأول: تسجيل الزواج العرفي الغير المتنازع فيه 73
الفرع الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه: 78
الخاتمة: 91
قائمة المراجع 95

مـلخص مذكرة الماستر

يعتبر الزواج مؤسسة إجتماعية عرفتها معظم المجتمعات الإنسانية بأشكالها وأنواعها، ويختلف نظام الزواج من مجتمع إلى آخر ويتأثر بالتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تحدث في المجتمع. وقد شهدت الوطن العربي تغيرات خاصة أصابت مختلف مجالات الحياة وانعكست بالتالي نتائجها على هياكله عمومًا ومؤسساته الاجتماعية خصوصًا، بما في ذلك الزواج كنظام اجتماعي.

يحاول المجتمع منذ القدم جعل الزواج في إطار محدد وذو صبغة موحدة تفرقه عن باقي العلاقات غير الشرعية، وحرصت في ذلك على إتباع إجراءات معينة تعطي لهذا العقد الهيبة والقوة الدينية. ومن بين هذه الإجراءات، شرط الرضا والولي والصداق والشهود لإنعقاد الزواج.

على الرغم من ذلك، يغفل بعض الأفراد عن تسجيل عقد الزواج ويعقدون زيجاتهم دون تسجيلها، وهو ما يعرف بالزواج العرفي. يتطلب دراسة هذا النوع من الزواج معرفة ورأي حكم الفقه الإسلامي المعاصر في الزواج العرفي كونه الصورة الحديثة للزواج. كما يتطلب تسليط الضوء على هذه الظاهرة وحصر أحكامها الموجودة في قانون الأسرة، ومن ثم استخراج الإشكاليات القانونية التي تنجم عنها.

الكلمات المفتاحية :

1- الزواج العرفي 2- نكاح 3- عقد 4- الفقه الإسلامي.

Abstract of The master thesis

Marriage is a social institution that has been known in most human societies in its various forms and types. The system of marriage differs from one society to another and is influenced by economic, social, and political changes that occur in society. The Arab world has witnessed particular changes that have affected various aspects of life and consequently reflected on its structures in general and its social institutions, including marriage as a social system.

Since ancient times, society has tried to define marriage within a specific framework with a uniform character that distinguishes it from other illegitimate relationships. In doing so, certain procedures were followed to give this contract religious authority and power. Among these procedures are the conditions of consent, guardian, dowry, witnesses, and friendship to facilitate the marriage.

However, some individuals neglect registering their marriage contract and hold their marriages without registering them, which is known as customary marriage. Studying this type of marriage requires knowledge and the contemporary Islamic jurisprudence opinion on customary marriage as it represents the modern form of marriage. It also requires shedding light on this phenomenon and identifying its legal provisions in the family law, and then extracting the legal issues that arise from it.

Keywords:

1- Al-Arefi 2- marriage 3- contract 4-Islamic Figh.