جامعة اكلي محند اولحاج –البويرة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

إشكالية تسجيل الأبناء من الزواج العرفي

مشروع مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية

تخصص: قانون الاسرة

إعداد الطلبة :

–حميش أسية

–بلحجر فاطمة الزهراء

إشراف الأستاذة :

د/ ربيع زهية

أعضاء لجنة المناقشة

– د/ بوعمامة زكرياء .....رئيسا

– د/ ربيع زهية .....مشرفا ومقررا

– د/ بغدادي ليندة .....ممتحنا

السنة الجامعية: 2022 –2023

شكر و تقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

« وقل اعملوا فسيرى الله عملهم ورسوله والمؤمنون» سورة التوبة 105.

الحمد الله المنعم الذي أسبغ علينا نعمه ظاهرة وباطنة.

الحمد الله الذي علمنا ما لم يكن نعلم والصلاة والسلام على محمد بن عبد الله وعلى ’له وصحبه أجمعين إلى يوم الدين.

أما بعد:

قال الرسول ﷺ:

« يشكر الله من " يشكر الناس" عملا بهذا الحديث الصحيح عن رسول الله منة الواجب على التوجه بالشكر للأستاذة الفاضلة: (ربيع زهية) لما قدمته لنا من نصح وتوجيهات طيلة انجاز هذه المذكرة.

كما أوجه خالص شكري وتقديري إلى أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة وبما سيبدونه من ملاحظات وتوجيهات تغني هذا العمل.

كما لا يفوتنا التوجه بالشكر والتقدير لكل أساتذة قسم الحقوق بجامعة أكلي محند أولحاج على ما قدموه لنا من معلومات وتأطير طيلة فترة الدراسة، والشكر موصول أيضا لعمال الكلية وطاقمها الإداري.

إهداء

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة... ونصح الأمة

إلى نبي الرحمة ونور العالمين.

– سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم –

– إلى من قال فيهما سبحانه وتعالى: " **واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا**" سورة الإسراء / الآية 24.

– الى منى لا يضاهيها احد في الكون الى من امرنا الله ببرهما الى من بذلا الكثير, وقدما ما لا يمكن ان يرد وبالأخص اليك امي الغالية – اطال الله في عمرك –

– إلى من حبهم يجري في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي ,اخي الغالي –يونس–

– واخواتي سمية وخولة.

– الى من حلت بركت وجودهم في حياتي ومن ملات ضحكاتهم الجميلة عمري وابهجت جوارحي ابنائي –انايسس واحمد ياسين.

–الى اعز صديقة التي لم تنفك يوما عن تقديم العون والمساعدة والدعم لي في احلك الظروف ومازالت الصديقة الاخت –رزقان ليلى–

– إلى جميع زميلاتي وزملائي الطلبة بكلية الحقوق والعلوم السياسية تخصص قانون الاسرة.

– إلى من نسيهم القلم ولم تنساهم الذاكرة

إهداء

مقدمة

عملت المجتمعات منذ القدم على تحديد إطار رابطة الزواج بوضع شروط وإجراءات معينة، موحدة لتفريقه عن باقي العلاقات غير الشرعية، فنجد الدين الإسلامي الحنيف من خلال القرآن والسنة النبوية أولى أهمية لكيان الأسرة، وأرشد الى تكوينها على اساس سليم ومنهج قويم وأسس متينة وجعل نواتها الزوج والزوجة، واساسها الزواج الصحيح، كقوله تعالى " **ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة** " **سورة الروم، الآية: 21**. وقوله صلى الله عليه وسلم: "تناكحوا تناسلوا فاني اباهي بكم الأمم يوم القيامة «،وهو أحد أركان ومقاصد الشريعة الخمسة التي تنص الحفاظ على النسل والنسب، حيث أن ثبوت نسب الفرد إلى أبيه يمنع اختلاط الأنساب.

كما اهتم المشرع الجزائري بالأسرة من خلال القانون والنصوص التنظيمية. الذي خص الزواج بأحكام وقواعد ضابطة ومحكمة ومنها توثيق عقد الزواج بعقد رسمي لدى المصالح المخصصة لذلك بعد الاعلان عن الخطبة في وقت سابق وفي غالب الأحيان يكون قبل موعد اتمام مراسيم الزواج بإقامة عرس او وليمة زواج ويتم بعدها تسليم دفتر عائلي يتم تسجيل ميلاد الابناء فيه بعد الزواج.

وهذا ما يعرف بالزواج الرسمي بكامل أركانه وشروطه. الا انه هناك نوع أخر لزواج وهو زواج صحيح الا أنه ناقص وهذا ما يعرف بالزواج العرفي فهو كامل الأركان والشروط من رضا وصداق وشهود وولي وخالي من الموانع الشرعية الا انه ليتم توثيقه بعقد مدني لدى مصلحة الحالة المدنية وهذا ما يترتب عنه عدة أثار وخيمة في غالب الأحيان الطرف المتضرر منها هي المرأة والأطفال. فهذا النوع من الزواج يستعمل في غالب الاحيان للهروب من الالتزامات المادية او المعنوية فالمادية هي نفقة على الأبناء والالتزام بمصاريفهم وعدم منح ألقابهم لهؤلاء الأبناء الذين يبقون من دون نسب وفي غالب الأحيان يكون لحرمانهم من الميراث حتى وان كان والدهم معروف بأبوته لهم .و كذلك الاطفال الذين يولدون بالخارج وليس لهم أوراق في تلك الدولة ولا يمكن تسجيلهم نظرا لدخولهم لتلك البلدان بطرق غير شرعية .كما

ننوه ان هذه الظاهرة برزة في المجتمع في فترة الحجر الصحي نظرا لتفشي الفيروس القاتل كوفيد 19 .

وقيام الدول أنذالك بأخذ احترازات لمنع تفشي الفيروس من بينها تعليق عقود الزواج فالبلديات من اجل الحد من التجمعات العائلية ما جعل الناس يلجؤون لزواج بالفاتحة أو ما يعرف بالزواج العرفي قانونا .فعند ازدياد الاطفال وجدو عدة صعوبات لتسجيلهم في سجلات الحالة المدنية كما يجدر بذكر بلجوء الازواج لهذا النوع من الزواج كالتحايل على قانون الاسرة الذي يمنع الزواج بزوجة ثانية الا بعد موافقة الزوجة الاولىهروبا من الالتزامات والحقوق التي يكفلها الزواج الرسمي الموثق.

في رحاب الشريعة الإسلامية العادلة التي تحث على رابطة الزواج كممارسة اجتماعية تستمد أصولها وشرائعها من الدين في تكوين الأسرة، ومنه الزواج العرفي المتناقل والموروث عن الاجداد السلف، حيث كان الزواج العرفي هو السائد وهو الغالب، وهو زواج صحيح ما إن استوفى جميع الأركان والشروط وكذا من الموانع الشرعية، وهذا ما أقره التشريع القانوني الجزائري الذي يستمد قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية، ومع تمدن المجتمع الذي أضفى علي عقد الزواج طابع تنظيمي هو التسجيل، بغرض تحقيق الوجه القانوني نظرا لأهمية هذا العقد وأهمية الآثار التي تترتب عليه، أراد فيه المشرع اعطاء الرسمية لترتيب جميع الآثار القانونية، بل وسع من أمر بتسجيل جميع العقود التي وقعت في الماضي وأثناء الثورة أين كانت كل عقود الزواج عرفية.

من جملة النصوص القانونية التي تشير إلى التسجيل نجد القانون رقم 63-224 بتاريخ 1963/06/29 الملغى، الخاص بالسن القانونية للزواج، حيث نصت المادة (05) منه على أنه

"لا يجوز لأحد أن يدعي الزوجية أو يطالب بآثارها القانونية ما لم يقدم عقد زواج محدد ومسجل في سجل الحالة المدنية"[1].

ولغياب وجود النص القانوني المانع للزواج "بالفاتحة" لا في قانون الأسرة ولا في قانون الحالة المدنية، فلا مانع من إدراجه في سجلات هذه الأخيرة، إذا توافرت فيه أحكام الشريعة الإسلامية، وأركان وشروط المنصوص عليها في المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري [2].

وباعتبار النسب صلة الفرد وانتمائه إلى الآباء والأجداد مع تأكيد هذا الحق المتنازع فيه وما يترتب من أثر قانوني بالدليل، وترتّبت عليه حقوق وواجبات، واستقرار النسب استقرارا للمعاملات في المجتمع، بغية الحفاظ على النظام العام ومصلحة الزوجة والأولاد وتبعا لكثرة وتعدد المشاكل التي تسجلها المحاكم الجزائرية المتعلقة بتوثيق الزواج وإثبات النسب، فأولى المشرع الجزائري هذا الموضوع مجموعة من القوانين بهدف تنظيم وتسجيل الزواج العرفي واثبات النسب بتسجيل الأبناء المولودين في هذا الإطار في سجلات الحالة المدنية.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في موضوع تسجيل الأبناء من الزواج العرفي لارتباطها بحياة الافراد في المجتمع، ولها الأهمية العلمية من خلال اثراء البحث العلمي بنتائج صحيحة ودقيقة، أما الاهمية النظرية هي التعرف على الطرق المتبعة لإثبات النسب هذه الفئة التي ارتفع عددها مع مرور الزمن، والاثار المترتبة على الفرد والمجتمع، ولتسليط الضوء على واقع الموضوع في

[1] – القانون رقم 63-224 المؤرخ في 29 يونيو 1963 المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج، ج ر ج ج عدد 44، الصادرة بتاريخ 1963/07/02، ص 681

[2] – فضيلة مشتاوي، فريدة عرفوني، الزواج العرفي وآثاره القانونية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015/2014، ص 2

المجتمع الجزائري بمعرفة حجم القضايا المطروحة أمام الجهات القضائية، كما يمكن استغلال هذا البحث من ذوي الاختصاص أصحاب اتخاذ القرار.

اهداف البحث:

نحاول من خلال البحث الحالي تحقيق الأهداف التالية:

- عرض والالمام بالإجراءات المتبعة في تسجيل الأبناء المولودين من الزواج العرفي.
- الكشف على الاثار المترتبة عن هذا التسجيل على الفرد والمجتمع والمنظومة القانونية.
- التحليل والتعليق على الوثائق الصادرة عن الجهات القضائية الجزائرية مع تسجيل الأبناء المولودين من الزواج العرفي من أحكام وقرارات واجتهادات.
- **أسباب اختيار موضوع:**
- تم اختيار موضوع بحثنا الحالي لعدة أسباب:
- – الرغبة الملحة في التعرف عن قرب على الموضوع ومن كل جوانبه
- – كثرة القضايا القضائية المتعلقة بهذا الموضوع.
- – قلة الادبيات والمراجع المعالجة لهذا الموضوع.
- – الاثار السلبية للزواج العرفي على الفرد والمجتمع.
- – تزايد عدد الأطفال بدون نسب جراء زواج العرفي.
- – الاثار الوخيمة على المجتمع بسبب تزايد الأطفال مجهولي نسب.

ومن خلال بحثتنا في موضوع تسجيل الأبناء المولودين في اطار الزواج العرفي، تتضح أهمية الإشكالية في وجوب التسجيل لهذه الفئة حفاظا على هويتها وكيانها داخل المجتمع، حفاظا على توازنها النفسي والاجتماعي وبناء لهوية سليمة وكاملة لها حقوق وعليها واجبات.

كما ينعكس سلبا على الزوجة في حالة رفع الدعوى في حق من الحقوق الزوجية التي لا تجد انصافا أمام الجهات القضائية لغياب الوثيقة الرسمية، وخاصة الاثار الوخيمة على الأبناء وما يعيشونه من ضياع وعدم الاستقرار داخل الاسرة بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة، الناكر لنسبه وانتمائه الاسري، قمنا باستخدام المنهج الوصفي التحليلي للوثائق والنصوص القانونية الذي يتماشى مع طبيعة موضوعنا .

والاشكالية المطروحة للبحث هي:

ماهي إجراءات تسجيل الأبناء المولودين من الزواج العرفي؟

ماهي الاثار المترتبة عن هذا التسجيل؟

كيف تتعامل الجهات القضائية الجزائرية مع تسجيل الأبناء المولودين من الزواج العرفي؟

ولدراسة هذه الإشكالية قسمنا على النحو الآتي:

الفصل الأول: بدأناه بتمهيد فعرفنا الزواج العرفي، ثم عرضنا طرق إثباته، مع الإشارة إلى إجراءات تسجيل هذا الزواج العرفي، كما تم التطرق إلى آثاره القانونية بعد التسجيل وختمنا الفصل بخلاصة للفصل.

الفصل الثاني: خصص لإثبات النسب حيث عرفناه ثم عرضنا طرق اثباته واجراءاته قانونيا (بالزواج الصحيح، بالإقرار والبينة، علميا) بدأناه بتمهيد وانتهى بخلاصة.

منهج البحث:

تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي لملائمته مع موضوع بحثنا المعتمد على التعرف على موضوع الزواج العرفي وطرق تسجيل النسب للأبناء، مع تحليل واستنطاق.

والذي "يعني الطريقة المنظمة لدراسة حقائق راهنة، متعلقة بظاهرة أو موقف أو أفراد أو أحداث أو أوضاع معينة، بهدف اكتشاف حقيقة جديدة أو التأكد من صحة حقائق قديمة وأثارها، والعلاقات المنبثقة عنه، وتفسيرها وكشف الجوانب التي تحكمها "

كما استخدمنا التحليل الوثائقي الذي يقوم بالوصف والتحليل للوقائع والأحداث السابقة لمشكلة أو ظاهرة ما حدثت في الماضي بالتأمل والتحليل والنقد.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للزواج العرفي

التزمت المجتمعات الإسلامية بمقومات وشروط في عقد زيجاتها، الا انه اختلفت التسمية فنجد الزواج الشرعي او الزواج العرفي، وهذا الاخير اعتاد عليه المجتمع الإسلامي منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته وما بعده من عصور متتابعة، فيتم إعلانه وإشهاره بين الناس دون توثيق رسمي لانعدامه في تلك الفترة، فلم يهتم بالتوثيق لهذه العلاقة كألية لإثباته.

غير أن التطور الذي عرفته المجتمعات ومن بينها المجتمع الجزائري، جعل من الضروري أن يتم توثيق الزواج العرفي لدى مصالح الدولة، حتى يتم اصباغه بالصبغة الرسمية، وهذا لا يتم إلا وفق إجراءات قانونية محددة إما في الحالة العادية وتكون بإبرام العقد الرسمي بعد العقد الشرعي أو قبله وقبل الدخول، وإما أن يتم بعد الدخول.

تم التطرق في المبحث الأول لمفهوم الزواج العرفي، وفي المبحث الثاني لإثبات عقد الزواج العرفي وإجراءات تسجيله.

المبحث الأول

مفهوم الزواج العرفي

تعددت واختلفت التعاريف حول مصطلح الزواج العرفي من الناحية اللغوية، الاصطلاحية والفقهية، وذلك باختلاف التوجهات النظرية للباحثين، سنعرض بعض منها في هذا المبحث، في المطلب الأول تحديد المقصود بالزواج العرفي، وفي المطلب الثاني الاثار القانونية للزواج العرفية.

المطلب الأول

تحديد المقصود بالزواج العرفي

حتى نصل لتحديد المقصود بالزواج العرفي كان لابد من التطرق لكل من تعريف الزواج العرفي بالإضافة إلى تناول العناصر المختلفة ذات الصلة بذلك.

خصصنا الفرع الأول لتعريف الزواج العرفي وتميزه عن الزواج الرسمي، والفرع الثاني نطاق الزواج العرفي، والفرع الثالث لإبرام عقد الزواج العرفي.

الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي وتميزه عن الزواج الرسمي

تطرقنا لكل من تعريف الزواج العرفي وتميزه عن الزواج الرسمي.

أولا: تعريف الزواج العرفي: عالجنا تعريف الزواج العرفي على النحو الآتي:

1 / تعريف الزواج العرفي لغة:

هو مصطلح مركب من كلمتين :**الزواج** و**العرفي:**

ا – **الزواج لغة:** لفظ مشتق من الزوج وهو خلاف الفرد، ويقال زوج أو فرد، وجمع الزوج: ازواج، والزوجة: زوجات، والزواج هو اقتران الزوج بالزوجة أو الذكر بالأنثى"[1]

ب – **العرفي لغة:** لفظ منسوب إلى العرْف، و**العُرْفُ** في لغة العرب تعني العلم فنقول :عَرَفَه يَعْرِفه مَعْرفة عِرْفانا فهو عَارف، عريف وعروفة أي عَلِمَه"[2].

2 / الزواج العرفي إصطلاحا:

ا – **الزواج اصطلاحا:** هو عقد يفيد حل الاستمتاع بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي بصيغة خاصة قصدا ".

ب – العرف اصطلاحا: هو: " ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول " [3].

وعرف محمد أبو زهرة الزواج العرفي على أنه: " التناسل وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الأنس الروحي وسط متاعب الحياة وشدائدها " [4].

في حين عرف عبد العزيز سعد الزواج العرفي" هو كل عقود الزواج التي أبرمت وفقا للعرف الشعبي وقواعد الشريعة الإسلامية، ومضى على إبرامها زمن غير قصير، ولم تكن قد تمت أو أبرمت في أوانها بين يدي ضابط الحالة المدنية أو الموثق" [5].

وعلى أساس أنه عَلماَ معروفا، هناك من عرف أنه ذلك " الزواج الذي استوفى الأركان والشروط الشرعية وهي :زوج، ولي، شاهدي عدل، إشهار العقد –الإعلان بأي وسيلة من وسائل

---

[1] – ابراهيم مدكور **المعجم الوجيز**، مجمع اللغة العربية، دون بلد نشر،1980، ص192

[2] – مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، الجزء الرابع، المكتبة العلمية، بيروت– لبنان، 1996، ص 47

[3] – محمد ابراهيم سعد النادي، الزواج المستحدث وموقف الفقه الاسلامي منه (دراسة مقارنة)، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2016، ص90

[4] – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2002، ص30

[5] – عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر وثائق الحالة المدنية والحالات التي تطرأ عليها، (شهادة الميلاد، شهادة الزواج، شهادة الوفاة)، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص100

الإشهار والصيغة بشروطها مع انتقاء الموانع الشرعية ولكنه لم يوثق في وثيقة رسمية إلا أنه معروف ومشهور بين الأهل والجيران"[1]

كذلك يعرّف الزواج العرفي بأنه" :ذلك الزواج الذي استوفى شروطه الشرعية دون أن يوثق رسميا وقد أطلق عليه العامة بالزواج العرفي"[2]

ويعرّفه رجال القانون بأنه" الزواج غير الموثق الذي يتم بإيجاب وقبول بين الطرفين الزوج والزوجة من خلال ورقة عرفية ولكن يعاب عليه عدم توثيقه وتسجيله سواء على يد مأذون شرعي أو محكمة الأحوال الشخصية"[3]

من خلال ما سبق عرضه يمكن استخلاص ان اغلب التعاريف اتفقت على انه عقد يربط بين طرفين، له شروط تقرها الشريعة الإسلامية لصحة الزواج، مع غياب الرسمية والتسجيل في الجهات المختصة، والملاحظ أن التعريفات لم تتطرق إلى الاثار الناتجة عن هذا النوع من الزواج.

ثانيا: تمييز الزواج العرفي عما يشابهه:

يجب علينا التفريق ما بين الزواج العرفي المعروف في الجزائر والزواج العرفي المعروف في بعض الدول العربية وخصوصا في الجمهورية المصرية حيث أن الفرق ما بينهما كبير جدا رغم انهما لديهم نفس التسمية.

فالزواج العرفي الشائع في الجزائر هو زواج شرعي ينقصه التوثيق فقط أما ويعرف فالشارع الجزائري بالفاتحة الزواج العرفي في بعض الدول العربية فيعرف على أنه ذلك الزواج غير الموثق والذي يتم بإيجاب وقبول كل من الزوجين من خلال ورقة عرفية وله صورتان تتمثلان فيما يلي:

[1] – محمد ابراهيم سعد النادي، المرجع السابق، ص90

[2] – كمال صالح البنا، الزواج العرفي ومنازعات البنوة، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص6

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

1 / الصورة الأولى :وهي الشائعة حيث يتم فيها عقد الزواج العرفي بإيجاب وقبول المرأة والرجل من خلال ورقة عرفية يوقعان عليهما باسمهما مع حضور شاهدين قد يكونان من الأصدقاء أو مستأجرين يوقعان على العقد العرفي مع عدم إعلانه وإشهاره إذ غالبا ما يتم في سرية تامة.

2 / الصورة الثانية :تتمثل في أن يتم عقد الزواج بإيجاب وقبول من الطرفين من خلال ورقة عرفية فقط دون حضور للشاهدين للتوقيع ودون إعلانه أو إشهاره ما بين الناس حيث يتم في سرية تامة وهذا النوع من الزواج قد يكون الغرض والبعث منه اللهو وممارسة علاقات غير مشروعة مما يجعله محرم شرعا من غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية [1].

الفرع الثاني: أسباب انتشار الزواج العرفي

أثرت جائحة كورونا في سلوك الأفراد والجماعات وأنتجت ظواهر اجتماعية إيجابية مثل تخفيض تكاليف الزواج الباهظة، وتعتبر جائحة كورونا منحة من حيث تغيير السلوكيات المالية للزواج، حيث أن على هناك شباب تزوجوا بتكاليف قليلة في فترة كورونا، وأن ذلك سيؤثر إيجابا حياتهم الأسرية بلا شك، حيث اقتصر الزفاف على الزوجين والأهل المقربين فقط مع أكلات بسيطة وبعيدة عن التكلف، في صورة رائعة للعودة إلى أصل الزواج [2].

أولا: الأسباب القانونية:

تعد الاسباب القانونية من بين اهم الأسباب التي أدت الى تفشي مثل هذا النوع من الزواج وهذا بعزوف الأفراد وتهربهم من توثيق عقودهم واعطاءها الصبغة الرسمية خصوصا

[1] – أمينة عبدلي، دواعر عفاف، إثبات عقد الزواج العرفي في التشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 01، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2022، ص 40 41

[2] – عبد الله عبد الرحمن العجمي السحمي، الزواج في كورونا، مجلة الشريعة والقانون، بتفهنا الأشراف – دقهلية، العدد الخامس والعشرون، الاصدار الثاني " الجزء الأول "، جامعة الأزهر، مصر، لسنة 2022، ص 798

بعد التعديل الأخير لقانون الاسرة الجزائري 11-84 المعدل بالأمر 05-02 [1] والقيود القانونية الصارمة التي اتى بها هذا الامر واستحداث المشرع شروط عديدة من اجل ابرام عقد الزواج يتعذر على البعض استيفاءها مما أدى الى تزايد ملحوظ لهذه الظاهرة، يمكن حصر الاسباب القانونية فيما يلي:

1 / القيود المفروضة على الحضانة:

هروبا من إسقاط حق الحضانة للمرأة إذا كان لديها أولاد فهي تلجا لزواج العرفي ذلك حسب نص المادة 66 من قانون الآسرة فالحضانة تسقط بالتزوج بغير قريب محرم، فتلجأ المرأة للزواج العرفي حتى لا تحرم من الراتب الشهري الذي تتقاضاه في حالة ما إذا كانت أرملة[2].

2 / تقييد تعدد الزواج:

كان تعدد الزوجات قبل تعديل قانون الآسرة القانون 11-84 لا تخضع الا أي قيود او شروط الا أنه بالتعديل الأخير وضع المشرع قيود على تعدد الزوجات خصوصا [3] فالمادة 08 من القانون الأسرة [4] التي تنص على أنه: " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا [5].

[1] – قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، ج ر ج ج، عدد 24، الصادر في 12 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005، ج ر ج ج، عدد 15، الصادر في 27 فبراير سنة 2005

[2] – أمينة عبدلي، دواعر عفاف، المرجع السابق، ص 43

[3] – أمينة عبدلي، دواعر عفاف، المرجع السابق، ص 42

[4] – قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة.

[5] – أمينة عبدلي، دواعر عفاف، المرجع السابق، ص 43

نص قانون الأسرة على موضوع التعدد في المادة 8 المعدلة بموجب الأمر رقم 05-02 كما أنه اشترط ضرورة إخبار الزوجة الأولى والمرأة التي سوف يقبل الرجل على الزواج بها، وأن يتقدم الزوج المقدم على الزواج بطلب ترخيص بالزواج الثاني إلى رئيس المحكمة المختصة إقليميا، وهنا يمكن لرئيس المحكمة إما الموافقة أو الرفض على طلب الترخيص، ويتوقف ذلك على مدى تأكده من الشروط المطلوبة قانونا للتعدد، وهي مدى وجود المبرر الشرعي للزواج بزوجة ثانية، والقدرة على توفير العدل [1]، والشروط الضرورية الكفيلة بمتطلبات الحياة [2] الزوجية [3].

يفرض القانون على كل مقبل على الزواج إحضار الوثائق الإدارية من أجل توثيق عقد زواجه، فإذا تخلفت وثيقة واحدة امتنع ضابط الحالة المدنية أو الموثق عن توثيق، عقد الزواج هذه الوثائق تعد قيودا يصعب على بعض الأفراد تحصيلها خاصة أن منهم من لم يقيد في الحالة المدنية وبتالي لا يملك أي وثيقة تثبت هويته الأمر الذي يدفعه للزواج العرفي [4].

نصت المادة 08 الفقرة 03 من قانون الأسرة على ضرورة طلب الترخيص بالزواج لرئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية، نستنتج أن المشرع منح للقاضي سلطة تقديرية ا وسعة لمنح الإذن من عدمه بالاعتماد على ضوابط قانونية يشترط التأكد من تحققها وهي شرط المبرر الشرعي والقدرة على توفير العدل والإنفاق .بالإضافة إلى وجوب الموافقة على التعدد، فإعلامهما شيء

[1] – ملف رقم 480240 قرار بتاريخ: 11-02-2009 جاء بـ: يعد الهجر في المضجع في حالة تعدد الزوجات دليلا على إنعدام نية العدل مما يبرر طلب الزوجة المتضررة التطليق "، نقلا عن، نسيمة أمال حيفري، تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري بين الإباحة والتجريم، مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، العدد 02، 2022، ص 598.

[2] – قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، ملف رقم 45311، الصادر بتاريخ 09 مارس 1987، منشور في المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1990، ص 61، يندرج ضمن متطلبات الحياة الزوجية القدرة على الإنفاق حسب قرار المحكمة العليا الصادر سنة 1987 المساواة بين الزوجات في النفقة مع وجوب توفير لكل منهم سكناً منفردا إلا أنه ما أصعب تحقيق ذلك في الظروف الحالية، حورية سويقي، مقاربة قانونية بين تقييد نظام تعدد الزوجات وتفشي ظاهرة الزواج العرفي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السادس، العدد الثالث، جامعة زيان عاشور، الجلفة الجزائر، سبتمبر 2021، ص 1362.

[3] – نسيمة أمال حيفري، نفس المرجع، ص 590.

[4] – كريمة محروق، واقع الزواج العرفي في الجزائر أسبابه ومفاسده وإجراءات الحد منه، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 39، جامعة قسنطينة، الجزائر، جوان 2013، ص 135.

وموافقتها شيء آخر ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 19-01-2005، إذ قضت: " ... حيث أن الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضده بزواجه الثاني لأن العلم شيء والرضا به شيء آخر ... " [1].

تنص المادة 07 من قانون الأسرة [2] على أن على طالبي الزواج احضار شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر تثبت خلوهم من بعض الأمراض التي قد تشكل خطر على الزوج الاخر ويشكل عارض على هذا الزواج وتعتبر هذه الوثيقة شرطا في ملف الزواج والا لن يتم ابرام هذا الزواج من طرف الموثّق أو ضابط الحالة المدنية وتسجيله في سجلات الحالة المدنية، ويتعين على الموثّق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزّواج من خضوع للفحص الطبي.

ثانيا: الأسباب الدينية:

تتمثل في كون عقد الزواج وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية رضائيا لا شكليا، فالعائلات الجزائرية تعودت على إبرامه وفقا لما ينص عليه الدين الإسلامي من توافر للأركان الشرعية لعقد الزواج، واعتباره زواجا صحيحا منتجا لكافة أثاره الشرعية، متى توافر الرضا الصحيح، والصداق المعلوم، وولي الزوجة، وشاهدي عدل بالغين عاقلين، فال يحتاج لإجراءات شكلية يتم تأكيدها بموجب التسجيل الإداري.

[1] – قرار المحكمة العليا، الصادر في 19-01-2005، منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2005، ص 325، نقلا عن حورية سويقي، المرجع السابق، ص 1363.

[2] – قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة.

ثالثا: الأسباب التاريخية:

تأثر الأسر الجزائرية بالعادات والتقاليد ألسباب تاريخية عب عنها الشيخ أحمد حماني بقوله:"ولا يضره (عقد الزواج) أنه لم يكن بصفة رسمية، وأنه لم يسجل في الحالة المدنية، لأن ذلك غير مشروط، وكثير من حالات الزواج عندنا كانت لا تسجل في عقد الاستعمار، مقاطعة من الشعب لمحاكمته، وفي عهد الثورة كان رجالها ينهون عن الذهاب إليها، وعليه فقد تعود الجزائريون على الاكتفاء بإبرام عقد الزواج، بحضور جماعة من الكبار والأعيان، ورجال الدين من الأئمة وحفظة القرآن الكريم [1].

الفرع الثالث: إبرام عقد الزواج العرفي

إن عقد الزواج هو عقد شرعي له أركان تقومه وتحقق ماهيته وشروط لابد منها لأجل الاعتداد به، وقبل معرفتنا لهذه الأركان والشروط يجب أن نعرفه أولا ثم نفرق بين الركن والشرط.

أولا: تعريف الركن: يعرف الركن في كل من اللغة والفقه بأنه:

1 / الركن لغة:

من ركن ركونا، أي جنح إليه واستقر، وركن الشيء جانبه الأقوى.

2 / الركن اصطلاحا:

هو الجانب القوي في الشيء لقوله تعالى " أو أوى إلى ركن شديد[2] "، وهو ما توقف الشيء على وجوده وكان جزءا من حقيقته وركائزه وأساسه، وقيل ركن الشيء ما يتم به وهو داخل .فيه

[1] – عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه: دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد 1، العدد 1، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، ديسمبر 2015، ص 131–132.

[2] – سورة هود الأية 44

بخلاف شروطه فهو خارج عنه [1]، وعرف على أنه ما كان جزءا من الماهية، وتتوقف عليه حقيقة الشيء كالركوع في الصلاة والإيجاب والقبول في عقد الزواج [2].

ثانيا: ركن الرضا:

1 / تعريف الرضا:

يقصد بركن الرضا توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا" [3] جاء في نص المادة 10 من قانون الأسرة [4] في فقرتها الأولى أن " **الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا**" ثم نصت في فقرتها الثانية أن "**يصح بالإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة** "

وهذا ما يلزم معه التطرق لكل من الإيجاب والقبول وكذلك صيغة وطريقة كل منهما وإلى ايجاب وقبول العاجز عن الكلام أي أنع ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا حيث الإيجاب هو ما صدر من أحد العاقدين أولا يبدي على ما يرغب به ويريده من إنشاء العقد، ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجبا . أما القبول فهو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر دليلا على موافقته على ما أوجبه الأول ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب او لقبول قابلا، فالإيجاب والقبول ركنان أساسيان للزواج [5].

وقد اتفق جميع الفقهاء على أنه لا يقع عقد الزواج إلا بهما، كما اتفقوا على صحة الزواج بألفاظ التزويج والنكاح والقبول، واختلفوا في غيرها والأرجح أنه يصح بكل لفظ يدل على وجود

---

[1] – الفيروزي الأبادي، القاموس المحيط مجد الدينة، مادة الركن، ج1، المطبعة الميرية، مصر، 1991، ص251

[2] – بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري: دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية لنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص54

[3] – السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة السابعة، دار الكتاب العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص34

[4] – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة.

[5] – أحمد بن يوسف بن أحمد الدرويش، المرجع السابق، ص31

النكاح، ويفهم منه حل الاستمتاع بين الزوجين على مدى الحياة، لأنه يحصل به المقصود من عقد الزواج [1].

2 / طرق التعبير عن الإرادة:

بالرجوع الى المادة 10 نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد اللغة التي يتم بها العقد وهذا ما يوجب علينا التوجه إلى ما ذهب اليه الفقهاء، حيث تكون الصيغة باللفظ الذي ينطق به المعبر عن إيجابه أو عن قبوله كقاعدة عامة الا ان هناك استثناء عن القاعدة العامة تكمن في:

ا – **الكتابة** يستعملها أحد المتعاقدين كالأخرس والأبكم ويعبر فيعا عن رغبته بالإيجاب أو القبول أو حتى لرفض لزواج.

ب – الإشارة في بعض الحالات يكون أحد المتعاقدين أو كليهما عاجز عن التعبير وذلك نتيجة لخرسهما أو بكمها، ولا يستطيعان الكتابة كان بإمكانهم إشارة بالقبول والايجاب لهذا الزواج[2].

3 / تبادل الإيجاب والقبول:

بالرجوع الى الزواج العرفي الذي يجب ان تتوفر فيه صيغة العقد والتي تكون بالإيجاب والقبول فيتوفر ركن الرضا فالعقد الذي يشترط فيه أن يكون الإيجاب حازما أي أن يكون جواب احد الطرفين بالقبول على ايجاب الطرف الاخر غير متردد فيه وعلى أساس توافر هذه النية أو انتفاءها يفرق الفقهاء بين الإيجاب وبين الدعوة إلى التعاقد مع مراعاة أن القول بذلك من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا [3].

[1] – أحمد بن يوسف بن أحمد الدرويش، المرجع السابق، ص31

[2] – فضيلة مشتاوي، فريدة عرفوني، المرجع السابق، ص 12.

[3] – لعربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999، ص 60

يتم بمجرد اقتران الايجاب بالقبول اثناء ابرام عقد الزواج ان لا يتراجع الموجب عن رغبته فالإيجاب قبل تعبير عن القبول وان كان الموجب تراجع عن إيجابه فيلغى هذا الايجاب وقد ينقضي الوقت الذي وضعة الموجب لرد بالقبول على ايجابه كذلك في حالة ما اذا كان الايجاب متعلقا بتوفر شرط .

كما يسقط الإيجاب في التعاقد بين حاضرين إذا انتهى مجلس العقد ولم يكن الموجب قد عدل عن ايجابه، أو لم يقترن بتحديد محددة لتعبير عن القبول.

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

يجب أن تكون هناك مطابقة القبول 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 إيجابا جديدا متى ذكر الإيجاب اصبح جزءا منه، لم تطابق القبول [1].

وأن يكون الرضا سليما من كل العيوب :وهي الاكراه والغلط والتدليس وهناك من يضيف الاستغلال، وقد نصت المادة 13 من قانون الأسرة [2] أنه " **لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها** "

وأن لا يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية أو ناقص الأهلية: ويعد السفيه كامل الأهلية، ولذلك يصح وينعقد عقد زواجه إذ لا حجر عليه في الزواج وآثاره.

4 / اثر تخلف ركن الرضا:

[1] – نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، ط1 ، دار ابن حزم لطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2003، ص29

[2] – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة.

سبق وتناولنا أركان الزواج حسب ما جاء في المادة 09 من قانون الأسرة بأنه يوجد ركن واحد هو الرضا، إلا أنه في حالة تخلف ركن الرضا ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أنه في تخلفه يجعله باطلا ومنعدما قبل الدخول أو بعد الدخول ولم يرتب عليه أية آثار، كما اعتبره المالكية بأنه زواج الزنا وجب التفريق بينهما، في حين نجد أن الحنفية يرون بأنه في حالة تخلف ركن الرضا يعتبر الزواج زواجا باطلا.

تناول المشرع الج ا زئري أثر تخلف ركن الرضا في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري، وفي هذه الحالة يترتب على تخلف ركن الرضا البطلان، فهو منعدم لا ينتج عنه أية أثر فهو زواج باطل [1].

وبالرجوع الى المشرع الجزائري نجده نص عليها فالمواد 32 و33 من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05-02 [2] فنصت المادة 32 "**يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو الشرط يتنافى ومقتضيات العقد** "، والمادة 33 نصت على أنه: " **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** ".

[1] – فضيلة مشتاوي، فريدة عرفوني، المرجع السابق، ص 30.

[2] – قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ثالثا: شروط الزواج:

1 / تعريف الشرط:

ا – تعريف الشرط لغة: العلامة

ب – تعريف الشرط اصطلاحا: هو ما توقف عليه الشيء الذي جعل شرطا له ولم يكن جزءا في حقيقته، وقد اختلفت مذاهب الفقه في تحديد أركان الزواج، وانعكس هذا الخلاف على التشريعات والقوانين العربية بصفة عامة، والقانون الجزائري بصفة خاصة، وعرف على انه هو ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط أو عدمه [1]

وبالرجوع الى المشرع الجزائري نجده نظمها وفق الامر 05-02 المعدل للقانون 84-11 فأبقى على الرضا كركن وحيد لزواج بينما اعتبر كل من الولي والصداق والشهود وموانع الزواج كشروط لقيام عقد الزواج ففصلا بين ما يعد ركنا وما يعد شرطا

وهذا ما جاءت به المادة 09 من قانون الأسرة [2] على أنه:" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين "، وتنص المادة 09 مكرر على أنه:" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية ".

والحقيقة أن الرضا (الإيجاب والقبول) يوجد بوجودرادتين متوافقتين ومتطابقتين متجهتين إلى احداث أثر شرعي معين ومع ما يرتبه من أثار شرعية وقانونية

الزواج العرفي هو نفسه الزواج الرسمي وبالتالي لهما نفس الشروط وسنتحدث عنها وهي المتمثلة في الأهلية، الولي، الشاهدان، الصداق، وانعدام الموانع الشرعية

[1] – عبد الملك بن وّسف المطلق، الزواج العرف داخل المملكة العربيةٌ السعودية وخارجها – دراسة فقهية واجتماعية ونقدية ط2 ، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية 2002 ص68

[2] – قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2 / الولي:

لقد عملت الشريعة الإسلامية على رعاية الأشخاص العاجزين لسبب من أسباب فقدان الأهلية لذا شرع الإسلام الولاية حفاظا على مصالحهم وحقوقهم شرعت الولاية في الإسلام حفاظا لحقوق العاجزين عن التصرف، بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها، ورعاية لمصالحهم وشؤونهم، فأقام له من يتولى أموره، ويعمل على تحقيق مصالحه وهي أنواع ولاية على النفس، ولاية على المال، وولاية على النفس والمال معا، وما يهمنا في موضوعنا هي الولاية على النفس التي تشمل من ولاية التزويج.

ويشترط الإسلام فيمن يتولى الولاية فالتزويج عقد الزواج أن تكون له حق الولاية والقدرة على إنشائه، بالغا عاقلا، وله أن يزوج نفسه بمن يريدها زوجة له دون وجوب ولي له على ابرام هذا العقد والولاية قسمها الفقهاء الى نوعان:

* *ولاية الإجبار* فهي ولاية الأب أو الجد على الفتاة البكر والصغير والمجنون، فيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليها ولا يشاركه أحد لعدم توفر في المولى عليها شرط العقل والبلوغ وأهلية الزواج [1]

* *ولاية الاختيار* وتسمى ولاية المشاركة وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة فالخيار لها، غير أنه يستحسن أن تستشير وليها، وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف [2] .

هناك خلاف ظاهر في الرأي بين الأئمة، فالإمام مالك والشافعي وأحمد متفقون على أن المرأة البالغة مهما تكن درجتها من الرشد، فليس لها أن تنفرد بأمر زواجها بل لوليها سلطان، وأن النساء لا يتولين إنشاء العقد، بل لابد من إذن الولي وإشراكه في الاختيار، ودليلهم في ذلك

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

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

قوله تعالى: "فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن "، وقوله صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلا بولي "، وقوله أيضا: "أيما إمرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها "[1] .

وبالرجوع الى المشرع الجزائري نجده أنه في حالة ابرام عقد زواج عرفي بدون حضور ولي وحضر الزوجين لتثبيت الزواج العرفي الواقع بينهما أمام المحكمة، فإن المحكمة تتأكد من توافر أركان عقد الزواج حسب 09 من قانون الأسرة [2]، فإن ثبت تخلف الولي ولم يحصل الدخول حكمت المحكمة بفسخ العقد ولا صداق فيه، أما إن ثبت تخلف الولي وحصل الدخول حكمت المحكمة بتثبيت الزواج العرفي، ويشترط في الولي أن يكون بالغا وعاقلا وراشدا أي أن يكون الولي في الزواج ذكرا، فالمرأة لا تستطيع تزويج نفسها الإسلام وهو شرط أساسي فالولاية.

أشارت المحكمة العليا إلى أنه لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولا يزوج البنت أب ولا غيره، إلا برضاها وتأذن بالقول، ومن ثم فإن القضاء جاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرق لأحكام الشريعة الإسلامية [3].

3 / الصداق:

ان المشرع الجزائري في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة وضع كشرط من الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج، كما عرفته المادة 14 من قانون الأسرة [4] بأنه ما يدفع للزوجة من نقود أو غيرها، من كل ما هو مباح شرعا، ثم أضافت بأنه ملك لها تتصرف فيه كما تشاء[5]

---

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

[2] – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] – قرار المحكمة العليا رقم 34438، الصادر بتاريخ 24–09–1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية عدد 1، 1990، فضيلة مشتاوي، فريدة عرفوني، المرجع السابق، ص 23.

[4] – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

كما أن الصداق هو واجب على الرجل ودليل وجوبه من قوله تعالى [1] وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا "، وكما قررت المادة 15 من قانون الأسرة المعدلة بنفس الأمر وجوب تسمية الصداق.ولصداق نوعان

أ – **الصداق المسمى:** هو ذلك المهر الذي يصدر تعيينه ونوعيته وتسمياته أثناء العقد بين المتعاقدين، وذلك سواء كان هذا المهر ذهب أو فضة أو بما يماثلهما من نقود أو أشياء ثمينة وتكون مشروعة المشرع الجزائري ألزم تسمية العقد سواء كان مؤجل او معجل حسب المادة 15 من الامر [2].

ب – صداق المثل: أقر المشرع في المادة 15 فقرة 02 من قانون الأسرة أنه تستحق المرأة صداق المثل، لكن لم يحدد مفهومه أو كيفية تقديره، وهو عند المالكية فالإمام مالك لا ينظر إلى نساء قوم الزوجة عند تحديد صداق المثل، بل ينظر إلى نساء في قدرها وجمالها وموضعها وغناها، لذلك تفترق الأختان في الصداق [3].

وصداق المثل عبارة عن قدر من المال، يرغب به مثل الزوج في مثل الزوجة، بإعتبار ماهي متصفة به من الصفات الحسنة، من محافظة على أركان الدين والعفة والصيانة والجمال الحسي والمعنوي والحسب، تعتبر هذه الأوصاف عند مقارنة الزوجة بقريباتها من نساء قبيلتها من أبيها كأختها وعمتها، فتستحق نفس مهر أختها بشرط أن تساويها في الأوصاف [4].

[1] – سورة النساء الآية 04

[2] – فضيلة مشتاوي، فريدة عرفوني، المرجع السابق، ص 17.

[3] – ليندة جعفور، صداق المثل، مجلة التراث، المجلد 09، العدد 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2019، ص 375.

[4] – ليندة جعفور، المرجع السابق، ص 375.

4 / انعدام الموانع الشرعية للزواج:

من شروط انعقاد الزواج أن تكون المعقودة عليها محلا للعقد أي لا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج، نظم المشرع من المادة 23 إلى المادة 31 من قانون الأسرة الموانع الشرعية لزواج التي نص عليها فالمادة 09 مكرر من قانون الأسرة المضافة [1].

وتنقسم المحرمات من النساء طبقا للمادة 23 من قانون الأسرة إلى قسمين: المحرمات المؤبدة والمحرمات المؤقتة .

ا – المحرمات تحريما مؤبدا:

المحرمات تحريما مؤبدا هن النساء اللاتي يحرم على الرجل الزواج بهنّ حرمة دائمة ومؤبدة وتظل هذه الحرمة دائمة لا تزول في أي حال من الأحوال والمحرمات تحريما مؤبد بثلاثة أنواع.

1 – المحرمات بسبب النسب (القرابة): يحرم بسبب النسب من النساء أربعة أصناف:

القرابة هي اتصال في عمود النسب؛ تثبت حقيقة بواقعة الولادة، وتثبت شرعا بالعقد الصحيح، وصورها كثيرة منها؛ الأبوة، البنوة والأخوة.

وقد دلّ على التحريم بالقرابة أو النسب ما ورد في آية المحرمات وهو قوله تعالى :﴿ حرمت عليكم أمّهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعمّاتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت﴾ [2]، فهناك إذن أربعة أصناف من النساء:

أ - أصول الشخص من النساء وإن علون: أي كل امرأة لها على الشخص ولادة وهي: الأم والجدة سواء من جهة الأب أو الأم ومهما علت.

[1] – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] – سورة النساء الآية 23.

ب - فروعه وفروع فروعه وان نزلن: أي كل امرأة له عليها ولادة، كالبنت وبنت البنت وبنت الابن مهما نزلت [1].

ج -فروع الأبوين وفروع فروعهم الإناث وإن نزلن: كالأخوات وبناتهن (سواء كانت شقيقة، أم لأب أم لأم).

د -الطبقة الأولى من فروع الأجداد والجدّات: وهنّ العمات والخالات) (سواء كانت العمة أختا شقيقة لأب أو لأم)، أما الطبقة الثانية فما دونها من هذه الفروع فلا تحرم؛ كبنات العم أو العمة وبنات الخال أو الخالة

وهذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري في نص م 25 من ق أ بقولها: " المحرمات بالقرابة هي الأمهات، البنات، الأخوات، العمّات، الخالات، بنات الأخ وبنات الأخت ".

و الحكمة من التّحريم هو المحافظة على كيان الأسرة وسدَ الأطماع، ومنع قطع الرّحم بسبب ما يحدث عادة بين الزّوجين من النّزاع، كما أن الطب أثبت أن زواج الأقارب ينتج نسلا ضعيفا، لذا فمن مصلحة الطفل أن يولد من أبوين بعيدين من ناحية القرابة ليكون قويّا وسالما من الأمراض [2].

2 – المحرمات بسبب المصاهرة:

– زوجة الأصول وإن علو: كزوجة الأب حيث "يدخل في الآباء الأجداد.

– فروع الزوجة وإن نزلن: ويدخل فيها "بنت زوجته وبنات بناتها وأبنائها " وإن سفلن.

– أصل الزوجة: "سواء دخل بها أم لم يدخل.

[1] – كهينة يوسفي، ليلى ولامي، عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج ماستر، في القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012–2013، ص ص 61 62.

[2] – كهينة يوسفي، ليلى ولامي، نفس المرجع ص 62.

– زوجة الابن وإن نزلن ": فزوجة الابن أو ابن الابن أو البنت محرمة على الرجل [1].

3 – المحرمات بسبب الرضاعة:

نظم المشرع الحرمات من الرضاع في المادتين27 و 28 من قانون الأسرة،

وثبت التحريم بالرضاع في الكتاب والسنة؛ قال تعالى: "وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ".

وقوله صلى الله عليه وسلم:" يحرم من الرضاع ما يحرم من الزنا ".

والمقصود بالرضاع مص الطفل الرضيع اللبن من ثدي آدمية [2].

ب – المحرمات المؤقتة:

وهنّ النساء اللاّتي يحرم الزَواج بهنَ حرمة مؤقّتة لسبب معيَن، فإذا ا زل السَبب ا زلت الحرمة، والتحريم على التأقيت [3]، ورد في نص م 30 المعدلة من ق أ [4]، و التي جاء فيها أنّه: " يحرم من النساء مؤقتا :المحصنة، المعتدَة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا.

كما يحرم مؤقتا: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، زواج المسلمة من غير المسلم ".

---

[1] – البخاري قبي، موانع الزواج في الفقه الإسلامي والقانون أسرة الجزائري، مذكرة ماستر في العلوم الاسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2016–2017، ص 18–19.

[2] – عبد السلام زايدي، عليلي يوبي، شروط عقد الزواج في القانون الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2012–2013، ص 7 8.

[3] – كهينة يوسفي، ليلى ولامي، نفس المرجع ص 67.

[4] – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

5 / الأهلية:

ا – تعريف الأهلية:

وهي أن يكون كلا العاقدين مميزا واهلا لمباشرة العقد، فعقد الشخص الغير مميز لا ينعقد لعدم توافر الارادة لإبرام العقد مثال عقد المجنون والنائم والسكران، والمقصود بالأهلية في مباشرة العقد هي أهلية التمييز[1]

ان المشرع الجزائري حدد في نص المادة 07 من نفس القانون السن القانونية للزواج وحددها ب 19 سنة كاملة أن **"تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة والقاضي ان يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من الحقوق والالتزامات ".**

المشرع في نص المادة ساوى بين السن القانونية لزواج بين المرأة والرجل عكس ما كانت علية المادة قبل تعديل بالأمر 05-02 رغم أن مشكلة السن فالزواج ليست المشكل الحقيقي وانما مشكل مدى إمكانية تحمل التزامات لما بعد الزواج وهي اهليته لأداء التزاماته وقدرته عليها.

ب – أثر تخلف شرط من شروط الزواج العرفي:

نص المشرع الجزائري على شروط عقد الزواج في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة في أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج، إلا أنه في حالة تخلف هذه الشروط فيؤدي ذلك الى فسخ العقد وهذا ما نصت عليه فالمادة 33 و34 و35 من قانون الأسرة.

[1] – عبد رب النبي علي جارحى، المرجع السابق، ص22

فتنص المادة 33 من قانون الأسرة " :[1]**إذا تم الزواج بدون شاهدان أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه وكما تنص المادة من قانون الأسرة كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول، وبعده يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء** ."

فبمقتضى هذه المادة يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه في حالة تخلف شرط الصداق قبل الدخول يترتب عليه فسخ عقد الزواج، أي يصبح زواج فاسد هو كل زواج تم ركنه الأساسي الرضا (الإيجاب والقبول) المذكورة في المادة 09 قانون الأسرة، ولكنه فقد شرطا من شروط الصحة الواردة في المادة 09 مكرر .

وما يستخلص منه أيضا أن المشرع الجزائريٌ أقر بالفسخ في حال تخلف شرط الصداق قبل الدخول، كما أنه فصل في مسألة وهي عدم استحقاق الزوجة حسب قرار المحكمة العليا رقم 45301 بتاريخ 9 مارس 1987 وجاء فيها: " أنه المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي زوجها قبل الدخول بها ولم يكن قد وقع حكم بفسخ العقد وبالطلاق ."كما تعرض المشرع الجزائري في حالة أثبات عقد الزواج في النص المادة33 الفقرة 03 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت " **ويثبت بعد الدخول بصداق المثل** " فإذا ثم الد خول بالزواج يثبت ويكون صحيحا وتستحق الزوجة بذلك صداق المثل [2].

ولقد أقرت المحكمة العليا صحة عقد الزواج المبرم مغفلا الكتابة حين إبرامه لما احتوى كل الشروط والأركان الشرعية في قرارات عدة لها منها القرار الذي جاء فيه:" متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة، فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافقا للشرع والقانون ... " [3].

[1] – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] – فضيلة مشتاوي، فريدة عرفوني، المرجع السابق، ص 31.

[3] – نسيمة أمال حيفري، المرجع السابق، ص .....

الفرع الرابع: صور الزواج العرفي

بما أن هناك أنواعا أخرى من الزواج غير الرسمي كالنكاح المؤقت ونكاح السر ونكاح المتعة وغيرها والتي لا تدخل ضمن صور الزواج العرفي، لذا وجب التمييز بين صور الزواج العرفي.

أولا: الزواج العرفي المستوفي للأركان والشروط:

هو ذلك الزواج الذي يتولاه ولي المرأة، ويحضره الشهود، ويكون بإيجاب وقبول وصداق، دون التوجه إلى توثيقه رسميا، وكان هذا النوع من الزواج هو السائد والمعروف لدى المسلمين منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضوان الله عليهم وإلى وقت قريب قبل أن توجد الأنظمة الحديثة لتقييد العقود وسماع الدعوى والفصل في المنازعات[1].

ثانيا: الزواج العرفي غير المستوفي للأركان والشروط:

هو ذلك الزواج العرفي غير المستكمل لأركانه وشروطه، ويتم بعدة صور منها:

– أن تجري صيغة العقد بتبادل الإيجاب والقبول دون شهود على ذلك ودون توثيق وهو ما يعرف بزواج الاتفاق وهو في حد ذاته زواج سري.

– أو أن يتم العقد أمام الشهود إما مستأجرين أو أصدقاء للزوج أو في بعض الحالات يتم بإقرار الشهادة من طرف الشهود ولكن لفترة معينة كشهر، أو سنة كنكاح المتعة، وهذه الصور محرمة وباطلة لما لها من إضرار وما يترتب عليها من أمور محرمة.

[1] – حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد، الزواج العرفي بين الحظر والاباحة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2011،

المطلب الثاني

الاثار القانونية للزواج العرفي

لا تترتب الاثار القانونية على الزواج العرفي لعدم توثيقه، لذا سنبحث في هذا المجال لمعرفة ما يترتب من اثار بالنسبة للزوجين كطرفي العقد، وعلى الأبناء كنتاج لهذا الزواج.

الفرع الأول: الآثار القانونية بالنسبة للزوجين

أولا: الحقوق المشتركة بين الزوجين:

يترتب على رابطة الزواج حقوق وواجبات لكلا من الزوجين باختلاف صيغته رسميا كان او عرفيا، نظمها المشرع الجزائري في المواد من 36 إلى37 من قانون الأسرة [1]، حيث تمثلت الحقوق المشتركة ما جاءت به المادة 36 من قانون الأسرة على أهم الواجبات ما بين الزوجين كالمحافظة على الرابط الزوجية والحياة المشتركة، الاهتمام المشترك بمصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، مع المحافظة على القرابة وحسن معاملة الوالدين والأقربون.

كما يترتب التوارث بين الزوجين حقيقة أو حكما ورثه الزوج الآخر، إلى جانب المصاهرة حيث لا يجوز للزوجين التزوج بأصول وفروع الاخر إذا حصل الدخول.

ثانيا: الحقوق الخاصة بكل واحد من الزوجين:

أما المادة 37 من قانون الاسرة جاءت بخصوص اظهار واجبات الزوج مثل النفقة وما يلحقها من ملبس ومأكل وعلاج وسكن وغيرها من ضروريات الحياة الكريمة، كل ما تضمنته المادة 78 من نفس القانون مع تحقق شروطها طبقا للمادة 74 من القانون ذاته." عرفت المادة

[1] – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

78من قانون الأسرة النفقة على أنها تشمل الغذاء والكسوة، العلاج، السكن وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وللنفقة شروط نصت عليها المادة 74 في قانون الأسرة إذ تتم النفقة بالدخول والخلوة الصحيحة وبذلك تتم النفقة بالعقد الصحيح إذا استوفي العقد جميع الأركان والشروط الشرعية والقانونية تستحق الزوجة النفقة، كذلك صلاحية المرأة للمتعة أي لا تكون صغيرة وألا تكون مريضة، ويمنع الزواج بها إلا أنه توجد بعض الحالات تسقط النفقة في حالة نشوز الزوجة أو طلاق أو موت الزوج"[1]

كما اشترط المشرع العدل بين الزوجات، ومن جانب اخر ضمن قانون الاسرة حقوق الزوجة، كزيارة أهلها واستضافتهم بالحسنة والمعروف، في حدود قدرة الزوج وموافقته ولها الاستقلالية في ذمتها المالية، ويقابل هذه الحقوق واجبات الزوجة نحو زوجها وذويه "تضمنت المادة 36 من قانون الأسرة التنصيص على واجبات الزوجة اتجاه زوجها من بينها:

1 / طاعة الزوج باعتباره رب الأسرة :طاعة الزوج باعتباره رب الأسرة والساهر على رعايتها بصفته القوّام عليها من نفقة وحماية.

2 / احترام والدي الزوج وأقاربه :يجب على الزوجة أن تؤدي واجبها اتجاه والدي الزوج وذلك يكون بالاحترام والتقدير وزيارتهم والهدف من ذلك المحافظة على الروابط الأسرية"[2]

الفرع الثاني: آثار الزواج العرفي بالنسبة للأولاد

لقد نظم المشرع الجزائري من خلال المواد المنصوص عليها فقانون الاسرة الجزائري التي تنجر عن الزواج العرفي الذي لا تقتصر أثاره على الزوجين فقط وانما تتعدى الى الأبناء الذين هم ثمرة هذا العقد وأكبر المتضررين من هذه العلاقة فحالة عدم توثيق هذا العقد حيث تناول المشرع من خلال المادة 36 من قانون الأسرة على حق تربية الأولاد ورعايتهم وحسن

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

[2] – جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص95

تربيتهم ونشاتهم بصفة سليمة وصحيحة واعطائهم الاهتمام النفسي والعاطفي وحقهم فالحضانة ومراعاة مصلحتهم فالحضانة طبقا لنص المادة 64 من قانون الأسرة المادة 62 من قانون الأسرة [1] وعرفته بأنه: " رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا "، وحق النفقة والذي تناولته المواد 75، 76 و77 من قانون الأسرة، والحق في النسب الذي بينته المادة 40 من قانون الأسرة.

وإذا كانت هذه الحقوق الواجبة على الوالدين تؤدى بصفة تلقائية للأولاد وبمنطلق الفطرة، فإن حق الولد في النسب وفي أن يلحق لأبيه قد تعترضه في الزواج العرفي العديد من العوائق والصعوبات التي سنتطرق اليها في الفصل الثاني من البحث، حيث في كثير من الأحيان يكون عرضة للإنكار أكثر مما هو عليه الحال في الزواج الرسمي، ولذلك سنتناول هذا الحق ونحاول أن نبين سلبية الزواج العرفي عليه .

[1] – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

المبحث الثاني

إثبات عقد الزواج العرفي وإجراءات تسجيله

تعتبر عملية إثبات الزواج العرفي يعتبر من أكبر الصعوبات التي تقابل الزوجين، حيث يسعى لرسمية هذه الرابطة، لذا خص المشرع هذه العملية بعض الإجراءات الواجب اتباعها، وتكون بأحد الوسائل الثلاثة الإقرار، البينة، نكول عن اليمين. ويكون عن طريق عريضة مشتركة بين الزوجين تودَع أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية أو أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها موطن المدّعى عليه في حالة وجود نزاع طبقاً لنص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الأول

إثبات الزواج العرفي

تعتبر عملية إثبات الزواج العرفي مهمة جدا فهي المرحلة التي تحول الزواج العرفي من مجرد عقد شرعي إلى عقد رسمي له وجود قانوني يمكنه أن يرتب آثار قانونية، ولهذا يتم إثباته بطرق الاثبات المحددة قانونا.

الفرع الأول: اثبات الزواج العرفي بالإقرار

تتعدد وسائل إثبات الزواج العرفي وهي وسائل تتفق في وجودها بين ما أقره الفقه الإسلامي واعتمده المشرع الجزائري.

أولا: تعريف الإقرار:

يعتبر الاقرار سيد الادلة ولا عذر لمن اقر، إذ اقر أحد الزوجين بالزوجية كان اقراره هذا دليلا كافيا لإثباتها، وهناك نوعان الإقرار قضائي وغير القضائي.

"هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، كأن يقف الزوج أمام القاضي ويقرّ بقيام علاقة زوجية بينه وبين المدعى عليها" [1].

والإقرار يكون باعتراف احد الطرفين بنية ترتيب حق أم لا، هو واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني يخضع الإقرار بالزواج العرفي لشروط تتمثل فيما يلي توجد شروط خاصة بالمقر من الاهلية، الرضا وكل الإرادة الحرة دون اكراه، مع الجدية والإصرار، أما الشروط الخاصة بالمقر له أن يكون معلوما، وأن يصدق الطرف المقر سواء اكان زوجا أو زوجة، "ألا تكون الزوجة محرمة عليه تحريما مؤقتا أو مؤبدا"[2] .

ثانيا: أنواع الإقرار:

1 / الإقرار القضائي:

حالة عدم تسجيل الزواج في الوقت المحدد في قانون الحالة المدنية،" في حالة عدم تسجيل الزواج الأمر يحتاج إلى إثبات الزواج بموجب حكم قضائي وهذا ما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة بنصها يثبت الزواج المطالبة بإثبات، بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم الزواج يحتاج الأمر إلى رفع دعوى قضائية من أحد الزوجين اتجاه الزوج آخر أمام المحكمة قسم شؤون الأسرة التي حصل في دائرة اختصاصها الزواج" [3].

يكون باعتراف أحد الطرفين أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، كأن يقف الزوج أمام القاضي ويقر بقيام علاقة زوجية بينه وبين المدعى عليها، وهذا ما يجعل المقر الاعتراف بحق الاخر "إن الإقرار يعد وسيلة من وسائل اثبات الزواج العرفي مع الأخذ بتوفر

[1] – محمد أبو زهرة، الأحول الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة،195 ، ص 17

[2] – بوطيش وهيبة، الشكلية في عقد الزواج، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، 2009/2008، ص 36.

[3] – يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص115-116

ركن الرضى (قبول والايجاب) وتوفر شروطه الاهلية والشاهدان والصداق وخلوه من الموانع الشرعية طبقا للمادة 09و 09 مكرر من قانون الاسرة الجزائري عليه "[1]

2 / الإقرار غير القضائي:

يكون خلاف النوع الأول حيث لا يكون أمام الجهة القضائية "هو ذلك الإقرار الذي تم خارج مجلس القضاء كأن يقر فلان أن فلانة زوجته خارج مجلس القضاء سوآءا أكان ذلك كتابة أم شفاهه، وسلطة التقدير لمثل هذا الإقرار موكلة للقاضي، يقدرها وفقا لظروف الدعوى وملابساتها. 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 بناء على طلب أحد الزوجين أو الأبناء أو الآباء أومن له مصلحة، كما يظهر الاقرار غير القضائي أثناء تحرير الموثق لما يسمى بعقد الاقرار بزواج بناءا على طلب الزوجين معا وبالإرادة الحرة لكل منهما"[2]

كما يتم الإقرار غير القضائي أثناء تحرير الموثق لما يسمى بعقد الإقرار بزواج، بناء على طلب الزوجين معا، ولا يكون بالإرادة المنفردة لأحدهما، مع تحقق الإرادة الحرة لكل منهما دون إكراه.

ثالثا: شروط الإقرار:

تتمثل في:

[1] – مريم غماري، الزواج العرفي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، فرع قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012–2013، ص 76

[2] – عبد الله حاج احمد، المرجع السابق، ص133

1 / شروط الواجب توفرها في مقر:

- أن يكون المقر عاقلا بالغا فلا يجوز اقرار المجنون أو المعتوه او الصبي الغير المميز.
- صدور الاقرار وليد الإرادة خالصة لا اكراه فيه من شخص يقظ في صحو تام فلا يجوز
- اقرار المكره وكذا السكران لأنهما وإن كانا مكلفين إلا أنهما محجوز عليهما في المال
- أن يكو المقر جادا غير هازل أو يكون محجورا عليه لسفه أو غفلة أو متهما في اقرار

2 / شروط الواجب توفرها في المقر له:

- أن يكون المقر له معلوما ومحددا تحديدا كافيا
- أن تصدق المرأة الرجل في ا اقراره حالة كونه المقر وعكس بالعكس
- أن تكون الزوجة حلالا لرجل إذا كان هو المقر وأن يكون الرجل حلالا المرأة إذا كانت هي المقرة.[1]

3 / شروط الواجب توفرها في المقر به:

نقصد به هنا هو الزوجية كعلاقة قائمة بين الطرفين لذا يجب أن يكون الزواج ممكنا بين المقر والمقر له بألا يكون للزوج المتزوج من محرم للزوجة أي ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا

4 / شروط الواجب توفرها في صيغة الإقرار

- أن تكون صيغة الاقرار منجزة غير معلقة على أي شرط
- أن تكون صيغة مثبته للحق المقر به وأن تكون صادر أمام القضاء [1].

[1] – أمينة عبدلي، دواعر عفاف، المرجع السابق، ص 47

يضيف القانون شروط أخرى وهي:

- أن يكون الاقرار على واقعة قانونية، مدعى بها سواء كانت الواقعة تصرفا قانونيا أو واقعة
- مادية كالإقرار بالزواج وأن يكون محل الاقرار ليمكن تصديقه فالواقع.
- أن يكون غير مخالف للنظام والآداب العامة، كالإقرار الرجل بان هذه المرأة عشيقته فلا يثبت
- زواجه بهذا الإقرار ولا يتم نسب الولد اليه.
- أن يكون الإقرار أمام القضاء وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى وهذا طبق لنص.
- المادة 431 قانون مدني، فان كان أمام جهة رسمية كالموثق فانه لا يعتد بها.

رابعا: حجية الاقرار:

يعتبره جمهور الفقهاء حجة قاصرة على المقر وحده، ولا يتعداه إلى غيره، إلا أنهم اعتبروه وسيلة كافية في حد ذاته لإثبات الزواج، إذا ما أقر به أحد الطرفين، فيقول الامام أبو زهرة:" إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج، فادعى الرجل وجوده تسأل المرأة فإن أقرت قضى بالزواج وثبت بتصادقهما، وإن أنكرت فإن عجز عن البينة وجهت اليمين إلى المرأة على رأي الصاحبين.

وعليه، فإن الفقه الاسلامي يعتبر الاقرار حجة، أي وسيلة كافية في حد ذاتها لاثبات واقعة الزواج العرفي، فإن رفض أحد الطرفين الاقرار يكون الاتجاه للبينة .ِّ ع الجزائري فقد نص صراحة في المادة أما المشر 342 ف 1 من القانون المدني على أن:" الإقرار حجة قاطعة على المقر " [2].

[1] – أمينة عبدلي، دواعر عفاف، المرجع السابق، ص 47

[2] – عبد الله حاج احمد، المرجع السابق، ص 134

ويعني ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم حجة على المقر، ويتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له ولا تتعداه إلى غيرهما، إلا أن القضاء الجزائري لا يعتد بالاقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لاثبات واقعة الزواج العرفي، وذلك لما يتميز به هذا العقد من خصوصية وطابع اجتماعي لا نكاد نلتمسه في باقي العقود الاخرى، حيث يتم اللجوء للبينة أو ما يسمى بشهادة الشهود، باعتباره الدليل الانجع من حيث القوة الثبوتية [1].

الفرع الثاني: اثبات الزواج العرفي بالشهادة

ان من بين اهم الخصائص التي يمتاز بها عقد الزواج في الإسلام هو الشهادة(البينة) عليه عن طريق حضور شهود على هذا الزواج فمجلس العقد ضمان لشرعيته واثباته وإعلانه فحالة انكار هذا العقد من احد الأطراف كما انها تعد احد اهم طرق اثبات الزواج، ولهذا السبب تم تقسيم هذا المطلب الى عناصر، ماهية البينة وأنواعها، وتعديد شروط البينة، حكم الرجوع

أولا: تعريف البينة (الشهادة):

حيث سيتم شرح معنى البينة في اللغة، الشرع، والاصطلاح القانوني كما يلي:

1 / تعريف البينة لغة: وهي الشهادة [2] او البيان وهو ما يتبين الشيء من الدلالة وغيرها[3]، وبان الشيء وابان اتضح وانكشف فهو بين، وابان الشيء فهو بين[4]،

2 / تعريف البينة شرعا :المراد بها هي الشهود أو الشاهد وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ويقال:الاثبات بالبينة" أي شهادة شاهدي عدل على حدوث واقعة معينة كثبوت الزوجية ان

[1] – عبد الله حاج احمد، المرجع السابق، ص 134

[2] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/09/24، مجلة قضائية.1984، العدد 01، ص 64 .

[3] – ابن منظور، لسان العرب ,تحقيق عبد الله علي الكبير واخرون، دار المعارف، الجزء 4، باب العين المادة" عرف."

[4] – ابن القيم الجوزية(شمس الدين أبوعبد الله محمد بن أبي بكر)، اعلام الموقعين، راجعه وقدمه وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد، مطبعة النهضة ,طبعة جديدة،(دت)، ج1 ، مصر، ص 90

المقصود بالبينة الحجة والدليل والبرهان سواء كانت منفردة أو جملة وهي أهم من البينة في اصطلاح الفقهاء[1]

3 / تعريف البينة قانونا :لم يعرف القانون البينة غير أنه من مفهوم نصوصه القانونية نصل أنه يقصد بها الشهادة، ويقصد بها ايضا اخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص وبعده مما يترتب عليه أثر في الشرع أو القانون وهي تعرف بأنها أقوال شهود معروفين بعدلهم وأمانتهم وصدقهم يقولون ما شهدوه أو ما حضروه وراوه سمعوه حول واقعة معينة [2]

ثانيا: أنواع البينة:

1 / الشهادة المباشرة:

الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة، فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه، فالذي يميز الشاهد إذن هو 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.

وإذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة، فأن الشاهد يدلي في مجلس القضاء بما عاينه بصورة شخصية ومباشرة أثناء إنشاء واقعة الزواج العرفي بما في ذلك معرفته لطرفي العقد من زوج وزوجة ومكان وزمان وظروف إبرام عقد الزواج من رضا الزوجين ووجود الولي وتسمية الصداق [3].

وحول ما إذا كانت شهادة الأقارب، تعد جائزة لإثبات وتسجيل الزواج العرفي، فقد استقر قضاء المحكمة العليا على أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق، ومتى

[1] – نبيل إبراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بيروت 1995، ص 181

[2] – المنجد في اللغة والاعلام، المرجع السابق، ص368.

[3] – عبد الله حاج احمد، المرجع السابق، ص 135

تبين – في قضية الحال أن الزوجة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج، مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي، وشهود، وصداق، فالقضاء بإثبات الزواج العرفي، يعد تطبيقا سليما للقانون [1].

2 / الشهادة السماعية:

وتسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة عن الشهادة حيث يشهد فيها الشاهد بما سمعه من غيره، فالشاهد هنا لم يشهد الواقعة مباشرة وإنما يشهد أنه سمع بواقعة يرويها له شاهد رآها بعينه وسمعها بأذنه، كأن يشهد شخص أمام القاضي أنه سمع شخصا آخر: شخصا آخر يروي 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، وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير قيمة الشهادة السماعية [2].

وقد استقر قضاء المحكمة العليا بأن الزواج العرفي لا يثبت إلا بشهادة العيان، التي يشهد أصحابها بها، أنهم حضروا قراءة الفاتحة، أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها، أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم، أن الطرفين كانا متزوجين، ولما كان الطاعن لم يأتي بأي من شهادة العيان، أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فإن القضاء برفض دعوى إثبات الزواج العرفي، يعد تطبيقا صحيحا للقانون [3].

3 / الشهادة بالتسامع: هي شهادة بما يتداول بين الناس بأنهم سمعوه وهي عكس الشهادة السماعية التي يمكن تحري مصدر الصدق فيها وتحميل صاحبها مسؤولية شخصية فيما سمعه

[1] – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 188707، الصادر بتاريخ 17-03-1998، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 50، نقلا عن عبد الله حاج احمد، المرجع السابق، ص 135

[2] – عبد الله حاج احمد، المرجع السابق، ص 135

[3] – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 53272، الصادر بتاريخ 27-03-1989، المجلة القضائية، 1990، ع 3، ص 82، نقلا عن عبد الله حاج احمد، المرجع السابق، ص 135 136

بنفسه عن غيره، فالشهادة بالتسامع صاحبها لا يروي عن شخص معين ولاعن الواقعة بالذات بل يشهد بما يتسامعه الناس 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[1]

وقد أجازت الشريعة الإسلامية هذه الشهادة لا سيما في مسألة إثبات الزواج لأنها ضرورة دعت إليها المصالح والحاجة الشديدة لا سيما إذا أثمر هذا الزواج إنجاب أطفال، وهذا الإستحسان مرده أنها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم وقد تتعلق بأحكام تبقى على إنقضاء 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: [2]

ما جاء في القرار رقم 0851807 المؤرخ في 2015/02/12: إذ كان على قضاة المجلس التأكد من الشاهدين فيما إذا حضرا مجلس العقد وما سمعاه وعايناه من تبادل الرضا وحضور الولي وتحديد للصداق، وأن الاعتماد على شهادة التسامع لا يكون إلا إذا كان ما يشهد به الشاهد تسامعا، أمرا متواترا، سمعه عن جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب، لأن الأصل في الشهادة الإحاطة والتيقن مما يجعل القرار مشوبا بقصور التسبيب مستوجب النقض .[3]

وفي قرار آخر جاء المبدأ بأنه:" يثبت الزواج العرفي بشهادة الشهود إذا كانوا على سبيل التواصل والتسامع " [4].

[1] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء2 ، دار النهضة العربية، ص 413 .

[2] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27، مجلة قضائية، 1990، العدد 03، ص 82 .

[3] – عماد شريفي، مبروك المصري، مسائل لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري ودور اجتهادات المحكمة العليا في استكمالها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 01، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، أفريل 2020، ص 618.

[4] – القرار رقم: 1247444، تاريخ القرار: 2018/11/07، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا.

ثالثا: شروط أداء الشهادة

يشترط للإدلاء بالشهادة أمام القاضي امام القاضي يتوجب توفر شروط خاصة بالشاهد في حد ذاته، وشروط للمشهود به وشروط للشهادة، ولأداء الشهادة.

1 / شروط ترجع الى الشاهد:

ا – **الأهلية :** فلا يصح العقد بشهادة المجانين لأنهم ليسوا أهلا لتحمل الشهادة، وحضورهم العقد لا يحقق معنى الإعلان لأنهم لا يعون شيئا ولا يدرون ما يجري في مجلس العقد، إذ لابد أن يتمتع الشاهد بالأهلية الكاملة والإرادة السليمة حتى تقبل شهادته [1].

ب – أن تقبل شهادته لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا شهادة لمتهم "، والتهمة إما أن تكون فسق الشاهد، أو وجود صلة خاصة بينه وبين المشهود عليه، النائحة، المغنية، مدمن الشرب والمخنث ومن يقامر بالنرد والشطرنج . . [2].

اما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص فالمادة 33 من قانون الحالة المدنية انه يجب على الشهود المذكورين في شهادة الحالة المدنية ان يكونو بالغين 19 سنة على الأقل سواء كانو من الأقارب او غيرهم دون تمييز فيما يخص الجنس ويتم اختيارهم من قبل الأشخاص المعنيين [3].

كما أنه لا يعتد بشهادة الولي على أنه شاهد وهذا ما اعتدت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 10 فيفري 2011 فالقضية رقم 600991 [4]

[1] – عبد السلام زايدي، عليلي يوبي، المرجع السابق، ص 19

[2] – عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1992، ص 357

[3] – الأمر رقم 70–20 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية

[4] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2011/02/10، مجلة قضائية، 2011، العدد 02، ص 275

كذلك ما جاء به قرار المحكمة العليا على وجوب حضور الشهادة المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2008/02/13 فالقضية رقم 424797 [1]

ج – الإسلام: لا ينعقد الزواج إلا بشهادة مسلمين إذا كان الزوجان مسلمين، لأن الشهادة في باب الولاية ولا ولاية غير المسلم على مسلم ، لقوله تعالى:" ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا "، ذا كان العاقدان غير مسلمين والزوجة كتابية، فلا يشترط إسلام الشهود

د – التعدد: يشترط في الإشهاد على الزواج أن يكون الشهود أكثر من رجل واحد، لقوله صلى الله عليه وسلم:" لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل "، ولقوله تعالى:" وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ ۚ ..." [2].

فلا يصح العقد بشهادة النساء وحدهن لأن المغزى من الشهادة إظهار الزواج وا . وهذا لن يتحقق بحضورهن وحدهن لأن النساء المسلمات لا يحضرن مجالس الرجال ومجتمعاتهم العامة [3].

[1] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2008/02/13، مجلة قضائية، 2008، العدد 02، ص 311

[2] – سورة البقرة، الآية 282.

[3] – عبد السلام زايدي، عليلي يوبي، المرجع السابق، ص 19 20

2 / شروط ترجع الى الشهادة

ا – **لفظ الشهادة:** يتعين على الشاهد عند اداء الشهادة ان يذكر لفظ الشهادة فيقول اشهد انه اقر بكذا ونحوه، ولو قال اتيقن او اعرف او اعلم لم يعتد بها لان الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة، فلا بد من الاتيان بفعلها المشتق منها لان فيها معنى لا يحصل في ذلك من غيرها و هذا ما اجمع عليه الفقهاء [1]

ب – ان تكون الشهادة موحدة مع موضوع الدعوى: فشهادة تكون موحدة مع موضوع الدعوى فاذا كان موضوع الدعوى هو لإثبات واقعة الزواج العرفي فان شهادة تنصب على واقعة الزواج، اما في القانون فيشترط لصحة الشهادة ان تكون غير مناقضة لموضوع الدعوى

ج – مكان اداء الشهادة ان سماع الشهادة يكون امام القضاء فالمحكمة او المجلس فالقاضي هو المخول الوحيد لسماع الشهادة الشهود ولا يصح الشهادة أمام الموثق او غيره وهذا ما ذهبت اليه المحكمة العليا فجل قراراتها

د – وان يكون المشهود به معلوما للشاهد فلا يكون بالنية اعتقاده مثال على أن يشهد بان فلانة زوجة فلان بمجرد أنهما يسكنان في فالشهادة تكون قطعية معلوم بها نفس البيت ,فلا يصلح للشاهد ان يشهد بشيء حتى يحصل له

أما دور القاضي حيال الشهود فيتمثل في سؤالهم عما إذا حضروا مجلس العقد ويتأكد من عددهم حتى يحترم نصاب الشهادة، ويتأكد من هوية الشاهد الكاملة من خلال بطاقة التعريف، ودرجة القرابة بالخصوم مع الإشارة لتأدية اليمين القانونية يقوم القاضي باستفسار الشهود عن معرفتهم للخصوم، وفيما إذا حضروا فاتحة الزواج أو حفل الزفاف ومن تولى العقد كولي الزوجة،

[1] – ابن قدامة ,مصدر سابق، ج 12 ، الونشريسي(أبو العباس احمد بن يحي)، عدة البروق في جمع ماضي المذهب من المجموع والفرق، دراسة وتحقيق حمزة أبو فارس، دار العرب الاسلامي، بيروت، لبنان،(دت)،(دط.)

ويسالهم عن التاريخ أو السنة التي تم في هذا الزواج العرفي لاسيما إن كانت الشهادة السماعية وعن مكان إبرام عقد الزواج العرفي، وعن مقدار الصداق المقدم وهل هو مؤجل أو معجل. وعلى القاضي وولـه حرية التقدير في مدة صحة الشهادة، وأن يتحقق من كل تصريحاتهم ويقارن بينهما ليتأكد من عدم وجود تعارض، وعليه أن يقدر كل تلك الشهادة ليتأكد من توفر ما جاء فالنص المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري

رابعا: حكم الرجوع عن البينة:

ان القاضي في حال ما ان الشاهد صحح شهادته واقر بالحقيقة ولم يكن القاضي قد أصدر حكمه فبإمكان القاضي الغاء شهادته وعدم الأخذ بها وان كان صدر الحكم فبإمكانه التصحيح على مستوى درجات التقاضي الأخرى

أما في حالة ما إذا صدر حكم نهائيا واستوفى طرق الطعن نجد أن المحكمة العليا قد استقرت في هذه المسألة على أن الحكم القاضي بإثبات واقعة الزواج له حجية مؤقتة، على خلاف بقية الأحكام التي لها حجية مطلقة وذلك مستنبط من خلال قرارها الصادر بتاريخ 18 ديسمبر 1998 حيث أن إثبات واقعة الزواج ليس لها حجية الشيء المقضي فيه، باعتبار واقعة الزواج العرفي لها حجية مؤقتة قد يرجع الشاهد عن شهادته ويكون رجوعه حسب الشريعة الإسلامية رجوعا صحيحا ومقبول بشرط أن يتم أمام القضاء، وتبرير ذلك أن رجوع الشاهد عما أولى به إن كان كذبا هو عودة إلى الحق.

كذلك المحكمة العليا تقر بصحة شهادة الشهود الذين يكونان من الأقراب في قضايا الزواج والطلاق وستنبطه ممن خلال قرار المحكمة العليا فقرارها للقضية رقم 188707 بتاريخ 17 مارس1998 [1].

[1] – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 188707، الصادر بتاريخ 17-03-1998، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 50، نقلا عن عبد الله حاج احمد، المرجع السابق، ص 135

الفرع الثالث: اثبات الزواج العرفي عن طريق النكول عن اليمين

سنتناول في هذا العنصر تعريف اليمين والنكول عنه اولا، ثم حجية اليمين ثانيا:

أولا: تعريف اليمين والنكول عنه:

اليمين هو القسم او حلف بالله او اسمائه أقسم بالله العلي العظيم، ولا يجوز سواها، يلتزم بأدائها المدعي عليه متى طلبها المدعي ما يرتب عنه الحق عند أدائها .

ومنه النكول عن اليمين هو رفض المدعى عليه أو المطلوب منه أداء اليمين او الحلف بالله.

ثانيا: حجية اليمين:

ان حجية اليمين تقتصر على الحالف أو ورثته ولا تتعدى الغير ويعد أداء اليمين والنكول من القواعد العامة للإثبات .

والنكول عن اليمي ن ليس إلا امتناعا عن أدائها، فإذا نكل بمعنى رفض من وجهت إليه اليمين عن الحلف خسر دعواه، وهو حجة يحكم بها القاضي على من نكل عن اليمين وهذا ما نصت عليه المادة 247 من القانون المدني فكل من وجهت اليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه.

ويقول الامام أبو زهوة عند فشل إثبات الزواج بكل من وسيلتي الإقرار والبينة توجه اليمين الى المرأة ويبين أن ذلك راي الصاحبين فإن حلفت رفضت دعوى الزوج وان نكلت عن اليمين قضي عليها بالزواج، لأن النكول إقرار على مذهب الصاحبين المفتى به في [1] الفقه الحنفي ففي حالة عجز المدعى بالزواج عن تقديم الشهود حولة واقعة الزواج، والمدعي عليه بقي ناكرا له فله ان يطلب اليمين على المدعى عليه وان نكل عن اليمين قضي عليه بنكوله.

[1] – محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة،1971

أما القضاء فلا يعتد باليمين كدليلا كافيا لإثبات الزواج العرفي فالزواج يقوم على أركان وشروط، وهو مما لا يثبت إلا بالشهود الذين يقرون بوقوع الواقعة التي حضروها أو سمعوا بها وتوفرها على اركان الصحيحة لزواج وتوفر شروطه، 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 بنية الشهود والذين يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وفقا للشريعة الاسلامية مع بيان توفير اركان وشروط المادة 09 و09 مكرر من قانون الاسرة وفي حالة وفاة احد الزوجين وادعى أحدهما بقيام الزوجية ولم يكن له شاهد على واقعة الزواج ويشهد هو بقيمها مع تحديد المهر ومن تولى العقد فان الزواج يثبت مع أداءه اليمين.

و خلاصة القول أنه اذا كانت الشريعة الاسلامية تعتمد على كل من الاقرار والبينة والنكول عن اليمين لإثبات الزواج العرفي، فان القضاء الجزائري يركز على شهادة الشهود بالدرجة الأولى، أما اليمين فيلجأ اليها لتدعيم وتأكيد شهادة الشهود في حالة وفاة احد الزوجين

المطلب الثاني

إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي

قام المشرع الفرنسي المستعمر بتنظيم عقود الزواج وفق قانون 1956 بوضع إجراءات خاصة بالتسجيل وطرق الانحلال، مع تحديد الوثائق الواجبة لإجراء عملية تسجيل الزواج، وتم الحاقه بقانون سنة 1963 الذي يحدد من خلاله السن الأدنى للزواج، مع الزامية تقديم وثيقة التسجيل في سجلات الحالة المدنية او تثبيته إذا تم أمام الجهات القضائية.

وبالرجوع الى المشرع الجزائري بعد الاستقلال نجد أنه قد نص في المادة 18 من قانون الأسرة [1] على أن:" عقد الزواج يتم أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في نص المادة 9 و9 مكرر"، دون أن تذكر صراحة ضابط الحالة المدنية الذي ورد ذكره مع الموثق في المادة 71 من قانون الحالة المدنية، وطبقا للمادة 22 من قانون الأسرة التي تنص على أن الزواج يثبت بموجب مستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيل يثبت بحكم قضائي، ويجب تثبيت حكم الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة" [2].

وقد حصر المشرع الجزائري تسجيل الزواج أن لا يكون إلا بالأحكام القضائية سواء في حالة متنازع فيها او غير ذلك.

الفرع الأول تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه

يكون في الحالة العادية، التي تكون دون خصام أو نزاع حول توثيق الزواج العرفي، "إذا لم يكن الزواج موضوع نزاع سواء بين الزوجين أو ممن له مصلحة في ذلك، إثبات الزواج وتسجيله يتم باتباع جملة من الإجراءات، تبدأ بتقديم الطلب الذي يتضمن إثبات الزواج العرفي، وتنتهي

[1] – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] – عبد العزيز سعد، قانون الآسرة في ثوبه الجديد، ط 5، دار هومه، الجزائر، 2009، ص72

بصدور أمر يقتضي بالتثبيت مع الآمر بالتسجيل الذي يقع أمام الجهة القضائية المختصة، تطبيقا لنص المادة 39 من قانون الحالة المدنية الجزائري، تتحدد الجهة القضائية المختصة بالنظر بطلبات تثبيت عقود الزواج في محكمة دائرة اختصاص مقر أحد الزوجين أو كلاهما أو محل إقامتهما" [1].

ومن اجل ذلك يجب اتلاع الإجراءات الرسمية حتى لا يشوبه البطلان، "إذا تم الزواج العرفي وفقا لقواعد الشريعة الاسلامية وتم الدخول بالزوجة ولم يكن موضوع نزاع فإن إثبات وتسجيل الزواج يتم كما يلي:

يتم تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجين أو ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية، متضمنا البيانات المتعلقة بعقد الزواج وبدواعي تسجيله، مرفقا بالوثائق والإثباتات المادية لذلك، ويتم إحالة الطلب عن طريق وكيل الجمهورية مرفقا بعريضة إلى القاضي المكلف بالحالة المدنية، يلتمس فيها استصدار أمر بتسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية بأثر رجعي.وبدوره القاضي المكلف بالحالة المدنية ويقوم بالتحقيق عن طريق سماع الزوجين، ويتم التأكد من توفر الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج وشرعيته"[2]

وبعدها يتم اصدار أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية حكم بتسجيل الزواج العرفي ويرسل نسخة منه الى ضابط الحالة المدنية ببلدية مكان ابرام الزواج فيها، تطبيقا لنص المادة 40 من قانون الحالة المدنية، وتحفظ النسخة الأصلية من الحكم بأمانة الضبط قيد الحالة المدنية.

وهذا الأمر ولائيا غير قابل للطعن فيه لا بالمعارضة ولا بالاستئناف ولكنه قابل للمراجعة أمام نفس القاضي إذا وقع فيه خطأ.

[1] – عبيد الشافي، القواعد الموضوعية والإجرائية لقانون الأسرة مذيلا بمبادئ الفقه القضائي، دار الهدى، عين ميلة، .– الجزائر، 2016، ص 120

[2] – عبد العزيز سعد، 2009، المرجع السابق، ص72

الفرع الثاني: اثبات الزواج العرفي المتنازع فيه

إذا ما وقع نزاع حول واقعة الزواج بين الزوجين، أو بين من لهم مصلحة شرعية وقانونية في ذلك، وكان أحدهما يدعي قيام الزواج شرعا و قانونا، والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه أو في صحته، فإن الطريق الوحيد لثبات 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 .وقد جاء في المادة 22 فقرتها الثانية من قانون الاسرة أنه: " في حالة عدم التسجيل يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية ". حيث ترفع دعوى إثبات عقد الزواج التي ال تختلف عن غيرها من الدعاوى المدنية الاخرى، من حيث ما يتعلق بإجراءات رفع الدعوى ومن حيث ما يتعلق بأهلية المتنازعين وصفاتهم وإن كان قانون الاسرة على عكس الامر رقم 70-20 لم يحدد صراحة الاجراءات الواجب إتباعها لثبات واقعة الزواج العرفي والجهة القضائية المختصة [1].

ان دعوى إثبات الزواج العرفي يتم رفعها أمام قسم شؤون الآسرة باعتبارها من دعاوى الأحوال الشخصية وفقا لنص المادة 32 من ق إ م إ.

أما فيما يخص الاختصاص الإقليمي فتتحدد الجهة القضائية في المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها محل إقامته"[2]

[1] – سمية هادفي، عادل لموشي، تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية، مجلة قضايا معرفية، المجلد 02، العدد 01، جامعة زيان عاشر، الجلفة، مارس 2022، ص 138

[2] – عبد السلام ذيب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، الطبعة الثالثة، موفر للنشر، الجزائر، 2012، ص 339

الفرع الثالث: دور ضابط الحالة المدنية في تسجيل الزواج العرفي

ان ضابط الحالة المدنية يقوم بإبرام عقود الزواج وتسجيلها قبل الدخول بالزوجة لكن قد يتم تسجيل الزواج العرفي حتى بعد الدخول في سجلات الحالة المدنية الخاصة بعقود الزواج، ولا يمكنه أن يرفض ذلك كون أن عقد الزواج قد تم تثبيته بمقتضى حكم قضائي، وهذا ما قضت به المحكمة العليا فإحدى قراراتها من المبادئ المستقر عليها قضاء وقانونا ان دعوى إثبات الزواج غير محددة بمهلة معينة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القواعد الجوهرية في الاجراءات غير سديد يستوجب معه الرفض، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها رفعت دعواها لإثبات الزواج بعد عشرين سنة من انعقاده وبعد وفاة الزوج، فإن قضاة الموضوع الذين أثبتوا هذا الزواج بناء على شهادة الشهود ولتوفر جميع أركان عقد الزواج وقرائن تسجيل الولدين باسم أبيهما أثناء حياته دون أن يعترض على ذلك يكونوا قد طبقوا صحيح القانون قرار رقم 71731 بتاريخ 23 افريل 1991.

وعليه لا يمكن لضابط الحالة المدنية أن يرفض تسجيل زواج عرفي تم تثبيته بمقتضى حكم قضائي.

إذا ما وقع نزاع حول إثبات واقعة الزواج ما بين الزوجين حيث يكون أحدهما يدعي قيام عقد الزواج العرفي و الآخر ينفيه فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو رفع دعوى قضائية لإثبات عقد الزواج العرفي و في حالة ما تمكن المدعي من إثبات الزواج العرفي فإن المحكمة ستحكم بقيام الزواج العرفي ويكون هذا الحكم نهائي ويسجل في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة [1].

[1] – أمينة عبدلي، دواعر عفاف، المرجع السابق، ص 49

وهذا ما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة [1] والتي نصت على " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة " بذلك فهو يخضع لنفس إجراءات تسجيل الزواج غير المتنازع فيه غاية ما في الأمر أن الزواج العرفي غير المتنازع فيه إثباته يكون بأمر ولائي أما الزواج العرفي المتنازع فيه إثباته يكون بموجب حكم قضائي [2].

[1] – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] – أمينة عبدلي، دواعر عفاف، المرجع السابق، ص 48 49

خلاصة الفصل:

رغم أن الزواج العرفي هو زواج شرعي مكتمل الأركان والشروط وتم تعامل به منذ عهد الرسول عليه الصلاة والسلام والصحابة والتابعين إلى وقت قريب لم يكن افراد مجتمعنا يولون التوثيق أهمية إلا انه نظرا لاندثار القيم والاخلاق والمبادئ الاسلامية بات توثيق الزواج من الآمور الضرورية الواجب اتخاذها والعمل بها نظرا للكثير من المشاكل والمنازعات القضائية التي امتلأت محاكمنا بها التي تقع عند انكار الزوج بوقوع هذا الزواج ونجده في أغلب الأحيان يكون عند وجود أبناء وبطبيعة الحال فالمتضرر هو المرأة والأطفال الذين يصبحون بدون اسم أب ينتسبون اليه وينسبون في غالب الأحيان الى امهم ويحملون اسمها.

لذلك المشرع الجزائري عمل على توثيق الزواج الا أنه أجاز تسجيل الزواج العرفي في حالة إثباته وهذا ما أدى الى تزايد نسبة الزاج العرفي فالجزائر فاصبح يستعمل كحيلة للهروب من القانون في غالب الأحيان والمتضرر الوحيد من كل هذا هي المرأة والأبناء الذين يجدون انفسهم فأروقة المحاكم من اجل اثبات زواج اهليهم ويتم الحاق نسبهم الى ابائهم وتسجيلهم فالسجلات الحالة المدنية.

الفصل الثاني

دعوى اثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري

إن النسب من مقاصد الشريعة الإسلامية حيث أولته اهتماما كبيرا حين وضعت له أحكاما ما يكفل صيانة الولد من الضياع ومنع اختلاط الأنساب، والنسب في اللغة هو النسب القرابة، وقيل في الآباء خاصة وقيل النسب مصدر الانتساب [1] وجمع نسب انساب، يقال نسبه في بني فلان، اي هو منهم، والنسبة: الصلة والقرابة التي تكون بين شخصين[2]، أما اصطلاحا فإن أغلب الفقهاء المسلمين فاكتفوا بمعناه العام المستمد من المعنى اللغوي، وهو القرابة والمراد بها الرحم.

كما عرفها الدكتور عبد الكريم زيدان:" صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم"[3]، غير أن المشرع الجزائري لم يقم بتعريف النسب إلا أنه حدد في القانون المدني المقصود بالقرابة النسب "بأنها تلك الصلة القائمة بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك حين جاء في القانون المدني المادة 32: " تتكون اسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر ذوي قربى كل من يجمعهم أصل واحد"[4].

فسنتطرق الي طرق اثبات النسب في المبحث اول وإجراءات دعوى النسب في المبحث ثاني.

[1]– ابن منصور، لسان العرب، المجلد الأول، ط1، دار صادر، بيروت، لبنان، 1997، ص 755.

[2]– الفيروز أبادي، القاموس المحيط، تحقيق، مكتب تحقيق التراث بمؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم الغرقسوسي، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2005م، فصل النون، ص 137.

[3]– عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1413ه/1993م، ج9، ص 315.

[4]– قانون رقم 05–10 المؤرخ في 13 جمادي الأول 1426ه الموافق ل 20 يونيو 2005م، المعدل والمتمم للأمر رقم 75–58، المؤرخ في 20 رمضان 1935ه الموافق ل 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 44، 2005م.

المبحث الأول

طرق إثبات النسب

ولإثبات النسب شرع له مجموعة من الطرق من جهة الأب، يأتي على رأسها الزواج سواء كان صحيحا أو غير صحيح، زواج فاسد والباطل، ووطئ الشبهة لأن الانتساب الى الأم ثابت بمجرد الولادة، إضافة إلى الإقرار والبينة .

والجديد في موضوع إثبات النسب أن المشرع الجزائري في نص المادة 40 ق أ ج بعد تعديل قانون الأسرة لعام 2005 اجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى الطرق العلمية في مسألة إثبات النسب، وذلك تماشيا مع التطور العلمي الكبير في الميدان الطبي البيولوجي خاصة، غير أن النص على الطرق العلمية لم يخلو من الغموض على اعتبار أن التعديل جاء مختصرا وغير شامل بالمزيد من التفاسير والوضوح مما جعل الاجتهادات تعدد وليست على نسق واحد[1].

ولأكثر تفصيلا فيه قسمناه على مطلبين الأول تناولنا الطرق التقليدية لإثبات النسب، والمطلب الثاني الطرق الحديثة لإثبات النسب.

المطلب الأول

الطرق التقليدية لإثبات النسب

إذا كان نسب الولد من أمه ثابت في كل الحالات الولادة شرعية أو غير شرعية وإذا ثبت النسب منها كان لازما ولا يمكن نفيه، فإن نسب الولد من أبيه نظم المشرع ثبوته بناءا على وجود الزوجية مؤكدا بذلك أقوال الفقهاء الشريعة الإسلامية التي لم تجعل طريقة اثبات

[1]– باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الاسرة الجزائري، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى عين ميلة الجزائر، ص 6-7.

شخص الى والده الا طريقة الزواج الصحيح وما يلحقه من زواج فاسد والوطيء بشبهة أو الإقرار أو البينة وهذا ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة 40 قانون الأسرة والذي سنتطرق إليه تبعا في الفروع التالية:

الفرع الأول: إثبات النسب وفقا لقاعدة "الولد للفراش"

الفراش في الاصطلاح كما عرفه الإمام المراغي بقوله:"إن المرأة صارت بحيث يلحق بك ولدها."[1]

فالزوجية القائمة بين رجل وامرأة عند ابتداء حملها بالولد لا عند حصول الولادة أو كون المرأة معتدة للولادة من شخص معين.

وعلة أن ننسب الولد إلى صاحب الفراش مع أن العقل لا يجزم جزما بعيدا عن الشك بصحة ذلك، أن الزوجة صارت فراشا له وتعينت للولادة له وإن الأصل في أحوال الناس الاستقامة والتزام الحدود الشرعية، ويقوم الفراش على شروط.

أولا: شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح:

1 / امكانية التلاقي بين الزوجين بعد العقد:

يكون العقد بين الزوجين حالة بداية الحمل لا يثبت النسب مع إمكان التلاقي لقول الرسول صلى الله عليه وسلم:"الولد للفراش وللعاهرة الحجر"[2].

إلا أن الفقهاء اختلفوا في مدلول امكانية التلاقي إلى ثلاث مذاهب:

[1]– القرافي، الذخيرة، تحقيق أحمد أبو خبرة، دار الغرب الاسلامي، ط1، بيروت، 1994م، ج 11، ص 323

[2]– رواه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع باب الولد للفراش، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت 1375ه/1956م، ج2، ص 1081.

احتاط الحنفية للنسب وتوسعوا فقالوا:"إن الفراش يبدأ بمجرد العقد بين الزوجية ولا حاجة لإثبات التلاقي وهو ممكن عقلا".

فيكون عقد الزواج صحيحا إذا اكتملت اركانه وشروطه صحته وقد عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة الرابعة بقوله بأنه عقد رضائي يتم بين الرجل وامرأة على الوجه الشرعي ومن اهدافه تكوين اسرة اساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

فيما حددت المادتان 09 و09 مكرر شروط صحة الزواج كعقد والتي حصرتها في أهلية الزواج، الصداق، الولي، والشاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

من الواضح أن شروط إثبات النسب بالزواج الصحيح هو ذلك المتعلق بقيام الزوجية على النحو الشرعي والقانوني وامكانية الاتصال شرعا.

ووقوع الحمل كأثر للاتصال الشرعي وولادة الولد بين مدة الحمل لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن عشرة اشهر.

أما الجمهور المالكية والشافعية والحنابلة رأيا أكثر وسطية واعتدال باشتراط إمكانية التلاقي بين الزوجين في العقد الصحيح، فلا يثبت النسب عندهم إذا لم يكن التلاقي ممكنا[1]، ورجحه الكثير من الفقهاء المحدثين.

وتبناه قانون الأسرة الجزائري بما ذكر في المادة 41، عبر عنه بإمكانية الاتصال وحرص على تطبيقه للقضاء الجزائري.

[1]– الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، دت، ج2، ص 120.

2 / أن يكون لمدة يتصور فيها الحمل من الزوج.

هي مدة محصورة بين حد أدنى وحد اقصى أقل مدة للحمل ستة أشهر ولا خلاف في ذلك وأقصى مدة حمل هي عشرة اشهر.

وقد ذكر المشرع الجزائري ذلك في المادة 42 ق أ ج وجاء فيها...."اقصى مدة للحمل ستة (6) أشهر وأقصاها عشرة (10) اشهر والتزم بها القضاء مؤدي هذا أن المرأة إذا أتت بالولد قبل مضي ستة أشهر على عقد الزواج لا يثبت نسب الولد من الزوج..وهو أمر ثابت عند الفقهاء.

3 / أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل عادة بأن يكون بالغا.

4 / أن لا يقوم الأب بنفي الولد بالطرق المشروعة، وطرق النفي النسب الذي يأتي به الزوجية هو اللعان وله شروط بينها الفقهاء.

وهنا يمكن ملاحظته أن حالة اتباع ضباط الحالة المدائن عن تسجيل المولود للزوج إذا تبين بأن المدة التي مضت على إبرام العقد الإداري هي أقل من ستة أشهر وفي هذه الحالة يجب إثبات حصول الزواج الشرعي قبل العقد الإداري ولابد من صدور حكم قضائي بخصوص ذلك[1].

ثانيا: ثبوت النسب بعد التفرقة بين الزوجين

ويقصد بها بعد طلاق أو وفاة أو غياب.

1 / ثبوت نسب ولد المطلقة: ونفصل بين حالتين.

[1]– بن شويخ الرشيد، شرح القانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط1، سنة 2008، ص 233.

ا – ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول:

المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله ﷻ:" يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمدها وسرحوهن سراحا جميلا" (سورة الأحزاب الآية 49).

بمعنى أن من عقد على امرأة ثم طلقها من قبل أن يدخل بها فليس له عليها عدة من هذا الطلاق[1].

ب – ثبوت نسب ولد المطلقة بعد الدخول:

وعليه تنقسم إلى قسمين ثبوت النسب بعد الطلاق الرجعي ثبوت بعد الطلاق البائن.

*** نسب المولود بعد الطلاق الرجعي:** الطلاق الرجعي لا يقطع علاقة الزوجية فور صدوره، وإنما تبقى الزوجية قائمة حكما، طوال فترة العدة، فيجوز للمطلق رجعيا أن يستمتع بمطلقته في عدتها[2] ويعتبر ذلك رجعة لها، وأما بخصوص ثبوت نسب ولد المطلقة رجعيا فنميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا لم تقر المطلقة رجعيا بانقضاء العدة ثم أتت بالولد، فإنه ينسب للزو ج، سواء جاءت به قبل أو بعد مضي أقصى مدة للحمل، وأساس ذلك هو أن المطلقة رجعيا لا تحرم على زوجها فيكون له أن يواقعها وتحصل بذلك الرجعة فيثبت النسب منه، وهذا يعني أن ولد المطلقة رجعيا يثبت نسبه للمطلق في أي وقت تأتي به بعد الطلاق طالما أنها لم تقر بإنتهاء العدة، ولا ينتفي النسب إلا باللعان.

---

[1]– عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدى، تسير الكريم الرحمن في تفسيير كلام المنان تحقيق، عبد الرحمن بن معلا اللويحق، د.ن، مؤسسة الرسالة، ط01، 1420ه/200م، ص 668.

[2]– أحمد ابراهيم بك، واصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية والقانون، مطبعة الخرطوبي القاهرة، 1994، ص 204.

الحالة الثانية: إذا أقرت المرأة بانقضاء العده، وكانت المدة التي انقضت بين لإقرار والولادة أقل من ستة أشهر، فإن النسب يثبت للمطلق، وأساس ذلك هو التيقن من قيام الحمل وقت الإقرار، وهذه أمارة على أن الحمل حدث من المطلق.

أما عن إقرار الزوجة بانقصاء العده فانها تعد مخطئة في التقدير أو كاذبة فيه، ومن ثم لا يعمل به.

فإذا حدث وكانت المدة المنقضية بين الإقرار والولادة ستة أشهر فأكثر، فلا يثبت النسب، بل ينتفي تلقائيا ودون الحاجة لإجراء اللعان، وأساس ذلك هو عدم التيقن من أن الحمل كان قبل الإقرار، إذ يحتمل أن يكون قد حدث بعد الإقرار، وهذا يعني أننا أمام احتمالين: **الأول:** أن يكون الولد من المطلق، **والثاني:** أن يكون الولد من غيره، ويقوي الاحتمال الثاني أن المرأة أقرت بانقضاء عدتها، وعليه يقوى احتمال أن الولد من غير مطلقها، بينما يضعف احتمال أنه منه، ولهذا قرر الفقهاء عدم ثبوت نسب الولد من المطلق.

ولكن لأن الأمر يتعلق بالظن والاحتمال لا باليقين، فقد قرر الفقهاء بثبوت النسب إذا ادعاه الزوج ولم يصرح أنه من الزنا[1].

* **نسب المولود بعد الطلاق البائن:** أما بخصوص الطلاق البائن، فإن الزوجة فيه لا يمكن أن يمسها أي رجل سواء زوجها أو غيره، خلال فترة العدة وفقا للمادة 30 المعدلة بالأمر 02/05 والتي تنص على أنه: "**يحرم من النساء مؤقتا، المحصنة والمعتدة من طلاق أو وفاة والمطلقة ثلاثا... كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين...**".

ويثبت نسب ولد المطلقة في حالتين:

[1]– عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الاسلامي، لا.ط، الجزائر، مطبعة ثالة، 2000، ص 286–287.

الحالة الأولى: يثبت نسب الولد من المرأة المطلقة طلاقا بائنا بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة اذا أقرت بانقضاء عدتها بعد مدة تحتمل انتهائها وولدت لأقل من ستة أشهر من تاريخ الاقرار، وكانت المدة بين الطلاق والوضع اقل من سنتين.

الحالة الثانية: إذا لم تقر بانتهاء العدة وجاءت بالولد قبل مضي سنتين من وقت الطلاق، لأن أقصى مدة الحمل عند الحنفية سنتان.

ولذلك إذا ولدته بعد مضي سنتين أو أكثر فلا يثبت نسبه للرجل إلا إذا إدعاه لأن الزوج لا يحل له أن يباشر المطلقة طلاقا بائنا، فاذا وضعت الولد لأكثر من سنتين، كان ذلك دليلا على أنها حملت به بعد الطلاق البائن فلا يجوز إثبات نسبه الا إذا إدعاه[1].

2 / ثبوت نسب الولد بعد وفاة الزوج:

إن وفاة أحد الزوجين يعد سببا من أسباب انحلال الرابطة الزوجية، فإذا توفي الزوج فإن عقد الزواج ينحل تلقائيا من نفسه وبحكم القانون ولا يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء للحكم بانحلاله أو بانقضائه، ويترتب عليه نفس آثار كل زواج صحيح من حيث التوارث والنسب والعدة، ويبدأ حساب عدة المتوفى عنها زوجها من يوم وفاة الزوج وهي بالتالي تظل مقيدة الحرية[2] حتى تكمل أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذلك حصرها المشرع الجزائري في نفس المدة انطلاقا من المادة 59 من ق أ وفي المادة 43 من ذات القانون المدة التي يلحق الولد بالزوج المتوفى، حيث جعلها لا تزيد عن عشرة أشهر، لأن هذا الحد الأقصى والمتفق على أنه من النادر وصول الحمل إليه، وهذا يعني أن زوجة المتوفى لو جاءت [3] بولد بعد مرور ستة أشهر من تاريخ نهاية عدتها والتي بالطبع تحسب من تاريخ الوفاة وبعد إقرار بانتهاء العدة فإن

[1] – أحمد محمد الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب " دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الاسلامي"، لا.ط، القاهرة، الدار الجامعية، 1978، ص 148.

[2] – محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، الجزائر، 2008/2007، ص 77.

[3] – محمد ولد عال ولد محمياي، نفس المرجع، ص 79.

مجموع أربعة اشهر وعشر مضافة إلى ستة أشهر تصبح زائدة على الحد لأقصى بعشرة أيام على حسب المادة 43 أعلا علما بأن تاريخ الوفاة ثابت بشهادة وفاة الأب وتاريخ الميلاد كذلك ثابت بشهادة ميلاد الابن، وعندها قد يحصل تحايل من المعتدة التي قد تسلم نفسيا لشخص أخر بهدف تحقيق ميراث أو أطماع أخرى[1].

وفي الأخير يظل رأي الأخصائيين في هذا المجال هو سيد الموقف الذي يجب الأخذ به لا عند وضع النصوص فحسب بل عند القضاء، حتى لا يضيع نسب أو يتجاوز في إقحام نسب طفل من غير أبيه، لأن المخرج في هذه الحالة الأخيرة يصعب إلا إذا لجأنا إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب كالبصمة الوراثية مثلا، وتفاديا لذلك يجب التعرف على ما اذا كانت الولادة قد حصلت أثناء مدة الحمل المقررة تشريعا حتى تتأكد من ثبوت نسب الولد من الزوج[2].

ولكن إن كان هذا هو موقف المشرع الجزائري تجاه إثبات النسب حال الوفاة فما هو يا ترى موقفه من مسألة اثبات النسب بالزواج غير الصحيح ونكاح الشبهة؟

ثانيا: إثبات النسب بالزواج غير صحيح:

عقد الزواج إما يكون صحيحا أو غير صحيح، فأما عقد الزواج الصحيح فقد اتفق الفقهاء على أنه كل عقد استوفى أركانه وشروطه، وحسب قانون الأسرة هو الذي استوفى أركانه وشروطه والمنصوص عليها في المادة 09 و09 مكرر [3] واختلفوا في غير صحيح فقد قسمه البعض إلى باطل وفاسد خلافا للبعض الآخر الذي لا يقر بهذا التقسيم ويرى أن الزواج الباطل والفاسد شيء واحد.

[1] – محمد ولد عال ولد محمياي، المرجع السابق، ص 79.

[2] – المرجع نفسه، ص 80.

[3] – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

والباطل عند الجمهور مقابل الصحيح فكل ما ليس بصحيح فعندهم باطل، كما لم يفرقوا بين الباطل والفاسد فكل باطل عندهم فاسد وكل فاسد باطل .

أما الحنفية يفرقون بين الباطل والفاسد فيجعلونها نوعان فيقولان: الفاسد مشروع بأصله لا بوصفه والباطل غير المشروع لا بأصله ولا بوصفه، وضابط العقد الفاسد عندهم هو ما فاته شرط من شروط الصحة، ويمثلون للفاسد في المعاملات يعقد الربا فإنه مشروع من حيث أنه بيع وممنوع من حيث ان عقد الربا[1].

أما المشرع الجزائري فقسم عقد الزواج غير الصحيح إلى باطل وفاسد، وهو ما جاء في عنوان الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول، من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 متأثرا بالمذهب الحنفي الذي قسم الزواج غير الصحيح إلى باطل وفاسد خلافا لبقية المذاهب الذين يرون أن الزواج الباطل والفاسد بمعنى واحد.

فلقد ذهب المشرع إلى أن البطلان أقوى من الفساد، فكلما كان الخلل قويا لا يمكن تداركه كان العقد باطلا، ومتى أمكن تدارك هذا الخلل، اعتبر العقد فاسدا.

ومن المفيد الاشارة إلى أن التعديل الأخير لقانون الاسرة قد مس عقد الزواج الباطل والفاسد أو عقد الزواج بصفة عامة، بل هو لب تعديل قالون الأسرة[2].

ولقد نص المشرع على أحكام الزواج الباطل والفاسد في المواد 32. 33، 34 من وقانون الاسرة.

وعلى كل لم يرد في هذه المواد بالتدقيق أحكام الزواج الباطل والفاسد بل هناك غموض والتباس وتناقض بين المواد.

---

[1] – سليمان الأشقر، نفس المرجع، ص 93-94-95.

[2] – فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد وفقا للتعديلات الأخيرة، مطبعة طالب، طبعة جديدة 2008/2007، ص 11.

1 / الفقرة الأولى: الزواج الباطل:

عقد الزواج الباطل لا وجود له في نظر القانون الذي قرر إبطاله ولو بعد الدخول، وقد نص المشرع بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة [1]، على حالات الزواج الباطل في المواد32، 33، 34، وعليه فعقد الزواج وفقا للتعديل الأخير يكون باطلا في الحالات التالية:

ا – إذا اختل ركن التراضي والذي اعتبره المشرع الركن الوحيد في عقد الزواج، متمسكا بقواعد القانون المدني واحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما نصت عليه المادة 33 من قانون الاسرة: " يبطل الزواج اذا اختل ركن الرضا" [2].

ب – اشتمال العقد على مانع شرعي من الموانع المؤبدة أو المؤقتة التى نص عليها المشرع في المواد 23 الى المادة 30 من قانون الأسرة، وهذا ما نصت عليه المادة 32: " يبطل الزواج إذا شمل على مانع... ".

ج – اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد طبقا للمادة 32 المعدلة: « يبطل الزواج اذا اشتمل على مانع او شرط يتنافى ومقتضيات العقد».

فالقانون لا يمنع من اقتران عقد الزواج بالشرط إذا لم يكن يتنافى ومقتضيات العقد، وفي ذلك نص المادة 19 المعدلة من نفس القانون:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة، ما لم تتنافي هذه الشروط مع احكام هذا القانون ".

[1] – قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] – قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ومن المفيد الإشارة أن المشرع قبل التعديل الأخير لقانون الأسرة لم يبين ما هي الشروط التى لا يجوز للزوجين اشتراطها في عقد الزواج، أو التى يجوز لهما اشتراطها.

أما بعد التعديل، فقد نص على بعض الشروط الاساسية التى كثيرا ما تؤدي الى خلافات بين الزوجين، وهي على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر، وذلك في المادة 19 من التقنين.

«.. ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المراة». ولم يفصل المشرع في هذه الشروط تفصيل الفقهاء وأحال ذلك لمبادى الشريعة الإسلامية تطبيقا للمادة 922 قانون الأسرة.

وهذا ما يتضح من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 49575 الذي جاء فيه: من المقرر قانونا وشرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة [1].

2 / الفقرة الثانية: الزواج الفاسد:

هو كل نكاح توافر فيه سبب من أسباب الفسخ وتبين أمره قبل الدخول، ويعتبر الفسخ هو الجزاء الذي رتبه المشرع على العقد الفاسد الذي لم يستوف الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1984/06/25. " من المقرر شرعا أنه لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا اذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا[2]، فاذا ما تبين سبب من أسباب الفساد قبل الدخول يفسخ الزواج، أما اذا تبين بعد الدخول فيثبت الزواج.

[1] – م ع، أ ش، 1988/06/20، ملف رقم 49575، م ق، 1991، عدد 02، ص 54.

[2] – م ع، أ ش، 1984/06/25، ملف رقم 33715، م ق، 1989، عدد 04، ص 99.

ونص المشرع بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة على حالات الزواج الفاسد في المادة 33 المعدلة والمادة 08 مكرر 01 المدرجة بالأمر رقم 05-02 المتضمن التعديل الأخير، ومن خلال هاتين المادتين نجد أن المشرع اعتبر عقد الزواج فاسدا في الحالات التالية:

ا – فقدان عقد الزواج لاحد شروطه المنصوص عليه في المادة 09 مكرر والمتمثلة في الشاهدين والصداق والولي في حالة وجوبه طبق لنص المادة 33 المعدلة [1] التي تنص على ما يلى: " يبطل الزواج اذا 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 " [2].

في هذه الحالة يفسخ عقد الزواج قبل الدخول، اذا تبين سبب الفساد قبل ذلك، واذا تم اكتشافه بعد الدخول، فيثبت ويصحح.

وبالرجوع إلى المادة 09 مكرر نجد أنها اعتبرت الاهلية وانعدام الموانع الشرعية شرطان للصحة – بالإضافة إلى الشروط الأخرى التي ذكرناها- يترتب على تخلفها الفساد، الا أن الأهلية تعتبر جزءا من الرضا، يترتب على تخلفها بطلان عقد الزواج، وهذا ما اكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1966/12/07: من المقرر شرعا وقانونا أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنها بطلان الزواج"[3].

[1] – قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] – قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] – العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 31.

وكما أن الموانع الشرعية ليست شرطا للصحة، لأن العقد الذي يشتمل على مانع شرعي باطل وليس فاسد، فيفسخ قبل الدخول وبعده، طبقا للمادة 32 المعدلة والمادة34 من قانون الاسرة[1].

ب – عدم حصول الزوج الذي يرغب في التعدد على ترخيص قضائي.

وهذه الحالة استحدثها المشرع الجزائري بموجب الامر رقم 05–02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، إذ رتب المشرع الجزائري فسخ الزواج الجديد ولكن قبل الدخول، إذ لم يحصل الزوج الذي يرغب في التعدد على ترخيص قضائي، وهذا ما نصت عليه المادة 08 مكرر 1، المدرجة بالأمر رقم 05–02 [2] حيث نصت على ما يلي: " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول اذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 اعلاه" [3].

كما أن المشرع الجزائري أغفل تحديد المدة التي يمكن للزوجة رفع فيها الدعوى للمطالبة بالطلاق، إذ حددها المشرع المصري بسنة تبدأ من تاريخ العلم بالزواج بأخرى سواء كان الأمر بالنسبة للزوجة الجديدة أو الزوجة الاولى [4].

أما إذا تم الدخول دون الحصول على ترخيص قضائي فما مصير عقد الزواج الجديد؟ المشرع الجزائري سكت في هذه الحالة، وقياسا على ما جاء في المادة 33 من قانون الاسرة يمكن القول بثبوت الزواج بعد الدخول إذا لم يستصدر الزوج طلب الترخيص مع حق كل زوجة في المطالبة بالتطليق على أساس التدليس، طبقا للمادة 08 مكرر المدرجة بالأمر رقم 05–02

[1] – فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد وفقا للتعديلات الأخيرة، مطبعة طالب، طبعة جديدة، 2007–2008، ص 15 ص16.

[2] – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] – الأمر رقم 05–02، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

[4] – عماري نور الدين، فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، نذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي، بشار 2008/2007، ص 76.

[1]، اذ نصت على ما يلى: " في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق ".

الزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر من أثار الزواج الصحيح، ولو حصل فيه دخول ويعتبر وجوده كعدمه، ويجب على كل من الزوجين أن يفترقا في الحال، لأن الشرع يوجب عدم المضي في الزواج الباطل، ولا تجب على المرأة العدة بعد التفريق ولا تجب به نفقة لا طاعة ولا أي حق من حقوق الزوجية وواجباتها، ولا يثبت به توارث ولا نسب للولد الذي يولد من هذا الدخول.

ورتب جمهور الفقهاء ثبوت النسب على الوطء في الزواج الباطل اذا لم يكن الرجل عالما بالتحريم ولا يعتبر الوطء زنا، واذا كان عالما بالتحريم اعتبر الوطء زنا ووجب الحد ولا يثبت النسب[2].

فمن أتى امرأة محرمة بصهر مؤبد كابنة زوجته المدخول بها وأمها مطلقا، أو تزوج أخته من الرضاع، أو من النسب، أو شيئا من ذات المحارم، عالما بالتحريم أقيم عليه الحد ولا يلحق به الولد[3].

وفي هذا الصدد يقول أحد شراح القانون[4]:" إذا كان الزوجان أو أحدهما يعلم أن زواجهما معا زواجا ممنوعا قانونا ومحرم شرعا وتعمدا هذا الزواج، فإن زواجهما سيكون باطلا لا فاسدا، ويعتبر زنا، ولا يثبت به نسب ولا توارث ولا نفقة ".

---

[1] – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] – محمد محمود حسن، النسب وأحكامه في الشريعة الاسلامية والقانون الكويتي، الطبعة الأولى، سنة 1999، ص 49. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، نفس المرجع، ص 76.

[3] – عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص 170.

[4] – عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 231 ص 214.

وما يلاحظ على القانون الجزائري أنه رتب على الوطء في الزواج الباطل ثبوت النسب وذلك في المادة34 من قانون الأسرة [1]: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء ".

ثالثا: إثبات النسب بنكاح الشبهة:

من أحد الطرق التقليدية لإثبات النسب نجد نكاح الشبهة المنصوص عليها في المادة 40/1 ق أ.

وهو أن يعتقد الرجل الخطأ أن المرأة هي زوجته فوطئها أو أن يقارب الرجل امرأة تحرم عليه، مع عدم علمه بالتحريم وأن يتصل بها اتصالا جنسيا .

الولد الذي يثمر من نكاح الشبهة ينسب للزوج ويعتبر شرعي بنفس الشروط التي أوردها الفقه والقانون عن الحمل الناتج عن الزواج الصحيح السابق ذكرها(أن يوضع الحمل في أدنى وأقصى مدة له، إمكانية التلاقي بين الزوجين عدم النفي وأن لا يكون على دراية بوجود مانع من موانع الزواج لأنه إذا علم احدهما بذلك يكون زواج باطل ويطبق عليهما حكم الزنا، وبذلك لا يثبت نسب الولد الناتج عن تلك العلاقة لأبيه[2].

الفرع الثاني: اثبات النسب بالإقرار

النسب اقوى دعائم التي تقوم عليها الاسرة، ويرتبط به الأفراد رباط دائم من الصلة، تقوم على أساس وحدة الدم فالولد جزء من أبيه والأب بعض من ولده ورابطة النسب هي نسيج الأسرة التي لا تنفصم عراه لذا امتن الله عز وجل على الانسان ومنع الشرع والآباء من انكار نسب الأولاد وحرم على النساء نسبة ولد إلى غير أبيه الحقيقي فقال الرسول صلى الله عليه

[1] – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] – اقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب دراسة فقهية مقارنة، دار الأمل، تيزي وزو، 2012، ص 49.

وسلم:" أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله تعالى منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة".

ومنع الشرع أيضا الابناء من انتباههم إلى غير آبائهم فقال الرسول صلى الله عليه وسلم" من راد إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام"[1].

كما نص المشرع الجزائري على طرق الاثبات الخاصة بالنسب وذلك في المادة 40 من قانون الاسرة الجزائري." يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبه أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"

اولا: تعريف الإقرار

1 / تعريف الاقرار لغة: هو الاعتراف ويقال أقر بالحق إذا اعترف به وقرره غيره بالحق حتى أقر به، وأقره في مكانه فاستقر، وقرره بالشيء، حمله على الإقرار به، وقرر الشئ جعله في قرار[2].

2 / تعريف الاقرار اصطلاحا: هو إخبار على وجه ينفي عن نفسه التهمة والريبة"[3].

وللإقرار تعاريف متعددة تدل على عدم اتفاق الفقهاء على تعريف الإقرار، فقيل أنه إخبار عن ثبوت حق للغير على نفس المقر، وقيل أنه إخبار من الشخص بحق عليه للغير كما يقال أنه اعتراف بحق مالي أو غيره من الحقوق[4].

[1] – عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط الأولى، دار الخلدونية الجزائر، 2007، ص 349.

[2] – تريكي مولودة أيت شاوش، ثبوت النسب بالاقرار في قانون الأسرة الجزائري " دراسة مقارنة"، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 2015/01، ص 191.

[3] – ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403 ص/1983م/ ج5، ص 271.

[4] – أحمد نصر الجندي، شرح القانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 86.

3 / تعريف الاقرار في الفقه الإسلامي

جاء في كتاب المغني المحتاج تعريف الاقرار بالنسب كما يلي: أقر بالنسب إن ألحقه بنفسه، اشترط لصاحبه أن لا يكذبه النص ولا الشرع بأن يكون معروف النسب من غيره وأن يصدقه المستحلف إن كان أهلا للتصديق .

4 / تعريف المشرع الجزائري:

المشرع الجزائري في قانون الاسرة لم يأتي بتعريف الإقرار، غير أنه عرفه في القانون المدني في المادة 341 [1] وجاء فيها: " الإقرار هو اعتراف الحكم أمام القضاء بواقعه قانونية مدعى بها عليه وذلك اثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة ".

وتحدث المشرع الجزائري عن طرق الاثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري في المادة 40 وكذلك المادة 44 و45 من ق أ ج.

ويعد الاقرار أحد الطرق الغير المباشرة أو الكاشفة للنسب لأن المقر يخبر بالحق لغيره ولا ينشئ ذلك الحق ومعنى الاقرار بالنسب اخبار الشخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر وتتنوع القرابة إلى:

ا – **قرابة مباشرة:** وهي صلة القائمة بين الأصول والفروع لدرجة واحدة كالخوة والأبوة والعمومة.

ب – **قرابة غير مباشرة:** وهي القرابة الحواشي الذي يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للأخر كالأخوة والعمومة[2].

[1] – المادة 341 الأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم الصادرة في الجريدة الرسمية العدد 78.

[2] – محمد نبيل سعد الشاذلي– أحكام الأسرة في الفقه الاسلامي– دار النهضة العربية – القاهرة– طبعة 89، ص 349.

ثانيا: صور الاقرار بالنسب

بما أن تعريف الإقرار بالنسب يقوم على أساس القرابة مباشرة وغير مباشرة، فهو يتجلى في صورتين أساسيتين هما: الاقرار بالنسب المباشرة، والإقرار بالنسب غير مباشرة.

1 / الإقرار بالنسب المباشر:

ب – مفهوم الإقرار بالنسب المباشر: هو إقرار بنسب مجهول على النفس، يقصد به الإقرار بأصل النسب بغير واسطة بين المقر والمقر له، وهو الاعتراف بالنسب بين الاب والام والولد كالقول: هذا ولدي، أو أبي أو هذه أمي، وبه قال الجمهور[1].

وحصر المالكية الإقرار بالنسب المباشر على الإقرار بالولد فسموه بالاستلحاق فقالوا: إنما يستلحق الاب[2].

ومن باب التورع والاحتياط سنتبع تقسيم الجمهور.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تطرق لهذه الصورة تحت اسم الإقرار بالبنوة أو الأبوة والأمومة، وهذا في المادة 44 ق أ ج، والتي تقضي بأنه بالبنوة "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة الامومة أو ....الخ.

أ – شروط الإقرار بالنسب المباشر: للاقرار بالنسب المباشر شروط شرعية وقانونية .

1 – الشروط الشرعية: يصح بشروط الإقرار العامة، ويضاف إليها الشروط الآتية.

ا – **أن يكون المقر له بالابوة أو الامومة مجهول النسب:** أي ليس له أب أو أم ينتسب إليهما، فعلاقته بأبويه غير معروفة.

---

[1] – أحمد فراج حسين، أدلة الاثبات في الفقه الاسلامي، دار النشر الدار الجامعية، الاسكندرية، د.ط، 2004م، ص 359.

[2] – وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية ج (من 01+23) ص 234 جزء 40، طبعة 02، دار السلاسل– الكويت (ج (24–38) ط1، مطابع دار الصفوة مصر، ج (من 39– 45)، ط2، طبع الوزارة [1404–1427هـ].

ب – بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله: وذلك في سن تسمح بأن يكون ابنا للمقر فلو كان المقر ببنوته أكبر من المقر أو مساويا في السن أو مقاربا، بحيث لايمكن أن يكون ابنا للمقر عادة، لم يصح إقراره لأن الحس أو الواقع يكذبه في هذا الإقرار، لاستحالة هذه الولادة ولا يثبت النسب[1].

ج – أن يصدق المقر في المقر في إقراره: لا خلاف بين الفقهاء على لزوم تصديق المقر في إقراره إذا كان أهلا من أهل التصديق(عاقلا، بالغا)، لأنه أعرف بمصلحته من غيره وباعتبار أن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعدى إلى غيره[2].

أما إذا كان المقر له ليس من أهل التصديق، فاختلف الفقهاء في اعتبار سنه، فذهب الجمهور إلى أن التصديق لا يشترط الا من البالغ العاقل أو المميز غير البالغ لايقبل تصديقه، وذهب الحنفية إلى قبول تصديق المميز البالغ سن سبع (07) سنوات فأكثر.

ولا يشترط لحصول التصديق وقت معين، فالمقر له مؤهل للتصديق إذا رفض الإقرار ثم قبله بذلك صح قبوله، والمقر لا يجوز له الرجوع عن إقراره مهما طال الزمن، لأن حق المقر له متعلق به.

د – أن لا يصرح المقر بأن المقر له من زنا أو تبني: المقر بالابوة غير مطالب بتحديد سبب اقراره، لان الاصل في الانسان الصدق والاسلام ما لم يثبت عكس ذلك، والتصريح بالزنا يمنع لحوق الولد لدلالة الحديث الصريح: "الولد للفراش وللعاهرة الحجر"، أما التبني فهو حرام قطعا[3].

و – أن يصدق الزوج زوجته _"المقر بالأمومة للمقر له _": لا يصح إقرار المرأة بالولد إذا كانت متزوجة أو معتدة، لأن في ذلك تحميل النسب على الزوج أو المطلق، إلا إذا صدقها في اقرارها بذلك وان كذبها فلا حجة لاقرارها الا باثبات الولادة بالشهادة الشرعية[1].

---

[1] – وهيبة الزجيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، د.ن، دار الفكر سوريا، ط4، دون سنة النشر، ص 7266.

[2] – أحمد فراج حسين، أدلة الاثبات في الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص 326.

[3] – المرجع نفسه، ص 363.

خ – أن يكون المقر له على قيد الحياة: اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط على ثلاثة أقوال:

* **القول الأول:** يشترط حياة المقر له وقت الإقرار عند المال الكثير لأن المقر المدعي للمال لا معترف بالنسب، وبمجرد الدعوى لا يستحق المال والولد بالموت قد استغنى عن الشرف بالنسب، وبه قال الحنفية والمالكية[2] إلا أن الحنفية استثنوا من هذا الشرط حالة ما إذا كان للمقر له المتوفي أبناء، فيصبح الاقرار حاجتهم لنسب أبيهم يتشرفون به.

* **القول الثاني:** يشترط حياة المقر له وقت الإقرار إذا كان كبيرا، وذلك لفوات التصديق، وهو شرط كما ذكرنا، ولأن تأخير الإقرار إلى بعد الموت يشعر بانكار المقر له لو وقع في حياته، وهذا قول عند الشافعية[3].

* **القول الثالث:** لا يشترط حياة المقر له وقت الاقرار، لان النسب يحتاج لإثباته ويثبت لادنى دليل، والشارع الحكيم متشوق إلى ثبوته مهما أمكن، ولا يحكم بانقطاع النسب إلا حيث يتعذر إثباته، وبهذا يقول جمهور الفقهاء[4].

ع – أن لا ينازع أحد المقر في إقراره: لانه اذا نازعه فيه تعارض، فلم يكن الحاق المقر له بأحدهما أولى من الاخر، ولان المسالة تكون قد تحولت من اقرار إلى دعوى، فلا يلحق المقر

---

[1] – الشهادة الشرعية على الولادة: هي إمرة واحدة عند الحنفية والمشهور عند الحنابلة وإمرأتان عند المالكية و4 نسوة عند الشافعية.

[2] – محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، د.ط، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، 1414ه/1993م، ج 17، ص 158-159.

[3] – شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، المغنى المحتاج إلى معاني ألفاظ المنهاج، دار النشر، دار الكتب العلمية، ط1، 1415،ه-1994م، ج3، ص 306.

[4] – ابن قدامة، المغني، ج 5، ص 151.

له بأحد إلا بتصديقه لأحدهما وتكذيبه الاخر إن كان بالغا، أو على مدعي البينة، أو إلحاق القائف أن كان صغيرا[1].

2 / الشروط القانونية: نص المشرع الجزائري على شروط خاصة بالإقرار بالنسب المباشر في المادة 44 من ق أ والتي جاء فيها: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة".

بعد استقراء هذه المادة نستنبط أن المشرع أفصح عن بعض الشروط الخاصة بقرار بالنسب المباشر، وتماشي فيها مع الفقه الإسلامي وهي: "جهالة النسب، وتقبل العقل أو العادة لهذا الاقرار بمعنى امكانية ولادة مثل هذا المولود لهذا المقر، وسكت البعض الآخر، كان يصدق المقر له عليه في إقراره، وكان لا يصرح المقر بأن المقر له من زنا أو تبني، إلى غير ذلك من الشروط الشرعية السابقة الذكر وهذه ثغرة قانونية تحسب عليه وينبغي تداركها.

فكان أولى عليه السكوت عنها كلها ويلزم الباحث بتطبيق المادة 222 ق أ ج التي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية لأن الافصاح عن البعض يقتضي التقيد بها دون غيرها، وهذا غير ممكن في هذه المسألة لأن تتخلى عن شرط تصديق المقر له عامة دون استثناء العاقل البالغ الذي هو أعلم بمصلحته عن غيره، وشرط متفق عليه عند جمهور الفقهاء، وأغفل شرط عدم التصريح بأن الولد من زنا دون أن يضع لابن الزنا قواعد تنظم أحكامه في هذا القانون.

[1] – المرجع نفسه، ص 147.

2 / الإقرار بالنسب غير المباشر: هو ليس موضوع دراستنا لذا سوف نتطرق له بإيجار.

ا – **مفهوم الإقرار بالنسب غير المباشر:** هو الإقرار بنسب محمول على الغير، ويكون بالنوع الثاني من القرابة، قرابة الحواشي، ويقصد به الاعتراف بها يتفرع عن أصل النسب، كالاعتراف بالإخوة وأولادهم، والأعمام وأولادهم والأجداد وأولاد الأولاد[1].

أما بخصوص المشرع الجزائري فقد أشار إليه في المادة 45 ق أ ج، وبالإضافة إلى شروط الإقرار بالنسب العامة المباشرة والشرعية القانونية يضاف إليها الشروط التالية:

– أن يكون الملحق به ميتا.

– أن يكون المقر من الورثة الحائزين للتركة[2].

كما أضاف المشرع الجزائري شرطا آخر على الشروط السابقة هو أن يصدق المقر له المقر عليه على إقراره وهذا ما دلت عليه المادة 45:"الإقرار بالنسب من غير البنوة، والابوة والامومة، لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

ثالثا: مدى ثبوت النسب بالإقرار:

الإقرار كوسيلة من وسائل إثبات له صورتان أساسيتان كما سبق الذكر وآثارها الشرعية والقانونية في إثبات النسب، وعليه سنفصل في مدى ثبوت النسب بالإقرار المباشر لأنه محل دراستنا ذلك في الفقه الاسلامي وبالنسبة لقانون الاسرة الجزائري.

[1] – عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الاسلامية، د.ن، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، ط01، 1425هـ/2004م، ص 380.

[2] – عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 381–382.

1 / ثبوت النسب بالإقرار المباشر في الفقه الإسلامي:

إن الاقرار الذي فيه تحميل النسب على نفس المقر كإقرار بالبنوة أو الابوة أو الأمومة، اذا استوفت الشروط العامة والخاصة فإن يثبت به النسب باتفاق الفقهاء، لأن الإقرار حجة على المقر[1].

وبناء على هذا، فمن أقر بأن شخص ولده أو والده أو أمه، يكون إقراره حجة عليه، ويثبت به النسب وآثاره الشرعية كالنفقة والميراث إلى غير ذلك، وتتعدى هذه الآثار إلى جميع درجات القرابة ولا يصح العدول أو اسقاط نسب ثم الاقرار به في حق المقر له، لأن النسب حق من حقوق الله قبل أن تكون من حق الإنسان، وقد ثبت بحجة شرعية صادرة عن المقر على نفسه والنسب الثابت بالإقرار كالنسب الثابت بالفراش لا يحتمل النقض ولا الفسخ، لو بتصادق أطرافه، بالإضافة إلى أنه لا يقبل النفي مطلقا ولو باللعان، لأن المقر أقر بأن المقر له خلق من مائه، خلافا للنسب الثابت بالفراش الذي يقبل النفي باللعان لوجود احتمال ألا يكون منه (خيانة زوجية) وهذا باتفاق جمهور الفقهاء[2].

ويقول الشافعية والحنابلة في قول آخر لهم أنه للمقر الحق في العدول عن إقراره بنسب العاقل البالغ إذا صدقه المقر له في ذلك كما لو أقر له بمال ثم رجع في إقرار وصدقه المقر له في الرجوع وهو قول أبي علي الطبري[3].

والقول الأنسب هو قول الجمهور _ لا يصح العدول عن الإقرار بالنسب لما فيه من مصلحة كحماية للأنساب، ودرء للمفسدة كالتلاعب بها.

---

[1] – عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، د.ط، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ط 13572هـ/1938م، ج1، ص 195.

[2] – محمد مصطفي الزحيلي،وسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، د.ط، مكتب المؤيد، بيروت، ط2، 1441هـ/ 1994م، ص 278.

[3] – أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج3، د.ط، دار الكتب العلمية، دط، د.س.ن، ص 484.

2 / ثبوت النسب بالإقرار في قانون الاسرة:

لقد نظم المشرع الجزائري الإقرار بالنسب المباشر من خلال المادة 44 ق أ، اشتراط لصحته شرطين اساسين كما تقدم بيان ذلك.

وعليه فإن بتوافر هذين الشرطين يترتب لحقوق نسب المقر له من المقر، وتصبح بينهما علاقة شرعية يثبت عنها الحقوق والواجبات الشرعية كافة كالنفقة، والقرابة والنسبة كالأخوة.

إلا أن المجلس الاعلى للقضاء يشترط زيادة عن هذين الشرطين عدم التصريح بأن المقر له من زنا رغم سكوت المشرع عنه كما تقدم توضيح ذلك، وقد استنتجنا ذلك من أحد قراراته الذي جاء فيه: "إن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق الولد بأبيه، وتقرير حقوق المستأنفة، خرقوا أحكام الشريعة"[1].

كما أن الإقرار بالنسب المباشر من كان صحيحا لا يجوز الارتداد أو التراجع فيه، وهذا ما أكده المجلس الأعلى للقضاء في قراره: "لا يجوز الرجوع في الإقرار بالنسب على النفس حماية لنسب الولد كما أنه لا تصح دعوى الأنكار بعد الإقرار"[2].

[1] – م.أ.ق 1984/10/08، م.ر، 34137، م.ق.ع 04، 1989/م، ص 79.

[2] – م.أ.ق 1986/02/24، م.ر: 40114، قرار غير منشور مقتبس عن مؤلف العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ص 488، وفق أخر تعديلات مدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليان د.ن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 1433هـ، 2012م.

الفرع الثالث: إثبات النسب بالبينة

تعتبر البينة احدى طرق إثبات النسب شرعا وقانونا باتفاق العلماء والبينة لغة من التبين بمعنى الوضوح أي الدليل والحجة أما معناها الشرعي فقد عرفها علاء الدين الطرابلسي بأنها "اسم لكل ما يبين الحق ويظهره وسمي النبي صلى الله عليه وسلم الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الإشكال بشهادتهم."

وذهب الحنفية وجمهوره الفقهاء إلى أن البينة هي الشهود لأن بهم يبين الحق ويظهره[1].

وعليه سنتطرق إلى مفهوم البينة في مجال النسب ووفقا للمشرع الجزائري، ومدى ثبوت النسب بالبينة.

اولا مفهوم البينة:

فيما سبق يتضح لنا أن للبينة مفهومان أو معنيان الأول معنى الدليل، والثاني بمفهوم الشهادة أما المعنى الأول فهي الحجة والبرهان وهو تعريف نظري مناسب لأنها ترشد إلى الصواب والإقناع، أما البينة بمفهوم الشهادة ويقصد بها قيام شخص من غير الخصوم الدعوى بالاخبار أمام القضاء عما ادركه بحاسة من حواسه، كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، أي أن الشاهد يغير بواقعة صدرت من غيره ويترتب عنها حق لغيره وقد وردت في القرآن الكريم قوله تعالى:" وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ ۚ ..." [2].

وبذلك تكون البينة على هذا أعم من الشهادة، وتسمى الشهادة بينة لأنها تبين ما النسب، تكشف الحق فيما اختلف فيه.

[1] – خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دار الجامعة الجديدة للنشر، ص 179.

[2] – سورة البقرة، الآية 282.

وعلى هذا تكون البينة أعم من الشهادة، وإن كان محتواها الفقهي هو الشهادة[1].

1 / تعريف البينة في اصطلاح الفقهاء:

أورد الفقهاء للشهادة عدة تعريفات مختلفة هي:

أ – **تعريف الحنفية:** هي إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء[2]، والملاحظ على هذا التعريف أنه قيد الإخبار بأن يكون صادقا يترتب عليه حق من الحقوق بلفظ الشهادة، وأمام مجلس القضاء.

ب – تعريف المالكية:

هي إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه[3]، لقد قيدوا هذا الإخبار بأن يكون الحاكم دون غيره، وعن علم لا شك ولا ضن فيه وهذا تعريف عام، يسمح بدخول اي اخبار بعلم للحاكم تحت مسمى الشهادة سواء أثبت حق أولا.

ج – تعريف الشافعية:

هي إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد، وقال بعض الشافعية هي إخبار عن شيء بلفظ خاص[4].

نستنتج أن للشافعية تعريفين للشهادة قيدوا الأول بأن يترتب عليه حق من حقوق للغير على الغير وبلفظ أشهد، أما الثاني فجاء مطلقا وبذلك يكون شاملا للإقرار والدعوى.

---

[1] – خلدون خالد أحمد العربوي، دعوى اثبات النسب وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية الفلسطينية، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، فلسطين 2009،ص 73.

[2] – فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، شرح كنز الدقائق وحاشيته الشلبي، د.ن المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق القاص، ط1،ج4، 1313هـ، ص 206.

[3] – محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، د.ن، د.ط، دار الفكر، ج04، ص 164.

[4] – أحمد سلامة القيلوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا القيلوبي وعميرة، د.ن، دار الفكر بيروت، د.ط، 1415هـ–1995م، ج04، ص 319.

د – **تعريف الحنابلة:**

هي الإخبار بما علمه بلفظ أشهد أو شهدت[1] والناظر في هذا التعريف يلاحظ أن الحنابلة قيدوه بأن يكون عن علم متيقن غير مشكوك فيه وبلفظ أشهد وشهدت، وكذلك هذا التعريف غير مانع لدخول الإقرار والدعوى فيه.

2 / تعريف البينة طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة: اشتمل في النص العربي مصطلح البينة وفي نص الفرنسي مصطلح preuve [2].

واعتبرها احدى الطرق بإثبات التي يمكن من خلالها للشخص أن يأتي بالدليل القاطع على أن المولود هو ابنه الصلبي، ولكن بالرجوع إلى التعديل الأخير في نص المادة 40 بموجب الأمر 05–02، حيث استحدث المشرع في الفقرة الثانية الطرق العلمية واعتبرها طريق مستقل عن البينة في م جال إثبات النسب يفهم منه أن المشرع يقصد بالبينة المعنى الخاص أي شهادة الشهود.

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي خصوص إلى القرار الصادر 15–06–1999 تحت رقم 222674 [3] والذي رفض اعتماد فحص الدم كدليل مثبت للنسب مما يؤكد أن المشرع اعتمد البينة بمفهوم الشهادة وليس بمعنى الذي يشمل أي دليل يوصل إلى الحقيقة [4].

ثانيا: أنواع البينة:

[1] – عبد القادر بن عمر الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب ت: محمد سليمان عبد الله الأشقر، د.ن، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1403هـ–1983م، ج2، ص 470.

[2] – علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، طروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخارجي، تلمسان الجزائر، 2015/2014، ص 164–165.

[3] – الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 88.

[4] – علال برزوق أمال، نفس المرجع، ص 165–166.

تتخذ الشهادة عدة صور، فقد تكون مباشرة أو غير مباشرة كما يمكن أن تكون شهادة بالتسامح أو بالشهرة العامة كما يلي:

1 / الشهادة المباشرة:

وهي الشهادة التي يقرر فيها الشاهد في مجلس القضاء وما وقع تحت سمعه وبصره مباشرة، كالذي يشاهد واقعة معينة في سرد الواقعة أمام القضاء كما شاهدها، يعني أن يكون ما أدركه الشاهد متعلق بالواقعة قد تم مباشرتا عن طريق حاسة من حواس الشاهد، كالسمع أو البصر أو بهما معا.

2 / الشهادة غير مباشرة:

وتكون عندما يشهد الشخص بما سمع رواية عن الغير فيشهد أنه سمع شخص معينا يروي هذه الواقعة محل الاثبات فهنا الشاهد لم يرى الواقعة بنفسه بل سمع شخص معينا يرويها ولا يوجد نص في قانون الجزائري يمنع الأخذ بها، ويترك أمر الأخذ بها وتقدير قيمتها لقاضي الموضوع.

3 / الشهادة بالتسامع:

وهي شهادة لاتنصب على الواقعة المراد اثباتها بالذات بل على الرأي الشائع عند جماهير الناس عن هذه الواقعة، فالشاهد فيها لا يروي عن شخص معين ولا عن واقعة معينة بالذات وإنما يشهد بما تسامحه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير بشأنها ولما كان من الصعب تحري وجه الحقيقية بالنسبة لهذا النوع من الشهادة فإنها لا تقبل في [1] المسائل المدنية مطلقا ويمكن الاستئناس بها في المسائل التجارية على الرأي الراجح فقها، لكن هل يمكن اعتمادها في مجال النسب؟

[1] – علال برزوق، المرجع السابق، ص 168-167.

إذا كان الأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهدين أن يشهدا بشيء لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه إلا أن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل مسائل منها النسب أجازوا فيه الشهادة بالتسامع من الناس وان لم يعاين الشاهد نفسه ولهذا الاستثناء ضرورة دعت إليها رعاية لمصالح والحاجة الشديدة لما في ذلك من رفع الضرر وعدم تعطيل الأحكام فإذا رأى شخصا رجلا وامرأة يسكنان بيتا واحدا ويعاشر كل منهما الآخر معاشرة الازواج جاز له أن يشهد بأنها امرأته[1].

4 / الشهادة بالشهرة العامة:

وهي عبارة ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية كقاض أو موثق يشهد فيها شهود يعرفون وقائع معينة عن طريق الشهرة العامة، يشترط أن يكون لهم معرفة شخصية بهذه الوقائع، وهي مقبولة في إثبات النسب بإجماع الفقهاء الأحناف.

اعتبر المشرع الجزائري البينة احدى طرق الإثبات التي يمكن من خلالها الشخص أن يأتي بالدليل القاطع على أن الولد هو ابنه الصلبي وذلك في نص المادة 40 ق أ ج واكدت المحكمة العليا في ذلك حسب قراراتها إذ جاء في قرارها مايلي:"من المقرر أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة ونكاح والشبهة ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيق سليما للقانون".

5 / الشهادة من حيث النصاب الشرعي:

أ – شهادة رجلين: اتفق الفقهاء على أن شهادة رجلين حجة شرعية كاملة تثبت المشهود به للمشهود له.

قال القرافي:"ما علمت عندنا ولا عند غيرنا خلافا في قبول شهادة شاهدين مسلمين عدلين في الدماء والديون".

[1] – علال برزوق، المرجع السابق، ص 168-167.

ومن بين الادلة الشرعية مايلي:

قوله تعالى:" وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ..." [1].

قوله تعالى:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ..." [2]، والاية الاولى صريحة في تحديد جنس الشهود والثانية صريحة في تحديد عدد الشهود[3].

عن عائشة رضي الله عنها قالت:قال الرسول صلى الله عليه وسلم:"لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل."

فشهادة الشرعية شهادة رجلين مسلمين عدلين حجة في الحقوق كافة سواءا كانت في الدماء أو الديون أو الأحوال الشخصية إلا أن الفقهاء استثنوا بعض الحقوق التي لا تكفي شهادة رجلين لإثباتها نذكر منها:

ب – الزنا: وقد اتفق الفقهاء على أن نصاب الشهادة فيها أربعة رجال .

ج – شهادة رجل وامرأتين: وتطبيقا لقوله تعالى:" وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ ۚ ..." [4].

[1] – سورة البقرة، الآية 282.

[2] – سورة المائدة الآية 106.

[3] – محمد مصطفي الزحيلي، وسائل الإثبات، المرجع السابق، ص 157–158.

[4] – سورة البقرة، الآية 282.

د – شهادة شاهد ويمين:

وهي تأدية الشهادة أمام القضاء بشهادة واحد، ولتعذر إقامة شاهد ثان لتكميل النصاب الشرعي يكلف القاضي المدعي أن يحلف على حقه، وتقوم هذه اليمين مقام الشاهد الآخر، فتكمل الشهادة الشرعية ويحكم القاضي بذلك.

فوقع خلاف بين الفقهاء في مشروعية القضاء بها،على قولين:

القول الأول: القضاء بالشاهد واليمين مشروع (مذهب المالكية،والشافعية،والحنابلة).

القول الثاني: القضاء بالشاهد واليمين غير مشروع وهو مذهب الحنفية والرأي الراجح هو قول الجمهور أي مشروعية القضاء بشاهد ويمين[1].

هـ – شهادة النساء منفردات:

شهادة أمام القاضي من قبل عدد من النساء ليس معهن رجل واتفق جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، على قبولها فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والبكارة والعيوب تحت الثياب واختلفوا في نهبها.

القول الأول: امرأة واحدة حرة مسلمة عادلة وإتيان أحوط، وهو قول الحنفية والمشهور عند الحنابلة، وأضاف الحنفية أن الثلاث أحب إلى الله والاربع يخرج عن الخلاف.

القول الثاني: امرأتان اثنتان، قول المالكية ورواية عن الإمام أحمد .

القول الثالث: ثلاث نسوة، وهو ما روي عن أنس بن مالك.

القول الرابع: أربع نسوة وهو مذهب الشافعية.

[1] – علي عبد الله أبو يحي، القضاء بشهادة واحد ويمين المدعي في الفقه الاسلامي، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون جامعة الأردنية، مج39، ع02، 2012م، ص 03.

والقول الأنسب هو رأي الشافعية أي نصاب شهادة النساء وحدهن أربع نسوة لقوله استشهادهم[1].

ثالثا: أثر الشهادة على إثبات النسب:

اثبات النسب بالشهادة عادة ما يكون مطلوبا في حالة ما إذا ربط بين الزوج والزوجة عقد الزواج صحيح عرفي أو فاسد، او نكاح شبهة، ونتج عن ذلك ولد، ثم وقع الصراع بخصوص انتمائه أو في حالة ادعاء الاثنين نسب ولد مجهول.

فلا بد أن تعالجه في ضوء الفقه الاسلامي وقانون الأسرة .

1 / أثر الشهادة على اثبات النسب في الفقه الإسلامي.

– لقد تضاربت آراء الفقهاء في نطاق الشهادة غير المباشرة لكنهم اجمعوا على. جوازها في النسب.

– إن استفاض في الناس أن فلان إبن فلان، جاز أن يشهد به، ويثبت به النسب بينهما بذلك وهو موقوف على شرطين:

– أن يكون الشاهد عدلا.

– إن يكون السماع الذي تستند إليه الشهادة من شهود لا يتصور تواطؤهم على الكذب[2].

– أما ثبوت النسب بالشهادة المباشرة فلا تثبت في النسب لعدم القدرة على العلم بذلك أو معاينته بل هو من المسائل التي تصح بالشهادة غير المباشرة كما سبق الذكر[3].

[1] – أبو بكر البهيقي، السنن الكبرى كتاب الشهادات باب ما جاء في عددهن، دار الكتب العلمية، ر.ج 20542 ج10، ط3، سنة النشر 1424–2003. ص 254.

[2] – عبد الرحمان السند، الشهادة بالاستفاضة وتطبيقاتها القضائية، د.ن، مكتبة ملك فهد الوطنية الرياض، د.ط، د س ن.ص 105.

[3] – وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج 26، ص 219.

– يثبت النسب بشهادة رجلين فلها الشريعة الكاملة لإثبات جميع الحقوق باستثناء الزنا ولاعتبار باتفاق الفقهاء.

– كما يثبت النسب بشهادة رجل وامرأتين وإن اختلف الفقهاء فيما ليس بمال ولا يقصد به المال كالنسب وذلك لعدة أمور.

– أما ثبوت النسب بشهادة ويمين، فلقد اتفق جمهور الفقهاء القائلين بمشروعية القضاء بشاهد ويمين على عدم جواز القضاء بهما في الحدود القصاص، وما ليس بمال ولا يؤول إلى مال، وإنما يقتصر جواز ذلك في المال وما يؤول إلى المال.

أما الحنفية فقد منعوا شاهد ويمين جملة وعليه فالنسب لا يثبت بشهادة شاهد ويمين، لأنه ليس بمال ولا يؤول إلى مال.

شهادة النساء منفردات لا تثبت النسب بذاته عملا برأي جمهور الفقهاء، وإنما تثبت سببه(الولادة) وبه يثبت النسب، لأن عدم ثبوت النسب بالولادة يؤدي إلى تعطيل الأحكام المترتبة عليها(الولادة) كالارث والحرمة الزواج[1].

2 / أثر الشهادة على اثبات النسب في ق أ ج

نص المشرع الجزائري على ثبوت النسب بالبينة كما يثبت بالفراش والاقرار وذلك وفقا للمادة 40 فقرة 1 "يثبت النسب بالزواج والإقرار والبينة...".

وعليه فالبينة مثبتة للنسب بغض النظر عما إذا كان المدعى به اصلا مباشر الابوة والبنوة والامومة ام غير ذلك من أنواع القرابة الفرعية والأخوة والعمومة والخولة[2].

وقد أكدت ذلك المحكمة العليا في قراراتها، اذا جاء قرار لها:

[1] – محمد مصطفي الزحيلي، وسائل الاثبات، المرجع السابق، ص 159.

[2] – العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 489–490.

"من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود نكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة احياء الولد، لأن ثبوت النسب يعد احياءا له..."

– غير أن المشرع لم يحدد نصاب الشهود فتركها للسلطة التقديرية للقاضي[1].

وعليه فالشهادة تعد إحدى أهم وسائل الإثبات النسب في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة هي أقوى من الإقرار، لأنها حجة متعدية إلى الغير، والإقرار حجة قاصرة على المقر.

والشهادة التي تثبت بها النسب هنا هي الشهادة غير المباشرة(الاستفاضة أو السماع) وذلك لأنه من المواضيع التي لا يمكن معاينتها فكانت الضرورة قاضية إلى الاعتماد على ما هو مشتهر بين الناس وحدد الفقهاء نصابها بشهادة رجلين عدلين قولا واحدا أو شهادة رجل وامراتان وهو قول الحنفية والحنابلة وشهادة 4 نسوة في الطريق المثبت للنسب الولادة وبه قال الشافعية.

بيد أن المشرع الجزائري لم يحدد نصاب الشهود ولعل النسب في ذلك اختلاف الفقهاء حول المسألة فتركها للسلطة التقديرية للقاضي والمشهور العمل به هو شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين.

وعليه فإذا ادعى فلان أن فلانا ابنه أو ابوه أو غير ذلك من حالات القرابة، وأنكر المدعى ذلك، فأثبت المدعي دعواه بالشهادة قبلت الدعوى وثبوت النسب، وترتبت عليه كل الحقوق.

[1] – مخطارية طنياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس 2006م، ص 72.

المطلب الثاني

إثبات النسب بالأنظمة الطبية الحديثة

إن التقدم العلمي الذي شهده ميدان الطب في السنوات الأخيرة كان له بالغ الأثر في تطوير طرق إثبات النسب، وبالأخص طرق لإثبات الكاشفة عنه.

وقد أنتج هذا التقدم عدة أنظمة طبية، الأول يدعى نظام تحليل الدم، وهو يعتمد على إجراء دراسة مخبريه على عينة من الدم والثاني يدعى نظام البصمة الوراثية، وهو يعتمد على دراسة تفصيلية على مستوى الآثار الجينية.

وبمجرد ظهور هذين الاكتشافين الباهرين بدأت التساؤلات تتوالى عن مدى شرعيتها ومدى ثبوت النسب منهما وسلطة القاضي بالأخذ بهم، وأهم ما جاء به تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 هو إضافة الطرق العلمية الحديثة في إثبات أو نفي النسب.

عالجنا في الفرع الأول إثبات النسب بنظام تحليل فصائل الدم، والفرع الثاني إثبات النسب بنظام البصمة الوراثية، والفرع الثالث اثر البصمة الوراثية في اثبات النسب.

الفرع الأول: إثبات النسب بنظام تحليل فصائل الدم:

يعد تحليل الدم نظاما حديث الاكتشاف في ميدان العلوم البيولوجيا والطبية، وضع لنفسه مكانة بارزة في مجال النسب قبل البدء في هذا الطريق ينبغي أن نزيل الغبار عن مدلول تحليل الدم وسنده الشرعي اولا، ونبين أنظمة تحديد فصائل الدم ثانيا حتى يتسنى لنا استنباط أثره على إثبات النسب ثالثا.

اولا: مدلول تحليل الدم وسنده الشرعي

يشتمل الدم على العديد من الصفات الوراثية الموروثة من الأب والأم حيث يأخذ الولد نصف الصفات من أبيه الحقيقي والنصف الاخر من امه عن طريق الحيوان المنوي للرجل والبويضة للأنثى، ومن العلامات الوراثية الموجودة في الدم فصائل الدم الرئيسية.

1 / تعريف الدم:

ا – **تعريف الدم لغة:** هو سائل أحمر يجري في عروق الانسان والحيوان يقول دمى الشئ ويدمي دمى ودميا فهو دم، ويقال التثنية دم وان والجمع دماء[1].

ب – **تعريف الدم اصطلاحا:** هو عبارة نسيج سائل أحمر قاني، يقوم بإمداد جميع خلايا وأنسجة الجسم بالأكسجين والغذاء، فهو يجري داخل الجسم أي الشرايين والأوردة الدموية بفضل انقباض عضلة القلب[2].

ونتيجة للتجارب التي قام بها الطبيب النمساوي "لاندستينر" عام 1900، ثم وضع الأساس الكيميائي الذي أساسه صنف الدم البشري إلى الفصائل الأربعة وهي الفصيلة، A، B، AB O[3].

ج – تعريف الدم علميا:

عرف الأطباء الدم بعدة تعريفات منها:

– الدم سائل لزج أحمر اللون، يملأ القلب والأوعية الدموية المتصلة به يوجد بمعدل 80 مللتر في كلغ الواحد أو(1/14) من وزن جسم الإنسان وهو المعدل الطبيعي لحجم الدم في الجسم.

---

[1] – عبد الله العلايلي، الصحاح في اللغة والعلوم، دار الحضارة العربية، بيروت، ط1، 1974م، ص 417.

[2] – عدنان حسن عزايرة، حجية القرائن في الشريعة الاسلامية، ط1، دار عمان للنشر والتوزيع، عمان 1990م، ص 193.

[3] – عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، اثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية العلوم قسم الشريعة الاسلامية، القاهرة، 2000، ص 278.

– الدم نسيج ضام، ينقل المواد والهرمونات وغيرها إلى جميع أنسجة وخلايا الجسم ذو حرارة طبيعية مقدرة بسبعة وثلاثين درجة مئوية(37٪)[1].

وبالرجوع إلى ما أظهرته الأبحاث العلمية منذ فترة طويلة تبين أن دم بني الإنسان يتنوع إلى عدة فصائل، وأن لكل منها مميزاتها، معنى ذلك أن كل شخص يحمل داخل خلاياه نواة تحتفظ بكل مادته الوراثية التي ينفرد بها، ويحمل الابن نصف مادته الوراثية من الأب والنصف الآخر من الدم وبإمكان معرفة بنوة أي أب أو أم لشخص ما من تطابق مادة الابن مع مادة الاب والام.

فهو عبارة عن عملية يتم فيها إجراء دراسة مخبرية على عينة من الدم وذلك بتحديد العناصر المختلفة المكونة لها، أو معرفة فصيلتها أو بيان الحالة الفسيولوجية والبيوكيميائية لصاحبها، وغيرها من النتائج التي تكشف عن طريقها.

وعادة ما تتم هذه العملية يأخذ العينة من وريد في الذراع باستخدام حقنة، أو وخز الإصبع بإبرة.

2 / مدى شرعية نظام تحليل الدم:

باعتبار أن تحليل الدم ظاهرة عملية حديثة فلم نجد في القرآن الكريم ولا في السنة الشريفة، ما يدل على مشروعية، ولكن بالتنقيب في كتب الفقه وجدنا بعض الآثار التي يمكن من خلالها أن نستنبط شرعيته ورد في كتب الفقهاء أن المرأة إذا ادعى أن زوجها عنين لا يصل إليها اخلى معها وقيل له اخرج ماءك على شيء، فإن عجز عن ذلك فالقول قولها، وإن فعل فالقول قوله، فان ادعت انه ليس بمني جعل على النار فان ذاب فهو مني وبطل قولها

[1] – محمود صبري البشتيلي، المختصر الجسم في فحص الدم، د.ن، جامعة الأزهر، القاهرة، ط01، 1429– 2008م، ص 06.

لان المني يشبه البياض البيض، وبياض البيض إذا جعل على النار يجتمع ويبس والمني يذوب فيعرف[1].

إذن نظام تحليل الدم جائز ومشروع، له أصل عند الفقهاء رغم اختلاف طرق الإجراء ودرجة اليقين، فالأن أضحت طرق التحليل متطورة ومعتمدة على أدوات علمية ونتائج يقينه.

فتوصلت الأبحاث البيوطبية إلى وجود أكثر من 20 نظام لتحديد فصائل الدم والأكثر شيوعا، نظام ABO، نظام RH، نظام M.N، نظام HLA ....و غيرها.

ثانيا: أثر تحليل الدم على إثبات النسب:

1 / موقف الفقه الإسلامي من إثبات النسب بفحص تحاليل الدم:

إن الشريعة الاسلامية لا ترفض أمر مبني على أساس علمي صحيح وفحص فصائل الدم يعد من بين هذه الأمور، هذا ما جعل الأطباء المسلمون يأخذون بهذا التحاليل فالشارع الحكيم متشوق لاتصال الانساب، فإن ادعى الزوجان ابن لهما وجد لقيط في مكان ما أو في حالة ضياعه بسبب الكوارث الطبيعية وتبين بعد فحص فصائل الدم الثلاثة، فإذا وجد جيني فصيلة الرجل في تركيب الوراثي لفصيلة الطفل، فمن المحتمل أن يكون اباه لكن لا نستطيع أن نجزم بذلك ويعود ذلك الى الاتفاق الكبير بين البشر بفصائل الدم وفئاته المختلفة[2].

[1] – ابن قدامة، المعني، المرجع السابق، ج07، ص 206.

[2] – علاق برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، مرجع السابق، ص 313.

2 / موقف المشرع الجزائري من إثبات النسب بفحص تحاليل فصائل الدم

بعد التعديل قانون الأسرة لم يتناول المشرع الجزائري فحص فصائل الدم في قضايا الاسرة والنسب، بل ترك المجال مفتوحا، حيث جاء في نص المادة 40 ق أ: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب."

حيث كان القضاء الجزائري قبل التعديل قانون الأسرة سنة 2005 لا يأخذ بالخبرة العلمية كدليل لإثبات النسب وظل متمسكا بالطرق الشرعية.

فيعد إضافة جواز لجوء القاضي للطرق العلمية في إثبات النسب تماشيا مع التطورات الحديثة للاستفادة من الاكتشافات العلمية الحديثة، والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد الطرق العلمية لإثبات النسب[1].

لكن العلم اثبت بصفة قاطعة أن الفحص عن طريق فصائل الدم وفعاليته في إثبات النسب لا تعطي اكثر من 40٪، وقد أبرز التطور البيولوجي أكثر من 20 نظام لفحص الدم تعد بمثابة قرينة قاطعة في نفي النسب دون اثباته.

ولتوضيح ذلك إذا كانت فصيلة دم الأب (AB) والام (A)، والمولود المتنازع عليه فصيلة الدم (O) ففي هذه الحال يحكم وراثيا بأن هذا المولود لا يمكن أن يكون ابنا لهم اطلاقا.

أما إذا كان المولود يحمل فصيلة الدم (A) أو (B) أو (AB) سنقول من الممكن أن يكون المولود لهم، ولا يمكن أن نجزم ذلك لأنه من الممكن أن يكون لعائلة ثانية نفس فصائل الدم[2].

[1] – قانون رقم 05-02 المؤرخ في 2055/02/27م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2] – عبد المجيد مصطفة الشاعر هشام ذيب كنعان، عماد ابراهيم الخطيب، علم الدم الأهلية للنشرة التوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية، عمان، 2007، ص 10-11-12.

الفرع الثاني: إثبات النسب بالبصمة الوراثية ADN:

من الدلائل القوية التي تقدمها لنا اليوم العلوم البيولوجية من الاكتشافات العلمية المختلفة يقارب البعض منها حد القطعية في الكشف عن حقائق عديدة منها إثبات النسب هي نظام البصمة الوراثية وتعتبر من القضايا المستجدة حيث شاع استعمالها في الدول الغربية وقبلت بها عدة من المحاكم الأوربية وبدأ الاعتماد عليها مؤخرا في البلد الاسلامية، وهذا ما سنتعرض له بعد تعريف البصمة الوراثية وتبيان خصائصها وضوابطها وأهمية البصمة الوراثية وموقف المشرع الجزائري منها.

اولا: التعريف اللغوي والاصطلاحي:

1 / التعريف اللغوي للبصمة الوراثية:

جاء على لسان العرب أن البصمة مشتقة من البصم، وهو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، فيقال ما فارقتك شبرا ولا فترا ولا عتبا ولا رتبا ولا بصما.

ويقال رجل ذو بصم أي غليظ البصم.

ويقال بصم بصما أي ختم بطرف أصبعه.

2 / التعريف الاصطلاحي للبصمة الوراثية:

أعطيت للبصمة الوراثية (ADN) العديد من التعريفات اتجهت كلها إلى مفهوم واحد، فقد **عرفت المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية** نظام البصمة الوراثية على أنها البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه وعرفها **المجمع الفقهي الاسلامي التابع لرابطة العالم الاسلامي** أنه مركب كيميائي ذو شقين بها ينفرد كل انسان عند غيره.

وعرفها مفتي الأراضي المصرية سابقا – بقوله: " البصمة الوراثية في اصطلاح العلماء يقصد بها تحديد هوية الانسان عن طريق جزء من حمض ADN الحمض المتمركز في نواة

أي خلية من خلايا جسمه ومهما تعددت التعريفات يبقى الأكيد أن البصمة الوراثية هي المادة الوراثية أو البنية الجينية المفصلة التي يسأثر بها كل إنسان عن غيره.

وذكر العالمان وادسون وكريك أن الحمض النووي (ADN) من شريطين يلتقيان حول بعضهما البعض على هيئة سلم حلزوني ويحتوي الجزيئي على متتابعات من الفوسفات والسكر ودرجات هذا السلم تتكون من ارتباط أربع قواعد كيميائية تحت اسم أدنين (A)، تيامين (T)، سيتوزين (C) فجوانين(G).

ويتكون هذا الجزئي في الإنسان نحو ثلاثة بلايين ونص بليون قاعدة كل مجموعة من هذه القواعد تحتل جينيا من مائة ألف جينية الموجودة في الإنسان ولقد تم اكتشاف البصمة الوراثية عام 1984.[1]

ولقد سرد الدكتور محمود مجمد شعبان الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة القاهرة والجامعات العربية كيفية الحصول على الطبيعة الوراثية في الملتقي الدولي حول البصمة الوراثية كدليل إثبات يوم 09-10 أبريل 2008 بقوله:

1/ نستخرج عينة ADN من نسيج الجسم أو سوائله مثل الشعر الدم أو الريق.

2/ نقطع العينة بواسطة أنزيم معين يمكنه قطع شريطي ال ADN طوليا، فيفصل قواعد الأدنين (A) والجوانين (G) في ناحية والتيامين(T) والستوزين (C) في ناحية اخرى وتسمى هذا الأنزيم بالمقص الجيني.

3/ ترتب هذه المقاطع باستخدام طريقة تسمى بالتفريغ الكهربائي وتتكون بذلك مارات طولية من الجزء المفصل عن الشريط متوقف طولها عدد المكررات.

[1] – باديس ديابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي دار هدى الجزائر

4/ تعرض المقاطع إلى فيلم الأشعة السينية وتطبع عليه فتظهر على شكل خطوط داكنة اللون ومتوازية.

ورغم أن جزئ (AD N) صغير إلى درجة فائقة حتى أنه لو جمع كل ADN الذي يحتوي عليه كل أجسامنا لما زاد وزنه عن 36 ملغ.

ولم تتوقف أبحاث صاحب الاختراع على هذه التقنية بل قام بدراسة على احدى العلاقات يختبر فيها توريث هذه البصمة وتبين له أن الأبناء يحملون خطوطا نصفها من الأم والنصف الأخر من الأب وهي تختلف من شخص إلى أخر.

وكل ما يتطلب لتعين بصمة الجينات هو عينة صغيرة من الأنسجة التي يمكن استخلاص الحمض النووي المختزل منها فنحتاج إلى:

1- عينة من الدم في حالة إثبات النبوة.

2- عينة من الحيوان المنوي في حالة الاخصاب.

قطعة جلد تحت الأظافر أو شعيرات من الجسم بجذورها في حالة وفاة بعد مقاومة المتعدى.

دم أو سائل منوي مجمد

عينة من اللعاب[1].

[1] – باديس ديابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي دار الهدى الجزائر، ص 98.

ثانيا: خصائص وضوابط البصمة الوراثية:

للبصمة الوراثية للإنسان مجموعة من المميزات:

– يمكن تطبيق هذه التقنية على جميع العينات البيولوجية السائلة كدم واللعاب أنسجة الشعر...) كما سبق الذكر.

– دقة نتائجها التي لا تقبل التزوير والاحتمال، إذا روعين فيها الشروط اللازمة فتصل نسبة نجاحها حسب آراء الخبراء والأطباء إل نسبة 99.07% في دعاوى إثبات النسب فكل إنسان يتفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي فالبصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تخطأ في التحقيق من الوالدية البيولوجية، خاصة إذا تحقق فيها الضوابط والشروط استخدامها ومن بين هذه الشروط:

– أن تمنع الدولة أجزاء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء وأن يكون المختبرات والمعامل الفنية تابعة للدولة وتحت رقابتها، حتى لا يتمكن التلاعب بها لمجرد مصالح شخصية ويكون النسب عرضه للضياع.

– أن يكون هذه المختبرات مزودة بأحسن الأجهزة ذات تقنيات عالمية مع وضع آليات دقيقة لمنع الغش ومنع التلوث.

– أن يكون العاملون في هذه المختبرات من نجباء وفنيين ممن يتصفون ويتسمون بصفات الأمانة والخلق الحسن والعدل في العمل بأمانة وضمير.

– ان يكون العاملون على البصمة الوراثية من أصحاب الخبرة العالية والمستوى الرفيع وممن يشهد لهم بالتقدم العلمي والتقني[1].

[1] – سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية– مكتبة الوطنية الكويت، الطبعة الاولى 2001، ص 28.

– توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدأ من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية حرص على سلامة تلك العينات وضمانا لصحة نتائجها مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة[1].

ومن أهم الضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية أن لا تخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب والسنة حتى لا يؤدي ذلك إلى اهمال النصوص الشرعية المقطوع بصحتها وذلك أن تستعمل تحاليل البصمة الوراثية في الحالات التي يتأكد من إثبات النسب لعدم صياغة والمحافظة عليه كلما دعت الضرورة:

– حالات التنازع علة مجهول النسب.

– حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز العناية وأطفال الأنابيب.

– حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب حوادث أو كوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم[2].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من إثبات النسب بالبصمة الوراثية:

1 / قبل تعديل قانون الأسرة:

كان القضاء سابقا (قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري) لا يقبل إثبات النسب إلا بالطرق الشرعية التي كانت محددة بموجب القانون، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: " .. لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين، قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير مشروع، لا يثبت عنه نسب الولد..."[3]

[1] – سعد الدين الهلالي، نفس المرجع، ص 28.

[2] – مجلس المجتمع الفقهي الاسلامي (رابطة العالم الاسلامي) دورة 16 مكة المكرمة 2012 القرار رقم 07، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها على موقع .WWW.istramtoday.net

[3] – قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/11/19م، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34046، المجلة القضائية العدد 1، 1999م، ص 67.

وكانت المحكمة العليا قبل تعديل قانون الاسرة بموجب الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم لقانون الاسرة ترفض إثبات النسب بالطرق العلمية، وهذا ما يتضح من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك بعد مخالفا للقانون، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا إثبات النسب بالطرق العلمية في الفقة والتشريع وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري.

لقواعد النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 من(ق.أ.ج)، فإنهم بقضائهم كم فعلوا تجاوزا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقص، ومتى كان ذلك استوجب الامر نقض القرار المطعون فيها[1].

2 / بعد تعديل قانون الأسرة:

غيرت المحكمة العليا اتجاهها بعد تعديل تقنين الأسرة، وأصبحت تأخذ بالطرق العلمية في مجال النسب، في قرارها الصادر عن غرفة الاحوال الشخصية بتاريخ **2006/03/05م**، حيث جاء في المبدأ: يمكن طبقا للمادة قانون الاسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية الحمض النووي(A D N) ولا ينغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون) وبين إلحاق النسب فيحالة العلاقة غير الشرعية"، كما جاء في حيثياته: "...ولما كانت الخبرة العلمية(A D N)، أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه، بناء على التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من قانون الأسرة وبين إلحاق النسب

[1] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 28، نلف رقم 222674، 1999/06/01م، مجلة قضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 88.

الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة أن كلاهما (كليهما) يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به[1].

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2012/03/15ن، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 690718، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2013م، ص 268.

المبحث الثاني

إجراءات دعوى إثبات النسب

للإنسان مجموعة من الحقوق مكرسة شرعا وقانونا من بينها الحق في الاسم واللقب والانتساب إلى والديه وأن يكون له أب وأم معروفان، وهو حق ذو أهمية كبيرة كونه تتفرع منه الكثير من الحقوق كالحق في الميراث والنفقة وغيرها[1].

فقد عوى إثبات النسب دعوى تدخل ضمن دعاوى الأحوال الشخصية، وهي لا تختلف عن الدعاوى الأخرى فلهم أحكام مشتركة فقد نظم المشرع الجزائري جانب الإجرائي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما الجانب الموضوعي نظمه في قانون الأسرة.

فدعوى إثبات النسب هي دعوى إثبات صفة كأن يدعي شخص على آخر أنه ابنه أو أبوه، أخوه، أو ما شابه ذلك وهي دعوى لا يجوز الصلح فيها وذلك طبقا للمادة 461 ق م ج.

كما أنه لا يمكن إجراء الوساطة فيها الارتباط الدعوى النسب بالنظام العام حسب نص المادة 994/ 1 ق إ م إ ج.

علما أن المشرع الجزائري لم ينظم دعوى إثبات النسب تنظيما محكما في قانون ق إ م إ ج، اكتفى بمادتين لا تشملان على أحكام كافية، حيث أشار إلى الاختصاص الإقليمي للإقرار وحضور النيابة العامة، وترك الأحكام العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وأمور أخرى تحكمها قانون شؤون الأسرة.

[1] – حسين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون الدولي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2007، ص 59.

المطلب الأول

الجوانب الشكلية لدعوى إثبات النسب

الدعوى القضائية هي تلك السلطة التي تلجأ إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته، ويعرف أيضا بأنه ادعاء قانوني معروض على القضاء، فاتصال المواطن بجهاز العدالة أمام أي قسم من أقسامه يكون عن طريق قيد الدعوى أمام القسم القضائي المختص المراد منه الفصل في الدعوى وهذا بموجب عريضة ودفع المصاريف.

حيث تنقسم دعوى إثبات النسب إلى نوعين دعوى أصلية، تكون عندما تهدف أساسا إلى إسناد نسب شخص معين، وذلك يكون إما دون وجود نزاع صريح وذلك في حالة ما إذا أقر شخص بأبويه لشخص معين، ويقوم بإلحاق نسب له بموجب حكم قضائي.

وإما يكون بوجود نزاع، كأن يقوم الزوج بإنكار نسب طفله فتقوم الزوجة برفع دعوى ضده لإثبات نسب ابنها منه، والعبرة هنا أن يكون إثبات النسب هو الطلب الأصلي في الدعوى وهذه هي الدعوى ليست محل دراستنا.

ودعوى فرعية تكون دعوى إثبات النسب دعوى فرعية إذا جاءت تبعا لدفع أو أدعاء مقابل، ويكفي أن تقدم في عريضة واحدة وتكون إما بوجود نزاع أو دون نزاع صريح، كأن يقوم شخصان متزوجا فرعيا رزقا بمولود، فيقوم برفع دعوى إثبات الزواج من أجل إثبات نسب المولود فيكون إثبات الزواج هو الطلب الأصلي كما سبق وبيناه في الفصل الأول[1] وإثبات النسب طلب تبعي في الدعوى وهذا ما سنتطرق إليه:

[1] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 الزواج والطلاق ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 349.

الفرع الأول: اجراءات رفع دعوى إثبات النسب

أولا: عريضة افتتاح دعوى إثبات النسب:

1 / شكل العريضة:

نظم المشرع الجزائري عريضة افتتاح دعوى من المادة 14 إلى 17 من حيث صياغتها وتبليغ الخصوم.

2 / **من حيث الصياغة:** اكتفى المشرع بتحديد البيانات الواجب توفرها في العريضة وانعدام تلك البيانات تقع تحت طائلة عدم القبول شكلا ولم يحدد شكل وصياغة العريضة.

جاء في نص المادة 14:" ترفع الدعوى أمام المحاكم بعريضة مكتوبة موقعة، مؤرخة، تودع لدى أمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف؟.

وأضافت المادة 8 /1 ق أ م إ ج شرط أن تكون مكتوبة باللغة العربية تأتي: "يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية تحت طائلة البطلان".

فمن الناحية المنهجية العلمية المعتمدة فنبدأ بالديباجة ثم مضمون العريضة[1].

ثانيا: بيانات عريضة افتتاح دعوى إثبات النس:

يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى مجموعة بيانات أساسية جوهرية في كل العرائض مهما كانت الجهة القضائية التي ترفع إليها النزاع نصت عليها المادة 15 ق أ م إ ج: " يجب أن تتضمن عريضة افتتاح دعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الآتية:

1- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.

[1] – زروتي الطيب، تحرير العرائض القضائية وشبه القضائية، ص 9.

2-اسم ولقب المدعي وموطنه.

3-اسم ولقب وموطن المدعى عليه فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له.

4-الإشارة إلى تسميت طبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

5-عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

6-الإشارة عند الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى."[1]

ثالثا: قيد عريضة افتتاح دعوى إثبات النسب:

بعد أن يقوم المدعي بالتحرير عريضة افتتاح دعوى يجب أن يقوم بإبداع نسختين فأكثر من العريضة حسب عدد المدعى عليهم وذلك على مستوى أمانة ضبط محكمة وفقا للمادة 14 ق إ م إ تقيد العريضة في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها،مع بيان أسماء وألقاب الخصوم رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخة عريضة الافتتاحية بغرض أن يقوم المدعى يتبلغها الخصم وهذا نصت عليه المادة 16 /1 ق إ م كما نصت المادة 7 ق إ م إ على أن لا تقيد العريضة إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا.

رابعا: من حيث تبليغ الخصوم:

بعد قيد العريضة وفقا للإجراءات القانونية يجب على المدعي أن يقوم بتبليغ الخصم بالدعوى وذلك وفقا لمبدأ الوجاهية حسب نص المادة 03 قانون ق إ م إ ج:" يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية".

[1] – عبد العزير سعد، اجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، المرجع السابق، ص 17، ص 18.

إذ يضمن به الخصم حق الدفاع ويكون هذا التبليغ عن طريق ما يسمى بالتكليف بالحضور الذي يقوم به المحضر القضائي.

وقام المشرع بتحديد بياناته في المادة 18 ق إ م إ ج كما يلي:"يجب أن يتضمن التكليف في حضور البيانات التالية:

1-اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وخصمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

2-اسم ولقب المدعى وموطنه.

3-اسم ولقب الشخص المكلف بحضور وموطنه.

4-تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي، وصفته ممثله القانوني أو الاتفاقي.

5-تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها.

وبعدها يقوم بتحرير المحضر تسليم التكيف بالحضور وذلك كدليل إثبات التبليغ وحسب نص المادة 19 يجب توفرها على البيانات المعينة[1].

الفرع الثاني: شروط قبول دعوى إثبات النسب

تنص المادة 13 ق إ م إ ج على الآتي:" لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

المشرع أورد شروط المصلحة الصفة والإذن غير أن دعوى النسب تقتصر على شرطي الصفة والمصلحة.

[1] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 45.

أولا: الصفة: هي أن يكون لرافع الدعوى صفة قائمة وقت رفع الدعوى فيكون صاحب حق لنفسه أو وكيله (وكاله رسمية) الوالي وهي قيم أو مقدم[1].

يجب أن يتوفر شرط الصفة في المدعي والمدعى عليه فيتعين أن يرفع دعوى من ذي صفة على هذه الصفة.

فاللام الصفة في دعوى إثبات النسب لابنها من أبيه ما دام في يدها وذلك لتدفع عن نفسها تهمة الزنا، بصفتها كأم تكسبها الصفة بشكل مطلق.

وتخلف شرط الصفة في المدعي والمدعى عليه يترتب عليه عدم قبول الدعوى شكلا وللقاضي اشارته من تلقاء نفسه لأنه من النظام العام كما يجوز للأطراف الدعوى اشارته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

ثانيا: المصلحة: لا يجوز لأي شخص اللجوء إلى القضاء دون وجود مصلحة في ذلك سواء مادية أو أدبية قليلة كانت أو كبيرة.

فالمصلحة هي تلك المنفعة أو الفائدة التي يحصل عليها الشخص جراء الحكم به بما طلبه وهذا الشرط متعلق بالمدعى.

فالمصلحة في دعوى النسب تتمثل في حق الشخص في معرفه نسبه وأصله ودفع العار عن نفسه، وهي حقوق مشروعة ويكفلها القانون لكافة أفراد المجتمع[2].

إلا أن تخلف شرط المصلحة يؤدي إلى عدم قبول الدعوى شكلا لكن بخلاف الصفة لا يمكن القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه لأنه ليس من النظام العام إلا أنه يمكن اشارته من طرف الخصوم.

---

[1] – عبد العزيز سعد، اجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط2، دار هومة الجزائر، 2014، ص 52.

[2] – اكروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 105.

ولقبول الدعوى أيضا لابد من توافر شرط الأهلية أن تكون له القدرة على مباشرة أعمال الإجرائية أمام القضاء[1] ذكرها المشرع في المادة 40 ق م ج سن الرشد 19 سنة كاملة غير أنه أدرجها في المادة 65 ق إ م إ يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية ويجوز له أن يثير تلقائيا انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي حيث يترتب عن تخلف شرط الأهلية عدم قبول الدعوى شكلا يثيره القاضي من تلقاء نفسه .

كما يعتبر حضور النيابة العامة شرق أساسيا في مسائل الأسرة وذلك نظرا لما جاءت به المادة 03 مكرر من قانون الأسرة تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون .

كما اشترطت المادة 491 ق إ م إ ج حضور ممثل النيابة العامة في قضايا النسب ينظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه، بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية[2].

تجدر الإشارة إلى أن في دعوى إثبات النسب ليس بالضرورة أن يكون هناك نزاع بين الأطراف فمثلا في دعوى إقرار النسب التي يقر الشخص بأبويه لشخص معين ويصدقه المقر له، فيقوم الطرفان في هاته الحالة بتحرير عريضة افتتاح دعوى باسميهما يطلبان فيها إلحاق النسب بالمقر له للأب كما أن القانون حدد مدة زمنية 20 يوم من تاريخ تسليم التكليف بالحضور وتاريخ المحدد لأول جلسة تسمح للمدعى عليه بإعداد نفسه للخصومة [3] وتحضير

[1] – مصطفى مناصرية، مبدأ احتياط في النسب في الفقة الاسلامي وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، يسعد دحلب البليدة، د.س.ن.

[2] – يوسفات علي هشام، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوارة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص 177.

[3] – جميل صالح، صديقي الأخضر، اجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة العدد الثامن والعشرين، جامعة أدار، د.س.ن، ص 25.

الدفاع والأدلة حسب نص المادة 06 الفقرة الثالثة والرابعة من قانون الإجراءات المدنية الإدارية .[1]

الفرع الثالث: الاختصاص في دعوى إثبات النسب

حتى يتم قبول الدعوى من حيث الشكل لابد من احترام الاختصاص النوعي والمحلي للدعوى.

أولا: الاختصاص النوعي في دعوى إثبات النسب:

إن دعاوى إثبات النسب تندرج ضمن قضايا شؤون الأسرة والقسم المختص بها هو قسم الشؤون الأسرة وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري صراحة في المادة 423 ق إ م ج فالاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى وهذا ما تؤكده المادة 36 ق إ م إ ج، إذا تم تسجيل دعوى أمام قسم غير مختص لا يحكم بعدم الاختصاص بل يحال إلى القسم المختص عن طريق أمانة الضبط المحكمة إلى القسم بعد الأخبار، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 32 /6 ق إ م إ ج.

ثانيا: الاختصاص الإقليمي:

وهي ولاية الجهة القضائية للنظر فيها القضايا التي تقع في الإقليم التابع لها[2]، والاختصاص الإقليمي لدعوى إثبات النسب حسب نص المادة 490 ق إ م إ ج محكمة موطن المدعى عليه في دعوى الاعتراف بالنسب بالبنوة والأبوة والأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار النبوة .

بالتالي فإن المادة 490 ق إ م إ ج مرتبطة بشكل مباشر بنص المادة 44 ق أ ج بينما بقي الغموض سائد حول المادة 40 ق أ ج المتعلقة بطرق ثبوت النسب كما أن الغموض يزداد

[1] – جميل صالح، صديقي الأخضر، المرجع السابق، ص 25.

[2] – بوسفات علي هشام، المرجع السابق، ص 169.

عند قراءة نص المادة 426 ق إ م إ ج حيث أورد المشرع مصطلح دعاوى إثبات النسب بينما المادة 490 ق إ م إ أورد فيها مصطلح دعوى الإقرار بالنسب مما يثير فراغا قانونيا من حيث الاختلاف بين دعوى فإن الاختصاص الإقليمي في دعوى إثبات النسب بقي مجهولا[1].

[1] – عبد السلام ذيب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، الجزائر، سنة 2009، ص 62.

المطلب الثاني

مراحل الفصل في دعوى إثبات النسب

تمر الدعوى بمراحل عديدة للفصل فيها[1]، وقد منح المشرع الجزائري للقاضي السلطة التقديرية للفصل في النزاع وفقا لما يراه مناسبا واختيار أفضل لحل النزاع.

بعدما يقوم المدعى لتحضير ملف الدعوى ويتكون هذا الملف من مجموعة من السندات والوثائق يثبت بها المدعي ما يدعيه إذ يقدم أصول هذه الوثائق أو النسخ رسمية منها أو نسخ مطابقة للأصل وهو ما قضت به المادة 21 ق إ م إ ج

ويشتمل الملف على:

1- عريضة افتتاح الدعوى مرفقة بوصل دفع الرسوم القضائية وذلك تحت طائلة عدم القبول وفقا للمادة 17 ق إ م إ ج .

2- محضر تكليف بالحضور ومحضر تسليم تكليف بالحضور.

3- الوثائق التي تثبت بها المدعي مزاعمه(عقد الزواج، شهادة الميلاد، الاعتراف بالأبوة إن وجدت....).

4- وصل الاستلام الوثائق يحرره أمين ضبط المحكمة بعد قيامه بعملية جرد الوثائق والتأثير عليها وفقا لنص المادة 21 ق إ م إ ج المناقشات والمرافعات: تتم هذه المرافعات بحضور الخصوم للجلسة شخصيا أو محاميهم أو وكيلهم. المرافعات في دعوى إثبات النسب تكون كتابية وذلك عن طريق تبادل المذكرات إلى أن القاضي يمكنه دعوى الخصوم لتقديم توضيحات

[1] – بريادة عبد الرحمان، شرح قانون الاجراءات م إ (قانون رقم 09/08 مؤرخ 23 فيفري 2008)، طبعة 3، منشورات بغدادي، الجزائري، 2011، ص 71.

بشأن الوقائع إذ كان ذلك ضروري أو تبين له غموض وهذا ما قضت به المادة 265 ق إ م إ ج .

كما نصت المادة 263 ق إ م إ ج على أنه يجب سماع أقوال الخصوم ومحاميهم وجهها كما يمكن للقاضي تأجيل الجلسة إذا كان ضروري أو إذا طلبه أحد الخصوم(لتقديم مستندات أو توضيحات) تقفل باب المرافعة بعد أن يقدم كل خصم ما لديه من طلبات ودفوع ويصرح بعض الخصوم تكون القضية استوفت كامل عناصرها ولا يحق للخصوم بعدها تقديم دفوع جديدة وهو منصت عليه المادة 267 ق إ م إ ج وقد تعد القضية للجدولة إذا رأى القاضي أن هناك ضرورة للقبول أقوال أو بعض المستندات لم تقدم في القضية من طرف الخصوم وفقا للمادة 268 ق إ م إ ج .

عند حجز القضية للنظر ودراستها قد يفصل فيها فورا وقد ترفع الجلسة مؤقتا ثم يستأنف للنطق بالحكم كما يمكن للقضية أن تؤجل لجلسة لاحقة، يحدد تاريخ النطق بالحكم تبعا لنص المادة 271 ق إ م إ ج.

يبنى القاضي حكمه في دعوى إثبات النسب على أساس الطرق المنصوص عليها في المادة 40 /1 ق إ م إ ج، وكذلك مما قضت به المادة 41 من نفس القانون في حالة ما لم يتمكن القاضي من الحكم في الموضوع ضمن نص المادتين بسبب غموض أو شك خاصة وأن مسالة النسب جد حساسة، يقوم القاضي باصدار حكم لاجراء الخبره العلمية للتأكد من النسب وذلك وفقا لنص المادة 20 /2 ق إ م إ ج أو اجراء تحقيق إذا رأى ضرورة لذلك .

بصدور الحكم بذلك التحقيق أو الخبرة يقوم أحد الخصوم بتحرير عريضة الرجوع ما بعد الخبرة أو عريضة في إعادة السير في الدعوى بعد التحقيق مع تكليف الطرف الآخر بحضور

الجلسة مرحلة الفصل في الدعوى وهو صدر صدور الحكم الفاصل في الموضوع[1] هو الحكم القطعي المنهي للخصومة .

وذلك بعد قيام القاضي بموازنة بين الطلبات والدفوع وبين الوقائع النزاع والنصوص القانونية ثم يقوم بصيغة ذلك ضمن منطوق الحكم الذي يجب أن يعلنه ويصرح به ضمن جلسة علنية حتى ولو كانت إجراءات المحاكمة قد وقعت خلال الجلسة سرية،[2] حسب نص المادة 272 /1 ق إ م إ ج، كما يجب على القاضي تسبيب حكمه.

كما أن أحكام دعوى إثبات النسب قابلة كافة الطرق الطعن الذي لم يقتنع بالحكم أن يقوم بطعن الحكم وذلك مع احترام الآجال القانونية للطعن مادة 70 /2 ق إ م إ ج[3].

الفرع الاول: مدى توفر قوة الشيء المقضي في دعوى إثبات النسب

من الثابت قانونا المادة 338 من القانون المدني فإن قوة الشيء المقضي فيه تتطلب عنصران أساسيان وهما وحدة الأطراف ووحدة الموضوع التي وصفها المشرع الجزائري بالمحل والسبب غير أنه عندما يتعلق الأمر بدعوى النسب التي توصف بأنها دعوى مرتبطة بحالة الأشخاص فإن مبدأ قوة الشيء المقضي فيه لا يعمل به وهو ما أكدته المحكمة العليا بقرارها رقم 17233 المؤرخ في 28 أكتوبر 1987 [4] بحيث جاء فيه ما يلي:" من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج والإقرار بالنية وشهادة الشهود والنكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة..."

علما بأنه قد تطرح دعوى تثبيت الزواج أو دعوى الطلاق تكون فيها زوجه حامل، غير أنها قد لا تطلب الإشهاد على حملها التي تضعه لاحقا لتلك الدعوى، ثم تأتي على مستوى

[1] – محمد ابراهيمي، الوجيز في الاجراءات المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 120.

[2] – بوخاري مصطفى أمين، مجلة الروافد للدراسات والأبحاث العلمية في العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 4، الجزائر 1 جوان 2020، ص 291.

[3] – عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 137.

[4] – تنص المادة 338 من القانون المدني على ما يلي: "

الاستئناف للمطالبة بإلحاق النسب المولود، في حين أنه من الناحية الإجرائية فإن ذلك يعتبر طلبا جديدا طبقا للمادة 343 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لأن الطلبات التي لا تعتبر جديدة هي تلك المرتبطة مباشرة بالطلب الأصلي والتي ترمي إلى نفس الغرض ولو كان أساسها القانوني مغايرا.

إذن فإن عدم الاعتداد بقوة الشيء المقضي فيه في دعاوي النسب مرده إلى أن دعوى إثبات النسب ونظرا لارتباطها بحالة الأشخاص التي توقف تنفيذ أي قرار أو حكم في حالة الطعن بالنقض المادة 361 من قانون الاجراءات المدنيه والاداريه تثير اشكاليات عديده حول الوقت الطويل نسبيا الذي يستغرقه الطعن بالنقض الامر الذي جعل الطفل في حاله من تنجح بين انعدام النسب وثبوت النسب وما ينجز جره عن ذلك من عدم تسجيله في سجلات الحالة المدنية وبنتيجة عدم استحقاقه لنفقه وكذلك انعدام الجهة الحضانة نظرا لان وضعه القانوني يمكن وصفه المعطل لفتره غير وجيزة من الزمن.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب

منح المشرع الجزائري للقاضي الحرية في اللجوء إلى الخبرة العلمية من أجل إثبات النسب وذلك إستناد لنص المادة 2/40 ق أ، التي أجازت للقاضي اللجوء لهذه الطرق العلمية متى شاء ذلك، إذ منحت له السلطة التقديرية في الإستعانة بالخبرة للفصل في النزاع أو الفصل فيه دون الإستعانة بها، وقد أجازت المادة 126 ق.إ.م.إ.ج للقاضي أن يأمر بإجراء الخبرة من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم [1].

[1] – لينة بن دادة، إثبات النسب بالوسائل العلمية، مشروع مدكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، قسم الحقوق، تخصص، قانون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص55.

اولا: حدود سلطة القاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب

يفهم من نص المادة 2/40 من ق أ أن للقاضي الصلاحية الكاملة في إستخدام الخبرة العلمية لإثبات النسب أو الحكم في النزاع دون الإستعانة بهذه الخبرة، حيث إستعمل المشرع الجزائري في نص المادة السابقة مصطلح " يجوز" ومنه يفهم أن السلطة التقديرية تبقى للقاضي في تقرير مبدئيا إذا كانت القضية تستلرم تعيين خبير أو لا.

القاضي هو الذي يقدر بعد النظر في وقائع وأقوال المتقاضين مدى تحقيق ضرورة الإستعانة بالخبرة الطبية [1].

إذ يتضمن الحكم القضائي تحديدا الأمر بأخذ عينات من الأطراف المعنية وفحصها من أجل تحديد نسب الطفل واعطاء نتيجة نهائية للجهة القضائية[2]، فالخبرة تساعد على رفع اللبس واماطة اللثام عن الغموض الذي يكتنف النزاع في إثبات النسب [3].

وما يؤكد هذه السلطة الممنوحة للقاضي المادة 126 من ق إ م إ التي قضت أنه:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو تخصصات مختلفة".

ثانيا: مدي إلتزام القاضي بتقرير الخبرة العلمية

منح المشرع الجزائري للقاضي السلطة في الأخذ برأي الخبير او استبعاده، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 144 ق إ م إ، حيث جاء في مضمونها " يمكن للقاضي آن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة". القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي تسبيب استبعاد نتائج الخبرة ".

---

[1] – لينة بن دادة، نفس المرجع، ص55.

[2] – براروي إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر السعيدة، 2016، ص 57.

[3] – باديس ذيابي، مرجع السابق، ص 117.

كما يمكن له أيضا تعيين خبير أخر للأخذ برأيه، وهو ما قضت به المادة 126 من ق.إ.م.إ.ج في نصها الأتي: " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة".

يتضح من نص المادة أن نتائج الخبرة[1] ليست ملزمة للقاضي، فتأسيس الحكم على نتائج الخبرة جعله القانون اختياريا للقاضي، غير أنه وفقا لنص المادة أعلاه في فقرتها الثانية قيد القاضي بضرورة تسبيب استبعاده لنتائج الخبرة.

إذا تعددت الخبرات وتعارضت فيها أقوال خبراء البصمة الوراثية، للقاضي حق تقدير نتائج الخبرة، فيأخذ بما هو مجدي فالأمر هنا موكول لقضاة الموضوع لأن الأمر يتعلق بجانب مهم وهو النسب الشرعي[2].

الفرع الثالث: الإحصائيات

عليه قمنا باختيارإحصائيات[1]بتوثيقالزواج العرفي مع إلحاق النسب لسنوات الأربعة الأخيرة 2020 2021 2022 , 05 أشهر من سنة 2023 على مستوى بلدية الثنية ولاية بومرداس كنموذج:

*سنة2020

*سنة2021

*سنة2022

*سنة2023 (جانفي، فيفري، مارس، أبريل، ماي)

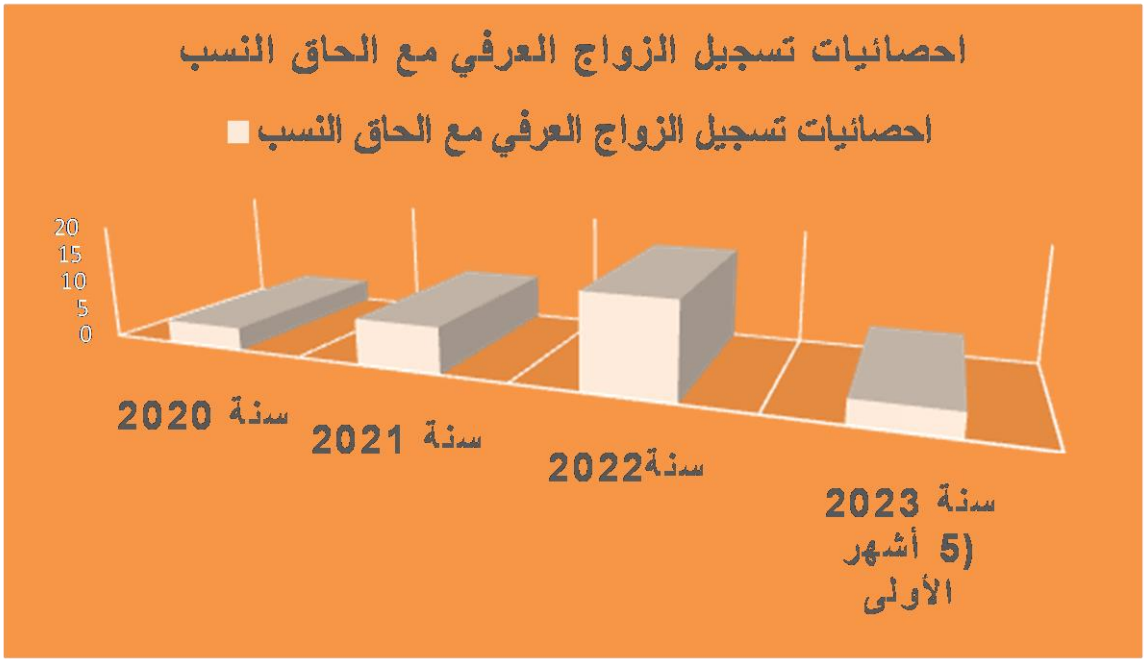
[1] – الخبرة هي وسيله مهمه تلجأ إليها المحكمه كلما قامت في الدعوى مسألة يتطلب حلها معلومات خاصة لا يأنس القاضي في نفسه الكفاءة العلمية أو الفنية لها، نقلا عن (معتصم خالد محمود حيف، الخبرة القضائية في القضايا الحقوقية، دار الثقافة عمان، 2013، ص 23)

[2] – شرقي نصيرة، المرجع السابق، ص ص 59-60.

هدفنا من تقديم هذه الإحصائيات هو تسليط الضوء على ارتفاع في نسب قضايا إثبات الزواج العرفي مع إلحاق النسب على المستوى الوطني ككل

2020	2021	2022	الى غاية شهر ماي 2023
04	08	16	04

الرسم البياني من أجل توضيح أرقام المبينة في الجدول أعلاه



يتبين لنا من خلال هذه النتائج التي أسفرت عليها الإحصائيات الموضحة بالجدول أعلاه أن عدد

القضايا المتعلقة بإثبات الزواج العرفي مع إلحاق النسب في تزايد مستمر رغم التعديل الذي جاء به قانون الأسرة الأخير بموجب الأمر 05-02 .

والملاحظ من خلال هذه الإحصائيات العدد الكبير في عدد الأحكام وهذه الزيجات أغلبها كانت في فترة الحجر الصحي الذي فرضته الدول على السكان ورغم هذا كان هناك تزايد كبير في انعقاد هذه الزيجات التي نتج عنها أبناء لم يتم إلحاق نسبهم بآبائهم.

خلاصة الفصل:

من خلال هذا الفصل الذي تعرضنا فيه إلى طرق إثبات النسب التقليدية والحديثة ودعوى إثبات النسب حاولنا معالجة الموضوع بالاعتماد على الدراسة القانونية للطرق الشرعية والعلمية التي جاءت بها المادة40 ق أ والجانب الإجرائي منها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

– بالنسبة لطرق إثبات النسب وجدنا أن المشرع الجزائري اقتدى بالشريعة الإسلامية حيث أخذ بالفراش كأساس لإثبات النسب والإقرار البينة كذلك.

– أما بخصوص الطرق العلمية الحديثة التي جاءت بها المادة 2/40 أهما البصمة الوراثية ADN فأقرها المشرع الجزائري في إثبات النسب لتثمين الحقائق ووضعها في مكانها الصحيح وهذا لا يعد خروجا على المبادئ العامة للشريعة الإسلامية لكن باحترام الشروط السالفة الذكر في التعامل معها بأخذ الحيطة والحذر اللازمين لكن رغم اعتمادها إلا أنها تبقي خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي حيث جاءت المادة غامضة ولم يبين المشرع كيفية تطبيقها أو حتي يمكن للقاضي اللجوء إليها مع ارتفاع عدد قضايا النسبي ويعود السبب إلى انتشار العلاقات غير الشرعية وكثرة العقود الزواج العرفي فأما رفض لآباء الاعتراف بأبنائهم أو فشل الزوجة في إثبات العلاقة الزوجية مما يعتمد على المشرع إصدار نصوص قانونية تبين كيفية تطبيقها (المادة 2/40).

أما فيما يتعلق بالشق الإجرائي بينا كل الإجراءات اللازمة لرفع دعوى إثبات النسب والتي نبدوها بتحرير عريضة افتتاح دعوى تبليغ الخصم بالدعوى، أيضا إجراءات سيرها يكون بداية بتحضير الملف الدعوى وتبليغه إلى غاية مناقشة الموضوع ثم يليها الفصل في الدعوى ويصدر القاضي حكمه وأخيرا يظهر جليا دوا القاضي في دعوى إثبات النسب.

خاتمة

خاتمة

مما سبق نجد أن الزواج العرفي المنتشر في الجزائر هو الزواج الشرعي الذي يتم بتوفر الأركان والشروط الشرعية، عكس بعض أنواع الزواج العرفي في دول أخرى الذي لا يكون زواج شرعي أصلا.

كما خلصنا إلى من أسباب اللجوء إلى الزواج العرفي (الشرعي) في الجزائر دون اللجوء إلى إبرام عقد الزواج الرسمي يرجع لعدة اعتبارات، بعضها يرجع لظروف إستثنائية كما حصل زمن الكوفيد الذي تم منع في وقته إبرام عقود الزواج الرسمية على مستوى الموثقين أو مستوى مكتب تسجيل عقود الزواج في البلديات، بالإضافة إلى لجوء بعض الأزواج إلى التعدد ليقوموا في مرحلة ثانية بتوثيق عقد الزواج بينما يبقى الكثير منهم دون توثيق عقد الزواج العرفي نظرا لعدم الحاجة لترسيمه.

من خلال هذا البحث حاولنا إلقاء الضوء على توابع الزواج العرفي وخطورته على الأبناء الذين يعدون معدومي النسب وكيفية تسجيل هؤلاء الأبناء، والذي على الرغم من ذلك نجد أنه مازال منتشرا ومتعاملا به في مناطق عديدة من القطر الوطني، وباطلاعنا على الإحصائيات المجرات ببلدية الثنية في السنوات السابقة نجد أن نسبة الأحكام القضائية المتعلقة بإثبات الزواج العرفي مع الحاق النسب في تزايد مستمر.

فخطورة الزواج العرفي تكمن في عدم توثيقه الذي ينعكس على الأبناء الذين يجدون أنفسهم بدون نسب الأب وفي غالب الأحيان يسجلون بألقاب أمهاتهم ويعد التوثيق الوسيلة الوحيدة لإثبات الحقوق والحفاظ عليها، هذا ما لا يعلمه الكثيرون ممن يعقدون زيجاتهم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية فقط، لذا وجب علينا توعية الأفراد من خطورة هذا الزواج بالأخص على الأبناء بسلبيات الزواج العرفي ومنافع تسجيله وذلك من خلال دروس التي تقدم في المساجد لما لها من أثر على الأفراد وكذلك من خلال البرامج التلفزيونية وحتى التي تقدم فالإذاعات والإعلانات وأي وسيلة يمكن الوصول إليها للفرد.

مما تقدم نصل إلى مجموعة من النتائج أهمها:

– إن اللجوء إلى الزواج العرفي يكون إما بسبب ظروف إستثنائية كالكورونا، أو وجود الزوج في مرحلة طلاق، ولا ينتظر حتى إتمام إجراءات الطلاق فيلجأ للزواج قبل ذلك بشكل عرفي إلى غاية إتمام إجراءات الطلاق.

– في غالب الأحيان يتم الاتفاق على عدم الانجاب من الزواج العرفي، غير أنه كثيرا ما يحصل وأن تحمل المرأة وتنجب فتدخل في متاهة اللجوء إلى القضاء لترسيم زواجها.

– في حالة ما إذا كان الطرفين متفقين على تثبيت الزواج العرفي فإنه من السهل إحضار الشهود والولي لإثبات الزواج العرفي وبعده إلحاق نسب الأطفال.

– في بعض الحالات كان هناك زواج عرفي غير أنه يتعذر على الزوج أو الزوجة إثباته وبالتالي إثبات نسب الأطفال خصوصا إذا كان أحد الطرفين هو من تكفل بإحضار مجلس العقد من إمام وولي وشهود، ورفض إحضارهم للمحكمة.

وعلى هذا الأساس نقدم مجموعة من الاقتراحات وهي:

– ضرورة منع تثبيت الزواج العرفي في بعض الحالات المحددة قانونا.

– إقرار عقوبات جزائية ومالية حتى تحقق الردع الكافي في نفس الراغبين في اللجوء إلى الزواج العرفي.

– إبطال الزواج العرفي بعد إلحاق نسب الأطفال.

– يجب سن قوانين ردعية التي توجب على الأفراد تسجيل الزواج العرفي والا تعرض لعقوبات صارمة تجعله يفكر مليا في إبرام هذا العقد وفق الشريعة الإسلامية وبدون توثيقه.

– توفير مكاتب متنقلة للأفراد التي تكلف بإبرام عقود الزواج خصوصا في المناطق النائية أو البدو الرحل هذا كله حفاظا على الأبناء والأمهات فتسجيل الأبناء المولودين في إطار الزواج العرفي لا يكون إلا بإثبات الزواج العرفي.

في الأخير لا بد من القول أنه ورغم ما قد يتحجج به الأفراد من دواعي لتبرير عدم تسجيل زواجهم، فإنه لابد من دق ناقوس الخطر لذا وجب على الدولة إعادة النظر في قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية وإجراءات تسجيل هذا الزواج خطوة حتمية لا بد منها من أجل حماية الأبناء من توابع هذا الزواج .

قائمة المصادر والمراجع

أولا: باللغة العربية:

القرآن الكريم.

1 / الكتب:

1. ابراهيم مدكور المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، دون بلد نشر،1980.
2. ابن القيم الجوزية (شمس الدين أبوعبد الله محمد بن أبي بكر)، اعلام الموقعين،راجعه وقدمه وعلق عليه طه عبدالرؤوف سعد، مطبعة النهضة ,طبعة جديدة،(دت)، ج1 ، مصر.
3. ابن فارس ابو الحسين احمد بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، مكتبة الخانجي.
4. ابن قدامة ,مصدر سابق، ج12 ، الونشريسي(أبو العباس احمد بن يحي)، عدة البروق في جمع ماضي المذهب من المجموع والفرق، دراسة وتحقيق حمزة أبو فارس، دار العرب الاسلامي، بيروت، لبنان،(دت)،(دط.)
5. ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403 ص/1983م/ ج5،
6. ابن منصور، لسان العرب، المجلد الأول، ط1، دار صادر، بيروت، لبنان، 1997
7. ابن منظور، لسان العرب ,تحقيق عبد الله علي الكبير واخرون، دار المعارف،الجزء 4، باب العين المادة" عرف
8. أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج3، د.ط، دار الكتب العلمية، دط، د.س.ن
9. أبو بكر البهيقي، السنن الكبرى كتاب الشهادات باب ما جاء في عددهن، دار الكتب العلمية، ر.ج 20542 ج10، ط3، سنة النشر 1424-2003.
10. أحمد ابراهيم بك، واصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية والقانون، مطبعة الخرطوبي القاهرة، 1994.
11. أحمد سلامة القيلوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا القيلوبي وعميرة، د.ن، دار الفكر بيروت، د.ط، 1415هـ-1995م، ج04.

12. أحمد فراج حسين، أدلة الاثبات في الفقه الاسلامي، دار النشر الدار الجامعية، الاسكندرية، د.ط، 2004م.

13. أحمد محمد الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب " دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الاسلامي"، لا.ط، القاهرة، الدار الجامعية، 1978.

14. أحمد نصر الجندي، شرح القانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009،

15. اقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب دراسة فقهية مقارنة، دار الأمل، تيزي وزو، 2012.

16. باديس ديابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي دار هدى الجزائر

17. باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الاسرة الجزائري، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى عين ميلة الجزائر

18. بريادة عبد الرحمان، شرح قانون الاجراءات م إ (قانون رقم 09/08 مؤرخ 23 فيفري 2008)، طبعة 3، منشورات بغدادي، الجزائري، 2011،

19. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 الزواج والطلاق ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005،

20. بن شويخ الرشيد شرح قانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية _"1 دار الخلد ونية لنشر والتوزيع الجزائر 2008

21. بن شويخ الرشيد، شرح القانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط1، سنة 2008.

22. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،2009

23. حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد الزواج العرفي بين الحظر والاباحة دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2011

24. حسين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون الدولي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2007،

25. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دار الجامعة الجديدة للنشر

26. د. باديس ديابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي دار الهدى الجزائر،

27. رواه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع باب الولد للفراش، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت 1375هـ/1956م، ج2.

28. سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية– مكتبة الوطنية الكويت، الطبعة الاولى 2001،

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

30. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، المغنى المحتاج إلى معاني ألفاظ المنهاج، دار النشر، دار الكتب العلمية، ط1، 1415،هـ–1994م، ج3.

31. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، دت، ج2

32. عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1992

33. عبد الرحمان السند، الشهادة بالاستفاضة وتطبيقاتها القضائية، د.ن، مكتبة ملك فهد الوطنية الرياض، د.ط، د س ن.

34. عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدى، تسير الكريم الرحمن في تفسيير كلام المنان تحقيق، عبد الرحمن بن معلا اللويحق، د.ن، مؤسسة الرسالة، ط01، 1420ه/200م.

35. عبد الرزاق صنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،ا لجزء2 ، دار النهضة العربية

36. عبد السلام ذيب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، الطبعة الثالثة، موفر للنشر، الجزائر، 2012

37. عبد السلام ذيب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، الجزائر، سنة 2009،

38. عبد العزيز سعد :نظام الحالة المدنية في الجزائر وثائق الحالة المدنية والحالات التي تطرأ عليها،(شهادة الميلاد، شهادة الزواج، شهادة الوفاة)، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2011.

39. عبد العزيز سعد، اجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط2، دار هومة الجزائر، 2014،

40. عبد العزيز سعد، قانون الآسرة في ثوبه الجديد، ط 5، دار هومه، الجزائر، 2009

41. عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الاسلامي، لا.ط، الجزائر، مطبعة ثالة، 2000

42. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط الأولى، دار الخلدونية الجزائر، 2007،

43. عبد القادر بن عمر الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب ت: محمد سليمان عبد الله الأشقر، د.ن، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1403ه-1983م، ج2.

44. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1413ه/1993م، ج9

45. عبد الله العلايلي، الصحاح في اللغة والعلوم، دار الحظارة العربية، بيروت، ط1، 1974م،

46. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الاسلامية، د.ن، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، ط01، 1425هـ/2004م

47. عبد المجيد مصطفة الشاعر هشام ذيب كنعان، عماد ابراهيم الخطيب، علم الدم الأهلية للنشرة التوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية، عمان، 2007،

48. عبد الملك بن وٌسف المطلق، الزواج العرف داخل المملكة العربيةٌ السعودية وخارجها – دراسة فقهية واجتماعية ونقدية ط2 ، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية 2002

49. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، د.ط، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ط 13572هـ/1938م، ج1

50. عبيد الشافي، القواعد الموضوعية والإجرائية لقانون الأسرة مذيلا بمبادئ الفقه القضائي، دار الهدى، عين ميلة، .- الجزائر، 2016.

51. عذنان حسن عزايرة، حجية القرائن في الشريعة الاسلامية، ط1، دار عمان للنشر والتوزيع، عمان 1990.

52. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2002 .

53. العربي بلحاج، قلنون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية،

54. العساف صالح محمد،المدخل إلى البحث في العلوم السلوكية، ط2، الرياض: دار الزهراء للنشر والتوزيع.2009

55. علي عبد الله أبو يحي، القضاء بشهادة واحد ويمين المدعي في الفقه الاسلامي، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون جامعة الأردنية، مج39، ع02، 2012م،

56. فارس محمد عمران، الزواج العرفي(صور أخرى لزواج غير الرسمي) ، الطبعة

57. فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة، مصر ،2001

58. فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، شرح كنز الدقائق وحاشيته الشلبي د.ن المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق القاص، ط1،ج4، 1313ه

59. فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد وفقا للتعديلات الأخيرة، مطبعة طالب، طبعة جديدة 2008/2007

60. فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد وفقا للتعديلات الأخيرة، مطبعة طالب، طبعة جديدة، 2007-2008،

61. الفيروز أبادي، القاموس المحيط، تحقيق، مكتب تحقيق التراث بمؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم الغرقسوسي، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2005م، فصل النون

62. الفيروزي الأبادي القاموس المحيط مجد الدينة محمد بن يعقوب ج1 المطبعة الميرية مصر 1301ه _1991 مادة الركن

63. القرافي، الذخيرة، تحقيق أحمد أبو خبرة، دار الغرب الاسلامي، ط1، بيروت، 1994م، ج 11،

64. لعربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999

65. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، الجزء الرابع، المكتبة العلمية، .بيروت– لبنان، 1996،

66. محمد ابراهيم سعد النادي :الزواج المستحدث وموقف الفقه الاسلامي منه (دراسة مقارنة) ، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2016.

67. محمد ابراهيمي، الوجيز في الاجراءات المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007،

68. محمد أبو زهرة، الأحول الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995

69. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة،1971

70. محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، د.ط، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، 1414ه/1993م، ج 17.

71. محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، د.ن، د.ط، دار الفكر، ج04.

72. محمد محمود حسن، النسب وأحكامه في الشريعة الاسلامية والقانون الكويتي، الطبعة الأولى، سنة 1999

73. محمد مصطفي الزحيلي،وسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، د.ط، مكتب المؤيد، بيروت، ط2، 1441ه/ 1994م

74. محمد نبيل سعد الشاذلي– أحكام الأسرة في الفقه الاسلامي– دار النهضة العربية – القاهرة– طبعة 89.

75. محمود صبري البشتيلي، المختصر الجسم في فحص الدم، د.ن، جامعة الأزهر، القاهرة، ط01، 1429– 2008م،

76. نبيل إبراهيم سعد، الا ثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بيروت 1995،

77. نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، ط1 ، دار ابن حزم لطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2003

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

79. وهيبة الزجيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، د.ن، دار الفكر سوريا، ط4، دون سنة النشر،

80. يوسف دلاندة :استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

81. وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية ج (من 01+23) ص 234 جزء 40، طبعة 02، دار السلاسل- الكويت (ج (24-38) ط1، مطابع دار الصفوة مصر، ج (من 39- 45)، ط2، طبع الوزارة [1404-1427هـ].

2 / الرسائل والمذكرات:

أ - رسائل دكتوراه:

1. عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، اثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية العلوم قسم الشريعة الاسلامية، القاهرة، 2000.
2. علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، طروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخارجي، تلمسان الجزائر، 2015/2014.
3. يوسفات علي هشام، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوارة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015،

ب- المذكرات:

1. براروي إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر السعيدة، 2016.
2. بوطيش وهيبة، الشكلية في عقد الزواج، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، 2009/2008.
3. خلدون خالد أحمد العربوي، دعوى اثبات النسب وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية الفلسطينية، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، فلسطين 2009
4. عماري نور الدين، فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، نذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي، بشار 2008/2007
5. لينة بن دادة، إثبات النسب بالوسائل العلمية، مشروع مدكرة مكملة من مقتضياة نيل شهادة الماستر في الحقوق، قسم الحقوق، تخصص: قانون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيصر، بسكرة، 2015،
6. محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان: كلية الحقوق، الجزائر، 2008/2007
7. مخطارية طنياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس 2006م،
8. مريم غماري، الزواج العرفي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، فرع قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013-2012

9. فضيلة مشتاوي، فريدة عرفوني، الزواج العرفي وآثاره القانونية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015/2014.

3 / المجلات والملتقيات:

أ- المجلات:

1. بوخاري مصطفى أمين، مجلة الروافد للدراسات والأبحاث العلمية في العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 4، الجزائر 1 جوان 2020،
2. تريكي مولودة أيت شاوش، ثبوت النسب بالاقرار في قانون الأسرة الجزائري " دراسة مقارنة"، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 2015/01
3. جميل صالح، صديقي الأخضر، اجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة العدد الثامن والعشرين، جامعة أدار، د.س.ن، ص 25.
4. مصطفى مناصرية، مبدأ احتياط في النسب في الفقة الاسلامي وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، يسعد دحلب البليدة، د.س.ن.
5. أمينة عبدلي، دواعر عفاف، إثبات عقد الزواج العرفي في التشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 01، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2022.
6. كريمة محروق، واقع الزواج العرفي في الجزائر أسبابه ومفاسده وإجراءات الحد منه، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 39، جامعة قسنطينة، الجزائر، جوان 2013.
7. نسيمة أمال حيفري، تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري بين الإباحة والتجريم، مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، العدد 02، 2022.

8. حورية سويقي، مقاربة قانونية بين تقييد نظام تعدد الزوجات وتفشي ظاهرة الزواج العرفي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السادس، العدد الثالث، جامعة زيان عاشور، الجلفة الجزائر، سبتمبر 2021.

9. عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه: دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد 1، العدد 1، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، ديسمبر 2015.

10. ليندة جعفور، صداق المثل، مجلة التراث، المجلد 09، العدد 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2019.

11. عماد شريفي، مبروك المصري، مسائل لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري ودور اجتهادات المحكمة العليا في استكمالها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 01، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، أفريل 2020.

12. سمية هادفي، عادل لموشي، تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية، مجلة قضايا معرفية، المجلد 02، العدد 01، جامعة زيان عاشر، الجلفة.

13. عبد الله عبد الرحمن العجمي السحمي، الزواج في كورونا، مجلة الشريعة والقانون، بتفهنا الأشراف – دقهلية، العدد الخامس والعشرون، الاصدار الثاني " الجزء الأول "، جامعة الأزهر، مصر، لسنة 2022.

4 / النصوص القانونية:

1 الأمر رقم 70–20 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية

2 القانون رقم 224/63 المؤرخ في 29 يونيو 1963 المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج، الجريدة الرسمية العدد 44، الصادرة بتاريخ 1963/07/2

3 قانون رقم (05–10) المؤرخ في 13 جمادي الأول 1426هـ الموافق ل 20 يونيو 2005م، المعدل والمتمم للأمر رقم (75–58)، المؤرخ في 20 رمضان 1935هـ الموافق ل 26

سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 44، 2005م.

4 ق رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم (84-11) الصادر 1984/06/09

5 قانون رقم 02/05 المؤرخ في 2055/02/27م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

6 المادة 341 الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم الصادرة في الجريدة الرسمية العدد 78.

7 قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/11/19م، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34046، المجلة القضائية العدد 1، 1999م،

8 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 28، نلف رقم 222674، 1999/06/01م، مجلة قضائية، عدد خاص، سنة 2001،

9 قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2012/03/15ن، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 690718، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2013م،

5 / موقع الكتروني:

1 مجلس المجتمع الفقهي الاسلامي (رابطة العالم الاسلامي) دورة 16 مكة المكرمة 2012 القرار رقم 07، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها على موقع WWW.istramtoday.net.

6 / الاجتهادات القضائية:

2 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/09/24، مجلة قضائية.1984، العدد 01

3 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27، مجلة قضائية، 1990، العدد 03،

4 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2011/02/10، مجلة قضائية، 2011، العدد 02

5 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2008/02/13، مجلة قضائية، 2008، العدد 02

6 م ع، أ ش، 1988/06/20، ملف رقم 49575، م ق، 1991، عدد 02، ص 54.

7 م ع، أ ش، 1984/06/25، ملف رقم 33715، م ق، 1989، عدد 04، ص 99.

8 م.أ.ق 1984/10/08، م.ر، 34137، م.ق.ع 04، 1989/م، ص 79.

9 م.أ.ق 1986/02/24، م.ر: 40114، قرار غير منشور مقتبس عن مؤلف العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ص 488، وفق أخر تعديلات مدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليان د.ن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 1433هـ.

فهرس المحتويات

	الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للزواج العرفي	**9**
المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي	**10**
المطلب الأول: تحديد المقصود بالزواج العرفي	**10**
الفرع الأول: تعريفه الزواج العرفي وتميزه عن الزواج الرسمي	**10**
الفرع الثاني: أسباب انتشار الزواج العرفي	**13**
الفرع الثالث: إبرام عقد الزواج العرفي	**17**
الفرع الرابع: صور الزواج العرفي	**31**
المطلب الثاني: آثار عقد الزواج العرفي	**32**
الفرع الأول: آثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للزوجين	**32**
الفرع الثاني: آثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للأولاد	**33**
المبحث الثاني: إثبات عقد الزواج العرفي وإجراءات تسجيله	**35**
المطلب الأول: إثبات الزواج العرفي	**35**
الفرع الأول: اثبات الزواج العرفي بالإقرار	**35**
الفرع الثاني: اثبات الزواج العرفي بالشهادة	**40**

الفرع الثالث: اثبات الزواج العرفي عن طريق النكول عن اليمين	**48**
المطلب الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي	**50**
الفرع الأول: تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه	**50**
الفرع الثاني: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه	**52**
الفرع الثالث: دور ضابط الحالة المدنية في تسجيل الزواج العرفي	**53**
خلاصة الفصل	**55**
الفصل الثاني: دعوى اثبات النسب في قانون الاسرة الجزائري	**56**
المبحث الأول: طرق اثبات النسب	**58**
المطلب الأول: الطرق التقليدية لاثبات النسب	**58**
الفرع الأول: إثبات النسب وفقا لقاعدة "الولد للفراش"	**59**
الفرع الثاني: اثبات النسب بالإقرار	**72**
الفرع الثالث: إثبات النسب بالبينة	**82**
المطلب الثاني: إثبات النسب بالأنظمة الطبية الحديثة	**92**
الفرع الأول: إثبات النسب بنظام تحليل فصائل الدم.	**92**
الفرع الثاني: إثبات النسب البصمة الوراثية.	**97**
المبحث الثاني: اجراءات دعوى اثبات النسب	**104**
المطلب الأول: الجوانب الشكلية لدعوى إثبات النسب:	**105**

الفرع الأول: اجراءات رفع دعوى إثبات النسب	**106**
الفرع الثاني: شروط قبول دعوى إثبات النسب	**108**
الفرع الثالث: الاختصاص في دعوى إثبات النسب	**111**
المطلب الثاني: مراحل الفصل في دعوى إثبات النسب	**113**
الفرع الاول: مدى توفر قوة الشيء المقضي في دعوى إثبات النسب	**115**
الفرع الثاني: سلطة القاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب	**116**
الفرع الثالث: الإحصائيات	**118**
خلاصة الفصل	**120**
خاتمة	**121**
قائمة المصادر والمراجع	**125**
فهرس المحتويات	