الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد الصديق بن يحيى –جيجل–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة بعنوان:

الزواج العرفي وإشكالاته في القانون الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطلبة:

- معكوف عبد الفتاح
- سيفوان يونس

إشراف الأستاذ(ة):

- **سمار نصر الدين**

أعضاء لجنة المناقشة:

- **الأستاذ(ة): كاملي مراد ..... رئيسا**
- **الأستاذ(ة):سمار نصر الدين..... مشرفا ومقررا**
- **الأستاذ(ة):بلحوت علي ..... مناقشا**

السنة الجامعية: 2019/2018

شكر وعرفـان

بسم الله وكفى والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، فلولاه لما كنا لنصل لهذا المسعى

نوجه شكرنا إلى أستاذنا القدير الذي تكرم علينا بقبوله الإشراف على بحثنا وعلى ما يبذله من جهد واهتمام وإرشاد ، الأستاذ القدير "سمار نصر الدين" فلك منا فائق التقدير والاحترام.

إلى كل من مد لنا يد العون من بعيد أو قريب

إلى كل من لم يبخل علينا بإرشاداته

إلى أعضاء اللجنة التي قبلت مناقشة هذا العمل

إهداء

إلى كل عائلتي بدءا بأمي التي هي سندي في الحياة ورفيقة دربي

إلى الأب العزيز الذي هو بمثابة السند القوي ادامهم الله لنا

إلى إخوتي الأعزاء وكل الزملاء الذي رافقوني في مشواري الدراسي

إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في نجاح هذا العمل

أهدي لهم ثمرة جهدي

قائمة المختصرات

- ج: جزء
- ع: عدد
- ط: طبعة.
- ص: صفحة
- ج. ر: جريدة رسمية
- م. ق: مجلة قضائية
- د. ب. ن: دون بلد النشر
- د. س. ن: دون سنة النشر
- ق. ح. م: قانون الحالة المدنية
- ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري
- ق. م. ج: القانون المدني الجزائري
- ق. إ. م. إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- غ. أ. ش: غرفة الاحوال الشخصية
- د. ط: دون طبعة

مقدمـــة

مقدمة

خلق الله تعالى الإنسان وجعله خليفة في الأرض إلى أجل مسمى لا يعلمه إلا هو، ومن وظائف الإنسان في هذه الحياة التكاثر من أجل الحفاظ على النسل البشري من الضياع والزوال، ومن أجل ذلك شرع الله تعالى الزواج للإنسان كوسيلة من أجل القيام بهذه الوظيفة السامية ونظرا لأهمية الزواج في الحياة البشرية فقد أحلته جميع الأديان والشرائع السماوية التي شرعها الله، آخرها ديننا الإسلامي الحنيف الذي أولى اهتماما كبيرا بالزواج وسماه بالميثاق الغليظ، لأنه الأساس الذي تقوم عليه الأسرة ويصلح به المجتمع.

وقد وضعت الشريعة الإسلامية مجموعة من الشروط والأركان التي يجب أن تتوفر في الزواج حتى يكون صحيحا وشرعيا، وتتمثل هذه الأركان والشروط في الرضا والولي والشهود والصداق، وأضافت القوانين شرطا آخر يتمثل في التسجيل أي بضرورة تسجيل عقد الزواج، وذلك لأسباب عملية من أجل الحفاظ على الزواج وحفظ الحقوق التي تترتب عنه.

وعلى غرار باقي التشريعات العربية نجد أن المشرع الجزائري يشترط ضرورة تسجيل عقود الزواج ويعتبره شرطا لثبوت الزواج قانونا، وبهذا أصبح الزواج الموثق يسمى بالزواج الرسمي.

ورغم أهمية تسجيل عقد الزواج في الوقت الحالي، وصراحة النصوص القانونية في ذلك، إلا أن بعض الأفراد يكتفون بعقد زواجهم وفق الأركان والشروط الشرعية ويغفلون عن تسجيله، وهذا ما يعرف بالزواج العرفي، الذي أضحى ظاهرة اجتماعية منتشرة تستحق الدراسة خاصة إذا علمنا أن عدم تسجيله لدى الجهات المعنية يطرح العديد من الإشكاليات فيما يخص إثباته وتسجيله والنتائج المترتبة في حالة عدم التمكن من إثباته والتي تمس الزوجين والأولاد وقد تتعدى للمجتمع الذي يعيشون فيه.

أهمية الموضوع وأهداف الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في موضوعنا في مجموعة من الأهداف والتي تتمثل في:

كون الزواج العر في مشكلة اجتماعية معاصرة ومنتشرة في مجتمعنا، وأصبحت محاكمنا تعج بالعديد من القضايا المتعلقة بهذا الزواج.

وعلى هذا ارتأينا أن نسلط الضوء على هذا النوع من الزواج وذلك من خلال:

- التعريف بهذا النوع من الزواج وبيان حقيقته.
- معرفة الحكم الشرعي لهذا الزواج في الفقه الإسلامي المعاصر وقانون الأسرة الجزائري.
- معرفة أهم الأسباب التي أدت إلى انتشاره.
- معرفة المراكز القانونية للمتزوجين عرفيا أمام الجهات الإدارية والقضائية.
- بيان سلبيات ومخاطر الزواج العرفي على الأسرة والمجتمع.
- بيان طرق إثبات الزواج العرفي بين الشريعة والقانون.
- معرفة الإجراءات المتبعة أمام الجهة القضائية من أجل إثباته وتسجيله.

أسباب اختيار الموضوع:

- **أسباب ذاتية:** ميولنا الشخصي ورغبتنا في الوقوف على هذا الموضوع كونه موضوع مهم على الأسرة والمجتمع، بالإضافة إلى قلة المؤلفات والمواضيع التي تعالجه في الجزائر.
- **أسباب موضوعية:**

- يعتبر من المواضيع المستحدثة في الزواج، والتي تشغل بال المجتمع والقضاء نظرا لنتائجه الخطيرة على الأسرة والمجتمع.
- الحاجة إلى معرفة أسباب انتشار هذه الظاهرة رغبة منا في إبداء بعض الحلول.
- كثرة القضايا المعروضة أمام محاكمنا بشأن تثبيت الزواج العرفي.

إشكالية البحث:

يعتبر الزواج العرفي غير معترف به من الناحية القانونية لانعدام شرط الرسمية وهذا ما يعني أن الزوجين لا يمكنهما الاحتجاج به أمام القضاء إلا إذا تم إثباته وتسجيله فيما بعد ولهذا فالإشكالية المطروحة هل يسمح القانون الجزائري بتدارك الأمر وتسجيل الزواج العرفي، وكيف عالج مختلف القضايا المتعلقة بالزواج العرفي؟ وهل وفق في ذلك؟، ويندرج تحت هذا السؤال الرئيسي مجموعة من التساؤلات الجزئية أبرزها:

- كيف يثبت هذا الزواج أمام المحاكم.
- ماذا يترتب على إنكار أحد الزوجين للزواج العرفي.
- ما هي مختلف الآثار التي تترتب على الزواج العرفي شرعا وقانونا.
- ما هو هدف المشرع الجزائري من هذا التساهل في تسجيل الزواج العرفي خاصة أنه لا يسمح بتدارك الأمر في العقود العرفية الأخرى.

المنهج المتبع:

إن طبيعة موضوع بحثنا حتمت علينا استعمال المنهج الوصفي بالدرجة الأولى، حيث قمنا بالوقوف على مختلف أحكام الزواج العرفي وكذلك كيفية إثباته.

الدراسات السابقة:

خلال بحثنا في هذا الموضوع إستعنا بمجموعة من الدراسات التي سبقتنا في معالجة هذا الموضوع:

- عقد الزواج العرفي، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، من إعداد بوزيد قداش وبوجلال فاطمة الزهراء، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2010، 2011.
- إشكالية الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، للطالب بن ابراهيم نور الدين، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014، 2015.

– إشكالات إثبات الزواج العرفي وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، من إعداد محمدي يسر علي وأوبلغة التوفيق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015، 2016.

– الزواج العرفي وإشكاليات إثباته بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر، من إعداد الطالب قنيفي حمزة، جامعة محمد بوالضياف، المسيلة، 2016، 2017.

صعوبات الدراسة:

من بين أبرز العراقيل التي واجهتما خلال مرحلة بحثنا، قلة المراجع المتخصصة التي تتناول موضوع بحثنا ما عدا المراجع العامة.

وجود جدل كبير واختلاف بين الفقهاء حول طبيعة هذا الموضوع، مما أدخلنا في دوامة حول انتقاء المعلومات من أجل اختيار الرأي الراجح.

خطة البحث:

من أجل تحقيق اهداف البحث والإجابة على الإشكالية المطروحة قمنا بوضع خطة آخذين بعين الاعتبار خطوات المنهجية العلمية، فارتأينا أن نقسم الموضوع إلى فصلين رئيسيين، تطرقنا في الفصل الأول للأحكام العامة لعقد الزواج العرفي، وفي سبيل معرفة ماهيته والآثار الناتجة عنه قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول ماهية الزواج العرفي، أما المبحث الثاني فتناولنا الآثار المترتبة عن الزواج العرفي.

أما الفصل الثاني تطرقنا فيه إلى إشكالية إثبات عقد الزواج العرفي حيث قسمناه إلى مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى إشكالية توثيق عقد الزواج العرفي، أما المبحث الثاني تناولنا فيه إجراءات السير في دعوى إثبات الزواج العرفي وتسجيله.

وفي نهاية بحثنا وضعنا خاتمة أجبنا فيها عن إشكالية بحثنا مع أهم النتائج والتوصيات.

الفصل الأول:

الأحكام العامة للزواج العرفي

تمهيد:

إن عقد الزواج لا يتم إلا بأركانه وشروطه الشرعية إضافة إلى هذا اشترطت التشريعات الحديثة تسجيله لدى الجهات الرسمية. ومن الناحية العملية نجد أن بعض الأفراد يبرمون زواجهم بجميع الأركان والشروط الشرعية لكن المعاب عليهم أنهم لم يوثقوا هذا الزواج لدى الجهات الرسمية وهذا ما يعرف بالزواج العرفي فمن الناحية الشرعية يعتبر هذا الزواج صحيح ويرتب جميع الآثار فيحل التمتع وتقرر جميع الحقوق للطرفين والأولاد كالنسب والميراث والنفقة لكن من الناحية القانونية لا يمكن الاحتجاج بهذه الحقوق طالما لم يسجل، وبالتالي هذه الحقوق قد تكون عرضة للإنكار والضياع.

وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفصل الذي خصصنا فيه المبحث الأول لدراسة ماهية الزواج العرفي المستوفي لأركانه وشروطه الشرعية، أما المبحث الثاني فتطرقنا فيه إلى الآثار المترتبة على عقد الزواج العرفي شرعا وقانونا.

المبحث الأول: ماهية الزواج العرفي

أجمع الفقهاء على أن الزواج هو عقد يفيد حل الإستمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه الشرعي، مما يترتب عليه حقوق وواجبات على كل من الزوجين، وهو انه عقد منتج لآثاره بمجرد عقده وإتمامه، كما أنه عقد رضائي بين رجل وإمرأة ولا يجوز أن يكون عقد الزواج عقدا مضاف إلى أجل أو معلق على شرط أو محدد عدة معينة وإلا كان عرضة للفساد أو البطلان.

وغذا تأملنا في التعريف الفقهي للزواج، نجد أنه لا فرق بين الزواج المكتوب وغير المكتوب والزواج الموثق وغير الموثق. نظرا لكون كلا العقدين صحيح كما على الوجه الشرعي مستوفيان لجميع الأركان والشروط الشرعية لا سيما ركن الرضا، وكل ما في الأمر أن الزواج العرفي لا يعدو إلا أن يكون مجرد عقد عرفي لم يوثق لدى الجهات المكلفة بتسجيله، وعلى هذا أطلق عليه الفقهاء زواج عرفي لأنه يتم وفق ما تعارف عليه الناس منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم.

المطلب الأول: مفهوم الزواج العرفي

لقد سبق وأن تطرقنا إلى مفهوم الزواج العرفي من خلال مفهوم الزواج العرفي الشرعي الذي استقرت عليه غالبية الفقه، ووجدنا بأنه لا فرق بين الزواج الرسمي والزواج العرفي، طالما أنهما يستويان في الأركان والشروط الشرعية اللازمة ويختلفان في شرط التسجيل الذي يعتبر الفرق الجوهري بينهما، عكس ما يخيل إلى كثير من الناس بأن مصطلح الزواج غير الرسمي أي العرفي يعني زواج غير شرعي، لكن في حقيقة الأمر فإن الزواج العرفي ما هو إلا صورة من صور الزواج.

وهو ما سوف نعمل على توضيحه وتبيينه من خلال السطور الآتية وذلك من خلال التطرق للتعريف اللغوي والاصطلاحي للزواج العرفي، مرورا بأركانه وشروطه وكذلك التمييز

بينه وبين سائر الأنكحة الأخرى المنتشرة في المجتمعات العربية والإسلامية مع التطرق لأسباب وعلل انتشاره والوقوف على بيان حكمه.

الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي

لمعرفة معنى الزواج العرفي وجب علينا التطرق إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي لهذا المصطلح، وبالنظر إلى مصطلح الزواج العرفي نجده يتكون من كلمتين هما "الزواج" و"العرف".

أولا: تعريف الزواج:

1- الزواج لغة:

الزواج معناه هو قارن بين شيئين – خالط[1] لقوله تعالى: (وَإِذَا الْنُّفُوسُ زُوِّجَتْ) أي اقتران النفوس بالأبدان[2] وقوله جل شانه أيضا: (وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورِ عِينْ) أي قرناهم بزوجات حسان[3].

والزواج في اللغة له عدة معان ومرادفات لعل أبرزها: النكاح.

والعرب كانت تقول تزوج في بني فلان أي نكح فيهم، أتزوج امرأة وزوجه إياها، وزوجه بها أي أنكحه إياها.

وأصل النكاح في كلام العرب الوطء وقيل التزويج نكاح لأنه سبب الوطء، يقال: نكح النفاس عينة: أصابها[4]

2- اصطلاحا:

يعرف الفقهاء مصطلح الزواج بتعريفات عديدة، تتفق في المعنى وتختلف في الألفاظ من أبرز هذه التعريفات أنه عقد يفيد ملك المتعة قصدا، أو عقد يفيد حل استمتاع كل من

---

[1]- مؤنس رشاد الدين، كلمن في المعاني والكلام، ط2، دار الراتب الجامعية، لبنان، 2000، ص428.

[2]- سورة التكوير، الآية 07.

[3]- سورة الدخان، الآية 54.

[4]- أحمد نجيب الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، 2008-2009، ص33.

الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، ولكن المعاب على هذه التعريفات أنها ركزت على مقصد الوطء الجنسي وأهملت باقي المقاصد السامية الأخرى للزواج، وهو ما جعلها عرضة للانتقاد[1].

ثانيا: تعريف العرف

1- لغة:

العرف هو ضد النكر، وهو ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول[2].

وجاء في المعلم الوسيط:

العرف: هو المعروف وهو خلاف النكرة وهو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم[3].

2- العرف اصطلاحا:

- **عرفه الجرجاني بقوله:** العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول.
- **وعرفه وهبة الزحيلي:** العرف هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألف اللغة ولا يتبادر غيره عند سماعه[4].
- عرفه عبد الوهاب خلاف: هو ما تعارفه الناس وسارو عليه من قول أو فعل أو حراك[1].

---

[1]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص30.

[2]- المجد في اللغة والإعلام، الجزء الاول، الطبعة 41، دار المشرق، لبنان، 2005، ص500.

[3]- ماهر نعيم سرور، التوثيق وآثاره في الزواج والطلاق، دراسة فقهية مقارنة، د. ط، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2016، ص130.

[4]- المرجع نفسه، ص130، 131.

وتجدر الإشارة بأن أغلب هذه التعريفات ليست كلها دقيقة وعلى هذا إن التعريف الأشمل والأدق للعرف هو ما اطمأنت إليه النفوس واستقرت عليه شهادة العقول وأخذته الطبائع السليمة بالقول والفعل، وأجازهم الشرع عليها[2].

ثالثا: تعريف الزواج العرفي كمصطلح مركب

ارتأينا أن نأخذ بعض التعريفات لبعض الفقهاء في هذا المجال ومنهم:

- يعرف سليمان الأشقر الزواج العرفي بأنه: "عقد لم يسجل في المحكمة ولم يجر على يد مؤذون ولم تصدر فيه وثيقة رسمية"[3].
- وعرفه أيضا بدوي علي بأنه: "عقد يحل رجل وامرأة أجري وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وتم في الدخول إلى البيت الزوجية، ولم يسجل في سجلات الحالة المدنية خلال المدة المحددة قانوا لذلك"[4].
- ويعرفه يوسف القرضاوي بكونه: "زواجا مستكملا الأركان والشروط وكل ما في الأمر أنه غير موثق، فالزواج العرفي زواج رجل من امرأة بإيجاب وقبول بشهادة الشهود وبرضا الأولياء وبمهر بغية الإستقرار في الحياة الزوجية وإنجاب الأولاد"[5].
- وقد عرفت مجلة البحوث الفقهية الزواج العرفي بأنه: "هو اصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية ويستوي ذلك في أن يكون مكتوبا أو غير مكتوب"[6].

---

[1]– قنيفي حمزة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر بعنوان الزواج العرفي وإشكاليات إثباته بين الشريعة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016–2017، ص09.

[2]– المرجع نفسه.

[3]– عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الثانية، دار النفائس، لبنان، ص177.

[4]– بداوي علي، مقال عقود الزواج العرفية، بين قصور أحكام القانون متطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني، العدد 02، ص14.

[5]– قنيفي حمزة، مرجع سابق، ص10.

[6]– أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2000، ص128.

- كما عرفه بوحلاسة بأنه: "تلك العقود التي أجرت في الماضي وفق أصول الشريعة الإسلامية ولم تسجل بالحالة المدنية في وقتها القانوني"[1].

من خلال التعريفات السابقة نستنتج أن الزواج العرفي هو عقد زواج شرعي لم يسجل لدى الجهات المختصة، ويعود سبب تسميته بالزواج العرفي إلى ظهور عقود الزواج الحديثة الموثقة، وعلى هذا أصبح الزواج الذي لم يوثق يسمى زواجا عرفيا لكونه عرفا اعتاد عليه الناس منذ زمن الرسول "ص" والصحابة رضوان الله عليهم، حيث لم يكونوا يسجلون عقود زواجهم نظرا لاطمئنان نفوسهم.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن هذا المصطلح أي مصطلح الزواج العرفي هو مصطلح حديث وهو في مقابل عقد الزواج الرسمي، كما يطلق عليه أيضا مصطلح الزواج بالفاتحة[2].

الفرع الثاني: أركان الزواج العرفي وشروطه

قبل أن نتطرق إلى أركان وشروط الزواج العرفي، يتعين علينا أن نعرف "الركن" و "الشرط" في اللغة والإصطلاح.

أولا: تعريف الركن والشرط لغة واصطلاحا

1- تعريف الركن:

أ- **لغة:** الركن في اللغة معناه هو جانبه القوي، أي ما لا يوجد الشيء إلا به[3].

ب- **اصطلاحا:** ما كان جزءا من الماهية، وتتوقف عليه حقيقة الشيء كالركوع في الصلاة والإيجاب والقبول في عقد الزواج[1].

---

[1]- محروق كريمة واقع الزواج العرفي في الجزائر أسبابه، مفاسده، إجراءات الحد منه، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 39، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، 2013، ص132.

[2]- نافع حميد صالح، الزواج العرفي وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجلة كلية العلوم الإنسانية، جامعة بغداد، العدد 30، 2012، ص163.

[3]- هلال يوسف إبراهيم، أحكام الزواج العرفي، د. ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص15.

وبناء على هذا فإن ركن الزواج هو الصيغة أي صيغة العقد، وتتكون الصيغة من الإيجاب والقبول، والإيجاب هو عبارة تصدر من احد المتعاقدين سواء الرجل أو المرأة، يريد بها إنشاء الإرتباط بالمتعاقد الأخير، والقبول عبارة تصدر من المتعاقد الآخر تدل على الموافقة على الإيجاب، وإجماع الإرادتين على المعنى المقصود وهو الزواج[2].

2- تعريف الشرط:

أ- **لغة:** هو العلامة اللازمة[3].

ب-**اصطلاحا:** الشرط هو ما يتوقف وجود الشيء عليه، دون أن يكون جزء منه، فالشرط خارج عن ماهية الشيء، كالوضوء بالنسبة للصلاة.

من خلال التعريفات السالفة الذكر فإن شروط عقد الزواج هي التي لا ينعقد الزواج إلا بها، فيجب أن تتحقق عند إنشائه وغذا تخلف أحدهما فإن العقد لا يكون له وجود شرعي، فلا يترتب عليه أي حكم من أحكام العقد[4].

ثانيا: أركان وشروط الزواج العرفي عند مختلف العلماء

من المتفق عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الإيجاب والقبول ركن في عقد الزواج، لكن محل الخلاف بينهم يدور حول بقية الأركان والشروط كالولاية والإشهاد والصداق، فهناك من يعتبرها من الأركان وهناك من يعدها ضمن الشروط.

وعلى هذا سوف نقوم فيما يأتي بعرض آراء فقهاء المذاهب الأربعة:

---

[1]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص54.

[2]- هلال يوسف إبراهيم، المرجع السابق، ص15.

[3]- تقية عبد الفتاح، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، مصر، 2012، ص98.

[4]- بن غريب رابح، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، جامعة جيجل، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018، ص28.

1- المالكية:

ذهب المالكية إلى أن اركان عقد الزواج هي الزوج والزوجة والولي والصيغة، وهذا ما قاله محمد عليش في تقريراته على الشرح الكبير للدردير عند بيان هذا الأخير لأركان الزواج، "ولم يعد الشهود من الأركان لأن ماهية العقد لا تتوقف عليه وأن الصداق كذلك فالأولى جعلهما شرطين". ودهب الحطاب فيما يتعلق بالصداق والشهود حيث قال: "وأما الصداق والشهود لا ينبغي أن يعدا من الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما غاية الامر أنه يشترط في صحة النكاح ألا يشترط فيه سقوط الصداق، ويشترط في جواز الدخول بالإشهاد.

- وبدون إطالة سوف نقف على هذه الأركان وفق هذا المذهب:

أ- الصيغة:

هي اللفظ الدال على وقوع النكاح وتحققه إيجابا وقبولا والإيجاب هو التعبير الدال على الرضا الصادر ممن هو أهل له والشخص الذي صدر منه الإيجاب يسمى موجبا أما القبول هو ما صدر من الطرف الآخر دلاليا على موافقته لهذا الإيجاب ويسمى هذا الأخير الذي صدر منه القبول قابلا فأول الكلامين هو إيجاب سواء صدر من الزوج او الزوجة ويسمى إيجابا لأنه أوجد الالتزام والثاني يسمى قبولا لأنه رضا بما في الأول من إلتزام[1].

وتجدر الإشارة إلى أن الإيجاب عند جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة هو ما يصدر من ولي الزوجة، والقبول هو ما يصدر من الزوج أو وكيله[2].

[1]- بن حرز الله عبد القادر، خلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الاولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، د. س. ن، ص51.

[2]- هلال يوسف إبراهيم، المرجع السابق، ص29.

ب- الولي:

يقصد بالولي في عقد الزواج والد الزوجة أو أحد أقاربها كأخها أو عمها أو خالها، وقد اتفق الصحابة والتابعين على أنه لا يصح زواج المرأة بدون وليها، أي يصح لها أن تزوج نفسها بنفسها أو توكل مهمة تزويجها إلى شخص غير وليها[1].

من بين أدلتهم على هذا قوله تعالى: "فانكحوهن بإذن أهلهن"[2]، ومن السنة النبوية الشريفة قوله صلى الله عليه وسلم:" لا نكاح إلا بولي".

الغاية من تشريع الولاية في الإسلام هو حفظ حقوق العاجزين عن التصرف بسبب من الأسباب فقد الأهلية او نقصها ورعاية مصالحهم وشؤونهم حتى لا تضيع لأن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، ومن عجز عن القيام بشؤونه أقام له الشارع من يتولى أمره[3].

وينبغي أن نشير إلى أن اشتراط الشارع للولي (ولي الزوجة) لم يكن الغرض منه الحجر على المرأة أو الإنقاص من قيمتها أو تقييد حريتها كما تقول بعض الآراء، بل إن الإسلام أنصف المرأة وهي طفلة وهي زوجة وأما، وأن سلطة الرجل على المرأة لا تزيد على القوامة، وهي تكليف وليس تشريف، بالإضافة إلى ما سبق اختيار الزوج يؤدي إلى تبعات تتحملها الزوجة وأسرتها أيضا[4].

ج- المحل:

والمقصود بالمحل في عقد الزواج هو الزوج والزوجة، وكل منهما ركن مستقل بذاته، فلا ينعقد الزواج بأحدهما فقط إلا إن وجد الآخر، ويشترط في الزوجة أن تكون خالية من

---

[1]- فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، د. ط،، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص ص 19، 20.

[2]- سورة النساء، الآية 125.

[3]- فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص21.

[4]- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص ص 31، 32.

موانع الزواج الشرعية، ومنها مثلا أن تكون متزوجة من غيره أو معتدة من طلاق لغيره، أو مطلقة منه ثلاث طلقات، ما لم تحلل أو مرتدة، أو مجوسية أو وثنية أو أمة (عبدة)، والناكح حر أو تكون محرمة له، أو زوجة خامسة، أو يكون متزوجا بأختها وغيرها ممن لا تجمع بينه وبينها، أو تكون محرمة بحج أو عمرة[1].

أما شروط عقد الزواج وفقا للمذهب المالكي هي: الصداق والشهود.

أ- الصداق:

يعتبر حقا من الحقوق التي يرتبها الزواج للزوجة وهو حق مالي للزوجة على زوجها، وقد عرفه المالكية بأنه: "ما يجعل للزوجة في نظير الإستمتاع بها"[2].

ويعتبر الصداق عند المالكية شرط من شروط وحق من حقوق الزوجة، لا يصح الزواج بدونه حتى لو كانت الزوج ميسورة الحال وفي غنى عن هذا المال، كما أن المالكية لم يشترطوا ذكر الصداق عند العقد بل يستجيب تسميته في العقد لكن إن لم يذكر ساعة العقد فلا بد من ذكره عند الدخول[3].

والدليل الكتابي على وجوب الصداق هو قوله تعالى: "وَآتُوا اَلنِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً"[4].

- أما بالنسبة لوقت وجوب المهر ومن يستحقه ومقداره وما يصح أن يكون المهر عليه وبتعجيله وتأجيله فهذا كله يحال الحديث فيه إلى كتب الفقه المتخصصة.

ب- الشهود:

دهب المالكية إلى اعتبار الشهود شرطا لصحة الزواج سواء كانت عند اختزام العقد أم بعد العقد وقبل الدخول[5].

---

[1]- أبو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتحين، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت، ص43.

[2]- بن غريب رابح، مرجع سابق، ص64.

[3]- العربي بختي، مرجع سابق، ص38.

[4]- سورة النساء، الآية 04.

[5]- بن حرز الله عبد القادر، مرجع سابق، ص143.

ولم يختلف الفقهاء حول بطلان النكاح الذي لم يشهد عليه ولو لم يعلن عليه كما أنهم لم يختلفوا في صحة العقد الذي شهد عليه وأعلن عليه ولكنهم اختلفوا في العقد الذي أعلن عنه ولم يشهد عليه[1].

وفي هذا الشأن يقول الإمام مالك: ليس حضور الشهود شرطا لصحة الزواج وإنما الشرط إعلانه بأي طريقة حتى لا يبقى سرا[2].

وعلى هذا فإن الشهود ضرورة لا بد منها وإن لم يشترط الفقهاء حضور الشهود عند العقد بل إن حضورهما عند العقد مستحب فقط، ولكنهم اشترطوا وجوب حضور الشهود عند الدخول، ويترتب على تخلفهما حينذاك فسخ العقد واعتباره زواج غير صحيح، ويشترط في الشاهدان أن يكونا غير الولي، بالإضافة إلى توفر بعض الصفات كالإسلام والبلوغ والعقل والذكورة والعدالة والإستقامة واتباع تعاليم الدين ولو في الظاهر وسماع الشهود كلام العاقدين وفهمه[3].

2- الشافعية:

لقد عدد الشافعية أركان عقد الزواج فوصلوا بها إلى خمسة، قال الشرفاوي في حاشيته: "وأركانه خمسة، زوج وزوجة، ولي وشاهدين وصيغة".

3- الحنفية:

المعروف عند جمهور الحنفية أنهم خالفوا الجمهور في أركان الزواج، حيث قلصوها إلى ركنين فقط وهما الإيجاب والقبول، باعتبارهما عماد الزواج الذي لا يتم إلا بهما، أم الشهود والصداق والولي والزوج والزوجة فاعتبروهم ضمن الشروط[4].

---

[1]- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح الأحوال الشخصية، د. ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، مصر، ص29.

[2]- ممدوح عزمي، الزواج العرفي، وجوه أخرى للزواج غير الرسمي، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2011، ص23.

[3]- العربي بختي، مرجع سابق، ص33.

[4]- بن غريب رابح، مرجع سابق،28.

4- الحنابلة:

لقد عدد الحنابلة أركان الزواج فوصلوا بها إلى خمسة أركان وهي: الولي، الشاهدين، الإيجاب والقبول، تعيين الزوجين والتراضي، غير أنه ذهب بعض الفقهاء بأن أركان الزواج ثلاثة هي: الزوجين، الإيجاب والقبول.

أما شروط الزواج فهي أربعة شروط وهي: الولي، الشاهدين، التراضي بين الزوجين وتعيين الزوجين[1].

ثالثا: أركان وشروط عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري على أركان عقد الزواج قبل التعديل في المادة 09 التي تنص: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق"، وجاءت المادة تحت عنوان أركان الزواج[2].

أما في التعديل الجديد فقد تغيرت الأمور، حيث أصبح ركن الزواج الوحيد هو ركن الرضا أما باقي الأركان فتحولت وأدرجت ضمن الشروط اللازمة لصحة عقد الزواج، حيث نصت المادة 09 بعد التعديل: "يعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"[3].

ولما كان الرضا امرا باطنيا لا يعلمه إلا صاحبه، فإننا نكون بحاجة إلى ما يظهرها للعلن، سواء بقول يصدر من العاقد ويلفظه بلسانه أو بإشارة أو كتابة أو فعل، كما أنه يجب أن يكون الرضا خاليا من عيوب الإرادة أي يكون سلميا بعيدا عن كل غش أو إكراه أو تهديد[4].

ومن خلال استقرائنا لنص المادة من قانون الأسرة الجزائري، يمكننا القول أن التعبير عن رضا كل واحد من الزوجين في الإقتران بالآخر يجب أن يكون رضا علنيا تاما، وأن

---

[1]- قنيفي حمزة، مرجع سابق، ص13.

[2]- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، ج ر، ع 24 الصادر بتاريخ 12 جوان 1984.

[3]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائرية المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص55.

[4]- بن غريب رابح، المرجع نفسه، ص29.

تكون الإرادة خالية من العيوب، كالغش أو الإكراه أو التدليس، كما لابد أن يكون الرضا صراحة لإمكانية قيام ركن الزواج وسلامته، وفي حال تخلف عنصر الرضا الركن الأساسي لانعقاده وسيكون بطبيعة الحال عقدا باطلا من الناحية القانونية، وعلى هذا يجوز لكل واحد من الزوجين أن يدفع ببطلانه.

وعلى هذا نصت المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الأولى: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"[1].

مع ملاحظة إغفال قانون الأسرة لموضوع عيوب الرضا حيث يوجد الرضا في التزويج لكنه يكون معيبا، كحالة الإكراه المعنوي، فما هو مصير هذا الزواج؟

- وسوف نعود لهذه المسألة لاحقا في موضوع الولاية في الزواج[2].

كما أن الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا لركن الرضا، وإنما قام بتحديد قيمته واللفظ الذي يعبر عن الإيجاب والقبول بصفة عامة[3] وهذا ما نصت عليه المادة 10 من الأمر 02/05: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر ، بكل لفظ يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشهار.

أما بالنسبة لشروط عقد الزوج التي نص عليها المشرع في المادة 9 مكرر من نفس الأمر: "يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج.
- الصداق.
- الولي.
- شاهدان.

---

[1]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الرابعة، دار سوسة، الجزائر، 2010، ص38.

[2]– بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص55.

[3]– قنيفي حمزة، مرجع سابق، ص13.

- انعدام الموانع الشرعية[1]".

وهذا ما يتم التطرق إليه فيما يلي:

- **أهلية الزواج:**

تنص المادة 07 من قانون الأسرة على أن سن الزواج بالنسبة للذكر والانثى كليهما هو 19 سنة أي أنها سوت بينهما، وهذا قد كان النص القديم ينص: بلوغ المرأة سن الزواج هو 18 سنة وبلوغ الرجل 21 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل بلوغها بتلك السن إذا اقتضت ذلك ضرورة أو مصلحة، ويؤكد القاضي قدرة المتقدمين للزواج عليه[2].

وتتطلب أهلية الزواج توفر العقل والبلوغ في الزوجين، ويلاحظ أن تحديد السن الأدنى للزواج قد أخذه المشرع من آراء المالكية والحنفية، وكذلك القوانين المقارنة والتي تتفق اليوم على منع زواج الصغار، الغير قادرين على تحمل تبعات وتكاليف الزواج.

وتجدر الإشارة إلى أن تقدير سن الزواج يكون وقت إبرام العقد وليس ساعة الدخول، ويعتمد في ذلك على دفتر الحالة المدنية عند وجوده أو شهادة الميلاد المستخرجة من سجلات الحالة المدنية[3].

- **الصداق:**

لقد عرف الفقهاء الصداق بأنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربونا ورمزا لرغبته في الإقتران بها، وعرفته المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر رقم 05-02 بأنه: " هو ما يدفع للزوجة من نقود من كل ماهو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"[4]، واعتبر المشرع الصداق شرط من شروط صحة عقد الزواج وعنصر من عناصر

---

[1]- الأمر 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل لقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

[2]- العربي بختي، مرجع سابق، ص25.

[3]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص117.

[4]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص46.

تكون الأسرة، ولم يرتب المشرع الجزائري البطلان على تخلف الصداق طالما لا يسيء إلى عقد الزواج ومقدساته. اما بالنسبة لميعاد استحقاق الزوجة للصداق فقد نصت المادة 16 من قانون الأسرة على أنه: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

أما بالنسبة لبقية أحكام الصداق كالمقدار مثلا نجد أن المشرع لم يضع حد أدنى أو أقصى للمهر، وعلى هذا نصت المادة 15 من قانون الأسرة على أن الصداق يكون معجلا كما جرى به العرف في الجزائر، وقد يكون مؤجلا وإذا لم يتم تحديد قيمته تستحق الزوجة صداق المثل، ويقصد بالمثل قريباتها اللواتي يشابهنها في الحال والسن والجمال والعقل والعلم[1].

- **الولي:**

جاء في نص المادة 11 من قانون الأسرة القديم: " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، إذ تثبت الولاية في الزواج حسب نص هذه المادة لأب ثم للأقارب الأولين وتنتهي بالقاضي الذي يكون وليا لمن لا ولي له[2].

أما بعد التعديل، فقد تغيرت الاوضاع بالنسبة لهذه المسألة، فقد نصت المادة 11 من الامر 05-02:" المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، كما أن المشرع في الفقرة 2 من نفس المادة أحالنا على المادة 07 التي اعتبرت أن ولي القاصر هو أبوها أو أحد أقاربها أو القاضي في حالة العدم[3].

الملاحظ على نص المادة 11 بعد التعديل أن الولي أصبح أمرا يخص المرأة القاصر فقط أما الراشدة فيمكن أن يحضر زواجها أي شخص آخر تختاره في حتى ولو لم يكن أبوها

---

[1]- العربي بختي، مرجع سابق، ص ص 39، 41.

[2]- بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقهاء والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطويات الجامعية، الجزائر، ص63.

[3]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص40.

أو أحد أقاربها، وهو الأمر الذي من خلاله علينا القول أن المشرع من خلال هذا العديل حاول أن يرضي بعض الأطراف الذين كانوا يناشدون بحقوق المرأة ومن بينها حق إلغاء الولي في عقد الزواج وكذلك حاول إرضاء بعض الأطراف التي كانت مصرة على شرط الولي في عقد الزواج فاختار حل وسطي بينهما، والذي تمثل في نص المادتين 11 و07 والذي مفاده أن الولي شرط للقاصر أما الراشدة فلها الحرية في اختيار أي شخص.

- **الشهود:**

من خلال قراءتنا لنص المادة 09 من القانون القديم نجد أنها ذكرت الشهود ضمن أركان الزواج، أما بعد التعديل فأصبح الرضا ركن وحيد للزواج في المادة 09 سالفة الذكر، وأما الشهادة فأصبحت من الشروط اللازمة لصحة عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر[1].

أما بالنسبة لباقي أحكام الشهادة فإن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لها رغم أهميتها البالغة وخطورتها في عقد الزواج الذي قد يتم عرفيا في بعض الأحيان وحينئذ تخضع عملية إثباته لطرف آخر.

أما بالنسبة تخلف الشهود في مجلس العقد فإنه لا ينتج عنه البطلان المطلق وهو ما نصت عليه المادة 33 من قانون الأسرة[2].

وقد جاء في قرار قضائي صدر عن المحكمة العليا:" من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان الي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة او حضروا زفاف الطرفين أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني ومخالفة القواعد والإجراءات في غير محله يستوجب الرفض.

---

[1]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص44.

[2]– العربي بختي، مرجع سابق، ص34.

لما كان من الثابت – في قضية الحال- أن الطاعن لم يأت بأن شهادة المعاين أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فإن قضاة الموضوع يرفضون دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا القرار الأساسي القانوني ومتى كان كذلك استوجب الطعن"[1].

- **انعدام الموانع الشرعية:**

من بين شروط انعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محلا للعقد أي خالية من موانع الزواج، وهذا ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري من المادة 23 إلى المادة 31 حول موانع الزواج وطبقا لنص المادة 23 ف أ نجدها قسمت الموانع والمحرمات إلى قسمين وهما المحرمات المؤبدة والمحرمات المؤقتة.

أ- **المحرمات المؤبدة:** وهي النساء التي لا يجوز العقد عليهم مطلقا وقد ذكرت في آية المحرمات من سورة النساء ويطلق عليها حرمة القرابة كالأم والجدة والعمة والخالة، وحرمة المصاهرة كزوجة الأب أو زوجة الإبن. وحرمة الرضاع وهذا ما جاء في الحديث النبوي "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" وهذا ما نقله المشرع في المادة 27 و أ.

ب- **المحرمات المؤقتة:** هي الموانع الشرعية التي تكون بسبب مؤقت حتى يزول والتي نص عليها المشرع في المادة 30 ق. أ والتي حصرها في ستة موانع على سبيل الحصر[2].

---

[1]- م. ع. غ. أ. ش، 1989/03/27، ملف رقم 35272/ م. ق. 1990، عدد 3، ص82، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 1966، ص60.

[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 170-172.

وخلاصة القول بالنسبة لشرط انعدام المانع الشرعي لصحة عقد الزواج هو أن إبرام عقد زواج مع إحدى المحرمات يجعل منه عقدا باطلا أي فسخ العقد سواء قبل أو بعد الدخول وهذا ما جاءت به المادة 36 من قانون الأسرة[1].

الفرع الثالث: تمييز الزواج العرفي عن باقي الأنكحة المشابهة له

أولا: الفرق بين الزواج العرفي والزواج الرسمي

من خلال ما سبق نستنتج بأن الزواج العرفي والزواج الرسمي كلاهما يعد زواجا شرعيا من حيث الشكل والصورة ومن حيث اكتمال الشروط والأركان وانتهاء الموانع الشرعية، كل ما في الأمر أن الزواج العرفي غير موثق بوثيقة رسمية تصدر من موظف مختص له حق اصدار هذه الوثيقة وغالبا ما يعقد الزواج العرفي شفاهة أو بكتابة تكون غير عرفية ويرجع عدم توثيقه إلى عدة أسباب من قبل الزوجة أو الزوج وكذلك مسألة التعدد بالنسبة للرجل أو مسألة الولي بالنسبة للمرأة.

كما أن الزواج العرفي يكون محلا للطعن أو الإنكار والوجود او التزوير وحتى الريبة والشك والقذف، ولو وثق بعد ذلك بالشهود والإعلان النسبي عكس الزواج الرسمي الموثق الذي لا يقبل الطعن ولا الإنكار وذلك لوجود الورقة الرسمية القانونية داخل الدولة وخارجها[2].

ثانيا الفرق بين الزواج العرفي والزواج المسيار:

عرفه الدكتور أحمد درويش بعد أن استعرض تعاريف عدة للفقهاء المعاصرين وخلص إلى: " إن الزواج المسيار هو الزواج المستكمل لأركان الزواج وشروطه المترتبة عليه أحكام الزواج وآثاره، إلا أن الزوجة تتنازل عن بعض حقوقها المشروعة على الزوج

[1]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص ص 51، 52.

[2]– أحمد بن يوسف بن احمد الدرويش، الزواج العرفي، حقيقته وأحكامه وأثاره والأنكحة ذات الصلة به، الطبعة الأولى، دار العاصمة للنشر والتوزيع، السعودية، 2005، ص83.

باختيارها ورضاها سواء كتبت ذلك التنازل في العقد أم لا، والحقوق المتنازل عليها غالبا هي النفقة والقسمة"[1].

إن الزواج العرفي هو ذلك النوع من الزواج الذي استكمل واستوفى شروطه واتفقت موانعه، وهو زواج متعارف عليه منذ عهدة النبوة، وأن الشيء الناقص فيه هو عدم توثيقه لدى المأذون او السلطة القضائية، زواج المسيار فهو ذلك الزواج الذي لا يلتزم فيه الزوج بالنفقة والمبيت إذ كان له اكثر من زوجة مع إمكانية توثيقه.

وقد قال احمد الدرويش: أن الزواج المسيار صحيح جائز ولكنه لا يفضل وإنما جاز لاستوفائه لأركان الزواج وشروطه، وإسقاط بعض الحقوق لا يؤثر على صحته، كما أنه لا يتخذ هذا النوع من الزواج وسيلة للإفساد أو أن يقصد فيه قصد مخالف لمقاصد الشريعة في شرعية الزواج.

ثالثا: الفرق بين الزواج العرفي وزواج الفرند

عرفه الدكتور أحمد الدرويش قائلا: " ويقصد به من قال به ذلك النوع من الزواج الذي تتنازل فيه المرأة عن حقها مؤقتا في المبيت والنفقة والسكن من غير أن ينص على ذلك في العقد، ففكرته تقوم على أساس أنه زواج شرعي مستوف لأركان النكاح وشروطه وسائر مقوماته من الصيغة والولي والشاهدان والمهر، إلا أن المرأة تتنازل بصفة مؤقتة عن حقها في المبيت والنفقة والمسكن"[2].

ويكون زواج الفرند بين طلبة الجامعات والمعاهد أو غيرهما من الأصدقاء بأن يتفق الشاب والفتاة أن تكون صداقتهما بمثابة عقد الزواج وليس في ولي ولا شهود عدول ولا إعلان.

---

[1]– ماهر نعيم سرور، التوثيق وآثاره في الزواج والطلاق، د. ط، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2016، ص135.

[2]– أحمد بن يوسف بن احمد الدرويش، مرجع سابق، ص118.

ويرى الدكتور أحمد الدرويش بأنه زواج شرعي منتج لأثره لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمسميات إن كنا لا نجيد هذه التسمية ولا نقرها ولو لفظا.

ونلاحظ أن ما أثاره الدكتور الدرويش إنما يتطبق على الزواج المسيار، أما زواج الفرند فليس فيه عقد ولا ولي وغالبا بدون شهود مما يجعله غير شرعي وغير صحيح.[1]

رابعا: الفرق بين الزواج العرفي والزواج المؤقت

الزواج المؤقت هو زواج محدد بزمن معين ومدة معلومة وحكمه حكم زواج المتعة عند الجمهور، فهو زواج غير مؤبد ولذلك فهو زواج باطل عند جمهور الفقهاء لأنه اقتران ما يدل على التأقيت والتوقيت يبطله، كمثل أن يتزوج رجل امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام، وهو عكس الزواج العرفي الذي لا يكون مؤقتا ومن الفقهاء من أجازه ومنهم من حرمه[2].

خامسا: الفرق بين الزواج العرفي وزواج الهبة

يقصد بزواج الهبة هنا: هو ذلك الزواج الذي تقول فيه الفتاة للرجل الذي تريده وهبتك نفسي ويوافق بعد ذلك لينعقد ما يسمى بزواج الهبة[3].

ويعتبر هذا النوع من الزواج حديث النشأة في المجتمعات العربية الإسلامية، وهذا زواج يتنافى مع أحكام الزواج الشرعي، والعادات والتقاليد وفيه خدش لكرامة الفتاة واللاتي غالبا ما يغرر بهم ويدفعن الثمن باهضا[4].

وقد أجمع علماء الامة المعتبرين على بطلان زواج الهبة وأنه لا يجوز للمرأة ان تهب نفسها، وأن هذا اللفظ لا يتم عليه النكاح[5].

---

[1]– ماهر نعيم سرور، مرجع سابق، ص136.

[2]– أحمد بن يوسف بن أحمد الدرويش، مرجع سابق، ص112.

[3]– فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص58.

[4]– أحمد يوسف بن احمد الدرويش، مرجع سابق، ص116.

[5]– فارس محمد عمران، مرجع سابقن ص58.

وإن كان لفظ الهبة يؤدي إلى سقوط المهر فما بالك ما يتخلف عن باقي الأركان والشروط من ولي وشهود وصيغة ... فالزواج الشرعي المعروف يجب أن يتوفر على جميع الأركان والشروط المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية والقانون.

من خلال ما سبق نستنتج أن الزواج العرفي هو زواج صحيح شرعا وذلك لتوفره على جميع الأركان والشروط الشرعية، أما زواج الهبة فلم نر أحدا من علماء الأمة المعتبرين أجازه[1].

سادسا: الفرق بين الزواج العرفي وزواج الشغار

يقصد بزواج الشغار هو اشتراط في الزواج بتبادل الزواج مع عدم ذكر المهر لأي واحدة من الزوجين كأن يقول رجل للآخر أزوجك ابنتي مقابل أن تزوجني ابنتك يتفقان على إسقاط المهر وقد أجمع العلماء على أن زواج الشغار لا يجوز ومنهى عنه، إلا أنهم اختلفوا في حكمه في حال وقوعه إن كان يمكن صحيحه بمهر المثل أولا[2].

المطلب الثاني: أسباب الزواج العرفي وحكم اللجوء إليه

انطلاقا مما سبق التطرق إليه، وبعد معرفتنا لمفهوم الزواج العرفي وأركانه وشروط صحته في نظر الشرع والقانون، تعين علينا البحث في الأسباب والدوافع التي أدت إلى انتشار الزواج العرفي في مجتمعاتنا في الوقت الحديث، على الرغم من أنه قد تكون له نتائج وعواقب وخيمة سواء على الزوجين وخاصة المرأة، وكذلك الأولاد والمجتمع، خاصة إذا علمنا أن معظم القوانين الحديثة لا تقبل الدعاوي المتعلقة بالزواج إلا إذا كان مثبت رسميا هذا من جهة.

ومن جهة أخرى وجب علينا بيان حكمه من ناحية الشريعة الإسلامية وكذلك قانون الأسرة الجزائرية.

---

[1]– أحمد يوسف بن احمد الدرويش، مرجع سابق، ص118

[2]– فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص59، ص60.

وعلى هذا ارتأينا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين، فرع أول نتناول فيه أسباب الزواج العرفي، وفرع ثاني نتناول فيه حكم اللجوء إليه.

الفرع الأول: أسباب اللجوء إلى الزواج العرفي

تتعد أسباب انتشار الزواج العرفي وتختلف من أسباب دينية إلى أسباب قانونية واجتماعية:

أولا: أسباب دينية

كان عقد الزواج في القديم يتم وفق قواعد الشريعة الإسلامية وذلك دون توثيق فيه بالكتابة حيث كان يتم بإجراءات بسيطة إذ كان يحضر ولي الزوج والزوجة إلى المسجد ويعقد قران الزوجين بحضور حشد من الناس سواء كانوا من أقارب الزوجين أو من غير الآخرين وبعد إجراء الزواج من طرف إمام المسجد والذي بدوره يتحقق من توفر أركان الزواج من رضا الزوجين والولي والشهود مع ذكر الصداق، بعدها يتم الدخول بالزوجة في حفل بهيج دون أن يكلف الأفراد بوثائق رسمية ويقع الزواج صحيحا مرتبا لجميع آثاره الشرعية كالنفقة وثبوت النسب وانتقال الميراث إلى الزوجين.

وعلى الرغم من صدور نصوص قانونية منذ عهد الاستعمار وحتى بعد الاستقلال والتي تلزم الأشخاص بتسجيل زواجهم في سجلات الحالة المدنية وتحت عقوبات جزائية او عقوبات مالية فإن المواطنين بقوا متمسكين بما ألفوا عليه آبائهم من عقد الزواج الشرعي عند الإمام رغم ما يترتب عليه من آثار سلبية تظهر عند النزاع أمام القضاء حول حقيقة هذا العقد، أو مدى صحته أو إثبات نسب الأطفال الناجمين عنه[1].

كما أنه من بين الأسباب التي أدت إلى انتشار الزواج العرفي تضارب الفتاوى بين العلماء بشأن الحكم الشرعي للزواج العرفي فمنهم من أحله ومنهم من حرمه. وعلى هذا فلا

[1]– محروق كريمة مرجع سابق، ص142، ص143.

بد من التفصيل وإعطاء البيان في هذه المسألة حتى تتضح رؤية كل فريق وهذا يكون مع الضوابط الشرعية للزواج الإسلامي[1].

ثانيا: أسباب اجتماعية

من أهم الأسباب الاجتماعية التي أدت إلى انتشار ظاهرة الزواج العرفي:

- **المكانة الأدبية للزوج:** إذا كان الزوج ذو مكانة أدبية في المجتمع وأراد التزوج بامرأة ثانية تكون دونه في المستوى الاجتماعي والأدبي، كزواج المدير من السكرتيرة الخاصة به او رئيسة الركة من السكرتيرة، وزواج صاحب البيت من الخادمة، .... إلخ فلا يجد مناصا من اتخاذ الزواج العرفي لذلك خوفا من القيل والقال، وحفاظا على سمعته ومكانته بين الناس[2].
- **غياب الوعي القانوني:** تتمثل في انعدام الثقافة القانونية المدركة لإدارة المشرع ومقاصده من تشريع التقييد أو التسجيل الإداري وكذلك غياب التوعية بالمخاطر الناجمة عن عقد الزواج العرفي أو غير الموثق، كما أن انعزال بعض البلديات تجعل أفرادها ينظرون إلى التنقل لتسجيل عقد الزواج على أنه عبئ ثقيل طالما أن الاقتصار على الأركان الشرعية تجعله صحيح صحيحا منتجا لآثاره[3].
- **رفض الآباء تزويج الأبناء:** إن رفض الآباء تزويج أولادهم ممن يختارونهم أو العكس للتفاوت الطبقة بينهم، قد يؤدي بالإبن إلى اللجوء للزواج العرفي تلبية لرغبته في التزوج من هاته الفتات التي اختارها قلبه وذلك دون علم من أسرته[4].

---

[1]– بن ابراهيم نور الدين، اشكاليات الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة، قسم الحقوق. 2014–2015، ص15.

[2]– حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، مصر، و. س. ن، ص185.

[3]– عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، العدد الاول، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، 2015، ص132.

[4]– حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص168.

- **الرغبة في إعادة الزواج:** قد يلجأ الزوج إلى الزواج العرفي وذلك رغبة منه في إخفاء هذا الزواج وهذا إذا كان متزوجا من زوجة أخرى، لأن هذا الزوج لو قام بتوثيق زواجه في سجلات الحالة المدنية لنشأت عدة مشكلات تعصف بالأسرة وذلك كطلب الزوجة التطليق من هذا الزوج[1].

ثالثا: أساب قانونية

- **أسباب إدارية:** هناك أسباب وعراقيل إدارية تحول دون الحصول على رخصة الزواج، كما هو الحال عند تزويج الآباء للأبناء قبل بلوغ سن الرشد، فهو يحتاج إلى تصريح من السيد رئيس المحكمة وكذلك الأمر بالنسبة للأشخاص من مختلف فئات المجتمع، كالعسكريين أو الأجنبيين الذين يشترط فيهم القانون استيفاء مجموعة من الشروط، بالإضافة إلى تصريح مسبق للجهة المختصة، قد يرى البعض مهم تجنب اصدراه خوفا من رفض منحه لعدم استيفاء هذه الشروط، فيلجؤون إلى الزواج العرفي، وكما هو الحال أيضا في حالة التعدد نجد ان المشرع اشترط وجوب علم الزوجة الأولى وموافقتها بالإضافة إلى علم وموافقة الزوجة الثانية، وعلى هذا يرى الأفراد أنه مادام العقد صحيح من الناحية المدنية فلا داعي لتعقيده باتباع الإجراءات القانونية[2].
- **عدم الرغبة في التنازل عن المعاش:** وهو ما ينطبق على الزوجة في حالة إعادة الزواج ورغبتها في استمرار معاشها الممنوح لها من الدولة وهو ما لا يمكن الحصول عليه ما إذا سجلت زواجها رسميا[3].
- **الاحتفاظ بالمحضون وبمسكن الحضانة:** حسب قانون الأسرة فإن الحضانة تكون بالدرجة الأولى للأم، غير أن هذا الحق يسقط إذا ما تزوجت الحاضنة بغير محرم

---

[1]– هلال يوسف ابراهيم، مرجع سابق، ص108، ص 109

[2]– عبد الله الحاج أحمد، مرجع سابق، ص131.

[3]– قنيفي حمزة، مرجع سابق، ص21.

لها، وهذا ما جاء منصوص عليه في المادة 66 من قانون الأسرة: " يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم"، وهذا الشيء الذي لا ترضاه الحاضنة فتلجأ إلى الزواج العرفي لضمان بقاء محضونها معها وتحت ولايتها.

كما قد ترغب الحاضنة في الزواج بآخر وتحاول في نفس الوقت الاحتفاظ بمسكن الحضانة وبما أن هذا الحق يسقط بمجرد الزواج فإنها لا تجد منفد سوى اللجوء إلى الزواج العرفي.

كما حذر المحامي عمار خبابة من تنامي ظاهرة الزواج العرفي بفعل الأسباب القانونية يؤكد أن الزواج العرفي من القضايا المطروحة على القضاء الجزائري منذ القديم، وقد جاء قانون الأسرة الجديد ليزيد من حالات الزواج العرفي وفتح المجال لانتشاره[1].

- **حالة المطلقين:** يشترط القانون على كل مطلق أو مطلقة إحضار وثائق الحالة المدنية وكذلك شهادة الطلاق بالنسبة للرجل وشهادة تثبت وقوع الطلاع أكثر من 03 أشهر وهذا بالنسبة للمرأة، وقد يحدث أن يمنع ضابط الحالة المدنية تسليم شهادة تثبت وقوع الطلاق وذلك لعدم تبليغه من الجهة القضائية التي أصدرت حكم الطلاق، أضف إلى هذا فإن رئيس كتابة الضبط لا يقوم بهذا الإجراء من تلقاء نفسه بل بناء على طلب من أحد الزوجين الذي لديه الرغبة في الإسراع بتسجيل هذا الطلاق، كما أن الشهادة المثبتة للطلاق في الغالب لا تسلم إلا بإحضار نسخة من حكم الطلاق وأمام هذه العراقيل والصعوبات في استخراج مثل هذه الشهادة يضطر الأفراد إلى الزواج العرفي[2].

إضافة إلى كل هذا يعتبر تقصير الأجهزة الحكومية في توعية المواطنين وإرشادهم وتنبيههم بسلبيات عدم توثيق الزواج وما سيواجهونه مستقبلا من صعوبات وعراقيل أمام

[1]– محروق كريمة، مرجع سابق، ص139.

[2]– المرجع نفسه، ص137.

الجهات الإدارية وكذلك عدم فرضها لعقوبات رادعة على الأشخاص الذي يغفلون عن تسجيل عقود زواجهم[1].

رابعا: أسباب تاريخية:

يعد تأثر الأسرة الجزائرية بالعادات والاعراف والتي عبر عنها الشيخ أحمد حماني بقوله: بأنه لا مانع إذا لم يكن الزواج بصفة رسمية ولم يسجل في الحالة المدنية لأن ذلك غير مشروط ويوجد الكثير من حالات الزواج التي كانت لا تسجل في عهد الاستعمار مقاطعة من الشعب لمحاكم فرنسا، وفي عهدة الثورة كان الرجال ينهون من الذهاب إليها، وعلى هذا تعود الشعب الجزائري الاكتفاء بإبرام عقد الزواج بحضور جماعة من الكبار ورجال الدين من الأئمة وحفظة القرآن.

وبعد الاستقلال نجد أن النصوص الصادرة بهذا الشأن لم تحقق الغاية المرجوة منها بفعل تجاهلها لمشاعرهم الدينية وتعلقهم بالعادات والتقاليد الإسلامية فهم يعتبرون أن زواجهم لا يصح إلا إذاّ أبرم وفق لها، وأن الزواج الرسمي بنظرهم يكون من أجل تسوية وثائقهم الإدارية وهذه النظرة التي جعلتهم يستمرون في إبرام زواجهم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية دون الإهتمام بالنصوص القانونية المنظمة لعقد الزواج[2].

خامسا: أسباب مادية واقتصادية

- **زيادة أعباء وتكاليف الزواج:** إضافة إلى زيادة أعباء وتكاليف الزواج الرسمي المعلن عنه والمشهر الذي يعلم به كافة الناس، إضافة إلى مشكل البطالة التي يعاني منها الشباب والمتمثلة في الانتظار فترة طويلة بعد الانتهاء من الدراسة للحصول على وظيفة، ونفس الأمر كذلك بالنسبة للفتيات التي تمكث في البيت عدة سنين وهي تنتظر فارس أحلامها الذي يئن تحت وطأة الظروف المتعبة، وعلى هذا فإن هذا

[1]– عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوي شؤون الأسرة أمام محكمة الأقسام الابتدائية، دار هومة للطباعة والنشر، 2013، ص125.

[2]– عبد الله الحاج أحمد، مرجع سابق، ص131، ص132.

الشأن قد يلجأ إلى حل الزواج العرفي إذا سنحت له الفرصة وتهيأت لهم الظروف لذلك[1].

- لجوء بعض الأسر إلى تزويج بناتهم من أجانب بغية الحصول على المال وذلك بتزويجهن عرفا.
- لجوء الزوجة التي توفى عنها زوجها ولها منه ولد لم يبلغ سن التجنيد وأرادت الزواج بعده فتلجأ إلى الزواج العرفي ولذلك لحصول ابنها على الإعفاء من الخدمة العسكرية بصفته العائل الوحيد لها، وكذا في حالة رغبتها في إعادة الزواج من رجل آخر بعد وفاة زوجها وكانت تقبض عنه معاشا فإنها تلجأ إلى هذا الزواج بغية الحفاظ على هذا المعاش[2].

الفرع الثاني: حكم الزواج العرفي

أولا: في الشريعة الإسلامية

نلاحظ أن علماء الشريعة الإسلامية انقسموا إلى اتجاهين في حكم الزواج العرفي بين قائل يجوز وآخرون قائلون بعدم جوازه.

1. الرأي القائل بالجواز:

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الزواج العرفي هو زواج جائز وصحيح شرعا طالما هو مكتمل الشروط والأركان الشرعية ويحقق الغاية والمقصد من النكاح.

وفي هذا الشأن يقول الشيخ صالح بن فوزان الفوزان عضو هيئة كبار العلماء في السعودية عند سؤاله عن الزواج العرفي:" إذا تم عقد الزواج عرفيا مستوفيا لشروطه ومنتفية موانعه فهو زواج صحيح".

---

[1]– حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرجع سابق، ص147.

[2]– حسن حسن منصور، مرجع سابق، ص187.

ويقول الشيخ حسين مخلوف وهو أحد كبار شيوخ الأزهر الشريف بأن عقد الزواج العرفي إذا كان مستوفيا لأركانه وشروطه الشرعية رغم عدم تسجيله أو تثبيته رسميا يكون زواجا صحيحا لأن التسجيل نظام وضعته القوانين الوضعية ولم يكن موجودا من قبل[1].

كما يقول الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع أن الزواج العرفي هو زواج شرعي صحيح مرتب لجميع آثاره على الزوجين والأولاد والمجتمع ولا يعتبر تخلف التسجيل أمرا مأثرا على صحة الزواج[2].

من خلال أقوال العلماء القائلين بهذا الرأي نستنتج أمرا بأن الزواج هو زواج صحيح شرعا طالما أنه يكون مكتمل الأركان والشروط، وحتى ولو لم يكن مسجلا رسميا وهذا ما كان متعارف عليه في عهد الرسول والخلفاء الراشدين.

2. الرأي القائل بعدم الجواز:

ذهب انصار هذا الرأي إلى القول بعدم جواز الزواج العرفي وقاموا بتدعيم رأيهم بمجوعة من الادلة وعلى رأس هؤلاء د. محمود السرطاوي الذي اعتبر بان الزواج العرفي حرام وأن من يدعوا إليه فإنه يدعو إلى إشاعة الفجور في المجتمع وهدم الأسرة وهدم المجتمع[3].

كما قال في هذا الشأن أ. د. أحمد عبد الغني عبد اللطيف من خلال بحثه في الزواج العرفي من الناحية الدينية أن ما دعا إليه البعض بأن وثيقة الزواج وثيقة مستحدثة لم تكن في عهد الرسول يمكن الرد عليهم أن هذا حق كان عندما كانت الكلمة والعهود يحترم ويعتد بها أما الآن فالعكس صحيح، حيث أصبحت الذمم خربة والكلمة غير محترمة وعلى هذا فلا بد من عقد موثق، أمر به ولي الأمر حفاظا على حقوق الزوجة والاولاد والمجتمع بأسره، وطاعة ولي الأمر واجبة ما دامت في غير معصية الله.

---

[1]– ماهر نعيم سرور، المرجع السابق، ص140.

[2]– قنيفي حمزة، مرجع سابق، ص19.

[3]– ماهر نعيم سرور، مرجع سابق، ص144.

كما أن الزواج العرفي قد ينتج عنه عواقب وخيمة كصعوبات الإثبات ففي ظل غياب الضمير وقلة الوازع الديني واندثار الأخلاق في هذا الزمان يصعب إثبات العلاقة الزوجية العرفية إذا لم يكن دليل كتابي ومن تم فصعوبة الإثبات تؤدي إلى ضياع الحقوق والأنساب بالإضافة إلى كثرة الشبهات حول هذه العلاقة التي يغلب عليها الظن السيء[1].

وخلاصة القول أن الزواج العرفي فيه عبث وكثير ما تمليه الشهوات والنية الخبيثة للأفراد التي قد ينتج عنها فساد وضيع للحقوق وعلى هذا أخذ أنصار هذا الرأي القائل بعد جواز الزواج العرفي ولعل أبرزها دار الإفتاء المصرية التي قالت بتحريم الزواج العرفي.

حكم الزواج العرفي في القانون:

كان الجزائريون في السابق يعقدون زواجهم في المساجد من طرف الأئمة ، وهو ما يسمى بالزواج "بالفاتحة"، وبعد العرس يسجل في البلدية أمام الضابط المختص، لكن وبعد مطلع الألفية الثالثة وخاصة بعد صدور تعليمة شفوية م وزارة الشؤون الدينية التي تمنع الأئمة من عقد القران الشرعي قبل العقد المدني إلا إن هذه التعليمة لا ترقى إلى درجة القانون الملزم لأنها لا تحمل إجراءات تأديبية وجزائية رغم أنها تجبرهم على عدم تطبيقها[2].

حتى وقد جاء في قرار المحكمة العليا في هذا الشأن: " من كان الزواج متوفرا على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافقا للشرع والقانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[3].

أما في قانون الحالة المدنية الجزائري فقد نص في مادته 39 والتي تنص: " باستثناء ما ذكر في المادة 79، المقطع الرابع عندما لا يصرح بالعقد لضابط الحالة المدنية في

---

[1]– محمد سيد علي، وأوبلغة توفيق، إشكاليات الزواج العرفي وتحلاله، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجابة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2015–2016، ص 10–11.

[2]– محمد سيد علي، وأوبلغة توفيق ، مرجع سابق، ص11.

[3]– م. ع. غ.أ. ش، 1989/12/25، ملف رقم 58224، م. ق، 1991، ج4، ص110 (نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، الطبعة الرابعة، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص61).

الآجال المقررة أو تعذر قبوله أو عندما لا توجد سجلات أو فقدت لأسباب أخرى غير أسباب الكارثة أو العمل الحربي، يصار مباشرة إلى قيد عقود الولادة والزواج والوفاة بدون نفقة عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي كان يمكن تسجيل فيها بناء على مجرد طلب من وكيل الدولة لهذه المحكمة بموجب عريضة مختصرة وبالسناد إلى كل الوثائق أو الاثباتات المادية[1].

وقد نصت المادة 22 من قانون الأسرة على أنه في حالة عدم تسجيل الزواج فإنه يثبت بحكم قضائي وهذا يعتبر اعترافا صريحا من المشرع بعقد الزواج العرفي وتجدر الإشارة إلى أن عقد الزواج العرفي لا يمكن الاحتجاج به من قبل الزوجين ولا بالآثار الناشئة عنه إلا بعد تسجيله في سجلات الحالة المدنية[2].

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الزواج العرفي

من المعلوم ان الزواج العرفي سواء كان محررا أو بعقد أو شفاهة فإنه لا يرتب أي حق للزوجين تجاه الآخر، إذ لا تجب به النفقة للزوجة على زوجها ولا حق له في طاعتها ولا يرث كل منهما الآخر، إلا بعد الحصول على حكم قضائي يثبت هذه العلاقة رسميا ومن تم ينتج عنه كل الآثار التي يرتبها عقد الزواج.

غير أنه ينبغي التأكيد على أن للزواج العرفي آثار سلبية وخطيرة خاصة على الزوجة حيث تعتبر هي الضحية الأولى لهذا الزواج بالإضافة إلى آثاره على الأولاد وآثار على عامة المجتمع وسوف نحاول تبيان هذ الآثار في هذا المبحث المقسم إلى مطلبين أساسيين:

سنتناول في المطلب الأول الآثار بالنسبة للزوجين أما المطلب الثاني سنتناول فيه الآثار بالنسبة للأولاد والمجتمع.

---

[1]– قانون رقم 62-126، المؤرخ في 13 ديسمبر 1962، المتعلق بالحالة المدنية، ج ر عدد 08، الصادرة في 14 ديسمبر 1962 المعدل والمتمم بالأمر رقم 70، 20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، ج ر عدد 21، الصادرة في 27 فيفري 1970، المعدل بأمر رقم 14-08، المؤرخ في 09 اوت 2014، ج ر 49 الصادرة في 29 أوت 2014.

[2]– حداد عيسى، عقد الزواج دراسة مقارنة، د. ط، جامعة باجي مختار، الجزائر، 2006، ص258.

المطلب الأول: آثار الزواج العرفي بالنسبة للزوجين

يعتبر الزواج العرفي من الناحية الدينية عقد شرعي طالما مكتمل الأركان والشروط ومرتب لجميع الآثار الناجمة عن عقد الزواج، إلا أن الأمر يختلف تماما من الناحية القانونية فالآثار التي نجد من الناحية الدينية نرى أنها لا توجد من الناحية القانونية إلا بعد إثبات الزواج كطاعة الزوجة لزوجها أو النفقة الزوجية وهو ما سوف نحاول تبيينه من خلال فرعين متتاليين، فرع أول نتناول فيه الآثار الناجمة عن الزواج العرفي من الناحية الدينية وثاني نتناول فيه الآثار من الناحية القانونية.

الفرع الأول: آثار الزواج بالنسبة للزوجين في الشريعة الإسلامية

تنقسم هذه الآثار إلى 03 أقسام سوف نقوم بتفصيلها فيما يأتي:

أولا: حقوق الزوج على زوجته:

هذه الحقوق مبينة في الآية 34 من سورة النساء في قوله تعالى:" الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم، فالصالحات قانتات حافظات الغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا"[1].

1- حق الطاعة:

تتمثل هذه الطاعة فيما فرضه الله، ولا ينبغي أن تكون طاعة عمياء، أي يجب أن تكون فيما يرضى الله فلا يغضبه، ولعل أبرز هذه الحقوق أن تقيم الزوجة في بيت زوجها وألا تخرج منه إلا بإذنه، وإلا تدخل أحدا إلا بإذن منه وإلا اعتبرت ناشزا في نظر الشريعة وقد يسقط حقها في النفقة.

[1]- سورة النساء، الآية 34.

2- حق التأديب:

إذا أطاعت الزوجة زوجها فلا يحق له أن يؤدبها سواء كان هذا التأديب باللسان أو باليد كقوله تعالى:" فإن أطعنكم فلا تبتغوا عليهن سبيلا"، أما الخارجة عن طاعة زوجها فله حق تأديبها ويكون هذا التأديب على ثلاث مراحل وهي الموعظة ثم الهجر في المضجع ثم الضرب غير المبرح كما بينت الآية الكريمة:" واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن"[1].

3- العناية بالزوج:

من واجبات الزوجة الصالحة نحو زوجها أن تحفظه في نفسه وماله وعرضه سواء كان في حضوره أو غيابه[2].

ثانيا: حقوق الزوجة على زوجها

1- النفقة: ويقصد بها ما تحتاج إليه الزوجة من طعام وكسوة وفراش وعلاج وسكن وكل ما يلزم حسب العرف والعادة، وهي تجب على الزوج بعد عقد الزواج الصحيح كما تعتبر سواء كان موسر الحال أو معسر، ومصدر الإلزام بالنفقة من الكتاب والسنة قال تعالى:" وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ".

وقوله صلى الله عليه وسلم:" واتقوا الله في نسائكم فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، لكم عليهن ألا يوطئن فراشكم حد تكرهونه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[3].

2- المهر:

هو المال الذي فرضه الشارع الحكيم عز وجل على الرجل اتجاه المرأة في عقد الزواج، أو ما يقوم مقام المال، ويتحقق الأمر بالعقد أو بالدخول.

---

[1]- ممدوح عزمي، الزواج العرفي مع أحدث أحكام محكمة النقض، د، ط، دار الفكر الجامعي، مصر، ص34.

[2]- بن ملحة الغوثي، مرجع سابق، ص83.

[3]- حداد عيسى، مرجع سابق، ص266، ص267.

والدليل الكتابي على وجوب المهر قوله تعالى: "فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَ فَرِيضَةً " ومن هنا نستخلص أن المهر واجب على الزوج ولا زواج بدون مهر.

3- عدم الإضرار بالزوجة:

وهو ثالث حقوق الزوجة على زوجها إذا لا يعتبر حقا ماليا فالحقوق المالية تقتصر فقط على المهر والنفقة.

ومن الأضرار المنهى عليها هو القول الجارح أو المعايرة بالأهل أو الضرب المبرح أو التضييق وعدم الإنفاق عليها وهو موسر[1].

4- العدل بينها وبين غيرها من الزوجات:

العدل بينها وبين غيرها من الزوجات إذا كان الزوج متزوجا من أكثر من واحدة لأن الله تعالى أباح للرجل الزواج بأكثر من واحدة لكن بشرط العدل بينهم، فقد قال الله تعالى:" فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم إلا تعدوا فواحدة"[2].

5- حرية التصرف في المال:

فليس للزوج ولاية على مال زوجته مطلقا إلا إذا قامت هي بتوكيله ولا يجوز أن يأخذ من مالها إلا بإذنها[3].

ثالثا: الحقوق المشتركة بين الزوجين:

1- حق ثبوت النسب:

يعتبر النسب أهم حق من الحقوق المشتركة بين الزوجين في حالة ما إذا رزقوا بولد فمن حق هذا الولد أن ينسب إلى والديه الشرعيين، مصداقا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:" الولد للفراش وللعاهر الحجر"، وقد حرمها الله تعالى على الأزواج أن ينكروا أبوتهم

---

[1]- ممدوح عزمي، الزواج العرفي مع أحدث أحكام محكمة النقض، مرجع سابق، ص، ص 35، 36.

[2]- ممدوح عزمي، المرجع نفسه، ص36.

[3]- قنيفي حمزة، مرجع سابق، ص23.

اتجاه أولادهم، كما حرم على الزوجات أن ينسب إلى الأزواج ما ليس منهم ولا يختلف الأمر بالنسبة للأولاد فلا يجوز لهم أن ينسبوا إلى غير آبائهم.

2- حق التوارث بين الزوجين:

بعد العقد على المرأة تخرج من دائرة التحريم إلى الإباحة بسبب العلاقة الزوجية وعلى هذا فقد أصبح الحق لكل من الزوجين في مال الآخر مادام عقد عليها ودخل بها أو توفي عنها قبل الدخول ولعل الانفاق في الدين أحد شروط وجوب الميراث بين الزوجين ويشهر هذا الحق حتى لو طلقها رجعيا ومات أحدهما أثناء العدة فالحي يرث المتوفي[1].

3- حرمة المصاهرة:

بتمام عقد الزواج تحرم على الزوج أقارب زوجته وتحرم على الزوجة أقارب زوجها تبعا للقواعد المعمول بها في تعيين المحرمات من النساء[2].

4- حل المعاشرة الزوجية:

يوجب عقد النكاح لكل من الزوجين الاستمتاع بالآخر بشرط ألا يكون هناك مانع شرعي قائم كالحج أو الصوم أو النفاس، أما غير ذلك فيمكن للزوج أن يستمتع بزوجته في الوضع الذي أحله الله، ولا يمكن للزوجة أن ترفض طلب زوجها إذا دعاها إلى الفراش لأن ذلك حرام، وقد يؤدي بالزوج إلى أن يسلك طريقا آخر غير سبيل اتباع رغبته[3].

الفرع الثاني: آثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للزوجين في القانون

نظرا للمشاكل الاجتماعية الناجمة عن الزواج العرفي أوجب القانون ضرورة تسجيل عقد الزواج الذي يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وهذا ما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري:" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

---

[1]- حداد عيسى، مرجع سابق، ص ص264، 265.

[2]-ممدوح عزمي، الزواج العرفي مع احدث أحكام محكمة النقض، ص37.

[3]- حداد عيسى، مرجع سابق، ص262.

ويثبت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة وهذا متى توفرت الأركان الشرعية للزواج أجاز القضاء بتسجيل الزواج العرفي بقوة القانون[1].

من خلال نص المادة نلاحظ اعتراف المشرع بعقود الزواج العرفية، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 22 نوفمبر 1986 بقولها: إن كل زواج عرفي يعتبر صحيحا متى توفرت أركانه حتى ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وترتبت عليه كافة آثار الزواج وكانت الحقوق الزوجية.

وتجدر الإشارة إلى أنه رغم إعتراف المشرع الجزائري بالزواج العرفي إلا أنه لا يمكن الاحتجاج بآثاره قانونا طالما لم يثبت في سجلات الحالة المدنية ويترتب على عدم إمكانية الاحتجاج به على الآثار التالية:

- لا يمكن الإعتداد بعقد الزواج العرفي أمام الجهات الرسمية كالإدارات العمومية، كذلك أمام شركات التأمين وصندوق الضمان الاجتماعي، ولا تمنح التعويضات ولا المنح العائلية لمستحقيها إلا بعد تثبيت عقد الزواج العرفي وتسجيله في سجلات الحالة المدنية.
- لا يمكن للزوجة المطالبة بحقوقها المالية كالنفقة حتى يكون زواجها مثبتا وعلى هذا لا يمكن رفع الدعوى وذلك لانعدام الصفة وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 27 فيفري 1987 طالما لم تثبت الزوجة علاقة الزوجية لأنها تبقى بدون صفة أو مطالبتها بحقوقها المالية تكون غير مؤسسة إذا طالبت بإثبات علاقة الزوجية وفشلت في إثبات عقد الزواج[2].
- الزواج العرفي عرضة للإنكار خاصة إذا لم يكن مثبت بوثيقة رسمية، وبالتالي فإن الأنثى لا تستطيع اثباته أمام القضاء مهما حازت من ادلة ووسائل للإثبات(كثرة الشهود، أو نسخة من العقد العرفي....)، ومهما كثرت لديها القرائن مثل خطابات

[1]– عبد الله حاج أحمد، اثبات الزواج العرفي المتنازع فيه، مرجع سابق، ص132.

[2]– قنيفي حمزة، مرجع سابق، ص25.

متبادلة بينها وبين زوجها وصور لهما معا وعلم الجيران بأمر هذا الزواج، كل هذا سيندثر وتندثر قيمته امام حضور الزوج أمام هيئة المحكمة وإنكاره لهذا الزواج العرفي، فالمحكمة سترفض في هذه الحالة النظر في دعوى الزوجية شكلا وموضوعا[1].

- الزواج العرفي قد يكون وسيلة لمساومة الزوجة على الطلاق، وهذا متى تزوجت الزوجة عرفيا فلا يمكنها التطليق رسميا بإثبات زوجها وعلى هذا لا تسمح دعوى الطلاق لعدم التأسيس إلا إذا طلق الزوج وبالتالي كثيرا ما تتعرض للتهديد او المساومة لتحصل عليه وإلا تركها معلقة لا هي مطلقة ولا هي كزوجة بالإضافة يمكن مسائلتها قانونيا بتهمة الجمع بين زوجين إذا تزوجت بآخر.
- الزواج العرفي يفتح منافذ الظن السيء نظرا لجهل الناس بحقيقة الرابطة الشرعية بين الزوجين أو زواجهما العرفي، وعلى هذا يترتب عنه قلق وإزعاج وإشاعات وسوء الظن حول علاقة الزواج العرفي وغالبا ما يشك فيها ويتهمان بالزنا وهذا ما ينتج عنه عواقب وخيمة على الفرد وكيان المجتمع ووحدته.
- صعوبة الزوج في الحصول على منحة أو سكن للعائلة: إن الشخص المتزوج عرفيا يصعب عليه إثبات هذا الزواج طالما أن الإدارة والمصالح الوطنية المعنية إذا ما أراد الحصول على منحة عائلية لا يتم إلا بعد استصدار حكم من المحكمة تبعا للإجراءات القانونية وقد تطول هذه الإجراءات ما قد يضيع على الشخص المنافع والحقوق القانونية.

وخلاصة القول أن إغفال تسجيل الزواج فيه ضياع لحقوق الزوجين والأولاد[2].

---

[1]– فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص29.

[2]– بوزيد قداش، بوجلال فاطمة الزهراء، عقد الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة ليسانس، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، كلية الحقوق، 2010-2011، ص53، ص54.

المطلب الثاني: آثار الزواج العرفي بالنسبة للأولاد والمجتمع

إن عقد الزواج العرفي لا يرتب آثار على طرفي العقد فقط اللذان هما الزوج والزوجة وإنما يرتب آثار على الغير أيضا خاصة الأولاد والمجتمع، وهو ما نتناوله في هذا المطلب من خلال فرعين فرع أول نتناول فيه الآثار المترتبة بالنسبة للمجتمع وفرع ثاني نتناول فيه بالنسبة للأولاد.

الفرع الأول: آثار الزواج العرفي بالنسبة للأولاد

اعترف المشرع الجزائري بالزواج العرفي وذلك من خلال نص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري، ومن ثم رتب آثار على هذا الزواج فيما يتعلق بالأولاد، ولعل أبرز أثر يترتب على الزواج العرفي هو ثبوت نسب الأولاد لأبيهم، وهو ما نص عليه القانون في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة الجزائري[1].

ورغم تنظيم المشرع لمسألة ثبوت النسب إلا أنه في الزواج العرفي تواجهه بعض العراقيل ومن بينها:

- لجوء الزوج إلى رفع نفي النسب ردا على الدعوى التي تكون زوجته قد رفعتها من قبل وذلك لإثبات نسب الولد إليه، ويلجأ الزوج لهذا الإجراء لنفي النسب والتهرب من المسؤولية، وينتهي الأمر برفض إلحاق الإبن بأبيه خاصة إذا لم تقدم الزوجة دليل قاطع يثبت مواقعة زواجها من هذا الأب، وعلى هذا تضيع حقوق الإبن الشرعية حيث لا يسجل في سجلات الحالة المدنية ولا عليه الالتحاق بالمدرسة والسفر ولا يمكن إثبات هويته وبالتالي يفقد هويته ومكانته داخل المجتمع، وكلما أراد الحصول على حق شرعي لابد أن يثبت ذلك، وهذا ما يصعب عليه وينعكس على نفسيته[2].
- من الأمثلة الواقعية أنه قد يمتنع الزوج عن تسجيل زواجه العرفي إلا بعد حمل زوجه بشهور وقد يتمنع أيضا عن التصريح بتاريخ زواجه الفعلي ومن الناحية القانونية نجد

[1]– أنظر المواد من 40 إلى 46 من الأمر 02.05 السابق الذكر.

[2]– محروق كريمة، مرجع سابق، ص146.

أن أقل مدة للحمل هي 06 أشهر وأقصاها 10 أشهر وعلى هذا يمتنع ضابط الحالة المدنية عن نسب الولد لوالده مادام أنه لم يولد في المدة المحددة قانونا ما ينبغي على الزوجين أن يقدما طلبا لوكيل الجمهورية ليحكم بالتصحيح واقعة الزواج العرفي وتسجيله بأثر رجعي[1].

- اختلاط الأنساب: نتيجة عن الزواج العرفي يكون هناك أبناء وبنات ومع مرور الوقت قد يحدث وان يلتقي هؤلاء الاولاد ويتزوجون ببعضهم وهم لا يعلمون حقيقة أنهم إخوة من أب واحد وهذا أبشع الآثار الناجمة عن الزواج العرفي.

ومثالنا على هذا ما جاء في لجنة الإفتاء بالأزهر أن سيدة تزوجت زواج عرفي مع رجل وبعد عشرة لمدة 05 سنوات أثمر زواجهما بطفل، أما الزوج فقد اختفى وتخلى عنها تاركا إياها وحيدة مع ابنها، وبعد فترة من الزمن تقدم رجل للزواج منها فاخفت عنه حقيقة هذا الإبن وادعت انه ابن اختها المتوفاة فوافق هذا الرجل على تقبل هذا الطفل ونسبه إليه، كبر الطفل ودخل الجامعة وعرض على أمه أن يتزوج بزميلة في الجامعة ووافقت على ذلك وفي زيارة الأم لمنزل البنت رأت صورة زوجها الأول الذي تركها، وعندها اكتشفت أن ابنها وهذه البنت شقيقان لكن الأمر انتهى وفات الأوان هذا ما أن الزواج قد تم وانجبوا إبن.

- ونشير إلى أن هذه الواقعة وقعت في مصر إلا أنها لا تستبعد أن تقع في الجزائر[2].

- وقد يصعب اثبات النسب في حال وقوع الطلاق العرفي وبالتالي عدم التمكن من تحديد تاريخ وقوعه بدقة، وهذا ما يجعل إمكانية نسب الولد للشخص المتزوج عرفيا يعد أكبر من 10 أشهر من الطلاق واردة.

- بتهاون الزوج في نفي النسب باللعان من زوجته وهذا ظنا منه أنه لا يمكنها أن تثبت زواجه العرفي منها، لكن إذا أثبتت هذا الزواج قانونا فإن الولد ينسب إليه وهو ليس منه وذلك لفوات أجل الملاعبة المحدد ب08 أيام شرعا وقانونا.[1]

---

[1]– قنيفي حمزة، مرجع سابق، ص28.

[2]– محروق كريمة، مرجع سابق، ص40.

الفرع الثاني: آثار الزواج العرفي بالنسبة للمجتمع

على الرغم من أن الزواج العرفي هو زواج شرعي فمن المفروض أنه لا يرتب نتائج سلبية على المجتمع، إلا أن واقعنا الحالي أثبت العكس، وذلك بسبب غياب الرسمية التي تضمن الحفاظ على استقرار الأسرة والمجتمع، ومن بين هذه الآثار مايلي:

- في الزواج العرفي ضياع للأنساب ولعل هذا من أخطر الآثار التي تنجم عن الزواج العرفي لأنه عرضة للإنكار من قبل الزوج بسبب عدم تسجيله لغياب الرسمية القانونية كما يصعب إثباته خاصة في حالة عدم التمكن من الوصول إلى الشهود وهذا ما يؤدي إلى ضياع الأنساب كما يؤدي إلى ارتفاع عدد الأولاد عديمي النسب ليس لهم من تحضنهم فيكونون عرضة للإصابة بأمراض نفسية أو الإنحراف وهذا ما يؤثر سلبا على استقرار المجتمع المسلم[2].
- ومن الأمثلة العملية على ذلك زواج طالبة جامعية بزميل لها زواج عرفي بدون علم أهلها بعد أن رفضوا تزويجها له بسبب ظروفه المادية، وقد وعدها بعقد زواج موثق بعد تحسن ظروفه المادية، إلا أنه وبعد علمه بحملها قام واستولى على العقد العرفي وتركها هاربا ومن جهة أخرى قام برفع دعوى نفي النسب أمام المحكمة لأنه كما قال يشك في سلوك زوجته.
- ولهذه القضايا أمثلة كثيرة ومتكررة أمام المحاكم والسبب هو الزواج العرفي والضحية هم الأبناء[3].
- يعد التزوير من أخطر الآثار الناجمة عن الزواج العرفي طالما أن أبناء هذا الزواج يحتاجون في حياتهم المدنية إلى الوثائق التي تثبت انتماءاتهم الجنسية وجميع الوثائق

---

[1]– قنيفي حمزة، مرجع سابق، ص28.

[2]– المرجع نفسه، ص29.

[3]– فارس محمد عمران، مرجع سابق، ص33.

التي تتعلق بهم وعلى هذا يلجأ بعض الأشخاص إلى الطرق الاحتيالية للحصول على هذه الوثائق من ولي الأمر ما يؤدي إلى اكتشاف أمرهم ويجرون إلى المحاكم[1].

[1]– بن ابراهيم نور الدين، إشكاليات الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، قسم الحقوق، 2014–2015، ص15.

الفصل الثاني:

إشكالية توثيق عقد الزواج العرفي

تمهيد

لما كان من السابق بيانه أنه لا فرق بين الزواج العرفي والزواج الرسمي إلا من ناحية الرسمية، أي إبرام العقد في قالب رسمي، ونظرا للمشاكل والآثار السلبية التي تترتب عن الزواج فإن المشرع لا يعتد به ولا بالدعاوى المرفوعة بشأنه إلا إذا كان مسجلا في سجلات الحالة المدنية وهو ما نص عليه المشرع في المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري:" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي ويجب تسجيل حكم تثبيت الزواج بسعي من النيابة العامة". وتكمن أهمية توثيق عقد الزواج العرفي في الحفاظ على حقوق الزوجين على بعضهما وكذلك حقوق الأولاد والمجتمع وحمايتها من الضياع وعلى هذا يلجأ الزوجان معا أو أحدهما لإثباته بكافة طرق الإثبات المقررة في الفقه والقانون ومن ثم تسجيله لدى المصالح المختصة في هذا الشأن.

وعلى هذا ارتأينا لتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول إشكالية إثبات الزواج العرفي، أم المبحث الثاني سنتطرق فيه إلى إجراءات السير في دعوى إثبات الزواج العرفي وتسجيله.

المبحث الأول: إشكالية إثبات عقد الزواج العرفي

سبق القول بانه في حالة عدم تسجيل الزواج العرفي في سجلات الحالة المدنية فإنه لا سبيل إلى إثباته إلا باللجوء إلى المحكمة، وإذا كان الزواج الرسمي يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية فإن الإشكال الذي يطرح هو كيفية إثبات الزواج في حالة انعقاده بطريقة عرفية بمجرد توفر الأركان المتطلبة شرعا دون تسجيله.

وطرق الإثبات في الشريعة الإسلامية تعتمد في إثبات الزواج على واحدة من الطرق التالية وهي: الإقرار والبينة واليمين على التوالي، بينما في القانون لم يراع المشرع هذا الترتيب وجعل من البينة سيدة الأدلة سواء كانت شهادة عيان أو بالتسامح وهو ما يدعونا إلى التعرف على طرق الإثبات، فتكون في البداية بالإقرار كفرع أول ثم البينة كفرع ثاني ثم في الفرع الثالث نتناول اليمين.

المطلب الأول: إثبات الزواج العرفي عن طريق الإقرار

يعد الإقرار من أقوى الأدلة التي من شأنها إثبات الزواج العرفي في المحكمة وتعرف أيضا بالإعتراف أمام المحكمة وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب ابتداء بتعريف الإقرار ثم تحديد شروطه وأنواعه ومن ثم التطرق إلى حجته.

الفرع الأول: تعريف الإقرار

أولا: لغة

الإقرار لغة معناه وضع الشيء في قراره أو إثبات ما كان متزلزلا أو مترددا بين الثبوت والجحود، أو الإذعان والإعتراف بالحق[1].

[1]– عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص196.

ثانيا: شرعا

الإقرار شرعا هو الإخبار بثبوت حق الغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ أو ما في حكمه وبذلك يخرج عن مدلول معنى الإقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير.

وعلى هذا فإن الإقرار إلتزام يلزم المقرر ويكون حجته قاصرة على المقر فقط ولا تتعدى الغير وهذا على عكس البينة فهذا سبب قصور ولاية المقر على غيره.

وبناء على هذا فإنه إذا أقر أحد الزوجين بالزوجية كان اقراره هذا يشكل دليلا كافيا لإثباتها دون الحاجة إلى دليل آخر ولتفادي الإقرار وحجيته يشترط توفر مجموعة من الشروط سوف نتعرض لها لاحقا[1].

كما يعرف أيضا بأنه الإخبار بثبوت حق الغير على نفس المقر ول في المستقبل باللفظ وما في حكمه وبذلك يخرج مدلول معنى الإقرار وما يدعيه الخصم[2].

أيضا هو إخبار الإنسان عن ثبوت الحق للغير على نفسه[3].

ثالثا: قانونا

الإقرار بصفة عامة هو اعتراف أحد الخصوم بما يدعيه خصمه الآخر[4]، أو هو اعتراف أحد الخصوم بواقعة لم تكن ثابتة قبل هذا الإعتراف[5].

وقد عرفته المادة 201 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بقولها:" الإقرار هو اعتراف الخصم بواقعة أو عمل قانوني مدعي بأي منهما عليه، ويكون قضائي إذا تم

---

[1]– هلال يوسف ابراهيم، مرجع سابق، ص46.

[2]– ممدوح عزمي، مرجع سابق، ص57.

[3]– عباس العبودي، المرجع السابق، ص196.

[4]– محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. ط، منشورات الحلب القانونية، لبنان، 2007، ص363.

[5]– سمير عبد السيد تناغو، احكام الإلتزام والاثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009، ص122.

أمام القضاء أثناء النظر في نزاع يتعلق بهذه الواقعة أو العمل، ويكون غير قضائي إذا تم على هذا الوجه وعندئذ يثبت وفق القواعد العامة في الإثبات"[1].

وتنص المادة 103 من قانون الإثبات المصري على أن:" الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة"[2].

كما عرفه الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنه:" اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد"[3].

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد تناولته المادة 341 من القانون المدني الجزائري بأنه:" اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة"[4].

ومن خلال التعاريف السابقة نستنتج أنه لا بد من توفر مجموعة من الأركان لصحة ونفاذ الإقرار، وتتمثل هذه الأركان في:

- اعتراف الخصم بواقعة قانونية.
- وجود واقعة قانونية مدعى بها.
- أن يكون الإقرار أمام القضاء.
- أن يكون الإقرار أثناء سير الدعوى[5].

---

[1]– محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص363.

[2]– سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص122.

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص471.

[4]– أمر رقم 75–78 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، العدد 78،المؤرخ في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

[5]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص472.

وبالرجوع إلى موضوع بحثنا والذي يتمثل في الزواج العرفي نجد أن الإقرار ينصب على واقعة قانونية تتمثل في اعتراف الشخص أمام المحكمة بواقعة الزواج العرفي وهو ما يرتب آثار على هذا الإقرار.

الفرع الثاني: شروط الإقرار

يعتبر الإقرار تصرف قانوني صادر بإرادة منفردة ولكي يكون الإقرار صحيحا وجب أن يتوفر على مجموعة من الشروط اللازمة وهذه الشروط هي:

أولا: وجود خصم مقر

بما أن الإقرار ينطوي على تصرف قانوني يرتب آثار قانونية ويؤثر على نتيجة الدعوى وذلك فإن المشرع اشترط أن تتوفر في المقر الشروط:

- يجب أن يكون المقر عاقلا بالغا ولا يجوز الإقرار من الصبي غير المميز أو إذا كان كانت إرادته مشبوهة بعيب من عيوب الإرادة كالجنون أو العته أو السفه أو غير ذلك من الأمراض التي تؤثر على عقله تجعله لا يحس ما يقر به[1].
- يجب أن يصدر الإقرار من الشخص بإرادة خالصة لا إكراه فيه، ويجب أن يكون في صحو تام فلا يجوز إقرار السكران وكذلك المكروه لأنهما محجوز عليهما في المال وإن كانا مكلفين كذلك يجب أن يكون المقر جادا في إقراره غير هازل وإلا لم يعتد بإقراره[2].
- ويجيز القانون إقرار الصبي المميز المأذون له فيما أذن له به وهذا ما جاء في قانون الإثبات العراقي في نص المادة 61:" ويكون إقرار الصغير المميز المأذون حكم إقرار كامل الأهلية في الأمور المأذون فيها"، ونلاحظ على نص هذه المادة أنها لم

[1]– هلال يوسف ابراهيم، مرجع سابق، ص47.

[2]–بن براهيم نور الدين، مرجع سابق، ص73.

تحدد الأشخاص الذي يمنحون هذا الطفل الإذن وعليه نرجع للقواعد العامة من القانون المدني[1].

ثانيا: وجود خصم مقر له:

نلاحظ أن القانون يشترط في المقر له ما اشترطه في المقر، وذلك من ناحية تمتعه بالأهلية الكاملة، سوى أنه اشترط أن يكون شخصا معلوما ومحددا تحديدا كافيا، وعليه يصح أن يكون المقر له صغيرا غير مميز وشخصا معنويا موجودا حكما له وله أهلية التملك وكذلك يصح الإقرار للمجنون والمعتوه وحتى للجنين إذ أنه موجود حكما[2].

ويشترط لنفاذ الإقرار مصادقة المقر له على إقرار المقر، فإذا كانت المرأة هي المقرة وجب تصديق الرجل لها، وإذا كان الإقرار من الرجل وجب مصادقة المرأة، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده.

كما يشترط في المقر له أن يكون حلا للمقر فإذا كان الإقرار من طرف الرجل يشترط ألا يكون متزوجا بمحرم لمرأة كأختها أو عمتها ولا بأربع سواها، أما إذا كان الإقرار من جانب المرأة فيشترط ألا تكون متزوجة من رجل آخر أو في عدة منه[3].

ثالثا: وجود الحق المقر به

يقصد بالمقر به ما يرد عليه الإقرار ولما كان الإقرار يتضمن تصرفا قانونيا يتمثل بالتصرف في الشيء المقر به من جانب المقر، وعلى هذا اشترط القانون في المقر به أن يكون معلوما ومعنيا أو قابلا للتعيين، ولا يصح أن يكون المقر به مجهولا جهالة فاحشة أما الجهالة اليسيرة فلا تكون مانعة من صحة الإقرار.

---

[1]– عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص201.

[2]– المرجع نفسه، ص204.

[3]– بن براهم نور الدين، مرجع سابق، ص74.

ويشترط في المقر به أيضا أن يرد على تصرف مشروع، فلا يصح أن يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب[1].

وبالرجوع إلى موضوعنا في الزواج العرفي نجد أن المقر به هو العلاقة الزوجية القائمة بين الزوجين، وعلى هذا يجب أن تكون هذه العلاقة مكتملة بين المقر والمقر له، وكذلك بأن لا تكن المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا ولا مؤقتا كما لا يكون المقر له ملكا للمقر وّأن يكون مشروعا ومعلوما[2].

ولا يكون الإقرار بالزوجة نافذا وصحيح سواء كان في حالة الصحة أو في مرض الموت متى كان التصديق من الجانب الآخر، سواء كان المقر الرجل أو المرأة، أما بالنسبة لمسألة التصديق بعد الموت ذهب الصاحبان إلى أنه يصح التصديق من الطرف الآخر بعد موت المقر سواء كان المقر الرجل أو المرأة أما عند أبي حنيفة فذهب إلى أنه إذا كان المقر هو الرجل فإنه يصح وينفذ لو صدقته المرأة بعد موته ويترتب عليها آثار الزواج كالميراث، أما إذا كانت المقرة هي المرأة فلا تصدق الرجل بعد موتها، فلا تثبت الزوجية ولا يستحق به الميراث[3].

وقد أضاف القانون شروط أخرى:

- أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها سواء كانت هذه الواقعة تصرفا قانونيا أو واقعة مادية كالإقرار بالزواج، وأن يكون محل الإقرار لا يكذبه الواقع، كأن تقر امرأة بأنها زوجة لرجل آخر قبل أن تولد.

---

[1]– عباس العبودي، مرجع سابق، ص203.

[2]– بن براهيم نور الدين، مرجع سابق، نفس الصفحة.

[3]– هلال يوسف ابراهيم، مرجع سابق، ص41.

- كما يجب أن يكون الإقرار غير مخالف للنظام العام والآداب العامة كإقرار الرجل بامرأة خليلة، فلا يعتد بهذا الإقرار ولا يثبت هذا الزواج ولا يثبت نسب الولد الناتج عنه[1].

الفرع الثالث: أنواع الإقرار

ينقسم الإقرار حسب القواعد العامة للإثبات إلى نوعين:

أولا: الإقرار القضائي

الإقرار القضائي هو اعتراف خصم في الدعوى أثناء سير الدعوى وأمام المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى[2].

ويشترط في الإقرار القضائي أن يكون صادرا من الخصم أمام القضاء، أي أن يصدر الإقرار من الخصم نفسه شخصيا أو من طرف وكيله أي من له الحق في أن ينوب عنه، وبهذا تتوفر المقومات الذاتية للإقرار لأنه إذا صدر الإقرار من غير شخص الخصم وصدر من طرف شخص آخر كأن يكون شاهدا مثلا فلا يعد إقراره لإقرارا قضائيا بالمعنى المقصود هنا[3].

ويعتبر الإقرار الذي يصدر أمام النيابة العامة أو أمام جهة إدارية أو في صورة خطاب موجه من الخصم إلى خصمه، أو امام محكمة غير التي تنظر في الموضوع النزاع، فإنه لا يعد ضمن الإقرار القضائي لأن هذه الجهات ليست جهات قضائية[4].

كما يشترط أن يصدر الإقرار أثناء السير في الدعوى المتعلقة بموضوعه، أي يجب أن يصدر أثناء إجراءات الدعوى وأن ينصب على الواقعة التي حصل عليها الإقرار، ويرد

---

[1]– بن براهيم نور الدين، مرجع سابق، ص75.

[2]– أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، د. ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص 304.

[3]– محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص366.

[4]– سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص122.

الإقرار في صحيفة الدعوى أو أمام المحكمة أو خلال تحقيق تجريه المحكمة أما إذا صدر بمرافعة لا تتعلق بالدعوى المتطورة أما المحكمة فلا يعد إقرار قضائيا[1].

وفي الأخير نستنتج مما سبق أن الإقرار القضائي هو اعتراف الخصم أمم القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، كأن يقف الزوج أمام القاضي ويقر بقيام علاقة زوجية بينه وبين المدعى عليها[2].

ثانيا: الإقرار غير القضائي

الإقرار غير القضائي هو الإقرار الدي يصدر خارج مجلس القضاء أو يصدر أمام القضاء لكن في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوعه، وهو كالإقرار القضائي عمل قانوني من جانب واحد، وهو في أعمال التصرف ويجب أن تتوفر فيه شروط التصرف القانوني، ومن أمثلة الإقرار غير القضائي الإقرار الصادر في دعوى أخرى بين نفس الخصمين والذي يصدر أمام النيابة العامة ، أو أمام جهة إدارية ....إلخ

ويخضع إثبات الإقرار غير القضاء للقواعد العامة في الإثبات، أي النية على من ادعى وعلى من يدعي صدور إقرار غير قضائي أن يثبت صدوره من المقر.

وإذا اعترف المقر بقراره الشفوي الصادر خارج إطار القضاء فيصبح الإقرار غير القضائي ثابتا بإقرار قضائي ومع ذلك فإنه يبقى إقرار غير قضائي لأن الإقرار هذا ليس إقرار بالواقعة المدعى بها، ولكنه إقرار بالإقرار الصادر خارج مجلس القضاء[3] كأن يقر فلان أن فلانة زوجته سواء كان ذلك كتابة أو شفاهة والسلطة التقديرية في هذا تكون للقاضي يقدرها وفقا لظروف الدعوى وملابساتها وغالبا م يظهر هذا النوع في الزواج العرفي عند تحرير

---

[1]–محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص367.

[2]– عبد الله حاج أحمد، مرجع سابق، ص134.

[3]– محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص373، ص374.

الموثق ما يسمى بعقد الإقرار بالزواج بناء على طلب الزوجين معا، وبإرادتهما الحرة معا وليس بالإرادة المنفردة لأحدهما[1].

الفرع الرابع : حجية الإقرار

لمعرفة مدى حجية وفوة الاقرار كوسيلة من وسائل إثبات الزواج العرفي وحيث علينا التطرق إليه من ناحيتين:

أولا من الناحية الفقهية:

أجمع الفقهاء على ان الاقرار حجة قاصرة على المقر وحده ولا تتعدى غلى الغير، غير أنهم اعتبروه كوسيلة كافية لإثبات الزواج في حال أقر به أحد الطرفين، ويقول في هذا الصدد فارس محمد عمران على اثبات الزواج العرفي: "الاثبات يكون لواحدة من ثلاث وسائل كما هو الحال في الفقه الحنفي، وهما : البينة ، الاقرار والنكول على اليمين "[2]

وعليه فإن الفقه الاسلامي يعتبر الإقرار حجة ووسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي وفي حالة رفض احد الطرفين لهذا الإقرار، يكون الإتجاه للوسيلة الأخرى وهي البينة.

ويقول الإمام ابو زهرة في هذا السياق: إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج ويكون الرجل قد ادعى وجود الزواج، فتسأل المرأة عن هذا الزواج فإن أقرت به قضي بالزواج وثبت بتصادفهما وفي حال ما إذا انكرت المرأة وعجز عن البينة وجهت اليمين إلى المرأة وهذا على رأي الصاحبين.[3]

ثانيا من الناحية القانونية:

من الناحية القانونية نجد أن المشرع الجزائري نص على الإقرار صراحة في المادة 1/342 من القانون المدني: "الإقرار حجة قاطعة على المقر"، حسب نص هذه المادة فإن

---

[1]- عبد الله حاج أحمد، المرجع السابق، ص133.

[2]- فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 40.

[3]- عبد الله حاج محمد، المرجع السابق، ص 134.

الإقرار يعد حجة على المقر والخلف العام ولا يتعدى إلى غيرهما فإذا كان موضوع الإقرار بتصرف قانوني يقتصر أثره على المقر ويتعدى إلى الورثة بصفتهم خلفا عام، فإذا كان الإقرار بواقعة الزوج يكون صحيحا وملزما لكل من الزوجين، وورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته ولا يتعد لهم إلى الغير.[1]

إلا أن القضاء الجزائري، المتمثل في المحاكم الجزائرية الابتدائية والمجالس القضائية، لا يعتد بالإقرار كوسيلة كافية لإثبات الزواج العرفي، وهذا راجع لطبيعة عقد الزواج وخصوصيته، خصوصا إذا تعلق الأمر بأثاره والتي لا تتوقف على المتزوجين فحسب بل يتعد هما إلى النسل الناتج في هذا الزواج، كما أن القضاء لو اكتفى بإثبات الزواج العرفي بإقرار الزوجين فقط، فهذا يحول دون تحقق القاضي من توفر أركان الزواج، وكذلك إشهاره إعلانه، مادام أن الزوج في حد ذاته يتطلب الإعلان وعلم الناس به وذلك لسد منافذ الظن والخوف في الأعراض وعلى المتزوجين عرفيا، ورميهم بالفاحشة من طرف الناس الذي لم يصل إلى علمهم هذا الزواج[2].

[1]– قنيفي حمزة، المرجع السابق، ص 36.

[2]– بن براهيم نور الدين، مرجع سابق، ص77.

المطلب الثاني: إثبات الزواج العرفي عن طريق البينة.

الفرع الأول: تعريف البينة وأنواعها

سنتطرق اولا إلى تعريف البينة في اللغة والاصطلاح والقانون، ثم نمر إلى ذكر أنواعها.

أولا: تعريف البينة

1- لغة:

وهي في اللغة تتعلق على معن كثيرة منها: الحلف، والحضور، والادراك، ولكن أقرب هذه المعاني للمعنى الاصطلاحي هو معنى الاخبار أو البيان، أي القول الصادر عن علم حاصل للمشاهدة[1].

2- شرعا:

المراد بها هي الشهود أو الشاهد وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ويقال الإثبات بالبينة أي شهادة شاهدين عدل على حدوث واقعة معينة كثبوت الزوجية[2]، ويطلق لفظ البينة على الشهادة دون غيرها من أدلة الإثبات الاخرى، لأن الشهادة تعتبر سيدة الأدلة حيث كانت في الماضي ... الدليل الغالب حيث كانت الأدلة الاخرى من القدرة إلى درجة انها لا تذكر إلى جانب الشهادة، وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية إلى أن البينة المراد بها هو شهادة الشهود فقط.[3]

3- قانونا :

ذكر فقهاء القانون أن للبينة معنيين، معنى عام وخاص، فالمعنى العام يقصد به الدليل أيا كان هذا الدليل، أما المعنى الخاص فيقصد به الشهادة.

---

[1]- محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الاسلامي، د .ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1997، ص 210.

[2]- ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص 78.

[3]- محمد فتح الله النسار، أحكام وقواعد مبين الاثبات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2000، ص 19.

وفي السياق يقول الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، أن المعنى العام للبينة هو الدليل، أيا كان كتابة او شهادة أو قرائن، وهذا هو المقصود بعبارة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، اما المعنى الخاص فهو شهادة الشهود دون غيرهما من الأدلة.

ويقول الدكتور سليمان مرقس: "البينة هي أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة يقرون أمام القضاء وبعد حلف اليمين ما عاينوه أو سمعوه من وقائع"[1]

ثانيا: أنواع البينة:

1- الشهادة المباشرة: الأصل في الشهادة أن تكون مباشرة فيقول فيها الشاهد ما وقع تحت بصره او سمعه، فيجب على الشاهد ان يكون قد عرف هذه الوقائع معرفة شخصية أي رآها بعينه فحضر إلى القضاء ليشهد بما قد راه أو سمعه، وتكون هذه الشهادة عادية شفوية مستمدة من ذاكرته ومع هذا فقد يكتفي في ظروف استثنائية بذكر شهادة المكتوبة أو ضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للاعتداد بها.[2]

وهذا ما يفهم من نص المادة 62 من ق إ ج م إ، الفقرة الثانية " كما يتضمن تكليف الخصوم بالحضور، باستحضار شهود هم في اليوم والساعة المحددين، أو بأن يحضروا قلم الكتاب خلال 8 أيام فيما عدا حالات الاستعجال لأسماء الشهود الدين يريدون سماعهم"

وتنص المادة 71 من نفس القانون " يدلي الشاهد بشاهدته دون الاستعانة بأية مذكرة وللقاضي من ... نفسه، وبناء على طلب الخصوم أو أحدهم أم يوجه إلى الشاهد جميع الأسئلة اللازمة"[3]

---

[1]- محمد فتح الله النسار ، المرجع السابق، ص 39.

[2]-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 312.

[3]- قانون رقم 08، 09، المؤرخ في 25فبراير 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج ر، العدد 21، بتاريخ 23 أفريل 2008.

وتكمن أهمية الشهادة المباشرة التي يدلي بها الشاهد أمام القضاء وصف ما رآه أو سمعه تفاديا لأي تحويل أو تخويف، وكذلك لإضفاء مزيد من المصداقية على شهادته وهذا عكس الشهادة المكتوبة، لأن الشهادة المكتوبة قد يكون كتبها تحت الضغط أو لأجل محايدا.

كما أن القانون يجيز لأطراف الدعوى أو محاميهم أن يوجهوا الاسئلة عن طريق القاضي للشهود، التي من شأنها أن تفيد التحقيق لإيجاد حل للنزاع، أما في حالة تقديم الشهادة المكتوبة، لا يمكن مواجهة الشاهد أو توجيه الاسئلة له.[1]

وبالرجوع إلى الزواج العرفي، فإن الشاهد يدلي بشاهدته بما عاينه بصورة شخصية مباشرة حول واقعة الزواج العرفي بما في ذلك طرفي العقد ومكان ظروف إبرامه ووجود ولي وصداق.

2- الشهادة السماعية : تعد الشهادة السماعية من أنواع الشهادة ولكنها أقل قوة من الشهادة المباشرة وتأتي في الدرجة الثانية، وحقيقية هذه الشهادة هي رواية أو نقل للشهادة المباشرة، أي أن يشهد شاهد بسماع واقعية يرويها له شاهد يكون هو الذي راها بعينه أو سمعها بأذنيه، كما تعرف الشهادة السماعية، على أنها شهادة على شهادة، وهي جائزة وتخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا حيث أجازت إثبات الزواج بشهادة سماع لقولها: من المقرر أن الزواج لا يثبت بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو شهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم يسمعوا من الشهود أو غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانونية ومخالفة قواعد الاجراءات في غير محله يستوجب لفظ.[2]

---

[1]- دلاندة يونس، الوجيز في شهادة الشهود، د .ط، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 46.

[2]- المرجع نفسه، ص 48.

3- الشهادة بالتسامع: تختلف الشهادة السماعية عن الشهادة بالتسامع، حيث أن الأولى تروي أو التي يرويها الشاهد نقلا عن شخص شاهد وسمع الواقعية نفسه، في حين أن الشهادة بالتسامع فهي شهادة بما تتسامعه الناس فلا تتصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات بل على الرأي الشائع في جماهير الناس عن هذه الواقعة.

والشهادة بالتسامع غير قابلة للتحري بمعنى انه من الممكن عدم الوصول إلى مصدرها الأصلي، وبالتالي فهي شهادة لا يعول عليها كثير خصوصا في الزواج، عكس الشهادة السماعية.[1]

الفرع الثاني: شروط أداء البينة

يشترط لأداء البينة أمام القاضي مجموعة من الشروط، بعض الشروط تتعلق بالشاهد والبعض منها يتعلق بموضوع الشهادة.

أولا : شروط تتعلق بالشاهد

1- أهلية الشاهد : يشترط في الشاهد ان يكون أهلا للشهادة، اما إذا كان عكس ذلك اي ليس أهلا للشهادة، فلا تسمع اقواله إلا على سبيل الاستثناء، وكذلك لا تقبل شهادة من لا يكن سليم الادراك بسب الجنون أو العته، أو من كان في حالة سكر لا يعني ما يقول [2]

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده أنه نص على الأهلية في المادة 40 من ق م بقوله: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد هو 19 سنة كاملة"[3]

أما بالرجوع إلى الفقه الاسلامي، فقد أولى فقهاء الشريعة الاسلامية أهمية بالغة في بيان أحكام الشهادة ووضعوا شروط لأدائها، وأهم هذه الشروط:

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 314.

[2]- عباس العبودي، المرجع السابق، ص 235.

[3]-أمر رقم 75-78، مؤرخ في 26 سبتمبر عام 1975 م، المتضمن القانون المدني.

البلوغ، الاسلام، العدالة والذكورة، والأصل أنه لا تقبل شهادة الصبي لقوله تعالى:"واستشهدوا شاهدين من رجالكم"، وذلك لأن الشهادة تتطلب التذكر والتحفظ وهو ما لا تجده في الصبي.

ويشترط الفقه الاسلامي أن يكون الشاهد مسلما وعدم قبول شهادة الكافر على المسلم، لأنه لا تقبل ولأنه الكافر على المسلم، وتجدر الاشارة إلى أن هذا الشرط لا يوجد في التشريعات العربية، فهي لا تفرق بين شهادة الكافر والمسلم.

كما يشترط الفقهاء في الشاهد ان يكون عادلا لقوله تعالى:" واشهدوا ذوي عدل منكم " والمعروف عن الشخص العدل هو ذلك الشخص الذي تغلب حسناته على سيئاته، وعلى هذا لا تقبل شهادة فئة من الناس كالكاذبين والمحتالين والرقاصين والسحرة[1].

2- ألا يكون الشاهد ممنوعا من الشهادة:

في هذه النقطة سوف نتكلم عن الأشخاص الذين لا تقبل شهادتهم، سواء كان ذلك بنص قانوني كما هو الحال بالنسبة للمحكوم عليهم، أو بسبب رابطة الدم أو الصلة بين أطراف الدعوى أو أحدهم كعلاقة العمل أو القرابة أو المصاهرة، أو كان المنع بسبب الوظيفة أو المهنة:

أ- المنع بسبب الوظيفة أو المهنة:

يتمثل هؤلاء الموظفون في رجال التحقيق الابتدائي، وكذلك الأطباء والحرفيون، والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنون بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة وهذا ما نصت عليه المادة 301 من ق.ع.

وقد تعد شهادة هؤلاء الأشخاص في حكم إفشاء الأسرار المعاقب عليها القانون يعد عدم التصريح بالشهادة في بعض الحالات فلا يعاقب عليه القانون حتى ولو كان ذلك يدخل في باب الأسرار، كالمنع أو الحيلولة من وقوع جريمة مؤكدة[2].

---

[1]- عباس العبودي، مرج سابق، ص 236.

[2]- دلاندة يوسف، الوجيز في شهادة الشهود، المرجع السابق، ص 59.

ب- شهادة المدعي:

لا يجوز لأي شخص أن يكون شاهدا ومدعيا في نفس الوقت والعلة في هذا المنع أن صفة الشهادة والادعاء صفتان متضادتان، وعليه فلا تقبل شهادة الشريك فيما هو من شركتهما لأنه يكون شاهدا لنفسه، كذلك لا تقبل شهادة الوصي لليتيم وشهادة الوكيل للموكل[1].

ج- المحكوم عليهم:

نص المشرع الجزائري على بعض الأشخاص الذين يمنع عنهم الشهادة بسبب الحكم عليهم بعقوبات جنائية تحرمهم من الحقوق الوطنية من بينها الشهادة، وجاء هذا في الفصل الثالث من قانون العقوبات تحت عنوان العقوبات بالتبعية.

ومن بين هؤلاء الأشخاص القضاة أو الموظفون أو الضباط العموميون الذين يقومون باختلاس أو تبديد أو حجز أو سرقة أموال عمومية أو خاصة[2].

د- المنع بسبب القرابة أو المصاهرة:

*** القرابة:**

منع القانون الأشخاص الذين تربطهم رابطة الدم بأحد أطراف الدعوى أن يكونوا شهود أمام القضاء لإثبات الوقائع محل النزاع وحسب أحكام ق.إ.م. وإ، فإن هؤلاء الأقارب هم أقارب أحد الخصوم، وكذلك الإخوة والأخوات وأبناء العمومة.

وهذا ما نصت عليه المادة 153 من ق.إ.م.إ.: "لا يجوز سماع أقارب أحد الحضور أو أصهاره على عموم النسب، أو زوج أحد الخصوم ولو بعد الطلاق".

ولا يجوز كذلك قبول شهادة أخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم.

---

[1]- عباس العبودي، المرجع السابق، ص 237.

[2]- دلاندة يوسف، الوجيز في شهادة الشهود، مرجع سابق ، ص 60.

ومع هذا فالأشخاص المذكورون في هذه المادة باستثناء الأبناء لا يجوز استدعائهم للشهادة في الدعاوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق[1].

وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا.

من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الشهود الأقارب في قضايا الزواج والطلاق وحتى كبيرا في قضية الحال – أن المستأنفة آتت بشهود أكدوا واقعة الزواج مبيني في شهادتهم أركان الزواج من ولي وشهود وصدق – فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[2]

*** المصاهرة:**

حكم الاقارب ينطبق على حكم الأصهار، إذ لا يجوز شهادة الأصهار إذا كان أحد طرفي الدعوة صهرا للطرف الآخر، فمثلا لا يجوز للمدعي أن يطلب سماع شهادة أب زوجته او اخيها أو أقاربها ومن سمع من أصهار المدعي أو أي طرف من دعوى يكون سببا جديا للتجريح وتبطل شاهدته أو بالأحرى تستبعد[3].

ثانيا : شروط تتعلق بالشهادة:

1- يجب أن تكون الشهادة موافقة للدعوى فلا يقبل الشهادة المنفردة في الدعوى وإذا كنا بصدد دعوى إثبات الزواج العرفي، فيجب أن تنص الشهادة على واقعة الزواج العرفي دون غيرها، فلا يمكن للشاهد مثلا أن يشهد على وجود أولاد بين فلان وفلانة، لأن ذلك ليس قرينة على حصول زواج شرعي مكتمل الأركان[4].

---

[1]- دلاندة يوسف، الوجيز في شهادة الشهود، ص 61.

[2]- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 1998/03/17، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001، نقلا عن دلاندة يوسف، مرجع سابق، ص158.

[3]- دلاندة يوسف، الوجيز في شهادة الشهود، ص 63.

[4]- عبد الله حاج أحمد، المرجع السابق، ص 136.

2- ينبغي على المحكمة قبل أداء الشاهد لشهادته أن تحلفه اليمين وهي: أقسم بالله العظيم أن أقول الحق ولا شيء غير الحق، وتستمع المحكمة لأقواله دون حضور الشهود الذين لم تسمع شهادتهم وعلى هذا يعد حلف اليمين شرط أساسي لصحة الشهادة ولا يجوز الاعفاء منه بأي حال من الحوال، وتقع الشهادة بدون يمين باطلة ولا يجوز للمحكمة أن تعتد بها.[1]

3- كما يشترط في شهادة الشاهدين ان تكون متوافقة لأن باختلافهما لم تكتمل نصاب الشهادة ولا يشترط ان تكون هذه الموافقة تامة فقد تكون ضمنية، ومثال ذلك شهادة شخص في عقد زواج عرفي ان فلانة زوجها وليها بفلان وعلى صداق مقدر ويشهد الشاهد الثاني بنفس الشيء السابق لكن دون أن يحدد قيمته الصداق فمثال هذه الشهادتين مقبولة عند المحكمة العليا بأن الزواج العرفي لا يمكن إثباته بشهادة متناقضة واهم ما جاء به هذا القرار أنه من المقرر شرعا أن التناقض في الشهادة يمحي أثرها ولا يمكن بناء الحكم عليها ومن ثمة القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا صارخا لأحكام الشريعة الإسلامية، وإذا كان إثبات الزواج أو نفيه يرجع لسلطة قضاة الموضوع فإن ذلك يوجب أن تبقى على بنينه لا يدخل فيها الشك، ولا يحيط بها التأويل، مادام التناقض في الشهادة يزيل أثرها. ويمنع بناء الحكم عليها لاحتمال صدقها وكذبها.[2]

الفرع الثالث : نصاب البنية في الفقه والقانون:

أولا: نصاب البينة في الفقه:

أجمع جمهور الفقهاء في الشريعة الاسلامية ان الشهادة على النكاح تتم برجلين ذكرين، ولا يجوز شهادة النساء لم لا في الاموال، أو على ما لا يطلع عليه الرجال عادة من عيوب النساء، كالبكارة، والشبوبة والولادة والرتق والقرن، ففي هذه الحالات تكتفي شهادة امرأة أو أكثر كما أجاز رسول الله عليه وسلم شهادة القابلة على الولادة، غير أنه من المسائل

[1] عباس العبودي، شرح قانون البينات، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2006، ص 167.

[2] عبد الله حاج أحمد، مرجع سابق، ص 137.

الاخرى لا تجوز شهادة النساء كما هو الحال بالنسبة لإثبات الزواج، وهذا ما ذهب إليه الحنفية على أن الشهادة تتم بشهادة رجلين ذكرين أو رجل وامرأتين عدلتين.[1]

ثانيا: نصاب البينة في القانون:

قضت المحكمة العليا في العديد من القرارات فيما يتعلق بشهادة النساء وحدهن في النكاح وأخذت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين.

ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر سنة 1986، أنه من القواعد المقررة شرعا ان التنازع في الزوجية إذا ادعاها احدهما أو أنكرها الاخر فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقل والسماع الفاشي والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.[2]

وفي قرار أخر صادر عن المحكمة العليا سنة 2007 جاء فيه :

حيث أن شهادة شاهد وامرأتين هما قريبان للطاعنة هي مقبولة شرعا وقانونا وفق أحكام المادة 2/64 من ق إ م، الذي يجعل القرار المنتقد عرضة للنقد والابطال.[3]

---

[1]– دلاندة يوسف، الوجيز في شهادة الشهود، ص 56 – ص 57.

[2]– قرار صادر عن المجلس الأعلى، غرفة الاحوال الشخصية بتاريخ 1986/12/15، المجلة القضائية، العدد 2، 1993، ص 37.

[3]– قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 2007/02/14، مجلة المحكمة العليا – العدد 02، 2007، ص 483.

المطلب الثالث: إثبات الزواج العرفي عن طريق اليمين

يتناول هذا المطلب تعريف اليمين والنكول عنه أولا، ثم حجية اليمين.

الفرع الأول: تعريف اليمين والنكول عنه:

أولا: اليمين:

اليمين هي الحلف يصدر من أحد الخصمين على صحة ما يدعيه، أو عدم صحة ما يدعيه الخصم الآخر ويكون أداءها بأن يقول الحالف: أحلف، ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة في هذا شأن.[1]

كما نعرف بانها قول يتخذ فيه الحالف الله شاهد على صدق ما يقول او على انجاز ما يعد ويستزل عقابه غذا ما خنث، ويستنفد من هذا التعريف أمران:

1- الأمر الأول وهو أن اليمين لا تعتبر عملا مدنيا فقط وإنما هي عمل ديني أيضا، فالحالف إنما يستشهد الله، وستنزل غضبه وعقابه في نفس الوقت، ولا يمكن لصحة قول الحالف أن يستشهد الله على ذلك ما دام لم يحلف بالله وذلك لقوله "أحلف".

2- يكون اليمين إما لتوكيد قول أو لتوكيد وعد، فالأولى هي تؤدي لتوكيد صدق الحالف فيما يقرره، والثانية هي اليمين التي تؤدي لتأكيد إنجاز وعد أخده الحالف على نفسه مثل تلك اليمين التي يحلفها القضاة ورجال النيابة وموظفي السلك الدبلوماسي والقنصلي.[2]

ثانيا: النكول عنه

النكول عن اليمين ليس إلا امتناعا عن ادائها، إذ كل من وجهت إليه اليمين عن الحلف حسب دعواه وهو حجة يحكم بها القاضي من نكل عن اليمين.

فمثلا إذا ما عجز المدعي بالزواج عن تقديم شهوده والمدعى عليه أنكر هذا الزواج فيطلب المدعي توجيه اليمين، فإذا أجيب إلى طلبه ونكل المدعى عليه قضى عليه بنكوله.

---

[1]- محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 377.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 514.

فإذا ادعى رجل على إمرأة أنها زوجته وهي منكرة لذلك وعجز عن إثبات ذلك بالشهود وطلب المدعي توجيه اليمين للمرأة ونكلت قضى له بإثبات الزوجية.[1] وفي هذه الحالة نكون أمام ما يعرف باليمين الحاسمة لأنها حسمت النزاع.

الفرع الثاني: حجية اليمين

إن حجية اليمين وفقا للقواعد العامة للإثبات قاصرة على الحالف وورثته بصفتهم حلفا عاما له، سواء كان ذلك عند الحلف أو النكول، ولا تتعدى للغير، فعند فقهاء الشريعة تعد اليمين توجه في الزواج لأن النكول عندهما إقرار لا بدل، فإن ادعى شخصان واقعة زواج فادعى الزوج بوجوده فإن أقرت المرأة قضى وصح الزواج وكانا صادقين وإذا ما تكللت ووجبت على الزوج البينة وذلك حسب المبدأ القائل البينة على من ادعى واليمين على من أنكر[2].

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقهاء منهم الصاحبين يتخذون من النكول عن اليمين وسيلة كافية بحد ذاتها لإثبات الزواج العرفي، وفي هذا يقول الإمام محمد أبو زهرة "إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج فادعى الرجل وجوده فسأل المرأة فإن أقرت قضى بالزواج وثبت بتصادقهما عليه وإن أنكرت كان على الزوج البينة على من ادعى واليمين على من أنكر[3].

أما بالنسبة للقضاء الجزائري لا يعتد باليمين إلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معا، ما يتعين على القاضي توجيهها إلى المدعي بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود، الذين يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وفقا للشريعة الإسلامية فإذا مات أحد الزوجين وادعى الحي منهما الزوجية فإن الزواج يثبت لكن مع يمين المدعي[4] ويثار

---

[1]– محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق، ص 212.

[2]– نبيل ابراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار منشأة المعارف، مصر، 2000، ص 234.

[3]– فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 40.

[4]– عبد الله حاج أحمد، المرجع السابق، ص 138.

التساؤل حول ما إذا كانت شهادة العيان لوحدها تكفي لإثبات الزواج العرفي بعد وفاة أحد الزوجين، وهذا ما جاء به قضاء المحكمة العليا بقولها: يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين، وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة لا نكاح بعد الموت، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها العرفي من الهالك، إضافة إلى سماع شهادة الشهود طبقوا صحيح القانون[1].

المبحث الثاني: إجراءات السير في دعوى إثبات الزواج العرفي وتسجيله

رغم اشتراط المشرع صراحة تسجيل عقد الزواج لدى المصالح المختصة إلا أن بعض الأطراف لا يعملون بهذا الشرط ويعقدون زواجهم بطريقة تقليدية دون تسجيله أي بطريقة عرفية. وتماشيا مع مسألة تسجيل الزواج حاول المشرع معالجة عقود الزواج العرفية وذلك بسنه لمجموعة من النصوص القانونية، التي تلزم الأشخاص الذي يغفلون تسجيل زواجهم بالتقدم إلى الجهات القضائية لاستصدار حكم تسجيل عقودهم في سجلات الحالة المدنية.

وهذا التسجيل يتطلب اتباع إجراءات قانونية خاصة تختلف باختلاف مكان إبرام العقد وباختلاف الفترة الزمنية التي أبرم فيها وتختلف أيضا في حالة ما إذا كان هذا الزواج العرفي متنازع فيه أو غير متنازع فيه بين أطرافه.

وهذا ما يتعين علينا شرحه في هذا المبحث، وسنتطرق في المطلب الأول لتسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه، وفي المطلب الثاني تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه.

المطلب الأول: تسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه

في حالة وقوع نزاع على واقعة الزواج بين زوجين وبين من لهم مصلحة شرعية وقانونية في ذلك وكان أحد الأطراف يدعي قيام الزواج في الشريعة والقانون والآخر ينفي ذلك ويطعن في صحته، فالطريق الوحيد التي يتبعها المدعي لإثبات ما يدعيه هو إقامة

[1]- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 1998/09/23، مجلة قضائية، العدد 02، 2000، ص 173، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفق أحدث التعديلات، مرجع سابق، ص71.

دعوى إثبات الزواج أما المحكمة المختصة، وفي حالة تمكن المدعي من إثبات هذا الزواج حكمت المحكمة بقيام هذا الزواج، وعندها يصبح الحكم نهائيا ويستطيع من خلاله هذا الشخص المعني أن يستخرج نسخة عن عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية.

ودعوى إثبات الزواج العرفي تتطلب مجموعة من الإجراءات والشروط لرفعها وإجراءات أخرى حول وجود هذه الواقعة مرورا بالنيابة العامة التي لها دور في تسجيل عقد الزواج العرفي وهذا ما سنتطرق له.

الفرع الأول: اختصاصات وإجراءات رفع دعوى إثبات الزواج العرفي

كما أشرنا سابقا إلى أنه لا سبيل أمام الزوجين المتنازعين إلا اللجوء إلى القضاء ورفع دعوى قضائية لإثبات واقعة الزواج العرفي وتسجيله في سجلات الحالة المدنية لا سيما عندما يحتاج أحد الطرفين إلى إثبات الزواج العرفي من أجل الحصول على منافع قانونية له أو أولاده.

ونشير إلى أن دعوى إثبات عقد الزواج المتنازع على قيامه أو شرعيته أو قانونيته لا يختلف عن سائر الدعاوى المدنية من حيث إجراءات رفع الدعوى وكذلك ما يتعلق بأهلية المتنازعين، أما من ناحية الإختصاص فالمحكمة المختصة إقليميا هي محكمة وجود موطن المدعى عليه، أما بالنسبة للاختصاص النوعي فإنه يؤول إلى قسم شؤون الأسرة[1].

وبمباشرة دعوى إثبات الزواج العرفي يتعين على أحد طرفي النزاع أن يقوم برفع هذه الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة إقليميا وهذا يكون على عريضة في مضمونها طلب إثبات الزواج إلى قاضي شؤون الأسرة سواء كان من المدعي أو وكيله ويجب أن تتضمن هذه العريضة البيانات التالية إسم ولقب وموطن المدعي وتوقيع المدعى عليه، إسم ولقب المدعى عليه، وذكر الوقائع وطلبات المدعي وتوقيعه مع ذكر تاريخ توقيع

[1]– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د. س. ن، ص369.

العريضة، وهو تاريخ إيداعها في كتابة قسم الضبط، ويجب أن ترفق العريضة بشهادتي ميلاد للمدعي والمدعى عليه ونسخة من بطاقة هويتيهما وتصريح شرفي للشهود ويجب تبليغ العريضة للخصم عن طريق محضر قضائي بـ 20 يوم قبل تاريخ الجلسة ويم الجلسة يحضر أطراف النزاع والشهود ويأمر من القاضي بإجراء تحقيق على واقعة الزواج وسماع الشهود وأولياء الطرفين ثم توضع القضية للنظر.

وبعد أن يتم التأكد من توفر الأركان والشروط اللازمة في المادة 9 و9 مكرر فإنه يتم إصدار الحكم القاضي بتثبيت الزواج[1]، أما بالنسبة لميعاد رفع الدعوى لإثبات الزواج العرفي فهي غير محددة بمهلة قانونية مادام أن الزواج وآثاره لا تقتصر على الزوجين فقط بل تتعدى إلى ورثتهما، وعلاقة الزواج بين الطرفين تكون أبدية وآثارها مستمرة فلا تحدد بمهلة معينة[2].

وهذا ما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا حيث جاء فيه أنه: من المبادئ المستقر عليها قانونا أن دعوى إثبات الزواج غير محددة بمهلة معينة[3].

الفرع الثاني: شروط رفع دعوى إثبات الزواج العرفي

ينبغي أن تتوفر مجموعة من الشروط القانونية في الشخص الذي يرغب في اللجوء إلى القضاء بدعوى معينة وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولا: الأهلية

[1]– محمدي سيد علي وأوبلغة توفيق، المرجع السابق، ص28، ص29.

[2]– دلاندة يوسف، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، ط.، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص117.

[3]– قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1991/04/23، مجلة قضائية عدد 1993/02، ص51، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفق أحدث التعديلات، مرجع سابق، ص67.

والمقصود بها أهلية التقاضي وهي تعبير عن أهلية الأداء في المجال الإجرائي وتعني صلاحية الخصم لمباشرة الإجراءات أمام القضاء، والقاعدة العامة هي أن الشخص الطبيعي يكون أهلا للتقاضي في حال بلوغه سن 19 سنة، وهو ما نصت عليه المادة 40 من ق، م[1].

حيث نصت المادة 13 من ق. إ. م. أ فإن شرط الأهلية لا يعد شرط من شروط قبول دعوى كما هو الحال بالنسبة لشرطي الصفة والمصلحة، وإنما تعتبر الأهلية هي صلاحية شخص بمباشرة الدعوى القضائية حتى أن القانون رخص للقصر باللجوء إلى القضاء وذلك في مسائل قضايا شؤون الأسرة.

كما ينبغي أن نشير إلى أن انعدام الأهلية لا يترتب عنه عدم قبول الدعوى وإنما يؤدي إلى بطلان إجراءات التقاضي وهو ما عبرت عنه المادة 64 من ق. إ. م. إ[2].

أما بالنسبة لسن أهلية الزواج في قانون الأسرة فقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 07 محددة بتمام 19 سنة كاملة سواء بالنسبة للرجل أو المرأة، والملاحظ هذه المادة في فقرتها الأولى أن المشرع قد ساوى بين الرجل والمرأة في مسألة سن الزواج.

وأضافت الفقرة الثانية من المادة 07 على أنه يجوز للقاضي أن يمنح ترخيص للقصر قبل بلوغهم سن الزواج إذن الزواج وذلك إذا رأى مصلحة أو ضرورة في ذلك[3].

ما يمكن استخلاصه أن الاهلية في التقاضي ورفع دعوى إثبات الزواج العرفي لا تختلف عن أهلية الزواج المذكورة في المادة 07 من قانون الأسرة.

---

[1]– بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، و. س. ن، ص76.

[2]– دلاندة يوسف، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، طبعة ثانية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص22، ص23.

[3]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديدمرجع سابق، ص23، ص24.

ثانيا: الصفة

يشترط أن ترفع الدعوى من الشخص صاحب الصفة وهو صاحب الحق الذي يباشر الدعوى من أجل حماية الحق، وبمعنى آخر لابد من توافر مركز قانوني للشخص رافع الدعوى ويشترط وجود تطابق بين المركز القانوني للمدعى عليه والمركز القانوني للمعتدي على هذا الحق وعلى هذا لا يستطيع شخص رفع دعوى لحساب غيره دون أن يكون مأذونا باستعمال هذه السلطة[1].

وتتجسد صفة المتقاضي كونه على علانية مباشرة بالشيء المدعى به في الدعوى التي ترفع من طرف أحد الزوجين ضد الآخر الذي ينكرها إذا كان على قيد الحياة طبعا، أو من الزوج الباقي على قيد الحياة ضد ورثة الزوج المتوفي، أما في حالة وفاة الزوجين معا ترفع من ورثة أحد الزوجين ضد ورثة الزوج الآخر.

والصفة في دعوى إثبات الزواج باعتبارها دعوى تقريبية تثبت للورثة برمتهم وليس لأحدهم لأن تأكيد وجود الحق أو المركز القانوني لا يمكن أن يحدث آثاره إلا في مواجهة جميع أطراف الرابطة القانونية.

وننوه في الأخير إلى أن رفض المحاكم تقبل إثبات الزواج إذا رفعت من طرف أحد الورثة أو ضد أحد الورثة فقط، ولا يشترط أن يكون ضد أحدهم أو ضدهم جميعا، لأن في هذا إشكالية استحالة جمع كل الورثة أو تبليغهم كلهم[2].

ثالثا: المصلحة

لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، فالمصلحة ليست شرطا لقبول الدعوى بل هي أساس قبول أي طلب أو دفع أو طعن في حكم.

---

[1]– فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د. س. ن، ص15.

[2]– بن راهيم نور الدين، المرجع السابق، ص93.

وتتجسد المصلحة في دعوى إثبات الزواج العرفي من صاحب المصلحة وهو أحد الزوجين أو في حالة وفاتهما تكون من طرف ورثتهم فمن لهم المصلحة[1].

الفرع الثالث: كيفية إجراء تحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي

التحقيق في القضايا المدنية والتجارية والاجتماعية وغيرها يتم بتنفيذ إجراءات دعوى قائمة ثم يصدر الحكم أو يتم تأجيل القضية إذا رأى القاضي ذلك ويتم التأجيل بناء على طلب الخصوم لإعطائهم فرصة التعليق وإبداء أية ملاحظة عما دون في المحضر.

كما يمكن أن يصدر حكم لإجراء التحقيق ففي هذه الحالة ينفذ الحكم القاضي بسماع الشهود وذلك بطلب من أحد اطراف الدعوى، ويحرر محضر تحقيق يتم إيداعه لدى كتابة ضبط الجهة المصدرة للحكم ويتم إعادة السير في الدعوى بموجب عريضة ترجيح القضية بعد سماع الشهود[2].

أما بالنسبة لمسألة إثبات الزواج فلكي يتمكن القاضي من إصدار حكم سليم يتعين عليه إجراء تحقيق مسبق من أجل معرفة أن عقد الزواج المطلوب إثباته وتسجيله مستوفي لجميع الأركان والشروط الشرعية والقانونية للزواج، وإجراء تحقيق حول صحة الزواج العرفي أمر وجوبي سواء كان هذا الزواج متنازع فيه بين الأطراف أو غير متنازع فيه. ولذلك فإنه يجب على المدعي أن يقوم بإحضار الشهود الذي حضروا مجلس العقد أو على الأقل سمعوا من جماعات مستفيضة سمعا متواترا لقيام هذا الزواج بين المتنازعين ومقترنا أيضا بسماعهم بتوافر أركان هذا العقد[3].

---

[1]– فريجة حسين، المرجع السابق، ص15.

[2]– دلاندة يوسف، الوجيز في شهادة الشهود، المرجع الاسبق، ص74.

[3]– عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام المحكمة الابتدائية، مرجع سابق، ص434.

وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا أنه من المقرر شرعا أن شهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين أو شهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين[1].

وبتاريخ الجلسة التي يحضرها المدعي والمدعى عليه والشهود والولي أمام قاضي شؤون الأسرة يقوم بسماع شهادتهم كل واحد على حدة بعد يحلفهم اليمين القانونية، ثم يقوم بسماع شهادتهم التي تفيد بحضورهم لمجلس العقد أو أن الزواج مستوفي لجميع الأركان والشروط، إذا اقتنع القاضي يحكم بإثبات الزواج بأثر رجعي منذ تاريخ إبرام عقد الزواج العرفي[2].

الفرع الرابع: دور النيابة في تسجيل عقد الزواج العرفي

جاء في نص المادة 03 مكرر من ق. أ: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون".

والمستخلص من مضمون هذه المادة أن المشرع الجزائري منح للنيابة العامة مركزا أصليا كطرف أصلي بصفته مدعى أو مدعي عليه وتكون لها في هذه الحالة جميع الحقوق والضمانات التي أقرها المشرع لسائر الخصوم. وعلى هذا تتولى النيابة العامة كل مسائل الأسرة في رفع أي دعوى متعلقة بالأسرة والمرتبطة بالمصلحة العامة ومصلحة المجتمع[3].

كما تتضمن المادة 22 من ق. أ: "يجب تثبيت حكم الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"، فالحكم القضائي حتى لا يبقى عرفيا يجب تسجيله في الحالة المدنية وهذا الدور نصت عليه المادة 22 لتفعيل دور النيابة العامة وذلك للحفاظ على هذا الزواج[4].

---

[1]– قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989، المجلة القضائية عدد 02، 1998، ص53.

[2]– قنيفي حمزة، مرجع سابق، ص48.

[3]– الأمر 05-08 المؤرخ في 27 فبراير 2005، والمعدل لقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

[4]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص274.

بعد صدور هذا الحكم الذي يقضي بتثبيت الزواج يتعين على المستفيد تبليغ الخصم والنيابة العامة وعند استلام وكيل الجمهورية نسخة من هذا الحكم القاضي بتثبيت الزواج ونسخة من الصيغة التنفيذية للحكم التي تسلم له من رئيس المحكمة بالإضافة إلى شهادة عدم المعارضة والتي تثبت أنه لم تقع أي معارضة في الحكم، فوكيل الجمهورية يقوم بمراسلة ضابط الحالة المدنية المختص ومضمون هذه المراسلة هو تنفيذ مضمون الحكم الصادر عن قسم شؤون الأسرة وهو تسجيل حكم تثبيت الزواج في سجلات الحالة المدنية[1].

وبعد اتباع هذه الإجراءات القانونية يستطيع الشخص الحصول على نسخة مستخرجة عن سجل الحالة المدنية ويثبت قانونا قيام عقد الزواج[2].

[1]– قنيفي حمزة، المرجع السابق، ص49.

[2]– بلحاج العربي، مرجع سابق، ص280.

المطلب الثاني: تسجيل عقد الزواج العرفي الغير متنازع فيه

إن عقد الزواج الغير متنازع فيه والمعترف به من كلا الزوجين ولا ينكره أي أحد منهما يتطلب إجراءات خاصة تتعلق بالتثبيت والتسجيل في الحالة المدنية، تختلف عن إجراءات تثبيت وتسجيل عقد الزواج العرفي الذي يكون أطرافه متنازعين فيه. وهذا ما سنعرضه في هذا المطلب من خلال فرعين نتناول فيهما إجراءات تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم داخر وخارج الوطن.

الفرع الأول: تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم داخل الوطن

عندما يتعلق الأمر بتسجيل زواج عرفي غير متنازع فيه يقوم الزوج أو الزوجان معا بتقديم طلب لدى وكيل الجمهورية بالمحكمة التي أبرم في دائرة اختصاصها هذا الزواج العرفي ويطلب إثباته، ويجب أن يرفق هذا الطلب بوثائق ضرورية كشهادة ميلاد الطرفين والأبناء إن وجدوا، نسخ عن بطاقة تعريف الزوجين، وشهادة العزوبة وعدم تسجيل الزواج لدى مصالح الحالة المدنية، وعلى وكيل الجمهورية إحالة الملف إلى رئيس المحكمة مقدما التماسه ويقوم هذا الأخير بدراسة الملف ولو في ذلك استدعاء الشاهدين وسماعهما بعد أداءهما اليمين القانونية مع التأكيد من توافر عناصر وأركان الزواج من رضا وصداق وولي وبعدها يأمر بثبوت الزواج وتسجيله في دفاتر في سجلات الحالة المدنية، ويسلم نسخة للمعني للسعي أمام مصلحة الحالة المدنية قصد التسجيل في سجلات عقود الزواج[1].

وهذا ما نصت عليه المادة 59 من ق. ح. م: "باستثناء ما ذكر في المادة 79 المقطع الرابع عندما لا يصرح بالعقد لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة أو تعذر قبوله أو عندما لا توجد سجلات أو فقدت لأسباب أخرى غير الأسباب الكارثية أو العمل الحربي يصار مباشرة إلى قيد عقود الولادة والزواج والوفاة بدون نفقة عن طريق صدور حكم بسيط

[1]– حسين بن الشيخ آث ملويا، الملتقى في قضايا الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص75.

من رئيس محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود او التي كان يمكن تسجيلها لافيها بناء على مجرد طلب من وكيل الدولة لهذه المحكمة بموجب عريضة مختصرة أو بالاستناد إلى كل الوثائق أو الإثباتات المادية"[1].

وزيادة على أركان الزواج التي يتطلبها القانون وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وكذلك قانون الأسرة هناك شروط أخرى تتعلق بزواج فئة معينة من الأشخاص، هذه الشروط منها ما نص عليها القانون ومنها ما نصت عليها تنظيمات داخلية:

أولا: زواج موظفي الأمن ونفس الشيء لأفراد الجيش الوطني الشعبي

إذا تعلق الأمر بزواج أحد العاملين بالجيش الوطني الشعبي فإنه يتعين بالإضافة المستندات السابقة الذكر، يجب عليه تقديم نسخة من الإذن بالزواج صادرة عن القيادة العسكرية التابعة له، وكذلك الأمر بالنسبة لرجال الشرطة والدرك الوطني والمجندين ضمن نظام الخدمة الوطنية بموجب مناشير ومراسيم خاصة سواء تلك الصادرة عن الأمن الوطني أو عن الدفاع الوطني لأنه لا يمكنهم عقد زواجهم مع أي شخص آخر سواء جزائريا أو أجنبيا إلا بعد الحصول على رخصة صادرة عن الإدارة المستخدمة، وإذا كان الزوج الآخر أجنبيا وجب أن يحصل هو الآخر على رخصة بالزواج من والي الولاية.

ومن هنا فإنه إذا تم عقد الزواج وحصل الزوج على الرخصة أو الإذن إضافة إلى توفر باقي الأركان وكان غير مسجل فينبغي على وكيل الجمهورية أن يقبل الطلب وبنفس الإجراءات السابقة يصدر رئيس المحكمة أمر بتسجيله في سجلات الحالة المدنية.

أما إذا تم الزواج العرفي بدون رخصة ورغم صحة أركانه إلا أن وكيل الجمهورية يرفض الطلب المقدم إليه لأن الطرفين خالفا أحكام تنظيمية، علقت الزواج على شروط

[1]- قانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 1 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 49، بتاريخ 20 أوت 2014.

خاصة يتعين احترامها. وهنا يتعين على المعني أن يرفع دعوى أمام قاضي الأحوال الشخصية لاستصدار حكم بتسجيل هذا الزواج العرفي في سجلات الحالة المدنية.[1]

ثانيا: بالنسبة للزواج المبرم مع الأجانب

الأجنبي في نظر القانون هو كل شخص لا يحمل الجنسية الجزائرية حتى ولو كان ينتسب للشعب الجزائري في عروبته أو ينتمي إليه في إسلامه أو يشترك معه في ديانته وسائر مقوماته، وقد صدر قرار من وزارة الداخلية بتاريخ 1980/02/11 تضمن أنه لا يجوز لضابط الحالة المدنية بالبلدية ولا للموثق بالمحكمة إبرام عقد زواج أجنبي إلا بعد الحصول على رخصة أو موافقة مكتوبة من الوالي[2].

ثالثا: بالنسبة لزواج القصر

فبالنسبة لزواج القصر فإن قانون الأسرة نص على أهلية الزواج وحدد سنه بالمادة السابعة والتي جاء فيها بأن أهلية الزواج لكل من الفتى والفتاة لا تكتمل إلا بعد بلوغ سن 19 سنة من العمر، نصت الفقرة الثانية على أنه يجوز للقاضي أن يرخص لهما أو لأحدهما بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو لضرورة متى يتأكد من قدرة الطرفين على الزواج.

ويمنح رئيس المحكمة هذه الرخصة بناء على طلب ولي القاصر أو ممثله القانوني بعد أن يحقق ويتأكد من وجود مصلحة أو ضرورة لذلك. مثل أن يكون الصغير مريض وعلاجه الزواج[3].

الفرع الثاني: تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم خارج الوطن

يتم تقييد عقود الزواج التي تبرم ببلد أجنبي خارج التراب الوطني إما بتسجيلها وفقا لقوانين البلد المضيف وفقا للإجراءات والطرق التي ينص عليها. أو يتم تسجيلها في سجلات الحالة المدنية بالسفارات أو القنصليات الجزائرية.

---

[1]– عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، ص80، ص81.

[2]– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص54.

[3]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص23، ص25.

وهذا ما جاء في نص المادة 99 من ق. ج. م: "إذا لم يسجل العقد بسبب عدم التصريح به فإنه إما أن يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة أو الحصول على حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر يقضي بتسجيله في السجلات القنصلية".

ما يمكن استخلاصه من هذه المادة أن الجزائري الذي أبرم عقد الزواج في بلد أجنبي مع جزائرية أو أجنبية يكون مخير بين أمرين إما أن يسجل عقد زواجه لدى الجهة الأجنبية وفقا لقوانينها أو إما أن يسجل عقد زواجه لدى الجهات الدبلوماسية او قنصلية جزائرية الموجودة في هذا البلد الأجنبي[1].

إن عقود الزواج التي تتم خارج التراب الوطني بين جزائريين أو بين جزائريين وأجانب وتم إغفالها، فالجهة القضائية المختصة بالنظر في إثبات عقود الزواج هي محكمة مدينة الجزائر.

وبالنسبة للإجراءات المتبعة فتكون بتقديم طلب مكتوب إلى السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة الجزائر مرفقة بشهادة ميلاد الزوجين وبذلك يتعين على وكيل الجمهورية بإعداد عريضة إلى القاضي المكلف بالحلة المدنية والذي بدوره يتولى التحقيق في الأمر فيقوم بعد ذلك بإصدار أمر بتسجيل عقد الزواج ويحتفظ بنسخة أصلية لدى أمانة الضبط ويرسل نسخة أخرى إلى مصلحة الحالة المدنية لدى وزارة الشؤون الخارجي[2].

والمشرع الجزائري منح الاختصاص لمحكمة الجزائر العاصمة حسب نص المادة 100 من ق. ح. م: يختص رئيس محكمة مدينة الجزائر بإصدار حكم بتصحيح عقود

[1]– عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، المرجع السابق، ص101، ص102.

[2]– محمدي سيد علي وأوبغلة توفيق، المرجع السابق، ص26.

الحالة المدنية الرسمية والمحررة في الخارج ضمن الأوضاع المحلية والخاصة بالجزائريين"[1].

الفرع الثالث: آثار تسجيل الزواج العرفي

إن تمكن الزوجين أو أحدهما من إثبات الزواج العرفي أمام القضاء وتسجيله لدى مصالح الحالة المدنية، فإنه يترتب على ذلك مجموعة من الآثار التي تعود على الزوجين وأبنائهما بالفائدة، وتتعدى إلى المجتمع.

أولا: بالنسبة للزوجين والأولاد

إن تسجيل الزواج يؤذي إلى تثبيت الحقوق المشتركة بين الزوجين وضمان حقوق الأبناء، وتتمثل هذه الحقوق في بعض الحقوق المالية وغير المالية:

- إن التوثيق يضمن بعض الحقوق المالية للزوجة كالمهر خاصة إذا كان مؤجلا فيحق للزوجة المطالبة به مادام أن لها وثيقة الزواج الرسمية.
- تمكن الزوجة من الحصول على النفقة بكل مشتملاتها من طعام ولباس وغطاء وكل ما تحتاج إليه في معيشتها[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 74 من ق. أ :" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بنية مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من نفس القانون". كما نصت المادة 78 من نفس القانون على مشتملات النفقة:" تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".[3]
- ثبوت حق الميراث للزوجة في حالة وفاة زوجها، كما يمكنها المطالبة بالتطليق في حال ما إذا تركها زوجها.

---

[1]- قانون رقم 14-08، المؤرخ في 09 اوت 2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 70.20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 49، بتاريخ 20 أوت 2014.

[2]- محمدي سيد علي وأوبلغة التوفيق، المرجع السابق، ص30.

[3]- الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل للقانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

- كذلك يحق للزوج أن يطالب بحقوقه في حال إخلال الزوجة بها.
- كما يعد ثبوت النسب أهم أثر يترتب على تسجيل الزواج العرفي بحيث يسهل على الزوجة رفع دعوى إثبات النسب في حال إنكار الأب لولده[1].

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا، حيث جاء فيه:

متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة، فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافق للشرع والقانون[2].

ثانيا: بالنسبة للمجتمع

إن تسجيل الزواج العرفي يرتب عدة آثار على المجتمع، تجعل منه مجتمعا حضاريا ومعاصرا لأن صلاح الأسرة يؤدي إلى صلاح المجتمع ويجعله مجتمعا خاليا من المشاكل والنزاعات. لذلك فإن أول فائدة تعود على المجتمع هي المحافظة على الأنساب وكذلك المحافظة على الكرامة الإنسانية، فتسجيل الزواج يمنع زواج المحارم واختلاط الأنساب ويقوم الروابط العائلية، كما يمنع إشاعة الفاحشة والشبهات في المجتمع وذلك تحت غطاء الزواج العرفي والتي تؤدي إلى انهيار المجتمع في تماسكه.

كما أن تسجيل عقد الزواج يساهم في تقليص عدد القضايا المرفوعة أمام القضاء وبالتالي يجعل الدولة في وضع يسهل عليها إحصاء مواطنيها وعدد الأسر مما يسمح لها بالتخطيط وإعداد المشاريع في المستقبل[3].

---

[1]- محمدي سيد علي وأوبلغة توفيق، مرجع سابق، ص31.

[2]– قرار صادر عن المحكمة العليا، ع أ ش، بتاريخ 1989/12/25، م. ق، الجزء 4، 1991، ص110، نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص66.

[3]– محمدي سيد علي، وأوبلغة توفيق، المرجع السابق، ص32.

الخاتمة

الخاتمة:

وفي ختام موضوع بحثنا المتواضع والذي تناولنا فيه الزواج العرفي وإشكالاته في القانون الجزائري، يمكننا القول بأننا توصلنا إلى النتائج التالية:

- يعتبر الزواج العرفي زواجا صحيحا من الناحية الشرعية طالما يكون متوفرا على جميع الأركان والشروط الشرعية، إلا أنه في وقتنا الحالي نجد أن حكمه يختلف بين فقهاء الشريعة فمنهم من أحله، ومنهم من كرهه، ومنهم من أفتى بتحريمه، لما فيه من هدر لحقوق الزوجين والأولاد إضافة إلى اختلاف العادات والتقاليد من منطقة لأخرى ومن بلد لآخر.
- يترتب على الزواج العرفي من الناحية الشرعية كل الآثار والحقوق التي يمكن أن تترتب على الزواج سواء بالنسبة للزوجين والأولاد أو حتى للمجتمع، إلا أنه لا يترتب على الزواج العرفي من الناحية القانونية أي آثار قانونية في مواجهة أطراف العقد، أو لأبنائهما، طالما لم يوثق هذا الزواج أمام الجهات الرسمية المختصة.
- رغم أن المشرع الجزائري سن مجموعة من القوانين لمعالجة عقود الزواج العرفية إلا أنه لم ينجح في كبح هذه الظاهرة ويرجع سبب هذا الفشل إلى عدم تحديد مدة قانونية كافية لتسجيل عقد الزواج، وكذلك ترتب أي جزاء على مخالفة شرط التسجيل.
- إن المشرع الجزائري يعتد بالبينة والإقرار واليمين كوسائل لإثبات الزواج العرفي وهذا طبقا لما هو معمول به في الشريعة الإسلامية.
- نلاحظ أن الإنكار غالبا ما يكون من طرف الزوج وقل ما يكون من طرف الزوجة، وذلك راجع لعدة أسباب منها: تهرب الزوج من تحمل اعباء المسؤولية كالنفقة على الزوجة والأولاد، إلا أن الزوجة لا سبيل لها للإنكار لأنها متضررة في أغلب الأحوال.
- أما بالنسبة لتسجيل الزواج العرفي، نلاحظ بأن المشرع الجزائري كان مصيبا في تسهيله إجراءات تسجيل الزواج العرفي، وذلك عن طريق تقديم طلب بسيط إلى رئيس

المحكمة بدون مصاريف قضائية أو رفع دعوى، وهذا الإجراء التحفيزي يراد منه دعوة الأشخاص المتزوجين عرفيا إلى تسجيل زواجهم.

- عرفنا أن للتوثيق أهمية بالغة يراد بها القضاء على الكثير من المشكلات وحفظ الحقوق والأنساب، والتقليل من ذرائع التناكر ودرئ الفساد والتلاعب بالأعراض.
- يعتبر المشرع الجزائري الزواج عقد ذو طبيعة خاصة، حيث يعتبره الأساس الذي تقوم عليه الأسرة والمجتمع لذلك سمح للأزواج الذي أغفلوا تسجيل عقود زواجهم بتدارك الأمر واللجوء إلى القضاء لتسوية وضعيتهم تجاه القانون والإدارة وذلك بتسجيل عقود زواجهم لدى مصالح الحالة المدنية ومن ثم الحصول على جميع الحقوق القانونية التي تترتب على عقد الزواج.

التوصيات:

- تكثيف الحملات على وسائل الإعلام والتي من شأنها توعية المواطنين وحثهم على تجنب هذا النوع من الزواج وتشجيعهم للإقبال على توثيق زواجهم.
- سن نصوص قانونية تتضمن عقوبات جزائية على كل من يبرم عقد الزواج العرفي وكذلك بالنسبة للأئمة الذين يبرمونه دون التأكد من تمام العقد المدني أولا.
- إلغاء بعض النصوص التي من شأنها تقييد إبرام عقد الزواج أو على الأقل تعديلها كتمديد آجال التصريح بالزواج لفترة معقولة تسمح للزوجين التصريح بعقود زواجهما.
- سن قانون يسمح للمرأة التي تعيد الزواج بالحفاظ على معاشها من زوجها الأول، وكذلك التخفيف من القيود الواردة على تعدد الزوجات لأنه كلما زادت القيود على التعدد كان سببا في انتشار الزواج العرفي.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المراجع

أولا: المصادر

1-القرآن الكريم.

ثانيا: المراجع

I- الكتب:

1- أبو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتحين، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت، د. س. ن.

2- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح الأحوال الشخصية، د. ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 1999.

3- أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، د. ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.

4- أحمد بن يوسف بن أحمد الدرويش، الزواج العرفي، حقيقته وأحكامه وأثاره والأنكحة ذات الصلة به، الطبعة الأولى، دار العاصمة للنشر والتوزيع، السعودية، 2005.

5- أحمد نجيب الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، 2008-2009.

6- المنجد في اللغة والإعلام، الجزء الأول، الطبعة 41، دار المشرق، لبنان، 2005.

7- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

8- أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.

9- بوشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د. س. ن.

10- بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02.05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2006.

11- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

12- بن حرز الله عبد القادر، خلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الاولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، د. س. ن.

13- بن ملحة الغوثي ، قانون الأسرة على ضوء الفقهاء والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطويات الجامعية، الجزائر.

14- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

15- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائرية المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

16- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.

17- دلاندة يوسف، الوجيز في شهادة الشهود، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2005.

18- دلاندة يوسف، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2009.

19- دلاندة يوسف، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2013.

20- هلال يوسف إبراهيم، أحكام الزواج العرفي، د. ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.

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

22- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، مصر، و. س. ن.

23- حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد، الزواج العرفي بين الخطر والإباحة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر 201.

24- لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2006.

25- مؤنس رشاد الدين، كلام المعاني والكلام، القاموس الكامل، دار الراتب الجامعية، الطبعة الأولى، لبنان، 2000.

26- ماهر نعيم سرور، التوثيق وآثاره في الزواج والطلاق، د. ط، الدار العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2016.

27- محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. ط، منشورات الحلب القانونية، لبنان، 2007.

28- محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الاسلامي، د .ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1997.

29- حمد فتح الله نسار، احكام وقواعد مبين الاثبات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2000.

30- ممدوح عزمي، الزواج العرفي، وصور أخرى للزواج غير الرسمي، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2011.

31- ممدوح عزمي، الزواج العرفي مع أحدث أحكام محكمة النقض، د. ط، دار الفكر الجامعي، مصر، د. س. ن.

32- نبيل ابراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار منشأة المعارف، مصر، 2000.

33- سمير عبد السيد تناغو، احكام الإلتزام والاثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009.

34-عباس العمودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

35- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د. س. ن.

36- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2008.

37- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام المحكمة الابتدائية، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2013.

38-عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، د. س، ن.

39- عبد الرزاق أحمد المنصوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

40- فارس محمد عمران، الزواج العرفي وجوه أخرى للزواج غير الرسمي، د. ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2000.

41- فريحة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د. س. ن.

II- المقالات:

1-بداوي علي، مقال عقود الزواج العرفية، بين قصور أحكام القانون متطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، العدد 02، 1999.

2- محروق كريمة، واقع الزواج العرفي في الجزائر أسبابه، مفاسده، إجراءات الحد منه، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 39، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، 2013.

3- عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، العدد الاول، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، الجزائر، 2015.

4- بن غريب رابح، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، جامعة جيجل، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018.

III- المذكرات:

1-ابراهيم نور الدين، اشكاليات الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة، قسم الحقوق. 2014-2015.

2-محمدي سيد علي وأوبلغة توفيق، إشكاليات إثبات الزواج العرفي وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبن الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016.

3-قنيفي حمزة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر بعنوان الزواج العرفي وإشكاليات إثباته بين الشريعة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016-2017.

4-بوزيد قداش، بوجلال فاطمة الزهراء، عقد الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة ليسانس، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، كلية الحقوق، 2010-2011.

IV- النصوص القانونية:

1-قانون رقم 08، 09، المؤرخ في 25فبراير 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج ر، العدد 21، بتاريخ 23 أفريل 2008.

2-أمر رقم 75-78 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، العدد 78،المؤرخ في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

3-الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل للقانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، بتاريخ 27 فيفري 2005.

4-أمر رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 1 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 49، بتاريخ 20 أوت 2014.

V- المجلات القضائية:

1-المجلة القضائية، العدد 3، 1990.

2-المجلة القضائية، العدد 4، 1991.

3-المجلة القضائية، العدد 3، 1990.

4-مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.

5-المجلة القضائية، العدد 1، 1990.

6-مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2007.

7-المجلة القضائية، العدد 2، 1993.

8-المجلة القضائية، العدد 2، 2000.

9-المجلة القضائية، العدد 2، 1992.

قائمة المحتويات

المحتويات	رقم الصفحة
الشكر	
الإهداء	
مقدمة	**أ– د**
الفصل الأول: الأحكام العامة للزواج العرفي	
تمهيد	**6**
المبحث الأول: ماهية الزواج العرفي	**7**
المطلب الأول: مفهوم الزواج العرفي	**7**
الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي	**8**
الفرع الثاني: أركان الزواج العرفي وشروطه	**11**
الفرع الثالث: التمييز بين الزواج العرفي وغيره من الأنكحة الأخرى	**23**
المطلب الثاني: أسباب الزواج العرفي وحكم اللجوء إليه	**26**
الفرع الأول: أسباب انتشار الزواج العرفي	**27**
الفرع الثاني: حكم اللجوء إلى الزواج العرفي	**32**
المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الزواج العرفي	**35**
المطلب الأول: بالنسبة للزوجين	**36**
الفرع الأول: في الشريعة الإسلامية	**36**
الفرع الثاني: في القانون الجزائري	**39**
المطلب الثاني: بالنسبة للأولاد والمجتمع	**42**
الفرع الأول: بالنسبة للأولاد	**42**
الفرع الثاني: بالنسبة للمجتمع	**44**

الفصل الثاني: إشكالية توثيق الزواج العرفي	
تمهيد	**47**
المبحث الأول: إشكالية إثبات عقد الزواج العرفي	**48**
المطلب الأول: إثبات الزواج العرفي عن طريق الإقرار	**48**
الفرع الأول: تعريف الإقرار	**48**
الفرع الثاني: شروط الإقرار	**51**
الفرع الثالث: أنواع الإقرار	**54**
الفرع الرابع : حجية الإقرار	**56**
المطلب الثاني: إثبات الزواج العرفي عن طريق البينة	**58**
الفرع الأول: تعريف البينة وأنواعها	**58**
الفرع الثاني: شروط أداء البينة	**61**
الفرع الثالث : نصاب البنية في الفقه والقانون	**65**
المطلب الثالث: إثبات الزواج العرفي عن طريق اليمين والنكول عنه	**67**
الفرع الأول: تعريف اليمين والنكول عنه	**67**
الفرع الثاني: حجية اليمين	**68**
المبحث الثاني: إجراءات السير في دعوى إثبات الزواج العرفي وتسجيله	**69**
المطلب الأول: تسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه	**69**
الفرع الأول: اختصاصات وإجراءات رفع دعوى إثبات الزواج العرفي	**70**
الفرع الثاني: شروط رفع دعوى إثبات الزواج العرفي	**71**
الفرع الثالث: كيفية إجراء تحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي	**74**
الفرع الرابع: دور النيابة في تسجيل عقد الزواج العرفي	**75**
المطلب الثاني: تسجيل عقد الزواج العرفي الغير متنازع فيه	**77**
الفرع الأول: تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم داخل الوطن	**77**

الفرع الثاني: تسجيل الزواج غير المتنازع فيه والمبرم خارج الوطن	**79**
الفرع الثالث: آثار تسجيل الزواج العرفي	**81**
الخاتمة	**84**
قائمة المراجع	**88**
قائمة المحتويات	

الملخص:

يعتبر الزواج العرفي زواجا صحيحا شرعيا إذا كان مستوفيا لجميع أركانه وشروطه ويرتب آثار على طرفي الزواج، وآثارا تتعدى ذلك لتمس الأبناء والمجتمع. غير أن هذه الآثار تختلف عن آثار الزواج الرسمي إلا في حالة تسجيل الزواج العرفي لدى المصالح المدنية ما دام أن التوثيق يعتبر شرطا لثبوت الزواج قانونا، ففي غياب التوثيق يمكن أن يتعرض عقد الزواج إلى الإنكار من طرف أحد الزوجين مما قد يؤدي إلى ضياع الحقوق خاصة في حال العجز عن إثبات الزواج بالطرق القانونية وهي الإقرار، الشهادة واليمين.

وقد بين المشرع الجزائري طرق تسوية الزواج العرفي ويكون ذلك بطريقتين إما بتقديم طلب إلى وكيل الجمهورية وهذا إذا كان الزواج العرفي غير متنازع فيه، أما إذا كان متنازع فيه فيتطلب رفع دعوى قضائية حسب الإجراءات العامة عند قاضي شؤون الأسرة وتقديم الأدلة لتثبيت هذا الزواج، وفي كلتا الحالتين يشترط المشرع وجوب تسجيل الزواج لدى مصالح الحالة المدنية.

Résumé :

Le mariage coutumier est jugé valable d'un point de vue juridique s'il remplit tous les piliers et les conditions requises. Il produit ainsi des effets sur les deux parties directes de la relation du mariage mais aussi sur la progéniture et la société. Cependant, ces effets différents de ceux engendrés par un mariage officiel sauf dans le cas d'inscription du mariage coutumier auprès des services civiles du moment que l'enregistrement fait partie des conditions requises à la validité juridique du mariage. À défaut, l'acte de mariage peut faire l'objet de nullité par un des deux époux ce qui pourrait entrainer la perte des droits surtout lorsqu'il y incapacité à le prouver par les moyens juridiques, alors la reconnaissance, le témoignage et le serment.

Le législateur algérien a arboré les moyens par lesquels le mariage coutumier se règle juridiquement. Ceci se fait de deux manières, soit par une demande adressée au Procureur de la République lorsque ce mariage ne fait pas objet de contentieux alors que lorsqu'il l'est-il est nécessaire de procéder par une action selon les règles générales auprès du juge des affaires familiales en présentant les preuves nécessaires au mariage. Dans les deux cas le législateur exige impérativement l'inscription ou l'enregistrement du mariage auprès des services de l'état civil.