الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف

كليةالحقوق والعلوم السياسية

قســـــم الحـــقوق

مـــــــيدان الحقـــوق

ن قانون الأسرة

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي

بعنوان

إشكالات الاثبات عقدي الزواج والطلاق العرفي في القانون والقضاء الجزائري

إعداد الطلبة

قراس أميرة

فاطمة الزهراء ريغي

إشراف الأستاذ

د. عمارة عمارة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
يحياوي حمزة	أستاذ أ		رئيسا
أ.د. عمارة عمارة	أستاذ أ	جامعة المسيلة	مشرفا ومقررا
يرمش مراد	أستاذ أ		ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

بسم الله الرحمن الرحيم

ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 2020 ماي 27

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة) قراس أميرة الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالبة

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 119960995 22 6800 والصادرة بتاريخ 2016/04/24

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: إشكالات إثبات عقدي الزواج والطلاق العرفي في القانون والقضاء الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2022/06/16

توقيع المعني (ة)

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: أميرة اللقب: قراس

اسم الأب: كمال اسم ولقب الأم: بن عمر تعتاعة

تاريخ الازدياد: 1996/6/16 مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 0656 1949 81

البريد الالكتروني:

العنوان الشخصي:

الباكالوريا:

المعدل: 11,09 الشعبة/التخصص: آداب وفلسفة سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2017/2016

الليسانس:

تخصص الليسانس: حقوق الدفعة/سنة التخرج: 2021/2020

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أسرة الدفعة/ سنة التخرج:

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☑

في حالة موظف:

وظيف عمـــومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

ملحق بالقرار رقم .....1082..... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضي أسفله،

السيد(ة) فاطمة الزهراء الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالبة

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 119831780 3290001 والصادرة بتاريخ 2017/05/07

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: إشكالات إثبات عقدي الزواج والطلاق العرفي في القانون والقضاء الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2022/06/16

توقيع المعني (ة)

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: فاطمة الزهراء اللقب: ربيعي

اسم الأب: اسم ولقب الأم:

تاريخ الازدياد: 1983/06/22 مكان الازدياد: برج القدير

رقم الهاتف: 07 77 75 64 95

البريد الالكتروني:

العنوان الشخصي:

الباكالوريا:

المعدل: 11,70 الشعبة/التخصص: آداب وفلسفة سنة الحصول على شهادة الباكالوريا:

الليسانس:

تخصص الليسانس: حقوق الدفعة/سنة التخرج:

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أسرة الدفعة/ سنة التخرج:

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☑ عاطل عن العمل: ☐

في حالة موظف:

وظيف عمـــومي: قطاع خاص: ☑

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

شكر وعرفان

نتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى مشرفنا الأستاذ الدكتور : لعمارة عمارة لتفضله بالإشراف على هذه المذكرة الذي منحنا الفرصة للبحث في مجال فقهي واسع وقانوني .

وكذلك لا ننسى كل من ساهم في دعمنا من قريب أو بعيد ونشكر كل أساتذة خلال سنتي الدراسة ،.

إهداءات

اولا لك الحمد ربي على كثير فضلك وجميل عطاءك وجودك الحمد الله ربي مهما حمدنا فلن نستوفي حمدك وصلاة السلام على من لا نبي بعده باسمي معاني الوفاء اهدي هذا العمل المتواضع:

الى ذلك الحرف اللامتناهي من حب والرقة والحنان التي بحلتها ارتويت وبدقتها احتميت،وبنورها اهتديت امي حبيبتي غالية ربي يحفظها ويوفقها يارب في مسيرتها دراسية واتمني لها صحة وعافية

الى سر النجاح الذي علمني انا دنيا كفاح ونضال، احترقت دموعه لي يضئ لنا درب النجاح، ابي الغالي حفظك الله ورعاك وفقك الله

الي اخي الغالي نور حياتي ودربي الذي كان لي نورا يضي طريقي حفظك الله وفقك الله ورعاك واتمني لك نجاح في دارستك يارب

الي كل من علمني حرفا في مشواري دراسي من ابتدائي الي جامعي الي كل من وسعهم قلبي ولم تسعهم صفحاتي

الي كل من فتح مذكرتي وتصفحها من بعدي.

قراس اميرة

اهداء

الشكر العرفان الله عز وجل الذي توكلنا عليه ولم يخيبنا الفضل والنجاح له في عملنا هذا والحمد لله.

من دواعي سروري اقدم اهدائي الي كل عائلتي كريمة بداية من امي التي دعمي ورفيقة دربي

الي ابي رحمه الله الذي انار دربي وأضاء شمعتي رحمك الله ياغالي ابنتك الحمد لله كل ماهي عليه اليوم بسببك اسكنك الله فسيح جناتك.

الي اخوتي الاعزاء حفظهم الله

والي كل زملاء الذين رافقوني في مشواري دراسي وعملي

والي كل من ساهم من قريب وبعيد في نجاح اهدي ثمرة جهدي

ريغي فاطمة الزهراء

مقـــدمـــة

لقد اعتنى الاسلام بالأسرة و ارشد الى تكوينها على اساس سليم و منهج قويم و قواعد متينة و جعل نواتها الزوج و الزوجة، و اساسها الزواج الصحيح، فيه تتكون و في ظله تنمو و تكبر و تقوى و تشتد، فأرشدنا اليه و رغبنا فيه وفي ذلك جاء لقوله تعالى" ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها و جعل بينكم مودة و رحمة، ان في ذلك اليات لقوم يتفكرون منه ايضا قوله صلى هللا عليه وسلم: "تناكحوا تناسلوا فاني أباهي بكم الأمم يوم القيامة" و جاءت نصوص من الكتاب و السنة الكثيرة، مبينة أحكامه و شروطه و اركانه و اثاره، و موجهة الى تيسيره و مؤكدة على قدسيته و قيامه بالمودة و الرحمة، و جعله من النعم التي امتن هللا بها على عباده أجمع. وقد حاولت المجتمعات منذ القدم جعل الزواج في اطار محدد وذو صبغة موحدة تفرقه عن باقي العلاقات غير الشرعية وجعلت من انعقاده مناسبة سارة يفرح لها الأهل و المقربون، وحرصت في ذلك على اتباع اجراءات معينة تعطي لهذا العقد الهبة و القوة الدينية، شانها شان المشرع الجزائري الذي خص الزواج بأحكام و قواعد محددة، مما شاع في هذا الزمان ما يسمى بالزواج العرفي ال سيما بين الطبقات المتعلمة و المثقفة حتى اضحى ظاهرة اجتماعية في بعض الدول العربية و الإسلامية ربما بسبب زيادة الالتزامات و القيود في الزواج الرسمي الموثق، أو لوجود تشريعات و انظمة تقيد الزواج الشرعي، او تصعب اجراءاته او بسبب الحاجة والفاقة، او ارتفاع نسبة العنوسة و لكن الشيء الذي يطرح نفسه هو عن المشاكل التي تنتج في حالة عدم توثيق عقد الزواج فيصبح اداة عند البعض في التستر تحته من اجل اشباع رغباتهم و اكل حقوق الناس بالباطل و نتيجة لما ينجر عن الزواج العرفي من مشاكل في حياة المجتمع اليوم حاولت في بحثي هذا المتواضع تسليط الضوء على اهم إشكالات الزواج العرفي و الطلا و لو انها عديدة و متشعبة.

إشكالات الزواج العرفي و الطلاق العرفي في القانون الجزائري من المواضيع التي احدثت ضجة و نقاشا واسعا و كبيرا على المستوى الفقهي و القانوني خاصة و ذلك للأهمية العلمية و النظرية لهذين الموضوعين و المقصود بالأهمية النظرية هو

- التعرف على حقيقة الزواج العرفي.

- هل هو زواج صحيح او غير صحيح و اذا كان زواجا صحيح و مرتبا لجميع اثاره يجب ان نتعرف على طرق إثباته و كذلك الجدوى من توثيقه نظرا لما يطرحها الزواج العرفي في ارض الواقع من ضياع للحقوق سواء للزوجة او ابناء نفقة، نسب كذاك حجم القضايا تعرض على محاكمنا و هذا ما دفعنا لمعالجة موضوع إشكالات الزواج العرفي و الطلاق العرفي في القانون و القضاء الجزائريين .

اشكالية البحث : من الإشكاليات التي يمكن طرحها هي كيفية اثبات الزواج و الطلاق العرفيين و الإشكاليات المصاحبة لهما ؟

أهداف الموضوع: كان لنا الهدف من وراء هذا البحث ان نحاول في الأول اعطاء لمحة عن ماهية الزواج العرفي و طرق اثباته .

ثانيا: إجراءات تسجيل الزواج العرفي و أهم الدعاوى المتعلقة به.

ثالثا: الطلاق العرفي و اشكالاته في القانون و القضاء الجزائريين .

أسباب اختيار الموضوع :اخترنا هذا الموضوع بالذات الى

- رغبتي النفسية في التطرق الى معالجة مثل هذا الموضوع .
- كثرة القضايا المتعلقة بهذا الموضوع.
- قلة الكتابات والمواضيع المعالجة لهذا الموضوع.

المنهج المتبع :لقد اتبعنا في كتابة بحثنا الى المنهج الاستقرائي الاستدلالي اساسا عن طريق تتبع النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية من اجل الوصول الى مدى امكانية ترتيب الزواج العرفي و الطلاق العرفي بأثارهما و طرق اثباتهما في الحالات المعروضة، كما قمنا باستقراء ما ورد في قانون الأسرة الجزائري لاسيما التعديل الجديد له. كما استعنا بالمنهج الوصفي التحليلي كونهما الأنسب لمثل هذه الدراسات المعتمدة اساسا على تحليل اراء الفقهاء واستنطاق النصوص القانونية والأحكام القضائية.

ومن صعوبات البحث قلة وندرة الدراسات التي تطرقت الى معالجة موضوع إشكالات الزواج العرف. والطلاق العرفي في القانون الجزائري لاختلاف الكبير والجدل الواسع الموجود بين الفقهاء

والقانونيين حول هذا الموضوع مما وضعني في دائرة واسعة وصعبة في انتقاء المعلومات - .يكاد ينعدم الاجتهاد القضائي الجزائري في دراسة هذا الموضوع .

الفصل الأول:
اثبات الزواج العرفي في قانون القضاء الجزائري

المبحث الأول : ماهية الزواج العرفي و طرق اثباته .

المطلب الأول / مفهوم الزواج العرفي في التشريع الجزائري و أسبابه و حكمه .

ان الزواج العرفي يشترك مع الزواج الرسمي في جميع الأركان باستثناء التسجيل لهذا يمكننا تعريفه بانه اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام و الاستمرار أما النكاح فيعني الدخول و الاختلاط و الضم و العقد و الوطء

الفرع الأول /المقصود بالزواج العرفي

تعريف العرف : لغة : الكون و الطمأنينة و يأتي بمعنى العلم و الإعلام و المكان و المرتفع من الأرض و العرف كل مكان عال و الجمع الأعراف و سمي بذلك لظهور الناس به و منه معروف و هو ما تعارف به الناس و هذا يدل على سكونهم اليه لان من أنكر شيئا توحش منه و المعروف ضد المنكر و العر ف ضد النكر .(1)

العرف اصطلاحا : فقها / هو ما اعتاد الناس من معاملات و استقامت عليه أمورهم

قانونا / تعريف سليمان مرقص بقوله: لفظ العرف له معنين

انه يدل أولا على القاعدة القانونية التي تنشا من اطراد سلوك الناس في مسالة معينة على وجه خاص

انه كذلك يدل باعتباره مصدر للقانون على إطراد سلوك الناس في مسألة معينة على نحو خاص بحيث تنشأ من قاعدة قانونية غير مدونة

تعريف الزواج العرفي : عرفت مجلة البحوث الفقهية المعاصرة الزواج العرفي باعتباره علما على الزواج فقالت " هو اصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية

(1)- أحمد بن يوسف بن أحمد الدرويش، الزواج العرفي حقيقته وأحكامه وأثاره والنكحة ذات الصلة به- ط1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، السعودية، ص78

سواء كان مكتوبا أو غير مكتوب (1) كما عرف بأنه" الزواج الذي استوفى شروطه الشرعية دون أن يوثق رسميا .

و قد اطلق عليه العامة بالزواج العرفي فهو في نظر الشريعة الإسلامية زواج صحيح و يترتب عليه جميع آثاره الشرعية سواء أن يكون الزواج مكتوبا أو غير مكتوب أصلا و هناك عدة تعاريف انصبت على عدم التوثيق إلا أن بعضها شاملة لنوعية المكتمل الأركان و بعضها لم يتم التفصيل فيه .

فالزواج العرفي يطلق على عقد الزواج الذي لم يوثق بوثيقة رسمية و الذي يكون مستوفي للأركان و الشروط ونوع لا يكون مستوفيا لذلك، فالأول عقد صحيح شرعا يحل به التمتع و تتقرر الحقوق للطرفين و الذرية الناتجة منها أما الثاني فلا(2) .

الفرع الثاني /سبب تسميته بالزواج العرفي .

إن تسمية هذا الزواج بالزواج العرفي يدل على ان هذا العقد اكتسب مسماه من كونه عرفا اعتاد عليه افراد المجتمع المسلم منذ عهد الرسول صلى الله عليه و سلم و صحابته الكرام و ما بعد ذلك من مراحل متعاقبة .

فلم يكن المسلمون في يوم من الأيام يهتمون بتوثيق الزواج و لفم يكن ذلك يعني اليهم أي حرج بل اطمأنت نفوسهم اليه ، فصار عرفا عرف بالشرع و اقرهم عليه و لم يرده في أي وقت من الأوقات

أما بالنسبة للتوثيق فإن ذلك لا يحدث خللا في العقد لان الفقهاء جميعا عندما عرفوا عقد الزواج لم يذكروا فيه التوثيق و لا الكتابة و حتى الفقهاء المحدثون و القضاة .

التميز بين الزواج العرفي و الزواج الرسمي

إن كلا من الزواج العرفي و الزواج الرسمي يعد زواجا شرعيا من حيث الشكل و الصورة أي من حيث اكتمال الأركان و الشروط و انتفاء الموانع .

---

(1)- عبد المالك بن يوسف المطلق، الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها، ط1، دار العاصمة للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية 2005، ص180

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

إلا أن الزواج العرفي غير موثق بوثيقة رسمية تصدر من موظف مختص مخول له حق إصدارها بل قد يعقد مشافهة من مأذون غير منصب بدون أي وثيقة بكتابة و لو غير رسمية ، و عدم توثيقه إما بسبب تأخر الزوج لعدم حصوله على إذن رسمي أو تأشيرة من اجل الزواج من دولة أخرى معينة من غير دولته يكون النظام في بغض الدول يشترط ذلك أو بسبب الزوجة من حيث قد تعقد بدون إذن وليها أو حضوره لكون نظم الزواج في بعض البلدان تجيزه و بالتالي يكون قابل للطعن و الانكار و الجحود و التزوير بل للريبة و الشك و سوء الظن و هذا بخلاف الزواج الرسمي الموثق بوثيقة رسمية فهو لا يقبل الطعن و الإنكار بحال حيث تعد الوثيقة رسمية يرجع اليها عند الحاجة كما تضفي عليها الصيغة النظامية القانونية بحيث ينتج أثاره الشرعية داخل الدول و خارجها .

الفرع الثالث/ أركان و شروط عقد الزواج العرفي و جزاء تخلفها

يعتبر عقد الزواج عقدا شرعيا له أركان يقوم عليها و تحقق ماهيته بالإضافة إلى شروط لابد منها لأجل الاعتداد به و لقد اختلف الفقهاء المسلمون فيما يتعلق بأركان و شروط عقد الزواج و سبكوا في ذلك سبلا شتى ، لقانون الاسرة الجزائرية فبعد الجدل الذي كان قائما حول أركان و شروط عقد الزواج ذلك أن المشرع الجزائري كان يخلط بين الركن و الشروط و لم يكن يميز بينهما ، إلا انه بتعديل قانون الاسرة سنة 2005 بموجب الامر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 و المتضمن تعديل قانون الاسرة أنهى كل النقاشات التي كانت قائمة و فصل أخيرا بين أركان و شروط عقد الزواج ، فلقد نصت المادة 09 من قانون الاسرة " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين "

و نصت المادة 09 مكرر على أنه : يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية : أهلية الزوج

الصداق .

الولي .

شاهدان .

انعدام الموانع الشرعية .

و عليه فباستقراء نص المادتين السابق ذكرهما نجد ان المشرع حصر أركان الزواج في ركن واحد :

رضا الزوجين و جعل كل من أهلية الزواج و الصداق و الولي و الشاهدان و انعدام الموانع الشرعية للزواج ،شروطا لانعقاد عقد الزواج .

نظرا لكون عقد الزواج العرفي هو عقد كامل الأركان و الشروط المطلوبة في الشريعة غير انه لم يسجل فقط بالتالي له نفس الأركان و الشروط مع الزواج الرسمي .

أسباب الزواج العرفي

1-أسباب دينية

عدم التقيد بالهدى النبوي في هذا الامر الذي قد يحمل بعض الرجال في ظل هذه العوائق او القيود أو بعضها للهرب و من الزواج الرسمي إلى الزواج العرفي غير الموثق للتحلل من بعض القيود المترتبة على الزواج الرسمي ، في الوقت الذي يعصم نفسه من الخطأ او من مباشرة علاقة غير مشروعة.

بالإضافة إلى ان الاسر الجزائرية متأثرة بالعادات و التقاليد الإسلامية و ذلك بالتركيز على توفر الشروط المحددة في الدين الإسلامي من رضا ، صداق ، ولي ، شهود و إعلان الزواج دون التطرق إلى كيفية اثباته لكون الشريعة الإسلامية تجعل من عقد الزواج رضائي و ليس شكلي يتطلب الرسمية لإبرامه ، فبمجرد الدخول يصبح عقد الزواج منتج لكافة الاثار من اثبات النسب ، و النفقة ، و الميراث و من هذا يتبين أن الشريعة الإسلامية سهلت الإجراءات لذلك يفضل المواطنين اتباع الإجراءات العرفية للزواج بدل من القيام بتسجيل عقود الزواج

2-أسباب مالية

حثت الشريعة الإسلامية على عدم المغالاة في المهور ، لأن التشديد على الأزواج لا لمغالاة في المهور كما هو شائع بين الناس و الذي يؤدي إلى آثار سلبية بالنسبة للزواج و من هذه الاثار السلبية الاعراض عن الزواج كلية لعدم القدرة على الوفاء بالمهر و منها اللجوء إلى الزواج العرفي زيادة أعباء و تكاليف الزواج إلى حد الإرهاق

الملاحظ في هذه الأيام كثرة أعباء الزواج ، و زيادة تكاليفه إلى الحد الذي يعجز الشباب الذي يفكر فالمسكن أصبح مشكل المشكلات هذا بخلاف ما ساد بين الناس من أعراف فاسدة أغرقت في الاسراف في تكاليف الزواج المتعلقة بجهاز الزوجين من اثاث بمواصفات معينة و هذا فضلا عن الافراط في مصاريف الحفلة في حين أن الزواج العرفي في مجمله زواج بسيط سهل يكاد يخلو من هذه التكاليف و الأعباء

3-أسباب قانونية

* صغر السن : قد يتزوج صغيري السن إرضاءاه لوالديهم خشية تعذر الزواج بينهما مستقبلا خصوصا و ان الشريعة الإسلامية لم تقيد الزواج بسن معين بل اشترطت فقط البلوغ للفتاة و الشاب ، عكس التشريعات القانونية فقد حددت السن القانونية

و حسب قانون الاسرة الجزائري و من خلال نص المادة 07 منه نجد انه حدد سن الزواج ب 19 سنة كامل للرجل أو المرأة و خاصة في المدن الصغيرة و الأرياف و القرى و إن تحديد سن الرشد ب 19 سنة في قانون الاسرة الجزائري هو الناظم العام فإذا لم يبلغ الزوجين السن القانونية فإن الموثق أو ضابط الحالة المدنية يرفض تسجيل عقد الزواج إلا إذا رخص به السيد رئيس المحكمة برخصة مسبقة و لتقديم هذه الرخصة يجب اتباع مجموعة من الإجراءات الواجب القيام بها و المحددة قانونا

4-الشروط الإدارية و التي تعتبر عائقا للتعدد

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

4-عدم وجود نصوص قانونية تعاقب عليه

ان عدم تسجيل عقد الزواج العرفي من طرف الزوج قد ترجع إلى عدم وضع عقوبة في القانون ترغمه على توثيق زواجه العرفي و إعطائه الصبغة الإدارية القانونية

فقانون الاسرة الجزائري لا توجد فيه مادة تنص على تطبيق عقوبة مالية أو جسدية على من لم يوثق عقد الزواج العرفي إذا اتضح ذلك و إما بضرورة توثيق و تسجيل هذا العقد لدى المصالح المختصة ، و عليه و بما ان الزواج العرفي لا وجود لنص يمنع هذا الزواج فلا مانع من إدراجه في سجلات الحالة المدنية إذا ما توافرت فيه أحكام الشريعة الإسلامية و البنود المحددة في المادة 09 و 09 مكرر من قانون الاسرة و هذا حماية للصالح العام و الزوجة و الأولاد

حكم الزواج العرفي: و هو بيان الحكم القانوني و الشرعي للزواج العرفي باعتبار أن الزواج العرفي هو الذي يستوفي كل اركانه و شروطه غير أنه ينتفي عنه عنصر التوثيق الرسمي حيث لم يسجل في وثيقة رسمية .

أولا / حكم الزواج العرفي شرعا :

الزواج العرفي إذا ما كان مكتمل الأركان و الشروط التي اقرتها الشريعة الإسلامية فهو زواج صحيح لا حاجة إلى توثيقه غير أن انعدام هذا التوثيق لا يبطل العقد غير ان وجوده يحفظ الكثير من الحقوق

و لقد أجمع العلماء المعاصرين على اباحة و صحة هذا الزواج ما دام يحقق مقاصد الزواج من إقامة حياة آمنة و الطمأنينة بين الزوجين و المودة و الرحمة و إقامة اسرة مترابطة متحابة يأنس فيها الزوج إلى زوجته ليجد عندها راحته و تجد هي عنده الحماية لهذا فهذا الزواج مثله مثل الزواج الرسمي

حكم الزواج العرفي قانونا : رغم أن قانون الاسرة يمنع توثيق الزواج رسميا إذا كان بين الرجل والمرأة الأقل من 19 سنة حسب نص المادة 07 من قانون الاسرة الجزائري

و كذلك نص المادة 18 على ان يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 9 مكرر من نفس القانون

فرغم ذلك فغن عقد الزواج يعتب رفي نظر القانون عقدا رضائيا لا شكليا فالكتابة أو الوثيقة ليست ركنا و لا شرطا من شروط صحته و لا نفاده و لا لزومه و من ثم فإن عقد الزواج إذا تم دون كتابة أو توثيق فغنه يكون صحيح و لا تثور مسألة الكتابة أو التوثيق إلا عند الاثبات

فتخلف شرط الكتابة أو التوثيق وحده لا يترتب عليه بطلان عقد الزواج العرفي أو فساده و إنما الذي يجعله باطلا أو فاسدا هو تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده أو صحته حتى يتلاقى حكم الفقه مع حكم القانون .

المطلب الثاني / طرق اثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري .

الفرع الأول / الإقرار

أولا /تعريف الإقرار

التعريف القانوني : تعرض القانون المدني للإقرار في مادتين و هما المادة 342 و 341 من القانون المدني حيث عرفت المادة 341 القانون المدني الجزائري على أنه : اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة

التعريف القضائي : عرفته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها أنه " الإقرار تصريح يقر به شخص بثبوت و أحقه في حقه من شأنها أن تحدث ضده آثاره قانونية

التعريف الفقهي : يعرفه السنهوري " اعتراف شخص بادعاء يوجهه إليه شخص آخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد

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

الإقرار إخباره و بحسب الأصل يكون إخبارا بالتعبير الصريح كأن يكون شفويا في استجوابه مثلا أو مكتوبا في رسالة أو ورقة ليست معدة لإثبات الحق المتنازع فيه و قد يكون ضمنيا يستفاد من سلوك الشخص أو من مجرد سكوت الشخص ، سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد فهو إقرار ضمني بثبوت النسب .

القرار يكون حق قصد ، أي أن المقر يدرك أنه بإقراره يقيم حجة على نفسه ، فلا يعد من قبيل الإقرار الملزم ما يصدر عن الشخص من عبارات بقصد التودد و المجاملة طالما أنه لم يقصد من الإدلاء به أن يتخذها من وجه إليه دليلا عليه ..

الإقرار يرد على واقعة أي على واقعة من شأنها أن تنتج آثار قانونية ضد المقرن كان يعترف أن تزوج بامرأة زواج عرفي .الإقرار عمل انفرادي فلا يترك قبول المقر له و اعتبر ملزم للمقر به بمجرد صدوره فهو يقع بالإرادة المنفردة للمقر و إذا ورد في الإقرار ما يضر بمصلحة المقر له يستطيع إقامة الدليل على عدم صحة الجزء الذي جاء في الإقرار ضارا به .

الإقرار حجة مقصورة على المقر بما أن الإقرار في مقام التصرف القانوني فإن آثاره تسري فقط على الأشخاص الذين يسري في حقهم التصرف القانوني و عليه يكون الإقرار حجة مقصورة على من اقر به .

ثانيا / الطبيعة القانونية للإقرار : انقسم الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للإقرار ، فمنهم من يرى بانه قرينة على صحة ما يقر به و منهم من يرى بأنها وسيلة تعفي الخصم من اللجوء إلى طرق الاثبات المفروضة قانونا ، و هناك من يعتبره بمثابة تنازل المقر عن الميزة التي يتمتع بها في الدعوى من حيث أن خصمه مجرد من الدليل كما يعتبره البعض بانه تصرف قانوني ينعقد بالإرادة المنفردة ، و يرى فقهاء الشريعة الإسلامية بانه ينشئ حقا للمقر له بينما يرى الجمهور بانه اخبار و ليس انشاء ، و لكن الاتجاه الثاني من الفقه يرى عكس الاتجاه الأول فهم يرون ضرورة ان يكون للإقرار خصائص التصرف القانوني و هذه الخصائص موحدة في اعتبار الإقرار عمل اخباري و يدخل في طبيعته من خصائص التصرف القانوني و احكامه ما لا يتعارض مع طبيعة الإقرار.

ثالثا /شروط الإقرار :

يشترط في الإقرار بصفة عامة الشروط التالية :

الأهلية : الإقرار بما أنه تنازل عن حق أو الاعتراف بحق لفائدة الغير ، يتعين فيه أن يكون المقر يتمتع بالأهلية كاملة و عليه فالإقرار لا يجوز من القاصر و لا من المحجوز عليه ، لكن الإقرار الصادر من المرشد او السفيه ، فهو مقبول في حدود أهل يتهمها كما انه في صورة الإقرار غير القضائي للقاضي السلطة التقديرية بالنسبة للإقرار عديم أن ناقص الأهلية

و الصغير المميز المأذون يكون لإقراره حكم إقرار البالغ في الأمور المأذون بها

- أن يكون شخصيا أو بواسطة ممثل أو نائب فبالنسبة للنائب قد يكون اتفاقا مثل الوكيل و يشترط أن يكون حاملا لوكالة خاصة ، و لا يؤخذ به إذا انتهت الوكالة .

-ألا يكذبه ظاهر الحال ، كأن يقر شخص ببنوة شخص أكبر منه سنا و تستدل المحكمة على صحة الإقرار أو كذبه ، بما تتخلص من المستندات المقدمة من الخصوم و من الملابسات المحيطة بالدعوى

أن يكون محل الإقرار مسألة موضوعية إذ أن الإقرار في المسائل القانونية فلا يلزم المحكمة إذ عليها هي صحة تطبيق القانون و إنزال حكمها على وقائع الدعوى .

أن يكون محل الإقرار معينا تعينا كافيا ، فلا يعتد بالإقرار و ان كان سيظل قائما.

رابعا/ أنواع الإقرار

هناك نوعين من الإقرار كالإقرار القضائي و الإقرار غير القضائي و يتم التمييز بينهما حسب الموضوع و المناسبة التي تم فيها التعبير عنه و الادلاء به .

1- **الإقرار غير القضائي :** و هو ذلك الإقرار الذي تم خارج مجلس القضاء كأن يقر فلان ان فلانة زوجته خارج مجلس القضاء و إذا كان ذلك كتابة أو شفاهه و سلطة التقدير لمثل هذا الإقرار موكلة للقاضي يقدرها وفقا لظروف الدعوى و ملابساتها، كما أن الإقرار غير القضائي يظهر اثناء تحديد الموثق لما يسمى بعقد الإقرار للزواج بناء على طلب الزوجين معا و بالإرادة الحرة لكل منهما، و ليس بالإرادة المنفردة لاحدهما .

1-**الإقرار القضائي** / فهو اعتراف الخصم امام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك اثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة .

كأن يقف الزوج أمام القاضي و يقر بعلاقة الزوجية بينه و بين المدعى عليهما .

الإقرار و حسب نص المادة 342 من القانون المدني الجزائري " الإقرار حجة قاطعة على المقر"

و من خلال هذه المادة نجد بان الواقعة التي اقر بها الخصم تصبح في غير حاجة الى الاثبات بإقراره.

فاذا كان الإقرار تصرف قانوني يقتصر اثره على المقر و لا يتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما ، فان الإقرار بواقعة الزواج سكون صحيحا و ملزما لكل من الزوج و الزوجة وورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته و لا يتعداهم الى الغير غير أن الاعتماد على الإقرار كوسيلة لإثبات الزواج العرفي لا يعمل به في محاكمنا باعتبار أن عقد الزواج له خصوصية و طابع اجتماعي خاص لان الزواج في حد ذاته لا يتطلب فقط الإقرار إنما يتطلب الإعلان و الإشهار و علم الناس به لغلق منافذ الظن و التجريح في شرف و عرض الناس .

فعند لجوء الزوجين إلى القضاء لإثبات الزواج هدفهما هو إعلانه و إشهاره لكافة الناس و الإقرار غير كاف ليؤدي هذه المهمة .

الفرع الثاني /الشهادة كوسيلة لإثبات الزواج العرفي

إن شهادة الشهود تستند أساسا إلى أمانة الأشخاص القائلين بها و كذا حركة و خبرة النفقة في الاستدلال بها و من هذا المنطلق يتولد التساؤل عن مدى اعتماد القاضي على اقوال الشهود في اثبات الزواج العرفي

أولا : تعريف شهادة الشهود و خصائصها

تجدر الإشارة في البداية بان شهادة الشهود كان يعبر عنها طريق البينة غير ان هذه الأخيرة تتصرف الى معنيين ، معنى عام يقصد به كل دليل الاثبات ماعدا اليمين و معنى خاص يقصد

به شهادة الشهود ، و حتى يتم الفصل فيها قد اعتمد المشرع على لفظ شهادة الشهود بدلا من البينة .

و يقصد بشهادة الشهود إخبار شخص غير طرف في الخصومة القضائية بواقعة تصلح لان تكون محل اثبات صادرة عن الغير اما تثبت حقا لشخص ثالث أو ترتب التزاما عليه معتمدا في ذلك حاسة من حواسه.

و يستند أساس شهادة الشهود في القانون إلى المواد 333 إلى 336 من القانون المدني الجزائري أين خصص لها المشرع الجزائري فصلا كاملا و هو الفصل الثاني من الباب السادس المتعلق بإثبات الالتزام ، أين تم تنظيم قواعدها الموضوعية أما عن القواعد الإجرائية لشهادة الشهود ، نظمها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المواد الخاصة بالشهادة .

أولا / الشهادة الشخصية

أي انها مرتبطة بإحدى حواس الشاهد سواء عن طريق البصر بمشاهدة الواقعة عينا أو عن طريق السمع كسماع المدين و هو يتعهد بالوفاء بالدين أو عن طريق الشتم و غير ذلك من الحواس، و في هذا الصدد يلتزم الشاهد بإخبار الواقعة بذات الطريقة التي أدركتها بحواسه دون الامتداد الى تقديرها و تقدير مدى مسؤولية الخصم في الدعوى بموجب هذه الواقعة.1

أنواع الشهادة :

تنقسم الشهادة الى نوعين شهادة مباشرة و شهادة غير مباشرة .

الشهادة المباشرة : و تعد الأصل في الشهادة ، و هي تلك التي يدلي بها الشاهد بناء على ما رآه أو سمع يوقعه ما بنفسه كمن يشهد إبرام عقد معين وقع تحت بصره و سمعه أو شهد واقعة أمامه دون الحاجة الى اخباره بها من طرف شخص آخر ، و تكون الشهادة شفوية يستمدها الشاهد من ذاكرته ليقول ما رآه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى ، و مع ذلك قد يكتفي في

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دون طبعة ، دار راجيات التراث العربي ، لبنان ، دون سنة نشر ص 413

ظروف استثنائية بتلاوة شهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للاعتداد بها .

1-الشهادة غير المباشرة : و تنقسم بدورها الى نوعين

شهادة سماعية : و هي الادلاء الشاهد بواقعة علمها من الغير ، فيقدمه على رواية هذا الأخير لإثبات الواقعة المتعلقة بالزواج العرفي.

الشهادة بالتسمع : أي الادلاء بما هو شائع بين الناس دون تحديدهم ، و هما تختلف عن الشهادة السماعية التي يتم فيها تحديد الشخص الذي اعتمد على روايته في الادلاء بالواقعة محل الاثبات ، و نظرا لعدم إسنادها إلى أشخاص محددين بذواتهم فان القاضي يأخذ على سبيل الاستئناف أو لاستخلاص قرينة قضائية في الدعوى .

فالشهادة السماعية التي يمكن تحري مصدر الصدق فيها و تحميل صاحبها مسؤولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره ، فإنها بالتسمع فصاحبها لا يروي عن شخص معين و لا عن الواقعة بالذات بل يشهد ما يتسمعه الناس في هذه الواقعة و ما شاع بين الجماهير في شأنها ، فهي غير قابلة للتحري و لا يتحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما شهد به كالقول مثلا أن فلان تزوج فلانة[1] و إذا ما عدنا إلى القضاء الجزائري فإن المحكمة العليا فيما يتعلق بإثبات الزواج العرفي أخذت بشهادة التسامح في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ : 1989/03/27 و الذي جاء فيه أنه " من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة زفاف الطرفين أو بشهادة السماع التي يشهد لأصحابها أنهم سمعوا الشهود و غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين ..

فيما يتعلق بالسبب المستدل به على طالب نقض إثبات أو نفيه مما يستقل به واحدة من الشهادتين فلا هو أحضر رجالا حضروا قراءة الفاتحة و لا هو أحضر رجالا سمعوا قراءتها أو حضروا زفاف الطرفين ... كما أنه لم يأت بينة إسماع يشهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج فلانة ... لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم يأت بأي شهادة العيان

[1] - عبد الرزاق احمد السنهوري – مرجع سابق ص 413

أو شهادة السماع لإثبات زواجه فغن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني و متى كان ذلك استوجب الطعن .

ثانيا /شروط تحقق الشهادة

1- الشروط المتعلقة بالشاهد

حتى تصبح شهادة الشاهد فلابد من ان تتوفر جملة من الشروط نوجزها فيما يلي :

أن يكون مدركا لما حوله و للواقعة بشكل جيد و فقدان التمييز بشكل نسبي أو بسبب المرض الذي يؤدي إلى فقدان الوعي و الإرادة كالجنون و الغيبوبة بتأثير مواد سواء خارجية كالكحول أو المخدرات أو داخلية كالتسمم الداخلي عن إفراز الجسم لمواد تجعله عاجزا و مؤثرا في القدرة العقلية

للشخص ، و في كل الحالات يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى وعي الشاهد و إرادته للإدلاء بالشهادة .

ان يتمتع الشاهد بالحاسة التي يستد اليها في العلم بالواقعة محل الاثبات إذ لا يمكن قبول شهادة الاعمى عن واقعة تستوجب الرؤية أو الاعتماد على الأصم كشاهد سمع ، و مع ذلك يمكن أن يكون الأعمى شاهد سمع و أن سمع و أن يكون الأصم شاهد رؤية .

أن لا يكون الشاهد غير مقبول الشهادة شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم " لا شهادة لمتهم " ، و التهمة إما أن تكون فسق الشاهد أو وجود صلة خاصة بينه و بين المشهود عليه ، كمدمن الخمر ، المقامر ..[1] أي كل شخص غير عادل و ذو أخلاق غير سوية .

2-الشروط المتعلقة بالشهادة .

و تتمثل هذه الشروط في فيما يلي :

[1]- عبد الحميد الشوارب ، الشهادة في المادة المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر 1992 ص 357 .

ان تتم الشهادة في جلسة علنية أمام الخصوم و الجمهور ، و ذلك لغلق الباب أمام شهادات الزور و كذلك بفتح المجال أمام الجمهور للإدلاء بشهاداتهم في وقائع الدعوى محل النزاع وصولا إليه الحقيقة ما لم تتعلق الدعوى بالنظام و الآداب العامة أو بحرمة الأسرة أن يتوجب الإدلاء بالشهادة في جلسة سرية ، و مع ذلك فإنه يتم صدور الحكم الفاصل في الدعوى هلني و هذا ما تؤكده المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و العلنية هذه من شأنها توفير عنصر الرقابة من طرف الخصوم على ما يتم الادلاء به من طرف الشاهد .

وجوب حلف الشاهد لليمين قبل إدلائه للشهادة و هذا ما تؤكده المادة 152 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

إلى غير ذلك من الشروط المتعلقة بالشهادة التي نجد منها :

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

– ان تكون شهادة الشاهدين متوافقة ، لأن اختلافهما لم يكتمل نصاب الشهادة و لا يجب أن تكون هذه الموافقة تامة بل يمكن أن تكون ضمنية ، كأن يشهد الشاهد الأول بانه حضر زواج فلان بفلانة في شهر جويلية 1998 و يصرح الشاهد الثاني بنفس السنة دون ذكر الشهر ، أو كأن يشهد شاهد في عقد زواج عرفي أن فلانة زوجها وليها بفلان على صداق قدره آلاف دينار ، و يشهد الثاني بنفس الشيء دون أن يحدد قيمة الصداق .

ففي الحالتين يقبل القاضي الشهادتين مادام الفرق في قولهما لا يصل إلى حد التعارض و يبقى فقط على القاضي تقدير مدى توافر الشهادة على الشروط المقررة شرعا و مدى كمالها ووضوحها و تعرضها لاستخلاص الأركان الواجب توافرها لإبرام عقد الزواج العرفي و منه للأخذ بها لقبول واقعة الزواج العرفي او رفضها ، و تعتبر الشهادة من أقوى الحجج لكونها حجة متعدية و ثابتة على الكافة و نصابها في اثبات الزواج رجلين أو رجل و امرأتان لقوله تعالى " و استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ..

بالإضافة طبعا إلى العدالة و البلوغ ، و الحرية ، الرؤية ، النطق ... و أن لا يكون الشاهد من الأصول أو الفروع و أن لا تكون شهادته بأجر أو يدفع عن نفسه جرما ، و أن لا يكون مشتبها فيها ، و أن لا يشهد بشيء لم يعانيه أو إسماع منه الشهود عليه على الرغم من أن الشهادة بالتسامح أجيزت استحسانا في اثبات الزواج ، و ذلك رفعا للحرج و تعطيل الأحكام .

فإن أعلن الزواج لدى الشاهد (علم به و حضره) فهنا حل له أن يشهد به لدى القاضي ، و تقدير الشهادة هنا حقيقة وحكما ، و حقيقة تكون أن الشاهد حضر مجلس العقد أو سمع بالزواج من أشخاص ذوي صدق و اخلاص ، حكما بشهادة رجلين عدلين أو رجل عدل و امرأتين عدول .

الفرع الثالث/النكل عن اليمين

قبل الخوض في النكل عن اليمين كدليل لإثبات الزواج العرفي فلابد اولا أن نعرف معنى النكول و اليمين معا .

أولا/ معنى النكل عن اليمين

النكل في اللغة : يقال نكل ، نكلا و هو الجبن و التأخير النون و الكاف و للام أ1صل صحيح يدل على المنع و الامتناع.

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

أما اليمين فيقصد به ذلك الحلف الصادر من الخصم الذي يعوزه الدليل الدي يطالبه القضاء من أجل إثبات دعواه إلى توجيه اليمين إلى خصمه الذي لا يقر له بصحة ما يدعيه مخاطبا بذلك ضميره فيطلب منه الحلف لحسم النزاع .

و اليمين الحاسمة لها حجية بالنسبة لأطراف اليمين و القاضي إضافة إلى الغير

1- / بالنسبة لأطراف اليمين

نجد لهذا اليمين حجية قاصرة على من وجهها و على من وجهت اليه دون ان يتعدى اثرها

الى غيرها و حجيتها في هذه الحالة قاطعة للأطراف و خلفهم سواء تعلق الامر بالحلف او النكل .

2-بالنسبة للقاضي

تعتبر اليمين الحاسمة ذات حجية قاطعة على القاضي إذ لا يمكن إعمال سلطته التقديرية في حال الحلف او النكل فبمجرد حلف الحالف يتم حسم الدعوى بحسب الحلف إما بإقرار ما يدعيه الخصم أو رفض الدعوى في حالة الانكار ، كما يجب على القاضي لصالح من وجه اليمين إذا نكل الحالف و ليس له الاستناد على قناعته الشخصية في ذلك غير انه للقاضي اعمال سلطته التقديرية في مدى استفاء الواقعة موضوع اليمين لشروطها و كذلك في منع توجيه اليمين إذا تبين له ان موجهها للخصم ، إضافة إلى إمكانية تعديل صيغة اليمين بناء على طلب الحالف في حالة الغموض و تقدير المسألة هذا ما يتعلق باليمين الحاسمة .

أما اليمين المتممة هي تلك الوسيلة التي يلجأ اليها القاضي لاستكمال قناعته نظرا لعدم كفايته الأدلة المقدمة لإثبات الحق المدعى به و بالتالي فان تحقق الدليل الكامل في الدعوى يتنافى قصد المشرع في توجيه هذه اليمين .

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

1-بالنسبة للقاضي : باعتبار اليمين المتممة دليل تكميلي ذو قوة محدودة ، فان للقاضي سبطة واسعة في تقدير نتيجتها إذ انها ليست حتمية كاليمين الحاسمة ، فقد يحكم لصالح الحالف أو لا يفعل بناء على قناعته.

2-بالنسبة للخصوم : ليست لليمين المتممة حجية على الخصوم إذ يمكن الطعن في الحكم بالإلغاء عن طريق أين يتم الاكتفاء بالتعويض عن الضرر الناتج عن واقعة الكذب [1] .

و لقد اعتبر القضاء أن اليمين لا تعتبر وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي ، فلا يكون الاعتداء بذلك الا في حالة وفاة احد الزوجين او وفاتهما معا و يتعين على القاضي

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

توجيهها الى المدعي بالإضافة الى سماع شهادة الشهود الذين يؤكدون صحة انقضاء الزواج العرفي وفقا للشريعة الإسلامية مع بيان توفر اركان و شروط عقد الزواج المحددة قانونا.

المبحث الثاني/ إجراءات إثبات الزواج العرفي

الزواج العرفي في المجتمع الجزائري على خلاف ما عرف في المشرق يعتبر زواجا شرعيا تتوفر فيه جميع الشروط من ولي وصداق و شهود ، و لكنه وصداق و شهود ،و لكنه يفتقر إلى التسجيل الإداري لتوثيقه و ترسميه من أجل ضمان الحقوق الزوجية و التمتع بالحماية القانونية .

توثيق عقد الزواج العرفي انطلاقا من نص المادة 18 من قانون الاسرة الجزائري فانه " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون " و بناء على نص هاته المادة فإن عقد الزواج يجب أن يكون موثقا أمام الموثق أو موظف عام في إطار منظم ، ووفقا لما نص عليه قانون الحالة المدنية الجزائري و تماشيا مع ما جاء في نص المادة 22 من نفس القانون بأنه يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت فيه أركان و شروطه وفقا لهذا القانون ، ومن خلال هذه النصوص القانونية تظهر لنا أهمية التوثيق في العقود و بالتحديد في الزواج العرفي .

المطلب الأول /مشكلة الزواج العرفي

لا يمكن الزواج أو الرابطة الزوجية إلا بعقد مدني هو عقد الزواج ، و هو عبارة عن سند توثيقي يقوم بتحريره و تسجيله ضابط الحالة المدنية ، و عليه فإن أي شخص يدعي أنه مرتبط مع شخص آخر بموجب عقد زواج لا يقبل منه هذا الادعاء إلا كان بيده نسخة من عقد الزواج مستخرجة من الحالة المدنية .

و على أساس ذلك لا يسمح لأي أحد يدعي أنه زوج و يطالب بما يترتب عن الزواج من حقوق أن يتقدم إلى القضاء من أجل الحكم له بطلباته إلا إذا قد بين يدي القاضي نسخة مستخرجة من سجلات الحالة المدنية تثبت قيام عقد الزواج من وجهة النظر القانونية [1]

[1] - عبد العزيز سعد الزواج و الطلاق في قانون الإجراءات الجزائية في ثوبه الجديد ، الطبعة 4 دار هومة ، الجزائر 2013 ص 163

أما إذا تم إبرام عقد الزواج العرفي على يد أي شخص مؤهل أو إمام كما هو معروف عندنا ، و بحضور جماعة من المسلمين وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، فانه ليس أمام هذا الشخص إلا اللجوء الى المحكمة من أجل تثبيت هذا الزواج .

الفرع الأول /الإجراءات الإدارية للزواج

يقصد بإجراءات الزواج الترتيبات الإدارية التي تسبق العقد ، و كذلك التي يشترطها القانون في في العقد ذاته بهدف تسجيله و إشهاره و يمكن التعرض لهذه الشروط في النقاط التالية :

أولا شرط الشخص المؤهل قانونا لإبرام عقد الزواج

بالرجوع الى قانون الحالة المدنية رقم 70/20 المؤرخ في 1970 و بالضبط في المواد 76/71/ و 104 و التي حدد الموظف المؤهل بتحرير عقد الزواج و هم : ضابط الحالة المدنية ، القاضي ، الموثق و هذا داخل الوطن ، أما خارج الوطن فقد خولت هذه المواد الصلاحية إلى الموظفين الدبلوماسيين القنصليين و السلطات المحلية .

الفرع الثاني / شرط اتباع إجراءات تحرير عقد الزواج

لكي يقوم أحد الأشخاص المؤهلين قانونا لتحرير عقد الزواج بإبرام عقد الزواج يجب ان تتوفر لديه عدة شرط و هي :

توفر الوثائق المتطلبة قانونا : و التي نص عليها قانون الحالة المدنية من خلال المواد 74 ، 75 ، 76

و هي كالتالي : شهادة ميلاد كلا الزوجين لا تتعدى مدتها ثلاثة أشهر

شهادة إقامة للزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية و هذا بالنسبة للشخص الذي لم يكن ضابط الحالة المدنية على اطلاع على مسكنه أو محل إقامته و فقا لنص المادة 75 من قانون الحالة المدنية .

تقديم الترخيص المقدم من القاضي بالنسبة للذي لم يتوفر فيه الشرط السن القانونية للزواج وفقا لنص المادة 76 من قانون الحالة المدنية .

تقديم رخصة الزواج التي بتطلبها القانون بالنسبة لبعض الفئات المذكورة والمحددة و هم الأجانب موظفي الامن الوطني أفراط الجيش الوطني الشعبي

شهادة وفاة الزوج السابق أو حكم الطلاق النهائي بالنسبة للزوجة التي كانت متزوجة و انحلت علاقتها الزوجية بسبب الطلاق او الوفاة

الفرع الثالث/ تسجيل عقد الزواج و البيانات التي ترد فيه.

لم ينص قانون الاسرة على كيفية تسجيل عقد الزواج و اكتفى في نص المادة 18 من على أن الشخص المؤهل قانونا لإبرام عقد الزواج أن يراعي توافر ما نصت عليه المادة 09 من قانون الاسرة فقط و بالرجوع إلى أحكام قانون الحالة المدنية في مادته 72 نجده يفرق بين حالتين

إذا كان الموثق فإنه يسجل العقد في سجلاته و يسلم للزوجين شهادة تثبت ذلك يقوم بإرسال ملخص عن العقد في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة ثلاثة أيام ابتداء من تاريخ تسليمة و يمنح للزوجين دفترا عائليا و يسجل بيان الزواج على هامش عقد ميلادهما وفقا لنص المادة 72 فقرة 02 من قانون الحالة المدنية .

إذا كان ضابط الحالة المدنية فانه وفقا لنص المادة 72 فقرة 01 من قانون الحالة المدنية فان ضابط الحالة المدنية يقوم بتسجيل عقد الزواج بعد تمامه أمامه و يسلم الى الزوجين دفترا عائليا .

هذا عن الكيفية التي يجب اتباعها لتسجيل عقد الزواج أما فيما يخص البيانات التي يجب أن ترد في عقد الزواج كعقد هي وفقا لنص المادة 73 من قانون الحالة المدنية كالتالي : – ذكر بأن عقد الزواج قد تم وفقا للشروط القانونية

–ذكر كل من ألقاب و أسماء و تواريخ و مكان ميلاد كل من الزوجين .

–ذكر ألقاب و أسماء و مهن الشهود .

– ذكر الترخيص بالزواج المنصوص عليه قانونا بالنسبة للزوج أو الزوجين اللذين لم يكملا سن الأهلية .

الإجراءات التنظيمية

جاءت هذه في نصوص مختلفة صادرة عن جهات إدارية و تشريعية متنوعة ، تجعل زواج الأشخاص خاضعا لرخصة أو لموافقة مسبقة من الغير أو الإدارة المختصة و من هنا تنص المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري بانه " يخضع زواج الجزائريين و الجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية)أي إلا بعد الحصول على رخصة مكتوبة من الولي ، كما انه لا يجوز لموظفي الأمن عقد زواجهم دون ترخيص كتابي مسبق من الجهة التي لها سلطة تعيينهم ، كما انه بالنسبة للأشخاص الجزائريين الذين لم يبلغوا السن القانونية للزواج المحدد في المادة 07 من قانون الاسرة الجزائري فانه لا يمكنهم عقد زواجهم قبل بلوغ سن أهلية الزواج و هي 19 سنة كاملة إلا بموافقة القاضي القائم رئاسة المحكمة و ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرت الطرفين على الزواج ، و هنا يجوز للسطلة المختصة بمنح رخصة اتخاذ الإجراءات اللازمة لحفظ مصلحة الامن الوطني ، و ذلك للحفاظ على النظام العام ، و الذي نراه في هذا الشأن هو ضرورة تحريم الزواج بالأجنبيات على رجال السلك الدبلوماسي و موظفي الامن الوطني ، حتى لا تتعرض المصالح الوطنية للخطر و لا تتسرب أسرار البلد إلى الغير .و باعتبار أن الزواج العرفي لم يسبق له أن أبرم أمام المحكمة أو البلدية فأنه لا يخضع في تسجيله إلى هذه الشروط الإدارية و التنظيمية كلها ، فلابد من اللجوء إلى المحكمة و تقديم الأدلة و الحجج و البيانات التي تؤكد قيام عقد الزواج بجميع الشروط .

وكما أنه لا يوجد نص يحرم أو يلغي أو يعاقب على الزواج العرفي لا في قانون الأسرة و لا في القوانين الأخرى فلا مانع من إدراجه في سجلات الحالة المدنية إذا توافرت فيه أحكام التشريع الإسلامي و شروط المادة 09/09 مكرر قانون الاسرة الجزائري و هذا حماية لقواعد النظام العام من جهة و حماية لمصالح الزوجة و لمصالح الأولاد الناتجين .عن مثل هذا الزواج من جهة أخرى .

و يترتب على هذا وجوب تدخل النيابة العامة عند الضرورة و لو من تلقاء نفسها للمطالبة بتسجيل عقود الزواج المغفلة أو المهملة بموجب حكم قضائي صادر عن المحكمة المختص لأن تسجيل عقود الزواج يدخل ضمن قواعد النظام العام الجزائري

المطلب الثاني / إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي

لقد صدرت نصوص كثيرة منذ الاستقلال قصد معالجة مسالة العقود العرفية منها :

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

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

المر 20/70 المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية .

القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/جوان 1984 المعدل و المتمم المتضمن قانون الاسرة

و رغم كثرة النصوص القانونية التي حاولت معالجة هذه مشكلة إلا أنها لم تتحقق الغاية من فبقيت عقود الزواج العرفية سائدة و بشكل كبير ، مما نجم عنه عدة مشاكل و من أكبر المشاكل التي يطرحها الزواج العرفي هي كيفية اثباته و ماهي الجهة المختصة ؟

و باستقراء أحكام المادة 39 من قانون الحالة المدنية و المادة 22 من قانون الاسرة فإننا نلاحظ فرقا في الإجراءات الواجب اتباعها فيما يخص تسجيل عقود الزواج العرفية ، حيث أن قانون الحالة المدنية يشير إلى أن التسجيل يتم بنا على أمر بسيط بناء على عريضة يقدمها وكيل الجمهورية إلى رئيس المحكمة مرفقة بالوثائق التي يقتضها العقد في حين أن قانون الاسرة ينص على أن اثبات عقد الزواج العرفي يتم بموجب حكم صادر من قاضي الأحوال الشخصية بعد إجراءات تحقيق لإثبات الزواج .

و هو الأمر الذي يؤدي إلى التساؤل متى تطبق أحكام قانون الحالة المدنية و متى تطبق أحكام قانون الاسرة و بالرجوع إلى طلبات تسجيل عقود الزواج العرفية هناك حالتين :

الحالة الأولى : حالة عدم وجود نزاع حول إثبات واقعة الزواج سواء بين الزوجين أو بين ورثتهما .

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

الفرع الأول /تسجيل عقد الزواج العرفي في حالة عدم وجود نزاع .

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

أولا / الجهة القضائية المختصة

لقد حددت المادة 39 من قانون الحالة المدنية الجهة القضائية المختصة بالنظر في طلبات إثبات عقود الزواج المغفلة أو غير المصرح بها في وقتها و التي لم تكن موضوع نزاع بين الزوجين أو بين ورثتهما و حصرتها في رئيس محكمة الدائرة القضائية التي ينبغي تسجيل عقد الزواج به1 من المفروض على قاضي الأحوال الشخصية عندما ترفع أمامه دعوى إثبات الزواج العرفي و لم يكن هذا الأخير موضوع نزاع أن يقضي بعدم قبول الدعوى شكلا لانعدام المصلحة و ما على الطرفين إلا توجيه عريضة إلى السيد وكيل الجمهورية لطلب تسجيل عقد الزواج ، طبقا لنص المادة 39 من قانون الحالة المدينة باعتبار أنه لم يتم إلغاؤها أو تعديلها مما يجعلها صالحة للتطبيق .

ثانيا / الإجراءات المتبعة

[1]- سالمي سميرة ، إجراءات عقد الزواج الرسمي و طرق إثبات عقد الزواج العرفي و الرسمي مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة 15 لسنة 2004/2003/ ص 34

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

-تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجين معا أو ممن له مصلحة إلى السيد وكيل الجمهورية للجهة التي أبرم فيها العقد العرفي ، مرفقا بشهادة ميلاد كل من الزوجين .

يقوم السيد وكيل الجمهورية بإحالة الكلب مرفقا بعريضة إلى القاضي المكلف بالحالة المدنية يلتمس فيها استصدار أمر بتسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية بأثر رجعي .و بناءا على ذلك يقوم القاضي المكلف بالحالة المدنية بالتحقيق عن طريق سماع الزوجين و التأكد من توفر و التأكد من توافر أركان و شروط عقد الزواج ، و سماع الشهود و الولي ، ليقوم فيما بعد إصدار أرم بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية ، على أن تحفظ النسخة الاصلية من الحكم بأمانة ضبط قيد الحالة ، و ترسل نسخة إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية التي أبرم في اقليمها عقد الزواج العرفي بتسجيل عقد الزواج في سجلات الزواج للسنة الجارية بتاريخ انعقاده كما يقوم بالتأشيرة على هامش عقدي ميلاد الزوجين في سجلات الزواج للسنة الجارية بتاريخ انعقاده ، كما يقوم بالتأشيرة على هامش عقدي ميلاد الزوجين في سجلات الميلاد ، ويرسل نسخة من الاشعار بالزواج إلى أمين الضبط المكلف بالحالة المدنية لدى المجلس القضائي أين تحفظ النسخة الثانية من سجل الميلاد ليؤشر على هامش عقدي ميلاد الزوجين أو كليهما غير مولودين في إقليم البلدية التي سجل فيها عقد الزواج يقوم ضابط الحالة المدنية بإرسال إشعار بالزواج إلى ضابط الحالة المدنية للمدنية للبلدية المولود بإقليمها أحد الزوجين و نسخة أخرى إلى المجلس القضائي أين تحفظ النسخة الثانية من سجل المواليد للتأشير على عقد الميلاد .

و يعتبر الأمر الصادر بتسجيل الزواج العرفي أمرا ولائي غير قابل للطعن فيه لا بالمعارضة و لا بالاستئناف و لكنه قابل للمراجعة أمام القاضي إذا وقع في خطأ.

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

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

الفرع الثاني /تسجيل الزواج العرفي في حالة وجود نزاع

و هي الحالة التي يدعي فيها احد الزوجين أنه عقد قرانه مع الزوج الآخر عرفيا و يتنكر الزوج الثاني للرابطة الزوجية أو يحصل نزاع بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما بعد وفاتهما بشأن صحة وجود واقعة الزواج العرفي ام لا ؟.

أولا / الجهة القضائية المختصة

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

ثانيا / الإجراءات الواجب إتباعها

يرفع طلب اثبات عقد الزواج العرفي في حالة وجود نزاع على شكل عريضة قسم شؤون الاسرة طبقا للقواعد المقررة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، حيث ترفع الدعوى من قبل أحد الزوجين ضد الآخر المنكر للزواج أو من ورثة أحدهما ضد الآخر ، أو ممن له مصلحة ضد وكيل الجمهورية باعتباره طرفا أصليا في جميع الدعوى التي تتعلق بشؤون الأسرة .

و لم يحدد قانون الاسرة مدة معينة لرفع دعوى اثبات الزواج ، إلا أنه يجوز رفعها في أي وقت و لو بعد مرور عشرات السنين و هو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 71732 المؤرخ في 1991/04/23 و الذي جاء فيه " من المبادئ المستقر عليها قضاء و قانونا أن دوى إثبات

الزواج غير محددة بمهلة معينة ، و من ثم فإن النهي على القرار المطعون فيه بمخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات غير سديد يتوجب رفضه [1]

و بعد تلقي القاضي المكلف بقسم شؤون الاسرة للملف يقوم بدراسته ليشرع في التحقيق في مدى صحة الوقائع التي يزعم بها أحد الزوجين ، حيث يقوم بسماع كل من المدعي و المدعى عليه في محاضر يوقع عليها كل من الطرفين و القاضي و أمين الضبط .

ثم يقوم بعد ذلك بسماع الشهود المقدمين من طرف المدعي في محضر واحد بعد التأكد من هويتهم و درجة قرابتهم بأطراف الدعوى لأداء اليمين القانونية ثم يقوم باستجوابهم حول واقعة الزواج و مدى توفر أركانه و شروطه

و يشترط في الشاهدين أن يكونا ذكرين أو ذكر و امرأتين ذلك أنه لا تجوز شهادة امرأتين لإثبات عقد الزواج وفقا لما قررته المحكمة العليا في العديد من قراراتها ، منها القرار رقم 34137 المؤرخ في 1984/10/08 الذي جاء فيه " من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما و أنكرها الآخر فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي ، و الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية و لما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه جاء خاليا من أي حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا ، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية و مخطئا في فهم أنواع الشهادات في الفقه و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .[2]

و يجوز سماع شهادة الأقارب في إثبات الزواج باعتباره من قضايا الحال ، و ذلك وفقا لنص المادة 335 من قانون الإجراءات المدنية و لما قررته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها القرار رقم : 264884 المؤرخ في 2001/09/19 الذي جاء فيه : أنه يجوز سماع شهادة

[1] - المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري .
[2] - ماروك نصر الدين ، قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق ، دار الهلال للخدمات الإعلامية 2004 ص 51 .

الأقارب في الدعوى الخاصة بمسائل الحالة و الطلاق ، فإن القضاء بإثبات الزواج العرفي بعد المراجعة بناء على شهادة الأقارب بعد توافر أركان الزواج يعد تطبيقا سليما للقانون 1.

و كذلك القرار رقم : 188707 المؤرخ في 1998/03/17 الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه يجوز سماع شهادة الأقارب باستثناء الأبناء في الدعاوى الخاصة بمسائل الحالة و الطلاق 2.

و تعتبر الشهادة دليل كافي لإثبات عقد الزواج إذا كان أحد الزوجين على قيد الحياة و ادعي أحدهما الزواج و أنكره الآخر و هو ما قررته المحكمة العليا في عدة قرارتا منها القرار رقم 37501 المؤرخ في 1985/09/23 الذي جاء فيه " من المقرر شرعا أنه يجوز إثبات عقد الزواج بشهادة شهود تفيد وجوده شرعا ..

و كأصل عام لا تجوز الشهادة بشيء لم يره أو يعاينه الشاهد إلا أنه أجمع الفقه على استثناء عدة مسائل من هذا الأصل كالنسب و الموت و النكاح و الدخول ، و عليه فإنه يجوز إثبات عقد الزواج العرفي بالشهادة عن طريق التسامع و هو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في القرار " من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود و غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين 3. و يشترط في الشهادة أن تكون واضحة ، دقيقة محددة لأركان العقد من ولي وشاهدين و تحديد للصداق ، و أن تكون متناقضة من حيث لا يعتد بالشهادة المتناقضة طبقا لقرار المحكمة العليا رقم : 58788 المؤرخ في 1990/03/19 الذي جاء فيه من المقرر شرعا أن التناقض في الشهادة يزيل آثارها و يمنع الحكم عليها و من ثم القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحاكم الشريعة الإسلامية و حيث ثبت لها في القضية أقوال بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية و حيث ثبت لها في القضية أن أقوال الشاهدين متناقضة و من ثم فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف و القضاء بصحة الزواج يكونوا قد خالفو أحكام الشريعة الإسلامية و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه و للقاضي السلطة التقديرية الكاملة في تقدير شهادة الشهود و مدى اعتمادها

[1] - المجلة القضائية عدد 02 لسنة 1993 ص 37 .
[2] - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص لسنة 2001 ص 44 .
[3] - بلحاج العربي ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية 1994 ، ص 29 .

في اثبات واقعة الزواج و لأي خضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا فمتى تأكد من توافر أركان و شروط عقد الزواج قضى بإثبات عقد الزواج العرفي

أما إذا تبين له بعد التحقيق عدم توافر الأركان المقرر شرعا فإنه يقضي برفض الدعوى و هو ما أكدته المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 1990/04/30 رقم : 75344 و الذي جاء فيه " من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا و من ثم فلا تعتبر العلاقة غير شرعية بين الرجل و المرأة زواجا ، و لام كان كذلك فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية " .1

و اما إذا تأكد القاضي عن سماعه للشهود أن جميع أركان و شروط العقد متوفرة ماعدا شرط الصداق فليس أن يرفض دعوى إثبات الزواج العرفي ، باعتبار أن عدم تحديد الصداق لا يبطل عقد الزواج ، و ذلك أنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل و هو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 210422 الصادر بتاريخ 1198/11/17 " إن عد تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل 2.

ثالثا / الحكم القاضي بإثبات الزواج العرفي

بعد الانتهاء من التحقيق و التأكد من توافر أركان و شروط عقد الزواج المقررة في المواد 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة يصدر القاضي حكمه بإثبات الزواج العرفي .

و يجب أن يتضمن الحكم الصادر ألقاب و أسماء و مهنة و سن و موطن كل من الزوجين بالإضافة إلى تحديد ألقاب و أسماء و سن و مهنة و موطن الشهود و درجة قرابتهم مع الخصوم و كيفية أداء اليمين مع الإشارة إلى مضمون الشهادة و توافر أركان و شروط عقد الزواج مع تحديد حضور الولي و قيمة المهر إن سمي و مكان و زمان انعقاد العقد ، مع امر ضابط الحالة المدنية للبلدية الواقع في دائرتها عقد الزواج بتسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية مع التأشير به على هامش عقدي ميلاد كل من الطرفين ، و في حالة عدم تحديد هذه البيانات في الحكم القاضي بإثبات عقد الزواج يكون عر ة للإلغاء و هو ما

[1] - ماروك نصر الدين المرجع السابق ، ص 50.
[2] - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001 ، ص 53.

أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 40117 المؤرخ في 1986/02/24 الذي جاء فيه " حيث ان الحكم المعاد المؤيد من طرف القرار المطعون فيه جاء مجردا من ذكر أسماء و لقب و مهنة ، و سن و موطن الشاهدين ، كما انه جاء خاليا من الإشارة إلى درجة قرابة كل واحد منهما إلى الأطراف و إلى كيفية شهادتهما و إلى أداء اليمين عليهما قانونا و حيث من جهة أخرى إن الحكم المستأنف لم يذكر كذلك هل ان الزواج محل الخصام توافرت فيه أم لا جملة أركان النكاح المشروطة شرعا ..." 1.

و يعتبر الحكم القضائي الصادر بتثبيت الزواج العرفي أو رفض ذلك حكما ابتدائيا قابلا للمعارضة إذا كان غيابيا أو للاستئناف إذا كان حضوريا .

و يعتبر الزواج الذي ثبت و سجل بموجب حكم مرتبا لآثاره من وقت إنشائه المقرر في الحكم و الحكم الصادر في قضايا إثبات الزواج لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه ، باعتبار أن إثبات واقعة الزواج العرفي لها حجية مؤقتة يمكن اثباتها متى توافرت الأدلة لإثباتها و هو ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 211509 المؤرخ في 1998/12/15 الذي جاء فيه إن حكم إثبات واقعة الزواج تكتسي حجية مؤقتة .

الفرع الثالث /دعوى إثبات النسب في الزواج العرفي

أولا /حالة اثبات النسب في الزواج العرفي و اشكالاته.

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 صفتهما بالتالي فالمرأة المتزوجة عرفيا لما تتقدم إلى المستشفى من أجل الولادة ، تطلب منها وثيقة تثبيت الزواج كالعقد أو الدفتر العائلي و بما أن زوجاها غير مسجل فهي بالضرورة لا تملك وثيقة تثبت زواجها لهذا فإن

[1] - بلحاج العربي ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، المرجع السابق ص 29

المولود عند ولادته يسجل باسمها فقط رغم إقرار الاب بالبنوة و ما نعيبه 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 الحالة المدنية بالبلدية ان المشرع لم يضع نصوص تحد من هذه الطريقة ،لأننا إذا سجلنا الولد منه لكن لا يقبل منه ذلك و ما نعيبه في هذه الإجراءات سواء على مستوى المستشفيات او لدى ضابط الحالة المدنية بالبلدية – أن المشرع لم يضع نصوص تحد من هذه الطريقة ، لأننا إذا سجلنا الولد باسم امه ناتج عن علاقة زواج شرعية فإننا نعرض سمعته و سمعة والدته للأقاويل ، إضافة للعراقيل التي تعترضه أمام أسه جهة إدارية لذلك من المستحسن جعل الأصل هو تثبيت النسب و لكل ذي مصلحة في اسقاطه ان يسقطه ، لان استخراج شهادة ميلاد الاب مجهول مساس بشرف الابن و عائلته وسوف بحكم قضائي مما يجعله يبقى مدى الحياة يتحمل نتيجة عمل خارج عن إرادته . و لو لاحظنا قانون الحالة المدنية في المادة 62 نجد ان المشرع نص على قبول التصريح سواء من الاب او الام او من له مصلحة، لكن على مستوى البلديات لا يقبلون سوى تصريح الاب .

ولاحظنا عمليا ان المعني بشهادة الميلاد لأب مجهول يتجه عادة بطلب الى وكيل الجمهورية من اجل تصحيح لقبه وهذا طبعا بعد ان يكون قد اثبت الزواج العرفي بين والديه.

وهناك اختلاف بين القضاة يؤكدون على عدم وجود نزاع فيفصلون بعدم الاختصاص، أما البعض الآخر فيفصلون بعدم الاختصاص أما البعض الاخر فيفصل بإثبات النسب بحكم ، و يكون المنطوق يتضمن اللقب و امر ضابط الحالة المدنية بقيده في سجلات الميلاد .

نقول ان دعوى اثبات النسب قد تكون دعوى أصلية منفردة، تهدف أساسا الى اثبات النسب ذاته ، فهنا تكون الدعوى بوضع عريضة عادية لدى كتابة ضبط المحكمة مع ارفاق الدعوى بعقد زواج رسمي مسجل 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 لإثبات الزواج العرفي فهنا القاضي يفصل في اثبات الزواج فهنا القاضي يفصل في اثبات الزواج و يرفض الطلب المتعلق بإثبات النسب لعدم ارتباط الطلبات.

الفصل الثاني :
اثبات الطلاق العرفي في قانون القضاء الجزائري

المبحث الأول: ماهية الطلاق العرفي واشكالياته

تعريف الطلاق العرفي .

يعتبر الطلاق علاجا للحالات المستعصية و التي تكون الحياة بين الزوجين لا تقبل الاستمرارية ولا تقوم الحياة الزوجية بينهم على المودة و الرحمة و الاحترام المتبادل و عند استحالة عيش الزوج و الزوجة معا، و نستخلصها من خلال تحديد مفهوم الطلاق العرفي و التي تطرق الى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و الطلاق بطلب من الزوجة و الطلاق بالتراضي مستبعدين التطليق لأنه يكون بواسطة القاضي

سوف نتطرق في هذا المبحث على أنواع الطلاق العرفي و الشروط الواجب توفره و صحة الطلاق العرفي.

المطلب الأول : تعريف الطلاق العرفي.

بما ان الطلاق العرفي يشترك مع الطلاق الرسمي في كل الأركان و الشروط باستثناء التسجيل فلذلك وجب علينا تعريف الطلاق العرفي و يكون لغة و فقها و قانونا .

الفرع الأول : المقصود بالطلاق :

سنقوم في هذا الفرع بتعريف الطلاق من الجانب اللغوي أولا و تعريفه من الجانب الاصطلاحي و بعدها سنتطرق الى التعريف القانوني ثالثا .

أولا :الطلاق لغة

هو رفع القيد مطلقا و كما جاء في هامش درة الغواص: الطلاق لغة مأخوذ من قولهم أطلقت الناقة إذا أرسلتها من عقالها و قيدها [1].

طلق الرجل امرأته خلاها على القيد الزواج – و قومه– تركهم و فارقهم و الشعر تخلى عنه هجره[2].

[1] - المصري مبروك ، الطلاق وأثاره من قانون الاسرة الجزائرية – دراسة مقارنة دار هومة، الجزائر، 2010، ص 111.
[2] - المعجم العربي الحديث الروس الدكتور خليل الجر، مكتبة لاروس كندا، 1973ص 18.

وجاء في مختار الصحيح : و طلق امراته تطليقا و طلقت بالضم طلاقا فهي طالق و طالقة أيضا قال الإخفاس :" لا يقال طلقت بالضم.[1]

ثانيا : اصطلاحا : هو رفع قيد النكاح في الحال و المال بلفظ مخصوص سواء أكان هذا اللفظ مخصوصا منطوقا أو مكتوبا أو مشار اليه أو كما يعرف الطلاق اصطلاحا

و قد عرفه الفقهاء بعدة تعاريف تتفق في المضمون و اختلفت في التعابير فقد عرفه ابن القدامى الحنبلي أنه حل قيد النكاح.[2]

و نعني "بالقيد في النكاح" رفع قيد غيره كرفع الملك بالعتاق و كذلك خرج به القيد الثابت حسنا و ذلك أن اعتبار عقد النكاح ليس على المعنى المادي المعروف و أنما هو باب المجاز و الشبه و قوله في الحال يعني بذلك الطلاق البائن سواء كانت بينونة صغرى أو كبرى فإنها ترفع قيد النكاح في الحال .[3]

إذا فالطلاق هو حل الرابطة الزوجية إما أن يكون في الحال و هنا نكون اما طلاق بائن و إما أن يكون في المال أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي الذي يخول الزوج في هذه الحالة بإرجاع زوجته بدون عقد .

ثالثا : التعريف الطلاق العرفي في القانون الجزائري :

حيث نجد ان المشرع الجزائري كان متذبذبا بين التطرق للتعريف و غض النظر عنه ففي الوقت الذي ترك التعاريف القانونية الفقه الخوض فيها لم يجسد ذلك في مادته 48 من قانون الاسرة 84-11 إذ نص صراحة على أن : " الطلاق حل عقد الزواج" ثم بين بعدها الصور التي كون عليها الطلاق من إرادة منفردة أو بالتراضي أو بطلب الزوجة في حدود ما أوردته المادتان 53 و 54 من نفس القانون[4] ، غير ان التعديل الصادر في 2005/02/27 بموجب الامر 05-02 و في نفس المادة 48 تراجع المشرع الجزائري عما قام به سابقا

[1]- المصري المبروك اطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية- دراسة فقهية مقارنة، دار هومة الجزائرية 2010ص 111.
[2] - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، الجزء(1) ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر 1994 ص 208.
[3] - مسعود كمال، مشكلة الطلاق غي المجتمع الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، ديوان الجزائر 1986.ص 38.
[4] الامر رقم 2/5 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84 /11 المؤرخ في يونيو 1984 متضمن قانون الاسرة ، الجريدة الرسمية العدد 15 بتاريخ 24 فيفري 2005

وعزف عن تعريف الطلاق و اكتفى بالقوق " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق .

و الامر هنا اختلف لان المادة 48 المعدلة لم تعطي الكنية الحقيقة للطلاق و انما أكدت على الطلاق احدى حالات انحلال الرابطة الزوجية و في ذلك محاولة من المشرع التخلص من أي التزام و ترك ذلك لفقهاء القانون حيث جسدها في احكام المادة 222 .

الفرع الثاني : تعريف العرف لغة و اصطلاحا .

سنتناول في هذا الفرع تعريف العرف لغة أولا و اصطلاحا ثانيا .

أولا : العرف لغة : يطلق العرف و يراد منه عدة معاني المعروف و هو كل ما تعرفه النفس من الخير و تطمئن اليه يقال : "أولاه عرفا" أي معروفا .[1]

العرف اصطلاحا : لقد ورد في تعريف العرف عدة تعريفات منها : عرفه الجرجاني العرف بقوله " العرف هو ما استقرت عليه شهادة العقول و الفته الطباع السليمة بالقبول".[2]

ثانيا : العرف قانونا : هو اطراد الناس على سلوك معين مع الاعتقاد بان هذا السلوك ملزم و ان اتباعه واجب ، و يعرف كذلك باعتباره مصدر من مصادر القانون و يأتي في المرتبة بعد مبادئ الشريعة الإسلامية و ذلك وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني[3]

الفرع الثالث : تعريف الطلاق العرفي :

يمكن نستخلص تعريفا لهذا المصطلح .....على اعتبار أنه و إن كان الطلاق يقع بإرادة الزوج من دون تدخل القاضي كأصل عام إلا ان الدول اليوم أصبحت تصدر تشريعات و قوانين و تلزم الناس باتباعها ، فمخالفتها و إن كانت طريقة صحيحة غير أنه لم يتم التقيد بالتشريعات و القوانين فإنه يطلق على تصرفه بأنه تصرف عرفي مثل الطلاق العرفي و البيع

[1] محمد محمود، محمد لجمال تطبيقات العرف في معاملات المالية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2008 ص 16.
[2] الشريف علي بن محمد الجرجاني التفريقات بلد الشر لبنان 1970، ص 130.
[3] محمد محمود محمد جمال، مرجع السابق ، ص 24.

العرفي و عليه يمكن أن يعرف الطلاق العرفي بأنه : " هو ذلك الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج ساحة القضاء و قبل اللجوء اليه ".[1]

و هو الطلاق الذي يقع من الزوج على زوجته بمجرد حصوله دون وثيقة .[2]

و هو الطلاق الذي يقع شفهيا ضمن قواعد الفقه الإسلامي و لا يعتد به قانونا و لا يحتج به اتجاه الغير .[3]

إذن فالطلاق العرفي هو كل طلاق يقع دون الحصول على مستند رسمي أو ما يعرف بوثيقة الطلاق سواء كان ناجما عن زواج رسمي أو عرفي.

المطلب الثاني : أقسام الطلاق العرفي

ينقسم الطلاق العرفي الى عدة أقسام بحسب المعيار الذي يعتمد عليه في الطلاق الرسمي على أساسه.

الفرع الأول : باعتباره الوصف الشرعي الى قسمين :

الطلاق السني.

الطلاق البدعي .

أ- **فالطلاق السني** : هو ما وافق أمر الله و أمر رسوله ، بأن يطلق على الوصف الذي ورد به الشرع .[4]

فقد روى الإمام مالك في الموطأ عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امراته و هي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه و سلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم :" مره فليراجعها فليمسكها حنى تطهر ثم تحيض

[1] بوجمعة حمد، إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائرية، مجلة أستاذ الباحث الدراسات القانونية والسياسية، العدد 10 المجلد الثاني، جوان 2018ص 766.

[2] محمد كمال امام ، أحكام الاسرة الخاصة بالتفرقة بين الزوجين و جقوق الاولاد ، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر 2007 ص 70

[3] سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل ،ط 3 دار الهومة الجزائر 2011 ص119

[4] مصري المبروك طلاق و اثاره من قانون الاسرة الجزائري – دراسة فقهية مقارنة – درا الهومة الجزائر 2010 ص123

ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسكها بعد و ان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء .[1]

الطلاق السني : هو الطلاق الذي رسمته سنة الرسول صلى الله عليه و سلم شروطه هي :

1-أن يكون طلقة واحدة لا أكثر .

2-أن يكون طلقة كاملة لا بعض الطلقة كنصف الطلقة .

3-أن يكون واقعا في طهر لا حيض أو نفاس .

4-أن لا يكون واقعا في عدتها من طلاق رجعي قبل هذا الطلاق .

5-أن لا يطأ المطلق مطلقته في الطهر الذي طلقها فيه .

6-أن يوقع المطلق الطلاق على جملة المرأة لا على بعضها .[2]

ب-الطلاق البدعي : هو الطلاق الذي يوقعه الزوج مخالفا فيه أمر الله و أمر رسوله من أن يطلق واحد في طهر لم يمس فيه ، فإذا خالف الأمر وقع في المحظور.[3]

فالبدعي المكروه هو الواقع في طهر مسها فيه ، و الواقع في عدة من طلاق رجعي سبقه و الواقع في بعض الطلقة و علة الكراهة التلبيس على المرأة في عدتها فلا تدري هل تعتد بالقروء أو بوضع الحمل ، لاحتمال أن تكون قد حملت من ذلك الوطء .[4]

و البدعي الحرام هو الواقع في الحيض أو النفاس و الواقع ثلاثة و الواقع على جزء المرأة و علة تحريم الطلاق في الحيض و النفاس هو تطويل العدة على المطلقة لان المطلق إذا طلق زوجته في الحيض يكون قد زادها في العدة أيام الحيض التي طلقها فيها .

و الملاحظ أن ق-أ-م لم ينص على الطلاق السني و البدعي و يرجع في ذلك الى أحكام الشريعة الإسلامية وفق نص المادة 222 من ق أ المر 05-02 .

---

[1] اخرجه البخاري ، كتاب الطلاق باب إذا طلقت الحائض ، الحديث رقم 4953 -2011/5 و اخرجه مسلم كتاب الطلاق لباب التحريم ، رقم 1471 - 1093/2 .

[2] أحمد نصر الجندي ، عدة النساء ، عقب الفراق أو الطلاق (تعريف العدة و مشروعيتها ...)، دار الكتب القانونية مصر 2006 ص 126

[3] مصري المبروك طلاق و اثاره من قانون الاسرة الجزائري – دراسة فقهية مقارنة – درا الهومة الجزائر 2010 ص124

[4] الفقه المالكي و ادلته الحبيب بن طاهر ج4 ط2 مؤسسة المعارف للطباعة و النشر لبنان 2005/ص26-27 .

الفرع الثاني : باعتبار الرجعة و عدمها

ينقسم الطلاق باعتبار الرجعة و عدمها الى قسمين :

طلاق رجعي.

طلاق بائن.

أ-**الطلاق الرجعي** : هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة امراته الى الحياة الزوجية مادامت في العدة من غير عقد ولا مهر جديدين ، رضيت الزوجة أم أبت

و الطلاق الرجعي هو الأصل في الطلاق لقوله تعالى : " و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاث قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله و اليوم الآخر و بعولتهن أحق بردهم في ذلك إذا أرادوا اصلاحا و لهن مثل الذي عليهن بالمعروف و للرجال عليهن درجة و الله عزيز حكيم ".[1]

فالأصل في الطلاق أن يكون رجعيا و لو قصد به البينونة فهو وضع الشرعي لا يتأثر بالنية سواء تم هذا الطلاق باللفظ الصريح أو كنائي خلافا الحنفية الذين ذهبوا الى أنه وقع بلفظ كنائي مع النية فيكون بائنا.[2]

و ذهب الحنفية و معهم بعض المالكية الى ان الطلاق يكون رجعيا في حالتين :

إذا كان الطلاق بعد الدخول بصريح الطلاق إذا كان واحدا أو اثنين .

ألفاظ الكناية التي لا تفيد معنى الشدة و هي ثلاثة ألفاظ (اعتدى- و استبرئ- رحمك-و انت واحدة).

[1] سورة البقرة الآية 228 ، 229 .

[2] أحمد فراج الحسين ، أحكام الاسرة في الاسلام ، الطلاق ، الخلع ، و حقوق الأولاد نفقة الأقارب وفقا للأحداث الشريعة القانونية ، دار الجامعة الجديدة مصر للنشر - 2004 .ص 18 .

حكم الطلاق الرجعي : ينعقد الطلاق الرجعي سببا لزوال ملك في الحال و يتم عليه انقضاء العدة و هذا ما اشارت اليه المادة 50 من قانون الاسرة الجزائري.

الفرع الثالث : الطلاق البائن : و ينقسم الطلاق بدوره الى قسمين

أ- طلاق بائن بينونة صغرى .
ب-طلاق بائن بينونة كبرى .

أ- الطلاق البائن بينونة صغرى :

هو طلاق لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته الا بعقد و مهر جديدين و برضاها سواء انقضت العدة أم لم تنقض و يكون طلاقا بائنا في الحالة التالية :

1- الطلاق قبل الدخول : لقوله تعالى : " يا أيها الذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن و سرحوهن سراحا جميلا ".

فقد نفى العدة سبحانه و تعالى و بانتفائها تسمى الرجعة .

2- إذا كان الطلاق على مال لأنها لا تدفع له المال إلا و هي تريد أن تفدي نفسها بما تقدمه من مال .

3- ما يوقعه القاضي عند تحقق الضرر .

4- الطلاق الرجعي اذا انقضت العدة و لم يراجعها . هذا عند جمهور الفقهاء .[1]

ب-الطلاق البائن بينونة كبرى : هو الطلاق الذي لا يستطيع فيه الرجل أن يعيد مطلقته على عصمته و في ذلك يقول القاضي عبد الوهاب رحمه الله :" لا رجعة في طلاق الثلاث لأنه لم يبق له من الطلاق شيء فالرجعة هي ردها الى النكاح فلا يجوزان يملك نكاحا لا رجعة فيه و في حديث ابن عمر رضي الله عنه : " أرأيت لو طلقتها ثلاثا " قال صلى الله عليه و سلم :" عصيت ربك و بانت منك امرأتك".

جاء في قانون الاسرة الجزائري المادة 51 لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية الا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.

[1] مصري المبروك طلاق و اثاره من قانون الاسرة الجزائري – دراسة فقهية مقارنة – درا الهومة الجزائر 2010 ص 137 .

نصت المادة على الطلاق الثلاث في حين انها لم تنص على الطلاق الرجعي و البائن بينونة صغرى .

الفرع الرابع : الطلاق باعتبار الصيغة : ينقسم الطلاق باعتبار الصيغة الى :

الطلاق المنجز

الطلاق المضاف.

الطلاق المعلق .

أ-الطلاق المنجز : هو الطلاق الذي يرد بصيغة ليست معلقة على شرط ولا مضاف الى زمن المستقبل بل قصد بها إصرارها وقوع الطلاق في الحال كأن يقول الزوج لزوجته :" انت طالق" و بمعنى آخر هو الذي صدرت صيغته مطلقة و حكمه يكون وقوع الطلاق بمجرد صدوره .

ب- الطلاق المضاف : هو مكانه طبيعته مقرونة بالمستقبل كقوله لزوجته : " انت طالق غدا" فيقع الطلاق عند حلول الزمن أو الأجل الذي أضيف اليه الطلاق فالطلاق المضاف هو : الذي صدرت صيغته مقيدة بوقت المستقبل قصد المطلق وقوع الطلاق فيه بأن ربط حصوله بذلك الزمن بغير أداة من أدوات الشرط كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق العام القادم أو انت طالق الأسبوع القادم .

ج- الطلاق المعلق : و هو ما جعل الزوج فيه حصول الطلاق معلق على شرط مثل أن يقول الزوج لزوجته " إذا ذهبت الى امك فأنت طالق " حيث الحصول الشرط المعلق عليه و التعليق إما لفظ الذي هو فيه أداة الشرط مثل و إذا و إما معنوي : و هو الذي لا يذكر فيه أداة الشرط صراحة من حيث المعنى كقوله : " علي الطلاق لأفعلن كذا " فالطلاق يقع بحسب العرف.[1]

[1] البدران ابو العينين ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة ، السنة ، الجعفري و القانون ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر بيروت ، لبنان ص304 .

انواع الطلاق قانونيا :

سنتطرق لأنواع الطلاق التي تهم هذا الموضوع : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و الطلاق بالتراضي

1-الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج :

عرفت الآراء الفقهية الطلاق لغة على انه : رفع القيد و حل الرباط و عرف أيضا بأنه مأخوذ من الإطلاق و معناه الارسال كأن يقول أطلقت الاسير اي حللت القيد و تركته حرا فرفع القيد في الاصطلاح يكون باللفظ الخاص يفيد ذلك صراحة أو الكتابة او الاشارة الهدف منه رفع احكام الزواج و ايقافه و استمراريته و معنى ذلك ان رفع القيد في النكحة الفاسدة لا يسمى عند الفقهاء طلاقا فإنما يسمى فسخا و الاختلاف موجود بين المصطلحين من حيث الاثار .

و تعريف الطلاق متلخص ايضا في حل الزواج و إنهاء العلاقة الزوجية و المشرع الجزائري كان يتذبذب في التطرق للتعريف و صرف النظر عنه ففي الوقت الذي الشرع ترك التعريف القانونية و الفقهية و لم يجسد ذلك في المادة 48 من القانون رقم 11/48 السابق الذكر اذا نص على مرجعية على ان * طلاق حل لعقد الزواج * .

2-الطلاق كصورة ثابتة من صور فك الرابطة :

يعرف الخلع بفتح الخاء بأنه النزع و الازالة فيقال خلع فلان ثوبه اي نزعه و يضم الخلع طلاق المرأة مقابل عوض تلتزم به المرأة ، و في الاصطلاح الفقهاء و هو الاتفاق يتم بين الزوج و زوجته على التفرقة مقابل مال تدفعه الزوجة على الخلع ، اصطلاحا و يكون الطلاق بالخلع بأن تقول الزوجة لزوجها خلعتي على صداقي أو على خمسة الاف دينار (5000 دج) يقول قبلت و هنا تحقق الخلع و لا فرق في ايجاب الخلع ان يكون من قبل الزوج وز قبل الزوجة غير ان الفرقة لا تقع إلا بعد القبول لأن الخلع عقد على طلاق بعوض بدون قبول و من هنا يكمن الفرق بين الخلع و الطلاق[1] .

[1] البدران ابو العينين ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة ، السنة ، الجعفري و القانون ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر بيروت ، لبنان ص204 .

3- الطلاق بالتراضي :

يقصد من هاذه الصورة كل من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على انها اصبحت ضربا في المجال لأي سبب من الاسباب أو ضرف من الظروف تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار على هاذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين محددة من أجل إحداث الاثر القانوني المتمثل في الطلاق فمنذ الوهلة الاولى يتبين أن هناك اختلاف بسيط من حيث المفهوم بين هاذه الصورة و الصورة الاخرى المتمثلة في الطلاق بالإرادة المنفردة و الاختلاف يكم اساسا في موافقة الزوجة على الانفصال و ديا[1]

المطلب الثاني : إشكالات الطلاق العرفي على ضوء تطبيقاته القضائية

الطلاق العرفي يقره الشرع كما هو الحال الزواج العرفي و هو الذي لم يسجل في المحكمة و هو صحيح و يسجل في المحكمة لصيانة حقوق لكلا الزوجين ، و لكن القانون لا يعترف به ولا يقره ما لم يكن موثقا و من ثم يفقد اثاره و توابعه من حقوق و واجبات من هنا ستظهر الأهم إشكالات الطلاق العرفي .

أولا : حالة عدم تسجيل عقد الزواج و اثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي :

تنص المادة 22 من ق أ 05-02 على انه :" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي " .

و قد نصت المادة 09 من ق أ 05-02 "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ". يتضح من خلال المادتين أن المشرع يعترف بوجود الزواج العرفي و يرتب أثاره و في حالة الطلاق العرفي لا يمكن إثباته بدعوى ما لم يكن الزواج العرفي قد تم تسجيله بدعوى.

و رغم عدم وجود نص قانوني يسمح بإثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال الى اثباته بأثر رجعي و هذا ما أيدته القرارات التالية :

-من المقرر شرعا انه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود امام القضاء و متى تبين – في قضية الحال- أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين و ان المجلس أجرى تحقيقا و

[1] باديس ديابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر – دار الهدى عين مليلة – الجزائر 2007 ص13/12

سمع شهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين ، و بالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق و عليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون[1]

و جاء في قرار آخر و الذي يوضح أيضا اثبات الطلاق العرفي قضاء ، إذ ورد فيه : " أن الطلاق العرفي موقع من الزوج و المثبت قضائيا لا يحرم الزوجة من حقوقها المادية ".

و المعمول به في المجال القضائي هو رفع الدعوى إثبات الزواج و الطلاق العرفي في نفس الوقت و بحكم واحد على ان الحكم بإثبات الزواج يكون ابتدائيا و اما الحكم بالطلاق يكون نهائيا و من ثمة يمكن استئناف الحكم بإثبات الزواج و قد ينم الغاؤه في المجلس و هنا نكون اما وجود حالة طلاق دون زواج.

و قد تضمن القرار الصادر بتاريخ 1995/10/24 دعوى اثبات الزواج و الطلاق العرفي بحكم واحد حيث جاء فيه :" إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج، يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي و ان يقضوا في نفس الحكم بالطلاق باعتبار ان الزواج العرفي في الحكم المسجل بالحالة المدنية بقوة ، و ذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي.[2]

ثانيا : حالة إعادة أحد الزوجين الزواج

1-حالة إعادة الزوج الزواج : و هذه الحالة لا تطرح اشكالا إلا في حالة تزوج الزوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة كأخت الزوجة مثلا أو الزواج بأكثر من أربعة ، فهنا من الناحية الشرعية فإن طلاقه واقع طالما تم وفق الشروط الواردة في السنة النبوية ، إلا أنه من الناحية القانونية يطرح اشكالا كبيرا فإذا ذهبنا الى عدم إمكان اثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي فإن الزواج الذي تم فيما بعد يكون زواجا فاسدا يترتب عليه الفسخ قبل الدخول و وجوب الاستبراء لذلك كان الطلاق العرفي بأثر رجعي حتى يبقى الزواج الثاني صحيحا و تتعقد المسألة بوجود أولاد منه .[3]

[1] القرار م ع ،غ ش ملف رقم 216850 بتاريخ 1999/02/12 قضية ح-خ- ضد أ ، ي م ق عدد خاص 2001 ص100 .
[2] القرار م.ع.غ أ ، ش ملف رقم 288322 بتاريخ 2002/09/25 قضية ب-ع ضد –د-ت-م-ق عدد 2003،1 ص375
[3] http/WWW.RAHRAM.ORG.EG/NEWSQ/380094SPX اطلع عليه بتاريخ 17 افريل 2022

-**حالة إعادة الزوجة الزواج :** و هذه الحالة تطرح إشكالات كثيرة على الصعيدين القضائي و الشرعي و هنا علينا ان نفرق بين حالتين :

أ-**حالة المطلقة عرفيا من زواج عرفي :** لا يشكل الطلاق من زواج عرفي أي اشكال طالما انه ليس من مصلحة الطرفين تسجيل عقد زواج ثم المطالبة بإثبات وقوع الطلاق لكن يثير اشكال عند وجود الأولاد اذ ينبغي الحاق نسبهم بالزوج الأول مما يتعين معه رفع دعوى تسجيل عقد الزواج الأول و الحاق نسب الأولاد .[1]

مع الإشارة الى ان الزوجة في ذمة زوج أخر، ثم رفع دعوى اثبات الطلاق العرفي و هنا حتى و ان كان القانون لا يعترف بالطلاق العرفي فإن المصلحة الاجتماعية تقتضي الاعتراف به .

ب-حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل : و نكون بصدد هذه الحالة حسب القانون الجزائري متابعة الزوجة بجريمة الزنا ، و ذلك لان المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء و من ثمة فإن علاقة الزواج لم تنقطع بعد و بالتالي يحق للزوج التقديم شكوى الى السيد وكيل الجمهورية عن ذلك. [2]

احتساب العدة : تثار إشكالية احتساب العدة عند اثبات الطلاق العرفي ذلك ان القواعد العامة المستمدة من الشريعة الإسلامية تقتضي أن تعتد المطلقة من تاريخ وقوع الطلاق و لكن بالعودة الى ق- أ 05-02 نجده ينص على تاريخ التصريح بالطلاق إلا أن هذا النص المقصود به الطلاق بالإرادة المنفردة أما القضاء ، و ليس مسألة الطلاق العرفي و من ثمة لا يمكن باعتبار ان العدة تبدأ من تاريخ الحكم بالطلاق و في هذه الحالة الأخيرة ينبغي على القاضي أن يحكم بها من تاريخ واقعة الطلاق المثبتة.[3]

[1] هشام ذبيح المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الاسرة الجزائرية ، مذكرة ماجيستير ، جامعة حمه لخضر الوادي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق 2015/2014 ص90 .

[2] www.olchanrg.not.sa/2013/4/22 اطلع عليه بتاريخ 16جانفي 2021

[3] الهاشمي تافرونت ، اشكالات الزواج العرفي ، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الندوة الوطنية الأولى التي نظمتها بكليات الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق جامعة محمد بوضياف المسيلة ، المرسوم بعنوان قانون الاسرة الجزائري ، اشكالات و حلول بتاريخ 2017/03/13 .

كما أن المرأة إذا انقضت عدتها ، فمن الناحية الشرعية يجوز لها الزواج ان ارادت و من الناحية القانونية لا يسمح لها القانون بالزواج الا إذا كان الطلاق موثقا ناهيك عن استهانة بعض الأزواج بالأمر فيطلق و يراجع و لا يعبأ بعدد الطلقات و بالعدة و ما إذا كانت العشرة بينه و بين زوجته حلال أو حرام.[1]

و نجد أن الاشكال يثور بصفة خاصة في نفقة العدة ، و قد درج القضاء الجزائري على منح الزوجة نفقة العدة إذا ما طالبت بها و أمكن إثباتها.

و خلاصة القول أن المشرع الجزائري و من خلال نصوص ق أ 05-02 بين له أنه لا يعترف بالطلاق العرفي إلا أنه لم ينص صراحة على ذلك و لم ينظم هذه المسألة و هذا ما جعل القضاء يذهب إلى اثبات الطلاق العرفي و الذي فرضته ضرورة الحياة بأثر رجعي استنادا الى الشريعة الإسلامية و التي ورد النص بالإحالة عليها في كل ما لم يوجد فيه نص حسب 222 ق أ 05-02 .

المبحث الثاني : إجراءات دعوى اثبات الطلاق العرفي

الطلاق حق يخضع التصرف فيه للإجراءات قانونية و لما كان الطلاق أحد الحقوق الإدارية فهو يستعمل بمحض إرادة الزوج و تعبيره عم هذه الإرادة يحدث الأثر القانوني الناشئ[2] عن المركز القانوني لعقد الزواج.

المطلب الأول : إجراءات دعوى اثبات الطلاق العرفي :

تخضع دعوى الطلاق مهما كان نوعها الى إجراءات خاصة مأخوذة من القواعد العامة المنصوص عليها بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقسم خاص بالإضافة الى ما نص عليه قانون الاسرة الجزائري و تتم الإجراءات وفق ما يلي :

ترفع دعوى الطلاق الرامية الى تثبيت الطلاق العرفي القائم خارج محكمة بتقديم عريضة مراعيا فيها الأوضاع القانونية و الشكلية المنصوص عليها بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و تكون مؤسسة موضوعا بموجب نصوص قانونية من قانون الاسرة الجزائري مع مراعاة

[1] هشام ذبيح ، المرجع السابق ص90 .
[2] الهاشمي تافرونت ، المرجع السابق

الاختصاص الإقليمي و النوعي بحيث ترفع دعوى الطلاق العرفي أما محكمة مختصة ليأتي دور القاضي في استكمال باقي الإجراءات .

أ-دور القاضي في تثبيت الطلاق العرفي :

عادة ترفع دعوى الطلاق من قبل الزوج ، غير انه في دعوى الطلاق العرفي ترفع من صاحب المصلحة قد يكون الزوج او الزوجة أو الورثة .

يراعي القاضي توافر الشروط الشكلية المنصوص عليها بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنص المادة 13 منه و التي تخص توافر الصفة و المصلحة و الاهلية .

و لقد نص المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على انه لا يجوز لشخص التقاضي ما لم تكن له صفة ، مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون .

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي او في المدعى عليه كما يثير تلقائيا انعدام إذا ما اشترط القانون و من خلال هاته المادة تحلل الشروط الواجب توافرها في الطلاق .

أ-الاهلية : و المقصود بالأهلية في الخصومات الزوجية هو أهلية التقاضي في موضوع نزاعهما و بالغا سن الرشد المدني 19 سنة من العمر كاملة وفقا لنص المادة 40 ق م متمتعا أيضا بقواه العقلية و الا يكون محجورا عليه لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقبل الدعوى من أو شخص فاقد الاهلية أو ناقصها إلا بواسطة الممثل القانوني ، و هذا بتطبيق القواعد العامة إلا أن مسألة الطلاق في حد ذاتها لها خصوصيتها إذ أنها حق شخصي للزوج و ان الحجر يقع على ممارسة الحقوق المالية فقط لذلك فإنه في الشرع الإسلامي يجوز الزوج المحجور عليه طلاق زوجته ، و من ثم و طالما لم يتعرض قانون الاسرة لهذه المسألة تبقى مسألة اللجوء الى القضاء مسألة إجرائية.[1]

و الأمر نفسه فيما يخص طلاق المريض مرض الموت مما يجعلنا نعود الى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال و لا سيما فيما يتعلق منها بصحة الطلاق و إمكانية التوارث بين الزوجين إذا حدثت الوفاة خلال أو إثر مرض الموت .

[1] الغوثي بن طلحة القانون الجزائري ، الطبعة الثانية الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2000.ص243 .

أما قانون الاسرة الجزائري فقد اكتفى بالنص في مادته 132 منه على انه :" إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث دون أن يفرق بين عدة الطلاق الرجعي و عدة الطلاق البائن .

و خلاصة القول أن حكم الطلاق في مرض الموت هو طلاق صحيح شرعا و قانونا و لا يجوز الطعن فيه او الادعاء ببطلانه و ان حق التوارث يبقى قائما لصالح الزوجين إذا مات أحدهما أثناء عدة الطلاق الرجعي و يبقى قائما لصالح الزوجة المطلقة وحدها إذا مات مطلقها أثناء عدة الطلاق البائن او بعدها كما ثبت أن الزوج قد طلقها في مرض الموت بقصد حرمانها من حقها في التركة و هذا ما يسمى عند الفقهاء بطلاق الفرار الذي يستوجب معاملة المطلق بنقيض قصده.[1]

و الراي عندنا هو ان ينبغي على المشرع ان يتدخل لتقنين هذه المسألة ذلك ان المسألة كون رجل او امرأة يتحمل أعباء أسرة بأكملها و في الوقت نفسه لا يملك ان يباشر حقوقه الإجرائية من رفع الدعاوى و الدفاع عن نفسه بنفسه في حالة رفعها ضدها تنطوي على نوع من التناقض .

ج– الصفة : فإن المقصود بها هو ان يكون صاحب الحق محل الاعتداء هو الذي يباشر الحق في الدعوى التي ترفع من أجل تقرير هذ الحق أو حمايته.[2]

و عليه فإن الصفة هي الوصف الذي سحب عليه الأطراف فإذا رفعت الدعوى على غير ذي صفة يحكم بعدم قبول الدعوى ، و المفروض أن الصفة تثبت لكل شخص تم الاعتداء على حق غيره انه توجد هذ ا الشخص في حالة استحالة مادية او قانونية تمنعه من استعمال حقه في الدعوى اما القضاء و لذلك تباشر هذه الدعوى بواسطة ممثله القانوني ، في هذه الحالة يتبين الممثل القانوني ما يعرف بالصفة الإجرائية .[3]

[1] عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، الطبعة الثالثة دار الهومة للطباعة و النشر ،1996 ص10 .
[2] الغوثي بن طلحة القانون الجزائري ، الطبعة الثانية الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2000.ص243 .
[3] قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بن النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية ، دراسة تطبيقية في مجلس قضاء الجلفة – مذكرة تخرج نيل اجازة المعهد الوطني للقضاء دفعة 2004/2001 .

و الصفة في دعاوى اثبات الطلاق معناها أن يكون احد الزوجين الذي يرفع دعواه ضد الزوج الاخر له صفة في إقامة هذه الدعوى و تقديمها الى المحكمة ، بمعنى أنه يجب لتحقيق هذا الشرط ان يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة نفسها أو احد ممثليها قانونيا .[1]

أما في دعوى اثبات الطلاق العرفي فإنه طالما أن هذه الدعوى قد فرضت نفسها في الواقع فإنه يجب التطرق لها و عليه فالصفة تثبت لكل من الزوجين و لورثتهما في حالة الوفاة مع العلم أنه في حالة كون احد الزوجين قاصرا فإنه يملك الصفة الموضوعية دون الصفة الإجرائية .

د– المصلحة : فإنه بالنسبة للزوج او الزوجة او الورثة في حالة الطلاق العرفي فإنه من مصلحتهم إثبات وقوع الطلاق و تظهر هذه المصلحة بصفة خاصة في دعاوى اثبات الطلاق العرفي و خاصة حالة إعادة الزوجة الزواج او الزوج الزواج باخت الزوجة أو برابعة أما بالنسبة للورثة فإن مصلحتهم تتمثل في ثبوت الميراث من عدمه .

وثيقة رفع الدعوى في المحكمة : ترفع دعوى الطلاق اما المحكمة وفقا للطرق المنصوص عليها بالمادة 15 من ق إ م إ و ذلك إما بإيداع عريضة افتتاحية مكتوبة و مؤرخة و موقعة من المدعي أما من محاميه لدى محكمة الضبط بالمحكمة .[2]

و من تحليل هذه المادة يتضح لنا ان هناك طريق لرفع الدعوة أمام المحكمة و هما .

–طريقة تقديم عريضة مكتوبة حيث يقوم المدعي بتقديم عريضة مؤرخة و موقعة على نسختين الى أمانة ضبط المحكمة و لا يطلب منه القانون أن يبين الاسباب التي دفعته الى الطلاق لأن الامر يتعلق باستعمال حق إرادي و تعتبر العريضة أحد عناصر الشكلية لممارسته و يجب أن يشير فيها الى اسمه و لقبه و عنوانه و جنسيته و الى اسم و لقب و عنوان و جنسية زوجته و تقديم العريضة مكتوبة على نسختين تتضمن كافة الشروط و تكون موثقة بعقد الزواج و بيان عائلي ثم يدفع المدعي أو ممثله الرسم القضائي بعد رفع الدعوة يقوم الكاتب بتسجيل القضية في سجل المحصص لذلك و يمنح لهما رقم خاص بتسليم المدعي وصلا يحمل رقم القضية و تاريخ تسجيل الدعوة و تاريخ الجلسة الذي يجب ان يحضر فيه مرفقا بالتكليف الحضور و الذي يعد

[1] عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، الطبعة الثالثة دار الهومة للطباعة و النشر ،1996 ص268.
[2] قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بن النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية ، دراسة تطبيقية في مجلس قضاء الجلفة – مذكرة تخرج نيل اجازة المعهد الوطني للقضاء دفعة 2004/2001 . ص 327

القرينة على علم المدعي عليه و الدعوة المرفوعة ضده فإنه إن لم يحضر بذلك التاريخ قضى القاضي بشطب الدعوة طبقا للمواد 17/16 و ما بعدها .

كذلك يراعي القاضي الاختصاصين الاقليمي و النوعي و قد خصص قسم خاص باب خاص للإجراءات المنبعثة في الاقسام و المحاكم المختصة و فصل فقسم شؤون الاسرة و إجراءات التقاضي أمامه اختصاص الاقليمي .

ففي الاختصاص الاقليمي و بالرجوع الى نص المادة 426 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية نصت صراحة على أن دعاوي الطلاق ترفع امام الجهة القضائية التي يقع فيها مسكن الزوجية و بما ان الاختصاص المحلي ليس من النظام فيجوز ان ترفع الدعوى بأي محكمة شاء شرط عدم دفع التخصص بعدم الاختصاص الاقليمي .

ج- دعوىُ اثبات الطلاق العرفي :

ذكرنا في ما سبق أن الطلاق العرفي هو الطلاق اللفظي الشرعي الواقع خارج المحاكم و الذي يولد اثاره سوآءا كان بشهادة الشهود أو بدونه مادام الحق ارادي يملكه الزوج غذا فالدعوى اثبات الطلاق العرفي هي دعوى و ليده القضاء و لا تستند الى اي مرجعية قانونية و عليه فهي تتميز بإجراءات خاصة نتجت على العمل القضائي حيث يعقد القاضي أولا جلسة صلح ثم يقوم بإجراءات التحقيق حول الواقعة المدعى بها و هذا ما سوف نتطرق اليه فيما يلي :

-إجراءات جلسة الصلح :

بعد ان تسجل دعوة اثبات الطلاق يقوم القاضي بسماع كل منهما حول واقعة الطلاق المدعى و التأكد من إرادتهما فهناك تساءل ما فائدة الجلسة في مثل هاته الدعوى و في حالة إنكار الزوج لطلاقه كيف يتصرف القاضي في غياب نص صريح يحتكم اليه هنا يمكن القول ان القاضي إذا ما تأكد من وجود الطلاق العرفي و مع اصرار الزوجين عليه لا يبقى امامه الا الحكم في حين أنه تصالحا فإن الصلح ينهي كل نزاع هذا من جهة و من جهة أخرى فإن الصلح في حكم سحب الطلب القضائي و لا يجوز للقاضي ان يحكم بما لم يطلب منه و عليه لا يبقى أمامه الا الإشهاد بوقوع الصلح تبقى مسألة وقوع الطلاق من عدمه بين الزوجين من المفروض ان يكونا أحرص على دينهما من القاضي

-إجراءات التحقيق في واقعة الطلاق العرفي :

لم ينص قانون الاسرة على هذا الاجراء في دعوى الطلاق لكونه لا يعترف بوقوع الطلاق أصلا خارج ساحة القضاء الا انه و مع ذلك فإن محاكم تعمل به و هذا ما لا حضناه في كل من أغلب محاكم القطر الجزائري ، التحقيق يكون بصفة تلقائية من قبل القاضي دون الحاجة الى طلبه من الخصوم و يكون ذلك وفق للقانون الاجراءات المدنية و الإدارية و قد خصص فصل إجراءات التحقيق حددت المواد من 75 الى 81 منه فالأمر الكتابي هو عبارة عن تحكيم تحضيري في إجراء التحقيق و في هذه الحالة يجب أن يبين فيه القاضي الواقع المراد التحقيق فيها ، اليوم و الساعة و الجلسة المحددة لإجرائه و بصدور هذا الحكم يتعين على من له مصلحة استخراج نسخة منه و تبليغها للخصوم الاخرين مع إحضار الشهود بالتاريخ الذي يحدده القاضي و يتعين عليهم احظار شهودهم بذلك التاريخ يقوم أمين الضبط بتدوين أقوال الشهود في محضره فيما يخص الدعاوي التي لا يجوز استئنافها أما الدعاوي الجائز استئنافها فيحرر محضرا خاصا بأقوال الشهود ثم يرفقه بعد التوقيع عليه من القاضي بنسخة الاصلية للحكم و يجب أن يتضمن البيان اليوم و سعة التحقيق و حضور الخصوم و غيابهم و اسم كل شاهد و لقبه و مهنته و موطنه و بيان أداء اليمين يبين فيه أقوال الشهود و يشار الى تلاوتها عليهم و هنا يجوز للقاضي ان يصدر حكمه فور اجراء التحقيق كما أنه يأجل الدعوى الى الجلسة المقبلة و هذه الاخيرة يصرح الاطفال بالاطلاع على التحقيق قبل المناداة على القضية من جديد في الجلسة المحددة و تختلق طريقة إجراءات التحقيق اختلاف موقف الزوجين من الطلاق و هنا ينبغي علينا ان نبين بين ثلاث حالات

أ-حالة اتفاق الزوجين على وقوع الطلاق :

هنا يقوم القاضي بسماع الشهود فقط لتأكيد الواقعة و تحديدا لتاريخ و مكان الواقع التي وقعت به

ب-حالة إنكار أحد الزوجين :

فإن القاضي هنا يقوم بالتحقيق مع الشهود بدقة لكون ان المسألة تتضمن الاعتداء على أحدهم أهمها حق الزوج ألا وهو حقه في طلاق زوجته و قد اتجهت التطبيقات القضائية الى الاخذ بشهادة الشهود في إثبات الطلاق حتا في حالة إنكاره من طرف الزوج و هذا الامر يتجسد من

خلال الحكم رقم 2001/75 الصادر بتاريخ 2001/02/10 الذي قضى في شكل بقبول المعارضة و في الموضوع تأييد الحكم المعارض فيه و القضاء نهائيا بالإشهاد على الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين مع الامر بالتأشير به مع هامش عقدي ميلادهما و عقدي زواجهما لدى مصالح الحالة المدنية[1]

ج- التحقق من وفاة أحد الزوجين :

هنا تكون الدعوى مرفوعة من الزوج الباقي على قيد الحياة أو ضد ورثة الزوج المتوفي أو من ورثة الزوج المتوفى ضد الزوج الباقي على قيد الحياة و نضرا لخطورة هذه المسألة لتعلقها غالبا بأمور الميراث ان يكون القصد منها استبعاد الزوج من الارث فإنه يتعين على القاضي التدقيق قدر الامكان قبل الحكم بالإشهاد على وقوع الطلاق العرفي و ذلك بصدور الحكم المثبت بالطلاق العرفي

المطلب الثاني : تنفيذ الحكم المثبت للطلاق :

إن حكم الطلاق العرفي شأنه شان جميع الاحكام يجب ان يكون قابلا للتنفيذ و يكون تنفيذه بتسجيله في سجلات الحالة المدنية البلدية و على هذا الأساس سوف نتناول الحكم القابل للتنفيذ في حين سنتناول كيفية التنفيذ.

أولا: الحكم القابل للتنفيذ:

الحكم بالطلاق هو حكم منشئ لا نه لا وجود للطلاق الا بعد صدور الحكم إلا أن الامر ليس كذلك فيما يخص الحكم المثبت لواقعة الطلاق العرفي ذلك ان له طبيعة التقرير لكون القاضي يقرر وجود الواقعة من عدمها و بالتالي فهو حكم كاشف و مع ذلك فقد وصلنا الى نتيجة و انه يقبل الطعن فيه سواء بالطرق العادية او الغير عادية على خلاف حكم الطلاق و من ثمة فإن قابلية التنفيذ تختلف في كل منهما عن الاخر و سنتناول ذلك وفق ما يلي :

[1] قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بن النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية ، دراسة تطبيقية في مجلس قضاء الجلفة – مذكرة تخرج نيل اجازة المعهد الوطني للقضاء دفعة 2004/2001 . ص 36

أ-الحكم بالطلاق : المفروض أنه بمجرد صدوره يتم اشباع الحاجة من الحماية القضائية و بالتالي يكون نافذا بذاته دون الحاجة الى أي اجراء اخر .[1]

و على هذا الأساس المفروض ان يتم التأشير به على هامش وثائق الحالة المدنية مباشرة إلا أنه و كما سبق الذكر فإن المحكمة العليا تقبل الطعن بالنقض فيه و طالما كان الامر كذلك فإن تكريس الطلاق من عدمه متوقف على فوات أجال الطعن بالنقض او صدور قرار المحكمة العليا في حالة الطعن بالنقض و عليه فإن المعمول به في محكمة الجلفة و على غرار محاكم الوطن أن الحكم بإثبات الطلاق لا يكون قابلا للتنفيذ الا بعد مرور أجل الطعن بالنقض مع عدم تقديمه.[2]

ب-الحكم بإثبات الطلاق العرفي : سبق و ان ذكرنا بان المحكمة الواحدة منقسمة على نفسها فيما يخص وصفه فتارة يوصف بالنهائية و تارة أخرى يوصف بالابتدائية و لطالما أن الامر كذلك فإنه حسب رأي انتهينا الى أنه من المفروض أن يصدر ابتدائيا وفقا للقواعد العامة و على هذا الأساس و إذا قلنا بذلك فإننا نكون امام حكم قابل لجميع طرق الطعن و بالتالي و حتى يصبح قابلا للتنفيذ فإنه يتعين أن يستنفذ طرق الطعن العادية و الغير عادية و عليم يكون قابلا للتنفيذ بعد مضي اجال الطعن بالنقض.[4]

ثانيا : كيفية تنفيذ الحكم المثبت للطلاق :

لقد جرى العمل في المحاكم الجزائرية على تنفيذ الاحكام بالطلاق سواء كان عرفيا أم طلاق بالإرادة المنفردة للزوج يكون بسعي من صاحب المصلحة و على هذا الأساس ينبغي على المعني ان يقوم باستخراج نسخة من الحكم القاضي بالطلاق ثم يقوم بتبليغها الى الخصم الآخر و بعد فوات أجال الطعن يتقدم الى امانة الضبط مرفقا بالوثائق التالية نسخة من عقد الزواج ، حكم الطلاق، محضر التبليغ شهادة عدم الطعن بالنقض و هنا يقوم أمين ضبط المحكمة بتحرير إخبارا بالطلاق و الذي يوقع من طرف رئيس كتاب الضبط .

---

[1] زودة عمر ، محاضرات في قانون الاجراءات المدنية و الإدارية الملقاة على طلبة المعهد الوطني للقضاة دفعة 12 سنة 2001/2000

2- قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بن النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية ، دراسة تطبيقية في مجلس قضاء الجلفة – مذكرة تخرج نيل اجازة المعهد الوطني للقضاء دفعة 2004/2001 . ص 48

[3]-زودة عمر نفس المرجع

و بعد ان يقوم أمين الضبط بتحرير الاخبار بالطريقة و الصيغة المذكورة أعلاه يقوم بإرساله الى البلدية التي أبرم عقد الزواج بدائرتها ليقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل الطلاق على سجل المخصص للزواج و على عقدي زواجهما و سجلات الميلاد إذا كان المطلقين قد ولدا بدائرة اختصاصها و الا فإنها ترسل اشعارات الى البلديات المختصة التي ولدا بدائرتها و في الأخير يعيد ضابط الحالة المدنية الاشعار او الاشهاد بالتسجيل الى المحكمة موقعا من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي .

و اما عن كيفيات التسجيل فإن المادة 02/58 من الامر 07-20 في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية تنص على انه في كل الحالات التي تقتضي تسجيل قضائي يجب على ضابط الحالة المدنية وضع مباشرة ملاحظة في شكل إشارة موجزة في هامش العقد المسجل أو في التاريخ الذي كان يجب تسجيله .

و من جهة أخرى تنص المادة 14 من الامر المذكور أعلاه على ان ضابط الحالة المدنية المحرر و المسجل الذي يستدعي ملاحظة يضع هذه الأخيرة ثلاث أيام في السجلات التي بحوزته و إن كانت النسخة من السجل حيث يتم التسجيل ملاحظة لدى كتابة الضبط و يوجه اشعار الى النائب العام .

و يستنتج من هذه المواد أن الملاحظة الهامشية يجب ان توضع الزاميا في بعض العقود التي تقتضي ملاحظة (شهادة الميلاد- عقد الزواج) و كذا في سجلات من طرف ضابط الحالة المدنية الذي يحرر و يسجل العقد و في حالة كانت النسخة عن السجل بكتابة الضبط عليه ان يرسل اشعارا الى وكيل الجمهورية بدائرته .

و اذا كان العقد الذي يجب أن تسجل فيه هذه الملاحظة في هامشه محررا أو مسجلا في بلدية أخرى فإنه يجب ارسال هذا الاشعار الى ضابط الحالة المدنية الموجودة بتلك البلدية و الذي يعلم مباشرة وكيل الجمهورية بدائرته إذا كانت النسخة عن السجل لدى كتابة الضبط .

و اذا كان العقد الذي يستدعي ملاحظة محررة أو مسجلة في الخارج فإنه يجب على ضابط الحالة المدنية الذي حرر او سجل العقد ارسال اشعار الى وزارة الشؤون الخارجية.[1]

[1] عمار بقيوه ، التعليمة الوزارية بتاريخ 1984/02/6 بشأن كفيفة إعداد وثائق الحالة المدنية و تسجيل الملاحظات في هامش ص89

الخاتمة

إن عقد الزواج العرفي يعتبر عقد صحيحا لتشكيل علاقة بين المرأة والرجل مبنية على تبادل الحقوق والواجبات بينهم وفقا لتعاليم الشريعة الإسلامية و السنة النبوية, لكن في واقعنا أصبح هذا النوع من الزواج يطرح عدة اشكالات عكس ما كان عليه في القدم, حيث نقص الوعي بالنسبة البعض الذين يلجؤون إليه رغبة منهم لفتك الأعراض واتباع رغباتهم وكثيرا مشهدنا مثل هذه القضايا فبالعودة الي الأخطار التي تترتب على عدم تسجيله نرى أنها بالأحرى تمس الاولاد والزوجة باعتبارهم الطرف الأضعف والضحية الأولى, كما تهدد استقرار المجتمع حيث أن القضايا التي ترفع أمام محاكمنا في هذا الشأن يكون الطرف أحد منهم . وللحد والتقليل من هذا النوع من الزواج وجب علي مشرع وضع قوانين وسن تشريعات تحدد منه يأمر بالتسجيل رغم وجود بعض المواد، كسن قوانين ردعية تتضمن عقوبات مالية او معنوية عند مخالفة إجراء التسجيل, وكذا منع غير موظف المؤهلة كالأئمة وغيرهم من إبرام عقود الزواج بالفاتحة فقد دون اشتراطهم بين عقد الزواج الرسمي المسجل في البلدية رغم التعليمة الشفوية لوزارة الشؤون الدينية واهمية تسجيل هذا النوع من العقود. فتتجلى في المحافظة على الحقوق والقضاء على الكثير من مشكلات, لعل الأهمية الكبرى تكمن فيك تبين الانساب، والتقليل من الانكار منه, والتلاعب بالأعراض لان يؤدي إلي الفساد في المجتمع وفي تسجيله ايضا حتى لإبراز الإشكاليات التي يطرحها وهي انحلاله عرفيا أما فيما يخص الطلاق العرفي أو الانحلال الناجم على هذه رابطة أن لم تكن تحت طائلة القضاء فهي غير معترف بيها ولتحقق هذا الشرط وجب تسجيل عقد زواج العرفي والحاق النسب ومن بعد لجوء الي محكمة لتثبيت حكم الطلاق, حيث انا الطلاق الناجم عن زواج العرفي لإثباته بالإثر الرجعي وجب علي مشرع التدخل والنص الصراحة على ذلك, وايضا طرق إثباته واثاره وطرق الطعن فيه نظرا لخطورة اثر من حيث استحقاق النفقة ونفقة العدة باثر رجعي وايضا فيما يخص الميراث وصحة الزواج الثاني المبرم بعد ذلك ومن الاثار غير مرغوب فيها بها مترتبة عن ذلك اثبات النسب وهي إشكالية التي تهدد المجتمع ,لذا فعل المشرع تقنين مسألة الطلاق العرفي بكل دقة ذلك أن الأسرة هي وحدة مهمة في مجتمع فبصلاحها يصلح المجتمع كونها هي اساس والعماد المجتمع لذي فعل المشرع الجزائري مراجعة قانون الأسرة نظرا لإغفاله في موضوع زواج العرفي والطلاق لعرفي حسن قوانين وعقوبات المخالفين له وايضا وضع

نصوص قانونية تنظم مسألة الطلاق العرفي واثباته بأثار رجعي نظرا لتناقضات موجودة في بعض الأحيان بين الاجتهادات القضائية والنصوص القانونية

المـــــلاحق

المـــــــــلاحق:_____

عريضة افتتاح دعوى لتثبيت الزواج العرف

عـــريضة إثبات نسب

مكتب الأستاذة ريغي فاطمة الزهراء مجلس قضاء برج بوعريريج

محكـــمة سطيف

قســـم شؤون الأسرة

عـــــريضة افتتـــاح دعوى

لفائدة : حمودي رانية ابنة محمد و أمها صديقي جميلة .....

الساكنة ببلدية العناصر مدعية في حقها أ/ ريغي فاطمة الزهراء

ضد: بن زيوش لخضر بن يحيى ..... الساكن ببلدية سيدي مبارك مدعي عليه

بحضور: السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة برج بوعريريج

ليطب لهيئة المحكمة الموقرة

تستأذن المدعية المنوه عنها أعلاه بمقاضاة المدعى عليه بهذه العريضة و هذا بعد التذكير بالوقائع :

حيث انه بتاريخ 04/04/2004 تزوجت المدعية بالمرحوم بن زيوش لخضر بن يحيى ببلدية سيدي مبارك بحضور شهود من بينهم الشاهدان :

ذلك برضا المدعية و رضا المرحوم بن زيوش لخضر بن يحيى كزوج لها بحضور والده المدعى عليه و بمهر معلوم و على أثره تمت مراسيم الدخول و البناء .

المـــــــــلاحق:_____

حيث أن الزواج العرفي المذكور لم يقم المرحوم حال حياته بقيده بسجلات الحالة المدنية الى اليوم كما هو منوه عنه بشهادة عدم تسجيل الزواج وقد أثمر زواج المرحوم بالمدعية بإنجاب البنت بن زيوش مهدية بتاريخ: 2010/06/22.

(صورة من شهادة ميلاد البنت وثيقة مرفقة)

حيث أن زوج المدعية توفي بتاريخ2011/01/25 دون القيام بإجراء قيد زواجه بالحالة المدنية حال حياته

(نسخة من شهادة وفاته وثيقة مرفقة). |

حيث أن المدعية تضررت من عدم قيد زواجها بالحالة المدنية لبلدية سيدي مبارك

لهذه الأسباب و من اجلها

تلتمس المدعية من هيئة المحكمة الموقرة ما يلي

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

في الموضوع : الحكم بتسجيل زواج المدعية حمودي رانية ابنة محمد و أمها صديقي جميلة بالمرحوم بن زيوش لخضر بن يحيى بسجلات الحالة المدنية لبلدية سيدي مبارك و الحاق نسب البنت بن زيوش مهدية المولودة بتاريخ: 2010/06/22.

تحميل المدعى عليه المصاريف القضائية .

مع كافة التحفظات

عن المدعية محاميتها

الأستاذة ريغي فاطمة الزهراء .

المـــــــــلاحق:_____

عريضة افتتاح دعوى لتثبيت الزواج العرفي

واثبات النسب وكذا تثبيت الطلاق العرفي

محكمة برج بوعريريج

قسم شؤون الاسرة

عـــــــريضة افتتاح دعـــــــوى

لفائدة المدعية: .....، عاملة والساكنة بحي .....

القائمة في حقها الأستاذ.....

ضد المدعى عليه: ..... ، عامل الساكن بحي ..... – ....

ليطب لهيئة المحكمة الموقرة

من حيث الشكل :

حيث أن عريضة افتتاح الدعوى جاءت مستوفية لكافة الشروط القانونية المحددة بأحكام المواد 08،14 ، 13، 16، 17، 15،21،18 من قانون الإجراءات المدنية، وكذا المادة 03 مكرر من الأمر رقم05/02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة ، مما يتعين التصريح بقبولها شكلا .

من حيث الموضوع:

حيث أن المدعية ربطتها بالمدعى عليه علاقة عاطفية و اتفقا في بادئ الأمر على الإقتران بالفاتحة حسب ما يقره الشرع وتم فعلا بتاريخ 2009/09/15

و هذا بحضور ولي المدعية (... ساعد بن ...) و شاهدين عدل وهما

المـــــــــلاحق:_____

1) – محمد بن ... ، المولود بتاريخ .... ،الحامل البطاقة التعريف الوطنية رقم /2008 الصادرة بتاريخ

2) – النوارين بن المولود بتاريخ ... ،الحامل لرخصة السياقة رقم .... الصادرة بتاريخ

.....وهم على أتم الاستعداد لتأكيد أقوالهم و الإدلاء بشهادتهم

حيث أنه على إثره قدم المدعى عليه للمدعية الصداق المتفق عليه و المقدر بعشرون ألف 100.000.00دج و خاتم ذهب

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

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

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

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

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

حيث أنه تم الدخول بالمدعية بتاريخ

مباشرة دون إتمام الإجراءات و تسجيل عقد الزواج لدى الحالة المدنية.

حيث أن المدعية بعد فترة من دخولها تبين بأنها حامل .

حيث أنه و نظرا لظروف المدعى عليه الشخصية لكونه كان متزوج رفضت زوجته قبول زواجه من امرأة ثانية مما حال ذلك دون إتمام إجراءات الزواج و تسجيل عقد الزواج

حيث أن المدعى عليه سعى بكل الطرق لإقناع زوجته بضرورة قبول زواجه من امرأة ثانية خاصة و أن المدعية حامل، إلا أن زوجته رفضت وقامت برفع دعوى قضائية ضده للمطالبة بفض العلاقة الزوجية، وتم الطلاق فعلا.

المـــــــــلاحق:_____

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

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

حيث أنه بتاريخ : ولد الابن أنظر نسخة من شهادة ميلاد الابن ، وثيقة مرفقة رقم:06

حيث أن المدعى عليه أبدا لا يحاول التنصل من مسؤوليته ولا بأي حال من الأحوال التماطل التسجيل عقد الزواج و إثبات نسب الابن له ، و إنما هو حاليا على أتم الاستعداد للقيام بذلك.

حيث أنه إذا ثبت عقد القران و بصفة شرعية فإن الولد ينسب لأبيه متى كان الاتصال ممكنا عملا بنص المادتين40،41 من قانون الأسرة ،ولم ينفه بالطرق المشروعة قانونا | حيث أن المدعية تلتمس في قضية الحال ما يلي : الإشهاد بوجود عقد الزواج الشرعي بينها و بين المدعى عليه والذي تم بتاريخ .....

إثبات ملاد الابن.....بتاريخ الإشهاد باستحالة استمرار الزواج الشرعي بين المدعية و المدعى عليه بعد إثبات عقد الزواج الشرعي و نسب الابن لوالده و بالنتيجة : الحكم بفك الرابطة الزوجية بين المدعية و المدعى عليه دون شرط أو قيد، مع الأمر بالتأشير عليه على هامش شهادة ميلاد الطرفين و هذا ما تم العمل به في اجتهادات المحكمة العليا ، القرار الصادر بتاريخ

24/10/1995 المتعلق بتثبيت الزواج العرفي و الحكم بالطلاق جاء فيه ما يلي : إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج ،يجوز القضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي و أن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في الحكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على ما تم تثبيته بموجب حكم قضائي نشرة القضاة العدد 53 ص

– إسناد حضانة الابن لوالدته.

المـــــــــلاحق:_____

لهذه الأسباب و لأجلها

في الشكل : قبول الدعوى شكلا لاستفاءتها كافة الشروط القانونية

في الموضوع : الحكم بإثبات عقد الزواج الشرعي بين المدعية و المدعى عليه و الذي تم بتاريخ.....

-الحكم بإثبات نسب الابن لأبيه ..... و أمه ..... و الأمر بتسجيل ميلاده بسجلات الحالة المدنية لبلدية العناصر و بأثر رجعي الحكم بفض الرابطة الزوجية بين المدعية ..... و المدعى عليه ..... دون شرط أو قيد، مع الأمر بالتأشير عليه على هامش شهادة ميلاد الطرفين إسناد حضانة الابن لوالدته .....

- تحميل المدعى عليه بالمصاريف القضائية.

المرفقات:

1-شهادة ميلاد المدعية

2) - شهادة ميلاد المدعى عليه .

3- شهادة ميلاد الابن.

4) - بطاقة التعريف الوطنية للشاهد الأول.

05- بطاقة التعريف الوطنية للشاهد الثاني .

06 - بطاقة التعريف الوطنية للولي

تحت جميع التحفظات عن المدعية محاميها

قائمة المراجع والمصادر

1 – القرآن :

2 – كتب الحديث :

صحيح البخاري، كتاب الصح، الجزء الثالث .

3–الكتب

1 – أحمد بن يوسف بن أحمد درويش، زواج العرفي في حقيقته وأحكامه وأثاره في الأن كحة

2 – أحمد الفراج الحسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق، الخلع، حقوق الأولاد، نفقة الأقارب، وفقا للأحداث تشريعات القانونية دار الجامعة الجديد الناشر 2004.

3 – أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق والطلاق، التعريف العدية ولمشروعيتها... دار الكتب القانونية مصر 2006.

4– باديس الذيابي، صور الفك الرابطة الزوجية على ضوء قانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى عين مليلة، الجزائر 2007.

5–بدران أبو العينين الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بين المذاهب الأربعة السنية، الجعفري والقانون دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان .

6 – الشريف علي بن محمد الجرجاني، تعريفات بلد النشر ، لبنان 1970.

7 – سالمي سميرة إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق اثباتها عقد الزواج العرفي والرسمي.

8 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام . دون طبعة درا الراجحات، التراث العربي اللبناني دون سنة النشر .

9 – عبد الحميد الشوا ريبي في المادة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية درا المطبوعات الجامعية .

10 – عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة دار الهومة للطباعة والنشر 1996.

11 – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديلن الطبعة الثالثة درا الهومة الجزائر 2011.

12– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الرابعة دار الهومة 2013.

13– العربي بلحاج الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري – دراسة فقهية مقارنة – دار الهومة الجزائر 2010.

14– الغوثي بن ملحة، القانون الجزائري الطبعة الثانية الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة 2000.

15 – محمد محمود زهران (الهمام)، أصول الاثبات في المواد المدنية التجارية بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة النشر 2002.

16 – محمد محمود محمد الجمال، تطبيقات العرف في المعاملات المالية العصرية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية2008

17 – ماروك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية وتطبيق درا هلال الخدمات الإعلامية 2004.

18 – محمد كمال إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد دار الجامعة الجديد السر مصر 2007.

19 – مصري مبروك الطلاق وأثره من قانون الأسرة الجزائري – دراسة فقهية مقارنة – دار هومة – الجزائر 2010.

مداخلة:

1–الهاشمي تافرونت، اشكالات الزواج العرفي مداخلة مقدمة ضمن فعالبات الندوة الوطنية الأولى التي نظمتها كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة المرسوم بعنوان قانون الأسرة الجزائري اشكالات وحلول بتاريخ 13 /2017/03 .

الرسائل والمذكرات

1 – هشام ذبيح المركز الثانوني الزوج في فك رابطة الزوجية على ضوء قانون أسرة الجزائري مذكر ماجستر، جامعة جمة لخضر الوادي . كلية الحقوق والعلوم السياسة قسم الحقوق 2015/2014.

2–قسنطيني حدة إثبات الطلاق بين النصوص الشريعة وتطبيقات القضائية .

3–دراسة تطبيقية لمجلس قضاء الجلفة – مذكرة تخرج النيل إدارة المعهد الوطني لقضاء دفعة 12، 2001/2000

مقالات :

1 – بوجمعة حمد، اثبات الطلاق العرفي في القانون الأسرة الجزائري، مجالات الأستاذ الباحث دراسات القانونية والسياسية العدد 10 مجلد الثاني جوان 2018.

المنشورات العلمية :

1 –زودة عمر – محاضرات في القانون الإجراءات المدنية الملقاة على طلبة المعهد الوطني للقضاء، دفعة 12 سنة 2001/2000.

القوانين والمراسيم التشريعية :

1 – الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في يونيو 1984. المعدل والمتمم.

2 – عمار بغيوة تعليمة وزارية بتاريخ 1984/02/02 بشأن كيفية إعداد وثائق الحالة المدنية والتسجيل الملاحظة في الهامش .

قرار محكمات العليا

– قرار الصادر على المحكمة العليا– غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 288322 بتاريخ 2002/09/25 قضية ب– ع ضد د – ت المجلة القضائية العدد 2003.

- قرار الصادر عن المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 216850 بتاريخ 1999/02/12 قضية ح– خ ضد أ – ي مجلة القضائية العدد الخاص 2001.
- الاجتهاد القضائي في غرفة الأحوال الشخصية غدد الخاص سنة 2001 .
- المجلة القضائية 1993 العدد 02 .

المواقع الالكترونية :

1 – HTTP/WWW.ahramorgeg/newsQ380094SPX

2– WWWOHCHANRQ.NET22/04/2013 811926

الفهرس

مـــــــقدمـــــــــــة

.....02

الفصل الأول الزواج العرفي في قانون القضاء الجزائري

.....05

المبحث الأول : ماهية الزواج العرفي و طرق اثباته

.....05

المطلب الأول / مفهوم الزواج العرفي في التشريع الجزائري و أسبابه و حكمه

.....05

المطلب الثاني / طرق اثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري

.....12

المبحث الثاني/ إجراءات إثبات الزواج العرفي 22

المطلب الأول /مشكلة الزواج العرفي

.....22

المطلب الثاني / إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي 26

الفصل الثاني : اثبات الطلاق العرفي في قانون القضاء الجزائري

.....37

المبحث الأول: ماهية الطلاق العرفي

واشكالياته.....37

المطلب الأول : تعريف الطلاق العرفي. 37

المطلب الثاني : إشكالات الطلاق العرفي على ضوء تطبيقاته القضائية 46

المبحث الثاني : إجراءات دعوى اثبات الطلاق العرفي 49

المطلب الأول : إجراءات دعوى اثبات الطلاق العرفي : 49

المطلب الثاني : تنفيذ الحكم المثبت للطلاق :.....55
الخاتمة :
.....58
قائمة المراجع والمصادر
الملاحق
الفهرس

ملخص :

استقرت قرارات المحكمة العليا على تثبيت الزواج العرفي، واعتباره صحيحا بمجرد استفائه لشروطه الشرعية وقد نظم من القانون الحالة المدنية وقانون الإجراءات الإدارية والمدنية وإجراءات اثبات وتسجيل العقود الزوجية والعرفية .

إلا أن المشرع الجزائري لم يسن عقوبات ردعية للحد من ظاهرة الزواج العرفي مما جعل هذا النوع من العقود مستمر غي المجتمع الجزائري .

أما فيما يخص الطلاق العرفي الناجم الخارج عن أي واقع خارج مجالس القضاء فإن قانون الأسرة الجزائري لا يعترف إلا بالطلاق الذي يصدر بشأن حكم قضائي، إلا أن ذلك لا يمنع من الاعتداد به وفق للأحكام الشريعة الإسلامية بشرط إثباته وفق طرق الإثبات المقررة قانونا .

Summary :

The decisions of the Supreme Court have established the customary marriage, and it is considered valid once it fulfills its legal conditions. The law regulates the civil

status, the Administrative and Civil Procedures Law, and the procedures for proving and registering marital and customary contracts.

However, the Algerian legislator did not enact deterrent penalties to limit the phenomenon of customary marriage, which made this type of contract continuous in the Algerian society.

As for the customary divorce resulting from any reality outside the judicial councils, the Algerian family law only recognizes divorce that is issued in connection with a judicial ruling, but this does not prevent it from being considered in accordance with the provisions of Islamic Sharia, provided that it is proven according to the legally established methods of proof.