جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

إثبات عقد الزواج العرفي

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي حقوق في تخصص قانون خاص معمق

من إعداد الطالبتين:

نويزي نوال

عبد الحاكم شهيناز

تحت إشراف الدكتور:

لشقر مبروك

الاسم و اللقب	الرتبة	الصفة
كيحول بوزيد	أستاذ تعليم عالي	رئيسا
لشقر مبروك	أستاذ محاضر ب	مشرفا
خالدي صفاء هاجر	أستاذ مساعد ب	مناقشا
حمودين داود	أستاذ مساعد أ	مشرف مساعد

السنة الجامعية: 1442/1441 هـ- 2020 / 2021م

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم و الحمد الله رب العالمين، أسأل الله رب العرش العظيم أن يتقبل مني عملي هذا وأن يجعله مقربا بالفوز في جنات النعيم على الرغم مما حوى من نقائص فجلى من لا يخطئ أما بعد:

- لو سئل القلب عن الأحبة بعد الله والرسول لا يعرف إلا هؤلاء.

إلى من قال فيهم الرحمن "ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا" ومن كان دعاؤهما لي سندا ومازال:

إلى من علمتني مكارم الأخلاق وحسن المعاملة ومؤنستي في السراء والضراء، إلى شعاع حياتي صاحبة القلب الواسع "أمي الحبيبة" حفظها الله وأطال في عمرها.

كما اهديها إلى الذي زرعني في هذه الحياة وسقاني مكارم الأخلاق... إلى من يعجز اللسان ويجف القلب عن وصفه جميلا... وكان لي سراجا منيرا "ابي الغالي " حفظه الله وأطال في عمره.

إلى من كانوا يضيئون لي الطريق ويساندونني ويتنازلون عن حقوقهم لإرضائي والعيش في هناء إخوتي:" والى صغيرة العائلة " مؤنستي الغالية وإلى كل أقاربي وصديقاتي .

إلى كل من ساندني من قريب ومن بعيد.

إلى كل من فتح هذه الوريقات وتصفحها من بعدي...

عبد الحاكم شهيناز .

الإهداء

أشكرك الله لمنحي القدرة على الكتابة و

التفكير في قوة الإيمان ، والصبر على المضي قدما في الحلم و

فرحة رفع يدي إلى السماء وقول لك "يا قيوم".

أهدي هذا العمل المتواضع لمن منحني الحياة إلى الذي زرعني في هذه الحياة وسقاني مكارم الأخلاق... إلى من يعجز اللسان ويجف القلب عن وصفه جميلا... وكان لي سراجا منيرا "ابي الغالي " حفظه الله وأطال في عمره ،

رمز الحنان الذي ضحى بنفسه من أجل سعادتي ونجاحي لأمي ،

والدي في مدرسة طفولتي الذي كان ظلي طوال سنين

الدراسة والدي حرص طوال حياته على تشجيعي على العطاء

إلى إخواني

إلى عائلتي

الى اصدقائي

إلى كل من هو أعزاء على قلبي لجميع الذين يحبونني لكل من أحب أنا أكرس هذا العمل.

نويزي نوال

شكر وعرفان

بسم الله والحمد لله الذي رزقنا العقل ووهبنا التفكير وحسن التوكل عليه ،ورزقنا من العلم ما لم نكن نعلم، و الذي سهل لنا السبيل لإنجاز هذا العمل المتواضع.

نتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير

الأستاذ المشرف...على إشرافه وتتبعه إنجاز هذا التربص وتشجيعه لنا لإنهاء هذا العمل مقدما لنا كل النصائح والتوجيهات اللازمة.

وكذلك نشكر كل من ساعدونا في إنجاز هذا العمل من قريب أومن بعيد

كذلك نتوجه بعظيم الامتنان والشكر لكل الأساتذة والطاقم الإداري الجامعي

على المساعدة القيمة في إنجاز هذا العمل

مقدمة

المقدمة

إن الشريعة الإسلامية الغراء لا تعرف معنى كلمة زواج عرفى وزواج رسمي وإنما تعرف الزواج الشرعي الذى طبق شروطه وأركانه وموجباته على سبيل العموم فلا هي تفرق بين هذا أو ذاك.

.فإذا كانت هذه الشروط والأركان والموجبات موجوده ومتحققة فإن الزواج يكون صحيحاً حلالاً شرعاً أما لو نقص شرط أو ركن فإن أي من الزواجين يحكم عليه بأنه زواج غير جائز أو باطل أو فاسد . فرب زواج رسمي تحت الإكراه فهو غير جائز شرعاً ويكون باطلاً ، ورب زواج عرفي طبقت فيه جميع الشروط من الرضا ووجود الولي وشاهدي عدل فإنه زواج مبارك إن شاء الله.

فالزواج العرفي مصطلح قانوني قصد به الزواج الغير رسمي والغير موثق حسب ما قرره القانون إذاً فهو: العقد المكتوب بين شخصين الذى يدل فقط على زواج بينهم ولذلك فهو يدور بالاعتراف به وسماع دعاويه مع نصوص قانون الأحوال الشخصية كما أن القانون لم يشترط له شكل معين أو شروط معينة.

وفي هذا الزمان ظهرت العديد من الزيجات الحديثة وان اختلفت في حقيقته وحكمه وغايته ، مثل زواج المسيار، والزواج المدني، والزواج العرفي، وغيرها من الزيجات ولكل منها حقيقته، وأحكامه، وأسبابه، ودوافعه، ومسوغاته.

- أولا – أهمية الموضوع :

تكمن أهمية موضوع بحثنا هذا على ما يلي :

- كونه يعرف هذا النوع من الزواج حيث له مشاكل وآثار سلبية على المجتمع وبين الزوجين
- الحاجة إلى معرفة الحكم الشرعي و الفقهي في هذا الموضوع و الوصول إلى آراء فقهاء الشريعة و القانون

- التأكيد على أهمية تحقيق أركان الزواج العرفي المعتبرة شرعا ، وشروطه وخلوه من الموانع

➢ ثانيا – أسباب اختيار هذا الموضوع

كون هذا الموضع من المواضيع الاجتماعية والمتكررة داخل المجتمع والأسرة نلخص أسباب إختيارنا لهذا الموضوع إلى أسباب ذاتية وموضوعية :

✓ أسباب ذاتية :

- ميولي ورغبتي الشخصية في البحث حول هذا الموضوع كونه أحد أهم القضايا التي تشغل بال المجتمع .

✓ أسباب موضوعية :

- الرغبة في معرفة ما توصل إليه فقاء الفقه والقانون نحو تعريف وتصنيف هذا الزواج العرفي
- المعرفة إلى أسباب اللجوء المجتمع إلى مثل هذا الزواج

➢ ثالثا –أهداف الدراسة :

1-الوصول إلى تعريف الزواج العرفي من الناحية الفقهية والقانونية و الحاجة لمعرفة الحكم الشرعي له

2-ويحاول تبيين أوجه الاختلاف بينه وبين مختلف *الأزوجة* الأخرى سواءا كانت صحيحة أو باطلة

3-التعرف إلى أسباب اللجوء المجتمع إلى مثل هذا الزواج العرفي

4-توضيح آثاره القانونية المترتبة على هذا الزواج العرفي وكيفية إثباته وتسجيله

➢ رابعا – الدراسات السابقة :

1-الزواج العرفي بين النص والتطبيق في الجزائر ، مذكرة ماستر للطالبة صحرة علوي ، جامعة مد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2015/2016.

2-إشكاليات الزواج العرفي ، مذكرة ماستر للطالب بن ابراهيم نور الدين ، جامعة مجد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2014/2015.

3-الزواج العرفي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – قانون الأسرة الجزائري نموذجا – ، مذكرة ماستر للطالب قدور عطايا الله ، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، شعبة الشريعة ، تخصص الشريعة و القانون2014/2015.

4-عقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي ؛ رسالة ماجستير في الفقه المقارن للطالبة عطية عبد الرحمن بحر ؛ الجامعة الإسلامية بغزة ؛ كلية الشريعة ؛ 2009/2010.

- خامسا – صعوبات الدراسة :

من أكثر الصعوبات التي واجهنا ها في هذا البحث هي :

1-إلتزامنا بعدد الصفحات مما وضعنا في صعوبة كبيرة في إنتقاء المعلومات وتخليصها والتي تعتبر كلها مهمة

2-ضيق الوقت المخصص لإعداد مثل هذه المواضيع الكبيرة

3-قلة المراجع والمصادر

- سادسا – إشكالية البحث :

للتطرق في هذا البحث يجب علينا طرح الإشكال التالي :

- كيف يمكن إثبات الزواج العرفي في ظل التشريع الجزائري ؟ وماهي الآثار القانونية المترتبة على ذلك ؟

كما سنطرح التساؤلات الفرعية التالية :

ماهو الزواج العرفي وما هو حكم وموقف الفقهاء الفقه والقانون منه ؟

كيف يتم إثبات عقد الزواج العرفي و ماهي إجراءات تسجيله ؟

- سابعا – المنهج المتبع :

لقد أتبعتنا في كتابة بحثنا إلى المنهج الاستقرائي والاستدلال آراء الفقهية والنصوص القانونية والاجتهادات القضائية من أجل الوصول إلى صياغة هذا الموضع كما قسمناه إلى :

الإطار العام للنظام لقواعد المنظمة للزواج العرفي (الفصل الأول) كما سنتطرق فيه إلى مبحثين ماهية الزواج العرفي (المبحث الأول) وسنتطرق في المبحث الأول إلى تعريف الزواج العرفي قانونا و لغة و في الشرع وفي المطلب الثاني أسباب اللجوء إلى هذا الزواج وفي المبحث الثاني سنتكل على انعقاد عقد الزواج العرفي وجزاء تخلف أحد أركانه وفي مطلبه الأول نتكلم عن أركان الزواج العرفي وفي المطلب الثاني جزاء تخلف ركن أو شرط لزواج العرفي .

وفي الفصل الثاني سنتكل عن الآثار القانونية المترتبة على إثبات عقد الزواج العرفي وفي المبحث الاول إثبات وتسجيل عقد الزواج العرفي ونتكلم في هذا المبحث شرح طرق إثبات زواج عرفي (المطلب الأول) و كيفية تسجيل عقد الزواج العرفي (المطلب الثاني) ، و في المبحث الثاني مجال الآثار المترتبة على الزواج العرفي ونقسمه إلى مطلبين ، بالنسبة للمتزوجين (المطلب الأول) وبالنسبة للأولاد (المطلب الثاني)

الفصل الأول

الاطار العام للنظام لقواعد المنظمة للزواج العرفي

تمهيد :

يشكل موضوع الزواج العرفي أحد المواضيع المعاصرة الهامة والثرية من الناحية الفقهية ، و التي تتميز بالجدل الواسع القائم بين الفقهاء القانون لاسيما فيما يخص جوانبه وآثاره ، وسنحاول في هذا الفصل توضيح الاطار العام للنظام لقواعد المنظمة للزواج العرفي ، وكما سنقسم هذا إلى مبحثين ، حيث سنتحدث في المبحث الأول عن مفهوم وتعريف الزواج العرفي وما هو حكمه في الشرع والفقه ، كما نقارنه بين الصور الأخرى وماهي أسباب اللجوء إليه وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى كيفية انعقاد عقد الزواج العرفي ، وجزاء تخلف أحد أركانه .

المبحث الأول : ماهية الزواج العرفي

الزواج العرفي نوع من الزواج يتم وفقا للشريعة الإسلامية وبطريقة معينة كانت ومازالت مستعملة، حيث اعتاد الناس على إتباعها وانتهاج هذا المسلك في إبرام عقود زواجهم: فما هو الزواج العرفي؟

وللإجابة على التساؤل سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الزواج العرفي (المطلب الأول)

المطلب الأول : مفهوم الزواج العرفي

يعتبر عقد الزواج من أهمّ العقود التي شرعها الله سبحانه وتعالى وهذا لتنظيم الحياة البشرية في الأرض ويعرف الزواج عامة بأنه: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل ". [1]

ولقيام عقد الزواج يجب أن يتوفر ركن الرضا أي الصيغة في عقد الزواج بتخلفه يعتبر عقد الزواج باطلا ، على غرار شروط عقد الزواج التي تختلف في حدّ ذاتها من شرط إلى آخر، كما يمكن القول بأنّ عقد الزواج العرفي هو العقد الذي يستوفي جميع الأركان والشروط إلا أنه غير مسجل لدى الجهات الرسمية ، و بالتالي لا يمكن الاعتراف به من الناحية القانونية، إلا إذا تم إثباته بطرق الإثبات المتعارف عليها في نظرية الإثبات في القانون المدني وقانون الأسرة.

الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي

يمكن تعريف الزواج العرفي قانونا كما يلي :

[1] إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسره الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية. دراسة مقرنة بالقانون، الطبعة الأولى. الحامد للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن، 2009، ص 47.

أولا – تعريف الزواج العرفي في اللغة :

هو الاقتران والاختلاط والازدواج, كقول العرب '' زوج فلان الابن '' أي قرن بعضهما ببعض, أي قرنت بأبدانها وبأعمالها, ومن هنا شاع استعمال لفظ الزواج في اقترن الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين الأسرة[1]

ومنه قوله تعالى: (وإذا النفوس زوجت) .[2] أي قرنت بالأبدان والأعمال.

ثانيا – تعريف الزواج العرفي في التشريع الجزائري :

قانون الأسرة الجزائري عرف الزواج في المادة –04– منه على أن " الزواج يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي, من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الانساب .[3]

لقد وضح المشرع الجزائري في المادة –04– في قانون الأسرة الجزائري التعريف القانوني للزواج العرفي, ونص على ضرورة احترام الشروط المشروعة, وذكر الغاية من عقد الزواج ,فقانون الأسرة الجزائري كان هدفه الأساسي تكوين أسرة والتعاون واحصان الزوجين.

ثالثا – تعريف الزواج العرفي اصطلاحا :

ويعرف رجال القانون الزواج العرفي بأنه زواج غير موثق يتم بإيجاب وقبول بين الطرفين "الزوج والزوجة" من خلال ورقة عرفية, أو بدونها .

ولكن يعاب عليه عدم توثيقه وتسجيله سواء على يد المأذون الشرعي في محكمة الاحوال الشخصية او في الشهر العقاري .[4]

---

[1] بالحاج العربي, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري . الجزء الأول . ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون . الجزائري طبعة , 1998ص . 19

[2] سورة التكوير , الآية.07,

[3] المادة 04 قانون 84. 11المتضمن قانون الاسرة, المصدر السابق .

[4] فارس محمد عمران –الزواج العرفي الطبعة الأولى الناشر مجموعة النيل العربية,القاهرة –ج–م–ع, طبعة ,1998ص 19

مصداقا لقوله تعالى (وانكحوا ما طاب لُكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم الا تعدلوا فواحدة)[1].

ولقد وضحت الآية الكريمة في هذا السياق إن الله سبحانه وتعالى احل الزواج وبين للرجال تعدد الزوجات ,ولقد تم الضبط في الآية الكريمة في 04 زوجات لا أكثر.

فرجال القانون وضعوا الزواج العرفي على شكل صورتين .

الصورة الأولى: وهي ان يتم عقد الزواج العرفي بين الزوج والزوجة بإيجاب وقبول من الطرفين بورقة عرفية يتم التوقيع عليها من طرف الزوج والزوجة باسمهما الشخصي ويجب كذلك حضور الشاهدين من أقرباء أو أصدقاء كلا من الزوجين, وغالبا ما يكون هذا الزواج سري ولا يتم الإعلان عليه من طرف الشهود أو إشهاره ويتم التوقيع على هذا العقد من طرف الشهود.

الصورة الثانية: وهو ان يتم عقد الزواج العرفي بين الزوجين بإيجاب وقبول الزوجين منخلال ورقة عرفية فقط ولا يشترط حضور الشهود للتوقيع عليه ودون إعلانه وإشهاره بين الناس ويتم هذا الزواج في سرية تامة جدا.

من ثم يتضح لنا من التعريف السابق للزواج اننا لم نجد هناك فرق بين الزواج الرسمي والزواج العرفي وخاصة من النواحي الشرعية وذلك لان الزواج عقد رضائي وليس من العقود الشكلية التي تستلزم التوثيق لشرعيتها أو لصحتها أو لنفاذها .

وأن القانون لم يشترط لصحة الزواج سوى الإشهار ولم يستلزم التوثيق بل اشترط التوثيق لحالة واحدة هي عدم سماع الدعوى عند الإنكار ماعدا دعوى النسب .[2]

[1] سورة النساء, الآية،03.

[2] عمراني شعيب ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر ، الزواج العرفي دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ،2017/2016 ، ص 7 .

الفرع الثاني :حكم الزواج العرفي في الشرع والفقه

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين في حكم الزواج العرفي ، لأن مصطلح الزواج العرفي لم يكن معروفا في العصور السابقة إنما جاء بعد ظهور التوثيق وتسجيل عقود الزواج و إضفاء طابع الرسمية عليها ، وهذا الاختلاف كما يلي[1]:

1- القول الأول: عقد الزواج إذا ما كان مكتمل الأركان والشروط الشرعية فإنه تحل به المعاشرة الزوجية ، فليس من أركانه أو شروطه الشرعية أن يكون مثبتا في وثيقة رسمية أو غير رسمية ، فالتوثيق نظام أوجدته متطلبات الحياة المدنية الحديثة ؛ وهذا القول هو ما أفتى به الشيخ حسنين مخلوف رحمه الله.

كما أفتى الشيخ صالح بن الفوزان وهو عضو هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية لما سئل عن حكم رجل متزوج بفتاة زواجا عرفيا، فأجاب بأنه مادام الزواج مكتمل الأركان والشروط فهو زواج صحيح.

ويقول الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع أن الزواج العرفي هو زواج شرعي صحيح ، وهو مرتب لجميع آثاره الشرعية من إباحة الوطء و ثبوت النسب وإنفاق الزوج على زوجته وعدة الطلاق والوفاة والإرث وغير ذلك من حقوق الزوجية ، ولا يؤثر في ذلك عدم تسجيل الزواج لدى الجهات الرسمية.[2]

2- القول الثاني : أصدرت دار الإفتاء المصرية فتوى بتحريم الزواج العرفي المستوفي لجميع أركانه وشروطه الشرعية وذلك لما فيه من ضياع حقوق الأولاد والزوجة جراء عدم توثيقه، حيث أن الزواج العرفي تنتج عنه آثار سلبية منها ما يمس الزوجة كضياع حقوقها أمام القضاء ومنها ما يمس الأولاد جراء عدم ثبوت نسبهم قانونا ، كما أن الزواج العرفي لا يعطي أي حماية قانونية للزوجة بإلزام الزوج بمسؤولياته اتجاهها ؛ إضافة إلى أن في الزواج العرفي مخالفة

---

[1] عبد المالك بن يوسف المطلق ، ص371

[2] قنيفي حمزة ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر أكادمي ، الزواج العرفي وإشكاليات إثباته بين الشريعة والقانون ، 2017/2016 ، ص 18-19

لأوامر ولي الأمر وهو أمر محظور شرعا لأن طاعته واجبة فيما ليس بمعصية ويحقق مصلحة العباد ؛يقول الله عز وجل : **((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ))**[1]

الفرع الثالث :المقارنة بين الزواج العرفي وغيره من الصور

أولا- الفرق بين الزواج العرفي وبين الزواج الشرعي

بالرجوع إلى التعريفات السابقة يتبين بأن الزواج العرفي هو نفسه الزواج الشرعي بحيث لا يوجد فرق بينهما سوى أن الزواج الشرعي موثق بوثيقة رسمية على خلاف الزواج العرفي ،[2]حيث أنه وبعد ظهور التوثيق في عقود الزواج أصبح يطلق على عقد الزواج غير الموثق مصطلح الزواج العرفي لكونه عرفا إعتاد عليه الناس منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، لأن التوثيق لم يكن معروفا في تلك الأيام.[3]

إذن فعقد الزواج العرفي المستوفي لجميع أركانه وشروطه هو عقد زواج شرعي تحل به المعاشرة الزوجية ، ذلك لأن التوثيق ليس من أركانه أو شروطه إنما هو نظام استجوبته الحياة المدنية الحديثة[4].

ثانيا- الفرق بين الزواج العرفي والزواج الرسمي

يعتبر كلا من الزواج العرفي والزواج الرسمي زواجا شرعيا من حيث اكتمال الأركان والشروط و انتفاء الموانع ، غير أن الفرق الوحيد بينهما هو أن الزواج العرفي ليس مسجلا في سجلات الحالة المدنية على خلاف الزواج الرسمي،[5] حيث يتم إبرام عقد الزواج وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وذلك في منزل أحد الزوجين بعد توافر أركان وشروط عقد الزواج وهو ما

---

[1] سورة النساء الآية : 59

[2] أسامة عمر سلّمان الأشقر، المرجع السابق ، ص130 .

[3] أحمد بنّ يوسف بن أحمد الدرّيوس، المرجع السابق ، ص82 .

[4] فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غّير الرسمّي ، ط ،2مجموعة النّيل العربّية ، مدّينة نصر- القاهرة ،2001 ، ص 21 .

[5] أحمد بنّ يوسف بن أحمد الدرّيوس، المرجع السابق ، ص82 .

عبرت عنه المادة 6 من قانون الأسرة الجزائري بالزواج بالفاتحة حيث نصت في فقرتها الثانية على أنه :" غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة يعد زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون[1]."

في حين ان عقد الزواج الرسمي يضاف عليه أنه يسجل في سجلات الحالة المدنية بعد إبرامه أمام ضابط الحالة المدنية أو امام الموثق ، و يتم إثباته بمستخرج من سجل الحالة المدنية الخاص بعقود الزواج.[2]

ثالثا- الفرق بين الزواج العرفي والزواج السري

قد يتشابه الزواج العرفي والزواج السري تشابها كبيرا [3]،فكلاهما غير مسجل لدى سجلاتالحالة المدنية ،غير أن الزواج السري هو زواج عرفي غير شرعي وله صورتان[4]:

الصورة الأولى قديمة ومعروفة لدى الفقهاء ؛ حيث يكون الزواج فيها مكتمل الأركان والشروط ، ولكن يقوم الزوجان والولي والشهود بالاتفاق على كتمانه وقد عرفه الدسوقي بقوله:

"هو ما أوصى فيه الزوج الشهود بكتمه عن زوجته أو عن جماعة أو أهل منزل"[5]، وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا الزواج ؛ فقال الجمهور بأنه زواج صحيح ولكنه مكروه ؛ أما المالكية فقالوا بأنه زواج باطل ويفسخ لأن الغاية من الشهادة هو الإعلان فهي شرط لصحة الزواج ومع التواصي بالكتمان لا يكون الإظهار و الإعلان[6].

أما الصورة الثانية فهي أن يتفق الرجل والمرأة على الزواج سرا من دون ولي ولا شهود أو يكون هناك شهود هم من أصدقاء الزوجين ؛ وقد عرفه عبد الله النجار بقوله: " الزواج السري هو

---

[1] بن عبيدة عبد الحفيظ الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري ط3، دار هومة ،الجزائر، 2011، ص 45.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة ، ب ط ، دار هومة، الجزائر ، 2014 ص64.

[3] أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص136.

[4] صحرة علوي، الزواج العرفي بين النص والتطبيق في الجزائر، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2016 ، ص46.

[5] عبد الملك بن يوسف المطلق، المرجع السابق ، ص 386.

[6] أحمد بنّ يوسف بن أحمد الدرّيوس، المرجع السابق ، ص96 .

الذي يتم بحضور الرجل والمرأة فقط"؛ ويعتبر هذا الزواج باطلا عند عامة الفقهاء وذلك لغياب شروط الصحة من الولي والشهود ؛ وهو من قبيل نكاح السفاح و اتخاذ الأخدان[1].

وعليه فإن الفرق بين الزواج العرفي والزواج السري هو أن الأول زواج شرعي مكتمل الأركان والشروط لكنه غير مسجل لدى سجلات الحالة المدنية ؛ أما الزواج السري فهو زواج غير شرعي لعدم اكتمال شروط صحة الزواج ؛ وكذلك فهو يرجع في أصله إلى إخفائه وعدم إظهاره.[2]"

رابعا – الفرق بين الزواج العرفي وزواج المسيار

زواج المسيار هو ذلك الزواج الذي لا يلتزم فيه الزوج مع زوجته بالنفقة والمبيت والقسم ،وهو زواج مكتمل الأركان والشروط مع إمكانية أن يكون مسجلا في سجلات الحالة المدنية[3].

ومن مميزات هذا الزواج هو تنازل المرأة بإرادتها ورضاها عن بعض حقوقها ؛ كأن لا تطالب زوجها بالقسم والنفقة والمبيت، وسمي هذا الزواج بالمسيار لأن الزوج يسير فيه إلى زوجته في أوقات متقطعة وضيقة و لا يبقى عندها طويلا و لا يبيت ولا يقر[4].

وأوجه التشابه بين الزواج العرفي وزواج المسيار هو أن كلاهما زواج شرعي مكتمل الأركان والشروط ؛ وكلاهما يترتب عليه آثار الزواج الشرعي من نسب وتوارث ؛ أما أوجه الاختلاف بينهما فإنها تكمن في أن زواج المسيار قد يكون مسجلا لدى سجلات الحالة المدنية على عكس الزواج العرفي ؛ كما يختلفان في أن الزواج العرفي يرتب جميع آثاره الشرعية فيما يتعلق بالنفقة والمبيت على عكس زواج المسيار الذي يتفق فيه الزوجان على إسقاط حق النفقة أو المبيت أو القسم أو ذلك كله.[5]

---

[1] أحمد بنّ يوسف بن أحمد الدرّيوس، المرجع السابق ، ص95 .

[2] سمية عطية عبد الرحمان بحر، المرجع السابق ، ص68

[3] أحمد بنّ يوسف بن أحمد الدرّيوس، المرجع السابق ، ص104 .

[4] نور الدين أبو لحية ، المرجع السابق ، ص 325 .

[5] قنيفي حمزة ، الزواج العرفي وإشكاليات إثباته بين الشريعة والقانون ، مرجع سابق ، ص 15-16

المطلب الثاني : اسباب اللجوء الى الزواج العرفي

تعددت اسباب اللجوء للزواج العرفي و يصعب تحديدها جميعا، لان ذلك يحتاج الى كثير من الابحاث و الاحصاءات الدقيقة و المتنوعة، فضلا على هذا غالبا ما يتم الزواج سرا. و قد اجهد الباحثون انفسهم في دراسة هذه الظاهرة التي حصروا اسبابها في اسباب دينية و قانونية و اجتماعية، كما سنتطرق في هذا المطلب إلى ثلاثة الفروع الأسباب الدينية في الفرع الأول والأسباب القانونية في الفرع الثاني و الأسباب الاجتماعية في الفرع الثالث .

الفرع الأول: الاسباب الدينية

هي من اهم الاسباب المؤدية الى هذه الظاهرة، و يمكن حصرها في قلة الوازع الديني و اندثار القيم و المبادئ القومية، فضلا عن السلوكيات الدخيلة التي ليست من الدين في شيء و رغم اهمية هذه الاسباب الدينية والتي تؤكد عليها احكام المحاكم و الابحاث التي تجري فالتهوين من شأنها قائم و تغيب الوازع الديني حائم و لا حول و لا قوة الا بالله العظيم[1].

كما يعد اضطراب الفتوى وتضاربها بين العلماء واختلافهم بشأن الحكم الشرعي للزواج غير الموثق سببا اخر من اسباب انتشاره[2]، فالبعض من المفتين يحل الزواج العرفي و الآخر يحرمه، فلا بد من التفصيل و البيان حتى يصطلح كل فريق على حقه فيما يتوافق مع الضوابط الشرعية للزواج الاسلامي لحلها، و ما تخالفه نحرمها و ننكره كذلك لابد من تحصيل ادوات النظر في الكتاب و السنة.

و تجنب الرخص او زلات العلماء، فلكل جواد كبوه، و لكل عالم زلة ، و من يتقول على الله و رسوله الكريم و يقول في القران برايه فليتبوأ مقعده من النار لان المتكلم بالرأي ان اصاب الحق مرة سيخطئه الاف المرات[3].

---

[1] مجلة منير الاسلام، عند شهر صفر؛ سنة 1418هـ، ص87 و ما بعدها، مقالة ما خوذة من الانترنيت، موقع www.uslamway.com تاريخ الزيارة 2021-4-15 سا 18:20

[2] فارس محمد عمران الزواج العرفي و الصور الاخرى للزواج الغير الرسمي، دار الجامعة الجديدة، مصر 2001ص71

[3] سميع عبد العظيم، الزواج العرفي، دار القمة، دار الايمان، الاسكندرية،2002 ص38-37-36.

الفرع الثاني : الاسباب القانونية

تعد الاسباب القانونية احد اهم العوامل التي تدفع الافراد نحو التهرب من توثيق عقود زواجهم؛ خاصة بعد تعديل قانون الاسرة ، ويقصد بها القيود القانونية التي تفرضها الاحكام الجديدة عند اجراء عقود الزواج، حيث استحدث المشرع شروطا يتعذر على بعض الافراد تلبيتها ، مما ادى الى تزايد ملحوظ لظاهرة الزواج العرفي[1].

يمكن حصر الاسباب القانونية فيما يا تي:

1-القيود المفروضة على تعدد الزوجات

اباح المشرع للزوج الحق في تعدد الزوجات (الفقرة الاولى من المادة 8 ق . أ)[2] ، (في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطبيق)[3]. وجاء في المادة 08 مكرر 01 : 'يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول اذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا لشروط المادة 08 أعلاه" الا انه اخضعه لقيود (الفقرة 02 و الفقرة 03 من نفس المادة). و هذا ما اعتبره البعض سببا للجوء الى الزواج غير الموثق، مما يترتب على عدم مراعاة الزوج لهذه الشروط القانونية الحق لكل زوجة في التطليق، أو فسخ عقد الزواج بالنسبة للزوجة الثانية في حالة عدم الدخول. [4]

ان اقران الزواج بالتعدد ليس امرا سهلا كما يعتقده البعض وخاصة الرأي العام الغربي الشائع بحيث لا يكفي الاقتناع الذاتي بباحاته الشرعية و ابلاغ الزوجة السابقة بل لابد من تجسيد كل هذه الترتيبات في ترخيص قضائي يؤكد صحتها و الا لابد مسبقا من حل الرابطة الزوجية القائمة و مواجهة تبعاتها، فللمطلقة تعسفا الحق فيما يجبر تضررها و للحاضنة الحق في نفقة

---

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

[2] المادة 8 ف ، 1 ق . أ:" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الاسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل"

[3] المادة 8 مكرر ق، أ: " في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بتطليق"

[4] المادة 8 مكرر 1 ق . أ: " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول اذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 اعلاه"

لها و لأبنائها و في مسكن[1]، ان عدم احترام هذه الواجهات يشكل حالة من الاهمال العائلي يجرمه و يعاقب عليه قانون العقوبات.[2]

و عليه كان الزواج العرفي هو السبيل الوحيد الذي يجده الزوج للتهرب من الالتزامات المترتبة على الزواج في حالة رغبته في التعدد مع تمسكه بزوجته الاولى والحفاظ على اسرته مثلا، و يستعمل هذا الطريق كأمر واقع يصبح فيه القاضي مجبرا على تثبيت الزواج في حالة اثبات النسب.[3]

في الواقع ان هذا الحل هو حل ضعيف مؤقت وغير مجدي لأنه لا يزيل التدليس وتبقى العلاقة الزوجية المرغوب في المحافظة عليها مهددة و غير مطمئنة كونها مرهونة بمدة التستر و الاخفاء.

2-سبب العجز على اكتتاب عقد الزواج

يفرض قانون الاسرة على طالبي الزواج احضار وثائق ادارية (لاسيما عقد الميلاد) و شهادة طبية من اجل التوثيق الرسمي للعقد، فاذا تخلفت وثيقة واحدة يمتنع ضابط الحالة المدنية او الموثق عن تحريره[4].

قد تشكل وثائق الحالة المدنية قيودا يصعب على بعض الافراد تحصيلها خاصة وان منهم من لم يسجل بالحالة المدنية و بالتالي لا يملك اي وثيقة تثبت هويته، الامر الذي يدفعه للزواج دون توثيق ، و يلزم القانون المطلقين احضار شهادة الطلاق بالنسبة للرجل وشهادة تثبت استنفاذ العدة (شهادة اثبات الطلاق منذ اكثر من ثلاثة اشهر)، فبالنسبة للأخيرة فإنها لا تسلم غالبا الا بعد احضار نسخة من حكم الطلاق و نسخة من محضر تبليغ الحكم، و امام صعوبة

[1]المادة 72 ق . أ: " في حالة الطلاق، ان يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة و ان تعذر عليه ذلك فعليه دفعبدل الايجار"

[2]طالع المادة 331 من قانون العقوبات.

[3]فاطمة مصطفى، الزواج العرفي، ط1، 1998 ص 26-24.

[4]جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الميزان الاسلامي، مراجعة علي أحمد عبد العال الطيطاوي، الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 96.

استخراج مثل هذه الشهادة يضطر الافراد للزواج العرفي [1]، او ايضا هروبا من شرط الاهلية [2]، او لعجز في احضار وثيقة طبية.[3]

و بالنسبة لموظفي الامن و افراد الجيش الشعبي الوطني و الدرك الوطني ان القوانين الخاصة التي يخضعون لها تلزمهم بالحصول على ترخيص مسبق بعد الفحص.[4]

الفرع الثالث :الأسباب الاجتماعية

أ- التعدد:

أباح الشارع الحكيم للرجل التعدد بان يتزوج بأربع نساء، في آن واحد، يقول تعالى : ((**فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً**)) [5]

وبعض الرجال يرغب في التزوج بثانية، حسب الرخصة الإلهية، إلا أن ظروفه الاجتماعية لا تسمح له، وبعض الناس ينظرون إلى من يعدد نظرة سلبية، ومثلما أن بعض الأنظمة والتشريعات تلزم الرجل بتسجيل المعلومات عن الزواج السابق وزوجته الأولى عند التوثيق الرسمي ، ثم تلزم، إعلام الزوجة الأول بالزواج الثاني، وهي قد لا ترضى به، وهنا النظام يعطيها حق طلب الطلاق، وبعض التشريعات منع التعدد أصلاً، وتعاقب عليه، والرجل يرغب في التعدد وفي الوقت نفسه يحافظ على أسرته، لكي لا يقع في مشاكل أسرته أو عقوبة نظامية يذهب إلى الزواج العرفي ولا يوثقه[6].

---

[1] بدوي علي، "مقال عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع " موسوعة الفكر القانوني ص 161.

[2] المادة 9 من قانون الاسرة: يجب ان تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: اهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية لزواج.

[3] انظر المادة 7 من قانون الاسرة الجزائري.

[4] بن ابراهيم نور الدين ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، اشكاليات الزواج العرفي ، 2015/2014 ص 15-16

[5] سورة النساء الآية (03)

[6] مجلة البحوث الفقهية، العدد 36، مرجع سابق، ص 195

إن الضوابط التي أوجبتها قوانين الأحوال الشخصية على الأزواج، سواء في الحد من التعدد الشرعي، أو الطلاق، تعتبر من الأسباب الرئيسية في اللجوء إلى الزواج العرفي ..[1]

ب – نظام التجنيد:

في بعض البلاد العربية والإسلامية يوجد نظام التجنيد، يجب على الرجل عندما يصل سناً معيناً أن يقوم بخدمة عسكرية لوطنه، ولا يتزوج بدون هذه الخدمة، وبعضهم لا يستطيع أن يقوم بهذه الخدمة، وهو يريد أن يعف نفسه بالزواج الشرعي، فيلجأ إلى الزواج العرفي من غير أن يسجل رسميا [2].

ج– سن الزواج:

قد يكون سن الزواج سبباً للزواج العرفي، ويكون ذلك بين القاصرين لتحقيق رغبة بعض الوالدين أو الأولياء، خوفاً من عدم الزواج في المستقبل، أو تحديد الدولة سنا معيناً للزواج، بحيث لا يسمح للرجل أو المرأة بالزواج قبل هذا السن، وأن الفتى والفتاة يرغب في الزواج مع عدم بلوغ السن المحدد ، فيكون الطريق أمامها هو الزواج العرفي، وقد يكون السبب هو تأخير السن بحيث يكون بين أحد الزوجين متأخراً، والمجتمع لا يرضى بالزواج بينهما فيلجآن إلى الزواج العرفي، مثل العانسات أو المطلقات أو الأرامل، وهي كثر في هذا العصر، والزواج يكون لمصلحتهن .[3]

د – النظرة إلى الفروق الاجتماعية والثقافية بين الزوجين:

مثل أن يكون أحدهما غنياً والآخر فقيرا أو المستوى الاجتماعي لأحدهما أعلى من الآخر، أو يكون الأول متعلم والثاني غير متعلم، أو أحدهما من قبيلة والثاني من قبيلة ثانية لا ترض بالزواج بينهما ، أو أحدهما من بلد والآخر من بلد، والقانون والعرف لا يجبر ذلك، وفي ذلك

---

[1] حامد عبد الحليم الشريف، الزواج العرفي، (د، ط) ،(د،ت) ،القاهرة، الدار البيضاء، ص 9.

[2] الجارحي ، عبد رب النبي، مرجع سابق، ص 55.

[3] الدرويش أحمد بن يوسف بن أحمد الزواج العرفي ، حقيقته وأحكامه وآثاره، والأنكحة ذات الصلة به، دراسة فقهية مقارنة،ط1، 1426هـ – 2005م دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض ص 86.

يرغب الزوجان وأولياؤهما في الزواج، ولكن الأعراف الاجتماعية تقف أمامها عقبة، فيتزوجان بالزواج العرفي غير الموثق رسميا .[1]

هـ – سهولة الزواج العرفي ويسره:

الزواج الرسمي في حاجة إلى إجراءات عديدة، وقد تكون معقدة، وإلى مراجعات الجهات الردعية، وقد تكون مطلقة، وهنا يكون الزواج العرفي سهلاً وميسراً، ولا سيما في القرى ، والأرياف، حسب تيسير الحياة فيها فيصبح الزواج العرفي سهلاً وميسراً وبعيداً عن الإجراءات الشكلية المعقدة .[2]

و – عدم استقرار الرجل بسبب العمل:

قد يكون العمل بعض الرجال غير مستقر في مكان واحد، بل يجتهد لأجل عمل رسمي أو تجاري، وعمله يتطلب مدة كبيرة في البلد وزوجته لا تقيم معه، فيحتاج إلى امرأة تحصنه في أثناء وجوده هناك، ولا يمكن له الزواج الرسمي، فيلجأ إلى الزواج العرفي[3].

المبحث الثاني :انعقاد عقد الزواج العرفي وجزاء تخلف أحد أركانه

سأتطرق في هذا المبحث إلى انعقاد عقد الزواج العرفي وجزاء تخلف أحد أركانه ، وقبل أن نتحدث عن هذا نبين في المطلب الأول الأحكام الزواج العرفي و ثم نتناول في المطلب الثاني سنتحدث عن جزاء تخلف ركن أو شرط لزواج العرفي

المطلب الأول : أحكام الزواج العرفي.

سأتطرق إلى الأحكام المتعلقة بالزواج العرفي، وهي المهر، والنفقة، والسكن، والمبيت، والقسم، والعدة، والنسب، ولميراث.

ما يتعلق بالأحكام المالية

أولا–المهر:

---

[1] الأشقر أسامة عمر سليمان، مرجع سابق ص 166–165.

[2] عمران فارس محمد ، مرجع سابق ص 73.

[3] المطلق عبد الملك يوسف، زواج المسيار دراسة فقهية واجتماعية نقدية، (د، ط)، (د، ت)، دار ابن لعبون للنشر والتوزيع،الرياض ،ج1، ص 81.

الزواج العرفي غير الموثق رسمياً زواج شرعي صحيح، فلذا يجب فيه المهر بأحكامه، وهو حق للزوجة ثابت لها شرعا[1]، وعلى الزوج أداؤه معجلاً أو مؤجلا حسب الإنفاق.

ثانيا –النفقة:

مادام الزواج العرفي زواجاً صحيحاً تترتب عليه آثاره وحصل التمكين من الزوجة، فتكون نفقتها واجبة على الزوج بالمعروف، بسبب هذه الزوجية ودلالة الأدلة من القرآن والسنة.[2]

ثالثا– السكن:

الزوجة المتزوجة زواجاً عرفياً تستحق المسكن الذي يليق بها باستمرار، وهو حق واجب لها ، إلا إذا تنازلت هي عن حقها في السكن والغالب لا يوجد مثل هذا التنازل في الزواج العرفي، لذا يجب لها السكن .[3]

رابعا– الميراث:

والميراث ثابت بالزواج العرفي باعتباره زواجاً صحيحاً مثل الزواج الرمي ، فيرث الزوج زوجته وهي ترثه إن مات بمجرد العقد، ويرث الولد أبويه بسبب النسب الثابت بالزواج العرفي.

وعليه يمكن القول من خلال ما ذكر سابقاً حول أحكام الزواج العرفي، أنه متى استكمل الزواج العرفي أركانه وشروطه، إلا أنه غير موثق تترتب عليه أحكام من مهر ونفقه، وسكن ومبيت وقسم والعدة والنسب ولميراث[4].

ما يتعلق بالأحكام الغير مالية

أولا– القسم:

الزوجة المتزوجة زواجاً عرفياً مثل الزوجة المتزوجة زواجاً رسمياً في حق القسم إذا تبت لها وتوفرت نية العدل بينهما، لأن عدم التسجيل في وثيقة رسمية لا يؤثر على حكم وجوب القسم، فيجب على الرجل العدل في القسم بين زوجاته، سواء كان الزواج عرفياً أو رسمياً، إلا إذا

[1]فتاوى الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع، مجلة الدعوة ، ربيع الأول 1423هـ العدد 1843 هـ ص56.

[2]سعيد عبد العظيم، مرجع سابق، ص 66.

[3]مرجع نفسة ص 67 – 68.

[4]مجلة الدعوة، ربيع الأول، 1423هـ ، العدد 1443، ص 56.

رضيت في إسقاط حقها في القسم، وليس للزوج أن يتعلل بأن هذه زوجته عرفا وأمرها مكتوم عن الزوجة الأخرى، فلا يستطيع القسم لها[1]:

لأن فيه ظلم[2] ، ولكن يمكن حل هذه المشكلة بالاتفاق والرضا بين الزوجين وبالتعليم وتفقيه الناس بأحكام دينهم.

ثانيا– العدة:

إذا حصل سبب من أسباب العدة وجب على المرأة أن تعقد بها من عدة الطلاق أو الوفاة ، مادام الزواج توفرت فيه أركان وشروط ينتج أثره وتترتب عليه أحكام الشرعية سواء وثق أو لم يوثق ، وعلى المرأة يحرم عليها الزواج حتى تنقضي عدتها، و المعتدة من وفاة يلزم عليها الحداد على زوجها فترة العدة ولا تتزين بكل أنواع الزينة لأنها في فترة العدة[3].

ثالثا –النسب:

يثبت النسب في الزواج العرفي مثل الرمي لكن قد تحدث مشكلة في تسجيل الولد في شهادة الميلاد الرسمية ، أو إصدار بطاقة، أو تسجيل في جهة مختصة ويكون إحضار الوثيقة مطلوباً لإمام الإجراءات وهذه الوثيقة لا تتوفر في الزواج العرفي، لعدم توثيقه، فيضيع النسب، مادام الأب يعترف بنسب ولده، وأن شهادة الميلاد ليست حجة قاطعة في ثبوت النسب، لكن لتسهيل الشؤون الإدارية ، وعلى الدولة أن تضع نظاماً يسهل الإجراءات وتؤكد إثبات النسب .[4]

كما أننا سنتحدث في هذا المطلب أيضا أركان الزواج العرفي (الفرع الأول) و شروط إثبات الزواج العرفي (الفرع الثاني) وطرق إثبات الزواج العرفي (الفرع الثالث).

---

[1]قدور عطاياالله ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية ، الزواج العرفي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي قانون الأسرة ، 2015/2014 ص 63-64

[2]سعيد عبد العظيم الزواج العرفي، مرجع سابق، ص 89.

[3]فتاوى الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع، بجلة الدعوة العدد 1945، ص 56.

[4]عبد رب النبي الجارحي، مرجع سابق، ص 110.

الفرع الأول : أركان الزواج العرفي

عقد الزواج عقد زواج صحيح إلا أنه في حالة التخلف ركن الرضا يدي بالعقد إلى البطلان، ويعتبر هذا الركن عنصرا أساسيا في إبرام عقد الزواج وهذا ما جاءت به المادة 9 من قانون الأسرة، لذا سنتعرف على هذا الركن في مختلف النقاط المتعلقة به[1] .

أولا: ركن الرضا

يقصد بركن الرضا توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده ، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا. [2]

وتنص المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري" يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، وما نستخلصه من التعريف ونص المادة العاشرة على أن ركن الرضا في عقد الزواج يتكون من شقين وهما الإيجاب والقبول .

فالإيجاب: هو اللفظ الذي يصدر أولا من أحد المتعاقدين دالا على رضاه بالعقد .

والقبول: هو اللفظ الذي يصدر ثانيا من المتعاقد الآخر دالا على موافقته على رغبة الأول .[3]

ولصحة الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يكون باللفظ أو الصيغة، حيث تنص المادة العاشرة من قانون الأسرة على" أن يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ."

يستنتج من المادة المشار إليها سابقا أن المشرع الجزائري لم يحدد الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول ، ولم يحدد اللغة التي يتم بها العقد وهذا ما يؤدي بنا لتحديدها إلى ما ذهب إليه الفقهاء، حيث تناولها تضييقا وتوسعة، فقد قصر المالكية والشافعية والحنابلة ألفاظ الزواج على لفظي الإنكاح والتزويج، فلا ينعقد الزواج عندهم إلا بهذين اللفظين، بينما توسع

---

[1] فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001،ص 24.

[2] السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة السابعة، دار الكتاب العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص 34

[3] مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج وانحلاله، الطبعة التاسعة، دار الوراق، بيروت، لبنان، 2001 ،ص . 73

الحنفية في الألفاظ حتى قالوا إنه ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك وكل لفظ يدل على تمليك الأعيان، واشترط كذلك الفقهاء صيغة الفعل المعبر عنها في الإيجاب والقبول بصيغة الماضي لأنها تفيد دلالة قطعية على رضا الطرفين، وبالتالي يكون الإيجاب والقبول منجزين غير معلقين إلى المستقبل . [1]

تكون الصيغة باللفظ الذي ينطق به المعبر عن إيجابه أو عن قبوله، هذه تعتبر القاعدة العامة والتي نص عليها المشرع في المادة العاشرة من قانون الأسرة، لكن إذا كانت هذه هي القاعدة العامة، غير أن لكل قاعدة استثناء والحالات الاستثنائية لهذه القاعدة تكمن فيما يلي : [2]

-الكتابة .

-الإشارة .

-الرسول أو المراسلة .

أ- **الكتابة** :قد يتعذر على أحد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في عقد الزواج لعائق كالأخرس والأبكم، فالكتابة تساعده على التعبير عن رفضه أو قبوله للزواج وهذا ما نصت عليه المادة العاشرة الفقرة 2 ،فأجازت الإيجاب والقبول من العاجز بكل لفظ يفيد معنى النكاح .

ب – الإشارة :في حالات عدة قد يكون أحد المتعاقدين أو كليهما عاجز عن التعبير وذلك نتيجة لخرسهما أو بكمهما، ففي هذه الحالة يكون التعبير طبعا بواسطة الكتابة، وإن كانا لايحسنا الكتابة يمكن لهما التعبير بواسطة الإشارة .

جـ – الرسول أو المراسلة: لم ينص المشرع الجزائري التعبير عن الرضا عن طريق الرسول أو المراسلة وهذا يجعلنا نطبق نص المادة 222 من قانون الأسرة والرجوع إلى ما ذهب إليه الفقهاء المسلمين الذين أجازوا الزواج عن طريق الرسول أو المراسلة المكتوبة، واتفقوا على أنه

[1] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 ،ص . 43

[2] مشتاوي فضيلة ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص ، الزواج العرفي وآثاره القانونية في التشريع الجزائري ، 2015/2014 ، ص 11

من لايستطيع حضور مجلس العقد لغيابه فيمكن له أن يعبر عن إرادته في إبرام عقد الزواج عن طريق الرسول، ولكنهم اشترطوا حضور شهود.[1]

1- شروط صحة الإرادة :

يشترط الفقهاء لصحة الإرادة في عقد الزواج مجموعة من الشروط وهي كالتالي : أ- أن تكون إرادة الزوجين مؤبدة : لقد اشترط الفقهاء المسلمين أن تكون صيغة عقد الزواج مؤبدة غير مؤقتة ولا مقترنة بما يدل على التأقيت، لأن مقتضى عقد الزواج المؤقت وعقد زواج المتعة غير جائزين عند الفقهاء المسلمين و يقع تحت طائلة البطلان باستثناء نفر من الحنفية الذين يجيزون الزواج المؤقت ويبطلون زواج المتعة[2]

ب – الإرادة غير المقيدة بشرط ولا بأجل :تعني الإرادة المقيدة بشرط أو أجل هي تعليق عقد الزواج على تحقق شروط ما أو إضافته إلى زمن المستقبل وهي معطيات تختلف ولا تتفق مع طبيعة عقد الزواج الذي يجب أن يكون الإيجاب والقبول فيه قطعي لا احتمالي، أي يؤدي إلى إنشاء عقد الزواج في الحال وبصفة فورية باعتباره منجز .[3]

جـ – الإرادة الخالية من عيوب الرضا :لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري لعيوب الإرادة بالتفصيل وكذا عدم خوض فقهاء الشريعة الإسلامية كثيرا في هذه المسألة، وهذا ما يؤدي بنا إلى الذهاب إلى القواعد العامة في القانون المدني المادة 82 الفقرة الثانية والمواد 86 إلى 68 ،التي تناولت ما يلي :

–الإكراه: يقصد به بأنه كل ضغط مادي أو معنوي يولد في نفس الشخص رهبة تدفعه إلى التعاقد، فالإكراه بجانبيه المادي والمعنوي يمس بقاعدة حرية الإرادة في إبرام العقود،

---

[1]معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، الجزائر، 2003/2004 ،ص ص . 43- 42

2مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص .25

[3]العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1999 ، ص .70

وما يشترط في الإكراه وهو أن يكون الدافع الذي دفع بأحد المتعاقدين إلى إبرام عقد الزواج، واعتبرت المذاهب الفقهية عقد الزواج تحت الإكراه باطل .

–الغلط: هو وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع، ويشترط في الغلط كي يكون عيب في الإرادة المبرمة لعقد الزواج أن يكون متعلقا بالشخص أو في صفة من صفاته الأساسية التي هي محل اعتبار في التراضي .

–التدليس: ويعرف التدليس بأنه استعمال الحيلة بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد وهو عيب غير هام في إبرام عقد الزواج.[1]

الفرع الثاني : شروط إثبات الزواج العرفي :

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

أولا - الولـــــــــــــي :

شرعت الولاية في الإسلام حفاظا لحقوق العاجزين عن التصرف ، بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها ، ورعاية لمصالحهم وشؤونهم ، حتى لا تضيع وتهدر ذلك أن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة ، ومن عجز عن رعاية مصلحته أقام له الشارع من يتولى أمره ، ويحقق له النفع ويدفع عنه الضرر .[2]

ويشترط الإسلام فيمن يتولى إنشاء عقد الزواج أن تكون له حق الولاية والقدرة على إنشائه ، وقد أجمع الفقهاء على أن المرء مادام بالغا عاقلا فله الحق في هذه الولاية ، وله أن يزوج نفسه بمن يشاء من النساء بدون أي اعتراض عليه سواء تزوج بمهر المثل أو بأكثر منه ، وسواء

[1] المادة 68 إلى المادة 86 من القانون المدني، مرجع سابق.

[2] مشتاوي فضيلة ، الزواج العرفي وآثاره القانونية في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 20

تزوج بمن تساويه منزلة أو لا تساويه ، هذا ما يراه الإسلام في شأن تولي الرجل عقد زواجه ، فما هو الحكم في شأن المرأة ؟ وهذا ما سنتطرق إليه من خلال ما يأتي :

– تعريف الولاية و أقسامها :

الولاية لغة : بكسر الواو هي المحبة و النصرة [1] .

الولاية في الإصلاح الشرعي : هي تنفيذ القول على الغير و الإشراف على شؤونهم أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد ، ويقصد بالغير هنا القاصر والمجنون و البالغة في ولاية الاختيار [2] .

وقسم الفقهاء الولاية إلى ثلاثة أقسام ، هي :

الولاية على النفس ، الولاية على المال ، والولاية على النفس والمال معا ، وما يهمنا في موضوعنا هي الولاية على النفس التي تشمل من جملة ما تشمل الولاية في زواج الفتيات والتي قسمها الفقهاء إلى قسمين أساسيين ولاية إجبار وولاية اختيار .

– ولاية الإجبار فهي ولاية الأب أو الجد على الفتاة البكر و الصغير و المجنون ، فيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليها و لا يشاركه أحد لعدم توفر في المولى عليها شرط العقل و البلوغ و أهلية الزواج.[3]

– ولاية الاختيار وتسمى ولاية المشاركة وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة فالخيار لها ، غير أنه يستحسن أن تستشير وليها ، وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد و الأعراف [4] .

– دليل شرعية الولاية وحكمها :

هناك خلاف ظاهر في الرأي بين الأئمة ، فالإمام مالك و الشافعي وأحمد متفقون على أن المرأة البالغة مهما تكن درجتها من الرشد ، فليس لها أن تنفرد بأمر زواجها بل لوليها سلطان

---

[1] د. العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ص 118 .

[2] د.عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 120

[3] د. العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 119

[4] نفس المرجع ، ص119 .

، وأن النساء لا يتولين إنشاء العقد ، بل لابد من إذن الولي و إشراكه في الاختيار ، ودليلهم في ذلك قوله تعالى :"فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن " ، وقوله صلى الله عليه وسلم :" لا نكاح إلا بولي " ، وقوله أيضا :"أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل و إن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها " [1] .

وقد خالف الإمام أبو حنيفة سائر الفقهاء وقال : " أن للمرأة الحق أن تنفرد بإختيار الزوج من غير إشراك وليها ، ولها أن تنشئ عقد زواجها بعباراتها ، ولكن يستحسن أن يتولى ذلك وليها وأن يكون راضيا بحالة الزوج " ، واستدل بقوله تعالى :" فإن طلقتها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " [2] ، وقوله أيضا :"وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن "[3] ، وقوله صلى الله عليه وسلم "الأيم أحق بنفسها من وليها " 4 ، فالشرع أسند للمرأة البالغة العاقلة العقد .

وقد اعتبر الإمام أبو زهرة الولاية شرطا للنفاذ وليس شرط للصحة ويقول :"يشترط لنفاذ العقد أن يكون الذي يتولى إنشائه له ولاية إنشائه فإذا كان الذي تولى عقد الزواج كامل الأهلية وعقد لنفسه فعقده صحيح (ولاية الإنشاء بالأصالة) ، وكذلك إذا عقد لمن هو في ولايته (الولاية الشرعية) أو من وكله (الوكالة) ، وإن لم يكن للعاقد ولاية الإنشاء ، إما لأنه ليس كامل الأهلية أو لأنه كامل الأهلية لكن عقد لغيره من غير إنابة بحكم الشارع أو بتوكيل صاحب الشأن فإن العقد لا يكون نافذا بل يكون موقوفا " [5] ، ويقصد ولاية الإجبار و الاختيار و الوكالة وقد اعتبر الدكتور الغوثي بن ملحة حضور الولي و الشاهدين شروط شكلية وليست أركانا في عقد الزواج [6] .

---

[1] د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء السابع ، دار الفكر ، 1996 ، ص 82 .

[2] سورة البقرة ، الآية 230 .

[3] سورة البقرة ، الآية 232 .

[4] الأيم من لا زوج لها بكرا كانت أوثيبا

[5] محاضرات الدكتور الغوثي بن ملحة

[6] محاضرات الدكتور الغوثي بن ملحة

ومقارنة بالمشرع التونسي فإنه لم يعتبر الولي ركنا من أركان عقد الزواج ونص في الفصل الثالث من مدونة الأحوال الشخصية " لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين " ، ولكن أتى في الفصل السادس من المدونة وسمح للقاصر الذي لم يبلغ 20 سنة و القاصرة التي تبلغ 17 سنة بالزواج بشرط أن يرخص لها الولي و الأم [1] .

وقد اعتبر المشرع الجزائري الولاية في عقد الزواج ركن من أركانه حسب المادتين 09 و 11 من قانون الأسرة ، وعليه لا يمكن للمرأة أن تزوج نفسها والذي يزوجها هو وليها بتفويض منها بمراعاة رضاها ، ثم أتى في النصوص الموالية ليقلل من دور الولي فرتب على تخلفه في الزواج استمراره إذا حصل الدخول حسب المادة 33 من قانون الأسرة ، فالمشرع جعل الولي ركنا ولكنه رتب على تخلفه ما يترتب على تخلف الشرط مما جعل الأحكام غير متناسقة وغامضة [2].

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 من قانون الأسرة ، فإن ثبت تخلف الولي ولم يحصل الدخول حكمت المحكمة بفسخ العقد ولا صداق فيه ، أما إن ثبت تخلف الولي وحصل الدخول حكمت المحكمة بتثبيت الزواج العرفي[3] .

ولو أبرم عقد الزواج العرفي بدون حضور ولي ولم يسم فيه الصداق وحضر الزوجين لتثبيته ، فإن المحكمة تحكم ببطلان العقد لتخلف ركني الولي و الصداق سواء حصل الدخول أو لم يحصل بناء على المادة 33 من قانون الأسرة .

وبما أن قانون الأسرة قد التزم بذكر الولي ضمن أركان عقد الزواج في المادة التاسعة ، فما هي الشروط التي يجب أن تتوفر في الولي كي يمارس ولايته في الزواج ؟

– شروط الولـي :

[1] مجلة مغاربيات ، مواطنات حتى تتمتعن بحقوقكن ، ص 24 .

[2] مجلة مغاربيات ، مواطنات حتى تتمتعن بحقوقكن ،مرجع السابق ، ص 25

[3] نفس المرجع ، ص 25

لا ينال الولاية على النفس إلا من توافرت فيه الشروط القانونية التي تجعل منه وليا رحيما بمن في ولايته ، وذلك أن الولاية بوصفها سلطة يمنحها القانون لشخص على آخر لقيام أسبابها فإنه قد قصرها على الذين استوفوا الشروط التالية :

* الأهليـــة : وهي صلاحية الشخص قانونا لتلقي الحقوق وتحمل الواجبات أي أن يكون بالغا و عاقلا وراشدا .

ولما كانت أهلية الأداء هي مناط تكليف الولي بالولاية على غيره فإن الذين يفتقروا لها يجب أن يحرموا من سلطة الولاية على الغير حتى لو تمسكوا بها قضائيا 1 .

فعلى القاضي عندما يريد تثبيت واقعة الزواج العرفي أن يتحقق من توافر أركان عقد الزواج و الشروط الواجبة في ركن الولي ، فلو كان الولي كامل الأهلية وقت إبرام العقد ثبت الزواج العرفي ولوفقدها في الفترة بين إبرام الزواج و تثبيته ، فالعبرة بكمال الأهلية يوم الإبرام .

لكن ما يلاحظ أن المشرع حدد سن أهلية الزواج للرجل بتمام 21 سنة ، وللمرأة بتمام 18 سنة ، في حين أنه سهى عن تحديد سن الرشد بالنسبة للولي في الزواج ، وبالرجوع للقواعد العامة حسب المادة 40 من القانون المدني و المادة 86 من قانون الأسرة نجدها 19 سنة ، فإن أخذنا بالقاعدة العامة قد يكون سن الزوج أكثر من سن وليه كأن يكون الزوج يتيم الأب وعمره 20 سنة فتكون الولاية لأخيه الذي سنه 19 سنة ، فيكون الشخص كامل الأهلية لأن يكون وليا وناقص الأهلية للزواج ، فهل هذا منطقي ؟ فكيف يزوج غيره ولا يستطيع تزويج نفسه ؟ .

فعلى المشرع أن يساوي بين السن في الأهلية للزواج و الولاية على الزواج .

* الذكـورة :

أي أن يكون الولي في الزواج ذكرا ، فالمرأة لا تستطيع تزويج نفسها مستدلين بنهيه عليه السلام أن تزوج المرأة أو المرأة نفسها ، فقال عليه السلام بأن الزانية هي التي تزوج نفسها ، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة ، أما الحنفية فقد أثبتوا للأم

[1] كناقص الأهلية (سفيه و المميز الذي لم يبلغ 19 سنة) أو عديم الأهلية (لمن لم يبلغ 16 سنة أو المجنون أوالمعتوه) طبقا للمواد 40 ، 42 ، 43 من القانون المدني .

ولاية الإجبار للبنت وبنت الابن والأخت وغيرهن من النساء ، إذا لم يكن عصبات من الرجال ، وذلك بناء على ما ذهبوا إليه من أن الولاية تكون لعامة الأقارب ذكورا و إناثا أما ولاية الاختيار فلا تثبت عندهم لأنه لا ولاية بعد البلوغ . والمشرع قد أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء في المادة 11 ، ولكن ألا يتعارض هذا مع تولي المرأة القاضي تزويج امرأة أخرى باعتبار أن القاضي ولي من لا ولي له ؟

نحن نرى أن مثل هذا الزواج صحيح باعتبار أن المرأة القاضي تتولى زواج المرأة بحكم وظيفتها ليس إلا.

فرغم أن قانون الأسرة نص في المادة 11 أن :"يتولى الزواج المرأة وليها وهو أبوها ، فأحد أقاربها الأولين " ، ولكن من غير أن يرتب هؤلاء الأقارب ، ودون ذكرهم بصفاتهم ، ودون أن يشترط وفاة أو غياب أو عجز الأب أو من يليه لانتقال الولاية الشرعية من الأب إلى من يليه درجة من الأقارب ، وعليه يتعين اللجوء لقواعد الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة .[1]

فالمذاهب الثلاثة التي تشترط الولي تختلف في ترتيب الأولياء ، حيث أن المالكية يقدمون الابن على الأب و الأخ على الجد ، والحنفية يقدمون الجد على الإبن ، والشافعية يقولون بأن الولاية للأب قبل غيره ولوصي الأب عند وفاته أو للجد عند وفاة الأب أو عجزه أو غيابه غياب بعيدا أو طويلا وعند عدم وجود الأب ووصيه والجد تنتقل للأخ ثم للعم ثم للابن .

فأي مذهب نتبع لترتيب هؤلاء الأقارب ؟ فلو أخذنا بالمذهب المالكي فنرتبهم بجعل الابن قبل الأب فهذا يناقض المادة 11 التي جعلت الولاية للأب أولا، وفي هذا الموضوع رتب فضيل سعد المستحقين للولاية حسب درجة الميراث (المادة 154 قانون الأسرة)[2] :

1 – قرابة الأبوة (الأب والجد) .

2 – قرابة البنوة (الإبن وإبن و إن نزل) .

[1] أنظر المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري

[2] أنظر المادة 154 من قانون الأسرة الجزائري

3 – قرابة الأخوة (الأخ الشقيق أقرب من الأخ لأب) .

4 – قرابة العمومة (العم الشقيق أقرب من العم لأب الذي هو أقرب من العم لأم)[1].

أما عبد العزيز سعد يميل للأخذ بالمذهب الشافعي [2] .

لكن ما حكم تزويج الولي الأبعد الذي لم يأت دوره مع وجود الولي صاحب الحق ؟ كأن يتولى زواج المرأة عرفيا أخوها في حين أن أباها موجود ؟ وهل تتحقق المحكمة قبل تثبيت الزواج من درجة القرابة أم لا ؟ .

إن ما رأيناه عمليا أن أغلب المحاكم لا تتحقق من قرابة الولي للزوجة وفي غياب نص صريح في قانون الاسرة يعطي حكم هذا الزواج ، فيرجع للشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الاسرة .

فيرى المالكية أنه يصح عقد النكاح بالولي الأبعد مع وجود الأقرب لكن هذا في الولي غير مجبر أما الولي المجبر فإنه لا يصح أن يباشر العقد غيره مع وجوده 3، ويرى الحنفية أنه يصح العقد إذا باشره الأبعد مع وجود الأقرب موقوفا على إيجازته فإن أجازه نفذ و إلا فلا .

لكن متى تسقط الولاية عن صاحبها وتنتقل إلى القريب الموالي له ؟ ويكون ذلك إذا خلا الولي من الشروط القانونية منها :

1 – عجز الولي عن القيام بهذه الولاية .

2 – الحجر عليه لإنعدام أهليته .

3 – وتسقط بقوة القانون إذا مات .

و إذا سقطت عن الولي الولاية بوفاته مثلا ولا يوجد ولي آخر بعده فإن قانون الأسرة أخذ بمبدأ " القاضي ولي من لا ولي له " في المادة 11 منه ، أليس من الجائز أن نتساءل من هو هذا القاضي ، وكيف يمكنه أن يمارس ولايته ؟.

---

[1] فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، الجزء الأول ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986 ، ص 74.

[2] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 124 .

[3] عبد الرحمان الجزيري ، كتاب الفقه ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1969 ،ص27 .

غالبا ما نكون أمام إبنة زنا أو مجهولة الأبوين ويتقدم شخص لخطبتها ولإتمام الزواج لابد من ولي ليتولى أمر زواجها فهنا إذا كانت لها أهلية التقاضي ترفع الطلب مباشرة إلى رئيس المحكمة لتطلب تعيين ولي لها ، أما إذا لم تكن لها أهلية التقاضي فيرفع الطلب إما مدير المركز الموجودة به ، أو كفيلها إذا كانت تحت نظام الكفالة (الملحق رقم 01) ويقوم القاضي بدراسة الملف و بأمر بتعيين ولي للمعنية (غالبا ما يعيين القاضي نفسه) ليتولى عقد زواجها .

* الإســلام :

الإسلام شرط أساسي متفق عليه بين الفقهاء ، لقوله سبحانه وتعالى :"ولا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين " ، هذا الشرط خاص بزواج المسلمة بالمسلم ، أما إذا كانت المرأة غير مسلمة ، فالمطلوب هو إتحاد الدين بين المولي والمولى عليها لقوله تعالى :" والذين كفروا بعضهم أولياء لبعض ".

* العـدل : لقد اشترط كثير من الفقهاء العدالة في الولي، ذلك لأنه مطلوب منه البحث والسعي عن مصلحة المولى عليها ، وأما الإمام مالك وغيره فقد ذهبوا إلى أن العدالة ليست مشروطة في الولي لعدم تصريح النص بها كما هو بالنسبة للشهادة إذا يقول عليه السلام :" لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل " ويرى الأستاذ فضيل سعد أن المشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور عندما سكت عن شرط العدل في الولي فقال بعموم اللفظ في المادة 11 دون أي إضافة أخرى [1] .

– دور الولي ووظيفته :

* الاعتراض على زواج المولى عليها :

جاء في المادة 1/12 : " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها و إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به " .

[1] فضيل سعد ، المرجع السابق ، ص 76 .

فالمشرع الجزائري في هذا النص لم يفرق بين الولي إذا كان الأب أو غيره و إنما جعل الحكم عاما ، فأباح لكل من عارضها وليها في الزواج بمن ترغب فيه أن ترفع أمرها إلى القاضي ليأذن لها بالزواج رغم معارضة الولي بغض النظر عن صلة القرابة التي تصله بها سواء كان أبا أو جدا أو أخا أو غيره .

والمشرع أيضا لم يميز بين البكر و الثيب على السواء ، أي كل فتاة بلغت سن أهلية الزواج ، وأرادات أن تتزوج من شخص أهل للزواج وكان في زواجها مصلحة لها أن تتزوج دون موافقة وليها .

وقد يحصل ذلك عندما ترغب الفتاة في شاب مثقف و يرغب وليها في تاجر ، فهي تستطيع رفع أمرها إلى القاضي لتطلب إلغاء قرار وليها وليأذن لها بالزواج .

لكن المشرع لم يحدد من هو القاضي الذي يصدر هذا الإذن ؟ هل هو قاضي الأحوال الشخصية أم القاضي رئيس المحكمة أم غيرهما ؟ فمفهوم القاضي عام قد يشمل قضاة النيابة و الحكم ، قضاة المجلس أو المحكمة ؟ ولم يحدد المشرع إجراءات استصدار هذا الإذن ؟ وكيف ينسجم المنع مع ضرورة مراعاة أحكام المادة التاسعة من قانون الأسرة التي تجعل من فقدان الولي في العقد سببا من أسباب فسخه أحيانا وسببا مكملا من أسباب بطلانه أحيانا أخرى ؟ .

إن ما يجري عمليا أن تقوم المعنية (الفتاة التي منعها وليها من الزواج) برفع طلب من أجل تعيين ولي لها إلى رئيس المحكمة ، ويقوم هذا الأخير بسماع الأطراف (الولي و المعنية) ، ويفصل في الطلب إما برفضه و إما بقبوله عن طريق استصدار أمر بتعيين ولي ، وهنا إما يعيين لها ولي من العصبات أو يعيين لها قاضي ليحل محل وليها في العقد، وبهذا يحل إشكال فقدان الولي في العقد و يصبح العقد كامل الأركان رغم إمتناع الولي عن تزويج إبنته [1].

[1]عبد الرحمان الجزيري ، كتاب الفقه ، مرجع سابق ،ص29 .

ولقد سارت المحكمة العليا على هذا المسار في قرارها المؤرخ في1993/03/30 أنه : " لما ثبت من – قضية الحال – أن البنت راشدة ، وعبرت عن رضاها وأن الراغب في زواجها معلم وله مسكن ، فإن والدها (الطاعن) لم يثر الأسباب التي دفعت به لمنع هذا الزواج ، لذا فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما رخصوا للمطعون ضدها بالزواج ، مما يتعين رفض الطعن لعدم تأسسيه.[1]

* منع الأب المولى عليها من الزواج :

ولقد أباح المشرع في المادة 2/12 للأب أن يمنع من في ولايته من الزواج وبذلك يحرم المرأة من حق الطعن ضد قرار وليها إذا كان هذا القرار مستوفيا للشروط القانونية :

1– أن تكون بكرا فلو كانت ثيبا جاز لها أن تطعن ضد قرار الولي أبا كان أو غيره.

2 – أن يصدر قرار المنع من الأب ضد رغبة إبنته البكر فلو كان الولي أخا أو عما أو أي قريب آخر فإنها تستطيع الطعن فيه .

3 – أن يكون في قرار المنع مصلحة للبنت فقط ، لكن ما هي المصلحة المقصودة هنا ؟

وإذا كان قانون الأسرة منع الولي من إجبار البنت على الزواج في المادة 13 ومنعه من تزويجها بدون موافقتها ، وكان قد سمح في المادة السابعة بتزويج الفتيات الصغار الأقل من 18 سنة و الفتيان الأقل من 21 سنة للمصلحة أو الضرورة ، دون أن يحدد حدا أدنى للسن ولا يسمح بالنزول عنه ، فهل يعتبر موفقا في ذلك ؟

إن استعمال كلمتي مصلحة وضرورة كلمتين عامتين جدا وجعلهما كسببين لجواز تزويج الصغار يجعلهما غير كافيتين للأداء الغرض و يختلف القضاة في تحديدهما لمنح الرخصة بالزواج ،وما المقصود بالقاضي هنا أيضا هل هو قاضي الأحوال الشخصية أم القاضي المكلف برئاسة المحكمة ؟ وما هو هذا الإذن أو الترخيص بالزواج وما إجراءات استصداره ؟ .

يرفع طلب الإعفاء من شرط السن في الزواج من ولي المعنية إلى القاضي المكلف برئاسة المحكمة ، ويتم استدعاء الأطراف (ولي) وسماعهم ويفصل القاضي المكلف برئاسة المحكمة

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/03/30 ، مجلة قضائة ، 1994 ، العدد 3 ، ص66

بعد الإطلاع على الملف إما برفض الطلب و إما بقبوله مع إذنه بالإعفاء من شرط السن في الزواج .

بعد أن تطرقنا لأهم النقاط المتعلقة بالولي سننتقل للصداق .

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 موضوع بحثنا ومعتمدين أساسا على أحكام قانون الأسرة .

– مفهوم الصداق و حكمته :

الصداق لغـة : إسم مصدر لأصدق وهو بفتح الصاد مهر المرأة ، وكذا الصداقة وهو يجمع على صدقات .

الصداق اصطلاحا : عرفه المالكية أنه ما يجعل للزوجة نظير الاستمتاع بها ،وعرفه الشافعية أنه ما وجب بنكاح أو وطء ، وعرفه الحنابلة أنه العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضي الطرفين أو الحاكم أو العوض في نحو النكاح كوطء الشبهة ووطء المكرهة .

وعرفه بعض الفقهاء أنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزا لرغبته في الاقتران بها ،

وعرف أيضا أنه المال الذي تستحقه الزوجة على الزوج العقد عليها [1] .

الصداق قانونـا :

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 ".

وعرفه الفصل 16 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية أنه : "ما يبذله الزوج من المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج لإنشاء أسرة وتثبيت أسس المودة والعشرة " [1] .

[1] والأصح العقد معها وليس العقد عليها لأنها ليست محل العقد بل طرفا فيه .

وعرفه الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنه :" كل ما كان مباحا و مقوما بمال " .

وعرفته المادة 54 فقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه : "كل ما صح التزامه شرعا " .

والحكمة من الصداق هو رمز لإكرام المرأة وعربون على إظهار الرغبة في الزواج بها و البناء خلال زمن لا حق ، وليس ثمنا يقدمه الزوج مقابل الزوجة أو مقابل رضاها بزواجه [2] .

وللصداق عدة أسماء منها : النحلة ، المهر ، الفريضة و الأجر .

– طبيعـــة الصـداق و شرعيتـــه :

يذهب الأحناف و الشافعية و الحنابلة إلى أن المهر هو أثر من آثار عقد الزواج ، وليس ركنا من أركانه و لا شرطا من شروط صحة العقد [3] ، واستدلوا على قوله تعالى :" لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة أي الطلاق صحيح مع عدم تسمية المهر و الطلاق لا يكون إلا بالزواج الصحيح بالتالي عدم تسمية المهر لا يمنع صحة عقد الزواج ، ويجب للزوجة على زوجها مهر المثل بمجرد العقد إذا لم يسم لها مهرا وإذا سمي لها مهر في العقد فيقوم مقام مهر المثل لأنه هو المتفق عليه بالتراضي بين الزوجين .

ويذهب رأي من المالكية أن الصداق ركن من أركان العقد و استدلوا بقوله تعالى :" وأتوا النساء صدقاتهن نحلة " ، أي لا يصح إشتراط إسقاطه ومنه لا يصح عقد الزواج عند النص على نفي الصداق ، فلو تزوجها بشرط ألا صداق لها فقبلت ، لا يصح العقد لأنه عقد معاوضة ملك متعة بملك صداق ، فيفسد بشرط نفي العوض كما يفسد البيع بشرط نفي الثمن .

وقول الملكية أن الصداق كالثمن في عقد البيع هو فقط لإبراز الصداق كركن من أركان العقد ، باعتبار أن عقد البيع هو عقد نموذجي في الفقه الإسلامي وليس معنى المقارنة بالبيع كما فهم

---

[1] مجلة مغاربيات ، مواطنات حتى تتمتعن بحقوقكن ، ص 34

[2] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 133 .

[3] د/لعربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 101 .

بعض المستشرقين فهو رمز الوئام و المودة و الشعرة [1] ، ويعتبر الأستاذ الغوثي بن ملحة الصداق كعنصر مادي في العقد .

أما المشرع الجزائري فلقد نص في المادة التاسعة عن الصداق وعده ركنا ، ثم أتى تحت عنوان النكاح الفاسد و الباطل في المادة 33 ورتب على فقدان الصداق فسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه و تثبيته بعد الدخول بصداق المثل ، ورتب على تخلف الصداق وركن آخر معه كالولي أو الشاهدين بطلان العقد ، وكأن المشرع لم يرد التأكيد على ركنية الصداق و الإستمرار فيها ، فكأنه جمع بين الأراء و المذاهب وهذا لا يتماشى مع المقصود بالركن و لا ينطبق عليه من حيث الأثر [2] .

فلو أبرم زواج عرفي وأراد الطرفين تثبيته فإن المحكمة تتأكد من مدى توافر الأركان التي ذكرتها المادة التاسعة من قانون الأسرة 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 .

– مقدار الصداق ، أنواعه و حالاته :

لقد إختلف الفقهاء في تحديد المقدار الأدنى للمهر ، لعدم ورود نص في القرآن أو السنة في ذلك ، وإتفق الأئمة إلى أنه كل ما صلح عليه إسم المال جاز أن يكون مهرا، بقوله تعالى :" وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين " وقوله صلى الله عليه وسلم :" إلتمس ولو خاتما من حديد " .

لقد ذهب الأحناف أن أقل مهر هو عشرة دراهم وذهب مالك أنه ربع دينار من ذهبأو ثلاثة دراهم من فضة ، وذهب الشافعي و إبن حنبل أن لا حد لأقله متى كان شيئا له قيمة و كل مال قل أو كثر يجوز أن يسمى صداقا .

[1] الإمام خليل، المختصر ، الجزء الثاني ، دار الفكر ، بيروت ، ص 44 .

[2] GHAOUTI BENMELHA , Déjà cité , P 64

وليس للمهر حد أعلى بإتفاق الفقهاء 1 لقوله تعالى : "وإن أردتم إستبدال زوج مكان زوج و أتيتم إحداهن قنطارا ، فلا نأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا و إثما مبينا ".

وعلى هذا فلم يذهب المشرع الجزائري مذهب تحديد مقدار المهر الأعلى والأدنى و إن هو أوجب ذكره و إكتفى بإباحة الإتفاق على أي شيء له قيمة مالية متى كان هذا الشيء لا تمنعه القوانين الوضعية و السموية (مباح) وهذا في المادة 14 من قانون الأسرة .

والصداق نوعين أساسيين وهما : الصداق المسمى وصداق المثل .

فأما الصداق المسمى وهو المتفق عليه و المعين أثناء إنعقاد العقد الصحيح أو فرض بعده بالتراضي بأوصافه و قيمته وصنفه ، فإن لم يفعل ذلك كان الواجب هو صداق المثل ، وهو ما جاء بالمادتين 09 و 15 من قانون الأسرة على وجوب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجل ، كأن يزوج فلان إبنته فلانة لشخص أخر بصداق يتمثل في عشرة آلاف دينار جزائري فهذا صداق مسمى لأنه حدد يوم إبرام العقد بقيمته .

ويعتبر من الصداق ما جرى عليه العرف بتقديم الزوج لزوجته قبل الزفاف من ثياب ومصوغ وهو ما يعرف عندنا بالجهاز [2] .

أما صداق المثل هو صداق من يماثل الزوجة من أسرة أبيها مع مراعاة تساوي المرأتين وقت العقد من حيث السن و الجمال و الثقافة و البكارة و الثيوبة[3] .

ويجب مهر المثل إذا :

1- خلا العقد من تسمية الصداق أو تحديده و حصل الدخول بناء على هذا العقد الفاسد .

2- سمي المهر في العقد تسمية فاسدة أو مبهمة فكأن المهر لم يسم وحصل الدخول وهذا ما يستشف من المادة 33 من قانون الأسرة .

فلو أبرم زواج عرفي ، ولم يسم الصداق فيه (أي لم يذكر الصداق) أثناء إبرام العقد ، فهنا يجب صداق المثل إذا تم الدخول فالقاضي يثبت الزواج العرفي بصداق المثل .

---

[1] الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1950 ، ص 172 .

[2] محاضرات الأستاذ الغوثي بلملحة .

[3] أحمد محمود خليل، المرجع السابق ، ص 33 .

أما حالات الصداق فهي ثلاثة فقط ، كونه مؤجلا كله أو معجلا كله أو كونه مؤجلا في بعضه ومعجلا في البعض الآخر .

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

كأن يتفق أثناء إبرام العقد على صداق قدره خمسون ألف دينار جزائري ولم يحدد إن كان معجلا أو مؤجلا ،فإذا كان عرف المنطقة هو دفع المهر قبل الدخول فيكون المهر معجلا في هذه الحالة ويدفع قبل الدخول .

ويجوز الزيادة في الصداق إذا تراضيا بها و الحط منه إذا رضيت به لقوله تعالى :" ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد فريضة ... " [1] وأعتبر ذلك ملحقا بأصل العقد .

والصداق ملك الزوجة تتصرف فيه كما تشاء حسب المادة 14 ، وقد تعارف الناس على أن يسلم لولي الزوجة ، فيكون بذلك نافذا عليها إلا إذا أعلنت صراحة رفضها لأن يستلمه وليها ، وبذلك إذا رفعت دعوى بعد ذلك لطلب رد الصداق فإنها ترفعها ضد مالكة الصداق ، وليس ضد وليها أو من استلم الصداق نيابة عنها أي ضد المعني الأصلي ، وليس ضد ممثله أو نائبه الذي إنتهت مهمته بمجرد إستلام الصداق و تسليمه إلى مالكته .

و إذا نازعت الزوجة في إستلام الصداق فإن عليها أن تنازع وليها أو نائبها وليس لها أن تنازع زوجها الذي يكون قد دفعه إلى وليها .

– إستحقـاق الصـداق و أوضـاعـه :

أ – وجوب كامل الصداق : تستحق الزوجة الصداق كاملا إذا كان عقد الزواج صحيحا ، فإن الصداق المسمى يجب لها كاملا ويصبح حقا من حقوقها ، وتستحقه بمجرد الدخول بها ،

[1] سورة النساء ، الآية 24 .

أو بوفاة الزوج سواء قبل الدخول بها أو بعده حسب المادة 16، لكن هل تستطيع الزوجة المطالبة بكامل الصداق قبل إثبات زواجها العرفي رغم أن عقدها صحيح ؟ فهناك من يرى أنه عليها إثبات زواجها العرفي قبل المطالبة بالصداق ، وهنا من يرى أن النزاع لا ينصب على إثبات الزوجية وإنما على الصداق فدعواها مقبولة ولها الصفة في رفعها .

لقد سكت قانون الأسرة على إعتبار الخلوة الصحيحة بين الزوجين كحالة من حالات إستحقاق الزوجة للصداق المسمى ، فإن الفقهاء متفقون على أن الخلوة التامة والصحيحة [1] تشكل حالة من حالات إستحقاق الزوجة للصداق مثلها مثل الدخول بالزوجة .

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها أنه : " من المقر شرعا وقانونا إذا أبرم عقد الزواج صحيح و تأكدت الخلوة بين الزوجين ، أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة و كامل صداقها ، حتى ولو لم يقع إحتفال بالدخول ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد " [2] .

وفي قرار آخر أنه : " من المتفق عليه فقها أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى ، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بعدم إتمام الدخول بزوجته ، غير مبرر ويستوجب رفضه ،ولما كان ثابتا من وقائع الدعوى أن الطرفين عاشا كزوجين في الخارج أثناء قضاء شهر العسل وفي الداخل بمحل الزوجية لمدة طويلة في فراش واحد ، والأمر الذي يتقرر به كامل الصداق ويترتب عليه توابع العصمة وبما أن قضاة المجلس إعتبروا الزواج بين الطرفين صحيحا و صرحوا بالطلاق بينهما فأنهم بقضائهم كما فعلوا سببوا قرارهم وخولوه أساسا شرعيا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن " [3] .

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

---

[1] الخلوة الصحيحة هي أن يجتمع الزوجان بعد عقد الزواج في مكان منفردين يأمنان دخول الغير عليهم ولا يوجد بالزوجة مانع حسي أو شرعي أو طبيعي يمنع من مقاربة الزوج لها و إلا كانت الخلوة فاسدة

[2] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1991/06/18 ، مجلة قضائية 1993 ،العددا 01 ، ص61 .

[3] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1984/11/19 ، مجلة قضائية ، 1990 ،العدد 02 ، ص 55

ب– وجوب نصف الصداق : تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى عند قيام عقد زواج صحيح ووقوع الطلاق قبل الدخول حسب المادة 16 من قانون الأسرة وهو ما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية إستنادا لقوله تعالى " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم " [1] .

ج – وجوب صداق المثل : يجب صداق المثل إذا لم تقع تسمية الصداق مطلقا أو سمي تسمية فاسدة (غير مباح أو مجهول) وحصل الدخول حسب المادة 33 من قانون الأسرة .

فلو أبرم عقد زواج عرفي وكان الصداق فيه محل لبيع الخمور وحصل الدخول ورفعت الزوجة دعوى لإثبات زواجها العرفي فإن المحكمة تحكم بإثبات الزواج العرفي بعد التحقيق من أركانه ، وبما أن الصداق سمي تسمية فاسدة فإن المحكمة تحكم لها بصداق المثل .

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

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

– النزاع حول الصـداق :

لقد نصت المادة 17 من قانون الاسرة 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 " فالمشرع فرق بين حالتين وهذا ما طبقته المحكمة العليا من خلال قرارها المؤرخ في 1987/01/12 أنه : " متى كان من المقرر شرعا أنه في حالة نشوب خلاف بين الزوجين على مؤخر الصداق يؤخذ بقول الزوجة مع يمينها إذا لم يدخل بها وبعد البناء يكون القول للزوج مع يمينه "[2] .

[1] سورة البقرة ، الآية 237 .

[2] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1987/11/12 ، مجلة قضائية ، 1989 ، العدد 02 ، ص 97

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

أ – حالة قيام النزاع قبل الدخول : حول ما إذا كان الزوج أو ممثله قد دفع للزوجة الصداق كله أو بعضه وما إذا كانت قد أنكرت بأنها قد استلمته مباشرة أو بالواسطة نقدا أو بدلا . ولم يكن للزوج بينة عن ما قاله أو ما زعمه فإن القول قول الزوجة مع آدائها اليمين أمام القاضي المطروح عليه موضوع النزاع لتؤدي اليمين القانونية أنها لم تستلم الصداق لا شخصيا ولا بالواسطة ويحكم لها بالمسمى أو بالمثل .

وكذلك إذا كان هذا النزاع قد نشأ في نفس الموضوع بين الزوجة وورثة زوجها عندما يكون قد مات قبل الدخول أو بين الزوج وورثة الزوجة عندما تكون توفيت قبل الدخول ،وهذا ما طبقته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1989/06/05 عندما نقضت قرار المجلس الذي أيد الحكم المستأنف القاضي على الطاعن بآدائه للمطعون ضدها مؤخر الصداق دون مراعاة القاعدة المتعلقة بالخلاف بين الزوجين على الصداق خرقا للقواعد الشرعية والقانونية [1] .

ولو أردنا اسقاط هذه القاعدة على الزواج العرفي وإدعت الزوجة عدم دفع الصداق المؤجل ، ولم يكن للزوج بينة على دفعه ولم يحصل الدخول فإن الزوجة تؤدي اليمين القانونية على عدم تسلمها للصداق ويحكم لها بالمسمى ، ولكن يبقى نفس الاشكال دائما مطروح حول صفتها في هذه الدعوى ، فهل عليها إثبات الزوجية ثم المطالبة بمؤخر الصداق أم يمكنها المطالبة بمؤخر الصداق رغم عدم إثباتها لزواجها العرفي ؟

ب– حالة قيام النزاع بعد الدخول : حول نفس الموضوع أو غيره مما يتعلق بالصداق وكان أحدهما ناكرا والآخر متمسكا وليس له أية بينة قانونية فإن القول هنا قول الزوج أو ورثته مع أداء اليمين على صدق مايدعيه ويحكم القاضي الذي يوجد أمامه النزاع لصالح الزوج .

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1989/06/05 ، مجلة قضائية ، 1990 ، العدد 04 ، ص 80

وهذا ماقضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1991/06/18 لما نقضت قرار جهة الاستئناف جزئيا لما " ثبت أن قضاة الموضوع الذين منحوا المصوغ بإعتباره صداق للزوجة دون القيام بما هو واجب شرعا في هذه المسالة خالفوا القانون فالنزاع فيه كان بعد الدخول فالقول للزوج مع يمينه " [1] .

وهنا أيضا يطرح نفس الاشكال هل يجوز للزوجة المتزوجة عرفيا أن تطالب أمام القضاء بمؤخر صداقها الذي لم تستلمه حتى بعد الدخول قبل أن تثبت زواجها العرفي ؟

ثالثا – الشاهديـــــن :

1- تعريف الشهادة وحكمتها :

– الشهادة مأخوذة من المشاهدة وهي أن يخبر الانسان بما رأى أو أدرك بأحد حواسه ، وتعد من ضمن وسائل الاثبات والبينات عند حصول التناكر والتجاحد.

– وللشهادة عدة حكم منها إخراج النكاح من السرية واحتياط الأبضاع وصيانة للأنكحة من الجحود وإثبات لنسب المولود وإثبات للحقوق والواجبات الزوجية .[2]

– حكم الإشهاد على الزواج :

لقد إختلف الفقهاء في الشهود وتأثيرهم على وجود العقد أو عدمه ، فقال مالك أن وجودهما ضروري لنفاذ العقد وترتيب أثاره ، بينما إنعقاد الزواج لا يكفي فيه مجرد وجود الشهود بل يجب إذاعة خبر الزواج ، وفي حالة سكوت الشاهدين كما لو توصيا بالكتمان فان العقد لا ينعقد لعدم توفر شرط الاعلان الذي هو الغاية من حضور الشاهدين ،مستدلين بقوله عليه الصلاة والسلام " أعلنو النكاح ولو بالدف "

وتكون شهادة الشهود مطلوبة عند مالك لتحقيق شرط حلية المرأة للرجل ، أما إنعقاد العقد فإنه لا يتم إلا بالإعلان ، لذلك فإن تأخر الشهود عن مجلس العقد يجعله عقدا موقوفا لا ينتج أثره إلا بالاشهاد عليه[1] .

---

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،1991/06/18 ، مجلة قضائية ، 1992 ، العدد 4 ، ص 69 .

[2] د/ محمد محده ، المرجع السابق ، ص 284

فقال الحنفية أن الشهادة لإعلان العقد ، فيتحقق ذيوع الخبر بمجرد حضور الشاهدين ، وهذا الخلاف على ما يبدو أنه كان بسبب قوله عليه السلام " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل " ، و تجدر الملاحظة أن الخلاف لا يدور حول الشهادة في ذاتها وإنما إختلف الأئمة في أثار الشهادة هل مجرد حضور الشاهدين يكفي أم لابد من الاعلان عما تم الإشهاد عليه ؟

ولقد إعتبر المشرع الجزائري الشهادة في المادة التاسعة من قانون الاسرة ركنا من أركان عقد الزواج . ولكن لم يرتب على تخلف هذا الركن البطلان بعد الدخول طبقا لنص المادة 33 من قانون الاسرة ، فلو تخلف الشاهدين في عقد الزواج العرفي ولم يحصل الدخول فسخ العقد أما لو حصل الدخول ثبتت المحكمة الزواج العرفي إذا توافرت أركانه الأخرى .

2- شـروط الشهـود :

إذا كان قانون الأسرة قد جمع أركان الزواج كما سماها في نص المادة التاسعة ثم تناول عناصر تكوين الرضا في المادة العاشرة ، وتناول أحكام الولاية في المادة 11 وما بعدها ، ثم تناول أحكام الصداق في المادة 13 وما يليها دون أن يشير إطلاقا إلى ما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في الشهود ، وقد ورد في المادة 33 من قانون الحالة المدنية أنه :" يجب أن يكون الشهود المذكورين في وثائق الحالة المدنية بالغين سن 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو من غيرهم دون تمييز من حيث الجنس ويختارهم الأشخاص المعنيون " [2]

وبالإضافة إلى هذا فإن المادة 222 من قانون الاسرة نفسه نصت على أنه :" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية " .

- فهل نرجع لأحكام الشريعة الاسلامية أم نرجع لقانون الحالة المدنية رغم أن قانون الأسرة لم يحلنا إليه ، أونعتبر المادة 33 من قانون الحالة المدنية معطلة أو ملغاة ضمنيا بموجب قانون الأسرة ونرجع في تحديد شروط الشهود للشريعة الاسلامية ؟

---

[1] د بدران أبو العينين بدران ، أحكام الزواج والطلاق في الاسلام ، الطبعة الثالثة، دار المعارف ، الاسكندرية، 1966، ص 82

[2] أمر رقم 70 –20 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية .

لقد إعتبر عبد العزيز سعد أنه مادام قانون الأسرة قد نص على أن حضور الشاهدين ضروري و يشكل ركنا من أركان الزواج ينتج عن تخلفه فسخ العقد تارة وبطلانه تارة أخرى فإنه يجب الإعتماد على أحكام الشريعة و الإلتزام بأن يكون الشاهد في عقد الزواج راشدا بالغا ومن دين المشهود له وعادلا وطبيعي أن يتم إختيارهم من الأطراف المعنيين سواء من العروسين أو من ممثليهما الشرعيين ، أما المادة 33 من قانون الحالة المدنية فتكون قد ألغيت ضمنيا بالإحالة على أحكام الشريعة في كل مالم يرد ذكره في قانون الأسرة حول ما يتعلق بالقواعد و الأحكام دون الإحالة على قانون الحالة المدنية الذي كان قد صدر قبل قانون الأسرة بعدة سنوات 1 ، ونحن نرى أنه تطبيقا لمبدئين أساسيين في القانون وهما ، مبدأ تدرج القوانين ومبدأ الأثر الفوري فإن قانون الحالة المدنية صدر بموجب أمر في سنة 1970 أما قانون الأسرة فقد صدر بموجب قانون سنة 1984 وعليه فهو يسمو على الأمر الذي تضمن قانون الحالة المدنية من جهة وهو يطبق بأثر فوري من جهة أخرى ، بالتالي نرجع في تحديد شروط الشهود لأحكام قانون الأسرة التي تحيلنا على الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 .

أ – التعدد :

لقد إتفق الحنابلة و الشافعية و المالكية على إشتراط شاهدين من الذكور ، أما الحنفية فقالوا بعدم إشتراط الذكورة فيصح بشهادة رجل و إمرأتين ولكن لا يصح بإمرأتين وحدهما بل لابد من وجود رجل معهما وتصح بشهادة رجلين .

وبالرجوع للمادة التاسعة من قانون الأسرة نجدها تنص على وجود شاهدين وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1994/03/22 الذي قضى برفض الطعن لخرق المادة التاسعة من قانون الأسرة و بأن قضاة الموضوع لم يعطوا تفسيرا خاطئا للمادة التاسعة بل عملوا بأحكامها نصا وروحا لأن المادة تشير أن الزواج يتم برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق و أن الطاعنة لم تقدم لقضاة الموضوع شاهدين حضرا إبرام عقد زواجها بالمطعون

[1] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 38 ، 39 .

ضده ، وأن وجود شاهد واحد شهد لصالح الطاعنة لا يكفي للقضاء بصحة الزواج العرفي الذي تدعيه الطاعنة [1].

ب . أن يكون الشاهد مكلفا : أي بالغا وراشدا ، يعني غير فاقد للتمييز بسبب صغر سنه أو لجنونه أو لعته ، و يتأهل ببلوغه 19 سنة متمتعا بقواه العقلية .

جـ . الإسلام : لا تصح شهادة الكافر بعد أن نظر الفقهاء إلى الشهادة على أنها ولاية وذلك لأن ولاية الكافر على المسلم ممنوعة في الإسلام ، أما لو كان الزواج بين مسلم وغير مسلمة كالكتابية فتكون الشهادة أيضا للمسلمين عند الجمهور أما أبوحنيفة فذهب لجواز تزوج مسلم بذمية بشهادة ذميين [2] .

د – العدالة : وهي الإستقامة و إتباع تعاليم الدين ولو في الظاهر بأن يكون مستور الحال غير مجاهر بالفسق و الإنحراف ، وهذا هو رأي الجمهور عدا الحنفية ، إستنادا لقوله صلى الله عليه وسلم :" لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل " فالعدالة مطلوبة في الشهود لكي لا ينكروا مستقبلا وجود الزواج ويشهدوا زورا عند النزاع فيه.

لكن ما لاحظنا عمليا أن القضاة عندما يريدون إثبات واقعة الزواج العرفي ، فلو وجدوا الشاهد مجنون أو معتوه وظهر حاله أثناء سماعه لا يعتد بشهادته لإثبات هذا الزواج ، أما كون الشاهد غير عادل وغير مسلم لا يتحقق منه القضاة إطلاقا .

3- خلو المرأة من موانع الـزواج :

لقد أوردتها المواد 30 و 31 من قانون الأسرة لذا سنتطرق إلى :

خلو المرأة من المحرمات الشرعية :

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1994/03/22 ، نشرة القضاة ، العدد 50 ، ص 85.

[2] د/ محمد محده ، المرجع السابق ، ص 296

من شروط إنعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محلا للعقد أي لا يكون بين الزوجين من موانع الزواج لقوله تعالى :((**وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ**))[1]

.

والمحرمات من النساء من الأحكام التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان ، فهي لا تقبل التغيير ولا التبديل ، وليس فيها مجال للاجتهاد ولقد أوردها المشرع في باب موانع الزواج في قانون الاسرة من المادة 23 إلى 31 .

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 .[2]

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

ونصت المادة 24 على المحرمات بالمصاهرة وهم : أصول الزوجة بمجرد العقد عليها وفروعها إن حصل الدخول بها وأرامل أو مطلقات أصول الزوج إن علوا وأرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا .[3]

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

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 :

المحصنـة : 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 .

---

[1] سورة النساء ، الآية 24

[2] أنظر المادة 24 من القانون الجزائري للأسرة

[3] المادة 24 ، قانون الأسرة ، مرجع سابق

المطلقة ثلاث : وهي المرأة التي طلقها زوجها ثلاث مرات وأصبح طلاقها 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 التي تزيد على العدد المرخص به شرعا : وهي المرأة التي يكون زوجها المستقبل متزوج مع أربعة نساء أخريات زواجا شرعيا ورسميا ، فإن هذا الرجل يحرم عليه الزواج بها مؤقتا ولا تحل له شرعا وقانونا إلا إذا طلق إحدى زوجاته الموجودات في عصمته وإنقضت عدتها [1].

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

أخت الزوجـة : فلا يجوز للرجل أن يتزوج أخت زوجته التي في عصمته ، ويحرم عليه الزواج معها إلا بعد أن تكون قد توفيت أو طلقها وانقضت عدتها باعتبار أنه لا يجوز الجمع بين الأختين في عصمة رجل واحد سواء كانت أختين أو أختين لأب أو لأم أو أختين من الرضاع .

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 ولا يكون حلالا إلا بعد وفاة الزوجة الأصلية أو طلاقها[2].

تحريم زواج المسلمة بغير مسلم :

لقد نصت المادة 31 من قانون الأسرة على أنه :" لايجوز زواج المسلمة بغير مسلم " وقال سبحانه وتعالى : " لاتنكحوا المشركين حتى يؤمنوا "[3] .

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 أثرمن آثارعقد الزواج الصحيح ،

[1] انظر المادة 30 من قانون الجزائري للأسرة

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

[3] أنظر المادة 31 من القانون الجزائري للأسرة

ولقد حرم على المسلمة أن تتزوج غير المسلم وذلك لما للزوج من سلطات على زوجته شرعا وعرفا وقد يحاول أن يفتنها عن دينها وقد تستجيب له ضعفا وخوفا أو خضوعا .

أما فيما يخص زواج المسلم بغير ذات الدين فنجد أنه لا يحل للمسلم أن يتزوج إمرأة لا تدين بدين سماوي ولا تؤمن برسول الله ، ولا بكتاب إلاهي بأن تكون مشركة لقوله تعالى ((**وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ**))[1] .

والمرتدة تأخذ حكم المشركة فلا يحل الزواج بها ، أما الكتابية التي تؤمن برسل الله وتقر بالكتاب السماوي سواء كانت يهودية أو نصرانية فيحل للمسلم التزوج منها على رأي الجمهور ، لقوله تعالى :"اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامهم حل لكم ، والمحصنات من المؤمنات و المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم " .

الفرع الثالث : طرق إثبات الزواج العرفي

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

لغة: من الفعل ثبت، ثياتا، ثبوتا، فيقال ثبت الشيء أي استقر والتثبيت أي الحجة.[2]

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[3].

وبما أن النزاع حول واقعة الزواج له أهميته وخطره فقد أجاز الشرع إثباته ، ويثبت الزواج العرفي في الشريعة الإسلامية بثلاثة طرق هي : الإقرار و البينة (الشهادة) و النكول عن اليمين ، أما قانون الأسرة الجزائري وقانون الحالة المدنية فإنهما لم يتطرقا إلى طرق إثبات الزواج العرفي . [4]

---

[1] سورة البقرة ، الآية 221

[2] المعجم العربي ، ص 237

[3] ريمة هبير ، مدرسة الدكتوراه دراسات قانونية ،الزواج العرفي وطرق إثباته ، 2012/2011 ، ص 102

[4] ابتسام صولي، المرجع السابق، ص 255

المطلب الثاني : جـزاء تخلـــف أركان وشـــروط عقد الـزواج العرفـي :

إن عقد الزواج العرفي يكون صحيحا إذا استوفى أركانه وشروطه المطلوبة في المادة التاسعة من قانون الأسرة و استكمل العاقدان فيه شروط الأهلية طبقا للمادة السابعة من قانون الأسرة ، وكان كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية المؤبدة و المؤقتة (المادة 23 قانون الأسرة). ولقد رتب المشرع على تخلف أركان وشروط عقد الزواج كلية أو بعضها إما وصف البطلان و إما وصف الفساد ، متأثرا بأحكام التشريع الإسلامي فإستعمل مصطلحي الباطل و الفاسد وهو ما جاء في الفصل الثالث من الباب الأول للكتاب الأول في قانون الأسرة ، فلقد ذهب المشرع إلى أن البطلان أقوى من الفساد في السبب ، وكلما قوى السبب كان الزواج باطلا ولكن متى يترتب جزاء البطلان وكذا الفساد على عقد الزواج ؟

وللإجابة عن السؤال سنتحدث في هذا المطلب جزاء تخلف أركان وشروط عقد الزواج العرفي وسنتناول فيه فرعين الفرع الأول الباطل وفي الفرع الثاني عقد الزواج الفاسد.

الفرع الأول : عقـد الـــزواج البـــاطل

أولا – تعريفه وحالاته :

إن عقد الزواج الباطل هو كل عقد فقد ركنا من أركانه الأساسية أو الذي اختل فيه ركنا من الأركان التي أعتبرها المشرع من شروط الصحة ، فإن هذا العقد يكون باطلا لا وجود له في نظر القانون الذي قرر بطلانه ولو بعد الدخول ، وعليه فإن البطلان يترتب في الحالات التالية

1- فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي و المتعلق برضا الزوجين وهو ما يقصده المشرع في المادة 32 التي تقضي أنه " يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه ... " ،وعليه فإنه إذا حصل خلل في الصيغة أو في أهلية العاقد يمنع انعقاد العقد . [1]

2-فقدان عقد الزواج لأكثر من ركن من الأركان التي اعتبرها القانون من شروط الصحة وهو ما تنص عليه المادة 33 بقولها "ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحـد " ، كأن يتم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو بدون صداق سواء تبين أمره قبل الدخول أو بعده .

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية ، 1989 ، العدد 02 ، ص 32 .

3-كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب العدة ، وينصرف البطلان أيضا إلى زواج المسلمة بغير المسلم وكذلك إذا كان أحد الزوجين مرتدا .

ثانيا – آثار عقد الزواج الباطل :

إن عقد الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار عقد الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر ما قبل الدخول بل يعتبر وجوده كعدمه ويجب على كل من الزوجين أن يفترقا في الحال وإذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا باطلا كان دخوله بمنزلة الزنا ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قراراتها .

إن عقد الزواج الباطل على حد قول الأستاذ فضيل سعد لا يرتب إلا أحكاما عرضية بوصفه واقعة مادية تستوجب التنظيم في نظر الإسلام و الشريعة الإسلامية بخلاف العقد الفاسد الذي يقوم غير مستوفي لشروط النكاح الشرعي .[1]

وعليه فإنه من الآثار المترتبة عليه نجد :

- لا توارث بين الزوجين .
- ثبوت النسب رعاية لحقوق الطفل .
- لا يترتب على العقد الباطل الصداق للزوجة كما أنه لا ينشأ للزوج على زوجته أي حق ولا للزوجة على زوجها .
- إذا كان البطلان واضحا قبل الدخول وثبت العلم بالتحريم وسببه وتم الدخول عد بمنزلة الزنا [2].

وتجدر الملاحظة أن المشرع في المواد 32،33،34 و 35 من قانون الأسرة إستعمال الركن للدلالة على كل من شروط الصحة و الانعقاد غير أنه في المادة 32 يجعل كل الأركان في درجة واحدة من القوة بلا تفرقة بين الأركان ، ويقرر فسخ النكاح إذا إختل أحد أركانه ويعود في

[1] ريمة هبير ، الزواج العرفي وطرق إثباته ، مرجع سابق ، ص 65

[2] نفس المرجع ، ص66

المادة 33 قانون الأسرة ليفرق بين ما يعتبره ركنا وما يعتبره شرط صحة رغم أنه يسميه ركنا حيث نص :" إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق ، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا إختل ركن واحد ويبطل إذا إختل أكثر من ركن واحد ".[1]

ودون أن نتطرق إلى ذكر التناقض الذي وقع فيه المشرع في المواد السالف ذكرها ، لذا سنقتصر على القول أن حالات البطلان وفقا لقانون الأسرة يكون في حالة تخلف ركن الرضا ، وحالة الزواج الذي إختل فيه أكثر من ركن واحد (المادة 33 قانون الأسرة) وحالة الزواج بإحدى المحرمات (المادة 34 قانون الأسرة) وأما بقية حالات عقد الزواج غير الصحيح في مفهوم المشرع يعتبر العقد فيها فاسدا .

فقد قضت المحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ 28 نوفمبر 1982 أنه :" يعتبر صحيحا كل زواج توافرت أركانه وتترتب عليه آثاره وكافة الحقوق " [2] .

وفي قرار آخر لها صدر بتاريخ 1989/01/02 قضت أن :" للنكاح أربعة أركان وهي الرضا والولي والصداق و الشاهدين بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية وأنه إذا إختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج " .

كما قضت في قرار صادر لها بتاريخ 1986/11/03 أن :" الزواج الصحيح المنعقد شرعا وقانونا لا يفسخ ولو قبل البناء إلا للأسباب المحددة قانونا " .

الفرع الثاني : عقـد الـزواج الفاسـد

أولا– تعريفه وحالاته :

إن عقد الزواج الفاسد هو كل عقد وجد فيه الإيجاب و القبول ، ولكنه فقد شرطا من شروطه الأساسية الواردة في المادة التاسعة من قانون الأسرة ، كأن يكون العقد بدون ولي أو بغير

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية ، سنة 1992 ، العدد 03 ، ص 53 .

[2] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية، سنة 1989 ، العدد 02 ، ص 94 .

شهود أو بدون تسمية صداق ، فالزواج الفاسد هو الذي يختل فيه شرط من شروط الصحة بمعنى الذي توافر فيه سبب من أسباب الفسخ أو البطلان و تبين أمره قبل الدخول .[1]

إن الزواج الفاسد ينتهي بالفسخ أو الإبطال وهو ما قصده المشرع في المواد 32،33و34 من قانون الأسرة رغم الخلط الذي وقع فيه في توضيح المفاهيم و الأحكام ومن ثم نجد أن الفسخ يترتب في الحالات التالية :

1- إذا كان الزواج فاقدا لركن واحد من الأركان كما لو تم بدون ولي أو شاهدين أو صداق أو شاب الإرادة عيب من عيوب الرضا كأن تكون المرأة مجبرة مثلا وتبين أمر هذا الزواج قبل الدخول .

2- إذا اشتمل الزواج على مانع شرعي أو قانوني سواء كان المانع مؤبدا أو مؤقتا فإنه يفسح قبل الدخول أو بعده طبقا لما قررته المادة 34 قانون الأسرة

3-إشتمال العقد على شرط يتنافى و مقتضياته أو يتنافى مع أحكام قانون الأسرة غير أن المشرع صححه بالدخول حيث قرر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا طبقا للمادة 35 قانون الأسرة .

4-ردة الزوج فإذا ثبتت ردة الزوج بعد أن إنعقد العقد صحيحا ، وكانت هذه الردة قبل الدخول فسد عقد الزواج وفسخ في الحال طبقا لما قررته المادة 32 قانون الأسرة وذلك لأن زواج الكافر بالمسلمة غير جائز شرعا وقانونا .[2]

ثانيا – آثـار العقد الفاسد :

إن الفسخ هو الجزاء الذي قرره المشرع على العقد الفاسد الذي لم يستوف الشروط المنصوص عليها في القانون ، فإذا ما تبين سبب من أسباب الفساد قبل الدخول فسخ الزواج دون الصداق .[3]

---

[1] أو كما جاء في المادة التاسعة ركنا من الأركان .

[2] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص ، 153-155

[3] ريمة هبير ، الزواج العرفي وطرق إثباته ، مرجع سابق ، ص 63

أما إذا تبين بعد الدخول فالقانون إما يصححه للاستمرار فيه إذا اختل ركن واحد من أركان العقد أو اشتمل على شرط ينافى مقصود العقد حماية للأسرة والمجتمع ، وإما يبطله بطلانا مطلقا إذا اختل أكثر من ركن واحد في العقد .

إن الزواج الفاسد قبل الدخول يعتبر كالباطل لا أثر له وحكمه وجوب التفريق بين الزوجين ، أما بعد الدخول فتترتب بعض الآثار وهي :

1- تستحق الزوجة بالزواج الفاسد بعد الدخول صداق المثل .

2- ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد ومنعا لاختلاط الأنساب ويثبت نسب الولد من أبيه إذا جاءت به أمه في مدة الحمل أقلها ستة أشهر من تاريخ الدخول وأكثرها عشرة أشهر من تاريخ التفريق أو الانفصال .[1]

3- ثبوت حرمة المصاهرة حيث يحرم على الزوج بالزواج الفاسد بعد الدخول أن يتزوج أمها أو ابنتها كما لا يجوز للزوجة أن تتزوج أباه أو إبنه .

4- وجوب العدة لمعرفة براءة الرحم من الحمل .

5- تستحق الزوجة نفقة العدة إذا كانت تجهل سبب فساد النكاح غير أنها لا تستحق النفقة الزوجية و لا الميراث ولو تم الدخول لأنهما أثران من آثار الزواج الصحيح .

6- إعتبار العقد الفاسد شبهة بعد الدخول بالزوجة فلا يطبق حد الزنا على الزوجين لقوله صلى الله عليه وسلم :"إدرءوا الحدود بالشبهات "، فالشبهة ترفع وصف الزنا في العقد الفاسد .

[1] نفس المرجع ،ص64

خاتمة الفصل :

ما يمكن استنتاجه من الفصل الأول هو أن الزواج العرفي يعرف بالزواج الشرعي ولكن لم يتم تسجيله فقط ، وهنا يقع أوجه الاختلاف بينه وبين الزواج الشرعي ، كما أن له أحكامه و شروطه بينها سابقا في هذا الفصل كما وضحنا أيضا أسباب اللجوء إليه وما هو جزاء تخلف أحد أركانه .

الفصل الثاني

الآثار القانونية المترتبة على إثبات عقد الزواج العرفي

تمهيد :

منذ الاستقلال والمشرع الجزائري يعالج العقود الغير المسجلة للزواج ، حيث أنه حث على ضرورة تسجيل عقود الزواج العرفي وكما أنه حدد كيفية تسجيله وطرق إثباته ولهذا سنتحدث في هذا الفصل عن الآثار القانونية المترتبة على إثبات عقد الزواج العرفي ، وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين حيث سنتحدث في المبحث الأول عن إثبات وتسجيل عقد الزواج العرفي و في المبحث الثاني سنتطرق إلى مجال الآثار المترتبة على الزواج العرفي .

المبحث الأول :إثبات وتسجيل عقد الزواج العرفي

إن اللجوء إلى المحكمة من أجل إثبات وتسجيل عقد الزواج العرفي في سجلات الحالة المدنية و إمكانية إستخراج نسخة منه لإثبات وجود عقد الزواج يتطلب منا أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى : وهي حالة إثبات عقد الزواج العرفي المكتمل الأركان والشروط دون أن يكون هناك أي نزاع بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الزوج الآخر حول صحته ووجوده.

الحالة الثانية : وهي حالة إثبات عقد الزواج العرفي والذي ينكر فيه أحد الزوجين قيامه ووجوده ، أو يدعي أحدهما بأنه باطل ويطعن في صحته ويرفض الاعتراف به وتسجيله في سجلات الحالة المدنية [1].

حيث أنه لكل حالة من هذه الحالات اختصاص و إجراءات خاصة بها في رفع دعوى إثباته وتسجيله لدى مصالح الحالة المدنية، كما أنه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، المطلب الأول سنشرح فيه طرق إثبات الزواج العرفي وفي المطلب الثاني سنتكلم عن كيفية تسجيل عقد الزواج العرفي .

المطلب الأول : طرق إثبات الزواج العرفي

يعد إثبات الزواج العرفي من أهم المشاكل التي تقابل طرفي هذا الزواج وعملية الإثبات هذه جد مؤثرة بسبب انقلاب زاوية العلاقة من الزواج العرفي إلى الزواج الرسمي وكما وضحنا أثار الزواج العرفي سلبية أكثر منها إيجابية، حيث تثار التساؤلات فيما إذا حدثت مشكلة بين الزوجين وأرادوا الاحتكام إلى القضاء كطلب الزوجة حقوقها المالية وطلبها الطلاق من زوجها

[1] دقيش ياسين ، الزواج العرفي بين الفقه والقانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص76

فيجب على بادئ ذي بده أن تكون العلاقة فيما بينهما مثبتة حتى تستطيع الاحتكام إلى القضاء، لذا يلجأ أحد أطراف الزواج إلى رفع دعوى ثبوت زوجية لتحقيق ذلك.[1]

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

بما أن الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية تحكمه قواعد الإجراءات المدنية والإدارية بصفة عامة ، باستثناء القواعد المتصلة بذات الدليل فإنها تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية[2] ، لذلك فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو الذي يحدد طرق إثبات الزواج العرفي باعتباره واقعة مادية فإنه يثبت بجميع الطرق و أهمها شهادة الشهود[3].

أولا – الإقرار:

الإقرار بصفة عامة هو واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني معناه اعتراف شخص بحق عليه لآخر سواء قصد هذا الحق أو لم يقصد.

وينقسم الإقرار حسب الطرق العامة للإثبات إلى قسمين:

1–الإقرار غير القضائي : وهو الإقرار الذي يكون خارج مجلس القضاء سواء كان مكتوبا أو شفاهة ، كأن يقر رجل بأن فلانة زوجته ، والقاضي يقرر هذا الإقرار حسب حيثيات القضية.[4]

2– الإقرار القضائي: هو إعلان الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، كأن يقف الزوج أمام القاضي ويقر بقيام علاقة زوجية بينه وبين المدعية. [5]

– مدى حجية الإقرار:

---

[1] ريمة هبير ، الزواج العرفي وطرق إثباته ، مرجع سابق ، ص 96

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول ، ط6 ، ديوان المطبوعات الجامعية؛ الجزائر، 2010، ص 472

[3] ابتسام صولي، المرجع السابق، ص 255

[4] قدور عطايا الله، المرجع السابق، ص70.

[5] بن ابراهيم نور الدين، المرجع السابق، ص76.

1-من الناحية الفقهية : اعتبر جمهور الفقهاء الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده ولا تتعداه إلى غيره ، لكن اعتبروه وسيلة كافية لإثبات الزواج عند الإنكار.

فيقول الإمام محمد أبو زهرة : إذا تداعى شخصان رجل و امرأة بشأن وجود الزواج ، فادعى رجل وجوده تسأل المرأة فإن أقرت قضي بالزواج وثبت بتصادقهما ، وإن أنكرت فإن عجزت عن البينة وجهت اليمين إلى المرأة على قول الصاحبين.

ومنه يمكن القول بأن الفقه الإسلامي اعتبر الإقرار وسيلة كافية لإثبات الزواج طالما لم ينكر أحد الزوجين هذا الإقرار ، فإن أنكره يكون الاتجاه للبينة ، فإن عجزت البينة وجهت اليمين .[1]

2- من الناحية القانونية : يعد الإقرار حجة على المقر والخلف العام ولا تتعداه إلى غيرهما • وبما أن أثر الإقرار كتصرف قانوني يقتصر على المقر وورثته بصفتهم خلفا عاما له فإن الإقرار بواقعة الزواج صحيح وملزم لكل من الزوجين و ورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته ولا يتعداهم إلى الغير.

وعليه فإن القضاء لا يعتبر الإقرار وسيلة كافية لإثبات الزواج العرفي، لأن عقد الزواج له خصوصية على باقي العقود وخاصة فيما يتعلق بآثاره[2]، حيث أنه فضلا على الإقرار يجب على الزوجين إثبات توافر أركان وشروط الزواج الشرعية والقانونية.

ثانيا – الشهادة

شهادة الشهود هي تلك الأقوال التي يدلي بها شخص ذكر كان أو أنثى أمام القضاء لإثبات الواقعة المعروضة عليه ، قصد الوقوف على الحقيقة وتأكيد الحق لصاحبه[3].

"وتعتبر الشهادة أقوى البراهين لأنها حجة متعدية والثابت بها ثابت على الكافة وليس على المدعى عليه وحده بل يثبت عليه وعلى من يتعدى الحكم إليه وذلك على خلاف الإقرار[4]."

---

[1] قدور عطايا الله المرجع السابق، ص 71.

[2] بن ابراهيم نور الدين ، المرجع السابق، ص77

[3] يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود وفق أحكام الشريعة والقانون وما استقر عليه قضاء المحكمة العلياء دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005

[4] عبد رب النبي علي الجارحي، المرجع السابق، ص 104.

ويعتبر من شروط صحة الشهادة وفق آراء الفقهاء رحمهم الله وجود الشهود وقت العقد وهذا ما اتفق عليه الجمهور ، أما المالكية فقد قالوا بأنه لا يلزم حضور الشاهدان العقد بل يحضران الدخول أما الحضور وقت العقد فهو مندوب.

واتفق الشافعية والحنابلة على وجوب العدالة في الشاهدين ، أما الحنفية فقالوا بأن العدالة ليست شرطا في صحة العقد ولكنها شرط في إثباته عند الإنكار، أما المالكية فقالو بأنه تصح شهادة المستور الذي لم يعرف عنه الكذب بشرط عدم وجود العدل.

كما اتفق الجمهور على اشتراط الذكورة في الشاهدين ، أما الحنفية فقالوا بأنه تصح شهادة رجل و امرأتين ولا تصح شهادة امرأتين وحدهما[1].

كما يشترط في الشهود العقل والبلوغ والحرية فلا تصح شهادة المجانين والأطفال[2].

و تعتبر الشهادة وسيلة إثبات مهمة يجوز الاعتماد عليها أمام القضاء من أجل إثبات الزواج العرفي[3]، وبما أن قانون الأسرة الجزائري قد سكت برمته عن الشروط الواجب توافرها في الشاهد فإنه يتوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية (المادة 222 ق أ)[4]

والمحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية تشترط الإشهاد للحكم بصحة الزواج وإثباته ، لكنها تضيف له شرط الإشهار والعلانية، وهو ما ذهبت إليه في قرار لها صادر بتاريخ 30 أفريل 1990 قضية رقم 75344 حيث جاء فيه : "من المقرر شرعا وقانونا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية و الشهرة ومراعاة شروطه وأركانه ، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام أو قصور وتناقض الأسباب في غير محله[5]."

[1] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص28.

[2] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص81.

[3] بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص425.

[4] المرجع نفسه، ص437.

[5] قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 7544 بتاريخ 30/04/1990، قضية ط .ز ضد أ .ق ، المجلة القضائية ، العدد الرابع ، 1992 ص 65.

أما بالنسبة لاشتراط الذكورة في الشهود ؛ فقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1986 غلى أنه :" من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما و أنكرها الآخر فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي ؛ والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدليين ذكرين ؛ ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية[1].”

غير أن المحكمة العليا في قرار حديث أشارت إلى أن شهادة رجل و امرأتين هي مقبولة شرعا وقانونا، حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 14 فيفري 2007 بأنه : " يثبت الزواج العرفي بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين و رجل ، ولا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط[2]."

أما بالنسبة لشهادة الأقارب فهي جائزة بشرط أن لا يكون الشهود من فروع أو أصول المشهود له . وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17 مارس 1998 بأنه: " من المقرر قانونيا أنه يجوز شهادة الأقارب في قضايا الحالة التي هي الزواج ، الطلاق ، الوفاة ، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون[3]."

كما أنه تجوز الشهادة بالتسامع في ثبوت الزوجية ، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 12 جويلية 2012 بأنه : " تجوز الشهادة على الزواج عن طريق السماع المتواتر ؛ حتى ولو لم يحضر الشاهد مجلس العقد.[4]"

[1] قرار صادر عن المجلس الأعلى ، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 43889 بتاريخ 15/12/1986 المجلة القضائية، العدد العدد الثاني 1993 ص37.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 381880، بتاريخ 14/02/2007، قضية ب. ف ضد ك. أ، مجلة المحكمة العلياء العدد الثاني، 2007. ص 483.

[3] ابتسام صولي ، المرجع السابق، ص 255.

[4] قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 179557 بتاريخ 17/03/1998، قضية م. م ضد م. ط المجلة القضائية، العدد الثاني، 1998 ص 79.

وإثبات الزواج العرفي بواسطة الشهود الذين حضروا العقد يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، ومدى قناعتهم بالشهادة المقدمة عند التحقيق مادام الأمر يتعلق بقواعد نصت عليها الشريعة الإسلامية ، والتي تقبل كل أنواع البينات في إثبات الزواج[1].

ثالثا – النكول عن اليمين

النكول عن اليمين هو الامتناع عن أدائها ، حيث أنه إذا نكل من وجهت إليه اليمين خسر دعواه ، وهو حجة يحكم بها القاضي على من نكل عن اليمين[2].

وقد أخذت المحكمة العليا باليمين المتممة كوسيلة لإثبات الزواج العرفي حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 13 فيفري 2008 بأنه :" يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين المتممة"[3]

ويتم توجيه اليمين المتممة في حالة وجود دليل ناقص كأن يكون هناك شاهد واحد مثلا ، أو في حالة وفاة أحد الأزواج فإن القاضي يقوم بسماع شهادة الشهود إضافة إلى توجيه اليمين إلى المدعي؛ وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 22 سبتمبر 1998 بأنه : " يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين متممة وهذا طبقا لقول الخليل في باب أحكام الشهادة : لا نكاح بعد الموت.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها العرفي من الهالك إضافة إلى سماع الشهود؛ طبقوا القانون تطبيقا سليما[4].

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا ؛ غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 693621، بتاريخ 12/07/2012، قضية س . خ ضد ذوي حقوق ر ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ، 2012 ، ص 269.

[2] محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي – دراسة تشريعية وفقهية–، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ص212.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 424799 بتاريخ 13/02/2008، قضية هـ . ر ضد ل . ف ، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2008 ص 307.

[4] قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 204254 بتاريخ 1998/09/22 ، قضية ورثة ذ .ط ضد م . ف ، المجلة القضائية العدد الثاني ، 2000 ص 173.

رابعا – إثبات الزواج العرفي من خلال النصوص القانونية

تعتبر دعاوى إثبات النسب و الزواج العرفي من أكثر الدعاوى التي تشغل بال القضاة ومن أجل ذلك قام المشرع الجزائري بوضع عدة نصوص تشريعية تخص إثبات الزواج العرفي وتسجيله في سجلات الحالة المدنية ؛ وقبله حاول المستعمر الفرنسي تنظيم الحالة المدنية للجزائريين وذلك بسنه لقوانين ومراسي التي شرعها القانون الجزائري و المتعلقة بإثبات الزواج العرفي .[1]

الفرع الأول : الأحكام والقواعد المقررة لإثبات الزواج العرفي

إن خصائص الأحكام والقواعد المقررة لإثبات الزواج العرفي تختلف باختلاف الجهة القضائية التي يصدر عنها الأمر أو الحكم ، من حيث كونها صادرة عن رئيس المحكمة أو صادرة عن المحكمة وذلك كالتالي[2]:

أولا– الأوامر والأحكام الصادرة عن رئيس المحكمة باعتباره مختصا ولائيا وشخصيا:

1– لا تقبل الطعن بأية طريقة من طرق الطعن لا بالمعارضة ولا بالإستئناف ؛ حيث أنها لا توصف بأنها غيابية أو حضورية ، ولا بأنها إبتدائية أو نهائية[3].

2– تصدر عن رئيس المحكمة أو مكتبه في غرفة المداولة ؛ وذلك بموجب عريضة بسيطة مقدمة إليه من وكيل الجمهورية و لا يجب النطق بها في جلسة علنية أو سرية.

3– معفاة من الرسوم والمصاريف القضائية.

4– تنفذ فورا بواسطة وكيل الجمهورية الذي يتعين عليه إرسال نسخة من الحكم أو الأمر

إلى ضابط الحالة المدنية المختص ؛ يأمره بتسجيل منطوق الحكم بسجل الحالة المدنية.

---

[1] أ. لامية عفاف العياشي ، دور القضاء في إثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري ، طالبة دكتوراه – قانون خاص – جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان ، ص 152

[2] بداوي علي، المرجع السابق ، ص 37.

[3] عبد العزيز سعد ، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، المرجع السابق،ص311.

ثانيا : الأحكام الصادرة عن المحكمة العادية بصفتها مختصة بالفصل في النزاعات المدنية:

1- ترفع الدعوى وفقا لقواعد رفع الدعاوى المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ٠

2- يصدر الحكم فيها عن أي قاضي من قضاة الحكم ؛ ويكون النطق بالحكم في جلسة

3- غير معفاة من الرسوم والمصاريف القضائية ؛ إلا في إطار المساعدات القضائية.[1]

4- لا يتم تبلغها وتنفيذها بواسطة وكيل الجمهورية لكن بطلب من صدر الحكم لصالحه وحاز قوة القضية المقضية.

5- تقبل الطعن إن كان الحكم غيابيا ؛ وتقبل الطعن بالإستئناف إذا كان الحكم إبتدائيا والطعن بالنقض إن كانت نهائية ؛ وذلك ضمن الشروط التى حددها قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

الفرع الثاني : دعوى إثبات الزواج العرفي

إن إثبات عقد الزواج العرفي المتنازع فيه يتطلب أن يقيم المدعي دعوى عادية أمام المحكمة المدنية حسب الإجراءات التي يتطلبها قانون الإجراءات المدنية والإدارية والفصل فيها.

وبذلك فإن المحكمة المختصة إقليميا في موضوع إثبات الزواج هي محكمة وجود موطن المدعى عليه وهذا طبقا لنص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية."[3]

أما الاختصاص النوعي فإنه يؤول إلى قسم شؤون الأسرة ؛ وهذا طبقا لنص المادة 423 من نفس القانون والتي جاء فيها أن قسم شؤون الأسرة ينظر في دعاوى إثبات النسب والزواج.

---

[1] عبد العزيز سعد المرجع السابق

[2] عبد العزيز سعد ، ص312-311

[3] قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ؛ الجريدة الرسمية ؛ العدد21٠ بتاريخ 23 أفريل 2008 ٠

وعليه فإنه لمباشرة دعوى إثبات الزواج العرفي يجب أن يتقدم أحد أطراف النزاع ويقوم برفع دعوى أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة إقليميا ؛ و ذلك بموجب عريضة تتضمن طلب إثبات الزواج إلى قاضي شؤون الأسرة ؛ وترفق العريضة بشهادة ميلاد المدعي وشهادة ميلاد المدعى عليه ونسخة من بطاقة الهوية لكليهما ؛ إضافة إلى تصريح شرفي للشهود ؛ ثم يتم إيداع العريضة لدى امنة الضبط بعد تسديد رسوم التسجيل ؛ بعدها تبلغ العريضة للخصم عن طريق محضر قضائي قبل تاريخ الجلسة ب 20 يوما على الأقل ؛ ويوم الجلسة يحضر أطراف النزاع والشهود ؛ ثم يأمر القاضي بإجراء تحقيق حول واقعة الزواج وسماع الشهود وأولياء الطرفين ؛ ثم توضع القضية للنظر."[1]

و إذا تبين للقاضي بأن عقد الزواج مكتمل الأركان والشروط فإنه يحكم بتثبيت الزواج ؛وعلى المدعي أن يسعى لتثبيت منطوق هذا الحكم بسجل الحالة المدنية بعد أن يصبح الحكم نهائيا وقابلا للتنفيذ » وإذا لم يستطع المدعي إثبات هذا الزواج ولم يقدم الأدلة القانونية الكافية لإثباته ؛ فإن القاضي يحكم برفض دعواه لعدم التأسيس*؛ غير أنه يمكن للمدعي تجديد دعواه والمطالبة بإثبات عقد زواجه من جديد إذا ما توصل إلى شهود الزواج ؛ ذلك أن الأحكام الفاصلة في قضايا الحالة لا تكسب الحجية المطلقة"» وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1998 : " إن حكم إثبات واقعة الزواج يكتسي حجية مؤقتة."[2]

ودعوى إثبات الزواج العرفي غير محددة بمدة معينة حيث لا يوجد في قانون الأسرة أو في القانون المدني ما يفيد بأن دعاوى إثبات الزواج مقيدة بمدة معينة ؛ و واقعيا تعرض قضايا إثبات زواج مرت عليها مدة طويلة وتقبل ويفصل فيها ؛ وقد قضت المحكمة العليا في قرارها

[1] عبد العزيز سعد؛ إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية؛ المرجع السابق؛* ص 131

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا ؛ غرفة الأحوال الشخصية ؛ ملف رقم 211509 ؛ بتاريخ 15/12/1998 ؛ مجلة المحكمة العليا ٠ عدد خاص ؛ 2001 ؛ ص 56.

الصادر بتاريخ 23 أفريل 1991 بأنه : " من المبادئ المستقر عليها قضاءا وقانونا أن دعوى إثبات الزواج غير محددة بمهلة معينة[1]."

أما في حالة الطلاق العرفي قبل إثبات الزواج فإن تثبيت الطلاق و الزواج يكونان بحكم واحد وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1995 بأنه : " إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج ؛ يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق ؛ باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون ؛ وذلك بناءا على تثبيته بموجب حكم قضائي.

وعند صدور الحكم بتثبيت الزواج فإن القاضي يحكم بتسجيله بأثر رجعي يعود إلى تاريخ إبرامه وليس إلى تاريخ صدور الحكم."

أما في حالة الطلاق العرفي قبل إثبات الزواج فإن تثبيت الطلاق و الزواج يكونان بحكم واحد وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1995 بأنه : " إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج ؛ يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق ؛ باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون ؛ وذلك بناءا على تثبيته بموجب حكم قضائي[2].

وعند صدور الحكم بتثبيت الزواج فإن القاضي يحكم بتسجيله بأثر رجعي يعود إلى تاريخ إبرامه وليس إلى تاريخ صدور الحكم.[3]"

[1] دلائدة يوسف؛ استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة؛ ط2؛ دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ؛ الجزائر، 2013 ص117

[2] قرار صادر عن المحكمة العلياء غرفة الأحوال الشخصية؛ ملف رقم 125059 ؛ بتاريخ 24/10/1995 ؛ نشرة القضاة العدد 53 ؛ ص 56.

[3] دلائدة يوسف ، مرجع سابق ، ص 119

الفرع الثالث :إجراءات رفع دعوى إثبات الزواج العرفي

لا يجوز لأحد ان يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة و أهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك ؛ وقانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 13 منه اكتفى بعنصري الصفة و الأهلية لقبول الدعوى ؛ بينما اعتبر الأهلية مسألة موضوعية أدرجها ضمن الدفع بالبطلان[1].

1-الصفة: هي الحق في المطالبة أمام القضاء ؛ وتقوم على المصلحة المباشرة و الشخصية في التقاضي ؛ كما يحدث أن يتدخل شخص أثناء سير الخصومة لم يذكر في عريضة إفتتاح الدعوى ؛ سواء بإرادته لأجل تحقيق مصلحة المتدخل ؛ أو بطلب من أحد أو كلا طرفي الخصومة."

فدعوى إثبات الزواج ترفع من طرف أحد الزوجين ضد الزوج الآخر المنكر لقيام العلاقة الزوجية إذا كانا على قيد الحياة ؛ أو من الزوج ضد ورثة الزوج الآخر ، والصفة في دعوى إثبات الزواج تثبت لجميع الورثة وليس لأحدهم فقط.'[2]

وعليه إذا لم يكن للمدعي صفة في رفع الدعوى فإن دعواه ترفض لانعدام الصفة ؛ كما لو أرادت الزوجة الأولى رفع دعوى لإثبات أن زوجها قد تزوج بزوجة ثانية عرفيا بدون موافقتها وذلك من أجل المطالبة بحقها في التطليق ؛ فإن القاضي يحكم برفض الدعوى لانعدام الصفة غير أنه يمكنها رفع دعوى التطليق على أساس أن زوجها تزوج بزوجة ثانية عرفيا بدون موافقتها ، وهنا يجب عليها ان تقوم بإثبات الزواج بإحضار شهود العقد ، و إذا كانت شهادتهم متطابقة يكون لها الحق في طلب التطليق ويحكم لها بذلك[3].

---

[1] عبد العزيز سعد ؛ إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية ؛ المرجع السابق ، ص 307.

[2] بربارة عبد الرحمن ؛ شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ؛ ط2 ؛ دار البغدادي للطباعة والنشر والتوزيع ؛ الجزائر 2009 ؛ ص 33

[3] بن ابراهيم نور الدين ، المرجع السابق ، ص 93

2-المصلحة : يقصد بالمصلحة المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء ؛ وهذه المنفعة تشكل الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها ؛ فلا دعوى من دون مصلحة تنزيها للقضاء من الإنشغال بدعاوى لا فائدة عملية منها.

3-الأهلية : يقصد بأهلية التقاضي أهلية الأداء لدى الشخص الطبيعي كما هو

مبين في المادة 40 من القانون المدني والتي جاء فيها بأن كل شخص بلغ سن الرشد المحدد بتسعة عشر سنة وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه ؛ يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وعليه إذا كان الشخص المراد تثبيت زواجه مجنونا فإن الدعوى ترفع من طرف المقدم ؛ ثم يقوم القاضي بإجراء تحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي ؛ وإذا تبين له أن الزواج مكتمل الأركان والشروط حكم بإثبات الزواج فشرعا لا يوجد ما يمنع زواج المجنون.

كما يمكن أن يكون الشخص المراد تثبيت زواجه مسجونا في جناية لمدة طويلة ؛ ففي هذه الحالة يقوم القاضي المختص بسماع المسجون عن طريق إنابة قضائية إذا كان المسجون خارج دائرة الاختصاص ، أما إذا كان المسجون في دائرة الإختصاص فإن القاضي يصدر أمرا باستخراجه و إحضاره أمام القاضي من أجل سماع أقواله ، و إذا أقر المسجون في مذكرة جوابية عن طريق محاميه بأنه متزوج عرفيا و التمس في طلباته تثبيت زواجه ؛ فإن زواجه يثبت بعد إجراء تحقيق حول توافر أركان وشروط هذا الزواج. [1]

المطلب الثاني : تسجيل عقد الزواج العرفي :

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

[1] د/ بربارة عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 39

الفرع الأول : تعريف تسجيل عقد الزواج العرفي :

وقبل الحديث عن تسجيل الزواج بسجلات الحالة المدنية يمكن الإشارة إلى أن المشرع في المادة 8 السابقة الذكر و بإستعماله لعبارة " يتم عقد الزواج... " أراد تبيان الكيفية المتبعة لتسجيل عقد الزواج، وليس إلزام المواطنين بالتسجيل، على خلاف قانون الأحوال الشخصية الأردني الذي نص في المادة 17 منه " يجب على الخاطب مراجعة القاضي أونائبه لإجراء العقد ، على أن يجري عقد الزواج من مأذون القاضي بموجب وثيقة رسمية ؛ وللقاضي بحكم وظيفته في الحالات الإستثنائية أن يتولى ذلك بنفسه بإذن من قاضي القضاة " ، وأكدت هذه المادة وجوب تسجيل عقد الزواج عندما إعتبرت عدم تسجيله مخالفة لأحكام القانون ؛ ورتبت على ذلك عقوبة[1].

بالرجوع إلى المادة 18 من قانون الأسرة والمادة 71 من قانون الحالة المدنية نجد بأن المشرع قد أسند مهمة القيام بإجراءات تحرير وثيقة عقد الزواج المبرمة داخل الوطن والمتعلقة بزواج المواطنيين الجزائريين لشخصين دون غيرهما وهما ضابط الحالة المدنية والموثق الذي يوجد بدائرة اختصاصه مسكن الخطيبين أو أحدهما أو الذي يوجد بدائرة اختصاصه محل إقامة أحدهما [2]

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

وعليه فحسب ما جاء في المادة 72 من قانون الحالة المدنية فإنه إذا وقع إنعقاد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية ؛ يتعين على الزوجين تحضير ملف يتكون من:

[1] لامية عفاف العياشي ، دور القضاء في إثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 160

[2] عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر ، ص 128.

نسخة من شهادة الميلاد الأصلية للزوجين لا يتجاوز مدتها 03 أشهر – شهادة عزوبة للزوجين – شهادة طبية بعدم حمل الزوجة – نسخة من بطاقة تعريف الطرفين ؛ وبعد أن يتأكد ضابط الحالة المدنية من الهوية الكاملة للطرفين ومن رضا الزوجة وسماع وليها و الشهود المرافقين لهما ووجود الصداق ؛ يقوم بتسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية فورا بعد توقيع الطرفين و الولي والشهود على السجل ؛ ثم يسلم الزوجين دفترا عائليا يؤكد ويثبت صحة وشرعية العقد وتسجيله[1].

أما إذا وقع إنعقاد الزواج أمام الموثق فإنه يجب على هذا الأخير أن يحرر عقدا بذلك ويسجله في سجلاته المعدة لذلك ؛ ثم يسلم الزوجين شهادة تثبت إنعقاد 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 5 أيام إبتداءا من تاريخ إستلامه ؛ ثم يسلم الزوجين دفترا عائليا ؛ و عليه أيضا أن يؤشر بهذا الزواج على هامش سجل شهادات ميلاد كل من الزوج والزوجة ٠

غير أنه إذا تم إبرام الزواج ولم يسجل بسجلات الحالة المدنية ضمن الآجال المقررة قانونا ؛ ولم يكن موضوع نزاع أو خلاف سواء بين الزوجين أو ممن له مصلحة في ذلك ؛ ففي هذه الحالة يمكن تثبيته و بالنتيجة تسجيله في سجلات الحالة المدنية ؛ وذلك بعد إستيفاء جملة من الإجراءات الواجب إتباعها ؛ والتي تبتدأ بتقديم طلب يتضمن إثبات الزواج العرفي وتنتهي بصدور أمر يقضي بالتثبيت مع الأمر بالتسجيل .[2]

[1] المرجع السابق ، ص 128.

[2] المرجع السابق ، ص 129.

الفرع الثاني :النصوص المنظمة للزواج العرفي

بداية من سنة 1882 تاريخ إنشاء نظام الحالة المدنية في الجزائر ، وإلى غاية سنة 1984 تاريخ صدور قانون الأسرة ، صدرت عدة قوانين ومراسيم نصت على تسجيل عقود الزواج العرفية ، منها ما صدر قبل الاستقلال ومنها ما صدر بعده .[1]

1- القوانين الصادرة قبل الاستقلال :

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

" وثائق الميلاد و الوفاة المتعلقة بالأهالي الجزائريين يجري تنظيمها و تسجيلها في سجلات الحالة المدنية وفقا للأشكال و الأوضاع المنصوص عليها في القوانين الفرنسية النافذة أما الوثائق المتعلقة بالزواج و التفريق و الطلاق الرضائي فإنها ستنظم وتسجل في سجلات الحالة المدنية بناءا على تصريح يقدمه الزوج إلى رئيس البلدية أو المحاكم العسكرية " [2] .

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

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

---

[1] قنيفي حمزة ، الزواج العرفي وإشكاليات إثباته بين الشريعة والقانون ، مرجع سابق ،ص 39

[2] بداوي علي ، مقال عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع ، موسوعة الفكر القانوني ، العدد الثاني ، ص 33 .

وظل هذا القانون هو المطبق في بلادنا إلى أن ألغي بموجب المادة 18 من الأمر رقم 66-307 المؤرخ في 1966/10/14 والمتضمن شروط تأسيس الحالة المدنية [1].

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

قانون 57-777 :

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

" وجوب تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية بموجب حكم من رئيس المحكمة في غرفة المشاورة بناءا على طلب الزوجين أو طلب أحدهما ،وأن الحكم الصادر لا يقبل أي طريق من طرق الطعن " [2] .

هذا القانون تم إلغاؤه فيما بعد ، وقبل ذلك كان يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة قبل صدوره ، بحيث تضمن إجراءات تسجيل عقود الزواج والتي تتم بناءا على طلب ينتهي بصدور حكم فيه ، خلافا للقانون السابق الذي يتم فيه التسجيل بناءا على تصريح يقدمه الزوج إلى رئيس البلدية أو المحاكم العسكرية . [3]

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

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

---

[1] عبد الله شناح ، الزواج العرفي ، مذكرة نهاية التربص بالمعهد الوطني للقضاء ، سنة 1993 ، ص 05 .

[2] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 20 .

[3] قنيفي حمزة ، الزواج العرفي وإشكاليات إثباته بين الشريعة والقانون ، مرجع سابق ،ص 40

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

حيث نص هذا الأمر في المادة الثالثة منه على تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية ، غير أنه فرق بين إجراءات التسجيل بحسب الجهة التي يتم إبرام الزواج أمامها .

فإذا تم الزواج أمام ضابط الحالة المدنية ، وجب على هذا الأخير أن يسلم للزوجين دفترا عائليا يثبت انعقاد الزواج ، أما إذا تم الزواج أمام القاضي وجب أن يثبت ذلك في وثيقة وأن يسلم إلى أصحابها شهادة بانعقاد الزواج ، ثم يرسل إلى ضابط الحالة المدنية نسخة من عقد الزواج خلال 03 أيام ، وعلى هذا الأخير أن يسلم الزوجين دفترا عائليا[1] .

كما منعت نفس المادة إقامة حفل الزواج إلا بعد الاطلاع على الشهادة و الدفتر العائلي ، وأضافت المادة السادسة من نفس الأمر أن انحلال الزواج لا يكون إلا بقرارمن القضاء فيما عدا حالات الموت[2].

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

وخلاصة القول أن هذا الأمر انحصر تطبيقه في مناطق معينة على سبيل الحصر ، مما يجعل عقد الزواج في غير هذه المناطق خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية ، كما أنه نص على إجراءات تسجيل عقود الزواج المبرمة بعد صدوره ، ولم يتحدث عن كيفية تسوية عقود الزواج المبرمة قبله ، والأهم أنه فرق بين الزواج الذي يتم أمام ضابط الحالة المدنية والذي يتم أمام القاضي من حيث إجراءات تسجيله ، وخلص في النهاية إلى أن قيام الزواج يثبت بشهادة

[1] عبد الله شناح ، المرجع السابق ، ص 05 .

[2] المرجع السابق ، ص 05 .

انعقاد الزواج و بالدفتر العائلي ، وأن انحلاله يكون بقرار من القضاء ، ومنه فلا يمكن الاحتجاج بخلاف ذلك .

2 – القوانين الصادرة بعد الإستقلال :

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

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

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

كما تنص المادة الثامنة على أن وثائق الولادة والزواج والوفاة المحررة في الخارج بشكل نظامي يمكن تقييدها في سجلات الحالة المدنية بمجرد طلب من وكيل الدولة المختص وبعد ذلك نصت المادة 14 على أن أحكام هذا المرسوم ستكون قابلة للتطبيق خلال مدة سنة إبتداءا من تاريخ دخولهم حيز التنفيذ [1] .

[1] عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر ، الطبعة الثانية ، دار هومه ، الجزائر ، ص 26 –27 .

وبذلك يبقى الإشكال مطروح بالنسبة لعقود الزواج المبرمة قبل صدور هذا المرسوم و التي فاتها ميعاد السنة .[1]

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

بحيث نص في المادة الخامسة منه :" لا يجوز لأحد أن يدعي بأنه زوج و أن يطالب بما يترتب على ذلك من آثار ، مالم يقدم زواج مسجل بسجلات الحالة المدنية "[2].

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

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

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

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

---

[1] قنيفي حمزة ، الزواج العرفي وإشكاليات إثباته بين الشريعة والقانون ، مرجع سابق ،ص 41

[2] عبد الله شناح ، المرجع السابق ، ص 06 .

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

كما أن الدكتور محمد محده و عبد العزيز سعد يذهبان إلى إمكانية معاقبة الزوجين وممثليهما الشرعيين وكل الأشخاص الذين يساهمون في إبرام عقد زواج لفتيان أو فتيات لم

يبلغوا السن المحددة في القانون ، وما يزال بالإمكان إعتبار زواجهما باطلا أو قابلا لإبطال

حسب الأحوال ، أو إعتباره زواجا صحيحا بعد البلوغ أو بعد حمل الزوجة ويمكن تسجيله هو نفسه كان قد أبرم خلال الفترة التي لم يبلغ الزوجان أو أحدهما فيها السن القانونية المحددة.[2]

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

بحيث نص في المادة الأولى منه على : " إستثناء لما نصت عليه المادة الخامسة من القانون المذكور أعلاه ، ودون المساس بما قررته النصوص الجاري بها العمل ، فإن جميع عقود الزواج التي وقعت وفقا للشريعة الإسلامية قبل نشر الأمر الحالي ، والتي لم تقيد أو تسجل في سجلات الحالة المدنية ، يمكن تسجيلها بمجرد الإستظهار بحكم صادر عن رئيس المحكمة [3] .

وحسب المادة الثانية من هذا الأمر فإن إجراءات تسجيل عقد الزواج المبرم قبل صدوره تكون بتوجيه طلب من المعني أو ممن له مصلحة في ذلك ، إلى رئيس المحكمة التي تم في دائرة

---

[1] عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص145

[2] المرجع السابق ، ص 30 .

[3] المرجع السابق ، ص 20 .

اختصاصها إنعقاد الزواج على أن يتضمن الطلب الاعتراف قضائيا بالزواج إبتداءا من تاريخ عقده ، وبعد أن تقوم المحكمة بإجراء التحقيقات المناسبة تبث في الدعوى خلال 03 أشهر من تاريخ تقديم العريضة ، على أن الحكم الصادر غير قابل للطعن .

وطبقا للمادة الرابعة من الأمر فإن أثر الزواج يبدأ من تاريخ اليوم الذي اعترف فيه الحكم بأنه تاريخ عقد الزواج ، إلا أن مسالة تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية ظلت

قائمة ولم تنته ، إما بسبب إهمال المواطنين وعدم الاهتمام بمصالحهم ، وإما بسبب إهمال المسؤولين وعدم اهتمامهم بالمصلحة العامة والنظام العام ، الأمر الذي حتم على السلطات المسؤولة أن تعيد النظر وذلك بعد إصدارها للأمر رقم 71-65 .

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

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

وبينت المادة الثانية الإجراءات الواجب إتباعها حيث نصت على أنه :" يجوز لكل من يعنيه الأمر أن يوجه إلى رئيس المحكمة التي انعقد القران في دائرة اختصاصها ، طلبا يرمي إلى جعل هذا القران معترفا به قضائيا ، وكذلك التاريخ الذي انعقد فيه ". [1]

ونفس الأمر نص على أنه إذا تعلق الأمر بقران بين الجزائريين أو بين الجزائريين و أجنبيات ليس لهم مسكن قار في الجزائر ، فإن الاختصاص بشأن الحكم بإثبات الزواج يعود إلى رئيس محكمة مدينة الجزائر ، وعلى المعني المقيم في بلد أجنبي إيداع طلبه لدى البعثات الدبلوماسية

[1] قنيفي حمزة ، الزواج العرفي وإشكاليات إثباته بين الشريعة والقانون ، مرجع سابق ،ص 41

أو القنصلية الجزائرية التي يوجد المسكن في دائرة اختصاصها ، وفي هذه الحالة يقوم الأعوان الدبلوماسيين أو القنصوليين بإجراء تحقيق حول واقعة الزواج ، وإرسال الطلب مشفوعا برأيهم في خلال الشهر الموالي من استلامهم للطلب إلى رئيس محكمة مدينة الجزائر .

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

وقد نص هذا الأمر على أنه يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة قبل صدوره بشرط أن يكون قد نتج عنها أولاد ، وبذلك يكون هذا الأمر قد أغفل عقود الزواج العرفية التي لم ينتج عنها أولاد وهذا ما يعاب عليه .

الأمر 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية ، والذي دخل حيز التطبيق خلال شهر جويلية 1972 ، فألغى جميع القوانين المخالفة له التي كانت مطبقة قبله . [1]

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

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

---

[1] قنيفي حمزة ، الزواج العرفي وإشكاليات إثباته بين الشريعة والقانون ، مرجع سابق ،ص 41

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

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

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

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

و يمكن القول بأن المادة 39 من الأمر السابق ، أشمل مقارنة مع المادة الأولى من الأمر 71-65 إذ بأنها تضمنت تسجيل جميع حالات الزواج سواءا تلك التي نتج أو لم ينتج عنها أولاد .[1]

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

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

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

[1] نفس المرجع ، ص41

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

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

وأهم نقطة من نقاط التلاقي بين القانونين هي :

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

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

والإشكال المطروح هو عدم تحكم المشرع في استعماله للفظي الأمر و الحكم ، وهذا جعل تطبيق الإجراءات من الناحية الواقعية محل نقاش وجدال و اختلاف بين قضاة مختلف المحاكم

[1] بداوي علي ، المرجع السابق ، ص35 .

وحتى بين قضاة المحكمة الواحدة ، فمنهم من يرى بأن إثبات الزواج وتسجيله يتم بموجب أمر بسيط من رئيس المحكمة ، ومنهم من يرى ضرورة صدور حكم عن قاضي الأحوال الشخصية يقضي فيه بإثبات الزواج العرفي .

وعليه فإن الإجابة عن هذا التساؤل تجعلنا نتعرض إلى الفرق بين العمل القضائي و العمل الولائي على أساس أن الأول ينتهي بصدور حكم و الثاني ينتهي بصدور أمر .

فالعمل 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 بسبق الفصل ، وأخيرا فهو يحوز حجية الشيء المقضي .

أما 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 بسبق الفصل ولا يحوز حجية الشيء المقضي [1] .

من خلال ما تقدم 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 و الحكم معا، وذلك إلى غاية صدور قانون

الأسرة الذي فصل في الإشكال من خلال نصه في المادة 22 منه على أن :" الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية " .

وعليه فإن معيار التمييز بين الأمر و الحكم يكمن في كون الزواج العرفي متنازع فيه أو غير متنازع فيه ، على أن النزاع في الزواج قد يتعلق بشأن وجوده كواقعة مادية أو بشأن صحته من

[1] الأستاذ عمر زودة ، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية بالمعهد الوطني للقضاء ، 2003 .

الناحية القانونية أو الشرعية ، سواء بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما بعد وفاتهما معا في وقت واحد أو في أوقات مختلفة .

الفرع الثالث: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي.

حدد قانون الأسرة للجهات المختصة في إبرام عقود الزواج في المادة18 حيث نصت على ما يلي: يتم عقد الزواج أمام الموثق، أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين9 و9 مكرر من هذا القانون[1].

واضح من خلال هذا النص أنه حدد جهتين رسميتين يتم من خلالهما إبرام عقود الزواج وهما الموثق باعتباره موظف عمومي يتولى إبرام العقود الرسمية بصفة عامة، بالإضافة إل ضابط الحالة المدنية أما إجراءات تسجيل الزواج فنصت المادة 21 على ما يلي: تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج[2].

في المواد من 71 إلى 77 من قانون الحالة المدنية؛ وما يمكن أن نلاحظه أن المادة 71 من قانون الحالة المدنية قد حددت من هم المختصين بتحرير وتوثيق عقود الزواج دون مراعاة لأركان

وشروط إبرام عقد الزواج ، إلا أن المادة 18 من قانون الأسرة نصت على وجوب الإلتزام مما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون، كما يجب على كل واحد منهم أن يلتزم بمراعاة أن يتقدم كل واحد من الزوجين بالمستندات والأوراق المنصوص عليها في المادة 74 من قانون الحالة المدنية والمتعلقة بإثبات حالة وهوية وموطن أو محل إقامة كل من الطرفين ، والدليل على ذلك نصت المادة 77 من قانون الحالة المدنية ، على معاقبة ضابط الحالة المدنية والموثق في عدم احترام وتطبيق شروط تحرير عقد الزواج .[3]

---

[1] المحكمة العلياء غرفة الأحوال الشخصية، 22/09/1998 مجلة قضائية، 2000 ،العدد ، 02 ص 173.

[2] المادة 21 من قانون الحالة المدنية؛ أمر رقم 70 – 20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية.

[3] المادة 71و77 من قانون الحالة المدنية

وحسب نص المادة 39 من قانون الحالة المدنية أنما تنص على أنه عندما لا يصرح بالعقد إلى ضابط الحالة المدنية في الوقت المحدد ، أو تعذر تلقيه أو عندما لا توجد سجلات يصار مباشرة إلى قيد عقود الولادة والزواج والوفاة بدون مصاريف ، عن حكم من رئيس المحكمة ، أما المادة 22 من قانون الأسرة تنص على أن ينبت عقد الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وقي حالة عدم تسجيله ينبت بموحب حكم قضائي .

وعليه يمكن أن نقول أن طالبي إبرام عقد الزواج يجب عليهما أن يتقدما إلى الموثق أو إلى ضابط الحالة المدنية لتحرير عقد زواجهما، وتسجيله في سجلات الحالة المدنية للبلدية الموجود محل إقامتهما في الأجل المحدد قانوناً .

لكن إذا فات زمن قصير أو طويل على إبرام عقد الزواج ولم يتم تسجيل عقد زواجهما خلال الأجل المحدد ، فلا يمكن لهما تسجيل زواجهما إلا بموحب حكم قضائي يصدره رئيس المحكمة حسب الأوضاع والإجراءات المنصوص عليها في المادة 39 وما بعدها من قانون الحالة المدنية ، والفقرة الأولى من المادة 22 من قانون الأسرة؛ وبعد تسجيل منطوق الحكم في سجل الحالة المدنية يستطيع الطرفين إخراج نسخة من عقد زواجهما من سجل الحالة المدنية وإثباته رسمياً .[1]

وي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 11/12/1989 رقم القرار 55706 من المقرر قانوناً أنه يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقاً للقانون ، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبيب وانعدام الأساس القانوني في غير محله .[2]

[1] المادة 39 من قانون الحالة المدنية

[2] المادة 21 من قانون الحالة المدنية؛ أمر رقم 70 – 20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية.

وما كان ثابتاً – في قضية الحال – أن المجلس القضائي لما قضي بعدم وجود الزواج ورفض دعوى الطاعنة لعدم إثباته كان على صواب وطبق القانون تطبيقاً صحيحاً ،ومتّى كان كذلك استوحب رفض الطعن.[1]

هذا القرار حول إثبات الزواج العرقي طبقاً لنص المادة 22 من قانون الأسرة، في الحالة العادية يثبت القاضي بموجب حكم قضائي إذا توافرت أركانه وشروطه .[2]

وقد صدر قرار آخر عن المحكمة العليا، بتاريخ 17/03/1998، قرار رقم 188707، من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق، ومتى تبين في قضية الحال – المستأنفة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج مبينين في شهادتهم أركان الزواج من الولي وشهود وصداق ، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج ج العرقي طبقوا صحيح القانون ، ومتّى كان كذلك استوجب رفض الطعن .[3]

أي أن المستقر عليه أن الزواج العرفي يثبت متى كان متوفر على أركانه وشروطه ، وأن شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق تجوز لذلك كان تطبيق القانون صحيح .

وقد صدر قرار آخر عن المحكمة العليا بتاريخ 20/04/1999 ينبت الزواج العرفي مق تبين أركانه متوفرة فيه طبقاً لأحكام المادة 09 من قانون الأسرة .[4]

ومتى تبين – في قضية الحال – أن أركان الزواج متوفرة بما فيها الاستماع إلى الشهود والإمام الذي قرا الفاتحة وتعيين المهر وحضور الولي؛ فإن القضاة بقضائهم بإثبات الزواج العرني المبرم بين المدعية والمرحوم طبقوا صحيح القانون ، ومتى كان كذلك استوحب رفض الطعن ،

[1] المادة 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل.

[2] المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري

[3] المحكمة العلياء غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية 1998 ، عدد خاص 2001 ص60 .

[4] المحكمة العلياء غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية 1994 ، عدد خاص 2001 ص50 .

أي أن الزواج العرفي يثبت إذا توفرت أركانه حسب المادة 9 من قانون الأسرة ، وعليه فإن الزواج العرقي المبرم بين الطرفين صحيح قانوناً وعليه يستوحب رفض الطعن .

أي أن الزواج العرفي يثبت إذا توافرت أركانه حسب المادة 09 من قانون الأسرة وعليه فان الزواج العرفي المبرم بين الطرفين صحيح قانونا ومن أم يستوجب رفض الطعن.[1]

وما نخلص إليه أن إبرام عقد رواج يجب أن يتم أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية ، أو من مؤهل قانوناً لتحرير عقود الزواج ، وأن إبرام العقد أمام موظف غير مؤهل يجعل العقد لا قيمة له ، ولا يحتج به أمام السلطات الإدارية والقضائية .[2]

المبحث الثاني :مجال الآثار المترتبة على الزواج العرفي

إذا كانت القاعدة العامة في العقود هي أن العقد هو شريعة المتعاقدين و أنه لهما باشتراط ما شاءا من الشروط و تغيير اتفاقهما متى شاء ، إن عقد الزواج يربط طرفاه بشروط محددة وليس لهما إن يشترطا من الشروط ما لا يتفق مع ما يقرره النظام العام الشرعي؛ والحكمة من ذلك هي الحفاظ على الحياة الزوجية من إن تتعرض لعوامل الفساد بما يشترط العاقدان من شروط قد تكون منافية لمقاصد الشريعة و مرماه من ذلك العقد المقدس. وعليه فان إي شرط يشترطه العاقدان لا يرتب أثاره للشارع يقره و لا ينافي مقاصده[3].

و يذهب إلى ذلك المشرع الجزائري إذا جعل عقد الزواج يرتب حقوق و واجبات متبادلة لكلا الطرفين ناشئة من العقد و ملزمة للطرفين .غير إن الزواج العرفي و نظرا لطابعه الخاص؛ إذ انه يفتقد إلى شرط شكلي يستوجبه القانون يجعل أثاره مميزة لا تتحصر فقط في الزوجين و لكن تمتد إلى أطراف أخرى. سنتناول في هذا المبحث الآثار التي يرتبها عقد الزواج العرفي بوصفه

[1] المحكمة العلياء غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية 1992 عدد 03 ص 48 .

[2] المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري المعدل.

[3] عمراني شعيب ، الزواج العرفي دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 48

واقعة مادية وقانونية معترف بها فيما يلي: أثار الزواج العرفي بالنسبة للزوجين في (المطلب الأول) و أثاره بالنسبة للأبناء في (المطلب الثاني)

المطلب الأول : بالنسبة للمتزوجين

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

الفرع الأول: على مستوى الواجبات المشتركة.

إن الواجبات التي تقع على عاتق الزوجين من أجل إنجاح العلاقة الزوجية

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

و تقابل ذلك حقوق ناتجة عن طبيعة عقد الزواج و تناولها المشرع في نصوص متفرقة

– حل المعاشرة بين الزوجين و استمتاع كل منهما بالأخر في إطار ما إذن به الشرع و في ذلك إحصان للزوجين وعصمة لهما من ارتكاب الزنا المحرم شرعا و قانونا.[2]

---

[1] المادة 36 معدلة ق.أ .

[2] عبد العزيز سعد ؛ الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ؛ ط2 ؛ دار البعث ؛ قسنطينة ؛ 1989 ؛ ص 198.

– التوارث بين الزوجين؛ فمن توفي منهما حقيقة أو حكما ورثه الزوج الأخر لقوله تعالى :

((وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ۚ مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ))[1] كما نصت المادة 130 من قانون الأسرة على أنه ، يوجب النكاح التوارث بين الزوجين و لو لم يقع بناء .

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

الفرع الثاني: على مستوى الحقوق المشتركة .

و هي الحقوق و الواجبات التي يستقل بها كل طرف فلا تثبت هذه الحقوق إلا إذا قام الطرف الأخر بواجباته؛ لذلك سنتطرق إلى حقوق الزوجة ثم إلى حقوق الزوج باعتبار حقوق الزوجة واجبات على عاتق الزوج و العكس صحيح .[2]

أولا - حقوق الزوجة :

فضلا عن المادة 36، نصت على هذه الحقوق المادة 78 من قانون الأسرة و هي :

– النفقة : عرفت المادة 78 النفقة على أنها تشمل ، الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة. و شروط وجوب النفقة نصت عليها المادة 74 من و هي الدخول بالزوجة و العقد الصحيح على المرأة و يضيف الفقهاء شرطا أخرا و هو صلاحية المرأة للمتعة.

[1] الآية 12 من سورة النساء

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

– الدخول بالزوجة : و يرتب حق الزوجة على زوجها في النفقة بالخلوة الصحيحة سواء تمت المخالطة الجنسية أو لاء متى كان العجز يعود لضعف الرجل .

العقد الصحيح : أي أن يكون العقد كامل الأركان القانونية والشرعية وعليه فان النفقة لا تستحق إذا كان العقد باطلا أو فاسدا .[1]

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

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

–نشوز الزوج

–الطلاق

–موت الزوج

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

العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة: فان كانت الشريعة و القانون قد خولا للرجل حق الزواج بأكثر من امرأة؛ فانه اوجبا مراعاة شروط هذا التعدد و المتمثلة في خضوعه إلى احد المبررات الشرعية كان تكون الزوجة مريضة أو أن لا تكون قادرة على الإنجاب لعقم أو مرض أو غيره؛ كما يجب إعلام الزوجة السابقة و اللاحقة. و حق الزوجة هو عدل الزوج بينها و بين

[1]المرجع السابق ،ص161

باقي زوجاته في المبيت و النفقة و إن يسعى لمعاملتهم نفس المعاملة دون تمييز لان التمييز يؤدي إلى النفور بينهن .[1]

زيارة أهلها من المحارم و استضافتهم بالمعروف : مع مراعاة أن تكون هذه الزيارة في حدود ما يتطلبه العرف والعادة؛ فيجب أن يكون ذهابها إلى زيارة أهلها و مجيئهم لزيارتها بما يوافق عليه الزوج وبما يتوافق مع احتياجاته واحتياجات الأبناء؛ وفي هذه الزيارات تقوية الروابط العائلية والأسرية؛ وتقوية لصلة الرحم.[2]

ثانيا – حقوق الزوج:

لقد نصت المادة 36 على حقوق الزوج باعتبارها واجبات الزوجة نحوه ونحو أبناءه و هذه الحقوق هي[3] :

أ. طاعة الزوج و مراعاته رئيس العائلة؛

ب. إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم؛

ج. احترام والدي الزوج و أقاربه.

تمثل هذه الحقوق والواجبات أثار عقد الزواج الرسمي الصحيح و هي نفسها التي يرتبها عقد الزواج العرفي الكامل الأركان والشروط و هذا ما اتجهت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1986/11/22 قررت « إن كل زواج عرفي يعتبر صحيحا متى توافرت أركانه حتى و لو كان غير مسجل بالحالة المدنية و تترتب عليه كافة أثار عقد الزواج و كافة الحقوق الزوجية »[4].

---

[1] فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، ج1 المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1989 ، ص 179

[2] نفس المرجع ص 180

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

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

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

أ. بالنسبة للحقوق المالية:

إن حق الزوجة في النفقة كما سبق ذكره يكون مستحقا من يوم الدخول، غيرانه و في حالة امتناع الزوج عن أداء النفقة لزوجته؛ و تقدمت إلى العدالة للمطالبة بحقها فان عليها أولا إن تثبت العلاقة الزوجية القائمة بينها و بين المدعي عليه، و إلا فان دعواها لا تقبل لانعدام صفتهاء و الصفة من النظام العام. فحتى ولو اقر الزوج بعقد الزواج العرفي و اعترض على طلب النفقة فان المحكمة لا تحكم لها بالنفقة حتى ولو أنها فعلا لم تتحصل عليها ، وهذا ما نصت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 07/02/1987: «طالما لو تثبت الزوجة العلاقة الزوجية فإنها تبقى بدون صفة ومطالبتها بحقوقها المالية تكون غير مؤسسة إذا طالبت بإثبات علاقة الزوجية والنفقة وفشلت في إثبات عقد زواجها»[1] .

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

[1] [1]قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 07/02/1987 ، المجلة القضائية ، 1990 ، العدد 03 ، ص 66

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.[1]

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

أما بالنسبة للصداق، فانه شرط من شروط عقد الزواج و تستحقه الزوجة بالدخول و بالخلوة الصحيحة؛ فإذا كان مؤجلا و طالبت به الزوجة فلابد أولا من إثبات علاقة الزوجية و إثبات عدم تسلمها له. هذا ما جاء في القضية رقم 54/902 و التي تتلخص وقائعها في وجود عقد زواج عرفي اثبت بموجب حكم قضائي، ثم إثبات الطلاق العرفي دون التطرق لمؤخر الصداق، و بما أن المدعية أثبتت صداقها عن طريق الشهود مما تعين معه إلزام المدعي عليه بأدائه لها [2].

ب. بالنسبة للحقوق غير المالية:

إن عدم الحصول على وثيقة تثبت العلاقة الزوجية تجعله عرضة للإنكار إذ يمكن لأحد الزوجين أن ينكر العلاقة الزوجية و يطمس أثارها و كل من شانه إثباتها و يمنع بذلك الطرف

[1] بداوي علي، مرجع سابق ، ص 40

[2] الزواج والطلاق في الشريعة والقانون ، ص 38.

الأخر من الاحتجاج بها ليس فقط بالمطالبة بالحقوق المالية بل حتى المتابعات الجزائية؛ فلو تزوج شخص عرفيا ثم ترك مقر الزوجية لمدة أكثر من شهرين فهل يمكن للزوجة متابعته بجريمة ترك مقر الزوجية وإذا كانت هذه الزوجة حامل فهل يمكن لها متابعته بجريمة إهمال الزوجة الحامل؟ وإذا علمت انه على علاقة غير شرعية فهل يمكن متابعته بجريمة الزنا؟[1]

يشترط لأي متابعة قضائية من هذا النوع وجود عقد زواج شرعي و قانوني صحيح يربط بين الزوجين و ترفق نسخة منه بالشكوى و إلا رفضت؛ وعليه يجب أولا على الزوجة أن تثبت عقد زواجها[2].

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

أ. التأكد من براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب.

ب.تهيئة الفرصة لتمكين الزوج من مراجعة زوجته.

ج. إعلان حزن الزوجة على زوجها المتوفي.

والعدة تعتبر كالأتي :

أ. إذا كانت الزوجة حامل، فعدتها وضع حملها.

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

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

د. إذا كانت الزوجة قد توفي عنها زوجها فعدتها أربعة أشهر و عشرة أيام.

[1] نفس المرجع ، ص38

[2] الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 39.

تحسب العدة من يوم النطق بحكم الفرقة أو من يوم الوفاة» هذا في عقد الزواج المسجل؛ فكيف يمكن حسابها في عقد الزواج العرفي الغير مسجل ؟

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

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

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

إذا توفي الزوج ، فان الزوجة تلجا أولا لإثبات واقعة الزواج ، ثم تنتظر صدور الحكم لاعتداد عدة المتوفى عنها زوجها و هذا ما يتطلب فترة زمنية طويلة قد لا تستطيع معها الزوجة إثبات واقعة الزواج و بذلك تفوت عليها بعض المنافع كإعادة الزواج مثلا. [1]

الفرع الثالث : استقرار الأسرة والمجتمع

ان استيفاء عقد الزواج العرفي لجميع اركان و شروط عقد الزواج الصحيح وفق الشريعة الاسلامية الا ان ذلك لا يخرجه من دائرة سلبية الاثار التي تنتج عنه، و يكون ثمنها مساس بقيم المجتمع، و الاسرة .

لقد اورد المشرع الجزائري جملة من العقوبات و الجزاء المترتبة على الجرائم الواقعة بين الفروع والاصول و خصها و حصرها دون غيرها من الجرائم التي تقع بين الافراد بظروف مشددة في العقوبة و مثال ذلك: نص المادة 267 من قانون العقوبات الجزائري:

كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بوالديه الشرعيين أو غيرهما من أصوله الشرعيين

[1] جميل فخري محمد جاسم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص221 .

يعاقب كما يلي:

1-بالحبس المؤقت من خمس إلى عشر سنوات إذا لم ينشا عن الجرح أو الضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل من النوع الوارد في المادة 264.

2-بالحد الأقصى للحبس المؤقت من خمس إلى عشر سنوات إذا نشأ عجز آلي عن العملة تزيد عن خمسة عشر يوما[1].

3- بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا نشأ عن الجرح أو الضرب فقدان أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقدان البصر أو فقدان إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى.

4-بالسجن المؤيد إذا أدى الجرح أو الضرب المرتكب عمدا إلى الوفاة بدون قصد إحداثها و إذا وجد سبق إصرار أو ترصد تكون العقوبة:

-الحد الأقصى للحبس المؤقت من خمس إلى عشر سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى.

-السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا نشأ عن الجرح أو الضرب عجز آلي عن العمل لمدة تزيد على خمسة عشر يوما.

-السجن المؤيد في الحالات المنصوص عليها في الفقرة 3 من هذه المادة."[2]

و هذا هو الاشكال الذي يطرحه الزواج العرفي من حيث تكيف الجرائم، فلو وقعت جريمة ضرب و جرح ضد احد الاباء من طرف احد ابناءه (الابن من زواج عرفي غير موثق) و تقدم

[1]فارس مجد عمران، المرجع السابق، ص40.

[2]عبد الله مجد خليل إبراهيم، صور مستحدثة_لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع ، جامعة النجاح الوطنية نابلس-فلسطين ، كلية الدراسات العلياء 2010 ص 108.

بشكوى ضده الى العدالة و لكن السؤال الذي يطرح هو هل يمكن للقاضي ان يكيف جريمة الضرب و الجرح التي وقعت ضمن جرائم الاعتداء على الاصول و يطبق عليها العقوبات.

باعتبار أن الزواج العرفي زواج شرعي فقد كان من المفترض أن لا ينتج عنه آثار سيئة

تمس المجتمع ، ولكن الواقع في المجتمعات يدل على عكس ذلك ، حيث أنه أحدث آثارا سيئة بسبب غياب الرسمية في الزواج التي من شأنها الحفاظ على استقرار الأسرة ومنه الحفاظ على استقرار المجتمع .[1]

– الزواج العرفي يتسبب في قطع صلة الرحم و كثرة نسب الفرقة بين الأسرتين للرجل والمرأة؛ بسبب تخلي الزوج عن مسؤولياته التي يمليها عليه واجب الضمير.

– استعمال الزواج العرفي كوسيلة للتحايل على القانون ، وذلك من أجل عدم إسقاط الحضانة عن الأمة المتزوجة زواجا ثانيا عرفيا ، بحيث يكون دليل إثبات زواجها الثاني منعدما أمام زوجها الأول لتقديمه أمام القضاء "[2].

المطلب الثاني : بالنسبة للأولاد

تطرق المشرع لحقوق الأولاد في قانون الأسرة حيث تناولت مادته . 36 حق تربية هؤولاء و وجوب رعايتهم من الناحية النفسية و العاطفية و نشأتهم بصفة سليمة، كما صان المشرع الحضانة من خلال المادة 62 من نفس القانون التي عرفتها بأنها : « ... رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة وخلقا»[3]. وكرس المشرع كذلك واجب النفقة ضمن المواد 74 إلى 80 .

[1] صحرة علوي، المرجع السابق، ص242.

[2] المرجع نفسه، ص244

[3] انظر المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري

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

الفرع الأول: ثبوت النسب

إذا كان نسب الولد لامه ثابت بسبب الحمل المرئي والولادة وذلك بقطع النظر عن كونه ولدا شرعيا أو ولد زناء فان نسبه إلى والده ليس دائما سهلاء والشريعة الإسلامية حصرت طرق إثبات النسب في: الزواج الصحيح. الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة أو الإقرار أو البينة ، و هذا ما أخذه المشرع الجزائري حيث نص في المادة 40 من قانون الأسرة :« يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة وبنكاح الشبهة وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33و 34 من هذا القانون»، وقبل التطرق إلى هذه الطرق الرسمية لا بد من التعريج على مفهوم النسب الذي عرفه القضاء بأنه القرابة الناشئة عن صلة الدم بالتناسل و هو يكسب المقر به حقوق و يرتب عليه واجبات كالنفقة على ذوي قرباه المحتاجين و يمكنه من مزاحمة الورثة في الإرث و يجري عليه ما يجري عليهم من موانع الزواج الناشئة عن القرابة.[1]

والنسب حق لكل من الزوجين لأنه يضمن التناسل الذي يعتبر من أغراض الزواج الرئيسية.

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

الفرع الثاني : ثبوت الزواج الصحيح

إن الولد يمكن أن ينسب إلى والده من الزواج الصحيح متى كان الزواج شرعيا و متى أمكن الاتصال بين الزوجين ولم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة كالملاعنة – ومتى حصلت ولادته خلال اقل من مدة الحمل أو أقصاها، كما قال الرسول عليه الصلاة و السلام: ((**الولد للفراش و للعاهر الحجر**))[1] ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها الذي جاء فيه:« من المقرر شرعا أن النسب يثبت بالفراش الصحيح ومن ثم فان القضاء بإثبات النسب حال قيام الزوجية ودون تطبيق قواعد اللعان في المدة المحددة شرعا يعد قضاء صحيحا».

وإذا كان تحديد الفاصل الزمني بين تاريخ الزواج و تاريخ الولادة لا يثير أي إشكال بالنسبة للزواج الرسمي أين تكون التواريخ مضبوطة نتيجة التسجيل ، فان الأمر قد يكون دون ذلك بالنسبة للزواج العرفي: فالتواريخ تحدد بصفة تقريبية؛ يعتمد فيها على ذاكرة الشهود مما قد يؤدي إلى ضياع الأنساب خصوصا في حالة الإنكار.[2]

كما انه قد يحدث أن يكون هناك زواجا عرفيا قام الزوجين بتسجيله بعد مدة من الدخول على أساس انه زواج رسمي و بعد أن تكون الزوجة قد حملت بالمولود؛ وإن حدث و أنجبت بعد ثلاثة أو أربع شهور من تاريخ العقد الرسمي المسجل فهنا لا يمكن إسناد الابن لأبيه 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 و تسجيله بأثر رجعي؛ حتى يتمكنان من تسجيل ميلاد المولود وإثبات نسبه بصفة قانونية لوالديه وهنا لا يتولى الكثير من وكلاء الجمهورية في متابعة الزوجين جزائيا بجنحة الإدلاء بقرارات كاذبة ومعاقبتهم وفقا للمادة 223 من قانون العقوبات.[3]

---

[1] رواه البوخاري وعن ابي هريرة رضي الله عنه

[2] محمد عزمي البكري ، مرجع سابق، ص 150.

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

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

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

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا :« من المقرر قانونا انه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة.

ومن المستقر عليه قضاءا إن مدة نفي الحمل لا تتجاوز 08 أيامٍ ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة المحددة شرعا و تمسكه بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، و لان الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر البناء.[1]

فان قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد لأبيه عرضوا قرارهم لتناقض مع أحكام المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة واخطوا في تطبيقها و متى كان ذلك استوجب نقض القرار »[2].

كما جاء في قرار أخر أنه : « من المقرر قانونا أن اقل مدة للحمل هي 06 أشهر و إن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا ؛ و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة ؛ و من

[1] جميل فخري محمد جاسم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، مرجع سابق ،222ص

[2] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 03/12/1984 ، المجلة القضائية ، 1990 ، العدد 01 ، ص 83 .

المستقر عليه قضاءا انه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في اجل محدد لا يتجاوز 08 أيام من يوم العلم بالحمل .

و من الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر؛ و أن قضاة الموضوع أخطأوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد؛ فإنهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج وإلحاق النسب للام أخطأوا في تطبيق القانون و خالفوا أحكام المادتين 41 و42 من قانون الأسرة مما يستوجب نقض القرار »[1] .

أما في حالة وقوع الولادة بعد انقضاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة و إتيان الزوجة لولد ليس بين اقل و أكثر مدة للحمل و إنما بعد مضي أكثر من عشرة شهور أي بعد انقضاء أقصى مدة للحمل التي حددها القانون فانه لا يمكن إسناد نسبه إلى هذا الزوج المتوفى أو المطلق؛ بمعنى أخر لا يثبت نسب الولد إلى أبيه إلا إذا جاءت به الزوجة لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ العقد أو إمكان الوطء ؛ و لأقل من ستة أشهر بعد الطلاق فان مجيئها به في غير المواعيد يدل على أنها حملت به قبل أن تكون فراشا لهذا الزوج أو حملت به بعد طلاقها أو وفاة زوجها من رجل آخر.[2]

لكن الإشكال الذي يطرح في الزواج العرفي هو صعوبة إثبات النسب عند وقوع الطلاق عرفيا ؛ و تحديد تاريخه بدقة مما يجعل إمكانية إثبات نسب الولد الذي يولد بعد أكثر من 10 أشهر من تاريخ الطلاق واردة ، و قد تتزوج المرأة زواجا شرعيا و مسجل و يدخل بها زوجها و يعاشرها معاشرة الأزواج ثم يغيب عنها لسبب شرعي أو غير شرعي يدوم غيابه أكثر من عشرة أشهر و كانت الزوجة قد أتت بمولود في هذه الفترة فان هذا المولود يعتبر للفراش ما لم يثبت هذا الزوج عدم تلاقيه مع الزوجة و اتصاله بها و هذا ما ينطبق على الزواج العرفي باعتباره زواج شرعيا متى تم إثباته ، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي فصل في قضية

[1] قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 23/11/1993، المجلة القضائية ، 2001 ، العدد الخاص ، ص 70.
[2] العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 153

إثبات النسب بعد وضع الولد بعد 16 شهرا من غيبة الطاعن ز الذي جاء فيه : « من المستقر عليه قضاءا أن المدة القانونية لنفي النسب لا تتجاوز 08 أيام و متى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت و الزوجية قائمة بين الزوجين و أن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة و أن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة و أن القضاة بصت) بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن . [1]

الفرع الثالث : الحق في الميراث

ان الرابطة التي تربط بين الزوجين هي: الزواج، و هو احد اسباب الميراث الثلاث المجمع عليها، و هي القرابة النسب، و النكاح، و الولاء .[2]

فالزواج الصحيح سبب للميراث من الجهتين، فيرث الزوج به الزوجته ، و هي ترثه به، كما ان الولد يرث ابويه، و هما يرثانه اذا اختفت الموانع[3]، و الاصل في ذلك قوله تعالى:

((يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ)) الى ان قال((**وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ۚ..**)).'[4]

و اجمع المسلمون على ميراث الاولاد من والدهم و والدتهم، و ميراث الرجل من امراته ، عند اختفاء الموانع.[5]

و الميراث ثابت بالزواج العرفي لكونه زواجا صحيحا كالزواج الرسمي، فيرث الزوج

---

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 28/10/1997، المجلة القضائية ، 2001 ، العدد الخاص ، ص 64.

[2] عبد المالك بن يوسف المطلق، الزواج العرفي: طاء دار العاصمة السعودية 2006: ص 70.

[3] نفس المرجع، ص 72.

[4] سورة النساء، آية 11- 12.

[5] ابن رشد، المرجع السابق، 405-5

زوجته و هي ترثه اذا مات بمجرد العقد. كما يرث الولد ابويه بسبب النسب الثابت بالزواج العرفي.

و من ثم فان الزواج العرفي لا يرتب اثاره من ناحية التوارث في حالة الانكار، لكن يمكن للزوجة ان ترفع دعوى اثبات او صحة زواج عرفي، و بعد ذلك تطالب بحصتها في الارث باعتبارها زوجة اذا صدر لصالحها حكم من المحكمة بصحة زواجها.[1]

[1] احمد بن يوسف بن احمد الدربوس، دار العاصمة، ط 1 ، السعودية 2005، ص 80.

خلاصة الفصل :

في ختام هذا الفصل نستخلص أنه ظاهرة الزواج العرفي اقتربت ان تكون كارثة أخلاقية وتشريعية واجتماعية حيث تخلف آثار سلبية وعلى مستقبل الزوجين حيث أنه من الضروري تسجيل و تثبيت الزواج العرفي بالطرق التي نصها كل من قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية كما شرحناه سابقا من كيفية تسجيله و طرق إثباته.

الخاتمة

خاتمة

وفي الختام نستنتج في هذا البحث إن عقد الزواج العرفي يعتبر عقدا صحيحا لتشكيل علاقة بين المرأة والرجل مبنية على تبادل الحقوق والواجبات بينهم وفقا لتعاليم الشريعة الإسلامية والسنة النبوية، لكن في واقعنا أصبح عذا النوع من الزواج يطرح عدة إشكالات عكس ما كان عليه في القدم؛ حيث الوعي بالنسبة للبعض الذين يلجؤون إليه رغبة منهم لفتك الأعراض ولإشباع رغباتهم ، وكثيرا ما شاهدنا مثل هذه القضايا فبالعودة إلى الأخطار التي تترتب على عدم تسجيله نرى أنها بالأحرى تمس الأولاد والزوجة باعتبارهم الطرف الأضعف والضحية الأولى، كما تهدد استقرار المجتمع ٠ حيث أن القضايا التي ترفع أمام محاكمنا في هذا الشأن يكون طرفها أحدا منهم.

وللحد منه والتقليل من هذا النوع من الزواج وجب على المشرع وضع قوانين وسن تشريعات تحد منه» ويأمر بالتسجيل رغم وجود بعض المواد ، كسن قوانين ردعية تتضمن عقوبات مالية أو معنوية عند مخالفة إجراء التسجيل ٠ وكذا منع غير الموظف كالأئمة وغيرهم من إبرام عقود الزواج بالفاتحة فقط دون اشتراطهم الزواج الرسمي المسجل في البلدية رغم التعليمة الشفوية لوزارة الشؤون الدينية.

وأهمية تسجيل هذا النوع من العقود تتجلى في المحافظة على الحقوق ٠ والقضاء على الكثير من المشكلات ن ولعل الاهمية الكبرى تكمن في تبيين الأنساب والتقليل من الإنكار منه، والتلاعب في المجتمع ٠ وفي تسجيله أيضا لأبرز الإشكاليات التي بالأعراض،. لأن ذلك يؤدي إلى الفساد في المجتمع تطرحها وهي انحلاله عرفيا.

فهذا نتاج وحصيلة ما قمت به وتوصلت إليه من خلال البحث في الزواج العرفى وقد اجتهدت ما استطعت وحاولت جاهداً إبراز شروط صحة الزواج التي هي أساس الزواج وعماده و التى لو توافرت لأى زواج فإنه يكون جائزاً شرعاً ، ولو نقص شرط أو أختل فإنه يكون غير جائز وفاسد شرعاً.

..ومن ناحية القانون قد بينت أن القانون لم يتطلب شكلاً معيناً في الزواج العرفي بل إنه أطلق العنان في إثباته بأية كتابة دون تطلب وجود شهود أو حتى الولاية أو خلافه.

✓ **التوصيات :**

- يجب على الأئمة و علماء الفقه و القانون و وسائل الإعلام ، أن تلعب دور هام في توعية المجتمع على اجتناب و الابتعاد عن هذا النوع الزواج حيث له آثار سلبية على الأسرة الزوجين
- على السلطات القضائية أن تدعوا لكافة المواطنين و المجتمع الذين لجؤ إلى هذا النوع من الزواج أن يتقدموا إلى إثباته وتسجيله إذا كان الزواج هذا مستوفي شروطه شرعا
- يجب إعطاء المزيد من العناية و الأهمية و التفرغ لهذه المواضيع الحساسة
- معالجة المشاكل و المعوقات الناجمة عن مثل هذا النوع من الزواج بعد التأكد من شرعيته

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع :

✓ **الكتب :**

– أسامة عمر سلّمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق ، ط1 ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن ، 200 .

– أحمد بن يوسف بن أحمد الدريوس ، الزواج العرفي حقيقته أحكامه أثاره و الأنكحة ذات صلة به ، ط1 ، دار العاصمة للنشر والتوزيع ، الرياض ، 2005 .

– الجارحي عبد الرب النبي ، الزواج العرفي المشكلة و الحل و الزواج السري ونكاح المتعة و الزواج العرفي ، دار الروضة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، بدون سنة النشر .

– إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية. دراسة مقرنة بالقانون، الطبعة الأولى. الحامد للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن، 2009.

– الإمام خليل، المختصر ، الجزء الثاني ، دار الفكر ، بيروت .

– الدرويش أحمد بن يوسف بن أحمد الزواج العرفي ، حقيقته وأحكامه وآثاره، والأنكحة ذات الصلة به ، دراسة فقهية مقارنة،ط1، 1426هـ – 2005م دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض ص 86.

– السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة السابعة، دار الكتاب العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ط7 ، 1975.

– الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1950.

– بالحاج العربي, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري . الجزء الأول . ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون . الجزائري طبعة , 1998.

– بن عبيدة عبد الحفيظ الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري ط3، دار هومة ،الجزائر، 2011 .

– جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الميزان الاسلامي، مراجعة علي أحمد عبد العال الطيطاوي، الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

– حامد عبد الحليم الشريف، الزواج العرفي، (د، ط) ،(د،ت) ،القاهرة، الدار البيضاء .

– محمد محدة ، سلسلة فقه الأسرة الخطبة ، الزواج ، الجزاء الأول ، الطبعة الثانية ، دار الشهاب ، الجزائر ، 2000

– د. بدران أبو العينين بدران ، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ، الطبعة الثالثة، دار المعارف ، الإسكندرية، 1966.

– د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء السابع ، دار الفكر ، 1996.

– سميع عبد العظيم، الزواج العرفي، دار القمة، دار الايمان، الاسكندرية ، 2002.

– الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .

– فارس محمد عمران –الزواج العرفي الطبعة الأولى الناشر مجموعة النيل العربية,القاهرة – ج–م–ع, طبعة ,1998.

– فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غْير الرسمَي ، ط ،2مجموعة النْيل العربْية ، مدْينة نصر– القاهرة ،2001 .

– فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، الجزء الأول ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986 .

– لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة ، ب ط ، دار هومة، الجزائر ، 2014 .

– مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج وانحلاله، الطبعة التاسعة، دار الوراق، بيروت، لبنان، 2001 .

– المطلق عبد الملك يوسف، زواج المسيار دراسة فقهية واجتماعية نقدية، (د، ط)، (د، ت)، دار ابن لعبون للنشر والتوزيع،الرياض ،ج1.

- يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود وفق أحكام الشريعة والقانون وما استقر عليه قضاء المحكمة العلياء دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005
- مجمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي – دراسة تشريعية وفقهية–، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية .
- بربارة عبد الرحمن ؛ شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ؛ ط2 ؛ دار البغدادي للطباعة والنشر والتوزيع ؛ الجزائر2009
- جميل فخري محمد جاسم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

✓ **الآيات القرانية :**

- سورة التكوير, الآية.07,
- سورة النساء, الآية،03.
- سورة النساء الآية : 59
- سورة البقرة ، الآية 230 .
- سورة البقرة ، الآية 232 .
- سورة النساء ، الآية 24
- سورة البقرة ، الآية 221
- سورة البقرة ، الآية 237 .
- سورة النساء, الآية،11–12 .

✓ **أحاديث النبوية :**

- رواه أحمد وأبو داوود وابن ماجه
- رواه البوخاري وعن ابي هريرة رضي الله عنه

✓ **مذكرات التخرج :**

- عمراني شعيب ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر ، الزواج العرفي دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ،2017/2016 .

- قنيفي حمزة ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر أكادمي ، الزواج العرفي وإشكاليات إثباته بين الشريعة والقانون ، 2017/2016 .
- صحرة علوي، الزواج العرفي بين النص والتطبيق في الجزائر، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2016.
- بن ابراهيم نور الدين ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، اشكاليات الزواج العرفي ، 2015/2014 .
- قدور عطاياالله ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية ، الزواج العرفي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي قانون الأسرة ، 2015/2014 .
- مشتاوي فضيلة ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص ، الزواج العرفي وآثاره القانونية في التشريع الجزائري ، 2015/2014 .
- معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، الجزائر، 2003/2004 .
- ريمة هبير ، مدرسة الدكتوراه دراسات قانونية ،الزواج العرفي وطرق إثباته ، جامعة العربي بن المهيدي – أم البواقي ، 2012/2011 .
- دقيش ياسين ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ، الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية ، الزواج العرفي بين الفقه و القانون الجزائري ، 2016/2015 .
- أ. عفاف لامية العياشي ، طالبة دكتوراه – قانون خاص – دور القضاء في إثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري ، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان
- عبد الله شناح ، الزواج العرفي ، مذكرة نهاية التربص بالمعهد الوطني للقضاء ، سنة 1993 .

✓ **المواد و النصوص القانونية :**

- المادة 04 قانون 84. 11المتضمن قانون الاسرة .

- الامر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون رقم 11-84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة.
- المادة 8 ف ، 1 ق . أ:" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الاسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل"
- المادة 8 مكرر ق، أ: " في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بتطليق"
- المادة 8 مكرر 1 ق . أ: " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول اذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 اعلاه"
- المادة 72 ق . أ: " في حالة الطلاق، ان يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة و ان تعذر عليه ذلك فعليه دفعبدل الايجار"
- طالع المادة 331 من قانون العقوبات.
- المادة 9 من قانون الاسرة: يجب ان تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: اهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية لزواج.
- انظر المادة 7 من قانون الاسرة الجزائري.
- المادة 68 إلى المادة 86 من القانون المدني.
- المادة 09 ركنا من الأركان .
- أمر رقم 70 –20 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية.
- كناقص الأهلية (سفيه و المميز الذي لم يبلغ 19 سنة) أو عديم الأهلية (لمن لم يبلغ 16 سنة أو المجنون أوالمعتوه) طبقا للمواد 40 ، 42 ، 43 من القانون المدني .
- أنظر المادة 31 من القانون الجزائري للأسرة
- أنظر المادة 24 من القانون الجزائري للأسرة
- المادة 24 ، قانون الأسرة ، مرجع سابق
- انظر المادة 30 من قانون الجزائري للأسرة

- المادة 21 من قانون الحالة المدنية؛ أمر رقم 70 – 20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية.
- المادة 71و77 من قانون الحالة المدنية
- المادة 39 من قانون الحالة المدنية
- المادة 21 من قانون الحالة المدنية؛ أمر رقم 70 – 20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية.
- المادة 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل.
- المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري

✓ **القرارات القضائية :**

- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/03/30 ، مجلة قضائة ، 1994 ، العدد 3 .
- 1المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1991/06/18 ، مجلة قضائية 1993 ،العددا 01 .
- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1984/11/19 ، مجلة قضائية ، 1990 ،العدد 02 .
- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1987/11/12 ، مجلة قضائية ، 1989 ، العدد 02 .
- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1989/06/05 ، مجلة قضائية ، 1990 ، العدد 04 .
- 1المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،1991/06/18 ، مجلة قضائية ، 1992 ، العدد 4 .
- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1994/03/22 ، نشرة القضاة ، العدد 50.
- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية ، 1989 ، العدد 02 .

- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية ، سنة 1992 ، العدد 03.
- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية، سنة 1989 ، العدد 02 .
- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 7544 بتاريخ 30/04/1990، قضية ط .ز ضد أ .ق ، المجلة القضائية ، العدد الرابع ، 1992.
- قرار صادر عن المجلس الأعلى ، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 43889 بتاريخ 15/12/1986 المجلة القضائية، العدد العدد الثاني 1993 ص37.
- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 381880، بتاريخ 14/02/2007، قضية ب. ف ضد ك. أ، مجلة المحكمة العلياء العدد الثاني، 2007..
- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 179557 بتاريخ 17/03/1998، قضية م. م ضد م. ط المجلة القضائية، العدد الثاني، 1998.
- قرار صادر عن المحكمة العليا ؛ غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 693621، بتاريخ 12/07/2012، قضية س . خ ضد ذوي حقوق ر ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ، 2012.
- قرار صادر عن المحكمة العليا ٠ غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 424799 بتاريخ 13/02/2008، قضية هـ . ر ضد ل . ف ، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2008.
- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 204254 بتاريخ 1998/09/22 ، قضية ورثة ذ .ط ضد م . ف ، المجلة القضائية العدد الثاني ، 2000 ص 173.
- قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ؛ الجريدة الرسمية ؛ العدد21٠ بتاريخ 23 أفريل 2008 .

✓ **المجلات**

- مجلة منير الاسلام، عند شهر صفر؛ سنة 1418هـ، ص87 و ما بعدها، مقالة ما خوذة من الانترنيت، موقع www.uslamway.com تاريخ الزيارة 2021-4-15 سا 18:20
- مجلة البحوث الفقهية، العدد 36.
- مجلة الدعوة، ربيع الأول، 1423هـ ، العدد 1443.
- مجلة مغاربيات ، مواطنات حتى تتمتعن بحقوقكن.
- بداوي علي ، عقود الزواج العرفي العرفية بين قصور الأحكام القانون و متطلبات المجتمع ، المجلة القضائية ، قسم الوثائق ،2004.

✓ **الفتاوى :**

فتاوى الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع، مجلة الدعوة ، ربيع الأول 1423هـ العدد 1843 **هـ.**

✓ **المصادر بالفرنسية :**

GHAOUTI BENMELHA , Déjà cité ,

قائمة المحتويات

الفهرس

المقدمة.....ب

الفصل الأول : الإطار العام للنظام للقواعد المنظمة للزواج العرفي

المبحث الأول : ماهية الزواج العرفي 8

المطلب الأول : مفهوم الزواج العرفي.....8

الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي.....8

أولا – تعريف الزواج العرفي في اللغة : 9

ثانيا – تعريف الزواج العرفي في التشريع الجزائري :.....9

ثالثا – تعريف الزواج العرفي اصطلاحا :.....9

الفرع الثاني :حكم الزواج العرفي في الشرع والفقه.....11

الفرع الثالث :المقارنة بين الزواج العرفي وغيره من الصور 12

أولا– الفرق بين الزواج العرفي وبين الزواج الشرعي.....12

ثانيا– الفرق بين الزواج العرفي والزواج الرسمي.....12

ثالثا– الفرق بين الزواج العرفي والزواج السري.....13

رابعا – الفرق بين الزواج العرفي وزواج المسيار 14

المطلب الثاني : اسباب اللجوء الى الزواج العرفي.....15

الفرع الأول: الاسباب الدينية.....15

الفرع الثاني : الاسباب القانونية 16

الفرع الثالث :الأسباب الاجتماعية.....18

المبحث الثاني :انعقاد عقد الزواج العرفي وجزاء تخلف أحد أركانه.....20

المطلب الأول : أحكام الزواج العرفي. 20

الفرع الأول : أركان الزواج العرفي 23

قائمة المحتوايات

أولا: ركن الرضا 23

الفرع الثاني : شروط إثبات الزواج العرفي : 26

أولا - الولـــــــــــــي :.....26

ثانيا – الصـــــداق : 36

ثالثا – الشاهديـــــن : 44

الفرع الثالث : طرق إثبات الزواج العرفي 50

المطلب الثاني : جـزاء تخلــف أركان وشــروط عقد الـزواج العرفـي :.....51

الفرع الأول : عقـد الــزواج البـــاطل.....51

أولا – تعريفه وحالاته : 51

ثانيا – آثار عقد الزواج الباطل : 52

الفرع الثاني : عقـد الـزواج الفاســد 53

أولا– تعريفه وحالاته :.....53

ثانيا – آثـار العقد الفاسد :.....54

الفصل الثاني : الآثار القانونية المترتبة على إثبات الزواج العرفي

المبحث الأول :إثبات وتسجيل عقد الزواج العرفي 59

المطلب الأول : طرق إثبات الزواج العرفي 59

أولا – الإقرار: 60

ثانيا – الشهادة 61

ثالثا – النكول عن اليمين.....64

رابعا – إثبات الزواج العرفي من خلال النصوص القانونية.....65

الفرع الأول : الأحكام والقواعد المقررة لإثبات الزواج العرفي.....65

الفرع الثاني : دعوى إثبات الزواج العرفي 66

الفرع الثالث :إجراءات رفع دعوى إثبات الزواج العرفي 69

قائمة المحتوايات

المطلب الثاني : تسجيل عقد الزواج العرفي : 70

الفرع الأول : تعريف تسجيل عقد الزواج العرفي : 71

الفرع الثاني :النصوص المنظمة للزواج العرفي 73

الفرع الثالث: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي. 84

المبحث الثاني :مجال الآثار المترتبة على الزواج العرفي 87

المطلب الأول : بالنسبة للمتزوجين 88

الفرع الأول: على مستوى الواجبات المشتركة. 88

الفرع الثاني: على مستوى الحقوق المشتركة 89

أولا - حقوق الزوجة :..... 89

ثانيا – حقوق الزوج: 91

الفرع الثالث : استقرار الأسرة والمجتمع 95

المطلب الثاني : بالنسبة للأولاد 97

الفرع الأول: ثبوت النسب..... 98

الفرع الثاني : ثبوت الزواج الصحيح 99

الفرع الثالث : الحق في الميراث..... 102

خاتمة 106

قائمة المصادر والمراجع :..... 109

الملخص

يعتبر الزواج العرفي شرعيا ما دام مستوفيا لكافة أركانه و شروطه ، إلا أنه ينقص الزواج العرفي إلا تثبيته وتوثيقه ، فطرق تثبيته وتسجيله ليس من شروطه الشرعية ، إلا أنه يجب على كل المجتمع المعني بهذا الزواج أن يتم تسجيله و تثبيته بطرقه الشرعية والقانونية وكيفية تسجيله للحفاظ على حقوق الزوجين والأولاد حيث تطرقنا فيها في هذا البحث وبضبط في الفصل الثاني ففي غياب هذه الرسمية القانونية و المتمثلة في التسجيل و تثبيت هذا الزواج العرفي يعتبر خطر كبير على العلاقة بين الزوجين و ضياع حقوق الأولاد ، كما أن له أحكام و آثار مترتبة على إثباته كما بيناه أيضا في الفصل الثاني .

وقد عرضنا في هذا البحث المقدمة تناولت تمهيدا عن الموضوع هذا البحث وفي الفصل الأول تطرقنا إلى الإطار العام للنظام لقواعد المنظمة للزواج العرفي وشرحنا فيه مفهوم و حكم وأركان الزواج العرفي و أسباب اللجوء إليه أما في الفصل الثاني شرحنا طرق إثبات و كيفية و إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي و الآثار المترتبة عليه كما توصلنا إلى بعض الاستنتاجات شرحناهم في الخاتمة .

الكلمات المفتاحية :

الزواج العرفي – مفهوم الزواج العرفي – إثبات عقد الزواج العرفي – إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي – الآثار المترتبة على عقد الزواج العرفي

Summary

Customary marriage is considered legitimate as long as it fulfills all its pillars and conditions. However, customary marriage is lacking except for its confirmation and documentation. The methods of confirming and registering it are not among its legal conditions. However, the whole society concerned with this marriage must be registered and confirmed by its legitimate and legal methods and how to register it to preserve The rights of spouses and children, as we discussed them in this research and precisely in the second chapter. In the absence of this legal formality represented in the registration and confirmation of this customary marriage, it is considered a great danger to the relationship between spouses and the loss of children's rights, and it has provisions and implications for establishing it as we explained Also in the second chapter.

In this research, we presented the introduction that dealt with an introduction to the subject of this research and in the first chapter we touched on the general framework of the system for the rules governing customary marriage and explained in it the concept, rule and pillars of customary marriage and the reasons for resorting to it. Customary and its implications As we reached some conclusions, we explained them in the conclusion.
key words :
Customary marriage - The concept of customary marriage - Proving the customary marriage contract - Procedures for registering a customary marriage contract - Implications for the customary marriage contract