إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

مقدمة :

إذا كان القران أو الزواج هو أول العلاقات الإنسانية التي عرفها الإنسان منذ أن خلق الله عز وجل آدم وحواء على وجه الأرض وكان وما يزال من أهم العقود التي يقوم الإنسان بإبرامها في حياته الاجتماعية فإن التشريعات سواء فيما يخص السماوية أو الوضعية اهتمت بهذا العقد اهتماما خاصا لم يخص به غيره من العقود الأخرى وذلك بوضعها له شروطا وأركانا يجب توافرها حتى يكون صحيحا منتجا لآثارها.

فبالإضافة إلى الشروط الموضوعية والتي نجدها تختلف باختلاف الأديان والتشريعات الموضوعية فإن هذا العقد عرف شكلية منذ أول حضارة عرفها بني آدم ونقلها إلينا التاريخ ألا وهي الحضارة البابلية بحيث وجدت الشكلية في قوانينها للانعقاد وليست وسيلة للإثبات.

وعبر اختلاف الأزمنة وتطورها اختلف الشكلية فعرفها المجتمع الإسلامي في بادئ أمره بحيث لم تفرض الكتابة في عقد الزواج نظرا لوجود الائتمان والثقة النابعين من الوازع الديني المالئ والمعتبر كحاجز لإنكار هذه العلاقة و كل ما ترتب عنها من حقوق بين الأطراف و الأنساب.

و بتطور المجتمعات و تطور الحياة الإنسانية عموما اعتمدت الإدارات و المؤسسات على شرط الكتابة و الرسمية كوسيلة إثبات أساسية مما أدى بالمشرع إلى فرض الشكلية على المقبلين على عقد زواجهما و تسجيله في سجلات الحالة المدنية حتى يتسنى لهما استخراج نسخة من عقد الزواج للإثبات و الاحتجاج به في مواجهة الغير أو الطرف الأخر.

إن أهم الأهداف التي ترمي إليها الشرائع و القوانين الحديثة هي استقرار العلاقات الاجتماعية و حفظ الحقوق و لا يمكن للوصول إلى هذه الأهداف النبيلة إلا بجعل عقد الزواج يبرم في الإطار القانوني (أي التسجيل) بحيث لا يمكن إنكاره مستقبلا.

و المشرع الجزائري انتهج غالبية التشريعات الأخرى التي فرضت و اعتمدت على تسجيل و قيد الزواج بسجلات الحالة المدنية المخصص لهذا الغرض من أجل إثبات هده الرابطة.

رغم مرور 46 سنة على استقلال الجزائر و هو ما يعني وجود جيل بأكمله و رغم ما سنه المشرع من نصوص قانونية لمعالجة عقود الزواج إلا أنه و لظروف أو لأخرى فقد يلجأ بعض الأشخاص إلى إبرام عقودهم بطريقة عرفية بتوفر كل الأركان المطلوبة شرعا و التي تجعل منه صحيحا شرعا لكن دون أن يتم تسجيله أمام

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

مصالح الحالة المدنية إذن فما مصير مثل هذه العقود و ما هو مصير العلاقة الناتجة عنها(الأبناء) و ما هي نظرة المشرع لها و كيف يمكن تصحيحها لتصبح عقود زواج رسمية ؟

من هنا و نظرا لوجوب الرد على كل التساؤلات المطروحة آنفا و ما يرتبه أثارها على حياة الأفراد و المجتمعات مهما تغيرت عبر الأزمنة فنحن كطلبة حقوق اخترنا هذا الموضوع نظرا لفرض نفسه على الواقع و محاولة منا الغوص في هذا الموضوع محاولين الإجابة على هذه التساؤلات المطروحة و بها سوف يكون هذا البحث البسيط موضوعا لمذكرة تخرجنا.

وقد تناولنا الخاصة التالية والمتمثلة في ثلاثة فصول:

الفصل الأول: خصصناه لأحكام عقد الزواج عموما.

الفصل الثاني: خصصناه بالشكلية في عقد الزواج.

الفصل الثالث: إثبات عقد الزواج وإجراءات تسجيله .

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

الفصل الأول: أحكام الزواج عموما

إن الزواج آية من آيات الله في خلقه وذلك لقوله تعالى:" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآية لقوم يتفكرون"[1].

هذه الظاهرة الاجتماعية الإنسانية لم ترى غالبية الأزمنة مجتمعا خلى منها لأنه الوسيلة الوحيدة لاستمرار العنصر البشري وإن كانت تحاط وتختلف فيها العادات والتقاليد والطقوس إلا أن الغاية هي واحدة. والزواج هو العلاقة الشرعية، وهو بصفة عامة اقتران الرجل بالمرأة.

والشريعة الإسلامية جاءت بنصوص من الكتاب والسنة، أوضحت الزواج وطلب الترغيب فيه، وذلك في قوله تعالى:" فانكحوا ما طاب لكم من النساء..." وقوله :"وانكحوا الأيامى منكم"[2].

إن توضيح أحكام الزواج يتطلب منا البحث والتطرق إلى مفهوم عقد الزواج أولا ثم إلى أركان وشروط عقد الزواج وجزاء تخلفها، وعلى هذا النمط قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

- ✓ **المبحث الأول: مفهوم عقد الزواج.**
- ✓ **المبحث الثاني: أركان و شروط عقد الزواج و جزاء تخلفها.**

---

[1]- سورة الروم ، الآية 21.
[2]- سورة النور ، الآية 32.

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

المبحث الأول: مفهوم عقد الزواج

أول علاقة عرفها الإنسان أو البشر هي العلاقة الزوجية حيث كان سيدنا آدم أول رجل وكانت أمنا حواء أول امرأة وكانت العلاقة بينهما علاقة زوجية حفاظا على العنصر البشري وهده العلاقة تنعقد بالزواج لأنه مؤشر للأسرة وهذه الأخيرة هي الخلية أو النواة الأولى لبناء المجتمع لذلك خصته الشريعة الإسلامية الغراء بأحكام خاصة إلى جانب التشريعات المختلفة ، منها المشرع الجزائري في المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري ، وقد عرفت هذه المادة عقد الزواج بأنه عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة ، والتعاون وإحصان الزوجين ، والمحافظة على الأنساب. ومنه سوف نتعرض في هذا المبحث إلى مفهوم الزواج ، ونقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، يتضمن المطلب الأول تعريف عقد الزواج ، المطلب الثاني أهمية الزواج ، أما بالنسبة للمطلب الثالث نتطرق إلى حكم الزواج.

المطلب الأول: تعريف عقد الزواج.

عند العرب كلمة الزواج كانت تعني اقتران شيء بالآخر بعد أن كانوا منفصلين عن بعضهما البعض ولقد شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الزوج بالزوجة على سبيل الدوام والاستمرار لتكوين أسرة، وهي استمرار للبشرية جمعاء.

وفي المصطلح الشرعي: هو عقد وضعه الشارع يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع.

والزواج هو العلاقة الشرعية والطريق المعقول المتفق مع مصلحة المجتمع ورقي الإنسان ، وانتظام شؤون الجماعات في مختلف العصور ، ذلك أن العزوبة هي حالة غير طبيعية ، لا يقوم بها عمران ، ولا تنشأ في جوهرها حضارة.

وقبل التطرق إلى تعريف عقد الزواج يجب تبيان الفرق بين الخطبة والفاتحة بحيث أن الخطبة تعني طلب النكاح لغة واصطلاحا هي التماس التزويج والمحاولة عليه وهي تسبق الفاتحة.

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

وعرفها البعض بأنها" عقد النية بين طالبي الزواج أو المحتطبين على أن يجتازا معا تجربة شخصية خلال فترة تسبق الزواج، فيختبر فيها كل منهما الآخر تمهيدا للزواج به مع الإعداد والتجهيز خلالها لتأسيس العائلة التي تتطلبها أحكام الزواج"[1].

وعرفها الإمام أبو زهرة :" بأنها طلب الرجل يد إمراة معينة للتزوج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"[2].

والخطبة في مجتمعنا الجزائري هي عبارة عن اتفاق يسبق قراءة الفاتحة ويقع غالبا في مجلس المواعدة بالزواج بين والدي الخطيبين أو أوليائهم وينتهي بإيجاب وقبول المصاهرة بين العائلتين دون إبرام أي عقد.

وقد يتوج ذلك الاتفاق بقراءة فاتحة القرآن الكريم للدلالة على أنهما اتفقا مبدئيا عازمين على إبرام عقد الزواج فكأن تلاوتها تدل على أن جميع الإجراءات قد تمت ولم ينازع شأن الأمور الهامشية والشروط التي تكون في شكل إشعار بالعادات والتقاليد للطرفين دون المساس بالأمور الجوهرية.

وقد يرى العرف أن تطلق تسمية فاتحة على هذا الاتفاق وفي الواقع أنها تقرأ لتبرك لا أكثر.

وبعض الفقهاء عرفها بأنها عبارة عن مجلس أو اجتماع يحضره عادة ولي الزوج والزوجة أو كلاهما ، وجمع من الناس من أقارب الخطيبين وأصدقائهما ومن أعيان الجماعة ، وينتهي بإبرام عقد زواج تنتهي بإبرام عقد زواج شفهي لصالح الخطيبين يتم فيه تحديد الصداق ، تليه قراءة الفاتحة متبوعة ببعض الدعوات الزوجية ، وبتقديم الصداق كله أو بعضه في نفس المجالس أحيانا[3].

وبعد التطرق إلى الفرق بين الخطبة والفاتحة، يجب التطرق إلى مفهوم عقد الزواج لغة، فقها وقانونا.

أ– تعريف عقد الزواج لغة:

هو الاقتران والازدواج ، وشاع استعماله في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار، ولقد جاء في القرآن ما ترادف هذا المعنى في قوله تعالى :" وزوجناهم بحور العين" أي قرناهم بهن، وقوله :" وإذا النفوس زوجت

---

[1]- محمد محدة،سلسلة فقه الأسرة الخطبة و الزواج،الجزء الأول،الطبعة الثانية ، دار الشهاب الجزائر،2000،ص07.
[2]- الإمام أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، دار الفكر العربي ، دمشق ص 07.
[3] - عبد العزيز سعد ،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار البحث ، قسنطينة 1989 ، ط02 ، ص 89.

" أي اقترنت بأبدانها وأعمالها ، والنكاح يعني الدخول والاختلاط و الضم والعقد والوطء [1]، ومن قوله صلى الله عليه وسلم "ولدت من نكاح" أي من وطء حلال.[2]

ب- تعريف عقد الزواج فقها:

إن رغم اختلاف التعاريف التي جاء بها الفقهاء لعقد الزواج ، فإن التباين في أغلبيته لفظي مع تقارب في المعنى ، وكل هذه التعاريف تنتهي إلى أن القصد من عقد الزواج هو ملك المتعة أو حلها ، حيث أنها في الاصطلاح الشرعي عقد يرد على حل المتعة على الوجه المشروع ، أو هو عقد وضعه الشارع يرد على حل المتعة على الوجه المشروع و على سبيل القصد.[3]

ويعرفه صاحب الكنز بأنه: " عقد يرد على ملك المتعة قصدا".

وعرفه مصطفى شبلي بأنه :" عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل في التمتع بالمرأة و لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها ، وحل استمتاع المرأة به" وقد اتجه بعض المعاصرين إلى تعريف شامل للزواج ، فعرفه الشيخ محمد أبو زهرة بأنه : "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد لكليهما ماله من حقوق وما عليه من واجبات " ، ذلك أن الغرض الأسمى في الشرع وعند أهل الفكر والنظم. كما يقول الإمام أبو زهرة هو: التناسل وحفظ النوع الإنساني وأن يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الأنس الروحي وسط متاعب الحياة، لقوله تعالى:" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة".[4]

ج- تعريف عقد الزواج قانونا:

لقد بدأت الدول الإسلامية تفكر في إصدار تشريع للأحوال الشخصية يلم شتاتها ويحل مشكلاتها الفقهية والاجتماعية منذ بداية القرن الحالي، ويستمد من مصادر الإسلام وآراء المذاهب على تنوعها ضمانا للتوفيق بين الفقه والواقع فقد أبرزت الممارسة مدى الحرج الذي يمكن أن تقع فيه الأمة نتيجة الالتزام بمذهب معين لا يجوز لها أن تتعداه.

إن الجمهورية السورية أسبق الدول العربية لإصدار تشريع كامل للأحوال الشخصية بحيث جاء تعريف الزواج في مادته الأولى بقولها:" **الزواج عقد بين الرجل والمرأة تحل له شرعا، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل**".

---

[1]- د محمد محدة ، المرجع السابق ، ص85.

[2]- د. محمد كمال الدين إمام ، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ، ط 01 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، بيروت ، لبنان ، 1992 ، ص26.

[3]- د.العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، ط2002 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ص30.

[4]- سورة الروم ، الآية 04.

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

ونص التشريع اليمني في مادته الأولى :" **الزواج هو ارتباط بين الزوجين بميثاق شرعي تحل به المرأة للرجل شرعا وينشآن معا أسرة قوامها حسن المعاشرة**".

أما التشريع العراقي فقد نقل المادة بألفاظها وإلى قريب من ذلك نص التشريع الكويتي في المادة الأولى منه على أن عقد الزواج هو " **عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا ، غايته السكنى والإحصان وقوة الأمة**".

أما بالنسبة لمشروع القانون المصري للأحوال الشخصية للمسلمين والذي أقره مجمع البحوث الإسلامية فقد فضل عدم تعريف عقد الزواج.

أما المدونة المغربية الصادرة سنة 1957 نصت في مادتها الأولى على أن الزواج :"**ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء ، غايته الإحصان والعفاف مع تكثير سواء الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدين تحمل أعباءها في طمأنينة وسلام وود.**"

أما مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية والذي أعدته لجنة خبراء مجلس وزراء العدل العرب، فقد نص في مادته الخامسة على أن الزواج :"**ميثاق شرعي بين رجل وامرأة غايته إنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج على أساس التكفل بها وتحمل أعباءها بمودة ورحمة**".

إن ما يميز هذه القوانين كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي ، أنها إنها استبعدت ما شاع بين الفقهاء في أن الزوجة محل الاستمتاع وأظهرت ما للزوج من مقاصد سامية في بناء المجتمع ولكن يعاب على هذا التعريف أنها أغفلت عنصر جوهري هو موضوع العقد وآثاره الشرعية.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي حسب كولين و كابيتين فقد نص :" **عقد الزواج هو عقد مدني احتفالي، والذي بواسطته يتحدى الرجل والمرأة من أجل العيش معا ، ومن أجل التعاون والمساعدة تحت إشراف الزوج رئيس العائلة**"[1]، كما نص القانون الحديث بأن " **الزواج يخلق جمعية بين الزوجين اللذان لهما واجبات متبادلة وهدفه الأساسي هو خلق العائلة**".[2]

أما فيما يخص التشريع الجزائري فقد نصت المادة الرابعة منه على أن:" **الزواج عقد رضائي يتم بين الرجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.**"

ما يلحظ على هذا التعريف أن المشرع ذكر طرفي عقد الزواج وهما الرجل والمرأة ، كما نحن على ضرورة احترام الشروط الشرعية ، وذكر الغاية من عقد الزواج ، وبذلك فإن المشرع لم يتعرض إلى موضوع عقد الزواج

---

1 - Dr Ghaouti Benmelleha , élément du droit algérien de la famille , tome premier , le mariage et sa dissolution , Office des publications universitaire , Publisud , Paris , 1985 , P42.

2 - Déjà cité , P 42.

وآثاره القانونية لكنه ذكر الغاية منه ولعل عذر المشرع في هذا الأغفال هو الخشية من الظن بأن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع فعدل عن ذلك إلى ذكر الغاية.[1]

ومنه فإن المشرع عرف الزواج بكل جوانبه و أهدافه مثل الرحمة ، التعاون وإحصان الزوجين بالإضافة إلى المحافظة على الأنساب التي تعتبر كذلك من الأهداف الاجتماعية ، فإذا لم يكن الزواج مبني على هذه الأسس والضوابط فإنه يترتب عليه مفاسد لا تحصى ولا تعد ومن هذه النتائج وجود نسل مشترك شائع الذي يتولد عن الفوضى ومحاولة كل شريك إلقاء العبء على الطرف الثاني ، وتقصير كل منهما اعتمادا على قيام الآخر بواجبه مما يؤدي سلبا إلى الضياع والفساد ، زيادة على إنحلال المجتمع واختلاله وانعدام العاطفة وروح التعاون الأسري.

المطلب الثاني: أهمية الزواج:

إن عقد الزواج منحت له أهمية كبيرة في حياة الأفراد وفي حياة المجتمعات على حد سواء هذا وقد رفعت الشريعة الإسلامية الغراء من شأن هذا العقد سواء بدليل الكتاب (القرآن الكريم) أو في سنة الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم ، كما أن البحوث والتواريخ توصلوا على أنه لا تكاد أي فئة أو مجتمع ما يخلوا من ظاهرة الزواج منذ العصور العابرة إلى الوقت الحالي.

ومن جهة أخرى أن الله تعالى خلق ظاهرة الزواج لحكمة بعد أن خلق الإنسان وخلق له من نفسه زوجا فلو خلق المولى عز وجل العباد دفعة واحدة رغم أنه قادر على ذلك لضاقت بهم الأرض ، ولما تحقق الابتلاء الذي شاءه الله للجنس البشري عن علاقة زوجية والقرابة والمصاهرة....

كما أن السيرة النبوية تناولت هذه الأهمية من كل جوانبها فنجدها عالجت بحكمة كل ما يتعرض هذه العلاقة في الحياة الدنيوية كحث الشباب على الناكح والتناسل والتكاثر كما عالجت حقوق الأطراف وواجباتهم من أجل تحقيق هذه الغاية الشريفة.

المطلب الثالث:حكم الزواج:

إذا كان الله قد خلق النفس وخلق منها زوجها لحكمة له في ذلك من غير المعقول أن يشد البشر عن الفطرة ومن غير الطبيعي للإنسان أن يخلق في هذه الحياة عازبا بإبقاء الدنيا فلا هو في حياته مستقر ولا هو تارك ما يذكر بعد وفاته.

إذن فما هو حكم الزواج حسب آراء فقهاء الشريعة الإسلامية؟ وبما أن المجتمع الجزائري ينتهج المذهب المالكي فإننا سنتطرق إلى آراء فقهاء المالكية.

---

[1]- د . العربي بلحاج ، المرجع السابق ص 31.

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

إن المالكية نجدهم قد منحوا للزواج تلك الأحكام نظرا لحال الزوج حيث أن من بينهم من يكون في حقه واجبا ومنهم من يكون في حقه مباحا، ومنهم من يكون في حقه مكروها، ومنهم من يعتري حكمه الحرمة.[1]

فحكم الوجوب أو الفرضية يكون عند مقدرة الشخص على الإنفاق أولا ثم الخشية على نفسه في الوقوع في معصية ومحرمات الزنا إن لم يتزوج ، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر ، وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء."

أما حكم الحرمة فيكون عند ارتكاب المحرمات بسبب الزواج كأن يظلم به غيره أو يرتكب به فعلا يمقته الشرع فمثلا إذا تزوج شخص ما مع إمرة مع كونه عليلا مريضا ، حرم زواجه إذا كانت المرأة لا تعلم بطبيعة الحال أو إذا علمت ولم ترضى.

ويكون الزواج مكروها إذا كان الزوج يغلب على ضنه أنه مستقبلا سيظلم الزوجة في المعاشرة إن تزوج تيقن في ظلمه للزوجة فإنه يحرم عليه الزواج بها.

وأما حكم الإباحة فيكون لمن لم تكن له رغبة في النساء وهو لا نسل له مع قدرته على الإنفاق من خلال ولم يخشى به انقطاعه عن فعل الطباعات.

وبعد أن تطرقنا إلى تعريف عقد الزواج لا بد أن نتطرق إلى أركان وشروط عقد الزواج، وهذا ما سنحاول دراسته باختصار في المطلب الثاني.

المبحث الثاني: أركان وشروط عقد الزواج وجزاء تخلفها

إن عقد الزواج كعقد شرعي له أركان تقومه و تحقق ماهيته و شروط لابد منها من اجل أن يكون صحيحا وهذا ما جاء في المواد 9 و9 مكرر من قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05-02.

ويترتب على تخلق هذه الأركان و الشروط جزاءات و هذا ما سوف نتطرق إليه في هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول الأركان و الشروط أما المطلب الثاني نتناول فيه جزاء تخلف احد الأركان.

المطلب الأول: الأركان والشروط:

قبل أن نتطرق إلى هذه الأركان والشروط يجب علينا أن نفرق بين الركن والشرط.

فالركن لغة هو الجانب القوي في الشيء لقوله تعالى :"أو أوى إلى ركن شديد"[2].

وأما المعنى الاصطلاحي للركن هو ما يتوقف الشيء على وجوده وكان جزءا من حقيقته، وقيل ركن الشيء ما يتم به وهو داخل فيه بخلاف شرطه فهو خارج عنه.

1- د . محمد محدة : المرجع السابق ص 103.
2- سورة هود ، الآية 40.

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

أما الشرط هو ما يتوقف عليه الشيء الذي جعل شرطا له ولم يكن جزاءا في حقيقته.

أما بالنسبة لقانون الأسرة الحالي وتحت عنوان أركان الزواج نص في المادة 9 على أنه:" **ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين.**" ونصت المادة 9 مكرر " **يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج**".

ومن هذه المواد فإن الرضا يعتبر ركن من أركان عقد الزواج أما العناصر الأخرى المذكورة في المادة 9 مكرر فتعتبر شروط صحة.

1- رضا الزوجين: (الإيجاب والقبول).

إن عقد الزواج لما كان إداريا يقوم على تراضي المتعاقدين ، كان الرضا ركنا من أركانه ، وهذا الرضا يوجد بوجود إرادتين متوافقتين ومتطابقتين متجهتين إلى إحداث أثر شرعي معين وهو حلية استمتاع في الزواج مع تحمل باقي آثار العقد الشرعي ، ومظهر ذلك كله هو الإيجاب والقبول ، وذهب المالكية إلى القول بأن المرأة لو قالت بعد العقد " ما علمت من أن صمتي إذن " بطل العقد لاعتبارهم ذلك عيبا في الرضا.

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

وجاء في المذكرة التوضيحية لمشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية أن" عقد الزواج عقد لا بد فيه من الرضا".

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فنصت المادة **العاشرة** من قانون الأسرة على أن: " **يكون الرضا بإيجاب أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل من يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة**".

ومنه فإن الرضا يكون بالإيجاب والقبول، والإيجاب هو ما صدر من أحد العاقدين أولا دالا على ما يريده من إنشاء العقد، ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجبا.

أما القبول فهو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر دليلا على موافقته على ما أوجبه الأولى ويسمى الشخص الذي صدر منه القبول قابلا.

لقد اتفق الفقهاء على أن العقد ينعقد بكل لفظ مأخوذ من مادتي الزواج والنكاح لأنه لا ينعقد بألفاظ الإباحة والإحلال والإبداع والإعارة و الرهن لأنها لا تفيد الأبدية، والزواج من العقود الأبدية لأنه يفيد ملك المتعة للزوج.

وأيضا لا ينعقد بلفظ الوصية لأنها وإن أفادت التمليك إلا أنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، والزواج يفيد التمليك في الحال ، وكذلك لفظ الإيجارة لأنها وإن أفادت ملك المنفعة في الحال إلا أنها ملكية مؤقتة والزواج شرع على الدوام والتأبيد ، فصيغة الزواج يجب أن لا تكون دالة على التأقيت ، وألا يقترن بها ما يدل على هذا

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

التأقيت صراحة ، لأن مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها. وذهب الإمام أبو زهرة إلى القول:" ولا ينعقد عقد الزواج إلى بالألفاظ الدالة عليه سواء كانت لغوية في دلالتها عليه أم كانت مجازا مشهورا وصل إلى درجة الحقيقة اللغوية أم كانت مجازا وضعت فيه القرينة واستبان المعنى حتى صار الكلام صريحا في إدارة الزواج."[1]

ونجد أن المادة العاشرة من قانون الأسرة أكدت ذلك بحيث جعلته بكل لفظ يفيد المعنى النكاح شرعا.

والحنفية صححوا استعمال الألفاظ غير صحيحة مع القرينة الدالة على أن المتكلم أراد بها الزواج ، أما المالكية فقد أجازوا الترويج بلفظ الهبة والتمليك إذ ذكر معها الصداق ليكون قرينة على إرادة الزواج من هذه الألفاظ كأن يقول طالب الزواج " هب لي ابنتك بمهر كذا" ويقول الآخر " قبلت".[2]

إذا انعقد الزواج بغير كلام، فقد ميز الفقه بين حالتين، فإذا كان العاقدان حاضرين معا في مجلس العقد وكانا قادرين على النطق، فلا يصح الزواج بينهما بالكتابة، لأن اللفظ هو الأصل في التعبير. أما إذا كان العاقدين غائبين، فقد ذهب جمهور العلماء من المالكية و الشافعية والحنابلة إلى المنع من إجراء عقد الزواج بالكتابة بين غائبين أما الحنفية فقد أجازوا ذلك.

أما المشرع الجزائري فقد ذهب من خلال نص المادة العاشرة من قانون الأسرة إلى ما ذهب إليه المانعون من انعقاد الزواج بالكتابة.

وتجدر الإشارة إلى أن الزواج لا ينعقد بواسطة الهاتف ، وأيضا الشهادة لا يعتد بها إذا لم تكن على كامل العقد ، وأما عند من لم يشرط الشهادة فيمكن أن يقال أنه ينعقد متى تأكد كل من الطرفين من شخص آخر ومن وضوح عبارته ، والتأكد من ذلك عسير لاشتباه الأصوات وإمكانية تقليدها.[3]

أما عن انعقاد الزواج بالأفعال فقد اتفق الفقهاء على أن الزواج لا ينعقد بالأفعال ، كأن تقول امرأة لرجل زوجتك نفسي بمئة دينار ، فيدفعها إليها من غير أن يتكلم حتى ولو كان أمام شهود فليس في هذه الصورة إلا الإيجاب والزواج لا يتحقق بالإيجاب وحده.[4]

يجب أن لا يعلق عقد الزواج على شرط يحتمل أن يتحقق أولا يتحقق وصيغته غير مضافة لأجل في المستقبل أما إذا كان هذا الشرط يتماشى مع مقتضيات العقد فهنا يجوز هذا الشرط وهو ما أشارت إليه المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري ، أما إذا كان الشرط مخالفا لقانون الأسرة ولأحكام الشريعة الإسلامية وغير متفق مع مقتضيات العقد ، فالشرط هنا باطل والعقد يبقى صحيحا ، وهو ما ذهبت إليه المادة 35 من قانون الأسرة الجزائري ، وقال الرسول صلى الله عليه وسلم :" المسلمون على شروطهم إلى شرطا أحل حراما أو حرم حلالا" أما بالنسبة للشروط التي يجب أن تتحقق في ركن الرضى فهي كالآتي :

---

[1]- الغوثي بن ملحة ، محاضرات قانون الأسرة بالمعهد الوطني للقضاء،2002.

[2]- د العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص67.

3- محمد مصطفى شبلي، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، لبنان ، 1977 ، ص70.

4- محمد مصطفى شبلي ، المرجع السابق ،ص 69.

1- أن لا يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية أو ناقصها.

2- أن يكون الإيجاب حازما.

3- أن يكون الإيجاب كاملا.

4- أن لا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول

إذن لانعقاد الزواج لا بد من إرادة واعية وجدية ، كما أن أساس الزواج هو الرضى والاختيار.

2- الولي:

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.

ويشترط الإسلام فيمن يتولى عقد الزواج أن تكون له حق الولاية والقدرة على إنشاءه ، وقد أجمع الفقهاء على أن المرء ما دام 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 ، وسواءا تزوج بمن تساويه منزلة أو لا تساويه. وللولاية معنيين : معنى لغوي ، ومعنى اصطلاحي.

الولاية لغة: بكسر الواو ، هي المحبة والنصرة.[1]

الولاية في الاصطلاح الشرعي هي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونهم أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد ويقصد بالغير هنا القاصر والمجنون ، والبالغة في ولاية اختيار.[2]

والولاية قسمها الفقهاء إلى ثلاث أقسام هي : الولاية على النفس ، الولاية على المال والولاية على النفس و المال معا ، وما يهمنا هي الولاية على النفس والتي قسمها الفقهاء إلى قسمين:

✓ **ولاية الإجبار:** فهي ولاية الأب أو الجد على الفتاة البكر والصغير والمجنون ، فيما يستبعد الولي بإنشاء العقد على المولى عليها ولا يشاركه أحد لعدم توفر في المولى عليها شرط العقل والبلوغ وأهلية 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 عن الخروج عن التقاليد والأعراف.[4]

1- د . بلحاج العربي ، مرجع سابق ،ص 118.
2- عبد العزيز سعد، مرجع سابق ، ص120.
3- د. بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص119.
4 - د.بلحاج العربي ، نفس المرجع ،ص 119.

أما بالنسبة لدليل شرعية الولاية وحكمها ، فهناك خلاف ظاهر بين أراء الأمة ، فالإمام مالك والشافعي وأحمد متفقون على أن المرأة البالغة مهما تكن درجتها من الرشد فليس لها أن تنفرد بأمر زواجها بل لوليها سلطان ، وأن النساء لا يتولين إنشاء العقد ، بل لا بد من إذن الولي وإشراكه في الاختيار، ودليلهم قوله تعالى:" فلا تعضلوهم أن ينكحن أزواجهن" وقوله صلى الله عليه وسلم:" لا نكاح إلا بولي"، وقوله أيضا :" أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل ، باطل ، باطل وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها."[1]

أما بالنسبة للإمام أبو حنيفة فقد خالف سائر الفقهاء وقال :" أن للمرأة الحق في أن تنفرد باختيار الزوج من غير إشراك وليها ، ولها أن تنشأ عقد زواجها بعباراتها ، ولكن يستحسن أن يتولى ذلك وليها وأن يكون راضيا بحالة الزوج" وقد استدل بقول الرسول صلى الله عليه وسلم :"الأيم أحق بنفسها من وليها" ، وقد اعتبر الإمام أبو زهرة الولاية شرطا للنفاذ وليس شرط صحة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتبر الولاية في عقد الزواج شرطا من شروط الانعقاد حسب المادتين 09 مكرر و11 من قانون الأسرة وعليه لا يمكن للمرأة أن تزوج نفسها والذي يزوجها هو وليها بتفويض منها ، ثم أتى في النصوص الموالية ليقلل من دور الولي فرتب على تخلفه في الزواج استمراره إذا حصل الدخول حسب المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري ، فالمشرع جعل الولي شرطا ورتب على تخلفه ما يترتب على تخلف الشرط.

والولاية تقتصر على الأشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط التالية:

أ- الأهلية.

ب- الذكورة.

ت- الإسلام.

ث- العدل.

3- الصداق:

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 نستغرق في تحليل هذه الأبحاث فإننا سنكتفي بالحديث عن الصداق من جوانب قليلة تهم موضوع بحثنا ومعتمدين أساسا على أحكام قانون الأسرة.

والصداق لغة اسم مصدر لأصدق وهو بفتح الصاد مهر المرأة ، وكذا الصداقة وهو يجمع على صدقات.

1 - د.وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء السابع ، دار الفكر ، 1996 ، ص82

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

الصداق اصطلاحا عرفه المالكية أنه ما يجعل للزوجة نظير الاستمتاع بها ، وعرفه الشافعية أنه ما وجب بنكاح أو وطء ، وعرفه الحنابلة بأنه العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراض 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.

والصداق قانونا عرفته المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري :" **ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء**".

والحكمة من الصداق هو رمز لإكرام المرأة وعربون على إظهار الرغبة في الزواج بها ، والبناء خلال زمن لاحق ، وليس ثمنا يقدمه الزوج مقابل الزوجة أو مقابل رضاها بزواجه.[1]

أما بالنسبة لطبيعة الصداق وشرعيته فقد ذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى أن المهر أثر من آثار عقد الزواج ، وليس ركنا من أركانه ولا شرطا من شروط صحة العقد.[2] واستدلوا على قوله تعالى:" لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة"، ويذهب رأي من المالكية إلى أن الصداق ركن من أركان العقد واستدلوا بقوله تعالى:"وآتوا النساء صدقاتهن نحلة"، أي لا يصح اشتراط إسقاطه ومنه لا يصح عقد الزواج عند النص على نفي الصداق.

أما بالنسبة لمقدار الصداق فلقد اختلف الفقهاء في تحديد المقدار الأدنى للمهر لعدم ورود نص في القرآن أو السنة ، واتفق الأئمة إلى أنه كل ما صلح عليه اسم المال جاز أن يكون مهرا لقوله تعالى:"وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين" وقوله صلى الله عليه وسلم:"التمس ولو خاتما من حديد" وعلى هذا فلم يذهب المشرع الجزائري مذهب تحديد مقدار المهر الأعلى والأدنى ، وإنما اكتفى بذكره واكتفى بإباحة الاتفاق على أي شيء له قيمة مالية وهذا ما جاء في المادة 14 من قانون الأسرة ، والصداق نوعين : الصداق المسمى والصداق المثل.

فالصداق المسمى هو المتفق عليه والمعين أثناء انعقاد العقد الصحيح.

أما الصداق المثل هو الصداق من يماثل الزوجة من أسرة أبيها مع مراعاة تساوي المرأتين وقت العقد من حيث السن والجمال والثقافة والبكارة والثيوبة.[3]

أما بالنسبة لاستحقاق الصداق فيكون كالآتي:

أ- تستحق الزوجة الصداق كاملا إذا كان عقد الزواج صحيحا.

1- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص133.
2- د. بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص101.
3- أحمد محمود خليل : عقد الزواج العرفي ، أركانه وشروطه وأحكامه ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2002 ، ص33.

ب- تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى عند قيام عقد زواج صحيح ووقوع الطلاق قبل الدخول حسب المادة 16 من قانون الأسرة ولقوله تعالى:"وإن طلقتموهن قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهم فريضة فنصف ما فرضتم"[1].

ت- يجب صداق المثل إذا لم تقع تسمية صداق مطلقا أو سمي تسمية فاسدة وحصل الدخول حسب المادة 33 من قانون الأسرة.

ث- يسقط كل المهر إذا وقع عقد الزواج فاسدا يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه حسب المادة 33 من قانون الأسرة ، أما بالنسبة لحالة النزاع حول الصداق فهنا نفرق بين حالتين:

أولا: حالة قبل الدخول: فحسب المادة 17 من قانون الأسرة فإنه في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان ذلك قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين.

ثانيا: بعد الدخول: إذا كان النزع بعد الدخول فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين وهذا حسب المادة 17 من قانون الأسرة وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1991/06/18 لما نقضت قرار جهة الاستئناف جزئيا لما " **تبث أن قضاة الموضوع الذين منحوا المسوغ باعتباره صداق للزوجة دون القيام بما هو واجب شرعا في هذه المسألة خالفوا القانون فالنزاع فيه كان بعد الدخول ، فالقول للزوج مع يمينه.**"[2]

4- الشاهدين:

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

وللشاهدة عدة حكم منها إخراج النكاح من السرية وصيانة الأنكحة من الجحود وإثبات النسب. أما بالنسبة لحكم الإشهاد فقد اختلف الفقهاء في الشهود وتأثيرهم على وجود العقد أو عدمه ، فقال مالك أن وجودهما ضروري لنفاذ العقد وترتيب آثاره لقوله صلى الله عليه وسلم:"أعلنوا النكاح ولو بالدف".

أما الحنفية فقالوا أن الشهادة لإعلان العقد فيتحقق ذيوع الخبر بمجرد حضور الشاهدين ، وهذا الخلاف على ما يبدوا أنه السبب في قوله عليه السلام "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" ولقد اعتبر المشرع الجزائري الشهادة في المادة 09 مكرر شرطا من شروط عقد الزواج، ولكي تصح الشهادة لا بد من توفر الشروط وهي كالآتي:

1- سورة البقرة ، الآية 237.
2- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1991/06/18 ، المجلة القضائية ، 1992 ، العدد04 ، ص69.
3- د. محمد محدة ، المرجع السابق ، ص284.

أ– التعدد: لقد اتفق الحنابلة والشافعية والمالكية على اشتراط شاهدين من الذكور ، أما الحنفية فقالوا بعدم اشتراط الذكورة فيصح بشهادة رجل وامرأتين ولكن لا يصح بإمرأتان وحدهما بل لا بد من وجود رجل معهما وتصح بشهادة رجلين ، وبالرجوع إلى المادة 09 مكرر نجدها تنص على وجود شاهدين.

ب– أن يكون الشاهد مكلفا: أي بالغا وراشدا ويتأهل بلوغه 19 سنة.

ت– الإسلام: لا تصح شهادة الكافر.

ث– العدالة: وهي الاستقامة وإتباع تعاليم الدين.

5- انعدام الموانع الشرعية:

لقد أوردتها المادة 30 من قانون الأسرة ، إن من شروط انعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محلا للعقد أي لا يكون بين الزوجين من موانع الزواج. ولقد أورد المشرع في باب موانع الزواج في قانون الأسرة من المادة 23 إلى 30 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 ثلاث أسباب رئيسية وهي : القرابة ،المصاهرة و الرضاعة.

1- **المحرمات بالقرابة:** الأمهات ، البنات ، الأخوات ، العمات ، الخالات ، بنات الأخ ، بنات الأخت، طبقا للمادة 25 من قانون الأسرة.

2- **المحرمات بالمصاهرة:** أصول الزوجة بمجرد العقد عليها وفروعها إن حصل الدخول بها وأرامل أو مطلقات أصول الزوج إن علوا وأرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا (المادة 24 من قانون الأسرة).

كما نصت المادة 27من قانون الأسرة 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.

- ✓ المطلقة ثلاث.
- ✓ المحصنة.
- ✓ المرأة التي تزيد عن العدد المرخص به شرعا.
- ✓ المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة.
- ✓ أخت الزوجة.

و بعد أن تطرقنا إلى أركان و شروط عقد الزواج سوف ننتقل إلى جزاء تخلف هده الأركان و الشروط في المطلب الثالث.

المطلب الثالث:جزاء تخلف أحد الأركان

لقد رتب على تخلف أركان وشروط عقد الزواج كلية أو بعضها أما وصف البطلان وإما وصف الفساد ، متأثرا بأحكام التشريع الإسلامي فاستعمل مصطلحي الباطل والفاسد وهو ما جاء في الفصل الثالث من الباب الأول للكتاب الأول في قانون الأسرة الجزائري.

1- الزواج الفاسد وآثاره:

أ- **تعريفه وحالاته:** إن عقد الزواج الفاسد هو كل عقد وجد فيه الإيجاب والقبول ولكنه فقد شرطا من شروطه الأساسية الواردة في المادة 09 مكرر كأن يكون العقد بدون ولي أو بغير شهود أو بدون تسمية صداق ، فالزواج الفاسد هو الذي يختل فيه شرط من شروط الصحة. إن الزواج الفاسد ينتهي بالفسخ أو الإبطال وهو ما قصده المشرع في المواد 32 ، 33، 34 من قانون الأسرة ، وعليه فإن الفسخ يترتب في الحالات التالية:

1- إذا كان الزواج فاقدا لركن أو شرط واحد من الشروط كما لو تم بدون ولي أو شاهدين أو صداق.

2- إذا أشتمل الزواج على مانع شرعي أو قانوني سواء كان المانع مؤبدا أو مؤقتا فإنه يفسخ قبل الدخول أو بعده.

3- اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضياته غير أن المشرع صححه بالدخول ، حيث قرر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا.

4- ردة الزوج: فإذا تبث ردة الزوج بعد أن انعقد العقد صحيحا وكانت هذه الردة قبل الدخول فسد عقد الزواج وفسخ في الحال طبقا لما قررته المادة 32 من قانون الأسرة وذلك لأن زواج الكافر بالمسلمة غير جائز شرعا وقانونا.

ب- **آثار 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 صداق. أما إذا تبين بعد الدخول فالقانون إما يصححه للاستمرار فيه إذا اختل ركن واحد من أركان العقد أو اشتمل على شرط ينافي مقصود العقد حماية للأسرة والمجتمع. وإما يبطله بطلانا مطلقا إذا اختل أكثر من ركن واحد في العقد. إن زواج 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 لأبيه إذا ما جاءت به أمه في مدة الحمل أقلها ستة أشهر من تاريخ الدخول وأكثرها عشرة أشهر من تاريخ التفريق أو الانفصال.

3- وجوب العدة لمعرفة براءة الرحم من الحمل.

4- استحقاق الزوجة نفقة العدة إذا كانت تجهل سبب فساد النكاح.

5- اعتبار العقد الفاسد شبهة بعد الدخول بالزوجة فلا يطبق حد الزنا.

2- الزواج الباطل وآثاره:

أ- **تعريفه وحالاته:** إن عقد الزواج الباطل هو كل عقد فقد ركنا من أركانه الأساسية أو الذي اختل فيه ركن من الأركان التي اعتبرها 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 الآتية:

1- فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي والمتعلق برضى الزوجين وهو ما يقصده المشرع في المادة 32 التي تقضي أنه:" يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

2- فقدان عقد الزواج لأكثر من ركن من الأركان التي اعتبرها القانون من شروط الصحة وهو ما تنص عليه المادة 33 بقولها :" ويبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

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.

ب- **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 فوضيل سعد لا يرتب إلى أحكاما عرضية بوصفه واقعة مادية تستوجب التنظيم في نظر الإسلام بخلاف العقد الفاسد الذي يكون غير مستوفي لشروط النكاح الشرعي. وعليه فإنه من الآثار المترتبة عليه نجد:

1- لا توارث بين الزوجين.

2- ثبوت النسب رعاية لحقوق الطفل.

3- لا يترتب على العقد الباطل الصداق للزوجة كما أنه لا ينشأ للزوج على زوجته أي حق ولا للزوجة على زوجها.

4- إذا كان البطلان واضحا قبل الدخول وتبث العلم بالتحرير وتم الدخول عد بمنزلة الزنا.

الفصل الثاني: الشكلية في عقد الزواج

- إن عقد الزواج عقد رضائي تثبت صحته شرعا بمجرد توافر أركانه الأساسية و التي هي التراضي و الصداق و الولي و الشاهد، كما سبق آنفا شرحه، بالإضافة إلى شرط خلو المرأة من الموانع الشرعية بحيث تحل لتكون محلا لعقد زواج و ذلك دون الحاجة إلى أي نوع من الإجراءات و الشكليات، أو أن يكون إبرامه أمام هيئة رسمية مؤهلة قانونا أو إمام أو قاض أو موثق. إلا أن تطور المجتمعات و جنوح جل التشريعات إلى فرض **الكتابة** في بعض التصرفات، و الرسمية في تصرفات أخرى حيث لم يسلم عقد زواج من هذا الإجراء إذ أننا نجد أن معظم التشريعات الحديثة الآن سواءا كانت الإسلامية أو غيرها استوجبت و فرضت شكلية الكتابة لإثبات العقد.

- على الرغم من ذلك فإنه لا تزال البعض من المجتمعات العربية تبرم عقد زواجها عن طريق **الفاتحة**، هذا الإجراء و إن كان عقد الزواج العرفي تتوافر فيه جميع الأركان الشرعية للزواج المذكورة أعلاه زيادة على الإعلان المطلوب، و ذلك بعد دعوة الأهل و الأقارب و الجيران و إقامة الولائم للزفاف استئذانا بدخول الزوج على زوجته، إلا أنه لا يعقد بها في إثبات عقد القران و لكن إلا بعد إتباع إجراءات قضائية كما سيلي لاحقا.

المبحث الأول: الفقه

المطلب الأول الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية تبني أحكامها على مبادئ الأمان و الائتمان فلا يحتاج التعامل في ظلها إلى إجراءات كالتوثيق و الترسيم، إلا أنه بالرغم من هذا المبدأ الذي ساد جل التعاملات ما بين المسلمين نجد القرآن الكريم يحث على كتابة الدين لقوله تعالى :" يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه" الآية 282 من سورة البقرة.

إن هذه الشكلية لم تشمل عقد القران لأن الشريعة الإسلامية الغراء لم تشترط أي نوع من الشكلية لانعقاده بل تشترط إبرامه أمام قاضي أو إمام، بل يكون هناك إيجاب و قبول شفاهة بين طرفي العقد أو من يمثلهما مع تقديم الصداق آجلا أو عاجلا و وجود الولي، وهذا عكس التصرفات الأخرى التي تكون فيها الشهادة للإثبات في حال نشوب أي نزاع؛ و عليه فإن عقد الزواج تكون الشهادة ركن من أركانه لا يمكن قيامه صحيحا بدونها و ذلك حفاظ على الاستقرار للأسرة وحمايتها من المتاعب و الإنكار ، و ما يمكن أن يسببه من الآثار بالإنكار في لإثبات النسب ضياع للحقوق لأحد الأطراف أو الأبناء.

المطلب الثاني الشيخ الإسلام ابن تميمة

و في هذا المضمار جدر القول م قاله شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله و أسكنه فسيح جنانه– :" لا يفتقر تزويج المرأة من وليها إلى حاكم باتفاق العلماء، و كان النكاح بحضرة شاهدين من المسلمين صح النكاح و إن لم يكن هناك أحد من الأئمة."هذه الرضائية التي يتسم بها عقد الزواج في الشريعة الإسلامية لم تمنع من ظهور الكتابة في هذا العقد في عهد الصحابة رضوان الله عليهم و إن لم تكن للانعقاد أو الإثبات و إنما كانت لإثبات مؤخر الصداق الذي يعتبر دينا على عاتق الزوج* . لكن هذا لا يمنع من استعمال هذه الشكلية **الكتابة** كدليل على وجود عقد الزواج و عدم إمكانية إنكاره.

لكن مع تطور الحياة الاجتماعية سواء في الدول الإسلامية أو غيرها من دول العالم و تشابكها و ظهور لزومية الكتابة في العديد من المعاملات لا سيما عقد الزواج، و هذا ما ذهبت إليه جل تشريعات البلدان الإسلامية في العصر الحديث.

المبحث الثاني رأي القانون المقارن

المطلب الأول القانون الأردني و اللبناني و المصري

إن أغلب دول العالم بمضي السنوات نجدها قد فرضت حفاظا منها على بناء الأسرة و ديمومتها و استقرارها إجراء الشكلية في يعقد الزواج مثل القانون الأردني، و قد سلط عقوبة جنائية على كل من يعقد زواجا عرفيا و ذلك بنصه في الفقرة "ج" من المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية: " **إذا جرى الزواج دون وثيقة رسمية فيعاقب كل من العاقد و الزوجين و الشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات و بغرامة لا تزيد عن 10 دينار**"، و عن العقوبة فهي السجن لمدة تتراوح بين شهر و ستة أشهر. و هذا النظام و إن كان القصد منه الردع لكل من تسول له نفسه الإقدام على الزواج العرفي، لكن هذا الجزاء إن كان رادعا للأطراف فإن له نتائج عكسية تترتب على الأولاد الناتجين عن هذه العلاقة، كذلك أن الخاسر الأكبر هو الزوجة التي غرر بها (الزوج) فارتبطت معه بزواج عرفي لا يستطيعان لإثباته خوفا من الوقوع تحت طائلة العقاب.

أما القانون اللبناني أو ما يسمونه بقانون حقوق العائلة الذي يتضمن أحكاما موضوعية و أخرى شكلية مثلا نص المادة 33 منه التي تقرر وجوب إعلان عقد الزواج ثم إجرائه فيما بعد و المقصود بالإعلان هو إتمام كل

الإجراءات الإدارية. الشبه الملاحظ أنه هذا النظام و هو نظام شكلي نظامه المتعلق بتوثيق العقد و هو يسري على جميع عقود الزواج سواء كانت بالنسبة للمسلمين أو غيرهم من الديانات الأخرى.

و عن القانون المصري كان فيما مضى لا يقبل أية دعوة متعلقة بالعلاقة الزوجية إلا بوثيقة رسمية صادرة عن إدارة الدولة قانون رقم 78 لسنة 1931 .

المطلب الثاني القانون الفرنسي

إضافة إلى الشروط الموضوعية التي يفرضها لإنقاذ الزواج عموما المتمثلة في الكفاءة الجسدية بالإختلاف الجنس (ذكر و أنثى)، و خلو الجسد من بعض الأمراض المعدية عن طريق تقديم شهادة طبية تثبت ذلك، و بلوغ السن القانوني 15 سنة للمرأة و 18 سنة للرجل، مع إمكانية القاضي بالترخيص لأقل سنا، و التعبير عن الإرادة الحرة و عدم الارتباط بزواج آخر.

وعند توافر كل هذه الشروط يمكن للطرفين إبرام عقد الزواج بشروط شكلية متمثلة فيما يلي:

- قبل إبرامه لابد من شهره.

- إبرام العقد حسب الشكل يكون في دار البلدية.

- إبرام العقد يحرره ضابط الحالة المدنية مع إعطائهم دفتر عائلي تمثيلا للتسجيل و كوسيلة لإثبات لهذه العلاقة الزوجية.

المبحث الثالث رأي المشرع الجزائري.

المطلب الأول 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**

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

بالزواج و التفريق و الطلاق الرضائي فإنها ستنظم وتسجل في سجلات الحالة المدنية بناءا على تصريح يقدمه الزوج إلى رئيس البلدية أو المحاكم العسكرية ".

كما رتب هذا القانون على كل مخالفة لأحكام هذه المادة عقوبة بدنية تتراوح ما بين 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.

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 .

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** " [1].

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

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

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

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

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

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 الإطلاع على الشهادة و الدفتر العائلي، وأضافت المادة السادسة من نفس الأمر أن إنحلال الزواج لا يكون إلا بقرار من 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 انعقاد الزواج و بالدفتر العائلي ، وأن انحلاله يكون بقرار من القضاء ، ومنه فلا يمكن الاحتجاج بخلاف ذلك .

المطلب الثاني بعد الاستقلال

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 .

---

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

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

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 الابتدائية 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] .

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

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

بحيث نص في المادة الخامسة منه :" **لا يجوز لأحد أن يدعي بأنه زوج و أن يطالب بما يترتب على ذلك من آثار ، ما لم 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 .

1- عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر ، الطبعة الثانية ، دار هومه ، الجزائر ، ص 26 –27 .
2 - عبد الله شناح ، المرجع السابق ، ص 06 .

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

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 .

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 اعتبار زواجهما باطلا أو قابلا لإبطال حسب الأحوال ، أو اعتباره 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 استثناء لما نصت عليه المادة الخامسة من القانون 63-224 .

بحيث نص في المادة الأولى منه على: " استثناء لما نصت عليه المادة الخامسة من القانون المذكور أعلاه، ودون المساس بما 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 الاستظهار بحكم صادر عن رئيس المحكمة .

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

---

[1] - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 29 .
[2] - المرجع السابق ، ص 30

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

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 إختصاصها ، طلبا يرمي إلى جعل هذا القران معترفا به قضائيا ، وكذلك التاريخ الذي انعقد فيه** ".

ونفس الأمر نص على أنه إذا تعلق الأمر بقران بين الجزائريين أو بين الجزائريين و أجنبيات ليس لهم مسكن قار في الجزائر ، فإن الإختصاص بشأن الحكم بإثبات الزواج يعود إلى رئيس محكمة مدينة الجزائر ، وعلى المعني المقيم في بلد أجنبي إيداع طلبه لدى البعثات الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية التي يوجد المسكن في دائرة إختصاصها ، وفي هذه الحالة يقوم الأعوان الدبلوماسيين أو القنصوليين بإجراء تحقيق حول واقعة الزواج ، وإرسال الطلب مشفوعا برأيهم في خلال الشهر الموالي من 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 .

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

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

هذا الأمر عالج جميع عقود الحالة المدنية بشكل شامل ومنها عقود الزواج التي تمت عرفيا و التي سماها " **بالعقود المغفلة** " ونص عليها في القسم الأول من الفصل الثاني تحت عنوان تعويض العقود المغفلة أو المتلفة [1].

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

ومنه فإن عقد الزواج العرفي هو عقد مغفل لم 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 .

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]- بداوي علي ، المرجع السابق ، ص 34 .

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.

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 .

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 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 .

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

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 .

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 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 .وبذلك سنحاول التطرق إلى وسائل إثبات الزواج العرفي.

الفصل الثالث: وسائل إثبات الزواج العرفي و الآثار المترتبة عليه.

إذا كان الزواج قد انعقد بطريقة رسمية مستوفيا بذلك إجراءات الشكلية من حيث تسجيله فإنه بهذه الطريقة لا يطرح أي إشكال من إثباته إذا ما قد تم بواسطة مستخرج من سجل الحالة المدنية لكن يطرح الإشكال إذا ما تم عقد الزواج عرفيا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية فكيف يثبت هذا الزواج ؟ وهو ما سنتطرق إليه من خلال 3 مطالب التي تعالج كيفية إثبات عقد الزواج العرفي.

المبحث الأول: كيفية إثبات الزواج العرفي.

إذا كانت ضرورة تسجيل عقد الزواج قد فرضتها المشاكل المتعددة الناتجة عن الزواج العرفي ، فإن الزواج في الحالات العادية يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية و هذا ما نصت عليه **المادة 22 من قانون الأسرة** أنه "يثبت الزواج إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون " ويتم تسجيله بالحالة المدنية بحيث من هذه المادة فإن الزواج يثبت في الحالات العادية بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، لكن الإشكال الذي يطرح هو انعقاد الزواج بطريقة عرفية بمجرد توفر الأركان المتطلبة شرعا ودون تسجيله في السجلات المعدة لذلك فكيف يتم إثباته ؟

باعتبار أن عقد الزواج يعد من أخطر العقود التي يبرمها الإنسان في حياته ومن أهم التصرفات ، ذات الشأن الأعظم لم يشمل عليه من تكاليف و التزامات و ما ينتج عنه من أثار لذا فقد خصته الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري بقواعد تنظمه ، لذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى قواعد تنظم عقد الزواج العرفي من حيث إثباته و ذلك من خلال زاويتين زاوية الشريعة الإسلامية و كيف نظرت إلى إثبات واقعة الزواج العرفي إذا ما أنكرها أحد الطرفين ثم نهج العدالة في هذا المضمار.

إن الشريعة الإسلامية تعتمد في إثبات الزواج على واحدة من الطرق التالية وهي الإقرار و البينة و النكول عن اليمين (أي الامتناع عنه).

فإن إدعى أحد الزوجين أو أمر يتعلق به كالمهر ، فالنفقة مثلا فإذا أقر الطرف الآخر ثبت لأن الإقرار حجة على المقر فإن المقر يطلب من المدعى البينة فإن أتى شهود يشهدون على دعواه ثبت العقد ، فإن حلفها اعتبرت الدعوى مرفوضة لكن يصح تجديدها إذا وجه المدعى شهودا يشهدون له ، أما إذا امتنع المنكل عن اليمين قضي بثبوت الزواج لأن لان النكول إقرار.

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

لكن اتجاه محاكمنا ومجالسنا القضائية بما في ذلك اتجاه المحكمة العليا لم يتبع هذا التدرج بل جعله سيد الأدلة في إثبات وجود واقعة الزواج العرفي هي البينة؟(شهادة الشهود) سواء كانت شهادة عيان أو شهادة سماع ، سنرى فيما يلي كل دليل من الأدلة السابقة في مطلب مستقل واتجاه كل من الشريعة الإسلامية والقضاء الجزائري.

المطلب الأول: الإقرار.

الإقرار بوجه عام هو واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني مفادها اعتراف شخص بحق عليه لآخر ، سواء قصد ترتيب هذا الحق أو لم يقصد.[1]

أما الإقرار حسب المادة 341 من القانون المدني الجزائري ، الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليها وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة.

أما الإقرار حسب الإمام أبو زهرة حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى من يتعدى إليه الحكم بالبنية بل لا بد من إثبات آخر.

ينقسم الإقرار حسب القواعد العامة للاثبات إلى قسمين: إقرار غير قضائي وإقرار قضائي.

01- الإقرار الغير القضائي: هو ذلك الإقرار الذي تم خارج مجلس القضاء كأن يقر فلان أن فلانة زوجته خارج مجلس القضاء سواء كان ذلك كتابة أو شفاهة وسلطة التقدير يمثل هذا الإقرار موكله للقاضي يقدرها وفقا لظروف الدعوى و ملابساتها ويظهر مثل هذا النوع من الإقرار في الزواج العرفي عند تحرير الموثق لما يسمى بناءا على طلب أحد الزوجين أو الأبناء أو الآباء أو له مصلحة.

02- الإقرار القضائي: فهو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه كأن يقف الزوج أمام القاضي ويقر بقيام علاقة زوجية بينه وبين المدعى عليها ، فما حجية هذا الإقرار وما مدى قوته في إثبات الزواج العرفي؟

[1]- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، المجلد الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982 ص 410.

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

حجية الإقرار:

سنعالج هذه الحجية من الناحية الفقهية, من الناحية القانونية فمن الناحية الفقهية فإن جمهور الفقهاء اعتبره حجة قاصرة على المقر وحده ولا تتعداه إلى غيره ، إلا أنهم اعتبروه وسيلة كافية في حد ذاته لإثبات الزواج إذا ما أقر به أحد الطرفين فيقول الإمام أبو زهرة: إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج بأن ادعى الرجل وجوده ، فنسأل المرأة فإن أقرت قضي الزواج وثبت بتصادقهما وإن أنكر عجز عن البينة و وجهت اليمين إلى المرأة على رأي الصحابين.[1]

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

وفي حين نجد أن المشرع الجزائري قد نص صراحة في المادة **342 من القانون المدني** على أن الإقرار حجية قاطعة على المقر و أن معنى ذلك أن الواقعة التي أقر بها الحكم تصبح في غير حاجة إلى الإثبات لكن على من تقتصر هذه الحجية؟.

إن الإقرار هو الحجة على المقر والخلف العام ولا تتعداه إلى غيرها فإذا كان الإقرار تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر ويتعدى إلى ورثته بصفتهم خلقا عاما له فإن الإقرار بواقعة الزواج يكون صحيحا ، ملزما لكل من الزوج والزوجة وورثتهما ، حتى يقيموا الدليل على عدم صحته ، فلا يتعداهم إلى الغير.

لذلك فإن محاكمنا ومجالسنا القضائية لا تعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاته تطلب الإعلان والإشهار ، و علم الناس به لغلق منافذ الظن والخوض في الأعراض و التقول على المتزوجين عرفا ورميهم بالزنا من طرف الناس الذين لم يصل إلى علمهم زواج هؤلاء كون الإقرار لا يتعداهم .

فالطرفين وهما يلجأ إلى القضاء لإثبات الزواج هدفها في ذلك هو إعلانه وإشهاره للكافة والإقرار غير كافي ليؤدي هذه المهمة ، فهو ما أخذت به محكمة الجلفة في حكم لها صادر بتاريخ 1997/12/06 رقم 97/602 وأهم ما جاء في وقائع القضية كون المدعي متزوج عرفيا بالمدعى عليهما وقد أقر الطرفان بواقعة الزواج العرفي التي تمت سنة 1995 ، وإلتمس كل منهما من المحكمة الحكم بتسجيل عقد الزواج في مصالح الحالة

[1]- أنظر الإمام أبو زهرة : الأحوال الشخصية ، ص17.
[2]- أنظر الإمام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص48.

المدنية وقد كان تسبيب الحكم ومنطوقه كالتالي :".... حيث أن المحكمة أجلت القضية لعدة جلسات من أجل إحضار الشهود، تحقيق على واقعة الزواج العرفي المبرم بين المدعي والمدعى عليها لم تحضر."

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

وعليه قضت المحكمة برفض الدعوى لعدم التأسيس (ملحق رقم 07) من خلال هذا الحكم وغيره من الأحكام نستنتج عدم أخذ القضاء بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاته لإثبات الزواج العرفي ، لهذا سنتطرق إلى الوسيلة الثانية التي تراها المحاكم والمجالس القضائية ، أكثر أهمية ، وأنجع من حيث قوة الإثبات وهي البينة أو ما يسمى شهادة الشهود.

المطلب الثاني: الشهادة (البينة).

للبينة معنيان ، معنى عام هو دليل أيا كان كتابه أو شهادة أو قرائن فإذا قلنا البينة على من ادعى هو اليمين على من أنكر.

أما المعنى الخاص ، فهي شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة ، وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الطالب وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة فانصرف لفظ "البينة" إلى الشهادة دون غيرها.

أنواعها:

1- **الشهادة المباشرة:** الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة ، فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه ، فالذي يميز الشهادة إذن هو من شهد على وقائع أو سمعها بأذنه فجاء إلى مجلس القضاء ليشهد بما سمع ، وإما لأنه رأى وسمع.

2- **الشهادة بالتسامع:** هي شهادة بما يتسامعه الناس وعلى عكس الشهادة السماعية التي يمكن تحري مصدر الصدق فيها ، وتحميل صاحبها مسؤولية الشخصية فيها سمعه بنفسه عن غيره ، وهي الشهادة بالتسامع صاحبها لا يروي عن شخص معين ولكن الواقعة بالذات بل يشهد بما سمعت الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير في شأنها.[1]

[1]- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص413 .

شروط ترجع إلى الشهادة:

إن القضاء الجزائري و المحكمة العليا سارت في السياق أحكام الشريعة الإسلامية وأخذت بشهادة التسامع مع العديد من قراراتها ، منها القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 الذي جاء فيه " من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بالشهادة العليا الذي شهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين أو بشهادة السماع الذي شهد أصحابها أنهم سمعوا الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين ، فيما يتعلق بالسبب المستدل على طلب نقض إثبات الزواج أو نفيه مما يستدل به القاضي في الموضوع ويبث إما بشهادة العيان وأما شهادة السماع والطاعن لم يأت بأية واحدة من الشاهدين ، فلا هو أحضر رجالا حضروا قراءة الفاتحة ولا هو أحضر رجالا سمعوا قراءتها أو حضروا زفاف الطرفين.[1]

شروط أداء الشهادة:

شروط ترجع إلى الشاهد:

الولاية: شرط الفقهاء أن يكون الشاهد من أهل دين المشهود عليه فلا ولاية لغير المسلم على مسلمة.

وأن يكون الشاهد غير مقبول الشهادة شرعا : لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم والتهمة إما تكون فسق الشاهد ، أو وجود صلة خاصة بينه وبين المشهود عليه ، أي كل ما لا تفترض فيه العدالة ويكون معروفا بسوء السيرة ، وذهاب الأخلاق.[2]

الأهلية: أي ينبغي أن يكون الشاهد بالغا وقت أداء الشهادة فبالنسبة للمشرع الجزائري بالإضافة لإحالته لقواعد الشريعة الإسلامية فيما يخص شروط الشاهد فإنه وضع في المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية من تجوز شهادتهم في إثبات الزواج العرفي بأنه باستثناء الأبناء يجوز قبول شهادة أقارب الزوجين أو أصدقائهم أو أحد الزوجين ولو بعد الطلاق أو الإخوة والأخوات وأبناء عمومة الخصمين في الزواج العرفي.

وما يثبت ذلك قرار المحكمة العليا بحيث أقرت بأنه لا يمكن إثبات الزواج العرفي بواسطة شهادة متناقضة وأهم ما جاء في القرار : **بالرجوع إلى أقوال الشهود الذين استمع إليهم المجلس خاصة منهم (ب،س) و(د،س) واللذان شهدا بشيء مغاير بما شهداه أمام المحكمة فشهادتهما لا تتضمن أنهما حضرا قراءة**

المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية : غرفة الأحوال الشخصية 1984/09/24 مجلة قضائية 1984 – العدد 01 ص64.

[1]- المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية : غرفة الأحوال الشخصية 1989/03/27 مجلة قضائية 1990 – العدد 03 ص82.

[2] - عبد الحميد الشواربي :" الشهادة في المواد التجارية والجنائية " الأحوال الشخصية ، دار المطبوعات – الإسكندرية – 1992 ص 357.

الفاتحة كما لم يشهدا بقدر الصداق بل لم يذكرنه أصلا أمام المجلس جاء بهذه الرواية ، هذا تناقض بين شهادتهما في كل من المحكمة والمجلس يرفع عنهما الحجية ويستبعد العمل بها شرعا لانعدامها وبذلك فالتناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها لاحتمال صدقها أو كذبها.[1]

أداء الشهادة : إن سماع الشهود يكون أمام المحكمة طبقا للأوضاع المقررة قانونا لذلك ، فلا عبرة بأي شهادة يحصل الإدلاء بها خارج مجلس القضاء ولو كان ذلك أمام موظف عام مهما علت درجته طالما أنه ليس له ولاية القضاء وهذا ما اتجهت إليه المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1989/12/11 "من المقرر شرعا أن الشهادة الشرعية في إثبات حق أو نفيه عن شخص هي التي تؤدى أمام القاضي ويتخذ في شأنها إجراءات نص القانون عليها كتحليفهم ومعرفة ما إذا كانوا أصلا للشهادة والتحقق من توفر شروط أداء الشهادة فيهم ، وهناك شهادة أخرى يشهد أصحابها أمام موظف مختص لتلقي الشهادات المعمول بها قضائيا أو بحكم بناءا عليهما ، ومن القضاء من يحضر أمامه أشخاص هذه البينة التي تلقاها الموثق ويحلفهم قبل أي حكم بما شهدوا.

المطلب الثالث: النكول عن اليمين:

المقصود بكل من اليمين والنكول:

أولا : اليمين بوجه عام هو قول يتخذ فيه الحالف الله شاهدا على صدق ما يقول وعلى الإجازة بعد وسينزل عقابه ، وهي عمل مدني وديني في نفس الوقت.

النكول عن أداءها : فهو رفض من وجهت إليه اليمين حلفها ، فإذا أنكل عنها خسر دعواه وهو ما نصت عليه المادة 247 من القانون المدني." **كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها ... خسر دعواه.**" ، والنكول عن اليمين في الشريعة الإسلامية لا يعتد به عموما باستثناء بعض الفقهاء منهم الصحابين الذي يتخذون النكول عن اليمين وسيلة كافية يعتد بها لإثبات واقعة الزواج العرفي.

حيث يقول الإمام أبو زهرة أنه " عند فشل إثبات الزواج بكل من وسيلتي الإقرار والبينة توجه اليمين إلى المرأة" ومن بين ذلك رأي الصحابين "فإن حلفت رفضت دعوى الزوج وإن نكلت عن اليمين قضي عليها بالزواج " لأن النكول إقرار على مذهب الصحابين المفتى به في الفقه الحنفي.[2]

ويؤكد الأستاذ فارس محمد عمران في إثبات الزواج العرفي أن النكول عن اليمين يوجه في الزواج عن الصحابين.[3]

حجية اليمين:

---

[1]- المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية : غرفة الأحوال الشخصية مجلة قضائية 1991 – العدد 01.

[2]- الإمام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص17.

[3]- الأستاذ فارس محمد عمران ، المرجع السابق ،ص 31.

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

إن حجية اليمين في القواعد العامة للإثبات كالإقرار قاصرة على الحالف وورثته بصفتهم خلفا عاما له سواء كان ذلك عند الحلف أو عند النكول ، ولا تتعدى إلى الغير ، لذلك فإن موقف القضاء حيال اليمين هو عدم اعتبارها وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي ففي محاكمنا و مجالسنا القضائية لا يكون الاعتداد باليمين إلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معا ، ويتعين على القاضي توجيهها إلى المدعي بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود الذين يؤكدون في صحة انعقاد الزواج العرفي وفقا للشريعة الإسلامية مع بيان توفر أركان المادة التاسعة من قانون الأسرة.

فإن مات أحد الزوجين وادعى الحي منهما الزوجية وليس له إلا شاهد واحد يشهد بالزوجية شهادة مفصلة وقطعية يحدد فيها مبلغ الصداق المسمى وتأجيله ، ومن يتولى العقد فإن الزواج يثبت للكل مع يمين المدعي ، وهو الأمر الذي استقرت عليه المحكمة العليا في القرار الصادر لها بتاريخ 1988/09/23 أهم ما جاء فيه:" إذا كان من المبادئ الشرعية السائدة فقها وقضاءا أن إثبات عقد الزواج في حالة وفاة أحد الزوجين يكون مؤسسا على شهادة الشهود يؤكدون صحة انعقاده وفقا للشريعة الإسلامية. وأن الاكتفاء بشهادة الآخرين أضعف منها فإن الإثبات على هذا النحو لا يكفي وحده إلا مع اليمين المدعية ، لذا يستوجب نقض قرار القاضي لإثبات عقد زواج المدعية بشخص متوفي تأسيسا على شهادة ثلاثة أشخاص ليست كافية لهذا الإثبات دون تحليف المدعية اليمين.[1]

[1]- المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية : غرفة الأحوال الشخصية1985/09/23 مجلة قضائية 1990 – العدد 01 ص95.

المبحث الثاني :تسجيل الزواج العرفي

المطلب الثاني :تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه

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

وقبل الحديث عن تسجيل الزواج بسجلات الحالة المدنية يمكن الإشارة إلى أن المشرع في المادة 18 السابقة الذكر و باستعماله 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 الاستثنائية 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 .

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 إختصاصه مسكن الخطيبين أو أحدهما أو الذي يوجد بدائرة اختصاصه محل إقامة أحدهما [1].

أما إذا تعلق الأمر بعقد زواج الأجانب فإن الموظف المختص يمكن أن يكون أيضا الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي أقام الخطيبان أو أحدهما بدائرة اختصاصه إقامة مستمرة مدة شهر على الأقل حتى تاريخ انعقاد الزواج.[2]

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 :

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

[1] - عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر ، ص 128 .
[2] - المرجع السابق ، ص 128.

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 .

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

غير أنه إذا تم إبرام الزواج ولم يسجل بسجلات الحالة المدنية ضمن 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 استيفاء جملة من الإجراءات الواجب إتباعها ، والتي تبتدأ بتقديم طلب يتضمن إثبات الزواج العرفي وتنتهي بصدور أمر يقضي بالتثبيت مع الأمر بالتسجيل .

وتجدر الإشارة إلى أن إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي الغير متنازع فيه ، تختلف باختلاف مكان إبرام العقد .

وعليه سنحاول التطرق في مرحلة أولى إلى إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم داخل التراب الوطني، وفي مرحلة ثانية نتطرق إلى ذلك المبرم خارج التراب الوطني.

-تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه و المبرم داخل الوطن:

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

تلك التصريحات يدونها الموثق ضمن وثيقة تعرف بالإقرار بالزواج أو تقارير بالزواج (ملحق رقم 13 و14) إن هذا الإقرار لا يرقى إلى مرتبة العقد ولا يمكن أن يكون وسيلة لإثبات الزواج فهو مجرد إقرار غير قضائي أو تصريحات تتم أمام جهة رسمية ، تلزم الطرفين فقط ولكن عادة ما يستند إليها هؤلاء للمطالبة بتثبيت عقد الزواج .

وتطبيقا لأحكام المادة 39 من قانون الحالة المدنية فإن الجهة المختصة بنظر طلبات تثبيت الزواج هي محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي كان يمكن تسجيلها فيها ، بمعنى دائرة إختصاص مقر أحد الزوجين أو كلاهما أو محل إقامتهما.

وعليه يمكن لأحد الزوجين أن يرفع طلبا إلى رئيس المحكمة ، وذلك عن طريق تقديم عريضة بدون مصاريف ، على أن يكون طلبه مكتوبا على ورقة عادية يوجهه إلى وكيل الجمهورية ، يتضمن البيانات المتعلقة بعقد الزواج وبدواعي تسجيله ، ومرفوقا بالوثائق و الإثباتات المادية و المتمثلة في : شهادتي ميلاد الزوجين – شهادة عدم تسجيل الزواج بالحالة المدنية – شهادة عزوبة بالنسبة للزوجين – شهادة طبية بحمل أو عدم حمل الزوجة – نسخة من بطاقتي تعريف الزوجين – ووثيقة الإقرار بالزواج ، ووجود هذه الأخيرة لا يحول دون ممارسة القاضي لسلطته في مراقبة المعلومات المدلى أو المصرح بها أمام الموثق ، على أساس أنه بعد تكوين الملف يقوم وكيل الجمهورية باستدعاء الأطراف ، وسماع الشهود والتأكد من صحة الوثائق المقدمة .

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

بالنسبة لزواج القصر : فإن قانون الأسرة نص على أهلية الزواج وحدد سنه بالمادة السابعة منه والتي جاء فيها بأن :" **تكتمل اهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام تسعة عشرة 19 سنة وللقاضي ان يرخص بالزواج قبل دلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج**"،

وبذلك فإنه من جهة لا يمكن إبرام عقود الزواج دون بلوغ السن القانونية، ومن جهة أخرى أقر المشرع بإمكانية وقوعه قبل ذلك، أين أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج لمصلحة أو ضرورة.[1]

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

1 - عبد العزيز سعد, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري, ص 3 .
2- المرجع السابق ، ص 54 .

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

بالنسبة لزواج موظفي الأمن ونفس الشيء لأفراد الجيش الوطني الشعبي: وكل واحد من العسكريين العاملين ضمن هيئة الدرك الوطني أو المجندين ضمن نظام الخدمة الوطنية وبموجب مناشير ومراسيم خاصة سواء تلك الصادرة عن الأمن الوطني أو عن الدفاع الوطني فإنه لا يمكنهم عقد زواجهم مع أي شخص آخر سواء كان جزائريا أو أجنبيا إلا بعد الحصول على موافقة كتابية أو رخصة صادرة عن الإدارة المستخدمة، و إذا كان الزوج الآخر أجنبيا وجب أن يحصل هو الآخر على رخصة أو إذن بالزواج من والي الولاية وذلك وفقا للإجراءات المتعلقة بزواج الأجانب.[1]

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

وعليه يمكن القول بأن الزواج المعلق على تقديم رخصة أو إذن بالزواج حسب الحالات السابقة الذكر، زيادة على أركان العقد الشرعية والقانونية ، يمكن تسجيله بسجلات الحالة المدنية ، غير أن الطلب المرفوع أمام وكيل الجمهورية والمتضمن إثبات الزواج وتسجيله يختلف بين الحالتين وهما :

الحالة التي لا يعلق فيها الزواج على رخصة والحالة التي يعلق فيها على رخصة أو الإذن على أن تسجيلهما يختلف بين الحالتين.

فإذا أبرم الزواج مع توافر أركانه ولم يعلق على رخصة أو إذن مسبق ، وأن طرفيه لم يسعيا إلى تسجيله ضمن الآجال القانونية ، في هذه الحالة يقبل وكيل الجمهورية الطلب ويرفعه بموجب عريضة بطلب قيد زواج مع أمر إلى رئيس المحكمة ، فإذا تبين له بعد إطلاعه على العريضة المقدمة والمستندات المرفقة لها بأن الزواج المراد تسجيله كان قد تم وفقا للشرع و القانون فإنه يأمر بقيد الزواج المنعقد وتسجيله في سجل الزواج للسنة الجارية وذلك بالبلدية التي ينبغي أن يسجل فيها (ملحق رقم 15).

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

أما إذا تم الزواج بدون رخصة رغم أن القانون نص صراحة على وجوب استيفائها ولم يسعى الطرفين إلى تسجيله، ففي هذه الحالة ورغم كون الزواج العرفي الواقع غير متنازع فيه من جهة، ورغم صحة أركانه من جهة

1- المرجع السابق ،ص 60-61.

أخرى، فإن وكيل الجمهورية يرفض الطلب المقدم إليه على أساس أن الطرفين خالفا أحكام تنظيمية علقت الزواج على شروط خاصة يتعين احترامها . وهنا يوجه المعني إلى رفع دعوى أمام قاضي الأحوال الشخصية.

بعد صدور الأمر القاضي بتسجيل الزواج العرفي، يظهر دور نيابة المحكمة (وكيل الجمهورية) بصفته الهيئة المخول لها قانونا بتنفيذ الأوامر والأحكام القضائية الصادرة، وتطبيقا لأحكام المادة 41 من قانون الحالة المدنية والتي تنص على أن **يرسل وكيل الدولة فورا حكم رئيس المحكمة قصد نقل هذه العقود في سجلات السنة المطابقة لها ولجدولها إلى كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المكان الذي سجلت فيها العقود أو كان ينبغي تسجيلها فيها ، وكذلك نسخة إلى كتابة ضبط المجلس القضائي التي تحتفظ بنسخة من هذه السجلات .**

كما يشار فضلا عن ذلك بصفة ملخصة إلى الحكم في هامش السجلات في محل تاريخ العقد وهو ما اقتضته المادة 42 من قانون الحالة المدنية.

وفي نفس الإطار نصت المادة 60 قانون الحالة المدنية على أنه ينبغي على ضابط الحالة المدنية الذي يحرر العقد أو يسجله ، أن يشير إليه في السجلات الموجودة لديه خلال ثلاثة أيام إذا كان العقد تابعا للقيد ، وإذا كانت النسخة الثانية من السجل التي يجب أن يتم فيها التسجيل موجودة بكتابة الضبط فيرسل إشعار إلى النائب العام .

وإذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامشه هذا البيان قد حرر أو سجل في بلدية أخرى فيرسل الإشعار في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية لهذه البلدية الذي يشعر على الفور النائب العام إذا كانت النسخة الثانية من السجل موجودة في كتابة الضبط .

2-تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم خارج الوطن :

حسب **المادة 99 من قانون الحالة المدنية** و الخاصة بعقود الزواج التي تمت خارج الوطن بين جزائريين أو بين جزائريين وأجانب والتي لم يتم تسجيلها بسبب عدم التصريح بها أو إغفالها فإن الجهة القضائية المختصة في نظر طلبات إثبات عقود الزواج هو رئيس محكمة مدينة الجزائر بحيث نصت على أنه:

" إذا لم يسجل العقد بسبب عدم التصريح به فإنه إما أن يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة أو الحصول على حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر يقضي بتسجيله في سجلات القنصلية ".

وبالنسبة لإجراءات التسجيل فإنه يتم تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا أو ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية لدى محكمة الجزائر العاصمة على أن يرفق الطلب بشهادة ميلاد الزوجين ، و شهادة شاهدين بالغين ممن حضرا مجلس العقد أو حفل الزواج ويتولى وكيل الجمهورية لدى محكمة مدينة الجزائر إعداد عريضة يقدمها إلى رئيس نفس المحكمة بعد إجراء التحقيقات اللازمة والمشار إليها سابقا ، يقرر هذا الأخير إصدار أمر بتسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية للقنصلية أو السفارة الجزائرية .

أين يتولى وكيل الجمهورية بنفس المحكمة إرسال نسخة من الأمر إلى وزارة الشؤون الخارجية وهو ما نصت عليه المادة 60 في فقرتها الثالثة من قانون الحالة المدنية والتي جاء فيها بأنه:" إذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامشه البيان قد حرر أو سجل في الخارج فإن ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد الواجب قيده يقوم بإشعار وزير الشؤون الخارجية خلال ثلاث أيام.

وتجدر الملاحظة أن المشرع في هذه الحالة وبموجب المادتين 100 و 101 من قانون الحالة المدنية منح الإختصاص إلى محكمة الجزائر العاصمة دون سواها لأن الحالة المدنية للجزائريين المقيمين في الخارج تصحح على مستوى مكتب الحالة المدنية بوزارة الشؤون الخارجية الموجودة في الجزائر العاصمة .

المطلب الثاني: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه

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

[1] - عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 369 .

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

وقد جاء في المادة 22 فقرتها الثانية من قانون الأسرة أنه : " **يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة** " .

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

فدعوى إثبات الزواج العرفي من دعاوى الأحوال الشخصية التي تتعلق بالنزاعات الناشئة بين أفراد الأسرة الواحدة بدءا من الزوجين إلى الأصول إلى الفروع.

وهي دعوى تقريرية يطلب فها المدعي تقرير وجود حق أو مركز قانوني دون إلزام الخصم بأداء معين.

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

هذا الوجود من عدمه .على أن هذه الدعوى لا تواجه اعتداء في شكل مخالفة لالتزام، وإنما تواجه اعتراض للحق أو المركز القانوني.[1]

1 – اختصاص وإجراءات رفع دعوى إثبات الزواج :

القاعدة العامة أنه يؤول الإختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعي عليه في جميع الدعاوى التي لم ينص فيها على اختصاص محلي خاص إذا لم يكن للمدعي موطن معروف يعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها محل إقامته حسب نص المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية.

هذا وقد نصت المادة كذلك على أنه في دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مسكن الزوجية وفي دعاوى الحضانة أمام المحكمة التي تقع في دائرة إختصاصها مكان ممارسة الحضانة.

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

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

في حالة وجود عقد الزواج ويتعلق النزاع بصحته أو عدم صحته شرعا أو قانونا أو في حالة ما تعلق النزاع بعدم وجوده أصلا يعود الإختصاص إلى قاضي الأحوال الشخصية للمحكمة موطن المدعي عليه إذا لم يتفق طرفين على خلاف ذلك.

وإن كانت المحاكم تخلط بين الزواج المتنازع فيه وغير المتنازع فيه وترجعها جميعا إلى قاضي الأحوال الشخصية والذي يرفض عادة النظر في الدعاوى التي لا تتضمن نزاع لأن الحكم يفصل في النزاع القائم بين المدعي والمدعى عليه حول قيام الزوجية (ملحق رقم 16 و 17).

ولإثبات الزواج العرفي أمام القضاء لابد من إتباع إجراءات حددها قانون الإجراءات المدنية لعدم وجود نص خاص بهذه الدعوى وكيفية رفعها و متابعتها وإصدار الحكم الفاصل فيها.

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

2 – شروط رفع دعوى إثبات الزواج :

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

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

وأهلية التقاضي تعني صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات أمام القضاء، والقاعدة العامة أن يكون الشخص الطبيعي أهلا للتقاضي ببلوغه سن الرشد 19 سنة حسب المادة 40 القانون المدني، ويجب أن تتوفر أيضا في الخصم الموجه إليه الإجراء لأنه يعرضه لمخاطر الحكم ضده مما يعني حرمانه نهائيا من حقه.

2 – الصفة : صفة المتقاضي تتمثل في كونه على علاقة مباشرة بالشيء المدعى به فالدعوى ترفع من طرف أحد الزوجين ضد الآخر الذي ينكرها إذا كانا على قيد الحياة معا ، أو من الزوج الباقي على قيد الحياة ضد ورثة الزوج المتوفى ، أما في حالة وفاة الزوجين معا ترفع من ورثة أحد الزوجين ضد ورثة الزوج الآخر .

والصفة في دعوى إثبات الزواج وبإعتبارها دعوى تقريرية تثبت للورثة برمتهم وليس لأحدهم لأن تأكيد وجود الحق أو المركز القانوني لا يمكن أن يحدث آثاره إلا في مواجهة جميع أطراف الرابطة القانونية (الملحق رقم 18).

3– المصلحة : لا دعوى بغير مصلحة والمصلحة المقصودة هي حماية شخص لحق أعتدي عليه أو أغتصب منه وهو أساس المصلحة وهو الحق الثابت للمعتدى عليه ومتى إنتفت المصلحة رفضت الدعوى .

وتظهر المصلحة في دعوى إثبات الزواج العرفي من صاحب المصلحة : أحد الزوجين ، وفي حالة وفاة أحدهما أو كلاهما من طرف ورثتهم فمن لهم المصلحة .

وعليه لابد من توفر كل شرط من هذه الشروط وإلا رفضت الدعوى وللقاضي إثارتها تلقائيا لأنها مرتبطة بالنظام العام .

دور النيابة في دعوى إثبات الزواج العرفي

إن النيابة تهدف بتدخلها في مثل هذه الدعاوى إلى حماية المصلحة العامة وتطبيق القانون تطبيقا سليما لتحقيق السير الحسن للعدالة هذا وقد نصت المادة 141 قانون الإجراءات المدنية على أنه:

"**يجب إطلاع النائب العام على القضايا الآتية...القضايا الخاصة بحالة الأشخاص** ... " .

فيحق للنائب العام أن يطلب الإطلاع على تلك القضايا وإبداء رأيه بكل موضوعية وحياد دون أن ينحاز لأحد الأطراف.

والنيابة العامة عندما تعمل كطرف منظم فإنها تعمل كمستشار فني للقاضي فينبغي أن تبدي رأيها بما يتوافق مع التطبيق الصحيح للقانون دون أن تستهدف مصلحة أحد الطرفين.

وهذا الرأي غير ملزم للقاضي ، وما يلزمه سوى تمكينها من إبداء رأيها و وجوب الإطلاع على هذا الرأي ، ويترتب على عدم تمكين النيابة العامة من إبداء رأيها أومن عدم الإطلاع على هذا الرأي من قبل القاضي بطلان العمل الإجرائي .

وقد نص المشرع صراحة على إمكانية تدخل النيابة العامة أمام المجلس القضائي دون نيابة المحكمة ، كان من باب أولى أن يجيز ذلك أمام درجة التقاضي الأول.

3 - كيفية إجراء تحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي:

تقدم عريضة مرفقة بأدلة كافية لإثبات صحة عقد الزواج المتنازع حول وجوده أو صحته إلى كتابة ضبط قسم الأحوال الشخصية أين تسجل العريضة ويتم جدولتها في السجل العام للقضايا وتحدد لها جلسة للنظر فيها .

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

قاضي الأحوال الشخصية يقوم بالتحقيق بمساعدة أمين الضبط فيتأكد أولا من هوية الخصوم وولي الزوجة والشهود من خلال بطاقة التعريف لكل واحد منهم وعن درجة القرابة بينهم .

يتم سماع كل واحد على حدى عن مدى توافر أركان الزواج وعن مكان وزمان إتمام الزواج وعن مقدار الصداق وفيما إذا كان معجلا أو مؤجلا وعن حضور الشهود مجلس العقد و ولي الزوجة و رضا الطرفين .

يتم سماع الشهود كل على حدى بعد التأكد من هوية الشاهد كاملة وبعد تأديته اليمين القانونية على محضر يدون فيه الهوية الكاملة للشاهد من إسم ولقب ومهنة وسن والموطن ودرجة قرابته بالخصوم والإشارة إلى تأديته اليمين القانونية ، وبعدها يستفسر عن ما إذا حضر مجلس عقد الزواج وحفل الزفاف ومن تولى العقد كولي للزوجة ، وعن حضور أشخاص آخرين مجلس العقد والتاريخ ، الذي تم فيه الزواج العرفي لا سيما إذا كانت الشهادة سماعية ، وكذا عن مقدار الصداق المقدم وعما إذا كان معجلا أو مؤجلا كما يستفسر عن رضا الزوجين وما إذا كانت الزوجة ما زالت على ذمته أم لا بعد ذلك يوقع الشاهد والقاضي وأمين الضبط على محضر التحقيق .

وإن كانت بعض المحاكم تتبع طريقة أخرى لسماع الشاهدين وذلك على محضر واحد وبعدها يطلب القاضي من الأطراف أن يقدموا الإضافات التي يرغبون فيها ، وفي حالة إكتفاء الأطراف يقوم القاضي بتحديد جلسة للنظر في الدعوى قصد تقدير أدلة الإثبات المقدمة، وقبل الفصل في الموضوع يعرض ملف القضية على

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

النيابة لإبداء طلباتها طبقا للمادة 141 لقانون الإجراءات المدنية ، وهو إجراء جوهري يعد من النظام العام وهو المبدأ الذي استقر عليه قضاء المحكمة العليا وقد جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1984/11/19 أنه :

" **لابد من إطلاع النيابة على الملفات المتعلقة بالأحوال الشخصية وهذا الإجراء جوهري من النظام العام** ".

فقاضي الأحوال الشخصية له سلطة تقدير الأدلة المقدمة إما بالأخذ بها أو رفضها حسبكل حالة ، لأن إثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع .

وعليه فإن محضر التحقيق المتضمن شهادة الشاهدين حول قيام أركان الزواج هوأساس إثبات واقعة الزواج العرفي ، واليمين لا يرجع إليه إلا عند وفاة أحد الزوجين أين يوجهها القاضي للمدعي بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود .

عندما يتأكد القاضي من صحة قيام العلاقة الزوجية بناء على الشروط والأركان الشرعية ينطق بالحكم في الجلسة علنية .

ولكن هل يمكن أن تقترن دعوى إثبات الزواج العرفي بدعوى الطلاق العرفي أو بدعوى الرجوع أو النفقة ؟

وللإجابة على هذه التساؤلات نستند إلى الاجتهاد القضائي وإلى ما جرى به العمل في المحاكم ، إذ جاء في قرار المحكمة العليا أن :" **الحكم بتثبيت الزواج العرفي والحكم بالتطليق –طعن بالنقض– لأن الحكم القاضي بتثبيت الزواج هو نفسه الذي قضى بالتطليق والأصح أن يكون التطليق في حالة وجود عقد زواج رسمي – رفض الطعن –**" .

إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي و أن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق ، بإعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناءا على تثبيته بموجب حكم قضائي[1].

[1]- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، نشرة القضاة ، العدد 53 ، ص 56 .

وفي قرار آخر للمحكمة العليا غير منشور إن :

" **المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أنه القضاء بإثبات عقد النكاح ثم فسخه بالطلاق في آن واحد وبحكم واحد** ".[1]

ويستخلص من هذه القرارات أن المحكمة العليا تجيز الجمع بين دعوى إثبات الزواج ودعوى الطلاق أو التطليق ، لكن نجد بعض المحاكم موقفها ما زال متذبذبا فأحيانا تقبل الجمع بين الدعويين وأحيانا أخرى تفضل الفصل بينهما على أساس عدم ارتباط الطلبين ، وأنه حتى يحكم بالطلاق أو التطليق لابد أن يكون الحكم بالزواج نهائي (ملحق رقم 20).

كما أنه تقترن دعوى إثبات الزواج بدعوى رجوع الزوجة لبيت الزوجية فهنا لا يجوز قبول الدعويين معا ، لأن طلب الرجوع المصلحة فيه محتملة لعدم ثبوت العلاقة الزوجية أولا ، وحتى يتأكد حق الزوج في المطالبة بالرجوع ، فلا بد من أن يكون الحكم المثبت للزواج نهائي حتى ينتج آثاره ، ومن ثمة تتحقق الصفة والمصلحة لكل طرف في الدعوى (ملحق رقم 21).

وقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه :

" **إذا كان الثابت أن القرار الذي أمر بتسجيل الزواج بين طرفي النزاع في الحالة المدنية طعن فيه بالنقض من قبل الطاعن وقد نقض فعلا من طرف المحكمة العليا ، فإن قضاة الموضوع بقضائهم في الدعوى بترجيع الزوجة إلى محل الزوجية ودفع النفقة لها دون وقف الفصل في هذه الدعوى لحين البت فيها من طرف المحكمة العليا ، يكونوا قد عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني** ".[2]

ومن ثمة لابد من أن يثبت الزواج العرفي بحكم ويسجل بالحالة المدنية حتى يتمكن من له مصلحة في رفع دعوى الرجوع أو النفقة.

بعد أن يتأكد القاضي من شروط قبول الدعوى ومن الأدلة المقدمة لتثبيت واقعة الزواج العرفي يصدر حكمه بالإشهاد على عقد الزواج العرفي، ويكون منطوقه محدد فيه تاريخ وقوع الزواج ويبين الهوية الكاملة لكل من الطرفين مع أمر ضابط الحالة المدنية بالبلدية المعنية بتسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية مع التأشير به على هامش عقدي ميلاد كل من الطرفين .

---

[1]- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1986/01/13 ملف رقم 39600 ، غير منشور .
[2]- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1989/04/02 ، مجلة قضائية ، 1989 ،العدد 02 ، ص57 .

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

والحكم المثبت لواقعة الزواج العرفي ليس له حجية الشيء المقتضى فيه حسب مفهوم المادة 338 من القانون المدني ، بإعتبار أن إثبات واقعة الزواج لها حجية مؤقتة يمكن إثباتها متى توافرت الأدلة الكافية وهذا ما إستقرت عليه المحكمة العليا في قرار لها (قرار بتاريخ 1998/12/15 سبق ذكره) .

ويجري على هذا الحكم ما يجري على أحكام محاكم الدرجة الأولى وخاصة ما يتعلق بحضور و غياب الأطراف وتبليغهم الحكم، وما يتعلق بالطعن فيه بطرق الطعن العادية وغير العادية.

وطرق الطعن العادية هي التي تسمح للمتقاضين بطلب إعادة دراسة موضوع النزاع إما أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم المطعون فيه وذلك بالمعارضة أو أمام جهة قضائية تعلوها درجة ولعل الميزة الأساسية التي تميز طرق الطعن العادية في المسائل المدنية أن لها أثر موقف على تنفيذ الحكم المطعون فيه.

كما يجوز أيضا للغير الخارج عن الخصومة الأصلية أن يطعن في الحكم عن طريق إعتراض الغير الخارج عن الخصومة فيقبل إعتراضه رغم إنعدام صفته كخصم أصلي .

ومثال ذلك الحكم الصادر عن قسم الأحوال الشخصية محكمة الجلفة الصادر بتاريخ 2001/09/01 تحت رقم فهرس 01/668 جاء فيه:

" صدر حكم عن قسم الأحوال الشخصية بتاريخ 2000/06/10 تحت رقم فهرس577-200 قضية 382-2000 قضي إبتدائيا علنيا غيابيا بإثبات صحة الزواج الحاصل بالجلفة خلال 1989 بين الطرفين.

والمعترضون الخارجون عن الخصومة أقاموا اعتراضهم ضد الحكم القاضي بتسجيل الزواج العرفي بين مورثهم والمعترض ضدها والقضاء بإلغائه، كون مورثهم لم يخبرهم به كما أن الشهود المقدمين من طرف المعترض ضدها لإثبات صحة الزواج المبرم بين الطرفين لا يمتون بأي صفة للمرحوم ".

وإن كان اعتراض الغير الخارج عن الخصومة غير مؤسس قانونا إذا لم يستند على أي حجة كانت، وأن دفعهم بأن الشهود المعتمد عليهم في إثبات الزواج المذكور لا يمتون بأي صلة لمورثهم ليس في محله، كون أنه لا يشترط في الشهود الذين حضروا فاتحة الزواج أن يكون يمتون بصلة للزوج.

والقاعدة العامة أن بعد فوات آجال الطعن العادية أو بعد تأييد الحكم بقرار نهائي نكون أمام أحكام صادرة بصفة نهائية والتي تكون قابلة للتنفيذ ، والمبدأ أن الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ ، ولكن إستثناءا فإنه يوقف التنفيذ إذا ما تم الطعن بالنقض في حكم متعلق بحالة الأشخاص ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه :

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

" متى كان مقررا قانونا أنه ليس للطعن بالنقض أثر موقف إلا إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص أو أهليتها فإن القرار القاضي بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدم الأساس القانوني ، وأن قرار الذي أمر بتسجيل الزواج بين طرفي النزاع في الحالة المدنية طعن فيه بالنقض من قبل الطاعن وقد نقض فعلا من طرف المجلس الأعلى (المحكمة العليا) ، وقد كان على قضاة الموضوع وقف تنفيذ القرار ".[1]

عندما يصبح الحكم المثبت للزواج العرفي نهائي يتم تسجيله لدى ضابط الحالة المدنية بالبلدية المعنية وتطبق في ذلك أحكام وقواعد قانون الحالة المدنية كما أشارت إليه المادتين **21 و22 قانون الأسرة**.

وغالبا ما تكون الأحكام المثبتة للزواج العرفي مقترنة بأمر تسجيله ، وإن كانت لا توجد مادة في قانون الأسرة أو الحالة المدنية تلزم قاضي الأحوال الشخصية بأن يقرنها بالأمر ولكن ضابط الحالة المدنية إذا قدم له الحكم غير مقترن بأمر التسجيل والتأشير به على هامش عقدي ميلاد الزوجين فإنه لا يقوم بتسجيله .

ويرى عبد العزيز سعد في هذه الحالة ، أن على الزوج صاحب المصلحة أن يأخذ نسخة من الحكم ويرسلها إلى رئيس المحكمة عن طريق وكيل الجمهورية ويطلب إستصدار أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية [2].

حسب ما رأينا و بما أن وكيل الجمهورية هو الساهر على تنفيذ الأحكام فإذا لم يقترن الحكم بأمر التسجيل فللمعني تقديم الطلب إلى وكيل الجمهورية لتنفيذ الحكم المثبت للزواج العرفي وتوجيه الأمر بالتسجيل إلى ضابط الحالة المدنية.

وبتمام تسجيل الحكم والتأشير به على هامش عقدي ميلاد المعنيين يكون لصاحب المصلحة الحصول على نسخة ملخصة لعقد الزواج.

ويسري الزواج بأثر رجعي من تاريخ توفر أركانه وليس من تاريخ رفع الدعوى أو الحكم المثبت لواقعة الزواج العرفي (ملحق رقم 22).

ومن كل ما سبق يتبين لنا أن الزواج العرفي قد يتنازع في صحته أو وجوده بين الزوجين أو بين أحدهما وممن لهم مصلحة ، فنكون أمام خلاف لابد من اللجوء فيه للقضاء للفصل فيه متى توفرت شروط المطالبة القضائية ، فيتم إجراء تحقيق والتأكد من قيام العلاقة الزوجية ويتوج ذلك بحكم قضائي ويسجل بالحالة المدنية إذا أصبح نهائيا .

---

[1]- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، مجلة قضائية ، 1989 ، العدد 02 ، ص57.
[2]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 26.

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

أما إذا كان الزوجين على قيد الحياة ولم يختلفا حول قيام العلاقة الزوجية فيلجأ للقضاء لتسجيل الزواج العرفي القائم على الأركان الشرعية والقانونية ، بتقديم طلب لوكيل الجمهورية الذي يحولها إلى رئيس المحكمة الذي يصدر أمرا بتسجيله بالحالة المدنية .

ولكن عمليا كثيرا ما نجد قاضي الأحوال الشخصية هو الفاصل في كل من الطلبين سواء وجد نزاع أم لا، كحالة زواج الأشخاص اللذين يشترط لعقد زواجهم رخصة كأفراد الجيش أو الأجانب أو القصر فوكيل الجمهورية يحيلها إلى قاضي الأحوال الشخصية.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة عن تسجيل عقد الزواج.

عقد الزواج العرفي إذا ابرم وفق القواعد الشرعية و ذلك بتوافر أركانه الشرعية تترتب عنه كافة الآثار المادية و القانونية ، فمن حيث صحة العلاقة الزوجية بين أطرافها و إثبات نسب الأبناء مع وجود الحضانة و النفقة و حقوق الزوجة على الزوج و العكس صحيح و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1986/01/22 بقولها : " **كل زواج عرفي يعتبر صحيحا متى توافرت أركانه حتى و لو كان غير مسجل بالحالة المدنية و تترتب عليه كافة أثار عقد الزواج المسجل و كذا كافة الحقوق الزوجية أعلاه** ".

غير أن الزواج الغير مسجل أمام الحالة المدنية و قبل تسجيله لا يعتد به أمام الإدارات العمومية مثل شركة التامين ، صناديق التعويض ، التقاعد ، الضمان الاجتماعي ، فأي استفادة من هذه المؤسسات لا تستحق إلا بعد أن يسجل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية لأنه يطلب من طرفي الزواج تقديم مستخرج من عقد الزواج لإثباته .

و عليه فان تسجيل الزواج هو شرط شكلي بغرض الإثبات كما سبق توضيحه و ليس هو جوهر العقد في حد ذاته لأنه صحيح شرعا و قانونا.

و بمجرد أن يتم تسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية فانه يترتب عليه اثأر قانونية نجملها :

المطلب الأول : تسليم الدفتر العائلي.

أول الآثار هو تسليم الدفتر العائلي للزوجين بمقتضى عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، و الذي يعتبر وثيقة رسمية اتجاه كل الإدارات العمومية و دليلا مثبتا للزواج وفق نص المادة 27 قانون الحالة المدنية بقولها : " يسجل ضابط الحالة المدنية عقد الزواج في سجلاته حالب إتمامه أمامه و يسلم إلى..... الزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج".

المطلب الثاني: تحرير العقد أمام الموثق

أما إذا كان الزواج أمام يد الموثق باعتباره ضابط عمومي فيجب عليه أن يحرر العقد إذا اكتملت أركانه في سجله على أن يسلم للزوجين شهادة تثبي زواجهما و يقدم بعد ذلك بإرسال ملخص العقد إلى ضابط الحالة المدنية التي تقيم فيها الزوج ليقوم هذا الأخير بتسجيل العقد و يسلم إليهم الدفتر العائلي .

المطلب الثالث : تحرير العقد خارج الوطن

أما إذا كان الزواج في خارج الوطن فيكون إما الدبلوماسية أو القنصلية المختصة محليا فانه يكتب سجل لدلك و هذا ما نصت عليه المادة 121 من قانون الحالة المدنية بقولها : "إذا عقد الزواج في بلد أجنبي من طرف السلطة المحلية المختصة فانه يكتب و يسلم الدفتر العائلي إلى الزوجين من قبل العون الدبلوماسي أو القنصل المختص إقليميا حين تسجيل عقد الزواج ".

المطلب الرابع : تدوين الزواج في سجلات الحالة المدنية

كما يجب تدوين الزواج المسجل بسجلات الحالة المدنية و يشير إليه بهامش وثيقة عقد الازدياد أو الميلاد لكل من الزوجين.

و عليه ما يمكن قوله في هذا المجال إن قانون الأسرة و إن كان قد حصر الاختصاص بتحرير عقود الزواج في الموثق و في أي موظف مؤهل قانونا بتحرير عقود الزواج و تسجيلها في سجلات الحالة المدنية و حصر وسائل إثبات عقد الزاج في وسيلة واحدة و هي النسخة المستخرجة عن سجلات الحالة المدنية فانه قد سكت عن مسالة إبرام عقود الزواج العرفي بحيث انه لم يضيعها و لم يعاقب عليها كما انه لم ينظمها و لم يعمل على تطويرها و

استغلالها للصالح العام و لفائدة المواطنين ، و كنا نأمل أن يتدخل المشرع الجزائري عن طريق نصوص قانونية يضع حدا نهائيا لثنائية و ازدواجية الجهات التي تتولى ممارسة مراسيم عقد الزواج و يضع حدا نهائيا للملفات المتراكمة المتواجدة في المحاكم ، و التي تتضمن طلبات تقييد عقود الزواج التي أبرمت بشكل عرفي و تنتظر صدور قرارات قضائية لإثباتها في سجلات الحالة المدنية .

و عليه حسب رأي الدكتور عبد العزيز سعد على أن المشرعون الجزائريون لا يريدون و لا يستطيعون إن يمنعوا إبرام عقود الزواج العرفي و إذا كانوا يريدون المحافظة على مشاعر المواطنين الدينية و على تعلقهم بالتقاليد و الأعراف الإسلامية فانه يعتقد انه كان من الأفضل على الأقل تكليف أزمة المساجد بالبلديات التي يتولى ممارسة مهام الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو الموظف المؤهل قانونا ليقوموا هم بتحرير عقود الزواج في سجلات وفق نماذج رسمية ثم يرسلون بها إلى البلديات لتدون في سجلات الحالة المدنية خلال اجل محدد ، و بنفس الطريقة التي يعمل الموثق بمقتضاها ، و بالتالي تحديد عقوبة مالية و بدنية لكل من يخالف هذا القانون .

و لما ذلك إن الزواج العرفي ينتج أثار الذي يغفل فيه التسجيل في سجلات الحالة المدنية ، و هذا الإجراء على بساطته يمكنه إن يغني الانفراد عن اللجوء إلى إجراءات أكثر تعقيد من اجل تسجيل زواجهم .

و عليه يجب مواصلة حركة التوعية و برامج الإعلام و الشرح لأهمية و أهداف عقد الزواج الرسمي المسجل في سجلات الحالة المدنية و بيان المخاطر الناجمة على الزواج العرفي ، إن حماية الآسرة و استقرارها يقتضي مواصلة مجهود التوعية و خاصة في الأوساط الشعبية الواسعة و سكان القرى و الأرياف ، و إشعارهم بضرورة إبرام عقود الزواج أمام الموظف المؤهل قانونا و بصفة رسمية تبعا لقواعد النظام العام الجزائري ، غير آن المحكمة العليا مازالت تقدر الأوضاع و العادات في البلاد ، و تقرر بان الزواج العرفي الذي توافر على أركانه يمكن القضاء بتسجيله في الحالة المدنية و إلحاق نسب الأولاد وفقا للشرع و القانون .

و من ثم فان إثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاه الموضوع طالما كان ذلك قائما على الوجه الشرعي.

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

الخـــاتمة

إن من أقدم و أقدس الروابط التي عرفها الإنسان على وجه الحياة الدنيوية هي العلاقة بين الزوج و الزوجة، و إن الديانات و الشرائع اتفقت على أحكام لابد من الاحتكام إليها لقيام العقد صحيحا مرتبا لجميع أثاره، و إنها أولت أهمية بالغة لم تتمتع بها سائر العقود الأخرى.

ربما أن الزواج العرفي إذا أبرم وفقد قواعد الشريعة الإسلامية الغراء بتوافر أركانه الشرعية تترتب عنه كافة الآثار المادية و القانونية.

فمن حيث صحة العلاقة الزوجية و شرعيتها و إثبات لنسب الأبناء للأب و انتقال الميراث بين الزوجين و الأبناء و وجوب النفقة و الحضانة و الحقوق المترتبة على الأطراف و هذا ما ذهبت إليه المحكمة ع في قرارها المؤرخ في : 1986/11/22 نصها كما يلي: "كل زواج عرفي يعتبر صحيحا من توافرت أركانه حتى و لو كان غير مسجل بالحالة المدنية ، وتترتب عليه كافة آثار عقد الزواج و كافة الحقوق الزوجية ".

غير أن هذا الزواج العرفي لا يعتد به أمام الإدارات العمومية و مؤسسات الدولة عند أي طلب نظرا لعدم تسجيله بالحالة المدنية و لا يعني هذا أن جوهر العقد فاسد. لهذه الأسباب فإن المشرع أوجب هذه العلاقة لإثباته و يكون ذلك بمستخرج من عقد الزواج.

إن من خلال هذا البحث حاولنا إلقاء الضوء على أبعاد الزواج العرفي و خطورته و الذي على الرغم من ذلك نجد أنه ما زال منتشرا في مناطق عديدة من الوطن. نجد أن نسبة الزواج غير المسجل مرتفعة و قد تفوق في بعض السنوات الزواج العرفي.

فهناك من يتغاضى عن تسجيل العقد على أساس أنه إجراء إداري فقط يمكن تداركه مستقبلا و عليه لابد من عقوبات بدنية و مالية صارمة على كل من يخالف هذه الإجراءات المقررة قانونا.

و ذلك ما قامت به وزارة الشؤون الدينية قصد التقليص من الزواج العرفي في الإجراءات الجديدة المتخذة على مستوى الوزارة بإصدارها لقرار يمنع جميع الأئمة من إبرام الفاتحة دون عقد زواج مكتوب أي الصادر عن ضابط الحالة المدنية أو الموثق أو القنصليات خارج الوطن.

وعليه فإن الزواج طبقا للتشريعات الحديثة يجب أن يصب في قلب قانوني المتمثل في انعقاده أمام الموظف المختص أعلاه حتى يتسنى الاحتجاج به في مواجهة الغير بواسطة الوثيقة المستخرجة من مصلحة الحالة المدنية(نسخة من عقد الزواج).

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

قائمـــة المـــراجع

الكتـــب :

باللغـــة العربيـــة :

1- أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية ، 1988

2- أحمد محمود خليل ، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2002 .

3- أنور الخطيب ، الأحوال الشخصية خصائص الشخص الطبيعي ، الطبعة الأولى ، منشورات دار مكتبة الحياة ، بيروت .

4- أنور طلبة ، طرق وأدلة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، 1993 .

5- د / العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، طبعة 2002 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر .

6- د/ العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، طبعة 1999 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر .

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

8- بوبشير محند آمقران ، قانون الإجراءات المدنية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر .

09- خالد محمود طلال حمادة ، عقد الزواج بالكتابة عن طريق الانترنيت ، الطبعة الأول ، دار النفاس ، الأردن ، 2002 .

10- الإمام خليل ، المختصر ، دار الفكر ، الجزء الثاني ، بيروت .

11- سليمان مرقس ، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ، دار الجيل للطباعة ،جمهورية مصر العربية ، 1986.

12- عامر عبد العزيز ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا ، دار الفكر العربي ، القاهرة .

13- عبد الحميد الشواربي ، الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية ، دار المطبوعات الجماعية ، الإسكندرية ، 1992 .

14- عبد الرحمان الجزيري ، كاتب الفقه على المذاهب الأربعة ، الجزء الرابع ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1969.

15- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1982

16- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الثانية ، دار البعث ، قسنطينة ، 1989 .

17- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر ، الطبعة الثانية ، دار هومه ، الجزائر .

18- عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، أنسكلوبيديا ، بن عكنون ، الجزائر ،2003 .

19- فارس محمد عمران ، الزواج العرفي وصورة أخرى للزواج غير رسمي ، دار الجامعة الجديدة ، جمهورية مصر العربية ، .2001

20- فضيل سعد ، شرح قاون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، الجزء الأول ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986 .

21- الإمام محمد أبو الزهرة ، الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1950 .

22- الإمام محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وأثاره ، دار الفكر العربي ، جمهورية مصر العربية .

23- محمد عزمي البكري ، الأحوال الشخصية ، الجزء الخامس، دار محمود للنشر والتوزيع .

24- محمد فتح الله النشار ، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات طبقا لأحداث أحكام محكمة النقض ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2000

25- د/ محمد كمال الدين إمام ، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، .1992

26- الإمام محمد متولي الشعراوي ، أحكام الزواج والطلاق والخلع ، المكتبة التوفيقية ، سيدنا الحسين ، جمهورية مصر العربية .

27- د/ محمد محده، سلسة فقه الأسرة الخطبة والزواج ، الجزء الأول ، الطبعة الثاني ، شهاب ، الجزائر ، .2000

28- محمد مصطفى شبلي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، 1977.

29- معوض عبد التواب ، المستحدث في القضاء الأحوال الشخصية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1991.

30- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار الوفاء ، المنصور ، جمهورية مصر العربية ، 1988 .

31- د/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء السابع ، إعادة للطبعة الثالثة ، دار الفكر ، سورية ، 1996 .

باللغة الفرنسية :

Ghaouti Benmelha , Eléments du droit Algerien de la famille,le mariage et sa dissolution, tome premier,office de pulbications universtaires, publisud, Paris ,1985 .

القوانين و الأوامر و المراسيم :

- قانون الأسرة .2005

- القانون المدني ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2002 .

- قانون الإجراءات المدنية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2002 .

- قانون العقوبات ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2002 .

- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية .

-الأمر رقم 71-65 المؤرخ في 1971/09/22 المتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد مدون في سجلات الحالة المدنية .

- الأمر 69-72 المؤرخ في 1969/09/16 المتضمن إستثناء لما نص عليه القانون 63-224

- الأمر 66-307 المؤرخ في 1966/10/14 المتضمن شروط تأسيس الحالة المدنية .

- قانون 63-224 المؤرخ في 1963/06/29 المتعلق بتعيين الحد الأدنى لسن الزواج ووجوب تسجيل عقد الزواج خلال أجل محدد .

- مرسوم 62-126 المؤرخ في 1962/12/31 المتعلق بإمكانية وكيفية تقييد حالات الولادة والزواج و الوفاة

- أمر 59-224 المؤرخ في 1959/02/04 والخاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية وذلك في عملات الجزائر والساورة و الواحات .

- قانون 57-777 الصادر خلال سنة 1957 المتعلق بإثبات وتسجيل عقود الزواج السابقة له .

- قانون 1882/03/23 المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين بالجزائر المعدل بقانون 1930/04/02 .

المجـلات القضائيـة :

المجلة القضائية ،1989 ، العدد02 .

المجلة القضائية ، 1990 ، العدد 01 .

المجلة القضائية ، 1990 .العدد 03 .

المجلة القضائية ،1991 ، العدد 01 .

المجلة القضائية ، 1992 ، العدد 02 .

المجلة القضائية ، 1992 ، العدد 03.

المجلة القضائية ، 1993 ، العدد 02.

المجلة القضائية ، 1994 ، العدد 02.

المجلة القضائية ، 1997 ، العدد 01.

المجلة القضائية ، 2000 ، العدد 02.

المجلة القضائية ، 2001 ، العدد الخاص.

المجلة القضائية ، 2002 ، العدد 02.

نشرة القضاة ، 1990 ، العدد 55 .

مجلة العلوم القانونية والسياسية سنة 1962 ، رقم 04.

المقـالات ومجلات ومذكرات :

- بداوي علي ، مقال عقود الزواج العرفية ، مجلة قضائية ، 2002 ، العدد 02 .

- بداوي علي، مقال عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون و متطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني ، دار الهلال للخدمات الإعلامية .

- عمر زودة ، مقال دور النيابة العامة في الدعاوى المدنية ، مجلة قضائية ، 1991 .

-عمر زودة ، مقال حول التعليق على التطبيقات القضائية للمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية ، مجلة قضائية ، 2002 ، العدد 01 .

- عبد الله شناح ، الزواج العرفي ، مذكرة نهاية التربص بالمعهد الوطني للقضاء ، 1993 .

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

اعتمدنا في مذكرتنا هذه على الخطة التالية:

مقدمة

الفصل الأول: أحكام الزواج عموما

المبحث الأول: مفهوم عقد الزواج

المطلب الأول: تعريف عقد الزواج

المطلب الثاني: أهمية الزواج

المطلب الثالث:حكم الزواج

المبحث الثاني: أركان وشروط عقد الزواج وجزاء تخلفها

المطلب الأول: الأركان والشروط

المطلب الثالث:جزاء تخلف أحد الأركان

الفصل الثاني: الشكلية في عقد الزواج

المبحث الأول: الفقه

المطلب الأول:الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني :الشيخ الإسلام ابن تميمة

المبحث الثاني: رأي القانون المقارن

المطلب الأول:القانون الأردني و اللبناني و المصري

المطلب الثاني: القانون الفرنسي.

المبحث الثالث: رأي المشرع الجزائري.

المطلب الأول: قبل الاستقلال.

المطلب الثاني : بعد الاستقلال.

إشكـــاليـــة الـــزواج العرفـــي

الفصل الثالث: وسائل إثبات الزواج العرفي و الآثار المترتبة عليه.

المبحث الأول: كيفية إثبات الزواج العرفي.

المطلب الأول: الإقرار.

المطلب الثاني: الشهادة (البينة).

المطلب الثالث: النكول عن اليمين

المبحث الثاني :تسجيل الزواج العرفي

المطلب الأول:تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه

المطلب الثاني: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه

المبحث الثالث: الآثار المترتبة عن تسجيل عقد الزواج.

المطلب الأول : تسليم الدفتر العائلي.

المطلب الثاني: تحرير العقد أمام الموثق

المطلب الثالث : تحرير العقد خارج الوطن

المطلب الرابع : تدوين الزواج في سجلات الحالة المدنية

الخـاتمة