

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف – المسيلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الزواج العرفي بين الفقه و القانون الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص أحوال شخصية

تحت إشراف الأستاذ:

سرايش الطاهر

إعداد الطالب:

دقيش ياسين

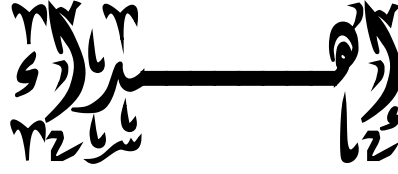
السنة الجامعية 2015/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة و خلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا و نساء و اتقوا الله الذي تساءلون به و الأرحام إن الله كان عليكم رقيبا)

سُورَةُ النِّسَاءِ

سورة النساء، الآية 01.



إلى روح جدي الطاهرة.....

و إلى القدوة الحسنة الذي غرس في نفسي الطموح و حب الرفعة إلى والدي أطل الله في
عمرهما، و إلى إختوتي و جميع أفراد أسرتي.

و إلى أستاذي الدكتور سرايش الطاهر

الأستاذ سديد و الأستاذ حجاب .

و إلى كل من قدم لي يد العون و المساعدة أهدي إليهم جميع هذا الجهد المتواضع.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، نحمده سبحانه وتعالى ونشكره و نتوب إليه و نستغفره، و أسأله التوفيق لكل ما يحب و يرضى.

و الصلاة و السلام على خير أنبيائه و سيد أصفياه الذي أرسى دعائم المحبة بين الناس و بلغهم رسالة ربه التي قامت على نظام يؤمنون فيه على دمائهم، و أموالهم، و أعراضهم، و على آله و صحبه، و من اهتدى بهديه إلى يوم الدين وبعد.

الأسرة في الإسلام نظام شرعي فليس الزواج مجرد عقد بين رجل وامرأة على الوجه المشروع، و إنما فضلا على ذلك يعتبر ميثاقا غليظا بين الزوجين، و ذلك لقوله تعالى "و أخذنا منكم ميثاقا غليظا"¹، بل انه عقد بين أسرتين تتعدى آثاره إلى أقاربهما من خلال حرمة المصاهرة التي تعتبر كحرمة النسب في وجوب الرعاية و التقديس و البر و الإحسان.

إن أهم إرث وراثته الجزائر من حقبة الاستعمار وجود وضعية كبيرة جدا من عقود زواج غير مسجلة وبعد الاستقلال صدرت عدة نصوص تلزم المواطنين بضرورة تسجيل كل عقود الزواج التي أبرمت ولم يقع التصريح بها لدى الموظفين المؤهلين لتلقي التصريحات بعقود الزواج الشرعي في الوقت القانوني المحدد ولكن هذه الوضعية لم تنتهي رغم وجود عدة قوانين تنظمها وتحث على تسجيل عقود الزواج فإن مجمل أو معظم الدعاوى التي ترفع تتعلق بإثبات الزواج في كافة محاكم الجمهورية وتسجيل عقود الزواج بسجلات الحالة المدنية بالبلديات والتي تتطلب وقت كبير من التحقيق والدراسة ليصل إلى مبتغاه في تسجيل عقد زواجه وبذلك فإن هذه الوضعية التي يمكن تقبلها إبان عهد الاستقلال فإنه لا يمكن تقبلها في وقتنا الحالي خاصة ونحن في سنة 2016 زمن العلم والعولمة لوجود آثار لها على الحياة الأسرية وخاصة بعد إثمار هذا الزواج على إنجاب أبناء لم يسجلوا كذلك

¹ سورة النساء، الآية 21.

مما يسبب لهم الكثير من المشاكل، وتجدر الإشارة إلى أن عقد الزواج في المجتمع الجزائري كغيره في المجتمعات الإسلامية قائم على عادات وتقاليد متعارف عليها فبعد الإيجاب والقبول من الطرفين يتم الاتفاق على مقدار الصداق أمام كبار العائلتين وأهلهم وأصدقائهم وبعد ذلك يقرأ الإمام الفاتحة وهو ما يسمى في العائلات بالزواج بالفاتحة وهو ما يعرف قانونا بعقد الزواج العرفي أو المغفل وذلك لعدم تسجيله بسجلات الحالة المدنية للبلدية أو أمام الموثق أو أمام موظف القنصلية وهو المنتشر كثيرا في القرى والمدن الصغيرة وبذلك يكون الطرفين قد خالفا أحكام القانون .

إشكالية البحث:

ماهية عقد الزواج غير المسجل و أثره في المجتمع ؟ وكيف عالجه المشرع الجزائري؟ وكيف يمكن الحفاظ على حقوق الزوجين و الابناء؟

● اسباب اختيار الموضوع:

اخترت هذا الموضوع بالذات الى:

- كثرة القضايا المتعلقة بهذا الموضوع.

- قلة الكتابات و المواضيع المعالجة لهذا الموضوع.

- ما يشكله هذا الموضوع من مخاطر اتجاه الاسرة و المجتمع.

● المنهج المتبع:

لقد اتبعت في كتابة بحثي الى المنهج الاستقرائي (الاستدلالي) اساسا عن طريق تتبع الآراء الفقهية في مختلف المذاهب وكذا النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية من اجل الوصول الى مدى امكانية ترتيب الزواج العرفي بآثاره و طرق اثباته في الحالات المعروضة، كما قمت باستقراء ما ورد في قانون الاسرة الجزائري لا سيما التعديل الجديد له ، كما استعنت بالمنهج الوصفي التحليلي كونهما الأنسب لمثل هذه الدراسات المعتمدة اساسا على تحليل آراء الفقهاء واستنتاج النصوص القانونية والاحكام القضائية.

6. صعوبات البحث:

- في سبيل هذا البحث تعرضت الى مجموعة من الصعوبات هي:
- قلة وندرة الدراسات التي تطرقت الى معالجة موضوع اشكالات الزواج العرفي.
- الاختلاف الكبير و الجدل الواسع الموجود بين الفقهاء والقانونيين حول هذا الموضوع
- مما وضعني في دائرة واسعة وصعبة في انتقاء المعلومات.

• الدراسات السابقة:

من خلال بحثي في جمع المعلومات من اجل معالجة موضوع الزواج العرفي لم اجد اي مرجع معتمد او متخصص في النظر في هذا الموضوع بالذات، اما بالنسبة للمراجع العامة التي تناولت عقد الزواج من اركان و شروط و اثار فكانت متوفرة الا ما عدا دراسة أكاديمية عبارة عن رسالة ماجستير، و التي تطرقت الى هذا الموضوع بصفة عامة بعنوان (إجراءات عقد الزواج الرسمي و طرق اثباته ومشكلة الاثبات في الزواج العرفي) (الطالبة معزوز دليلة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون. وكذلك رسالة ليسانس كلاسيك والتي جاءت بعنوان (الزواج العرفي و ادلة اثباته في قانون الاسرة الجزائري) للطالبتين حوحو مليكة و حوحو شافية جامعة محمد خيضر بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية.

الخطوة المتبعة:

قمت بدراسة و معالجة هذا البحث بإتباع خطوات المنهجية العلمية فقسمت بحثي إلى فصلين أساسيين. و تناولت في الفصل الأول مفهوم الزواج العرفي بين الفقه و القانون الجزائري في ثلاث مباحث الأول مفهوم الزواج العرفي و بعض الأنكحة ذات الصلة به و الثاني حكم الزواج العرفي و أركانه وشروطه و الثالث تناولت آثار عقد الزواج العرفي.

أما الفصل الثاني فخصصته إلى تحرير و تسجيل و إثبات عقد الزواج العرفي في القانون الجزائري و فيه مبحثين الأول يتضمن : إثبات عقد الزواج العرفي و الثاني إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي. و أنهيت الدراسة بخاتمة تضمنت أهم النتائج و التوصيات.

خطة موجزة للبحث:

- الفصل الأول: مفهوم الزواج العرفي و آثاره.
- المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي و بعض الأنكحة ذات الصلة بالزواج العرفي.
- المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي.
- المطلب الثاني : الأنكحة ذات الصلة بالزواج العرفي.
- المبحث الثاني : حكم الزواج العرفي و أركانه وشروطه.
- المطلب الأول : حكم الزواج العرفي.
- المطلب الثاني : أركان و شروط الزواج العرفي.
- المبحث الثالث: آثار عقد الزواج العرفي.
- المطلب الأول: آثار الزواج العرفي بالنسبة للزوجين.
- المطلب الثاني: آثار الزواج العرفي بالنسبة للأولاد.
- المطلب الثالث: آثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للمجتمع.
- الفصل الثاني: تحرير و تسجيل و إثبات عقد الزواج العرفي في القانون الجزائري.
- المبحث الأول: إثبات عقد الزواج العرفي.
- المطلب الأول: إثبات عقد الزواج العرفي عن طريق الإقرار.
- المطلب الثاني: إثبات عقد الزواج العرفي عن طريق البينة (الشهادة).
- المطلب الثالث: إثبات الزواج العرفي بالنكول عن اليمين.
- المبحث الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي.
- المطلب الأول: الجهة المختصة بتسجيل عقد الزواج وشروط و إجراءات تسجيله.
- المطلب الثاني: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه.
- المطلب الثالث: إجراءات تسجيل عقد الزواج.
- الخاتمة.

الفصل الأول: مفهوم الزواج العرفي و آثاره

قمت بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث في المبحث الأول تطرقنا إلى مفهوم الزواج العرفي و بعض الأنكحة ذات الصلة به و في المبحث الثاني سنتكلم عن حكم الزواج العرفي و أركانه و شروطه أما المبحث الثالث فتحدثنا عن آثار عقد الزواج العرفي.

الزواج هو عقد يتم دون شكليات ، و يكون صحيحا متى توافرت أركانه الشرعية ، غير أنه يستوجب إعلان الزواج و لا يشترط لصحة العقد تحرير الوثيقة المثبتة له في مجلس العقد بل الوثيقة جعلت دليلا كتابيا على وجود الزواج و عليه يمكن القول مبدئيا بأن الزواج العرفي هو زواج تم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية و القانون يتوافر على جميع أركانه و شروطه الشرعية و القانونية، غير أنه لم يتم شهره و تسجيله بسجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانونا، و هي في القانون الجزائري ثلاثة أيام تبدأ من تاريخ انعقاد العقد عندما يبرم الزواج داخل التراب الوطني و مدة سنة عندما يبرم الزواج بين الجزائريين المقيمين في بلد أجنبي¹.

و الزواج العرفي لا يرتب كل آثاره القانونية إلا بعد تسجيله، و عليه سنتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم الزواج العرفي و المبحث الثاني إلى آثاره.

¹ بداوي علي ، مقال عقود الزواج العرفية ، مجلة قضائية ، 2002 ، العدد 02 ، ص 154.

المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي و بعض الأنكحة ذات الصلة به.

قسمت المبحث الأول إلى ثلاث مطالب :

المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي

سأتطرق إلى تعريف الزواج العرفي لغة و اصطلاحا.

لوجود عبارة الزواج العرفي تتكون من كلمتين ارتأينا أولا إلى التعرف على مصطلح الزواج ثم نتعرف ثانيا على مصطلح العرف.

الفرع الأول الزواج في اللغة: من الزوج و هو خلاف الفرد و زوج المرأة هو بعلها و زوج الرجل امرأته، و تزوج من بيت فلان نكح فيهم¹ و لقد جاء في القرآن ما يرادف هذا المعنى في قوله تعالى: "و زوجناهم بحور عين"² أي قرناهم بهن و قوله " و إذا النفوس زوجت"³ أي إقترنت بأبدانها و أعمالها و الزوج يطلق على الذكر و الأنثى لقوله تعالى "و قلنا يا آدم أسكن أنت و زوجك الجنة"⁴.

و قوله تعالى: " و إنه خلق الزوجين الذكر و الأنثى"⁵.

أولا لعرف في اللغة: تعني في معاجم اللغة العربية فيقال عرف، يعرفه، عرفه، عرفا ومعرفة و اعترافا و هي من عرف العرفان أي العلم و رجل عروف و عروفة و يعرف الأمور و عريف القوم سيدهم، و عرف بذنبه عرفا و إعترافا و المعروف ضد المنكر كالعرف و المعروف لا يتحسن من الأفعال و عرفه طيبة و زينة العرف⁶.

¹ ابن فارس ابو الحسين احمد بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، ج 3، ط 3، مكتبة الخانجي، القاهرة، 1981ص 35.

² سورة الطور، الآية 20.

³ سورة التكويد، الآية 07.

⁴ سورة البقرة، الآية 35.

⁵ سورة النجم، الآية 45.

⁶ ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون ، ج 5 ، دار المعارف، باب العين المادة "عرف"، ص

2897-2902.

ثانيا تعريف الزواج في الإصلاح الفقهي: عرف الفقهاء الزواج بتعريفات مختلفة نوردتها في ما يلي :

- عند الحنفية هو عقد يفيد ملك المتعة قصدا¹
- عند المالكية هو عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجبة قيمتها ببينة قبله غير عالم عقدها حرمتها في الكتاب على المشهود أو الإجماع على الآخر²
- بينما عند الشافعية فهو عقد يتضمن إباحة وطئ بلفظ إنكاح و نحوه³.
- وقد وضع أبو زهرة تعريفا كاشفا لحقيقة عقد الزواج و المقصود منه حيث عرفه: عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني و تعاونهما مدى الحياة و يحدد ما لديهما من حقوق و ما عليهما من واجبات⁴ ، و هو التعريف المختار هنا لأنه يبين حقيقة و مقصد عقد الزواج من كونه عقدا غايته إسما من مجرد حل المتعة بين الزوجين أولا و هو التناسل و حفظ النوع الإنساني، أما المتعة ليست مقصودة لداتها بل لأجل التناسل لقوله تعالى " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة"⁵

ثالثا : تعريف الزواج في القانون الجزائري :

عرفت المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري الزواج بأنه "عقد رضائي يتم بين الرجل و المرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب"⁶.

¹ الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الاسلامي، ج2 ، ط2 ، القاهرة، مصر، ص94.

² احمد بن غنيم بن سالم، الفواكه الدواني على رسالة ابو زيد القيرواني، ج2 ، مطبعة السعادة، مصر، 1331هـ، ص150.

³ الشافعي، الام، ج2 ، ط2 ، دار الفكر، بيروت، 1983 ، ص15.

⁴ محمد ابو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و اثاره، ص 55 ، الموقع (www.uslamway.com).

⁵ سورة الروم، الآية 4.

⁶ المادة 4 من (قانون 84-11 المؤرخ في 09 يوليو 1984)، والمتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بأمر رقم 05-

02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية العدد 1، ص13.

- فمن خلال قراءتي لنص المادة الرابعة نستخلص أن المشرع الجزائري على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين قصدوا عقد الزواج على حل المتعة و الاستمتاع بين الزوجين رقى بالزواج إلى أسمى مراتبه و رسم له أهدافا و مقاصد يسعى لتحقيقها فمن جهة له هدف شخصي لكل من الزوجين و هو الإحصان و آخر أسري بتكوينه أسرة قائمة على المودة و الرحمة و التآلف و التعاون بين أفراد الأسرة الواحدة ، و هدف اجتماعي من كونه يساهم في استمرارية النوع الإنساني و بالتالي يحافظ على بقائه و كل ذلك في ظل نظام محكم بضوابط ثابتة لأن ترك تكوين أسرة بلا نظام و لا ضابط يترتب عليه من المفساد ما لا يحصى و لا يعد و لو وجدت ذرية لا تعرف لها أصلا و لا نسبا و لتفكك المجتمع و اختل كما هو الشأن في دول المغرب¹.

كما أن المشرع الجزائري ذكر طرفي عقد الزواج وهما الرجل و المرأة كما نص على ضرورة إحترام الشروط الشرعية و ذكر الغاية من عقد الزواج و بذلك فإن المشرع لم يتعرض إلى موضوع عقد الزواج و آثاره القانونية و لكنه ذكر الغاية منه، و لعل عذر المشرع في هذا الإغفال هو الخشية من الظن بأن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع فعدل عن ذلك إلى ذكر الغاية².

الفرع الثاني تعريف العرف في الاصطلاح: هو ما تعارفه الناس و ساروا عليه من قول أو فعل أو ترك³ و عرفوه أيضا بأنه ما أعتاده الناس و ساروا عليه في شؤون حياتهم⁴ و من هنا نخلص إلى مفهوم الزواج العرفي من خلال هذه التعريفات:

أولا تعريف الزواج العرفي:

- عرفه سليمان الأشقر بأنه : عقد لم يسجل في المحكمة و لم يجري على يد مادون و لم تصدر فيه وثيقة الزواج⁵.

¹ محمد محددة، الاحكام الاساسية في الاحوال الشخصية الخطبة و الزواج، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ص91.
² د/العربي بلحاج ، الوحيي في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، طبعة 2002 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ص31.

³ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الطبعة 9، الكويت، 1970، ص99.

⁴ عبد العزيز خياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى، 1977، ص24.

⁵ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة ، ط2، دار النفائس بيروت، ص177.

- عرفه حسن حسن منصور بأنه: زواج أفرغ في ورقة عرفية لم يتدخل الموظف العام المختص في تحريرها¹.
- عرفه محمد إبراهيم بأنه: هو زواج إكتملت فيه أركان الزواج الصحيح ، ولكنه لم يوثق من الحكومات القائمة في هذا البلد الذي تم فيه العقد².
- عرفه بدوي علي بقوله: عقد يحل رجل و امرأة أبرم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية و تم فيه الدخول بالزوجة إلى البيت الزوجية و لم يسجل في سجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانونا لذلك³.

¹ حسن حسن منصور، المحيط في مسائل الأحوال الشخصية، ط2، الاسكندرية، ص195.

² محمد أبو هيثم، ظاهرة منحرفة انتشرت باسم الزواج العرفي، 2002/02/09، مقالة مأخوذة من الأنترنت، الموقع (www.uslamway.com) تاريخ الزيارة 2016/04/03 ، ص21:00.

³ بدوي علي، مقال عقود الزواج العرفية، بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني، ص14.

المطلب الثاني : الأنكحة ذات الصلة بالزواج العرفي.

الفرع الأول زواج السر:

لبيان مفهوم زواج السر نحتاج لبيان مفهوم الزواج ثم مفهوم السر، ولما كنت قد بينت مفهوم الزواج فبقي أن أبين مفهوم السر ثم أبين بعد ذلك مفهوم زواج السر.

أولا تعريف السر:

-تعريف السر لغة: السر خلاف الإعلان، يقال أسررت الشيء إسرا، خلاف أعلنته فهو ما أخفيته والجمع أسرار، والسريرة كالسر، وجمعها سرائر قال الليث: السر ما أسررت به، والسريرة: عمل السر من خير أو شر. والسر من ألفاظ الأضداد فيطلق على الإعلان أيضا، قال الله تعالى: "و أسروا الندامة لما رأوا العذاب"¹ أي: أظهروا الندامة²

1.تعريف السر اصطلاحا: إن المعنى الاصطلاحي للسر لا يخرج عن المعنى اللغوي فالسر هو (كل ما يكتمه الإنسان)³

2.تعريف زواج السر اصطلاحا:

لم يعرف العلماء زواج السر تعريفا حديا، ولكنهم اختلفوا في بعض المسائل المتعلقة بالنكاح من حيث وقوعها على جهة السرية أم لا؟

واختلفوا في النكاح الذي يوصى فيه الشهود بكتمان الشهادة هل هو نكاح سر أم لا؟ ومن خلال كلام العلماء هذا يمكن أن أرسم مفهوم لزواج السر فأقول زواج السر

هو (الزواج الذي يعتريه خلل في توثيقه بالبينة).

3. عند المعاصرين:

إن مفهوم زواج السر في الواقع المعاصر اختلط بالزواج العرفي، فأصبح يطلق على الزواج الذي لا يوثق لدى الجهات المختصة، إضافة لعدم الإشهاد عليه، أو الإشهاد عليه على جهة الإسرار، إضافة لخلوه عن الولي.

¹ سورة يونس: الآية (45)

² ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (67/3)، ابن منظور: لسان العرب، مادة سر(1989/3)

³ قلنجي وقنيبي: معجم لغة الفقهاء (ص:243)

الفرع الثاني الفرق بين الزواج العرفي و زواج السر:

إن الفارق بين الزواج العرفي وزواج السر هو أن الزواج العرفي في أصله يقوم على عدم التوثيق لدى السلطات المختصة، لذا فقد كانت هذه النقطة هي القاسم المشترك بين كافة صورته.

أما زواج السر فيرجع في أصله إلى إخفائه وعدم إظهاره، وهذا قد يأخذ شكلا يعود على العقد بالإخلال، أو يأخذ شكلا لا يخل بالعقد، وقد كان القاسم المشترك بين كافة صورته إخفاء النكاح وعدم إظهاره.

وأما فيما عدا ذلك فإن الزواج العرفي وزواج السر يتداخلان في المفهوم السائد في العصر الحاضر؛ فزواج السر قد لا يوثق لدى لجهات المختصة فيتداخل مع الزواج العرفي. وقد يخلو الزواج العرفي عن وجود الولي، وهذا واقع في زواج السر، وهكذا.

أولا زواج المسيار :

لقد سبق تعريف معنى الزواج لغة واصطلاحا، وسأعرف كلمة (المسيار) ثم أعرف بعد ذلك زواج المسيار في الاصطلاح، وذلك على النحو التالي:

1- تعريف المسيار:

لقد بحثت في كتب اللغة وغيرها عن كلمة مسيار فلم أجدها، وهذا مشعر بأنها كلمة عامية مأخوذة من المسير، والمسير من السير وهو الذهاب. والسيارة: القافلة، أو القوم يسرون¹.

2- تعريف المسيار اصطلاحا:

كلمة المسيار كلمة غير معروفة ولم ترد في كتب اللغة ولا في كتب الفقه، ولكن بعض البلاد أخذتها من اللغة وأرادت بها (المرور و عدم المكث الطويل)² وهذا المعنى له علاقة بالمعنى اللغوي لأن السائر لا يستمر في مكانه بل يمضي في سيره من مكان إلى غيره.

¹ ابن فارس :معجم مقاييس اللغة (مادة سير، 120/3)، ابن منظور : لسان العرب (مادة سير، 2169/3) الفيومي : المصباح المنير (مادة سير، 299/1).

² القرضاوي :فتاوى معاصرة (291/3)

- قال القرضاوي في سياق حديثه عن زواج الميسار :

(... هو إعفاء الزوج من واجب المسكن و النفقة و التسوية في القسم بينها و بين زوجته الأولى، أو زوجاته، تنازلا منها...) ¹

- عرفه الزحيلي:

(هو زواج مكتمل الأركان، و حيث يوجد الإيجاب و القبول من الطرفين، مع حضور الولي العدل، و شاهدي عدل ثقات، ذكور مسلمين بالغين عاقلين، و لكن تتنازل المرأة عن شيئين: حقها في القسم، و حقها في النفقة....) ².

الفرع الثالث الفرق بين زواج الميسار و الزواج العرفي:

إن زواج الميسار يوافق الزواج الشرعي من كل الوجوه، ويفارقه في أمر واحد وهو اقتران زواج الميسار بشرط إسقاط المرأة لبعض حقوقها؛ كالنفقة والسكنى والقسم في المبيت، وحسب ما رجحت يسقط الشرط ويصح العقد، فيكون العقد شرعيا. أما إذا لم يقترن عقد زواج الميسار بشرط إسقاط المرأة لحقها فيكون زواجا صحيحا لا يختلف عن الزواج الشرعي في شيء.

الفرع الرابع الفرق بين زواج الصديق (الفرند) و الزواج العرفي:

إن زواج الصديق يوافق الزواج العرفي من كل الوجوه، ويفارقه في أمرين:

- الأمر الأول: اقترن عقد زواج الصديق بشرط إسقاط المرأة لبعض حقوقها، ومنها السكن و النفقة.

- الثاني: اقتران عقد زواج الصديق بشرط عدم العشرة الزوجية باجتماع الزوجين في بيت واحد. وحسب ما رجحت تسقط هذه الشروط ويصح العقد، فيكون عقدا شرعيا. أما إذا جاء عقد زواج الصديق غير مقترن بأي من هذه الشروط فيكون الزواج صحيحا لا يختلف عن الزواج الشرعي في شيء.

¹ القرضاوي: فتاوى معاصرة (290/3)

² الزحيلي: فتاوى معاصرة (ص:226)

المبحث الثاني: حكم الزواج العرفي و أركانه و شروطه

المطلب الأول: حكم الزواج العرفي.

للعلماء في هذا العصر آراء عدة في الحكم الشرعي للزواج العرفي ما بين مجيز و مانع. قال الإمام محمود شلتوت: "وهو عقد قد استكمل الأركان والشروط المعتبرة شرعا في صحة العقد ، وبه تثبت جميع الحقوق من حل الاتصال ،ومن وجوب النفقة على الرجل ووجوب الطاعة على المرأة ،ونسب الأولاد من الرجل ،وهو العقد الشرعي الذي كان معهودا عند المسلمين إلى عهد قريب .وإذا كان الزواج العرفي مصحوبا بتوصية الشهود بالكتمان، فيكون من زواج السر"¹.

-ويقول عادل عبد الموجود : "الزواج العرفي هو ما تعارف عليه الناس، وإن ضبط بضوابط الشرع الحنيف .وهذا الزواج صحيح لتوافر أركانه الشرعية، ولا يختلف عن الزواج الرسمي إلا من حيث التوثيق كتابة....أما عقود الزواج التي تسمى عرفية وهي لا تدخل في إطار الزواج العرفي المشروع، بل هي غير مشروعة... فإذا عقد الزواج سرا بين رجل وامرأة من غير ولي ولا شهود فهو باطل، وإذا عقد بولي وشهود وتواصى الجميع على كتمانها فهو باطل عند مالك² ،صحيح عند الجمهور³. و إن عقد بولي من غير شهود فهو باطل عند الأئمة كلهم خلافا للإمام مالك الذي لم يشترط أثناء العقد حضور

¹ انظر، شلتوت الفتاوى ص270.

² الدسوقي حاشية الدسوقي ج 2. ص237. العبدري التاج والإكليل ج.3.ص444.الصاوي،أحمد بلغة السالك. ضبط وتحقيق محمد عبد السلام شاهين.ط1.دار الكتب العلمية بيروت 1415 هـ. 1995م.ج1.ص245.

³ الكاساني :بدائع الصنائع ج. 2. ص . 253 الماوردي :الحاوي الكبير 1419 هـ. 1999م ج. 9. ص . 59 والشيباني :الحجة. ج. 3. ص . 222 وانظر، الشيباني، أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة :اختلاف الأئمة العلماء . تحقيق السيد يوسف أحمد ط . 1 دار الكتب العلمية :بيروت 1423 هـ. 2002م ج. 2. ص127-128. انظر، الزحيلي :الوجيز في الفقه الإسلامي.ط1.دار الفكر .دمشق 1426 هـ. 2005م ج. 3. ص . 41. وانظر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية :الموسوعة الفقهية ج . 41 ص 352-353.

الشهود، مشترطا بدلا من ذلك الإعلان و الظهور، و أما الشهادة فهي واجبة عنده قبل الدخول، فإن عقد من غير ولي فهو باطل عند الثلاثة صحيح عن أبي حنيفة¹.

- و يقول أسامة الأشقر: " ان النكاح العرفي إذا عقد سرا بين رجل و امرأة من غير ولي و لا شهود فهو باطل باتفاق أهل العلم²، و إن عقد بولي و شهود و توأصى الجميع عن كتمانته فهو باطل عند المالكية³، صحيح عند باقي الأئمة⁴. و إن عقد بولي من غير شهود فهو باطل عند الأئمة كلهم، خلافا للإمام مالك الذي لا يشترط أثناء العقد حضور الشهود مشترطا بدلا من ذلك الإعلان و الظهور، أما الشهادة عنده فهي واجبة قبل الدخول على ما بينا، فإن عقد من غير ولي فهو باطل عند الثلاثة صحيح عند الحنفية⁵.

الأصل أن الزواج العرفي متى كان مستوفيا لكل شروطه الشرعية، فانه زواج صحيح يترتب عليه كل الآثار الشرعية للزواج سواءا للزوج أو الزوجة أو الأبناء. و لكن لأسباب عدة فانه قد حصل شبه إجماع لدى الفقهاء المعاصرين بأنه الزواج العرفي المستكمل لأركانه و شروط الشرعية و الغير موثق لدى الجهات المكلفة بذلك يوشك أن يكون زواجا مكروها كراهة قانونية واجتماعية ترتب الكراهة الشرعية و قد علل الفقهاء حكمهم هذا بالحجج و الأدلة الآتية:

- ان الزواج العرفي عرضة للإنكار و يؤدي إلى ضياع حقوق الزوجة الشرعية والقانونية⁶.

¹ انظر، السرخسي: المبسوط. ج. 5. ص. 108 وانظر، ابن عابدين: حاشية ابن عابدين. ج. 3. ص. 84 وانظر، الكاساني: بدائع الصنائع. ج. 2. ص. 322 وانظر. عبد الموجود: الأنكحة الفاسدة في ضوء الكتاب والسنة. ص76 - 77.

² انظر، ابن تيمية، أحمد عبد الحلیم الحراني أبا العباس: مكتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه. تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي. ط. 2. مكتبة ابن تيمية. ج. 32. ص. 102 وانظر، ابن مفلح: المبدع. ج. 3. ص33.

³ الدسوقي: حاشية الدسوقي. ج. 2. ص. 237 العبدري: التاج والإكليل. ج. 3. ص444

⁴ الكاساني: بدائع الصنائع. ج. 2. ص. 253 الماوردي: الحاوي الكبير 1419. ه. 1999. م. ج. 9. ص. 59 والشيباني: الحجة. ج. 3. ص. 222 وانظر، الشيباني: اختلاف الأئمة العلماء. ج. 2. ص. 127-128. انظر، الزحيلي: الوجيز في الفقه الإسلامي. ط. 1. دار الفكر. دمشق 1426. ه. 2005. م. ج. 3. ص. 41 وانظر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية: الموسوعة الفقهية. ج. 41. ص. 352-353.

⁵ الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق. ص. 156.

⁶ عمر سليمان الاشقر، المرجع السابق، ص 177.

- ان فيه مخالفة لأمر ولي الأمر، و طاعته واجبة، فيما ليس بمعصية، و يحقق مصلحة العباد.

كما صدر عن الفقهاء المعاصرين فتوى بتحريمه و منعه بل و منهم من دعا إلى تحريم الزواج العرفي¹.

فالعقد العرفي عبث و كثير ما تمليه الشهوات، و النزوات، فبعد عرضنا لبعض آراء الفقهاء المعاصرين في حكم الزواج العرفي يتبين لنا ضرورة تسجيل عقد الزواج أمام الجهات الرسمية المكلفة بذلك، هو واجب شرعي على كل مقبل على الزواج فمن لا يلتزم بذلك فهو اثم و إن كان العقد صحيحا تترتب عليه اثاره الشرعية.

و هذا لما يترتب على عدم توثيقه من فساد وضياع لحقوق الزوجة و الأولاد و على الآباء أن يلتزموا بأمر ولي أمرهم و لا يزوجوا بناتهم زواجا عرفيا و أن يحرصوا على توثيقه، و حماية للنظام العام، و صونا لحقوق الزوجة و الأبناء.

المطلب الثاني: أركان وشروط الزواج العرفي.

إن عقد الزواج كعقد شرعي له أركان تقوم به و تحقق ماهيته و شروط لا بد منها لأجل الاعتداد به، وقبل بياننا لهذه الأركان و الشروط نوضح أولا الفرق بين الركن و الشرط.

- **الركن:** هو الجانب القوي في الشيء لقوله تعالى " أو أوى إلى ركن شديد"²، وهو ما يتوقف الشيء على وجوده و كان جزءا من حقيقته، و قيل ركن الشيء ما يتم به وهو داخل فيه بخلاف شروطه فهو خارج عنه³.

- **الشرط:** هو ما يتوقف عليه الشيء الذي جعل شرطا له و لم يكن جزءا في حقيقته.

و قد اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد أركان الزواج، و انعكس هذا الخلاف على التشريعات و القوانين العربية بصفة عامة، و القانون الجزائري بصفة خاصة.

¹ عبد الرحيم فودة، " الزواج السري و العرفي"، مجلة لواء الاسلام، ع 02 ، السنة التاسعة عشر، 1965/02/02، مطابع مذكور و أولاده، القاهرة، مصر، ص19.

² سورة هود، الآية44.

³ الفيروز ابادي، القاموس المحيط، تر، مجد الدين محمد بن يعقوب، ج 1، المطبعة الميرية، مصر، 1301هـ-1991، مادة ركن، ص251

و بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة رقم 11-84 من (09 إلى 17) نجد أن أركان الزواج هي الرضا، الولي ، الصداق ، الشهود إلا أن هذا القانون جاء مشوبا بالعديد من التناقضات و النقائص ، حيث رتب على اختلاف هذه الأركان فسخ العقد و هذا في الحقيقة لا ينسجم من الناحية القانونية لأن الفسخ يعني أن العقد مستجمع بجميع أركانه¹.

و على ذلك يمكن القول أن في ظل قانون 11-84 كان هناك خلط واضح ما بين فكرة الركن في العقد، و ما يعتبر شرطا فيه. و هو ما حاول المشرع الجزائري تداركه من خلال التعديل الجديد في صورة الأمر رقم 02-05 والذي أبقى على ركن وحيد في عقد الزواج و هو الرضا و اعتبر الباقي شروطا له، ليضع بذلك حدا فاصلا بين ما يعد ركننا و ما يعد شرطا في عقد الزواج.

والحقيقة أن الرضا (الإيجاب و القبول) هو العنصر الذاتي في ماهية العقد، و هو ما انتهى إليه الفقه الإسلامي تسانده في ذلك أغلب التشريعات العربية.

الفرع الأول أركان الزواج:

أولا رضا الزوجين:

1- الرضا في الفقه الإسلامي:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الرضا ركن في عقد الزواج، أي أن العقد لا يقوم إلا باقتران الإيجاب بالقبول، و الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد العاقدين، أو من ينوب عنه. أما القبول فهو اللفظ الدال على الرضا الصادر من الطرف الآخر أو من ينوب عنه²، وتعدد صور التعبير عن الرضا، وهو ما يصطلح عليه في الفقه الإسلامي بالصيغة، و لا خلاف بين الفقهاء على انعقاد النكاح بلفظ الإنكاح و التزويج و مشتقاتهما، إنما يصح النكاح

¹ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية و نقدية، مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص50-51.
² د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر للطباعة و التوزيع و النشر، دمشق، الجزء السابع، ص37.

بإيجاب¹، و هو زوجتك أو أنكحتك، و قبول بأن يقول الزوج تزوجت أو نكحت أو قبلت نكاحها أو تزويجها²، لورودهما في نصوص القرآن الكريم و السنة النبوية كما في قوله تعالى "و أنكحوا الأيامى منكم"³، و قوله تعالى " فلما قضى زيد منها وطرا زوجنكها"⁴.

و لأن الحكم الأصلي للنكاح هو الإزدواج، و الملك يثبت وسيلة إليه فوجب إختصاصه بلفظ يدل على الإزدواج، و هو لفظ التزويج و الإنكاح لا غير و قوله صلى الله عليه و سلم في حديث الواهبة "فقد زوجتكها لما معك من القرآن"⁵.

- أما لفظ البيع و الهبة، الصدقة ونحوها، فقد كانت محل خلاف، فالحنفية و المالكية أجازوا عقد النكاح بهذه الألفاظ إن قامت قرينة تدل على الزواج⁶، و استدلوا بقوله تعالى " و امرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين..."⁷.
- أما الشافعية و الحنابلة فقالوا لا ينعقد الزواج إلا بلفظ النكاح أو التزويج لورودهما في القرآن الكريم، و لا يصح أن ينعقد بغيرهما من الألفاظ لأن الزواج عقد يعتبر فيه النية مع اللفظ الخاص به، فجاء في مغني المحتاج أنه لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح و التزويج، و إحتج بما قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " إتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله، و استحللتم فروجهن بكلمة الله"، قالوا و كلمة الله التي أحل بها الفروج في كتابه الكريم لفظ الإنكاح و التزويج فقط⁸.

¹ الكسائي بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت لبنان، بإشراف مكتب البحوث و الدراسات، ط1، الجزء الثاني، ص344. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية، الجزء الثاني، ص221.

² الشيخ محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، الجزء الثالث، ص139.

³ سورة النور، الآية 32.

⁴ سورة الأحزاب، الآية 37.

⁵ الإمام الحافظ ابن العربي المالكي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، مكتبة المعارف، بيروت، الجزء الخامس، ص35.

⁶ لكسائي، المرجع السابق- بدائع الصنائع ، الجزء الثاني، ص344. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد دار الفكر، مكتبة الخانجي، الجزء الثاني ، ص 04.

⁷ سورة الأحزاب، الآية 50، و هو الراجح عندهم لأن العبرة في العقود في المعاني ، لا للألفاظ والمباني.

⁸ الشربيني، المرجع السابق، مغني المحتاج الجزء الثالث، ص130.

يظهر لنا أن قول الشافعية و الحنابلة هو الأرجح وذلك في انعقاد الزواج بلفظ النكاح أو التزويج لورودهما في القرآن الكريم، أما لفظ البيع و الهبة، الصدقة، فلا ينعقد بها النكاح و إن كان الحنفية و المالكية احتجوا بقوله تعالى " خالصة لك " فهذه من خصوصيات صلى الله عليه و سلم.

و يشترط في صيغة عقد الزواج أن تكون بلفظين أحدهما للماضي، و الآخر للمستقبل، و أن تكون منجزة غير معلقة و لا مضافة إلى المستقبل فلفظ الماضي كأن يقول زوجت، و تزوجت و ما شابه ذلك، أما لفظ المستقبل كأن يقول الرجل زوجني بنتك أو قال جئتك لتزوجني بنتك، فقال الأب قد زوجتك¹.

فمن غير لفظي الماضي و المستقبل لا ينعقد العقد ما لم توجد قرينة تدل على إرادة إنشاء العقد، فإذا وجدت هذه القرينة صح العقد. فقد قال الحنفية و المالكية بأنه يصح العقد بصيغة المضارع إذا وجدت قرينة دالة على قصد إنشاء الزواج في الحال، كأن يقول الرجل للمرأة في مجلس مهياً لإجراء عقد الزواج، أتزوجك على مهر قدره كذا، فقالت أقبل، فيصح العقد. فوجود مجلس مهياً لإجراء العقد ينفي إرادة الوعد و يدل على إرادة التنفيذ².

و يسري الحكم نفسه على الصيغة بلفظ الأمر، فإذا لم توجد قرينة تدل على إرادة إنشاء العقد لم يصح العقد³، أما إذا وجدت فالفقهاء في ذلك رأيان:

- رأي الحنفية: الأصل أن العقود لا تنعقد بصيغة الأمر مطلقاً، لأن صيغته تستعمل للطلب، و الطلب لا يصح إيجاباً و لا قبولاً، فإذا قال البائع للمشتري اشترى مني هذا الشيء بكذا، وقال المشتري اشتريت، فلا ينعقد العقد، لأن البائع ينتظر من المشتري إيجاباً. إلا أنه إستثناءاً ينعقد الزواج بصيغة الأمر لما يسبقه بحيث العادة من خطبة و لاتفاق على المهر، و هي مقدمات يستدل بها على إرادة الزواج⁴.

¹ الكساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني، ص 346.

² الكساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني، ص 346. د.وهبة الزحيلي المرجع السابق- الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء السابع- ص41، 42.

³ عمر عبدالله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، القاهرة، ط4، 1963، ص59.

⁴ كمال بن الهمام، شرح فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر 1317هـ، الجزء الثاني ص344.

-أما الجمهور الفقهاء: ينعقد العقد بصيغة الأمر مطلقا متى وجدت قرينة واضحة على إنشاء العقد في الحال¹، و مثاله في عقد الزواج أن يقول الرجل لوكيل المرأة أدع الناس و الشهود لعقد الزواج، و زوجني موكلتك بمهر كذا، وقال وكيل المرأة زوجتك، فينعقد العقد تأسيسا على وجود قرينة هي دعوة الناس و الشهود لحضور العقد.

و إضافة لما سبق بيانه يشترط في الصيغة ان تكون منجزة غير معلقة و لا مضافة للمستقبل، بأن تكون قاطعة الدلالة على إنشاء العقد في الحال، ذلك أن الحقيقة الشرعية لعقد الزواج لا تحتل أن يعلق هذا العقد على أمر قد يوجد و ربما لا يوجد، أو ينشأ العقد و لا ينتج آثاره إلا في المستقبل²، و إلى جانب ذلك لابد من إتحاد مجلس العقد فلو قال الولي: زوجتك إبنتي في مجلس العقد و تأخر القبول إلى مجلس آخر أو مكان آخر لم يصح العقد.

غير أن الفقهاء اختلفوا في توقيت النطق بالقبول في المجلس الواحد فذهب الحنابلة و الحنفية إلى أن الفور ليس شرطا ما دام المجلس قائما و لم يتشاغلا بما يقطعه³، أما الشافعية و المالكية فلا يرون بأسا من الفاصل اليسير الذي لا يقطع الفور عرفا، فجاء في بداية المجتهد "أما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد فأجاز مالك التراخي اليسير⁴.

ومن الشروط أيضا أن تكون الصيغة بلفظ التأبيد أو الدوام، فلا يصح نكاح المتعة و لا النكاح المؤقت. فصيغة المتعة أن يقول الرجل أتمتع بك مدة كذا بكذا من المال، و قد قيل أن النبي صلى الله عليه وسلم سكت عنها في بداية الأمر، ثم أثبت قطعيا أنه نهى عنها حتى قيل إنه نهى عنها ست مرات في مناسبات عديدة ليؤكد النسخ و الإلغاء، و منها ما روى مسلم عن سبرة بن معبد الجهني أن غزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فتح مكة فأذن لهم في المتعة ثم نهى عنها، فقال "أيها الناس إني كنت قد أذنت لكم في الاستمتاع من

¹ أحمد الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، طبعة مصطفى البابي الحلبي، الجزء الثالث، ص02.

² الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، 2005، ص46، 47.

³ الكساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني، ص348.

⁴ ابن رشد، - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر مكتبة الخانجي الجزء الثاني، ص07.

النساء و قد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده شيء منهن فيخل سبيله و لا تأخذوا مما أتيتموهن شيئا"¹.

جاء في بداية المجتهد لابن رشد"و أما نكاح المتعة فإنه تواترت الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه إلا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم"، وقال مهوور الصحابة و التابعين إن نكاح المتعة باطل لا ينعقد أصلا بنهي النبي عنه، و لأنه لم يكن زواجا بإجماع علماء المسلمين حتى الشيعة لأنهم لا يرتبون لها حقوق الزوجة من نفقة و ميراث.

أما النكاح المؤقت : فهو الذي ينشأ بلفظ من الألفاظ التي يعقد بها عقد الزواج، ولكن بلفظ يفيد التأقيت بوقت معين محدود طال أو قصر. و قال جمهور الفقهاء ان الزواج المؤقت باطل لأنه من زواج المتعة أو على الأقل هو معناه، و لذا فإن إقتران الصيغة بما يدل على التأقيت يجعلها غير صالحة لإنشاء الزواج².

و ما يجب الإشارة إليه أن التعبير عن الرضا أو الصيغة قد يكون بعائد واحد، كما قد يكون بالإشارة أو الكتابة. فالحنفية قالوا ينعقد بعائد واحد إذا كانت له ولاية من الجانبين، سواء كانت ولايته أصلية كالولاية الثابتة بالملك أو القرابة، أو ولاية دخيلة كالولاية الثابتة بالوكالة بأن كان العائد مالكا من الجانبين كالمولى إذا زوج أمته من عبده، أو كان وليا من الجانبين كالجد إذا زوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه الصغيرة ، والأخ إذا زوج بنت أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير، أو كان أصليا ووليا كابن العم إذا زوج بنت عمه من نفسه، أو كان وكلا من الجانبين أو رسولا من الجانبين، أو كان وليا من جانب ووكيلا من جانب آخر، أو وكلت امرأة رجلا ليتزوجها من نفسه، أو وكل رجل امرأة لتزوج نفسها منه³.

¹ أنظر فتح الباري، شرح صحيح البخاري، تحقيق محي الدين الخطيب، دار الريان للتراث، القاهرة، ط1، 1987، الجزء التاسع، ص270.

² الإمام أبو زهرة، المرجع السابق الأحوال الشخصية-ص47، 48.

³ الكساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني، ص 347.

-و أجاز الشافعي أن ينعقد الزواج إذا كان وليا من الجانبين كالجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه¹، و أما المالكية فقد أجازوا لابن عم ووكيل الولي و الحاكم ان يزوج المرأة من نفسه، و استدل أصحاب انعقاد الزواج بعائد واحد لما رواه البخاري عن عبد الرحمان بن عوف لأم حكيم "أتجعلين أمرك إلي؟ قالت : نعم ، قال: فقد تزوجتك" و ما رواه أبو داود عن عقبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل " أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال: نعم، و قال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلانا؟ قالت: نعم فزوج أحدهما صاحبه"².

أما فيما يخص انعقاد الزواج بالكتابة و الإشارة فقد اتفق جمهور الفقهاء إلى عدم انعقاد النكاح بالكتابة مع القدرة على الكلام لأنها قابلة للتحريف والتبديل مع كونها غير ملزمة، فقد ينكرها صاحبها، إذ الأصل في النكاح الإعلان و الإشهار، و يكون ذلك بالكلام لا بالكتابة، و ذلك لأن اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة و لا يلجأ للكتابة إلا عند الضرورة كما أنه لا يمكن للشهود سماع كلام العاقدين في حال الكتابة.

أما في حالة غيبة أحد المتعاقدين فذهب الحنفية إلى إنعقاد النكاح بالكتابة بالنسبة للغائب دون الحاضر و ذلك بإرسال رسول، إذا حضر شاهدان عند وصول الكتاب أو الرسول لأن الكتاب من الغائب خطابه³، قال الحنفية (الكتابة من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر)، و ذلك مثل أن يكتب الرجل لخطيبته تزوجتك أو زوجيني نفسك، فقال المرأة في مجلس وصول الكتاب قبلت الزواج بحضور شاهدين صح الزواج لأن سماع الشاهدين (الإيجاب و القبول) شرط لصحة الزواج. أما المالكية و الشافعية و الحنابلة فقالوا لا ينعقد الزواج بالكتابة في غيبة أحد المتعاقدين لأن الكتابة كناية فلو قال الولي الغائب: زوجتك ابنتي أو قال زوجتها من فلان ثم كتب فبلغه الكتاب أي الخبر، فقال قبلت فلا يصح العقد عندهم⁴.

أما الإشارة فينعقد بها العقد من الأخرس وكل من لا يقدر على الكلام بسبب مرض أو خوف أو غيره من الموانع الشرعية، وذلك متى فهم منه المقصود و لا يتوقف عقد هؤلاء

¹ الكساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني، ص 347.

² دوهبة الزحيلي، المرجع السابق- الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء السابع، ص44.

³ الكساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني، ص 346.

⁴ دوهبة الزحيلي، المرجع السابق- الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء السابع، ص46.

على الكلام أو الألفاظ لأنها وسيلة يسقط إعتبارها متى تعذرت أو إستحالت إستعمالها، و الإشارة المعهود من الأخرس تنزل منزلة الكلام و تترتب عليها أحكامها. وفي ذلك يقول ابن قدامة " فأما الأخرس فإن فهمت إشارته مع نكاحه بها لأنه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة فصح بإشارته كبيعته و طلاقه و لعانه"¹، هذا إن كان أحد المتعاقدين أو كلاهما عاجزين عن الكلام و الكتابة. أما إذا كان أحدهما أو كلاهما عاجزين عن الكلام قادرين على الكتابة طلب منهما التعبير عن إرادتهما بواسطة الكتابة، و ذلك لأن الكتابة أقوى في الدلالة على المراد و أبعد عن الاحتمال من الإشارة، فالكتابة أولى من الإشارة لأنها بمنزلة الصريح في الطلاق و الإقرار و ذلك لأن الفروج لا تستباح إلا بيقين.

ثانيا الرضا في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. و يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة".

ما يتضح لنا من نص المادة أنه لا يشترط في الإيجاب أن يصدر من جانب معين، بل اللفظ الذي يقع أولا يكون إيجابا و الثاني يكون قبولا²، كما أن النكاح ينعقد بلفظ الزواج أو بأي لفظ أو عبارة أخرى تؤدي إلى نفس المعنى و توصل إلى نفس الهدف أي إذا كان الشخص عاجزا عن الكلام فيلجأ إلى التعبير عن إرادته بوسائل أخرى كالكتابة و الإشارة.

كما أن المشرع الجزائري لم يحدد لفظا و لا صيغة مخصوصة، و إنما نص أن يكون الرضا بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. و من الناحية القانونية يقتض الأمر أن تخلف أي ركن من أركان العقد فإنه سيؤدي حتما إلى بطلان العقد و هذا ما تقضي به النظرية العامة للعقد في النطاق المدني³.

¹ ابن قدامة، المغني، على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين عبد الله بن أحمد الخرقى، مكتبة زهران خلف الأزهر، مكتبة الكليات الأزهرية، الجزء السادس، ص534.

² د/العربي بلحاج، المرجع السابق- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص65.

³ و النظرية العامة للعقد تحدد كما هو معلوم ثلاثة أركان أساسية للعقد وهي الرضا و المحل و السبب و لا ينعقد العقد إلا بها كما أن تخلف واحدا منها يؤدي إلى بطلان العقد.

واخيرا يمكن القول ان يمكن القول بان القانون الجزائري اعتبر ان الركن الأساسي لعقد الزواج هو الرضا أي الإيجاب والقبول ،وهو ما ذهب اليه المذهب الحنفي.

الفرع الثاني شروط عقد الزواج:

ومما سبق فإن المشرع الجزائري سعى من خلال التعديل الجديد لقانون الأسرة إلى تحديد ما يعد ركنا في عقد الزواج وما يعد شرطا فيه. حيث نص في المادة 09 مكرر على ما يلي "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام المانع الشرعية للزواج".

و استقراء لهذا النص فإن شروط عقد الزواج هي الأهلية، و الولي، الصداق، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية. وهو ما سنتناوله بشيء من التفصيل في الفروع الآتية.

أولا: الأهلية في الزواج:

يشترط في العاقد أهلية التصرف، و هذه الأهلية تختلف باختلاف العقود و التصرفات التي يباشرها الإنسان، فمن كان أهلا لعقود المعاوضات، قد لا يكون لعقود التبرعات، ومن يكون أهلا للأخذ و التملك، قد لا يكون أهلا للإعطاء و التملك، فأهلية المتعاقدين من الشروط العامة لكل العقد¹.

1- **الأهلية في اللغة:** هي الصلاحية مطلقا، يقال: فلان أهل لهذا العقد، إذا كان صالحا للقيام به، أو لطلبه منه، أو لاستحقاقه له².

2- **الأهلية في الاصطلاح:** صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا، لثبوت الحقوق له ووجوب التزامات عليه و صحة التصرفات منه³، و عرفها محمد كمال الدين إمام بأنها " صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا للخطاب بالأحكام الشرعية".

¹ د.محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي، قواعد الفقه و نظرياته العام، دار الجامعة الجديدة، عام 2008، ص72.
² د.رمضان على الشرنباوي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، عام 2003، ص73.
³ د.محمد علي فهمي السرجاني، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ط1، عام 1977، ص120.

و تنقسم الأهلية إلى قسمين، أهلية وجوب وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، و التحمل بالالتزامات، مما يجعلها مطابقة للشخصية القانونية، حيث تدور وجودا و عدما مع الحياة لأنها تثبت لكل إنسان¹.

و أهلية أداء وهي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية، أي القدرة على التعبير بنفسه عن إرادته منتجا لأثاره القانونية في حقه و ذمته².

و لما كان الزواج عقدا كغيره من العقود ينتج آثارا و التزامات بين طرفيه، فإن الأهلية شرط لازم فيه، و هذا ما نصت عليه المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 02-05 بقولها "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:- أهلية الزواج...".

و إلى جانب الأهلية باعتبارها شرطا لا غنى عنه في العقود بصفة عامة و الزواج بصفة خاصة، فقد اشترط المشرع أن يقوم الزوجان بإجراء فحص طبي للتأكد من خلوهما من الأمراض التي من شأنها أن تؤثر على الأسرة كلبنة أساسية للمجتمع.

و على ذلك فإن دراسة مسألة الأهلية كشرط من شروط الزواج تقتضي منا بحث أهلية الزواج في كل من الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، يعقبه من ذلك الحديث عن الفحص الطبي.

¹ أو هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له و عليه، و بمعنى آخر أهلية ثبوت الأحكام في الذمة، و يطلق البعض عليها الذمة نفسها، و تقوم هذه الأهلية على صلاحية لأثار الوجوب، و بالقدرة على أداء الحقوق الواجبة، فمن لم يكن قادرا شرعا على تحمل أثر الوجوب، لا يكون أهلا للوجوب عليه، د.حسين توفيق رضا، أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، مطابع أمون، القاهرة، ط1321، 2هـ/2000م، ص23، 24.

² د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، دار النشر الجامعات المصرية، الجزء الأول-ص265. و عرفها الأصوليون أنها صلاحية الإنسان لصدور القول و الفعل منه على وجه يعتد به شرعا، أو هي كون الإنسان معتبرا فعله شرعا.

فأهلية الأداء يلزم معها وجوب أداء الحقوق التي يتوجه بها الخطاب إلى صاحب هذه الأهلية و ينشأ التكليف بمجرد تحقق مناطها، وما يكون للتكليف من سبب غير تصرف المكلف، كدخول الوقت للصلاة أو حلول وقت دفع الزكاة، فأهلية الأداء تقتصر على الحقوق المتعلقة بالأحكام التكليفية دون الأحكام الوضعية، كما تتميز من أهلية الوجوب بما في الأداء من خطاب و تكليف، بينما يقتصر الوجوب على ثبوت الحقوق للشخص أو عليه بغض نظر إلى ما ينشأ عنه هذا الثبوت من تكليف أو وضع. و مناط أهلية الأداء هو العقل، التكليف يقتضي أن يعطيه المكلف بأن يقصد إلى إمتثال مقتضاه، و لا يأتي هذا القصد إلا لمن يفهم التكليف، و هو الإنسان الذي إكتمل عقله. ومن هنا فإن الأهلية لا تثبت لغير الإنسان من جماد و حيوان، و لا لغير العاقل من الإنسان كالصبي و المجنون، لأن هذه الكائنات لا تفهم الخطاب. د. حسين توفيق، المرجع السابق- أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية و القانون المقارن- ص 27، 28.

ثانيا الأهلية في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

1.الأهلية في الفقه الإسلامي:

من شروط انعقاد الزواج أن يكون كل من العاقدين أهلا لمباشرة العقد، فالحنفية قالوا أن يكون العاقد بالغاً، وذلك لأن نكاح الصبي العاقل غير نافذ عند أبي حنيفة، حتى وإن كان نافذاً عند صاحبيه، بل يتوقف على إجازة وليه، وعند الشافعي لا تنعقد تصرفات الصبي أصلاً لأنها باطلة، و أن يكون حراً، فلا يجوز نكاح مملوك بالغ عاقل غلاً بإذن سيده، و الأصل فيه قوله صلى الله عليه و سلم "أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر"¹.

و يشترط المالكية التمييز و العقل، حتى لا يأتي لإنشاء العقد، فيخرج الصبي غير المميز و المجنون، و يزيد المالكية عن ذلك تحقق الذكورية للرجل، لأنه لا يجوز للخنثى، قال اللخمي: "لا ينكح ولا ينكح"²، و تظهر علامات البلوغ للفتى كالاختلام، و الفتاة كالحيض، حجتهم في ذلك في قوله تعالى "حتى إذا بلغوا النكاح"³ أي الاختلام، و قوله تعالى "و اللائي لم يحضن"⁴، أما زواج الصغير و الصغيرة، فهو غير جائز، إلا أهم أجازوا للولي أو الوصي تزويج ابنه الصغير أو الصغيرة، وذلك لأن العقد موقوف على إجازة الولي أو الوصي مثل البيع⁵.

أما الشافعية و الحنابلة قالوا أنه ليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه، لأن للأب و الوصي ولاية الإيجاب سواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن. و قال القاضي في الجرد للحاكم تزويجه لأنه يلي ماله، أما المعتوه و المجنون فلهما نفس الحكم بالنسبة للصغير⁶.

¹ الكاساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني- ص350.

² وذلك لأنه يتأخر عن صفوف الرجال، و يتقدم على النساء، القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، الجزء الرابع، ص203، 204.

³ الآية 05 من سورة النساء.

⁴ الآية 04 -من سورة الطلاق.

⁵ القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت ط1، عام1994، الجزء الرابع-ص206.

⁶ الشربني، المرجع السابق- مغني المحتاج، الجزء الثالث- ص160. ابن قدامة، المرجع السابق- المغني ويليهِ الشرح الكبير، الجزء السابع ص292، 293.

و أخيرا يمكن القول أن أهلية الزواج عند جمهور الفقهاء تظهر بعلامات توجد في الفتى كالاحتلام، و في الفتاة كالحيض¹. أما الزواج الصبي المميز فينعقد الزواج و لكنه موقوف على إجازة الولي.

2. الأهلية في قانون الأسرة الجزائري :

في ظل قانون الأسرة رقم 84-11 لم تكن مسألة الأهلية منسجمة ما بين القانون المدني و قانون الأسرة. حيث نصت المادة 40 من القانون المدني أن سن الرشد هو 19 سنة²، فإذا أتم الشخص هذا السن و كان خلوا من عيوب الأهلية فيجوز له القيام بجميع التصرفات القانونية. أما قانون الأسرة رقم 84-11 فقد نص في المادة 07 على أن "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة و للمرأة 18 سنة. و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة".

و نتيجة لذلك فإن الشخص قد يبلغ سن الرشد طبقا للقانون المدني في حين أنه غير مؤهل للزواج طبقا لقانون الأسرة، كما أن المرأة تكون كاملة الأهلية وفقا لقانون الأسرة دون أن تبلغ سن الرشد المدني، و لعل المشرع راعى في ذلك مدى قدرة الزوج على تحمل المسؤولية و كذا تكاليف و مطالب الحياة الزوجية، مع مراعاة مسائل النمو الديمغرافي في الجزائر³.

غير التعديل الجديد أعاد التوازن بين القانون المدني و قانون الأسرة.

حيث نصت المادة 07 منه على انه "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي إن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين

¹ أما بالنسبة لمعيار السن ففي ذلك رأيين، فقد ذهب الشافعية و الحنابلة، و أبو يوسف و محمد من الحنفية، و ابن وهب من المالكية إلى أن سن البلوغ ب15 سنة سواء بالنسبة للذكر أو الأنثى، أما الرأي الثاني فيرى أن من بلغ سن 18 سنة اعتبر بالغاً، وذهب على ذلك المالكية في المشهور، و هو ما ذهب إليه أبو حنيفة، غير أنه حدد بلوغ الفتى ب19 سنة، أما الأنثى ب18 سنة. الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332هـ، الجزء الخامس، ص 191. د. احمد فراج حسين، الولاية على النفس، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة و القانون جامعة الأزهر، 1971م، ص 106 و ما بعدها.

² تنص المادة 40 من القانون المدني بقولها "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

³ د. بلحاج العربي، المرجع السابق -الوجيز في شرح قانون الأسرة- ص 62.

على الزواج. يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات"¹.

فقد ساوى المشرع بين الجنسين من حيث سن الرشد و هو بلوغ سن 19 سنة، و هو مطابق لنص المادة 40 من القانون المدني، فضلا عن ذلك فإن تحديد سن أهلية الزواج بـ 19 سنة لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية².

كما منح القاضي سلطة تقديرية في أن يرخص بالزواج قبل بلوغ هذا السن متى كان ذلك لمصلحة أو ضرورة، مع قدرة الطرفين على الزواج³، ولكنه لم يحدد الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي النزول عنه، و نعتقد أنه لا يمكن في جميع الأحوال النزول عن سن التمييز و المحدد بـ 13 سنة⁴.

و أخيرا يمكن القول بان المشرع الجزائري بتوحيده لسن الزواج بـ 19 سنة بعدما كان 18 سنة للمرأة و 21 سنة للرجل ضربا من ضروب المساواة بين الجنسين و التي شهدتها التشريع الجزائري لأول مرة من خلال تعديل المادة 07 من قانون الأسرة الجديد.

الفرع الثاني الولاية في عقد الزواج

الولاية حق شرعي ينفذ بمقتضاه الأمر على الغير، و هي نوعان ولاية عامة و ولاية خاصة، و تنقسم هذه الأخيرة إلى ولاية على النفس و ولاية على المال، و الولاية على النفس هي المقصودة هنا، أي ولاية على النفس في التزويج.

¹ جاء في عرض الأسباب لهذه المادة أنها تقترح النص على توحيد سن الزواج بالنسبة للرجل و المرأة و تحديد 19 سنة، تطابقا سن الرشد المدني، و بالتالي تقرير سن موحد بالنسبة للرجل و المرأة من باب المساواة بينهما غير أنه أعطيت للقاضي صلاحية الترخيص بالزواج قبل ذلك لضرورة أو مصلحة و متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج و تمنح هذه المادة القاصر أيضا أهلية التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج و هو ترشيد بقوة القانون و في حدود ضيقة ترتبط فقط بعقد الزواج.

² فالبلوغ في الفقه الإسلامي لا يتحدد بسن معين، و إنما يستدل عليه بآمارات بيولوجية، أي تظهر بعلامات توجد في الفتى كالاحتلام، وفي الفتاة كالحيض.

³ و ترخيص بالزواج قبل ذلك يكون من القاضي المختص، وهو رئيس المحكمة و هذا يعني أن الشخص لا يعتبر أهلا للزواج إلا إذا بلغ السن القانوني، وهو الحد الأدنى لإمكانية الزواج، وفي عموم الأصول لا يسمح للرجل قبل بلوغ تسعة عشر سنة، ونفس الأمر للمرأة أن يتزوجا مهما كانت إمكانية قابليتها الجسدية لهذا الزواج إلا بترخيص من القاضي.

⁴ تنص المادة 42 من القانون المدني على أنه "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقدا التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز، من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة"

أولا تعريف الولي :

1.لغة: الولي ضد العدو، و الولاية هي النصرة و الولي المالك، تقول :وولي اليتيم أو القتل، بمعنى : المالك أمرهما، و الولي في اللغة هو الناصر والمعين، وولي المرأة، الذي يلي عقدها عند الزواج¹.

2.اصطلاحا : عرفه ابن عرفة بقوله " الولي من له على المرأة ملك أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"² ، و عرفه الإمام أبو زهرة " القدرة على إنشاء العقد نافذا"³. أو هي قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره جبرا عليه⁴.

ثانيا حكم الولي في الفقه الإسلامي :

ثبت الاختلاف بين المذاهب الفقهية بشأن ضرورة ركنية الولي في النكاح و عدم ركنيته، فذهب جمهور الفقهاء (المالكية، الشافعية، الحنابلة) على اعتبار الولي ركنا من أركان عقد النكاح⁵، أي أنه لا يكون نكاح إلا بولي، و يعتبر شرط صحة في عقد النكاح، وذهب الإمام أبو حنيفة إلى القول بعدم ركنية الولي، أي يصح النكاح بدون الولي إذا كان زوج كفوًا للزوجة⁶، و من هنا يمكن تقسيم الآراء الفقهية إلى الرأيين:

¹ هذا ما نصت عليه المادة 31 مكرر من القانون رقم 43 لسنة 1994 بشأن الأحوال المدنية و المضافة بمقتضى المادة 07 مكرر من القانون رقم 126 لسنة 2008 بتعديل بعض أحكام قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996، و للمزيد أنظر، د. جابر عبد الهادي، أحكام الأسرة ، الزواج-الفرقة بين الزوجين، حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، مطابع السعدني 2008م، ص 126-127.

² الرصاع أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1 عام 1993، الجزء الأول ص 241.

³ الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق- الأحوال الشخصية- ص 107.

⁴ أحمد الحصري، الأحوال الشخصية- الولاية- الوصاية الطلاق، مكتبة الكليات الأزهرية، 1347هـ، 1968م، ص 01.

⁵ الإمام النووي، المجموع شرح المذهب، طبعة دار الفكر، الجزء 16، ص146، ابن قدامة، المرجع السابق- المغني، الجزء السابع- ص 380، ابن رشد المرجع السابق، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ص 07.

⁶ الكاساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني- ص 364، 365. ابن رشد المرجع السابق، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ص 07.

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء (المالكية، الشافعية، الحنابلة) أنه لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها و لا غيرها، سواء أكانت بكرا أو ثيبا¹، و في ذلك يقول الإمام ابن جزي " فلا تعقد المرأة النكاح على نفسها و لا على غيرها بكرا كانت أو ثيبا شريفة أو دنيئة، رشيدة أو سفيهة، حرة أو أمة ، أذن لها وليها أو لم يأذن، فإن وقع فسخ قبل الدخول و بعده، و إن طال وولد، و لا حد في الدخول للشبهة، و فيه الصداق المسمى". و استدل جمهور الفقهاء بآيات القرآنية و أحاديث شريفة، فمن القرآن قوله تعالى" و لا تتكحوا المشركين حتى يؤمنوا"²، فقد جعل الله سبحانه و تعالى أمر تزويج للنساء للرجال و نهاهم عن تزويج المشركين بناتهم أو أخواتهم ما لم يسلموا، فخاطب الرجال دون النساء ليدل على العقد بأيديهم لا بأيدي النساء، وقوله تعالى "فانكحوهن بإذن أهلهن..³، فهذه الآية صريحة في اشتراط إذن الولي، فدللت الآية أنه لا يصح النكاح بدون ولي، و قوله تعالى" فلا تعضلوهن ان ينكحن أزواجهن"، فقال الشافعي رضي الله عنه أنها دليل صريح على اعتبار الولي و إلا لما كان لعضله معنى⁴.

ومن السنة النبوية : عن عائشة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل فنكاحها باطل..⁵، و عن أبي بردة عن أبيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل"⁶، فهذه الأحاديث تدل على أنه ليس للمرأة الحق في تزويج نفسها و لا غيرها، فلا بد من وجود الولي، واشترطت الأحاديث ذلك للحكم على صحة النكاح، ومعلوم بأن الشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط، فإذا لم يوجد الولي لم يصح النكاح⁷.

¹ ابن رشد المرجع السابق، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ص 07.

² البقرة، الآية 221.

³ سورة النساء، الآية 25.

⁴ الشربيني، المرجع السابق- مغني محتاج، الجزء الثالث- ص 147.

⁵ أبو محمد، سنن الدرامي، باب النهي عن الخطبة الرجل على خطبة اخيه دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، المجلد الثاني، الجزء الثاني ، ص 137، الإمام ابن العربي المالكي عارضة الاحوزي، بشرح صحيح الترميذي، مكتبة المعارف، بيروت، الجزء الخامس- ص 13.

⁶ أبو محمد، سنن الدرامي، باب النهي عن النكاح بغير ولي، ص 137، و جاء في صحيح الترميذي قوله صلى الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بولي"، الإمام ابن العربي، صحيح الترميذي الجزء الخامس- ص 26.

⁷ الشربيني، المرجع السابق- مغني محتاج، الجزء الثالث- ص 147.

و الحكمة من تشريع الولي هي من باب المساعدة و حفظ لمصالح الفتاة الصغيرة أو البكر لقلة خبرتها بأحوال الرجال، لذا أوجب الشرع اشتراط الولي معها في اختيار الزوج الأصلح، فالولاية لم تشرع في الفقه الإسلامي لاعتبار المرأة ناقصة عقل و فاقدة أهلية، فالمرأة مثل الرجل لها أهلية بدليل أن لها ذمة مالية مستقلة عن أبيها أو زوجها و أقاربها، فهي ترث و تورث، تبرم عقودها المدنية و تفسخها و لا معقب لحكمها، غير أن أمر الزواج ليست لها دراية بأمر هذا العقد الذي سماه الله " بالميثاق الغليظ" الذي إذا فشلت فيه كان سببا في الشقاوة الأبدية، و إذا نجحت كان سببا في سعادتها.

الرأي الثاني:

و هو ما ذهب إليه الحنفية خلافا لجمهور، حيث أجاز الحنفية أن تزوج المرأة نفسها أو تولي في عقد زواج غيرها من النساء و إن كان من المستحب أن يتولى عقد زواجها وليها، و لكن اشترطوا لصحة عقد النكاح الذي تتولاه المرأة بنفسها و لزومه أن يكون الزوج كفئا، و أن لا يقل المهر عن مهر المثل، فإن تزوجت بغير كفاء أو بأقل من مهر المثل فللولي حق الاعتراض على العقد¹، وهذا قول الزهري و الشعبي أيضا.

و استدل الحنفية بقوله تعالى " فلا جناح عليهما أن يتراجعا"²، أي يتناكحا أضاف النكاح إليهما من غير ذكر الولي، وقوله تعالى " و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن"³، أي أنه أضاف النكاح إليهن، فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي، و بالثاني أنه نهى الأولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا ترضى الزوجان، و النهي يقتضي تصوير المنهي عنه⁴.

و دليلهم من السنة النبوية، عن نافع بن جبير، عن ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " ليس للولي مع الثيب أمر، اليتيمة تستأمر، فصمتها إقرارها"⁵، و هذا قطع

¹ الكاساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني- ص 370.

² سورة البقرة، الآية 230.

³ سورة البقرة، الآية 232.

⁴ الكاساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني- ص 370.

⁵ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، باب ماجاء في الخلع، المطبعة المصرية بالأزهر، الجزء السادس، ص 70، 69.

ولاية الولي عنها، و قوله صلى الله عليه و سلم " الأيم أحق بنفسها من وليها"¹، يتبين لنا من هذا الحديث بأن الأيم، أي المرأة التي لا زوج لها، لها الحق في تولي أمر نفسها، و هذا يخول لها حق عقد الزواج بدون وليها، سواء أكانت بكرا أو ثيبا.

ووجه استدلال في ذلك أن المرأة صارت ولية نفسها في النكاح لما بلغته من عقل و حرية، فلا تبقى موليا عليها كالصبي العاقل إذا بلغ، و ذلك لأن ولاية الإنكاح تثبت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا، لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين و الدنيا، و قد تكون حاجة المرأة إليه حالا و مالا، غير أنها قد تعجز عن إحراز ذلك بنفسها، كما قد يكون الأب قادرا عليه بالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة ، و قدرت على التصرف في نفسها حقيقة، وفي ظل هذا تزول ولاية الغير عنها ، و تثبت الولاية لها، إذ أن النيابة الشرعية لها تثبت بطريق الضرورة، فتزول بزوالها².

ثالثا شروط الولي:

هناك بعض الشروط المتفق عليها الواجب توفرها في الولي.

أ- أن يكون مسلما في الولاية على مسلم أو مسلمة، فلا يزوج الكافر مسلمة لقوله تعالى " لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين"³، لأن غير المسلم لا يؤتمن على مصالح المسلم، و في ذلك يقول ابن قدامة " أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بإجماع أهل العلم"⁴، أما إذا تزوج مسلم كتابية، فيجوز له أن يكون وليها من أهل ملتها، و بذلك قال أبو حنيفة و الشافعي ، و قول للحنابلة⁵.

ب- أن يكون الولي بالغا، عاقلا لأن الولاية تثبت لمن يقدر على تحقيق مصالح الغير فلا تصح من شخص صغير السن و لا من مجنون و لا معتوه، لأن هؤلاء لا ولاية لهم على أنفسهم،

¹ الإمام يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، تحقيق عبد الله أحمد أبو زينة، دار الشعب القاهرة، المجلد الثالث، الجزء الثالث، ص 576. أبو محمد، المرجع السابق، سنن الدرامي، باب إستئذان، الجزء الثاني، ص 138.

² الكاساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني- ص 370.

³ سورة آل عمران، الآية 28.

⁴ ابن قدامة، المرجع السابق، المغني، الجزء السادس، ص 472.

⁵ و من الفقهاء من رأى بأن الحاكم المسلم هو الذي يزوجه، وقد ورد ذلك في قول ثان للحنابلة، للمزيد أنظر، د. نصر سلمان أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الهدى الجزائر ، ص 112.

فمن باب أولى لا ولاية لهم على غيرهم.

3. أما الشروط المختلف فيها فهي الرشد¹، و العدالة²، و الذكورة³، و عدم اختلال السمع و البصر⁴، و كذلك ولاية المحرم سواء كان إحرامه بحج أو عمرة.

رابعاً أنواع الولاية :

الولاية نوعان وهما:

1. ولاية على المال : و هي سلطة التصرف في المال، سواء أكانت قاصرة أم متعديّة، و ليست هي موضوع الدراسة.

2. ولاية على النفس: و هي سلطة إنشاء عقد الزواج و هي المقصود من هذا البحث. و الولاية على النفس قسمان، ولاية قاصرة و هي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد، وولاية متعديّة و هي سلطة تزويج الإنسان غيره جبراً عنه أو باختياره.

أ. الولاية القاصرة : اتفق جمهور العلماء على أن الولاية القاصرة على النفس تثبت للرجل البالغ العاقل، فإذا زوج نفسه ممن يريد الزواج منها، كان زواجه صحيحاً، و ليس لغيره حق الاعتراض على التصرف الذي صدر منه مادام هذ العمل مشروعاً، أما المرأة البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية لها⁵.

فيرى الحنفية أنه يثبت هذا الحق للمرأة البالغة العاقلة، و لذلك يمكن للمرأة أن تتولى زواجها بنفسها، متى كان الزوج كفئاً، والمهر مهر المثل، و لا اعتراض لأحد عليها، كما أن لها أن تزوج غيرها و استدلوا من القرآن الكريم قوله تعالى "و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن..."⁶، و قوله تعالى فإذا بلغن أجلهن فلا جناح

¹ الرشد: ذهب الإمام أبو حنيفة و أكثر أصحاب مالك أنه لا يشترط الرشد، و عليه تجوز ولاية السفیه، و ذهب الإمام مالك و الشافعي إلى اشتراط الرشد.

² العدالة: ذهب الأئمة أبو حنيفة و مالك و الشافعي في أحد قوليه و في رواية الحنابلة إلى أن الفاسق يصح له أن يكون ولياً على عقد النكاح.

³ الذكورة: اشترطه الجمهور غير الحنفية، فالمرأة لا ولاية لها عن غيرها، بينما ذهب الحنفية إلى أن المرأة البالغة العاقلة لها ولاية التزويج عن الغير إما بالولاية أو الوكالة.

⁴ ابن قدامة، المرجع السابق، المغني، الجزء السابع، ص385.

⁵ د. مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعية بيروت، 1983، ص 275، 276.

⁶ سورة البقرة، الآية 232.

عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف"¹، فهذه الآيات تدل على أن نكاح المرأة و مراجعتها و ما تفعله في نفسها بالمعروف يصدر عنها ، و يترتب آثاره من غير توقف على إذن الولي أو على ولايته.

و من السنة النبوية ما رواه ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " الأيم أحق بنفسها من وليها..."²، فيدل هذا الحديث على أن المرأة أحق من الولي في عقد زوجها.

و من هنا يمكن أن نقول أن المرأة عندما تبشر عقد زواجها بنفسها، إنما تتصرف في حق خالص لها و لا اعتراض لأحد عليها في ذلك، مادامت بالغة راشدة، و تزوجت بكفاءة، و بمهر المثل و غنما يطالب الولي بمباشرة العقد استحباباً، و صونا للمرأة من حضورها مجالس الرجال و في ذلك يقول ابن القيم "فإن البكر البالغة العاقلة الرشيدة، لا يتصرف أبوها في أقل شيء من مالها إلا برضاها، لا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، إلى من يريد هو و هي من أكره الناس فيه و هو من أبغض شيء إليها و مع هذا فينكحها إياه قهراً بغير رضاها إلى من يريده و يجعلها أسيرة عنده كما قال النبي صلى الله عليه و سلم اتقوا الله في النساء فغنهن عوان عندكم أي أسرى، و معلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها"³.

أما المالكية و الشافعية و الحنابلة و كثير من العلماء فلا يثبت عندهم للمرأة أن تزوج نفسها، ولا أن تزوج غيرها، إنما الذي يزوجه إياه وليها، و استدلوا في قولهم بقوله تعالى " و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"⁴، و من هذه الآية استنتجوا على أن سلطة التزويج للرجال و ليس النساء. و من السنة النبوية ما رواه أبو هريرة أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال " لا تزوج المرأة المرأة، و لا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج

¹ سورة البقرة، الآية 234.

² أبو محمد، المرجع السابق- سنن الدرامي، باب استئذان، الجزء الثاني- ص 138.

³ ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، المطبعة المصرية و مكتبتها، تأسست عام 1924م الجزء الرابع، ص 01.

⁴ سورة البقرة، الآية 221.

نفسها"¹، قوله صلى الله عليه و سلم " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل فنكاحها باطل..."².

ب. الولاية المتعدية :

و هي سلطة تزويج الإنسان غيره جبرا عنه، و هي نوعان :

1. ولاية إجبار: و هي التي يستبد الولي فيها بتزويج من تحت ولايته، بغير إذنه و رضاه، فولاية إجبار تثبت على الصغير أو من في حكمه بالنسبة للذكر، و تثبت للصغيرة بالنسبة للبنات سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، كما أضافوا الثيب البالغة إذا ظهر فسادها و كذا المجنونة³.

2. ولاية اختيار:

و هي التي تخول صاحبها النظر في شؤون المولى عليه بناء على اختياره و رغبته، فلا يملك بها الولي تزويج المولى عليه من غير رضاه و اختياره، و يستطيع المولى عليه أن يزوج نفسه من غير توقف على رأي الولي و رضاه، وذلك كولاية تزويج الحرة العاقلة البالغة، فإنها تملك أن تزوج نفسها بمحض اختيارها. ولكنه يستحب أن تكل أمر العقد عليها إلى وليها. فعن ذلك من المحاسن التي ينبغي أن تراعى، حفظا للمرأة من مظاهر التبذل⁴، و هي تثبت على البالغة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا. و في ذلك يقول ابن القيم: " لا تجبر البكر البالغة على النكاح و لا تزوج إلا برضاها، وهو القول ندين به و لا نعتقد سواء و هو الموافق لحكم رسول الله و أمره، ونهيه، و قواعده و شريعته و مصالح أمته"⁵.

أما من تثبت له الولاية فأغلب الفقهاء يرون بأنها تكون للأب و الجد و أضاف البعض العصبات على طريق الميراث بمعنى جميع الأقارب الأقرب فالأقرب، فإذا لم تجد العصبية

¹ محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب لانكاح إلا بولي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، الجزء الأول، ص605، الحديث رقم 1882.

² سبق تخريجه

³ الكاساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني- ص 361.

⁴ أحمد الحصري، المرجع السابق، الأحوال الشخصية، ص17.

⁵ الإمام ابن القيم، المرجع السابق- زاد المعاد، الجزء الرابع، ص01.

تنتقل الولاية إلى ذوي الأرحام و تنتهي إلى السلطان لأن السلطان و لي من لا ولي له، لقوله صلى الله عليه و سلم "... فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"¹.

خامسا موقف المشرع الجزائري من الولي:

لقد شهدت مسألة الولاية على المرأة في الجزائر نقاشا حادا و طويلا بين مختلف رجال القانون و فقهاء الشريعة و جمعيات نسوية متعددة الجهات، خصوصا في ظل تعارض نصوص قانون الأسرة رقم 84-11، وهو ما حاول المشرع تداركه من خلال التعديل الجديد.

قانون الأسرة رقم 84-11: لقد جاء هذا القانون بأحكام غير منسجمة مع بعضهما البعض بخصوص مسألة الولي في عقد الزواج. فقد نصت المادة 09 على أنه " يتم عقد الزواج برضا الزوجين، ويولي الزوجة، وشاهدين، وصادق".

فالولي طبقا لهذه المادة ركن في عقد الزواج فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها بدونه و هو ما أكدته المادة 11 من القانون نفسه بقولها " يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين، و القاضي ولي من لا ولي له".

غير أنه بالرجوع إلى المادة 32، 33 من القانون ذاته، نجد أن المشرع لا يعتبر الولي ركنا في عقد الزواج و إنما شرط صحة، فيفسخ الزواج بدونه قبل الدخول، و يثبت بعد الدخول بصادق المثل. و لا يختل الزواج إذا اختل ركن مضاف إليه، كاجتماع الولي مع الصداق أو الولي مع الشاهدين²، و قياسا على ذلك قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1989/01/02 على أنه من المقرر شرعا و قانونا أنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشريعة الإسلامية و الخطأ في تطبيق القانون غير وجيه و يستوجب رفضه ولما كان من الثابت في

¹ فتح الباري، المرجع السابق، شرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، ص97. أبو محمد، المرجع السابق، سنن الدرامي، الجزء الثاني، ص137.

² تنص المادة 32 من قانون 84-11 على أن "يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو تثبت ردة الزوج". كما تنص المادة 33 من نفس القانون على أن "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصادق المثل إذا اختل ركن واحد، و يبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".

قضية الحال. أن الشاهد صرح أنه لا يوجد المستأنف لديهم، و من جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي و الصداق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما"¹.

و من بين صور التناقض كذلك نص المادتين 12 و 13، حيث جاء في نص المادة 12 على أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها و إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن مع مراعاة الأحكام المادة 09 من هذا القانون غير أن الأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".

فقد فرق هذا النص بين البكر و الثيب من حيث سلطة التزويج، فبالنسبة للثيب فلا تدخل تحت ولاية الإجمار، فإذا رغبت بالزواج بمن هو أصلح لها فليس لوليها أن يمنعها، و للقاضي أن يأذن لها بذلك.

أما البكر فتخضع لولاية الإجمار فيكون لوليها أن يمنعها من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها. غير أن نص المادة 13 التي جاء فيها "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

فطبقا لهذا النص لا يكون للولي أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج سواء كانت ثيبا أو بكرا، و هذا متناقض تماما مع نص المادة 12 من نفس القانون.

هذا التعارض و التناقض بين النصوص في مسألة الولاية استدعى تدخلا تشريعيًا، الذي سعى المشرع من خلاله إلى تدارك النقص و رفع التعارض الذي شاب القانون رقم 84-11، حيث نص في المادة 09 مكرر على أنه "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي...".

و بذلك لم يعد الولي ركنا في عقد الزواج، و إنما شرطا من شروطه، يترتب عن تخلفه أو أي شرط آخر فسخ العقد قبل الدخول، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل.

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/01/02، ملف رقم 51107، المجلة القضائية 1992، عدد 3، ص53.

هذا المسلك يرفع التعارض بين نص المادة سالفه الذكر و نص المادة 33 التي جاء فيها " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".

كما عدلت المادة 11 و أصبحت تنص على أنه "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولاية له". إضافة إلى ذلك ألغى المادة 12.

فقد اتجه المشرع من خلال التعديل الجديد إلى اعتبار الولاية أمرا شكليا، فالمرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد، و لها أن تباشره بنفسها متى كانت راشدة "أي بلغت 19 سنة"، بل ذهب إلى أبعد من ذلك حينما جعل كل من الأشخاص أولياء للمرأة بغض النظر عن معيار القرابة، فولي هو أبها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره¹. فقد استبدل المشرع معيار القرابة بمعيار الاختيار من قبل المرأة الراشدة في نص المادة 11 العطف على الأب " أو " التي تفيد التخيير لا الترتيب فيكون لأي شخص أن يحضر العقد حتى ولو كان لهذه المرأة أب أو أخ أو أي قريب آخر.

هذا التوسع غير المبرر من طرف المشرع أدى إلى التباس الولي بالشاهد من جهة، ومن جهة أخرى لم يعد للقاضي دور في عقد الزواج الذي تباشره المرأة الراشدة، و بذلك تنتفي فوائد الولي و الحكمة من تشريعه. أما إذا كانت المرأة قاصرة لم تبلغ سن الرشد، فيجب موافقة الولي، و هو أبوها، فإن لم يوجد فأحد أقاربها الأولين حسب الترتيب الفقهي، وإذا انعدم الأقارب يتولى القاضي زواجها.

¹ د. داوي عبد القادر الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، ط1، 2008، ص119.

و أخيرا يمكن القول أن ما جاء به الأمر رقم 02-05 يعد خروجاً عن المذهب المالكي إلى المذهب الحنفي، إلا أنه لم يأخذ بالرأي الراجح لدى الحنفية هي ولاية إجبار، بينما اعتبرها قانون الأسرة الجزائري ولاية اختيار¹.

و أخيراً أود أن أشير إلى أن قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02-05 في مادته 11 فقرة أولى، جعل الولي في حق المرأة الراشدة غير معتبر قانوناً حيث إنه إذا غاب لا يشترط حضوره، و إذا حضر لا يستشار و لا فضل لحضوره على غيابه عند عقد زواج ابنته فهو بمثابة الشاهد فقط. و ذلك من خلال عبارة " أي شخص تختاره " حيث يستحسن أن تستبدل بعبارة " و القاضي ولي من لا ولي له " و هو ما كان معمولاً به في القانون رقم 84-11، و هو ما عملت به جميع المذاهب الفقهية، و جل التشريعات العربية، لأن عبارة "أي شخص آخر تختاره" تعني أنه لا يصبح للولي أي مدلول.

الفرع الثالث: الصداق في عقد الزواج

شرع الإسلام الصداق تكريماً للمرأة و بياناً لنية الرجل على شراء مودتها و حسن التقرب منها لبناء الأسرة، و لقد قامت الأدلة من الكتاب و السنة على وجوبه و هذا ما أكدته قانون الأسرة الجزائري من خلال المواد (14-15-16-17)، و من هنا سنتناول الصداق من خلال النقاط الآتية :

أولاً تعريف الصداق :

1. لغة: الصداق في اللغة مشتق من الصديق و يراد به مهر المرأة².
2. اصطلاحاً: بفتح الصاد و كسرها: ما وجب بِنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً كرضاع و رجوع شهود، سمي بذلك لإشعار بصدق رغبة باذلة في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر، و يجمع جمع قلة على أصدقة، و جمع كثرة على صدق، و له ثمانية أسماء مجموعة

¹ تنص المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "لا يجوز للولي، أباً كان أو غير، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

² ابن منظور، المرجع السابق -لسان العرب، الجزء العاشر- ص193، 197.

في قول الشاعر: صداق و مهر نحلة و فريضة حباء و أجر ثم عقر علائق¹.

أو هو ما يعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها، هو اسم للمال الذي يجب للمرأة على الرجل بعقد النكاح فهو حق خالص للمرأة تستحقه مقابل قبولها عقد النكاح و تسليمها للرجل و الانتقال إلى بيت الزوج². و بخصوص تقرير وجوبه على الزوج قوله "و آتوا النساء صدقاتهن نحلة"³، ومن السنة النبوية عن أبي سمة بن عبد الرحمان أن قال سألت عائشة زوج النبي صلى الله عليه و سلم كم كان صداق رسول الله صلى الله عليه و سلم "قالت كان صداق لأزواجه ثنتي عشر أوقية و نشا قالت أتدري ما النش قال : قلت نصف أوقية فتلك خمسمائة درهم فهذا صداق رسول الله صلى الله عليه و سلم لأزواجه"⁴.

و عرفته المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري بقولها "الصداق و ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء "

3. حكمه :

يرى المالكية أن المهر شرط من شروط صحة النكاح، و أنه لا يجوز التواطؤ على تركه، لقوله تعالى: " و آتوا النساء صدقاتهن نحلة" و قوله تعالى: " فأنكحوهن بإذن أهلهن و آتوهن أجورهن"⁵. و ذلك لأن المهر حق للمرأة يجب على الرجل دفعه عاجلا، أو يثبت عليه في ذمته كدين من الديون، فلو تزوجها بشرط ألا مهر لها فقبلت فيفسخ العقد إن وقع مثل ذلك، و لكن يجوز ترك التسمية أو السكوت عليه و عدم تحديده، لأنه يمكن اللجوء إلى مهر المثل في هذه الحالة. أما الحنفية و الشافعية و الحنابلة⁶، فيرون أن المهر هو حكم من أحكام عقد الزواج و اثر من آثاره و ليس ركنا من أركانه، و إستدلوا على ذلك بقوله تعالى: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن، أو تفرضوا عليهم فريضة"⁷، فانه

¹ الشربيني، المرجع السابق-مغني المحتاج، الجزء الثالث-ص 220.

² د.داودي عبد القدر، المرجع السابق- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية-ص143.

³ سورة النساء، الآية 04.

⁴ الإمام مسلم ابن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري أبو الحسين حافظ بشرح النووي، صحيح مسلم، تحقيق عبد الله أحمد أبو زينة، كتاب الشعب، القاهرة، المجلد الثالث، ص585.

⁵ ابن رشد، المرجع السابق- بداية المجتهد والمقتصد، الجزء الثاني- ص15.

⁶ الكاساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني- ص406.

⁷ سورة البقرة ، الآية 236.

سبحانه و تعالى رفع الجناح عن طلق في نكاح لا تسمية فيه، والطلاق لا يكون إلا بعد النكاح، و من هنا يتضح أنه يجوز النكاح بلا تسمية¹، و يجب للزوجة على زوجها مهر المثل بمجرد العقد إذا لم يسمى لها المهر، و في ذلك يقول الحنابلة "و يستحب أن لا يعرى النكاح عن تسمية الصداق لأن النبي صلى الله عليه و سلم كان يزوج بناته و غيرهن و يتزوج، فلم يكن يخلو ذلك من صداق"².

بعد عرض أدلة الفريقين يظهر لي ترجيح الرأي جمهور الفقهاء (الحنفية، الشافعية، الحنابلة) و الذين اعتبروا أن الصداق حكم من أحكام الزواج، و ليس ركنا من أركانه، وذلك لقوة أدلته، و سبب ترجيحنا هو أنه إذا تم الزواج بدون صداق، فإن عقد الزواج لا يبطل و إنما تعطى الزوجة صداق مثلاً. و من هنا يمكن اعتبار أن الصداق ليس ركنا و إنما حكما من أحكامه.

4. **مقدار المهر** : اتفق الفقهاء على عدم تحديد أكثر قيمة المهر ، و أنه يصح بكل ما تراضى عليه الطرفان مهما كان كثيراً لقوله تعالى : " و ءاتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً"³، و لكن يستحب للرجل و للمرأة على السواء أن لا يبالغوا في مقدار المهر بالزيادة و عدم التشديد على الأزواج بالمغالاة في المهر كما هو معروف بين الناس اليوم يؤدي في غالب الأحيان إلى الإعراض عن الزواج، و ليس ذلك في مصلحة المرأة.

أما في الحد الأدنى للمهر فقد اختلف فيه الفقهاء، فقد ذهب الحنفية و المالكية إلى تحديد أقل الصداق، إلا أنهم اختلفوا في الحد الأدنى، فالحنفية يرون أن أقل المهر عشرة دراهم، أو ما قيمته عشرة دراهم⁴، بينما المالكية قدروه بربع دينار ذهبي أو ما يعادله من الفضة و المقدرة بثلاثة دراهم فضية⁵، أما الشافعية فذهبوا إلى القول أن أقل الصداق ، هو أقل ما يتمول به الناس أي أقل ما له قيمة عند الناس ويمكن أن يسد بعض حاجاتهم عرفاً، و إن

¹ الكاساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني- ص407.

² ابن قدامة، المرجع السابق-المغني، الجزء السادس- ص680.

³ سورة النساء، الآية20.

⁴ الكاساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني- ص409.

⁵ أي ثلاثة دراهم كيلا من فضة أو ما ساوى الدراهم الثلاثة، يعني دراهم الكيل فقط في الشهور و قيل أو ماساوى ذلك. ابن رشد، المرجع السابق- بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الجزء -ص15.

كانوا يستحبون أن يكون مقداره ما يساوي خمسمائة درهم¹، أما الحنابلة فقالوا أنه ليست لأقله حد، و كل ما يجوز أن يكون ثمنا لشيء جاز أن يكون صداقا².

و لذا أقول بأن عقد الزواج لابد فيه من مهر سواء تمت تسميته في العقد أم لا، و هذا المهر لا تحديد لأكثره كما لا تحديد لأقله، و يصح أن يكون أي شيء، مما يدخل في معاملة الناس كأن يكون خاتما أو جهازا أو نقودا و نحو ذلك، و هذه المقادير تختلف من منطقة إلى أخرى و من بلدة إلى آخر كما أن أحوال الناس تختلف بحسب الأعراف و مستوى المعيشة.

ثانيا أنواع الصداق (المهر):

للمهر نوعان و هما :

1. **المهر المسمى:** و هو المهر المتفق عليه عند العقد أو بعده، و يستحب تسميته عند العقد و ذلك من أجل تجنب الخلاف و النزاع، و يجب المهر المسمى للمرأة بشرطين أن يكون العقد صحيحا و المسمى من المهر يصلح لأن يكون مهرا.

2. **مهر المثل:** و هو مهر مثل المرأة من قوم أبيها، كأختها أو عمتها تماثلها فيما يعتد به من صفات النساء سنا و جمالا و مالا و دينا و نحو ذلك من الصفات، و إن لم توجد من تماثلها من أسرة أبيها بما ذكرنا من الأوصاف اعتبر مهر المثل بمهر امرأة تماثلها من أسرة كأسرة أبيها³، و أصل هذه التسمية قول ابن مسعود رضي الله عنه: "لها مهر مثل نسائها"⁴، و من الحالات التي تستحق فيها المرأة صداق المثل كما هو الحال في نكاح الشغار، أو الدخول بشبهة، أو في حالة الدخول على المرأة بالعقد عليها على أن لا مهر لها. وأما ما يصلح أن يكون مهرا فهو كل مال مقوم معلوم نقدا كان أو منقولا قيميا أو مثليا أو كان منفعة يمكن تقديرها بمال، و يشترط أن تكون من الأمور المباحة و المشروعة فلا يصح أن تكون من الحرام لأن القصد من الزواج هو الحلال و لا سبيل إلى ذلك إلا بالحلال.

¹ الشافعي، الأم، دار المعرفة بيروت، ط2، 1973، الجزء الخامس، ص58.

² ابن قدامة، المرجع السابق- المغني، الجزء السادس-ص680.

³ د. كمال إمام، المرجع السابق- الزواج في الفقه الإسلامي-ص156.

⁴ سنن ابن ماجه، كتاب النكاح باب الرجل يتزوج و لا يفرض لها و يموت على ذلك، الجزء الأول، ص209.

ثالثا : موقف المشرع الجزائري من الصداق

لقد عالج المشرع الجزائري مسألة الصداق في المواد (14-15-16-17) من قانون 84-11، ففي المادة 14 أجاز أن يكون الصداق نقودا أو أي شيء مباح شرعا، و أما المادة 15 من القانون نفسه، فقد نصت على وجوب تحديد الصداق في العقد سواء أكان هذا الصداق معجلا أو مؤجلا و ذلك بقولها " يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".

أما المادة 16 فنصت على أن " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، و تستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول". ما يتضح لنا من نص هذه المادة أن الزوجة تستحق المهر بمجرد إتمام العقد، و يتأكد هذا المهر بالدخول الحقيقي بالزوجة و الخلوة الصحيحة معها، كما تستحق الزوجة المهر كله إذا توفي زوجها حتى لو قبل الدخول و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1987/03/09 بقولها" من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدخول يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق، و من ثم فإن النعي على قرار المطعون فيه بانتهاك القواعد الشرعية غير سديد و لما كان من الثالث – في قضية الحال- أن زوج المطعون ضدها توفي قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق، فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزوجة باسترجاع نصف الصداق لوفاة ابنه قبل الدخول طبقوا المبادئ الفقهية تطبيقا سليما، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن¹.

كما تستحق الزوجة نصف المهر بجملة من الشروط:

- 1- أن يكون عقد الزواج صحيحا.
- 2- أن يكون المهر المسمى (تسمية صحيحة).
- 3- أن يكون الطلاق قبل الدخول و بسبب من الزوج.

¹ المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1987-03-09، ملف رقم 35301، المجلة القضائية، عدد3، ص66.

و دليل على ذلك قوله تعالى " و إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، و قد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقد النكاح"¹، و الحكمة في ذلك هي أن الزوج هو سبب الفرقة، و هي لم تمنع من تمكينه من استيفاء حقه، و كان هذا من شأنه أن يوجب كل المهر، و بما أن حال الزوجة بكرا و لم تتغير بعد الفرقة عما كانت عليه قبل العقد، اقتضت عدم استحقاقها شيئا من المهر و بين هذا و ذاك وفق الشارع الحكيم بين الوجهتين وراعى الجانبين و أوجب على الزوج لزوجه نصف المهر.

أما المادة 17 من القانون نفسه فتعرضت لمسألة النزاع حول الصداق بين الزوجين أو ورثتهما، وذلك بقولها " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما و ليس لأحدهما بينة و كان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين و إن كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين". ففي حالة النزاع قبل الدخول بأن تدعي الزوجة عدم التسمية، أو عدم القبض، و يدعي الزوج خلافها، فيطالب بالبينة على دعواه، و إلا صدقت الزوجة بعد تحليفها إن كانت هي المدعية أو ورثتها، أما إذا كان النزاع بعد الدخول فالكلمة للزوج أو ورثته بعد تحليفهم.

ومن هنا يمكن القول بأن المنازعات التي تحدث بين الزوجين أو ورثتهما بشأن المهر تخضع للقواعد العامة للإثبات، كتقديم البينة بالكتابة، و الشهود والقرائن، و تطبيق القاعدة المعروفة بالبينة على من ادعى و اليمين على من أنكر، و المسألة تقديرية للقاضي، فيحكم فيها للزوج أو الزوجة بحسب طبيعة الأشياء، فمن الأشياء ما لا يصلح سوى للنساء، فينقضي لها بها، و من الأشياء ما يختص به الرجل دون النساء فيقضي له، أما الأشياء المشتركة فتخضع للإثبات أو اليمين.

و باستقراءنا للمواد السابقة نلاحظ أن المشرع استطاع أن يتعرض لمعظم أحكام الصداق في الشريعة الإسلامية، بل أنه وفق في تقنين أحكامه من حيث تعريفه و تكييفه و ضرورة

¹ سورة البقرة، الآية 237.

تحديده، و كيفية الفصل في النزاعات المتعلقة به، كما أنه لم يتطرق إلى نكاح التفويض¹، و إلى أحكام الخلوة و هل هي موجبة للصدّاق، كما أن المشرع أشار في المادة 33 من قانون الأسرة رقم 84-11 أنه لا صدّاق إذا تم الفسخ قبل الدخول مع تخلف الولي أو شاهدين، و يثبت بعد الدخول بصدّاق المثل، إلا أنه لم يتطرق إلى الحالات التي يسقط فيها الصدّاق بالتفصيل.

وما أراه أن المشرع الجزائري كانت أحكامه متناقضة في مسألة الصدّاق فتارة يعتبره ركنا بموجب المادة 09 من القانون 84-11، و تارة أخرى يعتبره شرط صحة يترتب عليه فسخ عقد الزواج قبل الدخول و يثبت بعد الدخول بصدّاق المثل طبقا لنص المادة 33 من القانون نفسه. إلا أن التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 05-02 أعطى موقفا صريحا و اعتبر الصدّاق شرطا لا بد من توفره في عقد الزواج، و ذلك من خلال المادة 09 مكرر بقولها "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: ...الصدّاق...".

كم أن المشرع أضاف فقرة ثانية للمادة 15 من قانون 84-11 و أصبحت المادة 15 المعدلة تنص على أن "يحدد الصدّاق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا. في حالة عدم تحديد قيمة الصدّاق، تستحق الزوجة صدّاق المثل".

ما يتضح لنا أن المادة 15 المعدلة جاءت لإكمال النقص الذي كان موجودا في حالة عدم تسمية الصدّاق و تحديده في العقد، فإن المرأة تستحق صدّاق مثيلاتها من أقاربها و أهل بلدها كما هو متعامل به عرفا ووفقا لأحكام الشريعة.

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري في تعديله الأخير لم يجعل حدا معينا ينتهي إليه الصدّاق و لا أكثره، بل ترك ذلك لتراضي الطرفين، فكل ما اتفقنا عليه يصلح أن يكون مهرا، علما أن مسألة الحد الأدنى في الصدّاق لدى أغلب المجتمع الجزائري تفوق ما ذكره الفقهاء خاصة إذا عرفنا أن كل ما يقدم للمرأة مما كان على وجه الشرط يعتبر من مكونات

¹ هو نكاح يتم فيه العقد بدون ذكر الصدّاق وهو جائز وذلك لقوله تعالى "لا جناح عليكم إذا طلقتم النساء ما لم تمسوهن و تفرضوا لهن فريضة". سورة البقرة، الآية 236.

المهر من نقود و حلي و لباس و تكاليف العرس و غيرها من العادات المنتشرة في المجتمع و التي تأخذ طابع الإلزام على الرجل¹.

و في الأخير يمكن القول بان قانون الأسرة الجزائري المعدل أخذ بما هو معمول به في معظم التشريعات العربية و ذلك باعتبار أن الركن الوحيد لعقد الزواج هو الرضا أي الصيغة، وهو القول الراجح لدى الأحناف، ومن هنا يمكن القول بأن المشرع الجزائري أخذ برأي الحنفية فيما يتعلق بالأركان و شروط عقد الزواج تاركا المذهب المالكي الذي كان معمولاً به في الجزائر من قبل.

و ما يمكن ملاحظته أن هناك اختلافا بسيطا بين قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب 02-05 و المذهب الحنفي و ذلك بالنسبة لشروط عقد الزواج، فالحنفية يشترطون بالإضافة إلى الشروط السابقة شرطا آخر و هو الكفاءة بين الزوجين و هو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري ضمن شروط عقد الزواج، بخلاف القانون المصري الذي يأخذ بالرأي الراجح لدى المذهب الحنفي في كل ما يتعلق بالنسبة لمسألة الأركان و شروط عقد الزواج.

الفرع الرابع: الشاهدين

أولاً: تعريف الشهادة وحكمتها :

الشهادة مأخوذة من المشاهدة وهي أن يخبر الإنسان بما رأى أو أدرك بأحد حواسه ، وتعد من ضمن وسائل الإثبات والبيانات عند حصول التناكر والتجاد²، وللشهادة عدة حكم منها إخراج النكاح من السرية واحتياط الأبضاع وصيانة للأنكحة من الجحود وإثبات لنسب المولود وإثبات للحقوق والواجبات الزوجية .

ثانياً : حكم الإشهاد على الزواج :

لقد اختلف الفقهاء في الشهود وتأثيرهم على وجود العقد أو عدمه ، فقال مالك أن وجودهما ضروري لنفاذ العقد وترتيب آثاره ، بينما انعقاد الزواج لا يكفي فيه مجرد وجود الشهود بل يجب إذاعة خبر الزواج ، وفي حالة سكوت الشاهدين كما لو توصيا بالكتمان فان العقد

¹ د. داودي عبد القادر، المرجع السابق- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية-ص150.

² د/ محمد محده ، المرجع السابق ، ص 284.

لا ينعقد لعدم توفر شرط الإعلان الذي هو الغاية من حضور الشاهدين ،مستدلين بقوله عليه الصلاة والسلام " أعلنوا النكاح ولو بالدف " ¹ وتكون شهادة الشهود مطلوبة عند مالك لتحقيق شرط حلية المرأة للرجل ، أما إنعقاد العقد فإنه لا يتم إلا بالإعلان ، لذلك فإن تأخر الشهود عن مجلس العقد يجعله عقدا موقوفا لا ينتج أثره إلا بالإشهاد عليه .

و لقد اعتبر المشرع الجزائري الشهادة في المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة شرطا من شروط عقد الزواج.ولكن لم يرتب على تخلف هذا الشرط البطلان بعد الدخول طبقا لنص المادة 55 من قانون الأسرة، فلو تخلف الشاهدين في عقد الزواج العرفي و لم يحصل الدخول فسخ العقد أما لو حصل الدخول ثبتت المحكمة الزواج العرفي إذا توافرت شروطه الأخرى.

الفرع الخامس: انعدام الموانع الشرعية للزواج

لقد ورد هذا الشرط في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

1. خلو المرأة من المحرمات الشرعية: من شروط انعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محلا للعقد أي لا يكون بين الزوجين من موانع الزواج لقوله تعالى " وأحل لكم ما وراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين." و المحرمات من النساء من الأحكام التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، فهي لا تقبل التغيير و لا التبديل، و ليس فيها مجال للاجتهاد ولقد أوردها المشرع في باب موانع الزواج في قانون الأسرة من المادة 23-30. و حسب المادة 23 فإن المحرمات من النساء تنقسم إلى قسمين هما :المحرمات المؤبدة و المحرمات المؤقتة.

2. المحرمات المؤبدة: هي ما كان سبب التحريم قائما و دائما لا يزول وتنحصر كما جاء في المادة 24 من قانون الأسرة في ثلاثة أسباب رئيسية و هي :القراية، المصاهرة، الرضاع. فالمحرمات بالقراية طبقا للمادة 25 هي :الأمهات، البنات، الأخوات، العمات، الخالات، بنات الأخ و بنات الأخت. و نصت المادة 24 على المحرمات بالمصاهرة و هم : أصول

¹ د / بدران أبو العينين بدران ، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ، الطبعة الثالثة،دار المعارف ، الإسكندرية،1966، ص82.

الزوجة بمجرد العقد عليها و فروعها إن حصل الدخول بها و أرا مل أو مطلقات أصول الزوج إن علوا و أرا مل أو مطلقات فروع الزوج و إن نزلوا.

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

3. **المحرمات المؤقتة** : نصت عليها المادة 30 من قانون الأسرة فيحرم الزواج معهن بصفة مؤقتة فقط، و لسبب شرعي قائم يتعلق بالزوجة، و بمجرد أن يزول السبب يحل الزواج معها وهي:

4. **المحصنة** : و هي المرأة التي ما تزال مرتبطة مع زوج آخر بعقد زواج رسمي و شرعي فهي محرمة على كل رجل إلى أن يطلقها الزوج الأول و به تحل لغيره.

5. **المطلقة ثلاث** : و هي المرأة التي طلقها زوجها ثلاث مرات و أصبح طلاقها بائنا فإن الزواج منها يحرم مؤقتا و أنها لم تعد تحل له إلا إذا تزوجت رسميا مع رجل آخر و دخل بها ثم طلقها و انقضت عدتها¹.

6. **المرأة التي تزيد على العدد المرخص به شرعا** : و هي المرأة التي يكون زوجها المستقبل متزوج مع أربعة نساء أخريات زواجا شرعيا و رسميا، فإن هذا الرجل يحرم عليه الزواج بها مؤقتا و لا تحل له شرعا و قانونا إلا إذا طلق إحدى زوجاته الموجودات في عصمته و انقضت عدتها².

7. **المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة** : و هي المرأة التي طلقها زوجها أو توفي عنها، إن هذه المرأة لا يجوز لرجل أن يتزوج معها و تحرم عليه مؤقتا إلى أن تنتقض مدة عدتها الشرعية و هي ثلاثة أشهر بالنسبة للمطلقة و أربعة أشهر و عشرة أيام بالنسبة للمتوفي عنها زوجها³.

8. **أخت الزوجة** : فلا يجوز للرجل أن يتزوج أخت زوجته التي في عصمته، و يحرم عليه الزواج معها إلا بعد أن تكون قد توفيت أو طلقها و انقضت عدتها باعتبار أنه لا يجوز

¹ انظر المادة 30 من قانون الأسرة.

² الآية 3 من سورة النساء، و انظر المادة 30 من قانون الأسرة.

³ انظر المواد 30، 61 من قانون الأسرة.

الجمع بين الأختين في عصمة رجل واحد سواء كانت أختين شقيقتين أو أختين لأب أو لأم أو أختين من الرضاع¹.

9. الجمع بين الزوجة وعمتها أو خالتها: و هو جمع يعني أن يتزوج الرجل على زوجته عمتها أو خالتها وهي لا تزال حية وفي عصمته فمثل هذا الزواج حرام مؤقتا شرعا و قانونا ولا يكون حلالا إلا بعد وفاة الزوجة الأصلية أو طلاقها².

¹ الآية 23 من سورة النساء.

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص107.

المبحث الثالث: آثار عقد الزواج العرفي

إذا كانت القاعدة العامة في العقود هي العقد شريعة المتقاعدين وتسمح لهما باشتراط ما يشاءا من الشروط وتغيير اتفاقهما متى شاءا غير أن الزواج يربط طرفاه بشروط محددة وليس لهما أن يشترطا من الشروط ما لا يتفق مع ما يقرره الشارع ، و الحكمة من ذلك هي الحفاظ على الحياة الزوجية من أن تتعرض لعوامل الفساد بما يشترط العاقدان من شروط قد تكون منافية لمقاصد الشارع و مرماه من ذلك العقد المقدس ، وعليه فإن أي شرط يشترطه العاقدان لا يرتب آثاره إلا إذا كان الشارع يقره ولا ينافي مقاصده.

ويذهب إلى ذلك المشرع الجزائري إذا جعل عقد الزواج يرتب حقوق وواجبات متبادلة لكلا الطرفين ناشئة عن العقد و ملزمة للطرفين . غير أن الزواج العرفي و نظرا لطابعه الخاص ، إذ أنه يفتقد إلى شرط شكلي يستوجب القانون يجعل آثاره متميزة لا تنحصر فقط في الزوجين و لكن تمتد إلى أطراف أخرى، وسنتناول في هذا المبحث الآثار التي يترتبها عقد الزواج العرفي بوصفه واقعة مادية و قانونية معترف بها بالنسبة للزوجين في المطلب الأول وبالنسبة للأبناء الناتجين عن هذا الزواج في المطلب الثاني ثم نتطرق إلى امتداد آثار هذا الزواج بالنسبة للمجتمع في مطلب ثالث .

المطلب الأول: آثار الزواج العرفي بالنسبة للزوجين

إن عقد الزواج من أهدافه الأساسية صيانة الزوجين ، وإحسانهما ، و الحفاظ على بقاء الجنس البشري ، ومنع الأنساب من الاختلاط ، وهو إذا انعقد صحيحا بكافة أركانه وشروطه يرتب آثارا تتمثل في حقوق وواجبات الزوجين وعليه نتطرق أولا لمعرفة هذه الآثار بالنسبة لعقد الزواج الرسمي ثم نتطرق إلى ما إذا كانت هذه الآثار هي نفسها التي تترتب على عقد الزواج العرفي . وقد نظم المشرع آثار عقد الزواج بعد اكتمال أركانه وشروطه في المواد من 36 إلى من قانون الأسرة وجعل بعضها مشتركا بين الزوجين وخص بعضها بزواج واحد.

أولا : الواجبات المشتركة:

إن الواجبات التي تقع على عاتق الزوجين من أجل إنجاح العلاقة الزوجية واجبات كثيرة ومتنوعة نظرا لأهمية هذا العقد وحساسيته في بناء المجتمع ، وقد ذكر المشرع هذه الآثار في نص المادة 36 من قانون الأسرة حيث جاء أنه : " يجب على الزوجين :

1. المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة .
2. التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم .
3. المحافظة على روابط القرابة و التعاون مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف" .

ويمكن تلخيص هذه الواجبات في ضرورة المعاشرة بالمعروف بما يحقق السكن والمودة والرحمة ، وذلك عن طريق الاحترام المتبادل ، وتقاسم الأعباء من أجل صيانة مصلحة الأسرة، و الإشراف على تربية الأبناء التربية الإسلامية الصحيحة ، والمحافظة على الروابط الاجتماعية والأسرية التي تربط بين أسرتي الزوج والزوجة ، وأن يسعى كل منهما إلى التعاون من أجل خلق الانسجام لهما ولأسرتيهما¹، وتقابل ذلك حقوق ناتجة عن طبيعة عقد الزواج وتناولها المشرع في نصوص متفرقة²:

1. حل المعاشرة بين الزوجين واستمتاع كل منهما بالآخر في إطار ما أذن به الشرع و في

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 198.

² العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 161.

ذلك إحصان للزوجين و عصمة لهما من ارتكاب الزنا المحرم شرعا وقانونا .

2.التوارث بين الزوجين ، فمن توفي منهما حقيقة أو حكما ورثه الزوج الآخر لقوله تعالى:" ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين و لهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين"¹. كما نصت المادة 130 من قانون الأسرة على "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء".

3.حرمة المصاهرة فلا يجوز للزوج التزوج بأصول الزوجة و بفروعها إذا حصل الدخول بها ولا يمكنها الزواج بأصوله وفروعه .

ثانيا: الحقوق والواجبات المستقلة:

وهي الحقوق و الواجبات التي يستقل بها كل طرف فلا تثبت هذه الحقوق إلا إذا قام الطرف الآخر بواجباته لذلك سنتطرق إلى حقوق الزوجة ثم إلى حقوق الزوج باعتبار حقوق الزوجة واجبات على عاتق الزوج والعكس صحيح .

1. **حقوق الزوجة :** نصت على هذه الحقوق المادة 37 من قانون الأسرة وهذه الحقوق هي :

أ- **النفقة:** عرفت المادة 78 من قانون الأسرة النفقة على أنها تشمل: "الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ". وشروط وجوب النفقة نصت عليها المادة 74 من قانون الأسرة وهي الدخول بالزوجة والعقد الصحيح على المرأة و يضيف الفقهاء شرطا آخر و هو صلاحية المرأة للمتعة.

ب- **الدخول بالزوجة:** ويرتب حق الزوجة على زوجها في النفقة بالخلوة الصحيحة سواء تمت المخالطة الجنسية أم لا، متى كان العجز يعود لضعف الرجل².

ت- **العقد الصحيح:** أي أن يكون العقد كامل الأركان القانونية والشرعية وعليه فإن النفقة لا تستحق إذا كان العقد باطلا أو فاسدا.

¹ سورة النساء ، الآية 12

² فضيل سعد قانون الأسرة الجزائري ،في الزواج والطلاق ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزء الأول ، الجزائر ،عام،1986 ص 179.

ث- **صلاحية المرأة للمتعة:** بأن لا تكون صغيرة، وإن كان هذا الشرط لا يمكن إثارته إذ أن قانون الأسرة نص على سن الزواج بالنسبة للمرأة هو 19 سنة و أن لا تكون مريضة مرضا يمنع الزوج من مخالطتها.

والنفقة تستحق من تاريخ عقد الزواج و هي خدمة يومية واجبة على الزوج ولا تسقط إلا بأحد الأسباب الآتية:

- نشوز الزوجة

- الطلاق

- موت الزوج

وتجب النفقة في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية و في حدود طاقة الزوج .

***العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة :**

فإن كانت الشريعة والقانون قد خولا للرجل حق الزواج بأكثر من امرأة فإنه أوجب مراعاة شروط هذا التعدد و المتمثلة في خضوعه إلى أحد المبررات الشرعية كأن تكون الزوجة مريضة أو أن لا تكون قادرة على الإنجاب لعقم أو مرض أو غيره كما يجب إعلام الزوجة السابقة و اللاحقة.

وحق الزوجة هو عدل الزوج بينها وبين باقي زوجاته في المبيت و النفقة و أن يسعى لمعاملتهم نفس المعاملة دون تمييز لأن التمييز يؤدي إلى النفور بينهم .

*** زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف :**

مع مراعاة أن تكون هذه الزيارة في حدود ما يتطلبه العرف والعادة فيجب أن يكون ذهابها إلى زيارة أهلها ومجيئهم لزيارتها بما يوافق عليه الزوج وبما يتوافق مع احتياجاته واحتياجات الأبناء، و في هذه الزيارات تقوية للروابط العائلية و الأسرية، و تقوية لصلة الرحم .

*** حرية التصرف في مالها : وهذا الحق ضمنته لها الشريعة الإسلامية لقوله تعالى**

"للرجال نصيب مما اكتسبوا و للنساء نصيب مما اكتسبن"

2. حقوق الزوج :

- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة .

- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم .

- احترام والدي الزوج و أقاربه.

أ. حق الطاعة:

فعلى الزوجة طاعة زوجها في غير معصية ، وأن تحفظه في ماله و في نفسها والاعتراف له بأنه الشخص المؤهل لتحمل المسؤولية لإدارة الأسرة ورعايتها .

ب. إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم :

فالرضاعة هي المصدر لغذاء الصبي ، وعليه فإن الزوجة ملزمة به إلا إذا كان هناك مانع يحول دون قيامها بذلك ، كما أنها ملزمة على تهذيب وتربية الأبناء و الإشراف على ذلك وهذا واجب عليها دون أن يربط بالاستطاعة¹.

ج. احترام والدي الزوج وأقاربه :

فعلى الزوجة أن تؤدي لوالدي زوجها وأقاربه واجب الاحترام و التقدير واستضافتهم وزيارتهم من أجل المحافظة على الروابط الأسرية على أحسن ما يوفر الحياة الهادئة بينها وبين زوجها وأسرته . و إذا كانت هذه الحقوق قد أقرها القانون فإن هناك حقوق أخرى أقرتها الشريعة الإسلامية للزوج و هذه الحقوق هي :

- **حق الاحتباس :** هو قرار الزوجة في بيت زوجها لقوله تعالى: " وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى"²، ذلك أن من واجبات الزوجة الأساسية الإشراف على بيت

¹ فضيل سعد ، المرجع السابق ، ص 202.

² سورة الأحزاب ، الآية 33.

الزوجية وإدارة شؤونه الداخلية ورعاية الأولاد وإرضاعهم عند القدرة على ذلك ، غير أن هذا الحق يمكن للزوج التنازل عنه بأن يسمح لزوجته بالعمل خارج المنزل.

*** حق التأديب :** هي إجراءات ورد نص عليها في قوله تعالى: "واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"¹، وهذه الإجراءات مقررة لإعادة الانسجام إلى الأسرة من خلال توعية الزوجة و تبصيرها بخطئها وذلك عن طريق وعضها أولا ، وتوضيح خطئها ، ومساوئ ما ارتكبتها بأسلوب ملائم فإن لم تستجب فإن الشريعة منحت للزوج طريقة أخرى وهي الهجر في المضجع ، و أخيرا اللجوء إلى الضرب على أن يكون هذا الضرب خفيفا ولا يؤدي جسم الزوجة أو يشوهه، وإلا فإن لها الحق في اللجوء إلى القضاء إذا تعسف الزوج في استعمال هذا الحق وأدى بالإضرار بجسدها .

فهذه الحقوق و الواجبات تمثل آثار عقد الزواج الصحيح الرسمي وهي نفسها التي يرتبها عقد الزواج العرفي الكامل الأركان و هذا ما اتجهت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1986/11/22 بأنه: "إن كل زواج عرفي يعتبر صحيحا متى توافرت أركانه حتى و لو كان غير مسجل بالحالة المدنية و تترتب عليه كافة آثار عقد الزواج و كافة الحقوق الزوجية"² غير أنه و من الناحية العملية نجد أن الزواج العرفي الغير مسجل لا يعتد به إذا أخل أحد الزوجين بالتزامه و طالبه الزوج الآخر بتنفيذه إلا بعد تسجيل عقد الزواج فإن كانت آثار عقد الزواج تثبت من حيث أن الزواج واقعة مادية من يوم قيام العقد صحيحا إلا أن ممارستها من الناحية القانونية لا تكون إلا بعد تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية و هذا ما قد يهدر بعض الحقوق و يؤثر على مراكز الأفراد.

¹ سورة النساء، الآية 33.

² بداوي علي، المرجع السابق، ص39.

3. الآثار السلبية على الزوجين:

للزواج العرفي آثار سلبية على الزوجين يمكن حصرها فيما يلي:

أ- بالنسبة للحقوق المالية:

إن حق الزوجة في النفقة كما سبق ذكره يكون مستحقا من يوم الدخول، غير أنه و في حالة امتناع الزوج عن أداء النفقة لزوجته، و تقدمت إلى العدالة للمطالبة بحقها، فإن عليها أولا أن تثبت العلاقة الزوجية القائمة بينها و بين المدعى عليه، و إلا فإن دعاها لا تقبل لانعدام صفتها و الصفة من النظام العام فحتى و لو أقر الزوج بعقد الزواج العرفي و أعترض على طلب النفقة فإن المحكمة لا تحكم لها بالنفقة حتى و لو أنها فعلا لم تحصل عليها، و هذا ما نصت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1987/02/27 انه: " طالما لم تثبت الزوجة علاقة زوجية فإنها تبقى بدون صفة و مطالبتها بحقوقها المالية تكون غير مؤسسة إذا طالبت بإثبات علاقة زوجية و النفقة و فشلت في إثبات عقد زواجها"¹.

إن الإدارات العمومية المخول لها أداء المنح و التعويضات العائلية تستوجب عقد الزواج لمنح الزوجة حقها، و في حالة عدم تقديم الزوج لعقد الزواج أو عدم إمكان الزوجة إثباته، فإنها لا تستطيع الحصول على هذه الحقوق كذلك الأمر بالنسبة لصناديق الضمان الاجتماعي و شركات التأمين.

فمثلا لو توفي شخص كان متزوجا عرفيا عن زوجته في حادث مرور أو حادث عمل فإنها لا تستطيع المطالبة بالتعويضات المالية طالما لم تثبت علاقة الزوجية إذ لا تكون صاحبة صفة في رفع دعوى للحصول على التعويض.

و هو الأمر نفسه بالنسبة لقضايا الميراث فإن عقد الزواج - كما سبق القول - يعطي للزوج حق الميراث دون أن يسقط أو يحجب، غير أنه إذا كان الزواج عرفيا فإنه من الممكن أن يضيع حق الزوج إذا لم يستطع إثبات هذا الزواج.

كأن يتوفي رجل متزوج زواجا رسميا و زواجا عرفيا فتتقدم الزوجة من الزواج العرفي بطلب حقها من الميراث و تصدم بإنكار باقي الورثة لها، و مع عدم إمكانية إثبات الزواج

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1987/02/07، المجلة القضائية، 1990، العدد 03، ص 65.

فإنها تحرم من حقها المخول لها شرعا، كما أن مركز الزوجة المتزوجة عرفيا يبقى عرضة للتجريح من طرف الورثة محاولة منهم حرمانها من الميراث. أما بالنسبة للصدّاق فإنه ركن من أركان عقد الزواج و تستحقه الزوجة بالدخول و بالخلوة الصحيحة فإذا كان مؤجلا و طالبت به الزوجة فلا بد أولا من إثبات علاقة الزوجية و إثبات عدم تسلمها له.

ب- الحقوق غير المالية:

إن عدم الحصول على وثيقة تثبت العلاقة الزوجية تجعله عرضة للإنكار، إذ يمكن لأحد الزوجين أن ينكر العلاقة الزوجية و يطمس آثارها و كل ما من شأنه تسهيل إثباتها و يمنع بذلك الطرف الآخر من الاحتجاج بها ليس فقط بالمطالبة بالحقوق المالية بل حتى المتابعات الجزائية، فلو تزوج شخص عرفيا ثم ترك مقر الزوجية لمدة أكثر من شهرين فهل يمكن للزوجة متابعته بجريمة ترك مقر الزوجية وفقا للمادة 330 من قانون العقوبات و إذا كانت هذه الزوجة حامل فهل يمكن لها متابعته بجريمة إهمال الزوجة الحامل ؟ و إذا علمت أنه على علاقة غير شرعية فهل يمكن متابعته بجريمة الزنا؟ يشترط لأي متابعة قضائية من هذا النوع وجود عقد زواج شرعي و قانوني صحيح يربط بين الزوجين و ترفق نسخة منه بالشكوى و إلا رفضت، و عليه يجب أولا على الزوجة أن تثبت عقد زواجها.

بالنسبة للعدة هي فترة محددة من الزمن تتربصها المرأة في مسكن الزوجية بعد وقوع الفرقة بينها و بين زوجها أو بعد وفاته و تمنع خلالها من التزوج بغيره و الهدف منها هو:

- التأكد من براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب.

- تهيئة الفرصة لتمكين الزوج من مراجعة زوجته.

- إعلان حزن الزوجة على زوجها المتوفي.

و العدة تحسب كالآتي:

- إذا كانت الزوجة حامل فعدتها وضع حملها.

- إذا كانت غير حامل و من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة قروء.

- إذا لم تكن من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة أشهر.

-إذا كانت الزوجة قد توفي عنها زوجها فعدتها أربعة أشهر و عشرة أيام أو وضع الحمل إذا كانت حاملا.

و العدة تحسب من يوم النطق بحكم الفرقة أو من يوم الوفاة هذا في عقد الزواج المسجل فكيف يمكن حسابها في عقد الزواج العرفي الغير مسجل؟
إن على الزوجة أولا أن تتبع إجراءات التسجيل أمام قاضي الأحوال الشخصية ثم تثبت قيام الطلاق بينها و بين زوجها و نظرا لأن الواقعتين غير مسجلتين فقد تطرح الآثار التالية:

- قد ينفي الزوج واقعة الطلاق و يؤكد واقعة الزواج و يراجع زوجته دون عقد جديد.
- قد ينكر الزوج واقعة الزواج و واقعة الطلاق مع وجودهما من الناحية الفعلية دون أن يسعى أحد من الزوجين لتثبيته و قد تتزوج الزوجة من آخر دون مراعاة مهلة العدة.
- إذا توفي الزوج، فإن الزوجة تلجأ أولا لإثبات واقعة الزواج، ثم تنتظر صدور الحكم لا اعتداد عدة المتوفى عنها زوجها و هذا ما يتطلب فترة زمنية طويلة قد لا تستطيع معها الزوجة إثبات واقعة الزواج و بذلك تفوت عليها بعض المنافع كإعادة الزواج مثلا.

المطلب الثاني: آثار الزواج العرفي بالنسبة للأولاد

إن عقد الزواج العرفي تترتب عنه آثار قانونية تتعدى الزوجين لتمس الأبناء الناتجين عنه، فتترتب عليه حقوق لهم تكون واجبة على الوالدين، يؤديانها تلقائيا نحوهم و من أهم هذه الحقوق حق الولد في النسب و في أن يلحق لأبيه، و لكن في الزواج العرفي تعترضه العديد من العوائق من بينها أن يكون عرضة للإنكار أكثر، و لذلك سنتناول هذا الحق و نحاول أن نبين أثر عقد الزواج العرفي عليه.

أولا : إثبات النسب للأبناء للآباء:

إذا كان نسب الولد لأمه ثابت بسبب الحمل المرئي و الولادة و ذلك بقطع النظر عن كونه ولدا شرعيا أو ولد زنا، فإن نسبه إلى والده ليس دائما سهلا .و الشريعة الإسلامية حصرت طرق إثبات النسب في :الزواج الصحيح، الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة أو الإقرار أو البينة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نص في المادة 40 من قانون الأسرة

- على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة و بنكاح الشبهة و بكل زواج ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 و 34 من هذا القانون".
- و قبل التطرق إلى هذه الطرق نتناول مفهوم النسب، حيث عرفه القضاء بأنه القرابة الناشئة عن صلة الدم بالتناسل و هو يكسب المقر به حقوق و يرتب عليه واجبات كالنفقة على ذوي قربه المحتاجين و يمكنه من مزاحمة الورثة في الإرث و يجري عليه ما يجري عليهم من موانع الزواج الناشئة عن القرابة. و النسب حق لكل من الزوجين لأنه يضمن التناسل الذي يعتبر من أغراض الزواج الرئيسية¹.

ثانيا: إثبات النسب بالزواج الصحيح

إن الولد يمكن أن ينسب إلى والده من الزواج الصحيح متى كان الزواج شرعيا و متى أمكن الاتصال بين الزوجين و لم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة - كالملاعنة - و متى حصلت ولادته خلال أقل مدة للحمل و أقصاها، كما قال الرسول عليه الصلاة والسلام: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها إذ جاء فيه: "من المقرر شرعا أن النسب يثبت بالفراش الصحيح و من ثم فإن القضاء بإثبات النسب حال قيام الزوجية و دون تطبيق قواعد اللعان في المدة المحددة شرعا يعد قضاءا صحيحا". و إذا كان تحديد الفاصل الزمني بين تاريخ الزواج و تاريخ الولادة لا يثير أي إشكال بالنسبة للزواج الرسمي أين تكون التواريخ مضبوطة نتيجة التسجيل فإن الأمر قد يكون دون ذلك بالنسبة للزواج العرفي فالتواريخ تحدد بصفة تقريبية يعتمد فيها على ذاكرة الشهود مما قد يؤدي إلى ضياع الأنساب خصوصا في حالة الإنكار.

كما أنه قد يحدث أن يكون هناك زواجا عرفيا قام الزوجين بتسجيله بعد مدة من الدخول على أساس أنه زواج رسمي وبعد أن تكون الزوجة قد حملت بالمولود، و إن حدث و أنجبت بعد ثلاثة أو أربع شهور من تاريخ العقد الرسمي المسجل فهنا لا يمكن إسناد نسب الابن لأبيه أمام ضابط الحالة المدنية لأنه لم يولد في الفترة المحددة قانونا مما يؤدي بالزوجين إلى اللجوء لوكيل الجمهورية عن طريق تقديم طلب يلتزمان من خلاله الحكم

¹ عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي المشكلة و الحل، دار الروضة مصر، ص 110.

بتصحيح تاريخ واقعة الزواج العرفي و تسجيله بأثر رجعي، حتى يتمكن من تسجيل ميلاد المولود و إثبات نسبه بصفة قانونية لوالديه و هنا لا يتوان الكثير من وكلاء الجمهورية في متابعة الزوجين جزائيا بجنحة الإدلاء بقرارات كاذبة و معاقبتهم وفقا للمادة 223 من قانون العقوبات و التي تقرر لمثل هذه الجريمة عقوبة بدنية تتراوح بين 3 أشهر و ثلاث سنوات و عقوبة مالية تتراوح ما بين 500 و 5000 دج.

فإذا كانت ولادة المولود أثناء قيام الرابطة الزوجية بين أدنى و أقصى مدة للحمل و بعد الدخول تبعا لعقد صحيح تكون قرينة شرعية و قانونية على أن الولد للفراش و ينسب الولد إلى أبيه، و هذه القرينة قد لا يستفيد منها الطرف الذي يريد إثبات نسب الولد في حالة العجز عن إثبات الرابطة الزوجية الشرعية حتى و إن كان الدخول تبعا لعقد صحيح و هنا يضيع نسب الولد.

و قد يحدث أن يكون الزوج متأكدا بأن الولد الذي أنجبته زوجته من زواج عرفي ليس ابنه و لا يقوم بنفيه بالطرق الشرعية (الملاعنة) و يتغاضى عن ذلك ظنا منه أنه غير ممكن لزواجه أن تثبت زواجه العرفي منها و لكن إذا سعت الزوجة و أثبتت الزواج هنا ينسب له الولد و هو ليس منه لأنه فوت مواعيد الملاعنة لأن دعوى اللعان لا يعتد بها خارج الآجال القانونية المحددة شرعا وقانونا¹.

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة و من المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز 08 أيام و متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به و خلال المدة المحددة شرعا و تمسكه بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، و لأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

فإن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد لأبيه عرضوا قرارهم لتناقض مع أحكام المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة و أخطئوا في تطبيقها، و متى كان ذلك استوجب نقض القرار².

¹ عبد رب النبي علي الجارحي، المرجع السابق، ص111.

² قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/12/03، المجلة القضائية 1990، العدد 01، ص83.

كما جاء في قرار آخر أنه: "من المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل هي 06 أشهر و أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا، و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة، و من المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز 08 أيام من يوم العلم بالحمل.

و من الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر، و أن قضاة الموضوع أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة و وزن الولد، فإنهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج و إلحاق النسب للأم أخطئوا في تطبيق القانون و خالفوا أحكام المادتين 11 و 42 من قانون الأسرة مما يستوجب نقض القرار¹.

أما في حالة وقوع الولادة بعد انقضاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة و إثباتان الزوجة لولد ليس بين أقل و أكثر مدة للحمل و إنما بعد مضي أكثر من عشر شهور أي بعد انقضاء أقصى مدة للحمل التي حددها القانون فإنه لا يمكن إسناد نسبه إلى هذا الزوج المتوفى أو المطلق، بمعنى آخر لا يثبت نسب الولد إلى أبيه إلا إذا جاءت به الزوجة لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ العقد أو إمكان الوطاء، و لأقل من ستة أشهر بعد الطلاق فإن مجيئها به فيغير هذه المواعيد يدل على أنها حملت به قبل أن تكون فراشا لهذا الزوج أو حملت به بعد طلاقها أو وفاة زوجها من رجل آخر.

لكن الإشكال الذي يطرح في الزواج العرفي هو صعوبة إثبات النسب عند وقوع الطلاق عرفيا، و تحديد تاريخه بدقة مما يجعل إمكانية إثبات نسب الولد الذي يولد بعد أكثر من 10 أشهر من تاريخ الطلاق واردة، و قد تتزوج المرأة زواجا شرعيا و مسجل و يدخل بها زوجها و يعاشرها معاشرة الأزواج ثم يغيب عنها لسبب شرعي أو غير شرعي و يدوم غيابه أكثر من عشرة أشهر و كانت الزوجة قد أنت بمولود في هذه الفترة فإن هذا المولود يعتبر للفراش ما لم يثبت هذا الزوج عدم تلاقيه مع زوجته و اتصاله بها و هذا ما ينطبق على الزواج العرفي باعتباره زواج شرعي متى تم إثباته، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي فصل في قضية إثبات النسب بعد وضع الولد بعد 16 شهرا من غيبة الطاعن الذي جاء فيه: "من المستقر عليه قضاء أن المدة القانونية لنفي النسب لا تتجاوز 08 أيام و

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1997/10/28، المجلة القضائية، 2001، العدد الخاص، ص70.

متى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت و العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين و أن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة و أن لا تأثير لغيبية الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة و أن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن¹.

ثالثا: ثبوت النسب بالزواج الفاسد:

بما أننا فرقنا بين عقود الزواج التي تبرم قبل صدور قانون الأسرة و أخضعناها لأحكام الشريعة الإسلامية، و بين العقود المبرمة بعد صدور قانون الأسرة و تطرقنا إلى مفهوم فساد العقد وفق الشريعة الإسلامية ثم وفقا للقانون و خلصنا الى أن النسب في الزواج الفاسد يثبت للأب حسب الشريعة الإسلامية و وفقا للقانون ، و قد جاء في المادة 40 من قانون الأسرة: "يثبت النسب ...بنكاح الشبهة او بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من قانون الأسرة"، فالمادة 32 نصت على أن يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد، أما المادة 33 فنصت على أنه إذا تم الزواج بدون ولي أو صداق أو شاهدين يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، و المادة 34 نصت على أن الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده .و جاء في قرار للمحكمة العليا: "المحصنة تحرم على الزوج الثاني و أن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب"² و حسب هذه المواد إذا تبين الفساد قبل الدخول فسخ الزواج دون صداق و يعتبر كالعقد الباطل لا أثر له، أما بعد الدخول فالمرأة تستحق صداق المثل و يثبت به النسب، و العقد الباطل يبطل قبل أو بعد الدخول و يترتب عليه ثبوت النسب أيضا³. و لقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا: "و لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا"⁴.

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/11/23، المجلة القضائية، 2001، العدد الخاص، ص64.

² قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/02/24.

³ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص152 .

⁴ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/06/25.

و بالتالي نقول أن الآثار التي يمكن طرحها في حالة الزواج العرفي هي الزواج بالمحرمات فلا نتصور وقوع الجمع بين أختين مثلا في الزواج الرسمي الذي يعتمد فيه على وثائق الطرفين لإثبات هويتهما.

كما أن الزواج مع المرأة المحصنة يمكن تصوره في الزواج العرفي بالنسبة للزوجة التي تترك زوجها وتذهب إلى مكان آخر وتعيد الزواج مع أنها تعتبر شرعا في ذمة الزوج الأول، والزواج العرفي قد يكون فاسدا نتيجة عدم توفر ركن من أركانه، كعدم توفر الشروط المطلوبة في شروط العقد و ذلك لعدم مراقبتها من طرف موظف مختص.

و الزواج العرفي قد يكون في كثير من الأحيان مصدرا للنكاح الفاسد خصوصا ما بين المحرمات، فقد تتزوج المرأة أو الرجل عدة مرات عرفيا و في مناطق مختلفة و ينجبون أولاد و يلتقي هؤلاء الأولاد و يعقدون زواجهم و هم يجهلون وجه التحريم، و عندما يتبين فساد هذا الزواج يفسخ قبل الدخول و بعده لكن إذا ترتب عنه أبناء فإنه يثبت به النسب مع التفريق بين الأزواج مما يؤدي إلى حرمانهم من الرعاية العائلية وهذا رغم حسن نية الزوجين، أما إذا كان هؤلاء الأولاد على علم بوجه التحريم و لكن كانوا من الذين لا يردعهم وازع ديني و لا أخلاقي و الناس لا يعلمون بأمرهم عادة، فالزواج فيما بينهم في هذه الحالة لا يثبت به النسب ذلك أنه عند العلم يعتبر الزواج باطل و غير شرعي و الأولاد يعتبرون أولاد زنا لا نسب لهم.

و نلاحظ خطورة إثبات النسب بالزواج الفاسد، في حالة ما إذا تزوجت المرأة المطلقة عرفيا أو المتوفى عنها زوجها زواجا ثانيا في فترة عدتها دون أن يكون للزوج الثاني علما بزواجها الأول أو بكونها ما تزال في فترة عدتها فهذه المرأة إن ولدت مولودا في الفترة الممتدة بين ستة أشهر و عشرة أشهر من تاريخ زواجها الثاني فإن الولد ينسب للزوج الثاني رغم احتمال كونه من الزوج الأول كأن تكون قد أنجبته بعد سبعة أو ثمانية أشهر من تاريخ الزواج الثاني، و هذا ما جاء به القرار الصادر عن المحكمة العليا: "من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل، و من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر". و متى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدتها و أن الحمل وضع بعد أربع أشهر من تاريخ الزواج الثاني، و أن قضاة الموضوع بقضائهم

باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش مع أن الزواج الثاني باطل شرعا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة¹.

إن المتمعن في الأسباب القانونية التي يترتب عليها فساد العقد يدرك بأنه من النادر أن تكتشف قبل الدخول و ذلك لكون أن هذا العقد لا يبرم أمام موظف مختص يعرف الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج، لذا فإن سبب فساد العقد عادة ما يكتشف بعد الدخول، و قد جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة و الصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج و تسجيله في الحالة المدنية و إلحاق نسب الأولاد لأبيهم يكون قضاء موافقا للشرع و القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

و مما سبق يتضح أن الزواج الفاسد و إن كان يثبت به النسب فإنه قد يكون في حالة الزواج العرفي سببا لضياع الأنساب و اختلاطهم و لوجود فئة من الأولاد محرومة من الرعاية العائلية.

رابعا: ثبوت النسب بنكاح الشبهة:

نكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، و هو الاتصال الجنسي غير الزنا، و ليس بناءا على عقد زواج صحيح أو فاسد مثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه فيظنها زوجته، و مثله أيضا وطء المطلقة طلاقا ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له².

فإن أتت المرأة بولد ما بين ستة و عشرة أشهر من وقت الوطء ثبت نسبه من الواطئ لتأكد أن الحمل منه و إذا أتت به في مدة أقل من ستة أشهر لا يثبت النسب منه و يكون وطؤها قبل ذلك بشبهة أخرى هذا هو موقف الفقه من نكاح الشبهة.

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/05/19، العدد الخاص، 2001، ص73.

² جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الميزان الإسلامي، مراجعة علي احمد عبد العالي، الطيطاوي، الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص47.

و أما موقف القانون فيتضح من خلال نص المادة 40 من قانون الأسرة، فالقانون ذهب إلى ما ذهب إليه الفقه و رتب على نكاح الشبهة ثبوت النسب، و هذا ما يتأكد من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا و الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بنكاح الشبهة و من ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون".

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج و إثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون¹.

و على العموم نكاح الشبهة إن كان يحتمل وجوده قبل سنين طويلة فإنه من النادر وقوعه اليوم إلا في المناطق النائية، و الأرياف الصغيرة، التي تكون فيها العائلات مجتمعة في مقر عائلي واحد.

خامسا: ثبوت النسب بالإقرار:

لقد نصت المادة 44 من قانون الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة لمجهولي النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة." و للإقرار شروط منها:

- 1- أن يكون الولد مجهول النسب.
- 2- أن يكون الولد أتي من علاقة شرعية، سواء أكان نكاح صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة.
- 3- أن لا يكذبه العقل أو العادة.
- 4- أن يصدقه المقر له على إقراره إن كان أهلا لذلك و ضرورة تصديق المحمول عليه النسب.

و قد جاء في المادة 45 من قانون الأسرة أن: "الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة، و الأمومة، لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"، كما أن الآثار الناتجة عن هذا الإقرار منصرفة إليه دون غيره من الأقارب، و بناء عليه إذا كان المقر ببنوة الغلام هي الزوجة أو

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1991/05/21، المجلة القضائية، 1994، العدد 2، ص 56.

المعتدة فيشترط مع ما ذكر أن يوافق زوجها على الاعتراف ببنوته له أيضا أو أن تثبت ولادتها له من ذلك الرجل لأن فيه تحميل النسب على الغير، فلا يقبل إلا بتصديقه أو بيينة. و يبطل الإقرار إذا صرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا لأن الزنا لا يصلح سببا لإثبات النسب، و هذا الإقرار بالبنوة أو الأبوة حالة نادرة على مستوى محاكمنا لأن الإقرار وحده لإلحاق النسب من الأمور الخطيرة و التي تتيح الفرصة أمام العلاقات المشبوهة و المحرمة التي ينتج عنها أولاد غير شرعيين و يكون من السهل بمجرد الإقرار أن يثبتوا نسب هؤلاء الأولاد و يصبح ولد الزنا ولدا شرعيا يتمتع بحقوق ليست له، و هذا ما دفع المشرع إلى وضع قيد على رفع هذه الدعاوى يتمثل في ضرورة إثبات قيام العلاقة الزوجية.

و بالتالي في الزواج العرفي لا يمكن إثبات النسب بالإقرار إلا بعد تثبيت الزواج، فرغم عدم وجود نزاع حول نسب هذا الولد فلا يمكن أن تثبت النسب قبل أن تثبت العلاقة الزوجية بين الزوجين، أي البحث أولا عن شرعية وقانونية الزواج قبل أن نبحث في قضية إثبات نسب الأولاد، بالتالي يبقى الإقرار في النسب لا يقبل على مستوى محاكمنا إلا إذا قدم المدعي مع طلبه عقد زواج مسجل لدى الحالة المدنية.

و قد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا: "أن الإقرار بالولد يجب أن يكون بدون تردد و لا تراجع مع توافر شروط صحة الزواج، حيث أن الزواج المزعوم وقع بين الطرفين بالفاتحة في 20 أوت 1965 إلى غاية 22 جويلية 1967 ، كما إن الطلاق المزعوم وقع بين الطرفين 1966 و ان الولد المسمى " وحيد" المتنازع عنه ولد في 1966/06/28 و إن الوقائع لم تثبت و لم تعرض البيئة لإثبات صحتها لأن الزواج يثبت فقها و قضاء بقراءة الفاتحة و تحديد الصداق وحضور الشهود والولي و إن اعتراف المطعون ضده أمام القاضي الأول وقع بالتردد وتراجع عليه، و من ثم فإن القرار المطعون فيه سليم و لم يخطأ في تطبيق القانون¹.

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/02/24.

ت- إثبات النسب بالبينة (الشهادة):

و نوع البينة التي يثبت بها النسب هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفة، وشهادة رجلين فقط عند المالكية و جميع الورثة عند الشافعية و الحنابلة، و الشهادة تكون بمعينة المشهود به أو سماعه، و قد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة السماع¹.

و قد ورد النص على إثبات النسب عن طريق البينة في المادة 40 من قانون الأسرة، و عليه فإذا ادعت امرأة أنها حملت من زوجها و ولدت في غيابه مثلا أو في حضوره فأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها، أو اعترف بالولادة كواقعة مادية و أنكر أن يكون الولد الذي بين يديها هو نفسه الذي ولدته، ففي هذه الحالة يحق للزوجة أن تثبت بالشهود ما ينكره الزوج، و الإثبات هنا ليس بإثبات نسب لأن النسب يثبت بالفراش و لكن النزاع الحقيقي قائم على حصول الولادة.

فبالإمكان شرعا و قانونا إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن عملية الولادة أو الأطباء أو الممرضات أو القابلات إذا وضعت حملها في المستشفى و كذلك إلى إثبات الولد نفسه.

و يذهب أبو حنيفة إلى أنه يكفي لإثبات هذا الأمر شهادة امرأة واحدة تتوفر فيها شروط الشهادة و لا يشترط نصاب الشهادة المفروض في سائر الأمور.

و إذا أثبتت الولادة و ثبت المولود أمكن حينئذ نسبه إلى الزوج و تسجيله على لقب و اسم أبيه في سجلات الحالة المدنية استنادا إلى الحكم الذي يقضي بثبوت النسب.

و إثبات النسب بالبينة لا يمكن تصويره إلا في الحالة التي يكون فيها الزوج و الزوجة قد جمع بينهما عقد زواج صحيح أو فاسد.

أما بالنسبة للزواج العرفي نعتقد أن هذه الوضعية قد تكون نتيجة عزوف المتزوجات عرفيا إلى اللجوء للمستشفيات من أجل الولادة بها لأنها تكون غير قادرة على إثبات زواجها أمام المصالح الاستشفائية ، و اللجوء نتيجة ذلك إلى الولادة بالبيت و خصوصا في المناطق الريفية و النائية قد يحول دون توفر شاهد على هذه الواقعة المادية لأن القابلة ترفض

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، إعادة ط3، دار الفكر، سورية 1996، ص 426.

الإدلاء بشهادتها خوفا من المتابعة على أساس ممارسة مهنة دون رخصة مما يؤدي لضياع نسب الولد ليس لسبب إلا أن زواج والديه كان عرفيا.

- آثار دعوى إثبات النسب:

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

بما أن الزواج العرفي هو زواج صحيح قائم بكل أركانه ينقصه فقط التسجيل لدى الحالة المدنية و هذا التسجيل يمكن الزوجين من استخراج وثائق تثبت صفتهم، بالتالي فالمرأة المتزوجة عرفيا لما تتقدم إلى المستشفى من أجل الولادة، تطلب منها وثيقة تثبت الزواج كالعقد أو الدفتر العائلي و بما أن زواجها غير مسجل فهي بالضرورة لا تملك ما يثبت زواجها، فلما يولد المولود سوف يقيد على اسم والدته و هنا لما تستخرج شهادة ميلاد هذا الولد نجدها باسم أمه و الأب مجهول هذا رغم إقرار الأب و تصريحه بأن الولد منه لكن لا يقبل منه ذلك، و ما نعييه في هذه الإجراءات سواء على مستوى المستشفيات أو لدى ضابط الحالة المدنية بالبلدية أن المشرع لم يضع نصوص تحد من هذه الطريقة، لأننا إذا سجلنا الولد باسم أمه الناتج عن علاقة زواج شرعية فإننا نعرض سمعته و سمعة والدته للأقوال إضافة للعراقيل التي تعترضه أمام أية جهة إدارية لذلك من المستحسن جعل الأصل هو تثبيت النسب ولكل ذي مصلحة في إسقاطه أن يسقطه، لأن استخراج شهادة ميلاد لأب مجهول مساس بشرف الابن و عائلته، وسوف يصححها بعد ذلك بحكم قضائي مما يجعله يبقى مدى الحياة يتحمل نتيجة عمل خارج عن إرادته.

و لو لا حظنا قانون الحالة المدنية في المادة 62 نجد أن المشرع نص على قبول التصريح سواء من الأب أو الأم أو من له مصلحة، لكن على مستوى البلديات لا يقبلون سوى تصريح الأب. و لاحظنا عمليا أن المعني بشهادة الميلاد لأب مجهول يتجه عادة بطلب إلى وكيل الجمهورية من أجل تصحيح لقبه، و هذا طبعاً بعد أن يكون قد أثبت الزواج العرفي بين والديه.

لكن ما لاحظناه على مستوى اغلب محاكمنا أن وكيل الجمهورية يقبل الطلب و يرسل الملف إلى مصلحة الحالة المدنية من أجل التصحيح القضائي بإضافة اللقب، و أمر ضابط الحالة المدنية بتسجيله في شهادة ميلاد المعني، لكن على مستوى بعض المحاكم أخرى فإن وكلاء الجمهورية يرفضون الطلب و يوجهونه إلى قسم الأحوال الشخصية. لكن حسب أرينا، أن الأمر لا يوجد فيه نزاع والمحاكم مختصة بالفصل في النزاعات مما يجعلنا نؤكد على ضرورة إجراء تصحيح قضائي دون رفع دعوى قضائية. و هناك اختلاف بين القضاة أنفسهم في قسم الأحوال الشخصية عند ورود مثل هذه القضايا إليهم، إذ أن بعض القضاة يؤكدون على عدم وجود نزاع فيفصلون بعدم الاختصاص، أما البعض الآخر فيفصل بإثبات النسب بحكم، و يكون المنطوق يتضمن اللقب و أمر ضابط الحالة المدنية بقيده في سجلات الميلاد. و بما أننا أكدنا أن دعوى إثبات النسب لا يمكن أن تكون إلا بإثبات الزواج فهل يمكن الجمع بين دعوى إثبات الزواج و دعوى إثبات النسب و إن كان الأمر كذلك فكيف يكون الحكم فيها؟ نقول أن دعوى إثبات النسب قد تكون دعوى أصلية منفردة ، تهدف أساسا إلى إثبات النسب ذاته، فهنا تكون الدعوى بوضع عريضة عادية لدى كتابة ضبط المحكمة مع إرفاق الدعوى بعقد زواج رسمي سجل لدى مصالح الحالة المدنية، و هذا لإثبات صفة المدعي و عدم تعرض الدعوى لعدم القبول لانعدام الصفة. و قد تكون دعوى النسب دعوى تبعية لدعوى أخرى فإذا كانت تابعة لدعوى إثبات الزواج فهنا القاضي يفصل في إثبات الزواج، و يرفض الطلب المتعلق بإثبات النسب لعدم ارتباط الطلبات و هذا ما لاحظناه في أغلبية محاكمنا.

المطلب الثالث: آثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للمجتمع

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

-بالنسبة للعدالة :

إن كثرة الزواج العرفي في المنطقة جعل عدد القضايا النازرة فيها المحكمة عديدة خاصة فيما يتعلق بإثبات عقد الزواج العرفي ونظرا لسهولة إثباته و غياب الوازع الديني و الخلقي لدى بعض الأشخاص فإنهم قد يلجؤون إلى الغش لإثبات العقد و متى توفرت أركان عقد الزواج شكليا فإنه لا يسع المحكمة إلا الأمر بتثبيته ، وبالتالي إعطاء مراكز قانونية لأشخاص وترتيب حقوق لغير مستحقيها ، كأن يكون شخص على علاقة غير شرعية بامرأة وبعد وفاته تدعي أنها متزوجة منه عرفيا وتقدم للمحكمة شهود زور وعلى أساسها تثبت علاقة الزواج فالمحكمة تقرر علاقات غير شرعية بحكم الظاهر وتعطيها صفات لا تتوافق في الحقيقة مع الشرع والقانون في الوقت الذي تعجز فيه الزوجة الحقيقية عن إثبات عقد زواجها.

كما أن الإشكال الذي يثور في تكييف الجرائم خاصة التي تكون فيها صفة الجاني و المجني عليه محل اعتبار ، كما هو الحال في جريمة ضرب وقتل الأصول أو الفروع .

فهنا يتغير الوصف الجرائي وتصبح هذه الصفة ظرفا مشددا في العقوبة ، لكن عدم تحديد الأنساب في الزواج العرفي قد يعطل ذلك ، كأن يتعدى الابن على أبيه بالضرب لكن لا يقدم أمام العدالة أي وثيقة تثبت هذه العلاقة فتكيف الجريمة على أنها ضرب وجرح عمدي ويعاقب على هذا الأساس بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة في حين أن تكييفها الصحيح هو ضرب وجرح الأصول و التي تكون عقوبتها أكثر تشديدا .

-التزوير: من بين الآثار التي يربتها الزواج هي إنجاب الأبناء الذين يحتاجون خلال حياتهم إلى وثائق إدارية خاصة إذ تعلق الأمر بالتسجيل في المؤسسات التعليمية أو الحصول على التعويضات و المنح العائلية ، فيلجأ الأفراد إلى الطرق الاحتيالية لاسيما التزوير والتي عادة ما يؤدي اكتشاف أمرها إلى جر الأفراد إلى المحاكمة بسبب التزوير و استعمال المزور والإدلاء بإقرارات كاذبة .

قضية رقم 03/767 إذا المدعية طالبت بإسقاط نسب البنت بعد ما قام والدها بتسجيلها على زوجته المتوفاة حتى تتحصل على ميراثها منها(ملحق رقم 09) ، وكذلك القضية رقم 04/1824 حيث قام الزوج بتسجيل زواجه العرفي في سجلات الحالة المدنية بإسم أخت زوجته و بصمت زوجته و حصول هذه الأخيرة على بطاقة تعريف و بطاقة الناخب و حساب بريدي بإسم أختها و قد تقاضت منح زوجها على ذلك الأساس .

- زواج المحرمات :

الزواج العرفي قد ينتج عنه أبناء و بنات و قد يفترق الزوجان دون أن يسعى أحدهما لتسجيل الزواج و تحديد النسب و مع مرور السنوات قد يجتمع هؤلاء الأبناء ويتزوج بعضهم بعضا و هذا التزاوج بين المحارم محرم شرعا و قانونا فمن المسؤول عن ارتكاب مثل هذه المحرمات ؟ و في حالة اكتشاف الجريمة من يتابع ؟ و هل تسقط الجريمة بالتقادم ؟ و نذكر في هذا السياق المثال التالي : " رسالة جاءت إلى لجنة الفتوى بالأزهر من سيدة تقول فيها ،أنها تزوجت من رجل عرفيا و بعقد غير موثق انتظرت لتحسن ظروفه المادية وبعد عشرة استمرت خمس سنوات أنجبت خلالها طفلا اختفى الزوج فجأة و هرب تركها وحدها مع ابنها ،و بعد فترة تقدم إليها رجل كريم للزواج منها و أخبرته أن هذا الطفل (ابنها من الزواج العرفي) ابن أختها التي توفيت هي وزوجها في حادث ، ووافق الرجل على تقبل الطفل ابنا له ونسبه لنفسه وكبر الابن ودخل الجامعة وجاء يعرض الزواج من زميلة له بالجامعة و وافقته على ذلك ، وفي زيارتي لبيت زميلة ابني رأيت صورة أبيها وكانت المفاجأة التي لا يتوقعها بشر إذ أنه والد ابني الذي تزوجني عرفيا وهرب ، ورفضت هذه الزيجة بدون إبداء الأسباب وأمام إصرار ابني وافقت وتزوج زميلته التي هي كانت أخته

وأوجب منها طفلة ... " ¹ ، وإن كانت هذه الواقعة قد حدثت في مصر غير أنه ليس هناك ما يمنع وقوعها في مجتمعنا خاصة مع توافر كامل الظروف لحصولها إذ أنه ليس هناك أي عقوبات ردعية توجب تسجيل عقود الزواج والميلاد.

الإحصائيات: حيث أنه وعلى مستوى البلديات والمستشفيات توجد مصلحة الحالة المدنية التي تقوم بالإحصائيات الدورية والتي تتعلق بالميلاد والزواج والوفاة وهذه الإحصائيات تسجل في السجلات الخاصة بكل فرع ، غير أن عدم التصريح وتسجيل عقد الزواج العرفي يجعل هذه الإحصائيات تتناقض مع الواقع ، وبالتالي تعطل الأهداف التي من أجلها أجريت هذه الإحصائيات والتي من بينها وضع ميزانية الدولة، وإحصاء نسبة النمو الديمغرافي ، وتعداد الكثافة السكانية ، واكتشاف الأمراض .

- الاحتجاج بالعقد العرفي :

إن هذا العقد المعترف به من الناحية القانونية والشرعية، غير أنه لا يمكن الاحتجاج به من طرف الزوجين إلا بعد تسجيله- كما سبق القول - لكن هل يمكن للغير الاحتجاج به وطلب تثبيته ؟

كأن يتزوج شخص زواجا رسميا ثم بعد ذلك يتزوج زواجا عرفيا، دون أن يعلم زوجته الأولى كما يستوجب القانون في المادة الثامنة من قانون الأسرة، وحيث أن الزواج دون إعلام الزوجة يخول لها الحق في طلب التطلق. فهل لهذه الزوجة حق المطالبة بإثبات عقد الزواج وهي طرف أجنبي عن هذا العقد للحصول على حقها في التطلق ؟ أم أن هذا الحق مخول فقط لطرفي العقد وهل يمكن للزوجة أن تتقدم بدعوى التطلق مؤسسة دعواها على هذا الزواج أم أن دعواها ترفض لعدم تأسيسها؟ هذه بعض الآثار التي تنتج عن الزواج العرفي الذي يغفل فيه التسجيل في سجلات الحالة المدنية ، وهذا الإجراء على بساطته يمكنه أن يغني الأفراد عن اللجوء إلى إجراءات أخرى أكثر تعقيدا من أجل تسجيل زواجهم

¹ فارس محمد عمران ، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي ، دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية، 2001، ص36، 37.

خاصة عندما يتعرضون إلى مشكلة ما سببها تقديم نسخة من شهادة عقد الزواج ، ولهذا فإنهم يلجئون إلى إثباته وتسجيله وهو ما سنتطرق إليه في الفصل الموالي .

الفصل الثاني: إثبات عقد الزواج العرفي في القانون الجزائري و تحريره و تسجيله

ان مسألة تسجيل عقد الزواج لم تكن معروفة في الشريعة الإسلامية، ولم يتطرق إليها الفقهاء قديما نظرا لانعدام نزاعات إنكار الزوجية بسبب وجود الوازع الديني الذي كان يمثل أحسن ضمانات لاحترام الحقوق المتبادلة بين الزوجين، فكان إبرام عقود الزواج يتم عرفا و بالفاتحة فقط وذلك بحضور الشهود و أمام جماعة من المسلمين¹، فالعقد العرفي أو ما يعرف بالزواج بالفاتحة هو عقد صحيح تترتب عليه آثاره لكونه يتوفر على جميع الأركان إلا أنه غير مسجل، وكان هو المعمول به قديما بسبب الثقة بين الزوجين، أو بين أسرتهما، إلا أنه ونظرا لقلّة الوازع الديني وكثرة الخيانات والتنكر لحقوق الطرفين فان فقهاء العصر الحديث يرون ضرورة تسجيل عقد الزواج، و ذلك حفاظا للحقوق و تفاديا لظاهرة الجحود بين الزوجين، ودليلهم في ذلك المصالح المرسلّة التي تعد مصدرا خصباً لتشريع الأحكام المستحدثة، بناء على قاعدة – أينما وجدت المصلحة فثم شرع الله- و وجوب تسجيل عقد الزواج ومنع الزواج غير المسجل ليس لعدم شرعيته أو لعدم صحته، و إنما سدا للذرائع و إنكار الزوجية ومن هنا سنحاول تفصيله في هذا الفصل بتقسيمه إلى بحثين يتضمن المبحث الأول إثبات عقد الزواج العرفي أما المبحث الثاني سنتطرق فيه لتسجيل عقد الزواج العرفي.

¹ د.بلحاج العربي ، المرجع السابق، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ص141.

المبحث الأول: إثبات عقد الزواج العرفي

و قبل الإجابة عن إثبات عقد الزواج العرفي ,وجب التطرق أولا إلى تعريف الإثبات بمعانيه الثلاث:

لغة: من الفعل ثبت، ثباتا، ثبوتا، فيقال ثبت الشيء أي استقر و التثبيت أي الحجة¹
المعنى الفقهي للإثبات: هو إقامة الحجة الشرعية أمام القاضي على صحة واقعة متنازع عليها²

المعنى القانوني للإثبات: فيقصد به إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق و الإجراءات التي حددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع عليها³، لأهمية النزاع حول واقعة الزواج و خطره الكبير، أجاز الشرع إثباته بإحدى طرق الثلاثة وهي: الإقرار أو البيينة أو اليمين و النكول عنه، و لذلك سيتم تخصيص هذا المبحث لدراسة هذه الطرق ، حيث تتم الدراسة لكل طريقة في مطلب.

¹ المنجد في اللغة و الإعلام، دار المشرق، بيروت، الطبعة 31، 1986، ص 68.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص 69.

³ نفس المرجع، ص 71 .

المطلب الأول: إثبات عقد الزواج العرفي عن طريق الإقرار

يعد الإقرار من أقوى أدلة الإثبات و يسمى أيضا بالشهادة على النفس، و هذا ما سيأتي شرحه في هذا المطلب حيث سيتم أولا تعريف الإقرار ، ثم تحديد شروطه، ثم أنواعه، و بعده التطرق إلى حجية الإقرار.

أولاً: تعريف الإقرار:

حيث سيتم تعريف الإقرار بمعانيه الثلاث:

أ. **لغة:** من القر و هو البرد و القرور من النساء التي تقربها، و القرار مستقر الماء في الروضة¹ و اقره الله تعالى و هو مقرر، و اقر دخل فيه، و يوم القر يلي يوم النحر² و الإقرار ضد الجحود و ذلك إذا أقر بحق فقد أقره قراره³

ب. **شرعا:** و هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر و لو في المستقبل باللفظ و ما في حكمه و بذلك يخرج من مدلول معنى الإقرار ما يدعيه الخصم⁴، أو هو إخبار عن حق ثابت على المخبر بغيره⁵، فلو كان لنفسه كانت دعوى الإقرار⁶

ت. في الاصطلاح القانوني:

هو واقعة مادية تنطوي على اعتراف شخص أو إعلان صداقة بحق عليه لأخر سواء عن قصد أو لم يقصد به⁷.

كما عرفه احمد عبد الرزاق السنهوري بأنه "اعتراف شخص بحق عليه لأخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد"⁸.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 5، ص 3578-3579.

² الفيروز أبادي، المرجع السابق، ج 2، ص 114 .

³ ابن فارس، المرجع السابق، ج 5، ص 8.

⁴ ممدوح عزمي، الزواج العرفي، ص 57.

⁵ الكهوجي (عبد الله بن الشيخ حسن الحسن)، زاد المحتاج بشرح المنهاج، حققه و راجعه عبد الله بن ابراهيم الأنصاري، (دم)، 1989، ص 269.

⁶ ابن عابدين (محمد أمين)، حاشية رد المحتار على الدار المختار، دراسة و تحقيق، عادل أحمد عاد (د.ط)، (د.ت).

⁷ محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 213 .

⁸ عبد الرزاق سنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988 ، ص 471.

ثانيا: شروط الإقرار:

الإقرار حجة على المقر بما اقر و لصحته لابد من توفر مجموعة من الشروط المتصلة بالمقر، المقر له، المقر به، و صيغة الإقرار، و هي كالتالي:

(1) الشروط الواجب توافرها في المقر:

- أ. ان يكون المقر عاقلا بالغاً فلا يجوز إقرار المجنون و المعتوه.
- ب. صدور الإقرار من الشخص إرادة خالصة لا إكراه فيه و يكون في صحو تام، فلا يصح إقرار المكره و كذا السكران لأنهما و إن كانا مكلفين إلا أنهما محجور عليهما في المال لقوله تعالى: "إلا من أكره و قلبه مطمئن بالإيمان"،¹ إذ جعل الإكراه مسقطاً لحكم الكفر فالأولى بالإقرار في حال الإكراه، و ذهب الحنابلة الى انه لا يصح إقرار المكره، إلى أن يقر بغيره ما أكره عليه مثل أن يكره على الإقرار بزواج امرأة فيقر بأنه زوج لأخرى².
- ت. أن يكون المقر جادا غير هازل و أن لا يكون محجور عليه بسنه أو عقله أو منهما في إقراره، لأنه و إن كان مكلفاً فهو محجور عليه في المال، حيث جاء في الإنصاف "يصح الإقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه".³

(2) الشروط الواجب توافرها في المقر له:

- أن يكون المقر له معلوما و محددا تحديدا كافيا.
- أن تصدق المرأة الرجل لإقراره حالة كونه المقر و العكس صحيح.
- أن تكون الزوجة حلا لرجل في إقراره إذا كان هو المقر و أن يكون الرجل حلا للمرأة إذا كانت هي المقررة.

(3) الشروط الواجب توافرها في المقر به: المقر به هنا هو الزوجية كعلاقة قائمة بين الطرفين، لذا يجب ان يكون الزواج ممكن بين المقر و المقر له بان لا تكون المرأة محرمة

¹ سورة النحل، الآية 106.

² المرداوي (علي بن سليمان)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب بن حنبل، تحقيق عبد الله محمد حسن إسماعيل، ط 1، ج 12، دار الكتب العلمية، بيروت 1977، ص 108.

³ المرداوي، المرجع السابق، ص 115.

على الرجل تحريما مؤبداً أو مؤقتاً، كما ان يكون المقر به ملكاً للمقر و أن يكون مشروعاً و أن يكون معلوماً¹.

4) الشروط الواجب توافرها في صيغة الإقرار:

- أن تكون صيغة الإقرار موجزة غير معلقة على أي شرط.
 - أن تكون الصيغة مثبتة للحق المقر به.
 - أن تكون صادقة امام القضاء بالعبارة.
 - و يضيف القانون شروط أخرى و هي:
 - أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية، مدعى بها سواء كانت الواقعة تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية كالإقرار بالزواج و أن يكون محل الإقرار لا يكذبه الواقع، كأن تقر امرأة بأنها زوجة لرجل آخر قبل أن تولد.
 - أن يكون غير مخالف للنظام و الآداب العامة، كإقرار الرجل بان هذه المرأة خليلته فلا يثبت زواجه بهذا الإقرار كما لا يثبت نسب الولد الناتج عنه².
 - أن يكون الإقرار أمام مجلس القضاء و في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و هذا طبق لنص المادة 431 قانون مدني، فان كان أمام جهة رسمية كالموثق فانه لا يعتد بها الإقرار³.
- ثالثاً: أنواع الإقرار:

1. **الإقرار غير القانوني:** و هو الذي تم خارج مجلس القضاء كأن يقر فلان ان فلانة زوجته خارج مجلس القضاء سواء كان ذلك كتابة أو شفاهة، و سلطة تحقق التقدير بمثل هذا الإقرار موكلة للقاضي، يقدرها وفقاً لظروف الدعوة و ملابتها. و يظهر مثل هذا النوع من الإقرار في الزواج العرفي عند تحديد موثق لها يسمى بعقد توثيق الزواج في الحالة التي يكون فيها احد الزوجين أو الآباء أو من له مصلحة كما يظهر الإقرار بزواج بناء على طلب الزوجين معا والإرادة الحرة لكل منهما، و ليس بالإرادة المنفردة لأحدهما.

¹ الكوهجي، المرجع السابق، ص 275، 277.

² عبد الرزاق صنهاوي، المرجع السابق، ص 483، 486.

³ أمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 30-09-1975، المعدل و المتمم.

2. **الإقرار القضائي:** هو إعلان الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه كأن يقف الزوج أمام القاضي و يقر بقيام علاقة زوجية بينه و بين المدعى عليها.

رابعاً: حجية الإقرار:

يجري التساؤل الآن حول حجية هذا الإقرار و مدى قوته الثبوتية في إثبات الزواج العرفي و ما إذا كان الإقرار طريق لإثبات الزواج في الفقه و هل يعتد القانون الجزائري به كوسيلة لإثبات هذا الزواج، و للإجابة عما سبق سنتطرق لحجية الإقرار من ناحيتين:

1. من الناحية الفقهية:

إن جمهور الفقهاء يعتبر الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده و لا تتعداه إلى غيره إلا أنهم اعتبروه وسيلة كافية في حد ذاته لإثبات الزواج إذا ما أقر به احد الطرفين. فيقول فارس محمد عمران و هو يتحدث عن إثبات الزواج العرفي: "الإثبات يكون بواحدة من ثلاث وسائل كما هو مقر في الفقه الحنفي: البينة، الإقرار، و النكول عن اليمين"¹. و قد اختلف الفقهاء حول إقرار ولي القاصر فمنهم من أجاز وإقرار الولي عن النفس بالزواج ان كان هو الذي تولاه، و ذهبت طائفة أخرى منهم و جعلت إقرار الولي بزواج القاصر موقوف إلى غاية بلوغ القاصر ان صدقه ينفذ إقراره وان أنكره أبطل إقراره².

2. من الناحية القانونية:

من الناحية القانونية يعد الإقرار حجة على المقر و الخلف العام و لا تتعداه إلى غيرهما، فإذا كان الإقرار تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر و يتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفاً عاماً له فان الإقرار بواقعة الزواج يكون صحيحاً و ملزماً لكل من الزوج و الزوجة و ورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته و لا يتعداهم إلى الغير.

لذلك نجد أن محاكمنا و مجالسنا القضائية لا تعتد بالإقرار كوسيلة كافية لإثبات واقعة الزواج العرفي، و السبب في ذلك يعود لطبيعة عقد الزواج و خصوصيته لاسيما فيما يتعلق بآثاره الخطيرة، و التي لا تتوقف عند المتزوجين بل تتعداهما إلى النسل الناتج عن هذا

¹ فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 41 .

² الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 18.

الزواج كما انه لو اكتفى القضاء بإثبات الزواج بإقرار الزوجين فان هذا لا يؤدي إلى ذبوعه و شيوعه، و يحول دون تحول القاضي من توافر أركان الزواج و كذا اشتها ره و إعلانة¹، لأن الزواج في حد ذاته يتطلب الإعلان و الإشهار و علم الناس به بغلق منافذ الظن و الخوف في الأعراض و التقول على المتزوجين عرفيا و رميهم بالزنا من طرف الناس الذين لم يصل إلى علمهم الزواج.

¹ بكوش يحي، المرجع السابق، ص276.

المطلب الثاني: إثبات عقد الزواج العرفي عن طريق البينة (الشهادة)

إن من الخصائص التي يتميز بها عقد الزواج في الإسلام الشهادة (البينة) عليه عن طريق شهود عدل ساعة إبرام العقد و تحريره و ذلك لضمان شرعيته و إثباته من جهة أو إنكاره و جحوده من جانب أحد المتعاقدين من جهة أخرى كما أنها تعد أحد أهم طرق إثبات الزواج، و لهذا السبب تم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة عناصر، الفرع الأول سنتطرق فيه إلى ماهية البينة و أنواعها، و الفرع الثاني لتعديد شروط البينة، أما الفرع الثالث سنتناول فيه حكم الرجوع عن البينة، وأخيرا العنصر الرابع سأخصصه لنصاب الشهادة.

أولا : ماهية البينة(الشهادة) و أنواعها

1. ماهية البينة(الشهادة)

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

أ. لغة :و هي الشهادة¹، أو البيان و هو ما يتبين الشيء من الدلالة و غيرها²، و بان الشيء و إبان اتضح و انكشف فهو بين، و إبان الشيء فهو بين³، و استبان الشيء ظهر و التبين الإيضاح و الوضوح⁴، و فلان بين من فلان أوضح منه⁵.

ب. البينة شرعا :المراد بها هي الشهود أو الشاهد و هي شهادة رجلين أو رجل و امرأتين و يقال: الإثبات بالبينة" أي شهادة شاهدي عدل على حدوث واقعة معينة كثبوت الزوجية"⁶.

إن المقصود بالبينة الحجة و الدليل و البرهان سواء كانت منفردة أو جملة و هي أهم من البينة في اصطلاح الفقهاء⁷.

¹ المنجد في اللغة و الاعلام ، المرجع السابق، ص368.

² ابن منظور، المرجع السابق، ج 1 ، ص406.

³ ابن فارس، المرجع السابق، ج 1 ، ص 327 ، الفيروز أبادي المصدر السابق، ج 4 ، ص 201.

⁴ ابن منظور، المرجع السابق، ج 1 ، ص406.

⁵ ابن فارس، المرجع السابق، ج 1 ، ص 328.

⁶ محمد ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص58.

⁷ ابن القيم الجوزية(شمس الدين أبوعبد الله محمد بن أبي بكر)، اعلام الموقعين، راجعه و قدمه و علق عليه طه عبد الرؤوف سعد، مطبعة النهضة ،طبعة جديدة،(دت)، ج 1 ، مصر، ص 90.

ت. **البينة قانونا**: لم يعرف القانون البينة غير أنه من مفهوم نصوصه القانونية نصل أنه يقصد بها الشهادة، و يقصد بها أيضا إخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص و بعده مما يترتب عليه أثر في الشرع أو القانون¹، و يمكن تعريفها بأنها أقوال شهود عدل معروفين بالصدق و الأمانة يقرون ما عاينوه أو سمعوه من الواقع، و هي بذلك دليل مباشر.

ثانيا: أنواع البينة(الشهادة)

و البينة ثلاث أنواع: البينة المباشرة، البينة السماعية، و البينة بالتسامع.

1. البينة المباشرة: الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة، فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه فالذي يميز الشاهد إذن هو أنه يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية إما لأنه رآها بعينه فجاء إلى مجلس القضاء ليشهد بما سمع و إما لأنه رأى و سمع. و تكون الشهادة عادية شفهوية يستمدّها الشاهد من ذاكرته ليقول ما رآه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى، و مع ذلك قد يكتفي في ظروف استثنائية بتلاوة شهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للاعتداد بها.

إذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة، كأن يدلي الشاهد بما عاينه صورة شخصية و مباشرة أثناء إنشاء واقعة الزواج العرفي بما في ذلك معرفته لطرفي العقد من زوج الزوجة و مكان و ظروف إبرام عقد الزواج من رضا الزوجين و وجود ولي و تسمية الصداق².

و الشهادة المباشرة و هي التي يقرر فيها الشاهد في مجلس القضاء بالواقعة المشهود بها، والمراد إثباتها، و ذلك أن حدوثها تم تحت سمعه و بصره و تسمى الشهادة من الدرجة الأولى³.

2. البينة السماعية : و تسمى أيضا بالشهادة من الدرجة الثانية و يشهد فيها الشاهد بما سمعه من غيره، و تسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة عن الشهادة، و فيها يدلي الشاهد بما نقله

¹ نبيل ابراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، بيروت 1995، ص181.

² قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/09/24، مجلة قضائية، ع1، ص64.

³ عبد الحميد الشواربي، الاثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية و التجارية و الجنائية و الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية 1999، ص378.

عن شخص آخر يكون قد عاين الواقعة المشهود بها و المراد إثباتها .و الشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية، و في الفقه الإسلامي الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا بالإنابة، فإذا سمع شاهد فكانت شهادته سماعية فهي لا تقبل منه إلا إذا أشهده فيها الشاهد الأصلي، و يقدر القاضي قيمة الشهادة السماعية ولا سلطان لأحد عليه في ذلك.

3. **الشهادة بالتسامع**: هي شهادة بما يتسامعه الناس وهي عكس الشهادة السماعية التي يمكن تحري مصدر الصدق فيها و تحميل صاحبها مسؤولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره، فالشهادة بالتسامع صاحبها لا يروي عن شخص معين ولا عن الواقعة بالذات بل يشهد بما يتسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير في شأنها فهي غير قابلة للتحري ، و لا يتحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما شهد به¹، كالقول مثلا : " قيل أن فلان تزوج فلانة"².

ثالثا: شروط أداء الشهادة:

يشترط لأداء البيئة أمام القاضي شروط تتعلق بالشاهد، و شروط للمشهود به و شروط للشهادة، و لأداء الشهادة.

1. شروط ترجع إلى الشاهد:

أ- **الأهلية**: أي ينبغي أن يكون الشاهد بالغا وقت أداء الشهادة فلا تقبل شهادة المجنون و لا السكران، و لا شهادة الطفل لعدم حصول الثقة³.
فقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون الشاهد بالغا و عاقلا وقت أداء الشهادة و قد حدد المشرع سن الشاهد من 19 سنة في المادة 33 من قانون الحالة المدنية: "يجب على الشهود المذكورين بين شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل"⁴.

¹ بكوش يحي، المرجع السابق، ص 190، 191.

² عبد الرزق صنهاوي، المرجع السابق، ص 413.

³ ابن قدامة، مصدر سابق، ج 12، ص 27، الوئشريس(أبو العباس احمد بن يحي)، عدة البروق في جمع ماضي المذهب من المجموع و الفرق، دراسة و تحقيق حمزة أبو فارس، دار العرب الإسلامي، بيروت، لبنان، (دت)، (دط)، ص502.

⁴ أمر رقم 70-20 المؤرخ في 19/02/1970، المتعلق بالحالة المدنية، ص124.

اما إذا كان مميز أو دون التمييز بان كان 18 سنة أو 16 سنة أو مجنون فلا تقبل شهادتهم و إن تمت دون تحليفهم فهي بذلك تكون على سبيل الاستدلال لا غير.

ب- **الحرية:** ذهب الحنيفة و الملكية و الشافعية إلا ان الحرية شرط في الشاهد , فلا تقبل , شهادة الرقيق لقوله تعالى: "ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء"¹ لان الشهادة فيها معنى الولاية ولا ولاية للعبد، أما الحنابلة والظاهرية فذهبوا إلى قبول شهادة العبد , ذلك أن الآيات جاءت عامة في وجوب الشهادة².

ت- **الولاية:** يشترط الفقهاء ان يكون الشاهد من اهل دين المشهود عليه فلا ولاية لغير مسلم على مسلم و ان لا يكون الشاهد غير مقبول الشهادة شرعا : لقوله صلى الله عليه و سلم: "لا شهادة للمتهم"، و التهمة إما أن تكون فسق الشاهد , أو وجود صلة خاصة بينه وبين المشهود عليه، النائحة، المغنية، مدمن الشراب، و المخنث و من يقامر بالنرد و الشطرنج...، أي كل من لا تفترض فيه العدالة و يكون معروفا بسوء السيرة و ذهاب الأخلاق.

2. شروط ترجع إلى الشهادة:

أ. **لفظ الشهادة :** يتعين على الشاهد عند أداء الشهادة أن يذكر لفظ الشهادة فيقول اشهد انه اقر بكذا و نحوه، و لو قال اتيقن أو اعرف أو اعلم لم يعتد بها لان الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة، فلا بد من الاتيان بفعلها المشتق منها لان فيها معنى لا يحصل في ذلك من غيرها وهذا ما اجمع عليه الفقهاء³.

ب. **ان تكون الشهادة موافقة للدعوى :** فلا تقبل الشهادة المنفردة عن الدعوى فإذا كان بصدد دعوى لإثبات الزواج العرفي دون غيرها، اما في القانون فيشترط لصحة الشهادة أن تكون موافقة للدعوى ، و بالتالي لا يمكن إثبات الزواج بواسطة شهادة متناقضة⁴.

ت. **مكان أداء الشهادة:** يشترط أن تكون الشهادة في مجلس القضاء¹، كما أنها تتم أمام المحكمة أو مجلس القضاء و هذا ما ذهب إليه جل قرارات المحكمة العليا فالقاضي وحده له

¹ سورة النحل، الآية 75.

² ابن قدامة، المرجع السابق ج7، ص340.

³ ابن قدامة، المرجع السابق، ج 12 ، ص 64 ، 69.

⁴ المجلة القضائية، ع 2 ، سنة 1991.

صلاحية سماع الشهود، أو هي من صميم اختصاصه، و عليه فقيام جهة أخرى بسماع تصريحات الشهود كالخبير و الموثق، يعد اعتداء على صلاحيات القاضي و لا يعتد بما يصدر عنه من تصريحات.

3. شروط ترجع إلى المشهود به:

يشترط أن يكون المشهود به معلوما للشاهد، فلا يصلح للشاهد أن يشهد بشيء حتى يحصل له به علم، لا بما شك فيه و لا بما يغلب الظن على معرفته لان فائدة الشهادة إلزام المدعي عليه²، فلا يشهد الشاهد مثلا ان فلانة زوجة فلان بانبا اعتقاده هذا من خلال رؤيته لهما و هما يسكنان نفس البيت، و يتعاملان كما يتعامل الأزواج، و هو ما اتجهت اليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/30 الذي جاء فيه: "من المقرر شرعا و قانونا ان الزواج الشرعي يقوم على العلانية و الشهرة ومراعاة أركانه و شروطه...، و الزواج العرفي ما يزال معمولاً به متى توفرت فيه الشروط و الأركان، و الطاعة عجزت عن إثبات زواجها ورغم محاولات الشهود لها بالزواج و ادينوا معها في جريمة التزوير، فمعاشرة رجل لإمرأة طالت مدتها أو قصرت، و لو وقع الإشهاد بها لا تعد زواجا³.

4. أداء الشهادة:

إن سماع الشهود يكون أمام المحكمة، طبقا للأوضاع المقررة قانونا لذلك، فلا عبرة بأي شهادة يحصل الإدلاء بها خارج مجلس القضاء و لو كان ذلك امام موظف عام مهما علت درجته طالما انه ليست له ولاية القضاء.

أما دور القاضي حيال الشهود فيتمثل في استفساراتهم عما إذا حضروا مجلس العقد و يتأكد من عددهم حتى يحترم نصاب الشهادة، و يتأكد من هوية الشاهد الكاملة من خلال بطاقة التعريف، و درجة القرابة بالخصوم مع الإشارة لتأدية اليمين القانونية بعدها يقوم القاضي باستفسار الشهود عن معرفتهم للخصوم، و فيما إذا حضروا فاتحة الزواج أو حفل الزفاف، و من تولى العقد كولي الزوجة، و يسألهم عن التاريخ أو السنة التي تم فيها الزواج العرفي

¹ المرغيناني، (برهان الدين علي بن أبي بكر) الهداية شرح بداية المبتدي، دار الفكر بيروت، لبنان، (دت)، ط2، ج7، ص 433.

² عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 166.

³ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1990/04/30، مجلة قضائية، 1992، ع2، ص64.

لاسيما إن كانت الشهادة سماعية و عن مكان إبرام عقد الزواج العرفي، كما يستفسر عن مقدار الصداق المقدم و هل هو مؤجل أو معجل. و على القاضي و هو بصدد الاستماع للشهود أن يحكم نكاهه و خبرته، و أن يدقق في كل كبيرة وصغيرة صرح بها الشاهد و يقارن بين تصريحات الشهود عساه يجد تعارضا في أقوالهم، وعليه أن يربط بين كل تلك التصريحات ليستنبط منها أخيرا أركان الزواج المذكور في المادة التاسعة من قانون الأسرة ليقرر تثبيت الزواج العرفي من عدمه.

5. حكم الرجوع عن البينة

حسب الشريعة الإسلامية يجوز للشاهد أن يرجع عن شهادته، و رجوعه صحيح بشرط أن يكون في مجلس القضاء و تبرير ذلك رجوع الشاهد عما أدلى به إن كان كذبا هو عودة إلى الحق، و قد استدلووا بذلك عن رواية حدثت مع علي- رضي الله عنه -أين شهد عنده رجلين خطأ على رجل بالسرقة فقطعت يده، ثم عادا و تراجعوا عن أقوالهما متهمين رجل آخر وليس الرجل الأول فقال لهما علي- رضي الله عنه " :-لا أصدقكما على هذا الأخير وأضمنكما يد الأول، و لو أنني أعلمكما فقلتما ذلك عمدا قطعتم أيديكما"، ففي هذه الرواية دليل أن الرجوع عن الشهادة صحيح في حق الشاهد.

فإذا سلطنا الضوء في هذه النقطة- رجوع الشاهد عن شهادته -على مسألة الزواج العرفي و افترضنا ان القاضي اثبت الزواج بين فلان و فلانة بناء على شهادة سماعية و صدر الحكم و استوفى طرق الطعن و أصبح نهائيا، ثم أتى نفس الشاهد الذي شهد بواقعة الزواج العرفي و رجع عن شهادته مبررا ذلك بأنه قد تم إيهامه أن فلانة هي حقا زوجة فلان، هنا سيكون موقف القاضي كالتالي:

إذا كان رجوع الشاهد عن شهادته قبل صدور الحكم بتثبيت الزواج العرفي الحالي يستبعد القاضي شهادته و لا يقضي بها لبطلانها بت ارجعه عنها، و ان لم يصبح الحكم نهائيا، فيجوز تصحيح الوضع على مستوى درجات التقاضي الأخرى ، لكن ان صار الحكم نهائيا، و رتب آثاره كاملة خاصة ان كان الزوجين متوفيين، في هذه المسألة بالذات يمكن استنتاج الحل من خلال موقف المحكمة العليا التي استقرت على ان حكم القاضي بإثبات واقعة الزواج له حجية مؤقتة، على خلاف بقية الأحكام التي لها حجية مطلقة، و ذلك في

قرار لها صادر بتاريخ 1998/12/15، أهم ما جاء فيه " :حيث ان إثبات واقعة الزواج ليس لها حجية الشيء المقضي فيه حسب مفهوم المادة 338 من القانون المدني، باعتبار واقعة الزواج العرفي لها حجية مؤقتة"¹. أي أنه متى توفرت الأدلة التي تؤدي إلى خلاف ما انتهى إليه الحكم الذي استوفى طرق الطعن، يمكن رفع دعوى جديدة لنفي ما انتهى إليه الحكم الأول.

6. نصاب الشهادة:

- أ. **نصاب الشهادة في الفقه:** ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الشهادة على النكاح برجلين ذكرين، و لا تجوز شهادة النساء إلا في الأموال² و ذهب الحنفية إلى أن الشهادة تتم بشهادة رجلين ذكرين، أو رجل و امرأتين عدلين³، لقوله تعالى: "و اشهدوا ذوي عدل منكم"⁴.
- ب. **نصاب الشهادة في القانون :** ذهبت المحكمة العليا في العديد من قراراتها إلى عدم الاعتماد بشهادة النساء وحدهن في النكاح و أخذت شهادة الرجلين ذكرين.

المطلب الثالث : إثبات الزواج العرفي بالنكول عن اليمين

أولاً: تعريف اليمين والنكول عنها :

اليمين بوجه عام هو قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد و يستتزل عقابه إذا ما حنث وهي عمل مدني وديني في نفس الوقت .

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

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/12/15، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص56.

² ابن قدامة، المرجع السابق، ج 12 ، ص 7.

³ المرغيناني، المرجع السابق، ص 370.

⁴ سورة الطلاق، الآية 02.

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

حيث يقول الإمام أبو زهرة أنه: " عند فشل إثبات الزواج بكل من وسيلتي الإقرار و البينة ،
توجه اليمين إلى المرأة - ويبين أن ذلك رأي الصاحبين - فإن حلفت رفضت دعوى
الزوج؛ وإن نكلت عن اليمين قضي عليها بالزواج ؛ لأن النكول إقرار على مذهب
الصاحبين المفتى به في الفقه الحنفي " ¹ .

ويؤكد الأستاذ فارس محمد عمران في إثبات الزواج العرفي أن النكول عن اليمين يوجه في
الزواج عند الصاحبين ² .

ثانيا: حجية اليمين:

إن حجية اليمين في القواعد العامة للإثبات كالإقرار قاصرة على الحالف وورثته بصفتهم
خلفا عاما له سواء كان ذلك عند الحلف أو عند النكول ولا تتعدى إلى الغير.

لذلك فإن موقف القضاء حيال اليمين هو عدم اعتبارها وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات
واقعة الزواج العرفي .

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

فإذا مات أحد الزوجين و ادعى الحي منهما الزوجية وليس له إلا شاهد واحد يشهد
بالزوجية شهادة مفصلة قطعية يحدد فيها مبلغ الصداق المسمى و تأجيله أو تعجيله ، ومن

¹ الإمام أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ، ص 17.

² فارس محمد عمران ، المرجع السابق ، ص 31.

تولى العقد فإن الزواج يثبت لكن مع يمين المدعي ، و هو الأمر الذي استقرت عليه المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ: 1988/09/23 أهم ما جاء فيه :

"إذا كان من المبادئ الشرعية السائدة فقها وقضاء أن إثبات عقد الزواج في حالة وفاة أحد الزوجين يكون مؤسسا على شهادة شهود يؤكدون صحة انعقاده وفقا للشرعية الإسلامية ، وأن الاكتفاء بشهادة ثلاثة أشخاص كان أفضل من شهد منهم أنه حضر الفاتحة ، فهي شهادة في غاية الإجمال ، و ليست مما يثبت بها عقد الزواج إذ لما كانت شهادة الآخرين أضعف منها ، فإن الإثبات على هذا النحو لا يكفي وحده إلا مع يمين المدعية ، لذا يستوجب نقض القرار القاضي لإثبات عقد زواج المدعية بشخص متوفي تأسيسا على شهادة ثلاثة أشخاص ليست كافية لهذا الإثبات ودون تحليف المدعية اليمين"¹.

و قضت كذلك في قرار آخر صادر بتاريخ : 1998/09/22 أهم ما جاء فيه:

"يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين ، وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة " لا نكاح بعد الموت " ، و من ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها العرفي من الهالك إضافة إلى سماع شهادة الشهود طبقوا صحيح القانون"².

و خلاصة القول فإنه إذا كانت الشريعة الإسلامية تعتمد على كل من الإقرار، والبيئة والنكول عن اليمين لإثبات الزواج العرفي فإن القضاء الجزائري يركز على شهادة الشهود بالدرجة الأولى ، أما اليمين فيلجأ إليها لتدعيم وتأكيده شهادة الشهود في حالة وفاة أحد الزوجين ، أما الإقرار القضائي فلا يعتد به إطلاقا عكس الإقرار غير القضائي الذي يتم التصريح به أمام الموثق ، والذي تعتد به محاكمنا ومجالسنا القضائية في إثبات واقعة الزواج العرفي غير المتنازع عليه ، رغم أن المحكمة العليا استبعدت مثل هذا التحقيق الذي

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1985/09/23، مجلة قضائية، 1990، العدد 01، ص 95.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/09/22، مجلة قضائية، 2000، العدد 02، ص 173.

يجريه الموثق و الذي اعتبرته من الصلاحيات المميزة والأساسية للقاضي والتي يجب أن لا يفوضها للموثق .

ووفقا للقانون 84-11 يتم إثبات عقد الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية،أو بحكم قضائي، و هو ما نصت عليه المادة 22 بقولها "يثبت الزواج بمستخرج لسجل الحالة المدنية ، و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون و يتم تسجيله بالحالة المدنية" إلا أن هذه المادة لم تبقى على حالها و إنما عدلت بموجب الأمر 02-05 و أصبح نصها كما يلي " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبتت الزواج في الحالة المدنية بالسعي من النيابة العامة" .

من خلال النصوص القانونية سألغة الذكر يثبت الزواج باستخراج نسخة من عقد الزواج و ذلك لإثبات قيام عقد الزواج أما الجهات المعنية¹، كما يثبت الزواج بحكم قضائي إذا لم يتم الزوجان بإبرام عقد زواجهما، فيتعين على الزوجين استصدار حكم قضائي يثبت وجود عقد الزواج صحيح، و يجب تسجيل حكم تثبتت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة باعتبارها حارسة النظام العام، و قد جاء بيان هذه الإجراءات في قانون الحالة المدنية، تتلخص في تقديم طلب من الزوج إلى وكيل الجمهورية لدى المحكمة التي انعقد الزواج في دائرة اختصاصها، و تفصل المحكمة المختصة في الواقعة بالإسناد إلى كل الوثائق و الإثباتات المادية المقدمة، ثم ينطق بذلك الحكم و يؤشر في سجل الحالة المدنية المخصص لإثبات عقود الزواج و تقييدها بمعرفة ضابط الحالة المدنية² .

و أخيرا يمكن القول أن إثبات عقد الزواج لا يتم إلا باستخراج نسخة طبق الأصل من سجل الحالة المدنية تحمل خاتم البلدية التي تم فيها تسجيل العقد، و موقعة من ضابط الحالة المدنية المختص، دون رسوم و لا مصاريف، و ذلك مصداقا لما نصت عليه المادة 05 من القانون رقم 224/63.

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1975/04/21، ملف رقم 12029 (غير منشور) "من المقرر قانونا أنه لا يسوغ لأي شخص أن يدعي الزوجية ما لم يثبت بعقد مسجل بدفاتر الحالة المدنية".

² المادة 51 من قانون الحالة المدنية.

المبحث الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي

إن مسألة تسجيل عقد الزواج لم تكن معروفة في الشريعة الإسلامية، ولم يتطرق إليها الفقهاء قديما نظرا لانعدام نزاعات إنكار الزوجية بسبب وجود الوازع الديني الذي كان يمثل أحسن ضمانات لاحترام الحقوق المتبادلة بين الزوجين، فكان إبرام عقود الزواج يتم عرفا و بالفاتحة فقط وذلك بحضور الشهود و أمام جماعة من المسلمين¹، فالعقد العرفي أو ما يعرف بالزواج بالفاتحة هو عقد صحيح تترتب عليه آثاره لكونه يتوفر على جميع الأركان إلا أنه غير مسجل، وكان هو المعمول به قديما بسبب الثقة بين الزوجين، أو بين أسرتهما، إلا أنه ونظرا لقلّة الوازع الديني وكثرة الخيانات والتنكر لحقوق الطرفين فان فقهاء العصر الحديث يرون ضرورة تسجيل عقد الزواج، و ذلك حفاظا للحقوق و تفاديا لظاهرة الجحود بين الزوجين، ودليلهم في ذلك المصالح المرسلّة التي تعد مصدرا خصباً لتشريع الأحكام المستحدثة، بناء على قاعدة – أينما وجدت المصلحة فثمّ شرع الله- و وجوب تسجيل عقد الزواج ومنع الزواج غير المسجل ليس لعدم شرعيته أو لعدم صحته، و إنما سدا للذرائع و إنكار الزوجية و متى استكمل عقد الزواج أركانه و شروطه كان صحيحا، لكنه لا يتمتع بحماية قانونية إلا إذا تم الإعلان عليه أمام الموظف المختص، سواء كان أمام ضابط الحال المدنية أو أمام موظف رسمي (الموثق) وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث.

¹ د.بلحاج العربي ، المرجع السابق، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ص141.

المطلب الأول: الجهة المختصة بتسجيل عقد الزواج وشروط و إجراءات تسجيله

أولاً: الجهة المختصة بتسجيل عقد الزواج:

عملا بنص المادة 21 من قانون الأسرة فإنه تطبق أحكام قانون الحالة المدنية على إجراءات تسجيل عقد الزواج و بمقتضى المادة 18 من قانون 11-84¹، و المعدلة بموجب الأمر رقم 02-05 و التي تنص " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون" كما تقتضي المادة 71 من قانون الحالة المدنية بأن ضابط الحالة المدنية أو القاضي (الموثق) المختص بتحرير عقد الزواج هو الذي يوجد بدائرة اختصاصه موطن الزوجين باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج، هذا إذا كان انعقاد الزواج داخل الوطن، أما إذا انعقد في الخارج فيحرر العقد موظفون دبلوماسيون أو القنصليون أو السلطة المحلية التي لها تحرير العقود الرسمية².

ومن خلال قراءة هذه النصوص و تحليلها تحليلًا مختصرا يتضح لنا أن المشرع الجزائري حصر وظيفة أو صلاحية تحرير و توثيق عقود الزواج إلى شخصين وهما الموثق و ضابط الحالة المدنية ، فالموثق هو ضابط عمومي يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية و كذا العقود التي يود الأطراف إعطائها هذه الصيغة، و قد كان الموثق ينتمي إلى سلك الموظفين مساعدي القضاء و يخضع لسلطة النائب العام بموجب الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970، و تم إلغاء هذا الأمر و استبداله بالقانون رقم 27/88³، الساري المفعول حاليا ابتداء من 01/01/1990 حيث أنشأ مكاتب للتوثيق يمتد اختصاصها عبر كامل التراب الوطني، و يسير كل مكتب موثق يمارس مهنته لحسابه الخاص، مع تمتعه بالضبطية العمومية.

أما ضابط الحالة المدنية البلدية (Officier d'état civil) فهو الموظف المؤهل قانونا لتحرير عقدا لزوج و تسجيله، و الذي يوجد بدائرة اختصاصه موطن الزوجين أو محل

¹ تنص المادة 18 من قانون 11-84 على أن " يتم عقد الزواج أمام موثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 9 من هذا القانون".

² المواد 96، 76، 104 من قانون الحالة المدنية رقم 20-70، المؤرخ في 19/02/1980.

³ المادة 05 من القانون رقم 27/88 الصادر بتاريخ 12/07/1988 المتضمن قانون التوثيق.

إقامة أحدهما، أما في الخارج فإن رؤساء البعثات الدبلوماسية و رؤساء المراكز القنصلية هم الذين يختصون بتحرير عقود زواج الجزائريين¹.

ثانيا: شروط تسجيل عقد الزواج:

بالرجوع إلى المواد (74،75،76) من قانون الحالة المدنية فإنه يجب على كل شخص أراد أن يبرم عقد زواج أن يقدم إلى ضابط الحالة المدنية أو الموثق المختص بتحرير هذا العقد المستندات الآتية:

1. شهادة ميلاد الزوج و الزوجة المؤرخة بأقل من ثلاثة أشهر، فإن تعذر ذلك يجوز لهما تقديم وثيقة إشهاد مصدقة من قبل رئيس المحكمة و بدون نفقة وعند الاقتضاء بعد كل التحقيقات الضرورية، سواء استنادا الى تصريح مؤيد بيمين الطالب و ثلاثة شهود، أو تقديم الوثائق المبينة للحالة المدنية للمعني بالأمر كبطاقة التعريف الوطنية أو الدفتر العائلي للأبوين و بإمكان الزوج تقديم الدفتر العسكري².
2. شهادة الإعفاء من السن القانوني الذي نصت عليه المادة 7 من قانون الأسرة³، إذا تعلق الأمر بزواج رجل أو امرأة لم يكملوا التاسعة عشر من عمرهما.
3. شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية و قد إستلزمها القانون لمن لم يكن معروف السكن أو الإقامة لضابط الحالة المدنية أو الموثق⁴.
4. دفتر عائلي إذا تعلق الأمر بشخص سبق له الزواج.
5. رخصة الزواج التي ينص عليها القانون العسكري، إذا تعلق الأمر بزواج أحد العاملين بالجيش الوطني الشعبي أو الدرك الوطني ورجال الشرطة و موظفي الأمن الوطني¹.

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1993/09/28. ملف رقم 96238، (غير منشور)". من المقرر قانونا أن الزواج ينعقد في أي مكان في الأرض، و ذلك أن مكان انعقاد الزواج لا يدخل ضمن أركان وشروط الزواج طبقا للقانون" د. بلحاج العربي المرجع السابق قانون الأسرة مع تعديلات الأمر رقم 02-05-ص136.

² نبيل صقر، أحمد لعور، الدليل القانوني للأسرة المادة 74 من قانون الحالة المدنية، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر 2006، ص169، 170.

³ تنص المادة 07 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02-05 على أنه "تكتمل أهلية الرجل و المرأة بتمام 19 سنة. و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج..."

⁴ المادة 75 من قانون الحالة المدنية.

6. أما بالنسبة للمرأة التي سبق لها الزواج فإن كانت مطلقة إما أن تقدم وثيقة عقد زواج متضمنة لبيان الطلاق، و إما نسخة من الحكم أو القرار القضائي الذي صار نهائيا، و إما أن تقدم الدفتر العائلي. إذا كان يتضمن بيانا للطلاق، و إذا كانت أرملة وجب عليها أن تقدم نسخة من وثيقة وفاة الزوج السابق، أو وثيقة ميلاده المشار فيها إلى وفاته².

7. إذا تعلق الأمر بزواج أجنبي يقيم في الجزائر بصفة مؤقتة أو دائمة، فيجب أن يقدم زيادة على المستندات التي تثبت أهليته للتعاقد وفقا لقانون بلاده رخصة بالزواج يمنحها له والي الولاية التي يقيم بها، و ذلك بعد أخذ رأي مصالح الأمن بالولاية إثر تحقيق شامل حول وضعية الأجنبي و ظروف إقامته ولا تسلم الرخصة إلا بعد رأي مصادق عليه و مؤيد من مدير الأمن بالولاية، و من جهة أخرى توصي ضابط الحالة المدنية بأن لا يحرر أي عقد زواج يكون أحد طرفيه أو كلاهما أجنبيا إلا بعد استظهار رخصة صادرة عن الوالي³.

8. وقد أضاف التعديل الأخير شرطا آخر في المادة السابعة مكرر من قانون الأسرة، يتمثل في إلزام طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر من إجراء الفحوصات ، تثبت خلوهما من الأمراض المعدية و من أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الأغراض الأساسية للزواج: أمراض السيدا (الإيدز)، العقم، و غيره من الأمراض المانعة للإنجاب، و على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية، و يؤشر بذلك في عقد الزواج.

● إلا أن المشرع الجزائري نص صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة 07 مكرر من قانون الأسرة على شرط و كفاءات تطبيق هذه المادة يتم تحديدها لاحقا عن طريق التنظيم⁴.

¹ جاء بيان ذلك في المرسوم رقم 83-81 في 13/08/1983 و المتعلق بالقواعد المطبقة على موظفي الأمن الوطني و المنشورين الصادرين عن وزارة العدل و المتعلقين بزواج أفراد الجيش الوطني الشعبي و الدرك الوطني ، الأول رقم 329 بتاريخ 13/06/1967 و الثاني رقم 364 بتاريخ 25/06/1978.

² المادة 2/75 من قانون الحالة المدنية.

³ أنظر في ذلك المنشور الصادر عن وزارة الداخلية رقم 02 بتاريخ 11/02/1980، عبد العزيز سعد المرجع السابق-قانون الأسرة في ثوبه الجديد- ص 62.

⁴ المادة 07 مكرر من قانون الأسرة " يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج".

المطلب الثاني: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه

إذا ما وقع نزاع حول واقعة الزواج بين الزوجين ، أو بين من لهم مصلحة شرعية وقانونية في ذلك ، وكان أحدهما يدعي قيام الزواج شرعا و قانونا ، والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه أو في صحته ، فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة ، وإذا تمكن المدعي من إثبات الزواج حكمت المحكمة بقيام الزواج وعندما يصبح الحكم نهائيا يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية¹.

وقد جاء في المادة 22 فقرتها الثانية من قانون الأسرة أنه: " في حالة عدم التسجيل يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية".

حيث ترفع دعوى إثبات عقد الزواج التي لا تختلف عن غيرها من الدعاوى المدنية الأخرى، من حيث ما يتعلق بإجراءات رفع الدعوى ومن حيث ما يتعلق بأهلية المتنازعين وصفاتهم وإن كان قانون الأسرة على عكس الأمر رقم 70-20 لم يحدد صراحة الإجراءات الواجب إتباعها لإثبات واقعة الزواج العرفي والجهة القضائية المختصة.

فدعوى إثبات الزواج العرفي من دعاوى الأحوال الشخصية التي تتعلق بالنزاعات الناشئة بين أفراد الأسرة الواحدة بدءا من الزوجين إلى الأصول إلى الفروع.

وهي دعوى تقريرية يطلب فيها المدعي تقرير وجود حق أو مركز قانوني دون إلزام الخصم بأداء معين.

وقد عرفها الأستاذ عمر زودة بأنها : دعوى تهدف إلى الحصول على حكم قضائي ، يؤكد في النهاية وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني ، وبهذا التأكيد يزول الشك حول

¹ عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 369.

هذا الوجود من عدمه .على أن هذه الدعوى لا تواجه إعتداء في شكل مخالفة للالتزام ، وإنما تواجه اعتراض للحق أو المركز القانوني¹

أولاً: اختصاص وإجراءات رفع دعوى إثبات الزواج :

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

هذا وقد نصت المادة كذلك على أنه في دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية وفي دعاوى الحضانة أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة.

وعليه فإن المشرع لم يحدد اختصاص محلي خاص لدعوى إثبات الزواج ومن ثمة بالرجوع إلى القاعدة العامة هي موطن المدعى عليه والاختصاص المحلي ليس من النظام العام وليس للقاضي إثارته تلقائياً ولأطراف النزاع الاتفاق على عرضه أمام أي جهة قضائية.

في حالة وجود عقد الزواج ويتعلق النزاع بصحته أو عدم صحته شرعاً أو قانوناً أو في حالة ما تعلق النزاع بعدم وجوده أصلاً يعود الإختصاص إلى قاضي الأحوال الشخصية للمحكمة موطن المدعي عليه إذا لم يتفق طرفين على خلاف ذلك.

وإن كانت المحاكم تخط بين الزواج المتنازع فيه وغير المتنازع فيه وترجعها جميعاً إلى قاضي الأحوال الشخصية والذي يرفض عادة النظر في الدعاوى التي لا تتضمن نزاع لأن الحكم يفصل في النزاع القائم بين المدعي والمدعى عليه حول قيام الزوجية (ملحق رقم 16 و 17).

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

¹ الأستاذ عمر زودة ، محاضرات قانون الإجراءات المدنية بالمعهد الوطني للقضاء ، 2003.

وتبدأ إجراءات رفعها بتقديم الطلب في شكل عريضة طبقا للمادة 12 من قانون الإجراءات المدنية مكتوبة ومؤرخة و موقعة من المدعي أو محاميه ومودعة لدى كاتب ضبط قسم الأحوال الشخصية مع مراعاة أحكام المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية .

ثانيا: شروط رفع دعوى إثبات الزواج :

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

1. **الأهلية:** وهي قدرة الشخص وصلاحيته لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومن لم يكن متمتعاً بقواه العقلية أو كان صغير السن أو قد تم الحجر عليه فإن مثل هذه الفئات لا يجوز لها التقاضي بصفتها الشخصية.

وأهلية التقاضي تعني صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات أمام القضاء ، والقاعدة العامة أن يكون الشخص الطبيعي أهلا للتقاضي ببلوغه سن الرشد 19 سنة حسب المادة 40 القانون المدني ، ويجب أن تتوفر أيضا في الخصم الموجه إليه الإجراء لأنه يعرضه لمخاطر الحكم ضده مما يعني حرمانه نهائيا من حقه .

لكن الأهلية في التقاضي ورفع دعوى إثبات الزواج العرفي تختلف عن أهلية الزواج المحددة في قانون الأسرة ب 21 سنة للرجل و 18 سنة للمرأة وقد يرخص القاضي بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة.

بالرجوع للقواعد العامة فإن تخلف الأهلية يترتب عليها بطلان العمل القضائي فهي شرط لمباشرة الدعوى وليست شرطا لوجودها ويعد البطلان الناشئ عن تخلف أهلية التقاضي متعلقا بالنظام العام ، وقواعد الأهلية مقررة لحماية القصر وهذا لا ينفي إمكانية تصحيح

هذا البطلان في أي مرحلة تكون عليها الإجراءات من الشخص المخول له ذلك فالأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما لمباشرة إجراءاتها¹.

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

والصفة في دعوى إثبات الزواج وباعتبارها دعوى تقريرية تثبت للورثة برمتهم وليس لأحدهم لأن تأكيد وجود الحق أو المركز القانوني لا يمكن أن يحدث آثاره إلا في مواجهة جميع أطراف الرابطة القانونية (الملحق رقم 18).

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

ونشير هنا أنه في حالة وفاة أحد الزوجين أو كلاهما غالبا ما ترفع هذه الدعاوى من صاحب المصلحة ضد النيابة العامة وهذا غير جائز ، لأنه لا يوجد أي نص قانوني يقضي برفع دعوى في مثل هذه الحالات ضد النيابة ، وكذلك فإن النيابة ليست طرفا في العقد المراد إثباته ومن ثمة لا يمكن قبول الدعوى المرفوعة ضد النيابة لأن الصفة في دعوى إثبات الزواج العرفي تحقق في كل من الزوجين أو ورثتهما أما النيابة فلا تكون لها الصفة في الإدعاء أمام القضاء المدني كطرف أصيل سواء مدعية أو مدعى عليها إلا استثناء بنص خاص².

¹ بوبشير محند أمقران ، قانون الإجراءات المدنية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ص 76 ، 79.

² عمر زودة ، مقال دور النيابة العامة في الدعاوى المدنية ، مجلة قضائية ، 1991 ، ص 276.

وبغياب نص خاص في دعاوى إثبات الزواج العرفي فإنه لا يجوز قانونا رفع دعوى ضد النيابة في إثبات الزواج العرفي.

دور النيابة في دعاوى إثبات الزواج العرفي

إن النيابة تهدف بتدخلها في مثل هذه الدعاوى إلى حماية المصلحة العامة وتطبيق القانون تطبيقا سليما لتحقيق السير الحسن للعدالة هذا وقد نصت المادة 141 قانون الإجراءات المدنية على أنه : "يجب إطلاع النائب العام على القضايا الآتية ... القضايا الخاصة بحالة الأشخاص ... " . فيحق للنائب العام أن يطلب الاطلاع على تلك القضايا وإبداء رأيه بكل موضوعية وحياد دون أن ينحاز لأحد الأطراف.

والنيابة العامة عندما تعمل كطرف منظم فإنها تعمل كمستشار فني للقاضي فينبغي أن تبدي رأيها بما يتوافق مع التطبيق الصحيح للقانون دون أن تستهدف مصلحة أحد الطرفين. وهذا الرأي غير ملزم للقاضي ، وما يلزمه سوى تمكينها من إبداء رأيها و وجوب الاطلاع على هذا الرأي ، ويترتب على عدم تمكين النيابة العامة من إبداء رأيها أو من عدم الاطلاع على هذا الرأي من قبل القاضي بطلان العمل الإجرائي¹.

وقد نص المشرع صراحة على إمكانية تدخل النيابة العامة أمام المجلس القضائي دون نيابة المحكمة، وكان من باب أولى أن يجيز ذلك أمام درجة التقاضي الأولى .

وقد جرى العمل في بعض الجهات القضائية على قبول الدعوى التي ترفعها الزوجة على النيابة الممثلة في وكيل الجمهورية لإثبات عقد الزواج في حالة وفاة الزوج قبل تسجيل هذا العقد في الحالة المدنية و الصحيح أنه يجب أن ترفع هذه الدعوى على الورثة أصحاب الشأن (ملحق رقم 19).

وإن قبول الدعوى التي ترفع على النيابة في هذه الحالة يشكل خرقا لأحكام المادة 459 قانون الإجراءات المدنية فلا يوجد نص خاص يسمح برفع الدعوى ضد النيابة².

ومن ثم فإن دور النيابة في دعاوى إثبات الزواج العرفي هو إبداء رأيها فيما أبداه الخصوم الأصليون من الطلبات والدفع ، غير أن لها أن تتمسك بالدفع التي تتعلق بالنظام العام

¹ عمر زودة ، مقال تعليق حول التطبيقات القضائية للمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية ، المجلة القضائية ، 2001 ، العدد 01 ، ص 38.

² المرجع السابق ، ص 39

ولا يجوز لها بذلك أن تطعن في الحكم سواء أكان حكم الصادر متفقاً مع رأيها أو مخالفاً له ، وإذا لم تتمكن النيابة من إستعمال حقها وصدر حكم مخالفاً لأحكام المادة 141 قانون الإجراءات المدنية فهذا الحكم باطلاً والبطلان يتعلق بالنظام العام ، أما إذا تم تبليغها ولم تبدي رأيها لا يترتب على ذلك البطلان .

3. **المصلحة :** لا دعوى بغير مصلحة والمصلحة المقصودة هي حماية شخص لحق أعتدي عليه أو أغتصب منه وهو أساس المصلحة وهو الحق الثابت للمعتدى عليه ومتى إنتفت المصلحة رفضت الدعوى . وتظهر المصلحة في دعوى إثبات الزواج العرفي من صاحب المصلحة: أحد الزوجين، وفي حالة وفاة أحدهما أو كلاهما من طرف ورثتهم فمن لهم المصلحة.

وعليه لا بد من توفر كل شرط من هذه الشروط وإلا رفضت الدعوى وللقاضي إثارته تلقائياً لأنها مرتبطة بالنظام العام .

● ميعاد رفع إثبات الزواج العرفي

إن ميعاد رفع الدعوى لإثبات الزواج العرفي غير محددة بمهلة معينة على اعتبار أن الزواج وآثاره لا تقتصر على الزوجين فقط بل تمتد إلى ورثتهما.

وعلاقة الزواج بين الطرفين تكون أبدية وآثارها مستمرة فلا تحدد مهلة معينة لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي ليسمح لأطراف العلاقة أو أصحاب المصلحة من تثبيت العلاقة الزوجية مهما طال الزمن ولمنع ضياع الحقوق خاصة بوفاة أحد الزوجين أو كلاهما.

كما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1991/04/23 أنه:

" إذا ثبت لها من القضية أن المطعون ضدها رفعت دعواها لإثبات الزواج بعد 20 سنة من انعقاده و بعد وفاة الزوج وأن قضاة الموضوع الذين أثبتوا هذا الزواج بناء على شهادة الشهود وتوفره لجميع أركان عقد الزواج وقرائن تسجيل الولدين بإسم أبيهما أثناء حياته دون أن يعترض يكونوا قد طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن " .

ثالثا: كيفية إجراء تحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي:

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

وبالجلسة يتأكد القاضي من الحضور الشخصي لكل من الخصوم والشهود وولي الزوجة ويبدأ في التحقيق في مكتبه، لكن كيف يتم هذا التحقيق ؟ وما هي سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات المقدمة ؟ وما هي القيمة القانونية في الإثبات لمحضر التحقيق ؟ قاضي الأحوال الشخصية يقوم بالتحقيق بمساعدة أمين الضبط فيتأكد أولا من هوية الخصوم وولي الزوجة والشهود من خلال بطاقة التعريف لكل واحد منهم وعن درجة القرابة بينهم.

يتم سماع كل واحد على حدى عن مدى توافر أركان الزواج وعن مكان وزمان إتمام الزواج وعن مقدار الصداق وفيما إذا كان معجلا أو مؤجلا وعن حضور الشهود مجلس العقد وولي الزوجة ورضا الطرفين .

يتم سماع الشهود كل على حدى بعد التأكد من هوية الشاهد كاملة وبعد تأديته اليمين القانونية على محضر يدون فيه الهوية الكاملة للشاهد من إسم ولقب ومهنة وسن والموطن ودرجة قرابته بالخصوم والإشارة إلى تأديته اليمين القانونية ، وبعدها يستفسر عن ما إذا حضر مجلس عقد الزواج وحفل الزفاف ومن تولى العقد كولي للزوجة ، وعن حضور أشخاص آخرين مجلس العقد والتاريخ ، الذي تم فيه الزواج العرفي لا سيما إذا كانت الشهادة سماعية ، وكذا عن مقدار الصداق المقدم وعما إذا كان معجلا أو مؤجلا كما يستفسر عن رضا الزوجين وما إذا كانت الزوجة ما زالت على ذمته أم لا بعد ذلك يوقع الشاهد والقاضي وأمين الضبط على محضر التحقيق .

وإن كانت بعض المحاكم تتبع طريقة أخرى لسماع الشاهدين وذلك على محضر واحد وبعدها يطلب القاضي من الأطراف أن يقدموا الإضافات التي يرغبون فيها ، وفي حالة اكتفاء الأطراف يقوم القاضي بتحديد جلسة للنظر في الدعوى قصد تقدير أدلة الإثبات المقدمة، وقبل الفصل في الموضوع يعرض ملف القضية على النيابة لإبداء طلباتها طبقا

للمادة 141 لقانون الإجراءات المدنية ، وهو إجراء جوهري يعد من النظام العام وهو المبدأ الذي إستقر عليه قضاء المحكمة العليا وقد جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1984/11/19 أنه:

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

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

وعليه فإن محضر التحقيق المتضمن شهادة الشاهدين حول قيام أركان الزواج هو أساس إثبات واقعة الزواج العرفي، واليمين لا يرجع إليه إلا عند وفاة أحد الزوجين أين يوجهها القاضي للمدعي بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود.

عندما يتأكد القاضي من صحة قيام العلاقة الزوجية بناء على الشروط والأركان الشرعية ينطق بالحكم في الجلسة علنية.

ولكن هل يمكن أن تقتزن دعوى إثبات الزواج العرفي بدعوى الطلاق العرفي أو بدعوى الرجوع أو النفقة ؟ وللإجابة على هذه التساؤلات نستند إلى الاجتهاد القضائي وإلى ما جرى به العمل في المحاكم ، إذ جاء في قرار المحكمة العليا أن :

" الحكم بتثبيت الزواج العرفي والحكم بالتطليق - طعن بالنقض- لأن الحكم القاضي بتثبيت الزواج هو نفسه الذي قضى بالتطليق والأصح أن يكون التطليق في حالة وجود عقد زواج رسمي - رفض الطعن - .

إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي و أن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق ، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي¹.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا غير منشور إن :

" المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أنه القضاء بإثبات عقد النكاح ثم فسخه بالطلاق في آن واحد وبحكم واحد "¹

¹ المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، نشرة القضاة ، العدد 53 ، ص 56.

ويستخلص من هذه القرارات أن المحكمة العليا تجيز الجمع بين دعوى إثبات الزواج ودعوى الطلاق أو التطلق ، لكن نجد بعض المحاكم موقفها ما زال متذبذبا فأحيانا تقبل الجمع بين الدعويين وأحيانا أخرى تفضل الفصل بينهما على أساس عدم ارتباط الطلبين ، وأنه حتى يحكم بالطلاق أو التطلق لابد أن يكون الحكم بالزواج نهائي (ملحق رقم 20). كما أنه تقتزن دعوى إثبات الزواج بدعوى رجوع الزوجة لبيت الزوجية فهنا لا يجوز قبول الدعويين معا ، لأن طلب الرجوع المصلحة فيه محتملة لعدم ثبوت العلاقة الزوجية أولا ، وحتى يتأكد حق الزوج في المطالبة بالرجوع ، فلا بد من أن يكون الحكم المثبت للزواج نهائي حتى ينتج آثاره ، ومن ثمة تتحقق الصفة والمصلحة لكل طرف في الدعوى (ملحق رقم 21).

وقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه :

" إذا كان الثابت أن القرار الذي أمر بتسجيل الزواج بين طرفي النزاع في الحالة المدنية طعن فيه بالنقض من قبل الطاعن وقد نقض فعلا من طرف المحكمة العليا ، فإن قضاة الموضوع بقضائهم في الدعوى بترجيع الزوجة إلى محل الزوجية ودفع النفقة لها دون وقف الفصل في هذه الدعوى لحين البت فيها من طرف المحكمة العليا ، يكونوا قد عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني"².

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

بعد أن يتأكد القاضي من شروط قبول الدعوى ومن الأدلة المقدمة لتثبيت واقعة الزواج العرفي يصدر حكمه بالإشهاد على عقد الزواج العرفي، ويكون منطوقه محدد فيه تاريخ وقوع الزواج ويبين الهوية الكاملة لكل من الطرفين مع أمر ضابط الحالة المدنية بالبلدية المعنية بتسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية مع التأشير به على هامش عقدي ميلاد كل من الطرفين .

¹ المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/01/13 ملف رقم 39600، غير منشور.
² المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/04/02، مجلة قضائية، 1989، العدد 02، ص 57.

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

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

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

كما يجوز أيضا للغير الخارج عن الخصومة الأصلية أن يطعن في الحكم عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة فيقبل اعتراضه رغم انعدام صفته كخصم أصلي. والمعترضون الخارجون عن الخصومة أقاموا اعتراضهم ضد الحكم القاضي بتسجيل الزواج العرفي بين مورثهم والمعترض ضدها والقضاء بإلغائه ، كون مورثهم لم يخبرهم به كما أن الشهود المقدمين من طرف المعترض ضدها لإثبات صحة الزواج المبرم بين الطرفين لا يمتون بأي صفة للمرحوم " .

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

والقاعدة العامة أن بعد فوات آجال الطعن العادية أو بعد تأييد الحكم بقرار نهائي نكون أمام أحكام صادرة بصفة نهائية والتي تكون قابلة للتنفيذ ، والمبدأ أن الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ ، ولكن استثناء فإنه يوقف التنفيذ إذا ما تم الطعن بالنقض في حكم متعلق بحالة الأشخاص ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: " متى كان مقررنا قانونا أنه

ليس للطعن بالنقض أثر موقف إلا إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص أو أهليتها فإن القرار القاضي بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدم الأساس القانوني، وأن قرار الذي أمر بتسجيل الزواج بين طرفي النزاع في الحالة المدنية طعن فيه بالنقض من قبل الطاعن وقد نقض فعلا من طرف المجلس الأعلى (المحكمة العليا) ، وقد كان على قضاة الموضوع وقف تنفيذ القرار¹

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

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

ويرى عبد العزيز سعد في هذه الحالة، أن على الزوج صاحب المصلحة أن يأخذ نسخة من الحكم ويرسلها إلى رئيس المحكمة عن طريق وكيل الجمهورية ويطلب استصدار أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية².

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

وبتمام تسجيل الحكم والتأشير به على هامش عقدي ميلاد المعنيين يكون لصاحب المصلحة الحصول على نسخة ملخصة لعقد الزواج. ويسري الزواج بأثر رجعي من تاريخ توفر أركانه وليس من تاريخ رفع الدعوى أو الحكم المثبت لواقعة الزواج العرفي (ملحق رقم 22).

¹ المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، مجلة قضائية ، 1989 ، العدد 02 ، ص 57.

² عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 26.

المطلب الثالث: إجراءات تسجيل عقد الزواج

تنص المادة 21 من قانون الأسرة، على أن تطبق أحكام قانون الحالة المدنية فيما يتعلق بإجراءات تسجيل عقد الزواج.

و بالرجوع إلى قانون الحالة المدنية فإنه يجب على الموثق من أجل تسجيل الزواج التحقق من هوية المتعاقدين.

ومن الوثائق التي إشتراطها القانون و تأكده من تطبيق المادة 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة تطبيقا صحيحا.

1. توافر رضا الطرفين.

2. ولي الزوجة.

3. الشاهدين.

4. الصداق.

5. انعدام الموانع الشرعية.

بعدها يقوم الموثق بتسجيل العقد في سجلاته المعدة لذلك، ثم يسجل للزوجين نسخة تسمى (بلفيف الزواج)¹.

يقوم بعد ذلك بإرسال ملخص إلى ضابط الحالة المدنية في أجل أقصاه ثلاثة أيام، من تاريخ تسجيل العقد لتسجيله بسجلات الحالة المدنية خلال مهلة قدرها خمسة أيام ابتداء من تاريخ استلامه الملخص، ثم يرسل للزوجين دفترا عائليا و يؤشر ببيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين².

¹ لفيف الزواج: هو الإشهاد يقدم الموثق للزوجين لإثبات احتياطيا في حالة عدم استكمال الموثق إجراءات التسجيل أو لأي ظرف كان.

² المادة 2/72 من قانون الحالة المدنية.

أما إذا قام ضابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزواج في البلدية المختصة محليا، فإنه يسجل عقد الزواج في سجلاته فوراً، و يسلم إلى الزوجين دفتر عائلياً مثبتاً للزواج¹.

أما فيما يتعلق بالبيانات التي يتعين أن يتضمنها وثيقة عقد الزواج، فقد تضمنتها المادة 73 من قانون الحالة المدنية و المادة 18 من قانون التوثيق وهي كالآتي:

- 1-الألقاب و الأسماء و التواريخ و محل ولادة الزوجين.
 - 2-مهنة الأزواج و توقيعاتهم.
 - 3-ألقاب و أسماء أبوي كل منهما.
 - 4-ألقاب و أسماء و أعمار الشهود و توقيعاتهم.
 - 5-الإعفاء من سن الزواج لمن لم يبلغ السن القانوني.
 - 6-الترخيص بالزواج لمن يشترط لهم القانون ذلك عند الإقتضاء.
 - 7-الإشارة لخضوع الطرفين للفحوصات الطبية و علمهما بما قد تكشف عنه من الأمراض و عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج.
- وقد نصت المادة 46 من قانون الحالة المدنية على أن العقد يبطل إذا كان تسجيله مزوراً أو وقع تسجيله في غير المدة القانونية المسموح بها، حتى لو كان العقد و كافة بياناته صحيحة شكلاً.
- و القصد من ذلك هو إفراغ العقد المبرم في صورته الشكلية للإثبات²، و يعاقب الموظف المختص الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزواج بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 441 من قانون العقوبات³.
- أما في حالة عدم تطبيقه للإجراءات المتعلقة بعقد الزواج فإنه يعاقب بغرامة لا يمكن أن تتجاوز 200 دينار بموجب حكم صادر عن المحكمة المختصة بالفصل في المسائل المدنية طبقاً لنص المادة 75 من قانون الحالة المدنية.

¹ المادة 1/72 من قانون الحالة المدنية.

² فضيل سعد، المرجع السابق، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص114.

³ تنص المادة 441 من قانون العقوبات على ما يلي: "يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر و بغرامة من 100 إلى 1000 دينار جزائري أو بإحدى هاتين العقوبتين".

الخاتمة :

من خلال هذا البحث حاولت لقاء الضوء علي ابعاد الزواج العرفي وخطورته والذي علي الرغم ن ذلك نجد انه مازال منتشر في مناطق عديدة من الوطن مازالت الحالة المدنية تعاني صعوبات لتسويتها ويجب تطوير قانون الاسرة ليتماشى وحالة المجتمع مع جعل جهة واحدة تتولى تحرير عقد الزواج بدل من وجود عدة جهات وهي موظف البلدية الجماعة امام المسجد الموثق قضاة المحاكم موظف القنصليات وانسب جهة هي مكاتب التوثيق كونه ضابط عمومي والتسهيل في اجراءات ابرام العقد وتحديد اجال كافية ومعقولة التصريح بتسجيل الزواج مهلة ثلاث ايام الحالية غير كافية ولذلك تعد سببا من الاسباب المباشرة التي تكثر من العقود العرفية مع وضع نصوص جزائية تعاقب الازواج الذين لم يسجلوا الزواج في الاجال المحدد .

وتوصلت من خلال معالجة موضوع الزواج العرفي الى النتائج التالية

- 1-ان الزواج العرفي زواج صحيح تتوفر فيه جميع الاركان والشروط الشرعية لتتمام الزواج يفتقد فقط لاستكمال التوثيق الرسمي القانوني
- 2-وضع المشرع الجزائري مجموعة من النصوص والاوامر تهدف الى تسجيل عقود الزواج العرفي لكنه لم يحقق النتيجة المنتظرة
- 3-ان للزواج العرفي اثار سلبية وخطيرة تعود على الزوجة والابناء وعلى المجتمع، وأن العدد الكبير للقضايا المرفوعة في مختلف محاكمنا خير دليل على ذلك.
- 4-أن للزوجة المتزوجة زواجا عرفيا مشروعا ،مثلها مثل الزوجة المعقود عليها في الزواج الرسمي ،لها ما للزوجات وعليها ما عليهن ،من مهر ونفقة وسكن لائق فها،وثبوت النسب لولدها منه كما ان عليها العدة اذا طلقها بعد الدخول أوتوفي عنها ،كما يحق لأبنائها في الميراث والنفقة
- 5-عرفنا أهمية توثيق عقد الزواج وتسجيله رسميا لدى الجهات المختصة ،لأنه سنة حسنة،وسياسة حكيمة ،يقصد منه القضاء علي الكثير من المشكلات ،ويحفظ الحقوق،ويبين الأنساب ،ويقلل من ذرائع التناكر و الفساد ،والتلاعب بالأعراض

قائمة المصادر و المراجع:

المصادر:

1. القرآن الكريم

2. النصوص القانونية

أ-النصوص الوطنية:

أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد78، المؤرخة في 30-09-1975، المعدل و المتمم.
أمر رقم 70-20 المؤرخ في 19/02/1970 ، المتعلق بالحالة المدنية، ص124.

المراجع:

الكتب:

1. ابن القيم الجوزية(شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر)، اعلام الموقعين، راجعه و قدمه و علق عليه طه عبد الرؤوف سعد، مطبعة النهضة ,طبعة جديدة، (دت)، ج1 ، مصر.

2. ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد، المطبعة المصرية و مكتبها،تأسست عام 1924م الجزء الرابع .

3. ابن رشد، - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الفكر مكتبة الخانجي الجزء الثاني.

4. ابن عابدين(محمد أمين)، حاشية رد المحتار على الدار المختار، دراسة و تحقيق، عادل أحمد عاد(د.ط)،(د.ت.).

5. ابن فارس ابو الحسين احمد بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، ج 3، ط 3، مكتبة الخانجي، القاهرة، 1981.

6. ابن قدامة، المغني، على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين عبد الله بن أحمد الخرقى،مكتبة زهران خلف الأزهر، مكتبة الكليات الأزهرية، الجزء السادس.

7. ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون ، ج 5 ، دار المعارف، باب العين المادة " عرف".
8. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، باب ماجاء في الخلع، المطبعة المصرية بالأزهر ، الجزء السادس.
9. أبو محمد، ، سنن الدرامي، باب النهي عن الخطبة الرجل على خطبة أخيه دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، المجلد الثاني ، الجزء الثاني .
10. أحمد الحصري، الأحوال الشخصية- الولاية- الوصاية الطلاق، مكتبة الكليات الأزهرية، 1347هـ، 1968م.
11. أحمد الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، طبعة مصطفى البابي الحلبي، الجزء الثالث.
12. احمد بن غنيم بن سالم، الفواكه الدواني على رسالة ابو زيد القيرواني، ج 2 ، مطبعة السعادة، مصر، 1331هـ.
13. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية و نقدية، مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2010.
14. الأستاذ عمر زودة ، محاضرات قانون الإجراءات المدنية بالمعهد الوطني للقضاء، 2003.
15. الأشقر، أسامة عمر سليمان، مستجدات فقهية، في قضايا الزواج و الطلاق، ط2 دار النفائس للنشر و التوزيع عمان، 1425هـ/2005م.
16. الإمام ابن العربي المالكي عارضة الاحوذى، بشرح صحيح الترميذي، مكتبة المعارف، بيروت، الجزء الخامس .
17. الإمام ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار الفكر، مكتبة الخانجي، الجزء الثاني.
18. الإمام أبو زهرة الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، 205.

19. الإمام الحافظ ابن العربي المالكي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، مكتبة المعارف، بيروت ، الجزء الخامس.
20. الإمام النووي، المجموع شرح المذهب، طبعة دار الفكر، الجزء 16.
21. الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي، جمهورية مصر العربية.
22. الإمام مسلم ابن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري أبو الحسين حافظ بشرح النووي، صحيح مسلم، تحقيق عبد الله أحمد أبو زينة، كتاب الشعب، القاهرة، المجلد الثالث.
23. الإمام يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، تحقيق عبد الله أحمد أبو زينة، دار الشعب القاهرة، المجلد الثالث، الجزء الثالث.
24. بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، موسوعة الفكر القانوني.
25. بوبشير محند أمقران ، قانون الإجراءات المدنية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر.
26. جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الميزان الإسلامي ،مراجعة علي احمد عبد العالي ،الطيطاوي ،الكتب العلمية ،بيروت لبنان.
27. حسن حسن منصور، المحيط في مسائل الأحوال الشخصية، ط2، الإسكندرية.
28. د / بدران أبو العينين بدران ، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ، الطبعة الثالثة، دار المعارف ، الإسكندرية، 1966.
29. د. حسين توفيق رضا، أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، ط2، 2000م.
30. د. داوي عبد القادر الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، ط1، 2008.

31. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، دار النشر الجامعات المصرية، الجزء الأول-ص265.
32. د. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار همومة 2005.
33. د. علي محي الدين القره داغي، د. علي يوسف محمد، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية ط3، 1329هـ، 2008م.
34. د. مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعية بيروت، 1983.
35. د.العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، طبعة 2002 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ص31.
36. د.رمضان على الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، عام 2003.
37. د.محمد علي فهمي السرجاني، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ط1، عام 1977.
38. د.محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي، قواعد الفقه و نظرياته العام، دار الجامعة الجديدة، عام 2008.
39. د.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر للطباعة و التوزيع و النشر، دمشق، الجزء السابع،
40. الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي، تحقيق محمد عليس ، دار الفكر بيروت.
41. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العلمية، الجزء الثاني.
42. الرصاع أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1 عام 1993، الجزء الأول

43. الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الاسلامي، ج 2 ، ط 2 ، القاهرة، مصر.
44. السرخسي محمد بن أبي سهل، المبسوط، ط1، دار المعرفة، 1406هـ.
45. سنن ابن ماجه، كتاب النكاح باب الرجل يتزوج و لا يفرض لها و يموت على ذلك، الجزء الأول.
46. الشافعي، الام، ج 2 ، ط 2 ، دار الفكر، بيروت، 1983 .
47. الشافعي، الأم، دار المعرفة بيروت، ط2، 1973، الجزء الخامس.
48. شلتوت محمود، الفتاوى ط17، دار الشروق القاهرة 1411هـ / 1991م.
49. الشيخ محمد الشرييني، الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان الجزء الثالث.
50. الصاوي أحمد، بلغة السالك، ضبط وتحقيق محمد عبد السلام شاهين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ/ 1995م.
51. عبد الرازق صنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
52. عبد العزيز خياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى، 1977، ص24.
53. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الطبعة 9، الكويت، 1970، ص99.
54. عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي المشكلة و الحل، دار الروضة مصر.
55. العبدري، محمد ابن يوسف بن أبي القاسم، التاج والإكليل، ط2، دار الفكر بيروت 1398هـ.
56. عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، ط2، مكتبة الرسالة الحديثة عمان 1409هـ/ 1989م.
57. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة ، ط2، دار النفائس بيروت، ص177.

58. عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف ، القاهرة، ط4، عام 1963.
59. فارس محمد عمران ، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي ، دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية، 2001.
60. فتح الباري، شرح صحيح البخاري، تحقيق محي الدين الخطيب، دار الريان للتراث، القاهرة، ط1، الجزء التاسع 1987م.
61. فضيل سعد قانون الأسرة الجزائري ،في الزواج والطلاق ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزء الأول ، الجزائر ،عام، 1986.
62. الفيروز ابادي، القاموس المحيط ،ترجمة، مجد الدين محمد بن يعقوب، المطبعة الميرية، الجزء 01، مصر ، 1301هـ-1991.
63. القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة ،دار الغرب الإسلامي ،بيروت ط1، الجزء الرابع، عام 1994.
64. الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع، ط2 دار الكتاب العربي ، بيروت 1982.
65. الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر للطباعة والنشر و التوزيع بيروت.
66. كمال ابن الهمام، شرح فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، الجزء الثاني، 1317هـ.
67. الكهوجي(عبد الله بن الشيخ حسن الحسن)، زاد المحتاج بشرح المنهاج، حققه و راجعه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ،(دم)، 1989.
68. الماوردي علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، 1419هـ، 1999م.
69. محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، الجزء الأول، ، الحديث رقم 1882.

70. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998.
71. محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية الخطبة و الزواج، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ص91.
72. المرادوي (علي بن سليمان)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب بن حنبل، تحقيق عبد الله محمد حسن إسماعيل، ط1 ، ج 12 ، دار الكتب العلمية، بيروت 1977.
73. المرغيناني،(برهان الدين علي بن أبي بكر)الهداية شرح بداية المبتدي، دار الفكر بيروت ،لبنان،(دت)، ط2، ج7.
74. المنجد في اللغة و الإعلام، دار المشرق، بيروت، الطبعة1986، 31.
75. نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، بيروت1995.
76. نبيل صقر، أحمد لعور، الدليل القانوني للأسرة ، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر2006.
77. وهبة الزحيلي :فتاوى معاصرة، تحرير محمد وهبة سليمان، ط2، دار الفكر دمشق 1427هـ/2006م.
78. وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي ، ط1 ، دارالفكر دمشق، 1426هـ/2005م.

المقالات:

1. بداوي علي، مقال عقود الزواج العرفية، بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني.
2. عبد الرحيم فودة، " الزواج السري و العرفي"، مجلة لواء الاسلام، ع 02 ، السنة التاسعة عشر، 1965/02/02، مطابع مذكور و أولاده، القاهرة، مصر.
3. عطية صقر :موقع الزواجان. www.Zawjan.com/Popup.php.

4. عمر زودة ، مقال تعليق حول التطبيقات القضائية للمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية ، المجلة القضائية ، 2001 ، العدد 01 .
5. عمر زودة ، مقال دور النيابة العامة في الدعاوى المدنية ، مجلة قضائية ، 1991 .
6. محمد ابو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، الموقع www.uslamway.com.
7. محمد أبو هيثم، ظاهرة منحرفة انتشرت باسم الزواج العرفي، 2002/02/09، مقالة مأخوذة من الانترنت، الموقع www.uslamway.com تاريخ الزيارة 2016/04/03 ، سا 21:00

المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية، 2001، العدد الخاص.
2. المجلة القضائية، ع2 ، سنة 1991.
3. المجلة القضائية، 1987، عدد3.
4. المجلة القضائية، 1990، العدد 03.
5. المجلة القضائية، 1994، العدد 2.
6. المجلة القضائية 1990، العدد 01.
7. المجلة القضائية 1992، عدد 3.
8. مجلة قضائية، 1989، العدد 02.
9. مجلة قضائية، 1992، ع2.
10. مجلة قضائية، 2000، العدد 02.
11. مجلة قضائية، 1989، ع1.
12. نشرة القضاة ، العدد 53.

الفهرس

2
3	مقدمة:
6	خطة موجزة للبحث:
7	الفصل الأول: مفهوم الزواج العرفي و آثاره
8	المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي و بعض الأنكحة ذات الصلة به.
8	المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي.
8	الفرع الأول الزواج في اللغة:
9	تعريف الزواج في القانون الجزائري.
12	المطلب الثاني : الأنكحة ذات الصلة بالزواج العرفي.
13	زواج المسيار :
14	الفرع الرابع الفرق بين زواج الصديق (الفرند) و الزواج العرفي:
15	المبحث الثاني: حكم الزواج العرفي و أركانه و شروطه.
15	المطلب الأول: حكم الزواج العرفي.
17	المطلب الثاني: أركان وشروط الزواج العرفي.
18	الفرع الأول أركان الزواج.
18	الرضا في الفقه الإسلامي.
24	الرضا في قانون الأسرة الجزائري.
25	الفرع الثاني شروط عقد الزواج.
25	الأهلية في الزواج.
27	الأهلية في الفقه الإسلامي:
28	الأهلية في قانون الأسرة الجزائري.
30	الولاية في عقد الزواج.
30	تعريف الولي.
30	حكم الولي في الفقه الإسلامي.

33	شروط الولي.....
34	أنواع الولاية
37	موقف المشرع الجزائري من الولي.....
40	الصداق في عقد الزواج.....
40	تعريف الصداق
41	حكمه.....
43	أنواع الصداق (المهر).....
44	موقف المشرع الجزائري من الصداق
47	الشاهدين.....
47	تعريف الشهادة وحكمتها
47	حكم الإشهاد على الزواج
48	انعدام الموانع الشرعية للزواج
51	المبحث الثالث: آثار عقد الزواج العرفي
52	المطلب الأول: آثار الزواج العرفي بالنسبة للزوجين.....
52	الواجبات المشتركة.....
53	الحقوق والواجبات المستقلة.....
57	الآثار السلبية على الزوجين.....
59	المطلب الثاني: آثار الزواج العرفي بالنسبة للأولاد.....
59	إثبات النسب الأبناء للآباء
60	إثبات النسب بالزواج الصحيح.....
63	ثبوت النسب بالزواج الفاسد.....
65	ثبوت النسب بنكاح الشبهة.....
66	ثبوت النسب بالإقرار
68	إثبات النسب بالبينة (الشهادة).....
71	المطلب الثالث: آثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للمجتمع.....

الفصل الثاني: إثبات عقد الزواج العرفي في القانون الجزائري و	
تسجيله	75
المبحث الأول: إثبات عقد الزواج العرفي.....	76
المطلب الأول: إثبات عقد الزواج العرفي عن طريق الإقرار	77
تعريف الإقرار.....	77
شروط الإقرار.....	78
أنواع الإقرار.....	79
حجية الإقرار.....	80
المطلب الثاني: إثبات عقد الزواج العرفي عن طريق البينة (الشهادة).....	82
ماهية البينة(الشهادة)و أنواعها.....	82
أنواع البينة(الشهادة)	83
شروط أداء الشهادة.....	84
حكم الرجوع عن البينة	87
نصاب الشهادة.....	88
المطلب الثالث : إثبات الزواج العرفي بالنكول عن اليمين.....	88
تعريف اليمين والنكول عنها.....	88
حجية اليمين.....	89
المبحث الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي	92
المطلب الأول: الجهة المختصة بتسجيل عقد الزواج وشروط و إجراءات تسجيله	93
الجهة المختصة بتسجيل عقد الزواج.....	93
شروط تسجيل عقد الزواج	94
المطلب الثاني: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه.....	96
اختصاص وإجراءات رفع دعوى إثبات الزواج	97
شروط رفع دعوى إثبات الزواج.....	98
دور النيابة في دعوى إثبات الزواج العرفي	100

102 كيفية إجراء تحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي
107 المطلب الثالث: إجراءات تسجيل عقد الزواج
109 الخاتمة
110 قائمة المصادر و المراجع