الـــــزواج العـــــرفـــي

الفصل الأول: ماهية الزواج العرفي

مقدمة الفصل:

لكون الزواج العرفي يشترك مع الزواج الرسمي في جميع الأركان والشروط باستثناء التسجيل فانه يتعين علينا التعرض لتعريف الزواج العرفي من خلال مفهوم الزواج الرسمي فقها وقانونا في المبحث الأول، وتبيان أركان وشروط عقد الزواج في المبحث الثاني وأسباب الدافعة له في المبحث الثالث

الـــــزواج العـــــرفـــي

المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي

هو الاقتران والازدواج، وشاع استعماله في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار، ولقد جاء في القران ما يرادف هذا المعنى في قوله تعالى:" وزوجناهم بحور عين" [1] إي قرناهم بهن، وقوله:" إذا النفوس زوجت".[2] أي اقترنت بأبدانها وأعمالها.

أما النكاح فيعني الدخول والاختلاط والضم والعقد والوطء [3]، ومن استعماله في الوطء قوله صلى الله عليه وسلم:" ولدت من نكاح". أي من وطء حلال [4]

المطلب الأول: تعريف الزواج فقها:

رغم اختلاف التعاريف التي جاء بها الفقهاء بعد الزواج، فان التباين في أغلبيته لفظي مع تقارب المعنى، وكل هذه التعاريف تنتهي إلى إن القصد من عقد الزواج هو ملك المتعة أو حلها، حيث انه في الاصطلاح الشرعي عقد يرد على استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع، أو هو عقد وضعه الشارع يرد على حل المتعة على الوجه المشروع وعلى سبيل القصد [5].

ويعرفه صاحب الكنز بأنه:" عقد يرد على ملك المتعة قصدا" والتعريف على هذا النحو يشير إلى حق الرجل في الاستمتاع بزوجته دون غيره، أما المرأة فيحل لها

---

[1] سورة الدخان، الآية 54.
[2] سورة التكوير، الآية 07.
[3] د/محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، الجزء الأول، الطبعة الثانية، شهاب، الجزائر، 2002، ص85.
[4] د/محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1992، ص26.
[5] د/العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، طبعة 2002، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص30.

الـــزواج العـــرفـــي

الاستمتاع بزوجها وقد تشاركها زوجة آخر في ذلك، لان الشارع أباح للرجل تعدد الزوجات ومنع ذلك على النساء.

وعيب هذا التعريف انه يكاد يجعل من الاستمتاع أساس الزواج، مع أن مقاصده كثيرة، ومنها ما يكون في الحياة الدنيا، ومنها ما يمتد إلى الآخرة.[1]

وعرفه مصطفى شلبي بأنه:" عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل في التمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها، وحل استمتاع المرأة به"، وهو التعريف الذي كان صاحبه يتوقع منه الإلمام بخصائص عقد الزواج لكنه يعاب عليه انه جعل المرأة محلا للعقد، وهذا ما لا يصدقه العقل فلو كانت موضوعا للعقد، فلماذا يشترط فيها المشرع شروط طرفي العقد كالأهلية والحرية والعقل والإسلام.[2]

وقد اتجه بعض المعاصرين إلى تعريف شامل للزواج، فعرفه الشيخ محمد أبو زهرة بأنه:" عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد لكليهما ما له من حقوق وما عليه من واجبات"، ذلك إن الغرض الأسمى في الشرع وعند أهل الفكر والنظم كما يقول الإمام أبو زهرة هو : التناسل وحفظ النوع الإنساني وان يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الإنس الروحي وسط متاعب الحياة، لقوله تعالى:" ومن آياته إن خلق لكم من لنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة".[3]

وهو اسلم التعاريف لأنه يحدد الطبيعة القانونية لعقد الزواج، إذ إن جميع العقود تتداخل فيها إرادة الأطراف وتجعل لها أركانا وشروطا ما عدا هذا العقد الذي

---

[1] المرجع السابق، ص 31.
[2] المرجع السابق، ص 31.
[3] سورة الروم، الآية 04.

الـــــزواج العـــــرفـــي

وضعه الله سبحانه وتعالى وهذا ما أشار إليه الإمام أبو زهرة في تعريفه:" ... ويحدد لكليهما ما له من حقوق وما عليه من واجبات".

لقد تنازع الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للزواج، فمنهم من اعتبره عقدا يتم بتلاقي إرادة كل من الزوج والزوجة وهذا الاتفاق يرتب الكثير من الآثار القانونية، وانتقد هذا الرأي على أساس إن هذه الأخيرة تترتب على العقد بمعناه التقليدي، والتي تقوم بتحديدها وترتيبها أطراف العلاقة طبقا للقاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين".

أما الآثار المترتبة على الزواج فالقانون هو الذي يحددها بنصوص امرأة لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها، ولا يمكن الإنقاص من أهمية هذا النقد بحجة انه توجد الكثير من العقود التي تتضمن شروطا أساسية، ذلك انه في مثل هذه العقود يقوم احد الإطراف بوضع هذه الشروط، ويتعين على الطرف الآخر قبولها، أما في عقد الزواج فالقانون هو الذي يحدد أثاره وشروطه، واعتبر أصحاب هذا النقد الزواج نظاما قانونيا خاص يختلف مفهومه عن المفهوم التقليدي للعقد.[1]

يرى الدكتور محمد كمال الدين إن كلا من النظرية التعاقدية وفكرة النظام تعتبر غير كافية، إذا اتخذت كل منهما على حدى ففكرة النظام القانوني تكمل تلك النظرية التي تعتبر الزواج عقد، فالزواج بحكم كونه نظام يكشف الصفة الآمرة للقواعد القانونية التي تحكمه فهو في نفس الوقت عقد رضائي.[2]

---

[1] احمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص36.

[2] د/محمد كمال ادين امام، المرجع السابق، ص 55.

الـــــزواج العـــــرفـــي

المطلب الثاني:تعريف الزواج قانونا:

منذ بداية القرن الحالي بدأت الدول الإسلامية تفكر في إصدار تشريع للأحوال الشخصية يلم شتاتها ويحل مشكلاتها الفقهية والاجتماعية، ويستمد من مصادر الإسلام وأراء 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.

ولقد كانت الجمهورية السورية اسبق الدول العربية لإصدار تشريع كامل للأحوال الشخصية بحيث جاء تعريف الزواج في مادته الأولى بقولها:" الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل".

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

بينما التشريع اليمن في مادته الأولى:" الزواج هو ارتباط بين الزوجين بميثاق شرعي تحل به المرأة للرجل شرعا وينشان معا أسرة قوامها حسن المعاشرة".

أما مشروع القانون المصري للأحوال الشخصية للمسلمين والذي اقره مجمع البحوث الإسلامية فقد فضل عدم تعريف عقد الزواج.

ونصت المادة الأولى من المدونة المغربية الصادرة سنة 1957، على إن الزواج:" ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء، غايته الإحصان والعفاف مع تكثير سواء الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزواج على أسس مستقرة نكفل للمتعاقدين تحمل أعبائها ف طمأنينة وسلام وود".

الـــــزواج العـــــرفـــي

وبالنسبة للتشريع الجزائري فقد نصت المادة الرابعة منه:" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون والحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

ما يلاحظ على إن هذا التعريف إن المشرع ذكر طرفي عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، كما نص على ضرورة احترام الشروط الشرعية، وذكر الغاية من عد الزواج، وبذلك فان المشرع لم يتعرض إلى موضوع عقد الزواج وأثاره القانونية لكنه ذكر الغاية منه، ولعل عذر المشرع في هذا الإغفال هو الخشية من الظن بان عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع فعدل عن ذلك إلى ذكر الغاية.[1]

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

وميزة هذه القوانين كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 51 لسنة 1984 في شان الأحوال الشخصية الكويتي، أنها استبعدت ما شاع بين الفقهاء في ان الزوجة محل الاستمتاع وأظهرت ما لزوج من مقاصد سامية في بناء المجتمع ولكن يعاب على هذه التعاريف أنها أغفلت عن عنصر جوهري هو موضوع العقد، ولم تتعرض لأثاره الشرعية.

أما القانون الفرنسي حسب كولين وكابيتون فقد نص:" عقد الزواج هو عقد مدتي احتفالي، والذي بواسطته يتحدى الرجل والمرأة من اجل العيش معا، ومن اجل

---

[1] د/العربي بلحاج، المرجع السابق، ص31.

الـــــزواج العـــــرفـــي

التعاون والمساعدة تحت إشراف الزوج رئيس العائلة"[1] كما نص القانون الحديث بان:" الزواج يخلق جميعه بين الزوجين اللذان لهما واجبات متبادلة، وهدفه الأساسي هو خلق عائلة".[2]

ونظرا لكون عقد الزواج العرفي هو عقد زواج كامل الأركان والشروط المطلوبة في الشريعة الإسلامية غير انه لم يسجل فعلينا أن نتطرق إلى أركان وشروط عقد الزواج العرفي.

[1] Dr/ GHAOUTI BENMELLHA, élément du droit Algérien de la famille, tom premier, le mariage et sa dissolution, office de publications universitaires, pubisud, Paris, 1985, p42.
[2] Déjà cité, P42.

المبحث الثاني: أركان وشروط عقد الزواج العرفي.

إن عقد الزواج كعقد شرعي له أركان تقومه وتحقق ماهيته وشروط لابد منها لأجل الاعتداد به، وقبل بياننا لهذه الأركان والشروط واثر كل منهما على عقد الزواج نوضح الفرق بين الركن والشرط.

فالركن لغة هو الجانب القوي في الشيء، لقوله الله تعالى:" ا واوي إلى ركن شديد".[1]

والركن اصطلاحا هو ما يتوقف الشيء على وجوده ولكن جزءا من حقيقته، وقيل ركن الشيء ما يتم به وهو داخل فيه بخلاف شرطه فهو خارج عنه.

والشرط فهو ما يتوقف عليه الشيء جعل شرطا له ولم يكن جزءا في حقيقته.

ونظرا لما لعقد الزواج من خاصية أميزه عن غيره من العقود ذلك لان لكل ركن من أركانه شروطا لا يمكن دراسة هذه الأركان بمعزل عن الشروط.

والفقهاء المسلمون تطرقوا إلى أركان عقد الزواج وشروطه وتحدثوا عنه كثيرا وسلكوا بشأنهما طرق شتى، وإذا كان الفقهاء بم يختلفوا في اعتبار الرضا ركن من أركان الزواج، فقد اختلفوا بشان حضور الشهود في جلسة انعقاد الزواج وفي الولي والصداق.[2]

في التشريع الجزائري فان الأمر 59-274 الصادر بتاريخ 1959/02/04 والمتعلق بعقود الزواج التي يعقدها الجزائريون الذين يخضعون إلى نظام الأحوال الشخصية المحلية في عمالات (الولايات) الجزائر وولايتي الساورة والواحات (ورقلة- بشار حاليا) نص في مادته الثانية على إن:" الزواج لا ينعقد إلا برضا الزوجين، ويجب أن يصدر الرضا شخصيا وعلينا ومن صاحب الشأن

---

[1] سورة هود، الآية 40.

[2] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، لبنان، 1977، ص 40.

شخصيا شاهدين بالغين، وذلك أمام القاضي أو الموثق أو ضابط الحالة المدنية وإلا كان العقد باطلا".

وهذا لا يعني إن هذا القانون بم يكن يقيم وزنا للتعبير عن الرضا بالوكالة، ولم يشر إلى الصداق ولا للولي، ولم يجعل من أي منهما ركنا ولا شرط لانعقاد الزواج أو لصحته، كما لم يجعل من فقدان احدهما سببا من أسباب الفسخ أو البطلان.[1]

أما قانون الأسرة الحالي وتحت عنوان أركان الزواج نص في المادة التاسعة على انه:" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ونص في المادة 09 مكرر:" يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: الأهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج" جاعلا الرضا ركنا والعناصر الأخرى شروط صحة لقيام عقد الزواج، لذا سنتحدث عن كل منهما على حدى ووفقا للترتيب الذي سار عليه قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: ركن الزواج (رضا الزوجين)

لما كان عقد الزواج عقدا إراديا يقوم على تراضي المتعادين، كان الرضا ركنا من أركانه، وهذا الرضا أو التراضي يوجد إرادتين متوافقتين ومتطابقتين متجهتين إلى إحداث اثر شرعي معين وهو حلية استمتاع في الزواج مع تحمل باقي أثار العقد الشرعي، ومظهر ذلك كله في الإيجاب والقبول.

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

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص 115.

وذهب المالكية إلى القول بان المرأة لو قالت بعد العقد" ما علمت من إن صمتي إذن" بطل العد لاعتبارهم ذلك عيبا في الرضا.

وقد جاء في المذكرة التوضيحية لمشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية إن " عقد الزواج عقد لابد فيه من الرضا" ونصت المادة العاشرة من قانون الأسرة في فقرتها الأولى أن:" يكون الرضا بإيجاب من احد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا". ثم نصت فقرتها الثاني:" يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة او عرفا كالكتابة والإشارة".

وهذا يتعين معه التطرق لكل من الإيجاب والقبول والى صيغة كل منهما والى إيجاب أو قبول العاجز عن الكلام.

1-الإيجاب والقبول

أ- **فالإيجاب:** هو ما صدر من احد العاقدين أولا دالا على ما يريده من إنشاء العقد، ما يسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجبا.

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

فأول الكلام إيجابا سوا صدر من جانب الزوج أو من جانب الزوجة، وسمي إيجابا لأنه اوجد الالتزام، ويسمى الثاني قبولا لأنه رضا بما في الأول من الالتزام.

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

2-الصيغة:

وقد اتفق الفقهاء على إن العقد ينعقد بكل لفظ مأخوذ من مادتى الزواج والنكاح لان أكثر النصوص الواردة فيه جاءت بهما، وانه لا ينعقد بألفاظ الإباحة والإحلال والإيداع والإعارة والرهن لأنها لا تفيد الأبدية، والزواج من العقود الأبدية لأنه يفيد ملك المتعة للزوج.

وكذلك لا ينعقد بلفظ الوصية لأنها وان أفادت التمليك إلا انه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والزواج يفيد التمليك في الحال، وكذلك لفظ الايجازة لأنها وان أفادت ملك المنفعة في الحال إلا أنها ملكية مؤقتة والزواج شرع على الدوام والتأبيد، فصيغة الزواج يجب أن تكون دالة على التاقيت، والا يقترن بها ما يدل على هذا التاقيت صراحة، لان مقتضى عقد أزواج حل العشرة ودوامها.

وذهب الإمام أبو زهرة إلى القول:" ولا ينعقد عقد الزواج إلا بألفاظ الدالة عليه سواء كانت لغوية في دلالتها عليه أم كانت مجازا مشهورا وصل إلى درجة الحقيقة اللغوية ام كانت مجازا وضعت فيه القرينة واستبيان المعنى حتى صار الكلام صريحا في إرادة الزواج"[1] والمادة العاشرة من قانون الأسرة أكدت على ذلك بحيث جعلته بكل لفظ يفيد النكاح شرعا.

وبما إن الزواج مشروط فيه الشهادة ما شهدوا عليه، فالحنفية صححوا استعمال الألفاظ غير الصريحة مع القرينة الدالة على إن المتكلم أراد بها الزواج كذكر المهر معها وإحضار الشهود وما شابه ذلك، أما المالكية فقد أجازوا التزويج بلفظ الهبة والصدقة والتمليك إذا ذكر معها الصداق ليكون قرينة على إرادة الزواج من

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

الـــــزواج العـــــرفـــي

هذه الألفاظ كأن يقول طالب الزواج:" هب لي ابنتك بمهر كذا" ويقول الأخر:" قبلت".[1]

إن هذه الآراء تتعلق بالإيجاب فقط أما القبول فيتحقق بأي لفظ يدل على الموافقة والرضا.

كما إن ليس شرطا أن يعبر عن الإيجاب والقبول باللغة العربية سواء كان العاقدان يحسنان اللغة أو لا، لان المقصود هو التعبير الواضح عن الإرادة، لكن الشافعية ذهبت إلى انه لا ينعقد الزواج بغير العربية اذا كان العاقدان يفهمانها، كما إن الشعية ذهبت إلى عدم جواز الترجمة مع القدرة على النطق بالعربية والى جوازا مع العذر كالأعجم.[2]

إما في انعقاد الزواج بغير الكلام، فقد ميز الفقه بين حالتين، فإذا كان العاقدان حاضرين معا في مجلس العقد وكانا قادرن على النطق، فلا يصح الزواج بينهما بالكتابة لان اللفظ الأصل في التعبير عن الإرادة ولان الكتابة كناية، والنكاح لا ينعقد بالكناية، أما إذا كان العاقدان غائبين، فقد ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى المنع من إجراء عقد الزواج بالكتابة بين غائبين وأجاز ذلك الحنفية، حيث يجيزون للرجل الغائب عقد الزواج بالمراسلة والتعبير عن الرضا بواسطة الرسائل المكتوبة عندما تتضمن هوية الزوجة وتتم قراءة الرسالة علانية بحضور الشهود وتعلن المرسل إليها قبولها أمامهم ولو لم تكن الرسالة قد تضمنت مقدار ونوع الصداقة.[3]

أما المشرع الجزائري فقد ذهب من خلال نص المادة العاشرة من قانون الأسرة إلى ما ذهب إليه المانعون من انعقاد الزواج بالكتابة حيث حصر التعبير عن

---

[1] د/ العرب بلحاج، المرجع السابق، ص 67.
[2] المرجع السابق، ص 65.
[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 119.

الإرادة في اللفظ ولم يستثني الغائبين كما فعل بالنسبة للعاجز، في حين نجد إن بعض قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية قد حددت موقفها بوضوح، حيث إن القانون المصري مثلا في مادته السادسة ينص على انه:" يجوز أن يكون الإيجاب عن الغائب بكتاب أو بواسطة رسول".

أما القانون السوري للأحوال الشخصية فقد نص في مادته السابعة على انه:" يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان احد العاقدين غائبا عن المجلس".[1]

ومما تجدر الإشارة إليه إن الزواج لا ينعقد بواسطة الهاتف لان الشاهدين يسمعان كلام احد العاقدان فقط وسماعهما الإيجاب وحده أو القبول وحده غير كاف لصحة العقد وكذلك لو شهد اثنان على كلام احدهما وآخران على كلام الآخر لا يعتد بذلك لان الشهادة لم تكن على كامل العقد.

وأما عند من لم يشترط الشهادة فيمكن أن يقال انه ينعقد متى تأكد كل من الطرفين من شخص الآخر ومن وضوح عبارته، والتأكد من ذلك عسير لاشتباه الأصوات وإمكانية تقليدها.[2]

وأما العاجز عن الكلام كالأخرس فان كان لا يحسن الكتابة، فيعبر عن إرادته بإشارته المعروفة لأنه لا سبيل له في التعبير عن إرادته إلا بها ولا يزوجه وليه إن كان بالغا، لان الأخرس كالأصم لا يحجر عليه، والأخرس إذا كان يحسن الكتابة فالأرجح إن لا يقبل منه التعبير عن إرادته بالإشارة، لان الكتابة أقوى بيانان من الإشارة حيث يعرفها كل من يقرا بخلاف الإشارة التي لا يعرفها إلا القليل، وهذا ما اخذ به القانون المصري حيث ينص في المادة 128 على إن:"

---

[1] خالد محمود طلال حمادة، عقد الزواج بالكتابة عن طريق الانترنت، الطبعة الاولى، دار النفاس، الاردن، 2002، ص 89.
[2] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 70.

إقرار الأخرس بإشارته المعهودة ولا يعتد بإقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة ..."[1].

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

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

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

وعقد الزواج من بين العقود التي يمكن أن يتولاها عاقد واحد يقوم مقام عاقدين وتقوم عبارته مقام عبارتين، وذلك يكون إذا كانت ولاية إنشاء العقد في كلا الجانبين لنفس الشخص، وتكون له الولاية من الجانبين في الحالات التالية:

1-إذا كان وكيلا عن الرجل و المرأة.

---

[1] الرمجع السابق، ص 65.
[2] المرجع السابق، ص 69.

2-إذا كان وكيلا من جانب وأصيلا من جانب، كأن توكله المرأة في أن يزوجها من نفسه.

3-أن يكون وليا من جانبين، كأن يزوج حفيدته من ابن عمها الذي هو حفيده أيضا وكلايهما في ولايته.

4-أن يكون وليا من جانب ووكيلا من جانب آخر كان يوكله رجل آخر في أن يزوجه من ابنته التي هي في ولايته.

5-أن يكون وليا من جانب وأصيلا من جانب آخر كان يزوج نفسه من ابنة عمه التي هي في ولايته.

أما الوكالة في أزواج فقد أجازها الفقهاء وذلك لان الواقع المعتاد في أكثر عقود الزواج أن لا يباشر الرجل والمرأة العقد بنفسها لغلبة الحياء، إلا إن المشرع الجزائري ألغى المادة 20 من قانون الأسرة التي كانت تخول الرجل إن يوكل شخصا ينوب عنه بوكالة خاصة.

كما انه يشترط في عقد الزواج أن يكون مجز وذلك لخلوه من التعليق على الشرط يحتمل أن يتحقق آو لا يتحقق وصيغته غير مضافة لآجل في المستقبل، أما إذا اقترن الزواج بشرط يتماشى ومقتضيات العقد ويساير ما تام ربه الشريعة الإسلامية فهذا جائز، كاشتراط تعجيل وتأجيل بعضه، وهو ما أشارت إليه المادة 19 من قانون الأسرة بقولها:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج او عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

أما إذا كان الشرط مخالفا لقانون الأسرة ولأحكام التشريع الإسلامي ولا يتفق مع مقتضيات العقد فالشرط هنا باطل باتفاق العلماء والعقد يبقى صحيحا، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 35 من قانون الأسرة بقوله:" إذا اقترن

عقد الزواج بشرط باطلا والعقد صحيحا"، وكما قال الرسول صلى الله عليه وسلم:" المسلمون على شروطهم إلا شرطا احل حراما أو حرم حلالا".

3-شروط الرضا:

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

1-أن لا يكون احد العاقدين فاقد أو ناقص الأهلية: ويعد السفيه كامل الأهلية، ولذلك يصح وينعقد عقد زواجه إذ حجر عليه في الزواج وأثاره.[1]

وقد حدد الأمر رقم 274-59 في مادته الخامسة سن الزواج بالنسبة للرجل ب16 سنة وبالنسبة للمرأة ب 15 سنة، أما القانون رقم 224-63 الصادر بتاريخ 1963/06/29 فقد حدده بالنسبة للرجل ب 18 سنة للرجل و16 سنة بالنسبة للمرأة، وأهلية الزوج في قانون الأسرة الحالي حددتها المادة السابعة بقولها:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة".

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

والدكتور محمد محدة يرى أن تحديد حد أدنى للزواج كإجراء تنظيمي يجوز للسلطة التشريعية باعتبارها تحافظ بقوانينها على سلامة الفرد والمجتمع، غير انه من جهة أخرى لم يعطيها القيمة القانونية اللازمة ذلك إن النهي دون جزاء قد لا يجدي نفعا لدى البعض خاصة عند علمهم بما تنص عليه المادة 22 من إمكانية تسجيل العقد بحكم أمام القضاء إذا اكتملت أركانه.[2]

---

[1] الامام محمد ابو زهرة، محاضرات في عقد الزواج واثاره، دار الفكر العربي، جمهورية مصر العربية، ص 20.

[2] د/محمد محدة، المرجع السابق، ص 130.

وعلى العكس من ذلك فان القانون رقم 224-63 الذي نص في مادته الثانية:" يعاقب كل من ضابط الحالة المدنية والقاضي والزوجين وممثليهما والشركاء الذين لم يراعوا شرط السن المنصوص عليها في المادة الأولى، بالحبس من 15 يوما إلى 03 أشهر وبغرامة من 400 إلى 1000 فرنك جديد أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وعلى العموم فان تحديد السن لم يأت على إطلاقه ذلك إن المشرع لم يأخذ الناس جميعا مأخذا واحدا سواء كانوا ذكورا أو إناثا وإنما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في لسماح والإذن بالزواج.[1]

2-أن يكون الإيجاب حازما: أي ينطوي على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به، وعلى أساس توافر هذه النية او انتقائها يفرق الفقهاء بين الإيجاب وبين الدعوة إلى التعاقد مع مراعاة إن القول بذلك من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا.[2]

3-أن يكون الإيجاب كاملا: أي أن تتوفر فيه العناصر الرئيسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد العقد لمجرد اقتران القبول به.[3]

4- أن لا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الأخر: لأنه إذا رجع الموجب في إيجابه قبل القبول ألغى الإيجاب، فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء على غير إيجاب للموجب الرجوع في الإيجاب ما لم يرتبط بقبوله لا الالتزام لا يتم قبل الارتباط بين الإيجاب والقبول.

وعلى العموم يجب أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب وسقوط الإيجاب يكون:

---

[1] المرجع السابق، ص 132.

[2] د/العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الاول، طبعة 1999، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص 60.

[3] الامام محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص 23.

-أما الرفض الصادر ممن وجه إليه الإيجاب.

-وأما بانقضاء المهلة التي التزم فيها الموجب بالبقاء على إيجابه.

-إذا كان معلقا على شرط وتخلف الشرط.

كما يسقط الإيجاب غير الملزم في التعاقد بين حاضرين إذا انقضى مجلس العقد ولم يكن الموجب قد عدل عنه، أو إذا لم يقترن بتحديد ميعاد صريح بالقبول ولم يستخلص من الظروف ميعاد ضمني لرجوع الموجب في إيجابه قبل قبوله ممن وجه إليه.

وإذا سقط الإيجاب لأي سبب من الأسباب المذكورة سابقا، ثم جاء القبول بعد ذلك فان هذا القبول يعتبر إيجابا جديدا إذا قبله الطرف الآخر انعقد العقد.

5-يجب ان يكون القبول مطابقا للإيجاب: ومعنى ذلك صدور القبول على كل المسائل التي تضمنها الإيجاب، ومن ثم إذا اقترن القبول بما يزيد أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا.

والإمام أبو زهرة له رأي مخالف بالنسبة لضرورة مطابقة الإيجاب للقبول، حيث انه يقول:" كأن تقول هي تزوجتك على مهر قدره 100 فيقول ب200 فان العقد صحيح وتلزم المئة الثانية، وإذا قال هو تزوجتك على 100 وقالت هي قبلت على صح العقد على50"[1] وهو ما أيده الأستاذ الغوثي بن ملحة.

6-أن يكون الرضا سليما من كل العيوب: وهي الإكراه والغلط والتدليس وهناك من يضيف الاستغلال، وقد نصت المادة 13 من قانون الأسرة انه" لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

---

[1] الغويثي بن ملحة، محاضرات في قانون الاسرة، المعهد الوطني للقضاء، سنة 2002.

وفي ذلك صدر قرار عن مجلس مستغانم الغرفة المدنية بإبطال عقد زواج امرأة أكرهت على الزواج من طرف وليها.[1]

أما إذا ورد الإكراه بمعنى المنع وليس الإجبار، فقد ذهبت المحكمة العليا إلى انه في هذه الحالة للقاضي أن يأذن بالزواج، حيث قضت غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بأنه:" من المقرر قانونا انه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن مع مراعاة أحكام المادة 09 و09 مكرر من هذا القانون".[2]

والسؤال يطرح بالنسبة لزواج المخطوفة أو المبعدة، حيث انه ورد في الفقرة الأولى من المادة 326 من قانون العقوبات على أن:" كل من خطف أو ابعد، أو حاول اختطاف أو إبعاد قاصر لم يكمل الثامنة عشر من عمره بغير عنف أو تهديد أو تحايل يعاقب بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 2000 دينار.

وعندما تتزوج القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها أو مبعدها لا تتخذ إجراءات المتابعة ضده إلا بناءا على شكوى من الأشخاص الذين لهم صفة في طلب بطلان عقد الزواج".

فالمشرع بعد إن جرم فعل الاختطاف أو الإبعاد تراجع إلى الوراء بقصد حماية مصلحة الضحية المخطوفة أو المبعدة ذلك انه في حالة زواج القاصرة من خاطفها فلا يمكن أن تتخذ ضده إجراءات المتابعة الجزائية إلا بناءا على شكوى ممن لهم صفة في طلب بطلان.

---

[1] مجلة العلوم القانونية والسياسية، سنة 1968، رقم 04، ص 50.

[2] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية،1993/03/30، المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001، ص 3.

الـــــزواج العـــــرفـــي

عقد الزواج، تراجع خطوة ثانية إلى الوراء وقال لا يجوز الحكم على الخاطف الا بعد القضاء ببطلان العقد، وكان إعلان رغبة المخطوفة في الزواج من خاطفها وإبرام عقد الزواج بينهما عمل يزيل الصفة الجرمية.[1]

فالمتمعن في رضا الطرفين يجده معيبا، فالزواج الخاطف يعلن أجابه بالزواج بمخطوفته تهربا من المتابعة الجزائية وربما قصد إبرام زواج مؤقت، والزوجة المخطوفة تعلن قبولها قصد التستر على نفسها، فكلا الطرفين وقعا في أكراه معنوي وزواجهما معرض إبطال في كل لحظة.

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

ولذا اعتبرت الكفاءة في صالح المرأة، وحسب الفقهاء فان الكفاءة تتصل بالمال والجمال بالنسبة للمرأة، والكفاءة تتصل كذلك بخلو الزوج من العيوب المخلة بمقاصد الزواج، وإذا غابت الكفاءة كان غيابها من أسباب عدم لزوم العد لعدم وجود الرضا عند الزوجة.[2]

إذن لانعقاد الزواج لابد من إرادة واعية وجدية، كما إن أساس الزواج هو الرضا والاختيار، وعليه فلا ينعقد الزواج بالإكراه المادي أو المعنوي.

المطلب الثاني: شروط لانعقاد الزواج

1-الولي:

شرعت الولاية في السلام حفاظا لحقوق العاجزين عن التصرف، بسبب فقد الأهلية أو نقصها، ورعاية لمصالحهم وشؤونهم، حتى لا تضيع وتهدر ذلك إن

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص66-68.

[2] مجلة العلوم القانونية والسياسية، سنة 1968، عدد 04، ص 52.

الـــــزواج العـــــرفـــي

الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، ومن عجز عن رعاية مصلحته أقام له المشرع من يتولى أمره، ويحقق له النفع ويدفع عنه الضرر.

ويشترط الإسلام فيمن يتولى إنشاء عقد الزواج إن تكون له حق الولاية والقدرة على إنشائه، وقد اجمع الفقهاء على إن 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، وسواء تزوج بمن تساويه منزلة أو لا تساويه، هذا ما يراه الإسلام في شان تولي الرجل عقد زواجه، فما هو الحكم في شان المرأة؟ وهذا ما سنتطرق إليه من خلال ما يأتي:

أ-تعريف الولاية وأقسامها:

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

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

وقسم الفقهاء الولاية إلى ثلاثة أقسام، هي:

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

-**ولاية الإجبار la containte matrimoniale** فهي ولاية الأب أو الجد على الفتاة البكر والصغير والمجنون، فيها يستبد الولي بإنشاء العقد على الولي عليها ولا يشاركه احد لعدم توفر في المولي عليها شرط العقل والبلوغ وأهلية الزواج.[1]

---

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

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

-**ولاية الاختيار la containte facultative** وتسمى ولاية المشاركة وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة فالخيار لها، غير انه يستحسن ان تستشير وليها، وان تقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف.[2]

ب-دليل شرعية الولاية وحكمها:

هناك خلاف ظاهر في الرأي بين الأئمة، فالإمام مالك والشافعي واحمد متفقون على إن المرأة البالغة مهما تكن درجتها من الرشد، فليس لها أن تنفرد بأمر زواجها بل لوليها سلطان، وان النساء لا يتولين انشأ العقد، بل لابد من إذن الولي وإشراكه في الاختيار، ودليلهم في ذلك قوله تعالى:" فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن"، وقوله صلى الله عليه وسلم:" لا نكاح إلا بولي"، وقوله أيضا:" أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل باطل باطل وان دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها"[3]

وقد خالف الإمام أبو حنيفة سائر الفقهاء وقال:" إن للمرأة الحق أن تنفرد باختيار الزوج من غير إشراك وليها، ولها أن تنشئ عقد زواجها بعبارتها، ولكن يستحسن أن يتولى ذلك وليها وان يكون راضيا بحالة الزوج"، واستدل بقوله تعالى:" فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"[4]، وقوله أيضا:" وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن"[5]، وقوله صلى

---

[1] د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 119.
[2] المرجع السابق، ص 119.
[3] د/وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، 1996، ص 82.
[4] سورة البقرة، الآية 230.
[5] سورة البقرة، الآية 232.

الـــــزواج العـــــرفـــي

الله عليه وسلم" الايم أحق بنفسها من وليها"[1] فالشرع اسند للمرأة البالغة العاقلة العقد.

وقد اعتبر الإمام أبو زهرة الولاية شرطا للصحة ويقول:" يشترط لنفاذ العقد إن يكون الذي يتولى إنشائه له ولاية إنشائه فإذا كان الذي تولى عقد الزواج كامل الأهلية وعقد لنفسه فعقده صحيح (ولاية الإنشاء بالأصالة)، وكذلك إذا كان عقد لمن هو في ولايته (الولاية الشرعية) أو من وكله (الوكالة)، وان لم يكن العاقد ولاية الإنشاء، إما لأنه ليس كامل الأهلية أو لأنه كامل الأهلية لكن عقد لغيره من غير إنابة بحكم الشارع أو بتوكيل صاحب الشأن فان العقد لا يكون نافذا بل يكون موقوفا"[2]، ويقصد ولاية الإجبار والاختيار والوكالة.

وقد اعتبر الدكتور الغوثي بن ملحة الولي والشاهدين شروط شكلية وليست أركانا في عقد الزواج.[3]

ومقارنة بالمشرع التونسي فانه لم يعتبر الولي ركنا من أركان عقد الزواج ونص في الفصل الثالث من مدونة الأحوال الشخصية" لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين"، ولكن أتى في الفصل السادس من المدونة وسمح للقاصر الذي تبلغ 17 سنة بالزواج بشرط أن يرخص لها الولي والأم.[4]

وقد اعتبر المشرع الجزائري الولاية في عقد الزواج شرطا من شروط الانعقاد حسب المادتين 09 مكرر و11 من قانون الأسرة، وعليه لا يمكن للمرأة أن تزوج نفسها والذي تزوج نفسها والذي يزوجها هو وليها بتفويض منها بمراعاة رضاها، ثم أتى في النصوص الموالية ليقلل من دور الولي فرتب على تخلفه في الزواج

---

[1] الايم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا.
[2] محاضرات الدكتور الغوثي بن ملحة
[3] محاضرات الدكتور الغوثي بن ملحة
[4] مجلة مغاربيات، موطنات حتى تتمتعن بحقوقكن، ص 24.

استمراره إذا حصل الدخول حسب المادة 33 من قانون الأسرة، فالمشرع جعل شرطا ورتب على تخلفه ما يترتب على تخلف الشرط.

فلو ابرم عقد زواج عرفي بدون حضور ولي وحضر الزوجين لتثبيت الزواج العرفي الواقع بينهما أمام المحكمة، فان المحكمة تتأكد من توافر أركان عقد الزواج حسب المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة، فان ثبت تخلف الولي ولم يحصل الدخول حكمت المحكمة بفسخ العقد ولا صداق فيه، أما أن ثبت تخلف الولي وحصل الدخول حكمت المحكمة بتثبيت الزواج العرفي.

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

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

ج-شرط الولي:

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

-الأهلية: وهي صلاحية الشخص قانونا لتلقي الحقوق وتحمل الواجبات اي ان تكون بالغا وعاقلا وراشدا.

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

فعلى القاضي عندما يريد تثبيت واقعة الزواج العرفي أن يتحقق من توافر أركان عقد الزواج والشروط الواجبة في ركن الولي، فلو كان الولي كامل الأهلية وقت إبرام العقد ثبت الزواج العرفي ولو فقدها في الفترة إبرام الزواج وتثبيته، فالعبرة بكمال الأهلية يوم الإبرام.

لكن ما يلاحظ إن المشرع حدد سن أهلية الزواج ب 19 سنة، في حين انه سهى عن تحديد سن الرشد بالنسبة للولي في الزواج، وبالرجوع للقواعد العامة حسب المادة 40 من القانون المدني والمادة 86 من قانون الأسرة نجدها 19 سنة.

-الذكورة:

إي أن يكون الولي في الزواج ذكرا، فالمرأة لا تستطيع تزويج نفسها مستدلين بنهيه عليه السلام إن تزويج المرأة المرأة أو المرأة نفسها، فقال عليه السلام بان الزانية هي التي تزوج نفسها، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، أما الحنفية فقد اثبتوا للام ولاية الإجبار للبنت وبنت الابن والأخت وغيرهن من النساء، إذا لم يكن عصبات من الرجال، وذلك بناء على ما ذهبوا إليه من إن الولاية تكون لعامة الأقارب ذكورا وإناثا أما ولاية الاختيار فلا تثبت عندهم لأنه لا ولاية بعد البلوغ.

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

والمشرع قد اخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء في المادة 11، ولكن ألا يتعارض هذا مع تولي المرأة القاضي تزويج امرأة أخرى باعتبار إن القاضي ولي من لا ولي له؟

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

فرغم إن قانون الأسرة نص في المادة 11 إن:" تعقد المرأة الراشدة زواجها وليها وهو أبوها أو احد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، ولكن من غير أن يرتب هؤلاء الأقارب، ودون ذكرهم بصفاتهم، ودون أن يشترط وفاة أو غياب أو عجز الأب أو من يليه لانتقال الولاية الشرعية من الأب إلى من يليه درجة من الأقارب، وعليه يتعين اللجوء لقواعد الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة.

فالمذاهب الثلاثة التي تشترط الولي تختلف في ترتيب الأولياء، حيث إن المالكية يقدمون الابن على الأب والأخ على الجد، والحنفية يقدمون الجد على الابن، والشافعية يقولون بان الولاية للأب قبل غيره ولوصي الأب عند وفاته أو للجد عند وفاة الأب آو عجزه أو غيابه غياب بعيدا أو طويلا وعند عدم وجود الأب ووصية الجد تنتقل للأخ ثم العم ثم الابن.

فأي مذهب نتبع هؤلاء الأقارب؟ فلو أخذنا بالمذهب المالكي فنرتبهم بجعل الابن قبل الأب فهذا يناقض المادة 11 التي جعلت لأي شخص تختاره الزوجة، وفي الموضوع رتب فضيل سعد المستحقين للولاية حسب الميراث (المادة 154 قانون الأسرة):

1-قرابة الأبوين (الأب والجد) .

2-قرابة البنوة (الابن وابن الابن وان نزل)

3-قرابة الإخوة (الأخ الشقيق اقرب من الأخ لأب).

4-قرابة العمومة (العم الشقيق اقرب من العم لآب الذي هو اقرب من العم لام).[1]

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

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

إن رأيناه علميا وخاصة بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة 05-09 فان اغلب المحاكم لا تتحقق من قرابة الولي للزوجة وذلك ما يستوحي من نص المادة بقولها ".. أو أي شخص تختاره." فالمشرع ترك الحرية للمرأة في اختيار وليها على عكس المشرع المغربي والتونسي الذي أصبح لم يعتد بشرط الولي.

فيرى المالكية انه يصح عقد النكاح بالولي الأبعد مع وجود الأقرب لكن هذا في الولي غير مجبر أما الولي فانه لا يصح أن يباشر العقد غيره مع وجود [3]، ويرى الحنفية انه يصح العقد إذا باشره الأبعد مع وجود الأقرب موقوفا على ايجازته فان أجازه نفذ وإلا فلا.

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

1-عجز الولي عن القيام بهذه الولاية.

2-الحجر عليه لانعدام أهليته.

3-وتسقط بقوة القانون إذا مات.

---

[1] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 74.
[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص124.
[3] عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1969، ص 27.

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

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

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

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

ج-دور الولي ووظيفته:

[1] فضيل سعد، المرجع السابق، ص 76

-الاعتراض على زواج المولى عليها:فالمشرع الجزائري في نص المادة 11 لم يفرق بين الولي إذا كان الأب أو غيره وإنما جعل الحكم عاما، فأباح لكل من عارض وليها في الزواج بمن ترغب فيه أن ترفع أمرها إلى القاضي ليأذن لها بالزواج رغم معارضة الولي بغض النظر عن صلة القرابة التي تصله بها سواء كان أبا أو جدا أو أخا أو غيره، لكن المشرع لم يحدد من هو القاضي الذي يصدر هذا الإذن؟ هل هو قاضي الأحوال الشخصية أم القاضي رئيس المحكمة أم غيرها؟ فمفهوم القاضي عام قد يشمل القضاة النيابة والحكم، قضاة المجلس أو المحكمة ولم يحدد المشرع إجراءات استصدار هذا الإذن؟ وكيف ينسجم لمن مع ضرورة مراعاة أحكام المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة التي تجعل من فقدان الولي في العقد سببا من أسباب فسخه، إنما يجري عمليا أن تقوم المعنية (الفتاة التي معناها وليها من الزواج) برفع الطلب من اجل تعيين وليا لها إلى رئيس المحكمة ويقوم هذا الأخير بالسماع للأطراف (الولي والمعنية)، ويفصل في الطلب أما برفض أو قبوله عن طريق استصدار أمر بتعيين ولي وهنا أما يعين لها ولي من العصبات أو يعين لها قاضي ليحل محل وليها في العقد، وبهذا يحل أشكال فقدان الولي في العقد ويصبح العقد كامل الأركان رغم امتناع الولي عن تزويج ابنته (ملحق رقم 02).

ولقد سارت المحكمة العليا على هذا المسار في قرارها المؤرخ في 1993/03/30 انه:" لما ثبت من – قضية الحال- إن البنت راشدة، وعبرت عن رضاها وان الراغب في زواجها معلم له مسكن، فان والدها (الطاعن) لم يثر الأسباب التي دفعت به لمنع هذا الزواج، لذا فان قضاة هذا الموضوع كانوا على

صواب عندما رخصوا للمطعون ضدها بالزواج، مما يتعين رفض الطعن لعدم تأسيسه[1]

-إجبارية الولي لزواج القاصر:ولقد أباح المشرع في المادة 2/12 قبل إلغائها بالقانون 05-09 للأب أن يمنع من في ولايته من الزواج وبذلك يحرم المرأة من حق الطعن ضد قرار وليها اذا كان هذا القرار مستوفيا للشروط القانونية:

1-أن تكون بكرا فلو كانت ثيبا جاز لها أن تطعن ضد قرار الولي ابا كان او غيره.

2-أن يصد قرار المنع من الأب ضد رغبة ابنته البكر فلو كان الولي أخا أو عما أو قريب آخر فإنها تستطيع الطعن فيه.

3-أن يكون في قرار المنع مصلحة للبنت فقط.

إلا إن المادة 13 المعدلة بالقانون رقم 05-09 تمنع الولي من إجبار القاصر التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها، وإذا كان قانون الأسرة منع الولي من إجبار البنت على الزواج في المادة13 ومنعه من تزويجها بدون موافقتها ، وكان قد سمح في المادة السابعة بتزويج الفتيات والفتيان الأقل من 19 سنة لمصلحة أو ضرورة، دون أن يحدد حد أدنى للسن ولا يسمح بالنزول عنه، فهل يعتبر موفقا في ذلك؟

إن استعمال كلمتي مصلحة وضرورة كلمتين عامتين جدا وجعلهما كسببين بجواز تزويج الصغار يجعلهما غير كافيتين لأداء الغرض ويختلف القضاة في تحديدهما لمنح الرخصة بالزواج، وما المقصود بالقاضي هنا أيضا هل هو قاضي الأحوال

[1] المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية، 1993/03/30، مجلة قضائية، 1994، العدد 03، ص 66.

الشخصية أم القاضي المكلف برئاسة المحكمة؟ وما هو هذا الإذن أو الترخيص بالزواج وما إجراءات استصداره؟.

يرفع طلب الإعفاء من شرط السن في الزواج من ولي المعنية إلى القاضي المكلف برئاسة المحكمة، ويتم استدعاء الأطراف (ولي) وسماعهم ويفصل القاضي المكلف برئاسة المحكمة بعد الاطلاع على الملف أما برفض الطلب وأما بقبوله مع أذنه بالإعفاء عن شرط السن في الزواج(محلق رقم ثلاثة).

بعد أن تطرق لأهم النقاط المتعلق بولي سننتقل للصداق.

2-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 اثر من أثاره، ونحن وان كنا لا نحاول نستغرق في تحليل هذه الأبحاث فإننا سنكتفي بالحديث عن الصداق من جوانب قليلة تهم بحثنا ومعتمدين أساسا على أحكام قانون الأسرة.

أ-مفهوم الصداق وحكمته:

الصداق لغة: اسم مصدر لأصدق وهو بفتح الصاد مهر المرأة، وكذا الصداقة وهو يجمع صداقات.

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

الـــــزواج العـــــرفـــي

وعرفه بعض الفقهاء انه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزا لرغبته في الاقتران بها، وعرف أيضا انه المال الذي تستحقه الزوجة على الزوج العقد عليها.[1]

الصداق قانونا: عرفته المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري انه:" ما يدفع نحله للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملكا لها تتصرف فيه كما تشاء" وعرفه الفصل 16 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية انه:" ما يبذله الزوج من المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج وتثبيت أسس المودة والعشرة"[2]

وعرفه الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنه:" كل ما كان مباحا ومقوما بمال" وعرفته المادة 54 فقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية السوري انه:" كل ما صح التزامه شرعا"

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.[3]وللصداق عدة أسماء منها : النحلة، المهر، الفريضة والأجر.

ب-طبيعة الصداق وشرعيته: يذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى إن المهر هو اثر من أثار عقد الزواج، وليس ركنا من أركانه ولا شرطا من شروط صحة العقد[4]، واستدلوا على قوله تعالى:" لا جناح عليكم أن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة" إي الطلاق صحيح مع عدم تسمية المهر والطلاق لا

---

[1] والأصح العقد معها وليس عليها لأنها ليست محل العقد بل طرف فيه
[2] مجلة مغاربيات، مواطنات حتى تتمتعن بحقوقكن، ص 34.
[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص133.
[4] د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 101.

الـــــزواج العـــــرفـــي

يكون إلا بالزواج الصحيح بالتالي عدم تسمية المهر لا يمنع صحة عقد الزواج، ويجب للزوجة على زوجها مهر المثل بمجرد العقد إذا لم يسم لها مهرا وإذا لم يسم لها مهرا وإذا سمي لها مهر في العقد فيقوم مقام مهر المثل لأنه هو المتفق عليه بالتراضي بين الزوجين.

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

وقول الملكية إن الصداق كالثمن في عقد البيع هو فقط لإبراز الصداق كركن من أركان العقد، باعتباره إن عقد البيع هو عقد نموذجي في الفقه الإسلامي وليس معنى المقارنة بالبيع كما فهم بعض المستشرقين فهو رمز الوئام والمودة والعشرة[1]، ويعتبر الأستاذ الغوثي بن ملحة الصداق كعنصر مادي في العقد[2].

أما المشرع الجزائري فلقد نص في المادة التاسعة مكرر عن الصداق وعده شرطا، ثم أتى تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل في المادة 33 ورتب على فقدان الصداق فسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه وتثبيته بعد الدخول بصداق المثل.

فلو ابرم زواج عرفي وأراد الطرفين تثبيته فان المحكمة تتأكد من مدى توافر الشرط التي ذكرتها المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة ومنها الصداق ومقداره فان سمي الصداق أثناء إبرام العقد ثبت الزواج وان لم يسم الصداق أثناء إبرام

---

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

[2] GHAOUTI BENMELHA, Déjà cité, P64.

عقد الزواج فسخ إن لم يحصل الدخول ولا صداق فيه، أما إذا حصب الدخول فيثبت الزواج العرفي بصداق المثل.

ج-مقدار الصداق، أنواعه وحالاته:لقد اختلف الفقهاء في تحديد المقدار الأدنى للمهر، لعدم ورود نص في القران أو السنة في ذلك، واتفق الأئمة إلى انه كل ما صلح عليه اسم المال جاز أن يكون مهرا، بقوله تعالى:" واحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين" وقوله صلى الله عليه وسلم:" التمس ولو خاتما من حديد".

لقد ذهب الأحناف إن اقل مهر هو عشرة دراهم وذهب مالك انع ربع دينار من ذهب أو ثلاثة دراهم من فضة، وذهب الشافعي وابن حنبل أن لا حد لأقله متى كان شيئا له قيمة وكل مال قل أو كثر يجوز أن يسمى صداقا.

وليس للمهر حد أعلى باتفاق الفقهاء[1] لقوله تعالى:" وان أردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم إحداهن قنطارا، فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا".

وعلى هذا فلم يذهب المشرع مذهب تحديد مقدار المهر الأعلى والأدنى وان هو اوجب ذكره واكتفى بإباحة الاتفاق على أي شيء له قيمة مالية كان هذا الشيء لا تمنعه القوانين الوضعية والسماوية (مباح) وهذا في المادة 14 من قانون الأسرة.

والصداق نوعين أساسين وهما: الصداق المسمى وصداق المثل.

فأما الصداق المسمى وهو المتفق عليه والمعين أثناء انعقاد الصحيح أو فرض بعده بالتراضي بأوصافه وقيمته وصنفه، فان لم يفعل ذلك كان الواجب هو صداق المثل، وهو ما جاء بالمادتين 09 مكرر و15 من قانون الأسرة على وجوب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، كأن يزوج فلان ابنته فلانة

---

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

لشخص آخر بصداق يتمثل في عشرة آلاف دينار جزائري فهذا صداق مسمى لأنه حدد يوم إبرام العقد بقيمته.

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

أما صداق المثل هو صداق من يماثل الزوجة من أسرة أبيها مع مراعاة تساوي المرأتين وقت العقد من حيث السن والجمال والثقافة والبكارة والثيوبة.[2]

ويجب مهر المثل إذا:

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

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

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

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

فيذهب جمهور الفقهاء إلى انه لا يشترط تعجيل المهر كله قبل الدخول، بل يجوز تأجيله كله أو بعضه ومعجلا في البعض الآخر.

فيذهب جمهور الفقهاء إلى انه لا يشترط تعجيل المهر كله قبل الدخول، بل يجوز تأجيله كله أو بعضه إلى ما بعد الدخول ا والى ما بعد الطلاق ا والى ما بعد

---

[1] محاضرات الاستاذ الغوثي بن ملحة.

[2] احمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 33.

الوفاة، بشرط أن يكون معلوما، وعند عدم النص في العقد على التأجيل أو التعجيل فان العرف الجاري في البلاد هو الذي يتبع.

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

أما إذا اتفق على تاريخ معين فان دفع المؤجل من الصداق يجب الوفاء به بحلول هذا التاريخ، وان المادة 15 من قانون الأسرة توجب تحديد كمقدار الصداق سواء أكان معجلا أو مؤجلا فلو ابرم زواج عرفي وتم تحديد الصداق بسيارة من نوع بيجو 406 على أن تسلم مؤجلا بعد الدخول بشهرين ولم يقم الزوج بدفع الصداق فرفعت الزوجة دعوى لإثبات زواجها ودفع الصداق المؤجل فان المحكمة تتأكد من توفر أركان العقد ومن تاريخ دفع مؤخر الصداق وتحكم بتثبيت العقد ودفع مؤخر الصداق.

ولكن هل يجوز للزوجة المتزوجة عرفيا أن تطالب بمؤخر الصداق أمام القضاء، قبل إن تثبت زواجها العرفي؟

هناك رأيين مختلفين، فرأي يقول بعدم قبول دعواها لعدم ثبوت صفتها كزوجة فعليها إثبات الزواج ثم المطالبة بمؤخر الصداق، هناك من يرى بقول دعواها والحكم بمؤخر الصداق إذا اقر الزوج بوجود زواج ووجود مؤخر صداق.

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

---

[1] سورة النساء، الاية 24.

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

وإذا نازعت الزوجة في استلام الصداق فان عليها أن تنازع وليها أو نائبها وليس لها أن تنازع زوجها الذي يكون قد دفعه إلى وليها.

د-استحقاق الصداق وأوضاعه:

-وجوب كامل الصداق: تستحق الزوجة الصداق كاملا إذا كان عقد الزواج صحيحا، فان الصداق المسمى يجب لها كاملا ويصبح حقا من حقوقها، وتستحقه بمجرد الدخول بها، أو بوفاة الزوج سواء قبل الدخول بها أو بعده حسب المادة 16، لكن هل تستطيع الزوجة المطالبة بكامل الصداق قبل إثبات زواجها العرفي رغم إن عقدها صحيح؟ فهناك من يرى انه عليها إثبات زواجها العرفي قبل المطالبة بالصداق، وهنا من يرى إن النزاع لا ينصب على إثبات الزوجية وإنما على الصداق فدعواها مقبولة ولها الصفة في رفعها.

لقد سكت قانون الأسرة على اعتبار الخلوة الصحيحة بين الزوجين كحالة من حالات استحقاق الزوجة للصداق المسمى، فان الفقهاء متفقون على ان لخلوة التامة والصحيحة[1] تشكل حالة من حالات استحقاق الزوجة للصداق مثلها مثل الدخول بالزوجة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها انه:" من

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

الـــــزواج العـــــرفـــي

المقر شرعا وقانونا إذا ابرم عقد الزواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين، أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها، صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين، أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها، حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول ومن ثم فان النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد".[1]

وفي قرار آخر انه:" من المتفق عليه فقها إن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بعدم إتمام الدخول بزوجته، غير مبرر ويستوجب رفضه، ولما كان ثابتا من وقائع الدعوى إن الطرفين عاشا كزوجين ف الخارج أثناء قضاء شهر العسل وفي الداخل بمحل الزوجية بمدة طويلة في فراش واحد، والأمر الذي يتقرر به كامل الصداق وبترتب عليه توابع العصمة وبما إن قضاة المجلس اعتبروا الزواج بين الطرفين صحيحا وصرحوا بالطلاق بينهما فإنهم بقضائهم كما فعلوا سببوا قرارهم وخولوه أساسا شرعيا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[2]

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

-**وجوب نصف الصداق:** تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى عند قيام عقد زواج صحيح ووقوع الطلاق قبل الدخول حسب المادة 16 من قانون الأسرة وهو ما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية استناد لقوله تعالى" وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم".[3]

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1991/06/18، مجلة قضائية 1993، العدد01، ص 61.
[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/11/19، مجلة قضائية، 1990، العدد 02، ص 55
[3] سورة البقرة، الآية 237.

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

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

-**سقوط كل المهر**: إذا وقع عقد الزواج فاسدا (بدون ولي أو شاهدين أو صداق) يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه حسب المادة33 من قانون الأسرة.

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

هـ-النزاع حول الصداق:لقد نصت المادة 17 من قانون الأسرة انه:" في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان ذلك قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد الدخول فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين" فالمشرع فرق بين حالتين وهذا ما طبقته المحكمة العليا من خلال قرارها المؤرخ في 1987/01/12 انه:" متى كان من المقرر شرعا انه في حالة نشوب خلاف بين الزوجين على مؤخر الصداق يؤخذ بقول الزوجة مع يمينها إذا لم يدخل بها وبعد البناء يكون القول للزوج مع يمينه"[1]

[1] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1987/11/12، مجلة قضائية، 1989، العدد02، ص 97.

وهذا ما قضت به المحكمة عندما ألزمت المدعي عليه أن يدفع للمدعية مؤخر صداقها لم تستلمه بعد الدخول وأثبتت وجود مؤخر صداق وعدم دفعه من خلال شهادة الشهود وبذلك فبوجود البينة لا يلجا لليمين (المحلق رقم 04).

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

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

ولو أردنا إسقاط هذه القاعدة على الزواج العرفي وادعت الزوجة عدم دفع الصداق المؤجل، ولم يكن للزوج بينة على دفعه ولم يحصل الدخول فان الزوجة تؤدي اليمين القانونية على عدم تسلمها للصداق ويحكم لها بالمسمى، ولكن يبقى نفس الإشكال دائما مطروح حول صفتها في هذه الدعوى، فهل عليها إثبات

[1] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1989/06/05، مجلة قضائية، 1990، العدد04، ص80

الزوجية ثم المطالبة بمؤخر الصداق ام يمكنها المطالبة بمؤخر الصداق رغم عدم إثباتها لزواجها العرفي؟

-**حالة قيام النزاع بعد الدخول:** حول نفس الموضوع أو غيره مما يتعلق بالصداق وكان احدهما ناكرا والآخر متمسكا وليس له أية بينة قانونية فان القول هنا قول الزوج أو ورثته مع أداء اليمين على صدق ما يدعيه ويحكم القاضي الذي يوجد أمامه النزاع لصالح الزوج.

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

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

3-الشاهدين:

أ-تعريف الشهادة وحكمتها:-الشاهدة مأخوذة من المشاهدة وهي أن يخبر الإنسان بما رأى أو أدرك بأحد حواسه، وتعد من ضمن وسائل الإثبات والبينات عند حصول التناكر والتجاحد.[2]

-وللشهادة عدة حكم منها إخراج النكاح من السرية واحتياط الابضاع وصيانة للانكحة من الجحود واثبات لنسب المولود واثبات للحقوق والواجبات الزوجية.

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1991/06/18، مجلة قضائية، 1992، العدد4، ص 69.

[2] دا محمد محده، المرجع السابق، ص284

ب-حكم الإشهاد على الزواج:لقد اختلف الفقهاء في الشهود وتأثيرهم على وجود العقد أو عدمه، فقال مالك إن وجودهما ضروري لنفاذ العقد وترتيب أثاره، بينما انعقاد الزواج لا يكفي فيه مجرد وجود الشهود بل يجب أذاعت خبر الزواج، وفي حالة سكوت الشاهدين كما لو توصيا بالكتمان فان العقد لا ينعقد لعدم توفر شرط الإعلان الذي هو الغاية من حضور الشاهدين، مستدلين بقوله عليه الصلاة والسلام:" أعلنوا النكاح ولو بالدف"[1]، وتكون شهادة الشهود مطلوبة عند مالك لتحقيق شرط حلية المرأة للرجل، أما انعقاد العقد فانه لا يتم إلا بالإعلان، لذلك فان تأخر الشهود عن مجلس العقد يجعله عقدا موقوفا لا ينتج اثر هالا بالإشهاد عليه.

فقال الحنفية أن الشهادة لإعلان العقد، فيتحقق ذيوع الخبر بمجرد حضور الشاهدين، وهذا الخلاف على ما يبدو انه كان بسب قوله عليه السلام" لا نكاح إلا بولي شاهدي عدل"، وتجدر الملاحظة إن الخلاف لا يدور حول الشهادة في ذاتها وإنما يختلف الأئمة في أثار الشهادة هل مجرد حضور الشاهدين يكفي أم لابد من الإعلان عما تم الإشهاد عليه؟

ولقد اعتبر المشرع الجزائري الشهادة في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة شرطا من شروط عقد الزواج. ولم يرتب عن تخلف هذا الشرط البطلان بعد الدخول طبقا لنص المادة 33 من قانون الأسرة، فلو تخلف الشاهدين في عقد الزواج العرفي ولم يحصل الدخول فسخ العقد، أما لو حصل ثبت المحكمة الزواج العرفي إذا توفرت أركانه الأخرى.

---

[1] د/بدران ابو العينين بدران، احكام الزواج والطلاق في الاسلام، الطبعة الثالثة، دار المعارف، الاسكندرية، 1966، ص86

ج-شروط الشهود: إذا كان قانون الأسرة قد جمع شروط الزواج وأركانه كما سماها في نص المادة التاسعة والتاسعة مكرر ثم تناول عناصر تكوين الرضا في المادة العاشرة، وتناول أحكام الولاية في المادة 11 ، ثم تناول أحكام الصداق في المادة 13 وما يليها دون أن يشير إطلاقا إلى ما يتعلق بالشرط الواجب توفرها في الشهود، وقد ورد في المادة 33 من قانون الحالة المدنية انه:" يجب أن يكون الشهود المذكرين في وثائق الحالة المدنية بالغين سن 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو من غيرهم دون تمييز من حيث الجنس ويختاروهم الأشخاص المعنيون"[1] وبالإضافة إلى هذا فان المادة 222 من قانون الأسرة نفسه نصت على انه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

-فهل نرجع لأحكام الشريعة الإسلامية أم نرجع لقانون الحالة المدنية رغم إن قانون الأسرة لم يحلنا إليه، أو نعتبر المادة 33 من قانون الحالة المدنية معطلة أو ملغاة ضمنيا بموجب قانون الأسرة ونرجع في تحديد شرط الشهود للشريعة الإسلامية؟

لقد اعتبر عبد العزيز سعد انه مادام قانون الأسرة قد نص على حضور الشاهدين ضروري ويشكل شرطا من شروط الزواج ينتج عن تخلفه فسخ العقد فانه يجب الاعتماد على أحكام الشريعة والالتزام بان يكون الشاهد في عقد الزواج راشدا بالغا ومن دين المشهود له وعادلا وطبيعي أن يتم اختياره من الأطراف المعنيين سواء من العروسين أو من مثليهما الشرعيين، أما المادة 33 من قانون الحالة المدنية فتكون قد ألغيت ضمنيا بالإحالة على أحكام الشرعية في كل ما لم يرد

[1] امر رقم 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية.

الـــــزواج العـــــرفـــي

ذكره في قانون الأسرة حول ما يتعلق بالقواعد والأحكام دون الإحالة على قانون الحالة المدنية الذي كان قد صدر قبل قانون الأسرة بعدة سنوات[1] ، ونحن نرى انه تطبيقا لمبدأين أساسيين في القانون وهما، مبدأ تدرج القوانين ومبدأ الأثر الفوري فان قانون الحالة المدنية صدر بموجب أمر في سنة 1970 أما قانون الأسرة فقد صدر بموجب قانون 1984، وعليه فهو يسمو على الأمر الذي تضمن الحالة المدنية من جهة وهو يطبق من اثر فوري من جهة أخرى، بالتالي نرجع في تحديد شروط الشهود لأحكام قانون الأسرة التي تحيلنا على الشريعة الإسلامي حسب المادة 222.

-**التعدد:**لقد اتفق الحنابلة والشافعية والمالكية على اشتراط شاهدين من الذكور، أما الحنفية فقالوا بعدم اشتراط الذكورة فيصح بشهادة رجل آو امرأتين ولكن لا يصح بامرأتين وحدهما بل لابد من وجود رجل معهما وتصح بشهادة رجلين.

وبالرجوع للمادة 09 مكرر من قانون الأسرة نجدها تنص على وجود شاهدين وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1994/03/22 الذي قضى برفض الطعن لخرق المادة التاسعة من قانون الأسرة وبان قضاة الموضوع لم يعطوا تفسيرا خاطئ للمادة 09 بل عملوا بأحكامها نصا وروحا لان المادة تشير إن الزواج يتم برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق وان الطاعنة لم تقدم لقضاة الموضوع شاهدين حضرا إبرام عقد زواجها بالمطعون ضده، وان وجود شاهد واحد شهد لصالح الطاعنة لا يكفي للقضاء بصحة الزواج العرفي الذي تتدعيه الطاعنة[2]

---

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

[2] المحكمة العليا، غرة الأحوال الشخصية، 1994/03/22، نشرة القضاة ، العدد 50، ص 85

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

-**الإسلام:** لا تصح شهادة الكافر بعد نظر الفقهاء إلى الشهادة على أنها ولاية وذلك لان ولاية الكافر على المسلم ممنوعة في الإسلام، أما لو كان الزواج، بين مسلم وغير مسلمة كالكتابية فتكون الشهادة أيضا للمسلمين عند الجمهور أما أبو حنيفة فذهب لجواز تزوج مسلم بذمية بشهادة ذميين[1].

-**العدالة:** وهي الاستقامة وإتباع تعاليم الدين ولو في الظاهر بان يكون مستور الحالة غير مجاهر بالفسق والانحراف، وهذا هو رأي الجمهور عدا رأي الحنفية استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم:" لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" فالعدالة مطلوبة في الشهود لكي لا ينكروا وجود زواج ويشهدوا زورا عند النزاع فيه. لكن ما لاحظنا عمليا إن القضاة عندما يريدون إثبات واقعة الزواج العرفي ، فلو وجود الشاهد مجنون ومعتوه وظهر حاله أثناء سماعه لا يعتد بشهادته لإثبات هذا الزواج أما كون الشاهد غير عادل وغير مسلم لا يتحقق منه القضاة منه إطلاقا.

-**خلو المرأة من موانع الزواج:** لقد أوردتها المادة 30 من قانون الأسرة لذا سنتطرق إلى :

***خلو المرأة من المحرمات الشرعية:**من شروط انعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محلا للعقد إي لا يكون بين الزوجين من موانع الزواج لقوله تعالى:" واحل لكم ما وراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين".

[1] د/ محمد محده، المرجع السابق، ص266.

الـــزواج العـــرفـــي

والمحرمات من النساء من الأحكام التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، فهي لا تقبل التغيير ولا التبديل، وليس فيها مجال للاجتهاد ولقد أوردها المشروع في باب موانع الزواج في قانون الأسرة من المادة 23الى 30.

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

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

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

ونصت المادة 24 على المحرمات بالمصاهرة وهم: أصول الزوجة بمجرد العقد عليها وفروع إن حصل الدخول بها وأرامل أو مطلقات أصول الزوج إن علو وأرامل أو مطلقات فروع الزوج وان نزلوا.

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

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

-المحصنة: وهي المرأة التي ما تزال مرتبطة مع زوج آخر بعقد زواج رسمي وشرعي فهي محرمة على كل رجل إلى أن يطلق الزوج الأول وبه تحل لغيره المطلقة ثلاث وهي المرأة التي طلقها زوجها ثلاث مرات وأصبح طلاقها بائنا فان الزواج منها يحرم مؤقتا وإنها لم تعد تحل له إلا إذا تزوجت رسميا مع رجل آخر ودخل بها ثم طلقها وانقضت عدتها.

الـــــزواج العـــــرفـــي

-المرأة التي تزيد على العدد المرخص به شرعا: وهي المرأة التي تكون زوجها المستقبل متزوج مع أربعة نساء أخريات زواجا شرعيا ورسميا، فان هذا الرجل يحرم عليه الزوج بها مؤقتا ولا تحل له شرعا وقانونا إلا إذا طلق احد زوجاته الموجودات في عصمته وانقضت عدتها وهذا النوع من التحريم كان موجودا قبل التعديل في نص المادة 30 إلا إن الشرع بعد التعديل اغفل عن ذكره.

-المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة: وهي المرأة التي طلقها زوجها أو توفي عنها، إن هذه المرأة لا يجوز لرجل أن يتزوج معها وتحرم عليه مؤقتا إلى أن تنقض مدة عدتها الشرعية وهي ثلاث أشهر بالنسبة للمطلقة وأربعة أشهر و10 أيام بالنسبة للمتوفي عنها زوجها.

-أخت الزوجة: فال يجوز للرجل أن يتزوج أخت زوجته التي في عصمته، ويحرم عليه الزواج معها إلا بعد أن تكون قد توفيت أو طلقها وانقضت عدتها باعتبار انه لا يجوز الجمع بين الأختين في عصمة رجل واحد سواء كانت أختين شقيقين أو أختين لأب أو لام أو أخت من الرضاع.

-الجمع بين الزواج وعمتها وخالتها: وهو جمع يعني أن يتزوج الرجل على زوجته عمتها أو خالتها وهي لا تزال حية وفي عصمته فمثل هذا الزواج حرام مؤقتا شرعا وقانونا ولا يكون حلالا إلا بعد وفاة الزوجة الأصلية او طلاقها[1].

-تحريم زواج المسلمة بغير مسلم:لقد نصت المادة 31 من قانون الأسرة قبل التعديل على إلا انه:" لا يجوز زواج المسلمة بغير مسلم" وقال سبحانه وتعالى:" لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا".

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

الـــــزواج العـــــرفـــي

فالقانون والشرع كلاهما ينهيان زواج المسلمة بغير المسلم، فأي عقد زواج بين امرأة مسلمة وأي رجل لا يؤمن بالإسلام يعتبر عقدا باطلا، لا يترتب أي اثر من أثار عقد الزواج الصحيح، ولقد حرم على المسلمة أن تتزوج غير المسام وذاك لما لزوج من سلطات على زوجته شرعا وعرفا وقد يحاول أن يفتنها عن دينها وقد يستجيب له ضعفا وخوفا أو خضوعا، وما يلاحظ على المشرع الجزائري بعد تعديله أن اغفل عن ذكر هذا العنصر.

أما فيما يخص زواج المسلم بغير ذات الدين فنجد انه لا يحل للمسلم أن يتزوج امرأة لا تدين بدين سماوي ولا تؤمن برسول الله، ولا بكتاب الهي بان تكون مشركة لقوله تعالى:" ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن، ولأمة مسلمة خير من مشركة ولو أعجبتكم.

والمرتدة تأخذ حكم المشركة فلا يحل الزواج بها , أما الكتابية التي تؤمن برسل الله وتقر بالكتاب السماوي سواء كانت يهودية أو نصرانية فيحل للمسلم التزوج منها علي رأي الجمهور, لقوله تعالي: "اليوم احل لكم الطيبات وطعام الدين حل لكم , وطعامهم حل لكم , والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الدين أوتوا الكتاب من قبلكم ".

جزاء تخلف أركان وشروط عقد الزواج العرفي:

-إن عقد الزواج العرفي يكون صحيحا إذا استوفى أركانه وشروطه المطلوبة في المادة التاسعة وتسعة مكرر من قانون الأسرة واستكمل العاقدان فيه شروط الأهلية طبقا للمادة السابعة من قانون الأسرة وكان كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية المؤبدة ة والمؤقتة (المادة 23 فانون الأسرة) .

ولقد رتب المشرع على تخلف أركان وشروط عقد الزواج كلية أو بعضها أما وصف البطلان وأما وصف الفساد ، متأثرا بأحكام التشريع الإسلامي فاستعمل

الـــــزواج العـــــرفـــي

مصطلحي الباطل والفاسد وهو ما جاء في الفصل الثالث من الباب الأول للكتاب الأول قي قانون الأسرة ، فلقد ذهب المشرع إلى إن البطلان أقوى من الفساد في السبب ، وكلما قوى السبب كان الزواج باطلا ولكن متى يترتب جزاء البطلان وكذا الفساد على عقد الزواج؟.

1/عقد الزواج الفاسد:

أ-**تعريفه وحالاته :** إن عقد الزواج الفاسد هو كل عقد وجد فيه الإيجاب والقبول ، ولكنه فقد شرط من شروطه الأساسية الواردة في المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة [1]، كلن يكون العقد بدون ولي أو بغير شهود أو بدن تسمية صداق ، فالزواج الفاسد هو الذي يحتل فيه شرط من شروط الصحة بمعنى الذي توافر فيه سبب من أسباب الفسخ أو البطلان وتبين أمره قبل الدخول .

إن الزواج الفاسد ينتهي بالفسخ أو الإبطال وهو ما قصده المشرع في المواد 32..33و34 من قانون الأسرة رغم الخلط الذي وقع فيه توضيح المفاهيم والأحكام ومن ثم نجد إن 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 أو شاب الإرادة عيب من عيوب الرضا كأن تكون المرأة مجبرة مثلا وتبين أمر هذا الزواج قبل الدخول.

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

---

[1] او كما جاء في المادة في المادة التاسعة ركنا من الاركان

3-اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضياته أو يتنافي مع أحكام قانون الأسرة غير إن المشرع صححه بالدخول حيث قرر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا طبقا للمادة 35 قانون الأسرة.

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

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

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

إن الزواج الفاسد قبل الدخول يعتبر كالباطل لا اثر له وحكمه وجوب التفريق بين الزوجين، اختل أكثر من ركن واحد في العقد.

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

1-تستحق الزوجة بالزواج الفاسد بعد الدخول صداق المثل.

2-ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد ومنعا لاختلاط الأنساب ويثبت نسب الولد من أبيه إذا جاءت ب هامه في مدة الحمل اقلها ستة أشهر من تاريخ الدخول وأكثرها عشرة أشهر من تاريخ التفريق أو الانفصال.

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

4-وجوب العدة لمعرفة براءة الرحم من الحمل.

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

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

2/عقد الزواج الباطل:

أ-تعريفه وحالاته:إن عقد الزواج الباطل هو كل عقد فقد ركنا من أركان الأساسية أو الذي اختل فيه ركنا من الأركان التي اعتبرها المشرع من شروط الصحة، فان هذا العقد يكون باطلا لا وجود له في نظر القانون الذي قرر بطلانه ولو بعد الدخول، وعليه فان البطلان يترتب في الحالات التالية:

1-فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي والمتعلق برضا الزوجين وهو ما يقصده المشرع في المادة 32 التي تقضي انه"يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد."، وعيه فانه إذا حصل خلل في الصيغة أو في الأهلية العاقد يمنع انعقاد 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 احد الزوجين مرتدا.

ب-أثار عقد الزواج الباطل: إن عقد الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من أثار عقد الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول وحكمه انه لا يترتب عليه اثر 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 قرارتها،إن عقد الزواج الباطل على حد قول الأستاذ فضيل سعد لا يترتب إلا أحكاما عرضية بوصفه واقعة مادية تستوجب التنظيم في نظر الإسلام والشريعة الإسلامية بخلاف العقد الفاسد الذي يقوم غير مستوفي لشروط النكاح الشرعي،وعليه فانه من الآثار المترتبة عليه مجد:

-لا توارث بين الزوجين.

-ثبوت النسب رعاية لحقوق الطفل.

-لا يترتب على العقد الباطل الصداق للزوجة كما انه لا ينشا للزوج على زوجته أي حق ولا للزوجة على زوجها.

-إذا كان البطلان واضحا قبل الدخول وثبت العلم بالتحريم وسببه وتم الدخول عد بمنزلة الزنا.

وتجدر الملاحظة إن المشرع في المواد 32، 33،34 و 35 من قانون الأسرة استعمل كلمتي ركن والشرط للدلالة على كل شروط الصحة والانعقاد غير انه في المادة 32 يجعل كل من الأركان والشروط في درجة واحدة من القوة بلا تفرقة بين الركن والشرط، ويقرر فسخ النكاح إذا اختل احد أركانه ويعود في المادة 33 قانون الأسرة ليفرق بين ما يعتبره ركنا وما يعتبره شرط صحة رغم انه يسميه

الـــــزواج العـــــرفـــي

ركنا حيث ينص:" يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"،ودون أن نتطرق إلى ذكر التناقض الذي وقع فيه المشرع في المواد السالف ذكرها، لذا سنقتصر على القول إن حالات البطلان وفقا لقانون الأسرة يكون في حالة تخلف ركن الرضا، وحالة الزواج بإحدى المحرمات (المادة 34 قانون الأسرة) وأما بقية حالات عقد الزواج غير الصحيح في مقهوم المشرع يعتبر العقد فيها فاسدا.[1]،فقد قضت المحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ 28 نوفمبر 1982 انه:" يعتبر صحيحا كل زواج توافرت أركانه وتترتب عليه أثار وكافة الحقوق"،[2]وفي قرار أخر لها صدر بتاريخ 1989/01/02 قضت إن :" للنكاح أربعة أركان وهي الرضا والولي والصداق والشاهدين بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية وانه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج"[3]

كما قضت في قرار صادر بتاريخ 1986/11/03 إن:" الزواج الصحيح المنعقد شرعا وقانونا لا يفسخ ولو قبل البناء إلا للأسباب المحددة قانونا".[4]

---

[1] د/بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 153 الى 155
[2] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، المجلة القضائية، 1989، العدد 02، ص 32
[3] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، المجلة القضائية، 1992، العدد 03، ص 53
[4] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، المجلة القضائية، 1989، العدد 02، ص 94

الفصل الثاني: إثبات الزواج العرفي والآثار المترتبة عنه.

المبحث الأول: إثبات الزواج العرفي:

من أهم المشاكل التي تعتري الزواج العرفي إثباته، حيث يعتبر هذا الأخير حجر الزاوية الذي ينقلب به العقد من أوصف العرقي إلى الصيغة الرسمية، فيظفر بحماية المشرع له ويتحصن من الأوضاع البغيضة التي تنتج عن تعسف طرفيه في استعمال حقوقهما، أو ابتكار حقوق ليست من عقد الزواج في شيء، هذا ورغم حقوق الزوجية، تثبت في الزواج العرفي بطريقة ودية التي لا إلزام قضائي فيها، إلا إن طرفي هذا العقد غير معصومين من التنافر وبالتالي إذا ما أرادوا الأحكام إلى القضاء للمطالبة بحقوقهم حالت دونهم مسالة معتضة إذ يقع على عائق المدعي إثبات رابطة الزواج أولا.

وقد يتفق طرفا عقد الزواج العرفي على ترسيم نكاحهما عند زوال الأسباب التي دفعتهما إليه أو رغبة منهما في الاحتماء بالعقد المرسم، مما قد يثور بينهما من نزاع في المستقبل، أو لتامين حقوق الأطفال نتاج هذا الزواج.

والواقع إن المشرع ساير هذه الظاهرة، ورصد لها منذ العقبة الاستعمارية والى غاية صدور قانون الأسرة، نصوصا كثيرة تضمنت كيفية ترسيم الزيجات العرفية، وتبنى على الرضاء تكريسا لذلك، وسائل إثبات تتلاءم وطبيعة التدليل عليها، وذلك كله حماية لطرفي هذا العقد وصونا لحقوق الغير.

المطلب الأول: وسائل إثبات الزواج العرفي

يثبت عقد الزواج بتوافر الأركان التي استلزمها الحكيم لقيامه، بغض النظر عن السندات التي يتطلبها المشرع لإثباته لكن لما كان القانون لا يعترف بها بالأشكال التي تحمل التأثيرات الرسمية فان المتزوجين عرفيا وان لم يكن بجوزتهم سند رسمي أمكنهم إثبات قرانهما يحكم يحوز قوة الشيء المقضي به، لرضائية

الـــــزواج العـــــرفـــي

الزواج، وقد نصت المادة 22 من قانون الأسرة "يثبت الزواج يستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة[1]، ولكن إذا كانت المادة صريحة غلا إن أحكام القضاء متناقضة ففي حين تذهب المحكمة العليا إلى انه لا يجوز لأي شخص ادعاء الزوجية ما لم يثبت بعقد مسجل بدفتر الحالة المدنية فتقول في احد أحكامها.

" من المقرر قانون عدم شرعية الزواج ما لم يسجل حسب القواعد الشرعية" وتصرح في أحكام أخرى إمكانية إثبات الزواج بشهادة الشهود متى توافرت أركانه الشرعية ومن أمثلة هذه الأحكام ولما كان من الثابت – في قضية الحال- إن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فان القضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.[2]

والواقع إن الزواج العرفي بوصفه نظاما يتعلق بحالة الأشخاص، أولى أن يكون إثباته بطرق خاصة تتلاءم وطبيعته كعلاقة بالمفهوم الذي حددته المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري وقد جرى القضاء عندنا على إثباته بشهادة الشهود أصلا مضافا إليها التدليل الأخرى كالإقرار واليمين والبيئة كما سبق لنا الذكر.

الفرع الأول: الشهادة

تعرف الشهادة في مجال الإثبات على أنها إخبار الإنسان أمام القضاء بحق على غيره أو هي تصريح يدلي به الشخص أمام القضاء بواقعة صدرت من غيره على

---

[1] المادة 22 من قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 1984/07/09م المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27م.

[2] العربي بلحاج، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، م.ع.غ.أ.ش، 89/03/27، ملف 53272، م ق 1990 عدد3، ص82

غيره وترتب عليها حق هذا الغير[1]، غير إن هذه الشهادة في مجال إثبات عقد الزواج، تكتسي طابعا خاصا نظرا لدخولها أصلا في مكونات هذا العقد، ولعل ما توخاه الشارع الحكيم من إضافة الشهادة لعقد النكاح زيادة على رفع الشبهات ومقال السوء –هو تسهيل إثباته، ومن ثمة حق القول إنها أقوى الأدلة في إثبات هذه العلاقة.

وهذا ما يلوح به قضاء المحكمة العليا في أحكامه، ومن ذلك إن قصر دليل إثبات علاقة الزواج في احد أحكامه على الشهادة فقط بقوله من المقرر شرعا إن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا زفاف الطرفين، أو شهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم إن الطرفين كانا متزوجين.[2]

ولجوء احد العاقدين أو كليهما لإثبات عقد الزواج أمام القضاء أما أن يكون نتاج تنازع بين الزوجين – ويتحتم معه إثبات علاقة أزواج أولا لفض النزاع- وأما أن يلجا العاقدان بمحض إرادتهما وفي كلا الفرضين، يكون القاضي أن يأمر بفتح تحقيق، وفي هذا تنص المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية:" يجوز الأمر بالتحقيق لإثبات الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود والتي يكون التحقيق فيها جائزا ومنتجا في الدعوى."

ولما كانت واقعة الزواج قابلة للإثبات بشهادة الشهود، فنص المادة يفتح المجال للتحقيق في ثبوت عقد الزواج من عدمه، وإجراءات سماع الشهود بحسب المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية يمكن تلخيصها في انه:

---

[1] محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفقا لآخر التعديلات، طبعة 1991 بدون دار نشر ص 72.

[2] المحكمة العليا، غ.ا.ش 1989/03/27، ملف رقم 53272، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 30.

الـــــزواج العـــــرفـــي

بعد أن تقبل المحكمة الإثبات بالشهادة، تحيل الدعوى على التحقيق الذي ينصب على سماع الشهود بعد استدعائهم بصفة قانونية طبقا للإجراءات [1] للتأكد من صحة ادعاء الزوجين أي توافر الأركان الشرعية المحددة في المادة 9 من قانون الأسرة، ويلزم الشاهد أمام القاضي المنتدب للتحقيق بذكر اسمه ومهنته وسنه وموطنه ومدى قرابته أو مصاهرته لأحد الخصوم كما جاء في المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية بأنه" لا يجوز سماع شهادة أقارب احد الخصوم أو أصهار على عمود النسب أو أزواج احد الخصوم، ولو بعد طلاق، ولا يجوز كذلك قبول شهادة أخوان وأخوات وابنا عمومة الخصومة" جاءت الفقرة الثالثة من ذات المادة باستثناء مؤداه جواز شهادة هذه الفئة إذا كانت الواقعة المراد إثباتها تتعلق بالحالة أو الطلاق حيث صرحت بأنه " ومع ذلك فالأشخاص المذكورين في هذه المادة باستثناء –الأبناء- يجوز استدعاؤهم للشهادة في الدعوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق."

وعليه يجوز أن تسمع شهادة الأقارب –باستثناء الأبناء – في إثبات الزواج، بل غالبا ما يكون الأقارب وحدهم شهود في إثبات الزواج خاصة في الحالات التي يفقد فيها من شهد على العقد [1].

هذا وقد اشترطت الفقرة الرابعة من المادة السالفة الذكر إلا يكون الشاهد فاقد الأهلية ، ومنه يمكننا التساؤل عن مدى قبول شهادة النساء لإثبات علاقة الزواج؟ بالرغم من عدم ورود نص يحرم على النساء الشهادة ، إلا إننا عثرنا على حكم للمحكمة العليا يقضي بعدم قبول شهادتهن في الزواج ، وهو حكم منطوقة ينطوي على الكثير من الغربة لمخافته صريح القاعدة القانونية جهة والأحكام

---

[1] إذا اختلف الشهود عن الحضور من غير عذر، حكم عليهم بغرامة مالية لا تجاوز خمسين دينار مدموغة بالنفاذ المعجل (حسب المادة 67 الفقرة 2 ق ا م)

الـــــزواج العـــــرفـــي

الشريعة الإسلامية التي أجازت شهادة النساء بشهادة عدم انفرادهن من جهة أخرى .

وتنقسم الشهادة في إثبات الزواج إلى شهادة عيان يشهد صاحبها بما سمعه و رآه في مجلس العقد من توافر رضا العاقدين و وقوع تسمية للمهر ، ووجد الولي ، وشهادة سماع يقتصر دور صاحبها على نقل أمر سمعه من شخص آخر ، فيشهد انه سمع هذا الغير يروي واقعة معينة وهي شهادة أدنى مرتبة من الشهادة المباشرة ،فنصاب الشهادة اثنان فأكثر ، ففي الذكورة اختلف فقهاء الجمهور تشترط الذكورة أما الحنفية فقالوا تجوز برجل وامرأتان والإثبات بالبينة هو شهادة شاهدي عدل على حدوث واقعة معينة كثبوت زوجية ، لذا ينص الفقهاء على شروط ضرورية في كل شاهد تتمثل في العقل والبلوغ فلا تصح شهادة الصبي والمختل عقليا ، كما نصوا على شرط سماع كلام المتعاقدين اثنا تبادلهما الإيجاب والقبول ، فلا تصح شهادة الأصم والأبكم ، وان تتوفر فيه الحرية ن العدالة ،الأبصار والإسلام ، ويضاف أن لا يكون الشاهد من أصول أو فروع للمشهد له ،بالإضافة إلى ذلك أن لا تكون الشهادة باجر وان لا يكون الشاهد مشتبه فيه وهي حجة متعدية وذلك إن البينة حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة تتعدى إلى الكل ، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة بشان مدى قيمتها في الإثبات ، والجدير بالذكر إن تقدير قوة الشهادة في الإثبات من مسائل الموضوع التي يستقيل فيها قاضي محكمة الدرجة الأولى .

ولا سلطان لأحد عليه في ذلك إلا إذا خرج بتلك الأقوال إلى غير ما يؤدي مدلولها وللمحكمة أن تأخذ بأقوال بعض الشهود ممن ترتاح إليهم وتثق بهم دون البعض الآخر بل ولها أن ترفض الأخذ بالشهادة مطلقا [1] ،وأكثر ما نجد سلطة

المحكمة تتسع في الاستناد عليها ن عندما تتناقض شهادة الشهود ن وهذا ما يردده قضاء المحكمة العليا ،حيث جاء في إحدى أحكامه :

'من المقرر شرعا إن التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها ، ومن صمت فان القضاء بخلاف ذلك يعتبر خرقا الأحكام الشرعية [2] '، وهذا ما يتماشى مع طبيعة الشهادة كحجة غير قطعية في ميدان الإثبات.

الفرع الثاني : الإقرار

إذا كانت الشهادة ظاهرة القوة عندما ينكر الزوجين علاقة الزوجية غير المرسومة أمام الضابط المختص فلن أثرها لا ينعدم ن وان قل مفعوله في حالة إقرار طرفي النكاح بوجوده ذلك إن الإقرار لا يؤدي بالقضاء إلى القول أليا بقيام الزواج ، بل يتعين فتح تحقيق يميز هذه العلاقة عن غيرها من علاقات النكاح ، وعن طريق إثبات توفر أركانها .

وكإشكال يثور لأول وهلة لهل الإقرار منشئ أم كاشف لإثبات الزوجية ؟ للإجابة على هذا السؤال نقول إن الإقرار هو إثبات لزوجية سابقة لا إنشاء لعقد الزواج وإلا احتاج الأمر إلى شهادة لم يتطرق احد الفقهاء إلى ذلك [3]، فالإقرار إخبار لا إنشاء للزوجية [4] ،.

إذن فالإقرار شرعا هو الإخبار بثبوت حق الغير على نفس المقر ولو في المستقبل أو ما في حكمه وبالتالي فعنه يخرج عن مدلول معنى الإقرار ويرتب أثار لابد من توافر مجموعة من الشروط بعضها في المقر كان يكون عاقلا ، بالغا ، لا مجنون أو معتوه ، يكون صادر عن إرادة خالصة فلا يجوز إقرار السكران وان يكون جادا غير هازل ولا محجور عليه.

الـــــزواج العـــــرفـــي

أما عن شروط المفقر له فتتلخص في أن يكون معلوما محددا تحددا كافيان أن تصدق المرأة الرجل في إقراره وشروط المقر به التي هي الزوجة كعلاقة قائمة بين الطرفين إذ يجب أن يكون الزواج ممكن من المقر له.

أما عن شروط الصيغة فهي تكون ضيعة الإقرار منجزة غير معلقة على شرط وان تكون مثبتة للحق المقر به وان تكون صادرة أمام القضاء[1] (الإقرار القضائي).

وقد عرف المشرع الجزائر يالاقرار في المادة 341 في القانون المدني انه :'هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك أثناء السير في الدعوة المتعلقة بها الواقعة '.

والهدف من الإقرار هو تسهيل الإجراءات على المتزوجين عرقيا والراغبين في ترسيم زيجائهم من جهة و التخفيف بحيث يجدون عقد الإقرار مرفقا بالوثائق التي تستطيع تسجيل عقد الزواج المغفل وان كان هذا المحرر (الإقرار) لا يثبت الزواج ، بل يوجه مع طلب إثباته إلى وكيل الجمهورية لدى رئيس المحكمة الذي يصدر - بعد التحري- ضابط الحالة المدنية بتسجيل الزواج هذا هو المسلك العادي لهدا الإقرار الذي تم بدون نزاع' ، لكن كيف يكون القرار في حالة نزاع طرفي العلاقة في وجودها أمام القضاء ؟

قد يكون القرار من أحد طرفي علاقة الزواج بمناسبة نزاع نشب بينهما ، والمقر بداهة في هدا الغرض هو الطرف لمنكر للعلاقة بدأ ، ولقد عرف المشرع في المادة 341 القانون المدني – كما سبق الذكر حيث يشترط في المادة أن يكون هدا

---

[1] ممدوح عزمي، الزواج العرفي، ص 57 ، 58

الـــــزواج العـــــرفـــي

النوع من الإقرار صادرا أمام الجهة القضائية المرفوع إليها النزاع، أما أثناء التحقيق أو الاستجواب (أي قبل صدور الحكم)[1]

و إذا كان الإقرار حجة على صاحبه ، دلك لأن صدوره من شخص ضد مصلحة نفسه يجعل احتمال صدقه يرجح على احتمال كجبه ويزداد رجحان هدا الاحتمال عندما يصدر أمام القضاء، لأن الحضور أمام القضاء من شانه أن ينبه المقر إلى وزن كل كلمة قبل أن يتفوه بها لأنه ورغم حجته فأنه غير كاف لآثبات علاقة الزواج، لدا يتعين على القاضي الأمر بالأجراء تحريات بشأن الوقعة القانونية و التحقيق عن مدى توافر الأركان الشرعية للزواج أي أثبات توافر عناصر المادة 9 من قانون الأسرة المعدلة والمتممة في القانون الجديد من قانون الآسرة[2]

وهذا بداهة لا يأتي إلا باستدعاء الشهود أداء اليمين، وتقديم القرائن القانونية (كشهادة ميلاد الطفل) التي تدل على صحة هدا الزواج قانونا ، ومن هنا يمكن القول بعدم كفاية إقرار دوي الشأن لإثبات علاقة الزواج العرفيين وفي هدا خروج عن القاعدة التي تعتبر الإقرار حجة قاطعة تماشيا مع طبيعة علاقة مشبوهة تبعا لإقرار أصحابها لأن القول بخلاف دلك يهدد المجتمع بالانحلال الخلقي ، وهدا ما أكده المشرع عندما اشترط ضرورة إخطار النائب العام (حامي مصلحة المجتمع) في الدعاوى المتعلقة بحالة الأشخاص، ومنها إثبات علاقة الزواج.

---

[1] محمد زهدور ، الموجز في طريق المدينة للإثبات في التشريع الجزائري ، طبعة 1991 ، ص 69

[2] المادة 9 من قانون الأسرة " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين "

هده هي وسائل إثبات الزواج العرفي مجردو ، ولا تكون منتجة في التدليل عليه إلا إذ تمت أمام جهة معينة ، وضمت إجراءات محددة تختلف باختلاف أوضاع المتعاقدين على النحو الذي حددته النصوص القانونية المختلفة، وهو ما سنناوله في المطلب اللاحق.

المطلب الثاني :إجراءات ترسيم الزواج العرفي

وتختلف هده الإجراءات باختلاف طبيعة الترسيم فيما إدا كان قانونيا أو قضائيا

الفرع الأول : الترسيم القانوني

عن عقد الزواج العفي الذي يمكن إثباته بموجب حكم صادر عن رئيس المحكمة هو العقد الذي تم إبرامه وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية ومقتضيات الماد 9 من قانون الأسرة ولم يكن موضوع قيد في سجلات الحلة المدنية، ولم يكن أيضا محل نزاع أو خلاف بشأن وجوده أو صحته سواه بين الزوجين أثناء حياتهما ن أو بين أحدهما وورثة الآخر ، أو بين الورثة بعد وفاتهما.

وترتيبا على دلك، يمكن تصنيف هده العقود بالنظر لمنطقة نفاد النصوص التي ابرمن في ظلها إلى ثلاثة مجموعات هي:

أ – مجموعة عقود الزواج العرفية التي أبرمت قبل دخول قانون الحلة المدنية حيز التنفيذ في إثباتهما لولاية الأمر 71- 65 مؤرخ في 22 -09 1971 عن طريق حكم يصدره رئيس المحكمة في غرفة المشاورة (أي في مكتبه)[1] ، بناءا على كلب عادي يقدمه الزوج أو الزوجة أو غيرهما ممن له مصلحة في

[1] حيث تنص المادة الأولى من هدا الأمر على انه " كل قران انعقد قبل هدا المر ونتج منه أولاد ولم يكن موضوعا لي إجراء و لأي عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية ، ويقيد سجلات المادة المدنية مع مراعاة جميع الأحكام المخالفة ودلك بعد الإطلاع على حكم صادر ضمن الليفيات المبينة فيما يلي "

الـــــزواج العـــــرفـــي

إثبات عقد الزواج أو قيده في سجلات الحالة المدنية[1] دون حاجة لإقامة دعوى أمام القضاء دون حاجة إلى مناقشة موضوع الطلب في جلسة علنية

وإذا كان المر يتعلق بقران عرفي بين جزائريين او بين جزائريات و أجنبيات ليس لهم قار في الجزائر فيجب أن يودع الطلب لدى الدبلوماسية أو القنصلية التي تو حد المسكن في دائرة اختصاصها ، ويقوم الأعوان الدبلوماسيون والقنصلين بتوجيه المصحوب برأييهم إلى رئيس محكمة مدينة الجزائر، ودلك بعد إجراء تحقيق في ظرف الشهر الموالي لإيداع الطلب طبقا للمادة 3 – من الأمر 65/71 .

هدا ويمكن للمحكمة أن تأمر بجمع إجراءات التحقيق المفيدة وثبت في القضية في ظرف الثلاثة أشهر الموالية ليوم تسليم الطلب كما نصت المادة 4 ، وينفد الحكم فور صدوره مباشرة ولا يقبل أي طريقة من طرق الطعن، ويقيد في سجلات الحالة المدنية بطلب من وكيل الجمهورية وبالأثر يرجع إلى تاريخ وقوع العقد وهو ما قضت به المادتين 7-8 .

ب- ثمة مجموعة عقود الزواج العرفية التي أبرمت بين تاريخ صدور قانون الأسرة في جوان 1984، ولم ينشأ حولهما أي خلاف بين الزوجين أو بين ورثتهما ويتم إثباتها وفقا لنص المادة 39 من قانون الحالة المدنية، ليس بموجب حكم كما هو الشأن بالنسبة للطائفة الأولى ولكن بموجب أمر يصدره

---

[1] حيث تنص المادة الثانية من نفي المر على أنه يجوز لكل من يعينه الأمر أن يوجه لرئيس المحكمة التي أنعقد القران في دائرة اختصاصها، طلبا يرمي إلى جعل هدا القران معترفا به قضائيا وكذلك التاريخ الذي انعقد فيه

رئيس المحكمة في مكتبه بناءا على عريضة مختصرة مقدمة إليه من وكيل الجمهورية استنادا إلى مجرد طلب من الزوج أو الزوجة أو ممن له مصلحة في إثبات عقد الزواج و تسجيله ودلك دون حاجة إلى إقامة دعوى مدنية ودون عقد جلسة علنية ، والأمر الذي يصدر في هدا الشأن أمر قابل للتنفيذ فورا ولا يقبل أي طريقة من طرق الطعن فيه ، ويقيد في سجلات الحالة المدنية بطلب من وكيل الجمهورية [1] .

ت- و أخيرا العرفي التي تم إبرامها بعد صدور قانون الأسرة ولم تكن موضوع نزاع بين الزوجين أو وريثهما ، ويجوز إثباتها وقيدها في سجلات الحالة المدنية ليس بموجب أمر ولكن بمقتضى حكم يصدره رئيس المحكمة ليس فغي جلسة علنية تبعا لإقامة دعوى مدنية رسمية ودفع رسوم ومصاريف قضائية معينة ، بل في غرفة المشاورة (أي في مكتبه) بناءا على طلب من وكبل الجمهورية استنادا إلى مطلب المعني وبعد القيام بتحقيق إداري يقوم به رئيس المحكمة شخصيا ووكيل الجمهورية أو يكلفان به غيرهما من المساعدين القضائيين

المختصين ، وأن الحكم الذي يصدر في ب هدا الصدد لا يدخل ضمن الحكام التي تقبل الطعن فيها ولا يوصف بأنه حكم ابتدائي، ولا تطبق بشأنه قواعد قانون الإجراءات المدنية اعتبارا أن الماد 21 من قانون الأسرة نصت صراحة على أن إجراءات تقييد عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية

---

[1] عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دهر هومة للطباعة والنشر، الجزائر ص 21

تطبق في شأنها أحكام قانون الحالة المدنية ، وتجدر الملاحظة إلى المادة 41 من هدا القانون الخير أدخلت نوعا من الغموض على تسجيل هده العقود اعتبارا ان السنة المطابقة للعقد قد يفهم منها تاريخ العقد وليس تاريخ الأمر القضائي .

وأن هدا العقد يمكن أن يرجع تاريخه إلى عشرة سنوات أو أربعين سنة، و أن سجلات تلك السنوات قد أغفلت ، ولا يتصور أن يسجل فيها العقد و إنما تقييد هده العقود على هامش عقود الميلاد للزوجين ، ومن ثمة فإن العقد يسجل في سجلات السنة الجارية المطابقة لتاريخ الأمر أو الحكم ، فيهده الحالة تكون النسخة ثابتة للسجلات لدى ضابط الحالة المدنية لأنه لا يرسلها إلةى كتابة الضبط بالمجلس القضائي إلا في نهاية السنة .

وعليه نتساءل كيف، وأين يسجل كاتب الضبط العقد المغفل على انه حال، فإن ضابط الحالة المدنية ملزم بأنه يسجل العقود المأمور بتسجيلها من القضاء، في سجلات الحالة المدنية وعلى هامش عقود المعنيين في السجلات الموجودة لديه خلال ثلاثة أيام من تحرير العقد أو الحكم المرسل ، ودلك بصفة ملخصة[1]

الفرع الثاني : الترسيم القضائي

إدا قدم طلب إلى المحكمة بقصد إثبات زواج عرفي بموجب أمرا وحكم على النحو الذي بيناه ، ثم اتضح وجود خلاف بين الزوجين ، أو بين أحدهما ورثة

---

[1] عبد الحفيظ بن عبيدة ، قاضي منتدب لدى مجلس قضاء سطيف، بحيث حول عقد الحالة المدنية وإجراءات تسجيلها ، تصحيحها وتعديلها ، نشرة القضاء ، العدد 48 ، بدون سنة ، ص 110

الآخر يتعلق بوجود عقد الزواج من عدمه ، أو بمصرف إلى صحته ، أصبح رئيس المحكمة غير مختص بترسيمه لا وفقا لأحكام المر 65/17 ولا طبقا لنص المادة 39 لقانون الحالة المدنية ، ولا في ضوء المادة 22 من قانون الأسرة ، بل يتعين على رئيس المحكمة في مثل هدا الحالة أن يحكم بعدم الاختصاص ، ويجب على المعني أن يتوجه إلى المحكمة فيرفع دعوى عادية ، بمقتضى عريضة تسجل لدى كتابة الضبط بعد دفع مصاريف محددة وتقديم أدلة إثبات كافية ليطلب إثبات وصحة عقد الزواج المتنازع حول وجدوده أو صحته ، وتفصل فيها المحكمة وفقا لقانون الإجراءات المدنية في جلسة علنية وبحضور كاتب الضبط ، وأن الحكم الذي يصدر في هده الدعوى حكم عادي يجري عليه ما يجري على أحكام محاكم الدرجة الأولى خاصة ما يتعلق بحضور وغياب الأطراف وتبليغهم الحكم رما يتعلق بالطعن فيه بالاستئناف و بالنقص وبعد النطق بالحكم [1] تسلم نسخة عادية منه ‘إلى رافع الدعوى ليقوم بتبليغها إلى الطرف الثاني (النيابة لعامة أو الزوجة) التي منحها القانون حق الاستئناف خلال مدة شهر من تاريخ التبليغ [2] . ففي حالة الاستئناف إذا أيد الحكم يبلغ القرار للنيابة العامة ولها مدة شهرين لتطعن فيه بالنقض [3] .

---

[1] إعادة منطوق الحكم " حكمت المحكمة ... وهي تثبت في مسائل الأحوال الشخصية حكما علنيا ابتدائيا حضوريا(غيابيا) بالأشهاد على صحة (رفض) الزواج العرفي المبرم بين المدعو فلان المولود في.... لأبيه فلان وبين المدعوة فلانة المولودة في... لأبيها فلان و أمها فلانة.

[2] المادة 122 قانون الإجراءات المدنية .

[3] المادة 235 قانون الإجراءات المدنية .

الـــــزواج العـــــرفـــي

وكخلاصة قول يكون تسجيل عقد الزواج العرفي في سجلات الحالة المدنية بالبلدية التي وقع عقد الزواج بدائرة اختصاصها هذا النكاح. ويتم ذلك إما بموجب عريضة افتتاحية موقعة من طرفه ، أو عن طريق تصريح شفوي يدلي به أمام كاتب الضبط الذي يقوم بأخذ أقواله في محضر يمهر بتوقيع هذا الأخير مع رافع الدعوى [1] .

ثم يقوم المدعي أو وكيله بدفع رسوم الدعوى في قانون المالية لسنة 2000 بمبلغ 300 دج.

ثم يعطي لهذه القضية رقما حسب تسلسلها في سجل خاص بذلك ، ويحدد لها تاريخ الجلسة وهذا ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية في المادة 12 : " ترفع الدعوى إلى المحكمة إما بإيداع عريضة مكتوبة من الدعي أو كيله ، مؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط إما بحضور المدعي أمام المحكمة ، وفي الخالة الخيرة يتولى كاتب الضبط أو احد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع

تقييد الدعاوى المرفوعة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بين أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة [2] .

بعد أن يقوم رافع الدعوى بكل هذه الإجراءات يعتبر كأنه بلغ و يتعين عليه الحضور في التاريخ المحدد للجلسة رفقة الشهود الواردة أسماؤهم في التقرير .

---

[1] عبد الحفيظ بن عبيدة المرجع السابق ص 113.

[2] الأمر رقم 71- 80، مؤرخ في 29 ديسمبر 1971.

الـــــزواج العـــــرفـــي

في الجلسة يقدم المدعي (الزوجان، أحدهما أو كلاهما) الوثائق التي تتمثل في شهادة ميلاد الزوجين وأولادهما إن وجدوا، شهادة عدم تسجيل الزواج بالحالة المدنية

فإما أن تسمع أقوال الشهود و إما أن تؤجل القضية لجلسة موالية لسماعهم ، وما تجدر الإشارة إليه أن الشهود يسمعون على إنفراد الواحد تلو الآخر مع تأدية اليمين وهذا بحضور المدعي أو غيابه وفقا لنص المادة 65 من قانون إجراءات المدنية " تسمع شهادة كل شاهد على إنفراد بحضور الخصوم أو غيابهم ويذكر كل شاهد قبل الإدلاء بشهادته اسمه ولقبه ومهنته ، سنه ، وموطنه وعلاقته ودرجة قرابته مصاهرته أو تبعيته للخصوم.

ويحلف الشاهد اليمين ب أن يقول الحق و إلا كانت شهادته باطلة، كما يحرر كاتب الضبط محضرا عن ذلك.

بعد إتمام هذه الإجراءات يأمر القاضي بإحالة الملف على ممثل النيابة العمة لإبداء رأييه(لأن القضية تمس بحالة الأشخاص) ، مما يتعين إحالة الملف على النيابة العامة طبقا للمادة 141 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على انه " يجب إطلاع النائب العام على القضايا الآتية ... القضايا الخاصة بحالة الأشخاص ".

عندما تقدم النيابة العامة طلباتها يجوز للقاضي وضعها في المداولة للنطق بالحكم في جلسة يحدد هذا الأخير تاريخها ويتم تبليغ المدعي في الجلسة المحددة للنطق بالحكم سواء حضر الطرفان أو تغيبا ، فإنه يتم النطق بالحكم علنية وهذا

الـــــزواج العـــــرفـــي

تضمنه قانون الإجراءات المدنية في المادة 31 منه [1] (الجلسات العلنية) وعادة ما يكون منطوق الحكم على النحو التالي :

" حكمت المحكمة ....وهي تبت في مسائل الأحوال الشخصية حكما علنيا ابتدائيا حضوريا (أو غيابيا) بالإشهاد على صحة (أ رفض) الزواج العرفي المبرم بين المدعو فلان ، المولود في....ب... لأبيه فلان وأمه فلانة وبين المدعوة فلانة، المولودة في ... ب... لأبيها فلان و أمها فلانة " .

والمر لضابط الحالة المدنية للبلدية (النبي تم فيها الزواج تبعا للبلدية التي سلمت للمعنيين شهادة عدم تسجيل الزواج) بتسجيل هذا الزواج في سجل عقود الزواج لسنة (السنة المذكورة في نفس الشهادة السابقة وكذلك في نسخة اللفيف والتقارير) بعد آخر عقد مسجل وكذا النسخة الثانية الموجودة على مستوى النيابة العامة مع إبقاء المصاريف القضائية على من أقام الدعوى وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية [2] .

بعد النطق بالحكم تسلم نسخة عادية من الحكم إلى رافع الدعوى ليقوم بتبليغها إلى الطرف الثاني (النيابة العامة أو الزوجة) التي لها الحق في الاستئناف خلال مدة شهر واحد من تاريخ تبليغها نسخة من هذا الحكم وفقا لمادة 102 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص :" أن استئناف الحكم الصادر من المحكمة يجب أن يرفع في مهلة شهر واحد وتسري هذه المهلة ابتداء من تاريخ تبليغ الحكم ."

وللنيابة العامة أن تقدم استئنافها أمام كتابة ضبط المحكمة خلال المدة المحددة له قانونيا وهكذا يقوم كاتب الضبط بتقييدها في السجل الخاص وإرسالها إلى كتابة

---

[1] الأمر رقم 71- 80 ، المؤرخ في 29 09 1971

[2] المادة 225 من قانون الإجراءات المدنية

الضبط بالمجلس القضائي فيقوم هذا الأخير على مستوى المجلس بتقيدها في سجلاته ويستدعي الطرف المستأنف عليه بخطاب مضمون الوصول للمثول بتاريخ الجلسة وهنا يعاد البث في القضية من جديد .

إذا أيد الحكم، يبلغ القرار للنيابة العمة ولها مدة شهرين بأن تطعن فيه بالنقض[1].

في حالة عدم الطعن بالنقض بعد انقضاء الأجل تسلم شهادة لرافع الدعوى من طرف كتابة ضبط المحكمة العليا سواء عن الحضور شخصيا أو عن طريق المراسلة ، ويستلم النسخة التنفيذية ويسجل الزواج.

وفي حالة الطعن بالنقض ، يتوقف تنفيذ القرار المؤيد للحكم إلى حين الفصل في القضية من طرف المحكمة العليا ، التي تعتبر قضاؤها نهائيا وباتا .

أما في حالة عدم الاستئناف ، بعد مضي شهر من تاريخ تبليغ النيابة العامة تسلم لرافع الدعوى شهادة عدم الاستئناف أو المعارضة ، وهذا للتأكد من عدم الطن في هذا الحكم ، وإشهادا على ما سلف ذكره يبين في هامش هذه الوثيقة أنه لم يقع أي استئناف أو معارضة في هذا الحكم ثم يقوم رافع الدعوى بتقديمها مرفقة بطابع جبائي قدره 100 دج، وهنا تسلم له نسخة تنفيذية ، التي يقدمها رفقة طلب لممثل النيابة العامة ليقوم هذا الأخير بإرسالها إلى ضابط الحالة المدنية المأمور في منطوق الحكم الذي يتولى قيده في سجل خاص بعقود الزواج في السنة المذكورة أيضا في الحكم .

المبحث الثاني: آثار الزواج العرفي.

[1] إذ نصت المادة 235 من قانون الإجراءات المدنية " ميعاد تقديم الطعن بالنقض شهران من تاريخ الحكم المطعون فيه ..."

الـــــزواج العـــــرفـــي

إن عقد الزواج كسائر العقود يرتب آثار شرعية وقانونية لكلا الزوجين خاصة إذا ما فرغ في قالب رسمي **أي** تم بمعرفة الموثق أو الجهة المختصة، لكن الإشكال المطروح، هل لهذه الآثار نطاق في ظل الزواج العرفي ؟

هذا ما سنحاول تفصيله بتطرقنا لأهم الانعكاسات السلبية لهذه الظاهرة بحيث لا تنحصر بين الزوج والزوجة بل لها تأثير أيضا على المجتمع و العدالة لذلك تناولنا آثاره على الزوجة والزوج في المطلب الأول أم المطلب الثاني خصصناه لآثاره على المجتمع و العدالة.

المطلب الأول: آثاره على الزوج و الزوجة.

تترتب آثار الزواج العرفي في جانب كل من الزوج والزوجة لكونهما طرفان في هذا العقد.

الفرع الأول: آثاره على الزوجة

الزوجة دائما وبالدرجة الأولى هي الضحية لما يوجهها من صعوبات من جراء هذا الزواج نلتمسها كالتالي:

أ- الزواج العرفي عرضة للإنكار

قد تظن الزوجة عند زواجها عرفيا أنها يمكنها إثبات الزوجية أمام المحكمة ليكون رسميا بكل الوسائل كشهادة الشهود أو نسخة من عقد عرفي إذا كان بحوزتها وبتوفر قرائن أخرى كعلم الجيران [1] أو خطابات متبادلة ، صور لهما معا فكل هذا يندثر بحضور الزوج أمام هيئة المحكمة و إنكاره لهذا الزواج، فيمكن تصور من جراء أي خلاف بينهما بإنكار قيام علاقة الزوجية ولم اقتضى

---

[1] فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، بمراجعة فريد واصل في ندوة الزواج جريدة الأهرام 6 مايو 2000

منها الأمر إحضار شهود زور أو مثلا يتهم من عقد قرانهما – طالب- للتوضؤ معها ولكن إذا كان العقد موثقا يتعذر عليه ذلك حتى ولو فرضنا وجود عقد عرفي أصلي فهو عرضة للضياع مما يسهل عليه بالإنكار [1]

ب-الزواج العرفي عرضة لضياع الحقوق

إذا كان العقد موثقا تنجم آثار شرعية وقانونية للزوجة من نفقة وإرث ومهر وغيرها ولكن في حالة الزواج العفي تضيع مجمل حقوقها وهذا ما أكده المستشار عبد المنعم علي[2]. فنجد في هذا الإطار قرار للمحكمة العليا ملخصة فيما يلي [3] : " نفقة – الحكم بها على الطاعن – دون لإثبات الزوجية – دون إثبات النسب – خرق للأحكام الشرعية. "

ومما جاء فغي حيثيات المحكمة العليا ما يلي : " من المعلوم أن الرجل يجب أن ينفق على أولاده إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعا و البنت (ف) المحكوم بنفقتها ليست من هذا القبيل ، والظاهر من أوراق الملف ليست بنتا شرعية للطاعن ومن هذه الناحية فالحكم عليه بالنفقة هل قبل أن يثبت أنها ولدت من زواج صحيح، فإنه مخالف للشرع وكان يجب أولا إثبات الزوجية ثن إثبات نسب البنت ثم تقرير النفقة ."

كنا أن الزوجة تواجه صعوبات في حياتها، قد تتعرض من جراء خلاف أن يهجرها الزوج وتطول مدة غيابه، فلا تعرف مصيرها ، وأحيانا لا تدرك هل هي

---

[1] فارس محمد عمران ، نفس المرجع ، نفس الصفحة ....

[2] Arabia. Com

[3] المجلة القضائية العدد 90 /3 ص 65 قرار بتاريخ 7/ 02/ 1987

مطلقة أم مازالت في عصمته . وفي هذا الشأن طرحت مسألة على الدكتور عبد الرحمان بن حسن النفيسة [1]، ملخصها كالتالي:

عقد رجل على امرأة عقد زواج شرعي صحيح – زواج الفاتحة – لكن العقد لم يسجل في أوراق رسمية ثم بعد ذلك حدث خلاف بين الزوجة وأهلها مع ملاحظة أنهه ما رأت زوجها ولا كلمته ، حاول الزوج أن يصلح المر مع أولياء الزوجة لكنه لم يفلح في آخر محاولة أرجع ولي الزوجة المهر إلى الزوج فأخذه وانصرف ولم يتلفظ بطلاق أو خلع..... مضى على ذلك ستة سنوات و المرأة الآن تتساءل: هل انصراف الزوج وأخطه المهر يعد طلاقا أو خلعا مع أنه لم يتلفظ بشئ ؟ وهل تعد هذه المرأة إلى حد الآن في عصمته مع ملاحظو أن هذا الرجل يتحدث إلى الناس بأنه لا يزال متمسكا بالعقد، لكن لم يحاول الرجوع مرة أخرى ؟.

فمن ملخص ما أجاب به الدكتور عبد الرحمان بن حسن النفيسة :" من واجب ولي الزوجة ألا يعدل عن الزواج لمجرد غرض دنيوي لما في ذالك من الإثم ،أما فيما يخص حكم قبول الزوج المهر الذي دفعه يعد منهيا لعقد زواجه لان قبوله بإعادة مهره دليل على إقالته للمرأة وهذه الأخيرة تشبه الخلع المعروف شرعا حين يستر الزوج الخلع ما دفعه فتبين منه الزوجة ،فبهذا لا يحل للزوج أن يدعي تمسكه بالعقد،لأنه يعد من الظلم وإهدار للحقوق وأذى كبير يمس الزوجة وبخس الناس أشيائهم [2] وقد نهى الله تعالى عن ذالك في قوله:"ولا تبخسوا الناس أشيائهم" واقتراح الدكتور على السائلة إلى القضاء[3] .

---

[1] عبد الرحمان بن حسن النفيسة: مسائل في الفقه ، مجلة البحوث الإسلامية المعاصرة ، العدد 31 ، ص 13 .
[2] سورة الشعراء، الاية 183.
[3] مجلة البحوث، العلمية، المرجع نفسه.

ج- الزواج العرفي يفتح منافذ الظن السيئ:

كثيرا ما يجهل الناس حقيقة الرابطة الشرعية بين الزوجين إي زواجهما العرفي مما يترتب عنه قلق وإزعاج وإشاعات وسوء الظن حول العلاقة المشبوهة ،فيشك في سلوكهما ويتهمان غالبا بالزنا،وهذا ما يعصف بكيان المجتمع ووحدته.والواقع غني بهذه النماذج :فاحد رجال الأعمال تزوج من أرملة عرفيا فرآها قريبها صدفة برفقته فاعتدى عليهما بالضرب ووصلت المسالة لقسم الشرطة ،إلى أن اتضحت الوضعية الحقيقية.

د-الزواج العرفي وسيلة لمساومة الزوجة على الطلاق:

من تزوجت عرفيا لا تستطيع الطلاق رسميا إلا بإثبات زواجها وبالتالي لأتسمع دعوى الطلاق لعدم التأسيس إلا إذا طلق الزوج وبالتالي كثيرا ما تتعرض للتهديد أو المساومة لتحصل عليه وإلا تركها معلقة لاهي مطلقة ولا هي متزوجة ، فضلا عن إمكانية مساءلتها قانونيا بتهمة الجمع بين زوجين إذا تزوجت بآخر[1] .

ه-الوقوع في إشكالية عدم معرفة حساب عدة المطلقة عرفيا:

كثيرا ما تقع الزوجة في حيرة من أمرها فكون أن المشرع لا يعتد بالطلاق اللفظي إلا بموجب حكم صادر من المحكمة المختصة ،وبالتالي إذا ما أثبتت زواجها رسميا وبعدها طلقها فتكون المدة المحددة شرعا قد انقضت،وهذه في نظرنا فجوة قانونية بل إهدار لحق شرعي.

و- صناديق الضمان الاجتماعي لا تعترف بالزوجة غير المعقود عليها قانونا:

حيث تحرمها من كافة التعويضات في حالة وقوع حادث عمل لزوجها وتسبب في وفاته.

---

[1] فارس عنوان، الزواج العرفي وصورة اخرى للزواج غير الرسمي، دكتواره في القانون العام، ص 79.

الفرع الثاني: آثاره على الزوج

قد يتضرر الزوج أيضا من جراء هذا الزواج وينعكس بسلبيات الآتي بيانها:

أ- صعوبة الزوج على الحصول على سكن أو منح للعائلة:

إذ إن من وثق عقد زواجه يمكنه ذالك بمقتضى تقديمه للدفتر العائلي فمن ابرم زواجه وفقا للقواعد الشريعة الإسلامية يصعب إثباته بسهولة عندما تطلب إحدى الإدارات أو المصالح الوطنية المعنية إذا ما أراد الحصول على منح يمنحها له القانون ،ولأيتم ذالك الأبعد استصدار حكم من المحكمة تابعا لإجراءات القانونية وقد تطول الإجراءات مما يضيع على المعني بالأمر منافع وامتيازات مادية وحقوق قانونية .

ب- زواج زوجته رسميا من اجل غيره:

في حالة تأزم الوضع بين الزوج وزوجته سواء طلقها أم لم يفعل فكونها تعلم أن زواجها غير مسجل ويعرض عليها الزواج مرة أخرى بطريقة رسمية فتتزوج غير مبالية بالإثم الذي ارتكبته وسبب ضرر و اهانة للزوج،وفي هذا الشأن نقضت المحكمة العليا قرار صادر من مجلس القضاء المدية ملخصة كما يلي :"امرأة تزوج بها رجل عن طريق جماعة من المسلمين ثم غادرت محل الزوجية ورفض الزوج إرجاعها أو تسجيل عقد الزواج وبعد خمس سنوات وهي على هذه الحالة تزوجت برجل آخر قام الزوج الأول برفع شكوى ضد زوجته على أساس جريمة الزنا وأدانت الغرفة الجزائية بمجلس القضاء المدية الزوجة وشريكها بعام حبس نافذا وإلفين دينار جزائري غرامة نافذا وإلفين دينار جزائري غرامة نافذة من اجل الزنا والمشاركة[1]."

[1]المجلة القضائية، عدد 03/89، قرار بتاريخ 24-02-1987، الغرفة الجزائية بالمحكمة العليا.

ت- **تشريع الخلع(بمصر):**

كما هو معلوم انه لطلب الطلاق يجب مبدئيا إثبات الزواج مما كان عائقا إمام كثير من الزوجات فصدر قانون رقم 1 سنة2000 ،تم فيه تشريع الخلع اي من حق الزوجة عرفيا أن ترفع دعوى الخلع من دون أن تثبت زواجها[1].

في هذا الشأن أجريت دراسة مصرية أكدت أن بعد عام من تطبيقه لوحظ أن الزوجة تعسفت وأساءت استعمال هذا الحق حتى أنها طلبت الخلع لأتفه الاسباب[2]

كما أن هذا الحق كان حافزا لانتشار الظاهرة في الوقت الذي تحذر منه جميع وسائل الأعلام ،ورغم النظرة السيئة له وما ينجم عنه من آثار سلبية وقد احدث هذا القانون ثورة في مجتمع الرجال بعد أن نزعت زمام الأمور من أيديهم ،وبات من السهل خلع الرجال ،فالإحصائيات تؤكد انه خلال ذالك العام وصل عدد قضايا الخلع إلى 3500 تم الفصل في أكثر من 1500 فقط و3000 قضية طلاق تم الفصل 1000 منها،هذا يبين أن معظم الزوجات تفضل دعاوى الخلع عن يستغرق أكثر من دعاوى الطلاق نظرا لسرعة الفصل في دعاوى الخلع والذي لا 6 أشهر.

وقد أكد مصدر قضائي مسؤول:"أن ما استخدمه المشرع في القانون الجديد كان طرق نجاة أكثر من الزوجات بعد ما كانت تقضي سنوات لحصولها على الطلاق وقد لا تحصل عليه."

وأضاف:"أن عدد القضايا التي ينظر يوميا هي 25 قضية في الدائرة الواحدة وخلال دراسته لملفات الدعوى لاحظ أن معظم الزوجات تستعمل هذا الحق سلاحا أو بدافع الانتقام مما انعكس على الزوج فأحس بالاهانة لدرجة وقعت

---

[1] تحقيق صحفي فاطمة الدسوقي (Arabic.com)حول موضوع تشريع الخلع في مصر.

[2] نظرات دعوىخلع سببها مدرسة اللغة الانجليزية طلب الخلع بحجة ان زوجها لا يتقن هذه اللغة.

قضية في المحكمة:مهندسة مؤخر صداقها"جنيه"(بالعملة المصرية)،أعادت لزوجها5 جنيهات وعندما أخبرتها المحكمة أن مقدم صداقها جنيه واحد فقط ،التفتت إلى زوجها الطبيب وقالت"اترك الباقي لك".

أكد المصدر القضائي نفسه أن بعض الأزواج قاموا بالطعن بعدم دستورية هذا القانون والبعض الآخر بأنه مخالف للشريعة الإسلامية ولم يقبل الرجل المصري أن يكون مصيره بيد امرأة لدرجة نظرت قضية في هذا الإطار بالقاهرة ملخصها أن الطبيب أرادت زوجته- بزواج عرفي- فثار ورفض فسبقها للمحكمة ورفع دعوى طلاق قبلها حتى لا يقال عنه رجل مخلوع[1].

د- تعرض الزوج لفك رابطة الزوجية الرسمية:

في هذه الحالة أذا ما اكتشفت الزوجة الأولى أن زوجها تزوج عليها عرفيا بغيرها فتلجا لطلب التطليق بحجة عدم علمها لان شروط التعدد علم الزوجة السابقة واللاحقة أو تطلب خلعه وبالتالي أسرته الأولى معرضة للتفكك،وبالتالي يعود عليه بالضرر[2].

وفي هذا الشأن قضية زواج ب-ع مع ب-ش لمدة 25 سنة ولهما 4 أبناء فلما اكتشفت الزوجة أن زوجها متزوج عليها عرفيا أصرت على خلعه.

الفرع الثالث:الآثار السلبية المشتركة بين الزوجين

بعد تناولنا أهم الانعكاسات السلبية على كل طرف على حدى وجب علينا أن نشير أن هناك سلبيات مشتركة بينهما نلتمسها كالآتي:

---

[1] تحقيق صحفي مرجع سابق.

[2] مقال صحفي لطلعت شناعة (Arabic.com)

أ- الخيانة الزوجية

أذا ما ربط بين الزوجان زواج عرفي واتصلت الزوجة جنسيا برجل غيره فإنها ترتكب بذالك الخيانة الزوجية ،ذالك أن لهذا الزوج كيانه الشرعي،ومن ثم تتولد عنه جميع الحقوق الزوجية والتزامها ، فلكل من الزوجين الحق في إخلاص زوجته له،ومن ثم ترتكب الخيانة الزوجية باعتدائه على هذا الحق وذات الحكم مقرر للزوج،وبالتالي يصعب إثبات ذالك أمام العدالة إلا بإثبات الزوجية[1].

ب- الادعاء بالعلاقة الزوجية

نظرا لسهولة الإثبات في هذا الزواج وكونه محصور في دليل معين فلا يجد احد الطرفان بإثبات العلاقة الزوجية عراقيل تواجهه لكن الجانب السلبي لهذا هو انه يفتح الباب لكل من تسول له نفسه الدنيئة أن يصل لغرضه كالإرث مثلا أو تشويه سمعته...وغير ذالك،وبالتالي قد تساهم العدالة في إقرار حالات زواج غير شرعية.

ج- حرمنهما من بعض التصرفات القانونية

كإمكانه انتخابها في مكان الزوج أو هو في مكان زوجته لمجرد تقديم الدفتر العائلي وفق ما تقتضيه المادة 24 ف2 من قانون الانتخابات رقم 89-13 .

د- حرمنهما من الميراث

أذا ما توفي الزوج أو توفيت الزوجة،فالورثة لا يعترفون بقيام العلاقة الزوجية وبالتالي قد تقسم التركة ويضيع الحق في الإرث بسبب طول الإجراءات إمام المحكمة.

---

[1] محمد شاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، طبعة2، سنة 1989 (استاذ القانون الجزائي بكلية الحقوق جامعة باتنة).

المطلب الثاني:أثاره على المجتمع والعدالة

الفرع الأول:أثاره على المجتمع

يمكن تلخيصها كالتالي:

أ- فيه ضياع للانساب[1]: من أسوء وأخبث الآثار الناجمة عن هذا الزواج وتنشا عنه قضايا لإثباته وأخرى لنفيه،والإسلام شرع الزواج وجعله في أعلى الدرجات للمحافظة خاصة على الأنساب لارتباط ذالك الشعور بالانتماء والاعتبار الذاتي والكرامة والهدوء النفسي بهذا النسب أما الزواج العرفي فينتج عنه تماما، خصوصا أذا علم الزوج بالحمل هنا يتهرب من المسؤولية والزوجة تلجا إلى المحكمة لتثبت النسب لولدها.

الأمثلة على هذه الحالة كثيرة،فهذه زوجة رفعت دعوى على زوجها لإثبات النسب لكن بعد علمها بالحمل[2] اخذ عقد الزواج العرفي وهرب وقام بدوره برفع دعوى ينفي فيها النسب المنسوب إليه كون انه يشك في سلوكيات زوجته.

وهي كذالك أمثلة متكررة في المحاكم والسبب هو الزواج العرفي والضحية هم الأبناء يخرجون للدنيا دون سبب أو هوية ،فيتعقد نفسيا وينحرف سلوكيا ويلجا للانتحار لشعوره انه ابن زنا دون قيمة ولا كرامة،منبوذ في المجتمع بسبب عدم ثبوت نسبه[3]،والمشاكل تكمن وتنحصر في عدم حصولهم على أوراق ثبوتية،وإنهم غير مقيدين في السجلات المدنية ومخرجهم الوحيد متمثل في اللجوء إلى المحاكم لإثبات نسبهم مهما كان،فالإحصائيات دلت لإثبات نسب من زواج عرفي لوحده فقط.% على وجود 14 ألف قضية إثبات نسب منه60

---

[1] فارس عمران، الزواج العرفي وصور اخرى لزواج غير رسمي، ندوة الزواج العرفي، الاهرام، 06 مايو 2000 ص 13.
[2] المرجع اتلسابق نفسه، بمراجعة جريدة اللواء الاسلامي، العدد 27 فيفري 1997، ص 17.
[3] جريدة النساء ، المرجع نفسه، العدد 03 افريل 1997، ص 3

وهي نسبة كبيرة أذا ما أجرينا دراسة مقارنة بين الزواج العرفي كمصطلح قصد منه السرية والزواج العرفي السائد عندنا إي الزواج الشرعي فنجد أن أثار الأول ابلغ تتمثل في :

- **قمة الدناءة وعقوق الوالدين:** وذالك بنظرة متأملة أليه كون انه يقابله أهدار ونكران لحقهم في التربية والسهر وانتظار أولادهم بما يقدمونه لوالديهم من طاعة ورد الجميل وهنا يقول الدكتور محمد نبيل غنايم[1] ،وهو أن كل من الوالدين ينتظران سواء الابن أو البنت باليوم الذي يفرحان لهم لكن مادام أن البنت لايهمها شرفها ولا الوالد يراعي فيمن يرتبط بهم فهذا هو عين العقوق لهما ، وينتج عن ذالك تفكك للأسرة بصدمة احد الوالدين آو وفاة احد منهما أو حتى لدرجة ارتكاب جرائم قتل مثل وقائع هذه الواقعة ،كون أن فتاة تزوجت مع شخص بعقد زواج عرفي فرفضت هذه الأسرة هذا الزواج ومن منطلق اتفق والد الفتاة وأخوها على قتل ذالك الشخص وفعلا تمت هذه الجريمة[2].

- **الزواج العرفي وإشاعة الفاحشة في المجتمع:** وهذا بتأكيد علماء النفس والاجتماع على ذالك،وحسب ما أوضحه الدكتور احمد المجدوب خبير في البحوث الاجتماعية والجنائية أو المتزوجين عرفيا لا مكان لهما في المجتمع فكلما شعروا بحاجة لإشباعهم الجنسي انتهجوا في ذالك طرق غير مشروعة ،وهنا يكون السبيل إلى انتشار الفاحشة داخل المجتمع ولأفرق بين المثقف والأمي لان كليهما يسلك نفس الطريق ، وإذا ما كشف أمرهم تستروا تحت مقنن اسمه الزواج العرفي.

---

[1] محمد عمران، المرجع السابق نفسه، الندوة التي عقدت بكلية دار العلوم لتبصير الطلبة بخطورة الزواج العرفي، سنة 1998

[2] الزواج العرفي، جريدة الاهرام، 6 مايو2000.

الـــــزواج العـــــرفـــي

- **الزواج العرفي وزنا المحارم:** وهذا من أثاره الخطيرة ،فقد يحصل إن ينتج عنه أولاد وبمرور الأيام يحصل وان يلتقي الأخوة والأخوات من الأب في الزواج العرفي ،بعد موته وهم لا يعلمون بالعلاقة،كون أن الزواج العرفي تم بسرية وكتمان، ومن الكبائر التي تحدث أن يتزوج بعضهم البعض دون علم،وهذا الزواج منهي عنه لقوله تعالى:"حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم"،وبالرغم من التحذير الحاصل في هذا الزواج فان وقائع تؤكد الوقوع في المحظورات وارتكاب المحرمات وعلى سبيل الذكر هذه قصة من مئات القصص الواقعة في المجتمع وملخصها أن رسالة وصلت إلى لجنة الفتوى بالأزهر من سيدة متزوجة عرفيا لها طفل ، اختفى الزوج فجأة بدون مبرر،بعد ذالك ظهر رجل آخر للزواج منها،وأخبرته أن الطفل من زواج عرفي وهو ابن أختها المتوفية.

الفرع الثاني: آثاره على العدالة

وتتجلى فيما يلي:

حسب المبدأ المعمول به،إن الإنسان لا يقتضي حقه بنفسه فلا بد أن يلجا للقضاء،ومما لاشك فيه أن كل من أراد إثبات زواجه العرفي ينتهج هذا الطريق ،وبالرغم من النظرة السيئة لهذا الزواج نجد عليه إقبال كبير لعوامل سبق ذكرها ،وهذا حتما ينعكس على واقع العدالة بكثافة القضايا المطروحة أمامها بسبب الكثير من المتاعب والإرهاق والضغط في سير عملها وكان دورها الرئيسي ينحصر في إثبات هذا الزواج فقط ،مما ينجر عنه تكديس في الملفات وتباطؤ في الفصل وضياع مصالح المواطنين ،فالنظرة العامة اتجاه هذا الزواج تدور عند الأغلبية أن من اختار هذا الزواج فئة ونسبة قليلة لكن الواقع والإحصائيات المتوصل إليها تؤكد خلاف ذلك .

الـــــزواج العـــــرفـــي

أ- فنجد على مستوى ولاية وهران: هذه الإحصائيات وهي على المنوال التالي ثبت انه يوجد 400 حالة إعادة تصحيح سنة 2000 منها:

♦283 خلال ستة أشهر الأولى من شهر جانفي إلى شهر جوان.

♦في 2 فيفري تم تصحيح 19 خالة لزواج عرفي وفي حالة 16 فيفري 14 حالة.

♦أما اليوم الثالث من شهر مارس تم تصحيح 17 حالة وفي 10 ماي تم تصحيح 18 حالة.

ب- أما على مستوى ولاية الجلفة: نجد انه بالنسبة للإحكام الصادرة من فرع الأحوال الشخصية للمحكمة كانت كالتالي:

♦في سنة 1991 حوالي 81 حكم صادر.

♦في سنة 1992 حوالي 63 حكم صادر.

♦في سنة 1993 حوالي 28 حكم صادر[2].

ومن خلال هذه الأرقام نكشف الدور الفعال الذي تقوم به المحاكم في هذا المجال من اجل التخفيف من الظاهرة ، والمجهود الكبير الظاهر من خلال هذه الأرقام وهذا في نفس الوقت يصرف القضاة عن المهام الأخرى الملقاة على عاتقهم.

فلو كان المعنيون بالأمر في مستوى الوعيد لقيدوا زواجهم في الوقت المناسب في سجلات الحالة المدنية ،وبالتالي توفير الوقت لنفسهم وحماية مصالحهم وترك العدالة من اجل التفرغ إلى المهام الأخرى الأكثر جسامة ،وأهمها تجسيد دولة القانون وحماية الحقوق والحريات.

المؤسف حقا أن واقع العدالة يواجه اغلب القضايا ذات الصلة بالزواج العرفي،ومنه تعطيل للقضاء وتراكم القضايا وفي هذا الشأن لنا قضية لاتزال منظورة أمام المحاكم ملخصها كالآتي:" شخص اقترن بأختين حيث عقد على الأولى عقد رسمي ونتيجة لعقمها تزوج بأختها الثانية عرفيا والوقائع تؤكد علم

الـــــزواج العـــــرفـــي

الأهل لكلا الطرفين والاسوء ما في الأمر أن الأبناء الناتجين عن القران الثاني أي العرفي يسجلون في الدفتر العائلي للزوجة الأولى ،فحاليا الأبناء يواجهون والدهم أمام العدالة وكأننا لسنا في بلد أسلامي".

زيادة على المتاعب التي يسببها هذا النوع من الزواج للعدالة في سبيل سعيها من اجل تسوية الحالات نلاحظ كذالك انتشار الدعاوى المغرضة،وهذا ما سنتناوله في المبحث الثالث.

المبحث الثالث:الدعاوى المتعلقة بالزواج

إن ورود العنوان بهذا الشكل قد يوحي لأول وهلة أننا سنبحث إجراءات كل دعوى على حدى وإن كان الأمر كذلك إلا أن لب الحديث سيرتكز أساسا حول أسس وقواعد كل دعوى من الدعاوي التالية :النسب,الإرث والطلاق

المطلب الأول:دعوى النسب

إن دعوى إثبات النسب, كغيرها من الدعاوي التي ترفع أمام المحاكم وهي إسناد نسب شخص لأخر ولكن لابد أن نميز بين أمرين :

-إما أن تكون الدعوى أصلية تقوم على أساس إثبات النسب ذاته دون نزاع أو خصام معين.

- إما أن تكون الدعوى تبعية تهدف إلى إثبات نسب من أجل إثبات حق من الحقوق الشرعية كإقامة دعوة إثبات نسب تبعا لدعوى إثبات الزواج.

الفرع لأول: أنواعها

هناك دعوى أصلية وأخرى تبعية[1]وهي :

أ-دعوى إثبات النسب الأصلية :وهي بأن يرفعها المدعي سواء كان ولدا أو مولود أمام المحكمة بموجب عريضة كتابية من نسختين, يذكر الأسباب مع البيانات الضرورية من عنوان وهوية كاملة، وعنوان وهوية المدعي عليه ثم يوجع نسخة للمكتب الضبط مرفوقة بوصل الرسم إعداد ملف القضية ويعلن عن تاريخ الجلسة,وبعد إرسال النسخة الثانية من العارضة يقدم المدعي عليه يجيب كتابة أو شفاهة ويحضر ممثل النيابة.

ب-دعوى إثبات النسب التبعية فتكون لدفع إدعاء بتقديم مذكرة بنسختين للأدلة والحجج وأثار الدعوة تمتد للمدعي والمدعي عليه والنزاع ينشأ بأن يكون المولود

[1] -عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في القانون الجزائري,دار هومة للطباعة الجزائر,ص34.

ولد أقل وأكثر مدة الحمل وكان الزوج ينتابه الشك بإمكانية استبدال المولود كإدعاء منه أو إنها حملت أثناء غيابه وأتت به من الغير وهنا النسب يتم إثباته بكل الطرق الممكنة وذلك باختلاف الحالات كنزاع بين الزوجين أو الورثة فهنا تثبت بالشهود أو أية وسيلة أخرى[1]

الفرع الثاني: قواعد إقامة دعوة ثبوت النسب.

للوقوف على فهم الضوابط القانونية فهي تتجلى في :

*لا يجوز رفعها على ميت ولا يجوز النظر فيها بجانب دعوة أخرى

*ولا يجوز الحكم فيها بحجية كاملة .

*لا إنكار بعد الإقرار بعد إنكار , و إلا كان استهزاء بالعدالة.

*والإقرار يكون داخل المجلس أي يعتد بالإقرار القضائي أما خارجه فلا يعتد به.

إما عن الوسائل المستخدمة في التأكد من النسب وصحته نجد:

أ-الشهادة في النسب باعتبارها أقوى الحجج المادة 40منالقانون الأسرة الجزائري وهي حجية متعدية في حقه و الغير ,وتجب أن تكون كاملة ,رجلين عند المالكية أو رجل ومرتئين عند الأحناف وهي على شكلين:

1-فإذا كانت دعوى بأصل النسب كالبنوة أو الأبوة يكون حيا تسمع وبعد الوفاة لأتسمع هذه الدعوى إلا ضمن الدعوى أخرى كالميراث,بالإضافة أن الشهادة في النسب تقبل بالسماء والعيان والسامة استحسانا في قضايا النسب.

ب-أما الإقرار بالنسب فيمكن إثبات النسب به حسب الشريعة الإسلامية والمادة 44من قانون الأسرة إضافة إلى الشروط العامة حسب المادة 45من قانون الأسرة.

[1] - عبد العزيز سعد المرجع نفسه ص36

الفرع الثالث:طرق ووسائل إثبات النسب

إن النسب يعتبر من أقدس الحقوق الفردية إذ بدونه يحكم على الشخص بالموت القانوني وعلى هذا الأساس فان مسألة إثباته قد حرس المشرع دوما على تشديدها حفاظا على لأنساب من الاختلاط ,فقد اقر في المادة40من قانون الأسرة على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32,33,34 من هذا القانون,بالإضافة إلى سماع الشهود.

إلا أنه وأمام التطور المذهل للعلم ,فالإقرار أصبح لا يملك الحجة قاطعة أمام التيار الخطير الذي يحتاج أمتنا الإسلامية المحافظة من أشخاص في محاولة منهم بضرورة إرساء نظام التبني المحرم شرعا وقانونا[11]

إذ انه يجدر الإشارة إلى أن المادة40 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في09 جويلية 1984 والمضمن قانون الأسرة ,قد أضافت فقرة تجيز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ,بعدما كان هذا الأمر منعدم في القانون القديم,لاسيما تلك المتعلقة بتحاليل وفصائل الدم والعلامات المميزة للوالدين وبالأخص الفحص بالجيناتAND

وهي العلامات التي يعتمد عليها الأطباء المختصين في هذا المجال من أجل إثبات نسب الشخص في انعدام الإقرار وإنكار الشهادة ومنه تعتبر من أنجع الطرق في إثبات النسب وبذلك قد أعطى للعدالة دفع وروح جديدة لتحقيق مبدأ العدل. من

---

[1] -التبني محرم لقوله تعالى:(ادعوهم لآبائهم.),وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه الآية في التحريم التبني

4-تشوار الجيلالي ,الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم ولبيولوجية,ديوان المطبوعات الجامعية 2001

ناحية ,وبث الحيات القانونية في عديمي النسب وذلك بتأكد نسبه لوالده حتى ولو أنكر ذلك،ومنه الخروج من دائرة الموت القانوني إلى الحيات[1]

إضافة إلى ما أجازته المادة 40 من قانون الأسرة الجديد للقاضي من الصلاحيات في إثبات النسب ،فقد تم أضافت المادة 45 مكرر في نفس القانون التي تنص على أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي ،حيث يخضع هذا الأخير للشروط التالية :

-أن يكون الزواج شرعيا .

-أن يكون التلقيح برضى الزوجين وأثناء حياتهما

-أن يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما.

-لا يجوز التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة .

وباستقرائنا لنص المادة السابقة الذكر ،نجد أنه يمكن كذلك إثبات النسب في حالت الإنكار وذلك باللجوء إلى التحاليل الطبية.

إضافة إلى ما سبق ذكره فإنه يمكن إثبات النسب سواء من زواج شرعي رسمي أو زواج عرفي ويخضع لإجراءات واحدة بالفراش إضافة وتكملة للبينة والإقرار.

وفي هذا الشأن ورد عن حكم صادر عن محكمة تيارت قسم الأحوال الشخصية ،الذي يتعلق بدعوى ثبوت النسب من زواج عرفي ،تتلخص وقائع هذه في:أن

الـــــزواج العـــــرفـــي

المدعي الابن (ج.م.ه.)رفع دعوة أمام محكمة تيارت قسم الأحوال الشخصية ضد والديه زاعما بأنه الابن الشرعي لهما وأنه لم يتم تقييده من طرفهما في سجلات الحالة المدنية ،وبالتالي التمس الحكم بإحقاق نسبه إلى والديها لمدعي عليهما ،مع الأمر بتقييده بسجلات الحالة المدنية وقد انتهت هذه الدعوى بعد إقرار من والده بإلحاق نسبه.

إن قاضي الدرجة الأولى سبب حكمه على الإقرار والده عملا بالمادة 40 من القانون الأسرة التي تنص –يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخهن بعد الدخول طبقا للمواد 33.32.34 من ذات القانون ،بالإضافة إلى سماع الشهود[1]

كما يثبت النسب بدون ورقة رسمية ،إذا كان الزواج شرعيا هذا حسب المادة 41من قانون الأسرة .

وكتساؤل يمكن طرحه هل يمكن اعتبار شهادة الميلاد حجة في إثبات النسب ؟.

هنا أجابت محكمة النقض المصرية بالنفي ،تعتبر حجة بمفردها،بل هي مجرد قرينة عليه كون القيد يكون بإملاء القابلة أو الأم وهي حجته عليه طالما لم يقر بالبيانات المدونة والنسب هو حق أصلي للولد فهو كذلك لتدفع الزنا عن نفسها[2].

أما بالنسبة لمشرع الجزائري يرى أن شهادة الميلاد لا تعتبر حجة قاطعة ,كذلك بل سوى قرنية وللقاضي كامل السلطة التقديرية في مدى مصداقيتها ,فالوقع يؤكد لو كانت كافية لإثبات لأقام كل من له ابن غير شرعي بتسجيله ,ثم يثبت نسبة عن طريق تلك الشهادة و باطلاعنا على الاجتهادات المعمول بها قضائيا فالدعوى

---

[1] -مجلس قضاء تيارت،محكمة تيارت ،قسم الاحوال الشخصية،قضية رقم 2003/1482،خ=لسنة2004/01/07.

[2] -ممدوح عزمي ،الزواج العرفي ،نقض جلسة 25-6-1975 رقم 05 لسنة 1942ن قانون الأحوال الشخصية،ص88

المرفوعة لا تكون مركبة من طلبين مثلا دعوى ثبوت النسب ودعوى أخرى متعلقة بالإرث,هذا لا يقبل.

ولكن باستثناء يمكن إثبات زواج بإلحاق معه إثبات نسب ,وأخنيا سوف نتطرق في المطلب الثاني إلى دعوى إثبات الإرث ودعوى الطلاق وأهم الإجراءات الخاصة بهما.

المطلب الثاني :دعوى الإرث ودعوى الطلاق

سنتطرق في هذا المطلب إلى دعوى الإرث ودعوى الطلاق ,فالأولى يلجأ إليها بتثبيت الوارث لا استحقاقه في تركه الهالك ,و لكني يتم الوصول إلى ذلك يجب أن يتمتع الوراثة بالصفة اللازمة لذلك وهذا ما نحاول تبيانه في الفرع الأول من هذا المطلب.

أما عن دعوى الطلاق فقد يحدث أحيانا أن يتفق الطرفان على الزواج العرفي ثم بعد فترة يتفق الطرفان على إنها الزواج بالطلاق ,وفي هذه الحالة ليس هناك مشكلة ولكن تظهر المشكلة إذا غاب الزوج أو سافر إلى دولة أخرى وانقطعت أخباره وهو متزوج عرفيا ومن ثم تكون الزوجة في حيرة فهي لا تستطيع أن تتزوج شخصا آخر لأنها على عصمت الزوج الغائب أو المفقود ,فماذا تفعل الزوجة في هذه الحالة ؟ وهذا ما سنتطرق لتبيانه في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الأول:دعوى إثبات الإرث

كما هو معلوم أن هذه الدعوى يتقدم بها ورثة الهالك لطلب توزيع التركة ومنح لكل ذي حق من الورثة حقه , حيث أن علاقة الزوجية تثبت الحق في الإرث فالزوج يرث من زوجته وهي كذلك ترث منها تجدر الإشارة أن أي دعوى مهما كان موضوع ,لها صفة ومصلحة .

ومعنى هذا أن الوراثة حتى يثبت استحقاقه في تركة الهالكة لا بد أن يثبت صفته لهذا الأخير وهذا المعيار يقاس على العلاقة الزوجية فحتى يستطيع الزوج طلب ميراث زوجته الهالكة أو العكس لابد: من إثبات الزوجة بينهما وحسب موقف المشرع الجزائري فإن الزواج ثبت بموجب عقد الزواج ,وبمفهوم المخالفة إن عقد الزواج العرفي لا يمكن التمسك به في دعوى الميراث وبالتالي لا يمكن إثارة علاقة زواج عرفي والتمسك بوجودها أو عدمها في دعوى أصلية في الميراث وهذا يقودنا للحديث عن إثبات دعوى الميراث.

المشرع الجزائري يقتضي لإثبات صفة الوارث ، التقدم بعقد الفريضة وهذا الأخير لا يمكن للموثق تحريره ما لم توجد لديه الوثائق الرسمية التي تثبت العلاقة للوارثة بالموت، بمعني آخر الزوجة حتى تثبت صفتها كوارثة لابد أن تقدم عقد زواجها ليمنح لها عقد الفريضة.

وهكذا نصل للقول أن دعوى الميراث في القانون الجزائري- حسب ما هو معمول به ميدانيا وحسب الاجتهادات القضائية –هي منفصلة عن دعوى إثبات الزواج العرفي ولا تقترن الثانية بالأولى.

هنالك بعض النماذج والحالات الواقعة عن قضايا الإرث للمحاكم:

فهذه الدعوى من زواج عرفي منزوجة متوفية طالب زوجها أن يرثها النصف فرضا لكن الورثة منعوه وأن في حياتها أقرت بالزوجية وبوفاتها نكلوا وصمتوا أمام إقرارها وهي على قيد الحياة الزواج للزوج.

-وهذه زوجة توفي زوجها عنها وطالبت بانحصار الإرث لها ولولدها لكن الورثة أنكروا نسب الولد إلى المتوفي وأنها زورت في عقد إثبات زواجها وبالتالي جاء الحكم بالتزوير للورقة أما دعوى الإرث يتم إثباتها بكل الطرق.

وكملاحظة أن دعوى الإرث لا تقبل إلا إذا أثبتت العلاقة الزوجية وذلك يكون أن امرأة تزوجت عرفيا ورزقت بابن هنا الشهود اختلفوا حول هذا الزواج من حيث الزمان وبهذا الاختلاف ذهبت المحكمة على عدم قبول الشهادة أن يكون لها العلم الموثوق منه خصوصا في حالات الزواج التي تتطلب الجدية والصرامة.

ومن خلال دعوى زوجية من زواج عرفي عن طريق إثبات إرث وملخص هذه القضية يدور كون أن المدعية من زواجها العرفي أن أولاد الموروث أي زوجها هم بالغين ،وأقروا لها بالزوجية لوالدهم في محضر الشرطة وقاموا في نفس الوقت باستصدار حكم إشهاد شرعي بالوفاة لوالدهم وإغفال إسم المدعية التي لها الحق في الإرث وأخفوه على المحكمة فقامت برفع دعوى بطلان.

لعدم علمها بسبب أولاد الموروث وهذا أبطل الإعلام، وبهذا توصلت إلى إثبات زواجها وحقها في الإرث.

الفرع الثاني: دعوى إثبات الطلاق.

كيف يمكن للمتزوجة عرفيا أن تطلب الطلاق، وهل يمكن تصوره وقبوله من القاضي؟ مادام أن الضرر ألحق بها وبقي طريقها الوحيد هو اللجوء إلى القضاء، وهنا نكون أمام حالتين حالة ما إذا أقر الزوج بقيام الرابطة الزوجية تنظر المحكمة في ذلك لتصدر حكم أما الحالة الثانية والتي تثير كل هذه الإشكالية تتمثل في حالة إنكار الزوج لهذه العلاقة، فهنا عبأ الإثبات يكون على عاتق الزوجة لإثبات زواجها.

وبالتالي نتوصل إلى فكرة عدم استطاعة وإمكانية الزوجة طلب الطلاق أمام القضاء إلا بناء على زواج صحيح موثوق.

وهكذا فإن تحريم إيقاع الطلاق من زواج عرفي هو إهدار لحق شرعي عند وقوع الضرر والسؤال المطروح: كيف يكون لهذا الإجراء الشكلي، أي التوثيق سببا في ضياع حقوقها الشرعية؟ وما هي الطرق المتبعة في توثيق هذه الحالة؟

فعندما يتم تنفيذ حكم بتثبيت الزواج العرفي يأتي دور إثبات الطلاق فيه، ويقوم المعني بالأمر برفع دعوى عادية من جديد أمام قسم الأحوال الشخصية من أجل الحكم بالإشهاد على الطلاق العرفي الواقع في الزمان والمكان، ومدى صحته وهذا ما ورد في القرارين الصادرين من المحكمة العليا.

القرار الأول:

ملخصه ولما كانت الشريعة تخول إثبات تصريح الزواج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا ذلك من سمعوا ذلك من نفس الزوج، فإنه يجب على القضاء أن يجري تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة الطلاق الذي أثبت أمامهم.

القرار الثاني:

ملخصه أن القرار الذي اعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج على شهادة الشهود لم يحدد تاريخ ومكان هذا الطلاق، ولم تذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا مجلس الطلاق لتأكيد صحته، فهذا القرار يستوجب النقض، فكما أن هناك وسائل لإثبات الزواج شرعا وقانونا هناك كذلك طرق لإثبات الطلاق متمثلة في:

أ- الشهادة في الطلاق وهذا ناء على ما جاء في المحكمة العليا أنه "من المقرر أن الطلاق هو من الرجل صاحب العصمة، وإنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره..." وهذه القاعدة شرعية متفق عليها بين الفقهاء.

ب- الإقرار في الطلاق ودعاوية بما أنه حجة قاصرة لا يكون إلا وهو مقرور بدليل آخر كالبينة، وعلى القاضي أن يجري الصلح وثبوت الطلاق بحكم، والذي نراه أنه مجرد إداري تنظيمي ويكون الإقرار مقرونا كذلك بالكتابة.

وبالتالي يمكن أن الإقرار في قضايا الطلاق لا يتمتع بأية حجية قضائية أو قانونية ما لم يكن مقرونا بدليل آخر يكون القاضي به مقتنعا قناعة تمهد له السبل الكفيلة بإصدار حكم في إطار قانوني.

وهذا ما استند عليه القاضي من خلال حكمه في القضية السالفة الذكر، حيث تبين من خلالها محضر سماع الشاهدين المحرر بتاريخ *2003/12/10*، أن المدعى عليها أم المدعى تزوجت عرفيا مع المدعى عليه، وطلقها عرفيا ولم يتم تسجيل الزواج وكذا الطلاق، وبالتاي يتعين على المحكمة إلحاق نسب الابن بوالديه الشرعيين عملا بالمادة *40* والمادة *44* من قانون الأسرة حيث تنصان على طرق ووسائل إثبات النسب، والذي نجد كل من الإقرار والشهادة اللتان استندا إليهما القاضي إلى حكمه، وهذا تجنبا لتماطل الإجراءات، وكذا من أجل العمل بالمبدأ العام في الشريعة الإسلامية الذي مفاده "إحياء الولد".

الخاتمة:

إن فكرة الزواج العرفي في المجتمع الجزائري ليست انشغالا في حد ذاتها باعتبار أن الزواج العرفي زواج صحيح اكتملت في جميع عناصرها من رضا، مهر، ولي وشاهدين وغابت في الشكلية التي شرعت لا لشيء سوى لحفظ الحقوق المدنية وتسوية المراكز القانونية واستخراج الوثائق الإدارية، إضافة إلى أن المشرع الجزائري قد أقر هذا النوع من الزيجات.

إلا أن ذلك لا يغني عن القول حتى وإن كان مستوفيا لعناصره بأن ما يكتنفه من كتمان ولو قل مقداره يفتح منافذ الظن السيئ والشبهات.

لكن يبقى الانشغال المطروح في هذا الزواج العرفي هو الآثار التي ينتجها ومدى تأثيرها على المجتمع والعدالة وعلى أطرافه.

فبقدر ما كان الزواج العرفي منفذا للأشخاص للتهرب من المسؤولية القانونية، وإشباع رغباتهم الجنسية منها والعاطفية ذا الزواج شعورهم بالحرية بعيدا عن القواعد الإدارية الجامدة، فقد أدى هذا الزواج العرفي إلى عدة آثار سلبية تعد أطرافه لتشمل المجتمع بما فيه العدالة.

فعلى مستوى أطرافه نجد غياب المسؤولية بين الزوجين، إنكار النسب، التهرب من النفقة، تمرد الزوجة، ضياع الأطفال...

كل هذه الآثار وإن كانت على سبيل المثال لا سبيل الحصر قد زعزعت مكانة الأسرة وشوهت نظام الزواج الذي يفترض به أن يكون الوسيلة المثلى للتكاثر والتعايش والتراحم وبناء المجتمع.

أما عن المجتمع فد تزعزع أمنه واستقراره ومن ذلك كثرة الأطفال المرميين في الشوارع وتجسيد مصيره في جانبين لا ثالث لهما، إما أن يتغاضى عنهم المجتمع ليكبروا على روح الجريمة، وبالتالي زعزعة أمن واستقرار

الأفراد وقس على ذلك ما ينجر عن هؤلاء الأطفال من جرائم، والأموال التي تضطر الدولة لتكريسها من أجل التصدي لذلك عوض استغلالها في بناء الدولة ذاتها، أو أن تتبناهم الدولة في دور تخصصها لهم، وبالتالي الإنفاق عليهم وتكوين مربيين لهم.. من مستلزمات وكل هذا يؤدي إلى هز اقتصاد الدولة.

ولمواجهة هذه الظاهرة، كثيرة هي الحلول التي تصورها الشرائح من ذلك ما ساقه الدكتور "عبد العزيز سعد" حيث قال:"إذا كان المشرعون الجزائريون لا يريدون أو لا يستطيعون أن يمنعوا إبرام عقود الزواج بالفاتحة وإذا كانوا يريدون الحفاظ على مشاعر المواطن الدينية وعلى تعلقهم بالتقاليد والأعراف الإسلامية، فإننا نعتقد أنه كان من الأفضل على الأقل تكليف أئمة المساجد بالبلديات بأن يتولوا ممارسة مهام الموثق، أو ضابط الحالة المدنية، أو الموظف المؤهل قانونا، ليقوموا بتحرير عقود الزواج وتسجيلها في سجلات منظمة وفق نماذج رسمية، ثم يرسلون بها إلى البلديات لتوثق وتدون هناك في سجلات الحالة المدنية خلال أجل محدد وبنفس الطريقة يعمل بها الموثق بمقتضاها..."

والواقع أن هذا الحل تعوزه الواقعية من أوجه عدة، ذلك أن إقدام شخصين على إبرام زواجهما بعيدا عن أعين الموظف المؤهل قانونا، ليست استحياء من هذا الأخير أو رغبة في خرق القانون لذاته، بل ثمة مبررات وأسباب تدفعهما للإحجام عن الرسمية كيفما كان شكلها والقبول بتخويل أئمة المساجد صلاحيات ضابط الحالة المدنية في إبرام عقود النكاح، لا يعد أن يكون خلقا لهيئة رسمية موازية تتوسط بين العاقدين والموظف المؤهل طالما أن عقد الزواج يقيد في نهاية المطاف من البلدية.

وكعلاج لهذه أيضا، ما استنتجه الدكتور "محمد محدة" حينما قال "...إذا كان الوجيه الرباني في القرآن الكريم قد نص على توثيق الأمور المدنية بين

الناس بقوله: (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه، وليكتب بينكم كاتب بالعدل...).

فإن تسجيل الزواج وتوثيقه ولو لكونه جامع لأحكامه قطعا أكثر من الأمور المدنية، هو من باب أولى.

نعم، نحن لا ننكر أن الحل الذي قال به هذا الشارح يعتبر أنجح الحلول وأكثرها فائدة من الناحية العملية لا الشرعية، وقياسه للزواج على التصرفات المدنية الأخرى من حيث التسجيل قياس مستوف لعناصره في الظاهر، لكن ولذات المبررات التي اعتمدها في تدليله – لم تشترط الشريعة الإسلامية وجوب توثيق الزواج ولم تبح إمكانية هدمه لمجرد تخلف الكتابة - لا لشيء إلا لاختلاف طبيعته عن العقود المدنية الأخرى، وخطورة الآثار المترتبة عنه والتي لا يمكن بأي حال من الأحوال إعدامها قياسا عن الآثار في غيره من التصرفات، ومنه ونظرا لأبعاد هذه الظاهرة اجتماعيا، ثقافيا، أخلاقيا ودينيا لا ينبغي النظر إليها كمجرد علاقة بين رجل وامرأة ومحاولة التصدي لها وفق هذا المنظور، بل ينبغي فهمها في وضعها الصحيح انطلاقا من المجتمع في صورته الكلية، أي مدى أهمية هذه العلاقة في بناء المجتمع على أسس وقواعد صحيحة تضمن الرقي بالمجتمع ومنه الدولة، وبهذا الاعتبار يقتضي علاجها تكاثف جهود عالم الاجتماع رجل الدين ورجل القانون للوقوف على أسبابها ومنه وضع حلول لها.

وفي انتظار ذلك يبقي الحل لهذه الظاهرة – الزواج العرفي – مدى وعي المجتمع بخطورة نتائجه، ومدى تكريس الدولة من جهود للتحسيس بخطورة الإقدام على هذا النوع من الزيجات ذلك أنها أكثر من يحتمل نتائجه.

وتبقى كل هذه الحلل نظرية تفتقر إلى جانب الإلزامية، أو ما يعرف بالجزاء المترتب على عدم تطبيقها.

الـــــزواج العـــــرفـــي

وهنا يبرز دور المشرع في ضرورة الاهتمام بهذا الموضوع – الزواج العرفي - ودراسته دراسة ميدانية للتأكد من خطورته، زمنه سن قوانين تنظمه وتفرض له إلزامية توجب ضرورة ترسيم هذا الزواج وتسجيله.

وإلى ذلك الحين يبقى التساؤل المطروح في هل أن تجاهل المشرع الجزائري لوجوب إلزام الشكلية في هذا الزواج تجسيدا لمبادئ الشريعة الإسلامية في كون أن الأصل في العقود فيها الرضائية لا الشكلية؟ أم تكريس مبدأ حرية العلاقات الجنسية وهو بذلك إقرار ضمني بمبادئ غريبة في ظل دولة إسلامية.

وهل تبقى كل هذه الآثار السالفة الذكر رهينة شكلية إدارية؟

الـــــزواج العـــــرفـــي

المراجع

1)الإمام أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، طبعة 1976.

2) الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة 1950.

3)تشوار الجيلالي، الزواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبيعية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 2001.

4)عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

5) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر.

6) عبد الرزاق احمد السنهوري، المبسوط في شرح قانون المدني، نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي.

7) العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية 2002

8) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول 1990، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

9)حبد العزيز سعد،نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر.

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

الـــــزواج العـــــرفـــي

المصادر

1)قانون الأسرة الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل والمتمم رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 والمتضمن قانون الأسرة.

2)قانون الحالة المدنية، الصادر بموجب الأمر رقم 20/70المؤرخ في 19 فبراير 1970.

3)القانون المدني، الصادر بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

4)قانون الإجراءات المدنية، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2002.

الـــــزواج العـــــرفـــي

الخطـــــــــة

الفصل الأول: ماهية الزواج العرفي.

المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي.

المطلب الأول: تعريف فقهيا

المطلب الثاني: تعريف قانونيا

المبحث الثاني: ركن وشروط انعقاد الزواج

المطلب الأول: ركن الزواج (رضا الزوجين)

المطلب الثاني: شروط انعقاد الزواج

الفصل الثاني: إثبات الزواج العرفي والآثار المرتبة عنه

المبحث الأول: إثبات الزواج العرفي.

المطلب الأول: وسائل إثبات الزواج العرفي.

المطلب الثاني: إجراءات ترسيم الزواج العرفي.

المبحث الثاني: آثار الزواج العرفي

المطلب الأول: آثاره على الزوجين.

المطلب الثاني: أثاره على المجامع والعدالة.

المبحث الثالث: الدعاوى المتعلقة بالزواج العرفي

المطلب الأول: دعوى الإرث ودعوى الطلاق.

الخاتمة