



جامعة أكلي محنـد أو لـحاج - الـبويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

الزواج العرفي في التشريع الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون

فرع : عقود ومسؤولية

تحت إشراف الدكتور

إعداد الطالبة

بن قوية المختار

غماري مريم

لجنة المناقشة

الأستاذة: معزوز دليلة رئيسة

الدكتور: بن قوية المختار مشرفا ومقررا

الأستاذ: عثمانى الحسين مناقشا

تاريخ المناقشة

2013/2012

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ !

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى :

" يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبِّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسْأَلُونَ بِهِ الْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا "

النَّسَاءُ الآيَةُ: 01

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

شكر وتقدير

اشكر الله مولاي وخالقي الذي من علي بإتمام هذا العمل المتواضع مع رجائي أن يتقبله مني
ويجعله خالصا لوجهه الكريم.

انطلاقا من قوله تعالى: "ومن يشكّر فإنما يشكّر لنفسه". ومن قول الرسول صلى
الله عليه وسلم: "لا يشكّر الله من لا يشكّر الناس".

وإيمانا بفضل الاعتراف بالجميل وتقديم الشكر والامتنان لأصحاب المعرفة فإنني أتقدم
بالشكر الجليل والثناء العظيم لكل من ساعدني على إنجاز هذا العمل.
وأخص بالذكر:

أستاذي ومشرفي الفاضل،"الأستاذ بن قوية المختار" حفظه الله على قبوله الإشراف على هذا
البحث .

كما أتقدم بالشكر الجليل إلى كل شخص ساعدني على إنجاز هذا العمل.
آملة أن أكون قد وفقت في إعداد هذا البحث بالطريقة التي تنفع الدارسين إن شاء الله

اهـ دـاعـ

إلى من أرضعني الحب والحنان، إلى رمز الحب ويلسم الشفاء، إلى القلب الناصع بالبياض
إلى ملaki في الحياة، إلى بسمة الحياة وسر الوجود.

إلى من كان دعاؤها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي ، إلى أغلى الحبايب أمي .

إلى من عمل وكد وجد ثم غلب حتى وصلت إلى هدفي أبي.

قضت الفطرة التي فطر الله الناس عليها بضرورة اجتماع الذكور بالإناث دفعاً إلى بقاء النوع الإنساني لتعمر الأرض ، ولقد كان من الممكن أن يترك الله الناس إلى طبائعهم الحيوانية لكن ذلك يدعو إلى مفاسد عظيمة الخطر على هذا النوع الذي كرمه الله وجعله صاحب السلطان الأعظم في هذا الكون، وسن لهذا الهدف وسيلة الزواج ومنه جعل استمرار الجنس البشري في إطار شرعي يحفظ للزوجين نفسيهما ودينهما .

فالزواج هو العقد الذي يعطي لكل من الزوجين حق الاستمتاع بالأخر على الوجه المشروع، حق الاستمتاع في هذه الحالة شرطه ألا يقوم بأحد الطرفين مانع شرعي كما لو كان الرجل زوجا لأربعة فلا يجوز له أن يعقد على زوجة خامسة قبل طلاق إداهن وانقضاء عدتها. وكذلك العقد على محارم قوله عز وجل : " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن..." . ولقد اشترط الإسلام ضرورة توافر الرضا والولي والصدق والشاهدان لانعقاد الزواج، وجاءت القوانين الوضعية في الدول الإسلامية وأمرت بتسجيل عقد الزواج لأهداف عملية تحفظ الحقوق من الضياع..

صب إلى ضرورة قيد⁽¹⁾ في الجزائر نجد أن القانون الجزائري المتعلق بشؤون الأسرة الزواج في سجلات الحالة المدنية.

رغم التأكيد على التسجيل إلا أننا نجد العديد من الزيجات يعقدان زواجهما دون القيام بتوثيقها أمام المصالح المختصة، وهذا ما يعرف بالزواج العرفي.

فالزواج العرفي في المجتمع الجزائري على خلاف ما عرف في المشرق يعتبر زواجاً شرعاً تتوفر فيه جميع الشروط من ولـي وصـادق وشهـود... ولكـنه يـفتقر إلى التـسـجـيل الإداري لتـوثـيقـه وـتـرسـيمـه من أـجل ضـمانـ الـحقـوقـ الـزوـجـيـةـ وـالـتمـتـعـ بـالـحـمـاـيـةـ الـقاـنـوـنـيـةـ .

ولقد عرف هذا النوع من العقود الزوجية انتشاراً كبيراً في الماضي خاصة في الفترة الاستعمارية حيث كان الجزائريون يرفضون اللجوء إلى الإدارة الاستعمارية من أجل إبرام عقود الزواج ويكتفون بعقد الجماعة أو الفاتحة كما يعرف في بعض جهات الوطن واستمرت

هذه العقود في التزايد حتى بعد الاستقلال في غياب قانون يحمي الأسرة، إذ أن قضايا الأسرة آنذاك كانت تعالج إدارياً .

بداية من سنة 1882 تاريخ إنشاء نظام الحالة المدنية في الجزائر ، وإلى غاية سنة 1984 تاريخ صدور قانون الأسرة ، صدرت عدة قوانين ومراسيم نصت على تسجيل عقود الزواج العرفية ، منها ما صدر قبل الاستقلال ومنها ما صدر بعده .

1 - القوانين الصادرة قبل الاستقلال :

إن أول تنظيم لقانون الحالة المدنية في الجزائر كان على يد الإستعمار عندما أصدر قانون 23/03/1882 المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين بالجزائر والمعدل بقانون 1930/04/02 ، ونصت المادة 16 منه على أن :

"وثائق الميلاد و الوفاة المتعلقة بالأهالي الجزائريين يجري تنظيمها و تسجيلها في سجلات الحالة المدنية وفقا لأشكال و الأوضاع المنصوص عليها في القوانين الفرنسية النافذة أما الوثائق المتعلقة بالزواج و التفريق و الطلاق الرضائي فإنها ستنظم وتسجل في سجلات الحالة المدنية بناءا على تصريح يقدمه الزوج إلى رئيس البلدية أو المحاكم العسكرية " .

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

غير أن هذا القانون إنحصر تطبيقه في جهات معينة أهمها المناطق التي تركزت فيها مصالح الإستعماريين واحتاجت فيها السلطة الفرنسية إلى التعامل مع بعض الجماعات من الجزائريين لاستخدامهم في إدارتها.

وظل هذا القانون هو المطبق في بلادنا إلى أن ألغى بموجب المادة 18 من الأمر رقم 307-66 المؤرخ في 14/10/1966 والمتضمن شروط تأسيس الحالة .

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

قانون 57-777 :

صدر هذا القانون خلال سنة 1957 ، ويتعلق بإثبات و تسجيل عقود الزواج السابقة له ، وقد نص في المادتين الثالثة والرابعة منه على :

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

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

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

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

حيث نص هذا الأمر في المادة الثالثة منه على تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية ، غير أنه فرق بين إجراءات التسجيل بحسب الجهة التي يتم إبرام الزواج أمامها .

إذا تم الزواج أمام ضابط الحالة المدنية ، وجب على هذا الأخير أن يسلم للزوجين دفترا عائلياً يثبت إنعقاد الزواج ، أما إذا تم الزواج أمام القاضي وجب أن يثبت ذلك في وثيقة وأن يسلم إلى أصحابها شهادة بإنعقاد الزواج ، ثم يرسل إلى ضابط الحالة المدنية نسخة من عقد الزواج خلال 03 أيام ، وعلى هذا الأخير أن يسلم الزوجين دفترا عائلياً .

كما منعت نفس المادة إقامة حفل الزواج إلا بعد الإطلاع على الشهادة و الدفتر العائلي ، وأضافت المادة السادسة من نفس الأمر أن إنحلال الزواج لا يكون إلا بقرار من القضاء فيما عدا حالات الموت.

إن هذا الأمر كان يهدف إلى القضاء على الزواج العرفي و الطلاق العرفي الذي يتم أمام الجماعة ، كما أن الإستعمار الفرنسي كان يهدف من وراء ذلك إلى إحكام قبضته على الأسرة الجزائرية و إحصاء كل تصرفاتها .

وخلاله القول أن هذا الأمر إنحصر تطبيقه في مناطق معينة على سبيل الحصر ، مما يجعل عقد الزواج في غير هذه المناطق خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية ، كما أنه نص على إجراءات تسجيل عقود الزواج المبرمة بعد صدوره ، ولم يتحدث عن كيفية توسيع عقود الزواج المبرمة قبله ، والأهم أنه فرق بين الزواج الذي يتم أمام ضابط الحالة المدنية والذي يتم أمام القاضي من حيث إجراءات تسجيله ، وخلص في النهاية إلى أن قيام الزواج يثبت بشهادة إنعقاد الزواج و بالدفتر العائلي ، وأن إحلاله يكون بقرار من القضاء ، ومنه فلا يمكن الإحتجاج بخلاف ذلك .

2 - القوانين الصادرة بعد الإستقلال :

بعد الإستقلال إستمر العمل بالقوانين و المراسيم التي نظمت عقود الزواج والتي كانت سارية وقت الإستعمار ما عدا تلك التي تتعارض نصوصها مع السيادة الوطنية ، ثم صدرت عدة قوانين يمكن التطرق إليها كمالي :

مرسوم 126-62 المؤرخ في 31/12/1962 نص هذا المرسوم في المواد الخمس الأولى منه على إمكانية وكيفية تقييد حالات الولادة و الزواج و الوفاة الواقعة داخل وخارج التراب الوطني خلال الفترة ما بين أول نوفمبر 1954 و خمسة جويلية 1962 .

ونصت المادة السابعة منه على أن السجلات المتضمنة وثائق الزواج والولادة والوفاة والمحررة من قبل الهيئات التابعة لجبهة التحرير الوطني وجيش التحرير الوطني في الجزائر وتونس والمغرب تخضع إلى تأشيرة و موافقة وكلاء الدولة لدى المحاكم الإبتدائية الكبرى بالجزائر وقسنطينة ووهران الذين يأمرون بتنقييد وثائق الميلاد والزواج والوفاة التي تضمنتها السجلات المذكورة في سجلات الحالة المدنية للبلديات الجزائر الكبرى وقسنطينة ووهران تبعا لآخر موطن في البلاد .

كما تنص المادة الثامنة على أن وثائق الولادة والزواج والوفاة المحررة في الخارج بشكل نظامي يمكن تقييدها في سجلات الحالة المدنية بمجرد طلب من وكيل الدولة المختص وبعد ذلك نصت المادة 14 على أن أحكام هذا المرسوم ستكون قابلة للتطبيق خلال مدة سنة إبتداءاً من تاريخ دخولهم حيز التنفيذ).

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

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

بحيث نص في المادة الخامسة منه : " لا يجوز لأحد أن يدعى بأنه زوج و أن يطالب بما يترتب على ذلك من آثار ، مالم يقدم زواج مسجل بسجلات الحالة المدنية " أما فيما يخص العقود غير المسجلة ، نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة على أنه : " يجب تسجيل عقود الزواج المبرمة قبل صدور هذا القانون خلال 3 سنوات " ، ثم مدد هذا الأجل إلى 03 سنوات أخرى بمقتضى الأمر المؤرخ في 1968/02/22 إلى غاية 31 ديسمبر 1969.

غير أن هذا النص لم يبين كيفية التسجيل ولا شروطه وبقيت المحاكم تطبق الإجراءات التي نص عليها قانون 777-57 المؤرخ في 11/07/1957.

أهم ما يمكن قوله أن هذا القانون كان يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة قبل صدوره ، وبذلك فإنه يحل مشكلة العقود المبرمة بعد سنة 1962 وحتى تلك التي أبرمت بين الفترة الممتدة بين 1954/11/01 و 1962/07/05 و فاتها ميعاد السنة طبقاً لما نص عليه المرسوم 126-62 .

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

ولما كانت المادة 223 من قانون الأسرة تنص على إلغاء جميع الأحكام المخالفة له ، فإن النتيجة هي أن المادة الأولى من القانون 224-63 تكون قد ألغيت إلغاءاً ضمنياً ، أما غيرها من المواد الأخرى فإن الإلغاء لم يشملها لا ضمنياً ولا صراحة بأنها لا تخالف قانون الأسرة ، فنص المادة الخامسة ما زال مطبق حيث لا يمكن لشخص أن يثبت أنه زوج بدون مستخرج عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية .

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

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

وبحسب المادة الثانية من هذا الأمر فإن إجراءات تسجيل عقد الزواج المبرم قبل صدوره تكون بتوجيه طلب من المعني أو من له مصلحة في ذلك ، إلى رئيس المحكمة التي تم في دائرة إختصاصها إنعقاد الزواج على أن يتضمن الطلب الإعتراف قضائياً بالزواج إبتداءً من تاريخ عقده ، وبعد أن تقوم المحكمة بإجراء التحقيقات المناسبة ثبت في الدعوى خلال 03 أشهر من تاريخ تقديم العريضة ، على أن الحكم الصادر غير قابل للطعن .

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

الأمر 71-65 المؤرخ في 1971/09/22 و المتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد مدون في سجلات الحالة المدنية ، وقد تضمن هذا الأمر تسعة مواد ، كما أنه ألغى ضمنياً الأمر 69-72 .

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

وبينت المادة الثانية الإجراءات الواجب اتباعها حيث نصت على أنه : " يجوز لكل من يعنيه الأمر أن يوجه إلى رئيس المحكمة التي إنعقد القران في دائرة اختصاصها ، طلبا يرمي إلى جعل هذا القران معترفا به قضائيا ، وكذلك التاريخ الذي إنعقد فيه " .

ونص الأمر نص على أنه إذا تعلق الأمر بقران بين الجزائريين أو بين الجزائريين وأجنبيات ليس لهم مسكن قار في الجزائر ، فإن الإختصاص بشأن الحكم بإثبات الزواج يعود إلى رئيس محكمة مدينة الجزائر ، وعلى المعنى المقيم في بلد أجنبي إيداع طلبه لدى البعثات الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية التي يوجد المسكن في دائرة اختصاصها ، وفي هذه الحالة يقوم الأعوان الدبلوماسيين أو القنصليين بإجراء تحقيق حول واقعة الزواج ، وإرسال الطلب مشفوعا برأيهما في خلال الشهر المولاي من إستلامهم للطلب إلى رئيس محكمة مدينة الجزائر . والمحكمة التي يمكنها أن تأمر بجميع إجراءات التحقيق المفيدة تثبت في القضية في ظرف ثلاثة أشهر المولاي ليوم تسليم الطلب ، والحكم الصادر غير قابل لأي طريق من طرق الطعن ، ثم ينسخ منطوق الحكم في سجلات الحالة المدنية التابعة لمكان الميلاد وفي سجلات القنصلية وذلك بطلب من وكيل الدولة .

وقد نص هذا الأمر على أنه يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة قبل صدوره بشرط أن يكون قد نتج عنها أولاد ، وبذلك يكون هذا الأمر قد أغفل عقود الزواج العرفية التي لم ينتج عنها أولاد وهذا ما يعبأ عليه .

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

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

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

ومنه فإن عقد الزواج العرفي هو عقد مغفل لم يسع فيه الزوجين أو محرر العقد على تسجيله في الآجال المحددة قانونا .

وقد نص الأمر 70-20 في المادة 39 منه على إمكانية تقييد كل عقود الزواج المبرمة بعد صدوره والتي لم تكن موضوع تسجيل أو تقييد في سجلات الحالة المدنية ، على أن التسجيل يتم بموجب أمر بسيط من رئيس المحكمة ، بناءا على طلب من وكيل الجمهورية ، واستادا إلى طلب صاحب المصلحة و بالإعتماد على الوثائق و الإثباتات المادية .

هذا الأمر يطبق بأثر فوري و مستقبلي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة بعد دخوله حيز التطبيق .

و يمكن القول بأن المادة 39 من الأمر السابق ،أشمل مقارنة مع المادة الأولى من الأمر 71-65 إذ بأنها تضمنت تسجيل جميع حالات الزواج سواء تلك التي نتج أو لم ينتج عنها أولاد .

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

قانون 11-84 المؤرخ في 09 جوان 1984 ، والمتضمن قانون الأسرة وهو آخر النصوص التي عالجت عقود الزواج ، حيث نص في المادة 22 على إمكانية تسجيل عقود الزواج العرفية ، وفيما يتعلق بإجراءات التسجيل فقد أحال على المادة 21 منه في تطبيق أحكام قانون الحالة المدنية .

وبذلك فإن قانون الأسرة يطبق بأثر فوري و مستقبلي بالنسبة لجميع العقود المبرمة بعد دخوله حيز التطبيق على أساس أنه لم ينص على تطبيقه بأثر رجعي ، وبالمقابل فإن المادة 39 من

الأمر 70-20 تبقى سارية التطبيق بشأن تحديد وإثبات عقود الزواج التي أبرمت في الفترة ما بين صدور قانون الحالة المدنية وتاريخ صدور قانون الأسرة .

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

وأهم نقطة من نقاط التلاقي بين القانونين هي :

بيانات عقد الزواج تكون وفقاً للمادتين 30-33 من قانون الحالة المدنية ويضاف إليها ما تضمنته المادة 15 من قانون الأسرة حيث جاء فيها وجوب تحديد مبلغ ونوع الصداق و إدراجها في وثيقة عقد الزواج سواءً كان معجلاً أو مؤجلاً ولكن عند تفحصنا لسجلات عقود الزواج ببلدية الجلفة لاحظنا بأنها مطبوعة وفق نموذج لا يسمح بإدراج مبلغ الصداق ضمن وثيقة عقد الزواج .

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

ومع صدور قانون الأسرة في جوان 1984، تقطن الناس إلى ضرورة ثبيت عقود الزواج العرفي إدارياً لضمان حقوقهم وحقوق أبنائهم فراح عدد هذه العقود يتناقص تدريجياً. لكن الظاهرة عادتاليوم إلى البروز بعد تعديل قانون الأسرة في 2005 حيث وضع القانون المعجل بعض الضوابط والشروط للتعدد كرضا الزوجة الأولى وجود المبرر الشرعي للزواج وهذا ما نصت عليه المادة 08 من قانون الأسرة، والكثير من الأزواج الآن يلجأون إلى الزواج العرفي كنوع من التحايل على القانون لأن المرأة عادة لا ترضى بضرة لها إلا نادراً.

وانتشرت الظاهرة عندما ظهر قانون ربط تعدد الزوجات برضاء الزوجة الأولى فاستعمل بعض الناس هذه الحيلة لأن الزوجة الأولى لن تمنحه الموافقة بسهولة فيلجاً إلى الزواج العرفي لأنه ليس هناك أذار شرعية وأذار قانونية كالعقم أو المرض فالقانون يمنحه الحق من الثانية دون موافقة الأولى.

والعقد العرفي هو زواج تتتوفر فيه جميع الأركان بدون عقد مكتوب لا يوجد عقد إداري أي رسمي.

وكانت عقود الزواج العرفي من قبل معروفة بعد الاستقلال لأن الناس كانوا يتزوجون بالفاتحة وحتى أنه ينتج عن هذا الزواج أطفال والعقد غير مسجل ما كان يترتب عليه عدة مشاكل.

فالقانون وحماية له لمصلحة المرأة والأولاد أوجب توثيق الزواج لضمان حقوقهم، ولقد دلت حوادث على أن عقد الزواج هو أساس الرابطة الزوجية ولا يزال في حاجة إلى الصيانة والاحتياط في أمره ، فقد يتطرق اثنان على الزواج بدون وثيقة فيجدان نفسيهما عاجزان عن إثباته أمام القضاء، وقد يدعى بعض ذوي الأغراض الزوجية زورا وبهتانا أونكاية أو تشهيرا أو ابتغاء أمر آخر، وما كان لشيء مثل هذا أن يقع لو أثبتت هذا العقد بوثيقة رسمية.

فالزواج العرفي ينعقد بتراضي الطرفين وقبولهما، ولقد سماه البعض الزواج بالفاتحة، وإمام وولي الزوجة وشهود.

ونجد أن الناس حاليا يتوجهون في حالة عقد الزواج إلى الموثق أو يكتفون فقط بزواج الفاتحة فال الأول يتولى توثيقه الموثق أو موظف مؤهل قانونا كذلك أما الثاني فلا يتم توثيقه، وإن العقد في كلتا الحالتين صحيح وشريعي، إلا أن كثيرا ما ينتج عن حالة عدم التوثيق مشاكل عدة كضياع الحقوق ، واستنكار وقوع الزواج لدى البعض وذلك لعدم قيام الحاجة عليهم وهذا ما ينتج عنه إهانة بالنسبة للمرأة وذويها ، ويصل هذا الشعاع للأبناء مهدما لشخصيتهم ومصيرهم.

وعليه يمكن لنا طرح التساؤل التالي:
"كيف يكون ثبات الزواج العرفي في التشريع الجزائري؟"
سنحاول تقسيم دراسة هذا الموضوع من خلال فصلين:

الفصل الأول: الزواج العرفي في التشريع الجزائري.

الفصل الثاني: ثبات الزواج العرفي في التشريع الجزائري.

الفصل الأول: الزواج العرفي في التشريع الجزائري

إن الزواج العرفي يشترك مع الزواج الرسمي في جميع الأركان والشروط باستثناء التسجيل فإنه يمكن لنا تعريف عقد الزواج

هو الإقتران والازدواج، وشاع استعماله في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار أما النكاح فيعني الدخول والاختلاط والضم والعقد الوطء.⁽¹⁾

ومن استعماله في الوطء قوله صلى الله عليه وسلم: "ولدت من نكاح" أي من وطء حلال⁽²⁾.

اما قانونا فقد عرفته المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه المشروع من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

أما القانون الفرنسي حسب كولين وكابيتون فقد نص على: "عقد الزواج هو عقد مدني احتفالي، والذي بواسطته يتحدى الرجل والمرأة من أجل العيش معا ، ومن أجل التعاون والمساعدة تحت إشراف الزوج رئيس العائلة"⁽³⁾.

ومن خلال كل هذا نجد بأن الزواج العرفي هو عقد زواج مثله مثل الزواج الرسمي غير أنه يختلف فيه عنصر التوثيق.

إن ظاهرة الزواج تعرف تقاليد وعادات تختلف من مجتمع لآخر، والأسرة الجزائرية كغيرها من العائلات الإسلامية، تعودت منذ القدم أن يتم إبرام عقد الزواج والإحتفال به بحضور جماعة من أهل وأصدقاء العروسين بحضور أحد رجال الدين.

وعلى الرغم مما سنه المشرع من نصوص قانونية لمعالجة عقود الزواج، فإن كثيرا من المواطنين خصوصا في القرى والمدن الصغيرة مازلت تحفل به في شكل عرفي دون تسجيله ولتوسيع كل هذا أكثر نتناول في هذا الفصل أربعة مباحث على النحو التالي.

(1) _ محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار شهاب، الجزائر، 2000، ص 85 .

(2) _ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1992، ص 26 .

(3)- Dr Ghaouti benmellha ,Eléments du Droit Algerien de la Famille, Tome premier, Le mariage et sa dissolution , Office de Publications universitaires, publi sud, Pari, 1985, P42.

المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي

لقد تعددت المفاهيم بشأن تعريف عقد الزواج والزواج العرفي مثله مثل الزواج الرسمي غير أنه يختلف معه في عنصر التوثيق وعليه سوف نتعرف على هذا النوع من الزواج بشكل مفصل.

المطلب الأول: المقصود بالزواج العرفي

الفرع الأول: تعريف العرف

مصطلح الزواج العرفي مكون من كلمتين، الزواج والعرفي، ولقد تقدمنا بتعريف الزواج. والعرفي من العرف وسنقوم بتعريف العرف لغة واصطلاحا ثم تعريف مصطلح الزواج العرفي بمجموعه.

أولاً: العرف لغة:

العرف في لغة العرب: العلم، تقول العرب " عرفه يعرفه عرفة وعرفانا ومعرفة، واعترافه، عرفه الأمر أعلمته إياه، وعرفه بيته: أعلمته بمكانه، والتعريف: الإعلان وتعارف القوم: عرف بعضهما بعضا" ⁽¹⁾

والعرف في اللغة: الكون والطمأنينة، ويأتي بمعنى العلم والإعلام ، والمكان المرتفع من الأرض، والعرف: كل مكان عال ، والجمع: الأعراف، وسمى بذلك لظهوره ومعرفة الناس به ، ومنه: أمر معروف، وهو ما تعارف به الناس، وهذا يدل على سكونهم إليه، لأن من أنكر شيئاً توحش منه ، والمعروف: ضد المنكر، والعرف ضد النكر. ⁽²⁾

ثانياً: العرف اصطلاحا:

تعريف العرف اصطلاحا فيه مسألتين :

(1) - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الأنكحة الفاسدة في ضوء الكتاب و السنة ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ، لبنان، 2005 ، ص 74.

(2) - احمد بن يوسف بن احمد الدريوش ، الزواج العرفي حقيقته أحکامه وأثاره و الأنكحة ذات الصلة به، الطبعة الأولى، دار العاصمة للنشر و التوزيع، السعودية، ص 78.

المسألة الأولى: تعريف العرف عند الفقهاء

يعرف عبد الوهاب خلاف: العرف فيقول: " هو ما تعارف عليه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك".⁽¹⁾

وهو قريب من تعريف عبد العزيز الخياط ، حيث يقول :
"العرف هو ما اعتاد الناس، وساروا عليه في شؤون حياتهم".⁽²⁾

وتعريف العرف في الفقه على عدة تعريفات نذكر منها:
عرفه الجرجاني بقوله: "العرف هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول".⁽³⁾

عرفه ابن عابدين: العادة مأخوذة من المعاودة وهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى، صارت معروفة، مستقرة في النفوس والعقول، متلقاء بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية ، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث المقاصد وإن اختلفا في المفهوم.⁽⁴⁾

ويلاحظ أن هذه التعريف غير جامعة لعدم دخول العرف الفاسد فيها وكذلك التسويتين العرف والعادة، وإن كان القصد في التعريف هو العرف الصحيح فقط، فالأولى أن يكون التعريف مانع جامع في نفس الأمر.

وفي عصرنا الحالي فقد تعرض العلماء إلى بعض التعريف منها :
تعريف الشيخ عبد الوهاب خلاف :

بقوله: "العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه، من قول أو فعل أو ترك ويسمى العادة".⁽⁵⁾

(1) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الطبعة التاسعة، دار الكلمة، مصر، 1998، ص 99.

(2) عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، بدون طبعة، مكتبة الأقصى، الأردن، 1970، ص 24.

(3) الشريف على بن محمد الجرجاني، تعريفات، بدون طبعة، دار النشر، لبنان، 1970، ص 130 .

(4) محمد علاء الدين بن محمد أمين عابدين الحسيني الدمشقي ، فقيه حنفي من فقهاء الأحناف المتأخرین وهو من علماء دمشق، توفي سنة 1306.

(5) عبد الوهاب خلاف، نفس المرجع أعلاه، ص 99.

تعريف محمد أبو زهرة :

"العرف ما اعتاد الناس من معاملات، واستقامت عليه أمرهم."⁽¹⁾
 وتعريف محمد سلام مذكور: " هو ما استقر في النفوس، وتلقته الطياع السليمة بالقبول فعلاً كان، أو قوله دون معارضة لنص أو إجماع سابق . "⁽²⁾
 والملحوظ على هذه التعريف أنها إما أن يكون التعريف غير جامع لعدم دخول العرف الفاسد فيه، كما في تعريف محمد سلام مذكور، وإما أن يكون العرف لابد فيه من اعتياد الناس كلهم ، كما في تعريف أبي زهرة والأصح في العرف أن يكون في المعاملات وفي غيره، كوسائل العبادات والجنايات والعادات ونحوها.⁽³⁾

المسألة الثانية: تعريف العرف في القانون

فالعرف مصدر من مصادر القانون، ولذلك تعرض له رجال القانون بعدة تعريفات متضاربة نذكر منها:

تعريف سليمان مرقس بقوله: لفظ العرف له معنيين:

1- أنه يدل أولاً على القاعدة القانونية التي تنشأ من إطراد سلوك الناس في مسألة معينة على وجه خاص .

2- أنه كذلك يدل باعتباره مصدر للقانون على إطراد سلوك الناس في مسألة معينة على نحو خاص بحيث تنشأ من قاعدة قانونية غير مدونة.⁽⁴⁾

(1) _ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، بدون طبعة، دار الثقافة العربية للطباعة، دون سنة نشر، ص 373.

(2) _ محمد سلام مذكور، مدخل الفقه الإسلامي، دون طبعة ، دار القومية للطباعة ، دون سنة نشر، ص 81.

(3) _ عبد المالك بن يوسف المطلق ، الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية و خارجها، الطبعة الأولى، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2005، ص 180.

(4) _ سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، دون طبعة، المطبعة العالمية ، دون سنة نشر ، ص 283

الفرع الثاني: تعريف الزواج العرفي:

عرفت مجلة البحوث الفقهية المعاصرة الزواج العرفي باعتباره علماً على الزواج، فقالت: " هو اصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية، سواء كان مكتوباً أو غير مكتوب".⁽¹⁾ كما عرف بأنه: " الزواج الذي استوفى شروطه الشرعية دون أن يوثق رسمياً".

ولقد أطلق عليه العامة بالزواج العرفي فهو في نظر الشريعة الإسلامية زواج صحيح ويترتب عليه جميع آثاره الشرعية سواءً كان الزواج مكتوب أو غير مكتوب أصلاً.⁽²⁾ وهناك عدة تعاريفات انصبت على عدم التوثيق إلا أن بعضها شاملة لنوعية المكتمل الأركان وغير المكتمل وبعضها لم يتم التفصيل فيه.⁽³⁾

فالزواج العرفي يطلق على عقد الزواج الذي لم يوثق بوثيقة رسمية و الذي يكون مستوفياً للأركان والشروط ونوع لا يكون مستوفياً لذلك، فال الأول عقد صحيح شرعاً يحل به التمتع وتتقرر الحقوق للطرفين والذرية الناتجة منها أما الثاني فلا.⁽⁴⁾

الفرع الثالث: سبب تسميته بالزواج العرفي :

من تسمية هذا الزواج بالزواج العرفي يدل على أن هذا العقد اكتسب مسماه من كونه عرفاً اعتاد عليه أفراد المجتمع المسلم منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم و أصحابه الكرام، وما بعد ذلك من مراحل متعاقبة.

فلم يكن المسلمين في يوم من الأيام يهتمون بتوثيق الزواج ولم يكن ذلك يعني إليهم أي حرج، بل اطمأنوا نفوسهم إليه، فصار عرفاً عرف بالشرع وأقرهم عليه ولم يرده في أي وقت من الأوقات.

أما بالنسبة للتوثيق فإن ذلك لا يحدث خلا في العقد، لأن الفقهاء جمِيعاً عندما عرروا عقد الزواج لم يذكروا فيه التوثيق، ولا الكتابة، وحتى الفقهاء المحدثون والقضاة.⁽⁵⁾

(1) _الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، المرجع السابق ، ص75.

(2) _ عبد المالك بن يوسف المطلق ، المرجع السابق ، ص183.

(3) _ كمال صالح البنا، الزواج العرفي و منازعات البنوة، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005 ، ص 4

(4) _ عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي المشكلة والحل،دون طبعة ،دار الروضة للنشر والتوزيع ، مصر ، دون سنة نشر ، ص 38.

(5) _ عبد المالك بن يوسف المطلق، نفس المرجع أعلاه، ص180.

المطلب الثاني : تمييز الزواج العرفي عن بعض أنواع الزواج الأخرى

الفرع الأول : تمييز الزواج العرفي عن الزواج السري:

الزواج السري: هو نوع قديم من الزواج افترضه الفقهاء وبينوا معناه وتكلموا في حكمه. وقد أجمعوا على أنه من العقد الذي يتولاه الطرفان دون أن يحضره شهود ودون أن يعلن ودون أن يكتب في وثيقة ويعيش الزوجان في ظله زواجا مكتوما. لا يعرفه أحد من الناس سواهما. وقد يحضره الشهود ويؤخذ عليهم العهد بالكتمان . وعدم إشاعته والإخبار به.

أما الزواج العرفي: فهو كما سبق البيان الذي لا يكتب في وثيقة رسمية مع استيفائه للشروط الشرعية للزواج فهو ليس الزواج في السر. غير أنه قد تصطحب الزواج العرفي توصية الشهود بالكتمان وبذلك يكون من زواج السر المشار إليه.⁽¹⁾

الفرع الثاني : تمييز الزواج العرفي عن زواج المتعة :

عرفه الشيخ محمد الحامد بقوله: "نكاح المتعة هو أن ينکح الرجل المرأة بشئ من المال مدة معينة. ينتهي النکاح بانتهائها من غير طلاق. وليس فيه وجوب نفقة ولا سكن. وعلى المرأة استبراء رحمها بحيضين ولا توارث يجري بينهما إن مات أحدهما قبل انتهاء النکاح."⁽²⁾

وإذا ما قمنا بمقارنة بين الزواج العرفي وزواج المتعة لتوصلنا إلى أنهما:

- 1 _ يلتقيان أحيانا في عدم توثيق الزواج رسميا وإنما يكتفى فقط بالقول أو بكتابة ورقة عادية.
- 2 _ يلتقيان في الأسباب التي أدت إلى ظهورهما بهذا الشكل في عدم رغبة الزوجة الأولى في الزواج الثاني لزوجها، ورغبة الرجل في المتعة بأكثر من امرأة.

و يختلفان في :

- 1 _ المتعة مؤقتة بزمن ينتهي العقد بنهاية المدة فلا طلاق يلحق بالمرأة المتمتع بها، بخلاف الزواج العرفي فهو غير مؤقت ولا تتفاک عقده إلا بالطلاق.

(1) _ أشرف سعد الدين المحامي، مقال عن الزواج العرفي، مصر، 2010/12/21.

(2) _ محمد حامد، نکاح المتعة حرام في الإسلام، بدون طبعة، دار البيضاء، مصر، دون سنة نشر، ص.5.

(2) لا يترتب على المتعة أي أثر من آثار الزواج الشرعي من وجوب النفقة، والسكن، والطلاق، والعدة، والتوارث، اللهم إلا إثبات النسب بخلاف الزواج العرفي الذي يترتب عليه كل الآثار الشرعية.

(3) لا يشترط في زواج المتعة الولي، الشهود، بخلاف الزواج العرفي الذي يجب أن يكون مكتملاً بالأركان والشروط الشرعية.⁽¹⁾ حيث تعد الوثيقة رسمية يرجع إليها عند الحاجة، كما تقضي عليها الصيغة النظامية القانونية ، بحيث ينبع آثاره الشرعية والنظامية داخل الدول وخارجها.⁽²⁾

الفرع الثالث : تمييز الزواج العرفي عن زواج المسيار

زواج المسيار: هو أن يعقد الرجل زواجه مع امرأة عقداً شرعاً مستوفياً للأركان والشروط لكن المرأة تتنازل عن السكن والنفقة، أما الزواج العرفي فهو الزواج الذي لم يتم توثيقه أمام الجهات المختصة.

ويكمن الفرق بين الزواج العرفي وزواج المسيار فيما يلي:

(1) العقد في كلا الزوجين استكملاً جمِيع الأركان والشروط المتفق عليها عند الفقهاء والمتوفرة في النكاح الشرعي من حيث الإيجاب والقبول.

(2) كلا الزوجين يترتب عليه إباحة الاستمتاع بين الزوجين وإثبات النسب والتوارث بينهما. ويترتب عليهما من التزامات ما يترتب عن الزواج الشرعي.

(3) زواج المسيار يوثق في الدوائر الحكومية أما الزواج العرفي فهو غير موثق.

(4) الزواج العرفي يترتب عليه جميع آثاره الشرعية بما فيها حق النفقة، والسكن، ولكن زواج المسيار يتوقف على إسقاط حق النفقة والمبيت.⁽³⁾

(1) عبد المالك بن يوسف المطلق، المرجع السابق، ص 383 _ 384

(2) أحمد بن يوسف بن احمد الدريوش، المرجع السابق، ص 84.

(3)- www.ckfu.org, 22h:30 , le 06/08/2013.

الفرع الرابع : التمييز بين الزواج العرفي والزواج الرسمي:

إن كلا من الزواج العرفي والزواج الرسمي يعد زواجا شرعاً من حيث الشكل والصورة أي من حيث اكتمال الأركان والشروط وانتفاء الموانع.

إلا أن الزواج العرفي غير موثق بوثيقة رسمية تصدر من موظف مختص مخول له حق إصدارها بل قد يعقد مشافهة من مأذون غير منصب بدون أي وثيقة بكتابية ولو غير رسمية.

وعدم توثيقه إما بسبب الزوج لعدم حصوله على إذن رسمية أو تأشيرة من أجل الزواج من دولة أخرى معينة من غير دولته يكون النظام في بعض الدول يشترط ذلك، أو بسبب الزوجة حيث قد تعقد بدون إذن ولديها أو حضوره لكون نظم الزواج في بعض البلدان تجيزه. وبالتالي يكون قابل للطعن والإنكار والجحود والتزوير بل للريبة والشك وسوء الظن وهذا بخلاف الزواج الرسمي الموثق بوثيقة رسمية فهو لا يقبل الطعن والإنكار بحال حيث تعد الوثيقة رسمية يرجع إليها عند الحاجة كما تضفي عليها الصبغة النظامية القانونية، بحيث ينتج أثاره الشرعية و النظامية داخل الدول و خارجها⁽¹⁾.

المبحث الثاني: أركان وشروط عقد الزواج العرفي وجزاء تخلفها

يعتبر عقد الزواج عقداً شرعاً له أركان يقوم عليها وتحقق ماهيته، بالإضافة إلى شروط لابد منها لأجل الاعتداد به، ولقد اختلف الفقهاء المسلمين فيما يتعلق بأركان وشروط عقد الزواج وسلكوا في ذلك سبلاً شتى، أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائرية فبعد الجدل الذي كان قائماً حول أركان وشروط عقد الزواج ذلك أن المشرع الجزائري كان يخلط بين الركن والشروط ولم يكن يميز بينهما، إلا أنه بتعديل سنة 2005 بموجب الأمر: 02-05 المؤرخ في : 2005/02/27 والمتضمن تعديل قانون الأسرة، أنهى المشرع كل النقاشات التي كانت قائمة وفصل أخيراً بين أركان وشروط عقد الزواج. فقد نصت المادة التاسعة (09) من قانون الأسرة على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". ونصت المادة التاسعة مكرر (09) على أنه:

(1)- أحمد بن يوسف بن أحمد الدريوش، المرجع السابق، ص 84.

- " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:
- _ أهلية الزواج.
 - _ الصداق.
 - _ الولي .
 - _ شاهدان.
 - _ انعدام الموانع الشرعية للزواج.

وعليه فباستقراء نص المادتين السابق ذكرهما نجد أن المشرع حصر أركان الزواج في ركن واحد: رضا الزوجين، وجعل كل من أهلية الزواج، و الصداق، و الولي، و الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج، شروطاً لانعقاد عقد الزواج.

و نظراً لكون عقد الزواج العرفي هو عقد كامل للأركان و الشروط المطلوبة في الشريعة غير أنه لم يسجل فقط وبالتالي له نفس الأركان و الشروط مع الزواج الرسمي، وعلى أساس ذلك سوف نتناول في المطلب الأول ركن عقد الزواج العرفي والذي يتمثل في الرضا والجزاء المترتب على تخلفه، أما المطلب الثاني نتناول فيه شروط عقد الزواج العرفي وكذلك الجزاء المترتب عن تخلف أحد هذه الشروط وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: ركن الرضا في عقد الزواج العرفي وجزاء تخلفه

فالركن لغة هو الجانب القوي في الشيء ، لقول الله تعالى: "أو أوى إلى ركن شديد"⁽¹⁾. يعرف الركن على أنه الذي يقوم به الشيء ولا تتحقق ماهيته إلا به لكونه جزء منه، حيث يعتبر جزء من حقيقة الشيء.⁽²⁾

و ركن عقد الزواج هو الرضا، حيث نصت المادة العاشرة من قانون الأسرة على أنه: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً".

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة

(1) سورة هود ، الآية 40

(2) عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، سنة 1984، ص 30

الفرع الأول: رضا الزوجين في عقد الزواج العرفي

لم يعرف قانون الأسرة ركن الرضا وإنما اكتفى فقط في الفقرة الأولى من المادة العاشرة بتحديد قسمي الرضا واللطف، بصفة عامة الذي يجوز به التعبير عن الإيجاب و القبول، وعدم تعريف المشرع الجزائري لركن الرضا يتركنا نذهب إلى التعريف الذي وضعه الفقه ومن بين تلك التعريفات نجد تعريف السيد ساقب: " بأنه توافق إرادة الطرفين في الإرتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وانه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا "⁽¹⁾.

ويعرفه الدكتور بدران أبو العينين بدران بأنه: " الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين اللذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما "⁽²⁾.

ومن خلال إطلاعنا على هذه التعريفين ونص المادة 10 من قانون الأسرة نستخلص أن ركن الرضا في عقد الزواج ينقسم إلى قسمين وهما الإيجاب والقبول .

فالإيجاب: هو ما صدر من أحد العاقدين أولا دالا على ما يريده من إنشاء العقد، ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجبا
والقبول: هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر دليلا على موافقته على ما أوجبه الأول ويسمى الشخص الذي صدر منه القبول قابلا.

فأول الكلام إيجابا سواء صدر من جانب الزوج أو من جانب الزوجة، وسمى إيجابا لأنه أوجد الالتزام، ويسمى الثاني قبولا لأنه رضا بما في الأول من التزام.
والأصل في تحقيق الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يكون بالعبارة وقد يوجد أحدهما أو كلاهما بالإشارة أو الكتابة، في بعض صوره ولما كان الأصل فيه هو الألفاظ عنى الفقهاء ببيان الألفاظ التي ينعقد بها وهو ما يعرف بصيغة عقد الزواج⁽³⁾.

(1) _ السيد ساقب، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة السابعة، دار الكتاب العربي، ص 34.

(2) _ بدران أبو العينين، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، دون طبعة، مؤسسة شباب الجامعه، بدون سنة نشر، ص 56.

(3) _ الغوثي بن ملحة ، محاضرات قانون الأسرة بالمعهد الوطني للقضاء.

ولم يحدد المشرع الجزائري ولا الشريعة الإسلامية صيغة معينة للتعبير عن الإرادة، إلا أنه يجب ألا تكون دالة على التأفيت وألا يقترب بها ما يدل ضمنياً على التأفيت، لأن الغاية من عقد الزواج هي حل العشرة الزوجية ودومها⁽¹⁾. كما يجب أن تكون منجزة أي غير معلقة على شرط⁽²⁾.

ويطرح التساؤل حول مدى اعتبار السكوت قبولاً في عقد الزواج، فالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني فان السكوت لا يعبر عن ذاته بأي مظهر خارجي، وحسب نص المادة 68 من القانون المدني الجزائري، لا يعتبر تعبيراً عن الإرادة إلا إذا اتصل الإيجاب بمعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، لكن الأمر ليس كذلك في عقد الزواج حيث يقول ابن رشد: "الإذن في النكاح ضربين ، فهو واقع في حق الرجال والثيب من النساء بالألفاظ، وهو في حق الأباء المستأنفات واقع السكوت، اعني الرضا"⁽³⁾.

أما إذا كان أحد الزوجين أو كليهما عاجزاً ولا يملك القدرة الازمة للتعبير بلسانه عن إرادته وإعلان رغبته في عقد زواجه، فإنه يرخص له شرعاً وقانوناً باستعمال الكتابة. كوسيلة للتعبير عن إرادته في الزواج ، وإذا كان أحد الزوجين احرضاً أو أبكماً وعاجزاً عن التعبير عن إرادته وإعلان ورغبته في الزواج شفاهة ، وكان لا يحسن أو غير قادر على الكتابة فانه يجوز له أن يعلن عن رغبته في الزواج عن طريق الإشارة التي تفيد معنى النكاح ولا تدع أي شك في نية المتعاقد في إبرام عقد الزواج. و يجب أن يتم التعبير عن الإرادة سواء بالكتابه أو بالإشارة في مجلس العقد أمام كل من الشهود والموظف المؤهل لتحرير عقد الزواج.

ولم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى ما يسمى بالزواج عن طريق المراسلة، أي أن يتم التعبير عن الرضا بواسطة المراسلة رغم إنها جائزة بإجماع الفقهاء المسلمين، حيث يجوز

(1) - الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 43.

(2) - عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 34.

(3) - الغوثي بن ملحة ، نفس المرجع أعلاه، ص 37 .

للرجل الغائب أن يعبر عن إرادته ورغبته في الزواج بواسطة رسالة مكتوبة أو عن طريق رسول⁽¹⁾، وعليه فالمشرع الجزائري لا يعترف بالزواج عن طريق المراسلة ويشترط حضور الطرفين في مجلس العقد.

كما أن المشرع الجزائري قد تراجع عن موقفه فيما يتعلق بالزواج عن طريق الوكالة، حيث ألغى نص المادة 20 من قانون الأسرة الجزائري بموجب المادة 18 من الأمر رقم: 02/05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة التي كانت تجيز أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بموجب وكالة خاصة.

وعلى أساس ذلك يمنع على ضابط الحالة المدنية أو الموثق إبرام عقد الزواج بالوكالة وقيده بسجلات الحالة المدنية، كما يمنع على الموثقين تحrir عقود التوكيل لإبرام عقد الزواج وعليه أصبح حضور الزوجين إجباري لإبرام عقد الزواج الرسمي.

* شروط صحة الإرادة في عقد الزواج :

يشترط الفقهاء لصحة الإرادة في عقد الزواج أن تكون جدية، واعية وحرة أي غير مشوبة بالإكراه وعيوب الرضا، وغير مقيدة بشرط ولا أجل ومؤبدة.

1) الإرادة الجدية والواعية

يقصد بالإرادة الوعية هي أن لا يكون المتعاقد فاقد لوعيه كالجنون أو لانعدام الأهلية كالصغر أما الإرادة الجدية فهي تلك الإرادة التي تؤدي إلى إبرام عقد الزواج صحيحاً بعكس الإرادة الهازلة أو الصورية التي لا تتسمج مع الطبيعة الخاصة لعقد الزواج.

2) الإرادة الخالية من عيوب الرضا

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري لعيوب الإرادة بالتفصيل وكذا عدم خوض فقهاء الشريعة الإسلامية كثيراً في هذه المسألة نلجم كما يرى البعض إلى القواعد العامة في القانون المدني المادة 82 الفقرة الثانية والمواد من 86 إلى 88⁽²⁾. وعموماً العيوب التي تشوب الإرادة في عقد الزواج هي الإكراه والغلط أما التدليس فيكون بدرجة أقل وتتعرض لهذه العيوب الثلاثة كما يلي:

(1) محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي ، بدون سنة نشر ، ص 44.

(2) Ghaouti Ben Melha , Le droit algérien de la famille, page 58/59.

أ_ الإكراه: يقصد به بأنه كل ضغط مادي أو معنوي يولد في نفس الشخص رهبة تدفعه إلى التعاقد، فالإكراه بجانبيه المادي والمعنوي يمس بقاعدة حرية الرادة في إبرام العقود، وما يشترط في الإكراه هو أن يكون الدافع الذي دفع بأحد المتعاقدين إلى إبرام عقد الزواج، والمذاهب الفقهية تناولت هذه المسألة واعتبرت عقد الزواج الذي تم تحت الإكراه باطل باستثناء بعض الآراء الشاذة وإن ما يقال على إجازة جمهور الفقهاء للولي أن يجبر ابنته القاصرة على الزواج هو محدود ولا يصل غالى غاية الإكراه وهو أن يراعي رغبتها في الزواج، والمشرع الجزائري في نص المادة 13 من قانون الأسرة منع الولي من إجبار مواليته على الزواج دون رضاها وأن السلطة في منع بنته البكر من الزواج فقد وضع لها المشرع حدود وهو مراعاة مصلحتها حتى تتزوج وفي حالة تعسفة أعطى للبنت حق اللجوء إلى القاضي الذي يعين لها ولی للتزوج.

ب_ الغلط: ويعرف الغلط بأنه وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع⁽¹⁾ ويشترط في الغلط كي يكون عيب في الإرادة المبرمة لعقد الزواج أن يكون متعلقا بالشخص أو في صفة من صفاته الأساسية التي هي محل اعتبار في التراضي⁽²⁾.

ج_ التدليس: و يعرف التدليس بأنه استعمال الحيلة بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد وهو عيب هام في إبرام عقد الزواج وكمثال على ذلك أن الشخص الذي يريد إبرام عقد لا يصرح بحالته العائلية السابقة وهو متزوج وله أولاد فهنا قد دلس الطرف الذي تعاقد معه وبالتالي فإرادة الطرف الثاني معيبة.

(3) الإرادة غير المقيدة بشرط ولا بأجل

ويقصد بالإرادة المقيدة بشرط أو أجل هي تعليق عقد الزواج على تحقق شروط ما أو إضافته إلى زمن مستقبل وهي معطيات تتوافق ولا تتفق مع طبيعة عقد الزواج الذي يجب أن يكون الإيجاب والقبول فيه قطعي لا احتمالي أي أن يؤدي إلى إنشاء عقد الزواج في

(1) لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 141.

(2) _ Ghaouti Ben Melha . le droit algerien de la famille_ page 61

الحال و بصفة فورية باعتباره منجز وأحكامه لا تترافق مع أسبابه وذلك وفقاً لنص المادة التاسعة من قانون الأسرة.

ويجيز المذهب المالكي إضافة عقد الزواج إلى المستقبل بشرطين فقط وهما أن يكون العاقد أب في مرض الموت وإضافة أثر العقد إلى ما بعد وفاته وبالتالي تصبح وصية بالزواج⁽¹⁾، هذا فيما يخص التعليق على الشروط والإضافة إلى الرمان المستقبل أما فيما يخص الشروط المقترنة بعقد الزواج فقد أجازها المشرع الجزائري في نص المادة 35 من قانون الأسرة وتكون نافذة في حق كل من الزوجين متى كانت لا تتنافى مع عقد الزواج وإذا كانت تتنافى مع هذا الأخير فهي باطلة وعقد الزواج يكون صحيح.

4) أن تكون إرادة الزوجين مؤبدة

لقد اشترط الفقهاء المسلمين أن تكون صيغة عقد الزواج مؤبدة غير مؤقتة ولا مقترنة بما يدل على التأكيد لأن مقتضى عقد الزواج هو التأبيد، وعليه فإن عقد الزواج المؤقت وعقد زواج المتعة غير جائزين عند الفقهاء المسلمين ويقع تحت طائلة البطلان باستثناء زفر من الحنفية الذين يجيزون الزواج المؤقت ويبطلون زواج المتعة، أما الشيعة الإمامية فلا يميزون بين الزواج المؤقت وزواج المتعة ويحلونهما⁽²⁾.

الفرع الثاني: الجزاء المترتب على تخلف ركن الرضا

يذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أن تخلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله باطلاً ومنعدما لما أصابه من خلل ، ولم يرتبوا عليه أية آثار، ولم يحلو به الدخول، وإذا تم الدخول فقد انتفقا على وجوب التفريق بين الزوجين ويعتبرونه زنا، لكن اختلفوا حول وجوب حد الزنا عليهما، فالمالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف يقولون بإقامته في حين الحنفية ترى بأن الزواج الباطل في حد ذاته شبهة تدراً الحدود ، ولكن هذا لا يمنع من إنزال عقوبة

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1999، ص 70.

(2) بدران أبو العنين، المرجع السابق، ص 77.

التعزير عليهم⁽¹⁾ ومن المتفق عليه أيضا انه لا يثبت المهر ولا النفقة ولا الطاعة كما انه لا يرد الطلاق، أما النسب فقد اختلف فيه، فالجمهور يرى بعدم ثبوته على عكس الحنفية التي
قالت بثبوته.⁽²⁾

كما سبق قوله فإن المشرع الجزائري قد حصر أركان عقد الزواج في رضا الزوجين، وجعله الركن الوحيد، وبتخلفه يبطل عقد الزواج، حيث نصت المادة 33 من قانون الأسرة المعدلة على أنه: "يبطل الزواج إذا اختلف ركن الرضا".

ويقصد من ذلك أنه إذا تخلف ركن الرضا فان عقد الزواج لا يرتب أي أثر لا شرعا ولا قانونا وليس له أي وجود مطلقا ، ويجب على الزوجين أن يفترقا ، إلا أنه استثناء نصت المادة 40 من قانون الأسرة على ثبوت النسب وذلك رعاية لحقوق الطفل.

وتتجدر الملاحظة أن قانون الأسرة لم ينص على كيفية إبطال عقد الزواج وعلى من له الحق في طلب إبطاله وما هي الإجراءات الواجب إتباعها. ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنه إذا انعقد الزواج بدون رضا أحد الطرفين، فإنه يجوز له أو من له مصلح أو من طرف النيابة العامة رفع دعوى أمام المحكمة لطلب إبطال عقد الزواج، على أن يرفق الطلب بكل الأدلة، ويصدر الحكم بالبطلان مع الأمر بتشطيب عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية، ويكون الحكم الصادر في هذا الشأن حكما تقريريا لما هو قائم شرعا و قانونا .⁽³⁾

ولقد قضت المحكمة العليا في القرار الصادر تحت رقم: 255711 بتاريخ: 21/02/2001 عن غرفة الأحوال الشخصية على أن الحكم بفسخ عقد الزواج لتمسك الزوجة به بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون.⁽⁴⁾

(1) الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 151.

(2) بلعوار زبير، أركان و شروط عقد الزواج و أثار تخلفهما في الشريعة و القانون، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12، الجزائر، 2001/2004.

(3) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، 1996، ص 189.

(4) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، 21/02/2001، ملف رقم: 255711، غير منشور.

المطلب الثاني : شروط الزواج العرفي والجزاء المترتب عن تخلفها

الشرط هو ما يتوقف عليه الشيء الذي جعل شرطا له ولم يكن جزءا في حقيقته ونظرًا لما لعقد الزواج من خاصية تميزه عن غيره من العقود فقد اشترطت فيه شروط حدتها المادة التاسعة مكرر و التي سنتناولها فيما يلي :

الفرع الأول: شروط عقد الزواج

❖ أهلية الزواج:

الظاهر أن الأهلية شرط في جميع أطراف العقد، والعناصر المكونة له من العاقدين فهي مطلوبة في جميع التصرفات وتحقق بالبلوغ والعقل والحرية. جاء في الفقه الإسلامي وأدلته: " ويطلب عقد الزواج لوجوده ونفاده وترتباً أثاره الشرعية أن يكون العاقد ذا أهلية أداء وذو ولادة وأن يكون أصيلاً عن نفسه أو ولية ووصيا على غيره"⁽¹⁾.

وقال كذلك : "الأهلية هي صلاحية الشخص لمباشرة العقود".

لقد نصت المادة 07 من قانون الأسرة المعديل على أنه: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج."

يكسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والالتزامات.

وعليه فإنه بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 أصبحت أهلية الزواج 19 سنة للرجل والمرأة بعدهما كانت 21 سنة بالنسبة للرجل و 18 سنة بالنسبة للمرأة، الذي كان منصوص عليه في قانون الأسرة رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 وهو الأمر الذي كان يعتبره البعض حجر غير مبرر على جاهلية الرجل الراشد.⁽²⁾

(1) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء السابع ، للطبعة الثالثة ، دار الفكر ، سوريا ، 1996 ، ص 139.

(2) مسعود عبد الله ، من مقالة عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري ، مجلة الموثق ، العدد الثاني ، مارس 1998 ، ص 37.

وتعتبر الأهلية شرطا من شروط عقد الزواج نظرا لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات عائلية واجتماعية.

ويكون تقدير السن الشرعي للزواج وقت انعقاد العقد، وليس وقت الدخول⁽¹⁾.

ويشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ ، إلا انه يجوز للقاضي الإذن بعد مراعاة إجازة الولي بزواج المجنون والمعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة الأطباء أن الزواج يفيد في شفائه .

أما من رغب في الزواج من الجنسيين قبل السن القانوني فيتوجب عليه الحصول على ترخيص قبلي من رئيس المحكمة محل إقامة المعنى، وذلك عن طريق توجيه طلب باسم ولد الطرف المراد ترشيده، مرفقا بملف يختلف من محكمة إلى أخرى، وأهم هذه الوثائق هي :

ـ شهادة ميلاد الزوجين رقم 12.

ـ شهادة طبية عليها صورة من طبيب مختص في أمراض التوليد والنساء.

ـ نسخ من بطاقة التعريف لكل من الزوج والزوجة ووليها.

ـ نسخة من شهادة ما قبل الزواج للزوجين⁽²⁾.

ويجب حضور الأطراف إلى مكتب رئيس المحكمة ليتأكد من موافقة الطرفين ويتأكد من قدرتهما على الزواج، كما يتتأكد من الحالة الاجتماعية للزوج وذلك بتقدير مصلحة الزوجة، وللقاضي السلطة التقديرية في منح الترخيص، وفي حالة الموافقة يصدر أمرا بالإعفاء من شرط سن الزواج⁽³⁾.

(1) العربي بلحاج ، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص 63 .

(2) وهو الملف المطلوب على مستوى محكمة البويرة.

(3) سالمي سميحة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثبات الزواج الرسمي و العرفي ، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 15 لسنة 2007/2004 ، ص 10 .

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد حداً أدنى من السن لإمكانية منح الإعفاء من سن أهلية الزواج، وترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، وبحصول الزوج القاصر على الإعفاء من شرط سن الزواج يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والالتزامات، وهو النص الذي تداركه المشرع بالتعديل الأخير بعد الخلافات التي كانت سائدة حول من يباشر إجراءات التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج هل هو الزوج القاصر أم وليه.

ومن ثم فإنه لا يجوز لضابط الحالة المدنية أو الموثق إبرام عقد الزواج وأحد الطرفين قاصر، ورغم ذلك لم يتطرق لا قانون الأسرة ولا قانون الحالة المدنية إلى جزاء مخالفة السن القانوني للزواج ومن له الحق في طلب إبطال الزواج وما هو جزاء الموظف الذي قام بتحرير عقد الزواج، بالإضافة إلى أن المادة 32 من قانون الأسرة تتنص على جزاء تخلف شروط عقد الزواج ، إلا أنها لم تطرق إلى جزاء تخلف شرط الأهلية.

وبالرجوع إلى القانون رقم: 244/63⁽¹⁾ نجد أنه نص في المادة 02 منه على انه يعاقب ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذين لم يحترموا السن القانوني بالحبس من 15 يوم إلى 03 أشهر ، وبغرامة من 400 إلى 1000 دينار جزائري.

❖ الصدق

يعتبر الصداق شرطاً من شروط عقد الزواج، ولقد عرفه الفقهاء بأنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزاً لرغبتها في الاقتران بها⁽²⁾.
أما قانون الأسرة فقد عرفه في نص المادة 14 بأنه ما يدفع للزوجة نحلة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا.

(1)ـ القانون رقم: 244/63 الصادر في: 1963/06/29، الجريدة الرسمية، عدد 44، لسنة 1963.

(2)ـ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، الجزائر، 1989، ص 132.

والصدق واجب على الرجل ودليل وجوبه هو قوله تعالى: "أتوا النساء صدقتهن نحلة...".⁽¹⁾

ويذهب معظم الفقهاء المسلمين إلى أن الصداق ليس بشرط أو ركن في عقد الزواج، باعتبار إن خلو العقد من تحديد المهر لا يؤثر في صحته، فحتى لو وقع الاتفاق على الزواج بدون صداق فإن العقد يكون صحيحاً وملزماً، ويجب فيه مهر المثل⁽²⁾، وعلى أساس ذلك اعتبروا الصداق أثراً من آثار عقد الزواج.

في حين أن المادة 15 من قانون الأسرة اشترطت تحديد قيمة الصداق في عقد الزواج معجلاً كان أو مؤجلاً، لأنه يجوز تأجيل دفع قيمة الصداق إلى ما بعد العقد أو بعد الدخول، وفي حالة عدم تسمية قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل الذي يقصد به صداق من تماثلها من أسرة أبيها سنا وجمالاً وما لا وأدباً وعلماً.

أما فيما يتعلق باستحقاق الزوجة للصداق، فالرجوع إلى نص المادة 16 من قانون الأسرة نجد أن هناك حالتان لاستحقاق الزوجة الصداق وهما :

1) استحقاق المرأة لكامل الصداق:

حيث تستحق المرأة الصداق كاملاً لسبعين: أولهما هو الدخول الحقيقي، حيث أنه بالدخول الحقيقي تستحق الزوجة كل الصداق أن كان مسمى، أما إذا كان غير مسمى فإنها تستحق صداق المثل. وثانيهما هو وفاة الزوج قبل الدخول حيث أنه إذا توفي الزوج قبل البناء تستحق الزوجة الصداق كاملاً.

ولم يتطرق قانون الأسرة إلى مدى اعتبار الخلوة الصحيحة سبباً من أسباب استحقاق الصداق كاملاً، إلا أنه من المتفق عليه بين فقهاء المسلمين أنها تعتبر سبباً من أسباب استحقاق كامل المهر مثلاً مثل الدخول الحقيقي.

(1) سورة النساء، الآية 04.

(2) الإمام أبي زهرة، المرجع السابق، ص 168.

2) استحقاق المرأة لنصف الصداق:

تستحق الزوجة نصف الصداق في الحالة التي يكون فيها العقد صحيحاً وتمت تسمية الصداق ووقع الطلاق قبل الدخول. وقد تستحق الزوجة صداق المثل ويكون ذلك في الحالات التالية:

- أـ إذا لم يسم المهر، أو سمي تسمية غير صحيحة.
- بـ إذا تم الزواج دون ولی أو شاهدان أو صداق وتم الدخول ولم يدفع الصداق.
- ويسقط المهر إذا فسخ عقد الزواج لتخلف شرط من شروطه قبل الدخول.

❖ الولي

يعتبر الولي شرطاً من شروط عقد الزواج حسب نص المادة 09 مكرر ولقد نصت المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجهما بحضور ولديها أو أحد أقاربيها أو أي شخص تختاره ودون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولی من لا ولی له". وعليه فإنه بتعديل سنة 2005 أعطى المشرع للمرأة ثبباً كانت أو بکراً أن تتولى زواجهما بنفسها بحضور ولديها، بعدما كان ولديها هو الذي يتولى عقد قرانها، ولقد ساير بذلك رأي المذهب الحنفي الذي يرى أنه للمرأة كامل الولاية في شأن زواجهما، ولها أن تتولى زواجهما بنفسها، ويصح العقد بعباراتها وينشأ، وأن كان من الأحب والأحسن أن توكل عنها ولديها العاصب في شأن زواجهما، والولاية في هذه الحالة هي ليست إلا توكيلًا من المرأة إلى الولي ل مباشرة العقد. أما جمهور الفقهاء فذهبوا إلى أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها ولا أن تزوج غيرها، إنما ولديها هو الذي يزوجها.

ولقد جعل المشرع الجزائري ولی المرأة البالغة أبوها أو أحد أقاربيها أو أي شخص تختاره، أما بالنسبة للمرأة القاصرة فولديها هو الذي يتولى زواجهما وهو أبوها فاحد الأقارب الأولين، وفي حالة غيابهم أو عدم وجودهم يكون القاضي هو ولديها. كما أن المادة 13 من قانون الأسرة المعدلة منعت الولي أباً كان أو غيره أن يجبر الفتاة القاصر على الزواج، كما أنه لا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها وعليه جعل المشرع الولاية على المرأة القاصرة ولاية اختيار، مخالفًا بذلك جمهور الفقهاء الذين اجمعوا على أن الولاية على القاصرة أو المجنونة ولاية إجبار، لعدم توفر فيهما شرط البلوغ والعقل في أهلية الزواج.

وما يلاحظ على التعديل الأخير في شأن الولي أنه قد حرر المرأة البالغة من الولي فرغم أنه مازال شرطا من شروط عقد الزواج، إلا أن وجوده أصبح وجدا شكليا وأصبحت لا تحتاج إلى موافقته بما أن المرأة تستطيع أن تختار أي شخص ليكون ولها، بالإضافة إلى أن نص المادة 33 المعدلة من قانون الأسرة نصت على أنه : "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولی في حالة وجوبه بفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل" ، وما يفهم من نص المادة السابق ذكرها أن حضور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة غير وجبي، ولا يتربى على غيابه فسخ عقد الزواج ولو قبل الدخول، ويعتبر حضور الولي وجبي إلا بالنسبة للمرأة ، أين يفسخ عقد الزواج في حالة عدم حضور الولي قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل. ويرى البعض أن التخلّي عن الولي يؤدي إلى مأسى كثيرة أساسها تزويج المرأة نفسها دون الرجوع إلى إرادة ولها، وان عيوب التخلّي عن الولي عديدة⁽¹⁾.

❖ الشاهدان

يُشترط لصحة عقد الزواج حضور شاهدين لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بشهود" والحكمة من حضور الشهود هو إخراج عقد الزواج من حدود السرية وإعلانه وإشهاره بين الناس، بالإضافة إلى إثباته في حالة نكرانه من أحد الزوجين أو وفاتهما.⁽²⁾ ولم يتعرض قانون الأسرة إلى الأحكام الواجب توفرها في الشهود، ولا إلى أحكام الشهادة، إلا أنه من المتفق عليه هو أن يكون عدد الشهود اثنين فأكثر، فقد يكونا رجلين، أو رجل وامرأتان، ولا يجوز شهادة امرأتين. وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها القرار رقم : 34137 الصادر بتاريخ: 1984/10/08⁽³⁾.

(1) - الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة والمقترنات البديلة، الطبعة الأولى، دار الأمة، 2003، ص 95.

(2) - نصر الدين ماروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دارالهلال للخدمات الإعلامية، 2004، ص 51.

(3) - نصر الدين ماروك، المرجع أعلاه، ص 51.

وبالرجوع إلى نص المادة 33 من قانون الحالة المدنية رقم: 70/20⁽¹⁾، يجب أن يكون الشهود بالغين لسن 21 سنة على الأقل، وهو الأمر الذي لا يتناسب مع سن الرشد المحدد في القانون المدني بـ 19 سنة⁽²⁾.

ويختار الشهود من المعينين بالأمر يستوي أن يكونوا من أقارب المعينين أو غيرهم، ويشترط أن يكونوا عاقلين، فاهمين، سامعين للإيجاب والقبول، وأن يكونوا مسلمين لأنهم يشهدون على إبرام عقد يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولقد اختلف الفقهاء حول وقت لزوم حضور الشهود، فمنهم من يرى أنه يجب توفرهم وقت انعقاد العقد وتبادل الرضا بين الزوجين باعتبارهم حكما شرعاً يجب توفره في العقد، ومنهم من يرى أنه يكفي توفرهم عند الدخول باعتبار أن الغرض منهم هو مجرد الإشهار والإعلام. ويعتبر حضور الشهود في قانون الأسرة شرط صحة وتخلفه في العقد يترتب عليه فساده، ويفسخ العقد قبل الدخول، أما بعد الدخول فإنه يثبت بصدق المثل.

❖ انعدام الموانع الشرعية للزواج

بالإضافة إلى الشروط السابق ذكرها، يشترط في عقد الزواج خلو المرأة من الموانع الشرعية للزواج، ويقصد بذلك ألا تكون محرمة على الرجل سواء تحريمها مؤبداً أو مؤقتاً. والمحرمات من النساء هي من الأحكام التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، لأنها لا تقبل التغيير والتبدل، ولا مجال فيها للاجتهاد.

ولقد نص قانون الأسرة على أسباب التحريم في المواد من 23 إلى 31، وهي أما مؤبدة وأما مؤقتة.

1) المحرمات من النساء تحريمها مؤبداً:

وهي النساء اللاتي لا يحل للرجل التزوج بهن أبداً، لأن سبب التحريم وصفاً غير قابل

(1) قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الأمر : 20/70 المؤرخ في : 19/02/1970 .

(2) المادة 40 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر: 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 . للزوال مثل صفة البنوة والأخوة وغيرها، وحسب نص المادة 24 من قانون الأسرة فإن المحرمات تحريمها مؤبداً هن ثلاثة أنواع:

أ) المحرمات بسبب القرابة: ويمكن تصنيفهن إلى أربعة أصناف.

ـ فروع الرجل من النساء إن نزلن: أي البنت وبنات البنات وإن نزلت

ـ أصول الرجل من النساء وإن علمن أي الأم، الجدة من الأم والجدة من الأب

ـ فروع أبيه من النساء وإن نزلن: أي الأخت سواء كانت شقيقة أو الأب أو الأم ،

فتتروع الإخوة والأخوات

ـ فروع الأجداد والجدات إذا انفصلنا بدرجة واحدة: وهن العممة والخالة

ب) المحرمات بسبب المصاهرة: وهن :

ـ من كانت زوجة أصله، وإن علا ذلك الأصل: أي زوجة الأب وزوجة الجد.

ـ من كانت زوجة فرعيه وإن نزل سواء كان من العصبات مثل ابن الإبن ، أو من ذوي الأرحام مثل ابن البنات.

ـ أصول من كانت زوجته وإن علمن سواء دخل بها أو لم يدخل أي بمجرد العقد.

ـ فروع من كانت زوجته وإن نزلن، بشرط أن يكون قد دخل بها.

وحكمة التحريم بالصاهرة هي أن رابطة المصاهرة كرابطة القرابة.

ج) المحرمات بسبب الرضاع: نصت المادة 27 من قانون الأسرة على أنه: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"، وهن :

ـ أصول الشخص من الرضاع : وهن : أمه من الرضاع وأمها وأم أبيه من الرضاع وإن علت.

ـ فروع الشخص من الرضاع .

ـ فروع الأبوين من الرضاع.

ـ فروع الجدة والجد من الرضاع.

وما يلاحظ على نص المادة السابق ذكرها أنها أسقطت كلمة "المصاهرة" ، ذلك انه من المتفق عليه أن يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة، وعليه يضاف إلى المحرمات من الرضاع بإجماع الفقهاء :

ـ بنت الزوجة من الرضاع .

ـ زوجة الأب والجد من الرضاع وإن علت.

ـ زوجة الإبن وإن الإبن وإن البنات من الرضاع وإن نزلوا.

2) المحرمات من النساء تحريما مؤقتا:

لقد نصت المادة 30 على النساء المحرمات تحريما مؤقتا وهن:

أ) **المحصنة**: وهي زوجة الغير أي التي تكون في عصمة رجل آخر مسلما كان أو غير مسلم.

ب) **المععدة من الغير**: سواء كانت في عدة طلاق أو عدة وفاة.

ج) **المطلقة ثلاثة**: إذا طلق الرجل زوجته الطلاقة الثالثة حرمت عليه ولا تحل له حتى تتكرر غيره.

د) **الجمع بين محرمين** : يحرم على الرجل التزوج بالمرأة وأختها سواء شقيقتها أو الأب أو لام أو من الرضاع، كما يحرم عليه الجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها سواء بالنسبة أو بالرضاع⁽¹⁾.

هـ) **من لا تدين بدين سماوي**: فيحرم على الرجل التزوج بدين سماوي أي بمشاركة، أما زواج المسلمة بغير المسلم ولو كان كتابيا فهو باطل بإجماع الفقهاء⁽²⁾.

الفرع الثاني: الجماع المترتب على تخلف أحد الشروط

يتترتب على عقد الزواج الذي لم يتتوفر على أحد هذه الشروط المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الفسخ أو الإبطال وهو ما قصده المشرع في المواد 33-34 و 35 من ذات القانون وبالتالي فإن عقد الزواج الفاسد هو كل زواج وجد فيه الإيجاب والقبول ولكنه فقد شرطا من شروطه الأساسية.

إن الزواج الفاسد ينتهي بالفسخ أو الإبطال وهو ما قصده المشرع في المواد 33 و 35 من قانون الأسرة رغم الخلط الذي وقع فيه في توضيح المفاهيم والأحكام ومن ثم نجد أن الفسخ يتترتب في الحالات التالية:

(1) لقد خالف ابن تيمية وابن القيم رأي الجمهور وأجازوا الجمع بين المحارم بسبب الرضاع لعدم وجود نص تحريم.

(2) عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 77.

1) إذا كان الزواج فاقدا لشرط واحد من الشروط كما لو تم بدون ولد أو شاهدين أو صداق.

2) إذا اشتمل الزواج على مانع شرعي أو قانوني سواء كان المانع مؤبداً أو مؤقتاً فأنه يفسخ قبل الدخول أو بعده طبقاً لما قررته المادة 34 من قانون الأسرة.

3) اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضياته أو يتنافى مع أحكام قانون الأسرة غير أن المشرع صحّه بالدخول حيث قرر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحاً طبقاً للمادة 35 من قانون الأسرة.

4) ردة الزوج فإذا ثبتت ردة الزوج بعد أن انعقد العقد صحيحاً، وكانت هذه الردة قبل الدخول فسد عقد الزواج وفسخ في الحال طبقاً لما قررته المادة 32 من قانون الأسرة وذلك لأن زواج الكافر بال المسلمة غير جائز شرعاً وقانوناً.

آثار العقد الفاسد :

إن الفسخ هو الجزء الذي قرره المشرع على القدر الفاسد الذي لم يستوف الشروط المنصوص عليها في القانون، فإذا ما تبين سبب من أسباب الفساد قبل الدخول فسخ الزواج دون الصداق.

أما إذا تبين بعد الدخول فالقانون إما يصحّه للاستمرار فيه إذا اخلٌ شرط واحد من شروط العقد أو اشتمل على شرط ينافي مقصود العقد حماية للأسرة والمجتمع، وإما يبطله بطلاناً مطلقاً إذا اخلٌ أكثر من شرط واحد في العقد.

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

1) تستحق الزوجة بالزواج الفاسد بعد الدخول صداق المثل.

2) ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد ومنعاً لاختلاط الأنساب ويثبت نسب الولد من أبيه إذا جاءت به في مدة حمل أمه ستة أشهر من تاريخ الدخول وأكثرها 10 أشهر من تاريخ التفريق أو الانفصال.⁽¹⁾

(1) ناسي حميدة، عقد الزواج العرفي، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008، ص

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

4_ وجوب العدة لمعرفة براءة الرحم من الحمل .

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

6_ اعتبار العقد الفاسد شبهة بعد الدخول بالزوجة فلا يطبق حد الزنا على الزوجين لقوله صلى الله عليه وسلم: "ادرعوا الحدود بالشبهات" ، فالشبهة ترفع وصف الزنا في العقد الفاسد (1).

المبحث الثالث: أسباب الزواج العرفي وحكمه

المطلب الأول: أسباب الزواج العرفي

لقد تعددت الأسباب الدافعة للزواج العرفي من أسباب اجتماعية، و دينية، و مالية، و قانونية.

الفرع الأول: الأسباب الاجتماعية:

أولاً: مشكلة التعدد

"أباح الشارع الحكيم للرجل التحرر بأن يتزوج بأربع نساء في وقت واحد، يقول تعالى: فانكحوا ما طاب لكم من النساء متى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا".⁽²⁾

وبعض الرجال يرغب في التزوج بزوجة أخرى، أخذًا بهذه الرخصة الإلهية، ولكن تعوقه ظروف اجتماعية، بحيث يكون التعدد غير مرغوب فيه في مجتمعه، كما أن القوانين والأنظمة تلزم الرجل عند التوثيق بتسجيل معلومات عن الزواج السابق وزوجته الأولى وإعلام الزوجة الأولى بالزواج الثاني وهي قد لا ترضى به.⁽³⁾

(1) ناسلي حميدة، المرجع السابق، ص 55، 54.

(2) سورة النساء الآية رقم 3.

(3) احمد بن يوسف بن احمد الدرسي ، المرجع السابق ، ص 83.

وبالتالي فإن القيود التي فرضها قانون الأحوال الشخصية الجزائري تؤدي إلى الهروب من توثيق الزواج واللجوء إلى الزواج العرفي وهاته تعد من الأسباب الرئيسية في اللجوء إلى الزواج العرفي.

وبالتالي زاد انتشار هذه الظاهرة عندما ظهر قانون ربط تعدد الزوجات برضاء الزوجة الأولى، فاستعمل بعض الناس هذه الحيلة لأن الزوجة الأولى لن تمنحه الموافقة بسهولة فيلجأ إلى الزواج العرفي، لأنه ليس هناك أذار شرعية وأذار قانونية كالعقم أو المرض، فالقانون في هذه الحالة يمنح الحق في الزواج من الثانية حتى دون موافقة الأولى.⁽¹⁾

ثانياً: الهروب من بعض الالتزامات:

فظاهرة الزواج العرفي يلجأ إليها الزوج الذي يكثر من الزيجات، بحيث يقوم بتعدد الزوجات بطريقة عرفية، فلا يلجأ إلى توثيق عقود زواجه بهن ولا بتسجيل زواجهن بالحالة المدنية، وذلك بغرض الهروب من بعض الحقوق والإلتزامات التي يوجبهها القانون عليه بكونه أبا وزوجا .⁽²⁾

وإذا عدنا إلى قانون الأسرة الجزائري وجدنا أن مجمل هذه الإلتزامات تنص عليها المادة 36 من قانون الأسرة حيث نصت على حقوق وواجبات كل من الزوجين اتجاه الآخر وكذلك الموارد من 74-80 التي تحدثت فيها عن النفقه والتي جاءت في الفصل الثالث من القانون 02/05 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: الأسباب الدينية:

لا شك أن ما ذكرناه من أسباب أو عوائق على الزواج الرسمي (الموثق) لا سيما غلاء المهر ، وفرض القيود على التعدد ، أو الطلاق سببها ضعف الوازع الديني لدى الناس

(1) - أزواج يلتقطون على قانون الأسرة بالزواج العرفي، مقال منشور في جريدة أخبار اليوم، ليوم (SOCIOALGER.htm).2012/01/28

(2) - معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي و طرق إثباته و مشكلة الإثبات في الزواج العرفي، رسالة ماجستير فرع عقود و مسؤولية، الجزائر، 2003/2004، ص 119.

وعدم التقييد بالهدي النبوي في هذا الأمر الذي قد يحمل بعض الرجال من راغبي الزواج في ظل هذه العوائق أو القيود أو بعضها للهروب من الزواج الرسمي إلى الزواج العرفي غير الموثق للتخل من بعض القيود المتربطة على الزواج الرسمي، في الوقت الذي يعصم نفسه من الخطأ أو من مباشرة علاقة غير مشروعة .⁽¹⁾

بالإضافة إلى أن الأسر الجزائرية متأثرة بالعادات والتقاليد الإسلامية وذلك بالتركيز على توفر الشروط المحددة في الدين الإسلامي من رضا، صداق، ولـي، شهود وإعلان الزواج دون التطرق إلى كيفية إثباته لكون الشريعة الإسلامية تجعل من عقد الزواج رضائي وليس شكلي يتطلب الرسمية لإبرامه، فبمجرد الدخول يصبح عقد الزواج منتج لكافة آثاره من إثبات النسب، والنفقة، والميراث. ومن هذا يتبين أن الشريعة الإسلامية سهلت الإجراءات لذلك يفضل المواطنين إتباع الإجراءات العرفية للزواج بدل من القيام بتسجيل عقود الزواج.⁽²⁾

الفرع الثالث: الأسباب المالية

أولاً : المغالاة في المهر:

حثت الشريعة الإسلامية على عدم المغالاة في المهر، لأن التشديد على الأزواج بالمغالاة في المهر كما هو شائع بين الناس، الآن يؤدي إلى آثار سلبية بالنسبة للزواج، ومن هذه الآثار السلبية الإعراض عن الزواج كلياً لعدم القدرة على الوفاء بالمهر ومنها اللجوء إلى الزواج العرفي.⁽³⁾

(1) حامد عبد الحليم الشريف، الزواج العرفي، بدون طبعة ، مصر، بدون سنة نشر، ص 9.

(2) ناسلي حميـدة ، المرجـع السـابـق ، ص 5.

(3) عبد رب النبي علي الجارحي، المرجـع السـابـق، ص 58

حيث أصبحت المغالاة في المهر في بعض المناطق أمرا شائعا يفتخر به الناس وينظرون إلى من يخففه بالإهانة والذلة، وقد لا يستطيع الرجل تحمل المهر الغالي.⁽¹⁾ كما يحدث في بلادنا الجزائر حيث أننا نجد أن هذه الظاهرة جد متفشية خاصة في شرق البلاد ، حيث أن غلاء المهر أصبح أمرا مرهقا لكل شاب مقبل على الزواج، فيجد نفسه يعمل ليل نهار من أجل أن يجمع فقط مبلغ المهر ومقداره وهذا طبعا أدى إلى ارتفاع نسبة العنوسة لدى النساء والرجال معا.

ثانيا : زيادة أعباء وتكاليف الزواج إلى حد الإرهاق:

الملاحظ في هذه الأيام كثرة أعباء الزواج، وزيادة تكاليفه إلى الحد الذي يعجز الشباب الذي يفكر في الزواج فالمسكن أصبح مشكل المشكلات... هذا بخلاف ما ساد بين الناس من أعراف فاسدة أغرتهم بالإسراف في تكاليف الزواج المتعلقة بجهاز الزوجين من أثاث بمواصفات معينة وهذا فضلا عن الإفراط في مصاريف الحفلة.⁽²⁾

في حين أن الزواج العرفي في مجمله زواج بسيط سهل يكاد يخلو من هذه التكاليف والأعباء باعتبار أن الهدف الوحيد فيه بين الزوجين هو تكوين أسرة قائمة على البساطة وعدم الإرهاق لذلك نجد أن معظم الذين يتزوجون زواجا عرفا يكون بأقل التكاليف سواء تعلق ذلك بالمهر أو بمصاريف العرس.

والنتيجة الحتمية لذلك أن يلجأ الشباب المقبل على الزواج إلى الزواج العرفي.

الفرع الرابع: الأسباب القانونية

أولا: صغر السن:

قد يكون صغر سن الزواج سببا للزواج العرفي، وذلك بالزواج بين القاصرين تحقيقا لرغبة بعض الوالدين أو الأولياء خشية تعذر الزواج بينهما في المستقبل.⁽³⁾

(1)ـ أحمد بن يوسف بن احمد الدربيش ، المرجع السابق ، ص 88 .

(2)ـ عبد رب النبي علي الجارحي ، المرجع السابق ، ص 58 .

(3)ـ أحمد بن يوسف بن احمد الدربيش ، نفس الرجع أعلاه ، ص 86 .

إن الشريعة الإسلامية لم تحدد سن الزواج للفتى أو الفتاة وإنما حرصت فقط ببلوغ الفتى أو الفتاة، أما التشريعات الوضعية فقد حددت السن القانونية للزواج كقاعدة عامة.⁽¹⁾

وبحسب قانون الأسرة الجزائري وتحديدا في المادة 07 منه نجد أن سن الزواج يكون بتمام سن 19 سنة بالنسبة للرجل والمرأة.

و زواج الأشخاص وهم قصر لم يبلغوا سن الرشد القانونية تنتشر عبر التراب الوطني وخاصة في المدن الصغيرة والأرياف والقرى. وإن تحديد سن الرشد ب 19 سنة في قانون الأسرة الجزائري هو من النظام العام، فإذا لم يبلغ الزوجين السن القانونية فإن المؤتّق أو ضابط الحالة المدنية يرفض تسجيل عقد الزواج إلا إذا رخص به السيد رئيس المحكمة برخصة مسبقة ولتقديم هذه الرخصة يجب إتباع مجموعة من الإجراءات الواجب القيام بها والمحددة قانونا .

ولهذه الأسباب يلجأ الأشخاص إلى الزواج العرفي تقاديا منهم لكل هذه الأعباء القانونية التي يرون أن فيها مضيعة لوقت والمال فلا يكون الحل إلا بالزواج العرفي السهل في الإجراءات.

ثانيا: وجود شروط إدارية يراها عبئا ثقيلا عليه:

من الأسباب التي تجعل الأشخاص يلجؤون إلى العقود العرفية هو أن إبرام الزواج أمام المؤتّق أو ضابط الحالة المدنية يتطلب العديد من الشروط والوثائق الإدارية المطلوبة فلا يكون أيضا الحل إلا بالزواج العرفي الحالي من هذه الإجراءات، ووجود مجموعة من النصوص القانونية التي سنت لأجل معالجة عقود الزواج منذ إنشاء نظام الحالة المدنية في الجزائر إلى يومنا هذا تعد من العوامل الأساسية لوجود الزواج العرفي لكونها تكتفي بالمعالجة

(1) معزوز دليلة، المرجع السابق، ص 118.

الجزئية ولم تعن بقيم المجتمع في شأن الزواج فأصبحت دون فعالية في المجتمع.⁽¹⁾

ثالثاً: عدم وجود نصوص تعاقب عليه:

إن عدم تسجيل عقد الزواج من طرف الزوج قد يرجع إلى عدم وضع عقوبة في القانون ترغمه على توثيق زواجه العرفي وإعطائه الصبغة الإدارية والقانونية.

قانون الأسرة الجزائري لا توجد فيه مادة تنص على تطبيق عقوبة مالية أو جسدية على من لم يوثق عقد الزواج العرفي إذا اتضح ذلك، وإنما بضرورة توثيق وتسجيل هذا العقد لدى المصالح المختصة.⁽²⁾

وعليه فلابد من الحد من الزواج العرفي ومواجهته بإجراءات عدة مثل توعية الناس بمختلف المشاكل المترتبة عن الزواج العرفي رغم صحته شرعاً وشرط البعض ضوابط مادية عند إنشاء الزواج العرفي مثل إيجاد غرامة مالية ضخمة يدفعها المتزوج عرفياً لزوجته الأولى المتضررة من الزواج العرفي، وهناك رأي آخر يرى تعديل القانون بمنع إبرام عقود الزواج العرفية والنصل على بطلان هذا العقد، وطالما أنه لا يوجد نص يحرم أو يلغى أو يعاقب على الزواج العرفي في قانون الأسرة الجزائري فلا مانع من إدراجها في سجلات الحالة المدنية.

إذا ما توافرت فيه أحكام التشريع الإسلامي والبنود المحددة في المادة 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، وهذا حماية للصالح العام والزوجة والأولاد.⁽³⁾

(1) ناسلي حميدة، المرجع السابق ، ص 8.

(2) أمر 72/69 المؤرخ في : 16/09/1969 المتعلق بلزومية تسجيل عقد الزواج.

(3) معزوز دليلة ، المرجع السابق ، ص 121.

المطلب الثاني : حكم الزواج العرفي:

المقصود هنا بيان الحكم الفقهي والقانوني من حيث الصحة و البطلان للزواج العرفي وباعتبار أن الزواج العرفي هو الذي يستوفي كل أركانه وشروطه غير أنه ينتفي عنه عنصر التوثيق الرسمي حيث لم يسجل في وثيقة رسمية.

وفي هذا المطلب سنتناول كل من حكم الزواج العرفي من الناحية الشرعية وحكمه من الناحية القانونية بتركيزنا على ما جاء به المشرع الجزائري في هذا الصدد.

الفرع الأول: حكم الزواج العرفي شرعا

أولاً : من ناحية مدى توافر أركان وشروط الزواج الشرعي

الركن وهو لابد منه وكان جزء من حقيقة الشيء، أما الشرط فلابد منه وكان خارجا عن حقيقة الشيء.⁽¹⁾

والصورة الصحيحة للزواج العرفي هو الذي يستوفي أركانه وشروطه وتنتفي عنه موانع الصحة إلا أنه يفقد التوثيق الرسمي، حيث لم يسجل في وثيقة رسمية.

والزواج العرفي مصطلح مستحدث، والتوثيق الرسمي لم يكن في العصور السابقة، وإنما صار من الأحكام الإدارية.⁽²⁾

لذلك فإن الزواج العرفي إذا ما كان مكتملا للأركان والشروط التي أقرتها الشريعة الإسلامية فهو زواج صحيح لا حاجة إلى توثيقه غير أن انعدام هذا التوثيق لا يبطل العقد غير أن وجوده يحفظ الكثير من الحقوق.

ولقد أجمع العلماء المعاصرین على إباحة وصحة هذا الزواج نذكر منهم:

- "فضيلة الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين" - عضو الإفتاء والدعوة والإرشاد بالملكة العربية السعودية- حيث قال: "في شروط عقد النكاح : الولي ، والشاهدان، والإيجاب، والقبول ، وانتفاء الموانع، فإذا تمت الشروط وزالت الموانع صح عقد النكاح ولـ

(1) _ فارس محمد عمران، الزواج العرفي و صور أخرى للزواج غير الرسمي، الطبعة الأولى، مجموعة النيل العربية، مصر، 2001، ص 52.

(2) _ أحمد بن يوسف بن أحمد الدريوش ، المرجع السابق ، ص 140.

من شروطه إثبات ذلك في وثائق، وإنما جعل هذا الشرط أخيراً لما احتج إلى إثبات الزوجة في دفتر العائلة خوفاً من التزوير و من الكذب.

- كما يرى فضيلة الشيخ يوسف القرضاوي : أن الزواج العرفي زواج شرعي غير مسجل ولا موثق ولكنه زواج عادي، يتکفل فيه الزوج بالسكن والنفقة للمرأة.⁽¹⁾

ثانياً: من ناحية تحقيق مقاصد الزواج الشرعية:

شرع الله الزواج لتحقيق أهداف اجتماعية ومقاصد مثل إقامة الحياة الآمنة والطمأنينة بين الزوجين القائمة على السكينة، والمودة، والرحمة، وإقامة أسرة متربطة متحابة يأنس فيها الزوج إلى زوجته ليجد عندها راحته وتجد هي عنده الحماية ، وصون الكرامة، ومن مقاصده أيضاً : الذرية الصالحة مما يساعد على استمرار الحياة واعمار الأرض وكذا المحافظة على الأنساب .⁽²⁾

وإذا كان هذا الزواج العرفي يرمي إلى تحقيق هذه المقاصد فهو مثله مثل الزواج الرسمي، غير أنه إذا أخرج عن كل هذا، و كان هدفه هو إشباع الغريزة بطريقة حيوانية فإننا نكون أمام زواج حتى وإن كان شرعياً مستوفياً للأركان والشروط غير أنه في أعماقه وطياته لا يحمل المعنى الحقيقي للزواج ومقاصده.

الفرع الثاني: حكم الزواج العرفي قانوناً

كان الزواج قد ينعقد دون الإتفاق على تسجيله أو توثيقه في ورقة أو وثيقة مادام قد استكمل أركانه وشروطه المعتبرة شرعاً، وظل الأمر كذلك بين المسلمين من بدء التشريع إلى أن رأى أولياء الأمر أن ميزان الإيمان في كثير من قلوب الناس قد خف، وأن الضمير الإيماني في بعض الناس قد ذبل ، من يدعى الزوجية زوراً . ويعتمد في إثباتها على شهادة شهود، وهو من جنس المدعى، لا يتقون الله ولا يرعن الحق، فما تشعر إلا وهي زوجة لمزور أراد إلباسها قهراً ثوب الزوجية.⁽³⁾

(1) عبد المالك بن يوسف المطلق، المرجع السابق، ص 500.

(2) فارس محمد عمران، المرجع السابق ، ص 54.

(3) عبد المالك بن يوسف المطلق،نفس المرجع أعلاه، ص 503

لذلك كان لزاماً تدخل المشرع الجزائري لمواجهة هذه الآثار وذلك بفرض مجموعة من الشروط القانونية التي تطلبها المشرع، ومنها توثيق عقد الزواج، وهي في حقيقتها شروط لقبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في حالة إنكاره أمام القضاء.⁽¹⁾

رغم أن قانون الأحوال الشخصية يمنع توثيق الزواج رسمياً إذ كان بين الرجل والمرأة الأقل من 19 سنة حسب نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري .
وكذلك نص في المادة 18 على أن يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من نفس القانون.

فرغم ذلك فإن عقد الزواج يعتبر في نظر القانون عقداً رضائياً لا شكلياً فالكتابة أو الوثيقة ليست ركناً ولا شرطاً من شروط صحته ولا نفاذها ولا لزومه ، ومن ثم فإن عقد الزواج إذا تم دون كتابة أو توثيق فإنه يكون صحيحاً ولا تثور مسألة الكتابة أو التوثيق إلا عند الإثبات .

فتختلف شرط الكتابة أو التوثيق وحده لا يترتب عليه بطلاً عقد الزواج العرفي أو فساده وإنما الذي يجعله باطلاً أو فاسداً هو تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده أو صحته حتى يتلاقى حكم الفقه الإسلامي مع حكم القانون .

فعقد الزواج العرفي كما سبق أن قلنا إذا تم مجتمعًا ومستكملاً لأركانه وشروط انعقاده، وشروط صحته، وشروط نفاذته، وشروط لزومه، انعقد صحيحاً لازماً فقهاً وقانوناً، ولو تخلف شرط الكتابة أو التوثيق. وإن تخلف ركن من أركانه كأن صدر من فاقد الأهلية، أوتزوج امرأة محرمة عليه تحريماً لا شبهة فيه، وهو يعلم هذا التحريم أو تزوج غير مسلم من مسلمة كان العقد باطلاً بإجماع الفقهاء وفي حكم القانون ولو كان مكتوباً في وثيقة رسمية.⁽²⁾

(1) _ فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 57.

(2) _ عبد رب النبي علي الجارحي، المرجع السابق، ص 51.

المبحث الرابع: آثار الزواج العرفي

المطلب الأول: آثار الزواج العرفي على الزوجين

الفرع الأول: آثاره على المجتمع

أولاً: الزواج العرفي ضياع للأنساب:

الزواج العرفي عرضة لضياع الأنساب، لأنه غير موثق ويطرأ عليه التجاحد والإنكار ولعل من أثبت الآثار التي قد تنتج عن الزواج العرفي أن تنشأ عنه قضايا لإثبات النسب وأخرى لنفيه، ولا شك أن من أسمى الأهداف التي شرع الله سبحانه وتعالى لعباده من أجلها المحافظة على الأنساب حيث يفتخر الأبناء بانتسابهم إلى آبائهم إذ في هذا النسب اعتبارهم الذاتي وكرامتهم الإنسانية وسعادتهم النفسية في الوقت الذي يؤدي فيه الزواج العرفي إلى ضياع الأنساب لأن الرجل بعد استمتاعه بمن تزوجها عرفياً يتركها بعد فترة ويهرب خاصة إذا علم أنها حامل، وهنا تلجم الزوجة بعد الولادة إلى المحكمة لرفع دعوى إثبات نسب المولود لأبيه.⁽¹⁾

ثانياً: زواج المحرمات:

إن الزواج العرفي تثبت معه حرمة المصاهرة وهي حرمة الزوجة على أصول الزوج وفروعه، وحرمة الزوج على أصول الزوجة وفروعها⁽²⁾.

لقوله تعالى: " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وريائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأخرين..."⁽³⁾.

والزواج العرفي قد ينتج عنه أبناء وبنات بمرور السنوات قد يلتقي الأبناء والبنات بأخواتهم وإخوانهم من الأب - في الزواج العرفي - بعد موته، وهم لا يعلمون لما يتسم به هذا الزواج من عدم توثيق، وقد يتزوج بعضهم ببعض وهو تزاوج بين محارم منهى عنه في الشريعة.⁽⁴⁾

(1) _ فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 36.

(2) _ عبد المالك المطلق، المرجع السابق، ص 105.

(3) _ سورة النساء، الآية 23.

(4) _ فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 40.

وكذلك في القانون ويظهر ذلك جليا في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان موانع الزواج وذلك في المواد 23 إلى غاية المادة 30 من ذات القانون.

ثالثا: الزواج العرفي والتزوير:

من بين الآثار الجانبية أيضا للزواج العرفي تزوير الوثائق باعتبار أن العقد غير الموثق يكون عرضة للكثير من التشكيك .

ومن بين الآثار التي يرتبها عقد الزواج هي إنجاب الأبناء الذين يحتاجون خلال حياتهم إلى وثائق إدارية خاصة إذ تعلق الأمر بالتسجيل في المؤسسات التعليمية ، أو الحصول على التعويضات ، والمنح العائلية ، فليجاً الأفراد إلى الطرق الاحتيالية لاسيما التزوير والتي عادة ما يؤدي اكتشاف أمرها إلى جر الأفراد إلى المحكمة ومن أمثلة ذلك :

قضية رقم 767 / 03 إذ المدعية طالبت بإسقاط نسب البنت بعدما قام والدها بتسجيلها على زوجته المتوفاة حتى تتحصل على ميراثها، وكذلك القضية رقم: 04/1824 حيث قام الزوج بتسجيل زواجه العرفي في سجلات الحالة المدنية باسم أخت زوجته وبصمت زوجته وحصول هذه الأخيرة على بطاقة تعريف، وبطاقة الناخب، وحساب بريدي باسم أختها ولقد تقاضت منح زوجها على ذلك الأساس.⁽¹⁾

الفرع الثاني: آثار الزواج العرفي على الزوجين:

باعتبار أن عقد الزواج العرفي في مفهوم المجتمع الجزائري أنه عقد صحيح وشرعي إذا كان مستوفيا كل الأركان والشروط فإنه يترب عليه ما يترب على عقد الزواج الرسمي والتي تتمثل في كل من:

أولا: حقوق الزوج على زوجته:

1) حق الطاعة:

أوجب الله تعالى على المرأة أن تطيع زوجها طاعة مطلقة في غير معصية الله، أما الطاعة فيقصد بها موافقتها إياه واستجابتها لطلبه وتلبية رغباته.⁽²⁾

(1) ناسلي حميدة، المرجع السابق، ص 86.

(2) عبد رب النبي علي الجارحي، المرجع السابق، ص 71.

وقد أشار الله سبحانه وتعالى إلى ذلك بقوله: "فَالصَّالِحَاتُ قَاتِنَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ
بِمَحَافِظِ اللَّهِ".⁽¹⁾

نقول أن واجب طاعة الزوجة لزوجها ما لم يكن في ذلك معصية الله عز وجل من الواجبات المقدسة وما يعزز ذلك أن قانون الأسرة الجزائري في المادة 222 منه. يحيلنا إلى الشريعة الإسلامية. ومن أدلة ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها".

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة". وهذه الأدلة وغيرها توجب على المرأة طاعة زوجها واحترامه باعتباره رب الأسرة وأب أولادها ورفيق دربها في السراء والضراء ولا يعقل أن تأمر المرأة بعصيان زوجها وهي معه في سقف واحد، ويربطهما مصير واحد، وحياة واحدة، وهدف واحد. وكل ذلك في حدود الشرع والقانون وعلى الزوجة استئذان زوجها في كل شيء.⁽²⁾

(2) حق القوامة والتوجيه:

الأصل في القوامة والتوجيه قوله تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً إن الله كان علياً كبيراً".⁽³⁾

الآية الكريمة هي الأصل في كل حقوق الرجل على زوجته فالله عز وجل جعله قواماً عليها، بمعنى أنه يقوم على أمرها كما يقوم الوالي على رعيته، بالأمر والنهي والتوجيه والتأديب.⁽⁴⁾

(1) سورة النساء، الآية 34.

(2) يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، دون طبعة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2007، ص 37-38 .

(3) سورة النساء، الآية 34.

(4) عبد رب النبي علي الجارحي، المرجع السابق، ص 73.

(3) ولادة التأديب:

من حق الزوج على زوجته أن يقوم بتأدبيها في حدود ما يسمح به القانون والشرع. ومادام الزوج هو رب الأسرة فحال عدم قيام الزوجة بطاعة زوجها بإمكانه تأدبيها بالموعظة الحسنة أو بالهجر في المضجع أو الضرب غير المبرح .⁽¹⁾

ثانياً : حقوق الزوجة على زوجها :

و هي الأخرى تنقسم إلى حقوق مالية و أخرى غير مالية:

1) - الحقوق المالية :

أ)- **الصدق (المهر)**: و هو المال الذي يدفعه الزوج حقاً للمرأة بمقتضى عقد الزواج، و لقدر سيق الإشارة له في أركان وشروط عقد الزواج.

ب)- **النفقة**: و هي ما تحتاج إليه الزوجة من طعام و مأكل و ملبس و مسكن و غطاء و خدمة، وكل ما تحتاج إليه المرأة في معيشتها.

والنفقة واجبة على الرجل وهذا الوجوب ثابت بالكتاب والسنة والإجماع وحتى القانون.⁽²⁾

لقوله تعالى: "لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاهم ..."⁽³⁾ والدليل من السنة قول الرسول صلى الله عليه وسلم في خطبة الوداع: "اتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهمن عليكم رزقهن وكسوتنهن بالمعروف".

والنفقة تجب على الزوج بسبب تفرغ الزوجة لحياتها الزوجية بناء على عقد الزواج الصحيح، فإذا أبرم العقد صحيحاً وتواترت سائر أركانه وشروطه ثم أخذ الزوج صورته المتكاملة بالدخول والاستقرار في بيت الزوجية فإن نفقة الزوجة تصبح واجبة على الزوج شرعاً من لحظة استقرارها في بيته.⁽⁴⁾

(1) عبد رب النبي علي الجارحي، المرجع السابق، ص 73.

(2) عبد رب النبي علي الجارحي، المرجع السابق، ص ، 75.

(3) سورة الطلاق، الآية 7.

(4) ممدوح عزمي، الزواج العرفي، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، 1997، ص 36.

ولقد نصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78-79-80 من ذات القانون والنفقة توجب على الزوج حتى ولو كانت الزوجة ميسورة الحال ولا تسقط نفقة الزوج على زوجته إلا بناء على مبرر أو مبررات شرعية.⁽⁴⁾ ولا تسقط النفقة إلا لأحد الأسباب التالية: نشوز الزوجة، الطلاق، موت الزوج، وتجب النفقة في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية وفي حدود طاقة الزوج.

ج) حرية الزوجة في التصرف في مالها:

هذا الحق أقرته الشريعة الإسلامية وأكده قانون الأسرة في المادة 37 منه لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منها .⁽¹⁾

ومن أدلة ذلك في الكتاب: الآية الكريمة:"...لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مَا اکْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مَا اکْتَسَبْنَ..."⁽²⁾

2) الحقوق غير المالية للزوجة:

هذا النوع من الحقوق لا يقدر بمال لذلك تم التعبير عنه بالحقوق غير المالية التي يمكن أن نطلق عليها الحقوق الأدبية أو الحقوق المعنوية.

أ) عدم الإضرار بالزوجة :

ويقصد بعدم الإضرار بالزوجة أن يبتعد عن كل ما يؤذيها ولقد نهى الله تعالى عن ذلك في نصوص كثيرة منها : قوله تعالى :"...فَامْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرْحُونَ بِمَعْرُوفٍ، وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ..."⁽³⁾

(1) يوسف دلاندة ، المرجع السابق ، ص.33

(2) سورة النساء الآية 33.

(3) سورة البقرة الآية 231.

وقوله تعالى: "وَاعْشُرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ".⁽¹⁾

فعلى الزوج أن يوفي حق زوجته وألا يعبس في وجهها بغير ذنب وأن يكون ملتطفاً في القول لا فطا لا غليظاً.

ولقد ضرب النبي صلى الله عليه وسلم المثل الأعلى في معاملة الناس، وفي معاملة نسائه بصفة خاصة، فقد روى أحمد الترمذى عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أَكْمَلَ الْمُؤْمِنِينَ إِيمَانَهُ أَحْسَنَهُمْ خَلْقًا وَخَيْرَكُمْ لِنَسَائِهِمْ".

ب) العدل في المعاملة بين الزوجات عند التعدد:

ومعنى العدل هنا ، هو عدم الوقوع في عصية الظلم ، والتسوية بين الزوجات في الأمور المطلوبة شرعاً، والممكنة طبيعاً، وهذا حتى لا تقضي حياة الأسرة إلى شقاق أو أحقاد وضغائن.

وذلك لقوله تعالى : "فَإِنْ خَفْتُمُ الْأَنْعَامَ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلِكُهُ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَا تَعْدِلُوا...."⁽²⁾ . ومسألة العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة أقرها المشرع الجزائري في المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري بالنص على أنه: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة وفي حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتتوفرت شروط ونية العدل".

وصورة العدل تتجسد في الفراش، في الإنفاق، وفي كل الأمور الحياتية المعنية والمادية.⁽¹⁾

ج) زيارة الأهل واستضافتهم بالمعروف:

إن زيارة الزوجة لأهلها حق لها، طالما أنها لا تتعسف في استعماله ولا يستطيع الزوج منعها من ذلك إلا لخوف عدم الأمن عليها وقد قال الفقهاء أن لها حق زيارة والديها مرة كل أسبوع، إذا كانوا يقطنون في نفس المدينة.

(1) سورة النساء، الآية 19.

(2) سورة النساء، الآية 03.

(3) بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول ، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 163

كما لها الحق في استضافة أهلها بالمعروف أي في حدود اللزوم، ولمدة مقبولة، وفي الأوقات المناسبة حتى لا تتحول إلى أدلة تخريب بين الزوجين وعلى حساب رعاية الأولاد.⁽¹⁾

ثالثاً : الحقوق المشتركة بين الزوجين :

نقصد بالحقوق المشتركة بين الزوجين تلك الحقوق الثابتة بين الزوجين معاً، وعليهما معاً فهي حقوق لهما وفي نفس الوقت هي بذاتها واجبات عليهما و من مجمل هذه الحقوق ما نصت عليه المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري و هي كالتالي:

- 1) المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
- 2) المعاشرة بالمعروف و تداول الاحترام و المودة و الرحمة.
- 3) التعاون على مصلحة الأسرة، رعاية الأولاد، و حسن تربيتهم.
- 4) تشاور في تسبيير شؤون الأسرة ، و في تباعد الولادات.
- 5) حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و أقاربه و احترامهم و زيارتهم.
- 6) المحافظة على روابط القرابة و التعامل مع الوالدين الأقربين بالحسنى.
- 7) زيارة كلا منهما لأبويه و أقاربه، و استضافتهم بالمعروف.

الفرع الثالث: مدى ملائمة الآثار السابقة المذكورة على الزواج العرفي

إذا كنا أمام زواج رسمي، فإن هذه الآثار تطبق على العلاقة الزوجية فيما بين الزوجين و يحق لكليهما المطالبة بحقوقه و عليه التحمل بالتزاماته المقابلة لهذه الحقوق. و في حالة إخلال أحدهما بواجباته فيتحقق للأخر رفع الأمر إلى القضاء مطالباً بإلزام الزوج الآخر بأداء واجباته.⁽²⁾

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 163

(2) عبد رب النبي علي الجارحي، المرجع السابق، ص 78

و بالنسبة لهذه الآثار هي نفسها الآثار التي يرتبها عقد الزواج العرفي الكامل للأركان و الشروط ، و هذا ما اتجهت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 22/11/1986 بأنه : " إن كل زواج عرفي يعتبر صحيحاً متى توافرت فيه الأركان و الشروط حتى ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية، و تترتب عليه كافة آثار عقد الزواج، وكافة الحقوق الزوجية."⁽¹⁾ غير أنه نجد أن عقد الزواج غير المسجل لا يمكن من خلاله أن الزوجين أن يطالبا الآخر بحقوقه في حالة ما إذا تعمت أحد الزوجين للقيام بواجباته فلا يحق للطرف الآخر إجباره أو توقيع عقوبات له أو اللجوء إلى القضاء للمطالبة بذلك باعتبار أن هذا الزواج غير موثق بسجلات الحالة المدنية و يظهر ذلك جلياً فيما يتعلق بالحقوق المالية للزوجة و المتمثلة فيما يلي :

أولاً: حق الإنفاق :

كما سبق ذكره فإن النفقة تستحق من يوم الدخول، غير أنه فيما إذا تعنط الزوج عن الإنفاق على زوجته فلا يمكنها اللجوء إلى العدالة للمطالبة بحق النفقة إلا إذا أثبتت علاقتها الزوجية به، وصحة العقد ولو أقر الزوج بعقد الزواج العرفي واعتراض على طلب النفقة فان المحكمة لا تحكم لها بالنفقة حتى ولو أنها فعلا لم تتحصل عليها.

و هذا ما نصت عليه المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1987/02/07 بأنه: "طالما لم تتب الزوجة علاقة الزوجية فإنها تبقى بدون صفة و مطالبتها بحقوقها المالية تكون غير مؤسسة إذا طالبت بإثبات علاقة الزوجية، و النفقة وفشل في إثبات عقد زواجها .⁽²⁾ فإذا لم تحز الزوجة على أي وثيقة تثبت زواجها العرفي بالزوج فإنها لا يمكن لها المطالبة بأي تعويضات أو حقوق أمام هيآت التأمين أو الضمان الاجتماعي مثلا.

ثانياً: حق الارث :

إن عقد الزواج الصحيح يتربّ على حق ثبوت الإرث بين الزوجين، و ذلك إذا مات

(1) بداوى على ، مقال عقود الزواج العرفية ، مجلة قضائية ، 2002 ، العدد 02 ، ص39.

(2) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1987/02/07 ، المجلة القضائية، سنة 1990، ص65. (ذكرت في مذكرة ناسلي حميدة).

أحد الزوجين أثناء الحياة الزوجية أو في العدة.⁽¹⁾
أو من طلاق رجعي بالاتفاق و الدليل قوله تعالى: " و لَمْ نُصْفِه مَا تَرَكَ أَزْوَاجُهُ إِنْ لَهُ
يُكَنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ... " ⁽²⁾

غير أنه إذا كان هذا الزواج عرفي فإنه من الممكن أن يضيع حق الزوج إذا لم يستطع
إثبات هذا الزواج.

كان يتوفى رجل متزوج زوجا رسميا و زوجا عرفيا فتتقدم الزوجة من الزواج العرفي
بتطلب حقها من الميراث، و تصطدم بإنكار باقي الورثة لها، و مع عدم إمكانية إثبات عقد
الزواج لأنها تحرم من حقها المخول لها شرعا، كما أن مركز الزوجة المتزوجة عرفيا يبقى
عرضة للتجريح من طرف الورثة محاولة منهم حرمانهما من الميراث.

و مثل ذلك وقائع القضية التي فصل فيها بموجب قرار صادر في 2004/06/05 رقم 2004/16 الذي فيه حاولت زوجة المتوفى من زواج رسميا لتشكيك في عقد الرجعة
للزوجة الثانية من عقد عرفي.

ثالثاً : الصداق المؤجل :

فلا بد للزوجة إثبات علاقة الزوجية و إثبات عدم تسلمهما له، فإذا لم تتمكن من إثبات
العلاقة الزوجية في الزواج العرفي فلا وجه للمطالبة بالصداق المؤجل باعتبار أنه قائم على
الدليل الذي هو الوثيقة التي تثبت عقد الزواج.

أما فيما يتعلق بالآثار الأخرى فإن عقد الزواج بدون وثيقة رسمية يكون دائما عرضة
للإنكار.

فإذا ما أنكره أحدهما و عجز الآخر عن الإثبات فإنه لا يمكن للطرف الآخر المطالبة
بحقوقه أمام القضاء.

و بالتالي نستنتج أن الزواج العرفي حتى وإن كان صحيحا من الناحية الشرعية
باعتباره مكتمل الأركان و الشروط إلا أن اصطدامه بالواقع العملي و المعيشي، تتجرعنه عدة
مشكلات و ضياع للحقوق خاصة بالنسبة للمرأة.

(1) عبد المالك بن يوسف المطلق، المرجع السابق، ص 105.

(2) سورة النساء، الآية 12.

الفصل الثاني: إثبات الزواج العرفي

إن الزواج العرفي في المجتمع الجزائري على خلاف ما عرف في المشرق يعتبر زواجا شرعاً تتتوفر فيه جميع الشروط من ولد وصادر وشهود، ولكنه يفتقر إلى التسجيل الإداري لتوثيقه وترسيمه من أجل ضمان الحقوق الزوجية والتمتع بالحماية القانونية.

المبحث الأول: توثيق عقد الزواج العرفي

انطلاقاً من نص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري فإنه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون".

وبناءً على نص هذه المادة فإن عقد الزواج يجب أن يكون موثقاً أمام الموثق أو موظف عام في إطار منظم، ووفقاً لما نص عليه قانون الحالة المدنية الجزائري وتماشياً مع ما جاء في نص المادة 22 من نفس القانون بأنه يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا ما توافرت فيه أركانه وشروطه وفقاً لهذا القانون، ومن خلال هذه النصوص القانونية تظهر لنا أهمية التوثيق في العقود وبالتحديد في الزواج العرفي.

المطلب الأول: مشكلة الزواج العرفي :

لا يمكن إثبات الزواج أو الرابطة الزوجية إلا بعد مدني هو عقد الزواج، وهو عبارة عن سند توثيقي يقوم بتحريره وتسجيله ضابط الحالة المدنية، وعليه فان أي شخص يدعي انه مرتبط مع شخص آخر بموجب عقد زواج لا يقبل منه هذا الإدعاء إلا إذا كان بيده نسخة من عقد الزواج مستخرجة من الحالة المدنية.

وعلى أساس ذلك فإنه لا يسمح لأي أحد يدعي أنه زوج و يطالب بما يتربى عن الزواج من حقوق أن يتقدم إلى القضاء من أجل الحكم له بطلباته إلا إذا قدم بين يدي القاضي نسخة مستخرجة من سجلات الحالة المدنية تثبت قيام عقد الزواج من وجهة النظر القانونية⁽¹⁾.

(1) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الإجراءات الجزائية في ثوبه الجديد ، الطبعة 4 ، دار هومة ، الجزائر 2013 ، ص 163

أما إذا تم إبرام عقد الزواج العرفي على يد أي شخص مؤهل أو إمام كما هو معروف عندنا، وبحضور جماعة من المسلمين، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فإنه ليس أمام هذا الشخص إلا اللجوء إلى المحكمة من أجل تثبيت هذا الزواج.⁽¹⁾

الفرع الأول: الإجراءات الإدارية للزواج

يقصد بإجراءات الزواج الترتيبات الإدارية التي تسبق العقد ، وكذلك التي يتشرطها القانون في العقد ذاته بهدف تسجيله وإشهاره⁽²⁾. ويمكن التعرض لهذه الشروط في النقاط التالية:

أولاً: شرط الشخص المؤهل قانوناً لإبرام عقد الزواج

نصت المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون" وما يمكن استنتاجه من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد حصر الشخص الذي له الحق في إبرام عقد الزواج في الموظف المؤهل قانوناً أو الموثق ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد من هو هذا الموظف وهذا ما يؤدي بنا للاعتماد على عبارة "موظف مؤهل قانوناً".

وبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية رقم 70/20 المؤرخ في 1970 وبالضبط في المواد 71 ، 76 و 104 والتي حددت الموظف المؤهل بتحرير عقد الزواج وهم كالتالي : ضابط الحالة المدنية، القاضي، الموثق وهذا داخل الوطن، أما خارج الوطن فقد خولت هذه المواد الصلاحية إلى الموظفين الدبلوماسيين القنصليون، السلطات المحلية.

ثانياً: شرط إتباع إجراءات تحرير عقد الزواج

لكي يقوم أحد الأشخاص المؤهلين قانوناً بتحرير عقد الزواج بإبرام عقد الزواج يجب أن تتوافر لديه عدة شروط هي:

(1) _ بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 143

(2) _ بلحاج العربي، نفس المرجع أعلاه ،ص 133 .

١) توفر الوثائق المطلبة قانوناً :

لم ينص قانون الأسرة على الوثائق المطلبة لكي يحرر الشخص المؤهل قانوناً عقد الزواج إلا على وثيقة واحدة نص عليها في المادة 20 وهي عقد الوكالة الخاصة في حالة ما إذا ناب عن الزوج وكيلاً عنه في إبرام عقد الزواج ، ونص قانون الأسرة في المادة 21 منه على أن إجراءات تسجيل عقد الزواج تخضع لأحكام قانون الحالة المدنية وهذا الأخير حدد هذه الوثائق في نص المواد 74، 75 و 76 منه والتي تتمثل في:

ـ شهادة ميلاد كل من الزوجين لا تتعذر مدتها ثلاثة أشهر، وإن لم توجد أجاز لهم تقديم ملخص حكم فردي أو جماعي المثبت للولادة، وإن لم يوجد يقدم الدفتر العسكري أو بطاقة التعريف الوطني أو الدفتر العائلي للوالدين وهذا وفقاً لنص المادة 74 من قانون الحالة المدنية.

ـ شهادة إقامة للزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية وهذا بالنسبة للشخص الذي لم يكن ضابط الحالة المدنية على إطلاع على مسكنه أو محل إقامته وفقاً لنص المادة 75 من قانون الحالة المدنية.

ـ تقديم الترخيص المقدم من القاضي بالنسبة للذي لم يتتوفر فيه شرط السن القانوني للزواج وفقاً لنص المادة 76 من قانون الحالة المدنية.

ـ تقديم رخصة الزواج التي يتطلبها القانون بالنسبة لبعض الفئات المذكورة والمحددة وهم الأجانب، موظفي الأمن الوطني، أفراد الجيش الشعبي الوطني والدرك الوطني.

ـ شهادة وفاة الزوج السابق أو حكم الطلاق النهائي بالنسبة للزوجة التي كانت متزوجة وانحلت علاقتها الزوجية بسبب الطلاق أو الوفاة.

٢) تسجيل عقد الزواج والبيانات التي ترد فيه:

لم ينص قانون الأسرة على كيفية تسجيل عقد الزواج واكتفى في نص المادة 18 منه على أن الشخص المؤهل قانوناً لإبرام عقد الزواج أن يراعي توافر ما نصت عليه المادة 09 من قانون الأسرة فقط .⁽¹⁾ وبالرجوع إلى أحكام قانون الحالة المدنية في مادته 72 نجد أنها تفرق بين حالتين:

ـ إذا كان المؤوثق فغنه يقوم بتسجيل العقد في سجلاته ويسلم للزوجين شهادة تثبت ذلك يقوم

(1) www.startimes.com

بإرسال ملخص عن العقد في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه

في سجل الحالة المدنية خلال مهلة ثلاثة أيام ابتداء من تاريخ تسليمه، و يمنح للزوجين دفترا عائليا ويسجل بيان الزواج على هامش عقد ميلادهما وهذا وفقا لنص المادة 72 فقرة 02 من قانون الحالة المدنية.

ب) إذا كان ضابط الحالة المدنية فانه وفقا لنص المادة 72 فقرة 01 من قانون الحالة المدنية فان ضابط الحالة المدنية يقوم بتسجيل عقد الزواج بعد تمامه أمامه ويسلم إلى الزوجين دفترا عائليا.

هذا عن الكيفية التي يجب إتباعها لتسجيل عقد الزواج أما فيما يخص البيانات التي يجب أن ترد في عقد الزواج كعقد هي وفقا لنص المادة 73 من قانون الحالة المدنية كالتالي:

- _ ذكر بان عقد الزواج قد تم وفقا للشروط القانونية.

- _ ذكر كل من ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ميلاد كل من الزوجين.

- _ ذكر األلقاب وأسماء والدي الزوجين.

- _ ذكر ألقاب وأسماء ومهن الشهود.

- _ ذكر الترخيص بالزواج المنصوص عليه قانونا بالنسبة التي يتطلب القانون فيهم ذلك.

- _ ذكر الإعفاء من السن الممنوح من القاضي بالنسبة للزوج أو الزوجين اللذين لم يكملوا

- سن الأهلية القانونية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الإجراءات التنظيمية

جاءت هذه الإجراءات في نصوص مختلفة صادرة عن جهات إدارية وتشريعية متعددة ، تجعل زواج الأشخاص خاضعا لرخصة أو لموافقة مسبقة من الغير أو الإدارة المختصة. ومن هنا تنص المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري بأنه: " يخضع زواج الجزائريين، والجزائرات بالأ جانبي الجنسين إلى أحكام تنظيمية".

(1) www.startimes.com

أي إلا بعد الحصول على رخصة مكتوبة من الولي، كما انه لا يجوز لموظفي الأمن الوطني عقد زواجهم دون ترخيص كتابي مسبق من الجهة التي لها سلطة تعينهم.

كما انه بالنسبة للأشخاص الجزائريين الذين لم يبلغوا السن القانونية للزواج المحدد في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري فإنه لا يمكنهم عقد زواجهم قبل بلوغ سن أهلية الزواج وهي 19 سنة كاملة إلا بموافقة القاضي القائم برئاسة المحكمة وذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

وهنا، ويجوز للسلطة المختصة بمنح رخصة اتخاذ الإجراءات الالزمة لحفظ مصلحة الآمن الوطني ، وذلك للحفاظ على النظام العام ، والذي نراه في هذا الشأن هو ضرورة تحريم الزواج بال الأجنبيةات على رجال السلك الدبلوماسي وموظفي الآمن الوطني، حتى لا تتعرض المصالح الوطنية للخطر ولا تتسرب أسرار البلد إلى الغير⁽¹⁾.

وباعتبار أن الزواج العرفي لم يسبق له أن أبرم أمام المحكمة أو البلدية فإنه لا يخضع في تسجيله إلى هذه الشروط الإدارية والتنظيمية كلها، فلا بد من اللجوء إلى المحكمة، وتقديم الأدلة والحجج والبيانات التي تؤكد قيام عقد الزواج بجميع الشروط.

وكما أنه لا يوجد نص يحرم أو يعاقب على الزواج العرفي لا في قانون الأسرة ولا في القوانين الأخرى فلا مانع من إدراجه في سجلات الحالة المدنية، إذا توافرت

(1) - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 139-146.

فيه أحكام التشريع الإسلامي وشروط المادة 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، وهذا حماية لقواعد النظام العام من جهة وحماية لمصالح الزوجة ومصالح الأولاد الناتجين عن مثل هذا الزواج من جهة أخرى.

ويترتب على هذا وجوب تدخل النيابة العامة عند الضرورة، ولو من تلقاء نفسها للمطالبة بتسجيل عقود الزواج المغفلة أو المهملة بموجب حكم قضائي صادر عن المحكمة المختصة لأن تسجيل عقود الزواج يدخل ضمن قواعد النظام العام الجزائري.⁽¹⁾

المطلب الثاني: تسجيل عقد الزواج العرفي

لقد صدرت نصوص كثيرة منذ الاستقلال قصد معالجة مسألة العقود

العرفية منها:

1- القانون رقم: 63/224 المتضمن تحديد سن الزواج و تسجيله

2- الأمر رقم: 62-72 المؤرخ في: 16 سبتمبر 1969 المتعلق بمعالجة وضعية عقود الزواج التي أبرمت قبل هذا التاريخ وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية

3- الأمر 20/70 المؤرخ في: 19 فيفري 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية

4- القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المعدل و المتم المتضمن قانون الأسرة.

و رغم كثرة هذه النصوص القانونية التي حاولت معالجة هذه المشكلة إلا أنها لم تتحقق الغاية منها، فبقيت عقود الزواج العرفية سائدة و بشكل كبير، مما نجم عنه عدة مشاكل، و من اكبر المشاكل التي يطرحها الزواج العرفي هو كيفية إثباته، و ما هي الجهة المختصة بإثباته؟

و باستقراء أحكام المادة 39 من قانون الحالة المدنية، و المادة 22 من قانون الأسرة، فإننا نلاحظ فرقا في الإجراءات الواجب إتباعها فيما يخص تسجيل عقود الزواج العرفية، حيث أن قانون الحالة المدنية يشير إلى أن التسجيل يتم بناء على أمر بسيط بناء على عريضة يقدمها وكيل الجمهورية إلى رئيس المحكمة مرفقة بالوثائق التي يقتضيها العقد، في حين أن

(1) بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 144

قانون الأسرة ينص على أن إثبات عقد الزواج يتم بموجب حكم صادر من قاضي الأحوال الشخصية بعد إجراء تحقيق لإثبات الزواج.

و هو الأمر الذي يؤدي إلى التساؤل متى تطبق أحكام قانون الحالة المدنية و متى تطبق أحكام قانون الأسرة بالرجوع إلى طلبات تسجيل عقود الزواج العرفية هناك حالتين:
الحالة الأولى: حالة عدم وجود نزاع حول إثبات واقعة الزواج سواء بين الزوجين أو بين ورثهما.

الحالة الثانية: حالة وجود نزاع حول إثبات واقعة الزواج بين الزوجين أو بين ورثهما و تختلف إجراءات إثبات عقد الزواج وفقا للحالتين السابقتين كما يأتي:

الفرع الأول: تسجيل عقد الزواج العرفي في حالة عدم وجود نزاع

يعتبر عقد الزواج من عقود الحالة المدنية التي يجب تسجيلها، و في حالة عدم تسجيلها يعتبر من العقود المغفلة و غير المصر بها، و التي نظمها قانون الحالة المدنية في المواد من 39 إلى 41، حيث حدد الجهة المختصة بإثبات عقد الزواج و بين ما هي الإجراءات الواجب اتباعها لإثباته و تسجيله.

أولاً: الجهة القضائية المختصة

لقد حددت المادة 39 من قانون الحالة المدنية الجهة القضائية المختصة بالنظر في طلبات إثبات عقود الزواج المغفلة أو غير المصر بها في وقتها و التي لم تكن موضوع نزاع بين الزوجين أو بين ورثهما، و حصرتها في رئيس محكمة الدائرة القضائية التي ينبغي تسجيل عقد الزواج بها. ⁽¹⁾

إلا أن هناك من يرى أن الجهة القضائية المختصة هي قاضي الأحوال الشخصية لدى المحكمة حتى و لو لم يوجد أي نزاع، و ذلك تطبيقا لنص المادة 22 من قانون الأسرة التي نصت على أنه لا يثبت الزواج إلا بمستخرج من الحالة المدنية، أو بموجب حكم، و باعتبار أن الأمر المعمول به عبر مختلف المحاكم، حيث أن قاضي الأحوال الشخصية هو المختص بإثبات عقد الزواج حتى في حالة عدم وجود نزاع ، و منها محكمة البيض، إلا أنه

(1) سالمي سميرة، إجراءات عقد الزواج الرسمي و طرق إثبات عقد الزواج العرفي و الرسمي، المرجع السابق، ص 34.

من المفروض على قاضي الأحوال الشخصية عندما ترفع أمامه دعوى لإثبات عقد الزواج ولم يكن هذا الأخير موضوع نزاع أن يقضي بعدم قبول الدعوى شكلاً لأنعدام المصلحة، و ما على الطرفين إلا توجيه عريضة إلى السيد وكيل الجمهورية لطلب تسجيل عقد الزواج، طبقاً لنص المادة 39 من قانون الحالة المدنية، باعتبار أنه لم يتم إلغاؤها أو تعديلها مما يجعلها صالحة للتطبيق.

ثانياً : الإجراءات المتبعه

إذا تم الزواج العرفي وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية و تم الدخول بالزوجة ولم يكن موضوع نزاع بين الزوجين أو بين ورثتهما فإن إجراءات إثبات و تسجيل عقد الزواج تتم كما يلي:

- تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجين معاً أو من له مصلحة إلى السيد وكيل الجمهورية للهجة التي أبرم فيها العقد العرفي، مرفقاً بشهادة ميلاد كل من الزوجين.
- يقوم السيد وكيل الجمهورية بإحالة الطلب مرفقاً بعربيضة إلى القاضي المكلف بالحالة المدنية، يلتزم فيها بتصدار أمر بتسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية بأثر رجعي.

و بناءً على ذلك يقوم القاضي المكلف بالحالة المدنية بالتحقيق عن طريق سماع الزوجين و التأكد من توافر أركان و شروط عقد الزواج، و سماع الشهود و الولي، ليقوم فيما بعد بإصدار أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية، على أن تحفظ النسخة الأصلية من الحكم بأمانة ضبط قيد الحالة، و ترسل نسخة إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية التي أبرم في إقليمها عقد الزواج العرفي ليقوم بتسجيل عقد الزواج في سجلات الزواج للسنة الجارية بتاريخ انعقاده، كما يقوم بالتأشير على هامش عقدي ميلاد الزوجين في سجلات الميلاد، و يرسل نسخة من الإشعار بالزواج إلى أمين الضبط المكلف بالحالة المدنية لدى المجلس القضائي أين تحفظ النسخة الثانية من سجل الميلاد ليؤشر على هامش عقدي ميلاد الزوجين أو كليهما غير مولودين في إقليم البلدية التي سجل فيها عقد الزواج يقوم ضابط الحالة المدنية بإرسال إشعار بالزواج إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية المولود بإقليمها أحد الزوجين و نسخة أخرى إلى المجلس القضائي أين تحفظ النسخة الثانية من سجل المواليد للتأشير على عقد الميلاد.

و يعتبر الأمر الصادر بتسجيل الزواج أمرا ولائيا غير قابل للطعن فيه لا بالمعارضة و لا بالاستئناف، و لكنه قابل للمراجعة أمام نفس القاضي إذا وقع فيه خطأ.

هذا فيما يتعلق بعقود الزواج المبرمة داخل الوطن، أما فيما يخص عقود الزواج المبرمة خارج الوطن فإن المحكمة المختصة بإثبات عقد الزواج هي محكمة الجزائر العاصمة طبقا لنص المادة 100 و 101 من قانون الحالة المدنية ، لأن الحالة المدنية للجزائريين المقيمين في الخارج تصح على مستوى مكتب الحالة المدنية لوزارة الشؤون الخارجية الكائن مقرها بالجزائر العاصمة.

أما بالنسبة للإجراءات المتبعة فإنها نفس الإجراءات السابق ذكرها، حيث يتم تقديم طلب مكتوب إلى السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة الجزائر العاصمة مع إرفاقه بشهادة ميلاد الزوجين ثم بعد ذلك يقوم وكيل الجمهورية بإعداد عريضة إلى القاضي المكلف بالحالة المدنية الذي يتولى التحقيق، ليقوم بعد ذلك بإصدار أمر بتسجيل عقد الزواج، حيث يحتفظ بالنسبة الأصلية لدى أمانة الضبط و ترسل نسخة أخرى إلى مصلحة الحالة المدنية لدى وزارة الشؤون الخارجية.

الفرع الثاني: تسجيل الزواج العرفي في حالة وجود نزاع

و هي الحالة التي يدعي فيها أحد الزوجين أنه عقد قرانه مع الزوج الآخر عرفيا، و يتذكر الزوج الثاني للرابطة الزوجية، أو يحصل نزاع بين أحد الزوجين و ورثة الآخر، أو بين ورثتهما بعد وفاتهما بشأن صحة و وجود واقعة الزواج العرفي.

أولا: الجهة القضائية المختصة

لم يفرق نص المادة 39 من قانون الحالة المدنية بين حالة وجود أو عدم وجوده، و مثله نص المادة 22 من قانون الأسرة، إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة للإثبات فإن الزواج عبارة عن واقعة مادية و في حالة إنكارها من أحد الطرفين بما على الطرف الآخر إلا رفع دعوى لإثبات عقد الزواج بكل طرق الإثبات أمام قسم شؤون الأسرة لدى المحكمة المنعقد في دائرة اختصاصها عقد الزواج العرفي.

ثانياً: الإجراءات الواجب اتباعها

يرفع طلب إثبات عقد الزواج العرفي في حالة وجود نزاع على شكل عريضة أمام قسم شؤون الأسرة طبقاً للقواعد المقررة في قانون الإجراءات المدنية، حيث ترفع الدعوى من قبل أحد الزوجين ضد الآخر المنكر للزواج، أو من ورثة أحدهما ضد الآخر، أو من له مصلحة ضد وكيل الجمهورية باعتباره طرفاً أصلياً في جميع الدعاوى التي تتعلق بشؤون الأسرة⁽¹⁾.

و لم يحدد قانون الأسرة مدة معينة لرفع دعوى إثبات الزواج، إلا أنه يجوز رفعها في أي وقت ولو بعد مرور عشرات السنين و هو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم : 71732 المؤرخ في: 1991/04/23 و الذي جاء فيه : "من المبادئ المستقر عليها قضاء و قانوناً أن دعوى إثبات الزواج غير محددة بمهلة معينة، و من ثم فإن النهي على القرار المطعون فيه بمخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات غير سديد يتوجب رفضه"⁽²⁾ .

و بعد تلقي القاضي المكلف بقسم شؤون الأسرة للملف يقوم بدراسته ليشرع في التحقيق في مدى صحة الواقع التي يزعم بها أحد الزوجين، حيث يقوم بسماع كل من المدعي و المدعى عليه في محاضر يوقع عليها كل من الطرفين و القاضي و أمين الضبط. ثم يقوم بعد ذلك بسماع الشهود المقدمين من طرف المدعي في محضر واحد بعد التأكد من هويتهم و درجة قربتهم بأطراف الدعوى لأداء اليمين القانونية ثم يقوم باستجوابهم حول واقعة الزواج و مدى توفر أركانه و شروطه.

و يشترط في الشاهدين أن يكونا ذكرين أو ذكر و أنثيين ذلك انه لا تجوز شهادة امرأتين لإثبات عقد الزواج وفقاً لما قررته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، منها القرار رقم: 34137 المؤرخ في: 1984/10/08 الذي جاء فيه : "من القواعد المقررة شرعاً أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما و أنكرها الآخر فان إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي، و الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفًا لأحكام الشريعة الإسلامية و لما كان من الثابت في

(1) المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

(2) - المجلة القضائية العدد 02 لسنة 1993 ص 51

قضية الحال أن القرار المطعون فيه جاء خالياً من أي حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعاً فان تقريره بوجود الزواج يعد مخالفًا لأحكام الشريعة ومخطاً في فهم أنواع الشهادات في الفقه ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

و يجوز سماع شهادة الأقارب في إثبات عقد الزواج باعتباره من قضايا الحال، وذلك وفقاً لنص المادة 335 من قانون الإجراءات المدنية و لما قررته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها القرار رقم: 264884 المؤرخ في: 19/09/2001 الذي جاء فيه: "انه يجوز سماع شهادة الأقارب في الدعاوى الخاصة بمسائل الحالة و الطلاق، فان القضاء بإثبات الزواج العرفي بعد المراجعة بناء على شهادة الأقارب بعد توافر أركان الزواج يعد تطبيقاً سليماً للقانون"⁽²⁾.

وكذلك القرار رقم: 188707 المؤرخ في: 17/03/1998 الذي جاء فيه: " من المقرر قانوناً أنه يجوز سماع شهادة الأقارب باستثناء الأبناء في الدعاوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق"⁽³⁾.

وتعتبر الشهادة دليل كافٍ لإثبات عقد الزواج إذا كان أحد الزوجين على قيد الحياة وادعى أحدهما الزواج وأنكره الآخر، وهو ما قررته المحكمة العليا في عدة قرارات منها القرار رقم : 37501 المؤرخ في: 23/09/1985 الذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً أنه يجوز إثبات عقد الزواج بشهادة شهود تفيد وجوده شرعاً ..."⁽⁴⁾.

و كأصل عام لا تجوز الشهادة بشيء لم يره أو يعيشه الشاهد، إلا أنه أجمع الفقه على

(1) ماروك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، ص 51.

(2)- المجلة القضائية عدد 02 لسنة 1993، ص 37.

(3) الاجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص لسنة 2001، ص 44 .

(4) ماروك نصر الدين، نفس المرجع أعلاه، ص 50.

استثناء عدة مسائل من هذا الأصل كالنسب والموت والنكاح والدخول⁽¹⁾، وعليه فإنه يجوز إثبات عقد الزواج بالشهادة عن طريق التسامع وهو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في القرار "من المقرر شرعاً أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانوا متزوجين..."⁽²⁾.

رقم: 53272 الصادر بتاريخ : 1989/03/27 الذي جاء فيه :

أما إذا كان أحد الزوجين متوف وأنكر ورثة هذا الأخير عقد الزواج، فإن شهادة الشهود لا تكفي وحدها لإثبات واقعة الزواج ، بل يجب أن تعزز بيمين الزوج المدعى للزواج، وهو ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم: 240254 المؤرخ في : 1998/09/22 والذي جاء فيه: "يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود وبيمين وهذا طبقاً لقول خليل في باب أحكام الشهادة: "لا نكاح بعد الموت" ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين المطعون ضدها حول إعادة زواجهما العرفي من الهاك إضافة إلى سماع شهادة الشهود طبقاً القانون تطبيقاً سليماً"⁽³⁾. وهو ما جاء كذلك في القرار رقم : 37501 المؤرخ في : 1985/09/23⁽⁴⁾.

ويشترط في الشهادة أن تكون واضحة ، دقيقة، محددة لأركان العقد من ولد وشاهدين وتحديد للصداق، وأن لا تكون متناقضة ن حيث لا يعتمد بالشهادة المتناقضة طبقاً لقرار المحكمة العليا رقم : 58788 المؤرخ في : 1990/03/19 الذي جاء فيه : "من المقرر شرعاً

(1) _ ممدوح عزمي، دعوى ثبوت النسب و دعاوى ثبوت الزوجية و التبني للمسلمين و غير المسلمين، المجلد الثالث، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 33.

(2) _ بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994 ، ص 29 .

(3) _ المجلة القضائية، العدد الثاني لسنة 2000 ص 173.

(4) _ المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1989 ص 95.

أن التناقض في الشهادة يزيل آثارها وينزع الحكم عليها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وحيث ثبت لها في القضية أن أقوال الشاهدين متناقضة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف والقضاء بصحة الزواج يكونوا قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾. وللقاضي السلطة التقديرية الكاملة في تقدير شهادة الشهود ومدى اعتمادها في إثبات واقعة الزواج ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا ، فمتى تأكد من توافر أركان وشروط عقد الزواج قضى [إثبات عقد الزواج العرفي]⁽²⁾.

أما إذا تبين له بعد التحقيق عدم توافر الأركان المقررة شرعاً فإنه يقضي برفض الدعوى ، وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم: 75344 المؤرخ في : 1990/04/30 الذي جاء فيه : " من المقرر شرعاً أن الزواج الذي لا يتتوفر على الأركان المقررة شرعاً يكون باطلاً ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة زوجاً، ولما كان ذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية"⁽³⁾.

وأما إذا تأكد القاضي عند سماعه للشهود أن جميع أركان وشروط العقد متوفرة ماعدا شرط الصداق فليس أن يرفض دعوى إثبات الزواج ، باعتبار أن عدم تحديد الصداق لا يبطل عقد الزواج، ذلك أنه عند النزاع يقضي للزوجة بصدق المثل وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم: 210422 الصادر بتاريخ: 1998/11/17 : إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصدق المثل..."⁽⁴⁾.

(1) الحاج العربي، المرجع السابق، ص 30-31.

(2) ماروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 51.

(3) ماروك نصر الدين، المرجع السابق. ص 50.

(4) الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص لسنة 2001 ، ص 53.

ثالثاً : الحكم القاضي بإثبات عقد الزواج العرفي

بعد الانتهاء من التحقيق و التأكيد من توافر أركان و شروط عقد الزواج المقررة في المواد 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة يصدر القاضي حكمه بإثبات عقد الزواج العرفي. و يجب أن يتضمن الحكم الصادر ألقاب و أسماء و مهنة و سن و موطن كل من الزوجين ، بالإضافة إلى تحديد ألقاب و أسماء و سن و مهنة و موطن الشهود و درجة قرابتهم مع الخصوم وكيفية أداء اليمين مع الإشارة إلى مضمون الشهادة و توافر أركان و شروط العقد مع تحديد حضور الولي و قيمة المهر إن سمي و مكان و زمان انعقاد العقد، مع أمر ضابط الحالة المدنية للبلدية الواقع في دائتها عقد الزواج بتسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية مع التأشير به على هامش عقدي ميلاد كل من الطرفين . وفي حالة عدم تحديد هذه البيانات في الحكم القاضي بإثبات عقد الزواج يكون عرضة للإلغاء ، و هو ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم: 40117 المؤرخ في: 1986/02/24 الذي جاء فيه: "حيث أن الحكم المعاد المؤيد من طرف القرار المطعون فيه جاء مجردا من ذكر أسماء و لقب و مهنة

و سن و موطن الشاهدين، كما انه جاء خاليا من الإشارة إلى درجة قربة كل واحد منهم بالنسبة إلى الأطراف ، و إلى كيفية شهادتهما و إلى أداء اليمين عليهما قانونا، و حيث من جهة أخرى إن الحكم المستأنف لم يذكر كذلك هل أن الزواج محل الخصم توافرت فيه أم لا جملة أركان النكاح المشروطة شرعا ...⁽¹⁾.

و يعتبر الحكم القضائي الصادر بثبت زواج العرفي أو رفض ذلك حكما ابتدائيا قابلا للمعارضة إذا كان غيابيا، أو للاستئناف إذا كان حضوريا .

و يعتبر الزواج الذي ثبت و سجل بموجب حكم مرتبأ لآثاره من وقت إنشائه المقرر في الحكم. والحكم الصادر في قضايا إثبات الزواج لا يحوز حجية الشيء المقتضي فيه ، باعتبار أن إثبات واقعة الزواج العرفي لها حجية مؤقتة يمكن إثباتها متى توفرت الأدلة لإثباتها ، وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم: 211509 المؤرخ في : 1998/12/15 الذي جاء فيه: "إن حكم إثبات واقعة الزواج يكتسي حجية مؤقتة.

(1) - بلحاج العربي، مبادئ الإجتهد القاضي وفقا لقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 29.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا برفض طلب الطاعن الramي إلى إلغاء عقد الزواج المسجل بالحالة المدنية، باعتبار أن حكم إثبات أو عدم إثبات واقعة الزواج العرفي يكتسي حجية مؤقتة ويكون حسب توفر الأدلة⁽¹⁾.

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد⁽²⁾. أنه لا يجوز للمحكمة أن تفصل في النزاع حول الواقع المادي والشروط القانونية لعقد الزواج وفي طلب تقديره في سجلات الحالة المدنية في وقت واحد وبحكم واحد، لأنه إذا كان الفصل في النزاع حول مدى وجود واقعة الزواج يدخل في اختصاص المحكمة ، فإن مقتضيات المادة 39 من قانون الحالة المدنية تخرج طلب تسجيل العقد من اختصاصها وتدخل في اختصاص رئيس المحكمة أو القاضي المكلف

بالحالة المدنية . وعليه فإنه إذا فصلت المحكمة في النزاع وقضت بإثبات الزواج بما على. الذي صدر الحكم لصالحه إلا تقديم طلبا مرفقا بنسخة من الحكم إلى السيد وكيل الجمهورية يلتزم فيها تسجيل عقد الزواج، وفي غياب نص قانوني أو أي اجتهاد للمحكمة العليا فإن الأحكام الصادرة بإثباتات عقد الزواج تتضمن أمر ضابط الحالة المدنية بتسجيل عقد الزواج.

المبحث الثاني: إثبات الزواج العرفي

تعد مشكلة إثبات العلاقة الزوجية في الزواج العرفي من أخطر المشاكل في العصر الحاضر بل من أدقها وأعمقها، وذلك لأنه يعقد في كثير من حالاته لأغراض معينة بمجرد أن تطفوا الخلافات يتهرب البعض من الالتزامات المفروضة عليه بمقتضى الزواج العرفي⁽³⁾. والإثبات عموما يكون بوحدة من ثلاثة وسائل وهي كالتالي:

المطلب الأول: الإقرار كوسيلة لإثبات الزواج العرفي

وسوف نحاول في هذا المطلب توضيح معنى الإقرار بوجه عام والإقرار المتعلق بالزواج العرفي.

(1) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001، ص 56.

(2) عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 164-165.

(3) فارس محمد عمران، الزواج العرفي و صور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001، ص 44.

الفرع الأول: تعريف الإقرار وخصائصه

اختلفت تعاريف الإقرار بين كل من القانون والفقه والقضاء

أولاً: التعريف القانوني:

تعرض القانون المدني للإقرار في مادتين فقط وهما المادة (341 و 342) القانون المدني الجزائري، حيث عرفت المادة 341 القانون المدني الجزائري على أنه : "إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة".

ثانياً : التعريف القضائي :

عرفته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها أنه: "الإقرار تصريح يقر به شخص بثبوت وأحقه في حقه، من شأنها أن تحدث ضده آثار قانونية".

ثالثاً: التعريف الفقهي

يعرفه السنوري: "اعتراف شخص بإدعاء يوجهه إليه شخص آخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد"⁽¹⁾.

من خلال طبيعة الإقرار المذكور أعلاه يمكن استخلاص الخصائص التالية للاقرار :

1 _ الإقرار إخباره وبحسب الأصل يكون إخبارا بالتعبير الصريح كأن يكون شفويًا في استجاباته مثلاً أو مكتوبًا في رسالة أو ورقة ليست معدة لإثبات الحق المتنازع فيه، وقد يكون ضمنياً يستفاد من سلوك الشخص أو من مجرد سكوت الشخص، مثل سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد فهو إقرار ضمني بثبوت النسب .

2 _ الإقرار يكون حق قصد، أي أن المقر يدرك أنه بإقراره يقيم حجة على نفسه، فلا يعد من قبل الإقرار الملزم ما يصدر عن الشخص من عبارات بقصد التودد والمجاملة طالما أنه لم يقصد من الإدلاء به أن يتخذها من وجهه إليه دليلاً عليه.

(1) الغوثي بن ملحة، قواعد وحدات الإثبات ، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 74.

3_ الإقرار يرد على واقعة، أي على واقعة من شأنها أن تنتج آثار قانونية ضد المقرن كان يعترف أنه تزوج بامرأة زواج عرفي.⁽¹⁾

4_ الإقرار عمل إنفرادي، فلا يترك قبول المقر له و اعتبر ملزم للمقر به بمجرد صدوره، فهو يقع بالإرادة المنفردة للمقر فإذا ورد في الإقرار ما يضر بمصلحة المقر له يستطيع إقامة الدليل على عدم صحة الجزء الذي جاء في الإقرار ضارا به.

5_ الإقرار حجة مقصورة على المقر، بما أن الإقرار في مقام التصرف القانوني فإن آثاره تسري فقط على الأشخاص الذين يسري في حقهم التصرف القانوني، وعليه يكون الإقرار حجة مقصورة على من أقر به.⁽²⁾

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإقرار وشروطه

أولا : الطبيعة القانونية للإقرار

انقسم الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للإقرار، فمنهم من يرى بأنه قرينة على صحة ما يقره و منهم من يرى بأنها وسيلة تعفي الخصم من اللجوء إلى طرق الإثبات المفروضة قانونا، وهناك من يعتبره بمثابة تنازل المقر عن الميزة التي يتمتع بها في الدعوى في حيث أن خصمته مجرد من الدليل، كما يعتبره البعض بأنه تصرف قانوني ينعقد بالإرادة المنفردة، ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه ينشئ حقا للمقر له، بينما يرى الجمهور بأنه إخبار وليس إنشاء. ولكن الاتجاه الثاني من الفقه يرى عكس الإتجاه الأول، فهم يرون بضرورة أن يكون للإقرار خصائص التصرف القانوني وهذه الخصائص موحدة في اعتبار الإقرار عمل إخباري ويدخل في طبيعته من خصائص التصرف القانوني وأحكامه ما لا يتعارض مع طبيعة الإقرار.⁽³⁾

(1) نبيل صقر، الوسيط في شرح القواعد الإجرائية والموضوعية، بدون طبعة دار الهدى، الجزائر 2009، ص 188.

(2) محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة 1 دار هومة، الجزائر 2009، ص 117 .

(3) محمد صibri السعدي، المرجع السابق، ص 213.

ثانياً: شروط الإقرار

يشترط في الإقرار بصفة عامة الشروط التالية:

- 1_ الأهلية، الإقرار بما أنه تنازل عن حق، أو الاعتراف بحق لفائدة الغير، يتعين فيه أن يكون المقر يتمتع بالأهلية الكاملة، وعليه فالإقرار لا يجوز من القاصر ولا من المحجوز عليه. لكن الإقرار الصادر من المرشد أو السفيه، فهو مقبول في حدود أهليةهما، كما أنه في صورة الإقرار غير القضائي للقاضي السلطة التقديرية بالنسبة لإقرار عديم أن ناقص الأهلية والصغير المميز المأذون يكون لإقراره حكم إقرار البالغ في الأمور المأذون بها.⁽¹⁾
- 2_ أن يكون شخصياً أو بواسطة ممثل أو نائب، وبالنسبة للنائب قد يكون اتفاقاً مثل الوكيل ويشترط أن يكون حاملاً لوكالة خاصة، ولا يؤخذ به إذا انتهت الوكالة.⁽²⁾
- 3_ ألا يكذبه ظاهر الحال، كأن يقر شخص ببنوة شخص أكبر منه سناً، وتستدل المحكمة على صحة الإقرار أو كذبه، بما تخلص من المستدات المقدمة من الخصوم ومن الملابسات المحيطة بالدعوى.
- 4_ أن يكون محل الإقرار مسألة موضوعية إذ أن الإقرار في المسائل القانونية فلا يلزم المحكمة إذ عليها هي صحة تطبيق القانون وإنزال حكمها على وقائع الدعوى.
- 5_ أن يكون محل الإقرار معيناً تعيناً كافياً، فلا يعتد بالإقرار وإن كان سيظل قائماً.⁽³⁾

الفرع الثالث: أنواع الإقرار

هناك نوعين من الإقرار كالإقرار القضائي والإقرار غير القضائي ويتم التمييز بينهما حسب الموضوع والمناسبة التي تم فيها التعبير عنه والإدلاء به.

أولاً: الإقرار غير القضائي

هو ذلك الإقرار الذي تم خارج مجلس القضاء لأن يقر فلان أن فلانة زوجته خارج مجلس القضاء وإذا كان ذلك كتابة أو شفاهة، وسلطة التقدير لمثل هذا الإقرار موكلة للقاضي، يقدرها وفقاً لظروف الدعوى وملابساتها .

(1) - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 206.

(2) - الغوثي بن ملحة، المرجع السابق ، صفحة 80.

(3) - نبيل صقر، المرجع السابق، صفحة 206.

كما أن الإقرار غير القضائي يظهر أثناء تحديد الموثق لما يسمى بعقد الإقرار للزواج بناء على طلب الزوجين معا وبالإرادة الحرة لكل منهما، وليس بالإرادة المنفردة لأحدهما.⁽¹⁾

ثانياً: الإقرار القضائي

فهو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة.

كأن يقف الزوج أمام القاضي ويقر ب العلاقة الزوجية بينه وبين المدعى عليهم.

الفرع الرابع : حجة الإقرار في الزواج العرفي

حسب نص المادة 342 من القانون المدني الجزائري فإن : "الإقرار حجة قاطعة على المقر".

ومن خلال هذه المادة نجد بأن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى الإثبات بإقراره.

فإذا كان الإقرار تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر ولا يتعدى إلى ورثته بصفتهم خلقا عاما له، فإن الإقرار بواقعة الزواج يكون صحيحا وملزما لكل من الزوج والزوجة وورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته، ولا يتعداهم إلى الغير غير أن الاعتماد على الإقرار كوسيلة لإثبات الزواج العرفي لا يعمل به في محاكمنا باعتبار أن عقد الزواج له خصوصية وطابع إجماعي خاص لأن الزواج في حد ذاته لا يتطلب فقط الإقرار إنما يتطلب الإعلان والإشهار وعلم الناس به لغلق منافذ الظن والتجریح في شرف وعرض الناس.

فعند لجوء الزوجين إلى القضاء لإثبات حكم الزواج هدفهم هو إعلانه وإشهاره لكافة الناس والإقرار غير كاف ليؤدي هذه المهمة، وهو ما أخذت به محكمة الجلفة في حكم صادر لها بتاريخ : 1997/12/06 رقم: 97/602 أهم ما جاء في وقائع القضية كون المدعى متزوج عرفيًا بالمدعى عليها، وقد أقر الطرفان بواقعة الزواج العرفي التي تمت سنة 1995

(1) ناسلي حميدة ، المرجع السابق ، ص 92 .

والتمس كل منهما من المحكمة الحكم بتسجيل عقد الزواج لدى مصالح الحالة المدنية وقد كان سبب الحكم و منطوقه كالتالي:

"...حيث و أن المحكمة أجلت القضية لعدة جلسات من أجل إحضار الشهود لإجراء تحقيق على واقعة الزواج العرفي المبرم بين المدعي والمدعي عليها ولم يحضرها. حيث أن طلب المدعي بالإشهاد على الزواج العرفي غير مؤسس كونه لم يقدم للمحكمة ما يثبت الواقعه من شهود مما يتبع معه رفض الطلب.

وعليه قضت المحكمة برفض الطلب لعدم التأسيس ."

ومن خلال هذا الحكم وغيره نستنتج عدمأخذ القضاء بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات الزواج العرفي.

المطلب الثاني: الشهادة كوسيلة لإثبات الزواج العرفي

إن شهادة الشهود تستند أساسا إلى أمانة الأشخاص القائلين بها وكذا حركة وخبرة النفقة في الاستدلال بها ومن هذا المنطلق يتولد التساؤل عن مدى اعتماد القاضي على أقوال الشهود في إثبات الزواج العرفي.

الفرع الأول: تعريف شهادة الشهود وخصائصها

تجدر الإشارة في البداية بأن شهادة الشهود كان يعبر عنها عن طريق البينة غير أن هذه الأخيرة تتصرف إلى معنيين، معنى عام يقصد به كل دليل الإثبات ما عدا اليمين ومعنى خاص يقصد به شهادة الشهود، وحتى يتم الفصل فيها قد يعتمد المشرع على لفظ شهادة الشهود بدلا من البينة⁽¹⁾.

ويقصد بشهادة الشهود إخبار شخص غير طرف في الخصومة القضائية بواقعه تصلح لأن تكون محل إثبات، صادرة عن الغير إما تثبت حقا لشخص ثالث أو ترتب التزاما عليه معتمدا في ذلك على حاسة من حواسه⁽²⁾.

ويستند أساس شهادة الشهود في القانون إلى المواد 333 إلى 336 من القانون المدني

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 117.

(2) نبيل صقر، المرجع السابق، ص 120.

الجزائري أين خصص لها المشرع الجزائري فصلا كاملا وهو الفصل الثاني من الباب السادس المتعلق بإثبات الإلتزام، أين تم تنظيم قواعدها الموضوعية أما عن القواعد الإجرائية لشهادة الشهود ، نظمها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المواد الخاصة بالشهادة.

وعليه من خلال ما تقدم ذكره نستطيع أن نوجز خصائص شهادة الشهود كمايلي:

أولا : الشهادة الشخصية

باعتبار أن الشهادة هي عملية إخبار عن واقعة فإنها تصدر عن الشاهد شخصيا وليس له إنابة غيره في ذلك، وما يؤكد شخصية الشهادة ما ورد في نص المادة 152 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري التي ذكرت المعلومات الخاصة بالشاهد.

ثانيا : الشهادة الحسية

أي أنها مرتبطة بإحدى حواس الشاهد سواء عن طريق البصر بمشاهدة الواقع عيناً أو عن طريق السمع كسماع المدين وهو يتبعه بالوفاء بالدين أو عن طريق الشتم وغير ذلك من الحواس، وفي هذا الصدد يلتزم الشاهد بإخبار الواقعه بذات الطريقة التي أدركها بحواسه دون الامتداد إلى تقديرها وتقدير مدى مسؤولية الخصم في الدعوى بموجب هذه الواقعه.⁽¹⁾

الفرع الثاني: أنواع الشهادة

تنقسم الشهادة إلى نوعين شهادة مباشرة وشهادة غير مباشرة.

أولا: الشهادة المباشرة

وتعد الأصل في الشهادة، وهي تلك التي يدلّي بها الشاهد بناء على ما رأه أو سمع بواقعة ما بنفسه كمن يشهد إبرام عقد معين وقع تحت بصره وسمعه أو شهد واقعة أمامه دون الحاجة إلى إخباره بها من طرف شخص آخر.⁽²⁾

(1) _ نبيل صقر، المرجع السابق، ص 123، ص 125.

(2) _ منصور محمد حسين، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، دون طبعة، منشأ المعارف، مصر، 1999 ، ص 80.

وتكون الشهادة عادة شفوية يستمدّها الشاهد من ذاكرته ليقول ما رأه أو سمعه من الواقع المتعلقة بالدعوى، ومع ذلك قد يكتفي في ظروف استثنائية بتلاوة شهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للإعتماد بها⁽¹⁾.

ثانياً : الشهادة غير المباشرة

وتنقسم بدورها إلى نوعين:

1_شهادة سمعية: وهي إدلاء الشاهد بواقعة علمها من الغير، فيقدمه على روایة هذا الأخير لإثبات الواقع المتعلقة بالزواج العرفي⁽²⁾.

2_الشهادة بالتسامع:

أي الإدلاء بما هو شائع بين الناس دون تحديده ، وهذا تختلف عن الشهادة السمعية التي يتم فيها تحديد الشخص الذي اعتمد على روایته في الإدلاء بواقعة محل الإثبات ، ونظراً لعدم إسنادها إلى أشخاص محددين بذواتهم فإن القاضي يأخذ على سبيل الاستئناف أو لاستخلاص قرينة قضائية في الدعوى⁽³⁾.

فالشهادة السمعية التي يمكن تحري مصدر الصدق فيها وتحميل صاحبها مسؤولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره، فإنها بالتسامع، فصاحبها لا يروي عن شخص معين ولا عن الواقع بالذات بل يشهد ما يتسامعه الناس في هذه الواقع وما شاع بين الجماهير في شأنها ، فهي غير قابلة للتحري ولا يتحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما شهد به، كالقول مثلاً أن فلان تزوج فلانة⁽⁴⁾.

وإذا ما عدنا إلى القضاء الجزائري فإن المحكمة العليا فيما يتعلق بإثبات الزواج العرفي أخذت بشهادة التسامع في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ: 27/03/1989 والذي جاء فيه أنه : "من المقرر شرعاً أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان

(1) ناسلي حميده ، المرجع السابق ، ص 96.

(2) يحيى بکوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دون طبعة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1981، ص 191.

(3) محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 126.

(4) عبد الرزاق أحمد السنھوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام، دون طبعة ، دار راجييات التراث العربي ، لبنان ، دون سنة نشر ، ص 413.

التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا الشهود و غيرهم أن الطرفين كانوا متزوجين... فيما يتعلق بالسبب المستدل به على طالب نقض إثبات الزواج أو نفيه مما يستقل به قاضي الموضوع ويثبت إما بشهادة العيان وإنما بشهادة السماع والطاعن لم يأت بأية واحدة من الشهادتين، فلا هو أحضر رجلا حضروا قراءة الفاتحة ولا هو أحضر رجلا سمعوا قراءتها أو حضروا زفاف الطرفين... كما أنه لم يأت ببينة إسماع يشهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج (ب.ز)... لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع بفرضهم دعوا إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني ومتي كان ذلك استوجب رفض الطعن⁽¹⁾.

الفرع الثالث: النظام الإجرائي لشهادة الشهود

يقصد بهذا النظام الشروط التي تستوجب الشهادة لتحققها كدليل إثبات وكذلك القواعد الإجرائية لها التي من شأنها تجسيد هذا الدليل أما القضاء.

أولاً: شروط تحقق الشهادة

نميز في هذا الصدد بين الشروط المتعلقة بالشاهد وتلك المتعلقة بصحة الشهادة.

1_ الشروط المتعلقة بالشاهد:

حتى تصح شهادة الشاهد فلا بد من أن تتتوفر جملة من الشروط نوجزها فيما يلي:

ـ أن يكون مدركا لما حوله و للواقعة بشكل جيد و فقدان التمييز بشكل نسبي أو بسبب المرض الذي يؤدي إلى فقدان الوعي والإرادة كالجنون والغيبوبة بتأثير مواد سواء خارجية كالكحول والمخدرات أو داخلية كالتسنم الداخلي عن إفراز الجسم لمواد تجعله عاجزا ومؤثرا في القدرة العقلية للشخص، و في كل الحالات يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى وعي الشاهد وإرادته للإدلاء بالشهادة.

ـ أن يكون الشاهد خالي من عيوب الإرادة كالتدليس أو الإكراه سواء كان ماديا بعدم الإرادة أو معنويا يضعفها و يجعلها تحت تأثير المكره.

(1) قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، 27/3/1989، مجلة قضائية، العدد 1990، ص 82.

ـ أن يتمتع الشاهد بالحسنة التي يستند إليها في العلم بالواقعة محل الإثبات إذ لا يمكن قبول شهادة الأعمى عن واقعة تستوجب الرؤية أو الاعتماد على الأصم كشاهد سمع ، ومع ذلك يمكن أن يكون الأعمى شاهد سمع وأن يكون الأصم شاهد رؤية⁽¹⁾.

ـ أن لا يكون الشاهد غير مقبول الشهادة شرعا: لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا شهادة لهم" ، والتهمة إما أن تكون فسق الشاهد، أو وجود صلة خاصة بينه وبين المشهود عليه، كدمن الخمر ، المقامر...⁽²⁾، أي كل شخص غير عادل و ذو أخلاق غير سوية.

2_ الشروط المتعلقة بالشهادة:

وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

ـ أن تتم الشهادة في جلسة علنية أمام الخصوم والجمهور ، وذلك لغلق الباب أمام شهادات الزور وكذلك بفتح المجال أمام الجمهور للإدلاء بشهاداتهم في وقائع الدعوى محل النزاع وصولا إلى الحقيقة ما لم تتعلق الدعوى بالنظام العام و الآداب العامة أو بحرمة الأسرة أين يتوجب الإدلاء بالشهادة في جلسة سرية ، ومع ذلك فإنه يتم صدور الحكم الفاصل في الدعوى علني وهذا ما تؤكده المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والعلنية هذه من شأنها توفير عنصر الرقابة من طرف الخصوم على ما يتم الإدلاء به من طرف الشاهد.

ـ وجوب حلف الشاهد لليمين قبل إدلائه للشهادة وهذا ما تؤكده المادة 152 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

إلى غير ذلك من الشروط المتعلقة بالشهادة التي نجد منها :

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

(1) نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص128-133.

(2) عبد الحميد الشواربي ، الشهادة في المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر 1992 ، ص357.

ـ أن تكون شهادة الشاهدين متوافقة، لأن اختلافهما لم يكتمل نصاب الشهادة ولا يجب أن تكون هذه الموافقة تامة بل يمكن أن تكون ضمنية، لأن يشهد الشاهد الأول بأنه حضر زواج فلان بفلانة في شهر جويلية من سنة 1998، ويصرح الشاهد الثاني بنفس السنة دون ذكر الشهر، أو لأن يشهد شاهد في عقد زواج عرفي أن فلانة زوجها وليها بفلان على صداق قدره آلاف دينار، ويشهد الثاني بنفس الشيء دون أن يحدد قيمة الصداق.

ففي الحالتين يقبل القاضي الشهادتين مadam الفرق في قولهما لا يصل إلى حد التعارض، ويبقى فقط على القاضي تقدير مدى توافق الشهادة على الشروط المقررة شرعاً ومدى كمالها ووضوحها وتعرضها لاستخلاص الأركان الواجب توافقها لإبرام عقد الزواج العرفي ومنه ثمة للأخذ بها لقبول واقعة تسجيل الزواج العرفي أو رفضها⁽¹⁾.

وقد جاء قرار المحكمة العليا أن الزواج العرفي لا يمكن إثباته بواسطة شهادة متناقضة وأهم ما جاء في هذا القرار ما يلي:

" من المقرر شرعاً أن التناقض في الشهادة يزيل آثارها ويمنع من الحكم عليها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية... وإذا كان إثبات الزواج أو نفيه يرجع لسلطة قضاعة الموضوع، فإن ذلك يوجب أن تبقى على بينة لا يدخل فيها الشك ولا يحيط بها الاحتمال، ليست متناقضة ولا ناقصة.

وبالرجوع إلى أقوال الشهود الذين استمع لهم خاصة منهما (رس) و (دس) واللذان شهدا بشيء مغاير لما شهدا به أمام المحكمة فشهادتهما لا تتضمن أنهما حضرا قراءة الفاتحة، وبمحضر والد الطاعن وشخصين آخرين جاءا رفقة كما لم يشهدوا بقدر الصداق بل لم يذكرانه أصلاً، بينما أمام المجلس جاءا بهذه الرواية وهذا التناقض بين شهادتهما في كل من المحكمة والمجلس يرفع عنهم الحجة ويستبعد العمل بها شرعاً لأنعدامها بذلك فالتناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها لاحتمال صدقها وكذبها ومن احتمال هذا سقط به الاستدلال .

لذا لم يبق من الشهود سوى (ع.ع) الذي تعد شهادته مقبولة، لكن الزواج ليس مما يثبت بالشاهد الواحد مع اليمين، وكان على المجلس أن يتعرف على الشخصين اللذين رافقا

(1) ناسلي حميدة، المرجع السابق، ص 100 .

والد الطاعن إن لم يكونا من الأشخاص الذين استمعت المحكمة لهم، فقد يجد في أقوالهما ما يذكر أقوال هذا الشاهد، وبما أنه لم يفعل واعتمد في إثبات الزواج على بينة ناقصة فإنه حاد عن القانون وعرض بذلك قراره للنقض⁽¹⁾.

وتعتبر الشهادة من أقوى الحجج لكونها حجة متعددة و ثابتة على الكافية، ونصابها في إثبات الزواج رجلين أو رجل وامرأتان.⁽²⁾ لقوله تعالى: "...**وَاسْتَهْمِدُوا شَهِيدَيْنَ مِنْ رِجَالَكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رِجَلَيْنَ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِنْ تَرْضَاهُمْ شَهِيدَانِ أَنْ تَخْلُلْ إِحْدَاهُمَا فَتَذَكَّرْ إِعْدَاهُمَا الْأُخْرَى**..."⁽³⁾.

بالإضافة طبعاً إلى العدالة والبلوغ، الحرية، الرؤية، النطق...و أن لا يكون الشاهد من الأصول أو الفروع، وأن لا تكون شهادته بأجر أو يدفع عن نفسه جرماً ، وأن لا يكون مشتبها فيها، وأن لا يشهد بشيء لم يعيشه أو إسماع منه الشهود عليه على الرغم من أن الشهادة بالتسامح أحيرت استحساناً في إثبات الزواج، وذلك رفعاً للحرج و تعطيل الأحكام. فإن أعلن الزوج لدى الشاهد (علم به وحضره) فهنا حل له أن يشهد به لدى القاضي، وتقدير الشهادة هنا حقيقة وحكمـاً ، حقيقة تكون أن الشاهد حضر مجلس العقد أو سمع بالزواج من أشخاص ذوي صدق وإخلاص، حكماً بشهادـة رجلين عـدلين أو رجل عـدل وامرأـتين عـدول.⁽⁴⁾

المطلب الثالث: النكول عن اليمين

قبل الخوض في النكول عن اليمين كدليل لإثبات الزواج العرفي فلا بد أولاً أن نعرف معنى النكول واليمين معاً.

الفرع الأول : معنى النكول عن اليمين

النكول في اللغة: يقال (نكـل ، نـكلا) ... وهو الجبن والتـأخـر ، النـون والـكـاف والـلام أصل صحيح يدل مع منع وامتناع.

(1)ـ المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية ، العدد 01 ، 1991.

(2)ـ معزوز دليلـة ، المرجـع السـابـق ، ص 127.

(3)ـ سورة البقرة، الآية 282.

(4)ـ الشيخ أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية، الطبعة الثانية . دار همام، مصر ، ص 123

"أما اصطلاحاً عرفه بعض الفقهاء بأنه: "الامتناع عن اليمين" وعرفه بعضهم:
التأخر عن اليمين الواجبة"⁽¹⁾

أما اليمين فيقصد به ذلك الحلف الصادر من الخصم على صحة ادعائه أو رفضه جاعلاً الله سبحانه وتعالى شاهداً على صحة ذلك، وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" فهو إذن عمل ذو طبيعة مزدوجة ، عمل ديني يعمد من خلاله الحالف إشهاد الله سبحانه وتعالى على صحة ادعائه لذلك يتشرط انتمائه لعقيدة معينة، وهو كذلك عمل مدني ينصب على واقعة ما.⁽²⁾

أما النكول أداؤها فهو رفض من وجهت إليه اليمين حلفها، فإذا نكل عنها خسر دعواه، وهو ما نصت عليه المادة 347 القانون المدني الجزائري كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه⁽³⁾.

الفرع الثاني: حجية اليمين

تنقسم اليمين إلى يمين حاسمة ويمين متممة.

فاليمين الحاسمة تجد أساسها في المادة 343 إلى 347 من القانون المدني الجزائري وكذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من المادة 189 إلى المادة 193 . ويقصد باليمين الحاسمة لجوء الخصم الذي يعوزه الدليل الذي يطالبه القضاء من أجل إثبات دعواه إلى توجيه اليمين إلى خصمه الذي لا يقر له بصحة ما يدعيه مخاطباً بذلك ضميره فيطلب منه الحلف لجسم النزاع⁽⁴⁾.

واليمين الحاسمة لها حجية بالنسبة لأطراف اليمين والقاضي إضافة إلى الغير.

أولاً: بالنسبة لأطراف اليمين

نجد لهذه اليمين حجية قاصرة على من وجهها و على من وجهت إليه دون أن

(1) عبد العزيز بن صالح الشاوي، مقال بعنوان أحكام النكول عن اليمين في الفقه والنظام ، أستاذ مساعد في قسم الفقه بكلية الشريعة وأصول الدين بجامعة القصيم ، ص 2-3.

(2) منتدى الجزائرية للقانون والحقوق

(3) ناسلي حميدة، المرجع السابق ، صفحة 108 .

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، ص 239 .

يتعدى أثرها إلى غيرهما وحجيتها في هذه الحالة قاطعة للأطراف وخلفهم سواء تعلق الأمر بالحلف أو النكول⁽¹⁾.

ثانياً: بالنسبة للقاضي

تعتبر اليمين الحاسمة ذات حجية قاطعة على القاضي إذ لا يمكن إعمال سلطته التقديرية في حال الحلف أو النكول فبمجرد حلف الحالف يتم حسم الدعوى بحسب الحلف إما بإقرار ما يدعوه الخصم أو رفض الدعوى في حالة الإنكار ، كما يجب على القاضي لصالح من وجه اليمين إذا نكل الحالف وليس له الاستناد إلى قناعته الشخصية في ذلك ، غير أنه يمكن للقاضي إعمال سلطته التقديرية في مدى استيفاء الواقعه موضوع اليمين لشروطها وكذلك في منع توجيه اليمين إذا تبين له أن موجهها متغيرة في توجيهها للخصم، إضافة إلى إمكانية تعديل صيغة اليمين بناء على طلب الحالف في حالة الغموض وتقدير المسألة⁽²⁾. هذا ما يتعلق باليمين الحاسمة .

أما اليمين المتممة هي تلك الوسيلة التي يلجأ إليها القاضي لاستكمال قناعته نظراً لعدم كفاية الأدلة المقدمة لإثبات الحق المدعى به، وبالتالي فإن تحقق الدليل الكامل في الدعوى يت天涯 قصد المشرع في توجيه هذه اليمين⁽³⁾.

وبالنسبة لحجية اليمين المتممة فلها هي الأخرى حجية بالنسبة للقاضي و بالنسبة للخصوم:

1) بالنسبة للقاضي:

باعتبار اليمين المتممة دليل تكميلي ذو قوة محدودة، فإن للقاضي سلطة واسعة في تقدير نتيجتها إذ أنها ليست حتمية كاليمين الحاسمة، فقد يحكم لصالح الحالف أو لا يفعل بناء على قناعته.

2) بالنسبة للخصوم:

ليست لليمين المتممة حجية قاطعة على الخصوم إذ يمكن الطعن في الحكم

(1) - يحيى بکوش ، المرجع السابق ، ص ، 321-323 .

(2) - بن ملحة الغوثي ، المرجع السابق ، ص 92 .

(3) - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 258.

بالإلغاء عن طريق الاستئناف وإثبات كذب اليمين على خلاف اليمين الحاسمة أين يتم الاكتفاء بالتعويض عن الضرر الناتج عن واقعة الكذب⁽¹⁾.

ولقد اعتبر القضاء أن اليمين لا تعتبر وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، فلا يكون الاعتداد بذلك إلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معاً، ويتعين على القاضي توجيهها إلى المدعي بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود الذين يؤكدون صحة انقضاء الزواج العرفي وفقاً للشريعة الإسلامية مع بيان توفر أركان وشروط عقد الزواج المحددة قانوناً⁽²⁾.

المبحث الثالث : بعض دعوى الزواج العرفي

المطلب الأول: دعوى إثبات الطلاق في الزواج العرفي

الفرع الأول : حالة عدم تسجيل عقد الزواج

تنص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توفرت أركانه وفقاً لهذا القانون ". وقد حددت المادة 9 من قانون الأسرة أركان عقد الزواج بنصها على أنه يتم عقد الزواج برضاء الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين و صداق.

يتضح من خلال هاتين المادتين أن المشرع الجزائري يعترف بوجود عقد الزواج العرفي و يرتب عليه أثاره كاملة من إثبات النسب و وجوب النفقة.... إلا أنه قد يحدث أن يقدم الزوج على طلاق زوجته عرفياً أمام جماعة من المسلمين و ينصرف كل منهما إلى حال سبيله فما مصير هذا الزوج و ما مصير الأولاد إن وجدوا؟

في بادئ الأمر يجب القول أنه لا يمكن رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي ما لم يكن الزواج العرفي قد تم تسجيله ، هذا من النوع من جهة و من جهة أخرى فإن دعوى الطلاق العرفي تختلف عن دعوى تسجيل الزواج و من ثمة وجب رفع أولاً دعوى تسجيل الزواج و إلحق النسب ثم رفع دعوى إثبات الطلاق بصفة مستقلة، هذا طبعاً إذا سايرنا الواقع و سلمنا

(1) _ الدكتور محمد محمود زهران(همام)، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2002، ص 433 .

(2) _ ناسلي حميده ، المرجع السابق ، ص 109

قبول دعوى إثبات الطلاق العرفي و التي فرست نفسها بشدة في الواقع العملي ، إلا أن المعامل به على مستوى مجلس قضاء الجلفة هو أن يتم رفع دعوى إثبات الزواج و الطلاق العرفي في نفس الوقت و جرت التطبيقات القضائية على قبول مثل هذه الدعاوى و الحكم فيها

بحكم واحد، و قد صدر عن مجلس قضاء الجلفة القرار رقم 2002/178 بتاريخ 2002/10/26 بين (ر. عبد القادر و ج. زوينة) و الذي قضى بتأييد الحكم القاضي علنيا حضوريا نهائيا بالنسبة للطلاق و ابتدائيا بالنسبة لما سواه بالإشهاد على صحة الزواج العرفي بين كل من (ر. عبد القادر و المسماة ج. زوينة) الحاصل سنة 1984 و كذا الإشهاد على صحة الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين سنة 1996 و الحكمة من عدم جواز رفع الدعويين بموجب عريضة واحدة تكمن في اختلاف دعوى الطلاق عن دعوى إثبات الزواج هذا من و من جهة أخرى فان حكم الطلاق يكون نهائيا في حين أن الحكم بإثبات الزواج يكون ابتدائيا و من ثمة يمكن استئناف الحكم بإثبات الزواج و قد يتم إلغاؤه من المجلس و هنا تكون أمام حالة وجود طلاق دون وجود زواج ؟⁽¹⁾

الفرع الثاني : تعامل قاضي الأحوال الشخصية مع دعوى إثبات الطلاق العرفي

سبق لنا و أن ذكرنا بان دعوى إثبات الطلاق العرفي هي دعوة وليدة القضاء و لا تستند إلى أي مرجعية قانونية و عليه فهي تتميز بإجراءات خاصة هي الأخرى وليدة العمل القضائي حيث يعقد القاضي أولا جلسة الصلح ثم يقوم بإجراء تحقيق حول الواقعه المدعى بها و هذا ما سوف نتناوله فيما يلي :

أ) إجراء الصلح :

قلنا أنه بعد تسجيل دعوى إثبات الطلاق يقوم القاضي باستدعاء الطرفين إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط أو أثناء حضورهما الجلسة ل التاريخ معين لإجراء الصلح أين يقوم بسماع كل منهما حول واقعة الطلاق المدعى بها و التأكد من إرادتهما و السؤال المطروح في هذا الصدد هو : ما مدى جدوى إجراء الصلح في حد ذاته ؟.

و بعبارة أخرى إذا قلنا أن القاضي يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة الطلاق و يبقى فقط

(1) www.startimes.com

اللجوء إلى القضاء من أجل توثيق هذه الإرادة، فما هي الفائدة العملية من إجراء الصلح ؟
و في حالة إذا تراجع الزوج كيف يكون حكم القاضي ؟

هذه جملة من التساؤلات و غيرها كثيرة في هذا المجال نظراً لتعقد هذه المسالة و عدم
استنادها إلى نص صريح.⁽¹⁾

و في رأيي و جواباً على ذلك يمكن القول أن القاضي إذا ما تأكد من وجود طلاق
عرفي و مع إصرار الزوجين عليه لا يبقى أمامه إلا الحكم به في حين أنه إذا تصالحاً فان
الصلح ينهي كل نزاع يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلب منه ، و عليه لا يبقى أمامه إلا
الإشهاد بوقوع الصلح و تبقى مسألة وقوع الطلاق من عدمه بين الزوجين الذين من
المفروض أن يكونا احرص على دينهما من القاضي .

هذا من الناحية القانونية البحتة إلا أنه من الناحية الشرعية فإن المسالة
محل نظر ذلك أنه يتم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي الواقع في زمن ماض و عليه فمن
غير المنطقي أن يصرح القاضي بالصلح في مسألة مع علمه علم اليقين أن الزوجة بانت من
زوجها و أصبحت أجنبية عنه و وبالتالي و حسب رأيي فإنه لا مبرر لإجراء جلسة الصلح في
دعاوي إثبات الطلاق العرفي .

ب) التحقيق في واقعة الطلاق العرفي : لم ينص قانون الأسرة على هذا الإجراء في دعوى
الطلاق لكونه لا يعترف بوقف الطلاق أصلاً خارج ساحة القضاء إلا أنه و مع ذلك فان
المحاكم تعمل به و هذا ما لاحظناه في كل من محكمة البويرة و الجلفة ، و سوف نتطرق
إلى دراسة هذا الإجراء بنوع من الاختصار فيما يلي :

أ) اللجوء إلى التحقيق :

الملاحظ في محكمة الجلفة إن اللجوء إليه يكون تلقائياً دون الحاجة إلى طلبه من
الأطراف و يكون ذلك وفقاً لقواعد قانون الإجراءات المدنية ، و تحديداً المادة 43 و ما بعدها
أما بموجب أمر كتابي أو شفوي فأما الأمر الكتابي فهو عبارة عن حكم تحضيري بإجراء
التحقيق و في هذه الحالة يجب أن يبين فيه القاضي الواقع المراد التحقيق فيها و يوم و
ساعة

(1) منتدى الجزائرية للقانون و الحقوق.

الجلسة المحددة لإجرائه. هذا من جهة و من جهة أخرى فان الصلح في حكم سحب الطلب القضائي و بصدور هذا الحكم يتعين على من له مصلحة استخراج نسخة منه و تبليغها للخصوم الآخرين مع إحضار شهوده بالتاريخ الذي يحدده القاضي.

و أما الأمر الشفوي و هو المعمول به عادة فان القاضي يحدد تاريخ جلسة إجراء التحقيق و يبلغ الأطراف به بالجلسة و يتعين عليهم إحضار شهودهم بذلك التاريخ.

ب) إجراء التحقيق : يقوم القاضي بالتحقيق بالتاريخ المحدد بموجب الأمر بالتحقيق و ذلك بسماع شهود الإثبات أو النفي بعد أدائهم اليمين القانونية، و يتم سماع الشهود وفقاً للقواعد العامة و ذلك بان تسمع شهادة كل واحد منهم على انفراد بعد تذكيره باسمه و لقبه و مهنته و سنّه و موطنّه و يؤدي اليمين بان يقول الحق و إلا كانت شهادته باطلة في حين أن القصر يتم سماعهم على سبيل الاستدلال و دون تحليفهم اليمين ، كما يجوز إعادة سماع الشهود و مواجهتهم بعضهم البعض ، و يجوز سماع شهادة جميع أقارب الزوجين في دعاوى الطلاق ما عدا الأبناء . و يدلّي الشاهد بشهادته دون أن تتم مقاطعته من أحد ثم تتلى عليه أقواله و يقوم بالتوقيع عليها أو ينوه على انه لا يحسن التوقيع أو انه امتنع عن ذلك.

و يقوم أمين الضبط بتدوين أقوال الشهود في محضره فيما يخص الدعاوى التي لا يجوز استئنافها ، أما الدعاوى الجائز استئنافها فيحرر محضرا خاصا بأقوال الشهود ثم يرفقه بعد التوقيع عليه من القاضي بالنسخة الأصلية للحكم ، و يجب أن يتضمن بيان يوم و ساعة التحقيق و حضور الخصوم و غيابهم و اسم كل شاهد و لقبه و مهنته و موطنّه و بيان أداء اليمين و يثبت فيه أقوال الشهود و يشار إلى تلاوتها عليهم .

و هنا يجوز للقاضي هن يصدر حكمه فور إجراء التحقيق كما له أن يؤجل الدعواى إلى جلسة مقبلة و في هذه الحالة الأخيرة يصرح للأطراف بالاطلاع على التحقيق قبل المناداة على القضية من جديد في الجلسة المحددة و تختلف طريقة إجراء التحقيق باختلاف موقف الزوجين من الطلاق و هنا ينبغي علينا ان نفرق بين ثلات حالات :

حالة انفاق الزوجين على وقوع الطلاق : هذه المسالة لا تطرح إشكالاً لكونها لا تنطوي أصلاً على نزاع ، و هنا يقوم القاضي بسماع الشهود فقط لتأكيد الواقعه و تحديداً لتأكيد التاريخ و المكان الذي وقعت به .

حالة إنكار احد الزوجين : في حالة ادعاء الزوجة وقوع الطلاق العرفي و إنكاره من طرف الزوج فان القاضي هنا يقوم بالتحقيق مع الشهود بدقة لكون أن المسالة تتضمن اعتداء

على أحد أهم حقوق الزوج إلا وهو حقه في طلاق زوجته و لكون أن القاضي سوف يحل محله في القول بوقوع الطلاق من عدمه خاصة وإن العصمة بيد الزوج ، وقد اتجهت التطبيقات القضائية بمحكمة الجلفة إلى الأخذ بشهادة الشهود في إثبات الطلاق حتى في حالة إنكاره من طرف الزوج و هو الأمر الذي يتجسد من خلال الحكم رقم 2001/75 الصادر بتاريخ 10/02/2001 و الذي قضى في الشكل بقبول المعارضة و في الموضوع تأييد الحكم المعارض فيه و القضاء نهائياً بالشهادة على الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين مع الأمر بالتأشير به على هامش عقدي ميلادهما و عقد زواجهما لدى مصالح الحالة المدنية لدار الشيوخ .

و قد ذهب الاجتهاد المصري إلى اعتبار انه إذا صدقت الزوجة زوجها المقر في إسناد طلاقها إلى تاريخ سابق اعتبر في حقها لا في حق الله فتعامل بهذا الإسناد بالنسبة لنفقتها و لا به فيما هو من حقوق الله كتروجه بأختها أو أربع سواها لتهمة المواضة . كما ورد في اجتهاد آخر ما يلي : المنصوص عليه أن المقر إذا أسنن الطلاق إلى تاريخ سابق فإما أن تقوم على هذا الإسناد بينه أم لا ، فإذا قامت بينة فإن الطلاق من وقت إن قامت عليه البينة قوله و أحدها و إن لم تقم فالمتقدمون على اعتباره من وقت أسنده له و المتأخرن على اعتباره من وقت الإقرار سواء صدقته أو كذبته أو قالت لا ادري ، إلا أنها في حالة التصديق لا نفقة لها و لا سكن لقبول قولها في حق نفسها لا في حق الله على المفتى به .

التحقيق في حالة وفاة أحد الزوجين : هنا تكون الدعوى إما مرفوعة من الزوج الباقي على قيد الحياة ضد ورثة الزوج المتوفى أو من ورثة الزوج المتوفى ضد الزوج الباقي على قيد الحياة . و نظراً لخطورة هذه المسالة لتعلقها غالباً بأمور الميراث أين يكون القصد منها استبعاد الزوج الباقي على قيد الحياة منه ، فإنه يتبع على القاضي التدقيق قدر الإمكان قبل الحكم بالإشهاد على وقوع الطلاق العرفي .

المطلب الثاني: دعوى إثبات النسب في الزواج العرفي

نعلم أن دعوى إثبات النسب أو إلحاقي نسب شخص إلى آخر هي في الأساس دعوى مثل غيرها من الدعاوى المدنية العادلة التي ترفع أمام المحاكم للفصل فيها لكن كيف يلجأ المدعى إلى القضاء لإثبات النسب؟

الفرع الأول : حالة إثبات النسب في الزواج العرفي وإشكالياته

بما أن الزواج العرفي هو زواج صحيح قائم بكل أركانه ينقصه فقط التسجيل لدى الحالة المدنية وهذا التسجيل يمكن الزوجين من استخراج وثائق تثبت صفتهم ، وبالتالي فالمرأة المتزوجة عرفيًا لما تتقدم إلى المستشفى من أجل الولادة، تطلب منها وثيقة تثبت الزواج كالعقد أو الدفتر العائلي وبما أن زواجه غير مسجل فهي بالضرورة لا تملك ما يثبت زواجه ، فلما يولد المولود سوف يقيد على اسم والدته وهنا لما تستخرج شهادة ميلاد هذا الولد نجدتها باسم أمها ولاب مجهول هذا رغم إقرار الأب وتصريحه بأن الولد منه لكن لا يقبل منه ذلك ، وما نعييه في هذه الإجراءات سواء على مستوى المستشفيات أو لدى ضابط الحالة المدنية بالبلدية - أن المشرع لم يضع نصوص تحد من هذه الطريقة ، لأننا إذا سجلنا الولد باسم أمه ناتج عن علاقة زواج شرعية فإننا نعرض سمعته وسمعة والدته للأفوايل ، إضافة لل العراقي الذي تعترضه أمام أية جهة إدارية لذلك من المستحسن جعل الأصل هو تثبيت النسب وكل ذي مصلحة في إسقاطه أن يسقطه ، لأن استخراج شهادة ميلاد لأب مجهول مساس بشرف الابن وعائلته وسوف يصححها بعد ذلك بحكم قضائي مما يجعله يبقى مدى الحياة يتحمل نتيجة عمل خارج عن إرادته .

ولو لاحظنا قانون الحالة المدنية في المادة 62 نجد أن المشرع نص على قبول التصريح سواء من الأب أو الأم أو من له مصلحة ، لكن على مستوى البلديات لا يقبلون سوى تصريح الأب .

ولاحظنا عملياً أن المعنى بشهادة الميلاد لأب مجهول يتوجه عادة بطلب إلى وكيل الجمهورية من أجل تصحيح لقبه ، وهذا طبعاً بعد أن يكون قد ثبت الزواج العرفي بين والديه . وهناك اختلاف بين القضاة أنفسهم في قسم الأحوال الشخصية عند ورود مثل هذه القضايا إليهم ، إذ أن بعض القضاة يؤكدون على عدم وجود نزاع فيفصلون بعدم الاختصاص ، أما البعض الآخر فيفصل بإثبات النسب بحكم ، ويكون المنطوق يتضمن اللقب وأمر ضابط الحالة المدنية بقيده في سجلات الميلاد .

وبما أكنا أن دعوى إثبات النسب لا يمكن أن تكون إلا بإثبات الزواج فهل يمكن الجمع بين دعوى إثبات الزواج ودعوى إثبات النسب وإن كان الأمر كذلك فكيف يكون الحكم فيها؟

نقول أن دعوى إثبات النسب قد تكون دعوى أصلية منفردة، تهدف أساساً إلى إثبات النسب ذاته، فهنا تكون الدعوى بوضع عريضة عادية لدى كتابة ضبط المحكمة مع إرفاق الدعوى بعقد زواج رسمي مسجل لدى مصالح الحالة المدنية، وهذا لإثبات صفة المدعي وعدم تعرض الدعوى لعدم القبول لأنعدام الصفة.

وقد تكون دعوى النسب دعوى تبعية لدعوى أخرى فإذا كانت تابعة لدعوى إثبات الزواج فهنا القاضي يفصل في إثبات الزواج، ويرفض الطلب المتعلق بإثبات النسب لعدم ارتباط الطلبات.⁽¹⁾

(1) www.startimes.com, 01/08/2013, 23h00.

الفرع الثاني: بعض النماذج عن عريضة افتتاحية لإثبات النسب في الزواج العربي

دعوى نسب الولد في الزواج العرف

أنه في يوم الموافق على بناءا
المقيدة السيد طلب على بناءا
و محلها المختار مكتب الأستاذ المحامي أنا أنا
محضر محكمة قد انتقلت حيث إقامة : السيد المقيم و أعلنته بالآتي :

الطالبة زوجة للمعلن إليه بموجب عقد الزواج العرفي المؤرخ في..... و ذلك أمام شاهدين وقعا على العقد بمجلس العقد و دخل بها و عاشرها معاشرة الأزواج و رزق منها على فراش الزوجية بولد يدعى.....في يدها .

و حيث أن المعلن إليه منكر نسب هذا الولد إليه بدون حق، وقد طالبته الطالبة بالمصادقة على بناة هذا الولد منها و عدم التعرض لها في ذلك فلم يقبل دون حق شرعي.

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت حيث إقامة المعلن إليه و أعلنته بصورة هذه الصحيفة و كلفته بالحضور أمام محكمة و الكائن مقرها
و بجلستها المنعقدة علنا في تمام الساعة التاسعة من صباح يوم الموافق ليسمع الحكم لها عليه بثبوت نسب الولد المذكور إليه و انه والده شرعا و أمره بعدم التعرض لها في ذلك مع إلزامه بالمصاريف و الأتعاب
و لأجل ذلك يلاحظ :

عرضية إثبات نسب

مجلس قضاء سطيف
محكمة سطيف
قسم شؤون الأسرة

مكتب الأستاذ بن زيوش مبروك
المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا
الكاين مقره ب 7 شارع العقيد عميرةوش
سطيف

عرضية افتتاح دعوى

لفائدة : سابين ساندرين بنت برولوا الساكنة
بقرية اقوني فوغالبني موحلبيبني ورثيلان سطيف مدعية
بإعانة الأستاذ بن زيوش مبروك
ضد: بقة السعيد بن يحيى الساكن

بقرية اقوني
فوغال بني موحلبيبني ورثيلان سطيف مدعى عليه
بحضور: السيد
الجمهورية وكيل
محكمة سطيف
عدالة هيئة المحكمة الموقرة

تستأنن المدعية المنوه عنها أعلاه بمقاضاة المدعى عليه بهذه العرضية و هذا بعد
الذكر والواقع

حيث انه بتاريخ 2004/04/04 تزوجت المدعية بالمرحوم بقة جمال بن السعيد بقرية
اقوني فوغال التابعة لبلدية بني موحلبي بحضور شهود من بينهم الشاهدان شحيخ عبد القادر
بن موهوب و كاتي مقران بن محن الصغير الساكنان ببني موحلبي و ذلك برضاء المدعية و
رضاء المرحوم بقة جمال كزوج لها بحضور والده المدعى عليه و بمهر معلوم و على أثره
تمت مراسيم الدخول و البناء .

حيث أن الزواج العرفي المذكور لم يقم المرحوم حال حياته بقيده بسجلات الحالة المدنية إلى اليوم كما هو منوه عنه بشهادة عدم تسجيل الزواج وقد أثمر زواج المرحوم بالمدعية بإنجاب البنت شانة تيفاني إيران بقة بتاريخ 30/01/2009 (صورة من شهادة ميلاد البنت وثيقة مرفقة) .

حيث أن زوج المدعية توفي بتاريخ 11/02/2011 دون القيام بإجراء قيد زواجه بالحالة المدنية حال حياته(نسخة من شهادة وفاته وثيقة مرفقة).

حيث أن المدعية تضررت من عدم قيد زواجها بالحالة المدنية بلدية بنى موحل .
لهذه الأسباب و من أجلها

تلتمس المدعية من هيئة المحكمة الموقرة ما يلي :
في الشكل :

قبول الدعوى شكلا لتوافر الصفة و المصلحة و بياناتها عملا بأحكام المواد 13 و 14 و 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

في الموضوع :
الحكم بتسجيل زواج المدعية سابين ساندرلين بنت برولوا بالمرحوم بقة جمال بن السعيد بسجلات الحالة المدنية بلدية بنى موحل بيبي وريثان و الحاق نسب البنت شانة تيفاني إيران بقة المولودة بتاريخ 30/01/2009 إلى والدتها .
تحميل المدعى عليه المصاريق القضائية .

مع كافة التحفظات
عن المدعية محاميها الأستاذ
بن زيوش مبروك

عرضة افتتاح دعوى لثبت الزواج العرفي واثبات النسب وكذا ثبيت الطلاق العرفي

في: 2011 / 03 / 08

محكمة

قسم شؤون الأسرة

عرضة افتتاح دعوى

لفائدة المدعية: ... ، عاملة ، الساكنة

بحي القائمة في حقها الأستاذ.....

ضد المدعى عليه: ، عامل ، الساكن بحي -

النيابة العامة: ممثلة في شخص السيد / وكيل الجمهورية لدى محكمة.....

بعد أداء واجب الإحترام لهيئة المحكمة الموقرة

من حيث الشكل:

حيث أن عرضة إفتتاح دعوى جاءت مستوفية للشروط القانونية المحددة بأحكام المواد 14، 13، 08، 16، 17، 18، 21، 15 من قانون الإجراءات المدنية، وكذا المادة 03 مكرر من الأمر رقم 02/05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة ، مما يتعين التصريح بقبولها شكلا من حيث الموضوع:

حيث أن المدعية ربطتها بالمدعى عليه علاقة عاطفية و اتفقا في بادئ الأمر على الإقتران بالفاتحة حسب ما يقره الشرع وتم فعلا بتاريخ 2009/04/04 و هذا بحضورولي المدعية (... عمار بن ...) و شاهدين عدل وهمما

(1) - نورا الدين بن ...، المولود بتاريخ ، الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم ... 2009/03/05 الصادرة بتاريخ 2009/03/05

(2) - أحمد ، المولود بتاريخ ... ، الحامل لرخصة السيارة رقم الصادرة بتاريخ 2009/12/07

وهم على أتم الإستعداد لتأكيد أقوالهم و الإدلاء بشهادتهم حيث أنه على إثره قدم المدعى عليه للمدعية الصداق المتفق عليه و المقدر بعشرون ألف دينار جزائري (20.000 دج) و خاتم ذهب

أنظر نسخة من شهادة ميلاد المدعية ، وثيقة مرفقة رقم: 01

أنظر نسخة من شهادة ميلاد المدعى عليه، وثيقة مرفقة رقم: 02

أنظر نسخة من بطاقة التعريف الوطنية للشاهد الأول، وثيقة مرفقة رقم: 03

أنظر نسخة من رخصة السيارة للشاهد الثاني، وثيقة مرفقة رقم: 04

أنظر نسخة من بطاقة تعريف الوطنية الولي، وثيقة مرفقة رقم: 05

حيث أنه تم الدخول بالمدعية بتاريخ 2009/04/04 مباشرة دون إتمام الإجراءات و تسجيل عقد الزواج لدى الحالة المدنية

حيث أن المدعية بعد فترة من دخولها تبين بأنها حامل

حيث أنه و نظرا لظروف المدعى عليه الشخصية لكونه كان متزوج رفضت زوجته قبول

زواجه من إمرأة ثانية مما حال ذلك دون إتمام إجراءات الزواج و تسجيل عقد الزواج

حيث أن المدعى عليه سعى بكل الطرق لإفناع زوجته بضرورة قبول زواجه من إمرأة ثانية خاصة و أن المدعية حامل، إلا أن زوجته رفضت و قامت برفع دعوى قضائية ضده للمطالبة

بفض العلاقة الزوجية، وتم الطلاق فعلا

حيث أن المدعى عليه بعد حصوله على الطلاق من زوجته خيره أفراد عائلته بينهم وبين المدعية وذلك إما أن يطلق المدعية المتزوجة منه زواج شرعي بالفاتحة و إما أن يخسر كل أفراد عائلته

حيث أن المدعى عليه لم يجد منفذآ آخر سوى أن يفض علاقته الشرعية بالمدعية و بالفعل طلقها لفظيا وهي حامل في شهرها الخامس

حيث أنه بتاريخ 03 ديسمبر 2009 ولد الإن (إياد)

أنظر نسخة من شهادة ميلاد الإن ، وثيقة مرفقة رقم: 06

حيث أن المدعى عليه أبدا لا يحاول التوصل من مسؤوليته ولا بأي حال من الأحوال التماطل لتسجيل عقد الزواج و إثبات نسب الإن له ، وإنما هو حاليا على أتم الإستعداد للقيام بذلك

حيث أنه إذا ثبت عقد القران و بصفة شرعية فإن الولد ينسب لأبيه متى كان الإتصال ممكنا عملا بنص المادتين 41،40 من قانون الأسرة ، ولم ينفي بالطرق المشروعة قانونا

حيث أن المدعية تلتمس في قضية الحال ما يلي :

الإشهاد بوجود عقد الزواج الشرعي بين(وسيلة و اليزيد) والذي تم بتاريخ 04 / 04 / 2009

إثبات ميلاد الإن(إياد) بتاريخ 03 / 12 / 2009

الإشهاد باستحالة استمرار الزواج الشرعي بين المدعية و المدعى عليه بعد إثبات عقد الزواج

الشرعى و نسب الإبن لوالده

و بالنتيجة : الحكم بفك الرابطة الزوجية بين المدعى و المدعي عليه دون شرط أو قيد، مع الأمر بالتأشير عليه على هامش شهادة ميلاد الطرفين

و هذا ما تم العمل به في اتجهادات المحكمة العليا ، القرار الصادر بتاريخ 1995/10/24 المتعلق بثبت الزواج العرفى و الحكم بالطلاق جاء فيه ما يلى : إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج، يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بثبت الزواج العرفى و أن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفى في الحكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على ما تم تثبيته بموجب حكم قضائي نشرة القضاة العدد 53 ص 56

إسناد حضانة الإبن لوالدته

لهذه الأسباب و لأجلها
في الشكل

قبول الدعوى شكلا لاستفاءها الأوضاع القانونية
في الموضوع
الحكم بإثبات عقد الزواج الشرعي بين (..وسيلة و ..البيض) و الذي تم بتاريخ 04/04/2009

الحكم بإثبات نسب الإبن " .. إيمان" لأبيه (.. البيض) و أمه (..وسيلة) و الأمر بتسجيل ميلاده بسجلات الحالة المدنية بلدية قالمة و بأثر رجعي
الحكم بفض الرابطة الزوجية بين المدعى (... و سيلة) و المدعي عليه (...البيض) دون شرط أو قيد، مع الأمر بالتأشير عليه على هامش شهادة ميلاد الطرفين
إسناد حضانة الإبن لوالدته (...وسيلة)
تحميل المدعى عليه بالمصاريف القضائية
المرفقات

- (1) - شهادة ميلاد المدعى
- (2) - شهادة ميلاد المدعي عليه
- (3) - شهادة ميلاد الإبن
- (4) - بطاقة التعريف الوطنية للشاهد الأول

(5) - رخصة السيارة للشاهد الثاني
(6) - بطاقة التعريف الوطنية للولي
تحت جمیع التحفظات
عن المدعیة محامیها

خاتمة

وما يمكن استخلاصه أن للتوثيق أهمية كبيرة من أجل إثبات عقد الزواج باعتباره الوسيلة الوحيدة التي يملكتها الفرد لإثبات وجوده من أجل المحافظة على الحقوق وصيانتها فتسجيل الزواج له أهمية ومنافع عديدة.

وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما استعمل الوظيفة التربوية للقانون في المجتمع بهدف توعية الجمهور بضرورة تسجيل عقود الزواج، وإبرامها أمام الموثق أو أمام ضابط الحالة المدنية.

وما تجدر عليه الإشارة أنه على الرغم من خضوع عقد الزواج لإجراءات إدارية قصد تسجيله إلا أن ظاهرة عقود الزواج العرفية أو ما يعرف بالزواج الشرعي مازالت منتشرة بشكل كبير، وهو الأمر الذي أدى إلى كثير من المشاكل خاصة فيما يتعلق بإثباتها ، نظرا للغموض والاختلاف الذي يعتري المواد القانونية فيما يتعلق بإثباته وهو ما أدى إلى العمل بالاجتهادات الشخصية للقضاة، حيث أنه و في أغلب المحاكم عبر التراب الوطني يتم إثبات عقد الزواج العرفي بموجب حكم صادر عن قسم الأحوال الشخصية بغض النظر عن وجود نزاع أم لا ، ولم يعد هناك مجال لإهمال نص المادة 39 من قانون الحالة المدنية ومنه نتساءل لماذا يثقل كاهل القضاة بملفات هم في غنى عنها؟ ولماذا يثقل كاهل المواطنين بإجراءات رفع الدعوى وما يتربى عنها من مصاريف وطول المدة ؟ في حين أن نص المادة 39 من قانون الحالة المدنية يخول لها اللجوء إلى وكيل الجمهورية قصد المطالبة بتسجيل عقد الزواج ، حيث يقوم هذا الأخير بإحالة الطلب مرفقا بعرضة إلى القاضي المكلف بالحالة المدنية، مع العلم أن هذه الإجراءات تتم دون مصاريف وعليه فإن على المشرع الجزائري الوقوف عند هذا الاختلاف في الإجراءات بين قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية.

و تجدر الإشارة أنهم إذا كان قانون الأسرة الجزائري يفرض مجموعة من الشروط في حالة التعدد كوجود المبرر الشرعي، و إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل الزواج منها ، و الحصول على رخصة من رئيس المحكمة بالزواج الجديد ، وهذا حسب ما نصت عليه المادة الثامنة (08) من ذات القانون فإنه في الواقع نجد أن عادة ما يريد الرجل الزواج بأكثر من امرأة واحدة دون أن يكون له أي مبرر شرعي، بالإضافة إلى أن الزوجة السابقة و حسب

الواقع الذي نعيشه لا تقبل بامرأة أخرى تشاركها زوجها، فكل هذه الأسباب تؤدي بالرجل للجوء إلى الزواج العرفي تقادياً لكل هذه الإجراءات .

و هذا طبعاً يؤدي إلى تفشي ظاهرة الزواج العرفي خاصة بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري في 2005 ، فالمشرع أراد من جهة حماية المرأة و حقوقها و تجنب مشكل لكن من جهة أخرى وقع في عدة مشاكل ناتجة عن هذا التعديل .

فإذا أراد المشرع التمسك بهذه الشروط كان يجب أن يفرض عقوبة قانونية لكل شخص مخالف لها.

قائمة المراجع

أولاً : باللغة العربية

1 - القرآن الكريم

(1) سورة هود.

(2) سورة النساء.

(3) سورة الطلاق.

(4) سورة البقرة

2 - الكتب

1 _ الشيخ أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية، الطبعة الثانية ،دار همام، مصر.

2 _ احمد بن يوسف بن احمد الدريويس ، الزواج العرفي حقيقته أحکامه وأثاره و الأنکحة ذات الصلة به، الطبعة الأولى، دار العاصمة للنشر و التوزيع، السعودية.

3 _ السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة السابعة، دار الكتاب العربي.

4 _ الشريف على بن محمد الجرجاني، تعریفات ،دون طبعة، دار النشر،لبنان،1970.

5 _ الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، الطبعة الأولى، دار الأمة، 2003.

6 _ الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الأنکحة الفاسدة في ضوء الكتاب و السنة ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2005.

7 _ الغوثي بن ملحة، قواعد وحدات الإثبات ، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر ، 2001.

8 _ الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2005.

9 _ بدران أبو العينين، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، دون طبعة، مؤسسة شباب الجامعة، دون سنة نشر.

10 _ بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.

11 _ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر ، 1999 .

12 _ بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2003 .

- 13_ بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول ، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2005.
- 14_ حامد عبد الحليم الشريف، الزواج العرفي، بدون طبعة، مصر، دون سنة نشر.
- 15_ سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، دون طبعة، المطبعة العالمية ،دون سنة نشر .
- 16_ عبد الحميد الشواربي ، الشهادة في المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية ، مصر. 1992.
- 17_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دون طبعة ، دار راجيات التراث العربي ، لبنان،دون سنة نشر.
- 18_ عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، دون طبعة، مكتبة الأقصى،الأردن، 1970.
- 19_ عبد العزيز بن صالح الشاوي، مقال بعنوان أحكام النكول عن اليمين في الفقه والنظام ، أستاذ مساعد في قسم الفقه بكلية الشريعة وأصول الدين بجامعة القصيم.
- 20_ عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي المشكلة والحل، بدون طبعة ،دار الروضة للنشر و التوزيع ،مصر، بدون سنة نشر.
- 21_ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة،دار البعث، الجزائر، 1989 .
- 22_ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، 1996 .
- 23_ عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر ، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر ، 1996.
- 24_ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الإجراءات الجزائية في ثوبه الجديد ، الطبعة 4، دار هومة ، الجزائر. 2013.
- 25_ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، سنة 1984.
- 26_ عبد المالك بن يوسف المطلق ،الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية و خارجها، الطبعة الأولى، دار العاصمة للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية.،2005.
- 27_ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الطبعة التاسعة، دار الكلمة، مصر ، 1998.
- 28_ فارس محمد عمران، الزواج العرفي و صور أخرى للزواج غير الرسمي، الطبعة الأولى، مجموعة النيل العربية، مصر ، 2001.
- 29_ كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان ، 1992.

- 30_ كمال صالح البنا، الزواج العرفي و منازعات البناء، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005
- 31_ محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 32_ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي ، دون سنة نشر.
- 33_ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، بدون طبعة، دار الثقافة العربية للطباعة ، دون سنة نشر.
- 34_ محمد حامد، نكاح المتعة حرام في الإسلام، دون طبعة، دار البيضاء، مصر ، دون سنة نشر.
- 35_ محمد سالم مذكر ، مدخل الفقه الإسلامي، دون طبعة ، دار القومية للطباعة ، دون سنة نشر.
- 36_ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة 1 دار هومة، الجزائر. 2009.
- 37_ محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار شهاب، الجزائر ، 2000 .
- 38_ محمد محمود زهران(همام)، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2002 .
- 39_ ممدوح عزمي، الزواج العرفي، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر ، 1997.
- 40_ ممدوح عزمي، دعوى ثبوت النسب و دعاوى ثبوت الزوجية و التبني للمسلمين و غير المسلمين، المجلد الثالث، دار الفكر الجامعي، 2003 .
- 41_ منصور محمد حسين، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، دون طبعة، منشأ المعارف، مصر ، 1999 .
- 42_ نبيل صقر، الوسيط في شرح القواعد الإجرائية والموضوعية، دون طبعة دار الهدى، الجزائر 2009.
- 43_ نصر الدين ماروك، قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004.
- 44_ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، للطبعة الثالثة ، دار الفكر، سورية، 1996 .
- 45_ يحيى بکوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دون طبعة، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، 1981.

46_ يوسف دلاندة ،**دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، الزواج والطلاق** ، دون طبعة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2007.

المذكرات

- 1_ يلعوار زبير، أركان و شروط عقد الزواج و أثار تخلفهما في الشريعة و القانون، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12، الجزائر، 2004/2001 .
- 2_ سالمي سميرة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثبات الزواج الرسمي و العرفي ، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 15 لسنة 2007/2004 .
- 3_ معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي و طرق إثباته و مشكلة الإثبات في الزواج العرفي، رسالة ماجستير فرع عقود و مسؤولية، الجزائر، 2003 /2004.
- 4_ ناسلي حميدة، عقد الزواج العرفي، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،الجزائر،2008.

المقالات

- 1_ أشرف سعد الدين المحامي، مقال عن الزواج العرفي، مصر، 2010/12/21
- 2_ يداوي علي ، مقال عقود الزواج العرفية ، مجلة قضائية ، 2002 ، العدد 02.
- 3_ أزواج يلتقون على قانون الأسرة بالزواج العرفي، مقال منشور في جريدة أخبار اليوم، ليوم 2 الأستاذ مسعود عبد الله، من مقالة عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الموثق، العدد الثاني، مارس 1998، 8، 2012/01/1998.

المجلات

4_ المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1989 .

5_ المجلة القضائية، 1990 العدد 03 .

6_ المجلة القضائية، سنة 1990 .

7_ المجلة القضائية، ، العدد 01 لسنة 1991 .

8_ المجلة القضائية العدد 02 لسنة 1993 .

9_ المجلة القضائية، العدد الثاني لسنة 2000 .

الاجتهادات و الأحكام القضائية

1_ الاجتهد القضايى لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص لسنة 2001.

المحاضرات

1_ الغوثي بن ملحة ، محاضرات قانون الأسرة بالمعهد الوطني للقضاء.

موقع الانترنت

منتدى الجزائرية لقانون و الحقوق.

www.startimes.com,23h00,01/08/2013.

www.ckfu.org, 22h:30 , le 06/08/2013.

النصوص القانونية

1_ أمر 72/69 مؤرخ في : 1969/09/16 يتضمن لزومية تسجيل عقد الزواج.

2_ أمر 20/70 مؤرخ في : 1970/02/19 يتضمن الحالة المدنية.

3_ أمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 ، يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

4-أمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم

5_ أمر رقم 155/66 المؤرخ في 1966/06/08 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل

والمتمم

2-المراجع باللغة الفرنسية

_1Dr Ghaouti Benmellha ,Eléments du Droit Algerien de la Famille, Tome premier, Le mariage et sa dissolution , Office de Publications universitaires, publi sud, Pari ,1985.

فهرس المحتويات

04.....	مقدمة.....
15.....	الفصل الأول الزواج العرفي في التشريع الجزائري.....
16	المبحث الأول : مفهوم الزواج العرفي.....
16.....	المطلب الأول: المقصود بالزواج العرفي ...
16.....	الفرع الأول: تعريف العرف.....
16	أولا: العرف لغة
16.....	ثانيا : العرف اصطلاحا.....
19.....	الفرع الثاني :تعريف الزواج العرفي.....
19.....	الفرع الثالث: سبب تسميته بالزواج العرفي.....
20.....	المطلب الثاني : تمييز الزواج العرفي عن بعض أنواع الزواج الأخرى
20.....	الفرع الأول: تمييز الزواج العرفي عن الزواج السري
20.....	الفرع الثاني: تمييز الزواج العرفي عن زواج المتعة
21.....	الفرع الثالث : تمييز الزواج العرفي عن زواج المسيار.....
22.....	الفرع الرابع: التمييز بين الزواج العرفي و الزواج الرسمي
22.....	المبحث الثاني : أركان وشروط عقد الزواج العرفي و جزاء تخلفها.....
23.....	المطلب الأول: ركن الرضا في عقد الزواج العرفي و جزاء تخلفه.....
24.....	الفرع الأول: رضا الزوجين في عقد الزواج العرفي.....
28.....	الفرع الثاني :الجزاء المترتب على تخلف ركن الرضا
30.....	المطلب الثاني: شروط الزواج العرفي و الجزاء المترتب عن تخلفها.....
30.....	الفرع الأول: شروط عقد الزواج.....
30.....	أولا: أهلية الزواج
32.....	ثانيا: الصداق.....
34	ثالثا:الولي.....
35	رابعا: الشاهدان.....
36.....	خامسا:انعدام الموانع الشرعية للزواج
38.....	الفرع الثاني الجزاء المترتب على تخلف أحد الشروط.....

المبحث الثالث: أسباب الزواج العرفي وحكمه.....	40.....
المطلب الأول : أسباب الزواج العرفي.....	40.....
الفرع الأول: الأسباب الاجتماعية.....	40.....
أولا: مشكلة التعدد.....	40.....
ثانيا : الهروب من بعض الالتزامات.....	41.....
الفرع الثاني: الأسباب الدينية.....	41.....
الفرع الثالث: الأسباب المالية.....	42.....
أولا : المغalaة في المهرور	42.....
ثانيا: زيادة أعباء وتكليف الزواج إلى حد الإلهاق.....	43.....
الفرع الرابع: الأسباب القانونية.....	43.....
أولا : صغر السن.....	43
ثانيا: وجود شروط إدارية يراها عبئا ثقيلا عليه.....	44.....
ثالثا: عدم وجود نصوص تعاقب عليه.....	45.....
المطلب الثاني : حكم الزواج العرفي.....	46.....
الفرع الأول: حكم الزواج العرفي شرعا.....	46.....
أولا : من ناحية مدى توافر أركان وشروط الزواج الشرعي.....	46.....
ثانيا : من ناحية تحقيق مقاصد الزواج الشرعية.....	47.....
الفرع الثاني: حكم الزواج العرفي قانونا.....	47.....
المبحث الرابع: آثار الزواج العرفي على الزوجين.....	49.....
المطلب الأول : آثار الزواج العرفي على الزوجين.....	49.....
الفرع الأول : آثاره على المجتمع.....	49.....
أولا : الزواج العرفي ضياع للأنساب.....	49.....
ثانيا : زواج المحرمات.....	49.....
ثالثا: الزواج العرفي والتزوير.....	50.....
الفرع الثاني : آثار الزواج العرفي على الزوجين.....	50.....
أولا : حقوق الزوج على زوجته.....	50.....
ثانيا : حقوق الزوجة على زوجها.....	52.....

ثالثاً: الحقوق المشتركة بين الزوجين.....	55.....
الفرع الثالث: مدى ملائمة الآثار السابقة المذكورة على الزواج العرفي.....	55.....
أولاً حق الإنفاق.....	56.....
ثانياً : حق الإرث.....	56.....
ثالثاً: الصداق المؤجل.....	57.....
الفصل الثاني: إثبات الزواج العرفي.....	58.....
المبحث الأول: توثيق الزواج العرفي	58.....
المطلب الأول : مشكلة الزواج العرفي.....	58.....
الفرع الأول: الإجراءات الإدارية للزواج.....	59.....
أولاً: شرط الشخص المؤهل قانوناً لإبرام عقد الزواج.....	59.....
ثانياً: شرط إتباع الإجراءات لتحرير عقد الزواج.....	59.....
الفرع الثاني: الإجراءات التنظيمية.....	61.....
المطلب الثاني: تسجيل عقد الزواج العرفي	63.....
الفرع الأول : تسجيل عقد الزواج العرفي في حالة عدم وجود نزاع.....	64.....
أولاً: الجهة القضائية المختصة.....	64.....
ثانياً : الإجراءات المتبعة	65.....
الفرع الثاني: تسجيل الزواج العرفي في حالة وجود نزاع.....	66.....
أولاً : الجهة القضائية المختصة.....	66.....
ثانياً: الإجراءات الواجب اتباعها.....	67.....
ثالثاً: الحكم القاضي بإثبات عقد الزواج العرفي.....	71.....
المبحث الثاني: إثبات الزواج العرفي.....	72.....
المطلب الأول: الإقرار كوسيلة لإثبات الزواج العرفي.....	72.....
الفرع الأول: تعريف الإقرار وخصائصه.....	73.....
أولاً : التعريف القانوني.....	73.....
ثانياً: التعريف القضائي.....	73.....
ثالثاً: التعريف الفقهي.....	73
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإقرار وشروطه.....	74.....

أولا: الطبيعة القانونية للإقرار.....	74
ثانيا : شروط الإقرار.....	75
الفرع الثالث : أنواع الإقرار.....	75
أولا : الإقرار غير القضائي.....	75
ثانيا الاقرار القضائي.....	76
الفرع الرابع: حجة الاقرار في الزواج العرفي.....	76
المطلب الثاني : الشهادة كوسيلة لإثبات الزواج العرفي.....	77
الفرع الأول: تعريف شهادة الشهود وخصائصها.....	77
أولا: الشهادة الشخصية.....	78
ثانيا الشهادة الحسية:.....	78
الفرع الثاني: أنواع الشهادة.....	78
أولا : الشهادة المباشرة	78
ثانيا : الشهادة غير المباشرة.....	79
الفرع الثالث : النظام الإجرائي لشهادة الشهود.....	80
أولا : شروط تحقق الشهادة.....	80
ثانيا: الشروط المتعلقة بالشهادة.....	81
المطلب الثالث : النكول عن اليمين.....	83
الفرع الأول : معنى النكول عن اليمين.....	83
الفرع الثاني: حجية اليمين.....	84
أولا: بالنسبة لأطراف اليمين.....	84
ثانيا: بالنسبة للقاضي.....	85
المبحث الثالث: بعض دعاوى الزواج العرفي.....	86
المطلب الأول: دعاوى إثبات الطلاق في الزواج العرفي.....	86
الفرع الأول : حالة عدم تسجيل عقد الزواج.....	86
الفرع الثاني: تعامل قاضي الأحوال الشخصية مع دعوى إثبات الطلاق.....	87
المطلب الثاني : دعوى إثبات النسب في الزواج العرفي.....	91

الفرع الأول: حالة إثبات النسب في الزواج العرفي وإشكالياته.....	91.....
الفرع الثاني: بعض النماذج عن عريضة افتتاحية لإثبات النسب في الزواج العرفي....	93.....
الخاتمة.....	100.....
قائمة المراجع.....	102.....
محتويات الفهرس.....	107.....