الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم والبحث العلمي

جامعة الدكتور "مولاي الطاهر" سعيدة

مذكرة تخرج لينل شهادة ليسانس بعنوان

عقد الزواج العرفي

من اعداد

- بوزيد قداش
- بوجلال فاطمة الزهراء

تحت إشراف الأستاذ:

حمامي

السنة الجامعية 2011/2010

مقدمة:

خلق الإنسان وجعله خليفة في الأرض إلى أمد لا يعلمه إلا هو، وسن لهذا الهدف وسيلة الزواج، ومنه جعل استمرار الجنس البشري في إطار شرعي يحفظ للزوجين نفسيهما ودينهما.

ولذلك فقد أحلته كل الأديان واعتبرته رباط ديني مقدس ذو فوائد دينية ودنيوية، فاعتبره اليهود فرضا على كل قادر وأن من يحجم عنه مع القدرة عليه يستحق القتل، وأن الغراب هم سبب غضب الله على بين إسرائيل واعتبره المسيحيون رغم تفضيلهم للرهبانية والعبادة والتبتل ضرورة لبقاء النوع الإنساني وصيانة الفرد من الفاحشة.

أما الإسلام فقد أمر الشباب لأنه يتماشى مع الطبع الإنساني والقيم الدينية والنفسية والاجتماعية، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: " تناكحوا وتناسلوا فإني مباهي بكم الأمم يوم القيامة"، وقد حاولت المجتمعات البشرية منذ القدم جعل الزواج في إطار محدد وذو صبغة موحدة تفرقه عن باقي العلاقات الغير شرعية الأخرى، وجعلت من انعقاده مناسبة سارة يفرح لها الأهل والمقربون ومن انحلاله نكبة تلحق بطرفي العقد وأهليهما، وحرصت في ذلك على إتباع إجراءات معينة تعطي لهذا العقد الهيبة والقوة الدينية، فمثلا اشترط المسيحيون أن يتم هذا الزوج في كنيسة وبين أيدي رجل دين وبعد صلاة الإكليل وأن يسجل في دفتر قيد عقود الزواج الذي يمسكه رئيس كل كنيسة.

بينما يشترط الإسلام ضرورة توافر رضا الولي، الصداق والشهود لانعقاده، وقد جاءت القوانين الوضعية في الدول الإسلامية، وأمرت بتسجيل عقد الزواج لأهداف عملية تحفظ الحقوق من الضياع.

وقد صب قانون الأسرة الجزائري في هذا المصب واستوجب قيد الزواج في سجلات الحالة المدنية، ورغم صراحة النصوص القانونية بضرورة تسجيل عقد الزواج إلا أن بعض الأفراد يغفلون هذا الشرط ويعقدون زواجهم دون تسجيله، وهو ما يعرف بالزواج العرفي، ويرجع انتشار هذه الظاهرة لعدة أسباب من بينها:

أسباب دينية: تتمثل في اكتفاء الأفراد بما ينص عليه الدين الإسلامي من توافر أركان عقد الزواج واعتباره زواجا صحيحا لا يحتاج إلى تأكيده بموجب عقد إداري وفقا لإجراءات روتينية لا فائدة منها.

أسباب اجتماعية: منها انعدام الثقافة القانونية والتوعية بالمخاطر الناجمة عن عقد الزواج غير موثق، كما أن انعزال بعض البلديات يجعل الأفراد ينظرون إلى التنقل لتسجيل عقد الزواج على أنه عبء ثقيل لا طائلة منه.

أسباب قانونية: التي يستوجبها القانون ولم تستلزمها الشريعة الإسلامية ومنها شرط السن، وكذلك شرط وجوب رخصة مسبقة لبعض الفئات من الموظفين مثل فئة سلك الأمن والعسكريين، وكذلك وجوب علم الزوجة الأولى واللاحقة في حالة تعدد الزوجات، ولهذا يرى الأفراد أنه ومادام هذا العقد صحيحا من الناحية الدينية فلا داعي لتعقيد الأمور بإتباع الإجراءات الإدارية وقد طرح هذا الموضوع عدة إشكاليات من الناحية القانونية والعملية من حيث تحديد تعريف له أركانه وشروط صحته وجزاء تخلف هذه الأركان والشروط، وكذلك من حيث آثار المترتبة عنه، هل هي تنحصر في طرفي العقد أم تتعداها إلى أطراف أخرى؟ ومن حيث طرق إثباته، هل نلجئ إلى طرق الإثبات المقررة في الشريعة الإسلامية فقط أم النظرية العامة للإثبات؟ وهل يكفي في إثباته دليل واحد أم من تقديم عدة أدلة؟ وما هي الدعاوي التي يمكن أن تعرض أمام القضاء بمناسبة تسجيل هذا العقد؟ وما هي إجراءات تسجيله؟

سنحاول معالجة موضوع الزواج العرفي ونبين معالمه من خلال هذا البحث ووفقا للخطة التالية:

خطة البحث

المقدمـــة

الفصل الأول

المبحث الأول: مفهوم عقد الزواج

المطلب الأول: تعريف عقد الزواج

الفرع الأول: تعريف عقد الزواج فقها

الفرع الثاني: تعريف عقد الزواج قانونا

المطلب الثاني: حقيقة الزواج العرفي

الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي

الفرع الثاني: أسباب التسمية والانتشار

المبحث الثاني: ركن وشروط انعقاد الزواج العرفي وآثاره

المطلب الأول: ركن وشروط انعقاد الزواج العرفي

الفرع الأول: ركن الزواج "رضا الزوجين

الفرع الثاني:شروط انعقاد الزواج

الفرع الثالث: جزاء تخلف ركن وشروط عقد الزواج

المطلب الثاني: آثار عقد الزواج العرفي

الفرع الأول: آثاره على الزوج والزوجة

الفرع الثاني: الآثار السلبية المشتركة بين الزوجين

الفصل الثاني

المبحث الأول: وسائل إثبات عقد الزواج العرفي وإجراءات تسجيله

المطلب الأول: وسائل إثبات عقد الزواج

الفرع الأول: الإقرار

الفرع الثاني: الشهادة "البينة"

الفرع الثالث: النكول عن اليمين

المطلب الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج

الفرع الأول: النصوص التي تناولت تسجيل عقد الزواج العرفي

الفرع الثاني: تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه.

الفرع الثالث: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على إثبات عقد الزواج العرفي والدعاوى المتعلقة به

المطلب الأول: الآثار المترتبة عن تسجيل عقد الزواج

الفرع الأول: تسليم الدفتر العائلي

الفرع الثاني: تحرير العقد أمام الموثق

الفرع الثالث: تدوين الزواج في سجلات الحالة المدنية

المطلب الثاني: الدعاوى المتعلقة بالزواج العرفي

الفرع الأول: دعوى إثبات النسب

الفرع الثاني: دعوى إثبات الطلاق

الفرع الثالث: دعوى إثبات الإرث

الخاتـــمة

الفصل الأول: ماهية عقد الزواج

لكون الزواج العرفي يشترك مع الزواج الرسمي في جميع الأركان والشروط، باستثناء التسجيل فإنه يتعين علينا التعرض لتعريف عقد الزواج العرفي من خلال تعريف عقد الزواج الرسمي فقها وقانونا في المبحث أول وأركانه وشروطه في المبحث ثان.

المبحث الأول: مفهوم عقد الزواج:

إن الزواج بصفة عامة هو اقتران المرأة بالرجل بموجب عقد، اشترط فيه الشارع الإعلان ليكون بمثابة التوثيق، حيث قال الشيخ الإسلام ابن تيمية: لا ريب في أن النكاح مع الإعلان يصح، وإن لم يشهد شاهدان، وأما مع الكتمان والإشهاد فهذا مما ينظر فيه، وإذا اجتمع الإشهاد والإعلان فهذا لا نزاع في صحته.

المطلب الأول: تعريف عقد الزواج

هو الاقتران والازدواج، وشاع استعماله في اقتران المرأة بالرجل على سبيل الدوام والاستمرار، ولقد جاء في القرآن ما يرادف هذا المعنى في قوله تعالى: ﴿كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ ﴾[1]أي قرناهم بهن، وقوله:﴿ وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ ﴾[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].

الفرع الأول: تعريف عقد الزواج فقها

رغم اختلاف التعاريف التي جاء بها الفقهاء لعقد الزواج، فإن التباين في أغلبيته لفظي مع تقارب المعنى، وكل هذه التعاريف تنتهي الى أن القصد من عقد الزواج هو ملك المتعة أو حلها، حيث أنه الاصطلاح الشرعي عقد يرد على استمتاع كل من العاقدين بالأخر على وجه المشروع وعلى سبيل القصد[5].

---

[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، ص 85.

[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.

ويعرفه صاحب الكنز بأنه" عقد يرد على ملك المتعة قصدا" والتعريف على هذا النحو يشير الى حق الرجل في الاستمتاع بزوجته دون غيره، أما المرأة فيحل لها الاستمتاع بزوجها وقد تشارك زوجة أخرى في ذلك، لأن الشارع أباح للرجل تعدد الزوجات ومنع ذلك على النساء.

وعيب هذا التعريف أنه يكاد يجعل من الاستمتاع أساس الزواج، مع أن مقاصده كثيرة ، ومنها ما يكون في الحياة الدنيا، ومنها ما يمتد الى الآخرة[6].

وعرفه مصطفى شبلي 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 أنه جعل المرأة محلا للعقد، وهذا ما لا يصدقه العقل فلو كانت موضوعا للعقد، فلماذا يشترط فيها المشرع شروط طرفي العقد كالأهلية والحرية والعقل والإسلام.

وقد اتجه بعض المعاصرين الى 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 أن الغرض الأسمى في الشرع وعند أهل الفكر والنظم كما يقول الإمام أبو زهرة هو: التناسل وحفظ النوع الإنساني وأن يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الأنس الروحي وسط متاعب الحياة، لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[7].

وهو أسلم التعاريف لأنه يحدد الطبيعة القانونية لعقد الزواج، إذ أن جميع العقود تتدخل فيها إرادة الأطراف وتجعل لها أركانا وشروطا ما عدا هذا العقد الذي 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 أن هذه الأخيرة تترتب على العقد بمعناه التقليدي، والتي يقوم بتحديدها وترتيبها أطراف العلاقة طبقا للقاعدة العامة " العقد شريعة المتعاقدين".

---

[6]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 31.

[7]- سورة الروم، الآية 21.

أما الآثار المترتبة على الزواج فالقانون هو الذي يحددها بنصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها، و لا يمكن الإنقاص من أهمية هذا النقد بحجة أنه توجد الكثير من العقود التي تتضمن شروطا أساسية، ذلك أنه في مثل هذه العقود يقوم أحد الأطراف بوضع هذه الشروط، ويتعين على الطرف الآخر قبولها، أما في عقد الزواج فالقانون هو الذي يحدد آثاره وشروطه، واعتبر أصحاب هذا النقد الزواج نظاما قانونيا خاصا يختلف مفهومه عن المفهوم التقليدي للعقد[8].

ويرى الدكتور محمد كمال الدين إمام أن كلا من النظرية التعاقدية وفكره النظام تعتبر غير كافية، إذ أخذت كل منهما على حدى، ففكرة النظام القانوني يكمل تلك النظرية التي تعتبر الزواج عقد، فالزواج بحكم كونه نظام يكشف الصفة الآمرة للقواعد القانونية التي تحكمه فهو في نفس الوقت عقد رضائي[9].

الفرع الثاني: تعريف عقد 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 وآراء المذاهب على تنوعها ضمانا للتوفيق بين الفقه والواقع ، فقد أبرزت الممارسة مدى الحرج الذي يمكن أن تقع فيه الأمة نتيجة الالتزام بمذهب معين لا يجوز لها أن تتعداه.

ولقد كانت الجمهورية السورية أسبق 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 وإلى قريب من ذلك نص التشريع الكويتي في المادة الأولى منه على أن عقد الزواج هو:"عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، غايته السكنى والإحصان وقوة الأمة ".

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

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

---

[8]- أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف الإسكندرية، 2002، ص36.

[9]- د.محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 55.

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

وبالنسبة للتشريع الجزائري قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم 05-02 المؤرخ في 18 محرم الموافق ل 27 فبراير 2005 فقد نصت المادة الرابعة منه :" الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب ".

ما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع ذكر طرفي عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، كما نص على ضرورة احترام الشروط الشرعية، وذكر الغاية من عقد الزواج ، وبذلك فإن المشرع لم يتعرض إلى موضوع عقد الزواج وآثاره القانونية لكنه ذكر الغاية منه ، ولعل عذر المشرع في هذا الإغفال هو الخشية من الظن بأن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع فعدل عن ذلك إلى ذكر الغاية[10].

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

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

أما القانون الفرنسي حسب كولين وكابيتون فقد نص:"عقد الزواج هو عقد مدني احتفالي، والذي بواسطته يتحدى الرجل والمرأة من أجل العيش معا، ومن أجل التعاون والمساعدة تحت إشراف الزوج رئيس العائلة".

[10]- د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص31.

المطلب الثاني: حقيقة الزواج العرفي:

ظهر ما يسمى بالزواج العرفي منذ أوجبت الدول والحكومات تسجيل عقد الزواج في الدوائر الرسمية المختصة وهذا يختلف من بلد الى أخر فصار كل عقد زواج لم يتم تسجيله في تلك الدوائر يعتبر زواجا عرفيا.

إن الأصل في عقود الزواج هو أن تبرم أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية للبلدية أو الموظف القنصلية بحيث يذكر فيه كل الشروط التي يشترطها أحد الزوجين وبذلك يرسل الى البلدية ليسجل في السجلات الرسمية وفي كل الحالات يجب حضور الزوجين شخصيا وولي الزوجة وشاهدين ولا يترتب عليه أي إشكال لهما أو لأبنائهما وورثتهما ولكن هناك من لا يسجل زواجه أمام الجهات المذكورة آنفا مكتفيا بالزواج الذي تم أمام الجماعة وهي العقود التي سماها المشرع بعقود الزواج المغلقة أي العرفية.

فالعرف لغة: هو العلم العرفي كلمة المنسوب إليها الزواج العرفي من الفعل الثلاثي عرف بمعنى إدراك الشيء بإحدى الحواس ، عرفه يعرفه – بالكسر – معرفة و عرفاناً – بالكسر – ، و المعروف ضد المنكر، و العرف ضد النكر، يقال أولاه عرفاً أي معروفاً ، و هو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم و معاملاتهم.

فالعرف في الاصطلاح: العرفي في اصطلاح الفقهاء مأخوذ من العرف و هو ما تعارف جمهور الناس و ساروا عليه ، سواء كان قولاً أو فعلاً أو تركاً[11] فما هي إذا حقيقة الزواج العرفي في الأصل؟

الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي

إن عقد الزواج العرفي عقد بين رجل وامرأة أبرم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وتم فيه الدخول بين الزوجية ولكن طرف العقد لم يقوما بتسجيله بسجلات الحالة المدنية للبلدية خلال المهلة المحددة قانونا لذلك وهي مدة ثلاث أيام تبدأ من تاريخ انعقاد العقد طبقا للقانون الحالة المدنية إذا كان العقد منعقد داخل التراب الوطني وفي مدة سنة إن انعقد في بلد أجنبي بين جزائريين مقيمين في الخارج،وبذلك فعقد الزواج العرفي هو عقد تام تتوفر فيه جميع أركان عقد الزواج طبقا للمادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 بتوفير رضا الزوجين والصداق وولي الزوجة الأب عند وفاته أحد أقارب الزوجة ممن تختاره أو ترخيص من رئيس المحكمة لمن لا ولي له

---

[11]– أ.د. الشيخ محمد مصطفى سبكي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص178، بيروت النشر والصلة والسنة.

وشاهدي عدل بالعين سن الرشد عاقلين من أقارب الزوجين ومن غيرهم ولكن الزوجين لا يقومان بتسجيل هذا العقد مما يسبب الكثير من المشاكل لهما أثناء حياتهما أو لأبنائهما وورثتهما بعد وفاتهما.[12]

الزواج العرفي في الاصطلاح الشرعي: هو اصطلاح يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية أكان مكتوب أو غير مكتوب وانه عقد مستكمل الشروط الشرعية إلا أنه لم يوثق إنما هو زواج يتم بين رجل وامرأة قد يكون قوليا مشتملا على إظهار الإيجاب والقبول بينهما في مجلس واحد وشهادة الشهود ولكن في الغالب يتم إعلان وإجراء العقد بهذه الطريقة الصحيحة وأنه لا ينافي الشريعة الإسلامية لأنه في الأصل عبارة عن إيجاب وقبول بين عاقدين ولا تتوقف صحته شرعا على حضور طرف حيني مسؤول أو على توثيق العقد وتسجيله ولا تتوقف صحته على إشهاره.

الزواج العرفي المعنى اللغوي:

معنى الزواج في اللغة: اقتران أحد الشيئين بالأخر وارتباطهما بعد أن كان كل منهما منفصلا عن الأخر[13] بينما يحمل الزواج صفة عامة كما يطلق لفظ النكاح وتطلق كلمة النكاح في اللغة على الوطء (الاتصال) وكذلك على العقد أم معنويا كضم الجسم والقول الى القول، وقد ذهب الشافعية الى العكس وإذا ورد لفظ النكاح في الكتاب والسن محددا عن القرينة يراد به الوطء عند الحنفية ويراد به الزواج عن الشافعية.

وقد عرفته عض الدراسات الحديثة على أنه اصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية وأنه عقد متكمل لشروطه الشرعية إلا أنه لم يوثق، وأن تسمية الزواج العرفي بهذا الاسم هو أن العقد اكتسب مسماه من كونه عرفا اعتاد عليه أفراد المجتمع مع المسلم منذ بدايات الإسلام وما بعد ذلك من مراحل متعاقبة في العصر الذي يكن المسلمون في يوم من الأيام يهتمون بتوثيق الزواج ولم يكن ذلك يعني إليهم حرج ذلك في ظل غياب الحكومات بل اطمأنت قلوبهم إليه فصار عرفا عرف بالشرع وأقرهم عليه ولم يرده في أي وقت من الأوقات مع الاختلاف في عهدنا هذا عن السابق فالزواج العرفي هو شرعي بالأصل إنما في هذا العصر يكمن الخطأ في حكومات الدول الإسلامية التي كان لها أن تستحدث دوائر خاصة بالزواج العرفي أو تعديل بعض القوانين الأحوال الشخصية التي

---

[12]- القاضية ناستي حميدة، محاضرة بعنوان: عقد الزواج العرفية، ألفية بتاريخ 2008/09/02 محكمة حمام الضلعة.

[13]- بدران بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، 1983، ص 9.

تنص على جواز الزواج العرفي بعد أن تقر من ترغب بذلك بأن ليس لها ولي أمر عندئذ يخول القاضي الشرعي بتزويجها[14].

الزواج العرفي باعتباره علما:

يعرف الزواج العرفي بأنه ذلك الزواج الذي استوفى شروطه الشرعية دون أن يوثق رسميا وقد أطلق عليه العامة بالزواج العرفي[15].

وقد عرفته مجلة البحوث الفقهية باعتباره علما على معنى محدد فقالت:" هو اصطلاح حديث يطلق على عقود الزواج غير الموثقة بوثيقة رسمية سواء أكان مكتوبا أو غير مكتوب[16].

تظهر لنا التعريفات السابقة أن الزواج العرفي زواج شرعي لا يختلف عن الزواج المعتبر مشرعا ويختلف عن الزواج الرسمي بأنه زواج غبر موثق فلا يلزم التوثيق فيه أما الزواج الرسمي يلزم فه التوثيق حتى يكون معتبرا في دوائر الدولة الرسمية والحقوقية.

صورة من الزواج العرفي:

الصورة الأولى: وهي الغالبة في معظم المجتمعات العربية وفيها أن يتم عقد الزواج العرفي بإيجاب وقبول من الطرفين (الزوج والزوجة) من خلال ورقة عرفية يوقعان عليها باسميهما مع حضور شاهدين مستأجرين أو أصدقاء الزوجين يوقعان على العقد العرفي مع عدم إعلان وإشهار، هذا الزواج، أو علم الأهل والأصدقاء به إذ غالباً ما يتم في سرية تامة، وغالباً ما يؤمر الشاهدين بكتمانه .

الصورة الثانية: أن يتم عقد الزواج العرفي بإيجاب وقبول من الطرفين من خلال ورقة عرفية فقط، دون حضور شهود للتوقيع عليه ودون إعلانه وإشهاره بين الناس ويتم هذا الزواج في سرية تامة جداً لا يعلم به أحدا إلا الزوجين فقط.

الصورة الثالثة: الزواج العرفي الشرعي: علم ولي الأمر، الإيجاب والقبول، الأشهاد، الإشهار[17]

14- خليل أحمد، عقد الزواج العرفي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002،ص 9.

15-ألبنا كمال صالح، الزواج العرفي ومنازعات البنوة، القاهرة، 2002، ص 6.

16- مجلة البحوث الفقهية،الزواج بين الشرع والقانون، المحامي محمد، جمعة موسى ، مصر، العدد 36، السنة 9، ص 193، 1973، 1998.

17- خليل أحمد، المرجع سابق، ص 10.

الفرع الثاني: أسباب التسمية والانتشار

1- السبب في التسمية: المعروف في الشريعة الإسلامية أن كل عرف تعارف عليه الناس بينهم وأقره الشارع الحكيم فهو عرف صحيح فالزواج العرفي كما أسلفنا هو ذلك الزواج الذي استوفى الأركان والشروط المعتبرة شرعا ولم يعبر فيه التوثيق وجرت العادة على ذلك والشرع بدوره أقره ولم ينفي في أي وقت من الأوقات طالما حقق الأركان والشروط.

التعريفات السابقة وما هو معتبر في عرف الزواج الذي جرت عليه عادة الناس وأقرته الشريعة الإسلامية وما سن من القوانين الوضعية تفرض علينا التساؤل هو أهمية التوثيق لعقود الزواج وما تقتضيه المصلحة المعتبرة شرعا وعقلا وأبعاد هذه المصلحة[18]، إن تسمية هذا الزواج بالزواج العرفي يدل على أن هذا العقد أكتسب مسماه من كونه عرفا اعتاد عليه أفراد المجتمع المسلم من عهد النبي الكريم وصحابته الكرام الى أن ظهر توثيق عقود الزواج ولم يكن ذلك يعني بالنسبة لهم أي حرج بل اطمأنت نفوسهم الى ذلك حتى صار عرفا بالشرع وأقرهم عليه ولم يرده في وقت من الأوقات[19].

2- أسباب انتشاره: لعل السؤال الذي يدور في دهن الجميع عن الأسباب والعوامل التي تدفع الرجل أو المرأة الى الزواج عرفيا على الرغم من أن لوائح ترتيب المحاكم الشرعية تنص: " لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار لها إذا كانت ثابتة بوثيقة شرعية..."[20].

وأن الكسب وأسباب اجتماعية وسياسية أيضا وراء انتشار مثل هذا الزواج وما يترتب عليه من تابعات غالبا ما تتحمله المرأة في اغلب الأحيان.

السبب الأول: تأثير الأسرة الجزائرية بالعادات والتقاليد: وذلك بالتركيز على توفر الشروط المحددة في الدين الإسلامي من رضا، صداق، الولي، والشهود والإعلان الزواج دون التطرق الى كيفية إثباته لكون الشريعة الإسلامية تجعل من عقود الزواج رضائي وليس إثبات النسب والنفقة والميراث وبذلك يتبين وأن الشريعة الإسلامية سهلت الإجراءات لذلك بفضل المواطنين إتباع الإجراءات العرفية للزواج بدل القيام بتسجيل عقود الزواج.

السبب الثاني: وجود شروط إدارية يراها عبئا ثقيلا عليه ليقوم بها: ومن الأسباب التي تجعل المواطنين يقدمون على عقود العرفية هو أن إبرام عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية بالبلديات يتطلب العديد من الشروط والوثائق الإدارية المطلوبة فرغم ضروريتها لإثبات الزواج فإنه لتخلف

---

[18]- محاضرة القاضية ناسلي حميدة، مرجع سابق، ص3.

[19]- ممدوح عزمي، العقد العرفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 11، الطبعة والسنة

[20]- بخيث مغاوري السيد أحمد الإسلام، وبناء الأسرة، القاهرة ، مصر، دار النهضة العربية، 1418ه 1998م، ص181، بدون طبعة.

أحدهما فإن الموثق أو ضابط الحالة المدنية يرفض تسجيل العقد مما يجعلها تظهر بمظهر العبء على طالب تسجيل عقد الزواج فمثلا:

أ- **الحالة الأولى**: الزواج لأول مرة: يشترط أن يكون كلا الزوجين بالغين لسن الرشد القانوني 19 سنة حسب آخر تعديل لقانون الأسرة الصادرة في 27-02-2005 المادة 7 معدلة بعد أن كان هناك 18 سنة كاملة للأنثى و 21 سنة للذكر في القانون 84 المادة 7 منه وأن يكون مسجلين بسجلات الحالة المدنية للميلاد ولهما شهادة ميلاد وبطاقة التعريف الوطني مستخرجة منذ أقل من 10 سنوات وأن يحضر الطرفين شخصيا أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية لإمضاء العقد وأن يحضر ولي الزوجة أو رخصة من رئيس المحكمة للزوجة التي لا ولي لها.

وأن يحضر شاهدين بالغين عاقلين وأخذ موعد مسبق ضابط الحالة المدنية في المدن الكبرى.

وضمن التعديل الجديد إحضار شاهدتين طبيتين للزوجين تعدد فصيلة دم كل منهما هذه الشروط يرى فيها الزوجان عبء ثقيل لذلك يلجئون الى الزواج العرفي رغم أن هذه الوثائق تتعلق بالهوية الزوجين وتحديد سنهما.

ب- **الحالة الثاني**: حالة الزواج بالزوجة الثانية: فإن تسجيل عقد الزواج الثاني يقتضي الشروط الأولى وشروط خاصة به وهي تصريح مكتوب من الزوجة الأولى تبدي فيه موافقتهما على الزواج الثاني للزوج وهو ما لا يحصل إلا نادرا.

أو تقديم رخصة من رئيس المحكمة بموجبها يرخص للزوج تسجيل الزواج الثاني ولصعوبة الحصول على هاتين الرخصتين يلجأ الأزواج الى زواج العرفي هو الطريق السهل والبسيط للزواج.

ج- **الحالة الثالثة**: حالة المطلقين: وفي هذه الحالة يشترط الشروط العامة المذكورة سابقا بالإضافة إليها إحضار شهادة الطلاق بالنسبة للرجل وشهادة طلاق تثبت أنه تم منذ أكثر من ثلاثة أشهر بالنسبة للمرأة وهذه الشهادة تسلم من مصلحة الحالة المدنية للبلدية وأحيانا لا تسلم لهم لعدم تلقي مصلحة الحالة المدنية للبلدية لإخبار بحكم الطلاق والذي يقوم رئيس كتاب الضبط في المحاكم والمجالس القضائية الذين يقومون بهذا الإجراء تلقائيا بل بناءا على طلب من يرغب من الزوجين في الإسراع في تسجيل الطلاق على هامش سجلات الحالة المدنية وشهادة الإخبار بالطلاق بعد إحضار نسخة من حكم الطلاق ونسخة من محضر التبليغ الحكم وشهادة عدم المعارضة أو الاستئناف إذا

كان حكم الطلاق تم بإرادة الزوجة (التطليق) وهذه الإجراءات الصعبة تجعل من الأفراد يلجؤون الى الزواج عرفيا تفاديا لهذه التعقيدات[21].

د. **الحالة الرابعة:** حالة فئة بعض المؤلفين المنتسبين الى الجيش الوطني الشعبي والأمن الوطني والدرك الوطني:

فبالإضافة الى الشروط العامة الأولى فإنه الرخصة المسبقة التي تسلمها الإدارة الوصية بعد إجراء بحث اجتماعي حول العائلة المراد الزواج منها وفي بعض الأحيان منح هذه الرخصة لأسباب خاصة بهم مما يجعلهم يلجئون الى الزواج العرفي.

هـ- **الحالة الخامسة:** حالة الزواج المرأة الجزائرية من أجنبي: الأجنبي هو كل من لا يحمل الجنسية الجزائرية ولا يدين بالدين الإسلامي مما يقتضي توفر الشروط العامة الأولى بالإضافة الى ذلك يجب إحضار الإذن المسبق وهو الترخيص بالزواج من أجنبي من مديرية التنظيم بالولاية وإذا كان الزواج من حولة غير مسلمة يقتضي إحضار شهادة من نظارة الشؤون الدينية تثبت تدين ذلك الأجنبي بالدين الإسلامي هي الشروط المطلوبة وهي التي أدت بالمواطنين الى اللجوء الى الزواج العرفي لاتقاء عبئها رغم أنها شروط ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها لتنظيم الحالة المدنية للأفراد.

السبب الثالث: زواج القصر من الإناث والذكور: إن زواج المواطنين وهم قصر لم يبلغوا سن الرشد القانوني المنتشر كثيرا عبر التراب الوطني وخاصة في المدن الصغيرة والقرى والأرياف وان تحديد سن الرشد حسب آخر تعديل هو 19 سنة كاملة هو من النظام العام فإذا لم يبلغ الزوجين السن القانونية فإن الموثق وضابط الحالة المدنية يرفض تسجيل عقد الزواج إلا إذا رخص به السيد رئيس المحكمة برخصة مسبقة ولتقديم هذه الرخصة يجب تقديم طلب مكتوب من الولي يتضمن عرض أسباب الترشيد والضرورة التي اقتضته، تقديم شهادة طبية من طبيب محلف يثبت السلامة العقلية والقدرة البدنية والصحية للزواج بصورة شمسية للقاصر حضور القاصر شخصيا ووليه أمام رئيس المحكمة بغرض التحقيق مع القاصر بذاته ومدى موافقته على الزواج.

ورغم هذه الشروط فإن رئيس المحكمة ترفض تسليم الرخصة لأسباب يراها هو كافية أو لعدم كفاية المبررات يلجأ الأولياء لتزويج أبنائهم وبناتهم القصر لأسباب شخصية يرون فيها الزواج ضروريا[22].

---

[21]- القاضي ناسلي حميدة، مرجع سابق، ص 4.

[22]- القاضية ناسلي حميدة، مرجع سابق، ص 5.

السبب الرابع: كثرة النصوص القانونية

إن وجود مجموعة من النصوص القانونية التي سنت لأجل معالجة عقود الزواج منذ إنشاء نظام الحالة المدنية في الجزائر إلى يومنا هذا تعد من العوامل الأساسية لوجود العقود العرفية للزواج لكونها تكتفي بالمعالجة الجزئية ولم تعني يقيم المجتمع في شأن الزواج فأصبحت دون فعالية في المجتمع.[23]

السبب الخامس: العوامل الاقتصادية

1/. المعاملات في المهورة: من المعلوم إن المهر واجب شرعي على الزواج وهذا الواجب يتحقق بأحد أمرين:

الأول: مجرد العقد الصحيح. وهذا الواجب غير مستقر فهو عرضه 08 يسقط كله أو بعضه ما لم يتأكد بموت أو الخلوة الصحيحة عند فقهاء الحنفية والحنابلة.

الثاني: الدخول الحقيقي وذلك يكون في حالة الزواج الفاسد والوطء بشبهة والمهر يجب بالدخول تضع حدا على المهر إلا أنها حثت على عدم المغالاة في المهر لأن التشديد على الأزواج بالمغالاة في المهور كما هو شائع بين الناس الآن من دفع مقدم كبير للصداق المعجل والنص في وثيقة الزواج على مؤخر كبير يؤدي أثار سلبية بالنسبة للزواج ومنها الأعراض عن الزواج كلية لعدم القدرة على الوفاء بالمهر ومنها اللجوء إلى الزواج العرفي الذي لن يكلف الشباب والفتاة شيئا.

2/. زيادة أعباء وتكاليف الزواج حد الإرهاق: الملاحظة في هذه الأيام كثرة أعباء الزواج وزيادة تكاليفه إلى الحد الذي يعجز الشاب الذي يفكر في الزواج فشقة الزوجية مشكلة المشكلات تملكيا أو إيجارا.

3/. البطالة وتقلص فرص العمل: فالفتى والفتاة كلاهما يتخرج من معهده أو كليته في سن الزواج ويظل لسنوات طويلة بدون عمل بدون دخل فغي الوقت الذي يلح عليه نداء الغريزة الفطرية القطرية فيه والتي تحتاج إلى إشباع ويتقابل مع فتاة لديها نفس المشكلة فيتحدثان وثم ينتهي بهم الأمر إلى الزواج العرفي.[24]

---

[23]- القاضية ناسلي حميدة، مرجع سابق، ص6.

[24]- الانترنت المصدر: ملتقى ضحكتنا، العالم بين ايديك- من قسم: الابحاث العلمية- بحث كامل في الزواج العرفي، مصر.

السبب السادس: الأسباب النفسية والإعلامية

1/. النفسية: إن الزواج علاقة اجتماعية اقتصادية ونفسية أيضا بين شاب وفتاة يرغبان في بعضهما لأن كل منهما يحتاج إلى الآخر ولا يستطيع أن يستغنى عنه فالزواج يشبع حاجات وهذه الحاجات والدوافع هي:

أ). الدافع الجنسي: الجنس كدافع قوي يعد أحد الحاجات ذات المكانة الأساسية في العلاقات الزوجية والذي يمكن بإشباعه تحقيق الرضا النفسي والراحة الجسدية فلا يقع إشباع الدافع الجنسي على جانبه الفسيولوجي فحسب بل هو إشباع نفس أيضا.

ب). الدافع إلى الوالدية: يشبع الزواج دافع الو الدية لأنه إذا ما تحقق الإنجاب فإن الرجل يطمئن على رجولته التي يعتز بها ويفخر بها بين رفاقه وأقرانه والمرأة أيضا تطمئن إلى خصوبتها وأنوثتها التي تعتز بها هي الأخرى فالإنجاب يشبع رغبة كل من الرجل والمرأة في الخلود وهي من الدوافع الأساسية في التكوين الكلي للإنسان انفعاليا وروحيا لأننا نظل نحيا في أبنائنا وأحفادنا ولا شك أن الرجل العقيم والمرأة العاقر يتأثرا تأثرا بالغا من الناحية النفسية الانفعالية.

ج/. الحاجة للعب والتقدير: الحب هو استجابة شخص لشخص من الجنس الآخر يعطيه القبول والاحترام والإعجاب فالحب دافع قوي نحو التعاون في مواجهة إحاطات الحياة لأنه علاقة مختارة ويتبعه الشعور بالأمان.

د/. الحاجة لتأكيد الذات وإثبات الهوية: إن معركة الشباب تدور حول تأكيد الذات والبحث عن هويته بالانفصال عن أسرته الأصلية والعطاء لزوجته وأبنائه وإنما سيتمسك بعلاقة الأخر التي ميزت انتماءه إلى أسرته الأصلية ويرتبط بذلك الشعور بالرضا الداخلي لأن شخصا آخر قد اختاره ليشاركه في حياته وبذلك تزهو الآن لدى أي شخص ومن أهم الأسباب للزواج العرفي من الناحية النفسية الاندفاع الزائد عند بعض الشباب والفتيات فتبعا لمبدأ الفروق الفردية في سمات الشخصية والقدرات والاستعدادات فنحن لسنا سوا كذلك فإذا تلاقى شاب وفتاة من نفس النوع حدثت أشياء من ضمنها الزواج العرفي ومثال آخر على الأسباب الكبت وعدم النضج العاطفي لدى بعض الشباب والفتيات وكذلك رغبة الشاب في أن يشعر أنه رجل مستقل ويتحمل المسؤولية.[25]

---

[25]- خليل أحمد، مرجع سابق، ص19.

2/. إعلامية: يلعب الإعلام وخاصة التلفزيون دورا مهما تربويا في المجتمع فهو يمد الأفراد وخاصة الشباب بمعلومات ومعارف ويزرع فيهم قيما أخرى أصبح الجهاز الإعلامي إخطبوطا يمد أذرعه في كل الاتجاهات من الإذاعة وشبكاتها العاملة بمختلف اللغات إلى التلفزيون وقنواته المحلية والفضائية المتعددة التي زادت بصورة كبرى والى الصحف اليومية والأسبوعية والمجلات وهكذا يضاف إلى ذلك قدرة الأفراد على استقبال قنوات فضائية من جميع أنحاء العالم بواسطة الأطباق الفضائية وهكذا اتضح أثر الإعلام على الأفراد فهو يلح عليهم بأفكار معينة بل تحاصره وسائل الإعلام المختلفة من استيقاظه حتى نومه فمثلا ظهور الزواج العرفي على أنه حل لمشكلات كثيرة في الأفلام والتمثيليات فيرى الشاب أن الرجل متعب في بيته ولا يرى فيه إلا المشاكل التي لا يستطيع حلها كما انه لا يلق الاهتمام المناسب من أسرته وعندما تضيق عليه الدنيا وتحيط به المشكلات إذا به يتزوج سرا فيرتاح ويهنا ويجد من تسعده وتقدره وإذا بشبابنا عندما لا يجدون أملا في الزواج وإن الطريق أمامهم مازال طويلا فتحاصرهم المشاكل ويجد الشاب أمامه ميلته التي تشعر بنفس الأحاسيس والمشكلات فيتصورا معا إن الحل هو الزواج العرفي.

السبب السابع: أسباب جامعيته

وجدت الجامعة لتكون منارة علم يتوجه إليه طلاب حتى يتعلموا فالجامعة تبني ..... السباب عن طريق الأنشطة والخدمات التي تقدمها والتي من شأنها زيادة فاعلية العملية التربوية بالجامعة من أجل بناء شخصيات متوازنة متكاملة والجامعة إلى جانب المؤسسات التربوية الأخرى تقوم ببناء المنظومة القيمة لدى الشباب وهذا يعني أن يكون هناك انسجام وتضافر بين الجامعة والمؤسسات الأخرى حتى لا يحدث تضارب وصراع قيمي لدى الشباب مما يجعلهم حيارى مذبذبين يمكن أن يحدث هذا الصراع إذا كانت مؤسسات المجتمع الذي يستقي منها الفرد قيمة تغرس فيها مختلفة لأن مصادرها مختلفة ومن الجدير بالذكر المؤسسات التربوية هي من أهم تلك المؤسسات مثل الأسرة والمدرسة والمسجد والكنيسة ووسائل الإعلام وهكذا من ضمن المؤسسات التي تقوم بتلك العملية فإذا انسجمت سياسات هذه المؤسسات بحيث تدعوا جميعها إلى بناء وتدعيم قيم مهنية لسن يحدث تعارض بين القيم ولن يجد الأفراد مشقة أو عناء في اختيار السلوك السنوي الذي يرضى عنه الفرد وكذلك يرضى عنه المجتمع.

والمشكلة أن الجامعة قد يوجد فيها من مظاهر الأنشطة ما يتعارض مع ما يسمعه الطالب في المسجد أو الكنيسة أو مع ما يقرأه في الكتب بالمكتبات أو حتى ما يدرسه في المحاضرات هناك أسباب كثيرة ساعدت على ظهور هذه المشكلة بالجامعة ترجع إلى الجامعة نفسها مما ساعد على ظهور مشكلة ما يسمى بالزواج العرفي بالجامعة دون بقية التجمعات الشبابية بالأماكن الأخرى مثل العمال بالمصانع أو الحرفيين ومن هذه الأسباب:

خلو معظم المناهج ن علوم الدين مما يضعف الخبرات الدينية لدى الشباب فيخلطون بين الأحكام الشرعية وتكون معلوماتهم الدينية مشوهة الانخراط العشوائي بين الشباب والفتيات حيث أن هناك تخصصات معنية بالجامعة يدرس الطالب في مجموعات كل مجموعة في حجرة تستمر مع بعضها لساعات طويلة ويتواصل العمل لأسابيع أو عدم محاسبة بعض الشباب والفتيات الذين يجلسون في طرق وفي أماكن غير لائقة وهذه الأمور لابد وأن تكون لها ضابط وجهة محددة تكون مسؤولة عنها فالحرس الجامعي ليست هذه مسؤوليته والأستاذ الجامعي مع كثرة الطلاب وازدحام الجامعة والزيادة فبمسؤولياته الأكاديمية والإدارية جعلته ينصرف عن متابعة مثل هذه الحالات وكذلك الرحلات الجامعية وعدم أحكام الإشراف عليها تعتبر ثغرة في النظام الجامعي يتسلل منها هؤلاء الطلاب ضعاف النفوس ليشتغلوا الرحلات في إقامة علاقات غير سرية ربما تكون مقدمة للزواج العرفي ويضاف إلى ذلك السماح للشباب من غير طلاب الجامعة بالدخول إليها والبقاء حتى المساء.[26]

المبحث الثاني: ركن وشروط انعقاد الزواج العرفي وآثاره

يشترك عقد الزواج العرفي في نفس الأركان والشروط وهذا ما سنتطرق له في المطلب الأول غير أن عقد الزواج العرفي ونظرا لطباعه الخاص إذ أنه يفتقد إلى شرط شكلي سيتوجنه القانون يجعل آثاره متميز لا تنحصر فقط على الروحين وهذا ما سنراها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ركن وشروط انعقاد الزواج العرفي

إن عقد الزواج كعقد شرعي له أركان تقومه وتحقق ماهيته والشرط لابد منها من اجل الاعتداد به، وقبل بياننا لهذه الأركان والشروط وأثر كل منهما على عقد الزواج سنوضح الفرق بين الركن والشرط.

فالركز لغة هو الجانب القوي في الشيء، لقوله تعالى "**أو أوى إلى ركن شديد**"[27]

---

[26]- ألبنا كمال صالح، مرجع سابق، ص13.

[27]- سورة هود، الآية 70

والركن اصطلاحا هو ما يتوقف الشيء على وجوده ولكن جزء من حقيقته.

والشرط هو ما يتوقف عليه الشيء الذي جعل شرطا له لم يكن جزءا من حقيقته ونظرا لما لعقد الزواج من خاصة تميزه عن غيره من العقود ذلك لأن لكل ركن من أركانه شروط 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 لم يختلفوا بشأن حضور الشهود في جلسة انعقاد الزواج وفي الولي والصداق.[28]

في التشريع الجزائري فإن الأمر 274- 59 الصادر بتاريخ 1959/02/07 والمتعلق بعقود الزواج التي يعقدها الجزائريون الذي يخضعون إلى نظام الأحوال الشخصية المحلية في الولايات نص في مادته الثانية على أن "الزواج" لا ينعقد إلا برضا الزوجين، ويجب أن يصدرا لرضا شخصيا وعلينا ومن صاحب الشأن شخصيا وبحضور شاهدين بالغين، وذلك أمام القاضي أو الموثق أو ضابط الحالة المدنية وإلا كامن العقد باطلا.

وهذا يعني أن هذا القانون لم يكن يقيم وزنا للتعبير عن الرضا بالوكالة، ولم يشر إلى الصداق ولا الولي، ولم يجعل من أي منهما ركنا ولا شرط لانعقاد الزواج أو الصحبة، كما لم يجعل من فقدانهما أو فقدان أحدهما سبب من أسباب الفسخ أو البطلان.[29]

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

---

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

[29]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص115.

الفرع الأول: ركن الزواج "رضا الزوجين"

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

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

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

وقد جاء في المذكرة التوضيحية لمشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية أن "عقد الزواج عقد لابد فيه من الرضا" ونصت المادة العاشرة من قانون الأسرة في فقرتها الأولى أن "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

ثم نصت فقرتها الثانية: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفها كالكتابة والإشارة"

وهذا ما يتعين معه التطرق لكل من الإيجاب والقبول وإلى صيغة كل منهما والى إيجاب وقبول العاجز عن الكلام.

1/. الإيجاب والقبول:

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

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

فأول الكلام إيجابا سواء صدر من جانب الزوج أو من جانب الزوجة، وسمي ليجابا 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 أحدهما أو كلاهما بالإشارة أو الكتابة، في بعض صوره ولما كان الأصل فيه هو الألفاظ عني الفقهاء ببيان الألفاظ التي ينعقد بها وهو ما يعرف بصيغة عقد الزواج.

2/. الصيغة:

وقد اتفق الفقهاء على أن العقد ينعقد بكل لفظ مأخوذ من مادتي الزواج والنكاح لأن أكثر النصوص الواردة فيه جاءت بهما، وأنه لا ينعقد بألفاظ الإباحة والإحلال والإيداع والإعارة والرهن لأنها لا تفيد الأبدية، والزواج من العقود الأبدية لأنه يفيد ملك المتعة للزواج.

وكذلك لا ينعقد بلفظ الوصية لأنها وإن أفادت التمليك إلا أنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والزواج يفيد التملك في الحال، ونذلك لفظ الإجازة لأنها وان أفادت ملك المنفعة في الحل إلا أنها ملكية مؤقتة والزواج شرع على الدوام والتأبيد، فصيغة الزواج يجب أن لا تكون دالة على التأقيت، وأن لا يقترن بها ما يدل على هذا التأقيت صراحة، لأن مقتضى عقد الزواج حلال عشرة ودوامها.

وذهب الأمام أبو زهرة إلى القول: "ولا ينعقد عقد الزواج بألفاظ الدالة عليه سواء كانت لغوية بدلالتها عليه أم كانت مجازا مشهورا وصل إلى درجة الحقيقة اللغوية أم كانت مجازا وضعت فيه القرنية واستبيان المعنى حتى صار الكلام صريحا في إرادة الزواج.[30] والمادة العاشرة من قانون الأسرة أكدت على ذلك بحيث جعلته بكل لفظ يفيد النكاح شرعا.

وبما أن الزواج مشروط فيه الشهادة فلابد أن يكون اللفظ الذي يعقد به صريحا، حتى يعرف الشهود ما شهدوا عليه، فالحنفية صححوا استعمال الألفاظ غير الصحيحة مع القرنية الدالة على أن المتكلم أراد بها الزواج كذكر المهر وإحضار الشهود وما شابه ذلك، المالكية فقد أجازوا التزويج بلفظ الهبة والصدقة والتمليك إذا ذكر معها الصداق ليكون قرينة على إرادة الزواج من هذه الألفاظ كأن يقول طالب الزواج: "هب لي ابنتك بمهر كذا" ويقول الآخر: "قبلت".[31] إن هذه الآراء تتعلق بالإيجاب فقط أما القبول فيتحقق بأي لفظ يدل على الموافقة والرضا.

كما أنه ليس شرطا أن يعبر عن الإيجاب والقبول باللغة العربية سواء كان العاقدات يحسنان اللغة أم لا، لأن القصول هو التعبير الواضح عن الإرادة، لكن الشافعية ذهبت إلى أنه لا ينعقد الزواج بغير العربية إذا كان العاقدان يفهمانها، كما أن الشيعة ذهبت إلى عدم جواز الترجمة مع القدرة على النطق بالعربية والى جوازها مع العذر كالأعجم.[32]

---

[30]- الغوتي بن ملحة، محاضرات قانون الاسرة بالمعهد الوطني للقضاء، 2002. ص3.

[31]- د. الغربي بلحاج، المرجع السابق، ص67.

[32]- د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص65.

أما في انعقاد الزواج بغير كلام، فقد ميز الفقه بين حالتين، فإذا كان العاقدان حاضرين معا في مجلس العقد وكان قادرين على النطق، فلا يصح الزواج بينهما بالكتابة لأن اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة ولأن الكتابة كناية، والنكاح لا ينعقد بالكناية، أما إذا كان العاقدان غائبين فقد ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى المنع من إجراء عقد الزواج بالمراسلة والتعبير عن الرضا بواسطة الرسائل المكتوبة، عن ما تتضمن هوية الزوجة وتتم قراءة الرسالة علانية بحضور الشهود وتعلن المرسل إليها قبولا، أمامهم ولو لم تكن الرسالة قد تضمنت مقدار ونوع الصداق.[33]

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 الإرادة في اللفظ، ولم يتسنى الغائبين كما فعل بالنسبة للعاجز، في حين نجد أن بعض قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية قد حددت موقفها بوضوح، حيث أن القانون المصري مثلا في مادته السادسة ينص على أنه:

"يجوز أن يكون الإيجاب عن الغائب بكتاب أو بواسطة رسول".

أما القانون السوري للأحوال الشخصية فقد نص في مادته السابعة على أنه:

"يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد العاقدين غائبا عن المجلس".[34]

ومما تجدر الإشارة إليه أنم الزواج لا ينعقد بواسطة الهاتف لأن الشاهدان يسمعان كلام أحد العاقدين فقط وسماعهما الإيجاب وحده أو القبول وحده غير كاف لصحة العقد وكذلك لو شهد اثنان على كلام أحدهما وآخران على كلام الآخر لا يعتد بذلك لأن الشهادة لم تكن على كامل العقد.

أما عند من لم يشترط الشهادة فيمكن أن يقال أنه ينعقد ما تأكد كل من الطرفين من شخص لآخر ومن وضوح عباراته، والتأكد من ذلك عسير لاشتباه الأصوات وإمكانية تقليدها.[35]

وأما العاجز عن الكلام كالأخرس فإن كان لا يحسن الكتابة، فيعبر عن إرادته بإشارته المعرفة لأنه لا سبيل له في التعبير عن إرادته إلا بها ولا يزوجه وليه، إن كان بالغا، لأن الأخرس كالأصم لا يحجز عليه، والأخرس إذا كان يحسن الكتابة أقوى بيانا من الإشارة حيث يعرفها كل من يقرأ بخلاف الإشارة التي لا يعرفها إلا القليل، وهذا ما أخذ به القانون المصري حيث ينص في المادة 128 على أن: "إقرار الأخرس بإشارته المعهودة، ولا يعتد بإقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة.."[36]

---

[33]- خالد العزيز سعد، المرجع السابق، ص119.

[34]- خالد محمود طلال حمادة، عقد الزواج بالكتابة عن طريق الانترنت، الطبعة الأولى، دار النفاس، الأردن، 2002.

[35]- محمد مصطفى شبلي، المرجع السابق، ص70.

[36]- محمد مصطفى، المرجع السابق، ص65.

وقد لحضنا أن المشرع الجزائري عندما نص في المادة العاشرة من قانون الأسرة على أنه "... ويصبح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة" ولم يعط الأولوية للتعبير بالكتابة عن الإشارة، 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 استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: "ليس للولي من الشيب أمر" وقوله: "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صمتها".

أما عن انعقاد الزواج بالأفعال فقد اتفق الفقهاء على أن الزواج لا ينعقد بالأفعال، وكأن تقول امرأة لرجل زوجتك نفسي بمائة دينار مثلا، فيدفعا أليها من غير أن يتكلم حتى ولو كان أمام شهود فليس في هذه الصورة إلا الإيجاب والزواج لا يتحقق بالإيجاب وحده.[37]

وعقد الزواج منم 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 في الحلات التالية:

1). إذا كان وكيلا عن الرجل والمرأة.

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 وكليهما في ولايته.

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

5). أن يكون وليا من جانب وأصيلا من جانب آخر كأن يزوج نفسه من ابنه عمه التي هي في ولايته.

أما الوكالة في الزواج فقد أجازها الفقهاء وذلك لأن الواقع المعتاد في أكثر عقود الزواج أن لا يباشر الرجل والمرأة العقد بنفسيهما لغلبة الأحياء، ومن هنا نص المشرع في المادة 20 من قانون الأسرة على أنه "يصح أن ينوب عن الزواج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة" أو بورقة رسمية معدة لهذا

---

[37]- محمد مصطفى شبلي، المرجع السابق، ص69.

الشأن، إذا فالزواج بالوكالة جائز لكن ليس للوكيل أن يجاوز حدود وكالته كان تصرفه موقوفا على إجازة الأصيل.[38]

كما أنه يشترط في عقد الزواج أن منجزا وذلك بخلوة من التعليق على الشرط يحتمل أن يتحقق أولا يتحقق وضعيته غير مضافة لأجل في المستقبل، أما إذا اقترن الزواج بشرط يتماشى ومقتضيات العقد ويساير ما تأمر به الشريعة الإسلامية فهذا جائز، كاشتراط تعجيل بعض الصداق وتأجيل بعضه، وهو ما أشارت إليه المادة 19 من قانون الأسرة بقولها: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع 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 ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا" وكما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حرام أو حرم حلال".

3/. شروط الرضا:

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

1). أن لا يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية أو ناقص الأهلية: ويعد السفيه كامل الأهلية ولذل يصح وينعقد عقد زواجه إذ لا حجر عليه في الزواج وآثاره[39] وقد حدد الأمر رقم 274-59 في مادته الخامسة سن الزواج بالنسبة للرجل بـ 16 سنة وبالنسبة للمرأة بـ 15 سنة، أما القانون رقن 224-63 الصادر بتاريخ 1963/06/29 فقد حدده بالنسبة للرجل بـ 18 سنة و 16 سنة بالنسبة للمرأة، وأهلية الزواج في قانون الأسرة الحالي حددتها المادة السابعة بقولها: "تكتمل أهلية الرجل 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 القرآن والسنة.[40]

والدكتور محمد محدة يرى أن تحديد حد أدنى للزواج كإجراء تنظيمي يجوز للسلطة التشريعية باعتبارها تحافظ بقوانينها على سلامة الفرد والمجتمع، غير أنه إذا كان المشرع قد وضع نصب عينه مصلحة الفرد

---

[38]- د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص74.

[39]- الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، جمهورية مصر العربية، ص20.

[40]- د. محمد محدة، المرجع السابق، ص130.

والمجتمع عند تحديده تلك السن فإنه من جهة أخرى لم يعطيها القيمة القانونية اللازمة ذلك أن النهي دون جزاء لا يجدي نفعا لدى البعض خاصة علمهم بما تنص عليه المادة 22 من إمكانية تسجيل العقد بحكم أما القضاء أذا اكتملت أركانه.

وعلى العكس من ذلك فإن القانون رقم 224- 63 الذي نص في مادته الثانية "يعاقب كل ضابط الأحوال المدنية والقاضي والزوجين وممثليهما والشركاء الذين لم يراعوا شرط السن المنصوص عليها في المادة الأولى، بالحبس من 15 يوما إلى 3 أشهر وبغرامة من 400 إلى 1000 فرنك جديد أو بأحد هاتين العقوبتين".

وعلى العموم فإن تحديد السن لم يأت على إطلاقه ذلك المشرع لم يأخذ الناس جميعا مأخذا واحدا سواء كانوا ذكورا أو إناثا وإنما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في السماح والإذن بالزواج.[41]

2). أن يكون الإيجاب حازما: أي ينطوي على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد لاقتران القبول به، وعلى أساس توافر هذه النية أو انتقائها يفرق الفقهاء بين الإيجاب وبين الدعوى إلى التعاقد مع مراعاة أن القول بذلك من سائل الواقع التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا.[42]

3). أن يكون الإيجاب كاملا: أي أن تتوفر فيه العناصر الرئيسية للعقد المراد إبرامه بحيث ينعقد العقد بمجرد اقتران القبول به.[43]

4). أن لا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الآخر: لأنه إذا رجع الموجب في إيجابه قبل القبول ألغي الإيجاب، فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء على غير ليجاب ويجوز للموجب الرجوع في الإيجاب ما لم يرتبط بقوله لأن الالتزام لا يتم قبل الارتباط بين الإيجاب والقبول.

وعلى العموم يجب أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب يكون:

- إما الرفض الصادر ممن وجه إليه الإيجاب.
- وإما انقضاء المهلة التي التزم فيها الموجب بالبقاء على إيجابه .
- إذا كان معلقا على شرط وتختلف الشرط.

---

[41]- د. عد العزيز سعد، المرجع السابق، ص132.

[42]- د. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، الجزء الأول، ط1999. ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص60.

[43]- الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص23.

كما يسقط الإيجاب غير الملزم في التعاقد بين حاضرين إذا انقضى مجلس العقد ولم يكن الموجب قد عدل عنه، أو إذا لم يقترن بتحديد ميهاد صريح للقبول 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 فإن هذا القبول يعتبر إيجابا جديدا، إذا قبله الطرف الآخر انعقد العقد.

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

والإمام أبو زهرة له رأي مخالف بالنسبة لضرورة مطابقة الإيجاب للقبول، حيث أنه يقول: "كأن تقول هي تزوجتك على مهر قدره 100 فيقول بـ 200 فإن العقد صحيح وتلزم المئة الثانية، وإذا قال هو تزوجتك على 100 وقالت هي قبلت 50 صح العقد على 50"[44] وهو ما أيده الأستاذ الغوتي بن ملحة.

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

وفي ذلك صدر قرار عن مجلس مستغانم العرفة المدنية بأبطال عقد زواج امرأة أكرهت على الزواج من طرف وليها.[45]

أما إذا ورد الإكراه بمعنى المنع وليس الإجبار، فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أنه في هذه الحالة للقاضي أن يأذن بالزواج، حيث قضت غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بأنه: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فالقاضي أن يأذن مع مراعاة أحكام المادة 09 و 09 مكرر من هذا القانون"[46]

والسؤال يطرح بالنسبة لزواج المخطوفة أو المبعدة، حيث ورد في الفقرة الأولى من المادة 326 من قانون العقوبات على أن "كل من خطف أو أبعد، أو حاول اختطاف أو إبعاد قاصر لم يكمل

---

[44]- الغوتي بن ملحة، محاضرات في قانون الأسرة، المعهد الوطني للقضاء، سنة 2002، ص4.

[45]- مجلة العلوم القانونية والسياسية، سنة 1968، رقم 10، ص50.

[46]- قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، رقم 90468 بتاريخ 1993/03/30 المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001، ص3.

الثامنة عشر، من عمره بغير عنف أو تهديد أو يحال يعاقب بالحسب من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 2000 دينار وعندما تتزوج القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها أو مبعدها لا تتخذ إجراءات المتابعة ضده إلا بناء على شكوى من الأشخاص الذين لهم صفة في طلب بطلان عقد الزواج"

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

عقد الزواج، تراجع خطوت ثانية الى الوراء وقال لا يجوز الحكم على الخاطف إلا بعد القضاء ببطلان العقد، وكان إعلان رغبة المخطوفة في الزواج من خاطفها وإبرام عقد الزواج بينهما عمل يزيل الصفة الإجرامية"[47]

فالمتمعن في رضا الطرفين يجده معيبا، فالزوج الخاطف يعلن إجابة بالزواج بمخطوفته تهربا من المتابعة الجزائية، وربما قصد أبرام زواج مؤقت، والزوجة المخطوفة تعلن قبولها قصد النشر على نفسها، فكلا الطرفين وقعا في إكراه معين 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 فإن 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.[48]

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

---

[47]- عبد العزيز سعد، المرجع، ص 66- 68.

[48]- وثائق الملتقى،مجلة العلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، سنة 1968، عدد 04، ص52.

الفرع الثاني:شروط انعقاد الزواج

1/. الولي:

شرعت الولاية في الإسلام حفاظا لحقوق العاجزين عن التصرف، بسبب من أسباب فقدان الأهلية أو نقصهما، ورعاية لمصالحهم وشؤونهم، حتى لا تضيع وتهدر ذلك أن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، ومن عجز عن رعاية مصلحته أقام له المشرع من يتولى أمره، ويحق له النفع ويدفع عنه الضرر.

ويتشرط الإسلام فيمن يتولى إنشاء عقد الزواج أن تكون له حق الولاية والقدرة على إنشائه، وقد أجمع الفقهاء على أن المرء مادام بالغا عاقلا، فله الحق في 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 شأن تولي الرجل عقد زواجه فما هو الحكم في شأن المرأة؟

وهذا ما سنتطرق إليه من خلال ما يلي:

أ). تعريف الولاية وأقسامها:

الولاية لغة: لكسر الواو هي المحبة والنصرة[49]

الولاية في الاصطلاح الشرعي: هي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونهم، أو هي القدرة على إنشاء العقد نافدا غير موقوف على إجازة أحد، ويقصد بالغير هنا القاصر، والمجنون والبالغة في ولاية الاختيار.[50]

وقسم الفقهاء الولاية إلى ثلاثة أقسام، وهي؟

الولاية على النفس، الولاية على المال، والولاية على النفس والمال معا.

وما يهمنا في موضوعنا هي الولاية على النفس التي تشمل من جملة ما تشمل الولاية في زواج الفتيات والتي قسمها الفقهاء إلى قسمين أساسيين:

أ). ولاية إجبار وولاية اختيار:

ولاية الإجبار Le contrainte motrmaocle وهي ولاية الأب أو الجد على الفتاة البكر والصغير والمجنون، فيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليها ولا يشاركه أحد لعدم التوافر في المولى عليها شرط العقل والبلوغ وأهلية الزواج.[51]

---

[49]- د. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص118.

[50]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص120.

ولاية الاختيار La contraiante facultative وتسمى ولاية المشاركة وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة فالخيار لها، غير أنه يستحسن أن تستثير وليها، وان يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف.

ب). دليل شرعية الولاية وحكمها:

هناك خلاف ظاهر في الرأي بين الأئمة، فالإمام مالك والشافعي وأحمد متفقون على أن المرأة البالغة مهما تكن درجتها من الرشد فليسلها أن تنفرد بأمر زواجها بل لوليها سلطان، وأن النساء يتولين إنشاء العقد، بل لابد من إذن الولي واشتراكه في الاختيار، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: **"فلا تعضلهن أن ينكحن أزواجهم"** وقوله صلى الله عليه وسلم: **"لا نكاح إلا ولي"** وقوله: **"أيما إمرأت أنكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطلا، باطل باطل وإن دخل بها المهر لها بما أصاب منها".**[52]

وقد خالف الإمام أبو حنيفة سائر الفقهاء وقال: "أنم للمرأة الحق أن تنفرد باختيار الزوج من غير اشتراك وليها، ولها أن تنشئ عقد زواجها بعبارتها، ولكن يستحسن أن يتوله ذلك وليها وأن يكون راضيا بحالة الزوج، واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم: "الأيم أحق بنفسها من وليها"[53] فالشرع لأسند للمرأة البالغة العقد.

وقد اعتبر الإمام أبو زهرة الولاية شرطا للنفاد وليس شرطا للصحة ويقول: "يشترط لنفاد العقد أن يكون الذي يتولى إنشائه له ولاية إنشائه فإذا كان الذي تولى عقد الزواج كامل الأهلية وعقد لنفسه فعقده صحيح "ولاية الاستثناء بالأصالة" وكذلك إذا عقدا من هو في ولايته "الولاية الشرعية" أو من وكله "الوكالة" وإن لم يكن للعاقد ولاية الإنشاء، إما لأنه ليس كامل الأهلية أو لأنه كامل الأهلية لكن عقد لغيره من غير إنابة بحكم الشارع أو بتوكل صاحب الشأن، فإن العقد لا يكون نافذ بل يكون موقوفا.[54] ويقصد ولاية الإجبار والاختيار والوكالة وقد اعتبر الدكتور الغويثي بن ملحة حضور الولي والشاهدين شروط شكلية وليست أركانا في عقد الزواج، ومقارنة بالمشرع التونسي فإنه لم يعتبر الولي ركنا من أركان عقد الزواج ونص في الفصل الثالث من مدونه الأحوال الشخصية لا ينعقد الزواج

---

[51]- د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص119.

[52]- د. وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، 1996، ص82.

[53]-.الايم، من لا زوجا لها بكرا كانت أو ثيبا.

[54]- محاضرات الدكتور الغويثي بن ملحة، المرجع السابق، ص5.

إلا برضا الزوجين" ولكن أتى في الفصل السادس من المدونة وسمح للقاصر الذي لم يبلغ 20 سنة والقاصرة التي لم تبلغ 17 سنة بالزواج بشرط أن يرخص لها الولي والأم.[55]

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 يزوجها هو وليها بتفويض منها بمراعاة رضاها، ثم أتى في النصوص الموالية ليقال دور الولي فرتب على تخلفه في الزواج استمراره إذا حصل الدخول حسب المادة 33 من قانون الأسرة، فالمشرع جعله شرطا ورتب على تخلفه ما يترتب على تخلف الشرط.

فلو أبرم عقد زواج عرفي بدون حضور ولي الزوجين ليثبت الزواج العرفي الواقع بينهما أمام المحكمة، فإن المحكمة تتأكد من توافر أركان عقد الزواج حسب المادة التاسعة في قانون الأسرة، فإن تثبت تخلف الولي ولم يحصل الدخول حكمت المحكمة بفسخ العقد ولا صداق فيه، أما إذا تخلف الولي وحصل الدخول حكمت المحكمة بتثبيت الزواج العرفي.

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

ج). شرط الولي:

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

الأهلية:

وهي صلاحية الشخص قانونا لتلقي الحقوق وتحمل الواجبات أي أن تكون بالغا، عاقلا وراشدا، ولما كانت أهلية الأداء هي مناط تكليف الولي بالولاية على غيره فإن الذين يفتقروا لها يجب أن يحرموا من سلطة الولاية على الغير حتى لو تمسكوا بها قضائيا.[56]

---

[55]- محاظرات الدكتور الغويثي بن ملحة، المرجع السابق، ص6.

[56]- 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.

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

لكن ما يلاحظ أن المشرع حدد سن أهلية الزواج بـ 19 سنة، في حين أنه سهي 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.

الذكور:

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

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

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

فرغم أن قانون الأسرة نص في المادة 11 أن: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد 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 أن المالكية يقدمون الابن على الأب والأخ على الجد، والحنفية يقدمون الجد على الابن، والشافعية يقولون بأن الولاية للأب قبل غيره ولوصي الأب عند وفاته أو للجد عند وفاة الأب أو عجزه أو غيابه غيابا 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 وإن نزل"

3). قرابة الأخوة "الأخ الشقيق أقرب من الأخ لأب"

4). قرابة العمومة "العم الشقيق أقرب من العم لأب الذي هو أقرب من العم لأم"[57]

أما عبد العزيز سعد يميل للأخذ بالمذهب الشافعي[58]

لكن ما حكم تزويج الأولي الأبعد الذي لم يأت دوره مع وجود الولي صاحب الحق؟

كأن يتولى زواج المرأة عرفيا أخوها في حين أن أباها موجد؟ فهل تتحقق المحكمة قبل تثبيت الزواج من درجة القرابة أم لا؟

إن ما رأيناه علميا وخاصة بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة 05- 09 فإن أغلب المحاكم لا تتحقق من قرابة الولي للزوجة وذلك ما يستوحي من نص المادة بقولها "..أو أيشخص تختاره" فالمشرع ترك الحرية للمرأة في اختيار وليها.

فيرى المالكية أنه يصح عقد النكاح بالولي الأبعد مع وجود الأقرب لكن هذا في الولي غير المجبر أما الولي المجبر فإنه لا يصح أن يباشر العقد غيره مع وجوده.[59]

ويرى الحنفية أنم يصح العقد إذا باشر الأبعد مع وجود الأقرب موقوفا على ايجازته فإن أجازه نفذ وإلا فلا.

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

1). عجز الولي عن القيام بهذه الولاية.

2). الحجز عليه لانعدام أهليته.

3). تسقط بقوة القانون إذا مات.

---

[57]- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص74.

[58]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص124.

[59]- عبد الرحمان الجزائري، كتاب الفقه، دار حياء التراث العربي، بيروت، 1969، ص27.

وإذا سقطت عن الولي الولاية بوفاته مثلا ولا يوجد والي آخر بعده فإن قانون الأسرة أخذ بمبدأ القاضي ولي من لا ولي له"، في المادة 11 منه، فمن هو هذا القاضي وكيف يمكنه أن يمارس ولايته؟

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

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

العدل: لقد اشترط كثير من الفقهاء العدالة في الولي، ذلك لأنه مطلوب منه البحث والسعي عن مصلحة المولى عليها، وأما الإمام مالك وغيره فقد ذهبوا إلى أن العدالة ليست مشروطة في الولي لعدم تصريح النص بها كما هو بالسنة للشهادة إذ يقول عليه السلام: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، ويرى الأستاذ فضيل سعدان أنم المشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور عندما سكت عن شرط العدل في الولي، فقال بعموم اللفظ في المادة 11 دون أي إضافة أخرى.[60]

د). دور الولي:

الاعتراض على زواج المولى عليها:

جاء في المادة 12: لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به"

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

---

[60]- فضيل سعد، المرجع السابق، ص76.

والمشرع أيضا لم يميز بين البكر والثيب على السواء، أي كل فتاة بلغت من أهلية الزواج، وأرادت أن تتزوج من شخص أهلا للزواج وكان في زواجها مصلحة لها أن تتزوج دون موافقة وليها.

وقد يحصل ذلك عندما ترغب الفتاة في شاب مثقف ويرغب وليها في تاجر، وهي تستطيع رفع أمرها إلى القاضي لتطلب إلغاء قرار وليها ليأذن لها بالزواج.

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

إن ما يجري عمليا أن تقوم المعنية "الفتاة التي معها وليها من الزواج" برفع طلب من أجل تعيين ولي لها إلى رئيس المحكمة، ويقوم هذا الأخير بسماع الأطراف "الولي والمعنية"، ويفصل بالطلب إما برفضه وإما بقبوله عن طريق استصدار أمر بتعيين ولي، وهنا إما يعين لها ولي من العصابات أو يعين لها قاضي ليحل محل وليها في العقد، وبهذا يحل أشكال فقدان الولي في العقد ويصبح العقد كامل الشروط رغم امتناع الولي عن تزويج ابنته.

ولقد سارت المحكمة العليا على هذا المسار في قرارها المؤرخ في 1993/03/30 أنه: "لما ثبت من – قضية الحال – أن البنت راشدة، وعبرت عن رضاها وأن الراغب في زواجها معلم له سكن، فإن والدها "الطاعن" لم يثر الأسباب التي دفعت به لمنع هذا الزواج، لذا فإن قضاة هذا الموضوع كانوا على صواب عندما رخصوا للمطعون ضدها بالزواج، مما يتعين رفض الطعن لعدم تأسيسه.[61]

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

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

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

---

[61]- قرار المحكمة العليا، رقم 90468 غرفة الاحوال الشخصية بتاريخ 1993/03/30، مجلة قضائية، 1994، العدد 03، ص66.

3). أن يكون في قرار المنع مصلحة للبنت فقط.

إلا أن 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 المادة 13 ومنعه من تزويجها بدون موافقتها، وكان قد سمح في المادة السابعة بتزويج الفتيات والفتيان الأقل من 9 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 عاميتين جدا وجعلهما كسببين بجواز تزويج الصغار، بجعلهما غير كافيتين لأداء الغرض ويختلف القضاة في تحديدهما لمنح الرخصة بالزواج، ومن القاضي المقصود هنا هل هو قاضي الأحوال الشخصية أم القاضي المكلف برئاسة المحكمة؟ وما هو هذا الاذن أو الترخيص بالزواج، وما إجراءات استصداره؟

برفع طلب الإعفاء من شرط السن في الزواج من ولي المعنية الى القاضي المكلف برئاسة المحكمة، ويتم استدعاء الأطراف وسماعهم ويفصل القاضي المكلف برئاسة المحكمة بعد الاطلاع على الملف إما برفض الطلب وغما بقبوله مع إذنه بالإعفاء عن شرط السن في الزواج.

2). **الصداق:**

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

أ/. مفهوم الصداق وحكمته:

الصداق لغة: اسم مصدر لأصدق وهو يفتح لصادر مهر المرأة، وكذا الصادقة وهو يجمع صداقات.

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

المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزا لرغبته في الاقتران بها، وعرف أيضا أنه المال الذي تستحقه الزوجة على العقد عليها.[62]

الصداق قانونا: عرفته المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري أنه: "ما يدفع نحله للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء" وعرفه الفل 16 من مدونه الأحوال الشخصية المغربية أنه: "ما يبذله الزوج من المال المشرع بالرغبة في عقد الزواج وتثبيت أسس المودة والعشرة".[63]

وعرفه الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنه: "كل ما كان مباحا ومقوما بمال" وعرفته المادة57 فقرة 02 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه: "كل ما صح التزامه شرعا".

والحكمة من الصداق هو رمز لإكرام المرأة وعربون على إظهار الرغبة في الزواج بها والبناء خلال زمن لاحقن وليس ثمنا يقدمه الزوج مقابل الزوجة أو مقابل رضاها بزواجه، وللصداق عدة أسماء منها: النحلة، المهر، الفريضة والأجر.

ب/. طليعة الصداق وشرعيته:

يذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى أن المهر هو أثر من آثار عقد الزواج، وليس ركنا من أركانه ولا شرطا من شروط صحة العقد،[64] واستدلوا على قوله تعالى: **"لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم يمسونهن أو يرفرضو لهن فريضة"** أي الطلاق صحيح مع عدم تسمية المهر والطلاق لا يكون إلا بالزواج الصحيح وبالتالي عدم تسمية المهر لا يمنع صحة عقد الزواج، ويجب للزوجة على زوجها مهر المثل بمجرد العقد إذا لم يسمى لها مهرا وإذا سمي لها مهر في العقد فيقوم مقام مهر المثل لأنه هو المتفق عليه بالتراضي بين الزوجين.

ويذهب رأي من المالكية أن الصداق ركن من أركان العقد واستدلوا بقوله تعالى: **"واتو النساء صداقتهن دخلة"** أي لا يصح اشتراط إسقاطه ومنه لا يصح عقد الزواج عند النص على نفي الصداق، فلو تزوجها بشرط ألا صداق لها فقبلت، لا يصح العقد لأنه عقد معارضة ملك متعة بملك صداق، فيفسد بشرط نفي العوض كما يفسد البيع بشرط نفي الثمن.

---

[62]- الأصح العقد معها وليس عليها لأنها ليست محل العقد بل طرف فيه.

[63]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص133.

[64]- د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص101.

وقول المالكية أنم الصداق كالثمن من عقد البيع وهو فقط لإبراز الصداق كركن من أركان العقد، باعتباره أن عقد البيع هو عقد نموذجي في الفقه الإسلامي وليس معنى المقارنة بالبيع كما فهم بعض المستشرقين وهو رمز الوئام والمودة والعشرة ويعتبر الأستاذ الغويثي بن ملحة الصداق كعنصر مادي في العقد.

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 بفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه وتثبيته بعد الدخول بصداق المثل، فلو أبرم زواج عرفي وأراد الطرفين تثبيته فإن المحكمة تتأكد من مدى توافر الشروط التي ذكرتها المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة ومنها الصداق ومقداره فإن سمي الصداق أثناء إبرام العقد ثبت الزواج وإن لم يسمى الصداق أثناء إبرام عقد الزواج العرفي بصداق المثل.[65]

ج/ مقدار الصداق أنواعه وحالاته:

لقد اختلف الفقهاء في تحديد المقدار الأدنى للمهر، لعدم ورود نص في القرآن أو السنة في ذلك واتفق الأئمة إلى أنه كل ما صلح عليه اسم المال جاز أن يكون مقرا لقوله تعالى: **"وأحل لكم وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مساوخين"** وقوله صلى الله عليه وسلم: **"التمس ولو خاتما من حديد"**.

لقد ذهب الأحناف أن أقل مهر هو عشرة دراهم وذهب مالك أنه 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 سمى صداقا وليس للمهر حدا أعلى باتفاق الفقهاء.[66] لقوله تعالى: **"وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وأتيتم إحداهن قنطارا، فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا"**.

وعلى هذا فلم يذهب المشرع مذهب تحديد مقدار النهر الأعلى والأدنى وإن هو أوجب ذكره واكتفى بإباحة الاتفاق على أي شيء له قيمة مالية متى كان هذا الشيء لا تمنعه القوانين الوضعية والسماوية "مباح" وهذا ما نص عليه في المادة 17 من قانون الأسرة.

---

[65]- الإمام خليل، المختصر، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، ص44.

[66]- الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة 1950، ص172.

وللصداق نوعين أساسيين هما: الصداق المسمى وصداق المثل، فأما الصداق المسمى وهو المتفق عليه والمعين أثناء انعقاد صحيح وفرض بعده بالتراضي فأوصافه قيمته وصنفه، فإن ليفعل ذلك كان الواجب هو صداق المثل، وهو ما جاء بالمادتين 09 مكرر و 15 من قانون الأسرة على وجوب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، كأن يزوج فلان ابنته فلانة 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.[67]

أما الصداق المثل هو صداق من يماثل الزوجة من أسرة أبيها مع مراعاة تساوي المرأتين وقت العقد من حيث السن والجمال والثقافة والبكارة والثيوبة.[68] ويجب مهر المثل إذا:

1). خلا العقد من تسمية الصداق أو تحديده وحصل الدخول بنا على هذا العقد الفاسد.

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

فلو ابرم زواج عرفي، ولم يسمى الصداق فيه "أي لم يذكر الصداق" أثناء إبرام العقد، فهما يجب صداق المثل إذا تم الدخول فالقاضي يثبت الزواج العرفي بصداق المثل.

أما حالات الصداق وهي 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 إلى ما بعد الدخول أو إلى ما بعد الطلاق أو إلى ما بعد الوفاة، بشرط أن يكون معلوما، وعند عدم النص في العقد على التأجيل أو التسجيل فإن العرف الجاري في البلاد هو الذي يتبع.

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

أما إذا اتفق على تاريخ معين فإن دفع المؤجل من الصداق يجب الوفاء به بحلول هذا التاريخ، وإن المادة 15 من قانون الأسرة توجب تحديد مقدار الصداق سواء أكان معجلا أو مؤجلا، فلو أبرم زواج

---

[67]- محاضرات الأستاذ الغويثي بن ملحة، المرجع السابق، ص07.

[68]- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص33.

عرفي وتم تحديد الصداق بسارة على تسلم مؤجلا بعد الدخول بشهرين ولم يقم الزوج بدفع الصداق فرفعت الزوجة دعوى لإثبات زواجها ودفع الصداق المؤجل فإن المحكمة تتأكد من توافر 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 تثبت زواجها العرفي؟

هناك رأيين مختلفين، فرأي يقول بعدم قبول دعواها لعدم ثبوت صفتها كزوجة، فعليها إثبات الزواج ثم المطالبة بمؤخر الصداق إذا أقر الزوج بوجود زواج ووجود مؤخر صداق ويجوز الزيادة في الصداق إذا تراضيا والإسقاط منه إذا رضيت به واعتبر ذلك ملحقا بأصل العقد.

والصداق ملك الزوجة تتصرف فيه كما تشاء حسب المادة 17، وقد تعارف الناس على أن يسلم لولي الزوجة، فيكون بذلك نافذا عليها إلا إذا أعلنت صراحة رفضها لأن يستلمه وليها، وبذلك إذا رفعت دعوى بعد ذلك لطلب رد الصداق فإنها ترفع ضد مالكه الصداق، فإنها ترفع 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 فإن عليها أن تنازع وليها أو نائبها وليس لها أن تنازع زوجها الذي يكون قد دفعه إلى وليها.

د/. استحقاق الصداق وأوضاعه:

1). وجوب كامل الصداق: تستحق الزوجة الصداق كاملا إذا كان عقد الزواج صحيحا، فإن الصداق المسمى يجب لها كاملا ويصبح حقا من حقوقها، وتستحقه بمجرد الدخول بها، أو بوفاة الزوج سواء قبل الدخول بها أو بعده حسب المادة 16، لكن هل تستطيع الزوجة المطالبة بكامل الصداق قبل إثبات زواجها العرفي رغم أن عقدها صحيح؟

هناك من يرى أنه عليها إثبات زواجها العرفي قبل المطالبة بالصداق، ومنهم من يرى أن 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 فإن الفقهاء متفقون على أن الخلوة التامة والصحيحة.[69] تشكل حالة من

---

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

حالات استحقاق الزوجة للصداق مثلها مثل الدخول بالزوجة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها أنه: "من المقر شرعا وقانونا إذ أبرم عقد الزواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين، أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها، حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.[70]

وفي قرار آخر انه: "من المتفق عليه فقها أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بعدم إتمام الدخول بزوجته، غير مبرر وسيتوجب رفضه، ولما كان ثابتا من وقائع الدعوى أن الطرفين عاشا كزوجين في الخارج أثناء قضاء شهر العسل وفي الداخل بمحل الزوجية بمدة طويلة في فراش واحد، والأمر الذي يتقرر به كامل الصداق ويترتب عليه توابع العصمة ولما أن قضاة المجلس اعتبروا الزواج بين الطرفين صحيحا وصرحوا بالطلاق بينهما فإنهم بقضائهم كما فعلوا سببوا قرارهم وخولوه أساسا شرعيا ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.[71]

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

2/. 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 [72]

3). وجوب صداق المثل: يجب صداق المثل إذ لم تقع تسمية الصداق مطلقا 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 إثبات زواجها العرفي فإن المحكمة تحكم بإثبات الزواج العرفي بعد التحقيق من أركانه، وبما أن الصداق سمي تسمية فاسدة فإن المحكمة تحكم لها بصداق المثل.

4/. سقوط كل المهر: إذا وقع عقد الزواج فاسد "بدون ولي أو شاهدين أو صداق" يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه حسب المادة 33 من قانون الأسرة.

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

---

[70]- قرار المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 1991/06/18، رقم 73515 مجلة قضائية 1993، العدد 01، ص61.

[71]-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم: 34791،/ مجلة قضائية 1990، العدد 02، ص55.

[72]- سورة البقرة، الآية 237.

د/. النزاع حول الصداق:

لقد نصت المادة 17 من قانون الأسرة أنه: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو وريثهما وليس لأحدهما بنية وكان ذلك قبل الدخول فالقول للزوجة أو وريثهما مع اليمين وإذا كان بعد الدخول فالقول للزوج أو وريثته مع اليمين".

فالمشرع فرق بين حالتين وهذا ما طبقته المحكمة العليا من خلال قرارها المؤرخ في 1987/01/12 أنه: "متى كان من المقرر شرعا أنه في حالة نشوب خلاف بين الزوجين على مؤخر الصداق يؤخذ بقول الزوجة مع يمينها إذا لم يدخل بها وبعد البناء يكون القول لزوج مع يمينه"[73].

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

1). حالة قيام النزاع قبل الدخول: حول ما إذا كان الزوج أو ممثلة قد دفع للزوجة الصداق كله أو بعضه وما إذا كانت قد استلمته مباشرة أو بالواسطة نقدا أو بدلا ولم يكن للزواج بنية عن ما قاله أو ما زعمه فإن القول قول الزوجة مع أدائها اليمين أمام القاضي المطروح عليه موضوع النزاع تؤدي اليمين القانونية أنها لم تستلم الصداق لا شخصيا ولا بالواسطة ويحكم لها بالمسمى أو بالمثل.[74]

وكذلك إذا كان هذا النزاع قد نشا في نفس الموضوع بين الزوجة وورثة زوجها عندما يكون قد مات قبل الدخول أو بين الزوج وورثة زوجته 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 مؤخر للصداق دون مراعاة القاعدة المتعلقة بالخلاف بين الزوجين على الصداق خرقا للقواعد الشرعية والقانونية.

وبإسقاطنا هذه القاعدة على الزواج العرفي وادعت الزوجة عدم دفع الصداق المؤجل، ولم يكن للزوج بنية على دفعه ولم يحصل الدخول فإن 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 الزوجية ثم المطالبة بمؤخر الصداق، أم يمكنها المطالبة بالمؤخر رغم عدم إثبات زواجها العرفي؟

---

[73]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم: 197336، 1987/11/12، مجلة قضائية، 1989، العدد 02ن ص97.

[74]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم: 53978، 1989/06/05، مجلة قضائية، 1990، العدد 04، ص80.

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

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قراراها المؤرخ في 1991/06/18 لما نقضت قرار جهة الاستئناف جزئيا لما ثبت أن قضاة الموضوع الذين منحوا الموضوع باعتباره صداق للزوجة دون القيام بما هو واجب شرعا في هذه المسألة خالفوا القانون فالنزاع فيه كان بعد الدخول فالقول للزوج مع يمينه.[75]

وهنا أيضا يطرح نفس الإشكال هل يجوز للزوجة 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:

الشهادة مأخوذة من المشاهدة وهي أن يخبر الإنسان بما رأى أو أدرك بأحد حواسه، وتعد من ضمن وسائل الإثبات والبينات عند حصول التناكر والتجاحد.[76]

وللشهادة عدة أحكام منها إخراج النكاح من السرية واحتياط الابضاع وصيانة للأنكحة من الجحود واثبات لنسب المولود واثبات للحقوق والواجبات الزوجية.

ب/. حكم الإشهاد على الزواج:

لقد اختلف الفقهاء في الشهود وتأثيرهم على وجود العقد أو عدمه، فقال مالك أن وجودهما ضروري لنفاد العقد وترتيب أثاره، بينما انعقاد الزواج لا يكفي فيه مجرد وجود الشهود بل يجب إذاعة خبر الزواج، وفي حالة سكوت الشاهدين كما لو توصيا بالكتمان فغن العقد لا ينعقد لعدم توفر شروط الإعلان الذي هو الغاية من حضور الشاهدين، مستدلين بقوله عليه الصلاة والسلام "أعلنوا النكاح ولو بالدف"[77] وتكون شهادة الشهود مطلوبة عند مالك لتحقيق شرط حلية المرأة للرجل، أما انعقاد العقد فإنه لا يتم إلا بالإعلان، لذلك فإن تأخر الشهود عن مجلس العقد يجعله، يجعله عقدا موقوفا لا ينتج أثره إلا بالشهادة عليه.

---

[75]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم: 73515، 1991/06/18، مجلة قضائية، 1992، العدد 4، ص69.

[76]- د. محمد محده، المرجع السابق، ص284.

[77]- د. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، الطبعة الثالثة، دار المعارف، الإسكندرية، 1966، ص82.

فقال الحنيفة أن الشهادة لإعلان العقد، فيتحقق ذيوع الخبر بمجرد حضور الشاهدين، وهذا الخلاف على ما يبدو أنه كان بسبب قوله عليه السلام "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، وتجدر الملاحظة أن 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 تثبت المحكمة الزواج العرفي إذ توافرت أركانه الأخرى.

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 بالشروط الواجب توافرها في الشهود، وقد ورد في المادة 33 من قانون الحالة المدنية انه: "يجب أن يكون الشهود المذكورين في وثائق الحالة المدنية بالغين سن 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو من غيرهم دون تمييز من حيث الجنس ويختاروهم الأشخاص المعنيون"[78]

بالإضافة إلى هذا فإن المادة 222 من قانون الأسرة نفسه نصت على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" فهل نرجع لأحكام الشريعة الإسلامية أم نردع لقانون الحالة المدنية رغم أن قانون الأسرة لم يحلنا إليه، أو نعتبر المادة 33 من قانون الحالة المدنية ملغاة ضمنيا بموجب قانون الأسرة ونرجع في تحديد شروط الشهود للشريعة الإسلامية؟

لقد اعتبر عبد العزيز سعد أنه ما دام قانون الأسرة قد نص على أن حضور الشاهدين ضروري ويشكل شرطا من شروط الزواج ينتج عن تخلفه فسخ العقد فإنه يجب الاعتماد على أحكام الشريعة والالتزام بأن يكون الشاهد في عقد الزواج راشد بالغا ومن دين الشهود عليه وعادلا وطبيعي أن يتم اختياره من الأطراف المعنيين سواء من العروسين أو من ممثليهما الشرعيين، أما المادة 33 من قانون الحالة المدنية فتكون قد ألغيت ضمنيا بالإحالة على أحكام الشريعة في كل ما يرد ذكره في قانون

---

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

الأسرة حول ما يتعلق بالقواعد والأحكام دون الإحالة على قانون الحالة المدنية الذي كان قد صدر قبلا قانون الأسرة بعدة سنوات[79]، ونحن نرى أن تطبيقا لمبدأين أساسيين في القانون وهمان مبدأ تدرج القوانين، ومبدأ الأثر الفوري فإن قانون الحالة المدنية صدر بموجب أمر في سنة 1970 أما قانون الأسرة فقد صدر بموجب قانون 1984، وعليه فهو يسمو على الأمر الذي تضمن قانون الحالة المدنية من جهة وهو يطبق بأثر فوري من جهة أخرى، وبالتالي نرجع في تحديد شروط الشهود لأحكام قانون الأسرة التي تحيلنا على الشريعة الإسلامية حسب المادة .222

1). التعدد: لقد اتفق الحنابلة والشافعية والمالكية على اشتراط شاهدين من الذكور، أما الحنفية فقالوا بعدم اشتراط الذكورة فيصبح شهادة رجل أو امرأتين ولكن لا يصح بامرأتين وحدهما بل لابد من وجود معهما وتصح شهادة رجلين.

وبالرجوع للمادة 09 مكرر من قانون الأسرة نجدها تنص على وجود شاهدين قضى برفض الطعن لخرق المادة التاسعة من قانون الأسرة وبأن قضاة الموضوع لم يعطوا تفسيرا خاطئ للمادة 09 بل عملوا بأحكامها نصا وروحا لان المادة تشير أن الزواج يتم برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق وإن الطاعنة لم تقدم لقضاة الموضوع شاهدين حضرا إبرام عقد زواجهما بالمطعون ضده، وإن وجود شاهد واحد شهد لصالح الطاعنة لا يكفي للقضاء بصحة الزواج العرفي الذي تدعيه الطاعنة.[80]

2). أن يكون الشاهد مكلفا: أي بالغا وراشد، يعني غير فاقد للتميز بسبب صغر سنه أو لجنونه أو لعته، ويتأهل ببلوغه 19 سنة متمتعا بقواه العقلية.

3). الإسلام: لا تصح شهادة الكافر بعد نظر الفقهاء إلى الشهادة على أنها ولاية وذلك لأن ولاية الكافر على المسلم ممنوعة في الإسلام، أما لو كان الزواج بين مسلم وغير مسلمة كالكتابية فتكون الشهادة أيضا للمسلمين عند الجمهور أما أبو حنيفة فذهب لجواز تزوج المسلم بذمية بشهادة بذميين.[81]

4). العدالة: وهي الاستقامة وإتباع تعاليم الدين ولو في الظاهر بأن يكون مستور الحال 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

---

[79]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص98. 39.

[80]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم: 95385، 1994/03/22، نشرة القضاة، العدد، 50، ص85.

[81]- محمد محده، المرجع السابق، ص296.

عند النزاع فيه، لكن ما لاحظناه عمليا أن القضاة عندما يريدون إثبات واقعة الزواج العرفي، فلو وجدوا الشاهد مجنون ومعتوه وظهر حالة أثناء سماعه لا يعتد بشهادته لإثبات هذا الزواج، أما كون الشاهد غير عادل وغير مسلم لا يتحقق منه القضاة إطلاقا.

5). خلو المرأة من موانع الزواج:

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

1. خلو المرأة من المحرمات الشرعية: من شروط انعقاد الزواج أن تكون العقود عليها محلا للعقد أي لا يكون بين الزوجين من موانع الزواج لقوله تعالى: **"واحل لكم ما وراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين"** والمحرمات من النساء من الأحكام التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، فهي لا تقبل التغيير والتبديل، وليس فيها مجال للاجتهاد ولقد أوردها المشرع في باب موانع الزواج في قانون الأسرة من المادة 23 إلى 30.

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

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

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

ونصت المادة 24 على المحرمات بالمصاهرة وهم: أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، وفروعها إن حصل الدخول بها، وأرامل ومطلقات أصول الزوج إن علو وأرامل ومطلقات فروع الزوج وإن نزلوا.

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

ب). المحرمات المؤقتة: نصت المادة 30 من قانون الأسرة فيحرم الزواج معهن بصفة مؤقتة فقط، ولسبب شرعي قائم يتعلق بالزوجة، وبمجرد أن يزول السبب يحل الزواج معها وهي:

1/. المحصنة: وهي المرأة التي ما تزال مرتبطة مع زوج آخر بعقد زواج رسمي وشرعي وهي محرمة على كل رجل إلى أن يطلقها الزوج الأول وبه تحل لغيره.

2/. المطلقة ثلاث: وهي المرأة التي طلقها زوجها ثلاث مرات وأصبح طلاقها بائنا فإن الزواج منها يحرم مؤقتا وأنها لم تعد تحل له إلا إذا تزوجت رسميا مع رجل آخر ودخل بها ثم طلقها وانقضت عدتها.

3/. المرأة التي تزيد عن العدد المرخص به شرعا: وهي المرأة التي يكون زوجها المستقبل متزوج مع أربعة نساء أخريات زواجا شرعيا ورسميا، فإن هذا الرجل يحرم عليه الزواج بها مؤقتا ولا تحل له شرعا وقانونا إلا إذا طلق أحد زوجاته الموجودات في عصمته وانقضت عدتها، وهذا النوع من التحريم كان موجودا قبل التعديل في نص المادة 30 إلا أن المشرع بعد التعديل أغفل عن ذكره.

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

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

6/. الجمع بين الزوجة وعمتها أو خالتها: وهي جمع يعني أن يتزوج الرجل زوجته عمتها أو خالتها وهي لا تزال حية وفي عصمته، فمثل هذا الزواج حرام مؤقتا شرعا وقانونا ولا يكون حلالا إلا بعد وفاة الزوجة الأصلية أو طلاقها.[82]

2. تحريم زواج المسلمة بغير المسلم: لقد نصت المادة 31 من قانون الأسرة قبل التعديل على أنه: "لا يجوز زواج المسلمة بغير مسلم" وقال سبحانه وتعالى: **"لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"**.

فالقانون والمشرع كلاهما ينهيان زواج المسلمة بغير المسلم، فأي عقد زواج بين امرأة مسلمة وأي رجل لا يؤمن بالإسلام يعتبر عقدا باطلا، لا يرتب أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح، ولقد حرم على المسلمة أن تتزوج غير المسلم وذلك لما للزواج من سلطات على زوجته شرعا وعرفا وقد يحاول أن يفتنها عن دينها وقد تستجيب له ضعفا وخوفا وخضوعا، وما يلاحظ على المشرع الجزائري بعد تعديله أن أعفل عن ذكر هذا العنصر.

أما فيما يخص زواج المسلم بغير ذات الدين فنجد أنه لا يحل للمسلم ان يتزوج إمرأة لا تدين بدين سماوي لا تؤمن برسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا بكتاب إلهي بأن تكون مشركة لقوله تعالى: **"ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن، ولأمة مسلمة خير من مشركة ولو أعجبتكم"**.

---

[82]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص107.

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

الفرع الثالث: جزاء تخلف ركن وشروط عقد الزواج

إن عقد الزواج العرفي يكون صحيحا إذا استوفى ركنه وشروطه المطلوبة في المادة التاسعة والتاسعة مكرر من قانون الأسرة، واستكمل العاقدان فيه شروط الجاهلية طبقات للمادة السابعة من قانون الأسرة، وكان كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة المادة 23 قانون الأسرة.

ولقد رتب المشرع على تخلف أركان وشروط عقد الزواج كلية أو بعضها ما وصف البطلان وإما وصف الفساد، متأثرا بأحكام التشريع الإسلامي فاستعمل مصطلحي الباطل والفاسد وهو ما جاء في الفصل الثالث من الباب الأول للكتاب الأول في قانون الأسرة، فلقد ذهب المشرع إلى أن البطلان أقوى من الفساد في السبب، وكلما قوى السبب كان الزواج باطلا، ولكن متى يترتب جزاء البطلان وكذا الفساد على عقد الزواج؟

1/. تعريف 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[83] كأن يكون العقد بدون ولي أو بغير شهود أو بدون تسمية صداق، فالزواج الفاسد هو الذي يحتل فيه شرط من شروط الصحة بمعنى الذي توافر فيه سبب من أسباب الفسخ أو البطلان أو تبيين أمرة قبل الدخول.

إن الزواج الفاسد ينتهي بالفسخ أو الإبطال وهو ما قصده المشرع في المواد 32. 33. 34 من قانون الأسرة رغم الخلط الذي وقع فيه توضيح المفاهيم والأحكام ومن تم نجد إن الفسخ يترتب في الحالات التالية:

1. إذا كان الزواج فاقد لركن أو شرط واحد من الشروط كما لو تم بدون ولي أو شاهدين أو صداق أو شاب الإرادة عي من عيوب الرضا كأن تكون المرأة مجبرة مثلا وتبين أمر هذا الزواج قبل الدخول.

---

[83]- أو كما جاء في المادة التاسعة ركنا من أركانه.

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

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

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

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

أما إذا تبين بعد الدخول فالقانون إما يصححه للاستمرار فيه إذا اختل شرط واحد وإما يبطله بطلانا مطلقا إذا اختل أكثر من شرط 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 به أمه في مدة الحمل أقلها ستة أشهر من تاريخ الدخول وأكثرها عشرة أشهر من تاريخ التفريق والانفصال.

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 المعرفة براءة الرحم من الحمل.

5. تستحق الزوجة نفقة العدة إذا كانت تجهل سبب فساد النكاح غير أنها لا تستحق النفقة الزوجية ولا الميزات ولم تم الدخول لأنهما أثران من آثار 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 الفاسد:

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

1. فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي والمتعلق برضا الزوجين وهو ما يقصده المشرع في المادة 32 التي تقضي أنهك "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو اشترط بتنافي ومقتضيات العقد" وعليه فإنه إذا حصل خلل في الصيغة أو في الأهلية للعاقد 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 أو بعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب العدة، وينصرف البطلان أيضا إلى زواج المسلمة بغير المسلم وكذلك إذا كان أحد الزوجين مرتدا.

ب). أثار عقد الزواج الباطل: إن عقد الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء وآثار عقد الزواج الصحيح ولو حصل فيه وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر ما قبل الدخول بل يعتبر وجوده كعدمه ويجب على كل من الزوجين إن يفترقا في الحال، وغدا دخل الزوج بمن عقد عليها عقدا باطلا كان دخوله بمنزلة الزنا، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قراراتها، أن عقد الزواج الباطل على حد قول الأستاذ فضيل سعد لا يرتب إلا أحكاما عريضة بوصفه واقعة مادية تستوجب التنظيم في نظر الإسلام والشريعة الإسلامية بخلاف العقد الفاسد الذي يقوم غير مستوفي لشروط النكاح الشرعي، وعليه فإنه من الآثار المترتبة عليه نجد:

- لا توارث بين زوجين.
- ثبوت النسب رعاية لحقوق الطفل.
- لا يترتب على العقد الباطل الصداق للزوجة، كما أنه لا ينشأ للزوج على زوجته أي الدخول ولا للزوجة على زوجها.
- إذا كان البطلان واضحا قبل الدخول وثبت العلم "بالترجم" بالتجريم وسببه وتم الدخول عد بمزلة الزنا.

– وتجدر الملاحظة أن المشرع في المواد 32. 33. 34. 35. من قانون الأسرة استعمل كلمتي ركن والشرط للدلالة على كل شروط الصحة والانعقاد غير أنه في المادة 33 قانون الأسرة ليفرق بين ما يعتبره ركنا وما يعتبره شرط صحة رغم أنه يسميه 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، دون أن يتطرق إلى ذكر التناقض الذي وقع فيه المشرع في المواد السالف ذكرها، لذا نقتصر ستقتصر على القول أن حالات البطلان وفقا لقانون الأسرة يكون في حالة تخلف ركن الرضا، وحالة الزواج بإحدى المحرمات المادة 34 من قانون الأسرة وأما بقية حالات عقد الزواج غير الصحيح في مفهوم المشرع يعتبر العقد فيها فاسدا.[84] فقد قضت المحكمة العليا في قرارها صدر بتاريخ 28 نوفمبر 1982 أنه: "يعتبر صحيحا كل زواج توافرت أركانه وتترتب عليه آثار وكافة الحقوق.[85] وفي قرار آخر لها صدر بتاريخ 1989/01/02 قضت أن: "للنكاح أربعة أركان وهي الرضا، الصداق والشاهدين بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية وأنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج".[86]

كما قضت في قرار صادر بتاريخ 1986/11/03 أن: "الزواج الصحيح المنعقد شرعا وقانونا لا يفسخ ولو قبل البناء إلا للأسباب المحددة قانونا".[87]

---

[84]– د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص153. 155.

[85]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم: 40483 المجلة القضائية، 1989، العدد 02، ص32.

[86]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم: 58220، المجلة القضائية، 1992، العدد 03، ص53.

[87]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم: 91671، المجلة القضائية، 1992، العدد 03، ص94.

المطلب الثاني: آثار عقد الزواج العرفي

إن عقد الزواج كسائر العقود يرتب آثار شرعيته وقانونية لكلا الزوجين خاصة إذا ما أفرغ في قالب رسمي ثم 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 في الفرع الأول والآثار السلبية المشتركة بين الزوجين في فرع ثان أما الفرع الثالث وخصصناه لأثاره على المجتمع والعدالة.

الفرع الأول: آثاره على الزوج والزوجة

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

1). آثاره على الزوجة:

الزوجة دائما وبالدرجة الاولى هي الضحية لما يواجهها من صعوبات جراء هذا الزواج نلتمسها كالآتي.

أ/. الزواج العرفي عرضة للإنكار:

قد تضن 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.[88] أو خطابات متبادلة، صور لهما معا فكل هذا يندثر بحضور الزوج أمام هيئة المحكمة وإنكاره لهذا الزواج، فيمكن تصور من جراء أي خلاف بينهما بإنكار قيام العلاقة الزوجية، ويقتضي منه الأمر إحضار شهود زوج أو مثلا يتهم من عقد قرانهما- طالب- للتوضؤ ولكن إذا كان العقد موثقا يتعذر عليه ذلك، حتى ولو فرضنا وجود عقد عرفي أصلي فهو عرضة للضياع مما يسهل عليه الإنكار.

ب/. الزواج العرفي عرضة الحقوق:

إذا كان العقد موثقا تنجم آثار شرعية وقانونية للزوجة من نفقة وإرث ومهر وغيرهما ولكن في حالة الزواج العرفي تضيع مجمل حقوقها وهذا ما أكده المستشار عبد المنعم علي، فنجد في هذا الإصرار قرار المحكمة العليا ملخصة فيما يلي.[89]

---

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

[89]- المجلة القضائية العدد 3/90 ص65 قرار بتاريخ 1987/02/7

"نفقة - الحكم هل على الطاعن – دون لإثبات الزوجية – دون إثبات النسب – خرق للأحكام الشرعية".

ومما جاء ففي حيثيات المحكمة العليا ما يلي:" "من المعلوم أن الرجل يجب أن ينفق على أولاده إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعا والبنت "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 ثم إثبات نسب البنت ثم تقرير النفقة".

كما 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 مطلقة أم ما زالت في عصمته، وفي هذا الشأن طرحت مسألة على الدكتور عبد الرحمان بن حسن النفسية.[90] 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 الملاحظة أنها ما رأت زوجها ولا كلمته، حاول الزوج أن يصلح الأمر 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 والمرأة الآن تتساءل: هل انصرف الزوج وأخذه المهر يعد طلاقا مع أنه لم يتلفظ بشيء؟ وهل تعد هذه المرأة إلى حد الآن في عصمته مع الملاحظة أن هذا الرجل يتحدث إلى الناس بأنه لا يزال متمسكا بالعقد، لكن لم يحاول الرجوع مرة أخرة؟

ومن ملخص ما أجاب به الدكتور عبد الرحمان بن حسن النفسية: "من واجب ولي الزوجة ألا يعدل عن الزواج لمجرد غرض دنيوي لما في ذلك من الإثم، أما فيما يخص حكم قبول الزواج المهر الذي دفعه يعد منهيا لعقد زواجه لأن قبوله بإعادة مهر دليل على إقالته للمرأة وهذه الأخيرة تشه الخلع المعروف شرعا حين يسرد الزوج في الخلع ما دفعه فتبين من الزوجة، فبهذا لا يحل للزوج أن يدعي تمسكه بالعقد، لأنه يعد من الظلم وإهدار للحقوق وأذى كبير يمس الزوجة وبخس الناس أشيائهم.[91] وقد

---

[90]- عبد الرحمان بن حسن النفسية، مسائل في الفقه، مجلة البحوث الإسلامية المعاصرة، العدد 31. ص13.

[91]- سورة الشعراء، الآية 183.

نهى الله تعالى عن ذلك في قوله: **"ولا تبخسوا الناس أشيائهم"**، واقتراح الدكتور السائلة إلى القضاء[92]

ج). الزواج العرفي يفتح منافذ الضن السيئ:

كثيرا ما يجهل الناس حقيقة الرابطة الشرعية بين الزوجين أي زواجهما العرفي مما يترتب عنه قلق وإزعاج وإشاعات وسوء الضن حول العلاقة الشبوهة، فشك في سلوكهما ويتهمان غالبا بالزنا، وهذا ما يعصف بكيان المجتمع ووحدته، والواقع غني بهذه النماذج: فأحد رجال الأعمال تزوج من أرملة عرفيا فرآها قريبها صدفة برفقته فاعتدى عليهما بالضرب ووصلت المسألة 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 لا تسمع دعوى الطلاق لعدم التأسيس إلا إذا طلق الزوج وبالتالي كثيرا ما تتعرض للتهديد أو المساومة لتحصل عليه وإلا تركها معلقة لا هي مطلقة ولا هي كزوجة، فضلا عن إمكانية مساءلتها قانونيا بتهمة الجمع بين زوجين إذا تزوجت بآخر.

هـ). 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 من المحكمة المختصة، وبالتالي إذا ما ثبت زواجها رسما وبعدها طلقها فتكون المدة المحددة شرعا قد انقضت، وهذه في نظرنا وجهة قانونية لإهدار حق شرعي.

و). صناديق الضمان الاجتماعي لا تعترف بالزوجة غير العقود عليها قانونا:

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

أ/. صعوبة الزوج في الحصول على سكن أو منح للعائلة:

إذ أن من وثق عقد زواجه يمكنه ذلك بمقتضى تقديمه للدفتر العائلي فمن أبرم زواجه وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية يصعب إثباته بسهولة عندما تطلب إحدى الإدارات أو المصالح الوطنية المعنية إذا ما أراد الحصول على منح يمحنها له القانون، وليتم ذلك إلا بعد استصدار حكم من المحكمة تبعا

---

[92]- فارس محمد عمران، الزواج العرفي، المرجع السابق، ص79.

لإجراءات قانونية، وقد تطول هذه الإجراءات مما يضيع على المعني بالأمر منافع وامتيازات مادية وحقوق قانونية.

ب/. زواج زوجته رسميا من رجل آخر:

في حالة تأزم الوضع بين الزوج وزوجته سواء طلقها أم لا يفعل فكونها تعلم أن زواجها غير مسجل ويعرض عليها الزواج مرة أخرى بطريقة رسمية فتتزوج غير مبالية بالإثم الذي ارتكبته وتسبب في ضرر وإهانة للزوج، وفي هذا الشأن تقصت 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 هذا الحال تزوجت برجل آخر، قام الزوج الأول برفع شكوى ضد زوجته على أساس جريمة الزنا، وأدانت الغرفة الجزائية بمجلس قضاء المدية، الزوجة وشريكها بعام حبس نافذا وألفين دينار جزائري غرامة نافذة من أجل الزنا والمشاركة[93]

ج). تشريع الخلع: "بمصر"

كما هو معلوم أنه لطلب الطلاق يجب مبدئيا إثبات الزواج مما كان عائقا أمام كثير من الزوجات فصدر قانون رقم 01 سنة 2000، تم فيه تشريع الخلع أي من حق الزوجة المتزوجة عرفيا أن ترفع دعوى الخلع من دون أن تثبت زواجها.[94]

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 الأسباب[95] كما أن هذا الحق كان حافزا لانتشار الظاهرة في الوقت الذي تحذر منه جميع وسائل الإعلام، ورغم النظرة السيئة له ما ينجم عنه من آثار سلبية وقد أحدث هذا القانون ثورة في مجتمع الرجال بعد أن نزعت زمام الأمور من أيدهم، وبات من السهل خلع الرجال، فالإحصائيات تؤكد أنه خلال ذلك العام وصل عدد قضايا الخلع إلى 3500 ثم الفصل في أكثر من 1500 فقط و 3000 قضية طلاق ثم الفصل 1000 منها، هذا يبين أن معظم الزوجات تفضل دعاوى الخلع عن دعاوى الطلاق نظرا لسرعة الفصل في دعاوى الخلع الذي لا تتجاوز 6 أشهر.

---

[93]- المجلة القضائية، عدد 03/89 رقم 39171، بتاريخ 1987/02/24، الغرفة الجزائية بالمحكمة العليا.

[94]- تحقيق صحفي فاطمة الدسوقي، "Arabic. Com" حول موضوع تشريع الخلع في مصر.

[95]- نظرات دعوى خلع سببها مدرسة اللغة الانجليزية طلب الخلع بحجة أن زوجها لا يتقن هذه اللغة.

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 قضية في المحكمة: مهندسة مؤخر صداقها "جنيه" أعادت لزوجها جنيه واحد فقط، التفتت إلى زوجها الطبيب وقالت "أترك الباقي لك"

أكد المصدر القضائي نفسه أن بعض الأزواج قاموا بالطعن بعد دستورية هذا القانون والبعض الأخر بأنه مخالف للشريعة الإسلامية ولم يقبل الرجل المصري أن يكون مصيره بيد امرأة، ونظرت قضية في هذا الإطار بالقاهرة ملخصها أن طبيب أرادت زوجته أن تخلعه من زواج عرفي، فثار ورفض وسبقها للمحكمة ورفع دعوى طلاق قبلها حتى لا يقال عنه رجل مخلوع.[96]

د). تعرض الزوج لفك رابطة زوجية رسمية:

في هذه الحالة إذا ما اكتشفت الزوجة الاولى أن زوجها تزوج عليها عرفيا بغيرها فتلجأ لطلب التطليق بحجة عدم علمها لأن من شرط التعدد علم الزوجة السابقة واللاحقة أو تطلب خلعه وبالتالي أسرته الأولى معرضة للتفكيك، وبالتالي يعود عليه الضرر.[97]

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 الثاني: 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 كالأتي:

أ/. الخيانة الزوجية:

إذا ما ربط بين الزوجين زواج عرفي واتصلت الزوجة جنسيا برجل غيره فإنها ترتكب بذلك الخيانة الزوجية، ذلك أن لهذا الزوج كيانه الشرعي، ومن تم تتولد عنه جميع الحقوق الزوجية والتزاماتها، فلكل من الزوجين الحق في الإخلاص، ومن تم ترتكب الخيانة الزوجية باعتدائها على هذا الحق وذات الحكم مقرر للزوج، وبالتالي يصعب إثبات ذلك أمام العدالة إلا بإثبات الزوجية.

---

[96]- تحقيق صحفي، مرجع سابق

[97]- مقال صحفي لطلعت شناعة « Arabic. Com »

ب/. الادعاء بالعلاقة الزوجية:

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

ج/. حرمانهما من بعض التصرفات القانونية:

كإمكانها الانتخاب في مكان الزوج أو هو في مكان زوجته لمجرد تقديم الدفتر العائلي وفق ما تقتضيه المادة 2/24 من قانون الانتخابات رقم 89-13.

د/. حرمانهما من الميزات:

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

الفرع الثالث: آثار على المجتمع والعدالة

إن طرفي عقد الزواج العرفي يعتبران زوجين من الناحية الشرعية والقانونية، وبالتالي تنتفي عن العلاقة القائمة بينهما صفة العقد الباطل أو الفاسد أو العلاقة المحرمة، غير أنه بالرغم من ذلك فإن لهذا العقد آثار خطيرة تمس بالمجتمع والعدالة يمكن إيجازها في مجموعة من النقاط.

1/. أثاره على المجتمع:

فيه صياغ للأنساب:[98] من أسوء وأخبث الآثار الناجمة عن هذا الزواج وتنشأ عنه قضايا لا ثباته وأخرى لنفيه، والإسلام شرع الزواج وجعله في أعلى الدرجات للمحافظة خاصة على الانساب لارتباط ذلك الشعور بانتماء والاعتبار الذاتي والكرامة والهدوء النفسي بهذا النسب، أما الزواج العرفي لا ينتج عنه هذا، خصوصا إذا علم الزوج بالحمل هنا يتهرب من المسؤولية والزوجة تلجأ إلى المحكمة شبت النسب لولدها.

والأمثلة على هذا كثيرة، فهذه زوجة رفعت دعوى على زوجها لإثبات النسب لكن بعد عمله بالحمل أخذ عقد الزواج العرفي وهرب وقام بدوره برفع دعوى ينفي فيها النسب المنسوب إليه كون أنه يشك

---

[98]- فارس عمران، المرجع السابق، ص13.

في سلوكيات زوجته وهي كذلك أمثلة متكررة في المحاكم والسبب هو الزواج العرفي والصحية هم الأبناء يخرجون للدنيا دون سبب أو هوية، فيعقد نفسيا وينحرف سلوكيا ويلجأ للانتحار لشعوره أنه ابن زنا دون قيمة ولا كرامة، منبوذ في المجتمع بسبب عدم ثبوت نسبه.[99] والمشاكل تكمن وتنحصر في عدم حصولهم على أوراق ثبوتية وأنهم غير مقيدين في السجلات المدنية ومخرجهم الوحيد متمثل في اللجوء الى المحاكم لإثبات نسبهم مهما كان.

قمة الدناءة وعقوق الوالدين: وذلك بنظرة متأملة إليه كون أنه يقابله إهدار ونكران لحق الوالدين في التربية والسهر، وانتظار أولادهم بما يقدمونه.

لوالديهم من طاعة ورد الجميل وهنا يقول الدكتور محمد نبيل عنايم، وهو أن كل من الوالدين ينتظران سواء الابن أو البنت باليوم الذي يفرحان لهم، لكن ما دام أن البنت لا يهمها شرفها ولا الولد يراعي فيمن يرتبط بها فهذا هو عين العقوق لهما، وينتج عن ذلك تفكك للأسرة أحد الوالدين أو وفاة أحد منها 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 هذا المنطلق اتفق والد الفتاة وأخوها على قتل ذلك الشخص وفعلا تمت الجريمة.

الزواج العرفي وإشاعة الفاحشة في المجتمع: وهذا بتأييد علماء النفس والاجتماع على ذلك، وحسب ما أوضحه الدكتور أحمد مجدوب خبير في البحوث الاجتماعية والجنائية أن المتزوجين عرفيا لا مكان لهما في المجتمع فكلما شعروا بحاجة لإشباعهم الجنسي انتهجوا في ذلك طرق غير مشروعة، وهنا يكون السبيل إلى انتشار الفاحشة داخل المجتمع ولا فرق بين المثقف والأمي لأن كليهما يسلك نفس الطريق، وإذا ما كشف أمرهم تستروا تحت مقنن اسمه الزواج العرفي.

الزواج العرفي وزنا المحارم: وهذا متن آثاره الخطيرة فقد ينتج عنه أبناء وبنات وقد يفترق الزوجان دون أن يسعى أحدهما لتسجيل الزواج وتحديد النسب ومع مرور السنوات قد يجتمع هؤلاء الأبناء ويتزوج بعضهم بعضا، وهذا التزاوج بين المحارم محرم شرعا وقانونا، فمن المسؤول على ارتكاب مثل هذه المحرمات؟ وفي حالة اكتشاف الجريمة من يتابع؟ وهل تسقط الجريمة بالتقادم؟ ونذكر في هذا السياق المثال التالي: "رسالة جاءت إلى لجنة الفتاوى بالأزهر من سيدة تقول فيها أنها تزوجت من رجل عرفيا وبعقد غير موثق انتظرت لتحسن ظروفه المنادية وبعد عشرة استمرت خمس سنوات أنجبت

---

[99]- محمد عمران، المرجع السابق، الندوة التي عقدت بكلية دار العلوم لتوعية الطلبة بخطورة الزواج العرفي، سنة 1998.

خلالها طفلا، اختفى الزوج فجأة وهرب تاركا إياها مع ابنها، وبعد فترة تقدم إليها رجل آخر للزواج منها وأخبرته أن هذا الطفل "أي ابنها من الزواج العرفي" ابن أختها التي توفيت هي وزوجها في حادث، ووافق الرجل تقبل الطفل ابنا له ونسبه لنفسه وكبر الابن ودخل الجامعة وجاء يعرض الزواج من زميلة له بالجامعة فوافقته على ذلك، وفي زيارتي لبيت زميلة ابني رأيت صورة أبيها وكانت المفاجأة التي لا يتوقعها بشر إذ أنه والد أبني الذي تزوجني عرفيا وهرب، ورفضت هذا الزواج بدون إبداء الأسباب وأمام إصرار ابني وفقت فتزوج زميلته التي كانت أخته وأنجب منها طفلة وإن هذه الواقعة قد حدثت في مصر غير أنه ليس هناك ما يمنع وقوعها في مجتمعنا خاصة مع توافر كامل الظروف لحصولها إذ انه ليس هناك أي عقوبات ردعية توجب تسجيل عقود الزواج والميلاد.

2. أثاره على العدالة:

إن كثرة الزواج العرفي في المنطقة جعل عدد القضايا الناظرة فيها عديدة خاصة فيما يتعلق بإثبات عقد الزواج العرفي ونظرا لسهولة إثباته وغياب الوازع الديني والخلقي لدى بعض الأشخاص فإنهم قد يلجئون إلى الغش لإثبات العقد ومتى توافرت أركان عقد الزواج شكليا فإنه لا يسع المحكمة إلا الأمر بتثبته، وبالتالي إعطاء مراكز قانونية لأشخاص وترتيب حقوق لغير مستحقيها كأن يكون شخص على علاقة غير شرعية بامرأة وبعد وفاته تدعي أنها متزوجة منه عرفيا وتقدم للمحكمة شهود زور وعلى أساسها تثبت علاقة الزواج، فالمحكمة تقرر علاقات غير شرعية بحكم الظاهر وتعطيها صفات لا تتوافق في الحقيقة مع الشرع والقانون في الوقت الذي تعجز فيه الزوجة الحقيقية عن إثبات عقد زواجها كالحكم الجزائي الصادر عن محكمة الجلفة بتاريخ 2004/05/26 رقم 2368/ 2004 إذ استطاعت المتهمة عن طريق التحايل من الحصول على حكم صادر عن قسم الأحوال الشخصية يقضي بإثبات علاقة زواج بينها وبين شخص متوفى دون وقوع هذا الزواج فعلا، كما استطاعت إلحاق نسب بنتين أحضرتهما من المستشفى وتمكنت بواسطة هذا العقد من الحصول على مستحقات صندوق الضمان الاجتماعي تتعلق بتعويض عن حادث مرور باسم الزوج المزعوم.

التزوير:

من بين الآثار التي يرتبها الزواج هي إنجاب الأبناء الذين يحتاجون خلال حياتهم إلى وثائق إدارية خاصة إذ تعلق الأمر بالتسجيل في المؤسسات التعليمية أو الحصول على التعويضات والمنح العائلية،

فيلجأ الأفراد إلى الطرق الاحتيالية لاسيما التزوير والتي عادة ما يؤدي اكتشاف أمرها إلى جر الأفراد إلى المحكمة بسبب التزوير واستعمال المزور والإدلاء بإقرارات كاذبة.

قضية رقم 03/767 إذ المدعية طالبت بإسقاط نسب البنت بعدما قام والدها بتسجيلها على زوجته المتوفاة متى تحصل على ميزاتها منها، وكذلك القضية رقم 04/1824 حيث قام الزوج بتسجيل زواجه العرفي في سجلات الحالة المدنية باسم أخت زوجته وبصمة زوجته وحصول هذه الأخيرة على بطاقة تعريف وبطاقة الناخب وحساب بريدي باسم أختها وقد تقاضت منح زوجها على هذا الأساس، والقضية رقم 04/1510 وقرار رقم 04/1827 الصادر في مجلس القضاء الجلفة والقضية 1805 المتعلقة بشهادة الزور.

هذه بعض الآثار التي تنتج عن الزواج العرفي الذي يغفل فيه عن التسجيل في سجلات الحالة المدنية وهذا الإجراء يمكنه أن يعفي الأفراد من اللجوء إلى إجراءات أخرى أكثر تعقيدا من أجل تسجيل زواجهم خاصة عندما يتعرضون إلى مشكلة ما وتسجله وهذا ما سنتطرق إليه في الفصل الموالي.

الفصل الثاني: كيفية إثبات عقد الزواج العرفي والآثار المترتبة عنه

من أهم المشاكل التي تعتري الزواج العرفي إثباته، حيث يعتبر هذا الأخير حجر الزاوية الذي ينقلب به العقد من أوصف العرفي إلى الصيغة الرسمية، فيظهر بحماية المشرع له ويختص من الأوضاع البغيضة التي تنتج عن تعسف طرفيه في استعمال حقوقهما، أو ابتكار حقوق ليست من عقد الزواج فبشيء هذا ورغم الحقوق الزوجية، تثبت في الزواج العرفي بطريقة ودية والتي لا إلزام قضائي فيها، إلا أن طرفي في هذا العقد غير معصومين من التنافر وبالتالي إذا ما أرادوا الأحكام إلى القضاء للمطالبة بحقوقهم حالت دونهم مسألة معترضة إذ يقع على عاتق المدعي إثبات رابطة الزواج أولا، وقد يتفق طرفا العقد على ترسيم نكاحها عند زوال الأسباب التي دفعتها إليه أو رغبة منهما في الاحتماء بالعقد المرسم، مما قد يثور بينهما من نزاع في المستقبل، أو لتأمين حقوق الأطفال نتاج هذا الزواج.

المبحث الأول: وسائل إثبات عقد الزواج العرفي وإجراءات تسجيله

إذا كان الزواج قد انعقد بطريقة رسمية مستوفيا بذلك الإجراءات التشكيلية من حيث تسجيله، فإن هذه الطريقة لا يطرح أي إشكال من حيث إثباته، إذ يثبت بواسطة مستخرج من سجل الحالة المدنية، لكن الأشكال يطرح إذا ما تم عقد الزواج عرفيا ووفقا للأحكام الشريعة الإسلامية، فكيف يثبت هذا الزواج؟ وما هي إجراءات تسجيله؟ وهو ما سنتطرق إليه من خلال مطلبين نعالج في الأول وسائل إثبات عقد الزواج العرفي، أما المطلب الثاني فسنتطرق فيه للإجراءات المتبعة في تسجيله.

المطلب الأول: وسائل إثبات عقد الزواج

إذا كانت ضرورة عقد الزواج قد فرضتها المشاكل المتعددة الناتجة عن الزواج العرفي، فإذا الزواج في الحالات العادية يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية وهو ما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية".

إن وحسب هذه المادة فإن الزواج يثبت في الحالات العادية بمستخرج من سجل الحالة المدنية، لكن الإشكال الذي يطرح هو انعقاد الزواج بطريقة عرفية بمجرد توفر الأركان المتطلبة شرعا ودون تسجيله في السجلات المعتمدة لذلك فكيف يتم إثبات هذا الزواج؟

باعتبار أن عقد الزواج يعد من أخطر العقود التي يبرمها الإنسان في حياته ومن أهم التصرفات ذات الشأن العظيم لما يشتمل عليه من تكاليف والتزامات وما ينتج عنه من آثار لدى خصته كل من الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري بقواعد تنظمه، لذلك نتطرق في هذا المطلب إلى القواعد التي تنظم عقد الزواج العرفي من حيث إثباته وذلك من خلال زاويتين: زاوية الشريعة الإسلامية، وكيف نظرت إلى إثبات واقعة الزواج إذا ما أنكرها أحد الطرفين وزاوية المشرع الجزائري في القانون المدني المنظم لوسائل الإثبات المدنية، وكيفية تعامل القضاة عمليا مع مسائل إثبات الزواج العرفي مع تدعيم كذلك بأهم القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في هذا الشأن..

فمن ناحية الشريعة الإسلامية فإن وسائل وأدلة الإثبات تعرف عدة تقسيمات فتنقسم الأدلة إلى عامة وخاصة، فالعامة في التي تثبت بها كافة الوقائع، ومنها الشهادة والإقرار والكتابة والمعاينة والخبرة هذه الأدلة تثبت بها الحقوق المالية والأحوال الشخصية والحدود.

الأدلة الخاصة تقبل في حالة معينة دون غيرها، فاليمين مثلا لا يقبل في الحدود والقرائن لا تتقبل في الحدود والقصاص.

وتنقسم الأدلة إلى مباشرة وغير مباشرة، فالمباشرة هي التي تؤدي إلى الإثبات المطلوب مباشرة كالإقرار والشهادة واليمين.

غير مباشر وهي التي تؤدي إلى الإثبات عن طريق غيرها من الأدلة كاليمين المردودة.

كما تنقسم إلى ملزمة وغير ملزمة (بالنسبة للقاضي)، فالملزمة هي التي حدد لها الشارع قوتها من حيث الإثبات فإذا تحققت أمام القاضي الأخذ بها، ومن أمثلتها الشهادة والإقرار واليمين، أما الوسائل غير الملزمة، فهي وسائل يكون فيها للقاضي حرية تحليل واسعة لاستنباط الحقيقة من الدليل، ومن أمثلتها القرائن والمعاينة.

وتنقسم الأدلة أيضا إلى متعدية وقاصرة بالنظر إلى مدى حجتها، فالمتعدية تكون حجة على الكافة بالكتابة والشهادة والقرائن والمعاينة والخبرة.

أما القاصرة فلا تكون حجة إلا بالنسبة لشخص معين صدرت عنه ومنه الإقرار.

وتنقسم إلى وسائل حقيقية وأخرى مجازية، فالحقيقة كالكتابة والشهادة والمعاينة والخبرة تؤكد الواقعة المتنازع عليها.

أما المجازية وهي لا تثبت الواقعة مباشرة، وإنما تعفى المدعي من الإثبات أو تنقل عبئه إلى الذرف الأخر كالقرائن واليمين.

فإذا كانت الشريعة الإسلامية تعتمد في إثبات الزواج على واحدة من الطرق الثلاثة التالية وهي: الإقرار والبنية والنكول عن اليمن، "أي الامتناع منه" فإن ادعى احد الزوجين الزواج أو أمر يتعلق به كالمهر والنفقة مثلا، فإن أقر الطرف الآخر ثبت لأن الإقرار حجة على المقر فإن لم يقر طولب المدعي بالبنية، فإن أتى بشهود يشهدون له، أما امتنع المنكل عن اليمين قضى بثبوت الزواج لأن النكول إقرار.

لكن اتجاه محاكمنا ومجالسنا القضائية بما في ذلك اتجاه المحكمة العليات لم يتبع هذا التدرج بل جعل سيدق الأدلة في إثبات وجود واقعة الزواج العرفي في البنية، سواء كانت شهادة عيان أو شهادة سماع.

وسنرى فيما يلي كل دليل من الأدلة السابقة واتجاه كل من الشريعة الإسلامية والقضاء الجزائري حيالها.

الفرع الأول: الإقرار

الإقرار بوجه عام هو واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني مفادها اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق أو لم يقصد.[100]

أما الإقرار حسب المادة 341 من القانون المدني الجزائري،: "الإقرار هو الاعتراف الخصم أما القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة".

أما الإقرار حسب الإمام أبو زهرة هو حجة قاصرة على المقر لا تتعدى إلى من تعدى إليه الحكم بالبنية، بل لابد من إثبات آخر، وهو نفس التعريف الذي ذهب إليه فارس عمران محمد عمران.

وينقسم الإقرار حسب القواعد العامة للإثبات إلى نوعين: إقرار غير قضائي وإقرار قضائي

1/. الإقرار غير القضائي: هو ذلك الإقرار الذي تم خارج مجلس القضاء كأن يقر فلا أن فلانة زوجته خارج مجلس القضاء سواء أكان ذلك كتابة أو شفاهة، وسلطة التقدير أمثل هذا الإقرار موكلة للقاضي، يقدرها وفقا لظروف الدعوى وملابستها ويظهر مثل هذا النوع من الإقرار في الزواج العرفي، عند تحرير الموثق لما يسمى بعقد لفيف الزواج في الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين على قيد الحياة ويتم تحريره بناءا على طلب أحد الزوجين أو الأبناء أو الآباء أو له مصلحة.

كما يظهر الإقرار غير القضائي أثناء تحرير الموثق لكما يسمى لعقد الإقرار بزواج بناءا على طلب الزوجين معا وبالإرادة الحرة لكل منهما، وليس بالإرادة المنفردة لأحدهما.

---

[100]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، المجلد الاول، دار النهضة العربية، القاهرة،/ 1982، ص410.

وعليما نجد أن محاكمنا تعتمد على ما جاء في هذه العقود من إقرارات لتدعيم بها التحقيق الذي تهدف من خلاله لتشبت واقعة الزواج العرفي، وسنرى الإجراءات المتبعة في هذا الشأن لاحقا، لكن السؤال المطروح هو كيف يعتد بمثل هذه التصريحات والتي تمت أما خبير وليس أمام القاضي؟

بينما تعتبر المحكمة العليا كل تحقيق لم يجره القاضي ليس بمثابة تحقيق قضائي أي أنها لا تعتد في إثبات الزواج العرفي بالإقرارات غير القضائية التي تم التصريح بها خارج مجلس القضاء وهذا بقرار صادر في 1989./12/11

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

حجية الإقرار:

سنعالج هذه الحجية من الناحية الفقهية ومن الناحية القانونية، فمن الناحية الفقهية فإن جمهور الفقهاء اعتبره حجة قاصرة على المقر وحده، ولا تتعدى إلى غيره، إلا أنهم اعتبروا وسيلة كافية في حد ذاته لإثبات الزواج إذا ما أقربه أحد الطرفين.

فيقول الإمام أبو زهرة: "إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج، فإذا ادعى الرجل وجوده تسأل المرأة فإن أقرت قضى بالزواج وثبت بتصادقها، وإن أنكر فإن عجز عن البنية وجهت اليمين إلى المرأة على رأي الصحابيين.[101]

وقد اختلف الفقهاء حول إقرار ولي القاصر، فمنهم من أجاز إقرار الولي على النفس بالزواج إن كان هو الذي تولاه، وذهبت طائفة أخرى منهم وجعلت إقرار الولي بزواج القاصر موقوف إلى غاية بلوغ القاصر، إن صدقه ينفذ إقراره، وإن أنكره أبطل إقراره.[102]

في حين نجد أن المشرع الجزائري قد نص صراحة في المادة 342 الفقرة الأولى من القانون المدني على أن: "الإقرار حجة قاطعة على المقر" معنى ذلك أن الواقعة التي اقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى الإثبات، لكن على من تقتصر هذه الحجية؟

إن الإقرار هو حجة على المقر والخلف العام ولا تتعداه إلى غيهما، فإذا كان الإقرار تصرف قانوني يقتصر اثر على المقر ويتعدى إلى ورشة بصفتهم خلفا عاما له، فإن الإقرار بواقعة الزواج يكون

---

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

[102]- الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص48.

صحيحا وملزما لكل من الزوج والزوجة وورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته، ويعد أهم إلى الغير، لذلك فإن محاكمنا ومجالسنا القضائية لا تعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاته تطلب الإعلان والإشهار، وعلم الناس به منافذ الضن والخوض في الأعراض والتقول على المتزوجين عرفا ورميهم بالزنا من طرف الناس الذين لم يصل إلى علمهم زواج هؤلاء كون الإقرار لا يتعداهم.

فالطرفين وهما يلجأن إلى القضاء لإثبات الزواج هدفهما في ذلك هو إعلانه وإشهاره للكافة والإقرار غير كافي ليؤدي هذه المهمة، فهو ما أخذت به محكمة الجلفة في حكم لها صادر بتاريخ 1997/12/06 رقم 97/602 وأهم ما جاء في وقائع القضية كون المدعي متزوج عرفيا بالمدعى عليه وقد اقر الطرفان بوقعة الزواج العرفي التي تمت سنة 1995، والتمس كل منهما من المحكمة بتسجيل عقد الزواج في مصالح الحالة المدنية وقد كان تسبيب الحكم ومنطوقة كالتالي: "...حيث أن المحكمة أجلت القضية لعدة جلسات من أجل إحضار الشهود، لإجراء تحقيق على واقعة الزواج العرفي المبرم بين المدعي والمدعى عليها لم تحضر".

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

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

الفرع الثاني: الشهادة "البينة"

للبينة معنيان، معنى عام وهو الدليل أيا كان كتابة أو شهادة أو قرائن، فإذا قلنا البنية على من ادعى واليمين على من أنكر فإنما نقصد هنا البنية بهذا المعنى العام أما المعنى الخاص، فهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب، وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة، فانصرف لفظ "البنية" الى الشهادة دون غيرها.

1). أنواع الشهادة:

أ/. الشهادة المباشرة: الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه، فالذي يميز الشاهد إذن هو انه يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية إما لأنه رآها بعينه، فجاء إلى مجلس القضاء ليشهد بما رأى أو سمعها بأذنه فجاء إلى مجلس القضاء ليشهد بما سمع وإما لأنه رأى وسمع.

وتكون الشهادة عادة شفوية يستمدها الشاهد من ذاكرته ليقول ما رآه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى، ومع ذلك قد يكتفي في ظروف استثنائية نبلا وشهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للاعتداد بها.

إذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة، كأن يدلي الشاهد بما عاينه بصورة شخصية ومباشرة أثناء إنشاء واقعة الزواج العرفي بما في ذلك معرفته لطرفي العقد من زوج وزوجته ومكان وزمان وظروف إبرام عقد الزواج من رضا الزوجين ووجود الولي وتسمية الصداق.[103]

فإنه ومع ذلك يوجد إلى جانب هذه الشهادة المباشرة، الشهادة الدماغية والشهادة بالتسامع.

ب/. الشهادة السماعية: وتسمى أيضا بالشهادة من الدرجة الثانية ويشهد فيها الشاهد بما سمعه من غيره، وتسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة عن الشاهدة، فالشاهد هنا شهد أنه سمع بواقعة يرويها له شاهد رآها بعينه وسمعها بأذنه، كأن شهد شخص أمام القاضي أنه سمع شخصا آخر بروي له أن فلان تزوج بفلانة.

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية وفي 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، ويقدر القاضي قيمة الشهادة السماعية ولا سلطان لأحد عليه في ذلك.

ج/. الشهادة بالتسامع: هي شهادة بما يتسامعه الناس وهي عكس الشهادة السماعية التي يمكن تحري مصدر الصدق فيها وتحميل صاحبها مسؤولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره، فالشهادة بالتسامع صاحبها لا يروي عن شخص معين ولا عن الواقعة بالذات بل يشهد بما يتسامعه للناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير في شأنها، فهي غير قابلة للتحري ولا يتحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما شهد به كالقول مثلا: "قيل أن فلان تزوج فلانة".[104]

---

[103]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 143725، 1984/09/27، مجلة قضائية، 1987، العدد01، ص64.

[104]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص413.

وقد أجازت الشريعة الإسلامية هذه الشهادة لاسيما في مسألة إثبات الزواج لأنها ضرورة دعت إليها المصالح والحاجة الشديدة لاسيما إذا أثمر هذا الزواج إنجاب أطفال، وهذا الاستحسان مرده أنها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم، وقد تتعلق بأحكام تبقى على انقضاء القرون كمسألة إثبات نسب الأبناء ومسائل الميراث.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فإن المحكمة العليا سارت في سياق أحكام الشريعة الإسلامية وأخذت بشهادة التسامع في العديد من قراراتها منها القرار بتاريخ 1989/03/27 الذي جاء فيه: "من القرار 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 الشهود وغيرهم ان الطرفين كنا متزوجين ... فبما يتعلق بالسبب المستدل به على طلب نقض إثبات الزواج او نفيه مما يستقل به قاضي الموضوع ويثبت إما شهادة العمان وإما شهادة السماع والطاعن لم يأت بأية واحدة من الشهادتين، فلا هو أحضر رجالا حضروا قراءة الفاتحة ولا هو احضر رجالا سمعوا قراءتها أو حضروا زفاف الطرفين .. كما أنه لم يأت بنية إسماع شهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج "فلانة" فالطاعن في قضية الحال لم يأت بشهود عيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.[105]

2). شروط الشهادة:

أ/. شروط ترجع إلى الشهادة:

الولاية: يشترط الفقهاء أن يكون الشاهد من أهل دين المشهود عليه فلا ولاية لغير المسلم على المسلم، وان لا يكون الشاهد غير مقبول الشهادة شرعا، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا شهادة لمتهم" والتهمة إما تكون فسق الشاهد، أو وجود صلة خاصة بينه وبين المشهود عليه، أي كل مالا تقترض فيه العدالة ويكون معروفا بسوء السيرة، وذهاب الأخلاق.[106]

الأهلية: أي ينبغي أن يكون الشاهد بالغا وقت أداء الشهادة

بالنسبة للمشرع الجزائري بالإضافة لأحالته لقواعد الشريعة الإسلامية فيما يخص شروط الشاهد، فإنه وضح في الماجة 64 من قانون الإجراءات المدنية من تجوز شهادتهم في إثبات الزواج العرفي فإنه

---

[105]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 53017، 1989/03/27، مجلة قضائية ، 1990، العدد 03، ص82.

[106]– عبد الحميد الشوازبي، "الشهادة في المواد التجارية والجنائية"، الأحوال الشخصية، دار المطبوعات، الإسكندرية، 1992، ص357

باستثناء الأبناء يجوز قبول شهادة أقارب الزوجين أو أصهارهم على عمود النسب أو أحد الزوجين ولو بعد الطلاق، أو إخوة أو أخوات أو أبناء عمومة الحمضين للشهادة في الزواج العرفي.

لكن اتجاه المحكمة العليا في هذه النقطة كان متذبذبا فكانت في قراراتها ترفض شهادة الأقارب في الزواج والنسب في قرار آخر لها سلكت عكس الاتجاه الأول فأصدرت المحكمة العليا قرار قضت فيه، "من المقر قانونا أنه لا يجوز سماع شهادة أقارب أحد الخصوم أو أصهارهم على عمود النسب، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون".[107]

إلا أنه وفي نفس المسالة صدر قرار جديد عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/10/28 يقضي بأنه: "يجوز في الدعوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق استدعاء إخوة الخصوم للشهادة لإثبات الزواج وليس سماعهم على سبيل الاستدلال فقط.[108]

إذن وحسب المادة 64/3 من قانون الإجراءات المدنية فللقاضي أثناء التحقيق أن يعتمد على شهادة أقارب الزوجة كأشقائها للتأكد من زواجها بالمدعى عليه، وهو الأمر الذي جعل المحكمة العليا تتراجع عن اتجاهها الأول في استبعاد شهادة الأقارب وجعلها ضرورية ليست على سبيل الاستدلال فحسب بل وكدليل كاف لإثبات عقد الزواج العرفي.

ونحن من جهتنا نرجح الاتجاه الثاني الذي ذهب إليه المحكمة العليا وذلك لسببين اثنين هما:

1. أن المادة 223 من قانون الأسرة تنص على أن تلغي جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون، والمادة 64 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية لم تأت مخالفة لقانون الأسرة، بل بالعكس فقد جاءت مدعمة له وموضحة لمن يجوز لهم الشهادة في مسألة من أهم مسائل الأحوال الشخصية وهي واقعة الزواج.
2. أن الشريعة الإسلامية تقبل في أحكامها شهادة الأقارب وخاصة في مسألة إثبات النكاح.

---

[107]- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 290808، 1993، العدد 02، ص37.

[108]- نشرة القضاء، 1999، العدد 33، ص175.

ب/. شروط ترجع إلى الشهادة:

أن تكون الشهادة مطابقة للوقائع المادية

أن تكون الشهادة موافقة للدعوى: فلا تقبل الشهادة المنفردة عن الدعوى فإذا كنا بصدد دعوى لإثبات الزواج العرفي فيجب أن تنصب الشهادة على واقعة "الزواج العرفي" دون غيرها، فلا شهد الشاهد مثلا على وجود أولاد بين فلان وفلانة، لأن ذلك ليس قرينة على حصول زواج شرعي مكتمل الأركان.

أن تكزن شهادة الشاهدين متوافقة: لأن باختلافهما لم يكتمل نصاب الشهادة ولا يجب أن تكون هذه الموافقة تامة بل يمكن أن تكون ضمنية، كأن يشهد الشاهد الأول بأنه حضر زواج فلانة بفلان في شهر جويلية من سنة 1998، ويصرح الشاهد الثاني بنفس السنة دون ذكر الشهر، أو كأن يشهد شاهد في عقد زواج عرفي على فلانة زوجها وليها لفلان على صداق قدره أربعين ألف دينار، وشهد الثاني بنفس الشيء دون أن يحدد فقيمة الصداق، ففي الحالتين يقبل القاضي الشهادتين ما دام الفرق في قولهما لا يصل إلى حد التعارض، ويبقى فقط على القاضي تقدير مدى توافر الشهادة على الشروط المقررة شرعا ومدى كمالها ووضوحها ودقتها لاستخلاص الأركان الواجب توفرها لإبرام عقد الزواج العرفي ومن ثمة الأحد بها لقبول تسجيل واقعة الزواج العرفي أو رفضها وقد جاء في قرارات المحكمة العليا أن الزواج العرفي لا يمكن إثباته بواسطة شهادة متناقضة، وأهم ما جاء في هذا القرار:

"من المقر شرعا أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها ومن ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية... وإذا كان إثبات الزواج أو نفيه يرجع للسلطة قضاء الموضوع، فإن ذلك بموجب أن تبقى عل بنية لا يدخل فيها الشك ولا يحيط بها الاحتمال، ليست متناقضة ولا ناقصة.

ج/. شروط ترجع إلى المشهود به:

يشترط أن يكون المشهود به معلوما للشاهد، فلا يصلح للشاهد أن يشهد بشيء حتى يحصل له بعلم، لا بما شك فيه ولا بما يغلب الظن على معرفته لأن فائدة الشاهدة إلزام المدعي عليه.[109] فلا يشهد الشاهد مثلا أن فلانة زوجة فلان بانيا اعتقاده هذا من خلال رأيته لهما وهما يسكنان نفس

[109]- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص166.

البيت، ويتعاملان كما يتعامل الأزواج وهما ما اتجهت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/30 الطي جاء فيه:

"من المقرر شرعا وقانونا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية والشهرة ومراعاة أركانه وشروطه .... والزواج العرفي ما يزال معمول به متى توافرت فيه الشروط والأركان والطاعنة عجزت عن إثبات زواجها رغم محاولات الشهود لها بالزواج وأدينوا معها في جريمة التزوير، فمعاشرة رجل لامرأة طالت مدتها أو قصرت، ولو وقع الإشهاد بها لا تعد زواجا".[110]

3). نصاب الشهادة:

إن نصاب الشهادة حسب الشريعة الإسلامية يختلف باختلاف المشهود به وقد قسم الفقهاء الشريعة الإسلامية المشهود به إلى أربعة أقسام نذكر منها ما يهم موضوعنا.[111]

فإن كان المشهود به ما تثبت به الحقوق مع الشبهات سواء كان الحق مالا أو غير مال كالبيع، النكاح، الطلاق، العدة، النسب فنصاب الشهادة هنا رجلان أو رجل وامرأتين لقوله تعالى: **"فإن لم يكونا رجلين، فرجل وامرأتان"**.

وقد أخذ القضاء الجزائري بهذا النصاب، ونذكر في هذا الصدد قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1986/12/15 أهم ما جاء فيه

"من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر فإن إثباتها بكون بالبنية القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ أيعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية حيث ثبت في القضية أن القرار المطعون فيه جاء خاليا من أية بنية تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية ومخطأ في فهم أنواع الشهادات في الفقه مما استجوب النقص.[112]

---

[110]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 55519، 1990/04/30، مجلة قضائية ، 1992، العدد 02، ص64

[111]– عبد الحميد الشواربي، ص376.

[112]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 43889، مجلة قضائية، 1993، العدد 02 ص57.

4). أداء الشهادة:

إن سماع الشهود أمام المحكم، طبقا للأوضاع المقررة قانونا لذلك، فلا عربة بأي شهادة يحصل لإدلاء بها خارج مجلس القضاء ولو كان ذلك أمام موظف عام مهما علت درجته طالما أنه ليست له ولاية القضاء، وهذا ما اتجهت إليه المحكمة العليا في قراراتها صادر بتاريخ 1989/12/11 أهم ما جاء فيه:

"من الإقرار شرعا أن الشهادة الشرعية في إثبات الحق أو نفيه عن الشخص هي التي تؤدى أمام القاضي ويتخذ في شأنها إجراءات نص القانون عليها كتحليفهم ومعرفة ماذا كانوا أهلا للشهادة والتحقق من توفر شروط الأداء فيهم، وهناك شهادة أخرى يشهد بها أصحابها أمام موظف "مختص" لتلقي شهادات معمول بها قضاءا ويحكم بناء عليهم، ومن القضاة من يحصر أمامه أشخاص هذه البينة التي تلقاها الموثق ويحبفهلم قبل أن يحكم بما شهدوا.

وعليه فإذا لم يكن في القضية سوى الإثبات بالبينة، فالقاضي هو الذي يستمع للشهود، فإن استمع إليهم غيره وبني حكمه على شهادتهم كما هو الحال هما فإن حكمه يكون قائما على غير أساس قانوني.

فالخبير ليس له من مهمته سماع الشهود، أو إعطاء رأيه في شهادتهم وإلا فإنه قد سلب سلطة القاضي زحل محله، وهذا غير جائز قانونا، فالأمر يتعلق بالإقناع الذي يكون من الحجج الشرعية، او البينة الشرعية والقرار المطعون في جاء صادر على الحكم الذي اعتمد على أقوال أشخاص لم يتخذ في شأنها ما هو مطلوب قانونا وقبلت بعيدا عن المحكمة، فإنه خالف النصوص القانونية وانتهك القواعد الشرعية وعرضوا قراراتهم لعدم التأسيس القانوني، ومتى كان لك استجوب نقص القرار المطعون فيه.[113]

أما دور القاضي حيال الشهود فيمثل في استفسارهم عنا إذا حضروا مجلس العقد ويتأكد من عددهم حتى يحترم نصاب الشهادة، ويتأكد من هوية الشاهد كاملة من خلال بطاقة التعريف، ودرجة القرابة بالخصوم، ثم يتم تحليف الشاهد اليمين القانونية على أن لا يقول غير الحق، ثم يتم سماعه على محضر سماع الشهود الطي يدون فيه هوية الشاهد الكاملة من اسم ولقب ومهنة وسن وموطن ودرجة قرابته بالخصوم مع الإشارة لتأدية اليمين القانونية.

---

[113]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39775، 1989/12/11، مجلة قضائية، 1993، العدد 02، ص61.

بعدها يقوم القاضي باستفسار الشهود عن معرفتهم للخصوم، وفيما إذا حضروا فاتحة الزواج أم حفل الزفاف، ومن تولى العقد كولي للزوجة ويسألهم عن التاريخ او السنة التي تم فيها الزواج العرفي، كما يستفسرهم عن مقدار الصداق المقدم وهل هو مؤجل أو معجل، وعلى القاضي وهو بصدد الاستماع للشهود أن يحكم ذكاءه وخبرته، وان يدقق في كبيرة وصغيرة صرح بها الشاهد ويقارن بين تصريحات الشهود عساه يجد تعارضا في أقوالهم، وعليه أن يربط بين كل تلك التصريحات ليستنبط منها أخيرا أركان الزواج المذكورة في المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة ليقرر تشبت الزواج من عدمه.

لكن الإشكال المطروح هو أنه: إذا كان من المفترض توفر عنصر العدالة وحسن السيرة والأخلاق لدى الشاهد، فكيف يتأكد القاضي من توفر هذه العناصر في كل شاهد خاصة بالنظر الى كثافة الملفات المعرضة أمامه؟

5). هل يجوز للشاهد أن يرجع عن شهادته:

حسب الشريعة الإسلامية فإنه يجوز للشاهد أن يرجع عن شهادته بشرط أن يكون في مجلس القضاء، وتبرير ذلك أن رجوع الشاهد عما أدلى به إن كان كذبا هو عودة الى الحق، وقد استدلوا بذبك عن رواية حدثت مع علي رضي الله عنه.

أين شهد رجلين عنده خطأ على رجل بالسرقة فقطعت يده ثم عادا وتراجعا عن أقولهما كمتهمين رجلا آخر وليس الرجل الأول فقال لهما علي – رضي الله عنه – لا أصدقكما على هذا الأخير، وأضمنكما يد الأول، ولو إني أعلمكما، فعلتما ذلك عمدا قطعت أيديكما "، ففي هذه الرواية دليل أن الرجوع عن الشهادة صحيح في حق الشاهد.[114]

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

إذا كان رجوع الشاهد قبل صدور الحكم بتثبيت الزواج العرفي الحالي يستبعد القاضي شهادته ولا يقتضي بها لبطلانه بتراجعه عنها، وان لم يصبح الحكم نهائيا فيجوز تصحيح الوضع على مستوى درجات التقاضي الأخرى، لكن كيف يكون الوضع إذا صار الحكم نهائيا، ورتب آثاره كاملة خاصة

---

[114]– عبد الحميد الشوازي، المرجع السابق، ص428

إن كان الزوجين متوفيين فهل يجوز في هذه الحالة طرح المسألة من جديد على القاضي، والتحقيق في هذا الزواج من جديد؟

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

في هذه المسألة بالذات يمكن استنتاج الحل من خلال موقف المحكمة العليا التي استقرت على أن الحكم القاضي بإثبات واقعة الزواج له حجية مؤقتة على خلاف بقية الأحكام التي لها حجية مطلقة، وذلك في قرار لها بتاريخ 1998/12/15 أم ما جاء فيه:

حيث أن إثبات واقعة الزواج ليس لها حجية الشيء المقتضي فيه حسب مفهوم المادة 338 من القانون المدني، باعتبار واقعة الزواج العرفي لها حجية مؤقتة.[115]

من خلال هذا القرار يمكن استنتاج أنه متى توافرت الأدلة التي تؤدي الى خلاف ما انتهى إليه الحكم الذي استوفى طرف الطعن، يمكن رفع دعوى جديدة لنفي انتهى إليه الحكم الأول.

الفرع الثالث: النكول عن اليمين

1/. تعريف اليمين والنكول عنها: اليمين بوجه عام هو قول يتخذ فيه الحالف الله شاهد على صدق ما يقول أو على انجاز ما يعد ويستنزل عقابه إذا عقابه إذا ما حنث وهي عمل مدني وديني في نفس الوقت.

أما النكول عن أدائها فهو رفض من وجهت إليه اليمين حلفها، فإذا أنكل عنها خسر دعواه، وهو ما نصت عليه المادة 247 من القانون المدني:"كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها ... خسر دعواه".

والنكول عن اليمين في الشريعة الإسلامية لا يعتد به عموما باستثناء بعض الفقهاء منهم الصحابيين الذين يتخذون النكول عن اليمين وسيلة كافية بحد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي.

---

[115]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 202430، 1998/12/15، مجلة قضائية، ، عدد خاص، 2001، ص56.

حيث يقول الإمام أبو زهرة أنه: "عند فشل إثبات الزواج بكل من وسيلتي الإقرار والبنية، توجه اليمين الى المرأة فإن حلفت رفضت دعوى الزوج، وان نكلت عن اليمين قضي عليها بالزواج لأن النكول إقرار على مذهب الصحابيين المفتي به في الفقه الحنفي".[116]

2/. حجية اليمين: إن حجية اليمين في القواعد العامة للإثبات كالإقرار قاصرة على الحاف وورثته بصفتهم خلفا عاما له سواء كان ذلك عند الحلف أو عند النكول ولا تتعدى الى الغير، لذلك فإن موقف القضاء حيال اليمين هو عدم اعتبارها وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي.

ففي محاكمنا ومجالسنا القضائية لا يكون الاعتداد باليمين إلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معا، ويتعين على القاضي توجيهها الى المدعي بالإضافة الى سماع شهادة الشهود الذين يكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وفقا للشريعة الإسلامية مع بيان توفر أركان وشروط الزواج المذكورة في المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة.

فإذا مات أحد الزوجين وادعى الحي منهما الزوجية وليس له إلا شاهد واحد يشهد بالزوجية شهادة مفصلة قطعية يحدد فيها مبلغ الصداق المسمى وتأجيله وتعجيله، ومن تولى العقد، فإن الزواج يثبت لكن مع يمين المدعي وهو الأمر الذي استقرت عليه المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1988/09/23 أهم ما جاء فيه:

"إذا كان من المبادئ الشرعية السائدة فقها وقضاءا أن إثبات عقد الزواج في حالة وفاة احد الزوجين يكون مؤسسا على شهادة شهود يؤكدون صحة انعقاده وفقا للشريعة الإسلامية، وان الاكتفاء بشهادة في غاية الإجمال، وليس مما يثبت بها عقد الزواج إذا ما كانت شهادة الآخرين أضعف منها، فإن الإثبات على هذا النحو لا يكفي وحده إلا مع يمين المدعية لذا استوجب نقص قرار القاضي لإثبات عقد المدعية بالشخص المتوفى تأسيسا على شهادة ثلاثة أشخاص ليست كافية لهذا الإثبات ودون تحليف المدعية اليمين.[117]

وقضت كذلك في قرار آخر صادر بتاريخ: 1998/09/22 أهم ما جاء فيه: "يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج شهادة الشهود واليمين، وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة: "لا

---

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

[117]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 880923، 1985/09/23، مجلة قضائية، 1990، العدد 01، ص95

نكاح بعد الموت" ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين المطعون ضدها حول إعادة زواجها العرفي من الهالك إضافة الى سماع شهادة الشهود طبقوا صحيح القانون".[118]

وخلاصة القول فإنه إذا كانت الشريعة الإسلامية تعتمد على كل من الإقرار والبينة والنكول عن اليمين لإثبات الزواج العرفي فإن القضاء الجزائري يركز على شهادة الشهود بالدرجة الأولى، أما اليمين فيلجأ إليها لتدعيم وتأكيد شهادة الشهود في حالة وفاة أحد به أمام الموثق، والذي تعتد به محاكمنا ومجالسنا القضائية في إثبات واقعة الزواج العرفي في غير المتنازع فيه، رغم أن المحكمة العليا استبعدت مثل هذا التحقيق الذي يجريه الموثق والذي اعتبرته من الصلاحيات المميزة والأساسية للقاضي والتي يجب أن لا تفوض الموثق.

المطلب الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج

تأكيد لما سبق ذكره فإن الإشكالية في الزواج العرفي تنصب على مسألة تسجيله، والتسجيل يقتضي إتباع إجراءات خاصة، باختلاف مكان انعقاد العقد وباختلاف الفترة الزمنية التي ابرم فيها، ولذلك حاول المشرع في معالجة عقود الزواج العرفية عن سنة لمجموعة من النصوص القانونية، والتي تلزم المواطنين المتزوجين عرفيا أن يتقدموا الى المحاكم لاستصدار أمر أو حكم لتسجيل عقودهم في سجلات الحالة المدنية وفقا للإجراءات المنصوص عليها في تلك القوانين وعليه سنتطرق لهذه النصوص القانونية في فرع أول، أما الفرع الثاني فسنتطرق لتسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه، وتسجيل عقد الزواج المتنازع فيه في فرع ثالث.

الفرع الأول: النصوص التي تناولت تسجيل عقد الزواج العرفي

بداية من سنة 1982 تاريخ إنشاء نظام الحالة المدنية في الجزائر، والى غاية سنة 1984 تاريخ صدور قانون الأسرة، صدرت عدة قوانين ومراسيم نصت على تسجيل عقود الزواج العرفية، منها ما صدر قبل الاستقلال ومنها ما صدر بعده.

---

[118]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ، 1998/09/22، مجلة قضائية، 2000، العدد 02، ص173

1). القوانين الصادرة قبل الاستقلال

إن أول تنظيم لقانون الحالة المدنية في الجزائر كان على يد الاستعمار عندما اصدر قانون 1882/03/23، ونصت المادة 16 منه على أن: "وثائق الميلاد والوفاة المتعلقة بالأهالي الجزائريين يجري تنظيمها وتسجيلها في سجلات الحالة المدنية وفقا للإشكال والأوضاع المنصوص عليها في القوانين الفرنسية النافذة، أما الوثائق المتعلقة بالزواج والتفريق والطلاق الرضائي فإنها ستنظم وتسجل في سجلات الحالة المدنية بناءا على تصريح يقدمه الزوج الى رئيس البلدية أو المحاكم العسكرية.[119]

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

غير أن هذا القانون انحصر تطبيقه في جهات معينة أهمها المناطق التي ترتكز فيها مصالح الاستعماريين واحتاجت فيهات السلطة الفرنسية الى التعامل مع بعض الجماعات من الجزائريين لاستخدامهم في إدارتها.

وظل هذا القانون هو المطبق في بلادنا الى أن ألغي بموجب المادة 18 من الأمر رقم 66- 307 المؤرخ في 1966/10/14 والمتضمن شروط تأسيس الحالة المدنية.[120]

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

قانون 57- 777 صدر هذا القانون خلال سنة 1957 ويتعلق بإثبات وتسجيل عقود الزواج السابقة له، وقد نص في المادتين الثالثة والرابعة منه على:

"وجوب تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية بموجب حكم من رئيس المحكمة في غرفة المشاورة بناءا على طلب الزوجين أو طلب أحدهما، وأن الحكم الصادر لا يقبل أي طريق من طرق الطعن.[121]

هذا القانون تم إلغائه فيما بعد، وقبل ذلك كان يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة قبل صدوره، بحث تضمن إجراءات تسجيل عقود الزواج والتي تتم بناءا على طلب ينتهي بصدور

---

[119]- بداوي علي، مقال عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني، العدد الثاني، ص33.

[120]- عبد الله شناح، الزواج العرفي، مذكرة نهاية التربص بالمعهد الوطني للقضاء، سنة 1993، ص05

[121]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص20

حكم فيه، خلافا لقانون السابق الذي يتم فيه التسجيل بناءا على تصريح يقدمه الزوج الى رئيس البلدية أو المحاكم العسكرية وهذا يعني أن إجراءات التسجيل حسب هذا القانون ترفع أمام رئيس المحكمة بصفته الجهة المنوطة بالفصل في طلب تسجيل عقد الزواج.

الأمر 59– 224: المؤرخ في 1959/02/04، والخاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية وذلك في الواحات، حيث نص هذا الأمر في المادة الثالثة منه على تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية، غير أنه فرق بين إجراءات التسجيل بحسب الجهة التي يتم إبرام الزواج أمامها فإذا تم الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، وجب على هذا الأخير أن يسلم للزوجين دفترا عائليا يثبت انعقاد الزواج، أما إذا تم الزواج أمام القاضي وجب أن يثبت ذلك في وثيقة وان يسلم الى أصحابها شهادة بانعقاد الزواج، ثم يرسل الى ضابط الحالة المدنية نسخة من عقد الزواج خلال 03 أيام، وعل هذا الأخير أن يسلم الزوجين دفترا عائليا.[122]

كما منعت نفس المادة إقامة حفل الزواج إلا بعد الاطلاع على الشهادة والدفتر العائلي وأضافت المادة السادسة من نفس الأمر أن انحلال الزواج لا يكون إلا بقرار من القضاء فيما عدا حالات الموت.

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

وخلاصة القول أن هذا الأمر انحصر تطبيقه في مناطق معينة على سبيل الحصر مما جعل عقد الزواج في غير هذه المناطق خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية، كما انه نص على إجراءات تسجيل عقود الزواج المبرمة بعد صدوره، ولم يتحدث عن كيفية تسوية العقود المبرمة قبله، والاهم انه فرق بين الزواج الذي يتم أمام ضابط الحالة المدنية، والذي تم أمام القاضي من حيث إجراءات تسجيله، وخلص في النهاية الى أن قيام الزواج يثبت شهادة انعقاد الزواج وبالدفتر العائلي، وان انحلاله يكون بقرار من القضاء، ومنه فلا يمكن الاحتجاج بخلاف ذلك.

---

[122]– عبد الله شناح، المرجع السابق، ص05

2). القوانين الصادرة بعد الاستقلال:

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

مرسوم 62-126: المؤرخ في 1962/12/31 نص هذا المرسوم في المواد الخمس الأولى منه على إمكانية وكيفية تقييد حالات الولادة والزواج والوفاة الواقعة داخل وخارج الثرات الوطني خلال الفترة ما بين أول نوفمبر 1954 و 05 جويلية 1962 ونصت المادة السابعة منه على ان السجلات المتضمنة وثائق الزواج وجيش التحرير الوطني في الجزائر وتونس والمغرب تخضع الى تأشيرة وموافقة وكلاء الدولة لدى المحاكم الابتدائية الكبرى بالجزائر قسنطينة ووهران الذين يأمرون بتقييد وثائق الميلاد والزواج والوفاة التي تضمنتها السجلات ووهران تبعا لآخر موطن في البلاد.

كما تنص المادة الثامنة على أن وثائق الولادة والزواج والوفاة المحررة في الخارج بشكل نظامي يمكن تقييدها في سجلات الحالة المدنية بمجرد طلب من وكيل الدولة المختص وبعد ذلك نصت المادة 17 أن أحكام هذا المرسوم تكون قابلة للتطبيق خلال مدة سنة ابتداءا من بتاريخ دخولهم حيز التنفيذ.[123]

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

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

بحيث نص في المادة الخامسة منه: "لا يجوز لأحد أن يدعي بأنه زوج وأن يطالب بما يترتب على ذلك من آثار، ما لم يقدم زواج مسجل بسجلات الحالة المدنية".[124]

أما فيما يخص العقود غير المسجلة، نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة على انه: "يجب تسجيل عقود الزواج المبرمة قبل صدور هذا القانون خلال 3 سنوات" ثم يمدد هذا الأجل الى 3 سنوات أخرى بمقتضى الأمر المؤرخ في 1968/02/22 الى غاية 31 ديسمبر 1969، غير أن هذا النص لم يبين كيفية

---

[123]- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، ص26- 27.

[124]- عبد الله شناح، المرجع السابق، ص06.

التسجيل ولا شروطه وبقيت المحاكم تطبق الإجراءات التي نص عليها قانون 57- 777 المؤرخ في 1957/07/11 أهم ما يمكن قوله أن هذا القانون كان يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة قبل صدوره، وبذلك فإنه يحل مشكلة العقود المبرمة بعد سنة 1962 وحتى تلك التي أبرمت بين الفترة الممتدة بين 1957/11/01 و 1962/07/05 وفاتها ميعاد السنة طبقا لما نص عليه المرسوم 62- 126.

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

ولما كانت المادة 223 من قانون الأسرة تنص على إلغاء جميع الأحكام المخالفة له، فإن النتيجة هي أن المادة الأولى من القانون 63- 224 تكون قد ألغيت إلغاءا ضمنيا، أما غيرها من المواد الأخرة فإن الإلغاء لم يشملها ضمنيا وصراحة بأنها لا تخالف قانون الأسرة، فنص المادة الخامسة مازال مطبق حيث لا يمكن لشخص أن يثبت أنه زوج بدون مستخرج عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية.[125]

كما أن الدكتور محمد محده وعبد العزيز سعد يذهبان الى إمكانية معاقبة الزوجين وممثليهما الشرعيين وكل الأشخاص الذين يساهمون في إبرام عقد الزواج لفتيان أو فتيات لم يبلغوا السن المحددة في القانون، وما يزال بالإمكان اعتبار زواجهما باطلا أو قابلا لإبطال حسب الأحوال، أو اعتباره صحيحا بعد البلوغ أو بعد حمل الزوجة ويمكن تسجيله هو نفسه قد ابرم خلال الفترة التي لم يبلغ الزواجان أو احدهما السن القانونية المحددة.

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

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

---

[125]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص30.

وحسب المادة الثانية من هذا الأمر فإن إجراءات تسجيل عقد الزواج المبرم قبل صدوره تكون بتوجيه طلب من المعني أو ممن له مصلحة في ذلك، الى رئيس المحكمة التي يتم في دائرة اختصاصها انعقاد الزواج على أن يتضمن الطلب الاعتراف قضائيا بالزواج ابتداءا من تاريخ عقده، وبعد أن تقوم المحكمة بإجراء التحقيقات المناسبة ثبت في الدعوة خلال 03 أشهر من تاريخ تقديم العريضة، على أن الحكم الصادر غير قابل للطعن.

وطبقا للمادة الرابعة من الأمر فإن أثر الزواج يبدأ من تاريخ اليوم الذي اعترف فيه الحكم بأنه تاريخ عقد الزواج إلا أن مسألة تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية ظلت قائمة ولم تنته، إما بسبب إهمال المواطنين وعدم الاهتمام بمصالحهم، وإما بسبب إهمال المسؤولين وعدم اهتمامهم بالمصلحة العامة والنظام العام، الأمر الذي حتم على السلطات المسؤولة أن تعيد النظر وذلك بعد إصدارها للأمر رقم 71- 65.

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

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

وبينت المادة الثانية لإجراءات الواجب إتباعها حيث نصت على أنه: "لا يجوز لكل من يعنيه الأمر أو يوجه الى رئيس المحكمة التي انعقد القران في دائرة اختصاصها، طلب يرمي الى جعل هذا القران معترفا به قضائيا، وكذلك التاريخ الذي انعقد فيه".

ونفس الأمر نص على انه إذا تعلق الأمر بقران بلين الجزائريين أو بين الجزائريين وأجنبيات ليس لهم مسكن قار في الجزائر، فإن الاختصاص بشأن الحكم بإثبات الزواج يعود الى رئيس محكمة مدينة الجزائر، وعلى المعني المقيم في بلد أجنبي إيداع طلبه لدى البعثات الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية التي يوجد المسكن في دائرة اختصاصها، وفي هذه الحلة يقوم الأعوان الدبلوماسيين أو القنصليين بإجراء تحقيق حول واقعة الزواج وإرسال الطلب مشفوعا برأيهم في خلال الشهر الموالي من استلامهم للطلب الى رئيس محكمة مدينة الجزائر، والمحكمة التي يمكنها أن تأمر بجميع إجراءات التحقيق ثبت في القضية في ظرف الثلاث أشهر الموالية ليوم تسلم الطلب، والحكم الصادر غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، ثن ينسخ منطوق الحكم في السجلات الحالة المدنية التابعة لمكان الميلاد وفي سجلات

القنصلية وذلك بطلب من وكيل الدولة وقد نص هذا الأمر على أنه يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة قبل صدوره بشرط ان يكون قد نتج عنها أولاد، وبذلك يكون هذا الأمر قد اغفل عقود الزواج العرفية التي لم ينتج عنها أولا هذا ما يعاب عليه.

الأمر 70-20: المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية، والذي دخل حيز التطبيق خلال شهر جويلية 1972، فألغي جميع القوانين المخالفة له التي كانت مطبقة قبله هذا الأمر عالج جميع عقود الحالة المدنية بشكل شامل ومنها عقود الزواج التي تمت عرفيا والتي سماها "بالعقود المغفلة" ونص عليها في القسم الأول من الفصل الثاني تحت عنوان تعويض العقود المغفلة أو المتلفة.[126]

ويمكن تعريف العقود المغفلة بصفة عامة بأنها العقود التي لا يصرح بها لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة أو تعتذر قبولها، أو عندما لا توجد سجلات أو فقدت لأسباب أخرى غير أباب الكارثة أو العمل الحربي، ومنه فإن عقد الزواج العرفي هو عقد مغفل لم يسع فيه الزوجين أو محرر العقد على تسجيله في الآجال المحددة قانونا وقد نص الأمر 70-20 في المادة 39 منه على إمكانية تقييد كل عقود الزواج المبرمة بعد صدوره والتي تكن موضوع تسجيل أو تقييد في سجلات الحالة المدنية، على أن التسجيل يتم بموجب أمر بسيط من رئيس المحكمة، بناءا على طلب من وكيل الجمهورية، استنادا الى طلب صاحب المصلحة وبالاعتماد على الوثائق والإثباتات المادية.

هذا الأمر يطبق بأثر فوري ومستقبلي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة بعد دخوله حيز التطبيق ويمكن القول بأن المادة 39 من الأمر السابق، أشمل مقارنة مع المادة الأولى من الأمر 71-65 بأنها تضمنت تسجيل جميع حالات الزواج سواء تلك التي نتج أو ينتج عنها أولاد.

بما أن الأمر 71-65 يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود الزواج العرفي المبرمة قبل صدوره، وان الأمر 70-20 يطق بأثر فوري ومستقبلي بعد دخوله حيز التنفيذ في شهر جويلية 1972، فإننا نتسائل على كيفية تسوية وضعية العقود المبرمة بين الفترتين؟ بالنسبة ألينا فإن تلك العقود تدخل ضمن العقود المغفلة والمنسية في مفهوم قانون الحالة المدنية، وبذلك يمكن إخضاعها لأحكام المادة 39 من الأمر 70-20.

---

[126]- بداوب علي، المرجع السابق، ص34.

قانون 87-11: المؤرخ في 09 جوان 1984، والمتضمن قانون الأسرة وهو آخر النصوص التي عالجت عقود الزواج، حيث نص في المادة 22 على إمكانية تسجيل عقود الزواج العرفي، وفيما يتعلق بإجراءات التسجيل فقد أحال على المادة 21 منه في تطبيق أحكام قانون الحالة المدنية.

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

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

واهم نقطة من نقاط التلاقي بين القوانين هي: بيانات عقد الزواج تكون وفقا للمادتين 30- 73 من قانون الحالة المدنية ويضاف إلها ما تضمنته الماد 15 من قانون الأسرة حيث جاء فيها وجب تحديد مبلغ ونوع الصداق وإدراجه غفي وثيقة عقد الزواج سواء كان معجلا أو مؤجلا.

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

والإشكال المطروح هو عدم تحكم المشرع في استعماله للفظي الأمر والحكم، وهذا ما جعل تطبيق الإجراءات من الناحية الواقعية محل نقاش وجدال واختلاف بين قضاة مختلف المحاكم وحتى بين قضاة المحكمة الواحدة، ومنهم من يرى ضرورة صدور حكم عن قاضي الأحوال الشخصية يقضي فيه بإثبات الزواج العرفي، والإجابة على هذا التساؤل تجعلنا نتعرض الى الفرق بين العمل القضائي والعمل الولائي على أساس أن الأول ينتهي بصدور حكم والثاني ينتهي بصدور أمر.

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

أما العمل الولائي: فهو يهدف الى إزالة العقبة القانونية أمام إرادة الأفراد، بحيث تنعدم فيه المنازعة، كما انه لا يخضع للطعن فيه، غير انه يمكن التظلم فيه، أمام الجهة المصدرة له بدعوى البطلان المبتدأة، وأخيرا لا يدفع فيه بسبق الفصل ولا يجوز حجيته الشيء المقضي فيه.

من خلال ما تقدم يمكن القول بأن جميع إجراءات التسجيل الواردة في معظم القوانين الصادرة كانت بموجب أوامر قضائية بجليل أن جميعها صدرت عن رئيس المحكمة وذلك رغم أن المشرع استعمل لفظي الأمر والحكم معا، وذلك الى غاية صدور قانون الأسرة الذي فصل في الإشكال من خلال نصه في المادة 22 منه على أن: "الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية"، وعليه فإن معيار التمييز بين الأمر والحكم يمكن في كون الزواج قد يتعلق بشأن وجوده كواقعة مادية، أو شأن صحته من الناحية القانونية أو الشرعية سواء بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر، أو بين وريثيهما بعد وفاتهما معا في وقت واحد أو أوقات مختلفة، وبذلك سنحاول التطرق الى تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمتنازع فيه.

الفرع الثاني: تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه.

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

وقبل الحديث عن تسجيل الزواج بسجلات الحالة المدنية يمكن الإشارة الى أن المشرع في المادة 18 السابقة الذكر وباستعماله لعبارة "يتم عقد الزواج .... أراد تبيان الكيفية المتبعة لتسجيل عقود الزواج، وليس إلزام المواطنين بالتسجيل على خلاف قانون الأحوال الشخصية الأردني الذي نص في المادة 17 منه "يجب على الخاطب مراجعة القاضي أو نائبه لإجراء العقد، على أن يجري عقد الزواج من مأذون القاضي بموجب وثيقة رسمية، وللقاضي بحكم وظيفته في الحلات الاستثنائية أن يتولى لك بنفسه بإذن

من قاضي القضاة" وأكدت هذه المادة وجوب تسجيل عقد الزواج عندما اعتبرت عدم تسجيله مخالفة لأحكام القانون ورتيب على ذلك عقوبة.

وبالرجوع الى المادة 18 من قانون الأسرة والمادة 71 من قانون الحالة المدنية "نجد بأن المشرع قد اسند مهمة القيام بإجراءات تحرير وثيقة عقد الزواج المبرمة داخل الوطن والمتعلقة بزواج المواطنين الجزائريين لشخصين دون غيرهما وهما ضابط الحالة المدنية والموثق الذي يوجد بدائرة اختصاصه مسكن الخطيبين أو أحدهما أو الذي يوجد بدائرة اختصاصه محل إقامة أحدهما.[127]

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

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

نسخة من شهادة الميلاد الأصلية للزوجين لا يتجاوز مدتها 03 أشهر – شهادة عزبة الزوجين – شهادة طبية بعدم حمل الزوجة – نسخة من بطاقة تعريف الطرفين، وبعد أن يتأكد ضابط الحالة المدنية من الهوية الكاملة للطرفين ومن رضا الزوجة وسماع وليها والشهود المرافقين لهما ووجود الصداق، يقوم بتسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية فورا بعد توقيع الطرفين والولي والشهود على السجل، ثم يسلم الزوجين دفترا عائليا يؤكد ويثبت صحة وشرعية العقد وتسجيله، أما إذا وقع انعقاد الزواج أمام الموثق فإنه يجب على هذا الأخير أن يحرر عقدا بذلك ويسجله في سجلاته المعدة لذلك، ثم يسلم الزوجين شهادة عقد الزواج الى ضابط الحالة المدنية وذلك خلال 03 أيام أين يجب عليه أن يقوم بتقييد ملخص هذا العقد في سجلات الحالة المدنية المتعلقة بعقود الزواج وذلك خلال مهلة 5 أيام ابتداءا من تاريخ استلامه، ثم يسلم الزوجين دفترا عائليا، وعيله أيضا أن يؤشر بهذا الزواج على هامش سجل شهادات ميلاد كل من الزوج والزوجة غير أنه إذا تم إبرام الزواج ولم يسجل بسجلات الحالة المدني ضمن الآجال المقررة قانونا، ولم يكن موضوع نزاع أو خلاف سواء بين الزوجين أو ممن له مصلحة في ذلك، وذلك بعد استيفاء جملة من الإجراءات الواجب إتباعها، والتي تبتدئ بتقديم طلب يتضمن إثبات الزواج العرفي وتنتهي بصدور أمر يقضي بالتثبيت مع الأمر

[127]– عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ص128.

بالتسجيل، وتجدر الإشارة الى أن إجراءات تسجل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم داخل التراب الوطني، وبعدها المبرم خارج التراب الوطني.

1/. تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم داخل التراب الوطني:

إن المتزوجين عرفيا غير المتنازعين حول واقعة الزواج في كثير من الأحيان يلجؤون الى الموثق من اجل التصريح أمامه بقيام الرابطة الزوجية بينهما، بعد إثبات توافر أركانها، تلك التصريحات يدونها الموثق ضمن وثيقة تعرف بالإقرار بالزواج أو تقارير بالزواج، إن هذا الإقرار لا يرقى الى مرتبة العقد ولا يمكن أن يكون وسيلة لإثبات الزواج فهو مجرد إقرار غير قضائي أو تصريحات تتم أمام جهة رسمية تلزم الطرفين فقط ولكن عادة ما يستند إليها هؤلاء للمطالبة بتثبت عقد الزواج وتطبيقا لأحكام المادة 39 من قانون الحالة المدنية فإن الجهة المختصة بنظر طلبات تثبت الزواج هي محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي كان يمكن تسجيلها فيها، بمعنى دائرة اختصاص مقر احد الزوجين أو كلاهما أو محل إقامتهما وعيله يمكن لأحد الزوجين أن يرفع طلب الى رئيس المحكمة، وذلك عن طريق تقديم عريضة بدون مصاريف، على أن يكون طلبه مكتوبا على ورقة عادية يوجهه الى وكيل الجمهورية، يتضمن البيانات المتعلقة بعقد الزواج وبدواعي تسجيل، ومرفوقا بالوثائق والإثباتات المادية والمتمثلة في: شهادتي ميلاد الزوجين، شهادة عدم تسجيل الزواج بالحالة المدنية، شهادة عزوبة بالنسبة للزوجين، شهادة طبية بحمل أو عدم حمل الزوجة، نسخة من بطاقتي تعريف الزوجين، وثيقة الإقرار بالزواج، ووجود هذه الأخيرة لا يحول دون ممارسة القاضي لسلطته في مراقبة المعلومات المدلى أو المصرح بها أمام الموثق، على أساس انه بعد تكوين الملف يقوم وكيل الجمهورية باستدعاء الأطراف، وسماع الشهود والتأكد من صحة الوثائق المقدمة وزيادة على أركان الزواج التي يتطلبها القانون وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وكذلك المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة هناك شروط أخرى، تتعلق بزواج فئة معنية من الأشخاص هذه الشروط منها نص عليها القانون، ومنها ما نصت عليها التنظيمات الداخلية.

بالنسبة لزواج القصر: فإن قانون الأسرة نص على أهلية الزواج وحدد سنه بالمادة السابعة منه والتي جاء فيها بأن: "أهلية الرجل في الزواج تكتمل بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة"، وبذلك فإنه من جهة لا يمكن إبرام عقود الزواج دون بلوغ السن القانونية، ومن جهة أخرى أقر المشرع بإمكانية وقوعه قبل ذلك، أي أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج لمصلحة أو ضرورة.[128]

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

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

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

فإذا ابرم الزواج مع توافر أركانه ولم يعلق على رخصة أو إذن مسبق، وان طرفيه لم يسعيا الى تسجيله ضمن الآجال القانونية، في هذه الحالة يقبل وكيل الجمهورية الطلب ويرفعه بموجب عريضة بطلب قيد

---

[128]– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص53.

زواج مع أمر الى رئيس المحكمة، فإذا تبين له بعد اطلاعه على العريضة المقدمة والمستندات المرفقة لها بأن الزواج المراد تسجيله كان قد تم وفقا للشرع والقانون فإنه يأمر بقيد الزواج المنعقد وتسجيله في سجل الزواج للسنة الجارية وذلك بالبلدية التي ينبغي أن يسجل فيها.

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

أما إذا تم الزواج بدون رخصة رغم أن القانون نص صراحة على وجوب استيفائها ولم يسعى الطرفين الى تسجيله، ورغم صحة أركانه من جهة أخرى، فإن وكيل الجمهورية يرفض الطلب المقدم إليه على أساس أن الطرفين خالفا أحكام تنظيمية علقت بالزواج على شروط خاصة يتعين احترامها، وهنا يوجه المعني الى رفع دعوى أمام قاضي الأحوال الشخصية.

بعد صدور أمر القاضي بتسجيل الزواج العرفي، يظهر دور نيابة المحكمة "وكيل الجمهورية" بصفته الهيئة المخول بها قانونا بتنفيذ الأوامر والأحكام القضائية الصادرة، وتطبيقا لأحكام المادة 41 من قانون الحالة المدنية والتي تنص على أن يرسل وكيل الدولة فورا حكم رئيس المحكمة قصد نقل هذه العقود في سجلات السنة المطابقة لها الى كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المكان الذي سجلت فيها العقود أو كان ينبغي تسجيلها فيها، وكذلك نسخة الى كتابة ضبط المجلس القضائي التي تحتفظ بنسخة من هذه السجلات كما يشار فضلا عن ذلك بصفة ملخصة الى الحكم في هامش السجلات في محل تاريخ العقد وهو ما اقتضته المادة 42 من قانون الحالة المدنية.

وفي نفس الإطار نصت المادة 60 من قانون الحالة المدنية على انه ينبغي على ضابط الحالة المدنية الذي يحرر العقد أو يسجله، أن يشير إليه في السجلات الموجودة لديه خلال 03 أيام إذا كان العقد تابعا للقيد، وإذا كانت النسخة الثانية من السجل التي يجب أن يتم فيها التسجيل موجودة بكتابة الضبط فيرسل إشعار الى النائب العام.

وإذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامشه هذا البيان قد حرر أو سجل في بلدية أخرى فيرسل الإشعار في أجل 03 أيام الى ضابط الحالة المدنية لهذه البلدية الذي يشعر على الفور النائب العام إذا كانت النسخة الثانية من السجل موجودة في كتابة الضبط.

2/. تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم خارج الوطن:

حسب المادة 99 من قانون الحالة المدنية والخاصة بعقود الزواج التي تمت خارج الوطن بين جزائريين وأجانب والتي لم يتم تسجيلها بسبب عدم التصريح بها أو إغفالها فإن الجهة القضائية المختصة في نظر طلبات إثبات عقود الزواج هو رئيس محكمة مدينة الجزائر بحيث نصت على أنه : "إذا لم يسجل العقد بسبب عدم التصريح به فإنه إما أن يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة أو الحصول على حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر يقضي بتسجيله فسجلات القنصلية" وبالنسبة لإجراءات التسجيل فإنه يتم تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا أو ممن له مصلحة الى وكيل الجمهورية أدى محكمة الجزائر العاصمة على أن يرفق الطلب شهادة ميلاد الزوجين، وشهادة شاهدين بالعين ممن حظرا مجلس العقد أو حفل الزواج ويتولى وكيل الجمهورية لدى محكمة مدينة الجزائر إعداد عريضة يقدمها الى رئيس نفس المحكمة بعد إجراء التحقيقات اللازمة والمشار إليها سابقا، يقرر هذا الأخير إصدار أمر بتسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية للقنصلية أو السفارة الجزائرية.

أين يتولى وكيل الجمهورية بنفس المحكمة إرسال نسخة من الأمر الى وزارة الشؤون الخارجية وهو ما نصت عليه المادة 60 في فقرتها الثالثة من قانون الحالة المدنية والتي جاء فيها بأنه: "إذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامشه البيان قد حرر أو سجل في الخارج فإن ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد الواجب قيده يقوم بإشعار وزير الشؤون الخارجية خلال 03 أيام".

وتجدر الملاحظة أن المشرع في هذه الحالة بموجب المادتين 100 و 101 من قانون الحالة المدنية منح الاختصاص الى 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.

الفرع الثالث: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه

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

تمكن المدعي من إثبات الزواج حكمت المحكمة بقيام الزواج وعندما يصبح الحكم نهائيا يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية.[129]

وقد جاء في المادة 22 ففقرتها الثانية من قانون الأسرة أنه: " في حالة عدم التسجيل يثبت بحكم إذا توافرتن أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية حيث ترفع دعوى إثبات عقد الزواج التي لا تختلف عن غيرها من الدعاوى المدنية الأخرى من حيث يتعلق بإجراءات رفع الدعوى ومن حيث ما يتعلق بأهلية المتنازعين وصفاتهم وإن كان قانون الأسرة على عكس الأمر رقم 70-20 لم يحدد صراحة الإجراءات الواجب إتباعها لإثبات واقعة الزواج العرفي والجهة القضائية المختصة، فدعوى إثبات الزواج العرفي من دعاوى الأحوال الشخصية التي تتعلق بالنزاعات الناشئة بين أفراد الأسرة الواحدة بدءا من الزوجين الى الأصول الى الفروع، وهي دعوى تقريرية يطلب فيها المدعي تقرير وجود حق أو مركز قانوني دون إلزام الخصم بأداء معين.

وقد عرفها الأستاذ عمرو زودة بأنها: دعوى تهدف الى الحصول على حكم قضائي، يؤكد في النهاية وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني، وبهذا التأكيد يزول الشك حول الوجود من عدمه، على أن هذه الدعوى لا تواجه اعتداء في شكل مخالفة الالتزام، وإنما تواجه اعتراض للحق أو المركز القانوني.

1/. اختصاص وإجراءات رفع دعوى إثبات الزواج:

القاعدة العامة انه يؤول الاختصاص الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مواطن المدعي عليه في جميع الدعاوى التي لم ينص فيها على اختصاص محلي خاص إذا لم يكن للمدعي موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها محل إقامته حسب نص المادة الثامنة من قانون إجراءات المدنية.

هذا وقت نصت المادة الثامنة كذلك على انه في دعاوى الطلاق أو العودة الى مسكن الزوجية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية وفي دعاوى الحضانة أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة.

---

[129]- عبد العزيز سعد، الزواج العرفي والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص369.

وعليه فإن المشرع لم يحدد اختصاص محلي خاص لدعوى إثبات الزواج من ثمة بالرجوع الى القاعدة العامة هي موطن المدعي عليه الاختصاص المحلي ليس من النظام العام وليس للقاضي اثارته تلقائيا ولأطراف النزاع الاتفاق على عرضه أمام أي جهة قضائية في حالة وجود عقد الزواج ويتعلق النزاع بصحته أو عدم صحته شرعا أو قانونا أو في حالة ما يتعلق النزاع بعدم وجوده أصلا يعود الاختصاص الى قاضي الأحوال الشخصية للمحكمة موطن المدعي عليه إذ لم يتفق الطرفين على خلاف ذلك.

وإذا كانت المحاكم تخلط بين الزواج المتنازع فيه وغير المتنازع فيه وترجعها جسيما الى قاضي الأحول الشخصية والذي يرفض عادة النظر في الدعاوى التي لا تتضمن نزاع لأن الحكم يفصل في النزاع القائم بين المدعي والمدعى عليه حول قيام الزوجية.

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

وتبدأ إجراءات رفعها بتقديم الطلب في شكل عريضة طبقا للمادة 12 من قانون الإجراءات المدنية مكتوبة ومؤرخة وموقعة من المدعى أو محاميه ومدعومة لدى كاتب ضبط قيم الأحوال الشخصية مع مراعاة أحكام المادة 459 من قانون الإجراءات المدني.

2/. شروط رفع دعوى إثبات الزواج:

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

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

وأهلية التقاضي تفي صلاحية الشخص مباشر الإجراءات أمام القضاء، والقاعدة العامة أن يكون الشخص الطبيعي أهلا للتقاضي ببلوغه سن الرشد 19 سنة حسب المادة 40 القانون المدني، ويجب أن تتوافر أيضا في الخصم الموجه إليه الإجراء لأنه يعرضه لمخاطر الحكم ضده مما يفي حرمانه نهائيا من حقه، بالرجوع للقواعد العامة فإن تخلف الأهلية يترتب عليها بطلان العمل القضائي فهي شرط لمباشرة الدعوى وليست شرطا لوجودها ويعد البطلان الناشئ عن تخلف أهلية التقاضي متعلقا بالنظام

العام، وقواعد الأهلية مقررة لحماية القصر وهذا لا ينفي إمكانية تصحيح هذا البطلان في أي مرحلة تكون الإجراءات من الشخص المخول له ذلك فالأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما لمباشرة إجراءاتها.[130]

وقد جاء في قرار المجلس الأعلى القاضي ينقص قرار صادر من مجلس قضاء المدينة بتقريرها عدم جواز تأسيس قاصرة كطرف مدني باسمها الخاص وعدم قبول إدعائها دون إدخال وليها في الدعوى.[131]

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

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

والصفة في دعوى إثبات الزواج وباعتبارها دعوى تقريرية تثبت للورثة بقرمتهم وليس لأحدهم لأن تأكيد وجود الحق أو التركز القانوني لا يمكن أن يحدث آثاره إلا في مواجهة جميع أطراف الرابطة القانونية.

وإذا كانت بعض المحاكم تقبل دعوى إثبات الزواج العرفي إذا رفعت من أحد الورثة فقط أو ضد أحد الورثة ولا تشترط أن تكون ضدهم أو من طرفهم جميعها لأنها تطرح العديد من الإشكاليات خاصة فيما يخص التبليغات وصعوبة جمع كل الورثة أطراف الرابطة القانونية.

ونشير هنا أنه في حالة وفاة أحد الزوجين أو كلاهما غالبا ما ترفع هذه الدعاوى من صاحب المصلحة ضد النيابة العامة وهذا غير جائز، لأنه لا يوجد أي نص قانوني يقضي برفع دعوى في مثل هذه الحالات ضد النيابة، وكذلك فإن النيابة ليبسن طرفا في العقد المراد إثباته ومن ثمة لا يمكن قبول الدعوى المرفوعة ضد النيابة لأن الصفة في دعوى إثبات الزواج العرفي تحقق في كل من الزوجين أو وريثهما أو النيابة فلا تكون لها الصدفة في الادعاء أمام القضاء المدني كطرف أصيل سواء مدعية أو

---

[130]- بو بشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص76. 79.

[131]- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 276760، 1984/01/10، مجلة قضائية وسياسية، 1989، العدد 04، ص 323. 325.

مدعى عليها إلا استثناء بنص خاص.[132] وبغياب نص خالص في دعاوى إثبات الزواج العرفي فإنه لا يجوز قانونا رفع دعوى ضد النيابة في إثبات الزواج العرفي.

المصلحة: لا دعوى بغير مصلحة والمصلحة المقصودة هي حماية شخص لحق اعتدى عليه أو اغتصب منه وهو أساس المصلحة وهو الحق الثابت للمعتدي عليه ومتى انتقت المصلحة رفضت الدعوى.

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

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

3/. كيفية إجراء تحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي:

تقدم عريضة مرفقة بأدلة كافية لإثبات صحة عقد الزواج المتنازع حول وجوده أو صحته الى كتابة ضبط قسم الأحوال الشخصية أين تسجل العريضة ويتم جدولتها في السجل العام للقضايا وتحدد لها جلسة للنظر فيها.[133]

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

قاضي الأحول الشخصية يقوم بالتحقيق بمساعدة أمين الضبط فيتأكد أولا من هوية الخصوم وولي الزوجة والشهود من خلال بطاقة التعريف لكل واحد منهم وعن درجة القرابة بينهم، يتم سماع كل واحد على حدى عن مدى توافر أركان الزواج وعن مكان وزمان إتمام الزواج وعن مقدار الصداق وفما إذا كان معجلا أو مؤجلا وعن حضور الشهود مجلس العقد وولي الزوجة ورضا الطرفين.

يتم سماع الشهود كل على حدى بعد التأكد من هوية الشاهد كاملة وبعد تأدية اليمين القانونية على محضر يدون فيه الهوية الكاملة للشاهد من اسم ولقب ومهنة وسن والموطن ودرجة قرابته بالخصوم والإشارة الى تأدية اليمين القانونية.

---

[132]– محاضرات الأستاذ عمر زودة، فهم مادة الإجراءات المدنية ملقاة على طلبة القضاة الدفعة 12، السنة الاولى "مقال دور النيابة العامة في الدعاوى المدنية، مجلة قضائية، 1991، ص267". WWW lAlje Fa. Info. قسم الدروس والمحاضرات.

[133]– عمر زودة، مقال حول التطبيقات القضائية للمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية، المجلة القضائية 2001، العدد 01 ص 38 قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، "النيابة والأسرة، www.dohsha.com/25565

وبعدها يستفسر عن ما إذا حضر مجلس عقد الزواج وحفل الزفاف ومن تولى العقد كولي للزوجة، وعن حضور أشخاص آخرين مجلس العقد والتاريخ الذي تم فيه الزواج العرفي لاسيما إذا كانت الشهادة سماعية، وكذا عن مقدار الصداق المقدم وعما إذا كان معجلا أو مؤجلا كما يستفسر عن رضا الزوجين وما إذا كانت الزوجة مازلت على ذمته أم لا، بعد ذلك يوقع الشاهد والقاضي وأمين الضبط على محضر التحقيق.

وإن كانت بعض المحاكم تتبع طريقة أخرى لسماع الشاهدين وذلك على محضر واحد وبعدها يطلب القاضي من الأطراف أن يقدموا الإضافات التي يرغبون فيها، وفي حالة اكتفاء الأطراف يقوم القاضي بتحديد جلسة للنظر في الدعوى قصد تقرير أدلة الإثبات المقدمة، وقبل الفصل في الموضوع يعرض ملف القضية على النيابة لإبداء طلباتها طبقا للمادة 171 قانون الإجراءات المدنية، وهو إجراء جوهري يعد من النظام العام وهو المبدأ الذي استقر عليه قضاء المحكمة العليا، وقد جاء في تقريرها الصادر بتاريخ 1984/11/19 أنه:

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

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

وعليه فإن محضر التحقيق المتضمن شهادة الشاهدين حول قيام أركان الزواج هو أساس إثبات واقعة الزواج العرفي، واليمين لا يرجع إليه إلا عند وفاة أحد الزوجين أني يوجهها القاضي للمدعي بالإضافة الى سماع شهادة الشهود عندما يتأكد القاضي من صحة قيام العلاقة الزوجية بناء على الشروط والأركان الشرعية ينطق بالحكم في جلسة علنية، ولكن هل يمكن أن تقترن دعوى إثبات الزواج العرفي بدعوى الطلاق العرفي أو بدعوى الرجوع أو النفقة؟

وللإجابة في هذه التساؤلات نستبد الى الاجتهاد القضائي والى ما جرى به العمل في المحاكم إذ جاء في قرار المحكمة العليا أن:

"الحكم يثبت الزواج العرفي والحكم بالتطبيق – طعن بالنقص – لأن حكم القاضي بتثبيت الزواج هو نفسه الذي قضى بالتطليق والأصح أن يكون التطليق في حالة وجود عقد زواج رسمي، رفض الطعن".

إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج يجوز للقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي ان يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم السجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناءا على تثبيته بموجب حكم قضائي.[134]

وفي قرار آخر للمحكمة العليا غير منشور أن:

"المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أنه القضاء بإثبات عقد النكاح ثم فسخه بالطلاق في آن واحد وبحكم واحد".[135]

ويستخلص من هذه القرارات أن المحكمة العليا تجيز الجميع بين دعوى إثبات الزواج ودعوى الطلاق أو التطليق، لكن نجد فبعض المحاكم موقفها مازال متذبذبا فأحيانا تقبل الجمع بين الدعويين وأحيانا أخرى تفصل الفصل بينهما على أساس عدم ارتباط الطلبين، وانه حتى يحكم بالطلاق او التطليق لابد أن يكون الحكم بالزواج نهائي.

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

وقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه:

"إذا كان الثابت أن القرار الذي أمر بتسجيل الزواج بين طرفي النزاع في الحلة المدنية طعن فيه بالنقص من قبل الطاعن وقد نقض فعلا من طرف المحكمة العليا، فإن قضاة الموضوع بقضائهم في الدعوى بترجيع الزوجة الى محل الزوجية ودفع النفقة لها دون وقف الفصل في هذه الدعوى لحين البحث فيها من طرف المحكمة العليا، يكونوا قد عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني".[136]

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

بعد أن يتأكد القاضي من شروط قبول الدعوى ومن الأدلة المقدمة لتثبت واقعة الزواج العرفي يصدر حكمة بالإشهاد على عقد الزواج العرفي، ويكون منطوقة محدد فيه تاريخ وقوع الزواج ويبين الهوية

---

[134]– المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاء، العدد 53، ص56.

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

[136]– المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 252308، 1989/04/02، مجلة قضائية وسياسية، العدد 02، ص57.

الكاملة لكل من الطرفين مع أمر ضابط الحالة المدنية مع التأثير به على هامش عقدي ميلاد كل من الطرفين.

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

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

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

كما يجوز أيضا لغير الخارج عن الخصومة فيقبل اعتراضه رغم انعدام صفته كخصم أصلي ومثال ذلك الحكم الصادر عن قسم الأحوال الشخصية محكمة الجلفة الصادر بتاريخ 2001/09/01 تحت رقم فهرس 01/668 جاء فيه:

"صدر حكم عن قسم الأحوال الشخصية بتاريخ 2000/06/10 تحت رقم فهرس 577- 200 قضية 382- 2000 قضي ابتدائيا، علنيا، غيابيا بإثبات صحة الزواج الحاصل بالجلفة خلال 1989 بين الطرفين.

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

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

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

المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "متى كان مقرر قانونا أنه ليس للطعن بالنقض أثر موقف إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص أو أهليتها فإن القرار القاضي بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدم الأساس القانوني، وان القرار الذي أمر بتسجيل الزواج بين طرفي النزاع في الحالة المدنية طعن فيه بالنقص من قبل الطاعن وقد نقض فعلا من طرف المجلس الأعلى "المحكمة العليا"، وقد كان على قضاة الموضوع وقف تنفيذ القرار".[137]

عندما يصبح الحكم المثبت للزواج العرفي نهائي يتم تسجيله لدى ضابط الحالة المدنية بالبلدية المعنية وتطبيق في ذلك أحكام وقواعد قانون الحالة المدنية كما أشارت إليه المادتين 21 و 22 قانون الأسرة.

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

ويرى عبد العزيز سعد في هذه الحالة، أن على الزوج صاحب المصلحة أن يأخذ نسخة من الحكم ويرسلها الى رئيس المحكمة عن طريق وكيل الجمهورية ويطلب استصدار أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية.[138]

حسب رأينا وبما أن وكيل الجمهورية هو الساهر على تنفيذ الأحكام فإذا لم يقترن الحكم بأمر التسجيل فللمعني بتقديم الطلب الى وكيل الجمهورية لتنفيذ الحكم المثبت للزواج العرفي وتوجيه الأمر بالتسجيل الى ضابط الحالة المدنية.

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

ويسري الزواج بأثر رجعي من تاريخ توفر أركانه وليس من تاريخ رفع الدعوى أو الحكم المثبت لواقعة الزواج العرفي، ومن كل ما سبق يتبين لنا أن الزواج العرفي قد يتنازع في صحته أو وجوده بين الزوجين أو بين أحدهما وممن لهم مصلحة، فنكون أمام خلاف لابد من اللجوء للقضاء للفصل فيه متى توفرت شروط المطالبة القضائية، فيتم إجراء تحقيق والتأكد من قيام العلاقة الزوجية ويتوج ذلك بحكم قضائي ويسجل بالحالة المدنية، إذا أصح نهائيا ولكن عمليا كثيرا ما نجد قاضي الأحوال الشخصية هو

---

[137]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 102653، مجلة قضائية، 1989، العدد 02، ص57.

[138]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص26.

الفاصل في كل من الطلبين سواء وجد نزاع أم لا،كحالة زواج الأشخاص الذين يشترط لعقد زواجهم رخصته كأفراد الجيش أو الأجانب أو القصر فوكيل الجمهورية يحيلها الى قاض الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على إثبات عقد الزواج العرفي والدعاوى المتعلقة به:

بعد إثبات عقد الزواج العرفي يترتب على ذلك عدة آثار من بينها تسليم الدفتر العائلي وتحرير العقد أمام الموثق لإضافة الى تدوين الزواج في سجلات الحالة المدنية وهذا ما سنتطرق له في المطلب الأول أما الدعاوى المتعلقة بها فسنتطرق لها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الآثار المترتبة عن تسجيل عقد الزواج

عقد الزواج العرفي إذا ابرم وفق القواعد الشرعية وذلك بتوافر أركانه الشرعية تترتب عنه كافة الآثار المادية والقانونية فمن حيث صحة العلاقة الزوجية بين أطرافها واثبات نسب الأبناء مع وجود الحضانة والنفقة وحقوق الزوجة على الزوج والعكس صحيح وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1986/01/22 بقولها: "كل زواج عرفي يعتبر صحيحا متى توافرت أركانه حتى ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وتترتب عليه كافة أثار عقد الزواج المسجل وكذا كافة الحقوق الزوجية أعلاه".

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

وعليه فإن تسجيل الزواج هو شرط شكلي بغرض الإثبات كما سبق توضيحه وليس هو جوهر العقد في حد ذاته لأنه صحيح شرعا وقانونا، وبمجرد أن يتم تسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية فإنه يترتب عليه آثار قانونية نجملها في:

الفرع الأول: تسليم الدفتر العائلي

أول الآثار هو الدفتر العائلي للزوجين بمقتضى عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، والذي يعتبر وثيقة رسمية اتجاه كل الإدارات العمومية ودليلا مثبتا للزواج وفق نص المادة 27 قانون الحالة المدنية بقولها: "يسجل ضابط الحالة المدنية عقد الزواج في سجلاته حالة إتمامه ويسلم الى الزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج".

الفرع الثاني: تحرير العقد أمام الموثق

إذا كان الزواج أمام يد الموثق باعتباره ضابط عمومي فيجب عليه أن يحرر العقد إذا اكتملت أركانه في سجله على أن يسلم للزوجين شهادة تثبت زواجهما ويقوم بعد ذلك بإرسال ملخص العقد الى ضابط الحالة المدنية التي يقيم فيها الزوج ليقوم هذا الأخير بتسجيل العقد ويسلم إليهم الدفتر العائلي.

الفرع الثالث: تدوين الزواج في سجلات الحالة المدنية

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

وعليه ما يمكن قوله في هذا المجال أن قانون الأسرة وإن كان قد حصر الاختصاص بتحرير عقود الزواج في الموثق وفي أي موظف مؤهل قانونا بتحرير عقود الزواج وتسجيلها في سجلات الحالة المدنية وحصر وسائل إثبات عقد الزواج في وسيلة واحدة وهي النسخة المستخرجة عن سجلات الحالة المدنية فإنه قد سكت عن مسألة إبرام عقود الزواج العرفي بحيث أنه لم يضيعها ولم يعاقب عليها كما أنه لم ينظمها ولم يعمل على تطويرها واستغلالها للصالح العام ولفائدة المواطنين لثنائية وازدواجية الجهات التي تتولى ممارسة مراسيم عقد الزواج ويضع حد نهائيا للملفات المتراكمة المتواجدة بالمحاكم، والتي تتضمن طلبات قضائية لإثباتها في سجلات الحالة المدنية.

المطلب الثاني: الدعاوى المتعلقة بالزواج العرفي

تتمثل الدعاوى المتعلقة بالزواج في دعوى النسب ودعوى الطلاق ودعوى الإرث وهذا ما سنحاول معالجته في كل فرع على حدى: فدعوى النسب تكون بإسناد نسب شخص لآخر وهذا ما سنعالجه في الفرع الأول إما دعوى الطلاق فقد يحدث أحيانا أن يتفق الطرفان على الزواج العرفي ثم بعد فترة يتفق الطرفان على إنهاء الزواج بالطلاق، وفي هذه الحالة ليس هناك مشكلة، ولكن تظهر المشكلة إذا غاب الزوج أو سافر الى دولة أخرى وانقطعت أخباره، وهو متزوج عرفيا ومن تم تكون الزوجة في حيرة فهي لا تستطيع أن تتزوج شخصا آخر لأنها على عصمة الزوج الغائب أو المفقود، فماذا تفعل الزوجة في هذه الحالة؟ وهذا ما سنتطرق لتبيانه في الفرع الثاني من هذا المطلب أما الفرع الثالث فسنعالج فيه دعوى الإرث التي يلجأ إليها بتثبيت الوارث لاستحقاقه في تركة الهالك ولكي يتم الوصول الى ذلك يجب أن يتمتع الورثة بالصفة اللازمة لذلك.

الفرع الأول: دعوى إثبات النسب

أن دعوى إثبات النسب كغيرها من الدعاوى التي ترفع أمام المحاكم وهي إسناد نسب شخص لآخر ولكن لابد أن نميز بين أمرين:

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

إما أن تكون الدعوى تبعية تهدف الى إثبات نسب من اجل إثبات حق من الحقوق الشرعية كإقامة دعوى إثبات نسب تبعا لدعوى إثبات الزواج.

1/. أنواعها: هناك دعوى أصلية وأخرى تبعية[139]

أ). دعوى إثبات النسب الأصلية: وهي بأن يرفعها المدعي سواء كان والد أو مولود أما المحكمة بموجب عريضة كتابية من نسختين، يذكر الأسباب مع البيانات الضرورية من عنوان وهوية كاملة، وعنوان وهوية المدعى عليه ثم يوجه نسخة لمكتب الضبط مرفوقة بوصل رسم إعداد نلف القضية ويعلن عن تاريخ الجلسة، وبعد إرسال النسخة الثاني من العارضة يقدم المدعي عليه ويجيب كتابة أو شفاهة بحضور ممثل النيابة العامة.

ب). دعوى إثبات النسب التبعية: تكون بتقديم مذكرة بنسختين للأدلة والحجج، وأثار الدعوى تمتد للمدعى والمدعي عليه والنزاع ينشأ بأن يكون المولود ولد أقل وأكثر مدة الحمل وكان الزوج ينتابه الشك بإمكانية استبدال المولود كإدعاء منه أو أنها 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.[140]

2/. قواعد إقامة دعوى ثبوت النسب: للوقوف على فهم الضوابط القانونية فهي تتجلى في:

- لا يجوز رفعها على ميت ولا يجوز النظر فيها بجانب دعوى أخرى.
- لا يجوز الحكم فيها بحجية كاملة.
- لا إنكار بعد الإقرار، وإلا كان استهزاء بالعدالة.
- الإقرار يكون داخل المجلس أي يعتد بالإقرار القضائي أما خارجه فلا يعتد به.

---

[139]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في القانون الجزائري/ مرجع سابق، ص34.

[140]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص36.

3/. طرق ووسائل إثبات النسب: إن النسب يعتبر من أقدس الحقوق الفردية إذ بدونه يحكم على الشخص بالموت القانوني وعلى هذا الأساس فإن مسألة إثباته قد خرس المشرع دوما على تشديدها حفاظا على الانساب من الاختلاط، فقد اقر في المادة 40 من قانون الأسرة على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسحه بعد الدخول طبقا للمواد 32. 33. 34. من هذا القانون، بالإضافة الى سماع الشهود.

إلا أنه وأمام التطور المذهل للعلم، فالإقرار أصبح لا يملك الحجة القاطعة أمام التيار الخطير الذي يجتاح امتنا الإسلامية المحافظة من أشخاص في محاولة منهم بضرورة إرساء نظام التبني المحرم شرعا وقانونا.[141]

إذ انه تجدر الإشارة الى أن المادة 40 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 جويلية 1984 والمتضمن قانون الأسرة، قد أضاف فقرة تجيز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب بعدما كان هذا الأمر منعدما في القانون القديم، لاسيما تلك المتعلقة بالتحاليل وفصائل الدم والعلامات المميزة للوالدين وبالأخص الفحص بالجينات ADN.

وهي العلامات التي يعتمد على 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 ناحية وبث الحياة القانونية في عديمي النسب وذلك بتأكد نسبه لوالده حتى واو أنكر ذلك، ومنه الخروج من دائر الموت القانوني الى الحياة.[142]

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

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يكون التلقيح برضى الزوجين وأثناء حياتهما.
- لا يجوز التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

---

[141]- التبني المحرم لقوله عز وجل، "ادعوهم لآبائهم"، وقد أخذ المشرع بهذه الآية في تحريم التبني.

[142]- نشوار الجيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبيعية والبيولوجية، 2001، ص23.

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

وفي هذا الشأن ورد عن الحكم الصادر عن محكمة تيارت قسم الأحوال الشخصية، الذي يتعلق بدعوى ثبوت النسب من زواج عرفي، تتلخص وقائع هذه القضية في أن المدعي الابن، رفع دعوى إمام 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 والديه المدعى عليهما، مع الأمر بتقييده في سجلات الحالة المدنية وقد انتهت هذه الدعوى بعد إقرار من والده بإلحاق نسبه.

إن قاضي الدرجة الأولى سبب حكمه على الإقرار الصادر من والده عملا بالمادة 40 من قانون الأسرة التي تنص – يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبنية وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32. 33. 34. من نفس القانون، بالإضافة الى سماع الشهود.

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

وكتساؤل يمكن طرحة هل يمكن اعتبار شهادة الميلاد حجة في إثبات النسب؟

هنا أجابت محكمة النقض المصرية بالنفي، فلا 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 وكذلك لتدفع الأم الزنا عن نفسها.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري يرى أن شهادة الميلاد لا تعتبر حجة قاطعة كذلك، بل سوى قرينة وللقاضي كامل السلطة التقديرية في مدى مصداقيتها، فالواقع يؤكد لو كانت كافية للإثبات لقام كل من له ابن غير شرعي بتسجيله، ثم يثبت نسبه عن طريق تلك الشهادة، وباطلاعنا على الاجتهادات المعمول بها قضائيا فالدعوى المرفوعة لا تكون مركبة من طلبين، مثلا دعوى ثبوت النسب ودعوى أخرى متعلقة بالإرث، هذا لا يقبل، لكن كاستثناء يمكن إثبات زواج بإلحاق معه إثبات نسب.

الفرع الثاني: دعوى إثبات الطلاق

كيف يمكن للمتزوجة عرفيا أن تطلب الطلاق، وهل يمكن تصوره وقبوله من القاضي؟

ما دام أن الضرر ألحق بها وبقي طريقها الوحيد هو اللجوء الى القضاء، وهنا نكون أمام حالتين، حالة ما إذا أقر الزوج بقيام الرابطة الزوجية، تنظر المحكمة في ذلك لتصدر الحكم، أما الحالة الثانية والتي تثير كل هذه الإشكاليات تتمثل في حالة إنكار الزوج لهذه العلاقة، فهنا عبئ الإثبات يكون عاتق الزوجة لإثبات زواجها.

وبالتالي نتوصل الى فكرة عدم استطاعته والمكانية 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، يقوم 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 تحول إثبات تصريح الزواج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا ذلك، فإنه يجب على القضاء أن يجري تحقيقا لسماع الشهود الذين علموه بالطلاق بعد ذلك ويوافقوا على صحة الطلاق الذي اثبت أمامهم.

القرار الثاني:

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

1. الشهادة في الطلاق وهذا ما جاء في المحكمة العليا: "من المقرر أن الطلاق هو من الرجل صاحب العصمة، وأنه يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره.." وهذه القاعدة شرعية متفق عليها بين الفقهاء.

2. الإقرار في الطلاق ودعاويه بما انه حجة قاصرة لا يكون إلا وهو مقرون بدليل آخر بالبنية، وبالتالي يمكن القول أن الإقرار في قضيا الطلاق لا يتمتع بأية حجية قضائية أو قانونية ما لم يكن مقرونا بدليل أخر يكون القاضي مقتنعا به 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 خلال محضر سماع الشهود المحرر بتاريخ 2003/12/10، أن المدعى عليها أم المدعى تزوجت عرفيا مع المدعى عليه، وطلقها عرفيا ولم يتم تسجيل الزواج وكذا الطلاق، وبالتالي يتعين على المحكمة إلحاق نسب الابن بوالديه الشرعيين عملا بالمادة 40 والمادة 44 من قانون الأسرة، حيث تنصان على طرق ووسائل إثبات النسب، والذي نحد كل من الإقرار والشهادة اللتان استندا إليهما القاضي في حكمه، وهذا تجنبا لتماطل الإجراءات وكذا من أجل العمل بالمبدأ العام في الشريعة الإسلامية الذي مفاده "إحياء الولد".

الفرع الثالث: دعوى إثبات الإرث

ما هو معلوم أن هذه الدعوى يتقدم بها ورثة الهالك لطلب توزيع التركة ومنح كل ذي حق من الورثة حقه، حيث أن علاقة الزوجية تثبت الحق في الإرث فالزوج يرث من زوجته وهي كذلك ترث منه، وتجدر الإشارة أن أي دعوى مهما كان موضوعها، لها صفة ومصلحة، ومعنى هذا أن الورثة حتى يثبتوا استحقاقهم في تركة الهالك لابد أن يثبتوا صفتهم لهذا الأخير، وهذا المعيار يقاس على العلاقة الزوجية فحتى يستطيع الزوج طلب ميراث زوجته الهالكة أو العكس لابد من إثبات الزوجية بينهما، وحسب موقف المشرع الجزائري فإن الزواج يثبت بموجب عقد الزواج 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 الفرضية وهذا الأخير لا يمكن للموثق تحريره ما لم توجد لديه الوثائق الرسمية التي تثبت العلاقة الوارثة بالموت بمعنى آخر الزوجة حتى تثبت صفتها كوارثة لابد أن تقدم عقد زواجها ليمنح لها عقد الفرضية.

وهكذا نصل للقول أن دعوى الميراث في القانون الجزائري – حسب ما هو معمول به مدنيا وحسب الاجتهادات القضائية – هي منفصلة عن دعوى إثبات الزواج العرفي ولا تقترن الثانية بالأولى، وهذه نماذج عن الحالات الواقعة عن قضايا الإرث بالمحاكم.

زوجة توفي زوجها عنها وطالبت بانحصار الإرث لها ولولدها، لكن الورثة أنكروا نسب الولد الى المتوفى، وإنها زورت في عقد إثبات زواجها وبالتالي جاء الحكم بالتزوير للورقة، أما دعوى الإرث يتم إثباتها بكل الطرق، وكملاحظة، دعوى الإرث لا تقبل إلا إذا أثبتت العلاقة الزوجية وذلك يكون إن امرأة تزوجت عرفيا ورزقت بابن، هنا الشهود تختلفوا حول هذا الزواج من حيث الزمان، وبهذا الاختلاف ذهبت المحكمة الى قبول الشهادة على أن يكون لها العلم الموثوق، خصوصا في حالات الزواج التي تتطلب الجدية والصرامة.

قضية: دعوى زوجية من زواج عرفي عن طريق إثبات ارث.

ملخصها: القضية تدور كون المدعية من زواجها العرفي، أولاد الموروث أي زوجها وهم بالعين، أقروا لها بالزوجية لوالدهم في محضر الشرطة وقاموا في نفس الوقت باستصدار حكم إشهاد شرعي بالوفاة لوالدهم، وإغفال اسم المدعية التي لها الحق في الإرث وأخفوه على المحكمة، فقامت برفع دعوى البطلان لعدم عملها، وهذا أبطل الإعلام، وبهذا توصلت الى إثبات زواجها وحقها في الإرث.

الخاتمة:

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

إلا أن ذلك لا يغني عن القول حتى وان كان مستوفيا لعناصره، بأن ما يكفيه من كتمان ولو قل مقداره يفتح منافذ الظن السيئ والشبهات، لكن يبقى الانشغال المطروح في هذتا الزواج العرفي هو الآثار التي ينتجها ومدى تأثيرها على المجتمع والعدالة وعلى أطرافه، فيقر ما كان الزواج العرفي منفذا للأشخاص للتهرب من المسؤولية القانونية، وإشباع رغباتهم الجنسية منها والعاطفية وشعورهم بالحرية بعيدا عن القواعد الإدارية الجامدة فقد أدى هذا الزواج العرفي الى عدة أثار سلبية تتعد 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 قد تزعزع أمنه واستقراره، ومن ذلك كثرة الأطفال المرميين في الشوارع، وتجسيد مصيرهم على جانبين لا ثالث لهما، إما أن يتغاض عنهم المجتمع ليكبروا على روح الجريمة، وبالتالي زعزعة أمن واستقرار الأفراد واضطرار الدولة لتكريس أموالها للتصدي لذلك، عوض استغلالها في بناء الدولة ذاتها، أو أن تتبناهم في دور تخصيصها لهم وبالتالي الإنفاق عليهم وتكوين مربين لهم وجلب المستلزمات وكل هذا يؤدي الى 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 الجزائريين 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 انه 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 يرسلونها الى البلديات لثوت وتكون في سجلات الحالة المدنية خلال اجل محدد.

والواقع أن هذا الحل تعوزه الواقعية من أوجه عدة، ذلك أن إقدام شخصين على أبرام زواجهما بعيدا عن أعين الموظف المؤهل قانونا، ليس استحياء من هذا الأخير أو رغبة في حرق القانون ذاته، بل ثمة مبررات وأسباب تدفعهما للإحجام عن الرسمية كيفما كان شكلها، والقبول بتحويل أئمة المساجد صلاحيات ضابط الحالة المدنية في إبرام عقد النكاح، لا يعدو 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 لقوله تعالى: **"يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه، وليكتب بينكم كاتب عدل"** فهذه الحلول ناجحة وأكثر فائدة، ولكن الشريعة الإسلامية لم تشترط وجوب توثيق الزواج ولم تبح بإمكانية هدمه لمجرد تخلف الكتابة، ولكن نظرا 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 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 تكاتف جهود عالم الاجتماع ورجل الدين ورجل القانون للوقوف على أسبابها ومنه وضع حلول لها.

وفي انتظار ذلك يبقى الحل لهذه الظاهرة مدى وعي المجتمع بخطورة نتائجه ومدى تكريس الدولة من جهود للتحسس بخطورة الإقدام على هذا النوع من الزيجات ذلك أنها أكثر من يتحمل نتائجه، وتبقى كل هذه الحلول نظرية تفتقر الى جانب الإلزامية، أو ما يعرف بالجزاء المترتب على عدم تطبيقها وهنا يبرز دور المشرع في ضرورة الاهتمام بهذا الموضوع ودراسته ميدانية للتأكد من خطورته وسن قوانين تنظمه وتفرض له إلزامية توجب ضرورة ترسيم الزواج وتسجيله.

والى ذلك الحين يبقى التساؤل المطروح هل إن تجاهل المشرع الجزائري لوجوب إلزام الشكلية في هذا الزواج تجسيدا لمبدأ الشريعة الإسلامية في كون أن الأصل في العقود فيها الرضائية لا الشكلية؟ أم تكريس مبدأ حرية العلاقات الجنسية وهو بذلك إقرار ضمني بمبادئ غربية في ظل دولة إسلامية، وهل تبقى كل هذه الآثار السالفة الذكر رهينة شكلية إدارية؟

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر:

1/. القرآن الكريم

2/. السنة النبوية الشريفة.

3/. قانون الأسرة الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 العدل والمتمم بالقانون رقم 02/05 المؤرخ في 2005./02/27

4/. القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002.

5/. قانون الإجراءات المدنية، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2002.

6/. قانون العقوبات، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2002.

قائمة المراجع

1). أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، أركانه وشروطه وحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002.

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

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

4). بحيث مفاوري السيد أحمد الإسلام وبناء الأسرة، القاهرة مصر، دار النهضة العربية، 1418هـ، 1998م.

5). بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، الطبعة الثالثة، دار المعارف الإسكندرية، مصر، 1966.

6). ممدوح عزمي، العقد العرفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص.11

7). بو بشير محند آمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.

8). ألبنا كمال صالح، الزواج العرفي ومنازعات النبوة، القاهرة، 2002.

9). خالد محمود طلال حمادة، عقد الزواج بالكتابة عن طريق الانترنت، الطبعة الأولى، دار النفاس، الأردن، 2002.

10). أ.د. الشيخ محمد مصطفى سبلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص.178
11). القاضية ناسلي حميدة. محاضرات بعنوان، عقود الزواج العرفية، ألقيت بتاريخ: 2009/01/02، محكمة حمام الضلعة.
11). نشوار الجيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبيعية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية .2001
12). الإمام خليل، المختصر، دار الفكر الجزء الثاني، بيروت.
13). عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، .1992
14). عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الأول دار النهضة العربية، القاهرة، .1982
15). عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثاني، دار هومه الجزائر.
16). فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصورة أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية، .2000
17). الغوتي بن ملحة، محاضرات قانون الاسم بالمعهد الوطني للقضاء، .2002
18). فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر .1986
19). الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1950.
20). محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، .1992
21). د. محمد محده، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، الجزء الأول، الطبعة الثانية، شهاب، الجزائر، .2000
22). محمد مصطفى شبلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، .1977
23). عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه، دار الحياء، الثرات العربي، بيروت .1969
25). خليل أحمد، عقد الزواج العرفي، نشأة المعارف، الإسكندرية، .2002

26). د. وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، إعادة للطبعة الثالثة، دار الفكر، سوريا، 1996.
27). بدران بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1983، ص9.

الأوامر والمراسيم والقوانين:

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

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

الأمر 96-72 المؤرخ في 1966/10/14 المتضمن شروط تأسيس الحالة المدنية.

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

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

أمر 59-224 المؤرخ في 1959/02/04 والخاص بعقود الزواج التي يعقدها أشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية.

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

قانون 1889/03/23 المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين بالجزائر المعدل بقانون 1930/04/02.

مقالات ومجلات ومذكرات:

1/. عبد الرحمن بن حسن النفسية، مسائل في الفقه، مجلة البحوث الإسلامية العدد 31، ص 17.

2/. بداوي علي مقال عقود الزواج العرفية، مجلة قضائية، 2002. 02

3/. بداوي علي مقال عقود الزواج بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية.

4/. عمر زودة، مقال دور النيابة العامة في الدعاوي المدنية، مدجلة قضائية، 1991.

5/. عبد الله شناح، الزواج العرفي مذكرة نهائية، التربص بالمعهد الوطني للقضاء، 1933.

6/. عمر زودة، مقال تعليق، أحوال التطبيقات القضائية للمادة 141، من قانون إ.م. المجلة القضائية، 2001، العدد 01، ص38، قسم المستندات النشر للمحكمة العليا.
7/. محاضرات الأستاذ عمر زودة في مادة الإجراءات المدنية ملقاة على الطلبة القضاة، الدفعة 12 السنة الأولى، "مقال دور النيابة العامة في الدعاوي المدنية، مجلة قضائية، 1991 ص276.
« www. Jelfa. Info » قسم الدروس والمحاضرات.
8/. الزواج العرفي بين الشرع والقانون، المحامي محمد جمعة موسى، مصر، "مدجلة البحوث الفقهية ، العدد 36 السنة 9، ص 193. 1997– 1998".
09/. تحقيق صوفي فاطمة الدسوقي « Arabica. Com » حول موضوع تشريع الخلع في مصر.
10/. نظرات دعوى الخلع سببها مدرسة اللغة الانجليزية طلب الخلع بحجة أن زوجها لا يتقن هذه اللغة.
11/. مقال صحفي لطلعة شناعة « Arabica. Com »
12/. محاضرات الأستاذ عمر زودة في مادة الإجراءات المدنية ملقاة على طلبة القضاة الدفعة 12، السنة الأولى "مقال دور النيابة العامة في الدعاوى المدنية، مجلة قضائية، 1991، ص276" .www »
« Jelfa. Info قسم الدروس.

المجلات القضائية:

المجلة القضائية 1989، العدد 02
المجلة القضائية 1997، العدد 02
المجلة القضائية 1990، العدد 01
المجلة القضائية 2000، العدد 01
المجلة القضائية 1990، العدد 03
المجلة القضائية 2000، العدد 02
المجلة القضائية 1991، العدد 01
المجلة القضائية 2001، عدد خاص
المجلة القضائية 1992، العدد 02
المجلة القضائية 2002، العدد 02
المجلة القضائية 1992، العدد 03

المجلة القضائية 1993، العدد 02

نشرة القضاء، 1990، العدد 55

مجلة العلوم القانونية والسياسية سنة 1962، رقم 04

الفـــهرس

المقدمة العامة.....أ

الفـــصل الأول

المبحث الأول: مفهوم عقد الزواج 3
المطلب الأول: تعريف عقد الزواج 3
الفرع الأول: تعريف عقد الزواج فقها 3
الفرع الثاني: تعريف عقد الزواج قانونا: 5
الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي 7
الفرع الثاني: أسباب التسمية والانتشار..... 9
المبحث الثاني: ركن وشروط انعقاد الزواج العرفي وآثاره 15
المطلب الأول: ركن وشروط انعقاد الزواج العرفي 15
الفرع الأول: ركن الزواج "رضا الزوجين" 16
الفرع الثاني:شروط انعقاد الزواج..... 24
الفرع الثالث: جزاء تخلف ركن وشروط عقد الزواج 43
المطلب الثاني: آثار عقد الزواج العرفي 47
الفرع الأول: آثاره على الزوج والزوجة 47
الفرع الثاني: الآثار السلبية المشتركة بين الزوجين 51
الفرع الثالث: آثار على المجتمع والعدالة 52

الفصـــل الثاني

المبحث الأول: وسائل إثبات عقد الزواج العرفي وإجراءات تسجيله 56
المطلب الأول: وسائل إثبات عقد الزواج 56
الفرع الأول: الإقرار 58
الفرع الثاني: الشهادة "البينة" 61
الفرع الثالث: النكول عن اليمين 68
المطلب الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج 70
الفرع الأول: النصوص التي تناولت تسجيل عقد الزواج العرفي 70
الفرع الثاني: تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه 78
الفرع الثالث: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه 83
المبحث الثاني: الآثار المترتبة على إثبات عقد الزواج العرفي والدعاوى المتعلقة به 92
المطلب الأول: الآثار المترتبة عن تسجيل عقد الزواج 92
الفرع الأول: تسليم الدفتر العائلي 92
الفرع الثاني: تحرير العقد أمام الموثق 93
الفرع الثالث: تدوين الزواج في سجلات الحالة المدنية 93
المطلب الثاني: الدعاوى المتعلقة بالزواج العرفي 93
الفرع الأول: دعوى إثبات النسب 94
الفرع الثاني: دعوى إثبات الطلاق 97
الفرع الثالث: دعوى إثبات الإرث 98
الخاتمـــة 100
قائمـــة المصادر والمراجع 103