# الزواج العرفي بين المشروعية و تخلف الشكلية

## مقدمة :

من سنن الله في خلقه أن جعل سبحانه استمرار النوع الإنساني منوط بنظام الزواج ، قال تعالى: ﴿ الذي خلقكم من نفس واحدة و خلق منها زوجها و بث منهما رجالا كثيرا ونساءا﴾[1] .

فالنكاح بأصوله و حدوده و قواعده كما شرعها الله سبحانه و تعالى ، هو الوسيلة السليمة لاستمرار النوع الإنساني ، و في ظله تتوزع الحقوق و الواجبات توزيعا ربانيا قائما على العدل و الإحسان و الرحمة .

و لقد اهتمت الشرائع السماوية و الوضعية على السواء بهذا العقد اهتماما لم يحض به غيره من العقود،نظرا لمزاياه العظيمة و آثاره الخطيرة ، و لكون هذه العلاقة الناشئة بصفة دائمة بين رجل و امرأة ، لا تقتصر على طرفيها إلى الأولاد و المجتمع ككل ، و تنتج عنها أسرة هي عماد المجتمع و النواة الأساسية في بنائه من هذا المنطلق كان عقد الزواج في شرائع العالم عقدا محصنا بجملة من الاعتبارات الدينية ، الاجتماعية و القانونية هي مناط سلامته .

و لقد استأثر الشارع الحكيم بسن مقتضيات هذا العقد، تاركا لطرفي العلاقة حرية إنشائها فقط، متكفلا بترتيب ما بقي من أحكامها، حتى تصان الأسر وتقوم على دعائم من القرار و الثبات ، لا سيطرة فيها لأهواء المتعاقدين و رغباتهم، التي إن ظلت دمرت الأسرة ككل.

فالزواج بمفهومه الشرعي يستوجب توافر أركانه من الرضا ، الصداق، الولي و الشاهدان، فإذا ما توافرت هذه الأخيرة صار النكاح صحيحا بغض النظر عن كونه مقيدا في السجلات التي أعدتها الإدارة لهذا الغرض أو غير مسجل بها ، إلا أن تعقد الحياة في المجتمعات المعاصرة ، و ظهور الدولة بمفهومها الحديث و تدخلها في تنظيم الحياة الاجتماعية،استوجب فرضها ترسيم معاملاتهم المالية و الشخصية، وهي الأسباب التي جعلت من الزواج المبرم بالطريقة السابقة الذكر والصحيحة شرعا ، زواجا غير هين إثباته ،كما يجعل منه محل التباس مع بعض العلاقات القائمة بين الرجل والمرأة خارج إطار النكاح .

فالزواج العرفي هو عقد توافرت فيه جميع أركان وشروط الزواج المنصوص عليها في المادتين 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة وافتقاده لعنصر التوثيق الذي يتم أمام الموظف المختص، و التي

[1] القرآن الكريم ، سورة النساء ، الآية رقم : 01.

# الزواج العرفي بين المشروعية و تخلف الشكلية

تتمثل في الرضا أي تبادل الإيجاب و القبول بين الطرفين ، و شروط صحة التي تتمثل في كل من الصداق، الولي بالنسبة للقاصر وكذا الشاهدان ،و انعدام الموانع الشرعية وشرط الأهلية .

و لما ظهرت الدول بشكلها الحالي و أخذت على عاتقها التكفل بمصالح المجتمع جسدت أحكام هذا الميثاق الغليظ كما ورتثها في صورة تشريعية .

وكغيره قام المشرع في البلاد الإسلامية بإضفاء الصبغة التشريعية على أركان عقد النكاح كما بينتها المذاهب الفقهية وعززها بشروط لا تتعلق بماهية العقد إذ ليس له أن يضيف شيء يحرم حلالا أو يحل حراما و لعل الحكمة من تشريعها تكمن في التصدي كما قد ينجر من جحود لهذه العلاقة نتيجة فساد العقول و ضياع الذمم ،و ضعف العقيدة عند بعض الناس .

من ذلك اشترطت معظم التشريعات الوضعية شكلية معينة يفرغ فيها عقد النكاح و يحتج بمقتضاها في مواجهة الكافة .

و أمام هذا الإصرار التشريعي على ضرورة إبرام عقد النكاح أمام الموظف المؤهل قانونا و جنوح بعض الأفراد إلى خرقه تحت ضغط عوامل متعددة ، يجوز لنا أن نتساءل عن مدى صحة مثل هذا النوع من الزيجات التي لا تحترم الرسمية المرتبطة ، و إذا حكمنا بعدم صحتها فما مصير العلاقة الناتجة عنها ؟

أما إذا قلنا بسلامتها فما هي الإجراءات المتعلقة لإظلالها بمظلة القانون ؟ و هل يسمح هذا الأخير بذلك ؟

من هنا و نظر لوجوب الرد على كل التساؤلات المطروحة آنفا ، فنحن كطلبة حقوق اخترنا هذا الموضوع نظرا لفرض نفسه على الواقع و محاولة منا الغوص في هذا الموضوع محاولين الإجابة على هذه التساؤلات المطروحة و بها سوف يكون هذا البحث البسيط موضوعا لمذكرة تخرجنا .

و عليه نقسم الموضوع إلى فصلين :

الفصل الأول : خصصناه لشكلية في الزواج

الفصل الثاني : خصصناه لضرورة تسوية الزواج العرفي

## الفصل الأول : الشكلية في الزواج

مشكلة الزواج العرفي أفرزتها التغيرات التي طرأت على الحياة داخل المجتمع مع فساد الزمان و تقلبات البشر فيه ، و كلما أوغل الناس في البعد عن شرع الله الحكيم كلما أصيبوا بالمشكلات المعضلة التي تؤرقهم في معاشهم، فمادام الزواج العرفي متوفر فيه جميع أركان وشروط عقد الزواج الشرعي و لكن المشكلة تثور في حال إنكار العلاقة الزوجية من احد الطرفين فهنا في هذه الحالة تصعب تسوية هذا الزواج و هذا نتيجة عدم إتباع الشكلية التي فرضتها معظم القوانين الوضعية نتيجة خطورة و صعوبة هذا النوع من النكاح .

## المبحث الأول: الشكلية في النظم القديمة و الشريعة الإسلامية

العقود إما أن تكون رضائية ، و هي التي يكفي لانعقادها اقتران الإيجاب بالقبول و يبقى العقد على رضائيته حتى و لو اشترطت الكتابة لإثباته ، ففي مثل هذا الفرض يبقى العقد موجودا و لو انعدمت الكتابة ، وإما أن تكون شكلية و هي التي يلزم لقيامها إتباع شكل خاص يحدده القانون .

و قد بدأت العقود شكلية في مجملها ، تقتضي لقيامها رسوما و أشكالا يحددها القانون[1] فإذا وجدت هذه الأخيرة وجد العقد من غير النظر لإرادة العاقدين و رضاهما و لكن لما نهضت الإرادة الإنسانية فرضت وجودها في العقد فرضا ملزما ،لتكون العنصر المكون له، فتحولت العقود تدريجيا من الطابع الشكلي إلى الصفة الرضائية ،لتكون الإرادة هي قوام العقد والعلة المنشئة له ، بيدا أن بعض العقود رغم قلتها لا زالت تستلزم قوالب شكلية لانعقادها، و لا يشفع رضا المتعاقدين لقيامها .

ونجد جل الدول قامت بإضفاء الصبغة التشريعية على أركان عقد الزواج،و من ذلك اشترطت شكلية معينة يفرغ فيها عقد الزواج و يحتج بمقتضاها في مواجهة الكافة، و قد اختلفت هذه الشكلية و تباينت عبر العصور من مجموعة قانونية إلى أخرى سواء من حيث مضمونها أو طريقة تبنيها أو الآثار المترتبة على تخلفها .

### المطلب الأول: الشكلية في النظم القديمة

يعتمد نظام الأسرة في وجوده واستمراره على علاقة الزواج ، لذلك اعتنت البشرية بهذه العلاقة منذ أولى الحضارات ظهورا ، ولازالت هذه الرابطة من أهم العقود إلى يومنا هذا .

ولقد زودتنا الدراسات التاريخية بمدى اهتمام المجموعات القانونية القديمة بهذه العلاقة وتنظيمها تنظيما خاصا ، حيث أحاطتها بنوع من القداسة ، وكان لاختلاط القاعدة القانونية بالمعتقدات الدينية ، دوره في إصباغ عقد الزواج بنوع من الشكلية انطوت على صيغ معينة وألفاظ محددة ينبغي التلفظ بها ،فاشترطت بعض الشرائع مثلا أن تتم إجراءات العقد في المعبد ، وعلى يد كاهن مع التفوه بعبارات محددة .

---

[1] كالبيع في القانون الروماني الذي كان يشترط لترتيبه أثر نقل الملكية أي يقترن بالاشهاد، وقوام هذا الأخير حضور الشهود واحضار ميزان وقيام المشتري بوضع الثمن في كفته والتعبير ببعض العبارات الرسمية ، أنظر ،د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع ، المجلد الأول ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ،ص .406.

ولتسليط الضوء على ذلك نقسم النظم القديمة تقسيما جغرافيا ( نظم شرقية وأخرى غربية) نقتصر فيها على دراسة شكلية الزواج في الحضارة الميزوبوتامية كنموذج للأولى،وفي الحضارة الرومانية كعينة للثانية .

## الفرع الأول : الشكلية في النظم الشرقية

كانت الحضارة الميزوبوتامية التي اتخذت من منطقة الدجلة و الفرات مهدا لها من أهم الحضارات التي ظهرت في المنطقة الشرقية ، و يذكر المؤرخون أن من العوامل الأساسية التي أدت إلى تطور الحضارة ،هو ظهور الكتابة و هذا بدوره انعكس على المجموعات القانونية التي ألزمت إصباغ العقود بالكتابة حتى تكون مكتملة ، ولم يخرج عقد الزواج عن هذه القاعدة، حيث ألزم المشرع إفراغه في شكل مكتوب و موقع عليه من الأطراف و الشهود و حتى يترتب أثاره، والكتابة هنا ليست شرطا من شروط إثبات الزواج فقط، بل شرط صحة وانعقاد، بحيث يترتب على تخلفها بطلان العقد و اعتباره كأن لم يكن، و في ذلك جاء تقنين حمورابي .

و من أهم الموضوعات القانونية التي ظهرت في هذه الحضارة بنص يوافق هذه الفكرة حيث قضت المادة 138من هذا التقنين بأنه : " إذا كان رجل قد اتخذ زوجة و لم يحرر وثيقة من اجلها ، فتلك المرأة ليست زوجته [1] و اشترط أن يتم إبرامه أمام القضاء، و لا يعترف قانون حمورابي إلا بالزواج الذي يحترم الشكلية .

و تتضمن هذه الوثيقة التي يوقع عليها كل من الخطيب و والد المخطوبة بحضور شهود يضعون أختامهم ، العديد من الشروط التي تهدف أساسا إلى تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين كما تحدد مدفوعات الزواج من مهر و بائنة (النزهاتو و الشراكتو و النودونو) و العقوبات التي توقع على الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا ، و الشروط الخاصة بالطلاق وغيرها من المقتضيات التي تختلف من مدينة إلى أخرى حسب الأعراف والتقاليد السائدة بها ، و ما ميز الزواج في هذه الحضارة أيضا ،انه كان زواجا مدنيا بحتا ليست له أي صبغة دينية .

هذا و لم يكن نظام الزواج في مصر الفرعونية ، ليرقى إلى رابطة قانونية لولا تشريع بوكوريس[2] الذي طوره من علاقات ، سواء كانت شرعية أو غير شرعية، إلى علاقة قانونية نزع منها

---

[1] أ نظر حسن أحمد ابراهيم ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ،دار المطبوعات الجامعية ،1998 ، ص.375.

[2] بوكوريس ، حاكم فرعوني من الأسرة 24 ، عاش في القرن الثامن قبل الميلاد واصدر مجموعة قانونية حملت اسمه .

الطابع الديني و أبقى على الصبغة الرسمية و أن تشدد[1] فيها إلى درجة انه لم يعترف للأولاد الناشئين اثر هذا الزواج بحقوقهم اتجاه أبيهم إلا بعد التوثيق [2].

## الفرع الثاني: الشكلية في النظم الغربية

عرفت الحضارة الرومانية الشكلية في معظم عقودها ،حيث بدأت هذه الأخيرة شكلية تحوطها أوضاع معينة من حركات و إشارات و ألفاظ و كتابة، إما مجرد توافق إرادتين (Nudum poctum) ، فلا يكون عقدا و لا يولد التزاما، فكان المتعاقد يلتزم لا لسبب سوى انه استوفى الأشكال المرسومة و يكون التزاما صحيحا حتى و لو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالف للآداب ،فالعقد الشكلي كان عقدا مجردا يستمد صحته من شكله لا من موضوعه هذا و قد عرف الزواج كغيره من العقود رسوما أطلق عليها الرومان تسمية(cocmptio) و كان رب أسرة الزوجة يسلم بموجب هذا الاتفاق ابنته لرب أسرة الزوج ،و بذلك تنفصل عن أهلها و تصبح خاضعة خضوعا تاما لولاية رئيس أسرتها الجديدة و تندمج أموالها ضمن أموال بعلها .

لكن ما لبثت الحضارة الرومانية أن تطورت واقترن ذلك بتقدم في التفكير القانوني أدى إلى التميز بين الشكل و الإرادة في العقد و إعطاء هذه الأخيرة قسطا من الأثر القانوني، و هو ما يفسر ظهور العقود العينية و الرضائية إلى جانب العقود الشكلية ،و تجلى هذا التطور على وجه الخصوص فيما يعرف بالعقود الشرعية (pactes l'égitimes) والعقود البرايطورية (pactes prétoriems) ،و لكن لم يقرر القانون الروماني في أي مرحلة من مراحله سلطانا للإدارة بوجه عام ، بل ظلت الأوضاع بعد أن تهذبت هي التي تخلف العقد، و يبقى العقد اللفظي(contrat verbale) إلى آخر عهود القانون الروماني هو القالب الذي يصبون فيه ما تبدوا الحاجة إليه من الاتفاقات .

في هذه الحدود ظل عقد الزواج خاضعا لشكليته التي لا يشفع لتخلفها رضا الزوجين و إن هذبتها القوانين البرايطورية كما في غيرها من العقود [1].

---

[1] وعلى النقيض من ذلك يرى ، حسن أحمد ابراهيم "إن الزواج في القانون المصري رضائي يعتمد في وجوده على اتفاق الطرفين ،لكن المصريين حربا على عاداتهم في تدوين ما يبرمونه من تصرفات مهما كانت ضئيلة القيمة، كانوا يفرغون عقود زواجهم في محررات مكتوبة وموثقة ، ولذلك يفرق البعض في هذا الصدد بين نوعين من الزواج ، الزواج المكتوب أو الموثق ، والزواج غير المكتوب أو غير الموثق ، غير أن الكتابة لم تكن شرطا لانعقاد عقد الزواج ، بل هو مجد أداة لإثبات حقوق كل من الزوجين والأولاد "،نفس المرجع ، ص.374.

[2] انظر ،د، دليلة فركوس، تاريخ النظم القديمة ، أطلس للنشر ، ديسمبر 1993 ،ص.63.

و لعل الغاية من هذه الرسوم هي مراقبة القيود المفروضة على الراغبين في الزواج والتحقق من انعدام الموانع التي تحول دون قيام النكاح، من ذلك مانع القرابة بين الأصول و الفروع، و عدم الكفاءة بين الزوجين سيما زواج الأشراف بالعبيد و كذا التأكد من انتفاء بعض الموانع الاجتماعية للحيلولة دون زواج الزناة و الخاطفين من ضحاياهم [2].

## المطلب الثاني : الشكلية في الشريعة الإسلامية

الأصل في الشريعة الإسلامية أن العقود رضائية و ليست شكلية ، ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تعرف في جملتها الشكلية في العقود و لا تشترط لتكوينها سوى قصد الطرفين غير أن بعض العقود و من ذلك عقد النكاح ، نرى فيها اثر بعض الشكلية واضح جلي، فلقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم جواز إبرام عقد الزواج بدون شهود و لكن اختلافهم كان حول مرتبة هذه الشهادة في العقد، فمن اعتبرها ركنا قال بشكلية عقد الزواج انطلاقا من هذا الاعتبار، و استنتاجا من عدم كفاية رضا العاقدين لإنشائه، و من رأى أنها شروط لزوم قال بعدم شكلية عقد الزواج انطلاقا من ترتيب العقد لأثاره لو تخلفت هذه الشهادة .

و أصل اختلافهم هو التفرقة بين باطل العقد و فاسده ، فجمهور الفقهاء من غير الأحناف لا يأخذون بهذا التفريق ،إذ باطل العقد عندهم فاسده، و العكس، أما الأحناف فيقولون ببطلان العقد إذا اختل أصله، و بالفسخ إذا اختل وصفه [3].

### الفرع الأول: الشكلية عند الجمهور

اتفق جمهور الفقهاء على أن الرضا في عقد الزواج لا يكفي لانعقاده، بل لا بد من الإعلان لكي يكون هذا الأخير صحيحا ، و اكتفي بعض الأئمة بشهادة شاهدين لهذا الإعلان ، فالفرق بين حلال الزفاف و حرامه الإعلان قال صلى الله عله و سلم : " **أعلنوا النكاح واضربوا**

---

1 ظهرت هذه الشكلية بوضوح في عهد جوستنيان، مشرع روما ، هذا الملك الذي تولى الحكم من سنة 527 الى غاية 565 ،اصدر مجموعته التي تناولت الأحوال الشخصية سنة 535 م

[2] انظر ، د دليلة فركوس ، المرجع السابق ،ص.210.

[3] هذا لان الأحناف يفرقون في أركان الزواج بين شروط صحة العقد ، ويرتبون على تخلفها البطلان وشروط النفاذ التي تتوقف على الإجازة ، وشروط اللزوم ويرتبون على تخلفها الفسخ ، وبما أن الشهادة تدخل في الطائفة الثالثة فالعقد بدونها صحيح إلى أن يطلب فسخه، ويرتب جميع آثاره من استحقاق المهر بعد الدخول ووجوب الاستبراء.

**عليه بالدفوف**"[1] و قوله صلى الله عله و سلم لعبد الرحمن ابن عوف لما تزوج " **أو لم ولو بشاة**"[2]

و بناءا على ذلك فعقد النكاح عند الجمهور من دون الأحناف عقد شكلي، لأنه لا يكتفي في تكوينه برضا العاقدين، بل لابد من هذا الرضا مع الإعلان و الشهرة ، فشكليه عقد النكاح واضحة عند الجمهور الذين لا يفرقون بين العقد الفاسد والعقد الباطل من جهة عدم الانعقاد بل هما لفظان مترادفان في نظر الجمهور، حتى يخرج العقد عن حدود السرية و كي لا يلتبس بالزنا ، و تكون علاقة الزوجين محل شبهة .

فالإسلام ينصح بإشهار عقد الزواج و إعلانه حتى تتضح معالمه و تتميز عن الخذان والمعاشرة السرية بين الرجل و المرأة، و بهذا الإشهار تنتفي التهمة و تزول الظنون السيئة وتنقطع ألسنة السوء .

فالزواج في الشريعة الإسلامية ينعقد بحضور شاهدين بالغين مسلمين، و أن يكونا سامعين للإيجاب و القبول، فاهمين أن الألفاظ التي قيلت من الطرفين أمامهما، ألفاظ عقد زواج

## الفرع الثاني : الشكلية عند الأحناف

وجهة نظر الأحناف ،قولهم أن الشهادة في عقد النكاح شرط لصحته و ليست ركن لانعقاده،و الرضا عندهم شرط الانعقاد الأساسي الذي ينبني عليه عقد النكاح و ما حضور الشاهدين إلا شرط لزوم يترتب عليه فساد العقد ، و معلوم عندهم أن أشباه هذا العقد الأخير إذا تخلف فيها شرط اللزوم ، قائمة و يرتب عليها الشارع أحكاما و شروط خاصة ، ففاسد العقد عندهم على أية حال عقد له وجود، بدليل انه إذا زال سبب الفساد انقلب صحيحا بالعبارات السابقة المنشئة له، من غير عبارات أخرى جديدة.

انطلاقا من هذه التفرقة قال الأحناف بعدم إصباغ الشكلية على عقد النكاح، و يرد عليهم البعض الآخر بالقول أن عقد النكاح شكلي و من هؤلاء الفقهاء نجد الأستاذ السنهوري الذي

---

[1] انظر ، الإمام أبي الفضل أحمد ابن حجر العسقلاني ، بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، دار الكتاب العربي طبعة 1373 هـ، ص.181. ، حديث رقم.813.

[2] انظر، الإمام أبي الفضل أحمد ابن حجر العسقلاني ، نفس المرجع ،ص.191. ، حديث رقم .888.

يقول: " ينعقد الزواج في الشريعة الإسلامية بحضور الشهود فهو شكلي من هذه الجهة، لا من جهة اشتراط مخصوص للإثبات"[1]

و يقول الدكتور كمال الدين ابن همام: " إن العقد الباطل و الفاسد في النكاح عند الأحناف سواء و بالتالي فان كل نكاح غير صحيح هو نكاح لا يعتبر موجود في نظر الشارع لأنه لا يرتب عليه اثر من الآثار التي تكون لعقد النكاح في حد ذاته ،فمن الواجب إذن القول بان لحضور لشهود أثره في كيان العقد، فيكون النكاح عقدا شكليا ".

و في نفس المعنى يقول الإمام أبو زهرة : " و لو تنزلنا في التسليم ، و أخذنا بطريقة من يفرقون بين فاسد العقد و باطله ،و قلنا أن النكاح من غير شهود فاسد لا باطل، فانا نجد هذا النوع من النكاح لا يعترف به الشارع، بدليل انه لا يثبت به من غير الدخول، مهر، و لا يثبت به نفقة و لا يكون لأحد من الزوجين أي حق من حقوقه ،... أفلا يجوز لنا بعد هذا القول أن نقول : " إن عقد النكاح من غير شهود نكاح غير معترف به من الشرع الإسلامي ، فهو غير موجود في نظره ،و يكون عقد الزواج إذا في نظر الفقه عقدا شكليا ، لأنه لا بد لاعتراف الشارع به من شهود"[2] .

و يضيف الإمام في التدليل على المبرر من ترتيب العقد الذي تخلفت فيه الشهادة لبعض الآثار التي يرتبها النكاح الصحيح، ليس العقد نفسه بل الدخول بشبهة .

وفي هذا يقول و هنا تنزلنا مع القائلين : " إن عقد النكاح عقد غير شكلي، لأنه من غير الشهود فاسد يعترف به الشارع ببعض أثاره ، بمقتضى كونه عقد له وجود و كيان ، فان الرضا في العقود كلها في مذهب أبو حنيفة أثره أن يجعل بعضها فاسدا و لا يمكن أن يؤثر في انعقاد العقد و وجوده ، بل كل العقود تعتبر منعقدة و موجودة مع عدم وجود الرضا فان قلت أن النكاح عقد غير شكلي ، لأنه ينعقد من غير شهود ، فقل إن العقود كلها عند أبو حنيفة غير رضائية ،لأنها تنعقد و تتكون و يكون لها وجود من غير توافر الرضا فيها ،و ذلك ما لم يقله احد".

والحقيقة أن الشكلية في عقد النكاح ترفع من قيمته ، بل هي دليل على عظيم رعاية الشارع للعلاقة الزوجة، فان العشرة الزوجية بين رجل و امرأة لا تكون إلا بإباحة الشارع، وبكلمة الله و رحمته ، فلا تناط تلك الإباحة بإرادة العاقدين المجردة ،و لا برضا هما المنفرد بل لابد من أمور يشترطها

---

[1] انظر ،د عبد الرزاق السنهوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، نظرية العقد دار إحياء التراث العربي ، 1934 ، ص.116.

[2] انظر ، الامام محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي ، طبعة 1976 ص.208. و.209.

الشارع ليبيح تلك العلاقة التي كان الأصل فيها التحريم صونا للأعراض ، و حفظا للمحرمات، ومنعا للسفاح ، فوضع الشارع حدودا و رسوما تكون حدا حاجزا بين الحلال و الحرام ، و فيصلا للتفرقة بين النكاح و السفاح ، كما تكون فاصلا بين عشرة الإحصان، و عشرة الآخذان ، فكان لابد من أن تكون هذه الشكليات مقترنة بإرادة العاقدين .

## المبحث الثاني: مظاهر الشكلية في قانون الأسرة

كما ذكرنا آنفا أن الشريعة الإسلامية لم تفرض الشكلية لانعقاد عقد الزواج بل كفي لصحته توافر أركانه و شروطه ، إلا أن التشريعات الوضعية فرضت هذه الشكلية و المتمثلة في كتابة هذا العقد و تسجيله لدى ضابط الحالة المدنية كما هو في التشريع الجزائري ، فالزواج العرفي يختلف عن الزواج الرسمي في كون هذا الأخير قد استوفى كل الشروط و الأركان ضف إلى ذلك الشكلية التي يفرضها القانون عكس الزواج العرفي الذي تنتفي فيه هذه الشكلية .

### المطلب الأول : الكتابة

كما ذكرنا سابقا لقد اختلفت الشكلية من عصر إلى عصر ، حيث عرفت المجتمعات القديمة شكلية معينة تجسدت في تلك المعتقدات و الطقوس الدينية التي ترافق عقد الزواج ، و بمجيء الشريعة الإسلامية السمحاء التي لم تعرف الكتابة في جل معاملاتها ، لم يشد عقد الزواج من هذه القاعدة نظرا للائتمان المتبادل بين الأطراف و الثقة النابعة من الوازع الديني، و إن خص الشارع هذا العقد دون سواه برسوم يجمع كبار الشراح المعاصرين على أنها شروطا شكلية تصبغ عقد الزواج بهذا الوصف .

و بتطور العلاقات الإنسانية،عكفت التشريعات الحديثة على اشتراط الكتابة كوسيلة للتدليل على الحق، من ذلك فرضها لشكلية معينة لإبرام عقد الزواج، قصد تامين استقرار العلاقات الاجتماع و حفظ الحقوق و منع إنكارها و جحودها و كذا منع التحايل و الغش .

#### الفرع الأول : التمييز بين الكتابة كركن شكلي في العقد و الكتابة كوسيلة للإثبات

الكتابة تعتبر هي الأصل في إثبات التصرفات القانونية و خاصة في العصور الحديثة إذا ما قورنت بالوسائل الأخرى للإثبات كالبينة (شهادة الشهود) التي يعتريها القدم و النسيان ضف إلى ذلك ضعف الذاكرة والأخلاق الخاصة بالشاهد، فتصدرت الكتابة وسائل الإثبات فهي قوة مطلقة في الإثبات و ملزمة للقاضي إذ تحققت شروطها .

قد يشترط المشرع لقيام تصرف ما انه لا يقوم هذا التصرف و لا ينتج أثره إلا إذا أفرغت إرادة المتعاقدين أمام موظف رسمي ،هذه الكتابة تعتبر ركن شكلي في التصرف فإذا انعدمت هذه الشكلية انعدم معها التصرف القانوني و هذا ما بينته المادة 12 من قانون التوثيق الصادر في

1982/07/12 المعدل والمتمم في 2006 و 2009 مثل عقد بيع العقارات فهنا الكتابة شرط لانعقاد العقد، أما اشتراط الكتابة لإثبات التصرف كما إذا كانت قيمته تزيد عن 100 ألف دج ،فان غيابها لا يؤثر على صحة التصرف فقد يثبت بالإقرار و اليمين.

و من هذا المنطلق فما هي وظيفة الكتابة في الزواج هل هي وسيلة للانعقاد أم وسيلة للإثبات؟ .

## الفرع الثاني : وظيفة الكتابة في عقد الزواج

كما ذكرنا سابقا فالكتابة إما تكون وسيلة للانعقاد و إما تكون وسيلة للإثبات، والكتابة في عقد لزواج طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على انه : " يثبت الزواج المستخرج من سجل الحالة المدنية ، و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا ما توافرت أركانه وفقا لهذا القانون و يتم تسجيله بالحالة المدنية" .

فانطلاقا من هذه المادة نجد أن كتابة عقد الزواج هي وسيلة للانعقاد ما دام قد نص عليها المشرع كشكلية لعقد الزواج ، ولكن حين التمعن نجد أن الكتابة في عقد الزواج هي وسيلة للإثبات و ليس للانعقاد فما دام لا يبطل الزواج إذا ما تخلفت ويثبت بما يقوم مقامها من وسائل الإثبات الأخرى كالإقرار و الشهادة .

## الفرع الثالث : الاعتبارات التي أدت إلى اعتبار الكتابة كوسيلة للإثبات

ظهرت الحاجة إلى توثيق الميثاق الغليظ بين الزوجين و ذلك لأسباب متعددة نذكر منها كما اشرنا سابقا بان وسائل الإثبات الأخرى كالشهادة التي يعتريها القدم و النسيان ، ضف إلى ذلك ضعف الذاكرة و كذا نظرا لما رأته السلطة التشريعية من دمار الأخلاق و ضياع الحقوق [1] و

[1] وان كان البعض يقول أن الكتابة ظهرت في الشريعة الإسلامية منذ أن بدأ المسلمون يؤرخون المهر ، فوجدت تلك الكتابة لإثبات مؤخر الصداق الذي يعتبر دينا في ذمة الزوج ، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله : "لم يكن الصحابة في صدر الإسلام يكتبون الصدقات لأنهم لم يكونو يتزوجون على مؤخر بل يعجلون المهر، وان أخروه فهو معروف فلما صار الناس يتزوجون على المؤخر وتطول المدة وينسى، صارو يكتبون المؤخر،وصار ذلك حجة في إثبات الصداق وفي أنها زوجته " انظر، الإمام أحمد عبد الحليم ابن تيمية ، فتاوى الزواج وعشرة النساء،دار الشهاب ،الجزائر، 191، ص.141.

ضعف الإيمان في نفوس الناس ،و قلة الوازع الديني ، الشيء الذي أدى بالبعض إلى القول أن توثيق عقد الزواج في عصرنا يدخل ضمن المصالح المرسلة [1]

و نتيجة لانتفاء الكتابة يتولد عليها صعوبة في تسوية الزواج العرفي، وكذا انتفاء التسجيل الذي يعتبر نتيجة حتمية لانتفاء الكتابة، فانتفاء الكتابة يفهم منه عدم أو انتفاء التسجيل .

## المطلب الثاني : التسجيل

التسجيل بمعناه القانوني التنظيمي، لا يتم إلا قبل الدخول لإعطاء العقد المبرم الصفة الشكلية والقانونية أمام الموثق أو أمام ضابط الحالة المدنية بالبلدية ، أما إذا حصل الدخول بالزوجة فإنه يجب على الشخص الذي يدعي بأنه مرتبط مع شخص آخر، بموجب عقد الزواج، تقديم الأدلة و الإثباتات التي تؤكد على ما يدعيه و عليه فسنتطرق إلى الموظف المختص بتسجيل عقد الزواج و البيانات التي يحتويها هذا العقد .

### الفرع الأول : الموظف المختص بإبرام عقد الزواج

إن عقد الزواج كعقد مدني مطبوع بطابع ديني قد أخضعه المشرع الجزائري إلى مجموعة من القواعد و الأحكام الإدارية تضمن توثيقه و حفظه و العناية به و يحدد صفة الموظف الذي يكلف بتحريره و تسجيله في سجلات معينة ، و منها أن المادة 71من قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الأمر رقم 70-20 بتاريخ 19-02-1970 قد نصت على أن ضابط الحالة المدنية أو القاضي (الموثق حاليا) المختص بتحرير عقد زواج الزوجين هو إما ذلك الذي يوجد بدائرة اختصاصه موطن الزوجين أو احدهما و إما ذلك الذي يوجد بدائرة اختصاصه مقر إقامة احد الزوجين باستمرار مند شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج ، هذا بالنسبة إلى الزواج الذي يعقد داخل البلاد[2].

و نفس المعنى تضمنته المواد 96-97 -104 و ما بعدها بالنسبة إلى الأشخاص المختصين بتحرير عقود زواج الجزائريين في الخارج ويتكفل بزواجهم (القنص) أما قانون الأسرة رقم 84-11

---

[1] المصلحة المرسلة هي التي تناط بها الشريعة هي المصلحة التي تكون فيها المحافظة على مقصود الشارع ، ومقصود الشارع ان تحافظ على الكليات الخمس ،وكل ما يفوت هذه الأصول فهي مفسدة ودفعها مصلحة ، وكما ان التوثيق وجد لحماية ذلك المجتمع الصغير ، صدق عليها وصف المصلحة المرسلة.

[2] انظر، عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1996 ،ص.157.

الصادر بتاريخ 9-6-1984 فقد نص في المادة 18منه على أن " عقد الزواج يتم امام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون ".

و من إجراء مقارنة بسيطة تحليلية بين النصين يتضح لنا ما يلي :

1- بينما كان قانون الحالة المدنية يذكر الموظفين المختصين بتحرير عقود الزواج و تسجيلها بصفاتهم المهنية ، و يحصر الاختصاص داخل البلاد بالموثق و ضابط الحالة المدنية و خارج البلاد برؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفين على دوائر قنصلية و رؤساء المراكز القنصلية بشكل صريح واضح [1] نجد ان قانون الاسرة يحصر ذلك الاختصاص في الموثق و في أي موظف مؤهل قانونا دون ان يبين من هو الموظف المؤهل لتحرير عقد الزواج و تسجيله أهو الموثق او الموظف الذي يوجد بدائرة اختصاصه موطن الزوجين او احدهما ؟ او مقر إقامة احد الزوجين مند شهر على الاقل كما تنص المادة 71 من قانون الحالة المدنية على ذلك ؟ أم أي موثق و أي موظف مؤهل يوجد موطن الزوجين او محل إقامة احدهما بدائرة اختصاصه او لا يوجد ؟

2- إن المادة 71 من قانون الحالة المدنية كانت تحدد الموظفين المختصين بتحرير عقود الزواج بصفاتهم دون أن تكون بطلب منهم مراعاة أركان و شروط انعقاد الزواج، بينما نصت المادة 18 من قانون الاسرة على ضرورة مراعاة أحكام المادة التاسعة منه و هي المادة التي نصت على ان يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي وشاهدين و صداق ومعنى هذا ان قانون الاسرة الذي صدر بعد قانون الحالة المدنية بحوالي اربعة عشرة سنة قد ألزم الموثق و الموظف المؤهل لتحرير عقد الزواج ان يراعي الوثائق المطلوب تقديمها اليه من الزوجين بموجب المادة 74 من قانون الحالة المدنية ،و ان يراعي كذلك توفر الرضا الصريح و الشفهي بين الزوجين و توفر حضور شاهدين و ولي الزوجة و توفر صداق معين سواء كان معجلا أو مؤجلا زيادة على ضرورة مراعاة كل ما تتطلبه قانون الأسرة و قانون الحالة المدنية من شروط إدارية و شرعية و ذلك كله قبل أن يباشر عملية تحرير العقد و تسجيله .

3- إذا كان قانون الحالة المدنية قد عين الاشخاص المختصين بعقود الزواج بصفاتهم في وظائفهم وفق صيغة معينة ثم بعد ذلك جاء قانون الاسرة و تناول الاشخاص المختصين بتحرير عقود الزواج وفق صيغة اخرى مغايرة ظاهريا للصيغة السابقة.

[1] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق ،ص.158.

فهل يعني ذلك ان المادة 18 من قانون الاسرة قد الغت ضمنا أحكام المادة 71 من قانون الحالة المدنية و لو انه لا وجد أي خلاف حقيقي ظاهر بين أحكام النصين و المادتين ؟

إننا نعتقد أن احكام المادة 18 متممة و مكملة لأحكام المادة 71 و لم تتضمن ما يخالفها و لم تلغيها ضمنيا .

و لكن ما هي البيانات التي يتضمنها هذا العقد ؟

## الفرع الثاني : بيانات عقد الزواج

إن قانون الأسرة لا يتضمن أي نص يتعلق بعناصر او بيانات عقد الزواج أي العناصر والبيانات التي يجب ان تتضمنها وثيقة عقد الزواج نفسه ويجب تدوينها وذكرها في سجل الحالة المدنية الموجود بالبلدية او لدى القنصلية الجزائرية والمخصص لتدوين وتسجيل عقود الزواج ، أو ذلك السجل الموجود بالمحكمة لدى الموثق، ما عدا النص الذي يتعلق بوجوب ذكر مقدار الصداق و الذي تضمنته المادة 15 من قانون الأسرة .

غير ان المادة 73و30 من قانون الحالة المدنية الصادر عام 1970 قد حددت كل العناصر او البيانات التي يجب ان يراعيها الموثق و أي موظف مؤهل لتحرير عقد الزواج وتسجيله تحت طائلة المسؤولية الشخصية ، والتي يجب ان تدرج في وثيقة عقد الزواج و هي بيانات تتعلق :

1- وجوب ذكر لقب و اسم و تاريخ و مكان الولادة كل واحد من الزوجين .

2- وجوب الإشارة الى لقب واسم كل واحد من ابوي الزوجين وكل واحد من الشهود والى تاريخ و مكان ولادة كل منهم .

3- وجوب الإشارة إلى الترخيص بالزواج أو الإعفاء من سن الزواج عند الاقتضاء وهذا ما جاءت به المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري

ونعتقد أن من المفيد أن نضيف هنا بيانين آخرين إلى ما تقدم هما:

4 - وجوب الإشارة الى الشروط التي يشترطها الزوجان او يشترطها احدهما بمناسبة العقد وهذا ما نصت عليه المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على أنه :"للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون" .

وكذا المادة 37 فقرة ثانية من نفس القانون نصت على أنه :" غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول الى كل واحد منهما ..."

5 - وجوب الاشارة الى الوكالة وذكر لقب و اسم الوكيل، و اسم ولقب الموكل كلما انعقد الزواج بواسطة وكيل، و حبذا لو اشترط قانون الأسرة وجوب الإشارة في وثيقة العقد إلى كون المرأة بكرا او مطلقة او متوفى عنها، وان كان الرجل أعزب أو مطلقا او متوفى عنه [1]

و بالتطرق إلى انتفاء هذه الشكلية فما هي النتائج التي تترتب على تخلفها ؟

[1] انظر ،عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص.162.

## المبحث الثالث : نتائج انتقاء الشكلية

كما ذكرنا سابقا لم تشترط الشريعة الإسلامية أن يجري عقد الزواج على يد قاض او عالم ويستطيع العاقدان إجراء العقد بنفسيهما من غير احتياج الى وسيط يقوم باجرائه و يكفي في انعقاده النطق بالايجاب و القبول مشافهة بحضور الشاهدين، و لم يكن بطالب المسلمون بتسجيل عقد الزواج ، كل ما طلبته الشريعة لإشهاد عليه و استحبت اعلانه واشهاره ، يقول شيخ الاسلام ابن تيمية : " و لا يفتقر تزويج الولي المرأة الى حاكم باتفاق العلماء " [1].

و لكن قد تنشأ عن عدم تسجيل عقود الزواج مشكلات كثيرة لا يخلو كتاب من كتب الفقه من الاشارة اليها و الحديث عنها ، وينتج عن انتقاء هذه الشكلية نتائج عديدة نذكر منها ما سنسرده في كل من المطلب الأول والمطلب الثاني .

[1] انظر ، عمر سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع ،الاردن،1997 ،ص.174.

## المطلب الأول : ترتيب اثار الزواج الشرعي

الزواج في الاسلام هو عقد قولي بين رجل وامرأة خالين من الموانع الشرعية و شانه كشأن سائر العقود التي تصح بتوافر شروطها و أركانها وانتفاء موانعها، و من المقرر في الفقه الاسلامي ان العقود الفاظ، فاذا حصلت على جهة الانشاء من كامل الاهلية في التصرف مستكملة لشروطها واركانها مع انتفاء موانعها فانها عقود صحيحة، تستتبع آثارها وما يترتب عليها من أحكام ، و أركان الزواج هي : الصيغة (الإيجاب و القبول)، و العاقدان ، والشاهدان ،و ولي الزوجة ، فالزواج في الشريعة الاسلامية عقد قولي يتم بالنطق بالايجاب و القبول في مجلس واحد بالالفاظ الدالة عليهما ممن هو أهل للتعاقد شرعا بحضور شاهدين بالعين عاقلين مسلمين اذا كان الزوجان مسلمين ، و ان يكون الشاهدان سامعين للإيجاب و القبول فاهمين أن الألفاظ التي قيلت من الطرفين أمامهما ألفاظ عقد زواج، و اذا جرى العقد باركانه و شروطه المقررة في الشريعة كان صحيحا مرتبا لكل اثاره [1].

و هناك فارق كبير بين عقد الزواج الشرعي و وثيقة الزواج الرسمية ، فان العقد هو الإيجاب و القبول بأركانه و شروطه السابقة ، أما التوثيق الرسمي فهو شيء زائد على حقيقة العقد و ماهيته، ارتأى الحاكم اللجوء إليه حفظا للحقوق و خوفا من التناكر في عقد الزواج، كما قال عمر بن عبد العزيز رحمه الله عليه: " تحدث الناس القضية بقدر ما احدثوا من الفجور"، و نص العلماء على ان للحاكم تقييد المباح مراعاة للمصلحة العامة، و له ان يستحدث من السياسات الشرعية ما يحفظ على الناس حقوقهم و امنهم و استقرارهم و يسمون ذلك بالمصالح المرسلة و على ذلك فمصطلح (العرفية) و (الرسمية) في الزواج انما هو اصطلاح اجرائي يفرق بين عقود الزواج الموثقة و غير الموثقة و لا تعلق له بصحة العقد او بطلانه ، فان الصحة و البطلان انما يعلمان من تحقق الاركان و الشروط او عدم تحققها كما مر ، و الفقيه لا نظر له في الاسماء من حيث هي ، لان الاحكام انما تناط بالمسميات .

و من حكمة الله تعالى في تحريم الزنا انه لم يرتب على فعله العقاب الدنيوي و الاخروي ويجلد فيه البكر و يرجم فيه الثيب إلا و قد فتح باب الزواج على مصراعيه ، فجعل في الحلال غنية عن الحرام ، و من اجل ذلك قال العلماء : " الفرق بين الحلال و الحرام كلمة و مقصودهم بذلك:

---

[1] فضيلة مفتي الديار المصرية ، الشيخ ، جاد الحق علي جاد الحق ، في الفتوى الصادرة بتاريخ 1978/10/18 http:// WWW.igypt .com/lelkebar/issue7/article1.HTM

الاشارة الى سهولة النكاح الشرعي و سيره من جهة ، بحيث لا يقدم على الحرام الا من يستحق العقاب المرتب عليه، و للتنبيه من جهة اخرى على الفرق بين عقد الزواج و توثيقه و ان العبرة انما هي بحصول العقد الصحيح الذي استكمل اركانه و شروطه ،ثم ياتي التوثيق بعد ذلك لحفظ الحقوق .

ثم ان هناك فارق ايضا بين كون الزواج صحيحا و بين حل الاقدام عليه، فان مجرد استكمال الزواج لاركانه وشروطه لا يعني ان فعله جائز دائما، تماما كما يقول العلماء في الصلاة بالثوب المغصوب و المكان المغصوب و الوضوء بالماء المغصوب : فالصلاة صحيحة و الوضوء صحيح، و لكن الغصب حرام، وكذلك هنا عصيان البنت لابيها في الزواج حرام ، و سعيها في تضييع حقوقها الشرعية و الادبية بالزواج من غير اذن وليها او مع عدم علمه حرام ايضا [1].

حيث نص الفقهاء على ان على الابن والبنت طاعة الوالدين في الزواج ولهما عصيانهما في الطلاق، و لكن هذا لا يعني ان هذا العقد اذا تم مستكمل الاركان و الشروط انه يكون زنا، و ان البنت لا حقوق لها في مهر و لا نفقة و لا ميراث و لا في نسبه من تحمل به الى ابيه ، بل هو زواج صحيح تترتب عليه اثاره الشرعية من نسبة الولد الى ابيه و امه ، و ثبوت نصف المهر للزوجة بالعقد و كامله بالدخول ، و ثبوت النفقة لها ، و ثبوت الميراث لاحد الزوجين عند موت الاخر، و غير ذلك من الاثار التي يستتبعها عقد النكاح الصحيح .

اما الدعوى بان الزواج العرفي باطل على الاطلاق ، من غير نظر الى توفر اركان الزواج و شروطه او عدم توفرها ، و من غير تفريق بين الحرمة و البطلان ، فهي دعوى باطلة لا يتجاسر عليه فقيه، فان فيها تضييعا لحقوق نساء المسلمين، و اتهاما لهن بالزنا ، و افسادا لانكحة المسلمين بسبب فقدان امر تنظيمي محض لا تعلق له الحقيقة العقد ، و لا يكر فقده على مقصوده بالبطلان، بل و يلزم صاحبها القول ببطلان أنكحة المسلمين قبل صدور هذا التنظيم ، وهذا لا يقوله عاقل ، وبالجملة فهذه الدعوى تخالف مراد الشرع من تصحيح أنكحة الناس ، حتى ألف العلامة الشيخ جمال الدين القاسمي كتابه المانع " الاستئناس في تصحيح أنكحة الناس" ، وهو مطلب شرعي أصيل لجأ إليه الشرع حتى في إقراره الكفار على أنكحتهم ، حيث لم يطلب منهم تصحيحها عند دخولهم مع زوجاتهم في الإسلام .

---

[1] أسامة عمر سليمان الأشعر : " مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ،دار النفائس للنشر والتوزيع،عمان الأردن ،2005،ص.42..43.

فكما ذكرنا سابقا : أولا متى كان الحال وحصل عقد الزواج مستوفيا جميع شروطه كان هذا الزواج صحيحا شرعيا ويترتب عليه جميع الآثار التي للزواج الصحيح ، ولا تتوقف صحته على تدوينه في وثيقة رسمية ، وثانيا : أنه متى كان هذا الزواج صحيحا فللزوجة كمال مهرها المسمى لها ، فلها أن تقبضه جميعه من تركته [1].

ونتيجة للمشاكل التي تطرأ في حالة إنكار أو جحود العلاقة الزوجية لحد الطرفين ، فرضت التشريعات الوضعية إلزامية توثيق هذا الميثاق الغليظ [2].

فعقد الزواج عقد رضائي لا شكلي فالكتابة أو الوثيقة ليست ركنا من أركان عقد الزواج وليست شرط من شروط انعقاده ولا شرط صحته ، ومن ثم فإن عقد الزواج إذا تم بدون كتابة أو توثيق يعتبر صحيحا ، فتخلف شرط الكتابة أو التوثيق وحده لا يترتب عليه بطلان عقد الزواج العرفي أو فساده وإنما الذي يجعله باطلا أو فاسدا هو تخلف ركن من أركانه أو شروط انعقاده أو صحته حتى يتلاقى حكم الفقه الإسلامي مع حكم القانون .

فإذا كان الزواج العرفي يرتب نفس الآثار التي يرتبها الزواج الشرعي ، فهل له القدرة على ترتيب آثار الزواج المدني .

## المطلب الثاني : عدم القدرة على ترتيب اثار الزواج المدني

اذا كان عقد الزواج العرفي يرتب آثار الزواج الشرعي، فانه لا يستطيع ترتيب اثار الزواج المدني و ذلك لان المشرع اشترط ان يكون العقد موثقا أي عنصر التوثيق و الذي يثبت به عقد الزواج كاصل عام ، و هذا ما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري ، و بالتالي لا تسمع الدعاوى الناشئة عنه، و من ثم فانه لا يرتب لأي من الزوجين أيا من الحقوق المترتبة على عقد الزواج الرسمي ، فلا تجب نفقة الزوجة على زوجها ، و لا حق له في طاعتها ، و لا يرث احدهما الأخر ، و بالتالي لا تقبل هذه الدعاوى ما دام يثبت عقد الزواج و ذلك لانتفاء الشروط المتعلقة بقبول الدعاوى و تتمثل هذه الشروط المنتفية التي نصت عليها المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد في كل مما يلي :

---

[1] عبد المجيد سليم ، مفتي الديار المصرية ، في الفتوى الصادرة بتاريخ 1993/12/23 http:// WWW.igypt .com/lelkebar/issue7/article1.HTM

[2] أنظر ، د. حسن منصور ، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية ، أحكام عقد الزواج ، المؤسسة الوطنية للطباعة و النشر و التوزيع ، 1998 ، ص .176.

أ- **الصفة** : المقصود بالصفة في مجال الزواج العرفي هي أن يكون احد الزوجين الذي يرفع دعوى ضد الزوج الاخر له صفة في اقامة هذه الدعوى ، و تقديمها إلى المحكمة بمعنى انه يجب لتحقيق هذا الشرط ان يكون المدني هو الزوج او الزوجة نفسها[1] أو احد ممثليها قانونا مثل المدافع القضائي و المحامي و الولي بالنسبة لمن لم يبلغ سن الرشد المدني ، و مثل الوصي و المقدم في الحالات المنصوص عليها في المادتين 92 و 99 من قانون الاسرة الجزائري ، و عليه فان شرط الصفة سيؤدي حتما الى الحكم بعدم قبول الدعوى .

ب- **المصلحة** : ان المقصود بالمصلحة هنا هو أن يكون الهدف من اقامة الدعوى من الزوج ضد الزوجة او من الزوجة ضد الزوج هو الحصول على حكم يضمن حماية مصلحة شرعية و اقرارها ، لان عدم توفر شرط المصلحة يؤدي حتما الى عدم قبول الدعوى .

ج- **الأهلية**: و أما المقصود بالأهلية في مجال الخصومات الزوجية و غيرها فهي اهلية التقاضي امام المحكمة بمعنى انه اذا تنازع الزوجان و تخاصما خصاما شديدا و ارادة احدهما ان يتوجه الى المحكمة لتفصيل بينهما في موضوع نزاعهما ، فانه يجب ان يكون كل واحد منهما متمتعا باهمية التقاضي بالغا سن الرشد المدني و هو سن 19 سنة من العمر وفقا لما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني، و متمتعا ايضا بقواه العقلية غير مجنون و غير محجور عليه ، لانه لا يجوز للمحكمة ان تقبل اية دعوى من او على شخص فاقد الاهلية او ناقصها الا بواسطة ممثله القانوني، إلا استثناءا فلقد جاءت المادة 7 فقرة ثانية من قانون الأسرة على انه : " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق باثار عقد الزواج من حقوق و التزامات.

و إذا رفعت دعوى أمام المحكمة من او على مثل هذا الشخص فانه يجب عليها ان تحكم بعدم قبول الدعوى ، و ليس برفضها و لا بالغائها ، او بطلانه ، و أن للقاضي الذي عرضت عليه مثل هذه الدعوى مطلق السلطة التقديرية في تقرير توفر او عدم توفر شرط الصفة و شرط الاهلية .

وبالتالي فإن الآثار التي لا يمكن لعقد الزواج العرفي ترتيبها من الناحية المدنية بصفة عامة تتمثل في عدم القدرة على المطالبة بتنفيذ الالتزامات أما القضاء و كذا عدم سماع الدعاوى المتعلقة بالزوجية .

[1] أنظر، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص 329.

لذا وجب على كل زوج او زوجة الذي يلجأ الى المحكمة لتقضي له بما يزعم من حقوق فانه يجب عليه مبدئيا ان تحسب حساب هذه الشروط و لاسيما وثيقة اثبات الزواج التي يستطيع من خلالها الزوجين المطالبة باثار الزواج خصوصا في حالة انكار العلاقة الزوجية .

## الفصل الثاني : ضرورة تسوية عقد الزواج العرفي

إذا كانت ضرورة تسجيل عقد الزواج قد فرضتها المشاكل المتعددة الناتجة عن الزواج العرفي مثل إثبات النسب و المطالبة بالاعتراف بالأبناء، و كذا القضايا المتعددة الخاصة بإثبات عقد الزواج أو إثبات وقوع الفاتحة ... الخ ، لكن لما كان القانون لا يعترف إلا بالأشكال التي تحمل التأشيرات الرسمية ، فإن المتزوجين عرفيا و إن لم يكن بحوزتهم سند رسمي أمكنهم إثبات قرانهما بحكم يحوز قوة الشيء المقضي فيه [1] ، و هو ما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله في سجل الحالة المدنية " .

إذن فحسب هذه المادة يثبت الزواج في الحالات العادية بمستخرج من سجل الحالة المدنية، و لكن الإشكال يثور في حالة انعقاد الزواج بطريقة عرفية و بتوافر جميع الأركان المتطلبة شرعا ودون تسجيله .

فكيف يتم إثباته في هذه الحالة ؟ و هذا الإشكال سنعالجه في المبحث الأول وذلك بالتطرق إلى وسائل إثبات الزواج العرفي في كل من المطلب الأول و المطلب الثاني.

[1] أنظر،د. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج و الطلاق ، ج 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2004 ، ص 143.

## المبحث الأول : وسائل إثبات الزواج العرفي

لقد نظم المشرع قواعد خاصة تنظم كيفية إثبات الزواج العرفي و ذلك بما يقوم مقام الكتابة من أدلة كالإقرار و الشهادة ، و قد جرى القضاء عندنا على إثباته بشهادة الشهود أصلا مضاف إليها طرق التدليل الأخرى ، و سنعالج وسائل إثبات الزواج العرفي في كل من المطلبين الأول و الثاني .

### المطلب الأول : الشهادة

للبينة معنيان ، معنى عام و هو الدليل أيا كان كتابة أو شهادة أو قرائن ، فإذا قلنا البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر فإنما نقصد هنا البينة بهذا المعنى العام .

أما المعنى الخاص فهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة ، و من هذا المنطلق فتعرف الشهادة في مجال الإثبات على أنها إخبار الشخص أمام القضاء بحق على غيره لغيره أو هي تصريح يدلي به الشخص أمام القضاء بواقعة صدرت من غيره على غيره ، و ترتب عليها حق لهذا الغير[1].

غير أن الشهادة في مجال إثبات عقد الزواج تكتسي اهمية بالغة ، نظرا لكونها تدخل أصلا في تكوين هذا العقد ، و هذا ما نصت عليه المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري بقولها :"

و لعل هذا ما قصده الشارع الحكيم من إضافة الشهادة لعقد الزواج ، و كذا المشرع الوضعي بإدراجها ضمن شروط صحة عقد الزواج ، لذلك تعتبر أقوى الأدلة في إثبات العلاقة الزوجية .

و هذا ما أشار إليه قضاء المحكمة العليا في قرارها الصادرة في 1986/02/24 ، و ذلك أنه قصر دليل إثبات عقد الزواج على شهادة الشهود بقوله : " من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو شهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود و غيرهم أن الطرفين كان متزوجين "[2].

---

[1] أنظر ، محمد زهدور ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري ، ط1991 ، بدون دار النشر ، ص .70.

[2] المحكمة العليا ، غ ، أ ، ش، 1986/02/24، ملف رقم 40117، غير منشور ، عن بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ص .29.

## الفرع الأول : أنواع الشهادة

إن من بين الخصائص التي يتميز بها عقد الزواج في الإسلام حضور الشهود ساعة إبرام العقد و تحريره ، و ذلك لضمان شرعيته و إثباته ، و لما للشهادة من أهمية عند إنكاره أو جحوده من جانب أحد المتعاقدين ، و سنتحدث عن أنواع هذه الشهادة و التي تنقسم إلى ثلاثة أنواع : الشهادة المباشرة ، الشهادة السماعية و الشهادة بالتسامع .

### أ/ الشهادة المباشرة :

الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة ، فيقول الشاهد على ما وقع تحت بصره أو سمعه ، و الذي يميز الشاهد هو أنه يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية ، إما لأنه رآه بعينه وتوجه إلى القضاء ليدلي بها ، أو لأنه سمعها يؤذنه ، أو أنه رآها و سمعها في نفس الوقت .

إذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة ، كأن يدلي الشاهد بما عاينه بصورة شخصية و مباشرة أثناء إنشاء واقعة الزواج العرفي، بما في ذلك معرفته لطرفي العقد من زوج و زوجة و مكان و زمان و ظروف إبرام عقد الزواج من رضا الزوجين و وجود الولي وتسمية الصداق [1].

و إلى جانب الشهادة المباشرة توجد الشهادة السماعية و الشهادة بالتسامع .

### ب/ الشهادة السماعية :

وهي التي يشهد فيها الشاهد بما سمعه من غيره ، و تسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة عن الشهادة ، فهنا الشاهد يشهد بما سمعه من وقائع يرويها له شاهد رآها بعينه و سمعها بأذنه ، كأن يشهد شخص أمام القضاء أنه سمع شخص آخر يروي أن فلان تزوج من فلانة، و الشهادة السماعية جائزة ، و في الفقه الإسلامي الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا بالإنابة ، فإذا سمع شاهد فكانت شهادته سماعية ، فهي لا تقبل منه إلا إذا أشهده فيها الشاهد الأصلي، و قيمة الشهادة السماعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي .

### ج/ الشهادة بالتسامع :

هي شهادة بما يتسامعه الناس و هي التي لا يروي صاحبها عن شخص معين بذاته و لا عن الواقعة بالذات ، بل يشهد بما تسامعه الناس عن هذه الواقعة و ما شاع بين الجماهير في شأنها ، فهي غير قابلة للتحري و لا يتحمل صاحبها مسؤولية شخصية في ما شهد به ، كالقول مثلا : " قيل

[1] المحكمة العليا ، غ ، أ ، ش، 1984/09/24، مجلة قضائية 1984 ،العدد 01، ، ص. 29.

فلان تزوج فلانة "[1] ، فقد أجازت الشريعة الإسلامية هذه الشهادة لاسيما في مسألة إثبات الزوجية لأنها ضرورة دعت إليها المصالح و الحاجة الشديدة لاسيما إذا أثمر الزواج إنجاب أطفال ، أما بالنسبة للقضاء الجزائري فقد حذت المحكمة العليا حذو الشريعة الإسلامية و أخذت بشهادة التسامع في العديد من قراراتها منها القرار الصادر في 1989/03/27 الذي جاء فيه : " من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين ، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا الشهود و غيرهم أن الطرفين متزوجين ... فيما يتعلق بالسبب المستدل به على طلب نقض إثبات الزواج أو نفيه مما يستقل به قاضي الموضوع و يثبت إما بشهادة العيان و إما بشهادة السماع و الطاعن لم يأت بأية واحدة من الشهادتين ، فلا هو أحضر رجالا حضروا قراءة الفاتحة و لا هو أحضر رجالا سمعوا قراءتها أو حضروا زفاف الطرفين ، كما أنه لم يأت ببينة إسماع يشهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج (ب ز) ... لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن "[2]

و بالتطرق إلى أنواع الشهادة فلا بد علينا التطرق إلى شروط أداء هذه الشهادة .

## الفرع الثاني : شروط أداء الشهادة

الشروط الواجب توافرها في الشهادة تتمثل فما يلي : العقل ، الأهلية ، الإسلام ، و كذا التزام الشاهد بذكر كل ما يتعلق بهويته أمام القاضي ، أداء اليمين من قبل الشاهد.

يلتزم الشاهد أمام القاضي المنتدب للتحقيق بذكر اسمه و مهنته و نسبه و موطنه و مدى قرابته أو مصاهرته لأحد الخصوم كما جاء في المادة 1/65 من قانون الإجراءات المدنية ، و يؤدي اليمين طبقا لما هو مقرر قانونا .

أما عن شروط هؤلاء الشهود فرغم تصريح الفقرة الأولى من المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية بأنه : " لا يجوز سماع شهادة أقارب أحد الخصوم أو أصهاره على عمود النسب أو أزواج أحد الخصوم ، و لو بعد الطلاق، و لا يجوز كذلك قبول شهادة إخوة وأخوات و أبناء عمومة

---

[1] أنظر ، د. عبد الرزاق الصنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 19982،ص.413.

[2] المحكمة العليا ، غ ، أ ، ش، 1987/03/27، مجلة قضائية ، 1990 ، العدد 03 ، ص.82.

الخصوم "، و جاءت الفقرة الثالثة من ذات المادة باستثناء مؤداه ، جواز شهادة هذه الفئة إذا كانت الواقعة المراد إثباتها تتعلق بالحالة أو الطلاق حيث صرحت بأنه : " و مع ذلك فللأشخاص المذكورين في هذه المادة باستثناء الأبناء يجوز استدعائهم للشهادة في الدعاوي الخاصة بمسائل الحالة و الطلاق ..." ، و عليه 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 يشهد على العقد"[1] ، هذا و قد اشترطت الفقرة الرابعة من المادة السالفة الذكر أن لا يكون الشاهد فاقد الأهلية ، و بهذه المناسبة نتساءل عن مدى قبول شهادة النساء لإثبات علاقة الزواج ؟

فبالرغم من عدم وجود نص يحرم على النساء الشهادة، إلا أننا عثرنا على حكم للمحكمة العليا يقضي بعدم قبول شهادتهن في الزواج [2] .

و الشريعة الإسلامية أجازت شهادة النساء بشرط عدم انفرادهما من جهة أخرى و هذا طبقا لقوله تعالى : ﴿ **فإن لم يكونوا رجلين فرجل وامرأتين**﴾ [3] ، و للمحكمة أن تأخذ بأقوال بعض الشهود ممن ترتاح لهم و تثق بهم دون البعض الأخر ، بل و لها أن ترفض الأخذ بالشهادة مطلقا[4] وأكثر ما تتسع سلطة المحكمة في الاستناد عليها ، عندما تتناقض شهادة الشهود و هذا ما يردده قضاء المحكمة العليا ، حيث جاءت في حكمها الصادر عن غ .أ .ش 89/12/25 ملف رقم 58224 ، م ق 1991 عدد 4 ص 30 على أنه : " من المقرر شرعا أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها و يمنع الحكم عليها ، و من ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرق لأحكام الشريعة الإسلامية" ، و هذا ما يتماشى مع طبيعة الشهادة كحجة غير قطعية في ميدان الإثبات .

## الفرع الثالث : نصاب الشهادة

نصاب الشهادة حسب الشريعة الإسلامية يختلف باختلاف المشهود به و قد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية المشهود به إلى أربعة أقسام ، فإن كان المشهود به ما تثبت به الحقوق مع الشبهات سواء كان الحق مالا أو غير مال كالبيع ، النكاح ، الطلاق ، العدة ، النسب ، فنصاب

---

[1] المحكمة العليا ، غ ، أ ، ش، 1997/01/28

[2] المحكمة العليا ، غ ، أ ، ش، 1990/04/30، ملف رقم 75344، مجلة قضائية ، 1992 : "من المقرر ان النساء لا تقبل شهادتهن للزواج " ، عن بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص .31.

[3] الآية 282 من سورة البقرة .

[4] أنظر ، د.محمد سمارة ، أحكام و آثار الزوجية ، شرح مقارن بقانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2008، ص.67.

الشهادة هنا رجلان أو رجل و امرأتان [1] لقوله تعالى : ﴿ **فإن لم يكونوا رجلين فرجل وامرأتان** ﴾ الآية 282 من سورة البقر ، و قد أخذ المشرع الجزائري في هذا النصاب ، و نذكر في هذا الصدد قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1986/12/15 أهم ما جاء فيها : " من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما و أنكرها الأخر فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي و الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية ، حيث ثبت لها في القضية أن القرار المطعون فيه جاء خاليا من أية بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتبر بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا ، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية و مخطأ في فهم أنواع الشهادات في الفقه مما استوجب النقض[2].

و إن كانت الشهادة حجة قاطعة في إثبات الزوجية فهي ليست الوسيلة الوحيدة بل هناك وسيلة أخرى و هي الإقرار .

فما المقصود بالإقرار في مجال إثبات الزواج العرفي ؟

## المطلب الثاني : الإقرار

إذا كانت الشهادة ظاهرة القوة ، عندما ينكر أحد الزوجين علاقة الزوجة غير المرسمة أمام ضابط الحالة المدنية المختص ، إن أثرها لا ينعدم ، و إن قل مفعوله في حالة إقرار طرفي النكاح بوجوده ، ذلك أن الإقرار لا يؤدي بالقضاء إلى القول آليا بقيام الزواج ، بل يتعين فتح تحقيق ينزه هذه العلاقة عن غيرها من علاقات السفاح ، عن طريق إثبات توافر أركانها .

التقرر شرعا هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر و لو في المستقبل باللفظ أو ما في حكمه و بذلك يخرج عن مدلول معنى الإقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير [3].

أما الإقرار حسب المادة 341 من القانون المدني الجزائري : " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة " .

فالإقرار واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني مفادها اعتراف شخص بحق عليه لآخر ، سواء قصد ترتيب هذا الحق أم لم يقصد[1].

---

[1] أنظر ،.د عبد الحميد الشواربي ، الشهادة في المواد المدنية و التجارية و الجنائية ، و الأحوال الشخصية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1992، ص.376.

[2] المحكمة العليا ، غ ، أ ، ش، 1986/12/15، مجلة قضائية ، 1993 ، العدد 02، ص.57.

[3] أنظر، د. ممدوح عزمي، الزواج العرفي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص.57.

## الفرع الأول : أقسام الإقرار في مجال إثبات الزواج العرفي

الإقرار في مجال إثبات الزواج العرفي يأخذ شكل عقد محرر من قبل الموثق[2] الذي يطلب من المقرين مجموعة من الوثائق يستدل بها على أن الإقرار يتعلق بزواج عرفي غير مرسم، و الإقرار على هذا النحو يفترض بداهة عدم وجود نزاع لأن طرفيه هما نفسهما المتزوجان زواجا عرفيا، والهدف من هذا المحرر هو تسهيل الإجراءات على المتزوجين عرفيا و الراغبين في ترسيم زيجاتهم من جهة ، و التخفيف على القضاة الذين يجدون عقد الإقرار مرفقا بالوثائق التي يستدل بها على صحة الزواج من جهة أخرى ، فهو يدخل ضمن الإجراءات التي تسبق أمر القاضي لضابط الحالة المدنية بتسجيل عقد الزواج المغفل ، و إن كان هذا المحرر (الإقرار أو اللفيف) لا يثبت الزواج ، بل يوجه مع طلب إثباته إلى وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه سكن الطالب، بحيث يلتمس هذا الأخير تدخل وكيل الجمهورية لدى رئيس المحكمة ، الذي يصدر بعد التحري أمرا لضابط الحالة المدنية بتسجيل الزواج ، و هذا هو المسلك العادي لهذا الإقرار الذي تم بدون نزاع ، لكن كيف يكون الإقرار في حالة نزاع طرفي العلاقة في وجودها أمام القضاء ؟ .

أي الشكل الثاني للإقرار هو الإقرار في حالة وجود نزاع ، فقد يكون الإقرار من أحد طرفي علاقة الزواج بمناسبة نزاع شب بينهما ، و المقر بداهة في هذا الغرض هو الطرف المنكر للعلاقة بداء و هو ما عرفه المشرع في المادة 341 القانون المدني الجزائري .

و يشترط حسب المادة المذكورة أن يكون هذا النوع من الإقرار صادر من الخصم أمام الجهة القضائية المرفوع إليها النزاع ، أم أثناء التحقيق أو الاستجواب (أي قبل صدور الحكم).

---

[1] أنظر،د. عبد الرزاق الصمهوري، المرجع السابق ، ص.410.

[2] يسمى هذا العقد إذا ما كان طرفاه الزوجان بعقد اقرار أما إذا توفي احدهما أو كلاهما و أراد الأبناء الناتجين عن هذا الزواج أو كل من له مصلحة في إثبات هذا الزواج فيبرم أمام الموثق يدعى بلفيف الزواج، أنظر د. سعد عبد الله ، بحث حول عقدي اللفيف و الإقرار ، مجلة الموثق ، العدد 10 ، ماي 2000 ، ص.18.

## الفرع الثاني : الإقرار حسب القواعد العامة للإثبات .

ينقسم الإقرار حسب القواعد العامة للإثبات إلى إقرار قضائي و إقرار غير قضائي .

1-**الإقرار غير القضائي** : هو الإقرار الذي تم خارج مجلس القضاء كأن يقر فلان أن فلانة زوجته خارج مجلس القضاء سواء كان ذلك كتابة أم شفاهة ، و سلطة تقدير مثل هذا الإقرار موكلة للقاضي ، يقدرها وفقا لظروف الدعوى و ملابساتها .

2- **الإقرار القضائي** : و هو اعتراف الشخص الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى عليه بها كأن يقف الزوج أمام القاضي و يقر بقيام علاقة زوجية بينه و بين المدعى عليها .

فما حجية هذا الإقرار ؟ و ما مدى القوة الثبوتية له في إثبات الزواج العرفي ؟ .

## الفرع الثالث : حجية الإقرار

سنعالجها من ناحيتين : الناحية الفقهية و الناحية القانونية .

أ/ **من الناحية الفقهية** : جمهور الفقهاء اعتبره حجة قاصرة على المقر وحده و لا تتعداه إلى غيره، و في نفس الوقت اعتبروه وسيلة كافية لإثبات الزواج إذا ما أقر به أحد الطرفين .

فيقول الإمام أبو زهرة : " إذا تداعى شخصان رجل و امرأة بشأن وجود الزواج فادعى الرجل وجوده ، نسأل المرأة فإن أقرت قضى بالزواج و ثبت بتصادقهما ، و إن أنكر فإن عجز عن البينة وجهت اليمين إلى المرأة على رأي الصالحين "[1].

ويقول فارس محمد عمران و هو يتحدث عن إثبات الزواج العرفي : " الإثبات يكون بواحدة بثلاث وسائل كما هو مقرر في الفقه الحنفي : البينة ، الإقرار ، النكول عن اليمين "[2] .

وقد اختلف الفقهاء حول إقرار ولي القاصر، فمنهم من أجاز إقرار الولي على النفس بالزواج إن كان هو الذي يتولاه ، و ذهبت طائفة أخرى منهم و جعلت إقرار الولي بزواج القاصر موقوف إلى غاية بلوغ القاصر، إن صدقه ينفذ إقراره، و إن أنكره أبطل إقراره [3].

نستنتج مما سبق أن الفقه الإسلامي رغم اعتباره للإقرار بأنه حجة قاصرة على المقر وحده إلا أنه اعتبره وسيلة كافية لإثبات الزواج العرفي إذا ما أقر به أحد الطرفين .

---

[1] أنظر، الإمام أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج و أثاره ، دار الفكر العربي، جمهورية مصر العربية ، ص.17.

[2] أنظر، فارس محمد عمران، الزواج العرفي و صور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة ، جمهورية مصر العربية ، 2001 ، ص. 18.

[3] انظر ، الإمام أبو زهرة ، نفس المرجع ، ص.18.

ب/ **من الناحية القانونية** : نجد أن المشرع قد نص صراحة في المادة 342 فقرة أولى من القانون المدني على أنه : " الإقرار حجة على المقر..."

معنى ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح ثابتة لا تحتاج إلى إثبات أخر لكن على من تقتصر هذه الحجية ؟.

الإقرار حجة على المقر و الخلف العام و لا تتعداه إلى غيرهما ، فإذا كان الإقرار تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر و يتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له، فإن الإقرار بواقعة الزواج يكون صحيحا و ملزما لكل من الزوج و الزوجة و ورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته ، و لا يتعداهم إلى الغير .

لذلك فإن محاكمنا و مجالسنا القضائية لا تعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي ، و ذلك لما يتميز به هذا العقد من خصوصية و طابع اجتماعي لا نكاد نلمسه في باقي العقود الأخرى .

## الفرع الرابع: شروط الإقرار

بالرغم من أن الإقرار له حجية على المقر و الخلف العام كما سبق و أن ذكرنا، و لكن لكي يصح هذا الإقرار لابد من توافر مجموعة من الشروط بعضها في المقر ، و بعضها للمقر له ، والأخر للمقر به وصيغة الإقرار .

**أولا : الشروط الواجب توافرها في المقر**

1- أن يكون المقر عاقلا بالغا ، فلا يجوز إقرار المجنون أو المعتوه أو الصبي غير المميز .

2- صدور الإقرار و ليد إرادة خالصة لا إكراه فيه من شخص يقظ في صحو تام ، فلا يجوز إقرار السكران .

3- أن يكون المقر جاد غير هازل وأن لا يكون محجورا عليه لسفه أو غفلة أو متهما في إقراره [1].

**ثانيا : الشروط الواجب توافرها في المقر له**

1-أن يكون المقر له معلوما و محددا تحديدا كافيا .

2- أن تصدق المرأة الرجل في إقراره حالة كونه المقر و العكس بالعكس .

3- أن تكون الزوجة حلا للرجل إذا كان هو المقر و أن يكون الرجل حلا للمرأة إذا كانت هي المقرة .

---

[1] /1 أنظر، المستشار ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص.57-58.

**ثالثا : الشروط الواجب توافرها في المقر به**

المقر به هنا هو الزوجية كعلاقة قائمة بين الطرفين لذا يجب أن يكون الزواج ممكن بين المقر والمقر له بألا يكون الزوج متزوج من محرم للزوجة، أي ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا [1].

**رابعا : الشروط الواجب توافرها في صيغة الإقرار**

1- أن تكون صيغة الإقرار منجزة غير معلقة على أي شرط .

2- أن تكون الصيغة مثبتة للحق المقربة .

3- أن تكون صادرة أمام القضاء بالعبارة .

هذه هي وسائل إثبات الزواج العرفي مجردة ، و لا تكون منتجة في التدليل عليه إلا إذا تمت أمام جهة معينة ، و ضمن إجراءات محددة تختلف باختلاف أوضاع المتعاقدين على النحو الذي حددته النصوص القانونية المختلفة ، و هو ما سنتناوله في المبحث اللاحق .

[1] أنظر ، ممدوح عزمي ، المرجع السابق ، ص 57.

## المبحث الثاني : إجراءات ترسيم الزواج العرفي

الإشكالية في الزواج العرفي تنصب على مسألة تسجيله، و هذا التسجيل يكون بإتباع إجراءات خاصة ، و لذلك حاول المشرع معالجة عقود الزواج العرفية عن طريق وضعه لمجموعة من النصوص القانونية ، و التي تلزم المتزوجين عرفيا أن يتقدموا إلى المحاكم لاستصدار أمر أو حكم لتسجيل عقودهم في سجلات الحالة المدنية وفقا للإجراءات المنصوص عليها في تلك القوانين.

فقد حاول المشرع الفرنسي قبل الاستقلال إدخال نظام تسجيل عقد الزواج في سجل الحالة المدنية ، جاعلا عقد الزواج هو الوسيلة القانونية لإثبات الرابطة الزوجية و ترتيب آثارها القانونية [1].

غير أن هذه المحاولات الاستعمارية لم تصل إلى هدفها نظرا الوجود العلاقة التنافرية التي كانت موجودة بين الإدارة الاستعمارية و الشعب الجزائري الذي بقي متشبثا بالمبادئ الإسلامية ، فاستمر الجزائريون في إبرام عقود الزواج "بالفاتحة" بين يدي " الطالب" و بحضور جماعة من المسلمين [2].

أما بعد الاستقلال تدخل المشرع الجزائري بكل مرونة و بعيدا عن الردع و الصرامة عن طريق سلسلة من القوانين أساسها الوظيفة التربوية لإشعار المجتمع بأهمية تسجيل عقود الزواج بإثباته رسميا ، كما أنه حاول إدخال نظام تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية في العادات و الأعراف الاجتماعية و في إطار قواعد النظام العام الداخلي للوطن .

و في هذا الشأن نجد المرسوم رقم 26/62 المؤرخ في 13 ديسمبر 1962 و المتعلق بالحالة المدنية ، المادة 01-07-8 و القانون رقم 224/63 المؤرخ في 29 جوان 1963 و الخاص بالسن القانونية للزواج ، والأمر رقم 72/69 الصادر في16 سبتمبر 1969 ،و المتعلق بضرورة تسجيل عقود الزواج السابقة عن حكم قضائي ( المادة 1 و 2) ، الأمر رقم 65/71 المؤرخ في 22 سبتمبر 1971 ، و الأمر 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 و المتعلق بقانون الحالة المدنية (المادة 71-77) .

و كلها كانت تمثل حركة تشريعية لدفع الأشخاص إلى ضرورة تسجيل عقد الزواج وإشهاره أمام موظف رسمي ، و إبراز أهميته العملية و مزاياها القانونية على الفرد و المجتمع ، وهذا ما نص

---

[1] راجع ، قانون 23 مارس 1982، قانون 02 أفريل 1930، قانون 11 جويلية 1957 ، الأمر الصادر في 04 فبراير 1959 و كذا المرسوم المؤرخ في 19 سبتمبر 1959.

[2] أنظر ، د. بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص .141.

عليه المشرع الجزائري في المادة 18 من قانون الأسرة بقولها : " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام الموظف المؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 09 و المادة 09 مكرر من هذا القانون " ، و من هنا ، فإن عقد الزواج هو وسيلة قانونية لإثبات قيام الرابطة الزوجية بصفة قانونية و صحيحة ، و يعتبر عقد الزواج هو النسخة المنقولة أو المستخرجة من وثيقة الزواج المسجلة في سجلات الحالة المدنية بشكل رسمي و قانوني .

و إجراءات تسجيل الزواج العرفي تختلف بحسب حالة اتفاق الزوجين أو تنازعهما بشأن قيام الزوجية و هذا ما سنتناوله في المطلبين الأول و الثاني .

## المطلب الأول : تسجيل الزواج العرفي في حالة اتفاق الزوجين

تجدر الإشارة إلى أن إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه فهي تختلف باختلاف مكان إبرام العقد .

### الفرع الأول : إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي المبرم داخل التراب الوطني .

فلقد نصت المادة 22 من قانون الأسرة بقولها : " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي " .

فالمتزوجين عرفيا ، غير المتنازعين حول واقعة الزواج و تطبيقا لأحكام المادة 39 من قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 فإن الجهة المختصة بنظر طلبات تثبيت الزواج هي محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي يمكن تسجيلها فيها ، بمعنى دائرة اختصاص مقر أحد الزوجين أو كلاهما أو محل إقامتهما .

و عليه يمكن لأحد الزوجين أن يرفع طلبا إلى رئيس المحكمة و ذلك عن طريق تقديم عريضة بدون مصاريف على أن يكون طلبه مكتوبا على ورقة عادية يوجهه إلى وكيل الجمهورية و هذا ما بينته المادة 40 من قانون الحالة المدنية ، و هذه العريضة تتضمن البيانات المتعلقة بعقد الزواج و بدواعي تسجيله و مرفوقا بالوثائق و الإثباتات المادية و المتمثلة في : شهادتي ميلاد الزوجين ، شهادة عدم تسجيل الزواج بسجل الحالة المدنية ،شهادة عزوبة بالنسبة للزوجين، شهادة طبية بحمل أو عدم حمل الزوجة ، نسخة من بطاقتي التعريف للزوجين ، وثيقة الإقرار بالزواج ، و وجود هذه الأخيرة لا يحول دون ممارسة القاضي لسلطته في مراقبة المعلومات المدلى أو المصرح بها أمام الموثق على أساس أنه بعد تكوين الملف يقوم وكيل الجمهورية باستدعاء الأطراف و سماع الشهود و التأكد من صحة الوثائق المقدمة .

و زيادة على أركان الزواج التي يتطلبها القانون وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وكذا المادة 09 مكرر من قانون الأسرة ، فهناك شروط أخرى تتعلق بزواج فئة معينة من الأشخاص ، هذه الشروط منها ما نص عليه القانون و منها ما نصت عليه تنظيمات داخلية وهذه الفئات سبق الإشارة إليها سابقا بالنسبة للزواج القصر و كذا موظفي الأمن و العسكرين ... الخ .

و بتوافر الشروط المذكورة آنفا و بعد صدور الأمر القاضي بتسجيل الزواج العرفي من قبل رئيس المحكمة ، يظهر دور النيابة العامة ( وكيل الجمهورية ) و هذا حسب المادة 22 في فقرتها الأخيرة من قانون الأسرة بقولها : " يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في سجل الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة " و ذلك بصفته الهيئة المخول لها قانونا بتنفيذ الأوامر و الأحكام القضائية الصادرة ، و هذا تطبيقا لنص المادة 41 من قانون الحالة المدنية و التي تنص على أنه يرسل وكيل الجمهورية فورا حكم رئيس المحكمة قصد نقل هذه العقود في سجلات السنة المطابقة لها و لجدولها إلى كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المكان الذي سجلت فيها العقود أو كان ينبغي تسجيلها فيها ، و كذلك نسخة إلى كتابة ضبط المجلس القضائي التي يحتفظ بنسخة من هذه السجلات .

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

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

و إذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامشه هذا البيان قد حرر أو سجل في بلدية أخرى فيرسل الإشعار في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية لهذه البلدية الذي يشعر على الفور النائب العام إذا كانت النسخة الثانية من السجل موجودة في كتابة الضبط ، هذه هي إجراءات تسجيل الزواج العرفي داخل الوطن و سنتناول في الفرع الموالي إجراءات تسجيل الزواج العرفي المبرم خارج الوطن .

## الفرع الثاني : تسجيل الزواج العرفي المبرم خارج الوطن

حسب المادة 99 من قانون الحالة المدنية [1] ، و الخاصة بعقود الزواج التي تمت خارج الوطن بين جزائريين أو بين جزائريين و أجانب ، و التي لم يتم تسجيلها بسبب عدم التصريح بها أو إغفالها فإن الجهة القضائية المختصة في نظر طلبات إثبات عقود الزواج هو رئيس محكمة مدينة الجزائر ، و بالنسبة لإجراءات التسجيل فإنه يتم تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا أو ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية لدى محكمة الجزائر العاصمة على أن يرفق الطلب بشهادة ميلاد الزوجين و شهادة شاهدين بالغين ممن حضروا مجلس العقد أو حفل الزواج، ويتولى وكيل الجمهورية لدى محكمة مدينة الجزائر إعداد عريضة يقدمها إلى رئيس نفس المحكمة بعد إجراء التحقيقات اللازمة و المشار إليها سابقا ، يقرر هذا الأخير إصدار أمر بتسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية للقنصلية أو السفارة الجزائرية أين يتولى وكيل الجمهورية بنفس المحكمة إرسال نسخة من الأمر إلى وزارة الشؤون الخارجية و هو ما نصت عليه المادة 60 من فقرتها الثالثة من قانون الحالة المدنية و التي جاء فيها بأنه : " إذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامشه البيان فتحرر أو تسجل في الخارج فإن ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد الواجب قيده يقوم بإشعار وزير الشؤون الخارجية خلال ثلاثة أيام .

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

هذه هي كانت إجراءات ترسيم الزواج العرفي في حالة اتفاق الزوجين فهل نفس هذه الإجراءات تتبع في حالة تنازع الزوجين أم هناك إجراءات أخرى ؟

[1] المادة 99 من قانون الحالة المدنية : " إذا لم يسجل عقد الزواج بسبب عدم تصريح به إنه إما أن يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة أو الحصول على حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر يقضي تسجيله في سجلات القنصلية ".

## المطلب الثاني : تسجيل الزواج العرفي في حالة تنازع الزوجين

إذا ما وقع نزاع حول واقعة الزواج بين الزوجين أو بين من لهم مصلحة شرعية و قانونية في ذلك ، و كان أحدهما يدعي قيام الزواج شرعا و قانونا ، و الآخر يزعم نفيه و يطعن في قيامه أو في صحته، فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة ، و إذا تمكن المدعي من إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة ، و إذا تمكن المدعي من إثبات الزواج حكمت المحكمة بقيام الزواج [1] ، و عندما يصبح الحكم نهائيا يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية، و قد جاء في المادة 22 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية أنه : "في حالة عدم التسجيل يثبت بحكم قضائي إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون و يتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية " .

و قد جاء في المادة 22 فقرة أخيرة من قانون الأسرة الجزائري أنه : "يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة" .

حيث لا تختلف دعوى إثبات عقد الزواج عن غيرها من الدعاوي المدنية و ذلك من حيث ما يتعلق بإجراءات رفع الدعوى ، و كذا ما يتعلق بأهلية المتنازعين وصفاتهم و إن كان قانون الأسرة لم يحدد صراحة الإجراءات الواجب إتباعها لإثبات واقعة الزواج العرفي و الجهة القضائية المختصة بالفصل في الدعوى .

فدعوى إثبات الزواج العرفي هي دعوى تقريرية يطلب فيها المدعي تقرير وجود حق أو مركز قانوني دون إلزام الخصم بأداء معين .

و قد عرفها الأستاذ عمر زودة بأنها :"دعوى تهدف إلى الحصول على حكم قضائي يؤكد في النهاية وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني، وبهذا التأكيد يزول الشك حول هذا الوجود من عدمه،على أن هذه الدعوى لا تواجه اعتداد في شكل مخالفة لالتزام ، وإنما تواجه اعتراض للحق أو المركز القانوني"[2].

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

[2] الأستاذ عمر زودة ، نفس المرجع .

## الفرع الأول: اختصاص وإجراءات رفع دعوى إثبات الزواج

القاعدة العامة في قانون الإجراءات المدنية يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه في جميع الدعاوى التي لم يرد بخصوصها نص بتحديد الاختصاص المحلي الخاص.

و عليه فإن المشرع لم يحدد اختصاص محلي خاص لدعوى إثبات الزواج ، و عليه فيتم الرجوع إلى القاعدة العامة بخصوصها أي موطن المدعى عليه ، و ما دام الاختصاص المحلي ليس من النظام العام فلإطراف النزاع الاتفاق على عرضه أمام أي جهة قضائية .

و في حالة ما تعلق النزاع بعدم وجود عقد الزواج أصلا يعود الاختصاص إلى قاضي الأحوال الشخصية لمحكمة موطن المدعى عليه إذا لم يتفق طرفي النزاع على خلاف ذلك .

لذلك وجب على المحاكم عدم الخلط بين الزواج المتنازع فيه و غير المتنازع فيه من حيث إرجاعها جميعا إلى قاضي الأحوال الشخصية الذي يرفض عادة النظر في الدعاوى التي لا تتضمن نزاع لأن الحكم يفصل في النزاع القائم بين المدعي و المدعى عليه حول قيام الزوجية .

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

و تبدأ إجراءات رفعها بتقديم الطلب في شكل عريضة طبقا للمادة 12 من قانون الإجراءات المدنية مكتوبة و مؤرخة و موقعة من المدعي أو محاميه ، و مودعة لدى كاتب ضبط قسم الأحوال الشخصية مع مراعاة أحكام المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد.

## الفرع الثاني : شروط رفع دعوى إثبات الزواج

إذا أراد أي شخص أن يقيم دعوى أمام المحكمة ليطلب منها أن تفصل في نزاع قائم بينه و بين غيره حول حق يزعم أنه هو صاحبه ، لا يكفيه أبدا أن يكون يعرف المحكمة المختصة بالفصل في موضوع طلبه [1] ، و لا أن يعرف الطريقة التي أوجب القانون إتباعها لرفع الدعوى، بل يجب أيضا أن في كل من المدعي و المدعى عليه أو في الدعوى ذاتها الشروط العامة و الخاصة التي يتطلبها القانون ، و من هذه الشروط الواجب توافرها لقبول إقامة الدعوى أمام المحكمة ما نصت عليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية التي جاء فيها أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء إذا لم تكن له صفة و أهلية التقاضي و له مصلحة في ذلك ، و هذا ما نصت عليه المادة الخامسة

[1] أنظر عبد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص .328.

من القانون رقم 244-63 التي جاء فيها أنه لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج، و أن يطالب بما ترتب عن الزواج من آثار إذا لم يقدم نسخة من عقد الزواج المسجل والشروط المتعلقة بالدعوى هي الصفة و المصلحة و الأهلية و هي التي تم التطرق إليها في المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول فلا بد من توافرها حتى تقبل دعوى إثبات الزواج العرفي المتنازع في صحته .

## الفرع الثالث : دور النيابة العامة في دعوى إثبات

تهدف النيابة بتدخلها في مثل هذه الدعاوى إلى حماية المصلحة العامة و تطبيق القانون تطبيقا سليما لتحقيق السير الحسن للعدالة، وهذا ما نصت عليه المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية بقولها : " يجب اطلاع النائب العام على القضايا الآتية ... القضايا الخاصة بحالة الأشخاص ..."

فبإمكان النائب العام أن يطلب الاطلاع على القضايا الخاصة بإثبات الزواج العرفي و أن يدلي بشأنها رأيه بكل موضوعية و حياد .

و رأي النيابة العامة غير ملزم للقاضي فهي تعمل كمستشار فني فقط للقاضي ، و ما يلزم على القاضي سوى تمكينها من إبداء رأيها و وجوب اطلاعه على رأيها ، و إذا لم يمكنها القاضي من هذا يترتب عليه بطلان العمل الإجرائي .

و قد نص المشرع صراحة على تدخل النيابة العامة في مثل هذه القضايا و هذا أمام المجلس القضائي، فكان لابد عليه من باب أولى أن يجيز ذلك أمام المحاكم الابتدائية .

## الفرع الرابع : كيفية التحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي

كما ذكرنا سابقا ما دامت دعوى إثبات الزواج العرفي كغيرها من الدعاوى المدنية فتتم بتقديم المدعي بالزوجية عريضة مرفقة بالأدلة الكافية لإثبات صحة عقد الزواج المتنازع حول وجوده أو صحته إلى كتابة ضبط قسم الأحوال الشخصية حيث يتم تسجيل العريضة وجدولتها في السجل العام للقضايا من قبل كاتب الضبط الذي يحدد لها تاريخ جلسة للنظر فيها.

و بالجلسة يتأكد القاضي من الحضور الشخصي لكل من الخصوم و الشهود و ولي الزوجة و يبدأ التحقيق في مكتبه .

فكيف يتم التحقق في هذه الحالة ؟

يقوم قاضي الأحوال الشخصية بالتحقيق بمساعدة أمين الضبط فيتأكد أولا من هوية الخصوم و ولي الزوجة و الشهود من خلال بطاقة التعريف لكل واحد منهم و عن درجة القرابة بينهم .

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

فيتم سماع الشهود و كل واحد على حدى بعد التأكد من هوية الشاهد كاملة و بعد تأديته لليمين القانونية على محضر يدون فيه الهوية الكاملة للشاهد من اسم و لقب و مهنة و سن و الموطن و درجة قرابته بالخصوم و الإشارة إلى تأديته اليمين القانونية ، و بعدها يستفسر عن ما إذا حضر مجلس العقد و هل الزفاف و من تولى العقد كولي الزوجة و من أشخاص آخرين مجلس العقد و التاريخ الذي تم فيه الزواج العرفي لاسيما إذا كانت الشهادة سماعية و كانت مقدار الصداق المقدم كما يستفسر عن رضا الزوجين، و ما إذا كانت الزوجة مازالت على ذمته أم لا بعد ذلك يوقع الشاهد و القاضي و .أمين الضبط على محضر التحقيق .

و في حالة اكتفاء الأطراف يقوم القاضي بتحديد جلسة للنظر في الدعوى قصد تقدير أدلة الإثبات المقدمة ، و قبل الفصل في الموضوع يعرض ملف القضية على النيابة العامة لإبداء طلباتها طبقا للمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية و هو إجراء جوهري يعد من النظام العام و هو المبدأ الذي استقر عليه قضاء المحكمة العليا ، و قد جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1984/11/19 أنه: " لابد من اطلاع النيابة على الملفات المتعلقة بالأحوال الشخصية و هذا الإجراء جوهري من النظام العام " [1].

فقاضي الأحوال الشخصية له السلطة التقديرية في تقدير الأدلة المقدمة إليهم، إما الأخذ بها أو استبعادها و ذلك لن إثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع .

و عندما يتأكد القاضي من صحة قيام العلاقة الزوجية بناءا على الشروط و الأركان الشرعية ينطق بالحكم في الجلسة علنية .

و يكون منطوق الحكم محدد فيه تاريخ وقوع الزواج و بين الهوية الكاملة لكل من الطرفين مع أمر ضابط الحالة المدنية بالبلدية المعنية بتسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية مع التأشير به على هامش عقدي ميلاد كل الطرفين ، و الحكم المثبت لواقعة الزواج العرفي ليس له حجية الشيء المقضي فيه حسب مفهوم المادة 338 من القانون المدني باعتبار أن إثبات واقعة الزواج

[1] المحكمة العليا ، غ.ا.ش، 1984/11/19 ، نشرة القضاة ، العدد 53 ، ص.56.

لها حجية يمكن إثباتها متى توافرت الأدلة الكافية، و هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/12/15 .

و يجري على هذا الحكم ما يجري على أحكام محاكم الدرجة الأولى و خاصة ما يتعلق بحضور و غياب الأطراف و تبليغهم الحكم ، و ما يتعلق بالطعن فيه بطرق الطعن العادية و غير العادية.

و طرق الطعن العادية هي التي تسمح للمتقاضين بطلب إعادة دراسة الموضوع من جديد إما أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم المطعون فيه و ذلك بالمعارضة ، أو أمام جهة قضائية تعلوها درجة ، و لعل الميزة الأساسية التي تميز طرق الطعن العادية في المسائل المدنية أن لها أثر موقف على تنفيذ الحكم المطعون فيه .

كما يجوز أيضا للغير الخارج عن الخصومة الأصلية أن يطعن في الحكم عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة فيقبل اعتراضه رغم انعدام صفته كخصم أصلي .

و القاعدة العامة أن بعد فوات آجال الطعن العادية أو بعد تأييد الحكم بقرار نهائي نكون أمام أحكام صادرة بصفة نهائية ، و التي تكون قابلة للتنفيذ و المبدأ أن الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ ، و لكن استثناءا فإنه يوقف التنفيذ إذا ما تم الطعن بالنقض في حكم متعلق بحالة الأشخاص ، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه : " متى كان مقررا قانونا أنه ليس للطعن بالنقض أثر موقف إلا إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص أو أهليتها فإن القرار القاضي يخالف هذا المبدأ يعد منعدم الأساس القانوني ، و أن القرار الذي أمر بتسجيل الزواج العرفي بين طرفي النزاع في الحالة المدنية طعن فيه بالنقض من قبل الطاعن، و قد نقض فعلا من طرف المجلس الأعلى (المحكمة العليا) ، و قد كان على قضاة الموضوع وقف تنفيذ القرار "[1].

عندما يصبح الحكم المثبت للزواج العرفي نهائي يتم تسجيله لدى ضابط الحالة المدنية بالبلدية المعنية ، و تطبق في ذلك احكام و قواعد قانون الحالة المدنية كما أشارت إليه المادتين 21 و22 من قانون الأسرة .

و غالبا ما تكون الحكام المثبتة للزواج العرفي مقترنة بأمر تسجيله، و إذا كانت لا توجد مادة في قانون الأسرة أو الحالة المدنية تلزم قاضي الأحوال الشخصية بأن يقرنها بالأمر و لكن ضابط الحالة

[1] المحكمة العليا ، غ.ا.ش، 1984/11/19 ، مجلة قضائية ، 1989، العدد 02 ، ص.57.

المدنية إذا قدم له الحكم غير مقترن بأمر التسجيل و التأشير به على هامش عقدي ميلاد الزوجين فإنه لا يقوم بتسجيله .

و يرى عبد العزيز سعد في هذه الحالة، أن على الزوج صاحب المصلحة أن يأخذ نسخة من الحكم و يرسلها إلى رئيس المحكمة عن طريق وكيل الجمهورية و يطلب استصدار أمر تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية [1].

و من كل ما سبق يتبين لنا أن الزواج العرفي قد يتنازع في صحته أو وجودة بين الزوجين أو بين أحدهما و ممن لهم مصلحة ، فنكون أمام خلاف لابد من اللجوء فيه للقضاء للفصل فيه متى توفرت شروط المطالبة القضائية ، فيتم إجراء تحقيق و التأكد من قيام العلاقة الزوجية ويتوج ذلك بحكم قضائي و يسجل بالحالة المدنية إذ أصبح نهائيا ، أما إذا كان الزوجين على قيد الحياة و لم يختلفا حول قيام العلاقة الزوجية فيلجأ للقضاء لتسجيل الزواج العرفي القائم على الأركان الشرعية و القانونية ، بتقديم طلب لوكيل الجمهورية الذي يحولها إلى رئيس المحكمة الذي يصدر أمرا بتسجيله في سجلات الحالة المدنية.

[1] انظر عبد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص.26.

**الخاتمة :**

عقد الزواج ليس مجرد عقد عادي كغيره من العقود التي يبرمها الإنسان لتحقيق منفعة معينة له في حياته، بل هو ميثاق غليظ بوصف الله تعالى له، و ما دامت العلاقة الزوجية علاقة اجتماعية ، و نواة للبنة توضع في بناء المجتمع ، و عما قليل ستأخذ من المجتمع و تعطيه فمن حق المجتمع على هذه العلاقة أن يقرها و يشهدها و يشهرها ، و أن يعترف بها حتى يتسنى له بذلك أن يقوم بواجباته نحوها من الرعاية و الحماية بعد أن يكون قد منح هذه العلاقة كل ما تستأهل من مكانه و قداسة .

فإذا كان عقد الزواج العرفي أبرم وقف قواعد الشريعة الإسلامية الغراء بتوافر أركانه الشرعية تترتب عنه كافة الآثار المادية و القانونية، و هذا ما جاء به قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1986/11/22 بنصه : " كل زواج عرفي يعتبر صحيحا متى توافرت أركانه حتى و لو كان غير مسجل بالحالة المدنية ، و تترتب عليه كافة آثار عقد الزواج و كافة الحقوق الزوجية " .

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

و نظرا لخطورة هذا النوع من الزواج فرضت معظم التشريعات الوضعية شكلية لإبرام عقد الزواج حتى تثبت بها كافة الحقوق و الواجبات لكل من الطرفين .

و بصفتها طلاب في الحقوق نسأل المشرع الجزائري إن يشرع عقوبات ردعية بدنية ومالية صارمة على كل من يخالف الإجراءات المقررة قانونا ، كما قام المشرع الأردني في وضعه لعقوبات في نص المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية الأردني بنصها : " إذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية ، فيعاقب كل من العاقد و الزوجين و الشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني ، و بغرامة على كل منهم لا تزيد عن مائة دينار " .

و العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات هي السجن لمدة تتراوح بين شهر إلى ستة أشهر لكل واحد من العاقدين و الشهود و من أجرى عقد الزواج أو بدفع غرامة لا تزيد على مائة دينار .

و لتفادي كذلك هذا النوع من الزواج لابد من تضافر الجهود للحد من هذه الظاهرة وذلك من خلال دراستها و وضع الحلول المناسبة للقضاء عليها تحقيقا للاستقرار في المجتمع ، و من

هنا ندعوا كل صاحب فكر قويم أن يدلي بدلوه في هذا الميدان حتى نصل إلى ما يرضي الله ورسوله في هذا الصدد و من الله تعالى التوفيق .

# الملاحق

## طلب تسجيل عقد زواج

Demande de transcription de mariage

من السيد.....الساكن في.....

( يجب ذكر العنوان كاملا)

إلى

السيد : وكيل الدولة لدى محكمة .....

تحية طيبة و بعد:

استنادا إلى أحكام المادتين 39-40 من قانون الحالة المدنية ، يشرفني أن أحطكم علما بأنه قد وقع زواج بين السيد (اسم و لقب الزوج ، و اسم و لقب كل من أبيه و أمه) و السيدة (اسم و لقب الزوجة ، و اسم و لقب كل من أبيها و أمها) بتاريخ ..... في بلدية .....

و لأسباب خاصة (يستحسن ذكر الأسباب)، لم يتمكنا من الحضور أمام الموثق ، و لا أمام ضابط الحالة المدنية ، لإعلان و تسجيل عقد زواجهما خلال الأجل المحدد في القانون .

لذلك فإن صاحب هذا الطلب يرجوا منكم ، ان تتدخلوا لدى السيد رئيس المحكمة المختصة لالتماس الأمر بتسجيل عقد الزواج المذكور، في سجل الحالة المدنية المخصص لقيد وثائق عقود النكاح .

و ستجدون رفقة هذا الطلب الوثائق التالية :

1- شهادة عدم تسجيل الزواج.

2- وثيقة ميلاد كل واحد من الزوجين .

3- وثائق ميلاد الأولاد الناتجين عن هذا الزواج .

و تقبلوا منا فائق الاحترام .

حرر في ..... بتاريخ.....

الاسم و اللقب

التوقيع

**الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**

**وزارة العدل**

مجلس قضاء .....

محكمة .....

## عريضة تسجيل عقد زواج

Requête de transcription de mariage

وكيل الجمهورية مصلحة الحالة المدنية

إلى

السيد/ رئيس محكمة .....

بعد الاطلاع على الطلب المقدم من السيد..... الساكن ... و لاسيما المستندات المرفقة بهذه العريضة .

و بعد الاطلاع على نصوص المادة 39 و 40 من قانون الحالة المدنية .

و حيث تبين من المستندات المقدمة ،و من إجراءات التحقيق أن المسمى .....

سبق أن ابرم عقد زواج ، بينه و بين السيدة : .....في نطاق بلدية .....

و لما تبين أيضا أن عقد زواجهما قد تم وفقا للقانون و لأصول الشريعة الإسلامية، و انه لظروف خاصة لم يقع إبرامه أمام الموثق و لا أمام ضابط الحالة المدنية في الأجل المحدد في القانون .

و حيث أن مصلحة كل من الزوجين و أولادهما ، و مصلحة النظام العام تتطلب تسجيل عقد هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية .

**لذلك**

فإننا نطلب من السيد / رئيس المحكمة أن يجري تحقيقا بشأن ذلك ، وأن يصدر أما بتسجيل عقد زواج المعنيين في سجل الزواج ببلدية .....لعام .....

حرر في ..... و كيل الدولة

الإمضاء

**الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**

**وزارة العدل**

مجلس قضاء .....

محكمة .....  قضايا الحالة المدنية

## أمر بتسجيل عقد زواج

Ordonnance de transcription de mariage

نحن السيد.....رئيس محكمة .....دائرة اختصاص ، مجلس قضاء .....

بعد الاطلاع على الطلب المقدم من السيد..... و على العريضة المقدمة من السيد وكيل الدولة لدى المحكمة المذكورة .

و بعد الاطلاع على نصوص المادة 39 ، 40 ،58،59 من قانون الحالة المدنية .

حيث تبث لنا من المستندات المقدمة ، و من نتائج إجراءات التحقيق أن المدعو .....، ابن .....و .....قد عقد زواجا بتاريخ ..... في بلدية ..... مع المدعوة .....بنت .....و.....

و حيث ثبت أيضا أن إجراءات عقد هذا الزواج قد تمت وفقا للشروط القانونية ،و أن انعقاده لم يقع أمام الموثق و لا أمام ضابط الحالة المدنية في الوقت القانوني المناسب .

وحيث أنه يتعين الأمر بتسجيل هذا العقد في سجلات الحالة المدنية، ضمانا لمصلحة المعنيين، ولمصلحة النظام العام .

**لهذه الأسباب**

فإننا نأمر ، بأن يسجل هذا العقد في سجل الحالة المدنية المخصص لتسجيل عقود الزواج في بلدية .....باعتباره زواجا منعقدا بين السيد..... ابن .....و .....

و بين السيدة..... ابنه .....و ..... بتاريخ .....

و أن يؤشر بهذا الأمر– الذي يحل محل وثيقة عقد الزواج– على هامش عقدي ميلاد كل من الزوج و الزوجة .

حرر في .....  و كيل الدولة

الإمضاء

# المصادر والمراجع:

## أولا: المصادر

القرآن الكريم .

الحديث النبوي الشريف.

## ثانيا : المراجع

1- أحمد عبد الحليم بن تيمية ، فتاوي الزواج و عشرة النساء ، دار الشهاب ، 1991، الجزائر.

2- أسامة عمر سليمان الأشعر،مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق ، دار النفائس للنشر التوزيع ، عمان ، الأردن ، .2008

3- أنطوان الناشف و خليل الهندي ، الزواج المدني الاختياري في لبنان ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ، لبنان ، .1998

4- الإمام أبي الفضل أحمد ابن حجر العسقلاني ، بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، دار الكتاب العربي طبعة 1373 هـ.

5- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج و الطلاق ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية .

6- بلحاج العربي ، قانون الأسرة ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، .1996

7- جاد الحق علي جاد الحق ، مفتي الديار المصرية ، نفس الموقع

8- المستشار حسن حسن منصور ، المحيط في الأحوال الشخصية ، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر ، سنة 1998.

9- حسن أحمد إبراهيم ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار المطبوعات الجامعية ،1998 .

10- دليلة فركوس، تاريخ النظم القديمة ، الجزء الأول، الأطلس للنشر ، ديسمبر 1993 .

11- عبد الحميد الشواربي ، الشهادة في المواد المدنية و التجارية و الجنائية ، و الأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، .1992

12- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر ، دار هومة ، الجزائر، الطبعة الثانية .

13- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار البعث ، قسنطينة،1989 الطبعة الثانية .

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

15- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الرابع ، دار إحياء التراث العربي ، 1934 .

16- عبد المجيد سليم ، مفتي الديار المصرية ، www.egypty.com/ elkebar .www.egypty.com/ elkebar

17- د. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن، 1997.

18- الأستاذ عمر زودة ، محاضرات قانون الإجراءات المدنية بالمعهد الوطني للقضاء ، سنة 2003.

19- فارس محمد عمران، الزواج العرفي و صور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة ، جمهورية مصر العربية ، 2001 .

20- د. ممدوح عزمي، الزواج العرفي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، بدون سنة طبع .

21- الإمام محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، طبعة 1976 .

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

23- محمد زهدور ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري ، ط1991 ، بدون دار النشر .

24- د.محمد عبد الحليم سمارة ، أحكام و آثار الزوجية ، شرح مقارن بقانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2008.

**القوانين و الأوامر :**

- قانون الأسرة 2005.
- القانون المدني ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ،2002.
- قانون الإجراءات لمدنية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2002.
- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية .
- قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجديد ، الصادر في 23 افريل 2009

**المجلات القضائية :**

- المجلة القضائية ، 1984 ، العدد 01
- المجلة القضائية ، 1990 ، العدد 01
- المجلة القضائية ، 1990 ، العدد 03
- المجلة القضائية ، 1992 ، العدد 04
- المجلة القضائية ، 1993 ، العدد 02
- المجلة القضائية ، 2002 ، العدد 02

**الدوريات :**

- ✓ مجلة الموثق ، العدد 10 ، سنة 2000.
- ✓ نشرة القضاة ، وزارة العدل ، مديرية البحث ، العدد 53.

## الفهـــــرس

**مقدمة** ..... 01

**الفصل الأول : الشكلية في الزواج**..... 03

المبحث الأول: الشكلية في النظم القديمة و الشريعة الإسلامية..... 04

المطلب الأول: الشكلية في النظم القديمة..... 04

الفرع الأول : الشكلية في النظم الشرقية..... 05

الفرع الثاني: الشكلية في النظم الغربية ..... 06

المطلب الثاني : الشكلية في الشريعة الإسلامية..... 07

الفرع الأول: الشكلية عند الجمهور ..... 07

الفرع الثاني : الشكلية عند الأحناف ..... 08

المبحث الثاني: مظاهر الشكلية في قانون الأسرة ..... 11

المطلب الأول : الكتابة ..... 11

الفرع الأول: التمييز بين الكتابة كركن شكلي في العقد والكتابة كوسيلة للإثبات 11

الفرع الثاني : وظيفة الكتابة في عقد الزواج ..... 12

الفرع الثالث : الاعتبارات التي أدت إلى اعتبار الكتابة كوسيلة للإثبات..... 12

المطلب الثاني : التسجيل ..... 13

الفرع الأول : الموظف المختص بإبرام عقد الزواج ..... 13

الفرع الثاني : بيانات عقد الزواج ..... 15

المبحث الثالث : نتائج انتقاء الشكلية ..... 17

المطلب الأول : ترتيب آثار الزواج الشرعي ..... 18

المطلب الثاني : عدم القدرة على ترتيب اثار الزواج المدني..... 20

**الفصل الثاني : ضرورة تسوية عقد الزواج العرفي** ..... 23

المبحث الأول : وسائل إثبات الزواج العرفي ..... 24

المطلب الأول : الشهادة ..... 24
الفرع الأول : أنواع الشهادة ..... 24
الفرع الثاني : شروط أداء الشهادة ..... 26
الفرع الثالث : نصاب الشهادة ..... 27
المطلب الثاني : الإقرار..... 28
الفرع الأول : أقسام الإقرار في مجال إثبات الزواج العرفي ..... 29
الفرع الثاني : الإقرار حسب القواعد العامة للإثبات..... 30
الفرع الثالث: حجية الإقرار..... 30
الفرع الرابع : شروط الإقرار ..... 31
المبحث الثاني : إجراءات ترسيم الزواج العرفي ..... 33
المطلب الأول : تسجيل الزواج العرفي في حالة اتفاق الزوجين..... 34
الفرع الأول: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي المبرم داخل التراب الوطني . 34
الفرع الثاني : تسجيل الزواج العرفي المبرم خارج الوطن..... 36
المطلب الثاني : تسجيل الزواج العرفي في حالة تنازع الزوجين ..... 37
الفرع الأول: اختصاص وإجراءات رفع دعوى إثبات الزواج ..... 38
الفرع الثاني : شروط رفع دعوى إثبات الزواج ..... 38
الفرع الثالث : دور النيابة العامة في دعوى إثبات..... 39
الفرع الرابع : كيفية التحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي ..... 39
**الخاتمة** ..... 43
الملحقات ..... 45
المصادر و المراجع ..... 48
الفهرس..... 51