جامعـــة أكلـــي محنـــد أولحـــاج – البـــويـــرة –
كليـــة الحقـــوق والعلـــوم السياسيـــة
قســـم القانـــون الخاص

الزواج العرفي وآثاره القانونية في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبتان

مشتاوي فضيلة

عرفوني فريدة

إشراف الأستاذة

بغدادي ليندة

لجنة المناقشة

الأستاذ:رجاتي فؤاد..... .....رئيسًا

الأستاذة بغدادي ليندة ....مُشْرِفًا ومقرّرًا

الأستاذ: ربيع زهية.....ممتحنًا

السنة الجامعية: 2014-2015

شكـــر وتقديـــر

عظيم الشكر للأستاذ "بغدادي ليندة" لقبولها الإشراف على هذا العمل وتعهدها

بالتصويب في جميع مراحل إنجازه، وزودتني بالنصائح والإرشادات

التي أضاءت أمامي سبيل البحث

فجزاها الله عني كل خير.

إهـــداء

كمهدي الروض زهرة من زهراته... وكمهدي البحر قطرة من قطراته... وكمهدي المسك نفحة من نفحاته...

أهديك يا حبيبي يا رسول الله عملي هذا.

كما أهديه إلى روح والدي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته...

إلى أمي الحنون أمد الله في عمرها

إلى إخوتي الأعزاء

إلى أساتذتي الأفاضل

إلى المجدين في طلب العلم من المهد إلى اللحد

فضيلة

إهـــــداء

إلى روح الوالدين رحمهما الله،

إلى إخوتي وأخواتي وكل أفراد العائلة، خاصة الأخ رزقي

إلى كل أصدقائي،

أهدي ثمرة جهدي

فريـــدة

مقدمة

الأسرة هي نتاج لعقد الزواج، فلا عائلة بدون زواج ولا زواج إلا والعائلة هي نتاجه، فالإنسان مخلوق خلقه الله تعالى ليستخلفه في الأرض كغيره من المخلوقات، لإعمارها، ولن يتمّ هذا إلا ببقاء هذا النوع، ولكي يتمّ ذلك هيأ فيه مجموعة من الغرائز والدوافع هي التي تحفزه وتدفعه وتبقيه وتسوقه إلى ما يضمن بقاءه فردا وبقاءه نوعا.

ومن جملة الغرائز غريزة البحث عن الطعام وبإشباع هذه الغريزة يبقي شخصه، والغريزة الجنسية التي بالاستجابة لها يبقى نوعه، وهي غريزة قوية إن لم تخضع إلى ضابط، أو مانع، ولا رادع من دين أو خلق أو عرف، كما هو الشأن في المذاهب الإباحية، وفي هذا إنحطاط بالإنسان إلى مرتبة الحيوانية، أما حرمانها أي حرمان هذه الغريزة من الإشباع بالكبت والعصيان فهذا وأد لها وتعطيل لدورها، كما أنه عداء للفطرة واصطدام بسنة الحياة.

أما أن يوضع لها نظام وحدودا دون كبت أو تبتل كما هو الشأن في الديانات السماوية التي شرعت النكاح وخصوصا الإسلام الذي اعترف بالغريزة وأبان لها طريق الإشباع، عملا بالمبادئ التي يقوم عليها، إذ لا ضرر ولا ضرار، ولا رهبانية في الإسلام، حيث مهد لها السبيل الحلال وحرم الزنا، فلولا شرع الزواج ما أدت الغريزة دورها وما استمر بقاء الإنسان، ولولا اختصاص الرجل بالمرأة ما نشأت الأسرة ولولا الأسرة ما كان المجتمع.

والزواج في الإسلام عقد متين وميثاق غليظ، قائم في الأساس على نية العشرة الدائمة بين الزوجين لتحقيق الثمرة النفسية التي ذكرها القرآن الكريم، حيث قال تعالى: ﴿وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا وَجَعَلَ لَكُم مِّنۡ أَزۡوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةٗ﴾[1].

كذلك لتحقيق السكن النفسي من المودة والرحمة، حيث قال تعالى: ﴿وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةٗۚ﴾[2].

(1) سورة النحل، الآية: 72.

(2) سورة الروم، الآية: 21.

في رحاب هذه الشريعة السمحة وهذا الدين العادل وبإشراف النبي الكريم دأبت الأمة الإسلامية على الزواج العرفي في تكوين الأسرة، وهي تعتمد على الزواج كممارسة اجتماعية تستمد أصولها وشرائعها من الدين الحنيف، وتعارفت عليه وتناقله الخلف من السلف، وكان الزواج العرفي هو السائد وهو الغالب، وهو زواج صحيح ما إن استوفى جميع الأركان والشروط وخلا من الموانع، وهذا ما أقرته التشريعات القانونية ومن بينها القانون الجزائري الذي يستمد قوانينه خصوصا في قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية، غير أنه أضفى عليه أي في عقد الزواج طابع تنظيمي هو التسجيل، والحكمة في ذلك هي تحقيق الوجه القانوني نظرا لأهمية هذا العقد وأهمية الآثار التي تترتب عليه.

أراد فيه المشرع الرسمية لترتيب جميع الآثار القانونية، بل أكثر من ذلك فقد أمر بتسجيل جميع العقود التي وقعت في الماضي وأثناء الثورة أين كانت كل عقود الزواج عرفية.

من جملة النصوص القانونية التي تشير إلى التسجيل نجد القانون رقم 224/63 بتاريخ 1963/06/29 الخاص بالسن القانونية للزواج[1]، حيث نصت المادة (05) منه على أنه "لا يجوز لأحد أن يدعي الزوجية أو يطالب بآثارها القانونية ما لم يقدم عقد زواج محدد ومسجل في سجل الحالة المدنية".

وطالما أنه لا يوجد نص يمنع الزواج "بالفاتحة" لا في قانون الأسرة ولا في قانون الأحوال المدنية، فلا مانع من إدراجه في سجلات الحالة المدنية، إذا توافرت فيه أحكام التشريع الإسلامي، وتوافرت فيه الأركان والشروط التي نصت عليها المادتين 9 و9 مكرر[2] من قانون الأسرة الجزائري، والحكمة في ذلك هي الحفاظ على النظام العام والحفاظ على مصلحة الزوجة والأولاد.

(1) القانون رقم 224/63 المؤرخ في 29 يونيو 1963 المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج، الجريدة الرسمية العدد 44، لسنة 1963 الصادرة بتاريخ 1963/07/02، ص 681.

(2) المادة 9، 9 مكرر، من قانون الأسرة قانون 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمتضمن والمعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

غير أنه ونظرا لاستغلال بعض الطامعين ذوو الأنفس الضعيفة مطية لتحقيق مآرب خسيسة من غير وعي بأهمية هذا العقد، وتبعا لتنوع وتعدد المشاكل التي تسجلها المحاكم الجزائرية التي تتعلق بإثبات النسب وترسيم الزواج، والتي تتعدى بالآلاف سنويا، فالمشرع الجزائري أولى هذا الموضوع بجملة من الأوامر والقوانين كلها تهدف إلى تنظيم هذا الزواج والحث على تسجيله وتبيان أهمية التسجيل.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع اتضح لنا جليا مدى أهمية هذا الزواج العرفي وضرورة تسجيله، حيث استخلصنا من أنه هناك أصناف عدة لها نظرة خاصة لهذا الزواج العرفي، فصنف يخلط في فهم مقاصد الشريعة الإسلامية حيث لديهم اعتقاد بأن الزواج في بداية الإسلام لم يوثق، غير آبهين بأصول التعامل، وصنف آخر يحتال على القانون في حالة تعدد حيث يشترط القانون ضرورة موافقة الزوجة الأولى في حين صنف آخر ينكر بما آل إليه وضع المرأة وانتشار العنوسة، ومن جملة الأسباب التي دفعتنا لدراسة هذا الموضوع هي الآثار السلبية التي تترتب على الزواج العرفي، فبالدرجة الأولى ضياع الحقوق ومن بينها ضياع حق الزوجة في رفع الدعوى بأي حق من حقوق الزوجية لا قيمة لها أمام القضاء لعدم وجود وثيقة رسمية، وكذلك الأولاد الذين يأتون نتيجة للزواج العرفي قد يتعرضون لكثير من المتاعب التي قد تؤدي بهم إلى الضياع والتمزق وعدم الاستقرار داخل مجتمعهم بل وقد ينكر نسبهم، وانتهجنا في ذلك الوصف والتحليل، حيث قمنا بتعريف الزواج العرفي وذكرنا أركانه وشروطه، كما اعتمدنا على المنهج التحليلي بتحليل بعض المواد القانونية لقانون الأسرة الجزائري.

والإشكالية التي أريد طرحها هي:

ما هي أحكام الزواج العرفي وآثاره القانونية؟

لهذا قمنا بتقسيم بحثنا هذا إلى فصلين رئيسيين وهما:

الفصل الأول: مفهوم الزواج العرفي وطرق إثباته.

الفصل الثاني: إجراءات تسجيل الزواج العرفي وآثاره القانونية بعد التسجيل.

الفصل الأوّل

مفهوم الزواج العرفي وطرق إثباته

الفصل الأول

مفهوم الزواج العرفي وطرق إثباته

يعتبر عقد الزواج من أهمّ العقود التي شرعها الله سبحانه وتعالى، وهذا ما جاء في قوله تعالى: ﴿وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةٗۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ ٢١﴾[1]، وهذا لتنظيم الحياة البشرية في الأرض، ويعرف الزواج عامة بأنه: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل"[2].

ولقيام عقد الزواج يجب أن يتوفر ركن الرضا أي الصيغة في عقد الزواج بتخلفه يعتبر عقد الزواج باطلا، على غرار شروط عقد الزواج التي تختلف في حدّ ذاتها من شرط إلى آخر، كما يمكن القول بأنّ عقد الزواج العرفي هو العقد الذي يستوفي جميع الأركان والشروط، إلا أنه غير مسجل لدى الجهات الرسمية، وبالتالي لا يمكن الاعتراف به من الناحية القانونية، إلا إذا تمّ إثباته بطرق الإثبات المتعارف عليها في نظرية الإثبات في القانون المدني وقانون الأسرة، ولتبيان ذلك خصصنا هذا الفصل للحديث عن هذه المسألة وذلك من خلال مبحثين أولهما والذي كان بعنوان الزواج العرفي، وثانيهما الموسوم بطرق إثبات الزواج العرفي.

(1) سورة الروم، الآية 21.

(2) إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون، الطبعة الأولى، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 47.

المبحث الأول
(مفهوم الزواج العرفي)

يعتبر الزواج العرفي عقد شأنه كشأن سائر العقود، وهو عقد رضائي بين رجل وامرأة على وجه يحله الشرع والقانون، ولقيام هذا الزواج يجب توفر أركان وشروط، نجد في مقدمتها ركن الرضا الذي يعتبر توافق رضا الطرفين على الدخول في رابطة عقدية، وأنّ الإخلال بهذه الإرادة يجعل العقد باطلا لا أساس له، ولا يكفي هذا الركن باعتبار الزواج صحيحا حسب نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، ولكن هناك شروط أخرى كالأهلية، شهادة الشهود، الصداق، إنعدام الموانع الشرعية، وفي حالة تخلف ركن الرضا يكون العقد باطلا، أما إذا تخلف أحد هذه الشروط يكون العقد قابل للفسخ، لذلك يتعين علينا التعرض لتعريف الزواج العرفي في المطلب الأول، وبيان أركان وشروط الزواج العرفي في المطلب الثاني، واثر تخلف هذه الأركان والشروط في المطلب الثالث وتناول تمييز هذا الزواج عن بعض أنواع الزواج الأخرى في مطلب رابع.

المطلب الأول
(تعريف الزواج العرفي)

الزواج العرفي نوع من الزواج يتم وفقا للشريعة الإسلامية وبطريقة معينة كانت ومازالت مستعملة، حيث اعتاد الناس على إتباعها وانتهاج هذا المسلك في إبرام عقود زواجهم، فما هو الزواج العرفي؟ ولكون الزواج العرفي مصطلح مركب من كلمتين، الزواج والعرفي، والعرفي ينسب إلى العرف، لذا سوف نتعرض، في هذا المطلب، إلى تعريف الزواج كفرع أول وتعريف العرف كفرع ثاني، ثم نتطرق إلى تعريف الزواج العرفي كمصطلح بمجمله في الفرع الثالث.

الفرع الأول: المقصود بالزواج

سنقوم في هذا الفرع بتعريف الزواج من الجانب اللغوي (أولا)، وتعريفه من الجانب الاصطلاحي (ثانيا)، وبعدها سنتطرق إلى التعريف من الجانب القانوني (ثالثا).

أولا: الزواج لغة

هو الاقتران، كما يقال زوّج الرجل إبله: إذا قرن بعضها إلى بعض[1]، وهذا ما جاء في قوله تعالى: ﴿وَزَوَّجْنَٰهُم بِحُورٍ عِينٍ ﴿٥٤﴾﴾[2]، ومعناه قرناهم بهنّ.

وقد تعني أيضا كلمة الزواج لغة الضمّ أو الربط بين شيئين من مثل أو جنس واحد، وبهذا المعنى وردت كلمة الزواج في القرآن الكريم ﴿وَإِذَا ٱلنُّفُوسُ زُوِّجَتْ ﴿٧﴾﴾[3].

ثانيا: الزواج اصطلاحا

وردت عدة تعريفات للزواج عند الفقهاء مختلفة في العبارات، لكنها ترجع في جملتها إلى معنى واحد، نذكر منها ما عرّفه مصطفى شلبي بأنه: "عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل في التمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها، وحل استمتاع المرأة به"، وهو التعريف الذي كان صاحبه يتوقع منه الإلمام بخصائص عقد الزواج لكنه يعاب عليه أنّه جعل المرأة محلا للعقد وهذا ما لا يصدقه العقل، فلو كانت موضوعا للعقد فلماذا يشترط فيها المشرع شروط طرفي العقد كالأهلية والحرية والعقل والإسلام[4].

وعرّفه محمد أبو زهرة: "هو التناسل وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الأنس الروحي وسط متاعب الحياة وشدائدها"[5].

ثالثا: التعريف التشريعي للزواج

نجد المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري تعرّفه على أنّ الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، ويلاحظ في هذا التعريف القانوني أن المشرع صرح

(1) هلال يوسف إبراهيم، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين، الناحية الشرعية والقانونية، شرح وتعليق وصيغ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 05.

(2) سورة الدخان، الآية 54.

(3) سورة التكوير، الآية 07.

(4) نقلا عن: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2002، ص30.

(5) نقلا عن: العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 30.

بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، كما نص على ضرورة احترام الشروط الشرعية، وذكر الغاية من عقد الزواج، ومن هنا لم يتعرض القانون لموضوع عقد الزواج وآثاره القانونية، ولكنه ذكر غايته المتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، ولعلّ عذر القانون في هذا الإغفال هو الخشية من أن يظن أن عقد الزواج موضوع في الإسلام بمجرد الاستمتاع واللذة، فعدل ذلك إلى ذكر الغاية منه[1].

توجد عدّة تعريفات للزواج في القانون، من بينها نجد مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، والذي أعدته لجنة خبراء مجلس وزراء العدل العرب، فقد نص في مادته الخامسة على أنّ الزواج "ميثاق شرعي بين رجل وامرأة، غايته إنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج على أساس التكفل بها وتحمل أعبائها بمودة ورحمة"[2].

وقد عرّفه المشرع العراقي في البند الأول من المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية العراقي بأنه "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل"[3].

الفرع الثاني: تعريف العرف لغة واصطلاحا

سنتناول في هذا الفرع تعريف العرف لغة (أولا)، ثم تليها تعريف العرف اصطلاحا (ثانيا).

أولا: تعريف العرف لغة واصطلاحا

العرف لغة: يطلق العرف ويراد منه عدة معان المعروف وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه، يقال "أولاه عرفا" أي معروفا[4].

العرف اصطلاحا: لقد ورد في تعريف العرف عدة تعريفات منها:

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 31.

(2) نقلا عن: أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 36.

(3) نقلا عن: إسماعيل أبا بكر علي البامرني، مرجع سابق، ص 47.

(4) محمد محمود محمد الجمال، تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 16.

عرّفه الجرجاني العرف بقوله: "العرف هو ما استقرت عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[1].

وعرّفه عبد الوهاب خلاف: "هو ما تعارف عليه النّاس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك"[2].

وعرّفه ابن عابدين: "العادة مأخوذة من المعاودة وهي تكرارها ومعاودتها مرة، صارت معروفة، مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث المقاصد وإن اختلفا في المفهوم[3].

ثانيا: العرف قانونا

هو إطراد الناس على سلوك معين مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم وأن مخالفته تستتبع إجبارهم على إتباعه، ويعرف كذلك باعتباره مصدر من مصادر القانون ويأتي في المرتبة بعد مبادئ الشريعة الإسلامية وذلك وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني والتي جاء فيها "**تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها وفحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة**"[4].

الفرع الثالث: التعريف الفقهي للزواج العرفي

يعرّف الزواج العرفي بأنه: "ذلك الزواج الذي استوفى شروطه الشرعية دون أن يوثق رسميا وقد أطلق عليه العامة بالزواج العرفي"[5]، ويعرّفه رجال القانون بأنه "الزواج غير الموثق

(1) الشريف علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، بلد النشر لبنان، 1970، ص 130.

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

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

(4) محمد محمود محمد الجمال، مرجع سابق، ص 24.

(5) كمال صالح البنا، الزواج العرفي ومنازعات البنوة، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 6.

الذي يتم بإيجاب وقبول بين الطرفين –الزوج والزوجة– من خلال ورقة عرفية ولكن يعاب عليه عدم توثيقه وتسجيله سواء على يد مأذون شرعي أو محكمة الأحوال الشخصية[1].

من خلال التعريف السابق للزواج العرفي، نصل إلى أنه زواج متوافر على جميع الأركان الشرعية من رضا الزوجين وولي الزوجة، والشهود والإعلان، وكل ما في الأمر أنه لم يوثق لدى الجهات المكلفة بتسجيله، وقد اصطلح عليه الفقهاء الزواج العرفي لأنه يتم وفق ما تعارف عليه الناس منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، كما يطلق عليه اسم الزواج المغفل لإغفاله بعدم تسجيله، ويصطلح عليه عقد زواج شرعي، لأنه مكتمل الأركان الشرعية كما يطلق عليه اسم الزواج بالفاتحة لاقترانه بها.

المطلب الثاني

أركان وشروط الزواج العرفي

يلزم لصحة الزواج العرفي توفر مجموعة من الأركان والشروط وذلك لتقومه وتحقق ماهيته، إلا أن مسألة الأركان والشروط كانت محل خلاف ما بين الفقهاء المسلمون، وسلكوا في ذلك طرق متعددة، أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري كان المشرع يخلط بين الركن والشرط، ولم يكن يميز بينهما، إلا أنه بعد التعديل بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 والمتضمن تعديل قانون الأسرة حيث فصل بين أركان وشروط عقد الزواج وهذا ما جاءت به كل من المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة، فلقد نصت المادة التاسعة من قانون الأسرة على أنه "**ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين**"، وتنص المادة 9 مكرر على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، إنعدام الموانع الشرعية.

الفرع الأول: أركان الزواج العرفي

عقد الزواج عقد زواج صحيح إلا أنه في حالة التخلف ركن الرضا يدي بالعقد إلى البطلان، ويعتبر هذا الركن عنصرا أساسيا في إبرام عقد الزواج وهذا ما جاءت به المادة 9 من قانون الأسرة، لذا سنتعرف على هذا الركن في مختلف النقاط المتعلقة به.

(1) فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001، ص 24.

أولا: ركن الرضا

يقصد بركن الرضا توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا[1].

وتنص المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري "**يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا**"، وما نستخلصه من التعريف ونص المادة العاشرة على أن ركن الرضا في عقد الزواج يتكون من شقين وهما الإيجاب والقبول.

فالإيجاب: هو اللفظ الذي يصدر أولا من أحد المتعاقدين دالا على رضاه بالعقد.

والقبول: هو اللفظ الذي يصدر ثانيا من المتعاقد الآخر دالا على موافقته على رغبة الأول[2].

ولصحة الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يكون باللفظ أو الصيغة، حيث تنص المادة العاشرة من قانون الأسرة على "**أن يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا**".

يستنتج من المادة المشار إليها سابقا أن المشرع الجزائري لم يحدد الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول، ولم يحدد اللغة التي يتم بها العقد وهذا ما يؤدي بنا لتحديدها إلى ما ذهب إليه الفقهاء، حيث تناولها تضييقا وتوسعة، فقد قصر المالكية والشافعية والحنابلة ألفاظ الزواج على لفظي الإنكاح والتزويج، فلا ينعقد الزواج عندهم إلا بهذين اللفظين، بينما توسع الحنفية في الألفاظ حتى قالوا إنه ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك وكل لفظ يدل على تمليك الأعيان، واشترط كذلك الفقهاء صيغة الفعل المعبر عنها في الإيجاب والقبول بصيغة الماضي لأنها تفيد دلالة قطعية على رضا الطرفين، وبالتالي يكون الإيجاب والقبول منجزين غير معلقين إلى المستقبل[3].

(1) السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة السابعة، دار الكتاب العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص 34.

(2) مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج وانحلاله، الطبعة التاسعة، دار الوراق، بيروت، لبنان، 2001، ص 73.

(3) الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 43.

تكون الصيغة باللفظ الذي ينطق به المعبر عن إيجابه أو عن قبوله، هذه تعتبر القاعدة العامة والتي نص عليها المشرع في المادة العاشرة من قانون الأسرة، لكن إذا كانت هذه هي القاعدة العامة، غير أن لكل قاعدة استثناء والحالات الاستثنائية لهذه القاعدة تكمن فيما يلي:

- الكتابة.
- الإشارة.
- الرسول أو المراسلة.

أ- الكتابة: قد يتعذر على أحد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في عقد الزواج لعائق كالأخرس والأبكم، فالكتابة تساعده على التعبير عن رفضه أو قبوله للزواج وهذا ما نصت عليه المادة العاشرة الفقرة 2، فأجازت الإيجاب والقبول من العاجز بكل لفظ يفيد معنى النكاح.

ب- الإشارة: في حالات عدة قد يكون أحد المتعاقدين أو كليهما عاجز عن التعبير وذلك نتيجة لخرسهما أو بكمهما، ففي هذه الحالة يكون التعبير طبعا بواسطة الكتابة، وإن كانا لا يحسنا الكتابة يمكن لهما التعبير بواسطة الإشارة.

جـ- الرسول أو المراسلة: لم ينص المشرع الجزائري التعبير عن الرضا عن طريق الرسول أو المراسلة وهذا يجعلنا نطبق نص المادة 222 من قانون الأسرة والرجوع إل ما ذهب إليه الفقهاء المسلمين الذين أجازوا الزواج عن طريق الرسول أو المراسلة المكتوبة، واتفقوا على أنه من لا يستطيع حضور مجلس العقد لغيابه فيمكن له أن يعبّر عن إرادته في إبرام عقد الزواج عن طريق الرسول، ولكنهم اشترطوا حضور شهود[1].

1- شروط صحة الإرادة:

يشترط الفقهاء لصحة الإرادة في عقد الزواج مجموعة من الشروط وهي كالتالي:

أ- أن تكون إرادة الزوجين مؤبدة: لقد اشترط الفقهاء المسلمين أن تكون صيغة عقد الزواج مؤبدة غير مؤقتة ولا مقترنة بما يدل على التأقيت، لأن مقتضى عقد الزواج المؤقت وعقد زواج

(1) معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، الجزائر، 2004/2003، ص ص 42-43.

المتعة غير جائزين عند الفقهاء المسلمين ويقع تحت طائلة البطلان باستثناء نفر من الحنفية الذين يجيزون الزواج المؤقت ويبطلون زواج المتعة[1].

ب- الإرادة غير المقيدة بشرط ولا بأجل: تعني الإرادة المقيدة بشرط أو أجل هي تعليق عقد الزواج على تحقق شروط ما أو إضافته إلى زمن المستقبل وهي معطيات تختلف ولا تتفق مع طبيعة عقد الزواج الذي يجب أن يكون الإيجاب والقبول فيه قطعي لا احتمالي، أي يؤدي إلى إنشاء عقد الزواج في الحال وبصفة فورية باعتباره منجز[2].

جـ- الإرادة الخالية من عيوب الرضا: لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري لعيوب الإرادة بالتفصيل وكذا عدم خوض فقهاء الشريعة الإسلامية كثيرا في هذه المسألة، وهذا ما يؤدي بنا إلى الذهاب إلى القواعد العامة في القانون المدني المادة 82 الفقرة الثانية والمواد 86 إلى 68، التي تناولت ما يلي:

- الإكراه: يقصد به بأنه كل ضغط مادي أو معنوي يولد في نفس الشخص رهبة تدفعه إلى التعاقد، فالإكراه بجانبيه المادي والمعنوي يمس بقاعدة حرية الإرادة في إبرام العقود، وما يشترط في الإكراه وهو أن يكون الدافع الذي دفع بأحد المتعاقدين إلى إبرام عقد الزواج، واعتبرت المذاهب الفقهية عقد الزواج تحت الإكراه باطل.
- الغلط: هو وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع، 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.
- التدليس: ويعرف التدليس بأنه استعمال الحيلة بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد وهو عيب غير هام في إبرام عقد الزواج[3].

(1) مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص 25.

(2) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1999، ص70.

(3) المادة 68 إلى المادة 86 من القانون المدني، مرجع سابق.

الفرع الثاني: شروط الزواج العرفي

الزواج من العقود الثنائية الطرف التي لابد فيها من طرفين وهو كبقية العقود لابد لوجوده شرعا من تحقق الشروط التي تضمنتها المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، وتتمثل هذه الشروط في الأهلية (أولا)، والصداق (ثانيا)، والولاية (ثالثا)، والشاهدين (رابعا)، وانعدام الموانع الشرعية (خامسا).

أولا: الأهلية

تعتبر الأهلية شرط من شروط عقد الزواج نظرا لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات عائلية واجتماعية[1].

ويقصد بالأهلية صلاحية الشخص للإلزام أو الالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق قبل غيره، فإذا الشخص أهلا لثبوت الحقوق المشروعة له، وثبوت الحقوق المشروعة عليه، وأهلا لأن يلتزم بحقوق ينشئ أسبابها القولية كانت عنده الأهلية بجزأيها، أو كانت عنده ما يسمى في عرف الفقه أهلية الأداء[2].

وإذا كان لشخص صلاحية لثبوت الحقوق له ووجوب الواجبات عليه كانتقال الملك له، وكوجوب نفقته على الغير إن لم يكن له مال، تسمى أهلية الوجوب.

وأهلية الأداء تثبت كاملة للبالغ، العاقل الراشد الذي لا يحجر عليه، أما ناقص الأهلية فهو من كان عنده أصل التمييز ولكن لم يكن عنده كمال العقل.

يرى ابن شبرمة وأبو بكر الأصم وعثمان البتي رحمهم الله أنه لا يتزوج الصغير والصغيرة حتى يبلغا[3]، لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 63.

(2) حسن مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، رسالة ماجستير، فرع قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010/2009، ص 6.

(3) حسن مهداوي، مرجع سابق، ص 7.

وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ ۚ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ ۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ حَسِيبًا ۝٦ ﴾[1].

ولم يشترط جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة لانعقاد الزواج الأهلية، البلوغ، العقل، فأجازوا زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة، ولكن بشرط أن لا يمارس إبرام العقد بنفسه إنما يقوم ذلك وليه[2].

وقد أخذ القانون بقول جمهور الفقهاء بجواز زواج المجنون والمعتوه من خلال الولي أو القاضي، فقد نصت المادة 81 من قانون الأسرة "**من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته، أو سفه ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي، أو مقدم طبقا لأحكام قانون الأسرة**".

حرصت معظم تشريعات الأحوال الشخصية، على تحديد أهلية الزواج وتعتبر سن المحددة لها بالنظر إلى آثار عقد الزواج من مسؤولية ملقاة على عاتق طرفي العقد لما لها كذلك من آثار اجتماعية واقتصادية.

حدد قانون الأسرة الجزائري في مادته السابعة 21 سنة للفتى و18 سنة للفتاة ليخفضها إلى 19 سنة للفتى وهي نفس السن المتطلبة في الفتاة، بعد تعديل المادة بنصها 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[3].

إن موقف المشرع الجزائري في الأمر بخصوص هذا الموضوع، يعد مبدئيا موافقا لطبيعة الأحكام المنظمة لسن الزواج، لأنه ليس هناك مانع من تعديلها، باعتبارها أحكام متغيرة، إلا أن تقديم هذا الموقف إجمالا يحتاج إلى بعض من التفصيل بالنظر إلى الأهداف المرجوة من وراء

(1) سورة النساء، الآية 06.

(2) إسماعيل أبا بكر علي البامري، مرجع سابق، ص 84.

(3) نصت المادة 7 من القانون 84-11 على "**تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة**".

إحداث مراكز قانونية جديدة، أو إلغاء أخرى قديمة، والشيء الجديد الذي جاءت به المادة السابعة من قانون الأسرة هو رفع السن لكل من الجنسين.

ثانيا: الصداق

إذا كانت المادة 9 من قانون الأسرة قبل التعديل قد وضعت الصداق تحت عنوان أركان الزواج إلى جانب ركن الرضا فإنها بعد التعديل جاء وضعه في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة ضمن الشروط التي توفرها في عقد الزواج، وفي هذا الإطار سنحاول التطرف بشيء من الاختصار والتبسيط عن تعريف الصداق، وحكمه وعن حالته وظروف استحقاقه.

1- تعريف الصداق وشرعيته:

أ- **الصداق لغة:** هو مشتق من الصدق لأنه عطية سبقها الوعد بها فيصدقه المعطي[1].

ب- **الصداق اصطلاحا:** عرّفته المادة 14 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 05-02 سنة 2005 بأنه ما يدفع للزوجة من نقود أو غيرها، من كل ما هو مباح شرعا، ثم أضافت بأنه ملك لها تتصرف فيه كما تشاء[2].

2- شرعية الصداق: الصداق واجب على الرجل ودليل وجوبه من قوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ﴾[3].

كما أخذ القانون في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر 02/05 على أن الصداق من شروط الزواج، وكما قررت المادة 15 من قانون الأسرة المعدلة بنفس الأمر وجوب تسمية الصداق.

3.- أنواع الصداق: للصداق نوعان، الصداق المسمى والصداق المثل.

---

(1) عبد القادر بن حرز الله، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائرية حسب آخر تعديل له، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 128.

(2) المادة 14 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

(3) سورة النساء، الآية: 04.

أ- الصداق المسمى: هو ذلك المهر الذي يصدر تعيينه ونوعيته وتسمياته أثناء العقد بين المتعاقدين، وذلك سواء كان هذا المهر ذهب أو فضة أو بما يماثلهما من نقود أو أشياء ثمينة كالسيارات أو الأقمشة وغيرها، وهذا طبعا بشرط أن تكون كل هذه الأخيرة مقبولة شرعا.

أوجب المشرع الجزائري عندما أوجب لزومية وتسمية المهر في المادة 15 ذلك يكون لأسبقية اعتباره للمهر كركن من أركان العقد حتى لا يخالف ما جاء به في المادة 9 من نفس القانون.

ب- صداق المثل: هو ما سار عليه أن يذكر الزوج أو ولي الزوجة المهر، وإذا ما حدث عدم ذكره فيمكن بامتثاله بذلك القدر المالي الذي تزوجت به امرأة أخرى من أهلها أو عشيرتها، فإذا كانت من الأهل تقاس بأختها أو غيرها من بنات الخال أو العم، ولابد عند الأخذ بصداق المثل أن يبحث الزوج عمن تماثلها في خصائص من خصائص الجمال أو الصحة أو الثقافة أو المركز العائلي والبكارة وغيرها والتي قد أخذت بصداق المثل[1].

4- حالات استحقاق الصداق

نص المشرع الجزائري على استحقاق الزوجة للصداق في نص المادتين 16 و33 من قانون الأسرة ويمكن تقسيمها إلى ثلاث حالات:

أ- حالة استحقاق الزوجة كامل الصداق

وفقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة فإن المشرع الجزائري أقرّ بأنّ الزوجة تستحق الصداق كاملا بالدخول أو بالوفاة، ففي هذه الحالة المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي والحنبلي، ولقد سكت قانون الأسرة على اعتبار الخلوة الصحيحة بين الزوجين كحالات استحقاق الزوجة للصداق، فإن الفقهاء المتفقون على أن الخلوة التامة والصحيحة تشكل حالة من حالات استحقاق الزوجة للصداق مثلها مثل الدخول بالزوجة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، أنه من المقرر شرعا وقانونا إذا أبرم عقد الزواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها[2].

(1) معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 61.

(2) نقلا عن: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص216.

ب- حالة استحقاق الزوجة نصف الصداق

تنص المادة 16 من قانون الأسرة بأنه تستحق الزوجة نصف الصداق عند الطلاق قبل الدخول، وعليه فإذا حصل الطلاق في عقد الزواج الصحيح وقد سمى الزوج صداقا سواء كانت تلك الفرقة طلاقا أو فسخا ولم يدخل الزوج بزوجته بعد ولم يحصل خلوة بينهما، فللزوجة نصف الصداق المسمى في العقد[1].

والدليل على هذا قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[2].

جـ- حالة استحقاق الزوجة صداق المثل

وهي الحالة التي تستحق فيها الزوجة صداق المثل وهي الحالة التي يتم فيها إبرام عقد الزواج دون تحديد أو تسمية قيمة الصداق، حيث لا يكون هناك صداق معلوم لا معجل ولا مؤجل، وهذا هو المعنى الذي تضمنته الفقرة الثانية من المادة 15 المعدلة، حيث نصت على أنه في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل[3].

إلا أنه توجد حالات سقوط الصداق، ومن بين هذه الحالات توجد حالات لا تستحق المرأة فيها الصداق نهائيا إذا فسخ العقد قبل الدخول لسبب من أسباب الفسخ، مثلا في حالة تبين أن الزوجة هي أخته من الرضاعة.

- إذا وقع الطلاق قبل وقوع الدخول ولو سمي للزوجة صداق، كما أنه إذا تبين أن بالزوجة عيبا يعطيه الحق في أن يردها لأن الفرقة هنا تكون معللة.

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص223.

(2) سورة البقرة، الآية 237.

(3) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 49.

– في الزواج الفاسد، سواء فسخ بطلاق أو بدون طلاق، لأن مجرد العقد الفاسد لا يثبت الصداق وذلك لأن سبب وجود الصداق في الزواج الفاسد لا يكون إلا بالدخول الحقيقي نظرا للمادة 33 فقرة 2 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05– 02.

– إذا قتلت الزوجة الزوج عمدا وعدوانا قبل الدخول بها، وقبل الدخول بها، وهو قول المالكية والشافعية الحنابلة[1].

د– حالة قيام النزاع بشأن الصداق

نصت المادة 17 من قانون الأسرة على أنه في حال وجود نزاع حول الصداق بين الزوجين أورثتهما وليس لأحدهما بينة، وكان ذلك قبل الدخول فالقول للزوجة أورثتها مع اليمين وإن كان بعد البناء فالقول للزوج مع اليمين[2].

أما بالنسبة في حالة وقوع النزاع من الزوجة أورثتها بشأن الصداق وأنكرت أو أنكروا ما إذا كان الزوج قد سلمه إلى الزوجة نفسها أو إلى نائبها كله أو بعضه، أو ادعى الزوج أنه سبق وسلم الصداق إلى الزوجة وليس له أية بينة لإثبات واقعة التسليم ولتدعيم ادعائه وكان ذلك قبل الدخول، فإن على الزوجة أن تحلف بالله العلي العظيم بأنها لم تستلم قيمة الصداق لا بنفسها ولا بواسطة غيرها، وتستحق الصداق، ويتم نفس الإجراء فما يتعلق بالورثة عندما يتعلق الأمر بإنكار استلام الصداق عندما تكون الزوجة قد توفيت قبل البناء[3].

أما بالنسبة إلى حالة وقوع النزاع بشأن الصداق من الزوج أو ورثته حول ما إذا كان قد سلمه إلى الزوجة مباشرة أو إلى وليها أو ممثلها وليس له أية بينة لإثبات ادعائه، وكان ذلك بعد الدخول فإن عليه أن يحلف بالله العلي العظيم وأن يحلف ورثته عند وفاته بأن الصداق قد سلم إلى الزوجة ويعفى من إلزامه بدفع قيمة الصداق[4].

(1) نقلا عن: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع السابق، ص226.

(2) المادة 17 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

(3) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص49.

(4) المرجع نفسه، ص49.

ثالثا: الولي كشرط من شروط الزواج العرفي

أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه المذهب المالكي واعتبر الولي على الزوجة شرط من شروط عقد الزواج ونظم هذا الشرط في المواد 09 مكرر 11-12-13-32-33 من قانون الأسرة[1].

سنتعرض لهذا الشرط في النقاط التالية:

1- تعريف الولاية وأقسامها.
2- ودليل شرعيتها وشروطها.

1- تعريف الولاية:

إن المشرع الجزائري لم يحدد تعريف للولاية وهذا ما يؤدي بنا إلى الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

أ- الولاية لغة: هي المحبة والنصرة ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَوَلَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ فَإِنَّ حِزۡبَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلۡغَٰلِبُونَ ﴿٥٦﴾﴾[2].

ب- الولاية اصطلاحا: هي القدرة على إنشاء العقد نافذ غير موقوف على إجازة أحد، وهي قسمان: ولاية قاصرة وولاية متعدية، الولاية القاصرة هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه، أما الولاية المتعدية هي قدرته على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع[3].

2- دليل مشروعية الولي وحكمها:

يوجد اختلاف بين الأئمة حول مشروعية الولي، فالإمام مالك والشافعي وأحمد متفقون على أن المرأة البالغة مهما تكن درجتها من الرشد فليس لها أن تنفرد بأمر زواجها بل بوليها

(1) المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، مرجع سابق.

(2) سورة المائدة، الآية 56.

(3) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط3، 1957، ص107.

سلطان، أن النساء لا يتولين إنشاء العقد، بل لابد من إذن الولي ومشاركته في الاختيار، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾[1]

اعتبر الإمام أبو زهرة الولاية شرط للنفاذ وليس شرط الصحة ويقول: "يشترط لنفاذ العقد أن يكون الذي يتولى إنشائه له ولاية إنشاءه فإذا كان الذي تولى عقد الزواج كامل الأهلية وعقد لنفسه فعقده صحيح وكذلك إذا عقد لمن هو في ولايته (الولاية الشرعية)، أو من وكله وإن لم يكن للعاقد ولاية الإنشاء إما لأنه ليس كامل الأهلية أو لأنه كامل الأهلية لكن عقد لغيره من غير إنابة بحكم الشارع أو بتوكيل صاحب الشأن فإن العقد لا يكون نافذ بل يكون موقوفا"[2]

اعتبر المشرع الجزائري الولاية هي شرط من شروط الزواج في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، وعليه لا يمكن للمرأة أن تزوج نفسها والذي يزوجها هو وليها بمراعاة رضاها[3].

3- **أقسام الولاية:** تنقسم الولاية إلى ولاية إجبار وولاية اختيار.

أ- **ولاية الإجبار:** وهي الولاية الكاملة لأن الولي يقوم بإنشاء عقد الزواج دون أن يشاركه أحد، وتتمثل هذه الولاية في ولاية الأب أو الجد أو المقربون على الفتاة البكر والصغير والمجنون[4].

ب- ولاية الاختيار: وتسمى بولاية المشاركة أيضا، وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة فالخيار لها، غير أنه يستحسن أن تستشير وليها وهو يقوم بإجراء عقد زواجهما حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف[5].

4- شروط الولي: اتفق الفقهاء المسلمين على شروط يجب أن تتوفر في الولي وهي كالتالي:

أ- **كمال الأهلية:** يتم ذلك بالبلوغ والعقل والحرية، فلا ولاية للصبي والمجنون والمعتوه أي ضعيف العقل والسكران [6].

---

(1) سورة البقرة، الآية 232.

(2) عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص ص 55-56.

(3) المادة 9 مكرر 84-11 من قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(4) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر تعديلات المدعم بآخر التعديلات ومدعم بأحدث الاجتهادات المحكمة العليا، جزء الأول، الطبعة السادسة، 2010، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص، 238

(5) المرجع نفسه، ص 238.

(6) الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دون مؤلف، صادر عن دار العلوم، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص17.

ب- اتفاق دين الولي والمولى عليه: فلا ولاية لغير المسلم على المسلم، ولا للمسلم على غير المسلم، أي لا يزوج عند الحنابلة والحنفية كافر مسلمة ولا عكسه وقال الشافعية يزوج الكافر، الكافرة سواء أكان زوج الكافرة كافرا أم مسلما، وقال المالكية يزوج الكافرة الكتابية مسلم ولا ولاية للمرتد على أحد مسلم أو الكافر لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[1].

والسبب في اشتراط الدين هو وجهة النظر في تحقيق المصلحة، ولأن إثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر.

جـ- الذكورة: يعتبر شرط الذكورة شرط محل خلاف ما بين جمهور الفقهاء والأحناف، إذ يشترط جمهور الفقهاء الذكورة في الولي، فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى، أما الحنفية تجيز لها الولاية، أما المالكية أجازت للمرأة الولاية في حالات استثنائية وهي الحالة ما إذا تعلق الأمر بوصية من الولي[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيما يخص هذا الشرط فإنه يتماشى من خلال ما ورد في المادة 11 من قانون الأسرة التي تناولت على أن ولي المرأة في الزواج هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، إذا المشرع قد أخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي في حالة عدم وجود ولي للمرأة تنتقل هذه الولاية إلى القاضي الذي يعتبر ولي لمن لا ولي له[3].

د- العدالة: هي استقامة الدين بأداء الواجبات الدينية والامتناع عن الكبائر والخمر وعقوق الوالدين، وهي شرط عند الشافعية والحنابلة فلا ولاية لغير العادل وهو الفاسق، لما روي عن ابن عباس "لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد"، لأنها ولاية النكاح تحتاج إلى النظر وتقدير المصلحة[4].

هـ- الرشد: يقصد به عند الحنابلة معرفة الكفء ومصالح النكاح، ومعناه عند الشافعية هو عدم تبذير المال، والرشد عند الحنفية والحنابلة في ثبوت الولاية لأن المحجور عليه لا يلي أمر نفسه في الزواج، فلا يلي أمر غيره فإن لم يكن السفيه محجور عليه جاز له تزويج غيره على

(1) سورة التوبة، الآية 71.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار الفكر، سوريا، 1996، ص 195.

(3) قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(4) عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 60.

المعتمد عند الشافعية، وقال الحنفية والمالكية ليس الرشد بمعنى حسن التصرف في المال شرطا في ثبوت الولاية، فيصح للسفيه ولو محجور عليه أن يتولى تزويج غيره، ولكن يستحب عند المالكية أن يكون التزويج من السفيه ذي الرأي بإذن موليته[1].

رابعا: الشاهدين: تقضي المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27/ 02/ 2005 بما يلي:

"**يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:**

أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الشرعية للزوج"[2].

يشترط المشرع الإشهاد لصحة الزواج وبذلك لا يصح عقد الزواج في التشريع الجزائري إلا بحضور شاهدي عدل م 2/33 المعدلة بالأمر 02/05.

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

1- تعريف الشهادة: هي كلمة مشتقة من المشاهدة وهي إخبار إنسان ماذا رأى أو أدرك بأحد حواسه كما تعتبر الشهادة وسيلة من وسائل الإثبات[4].

وتعتبر الشهادة ضمان لمصالح دينية ودنيوية وحقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين.

2-حكم الإشهاد على الزواج: لقد ذهب جمهور العلماء إلى أن الزواج لا ينعقد إلا بكون الشهود حضورا، حالة العقد ولو حصل إعلان عنه بوسيلة أخرى وإذا شهد الشهود وأوصاهم المتعاقدان بكتم العقد وعدم إذاعته كان العقد صحيحا[5].

---

(1) عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه، ص 62.

(2) قانون الأسرة وفقا للتعديلات الجديدة، راجع للمادة 9 المكرر من قانون الأسرة.

(3) قرار المحكمة العليا رقم 34438، الصادر بتاريخ 1984/09/24 غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية عدد1، 1990، ص64.

(4) محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، الجزء الأول، الطبعة الثانية، شهاب الجزائر، ص284.

(5) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 199.

اعتبر المشرع الجزائري في المادة 09 من قانون الأسرة الإشهاد شرط من شروط الزواج ولكن لم يرتبط على تخلف هذا الشرط البطلان أو الفسخ بعد الدخول طبقا لنص المادة 33 من قانون الأسرة، فلو تخلف الشاهدين في عقد الزواج العرفي ولم يحصل الدخول فسخ العقد أما لو حصل الدخول تثبت المحكمة الزواج العرفي إذا توفرت أركانه الأخرى[1].

3- شروط الشاهدان: تتمثل شروط الشهود فيما يلي: العقل، البلوغ، فسماع كلا المتعاقدين مع فهم أن المقصود به عقد الزواج، فلو شهد على العقد صبي أو مجنون أو أصم أو سكران فإن الزواج لا يصح، إن وجود هؤلاء كعدمه كما يشترط الشافعية والحنابلة في الشهود الذكورة فإن عقد الزواج بشهادة رجل أو امرأتين لا يصح[2].

لا يشترط بعض الفقهاء منهم الإمام مالك الإشهاد في عقد الزواج وإنما يشترطون الإشهار والعلنية، ومثلهم الحنفية الذين يقولون بأن الإشهار ليس لإثبات العقد بل لإخراجه من السرية، أما فيما يخص قانون الأسرة الجزائري فإن المشرع الجزائري لم يعر أية اهتمام للشروط الواجب توفرها في الشاهد سواء كان مسلم أو غير مسلم، يصلح أو لا يصلح شرعا للشهادة بشأن عقد الزواج رجلا أو امرأة، كبير أو صغير، إلا أنه ما يلاحظ على رأي المشرع الجزائري لا مبرر له مع أن قانون الحالة المدنية[3] ينص في المادة 33 منه على وجوب بلوغ سن الشاهد الواحد والعشرين لتقبل شهادته في عقد الزواج[4].

خامسا: انعدام الموانع الشرعية للزواج

تعتبر انعدام الموانع الشرعية شرط من شروط إنعقاد الزواج وهذا ما جاءت به المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، ويجدر بنا التعرف على هذا الشرط في مختلف النقاط بالتفصيل.

(1) المادة 9-33 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

(2) الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص20.

(3) الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 13 ذو الحجة عام 1379 الموافق 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 1970/02/27.

(4) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص44.

1- خلو المرأة من المحرمات الشرعية:

من شروط انعقاد الزواج أن تكون المعقودة عليها محلا للعقد أي لا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج وهذا لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم مُّحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَۚ ﴾[1].

لا تختلف المحرمات من النساء من الأحكام باختلاف الزمان والمكان لأنها لا تقبل التغيير ولا التبديل وليس فيها مجال للاجتهاد ولقد تناول المشرع الجزائري أحكام موانع الزواج في قانون الأسرة من المادة 23 إلى المادة 31 من قانون الأسرة.

نصت المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر 02/05، على أنه يجب أن يتوفر في عقد الزواج انعدام الموانع الشرعية للزواج.

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

أ- المحرمات تحريما مؤبدا:

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

1- المحرمات بسبب النسب: يحرم بسبب النسب من النساء أربعة أصناف:

- فروع الرجل من النساء وإن نزلن فيحرم على الرجل أن يتزوج ببنته أو بنت ابنته أو بنت بنته إن نزلن.

- أصول الرجل من النساء وإن علوا فيحرم على الرجل أن يتزوج بأمه أو أم أمه وإن علت أو بأم الأب أو بأم الجد مهما علت.

(1) سورة النساء، الآية 24.

– فروع الأبوين أو أحدهما وإن بعدت درجتهن وهي الأخوات مطلقا سواء كن شقيقات لأب أو لأم وبنات الأخوة والأخوات، وبنات أولاد الإخوة مهما نزلن فيحرم على الرجل الزواج بواحدة منهن.

– الفروع المباشرة بالأجداد والجدات أو لأحدهما وهن العمات والخالات فقط، سواء كن عمات وخالات للشخص نفسه، أم كنا عمات وخالات لأبيه أو أمه أو أحد أجداده وجداته، أما الفروع الغير مباشرة للإجراء فلا يحرم الزواج بهنّ كبنات الأعمام، وبنات الأخوال وبنات العمات، وبنات الخالات وفروعهن، وتعتبر هذه الأصناف الأربعة من المحرمات على سبيل التأبيد[1] باتفاق الفقهاء والدليل على تحريم هذه الأصناف **قوله تعالى:** ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾[2].

2- المحرمات بسبب المصاهرة:

إن النساء اللواتي يحرم الزواج معهن بسبب المصاهرة بصفة دائمة ومؤبدة أربعة أصناف وهن:

– زوجة أصول الشخص، مثل زوجة الأب وزوجة الجد، سواء كان جدا للأب أو جدا للأم.
– زوجة فرع الشخص مثل زوجة الابن وزوجة ابن الإبن، وزوجة ابن البنت، وابن ابن البنت.
– أصول زوجة الشخص مثل أم الزوجة، وجدة الزوجة وما على.

– فروع زوجة الرجل المدخول بها مثل بنت الزوجة من رجل آخر (الربيبة) وبنت بنت الزوجة وبنت ابن الزوجة، أما فروع الزوجة المعقود عليها فقط ولم يقع الدخول بها فيجوز الزواج معهن وهو أمر نادر الوقوع[3].

(1) محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية خاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقضاء والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 122.
(2) سورة النساء، الآية 23.
(3) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع السابق، ص 31.

3- المحرمات بسبب الرضاعة:

إن النساء اللواتي يحرم ويمنع الزواج معهن بسبب الرضاعة بصفة دائمة هن أولئك اللواتي ذكرتهم الآية السابقة في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾[1].

مع الملاحظة حسب ما جاء في المادتين 27-28 من قانون الأسرة أن الطفل الرضيع، يعد وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها يسري التحريم عليه وعلى فروعه، وأنه لا يحرم من الرضاعة إلا ما كان قد حصل قبل الفطام أو ضمن الحولين من العمر سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا[2].

ب- المحرمات المؤقتة:

من خلال قراءة لنص المادة 30 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 02-05 الصادر خلال سنة 2005 نجد أنها تنص على أنه يحرم من النساء لصفة مؤقتة ستة أصاف هن: المحصنة والمعتدة من الطلاق أو الوفاة والمطلقة ثلاثا، والجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة للأب أو للأم أو من رضاع، كما يحرم زواج المسلمة من غير المسلم[3].

وما يستنتج من هذه المادة على أن هؤلاء النسوة يحرم الزواج معهن بصفة مؤقتة، لأسباب محددة فقط ولمجرد أن يزول السبب بزوال المسبب أي أن المرأة المحرم الزواج معها أثناء قيام ذلك السبب تصبح توجد ضمن دائرة الحلال، يصبح الزواج معها محللا.

سنقوم بتبيان كل حالة من هذه الأحوال بصفة مختصرة وموجزة.

- زوجة الغير أو المعتدة: اتفق الفقهاء على تحريم زواج المعتدة من الغير سواء كان السبب طلاقا، أو وفاة، حتى تنتهي العدة الشرعية لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ

(1) سورة النساء، الآية 23.

(2) راجع المادتين 27-28 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

(3) راجع قانون الأسرة المادة 30، وفق التعديلات الجديدة، مرجع سابق.

تَعۡتَدُّونَهَا ﴾[1]، وقوله عزّ وجلّ: ﴿وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡكِتَٰبُ أَجَلَهُۥۚ ﴾[2]، أي لا تعقدوا النكاح إلا بعد انتهاء المدة التي فرض الله على المعتدة بعد فرقة زوجها.

– المطلقة ثلاثا: في حالة طلاق الزوجة من زوجها بالثلاث حرمت عليه حرمة لا يحلها عقد ولا مراجعة لقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾[3].

وهو ما أشارت إليه المادة 30 الفقرة 3 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05 وكذا المادة 51 من قانون الأسرة بقولها "**لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء**"[4].

– الجمع بين المحارم: يحرم على الرجل الجمع بين محرمين وأكد الفقهاء على ذلك أن كل امرأتين إذا كانت كلتاهما لو فرضت ذكر والأخرى أنثى حرمت عليه، وبالتالي لا يصح الجمع بين الأختين ولا بين المرأة وعمتها أو خالتها واستدلوا على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَنۡ تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۗ ﴾[5].

– زواج المسلمة بغير المسلم: تنص الفقرة الخامسة من المادة 30 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05 صراحة على تحريم زواج المسلمة بغير مسلم[6].

وهذا ما أكده الفقهاء على عدم جواز تزويج المسلمة بغير المسلم، سواء أكان مشركا أو كتابيا وهذا لقوله سبحانه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٖ

(1) سورة الأحزاب، الآية 49.

(2) سورة البقرة، الآية 235.

(3) سورة البقرة، الآية 229.

(4) راجع المادة 51 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

(5) سورة النساء، الآية 23.

(6) راجع نص المادة 30 من قانون الأسرة وفق التعديلات الجديدة، مرجع سابق.

فَٱمۡتَحِنُوهُنَّۖ ٱللَّهُ أَعۡلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّۖ فَإِنۡ عَلِمۡتُمُوهُنَّ مُؤۡمِنَٰتٖ فَلَا تَرۡجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلۡكُفَّارِۖ لَا هُنَّ حِلّٞ لَّهُمۡ وَلَا هُمۡ يَحِلُّونَ لَهُنَّۖ ﴾[1].

أجاز جمهور الفقهاء كالحنفية والمالكية والشافعية وغيرهم، للمسلم أن يتزوج بالمرأة الكتابية كالمسيحية واليهودية، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿ٱلۡيَوۡمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ وَطَعَامُكُمۡ حِلّٞ لَّهُمۡۖ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ ﴾[2].

أما بالنسبة لرأى الشيعة الجعفرية فقد ذهب بعضهم أنه لا يجوز للمسلم الزواج بالمرأة الكتابية واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤۡمِنَّۚ ﴾[3].

والرأي الراجح والمعمول به في كل من مصر ولبنان والجزائر هو أنه يجوز للمسلم أن يتزوج بالكتابية كالمسيحية واليهودية، أما عن حكم زواج المرأة المسلمة من رجل كتابي فقد قرر الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه لا يجوز للمرأة المسلمة أن تتزوج من رجل كتابي مسيحيا كان أم يهوديا[4].

المطلب الثالث

أثر تخلف أركان وشروط الزواج العرفي

سبق وذكرنا أن للزواج العرفي أركان وشروط شرعية وقانونية المذكورة في المادة 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة، إلا أنه في بعض الحالات قد يتخلف ركن من الأركان أو شرط من شروط فما هو جزاء تخلف كل من الركن والشروط؟

(1) سورة الممتحنة، الآية 10.

(2) سورة المائدة، الآية 05.

(3) سورة البقرة، الآية 221.

(4) محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص180.

لذا تناولنا في هذا المطلب فرعين، الفرع الأول تحدثنا فيه عن أثر تخلف الأركان أما الفرع الثاني تطرقنا فيه عن أثر تخلف الشروط.

الفرع الأول: أثر تخلف أحد أركان عقد الزواج

سبق وتناولنا أركان الزواج حسب ما جاء في المادة 09 من قانون الأسرة بأنه يوجد ركن واحد هو الرضا، إلا أنه في حالة تخلف ركن الرضا ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أنه في تخلفه يجعله باطلا ومنعدما قبل الدخول أو بعد الدخول ولم يرتب عليه أية آثار، كما اعتبره المالكية بأنه زواج الزنا وجب التفريق بينهما، في حين نجد أن الحنفية يرون بأنه في حالة تخلف ركن الرضا يعتبر الزواج زواجا باطلا[1].

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف ركن الرضا في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري، وفي هذه الحالة يترتب على تخلف ركن الرضا البطلان، فهو منعدم لا ينتج عنه أية أثر فهو زواج باطل[2].

أ- **تعريف الزواج الباطل**

هو كل عقد فقد ركن من الأركان الأساسية والتي اعتبرها المشرع الجزائري في نص المادة 9 من قانون الأسرة الرضا [3].

ب- **أثار الزواج الباطل**

إن عقد الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار عقد الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول، بل يعتبر وجوده كعدمه، فوجب على كل من الزوجين أن يفترقا في حال إذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا باطلا كان دخوله بمنزلة الزنا، نجد من الآثار:

- لا توارث بين الزوجين.
- ثبوت النسب رعاية حقوق الطفل.

(1) ياسمين عبد العزيز، مقال عن أركان وشروط الزواج قانونا وشرعا وأثر تخلفهما، دراسات قانونية للزواج العرفي في القانون الجزائري منتديات ستار تايمز، على الموقع: www.startimes.com/؟ t = 25541330. 04/11/2015, 13h30.

(2) المادة 33 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

(3) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 290.

– لا يترتب على العقد الباطل الصداق للزوجة كما أنه لا ينشأ للزوج على زوجته أي حق ولا للزوجة على زوجها.

في حالة ما إذا كان البطلان واضحا قبل الدخول وثبت العلم بالتحريم، أما في حالة بعد الدخول عد بمنزلة الزنا[1].

الفرع الثاني: أثر تخلف أحد شروط عقد الزواج

تتمثل شروط الزواج في التشريع الجزائري وفقا للمادة 09 مكرر من قانون الأسرة في أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج، إلا أنه في حالة تخلف هذه الشروط في عقد الزواج يؤدي به حتما إلى الفسخ، وهذا ما تناوله المشرع الجزائري في المواد (33–34–35)، فمثلا تنص المادة 33 من قانون الأسرة "**إذا تم الزواج بدون شاهدان أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه وكما تنص المادة 34 من قانون الأسرة كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول، وبعده يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء**".

يستنتج من هذه المواد أنه في حالة تخلف شرط من الشروط التي نظمها المشرع في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة يترتب على هذا العقد الفسخ أو ما يسمى بالزواج الفاسد، فماذا نقصد بالزواج الفاسد وما هي آثاره؟ لذلك سنتناول في هذا الفرع تعريف الزواج الفاسد (أولا)، وآثاره (ثانيا).

أولا: تعريف الزواج الفاسد

هو كل زواج تم ركنه الأساسي الرضا (الإيجاب والقبول) المذكورة في المادة 09 قانون الأسرة، ولكنه فقد شرطا من شروط الصحة الواردة في المادة 09 مكرر المضافة بالأمر 02/05 بمعنى الذي توفر فيه سبب من أسباب الفسخ[2].

(1) العربي بلحاج، المرجع السابق ، ص 292.

(2) المرجع نفسه، ص300.

ثانيا: آثار الزواج الفاسد

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

– تستحق الزوجة بالزواج الفاسد بعد الدخول صداق المثل طبقا لنص المادة 2/33 المعدلة[1].

– ثبوت النسب إذا حملت الزوجة بالمولود وذلك لرعاية حقوق الولد ومنعا لاختلاط الأنساب مادة 34، ويثبت نسب الولد من أبيه إذا جاءت به أمه في مدة الحمل أقلها ستة أشهر من تاريخ الدخول، وأكثرها عشرة أشهر من تاريخ التفريق أو الانفصال (مادة 42 و43 قانون الأسرة).

– حرمة المصاهرة، حيث يحرم على الزوج في الزواج الفاسد بعد الدخول أن يتزوج أمها أو ابنتها، كما لا يجوز للزوجة أن تتزوج أباه أو ابنه، طبقا لنص المادة 26 من قانون الأسرة.

– وجوب الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل، وذلك طبقا لنص المادة 34 من قانون الأسرة[2].

المطلب الرابع

تمييز الزواج العرفي عن بعض الزيجات الأخرى

الفرع الأول: تمييز الزواج 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، أما الزواج العرفي فهو كما سبق البيان الذي لا يكتب في وثيقة رسمية مع استيفائه للشروط الشرعية فهو ليس زواج السر[3].

الفرع الثاني: تمييز الزواج العرفي عن زواج المتعة

عرفه الشيخ محمد الحامد بقوله: "نكاح المتعة هو أن ينكح الرجل المرأة بشيء من المال مدة معينة ينتهي النكاح بانتهائها من غير طلاق وليس فيه وجوب نفقة ولا سكن".

(1) نص المادة 2/33 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

(2) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 299.

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

وإذا ما قمنا بمقارنة بين الزواج العرفي والزواج المتعة توصلنا إلى:

1- يلتقيان أحيانا في عدم توثيق الزواج رسميا وإنما يكتفي فقط أو بكتابة ورقة عادية.

2- يلتقيان في الأسباب التي أدت إلى ظهورهما في هذا الشكل لعدم رغبة الزوجة الأولى في الزواج الثاني لزوجها ورغبة الرجل في المتعة بأكثر من امرأة ويختلفان في: 1- المتعة المؤقتة بزمن ينتهي العقد نهاية المدة فلا طلاق يلحق بالمرأة المتمتع بها بخلاف الزواج العرفي وهو غير مؤقت. 2- لا يترتب على المتعة أي أثر من آثار الزواج الشرعي من وجوب النفقة والسكن والطلاق والعدة والتوارث.3- لا يشترط في زواج المتعة الولي، الشهود بخلاف الزواج العرفي الذي يجب أن يكون مكتملا الأركان والشروط الشرعية[1].

الفرع الثالث: تمييز الزواج العرفي عن الزواج المسيار

زواج المسيار هو أن يعقد الرجل زواجه مع امرأة عقدا شرعيا مع استيفاء جميع الأركان والشروط لكن المرأة تتنازل عن السكن والنفقة، أما الزواج العرفي فهو الزواج الذي لم يتم توثيقه أمام الجهات المختصة ويمكن توضيح الفرق بين الزواج العرفي وزواج المسيار فيما يلي:

1- العقد في كلا الزوجين استكمل جميع الأركان والشروط المتفق عليها عند الفقهاء والمتوفرة في النكاح الشرعي.

2- كلا الزواجين يترتب عليه إباحة الاستمتاع بين الزوجين وإثبات النسب والتوارث بينهما ويترتب عليهما من الالتزامات 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[2].

الفرع الرابع: التمييز بين الزواج العرفي والزواج الرسمي

كلا من الزواج العرفي والزواج الرسمي يعد زواجا شرعيا من حيث الشكل والصورة إلا أن الزواج العرفي غير موثق بالوثيقة الرسمية تصدر من موظف مختص مخول له حق إصدارها بل قد يعقد مشافهة من دون مأذون غير منصب بدون أية وثيقة. [3]

(1) عبد المالك بن يوسف المطلق، الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها، ط1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2005، ص ص 383-384.

(2) أحمد بن يوسف بن أحمد درويش، مرجع سابق، ص 85.

(3) المرجع نفسه، ص 85.

المبحث الثاني
طرق إثبات الزواج العرفي

سبق وذكرنا أنّ الزواج العرفي هو الزواج الذي استوفى جميع الأركان والشروط، إلا أنه لم يتم تسجيله لدى الجهات الرسمية، إلا أنّ إثبات الزواج العرفي فرضته مشاكل متعددة المترتبة عنه، نجد مثلا في حالة امتناع الزوج عن أداء النفقة للزوجة، هنا الزوجة لا يمكن لها المطالبة بحقها قانونيا، ولهذا يستوجب الاحتجاج به من الناحية القانونية إثبات الزواج العرفي قبل تسجيله ويكون هذا الإثبات أمام القضاء بطرق الإثبات المتعارف عليها، كالإقرار، الشهادة، النكول عن اليمين.

المطلب الأول
إثبات الزواج العرفي بالإقرار

يعتبر الإقرار وسيلة من وسائل إثبات العلاقة الزوجية في الزواج العرفي، يقوم الطرف الثاني وهو الزوج بالاعتراف بواقعة الزواج العرفي أمام القاضي، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال محاولتنا الإلمام بمختلف النقاط المتعلقة بالإقرار.

الفرع الأول: تعريف الإقرار

هو واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني مفادها اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق أو لم يقصد[1]، ولقد عرّف الإمام أبو زهرة الإقرار "هو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى من يتعدى إليه بالبينة، بل لابد من إثبات آخر"[2]، والإقرار في القانون المدني الجزائري تعرفه المادة 341 "**الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة**"[3].

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 410.

(2) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 17.

(3) المادة 341 من القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

ما يستنتج من هذا التعريف أن الإقرار لا يتضمن إنشاء لحق جديد لدى المقرّ وإنما هو نزول عن حق في المطالبة بإثبات الواقعة من طرف الخصم الذي يدعيها.

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

أولا: الإقرار غير القضائي: هو ذلك الإقرار الذي تم خارج القضاء سواء أكان ذلك كتابة أو شفاهة، وسلطة التقدير بمثل هذا الإقرار موكلة للقاضي، يقدرها وفقا لظروف الدعوى وملابساتها، ويظهر مثل هذا النوع من الإقرار في الزواج العرفي عند تحرير الموثق لما يسمى بعقد لفيف الزواج في الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين على قيد الحياة، ويتم تحريره بناءا على طلب أحد الزوجين أو الأبناء أو الآباء.

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

الفرع الثاني: شروط الإقرار

يخضع الإقرار بالزوجية لشروط تتمثل فيما يلي:

توجد شروط خاصة بالمقر وشروط خاصة أخرى خاصة بالمقر له.

أ- الشروط الخاصة بالمقر:

1- أن يكون المقرّ عاقلا بالغا فلا يجوز إقرار المجنون أو المعتوه أو الصبي الغير مميز لعدم إدراكهم.

2- صدور الإقرار عن إرادة خالصة لا إكراه فيه من الشخص، فلا يجوز مثلا إقرار السكران لفقدان وعيه أو شخص استيقظ من نومه لإثبات واقعة زواج.

3- أن يكون المقر جادا غير هازل وأن لا يكون محجورا عليه لسفه أو غفلة منه[2].

(1) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 17.

(2) محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 266.

ب- شروط خاصة بالمقر له:

1- أن يكون الزواج ممكنا بين المقر والمقر له.

2- ألا تكون الزوجة محرمة عليه تحريما مؤقتا أو مؤبدا كأن يكون الزوج من أحد فروعها[1].

الفرع الثالث: حجية الإقرار

الإقرار واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني مفادها اعتراف شخص يحق عليه لآخر، كاعتراف الزوج أمام القاضي بقيام علاقة زوجية بينه وبين المدعى عليها، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل، ما حجية الإقرار في إثبات الزواج العرفي؟

أ- موقف القضاء من حجية الإقرار في إثبات الزواج العرفي:

إن الاعتماد على الإقرار كوسيلة لإثبات الزواج العرفي لا يعمل به في محاكمنا لأن الزواج في حد ذاته لا يتطلب فقط الإقرار وإنما يتطلب الإعلان والإشهار وعلم الناس به لغلق منافذ الذم والتجريح في شرف وعرض الناس.

فعند لجوء الزوجين إلى القضاء لإثبات حكم الزواج هدفها هو إعلانه وإشهاره لكافة الناس، والإقرار غير كاف ليؤدي هذه المهمة، وهو ما أخذت به محكمة الجلفة في حكم صادر لها بتاريخ 1997/12/6 رقم 97/602 أهم ما جاء في وقائع القضية كون المتهم المدعي متزوج عرفيا بالمدعى عليها، وقد أقر الطرفان بواقعة الزواج العرفي التي تمت سنة 1995 والتمس كل منهما من المحكمة الحكم بتسجيل عقد الزواج لدى مصالح الحالة المدنية وقد كان سبب الحكم ومنطوقه كالتالي: "... حيث وأن المحكمة أجلت القضية لعدة جلسات من أجل إحضار لإجراء تحقيق على واقعة الزواج العرفي غير مؤسس كونه لم يقدم للمحكمة ما يثبت الواقعة من شهود مما يتعين معه رفض الطلب، وعليه قضت المحكمة برفض الطلب لعدم التأسيس"[2].

(1) بوطيش وهيبة، الشكلية في عقد الزواج، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، د.ذ.س ، ص 36.

(2) مريم غماري، الزواج العرفي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، فرع قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012-2013، ص 76.

ب- موقف الفقهاء:

اعتبر جمهور الفقهاء الإقرار حجة قاصرة على المقرّ وحده ولا تتعداه إلى غيره، إلا أنهم اعتبروه وسيلة كافية في حدّ ذاته لإثبات الزواج إذا ما أقرّ به أحد الطرفين، وهذا ما أكده الإمام أبو زهرة: "إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج فادعى الرجل وجوده تسأل المرأة فإن أقرّت قضى بالزواج وثبت بتصادقهما، وإن أنكر فإن عجز عن البينة وجهت اليمين إلى المرأة على رأي الصاحبين [1]، في حين نجد أن المشرع قد نص صراحة في المادة 342 الفقرة الأولى من القانون المدني على أن "**الإقرار حجة قاطعة على المقرّ**"[2].

من خلال المادة 342 نجد بأن الواقعة التي أقرّ بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى الإثبات بإقراره، فإذا كان الإقرار تصرف قانوني يقتصر أثره على المقرّ ولا يتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له، فإن الإقرار تصرف قانوني يقتصر أثره على المقرّ ولا يتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما، فإن الإقرار بواقعة الزواج يكون صحيحا وملزما لكل من الزوج والزوجة وورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته، ولا يتعداهم إلى الغير[3].

إلا أن الاعتماد على الإقرار كوسيلة لإثبات الزواج العرفي لا يعمل به في محاكمنا وذلك لا يمكن إثبات واقعة زواج عرفي بمجرد إقرار أحد الطرفين، بل يجب أن يتوفر العقد على الشروط الشكلية والموضوعية، حيث أخذ المشرع الجزائري بدليل إقراره إثباته ذلك ما أقرته المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها بتاريخ 1997/10/28 التي تنص فيه على أنه "من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء ونفيه يعد قتلا له[4].

(1) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 18.

(2) المادة 342 من القانون رقم 07-05، مؤرخ في 13 مايو سنة 2007 يتضمن القانون المدني حسب آخر تعديل له.

(3) مريم غماري، الزواج العرفي في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 76.

(4) قرار المحكمة العليا رقم 172333، الصادر بتاريخ 1997/10/28، المجلة القضائية، العدد 1، 1997، ص 42.

المطلب الثاني
إثبات الزواج العرفي بالشهادة (البينة)

قد يحصل في كثير من الأحيان وأثناء سير الدعوى القضائية لعجز الطرف المدعي عن إثبات واقعة الزواج العرفي، فلا يكون أمامه إلا الحصول على طرق أخرى للتوصل في إقناعه، ومن بين هذه الطرق نجد الشهادة (البينة).

الفرع الأول: تعريف البينة وأنواعها

سنتناول في هذا الفرع تعريف البينة (أولا)، ثم أنواع البينة (ثانيا).

أولا: تعريف البينة: للبينة معنيان، معنى عام وهو الدليل أكان بالكتابة أو شهادة أو قرائن، فإذا قلنا البينة على من ادعى واليمين على من أنكر فإنما نقصد هنا البينة بهذا المعنى العام.

أما المعنى الخاص، فهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب، وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة، فانصرف لفظ "البينة" إلى الشهادة دون غيرها[1].

ثانيا: أنواع البينة: للبينة ثلاثة أنواع تتمثل فيما يلي: الشهادة المباشرة، الشهادة السماعية، الشهادة بالتسامع.

1- الشهادة المباشرة: تعدّ الأصل في الشهادة، هي تلك التي يدلي بها الشاهد بناء على ما رآه 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].

من خصائص هذه الشهادة الشفوية يشهدها الشاهد من ذاكرته ليقول ما رآه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى، ومع ذلك فقد يكتفي في ظروف استثنائية بتلاوة شهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للإعتداد بها.

---

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 119.

(2) منصور محمد حسين، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، منشأة المعارف، مصر، 1999، ص 80.

إذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة، كأن يدلي الشاهد بها بما عاينه بصورة شخصية ومباشرة أثناء إنشاء واقعة الزواج العرفي بما في ذلك معرفته لطرفي العقد من زوج وزوجة ومكان وزمان وظروف إبرام عقد الزواج من رضا الزوجين ووجود الولي وتسمية الصداق[1].

2- الشهادة السماعية: وتسمى أيضا بالشهادة من الدرجة الثانية ويشهد فيها الشاهد بما سمعه من غيره، وتسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة عن الشهادة، هنا يشهد أنه سمع بواقعة يرويها له شاهد رآها بعينه وسمعها بأذنه، كأن يشهد شخص أمام القاضي أنه سمع شخصا آخر يروي له أنّ فلان تزوج بفلانة[2].

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية، وفي الفقه الإسلامي الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا بالإنابة، فإذا سمع شاهد شاهد فكانت شهادته سماعية فهي لا تقبل منه إلا إذا أشهده فيها الشاهد الأصلي، ويقدر القاضي قيمة الشهادة السماعية ولا رقابة على ذلك[3].

3- الشهادة بالتسامع: أي الإدلاء بما هو شائع بين الناس دون تحديدهم، وهنا تختلف عن الشهادة السماعية التي يتم فيها تحديد الشخص الذي اعتمد على روايته في الإدلاء بالواقعة محل الإثبات، ونظرا لعدم إسنادها إلى أشخاص محددين بذواتهم فإن القاضي يأخذ على سبيل الاستئناس أو لاستخلاص قرينة قضائية في الدعوى[4].

وإذا ما عدنا إلى الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بمسألة إثبات الزواج العرفي، أجازت شهادة العيان واعتبرتها ضرورة دعت إليها المصالح والحاجة الشديدة، لاسيما إذا أثمر إنجاب أطفال، وهذا الاستحسان مرده أنها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم، وقد تتعلق بأحكام تبقى على انقضاء القرون كمسألة إثبات نسب الأبناء ومسائل الميراث.

(1) منصور محمد حسين، مرجع سابق، ص 80.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 413.

(3) المرجع نفسه، ص 413.

(4) منصور محمد حسين، مرجع سابق، ص 126.

أمّا بالنسبة للقضاء الجزائري فإنّ المحكمة العليا سارت في طريق الشريعة الإسلامية وأخذت بشهادة العيان، وهذا ما أكدته بعض القرارات الصادرة عنها، ومن بين هذه القرارات نجد القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 الذي جاء فيه أنه "من المقرر شرعا أنّ الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين كانا متزوجين... فيما يتعلق بالسبب المستدل به على طلب نقض إثبات الزواج أو نفيه مما يستقل به قاضي الموضوع ويثبت إما بشهادة العيان وإما بشهادة السماع، والطاعن لم يأتي بأية واحدة من الشهادتين، فلا هو أحضر رجالا حضروا قراءة الفاتحة، ولا هو أحضر رجالا سمعوا قراءتها أو حضروا زفاف الطرفين... كما أنه لم يأت ببينة إسماع يشهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج (ب ز)... لما كان من الثابت في قضية أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[1].

الفرع الثاني: شروط الشهادة

يجب على القاضي قبل الاستماع إلى الشاهد أن يتأكد من توفر مجموعة من الشروط، منها ما هو خاص بالشاهد، ومنها ما هو خاص بالشهادة نفسها، ومنها ما هو خاص بالمشهود به، لذا سنتناول شروط خاصة بالشاهد (أولا)، وشروط خاصة بالشاهد والمشهود به (ثانيا).

أولا: الشروط الخاصة بالشاهد

1- كمال العقل في عقد الزواج حضور المجانين والصبيان لعدم تحقق المعنى من اشتراط الشهادة بحضورهم، فمثل هذه الفئة تفقد الدراية بالأمور وخطورتها لذلك لا تصح شهادتهم في إثبات واقعة الزواج العرفي.

2- البلوغ: إذ لا يصح إشهاد الصبيان ولو كانوا مميزين لأنهم لا يصدق لهم القول ولعدم أهليتهم للولاية على أنفسهم، فلا تكون لهم أهلية الولاية على غيرهم[2].

(1) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 1989/03/27، مجلة قضائية، 1990، العدد 03، ص 82.

(2) عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص ص 61-63.

3- الإسلام: إن فقهاء المسلمين لم يختلفوا في اشتراط الإسلام في الشهود فزواج المسلم بالمسلمة لا يصح الشهادة عليه بشهادة غير المسلمين، لأن غير المسلمين لا يجوز له أن يشهد زواج المسلمين لاختلاف الملة[1].

4- أن يتمتع الشاهد بالحاسة 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[2].

ثانيا: شروط خاصة بالشهادة والمشهود به

للشهادة والمشهود به شروط تتمثل فيما يلي:

- أن تكون الشهادة موافقة للدعوى: فلا تقبل الشهادة المنفردة عن الدعوى فإذا كنا بصدد دعوى لإثبات الزواج العرفي، فيجب أن تنصب الشهادة على واقعة الزواج العرفي دون غيرها، فيشهد الشاهد مثلا على وجود أولاد بين فلان وفلانة لأن ذلك ليس قرينة عل حصول زواج شرعي مكتمل الأركان[3].

- نصاب الشهادة: لقد حدد الله عزوجل نصاب الشهادة الذين يحضرون عقد الزواج برجلين أو برجل وامرأتين، وذلك لقول الله عز وجل ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ﴾[4]. ولا تقبل شهادة النساء وحدهن ولو زاد عددهن عن امرأتين في إثبات واقعة الزواج العرفي، هذا ما أقرته المحكمة العليا أخذا بأحكام الشريعة الإسلامية في اجتهاد قضائي لها بتاريخ 1986/12/15، حيث نصت فيه على أنه من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في

(1) السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1993، ص 145.

(2) نبيل صقر، المرجع ، ص 128.

(3) مريم غماري، مرجع سابق، ص 81.

(4) سورة البقرة، الآية: 282.

الزوجية إذا ادعاه أحد وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة بمعاينة العقد أو السماع الفاشي والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين[1].

للمشهود به شرط واحد يتمثل فيما يلي:

يشترط أن يكون المشهود به معلوما للشاهد فلا يمكن للشاهد أن يشهد بشيء حتى يحصل له به علم[2].

المطلب الثالث

النكول عن اليمين

يعتبر النكول عن اليمين من الوسائل الاحتياطية لإثبات الزواج العرفي، وهي مرتبطة بأخلاقيات الشخص ومدى صدقه وخشيته لله عزوجل، لأن الحل الوحيد للنزاع عندما تنعدم الأدلة الثابتة، يلجأ إلى النكول عن اليمين كوسيلة لإثبات واقعة الزواج العرفي، وعليه سوف نتعرض في هذا المطلب إلى تعريف النكول عن اليمين (فرع أول)، ثم نوضح أنواع اليمين (فرع ثان)، وحجية اليمين (فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف النكول عن اليمين

النكول عن اليمين وهو إلا امتناع عن أدائها فمن ادعى على أحد بدعوى نظر، فإن كانت بينهما مخالطة وملابسة استحلف المدعى عليه، فإن حلف بطل ذلك الحق عنه، وإن أبى أن يحلف ورد اليمين على المدعي فحلف طالب الحق أخذ حقه[3].

والنكول عن اليمين له مجاله في إثبات الرابطة الزوجية، على سبيل المثال نورد بعض حالات إثبات العلاقة الزوجية عن طريق النكول عن اليمين، من بينها نجد حالة تتمثل في رفع دعوى ثبوت الزوجية عند عدم إقرار الزوج بالعلاقة الزوجية، ولم تستطيع الزوجة إثباتها بشهادة الشهود، ومثل ذلك عندما يتوفى الشهود فعلى الزوجة أن تلجأ إلى القضاء لإلزام الزوج بأداء

(1) قرار المحكمة العليا رقم: 43889 الصادر بتاريخ 1986/12/15، المجلة القضائية، العدد 2، 1993، ص 37.

(2) عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1992، ص 375.

(3) بوطيش وهيبة، مرجع سابق، ص 37.

اليمين، فإذا حلف الزوج اليمين بانتفاء الزوجية قضى القاضي برفض الدعوى، وليس هناك ما يمنع الزوجة من إقامة دعواها مرة أخرى إذا وجدت البينة على زواجها، أما إذا نكل الزوج عن اليمين حكم للزوجة بثبوت الزوجية، وتطبق نفس الحالة لو أن الزوجة امتنعت عن الإقرار بالعلاقة الزوجية، فإذا وجه لها اليمين ونكلت عن أدائها قضى عليها بالزوجية لأن النكول إقرار على مذهب الفقه الحنفي[1].

الفرع الثاني: أنواع اليمين

تنقسم اليمين إلى نوعين حيث يتمثل النوع الأول باليمين الحاسمة، أما النوع الثاني اليمين المتتمة.

أولا: اليمين الحاسمة: يقصد باليمين الحاسمة لجوء الخصم الذي يعوزه الدليل الذي يطالبه القضاء من أجل إثبات دعواه إلى توجيه اليمين إلى خصمه الذي لا يقرّ له بصحة ما يدعيه مخاطبا بذلك ضميره، فيطلب منه الحلف لحسم النزاع، وهذا ما أكدت عليه المادة 343 من القانون المدني الجزائري، حيث تنص المادة "**يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك**"[2].

ثانيا: اليمين المتممة: هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين عند عدم كفاية ما قدمه الخصم من دليل، ليتممه باليمين وهي ذات تأثير تكميلي، ولا تعتبر تصرفا قانونيا، إذ للقاضي السلطة التامة في تقدير ما إذا كانت هناك حجة لتوجيهها سيكمل بها قناعته إذا لم يقدمك الخصم دليلا كافيا على واقعة إثبات الزواج العرفي، فاليمين المتممة لا تحسم النزاع لأنها ليست إلا إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة، فالقاضي من بعد توجيه هذه اليمين يكون له مطلق الخيار من أن يقضي على أساس اليمين الذي تمت تأديتها أو على أساس عناصر إثبات أخرى اجتمعت له قبل حلف هذه اليمين أو بعد حلفها، واليمين المتممة على عكس اليمين الحاسمة لا يجوز ردها على الخصم[3].

(1) بوطيش وهيبة، المرجع نفسه، ص 38.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 239.

(3) بوطيش وهيبة، مرجع سابق، ص 76.

الفرع الثالث: حجية اليمين

سنعالج في هذا الفرع حجية اليمين لإثبات الزواج العرفي في موقفين، موقف القضاء (أولا)، ثم موقف الشريعة الإسلامية(ثانيا).

أولا: موقف القضاء من حجية اليمين: إنّ القضاء لا يعتد بحجية اليمين كوسيلة لإثبات واقعة الزواج العرفي، نجد في محاكمنا ومجالسنا القضائية لا تعتد باليمين إلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معا، ويتعين على القاضي توجيهها إلى المدعي بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود الذين يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وفقا للشريعة الإسلامية، مع بيان توفر أركان المادة التاسعة من قانون الأسرة.

وهذا ما نصت عليه المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها بتاريخ (1985/09/23) بالنص على أنه إذا كان من المبادئ الشرعية السائدة فقها وقضاءا أن إثبات عقد الزواج في حالة وفاة أحد الزوجين، يكون مؤسسا على شهادة الشهود يؤكدون صحة انعقاده ووفقا لتعاليم الشريعة الإسلامية وأن الاكتفاء بشهادة ثلاثة أشخاص كان أفضل من شاهد أنه حضر الفاتحة فهي في غاية من الإجمال وليست مما يثبت بها عقد الزواج إذا كانت شهادة الآخرين اضعف منها، فإن الإثبات بالبينة على هذا النحو لا يكفي وحده إلا مع يمين المدعية[1].

ثانيا: موقف الشريعة الإسلامية من حجية اليمين: الشريعة الإسلامية لا تعتد باليمين عموما إلا أنه توجد بعض الحالات الاستثنائية منها نجد بعض الفقهاء منهم الصاحبين الذين يتخذون اليمين وسيلة كافية لإثبات واقعة الزواج العرفي، وهذا ما أكده الإمام أبو زهرة في قوله أنه: عند فشل إثبات الزواج لكل من وسيلتي الإقرار والبينة، توجه اليمين إلى المرأة، ويبين أن ذلك رأي الصاحبين، فإن حلفت رفضت دعوى الزواج، وإن نكلت عن اليمين قضى عليها بالزواج، لأن النكول إقرار على مذهب الصاحبين المفتى به في الفقه الحنفي[2].

(1) قرار المحكمة العليا رقم: 37501، الصادر بتاريخ ،1985/09/23، مجلة قضائية، 1989، العدد 01، ص 95.

(2) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 17.

الفصل الثاني

إجراءات تسجيل الزواج العرفي والآثار القانونية المترتبة عن التسجيل

الفصل الثاني

إجراءات تسجيل الزواج العرفي والآثار القانونية المترتبة عن التسجيل

منذ فجر الاستقلال، والمشرع الجزائري يعالج العقود غير المسجلة، حيث حث على ضرورة تسجيل العقود التي أبرمت أثناء الثورة، وغداة الاستقلال وإبان الطريق في ذلك اي طريقة الإثبات، وحدد في ذلك الإجراءات التي ينبغي أن تتبع. وحدد الجهة المنوط بها دور الإثبات إلا وهي الجهة القضائية بإثبات من طرف القضاء، يمنح الحق في تسجيل عقد الزواج غير المسجل امام الجهات الرسمية والمتمثلة في الحالة المدنية او الموثق، وهذا لغرض الاحتجاج به من الناحية القانونية وضمان جميع الحقوق القانونية والمادية لكل من الزوجين والأبناء، ولا يتم هذا إلا بإتخاذ إجراءات محددة قانونا، وتتم هذه الإجراءات بحسب الحالات في حالة وجود نزاع وفي حالة عدم وجود عدم نزاع وفي حالة ما اذا تم الزواج داخل التراب الوطني، أو خارج التراب الوطني، هذه هي الطريقة التي تمكن منها المشرع لتسهيل وتبسيط الإجراءات لذوي الأشخاص الذين لم يسجلوا عقود الزواج العرفية خاصة المرأة باعتبارها الشخص الضعيف وهذا لتحقيق جميع الحقوق القانونية التي يتمتع بها كل من الزوجة والأولاد، لذلك سوف نتناول في هذا الفصل الذي أجرنا فيه مبحثين، المبحث الأول تناولنا فيه إجراءات تسجيل الزواج العرفي، أما المبحث الثاني تطرقنا فيه للآثار القانونية المترتبة عن عملية التسجيل.

المبحث الأول

إجراءات تسجيل الزواج العرفي

إنّ تنظيم الأسرة خاصة في نواتها الأولى المتعلقة بالزواج من الاهتمامات الأولى ذات الصلة بالمجتمع، وفي هذا النطاق يأتي تسجيل عقد الزواج كإجراء إداري تعرفه كثير من التشريعات، ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بعقد الزواج، لكنها لم توجب تحريره بالمفهوم الشكلي أمام الجهة المختصة، والأصل في عقود الزواج أن تبرم أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو موظف القنصلية، بحيث يذكر فيه كل الشروط التي يشترطها أحد الزوجين، وبذلك يرسل إلى البلدية ليسجل في السجلات الرسمية، وفي كل الحالات يجب حضور الزوجين شخصيا وولي الزوجة...، ولا يترتب عليه أي إشكال لهما، ولكن هناك من لا يسجل زواجه أمام الجهات المذكورة آنفا مكتفيا بالزواج الذي تمّ أمام الجماعة، وهي العقود التي سماها المشرع بعقود الزواج العرفية، لذا سنتناول في هذا المبحث إجراءات تسجيل الزواج العرفي وتقسيمه إلى مطلبين، في حالة عدم وجود نزاع **(مطلب أول)**، في حالة وجود نزاع **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول

إجراءات تسجيل الزواج العرفي في حالة عدم وجود نزاع

الزواج العرفي هو الزواج الذي تتم فيه جميع الأركان والشروط وفقا للمادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة، إلا أنه ينقصه عنصر التسجيل، ولإتمام هذا العنصر يستوجب إثبات الزواج وذلك بإتباع إجراءات تسجيل الزواج العرفي، لذا سنتناول في هذا المطلب إجراءات تسجيل الزواج العرفي في شكلين وهما: إجراءات تسجيلالزواج العرفي المبرم في حالة عدم وجود نزاع داخل التراب الوطني (فرع أول)، ثم إجراءات تسجيل الزواج العرفي المبرم في حالة عدم وجود نزاع خارج التراب الوطني (فرع ثان).

الفرع الأول: إجراءات تسجيل الزواج العرفي المبرم في حالة عدم وجود نزاع داخل التراب الوطني

إذا تم إبرام زواج لم يسجل بسجلات الحالة المدنية ضمن الآجال القانونية، ولم يكن موضوع نزاع سواء بين الزوجين أو ممن له مصلحة في ذلك، ففي هذه الحالة يمكن تثبيته وبالنتيجة تسجيله بسجلات الحالة المدنية، ويتم هذا بإتباع مجموعة من الإجراءات.

أولا: تقديم طلب

يقوم أحد الزوجين بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة، باعتبارها الجهة القضائية المختصة بنظر طلبات تثبيت الزواج، وهذا ما أكدته المادة 39 من قانون الحالة المدنية[1]، ويتم هذا الطلب عن طريق تقديم عريضة بدون مصاريف، ويكون طلبه مكتوبا على ورقة عادية، متضمن لجميع البيانات والوثائق والإثباتات المادية والتي تتمثل في:

- شهادة ميلاد الزوجين.
- شهادة عدم تسجيل الزواج بالحالة المدنية.
- شهادة عزوبة بالنسبة للزوجين.
- شهادة طبية بحمل أو عدم حمل الزوجة.
- نسخة من بطاقتي تعريف الزوجين.

ويقوم رئيس المحكمة بتوجيه هذا الطلب إلى وكيل الجمهورية، ويقوم هذا الأخير باستدعاء الأطراف، وسماع الشهود والتأكد من صحة الوثائق.

يقوم السيد وكيل الجمهورية بإحالة الطلب مرفقا بعريضة إلى القاضي المكلف بالحالة المدنية، يلتمس فيها استصدار أمر بتسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية[2].

(1) المادة 39 من قانون الحالة المدنية، مرجع سابق.

(2) نقلا عن: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، الطبعة الثانية، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص 53.

ثانيا: إجراء تحقيق حول واقعة الزواج العرفي

إجراء التحقيق من طرف القاضي: يقوم القاضي باعتباره الشخص المكلف بالتحقيق ويتم ذلك عن طريق سماع الزوجين والتأكد من توافر جميع أركان وشروط الزواج، وسماع الشهود والولي.

ثالثا: إصدار أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية

يقوم القاضي بإصدار أمر بتسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية، ويجب حفظ النسخة الأصلية من الأمر بأمانة ضبط المحكمة، وترسل نسخة إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية التي أبرم في إقليمها عقد الزواج العرفي، ويقوم كذلك بالتأشير على هامش عقدي ميلاد الزوجين في سجلات الميلاد، ويرسل نسخة من الإشعار بالزواج إلى أمين الضبط المكلف بالحالة المدنية لدى المجلس القضائي، أين تحفظ النسخة الثانية من سجل المواليد للتأشير على عقد الميلاد.

إلا أن الأمر الصادر بتسجيل الزواج أمرا ولائيا غير قابل للطعن فيه لا بالمعارضة ولا بالاستئناف، ولكنه قابل للمراجعة أمام نفس القاضي إذا وقع فيه خطأ[1].

الفرع الثاني: إجراءات تسجيل الزواج العرفي المبرم في حالة عدم وجود نزاع خارج التراب الوطني

توجد بعض حالات عقود أبرمت خارج التراب الوطني بين جزائريين أو بين جزائريين وأجانب، إلا أن هذه العقود لم يتم تسجيلها لدى الجهات الرسمية، ولإثبات وتسجيل هذه العقود تستلزم مجموعة من الإجراءات الواجب اتخاذها، نتناول الجهة المختصة قضائيا (أولا)، ثم الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي (ثانيا).

أولا: الجهة القضائية المختصة

الجهة القضائية المختصة في نظر طلبات إثبات عقود الزواج هو رئيس محكمة مدينة الجزائر، حيث نصت المادة 99 من قانون الحالة المدنية "**إذا لم يسجل العقد بسبب عدم**

(1) مريم غماري، مرجع سابق، ص ص 65-66.

التصريح به فإنه إما أن يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة أو الحصول على حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر يقضي بتسجيله في سجلات القنصلية"[1].

ثانيا: الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي

تتمثل الإجراءات المتبعة في تسجيل عقد الزواج العرفي فيما ما يلي:

1- تقديم طلب: تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا أو ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية لدى محكمة الجزائر العاصمة، مرفوقا ببعض الوثائق من بينها:

-شهادتي ميلاد الزوجين.
-شهادة شاهدين بالغين ممن حضر مجلس العقد[2].

ثم يأتي دور وكيل الجمهورية، إذ يقوم هذا الأخير بإعداد عريضة يقدمها إلى رئيس نفس المحكمة.

2- إجراء التحقيق وإصدار أمر بالتسجيل: يقوم رئيس المحكمة بإجراء التحقيقات اللازمة حول واقعة الزواج، ويتم ذلك عن طريق سماع الزوجين والتأكد من توفر جميع أركان وشروط الزواج، وسماع الشهود والولي وبعدها يقرر رئيس المحكمة، إصدار أمر بتسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية للقنصلية أو السفارة الجزائرية، كما يقوم وكيل الجمهورية بنفس المحكمة إرسال نسخة من الأمر إلى وزارة الشؤون الخارجية، وهذا ما أكدته المادة 60 من قانون الحالة المدنية والتي نصت "إذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامشه البيان قد حرر أو سجل في الخارج فإن ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد الواجب قيده يقوم بإشعار وزير الشؤون الخارجية خلال ثلاثة أيام[3].

(1) المادة 99 من قانون الحالة المدنية، مرجع سابق.
(2) مريم غماري، مرجع سابق، ص 66.
(3) مريم غماري، مرجع سابق، ص 66.

الفرع الثالث: إجراءات تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه

وهي الحالة التي يدعي فيها أحد الزوجين أو من لهم مصلحة شرعية وقانونية بقيام علاقة زوجية شرعية وقانونية، لكن الطرف الثاني ينكر ويزعم نفسه ويطعن في صحته، فما هو السبيل الذي يتخذه صاحب المصلحة لإثبات ما يدعيه، بمعنى آخر ما هي الإجراءات المتبعة لإثبات ما يدعيه؟

سنتطرق للجهة القضائية المختصة (أولا)، ثم نرجئ الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي (ثانيا).

أولا: الجهة القضائية المختصة

بالرجوع إلى قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية فإن الزواج عبارة عن واقعة مادية وفي حالة إنكارها من أحد الطرفين فما على الطرف الآخر إلا رفع دعوى لإثبات عقد الزواج بكل طرق الإثبات أمام قسم شؤون الأسرة لدى المحكمة المنعقدة في دائرة اختصاصها عقد الزواج العرفي[1].

ثانيا: الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي

نتناول الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي والتي تتمثل في:

1- رفع دعوى: يرفع طلب إثبات عقد الزواج العرفي في حالة وجود نزاع على شكل عريضة أمام قسم شؤون الأسرة طبقا للقواعد المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث ترفع الدعوى من قبل أحد الزوجين ضد الآخر المنكر للزواج أو من ورثة أحدهما ضد الآخر، أو ممن له مصلحة ضد وكيل الجمهورية باعتباره طرفا أصليا في جميع الدعاوى التي تتعلق بشؤون الأسرة[2].

2- إجراء تحقيق حول واقعة الزواج العرفي: تقدم عريضة مرفقة بأدلة كافية لإثبات الزواج المتنازع حول وجوده إلى كتابة ضبط قسم الأحوال الشخصية، إذ يتم تسجيل العريضة في

(1) نقلا عن: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 369.

(2) أنظر: الملحق رقم 01، ص 65.

السجل العام للقضايا، يقوم القاضي بالتحقيق بمساعدة أمين الضبط فيتأكد أولا من هوية الخصوم وولي الزوجة والشهود، من خلال بطاقة التعريف لكل واحد منهم.

كما يتم سماع كل واحد على حدى عن مدى توافر جميع الأركان وشروط الزواج، ويتم كذلك سماع الشهود كل واحد على حدى بعد التأكد من هوية الشاهد كاملة وبعد تأديته اليمين القانونية على محضر يدون فيه الهوية الكاملة للشاهد من اسم ولقب ومهنة وسن والموطن ودرجة قرابته بالخصوم، وبعد ذلك يتحقق عن ما إذا حضر مجلس عقد الزواج وحفل الزفاف، ومن تولى العقد كولي الزوجة، وعن حضور أشخاص آخرين مجلس العقد والتاريخ الذي تم فيه الزواج العرفي، وبعدها يقوم القاضي بطلب الأطراف أن يقدموا إضافات أخرى إن وجدت، وفي حالة إذا لم يقدموا الأطراف معلومات إضافية أخرى يقوم القاضي بتحديد جلسة للنظر في الدعوى والهدف من ذلك تقدير أدلة الإثبات المقدمة، كما يقوم القاضي بعرض الملف على النيابة لإبداء طلباتها.

3- الحكم القاضي بإثبات عقد الزواج العرفي: بعد تأكد القاضي من توفر جميع الأركان وشروط عقد الزواج المقررة في المواد 09 و09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري والتأكد من جميع الإثباتات المادية التي ذكرناها سابقا، يصدر القاضي حكم بإثبات عقد الزواج العرفي ويجب أن يتضمن الحكم الصادر ألقاب وأسماء ومهنة وسن وموطن كل من الزوجين، بالإضافة إلى تحرير ألقاب وأسماء وسن ومهنة وموطن الشهود ودرجة قرابتهم مع الخصوم وكيفية أداء اليمين مع الإشارة إلى مضمون الشهادة وتحديد حضور الولي ومكان وزمان إنعقاد العقد، مع أمر ضابط الحالة المدنية للبلدية الواقع في دائرتها عقد الزواج بتسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية[1]، مع التأشير به على هامش عقدي ميلاد كل من الطرفين وفي حالة عدم تحرير هذه البيانات في الحكم القاضي بإثبات عقد الزواج لكونه عرضة للإلغاء[2].

إلا أنّ الحكم المثبت لواقعة الزواج العرفي ليست له حجية الشيء المقضي فيه حسب مفهوم المادة 338 من القانون المدني، باعتبار إثبات واقعة الزواج لها حجية مؤقتة يمكن إثباتها متى توافرت الأدلة الكافية[3].

(1) العربي بلحاج، مبادئ الاجتهاد القضائي، وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984، ص 29.

(2) أنظر الملحق رقم (02)، ص 66.

(3) المادة 338 من القانون المدني، مرجع سابق.

المبحث الثاني

الآثار القانونية المترتبة عن تسجيل الزواج العرفي

سبق وقلنا بأنّ الزواج العرفي من العقود غير الرسمية التي لا يعترف بها القانون ولا تترتب أحكامها بمجرد التراضي عليها، بل يشترط فيها شروط أخرى كالرسمية والتي تتمثل في عملية التسجيل لدى الجهات المختصة، وهذا لغرض ترتيب الآثار القانونية وحمايتها، لذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث نتناول الآثار القانونية للزواج العرفي بالنسبة للزوجين (مطلب أول)، ونعالج الآثار القانونية للزواج العرفي بالنسبة للأولاد (مطلب ثان).

المطلب الأول

الآثار القانونية بالنسبة للزوجين

لعقد الزواج العرفي كغيره من العقود أركان وشروط نصت عليه المادة 9، 9 مكرر من قانون الأسرة، فإذا أخذ عقد الزواج العرفي مجراه القانوني واشتمل على شروطه الشكلية والموضوعية والقانونية كان جديرا بالحماية وترتيب الآثار القانونية لطرفي عقد الزواج، وتتمثل هذه الآثار في مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة ما بين الطرفين.

الفرع الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين

للزوجين حقوق وواجبات متبادلة بينهما، نظمها المشرع الجزائري في المواد من 36 إلى 37 من قانون الأسرة الجزائري، نصت على واجبات مشتركة وأخرى خاصة لكل منهما، سنتناول الحقوق المشتركة للزوجين (أولا)، ثم تليها التوارث ما بين الزوجين (ثانيا)، لنتطرق في الأخير إلى حرمة المصاهرة (ثالثا).

أولا: الحقوق المشتركة:

نصت المادة 36 من قانون الأسرة على أهم الواجبات ما بين الطرفين ومن بين هذه الواجبات ندرجها في عدة نقاط منها:

-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

–التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

–المحافظة على القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربون بالحسنى والمعروف[1].

ثانيا– التوارث ما بين الزوجين:

توفي من الزوجين حقيقة أو حكما ورثه الزوج الآخر لقوله تعالى: ﴿۞ وَلَكُمۡ نِصۡفُ مَا تَرَكَ أَزۡوَٰجُكُمۡ إِن لَّمۡ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٞۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٞ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكۡنَۚ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۚ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكۡتُمۡ إِن لَّمۡ يَكُن لَّكُمۡ وَلَدٞۚ فَإِن كَانَ لَكُمۡ وَلَدٞ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكۡتُمۚ مِّنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ تُوصُونَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۗ﴾[2].

ثالثا: حرمة المصاهرة:

لا يجوز للزوج التزوج بأصول الزوجة وبفروعها إذا حصل الدخول بها ولا يمكنها الزواج بأصوله وفروعه.

الفرع الثاني: واجبات الزوج

لقد نصت المادة 37 من قانون الأسرة على مجموعة من الواجبات التي يقوم بها الزوج والتي تتمثل في النفقة (أولا)، والعدل بين الزوجات (ثانيا).

أولا: واجب النفقة:

عرّفت المادة 78 من قانون الأسرة النفقة على أنها تشمل الغذاء والكسوة، العلاج، السكن وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وللنفقة شروط نصت عليها المادة 74 في قانون الأسرة إذ تتم النفقة بالدخول والخلوة الصحيحة وبذلك تتم النفقة بالعقد الصحيح[3].

(1) الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 38.

(2) سورة النساء، الآية: 12.

(3) راجع المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة، مرجع سابق.

إذا استوفي العقد جميع الأركان والشروط الشرعية والقانونية تستحق الزوجة النفقة كذلك صلاحية المرأة للمتعة أي لا تكون صغيرة وأن لا تكون مريضة ويمنع الزواج بها إلا أنه توجد بعض الحالات تسقط النفقة في حالة نشوز الزوجة أو طلاق أو موت الزوج[1].

ثانيا: العدل بين الزوجات

كما حددت المادة 36، و37 حقوق الزوجة، هذه الحقوق تتمثل فيما يلي: زيارة أهلها واستضافتهم بالمعروف، في حدود قدرة الزوج وموافقته ولها حق القدرة في حرية التصرف في مالها لأن واجب الإنفاق الشرعي يكلف به الزوج، وإذا كانت المرأة لا يجوز إجبارها على إنفاقها، والقول عن الحياة الزوجية شركة تقاسم فيها متاعب الحياة مع التمتع بالحلال ولذا لا يوجد مانع من تعامل الزوج بأموالها لسد متطلبات الحياة المعقدة برضائها وعن طيب خاطرها[2].

وهذا الحق أكدته الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبُواْ ۖ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَ ۚ ﴾[3].

الفرع الثالث: واجبات الزوجة

تضمنت المادة 36 من قانون الأسرة التنصيص على واجبات الزوجة اتجاه زوجها من بينها:

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

(1) جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 221.

(2) نص المادتين 36، و37 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

(3) سورة النساء، الآية: 32.

ثانيا: احترام والدي الزوج وأقاربه: يجب على الزوجة أن تؤدي واجبها اتجاه والدي الزوج وذلك يكون بالاحترام والتقدير وزيارتهم والهدف من ذلك المحافظة على الروابط الأسرية[1].

المطلب الثاني

الآثار القانونية بالنسبة للأولاد

تناولنا سابقا الآثار القانونية لزواج العرفي، بمجرد تسجيله وتتمثل هذه الآثار في مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة ما بين الطرفين، إلا انه توجد أثار قانونية أخرى تلزم الطرفين، خاصة الزوج باعتباره الشخص المكلف قانونا بهذه الواجبات، وهذه الآثار تفرض وجودها بقدوم الولد في ومن بينها، نجد النفقة والنسب، وذلك سنتكلم في الفرع الاول عن النفقة ونتكلم عن النسب في الفرع الثاني

الفرع الأول: حق الولد في النفقة

تعد الحق في النفقة من حقوق المادية نصت المادة 75 من قانون الأسرة على أنه تجب نفقة الوالد على ولده وما لم يكن له مال فبالنسبة للذكر إلى سن الرشد وبالنسبة للإناث إلى والدخول بهن وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاول للدراسة. وعليه، سوف نتكلم على مختلف النقاط المتعلقة بموضوع النفقة، وتتمثل هذه النقاط أولا خاص تعريف النفقة، أما ثانيا خاص شروط النفقة، وثالثا خاص مشتملات وتقدير النفقة

أولا: تعريف النفقة

هي ما يصرفه الزوج على زوجته، وأولاده وأقاربه من طعام، كسوة، وعلاج وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج[2].

(1)جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 95.

(2) راجع المادة 78 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

كما تجب هذه النفقة في رأي جمهور العلماء نفقة أولاد مباشرة وأولاد الأولاد أي الفروع، أما الإمام مالك يرى بأنه تجب نفقة الأولاد المباشرين فقط، دون أولاد الأولاد[1]. وهذا طبقا للنص القرآني: ﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾[2].

ثانيا: شروط النفقة على الأولاد

– أن يكون الأصل قادرا على الإنفاق فإذا كان الأصل غنيا أو قادرا على الكسب ووجب عليه نفقة أولاده.

– أن يكون الولد فقيرا معسرا لا مال له ولا قدرة له على الاكتساب [3]،

فهذا ما اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الأب موجودا وهو موسرا أو قادرا على الكسب فعليه وحده نفقة أولاده لا يشاركه فيه أحد، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾[4].

الذي يفيد حصر النفقة فيه، ولأنهم جزء منه، فنفقتهم واحياءهم كنفقة نفسه، أما إذا لم يكن الأب موجودا أو كان فقيرا عاجزا عن الكسب لمرض أو كبر السن كانت نفقهم في رأي الحنفية على الموجود من الأصول ذكر كان أو أنثى إذا كان موسر فتنجب على الجد وحده، إذا كان موسرا، أو على الأم وحدها إذا كانت موسرة، أما رأي المالكية ترى بأنه تجب النفقة على الأب وحده دون غيره[5].

ثالثا: مشتملات وتقدير النفقة

تشتمل النفقة حسب المادة 78 من قانون الأسرة بأنه تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

(1) عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 390.

(2) سورة البقرة، الآية 233.

(3) عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 390.

(4) سورة البقرة، الآية: 233.

(5) عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 391.

ولا شك أن عناصر النفقة الزوجية في هذه المادة إنما وردت على سبيل المثال لا حصر، بدليل أن المشرع قد قرر أنه يمكن أن يضاف إليها كل شيء يعتبر ضروريا في عرف الناس وعاداتهم، والعرف مصدر للقانون المادة الأولى من الفقرة الثالثة من قانون المدني بما في ذلك المستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة، كمصاريف المدرسة وتعليم الأولاد[1]، مع مراعاة مقتضيات توفير السكن بدل الإيجار باعتبارهما من مشتملات نفقة المحضون[2].

- تقدير النفقة:

اتفق الفقهاء على أن النفقة الواجبة هي نفقة الكفاية بلا إسراف ولا تقتير في حدود المعروف وفي حدود طاقة الزوج[3]. وهذا في قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ﴾[4].

كما نرى أن المذهب المالكي يراعي في تقدير النفقة حال الزوج عسرا أو يسرا مع مراعاة الأحول الزوجية[5].

لقوله سبحانه تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[6]. ساير المشرع الجزائري في المادة 79 من قانون الأسرة الفقه المالكي حيث نصت صراحة على أنه "**يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم**".

(1) المادة 78 من قانون الأسرة، مرجع سابق

(2) قرار المحكمة العليا رقم 276670، الصادر بتاريخ 2002/03/13، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 1، 2004، ص 274.

(3) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، راجع مرجع سابق، ص 347

(4) سورة الطلاق، الآية 07.

(5) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 348.

(6) سورة البقرة، الآية 233.

الفرع الثاني: الحق في النسب

من أهم ما يترتب على الزواج من آثار نسب المولود إلى والده، وعليه إذا كان نسب الولد إلى أمه ثابتا بسبب الحمل المرئي والولادة فإن إسناد نسب الولد إلى أبيه ليس دائما سهلا، لذا سنتناول في هذا الفرع اولا تعريف النسب، وثانيا طرق اثبات النسب

أولا: تعريف النسب

يقصد بالنسب العلاقة التي تربط الولد بوالده وفق الشروط الشرعية والقانونية، الولد يكون نتيجة زواج شرعي إما صحيح أو فاسد، أو الوطء بشبهة أن يولد الولد وفق التوقيت المعترف به شرعا بالدخول بين ستة أشهر وعشرة أشهر، ويتم إثبات نسب الولد لأبيه لأن الأم لا يثبت بها النسب طبيعيا.

ثانيا: طرق إثبات النسب

إذا كان نسب الولد لأمه ثابت بسبب الحمل المرئي والولادة وذلك بغض النظر عن كونه ولدا شرعيا أو ولد زنا، فإن نسبه إلى والده ليس دائما سهلا، حصرت الشريعة الإسلامية حصرت طرق إثبات النسب والتي تشمل الزواج الصحيح، الزواج الفاسد، الوطء بشبهة، الإقرار، البينة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حسب نص المادة 40 من قانون الأسرة [1].

1- إثبات النسب في الزواج الصحيح:

إن العقد الصحيح هو سبب شرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجية أو العدة أو الوفاة، إذا كان الدخول ممكنا، فإذا أثبت أنه غير ممكن أو أنهما لم يتلاقيا قط، فإن النسب لا يثبت

2- إثبات النسب في الزواج الفاسد:

نصت المادة 40 من قانون الأسرة المعدلة على أن النسب يثبت بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من قانون الأسرة، ومن مراجعة أحكام هذه المواد يتضح لنا أن المادة 34 هي وحدها التي تنص على عقد الزواج بعد الدخول، ويترتب عليه ثبوت النسب

(1) راجع المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة، مرجع سابق.

والاستبراء، أما المادة 32 فإنها تقرر البطلان إذا اشتمل العقد على مانع وعلى شرط ينافيه وليس بها أي ذكر للفسخ، كما نجد المادة 33 تقر البطلان في الفقرة الأولى كلما اختل ركن الرضا وليس بها فسخ بعد الدخول، أما الفقرة الثانية فقد نصت على أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين، أو بدون صداق أو بدون ولي في حالة وجوبه يفسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعده النسب[1].

كما أن الزواج مع المرأة المحصنة يمكن تصوره في الزواج العرفي بالنسبة للزوجة التي تترك زوجها وتذهب إلى مكان آخر وتعيد الزواج مع أنها تعتبر شرعا في ذمة الأول، والزواج العرفي يكون فاسدا نتيجة عدم توفر شرط من الشروط المطلوبة في شروط العقد لذا وجب فسخ هذا الزواج قبل الدخول وبعده يثبت النسب، وهذا ما جاء في نص المادة 34 من قانون الأسرة كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول ويترتب عليه ثبوت النسب[2].

كما نجد خطورة إثبات النسب في الزواج الفاسد في حالة ما إذا تزوجت الزوجة زواجا عرفيا في فترة عدتها دون أن يكون للزوج الثاني علما بزواجها الأول، أو لكونها لا تزال في فترة عدتها فهذه المرأة إن ولدت مولود في الفترة الممتدة بين ستة أشهر وعشرة أشهر من تاريخ زواجها الثاني، فإن الولد ينسب للزوج الثاني رغم إحتمال كونه من الزوج الأول كأن تكون قد أنجبته بعد سبعة أو ثمانية أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وهذا ما جاء به القرار الصادر عن المحكمة العليا[3].

وما تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدتها وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الزوج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش مع أن الزواج الثاني باطل شرعا، فإنهم بقضائهم فقد خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة، وقد جاء في قرار المحكمة العليا متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة

(1) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 102.

(2) راجع المادة 34 من قانون الأسرة وفق التعديلات الجديدة، مرجع سابق.

(3) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/05/19، العدد الخاص 2001، ص 73. نقلا عن: العربي بلحاج، مرجع سابق.

والصحيحة فإن القضاء يصحح هذا الزواج ويسجل في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد لأبيهم.

3- إثبات النسب في نكاح الشبهة:

نكاح الشبهة هو نكاح يقع صحيحا من حيث المبدأ ثم يتبين أنه اشتمل على خطأ أو على مانع كأن يتزوج الرجل مع امرأة على أساس أنها خالية من كل الموانع، ثم يتضح أنها أخته من الرضاعة، وفي هذا المعنى نصت المادة 34 من قانون الأسرة على أن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء[1].

كما يتم إثبات النسب للولد إذا ولد ما بين ستة وعشرة أشهر من وقت الوطء ثبت نسبه من الواطئ بالتأكد بأن الحمل منه، وإذا أتت به في مدة أقل من ستة أشهر لا يثبت النسب منه ويكون وطؤها قبل ذلك بشبهة أخرى، هذا هو موقف من نكاح الشبهة[2].

أما موقف القانون يتضح من خلال نص المادة 40 من قانون الأسرة، الذي ذهب إلى ما ذهب إليه الفقه ورتب على نكاح الشبهة ثبوت النسب، وهذا ما يؤكده القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه "**من المقرر قانونا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح والإقرار ونكاح الشبهة فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون**"[3].

4- إثبات النسب بالإقرار:

نصت المادة 44 من قانون الأسرة على أنه يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهولي النسب وللإقرار شروط:

---

(1) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 104.

(2) المادة 42 و43 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

(3) قرار المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 1991/05/21، المجلة القضائية، 1994، العدد2، ص 56. نقلا عن: العربي بلحاج، مرجع سابق.

- أن يكون الولد مجهول النسب.
- أن يكون الولد أتى من علاقة شرعية، سواء كان نكاح صحيح أو نكاح فاسد أو نكاح بشبهة.
- أن لا يكذبه العقل أو العادة.
- أن يصدقه المقر له على إقراره إن كان أهلا لذلك، وضرورة تصديق المجهول عليه النسب[1].

إذ نرى بالزواج العرفي لا يمكن إثبات النسب بالإقرار إلا بعد تثبيت الزواج، وبالتالي يبقى الإقرار في النسب لا يقبل على مستوى المحاكم إلا إذ قدم المدعي مع طلبه عقد زواج مسجل لدى الحالة المدنية.

5- إثبات النسب بالبينة:

أجاز الفقهاء على أنه يتم إثبات النسب بالبينة أي بالشهادة السماع، وتتمثل هذه البينة عند أبي حنيفة شهادة الرجلين فقط، أما المالكية والشافعية والحنابلة الشهادة تكون عندهم بمعاينة المشهود به أو سماعه، كما اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة السماع[2].

كما ورد في نص المادة 41 من قانون الأسرة إذا ادعت المرأة أنها حملت من زوجها وولدته في غيابه أو حضوره ففي حالة إنكار الزوج لولده يمكن للزوجة أن تثبت بالشهود ما ينكره الزوج[3].

(1) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 103.

(2) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 226.

(3) راجع المادة 40 من قانون الأسرة، وفق التعديلات الجديدة، مرجع سابق.

خاتمة

عقد الزواج من العقود الهامة في حياة الإنسان، لذلك أولى المشرع عناية خاصة بالشكلية في عقد الزواج، ويظهر ذلك من خلال النصوص القانونية المختلفة والمتنوعة التي أصدرها منذ فجر الاستقلال، هذا ما يجعل من كتابة عقد الزواج أهمية بالغة، لذلك أوجب المشرع أن يكون هذا العقد مكتوبا في وثيقة يحررها ضابط الحالة المدنية أو الموثق طبقا للمادة 18 من قانون الأسرة، رغم أن الزواج العرفي يعتبر زواجا صحيحا شرعا وقانونا حين تتوفر فيه جميع الأركان والشروط إلا أنه من الناحية الواقعية تترتب عليه مشاكل عديدة خاصة بالنسبة للزوجة والأولاد.

ومن النتائج السلبية الواضحة التي توصلنا إليها لتخلف عنصر الكتابة أي التسجيل في عقد الزواج العرفي تترتب عنه مشاكل عديدة التي تمس الزوجة والأولاد، حيث تضيع مجموعة من الحقوق.

الزواج الثابت بوثيقة رسمية بإمكان الزوج رفع دعوى والإدعاء بأي حق من حقوق الزوجية أما إذا كان الزواج تمّ بالفاتحة لا يمكن لأحد الزوجين رفع دعوى لحماية أي حق من الحقوق الزوجية، ومن أمثلة ذلك المرأة المتزوجة زواجا عرفيا في حالة امتناع الزوج عن دفع النفقة هنا الزوجة لا يمكن لها المطالبة بحقها قانونيا وهذا لانعدام الصفة، والصفة من النظام العام.

الزواج العرفي بهذا الشكل لا يحقق مفهوم الزواج المتعارف عليه والذي هو نظام اجتماعي كامل تبنى عليه أسرة جديدة في إطار النظم الاجتماعية المتعارف عليها.

ولمعالجة آثار الزواج العرفي نقترح بعض التوصيات:

– إدراج نصوص تقضي بتوحيد الجهات المخول لها إبرام عقد الزواج وذلك بإسناد مهمة توثيق عقد الزواج لأئمة المساجد وخاصة أنهم مؤهلون علميا وشرعيا لإبرام عقد الزواج، ويكون ذلك بعد أداء اليمين القانونية ويمسكون سجلات منظمة وفق نماذج رسمية تسلم لهم من الإدارة يسجلون فيها عقود الزواج ثم يرسلونها إلى البلدية للتقييد في سجل الحالة المدنية.

– تمديد آجال التصريح بتسجيل الزواج إلى مدة معقولة تسمح للزوجين للتصريح بعقود زواجهما ويقترح مدة (30) يوم بدلا من (03) أيا تسري من تاريخ الاحتفال بالزواج.

– توعية المواطنين عن طريق كل من أئمة المساجد، والإعلام بكل أنواعه لبيان أهمية كتابة عقد الزواج، قصد توفير الحماية القانونية للأسرة التي تعد الخلية الأساسية للمجتمع، والحفاظ على استقرارها.

الملاحق

الملحق رقم (01)

دعوى إثبات الزواج العرفي :

إنه في يوم ..... الموافق .....

بناء على طلب السيدة / ..... المقيمة .....

ومحله المختار مكتب الأستاذ / ..... المحامي .....

أنا .....محضر محكمة ..... قد انتقلت حيث إقامة :

السيد / ..... المقيم .....

وأعلنته بالآتي

بموجب عقد زواج عرفي مؤرخ / / تزوجت الطالبة من المعلن إليه على صداق وقدره.....الحال منه..... والمؤجل منه..... يحل بأقرب الأجلين وذلك أمام شاهدين وقعا على العقد في مجلس العقد .

وحيث أن العقد قد توافر فيه الشروط المطلوبة لصحة الزواج بالإيجاب والقبول كما هو وارد بعقد الزواج الموضح بصدر الصحيفة مما يحق للطالبة رفع هذه الدعوى طالبة الحكم بإثبات زواجها من المعلن إليه بموجب عقد الزواج العرفي المؤرخ / / بإيجاب وقبول متطابقين على الصداق الموضح بالعقد وصدر الصحيفة .

بناء عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت حيث إقامة المعلن إليه وأعلنته بصورة هذه الصحيفة وكلفته بالحضور أمام محكمة ..... والكائن مقرها .....

وبجلستها المنعقدة علنا في تمام الساعة التاسعة من صباح يوم ..... الموافق / / ليسمع الحكم بإثبات زواج الطالبة من المعلن إليه بموجب عقد الزواج العرفي المؤرخ / / مع التزام الطالبة بالمصاريف والأتعاب وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وبلا كفالة .

ولأجل العلم[1] .

الملحق رقم: (02)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مجلس قضاء :

بجاي ـة : قضايا الحالة المدنية

محكمة خراطة :

أمر بتسجيل عقد الزواج

Ordonnance de transcription de mariage

نحن السيد : ..... رئيس محكمة خراطة اختصاص مجلس قضاء بجاية .

بعد الإطلاع على الطلب المقدم من السيد ..... وعلى العريضة المقدمة من السيد وكيل الدولة لدى المحكمة المذكورة .

وبعد الإطلاع على أحكام المواد 39 – 40 – 58 – 59 من قانون الحالة المدنية حيث ثبت لنا من المستندات المقدمة ومن نتائج إجراءات التحقيق أن المدعو فلان الفلاني ابن (اسم أبيه وأمه) قد عقد زواجا بتاريخ ..... في بلدية ط – ك مع المدعوة فلانة الفلانية بنت (اسم أبيها وأمها) . وحيث ثبت أيضا أن إجراءات عقد هذا الزواج قد تمت وفقا للشروط القانونية ، وأن انعقاده لم يقع أمام الموثق ولا أمام ضابط الحالة المدنية في الوقت القانوني المناسب .

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

لهذه الأسبـ . ـاب

فإننا نأمر بان يسجل هذا العقد في سجل الحالة المدنية المخصص لتسجيل وثائق عقود الزواج في بلدية "ك" باعتباره زواجا منعقدا بين السيد فلان الفلاني ابن (اسم أبيه وأمه) وبين السيدة فلانة الفلانية بنت (اسم أبيها وأمها) بتاريخ .....

وان يؤشر بهذا الأمر الذي يحل محل وثيقة عقد الزواج على هامش وثيقة ميلاد الزوج

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

- القرآن الكريم.

المراجع باللغة العربية

أولا: الكتب

1- أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

2- إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون، الطبعة الأولى، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

3- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

4- حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد، الزواج العرفي بين الحظر والإباحة، دراسة تأصيلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

5- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة السابعة، دار الكتاب العربي، القاهرة، دون سنة نشر.

6- الشريف علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، بدون طبعة، دار النشر لبنان، 1970.

7- عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1992.

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

9- عبد العزيز سعد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2013.

10- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الرابعة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

11- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 1996.

12- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائرية حسب آخر تعديل له، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

13- عبد المالك بن يوسف المطلق، الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها، ط1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2005.

14- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الطبعة التاسعة، دار الكلمة، مصر، 1998.

15- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.

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

17- ـــــــــــ، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر تعديلات المدعم بآخر التعديلات ومدعم بأحدث الاجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، الطبعة السادسة، 2010، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

18- ـــــــــــ، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

19- ـــــــــــ، مبادئ الاجتهاد القضائي، وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984.

20- عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، د.ط، عنابة، 2006.

21- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

22- فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2001.

23- كمال صالح البنا، الزواج العرفي ومنازعات البنوة، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.

24- محمد أبو زهرة، الأحول الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.

25- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري. دار هومة، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009.

26- محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية خاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقضاء والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

27- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة، الزواج، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الشهاب، الجزائر، 2000.

28- محمد محمود محمد الجمال، تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

29- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج وانحلاله، الطبعة التاسعة، دار الوراق، بيروت، لبنان، 2001.

30- منصور محمد حسين، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، دون طبعة، منشأة المعارف، القاهرة، 1999.

31- نبيل صقر، الوسيط في شرح القواعد الإجرائية والموضوعية، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2009.

32- هلال يوسف إبراهيم، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين، الناحية الشرعية والقانونية، شرح وتعليق وصيغ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.

33- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، 1996.

34- الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، صادر عن دار العلوم، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

ثانيا: المذكرات الجامعية

أ- مذكرات الماجستير:

1- حسن مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، رسالة ماجستير، فرع قانون أسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009.

2- دليلة معزوز، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2004/2003.

3- وهيبة بوطيش، الشكلية في عقد الزواج، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، د.ذ.س.

ب- مذكرات الماستر:

4- مريم غماري، الزواج العرفي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، 2012-2013.

ثالثا: المقالات

1- أشرف سعد الدين، مقال عن الزواج العرفي، مصر، 2010/12/21.

2- 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.

رابعا: النصوص القانونية

1- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2- قانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 مايو سنة 2007 يتضمن القانون المدني حسب آخر تعديل له.

3- قانون رقم 08/14 المؤرخ في 13 شوال 1435 الموافق ل 19 غشت 2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 13 ذو الحجة عام 1379 الموافق 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 1970/02/27.

خامسا: القرارات القضائية

قرار المحكمة العليا رقم 34438، الصادر بتاريخ 1984/09/24 غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية عدد1، 1990.

قرار المحكمة العليا رقم: 37501، الصادر بتاريخ ،1985/09/23، مجلة قضائية، 1989، العدد 01.

قرار المحكمة العليا رقم: 43889 الصادر بتاريخ 1986/12/15، المجلة القضائية، العدد 2، 1993.

قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 1989/03/27، مجلة قضائية، 1990، العدد 03.

قرار المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 1991/05/21، المجلة القضائية، 1994، العدد2.

قرار المحكمة العليا رقم 172333، الصادر بتاريخ 1997/10/28، المجلة القضائية، العدد 1، 1997.

قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/05/19، العدد الخاص 2001.

قرار المحكمة العليا رقم 276670، الصادر بتاريخ 2002/03/13، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 1، 2004.

المواقع الالكترونية

ياسمين عبد العزيز، مقال عن أركان وشروط الزواج قانونا وشرعا وأثر تخلفهما، دراسات قانونية للزواج العرفي في القانون الجزائري منتديات ستار تايمز، على الموقع:

www.startimes.com/؟ t = 25541330. 04/11/2015, 13h30.

الفهرس

كلمة شكر ..... /
إهداء ..... /
مقدمة 01

الفصل الأول

مفهوم الزواج العرفي وطرق إثباته

المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي 06
المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي..... 06
الفرع الأول: المقصود بالزواج..... 06
أولا: الزواج لغة..... 07
ثانيا: الزواج اصطلاحا 07
ثالثا: التعريف التشريعي للزواج..... 07
الفرع الثاني: المقصود بالعرف 08
أولا: تعريف العرف لغة واصطلاحا..... 08
ثانيا: العرف قانونا..... 09
الفرع الثالث: التعريف الفقهي للزواج العرفي 09
المطلب الثاني: أركان وشروط الزواج العرفي 10
الفرع الأول: أركان الزواج العرفي 10
أولا: ركن الرضا 11
الفرع الثاني: شروط الزواج العرفي 14
أولا: الأهلية 14
ثانيا: الصداق 16
ثالثا: الولاية 20
رابعا: الشاهدين..... 23
خامسا: انعدام الموانع الشرعية للزواج 24
المطلب الثالث: أثر تخلف أركان وشروط الزواج العرفي 29

الفرع الأول: أثر تخلف أحد الأركان 30
الفرع الثاني: أثر تخلف أحد شروط عقد الزواج 31
أولا: تعريف الزواج الفاسد 31
ثانيا: آثار الزواج الفاسد 32
المبحث الثاني: طرق إثبات الزواج العرفي 33
المطلب الأول: إثبات الزواج العرفي بالإقرار 33
الفرع الأول: تعريف الإقرار 33
أولا: الإقرار غير القضائي 34
ثانيا: الإقرار القضائي 34
الفرع الثاني: شروط الإقرار 34
أ- الشروط الخاصة بالمقر 34
ب- الشروط الخاصة بالمقر له 35
الفرع الثالث: حجية الإقرار 35
المطلب الثاني: إثبات الزواج العرفي بالشهادة (البينة) 37
الفرع الأول: تعريف البينة وأنواعها 37
أولا: تعريف البينة 37
ثانيا: أنواع البينة 37
الفرع الثاني: شروط الشهادة 39
أولا: الشروط الخاصة بالشاهد 39
ثانيا: شروط خاصة بالشهادة والمشهود به 40
المطلب الثالث: النكول عن اليمين 41
الفرع الأول: تعريف النكول عن اليمين 41
الفرع الثاني: أنواع اليمين 42
أولا: اليمين الحاسمة 42
ثانيا: اليمين المتممة 42
الفرع الثالث: حجية اليمين 43

أولا: موقف القضاء من حجية اليمين 43
ثانيا: موقف الشريعة الإسلامية من حجية اليمين..... 43

الفصل الثاني

إجراءات تسجيل الزواج العرفي والآثار القانونية المترتبة عن التسجيل

المبحث الأول: إجراءات تسجيل الزواج العرفي 46
المطلب الأول: إجراءات تسجيل الزواج..... 46
الفرع الأول: الإجراءات التي تسبق العقد..... 46
أولا: ما يشترطه القانون في العقد ذاته..... 47
ثانيا: ما يشترطه القانون حسب طبيعة بعض الأزواج..... 48
الفرع الثاني: الجهة المسند إليها إبرام عقد الزواج 49
أولا: إذا كان الزواج محليا 49
ثانيا: إذا أبرم عقد الزواج في بلد أجنبي 50
الفرع الثالث: الإجراءات المتبعة بعد العقد 50
أولا: تسجيل عقد زواج أبرم أمام ضابط الحالة المدنية..... 50
ثانيا: تسجيل عقد زواج أبرم أمام الموثق 51
المطلب الثاني: إجراءات تسجيل الزواج العرفي 51
الفرع الأول: إجراءات تسجيل الزواج العرفي المبرم في حالة عدم وجود نزاع داخل التراب الوطني..... 51
أولا: تقديم طلب 51
ثانيا: إجراء تحقيق حول واقعة الزواج العرفي 52
ثالثا: إصدار أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية..... 52
الفرع الثاني: إجراءات تسجيل الزواج العرفي المبرم في حالة عدم وجود نزاع خارج التراب الوطني 53
أولا: الجهة القضائية المختصة..... 53
ثانيا: الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي 53
الفرع الثالث: إجراءات تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه 54

أولا: الجهة القضائية المختصة 54
ثانيا: الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي 55
المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن تسجيل الزواج العرفي..... 57
المطلب الأول: الآثار القانونية بالنسبة للزوجين 57
الفرع الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين..... 57
الفرع الثاني: واجبات الزوج 58
أولا: النفقة..... 58
الفرع الثالث: واجبات الزوجة..... 59
المطلب الثاني: الآثار القانونية بالنسبة للأولاد 60
الفرع الأول: حق الولد في النفقة 60
أولا: تعريف النفقة 60
ثانيا: شروط النفقة على الأولاد 61
ثالثا: مشتملات وتقدير النفقة..... 61
الفرع الثاني: الحق في النسب 62
أولا: تعريف النسب 63
ثانيا: طرق إثبات النسب..... 63
خاتمة 63
الملاحق..... 65
قائمة المصادر والمراجع 67
الفهرس..... 73