وزارة التعليم والبحث العـــلمي

جامعة محمد بوضياف –المسيلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص: قانون أسرة

الرقم التسلسلي:...../

رقم التسجيـــــل:

الزواج العرفي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي

إعداد الطالبة:

فرحات هاجر

إشراف الدكتور:

عمارة عمارة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د. والي عبد اللطيف	جامعة محمد بوضياف المسيلة	رئيسا
د. عمارة عمارة	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مشرفا ومقررا
د. يحياوي حمزة	جامعة محمد بوضياف المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2021 / 2022

استمارة معلومات

الصورة

معلومات الشخصية:

الاسم: هاجر اللقب: فرحات

اسم الأب: نور الدين اسم ولقب الأم: السعدية فرحات .

تاريخ الازدياد: 01-09-1990 مكان الازدياد: ولاية المسيلة بالمسيلة .

رقم الهاتف: 0781.03.72.24

البريد الالكتروني: ص.ب R.P 1327 M'sila .

العنوان الشخصي:

الباكالوريا:

المعدل: 13.58 الشعبة/التخصص: لغات أجنبية سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2016

الليسانس:

التخصص: تعاقب عام . الدفعة/ سنة التخرج: 2019-2018

الماستر:

التخصص: تعاقب أسرة الدفعة/ سنة التخرج: 2022 - 2021

المعدل التراكمي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: _____ عاطل عن العمل: ☑

في حالة موظف:

الرتبة:

وظيف عمومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف - ة: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) فرحات هاجر

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200342307

الصادرة بتاريخ 2016.04.25 عن دائرة/ بلدية المسيلة ولاية المسيلة

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجيستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

النزاع العرفي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

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

التاريخ

إمضاء المعني

شكر وعرفان

قال تعالى في محكم تنزيله "وسيجزي الله الشاكرين"
وكذلك مصداقا لقوله"ولئن شكرتم لأزيدنكم "
نشكر الله عز وجل أن أمدنا بالقوة والصبر على أن أتممنا هذه المذكرة
ونحمده على إنعامه علينا نور العلم، الذي أنار لنا الطريق إلى درب العلم
والمعرفة في أداء هذا العمل المتواضع
بكل امتنان واحترام نشكر الأستاذ المشرف **"د/ عمارة عمارة كمال"** الذي ساعدنا في انجاز هذه المذكرة وكان هذا دأبه طوال مشوارنا الجامعي، فشكرا على تفانيه، كما نشكر كل من قدم لنا يد العون من قريب أو بعيد

إهداء

الحمد لله على عظيم فضله و عطائه

أهدي ثمرة جهدي إلى من قال في حقهما الله عزوجل : {وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنْ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً} سورة النحل ، الآية 24

إلى أبي الغالي و إلى أمي الغالية رعاهما الله وأطال في عمرهما،

إلى أخواتي حفظهن الله .

وإلى كل عائلة فرحات

إلى كل من غفله قلمي .....

هاجر فرحا ت

مقدمة

مقدمة

يعتبر الزواج الشرعي هو الأساس الذي يبنى عليه الكيان الأسري وقد أولته الشريعة الإسلامية بأهمية عظيمة، ومظاهر هذه العناية قدسية العلاقة الزوجية واعتبارها أية من آيات الله عز وجل فيه السكينة والمودة والمحبة والألفة مصداقا لقوله تعالى:" **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**". (21)

وهذا ما نصت عليه أيضا المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري بقولها :" **الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**".

فهذه الآية الكريمة جاءت لتنبه إلى أمر ذو أهمية كبيرة يغفل عنه معظم المجتمعات لا سيما المجتمع الإسلامي، فالزواج يعتبر النظام الاجتماعي والقانوني الذي تقوم على أساسه الأسرة باعتبارها النواة الأولى في تأسيس كل بيت مسلم خصوصا والمجتمع الإسلامي عموما.

و عليه كان من الضروري أن يكون قائم على مقومات متينة وصحيحة في إطار شرعي ومنظم، ولتحقيق هذا الغرض وجب إتباع اجراءات معينة لتعطي له الهيبة والقوة الدينية فاشترط بذلك الإسلام ضرورة توافر :الرضا، الولي، الشهود، فرض المهر للمرأة مع انتفاء الموانع الشرعية لانعقاده، وإلى جانب هذه المقومات المفروضة شرعا ولترتيب آثاره فعلا جاءت القوانين الوضعية فأمرت بتسجيله لأهداف عملية تحفظ بها الحقوق من الضياع لهذا سعت جل التشريعات وعلى سبيل الخصوص التشريع الجزائري على إتباع ذلك، فرغم تأكيد النصوص القانونية بضرورة احترامه، فإن بعض الأفراد يغفلون عنه بعقد زيجاتهم دونه وهذا ما يعرف "**بالزواج العرفي** "أو" **الزواج الفاتحة**" في أوساط المجتمع الجزائري.

فكان الأساس الذي انصبت دراستنا عليه نظرا لما يطرحه من إشكالات من الناحية الشرعية والقانونية والعملية على حد السواء، خاصة في ظل عصر الحداثة وكثرة النوازل والمستجدات التي من شأنها أن تهدد بناءه الشرعي هذا من جهة، ومن جهة أخرى ما يتميز به في كون ترتيب آثاره والتمتع بها متوقف على شرط اجراء توثيقه.

فما العمل في حال غياب هذا الأخير، خاصة هو النوع المنتشر في أوساط المجتمع الجزائري، وبناء عليه سنركز في

معالجتنا لهذا الموضوع على دور مختلف النصوص القانونية في التشريع الجزائري، لا سيما قانون الأسرة منه إلى جانب ذلك نتطرق إلى بعض التشريعات المقارنة في هذا المجال حتى نقف على الأهمية التي حظي بها هذا الموضوع.

ومن هنا يثور الاشكال الرئيسي: ما مدى مشروعية زواج العرفي في المنظومة القانونية و الفقه الاسلامي؟

إذ من مقاصد الزواج تحقيق المودة والرحمة والاستقرار والسكينة العامة فزادت الحاجة إلى معرفة أسباب هذا التزايد.

أولا: أهمية البحث

تبرز أهمية البحث فيما يلي:

1- تكمن أهمية موضوع البحث في كونه يتطرق إلى نازلة، تحتاج إلى بيان من فقهاء الشريعة والقانون.

2- الحاجة إلى معرفة الحكم الشرعي في هذا الموضوع، وانعكاس أثاره على المجتمع عامة، والأسرة خاصة، إذ من مقاصد الزواج في الإسلام تحقيق المودة والرحمة والإنس، والطمأنينة، والاستقرار بين الزوجين وتحصيل الولد الصالح.

3- يحاول البحث الوصول إلى آراء فقهاء الشريعة والقانون في هذه المسألة مع بيان الأبعاد والآثار المترتبة عليها.

4- الكشف عن كيفية تعامل الهيئات التشريعية والقانونية فيما يخص هذه المسألة، من خلال الدراسات الشرعية والقوانين الوضعية في باب الأحوال الشخصية.

5- التأكيد على أهمية تحقيق أركان الزواج المعتبرة شرعا، وشروطه وخلوه من الموانع الشرعية في كل عقد نكاح، وعدم الإخلال بشيء من ذلك، أو تجاوزه تحت أي دعوى أو ستار أو مبرر والتحذير من أي زواج يخالف الشرع والدين، ويخرج عن إطار الأعراف والتقاليد الاجتماعية السليمة.

6- كون موضوع البحث – الزواج العرفي يتطرق لمسألة مهمة وخطيرة يترتب عليها بنيان الأسرة التي هي اساس المجتمع المسلم

7- بيان اثر التوثيق في إتمام عقد الزواج.

ثانيا: أسباب اختيار موضوع البحث

رغبتي النفسية في التطرق الى معالجة مثل هذا الموضوع.

كثرة القضايا المتعلقة بهذا الموضوع.

ثالثا: أهداف موضوع البحث

– إلقاء الضوء على موضوع الزواج العرفي من الناحية الشرعية و القضائية.

– كثرة القضايا المتعلقة بهذا الموضوع.

– ما يشكله هذا الموضوع من مخاطر اتجاه الأسرة والمجتمع.

رابعا: الدراسات السابقة

إن مسألة الزواج العرفي مسالة قد تعرض إلى بحثها الكثير من الفقهاء المعاصرين، وكانت لهم أبحاث ودراسات قيمة كان لها الأثر في بيان هذه المسالة من الوجهة الشرعية والقانونية، وإلقاء الضوء على الآثار المترتبة على هذا النوع من الزواج في هذا العصر، ومن أهم هذه الدراسات هي:

– الزواج العرفي بين النص و التطبيق في الجزائر، رسالة شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة بسكرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، سنة 2015-2016م.

– خصص الدكتور أسامة عمر سليمان الأشقر في كتابه مستجدات فقهية في الزواج والطلاق مبحثا مستقلا بين فيه حكم وآثار الزواج العرفي لكنه ركز على القانون المصري في دراسته وأصل هذا الكتاب بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه وأصوله من الجامعة الإسلامية.

خامسا: الصعوبات التي واجهت الباحث

– قلة وندرة الدراسات التي تطرقت الى معالجة موضوع الزواج العرفي بين الفقه و القانون .

–الاختلاف الكبير و الجدل الواسع الموجود بين الفقهاء والقانونيين حول هذا الموضوع مما وضعني في دائرة واسعة وصعبة في انتقاء المعلومات.

–نقص في المراجع و المذكرات

سادسا: المنهج المتبع

الدراسة المنهج الوصفي التحليلي كون الزواج العرفي ظاهرة اجتماعية تتطلب البحث في مفهومها وأسباب ظهورها إلى جانب الاستعانة بأسلوب المقارنة في كثير من الأحيان قصد تقييم موقف المشرع الجزائري في معالجته القانونية لهذا الموضوع فمن أجل ذلك قسمنا الموضوع إلى فصلين فتناولنا في الفصل الأول ماهية الزواج العرفي أما الفصل الثاني قد خصصناه بالبحث في آثار و الاجراءات تثبيت للزواج العرفي.

سابعا: إشكالية البحث

– الإشكال المطروح في هذا البحث ما مدى مشروعية الزواج العرفي في المنظومة القانونية و القضائية و الفقه الاسلامي و للإجابة على هذه الاشكالية تناولت فيه:

الفصل الأول مشروعية الزواج العرفي في الشريعة و القانون و فيه المبحثين الأول مفهوم الزواج العرفي و الثاني إثبات عقد الزواج العرفي شرعا وقانونا.

اما الفصل الثاني فخصصته في آثار و الاجراءات تثبيت الزواج العرفي و فيه مبحثين الأول يتضمن الاثار و الثاني اجراءات التبعية للتثبيت.

الفصل الأول

مشروعية الزواج العرفي في الشريعة و القانون

الفصل الأول

يشكل موضوع الزواج العرفي أحد الموضوعات المعاصرة الهامة والثرية من الناحية الفقهية التي تتميز بالجدل الواسع القائم بين فقهاء القانون لا سيما فيما يخص جوانبه وأثاره.

المبحث الأول: ماهية الزواج العرفي

مفهوم الزواج العرفي الضبط مفهوم الزواج العرفي ارتأينا أنه من المنهجي أن نعرفه (المطلب الأول) ثم أن نعرج على أسباب اللجوء إليه (المطلب الثاني)، و أخيرا أن نبرز أوجه المقارنة الممكنة مع صور أخرى للزواج (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي

سنتطرق إلى تعريف الزواج العرفي لغة (الفرع الأول) و اصطلاحا (الفرع الثاني) وبيان حكمه في الفقه و القانون (الفرع الثالث).

الفرع أول: الزواج العرفي لغة

1: الزواج في اللغة:

من الزوج وهو خلاف الفرد وزوج المرأة بعلها، وزوج الرجل امرأته وتزوج من بين فلان نكح فيهم [1]، وزوج الشيء وزوجته إليه قربه، ولقد جاء في القرآن ما يرادف هذا المعنى في قوله تعالى: «وزوجناهم بحور عين » أي قرناهم بهن[2] وقوله:" وإذا النفوس زوجت " أي اقترنت بأبدانها وأعمالها.

والزوج يطلق على الذكر والأنثى لقوله تعالى:" و وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة» [البقرة / أية 35]، وأنه خلق الزوجين الذكر والأنى } [النجم أية/45)[3]

[1]ابن فارس أبو الحسين أحمد بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي ج3، ط3، القاهرة، 1981، ص 35.

[2]الفيروز أبادي (مجد الدين محمد بن يعقوب)، القاموس المحيط، المطبعة الميرية، ج1، مصر، 1301هـ،1991.

[3]الفيروز أبادي، المرجع نفسه، ج1، ص 254.

2. العرفي في اللغة

هذه الكلمة مأخوذة من "العرف" وتعني في معاجم اللغة العربية فيقال عرف يعرفه عرفه، عرفا، ومعرفة واعترافا.

وهي من عرف العرفان أي العلم ورجل عروف و عروفة، ويعرف الأمور وعريف القوم سيدهم وعرف بذنبه عرفا، واعترافا والمعروف ضد المنكر كالعرف والمعروف لا يتحسن من الأفعال وعرفه طيبة وزينة والعرف، والعرف النخل إذا بلغ الإطعام والعرف والعروف الرمل المرتفع[1] و العرف المنجم).[2]

الفرع الثاني: الزواج العرفي اصطلاحا

أولا: الزواج.

1. تعريف الزواج في الاصطلاح الفقهي.

عرف الفقهاء الزواج بتعريفات مختلفة نوردها فيما يأتي:

عند الحنفية: "عقد يفيد ملك المتعة قصد ".[3]

عند الشافعية: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح ونحوه"[4] .

عند المالكية: "عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجبة قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها في الكتاب على المشهود أو الإجماع على الآخر .[5]

من خلال تعاريف الفقهاء نخلص أن الزواج عقد، ذلك أنه فيه إيجاب و قبول على مجرد احترز به من العقد على المنافع والذوات متعة التلذذ، فأخرج بذلك المتعة لأنها من الأمور المعنوية والتلذذ من الأمور الحسية، غير عالم حرمتها أخرج نكاح المتعة والمحرمات، إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر أي كل ما حرم

[1]ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، ج4، (دط)، ص2897 -2902، باب العين المادة "عرف".
[2]الفيومي (أحمد بن محمد بن علي المقري)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار القلم بيروت، لبنان، (دط)، ج1، ص 553.
[3]الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ج2، القاهرة، مصر، ص 94.
[4]- الشافعي، الأم، دار الفكر، بيروت، ط2، ج2، 1983، ص 15.
[5]أحمد بن غنيم بن سالم، الفواكه الدواني على رسالة أبو زيد القيرواني، مطبعة السعادة، (دط)، ج 2، مصر 1331هـ، ص 150.

بالكتاب والسنة والإجماع [1]

وقد وضع أبو زهرة تعريف كاشفا لحقيقة عقد الزواج والمقصود منه حيث عرفه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد لديهما من حقوق وما عليه من واجبات"[2] وهو التعريف المختار هنا لأنه يبين حقيقة ومقصد عقد الزواج من كونه عقدا غايته أسمى من مجرد حل المتعة بين الزوجين أولا وهو التناسل وحفظ النوع الإنساني، أما المتعة ليست مقصودة لذاتها بل لأجل التناسل.

2. تعريف الزواج في القانون:

عرفت المادة 4 من قانون الأسرة الزواج بأنه : « عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب»[3].

فمن خلال قراءتنا لنص المادة 4 نستخلص أن المشرع الجزائري على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين قصدوا عقد الزواج على حل المتعة والاستمتاع بين الزوجين رقي بالزواج إلى أسمى مراتبه ورسم له أهدافا ومقاصد يسعى لتحقيقها، فمن جهة له هدف شخصي لكل من الزوجين وهو الإحصان وآخر أسري بتكوينه أسرة قائمة على المودة والرحمة والتآلف والتعاون بين أفراد الأسرة الواحدة، وهدف اجتماعي من كونه يساهم في استمرارية النوع الإنساني، وبالتالي يحافظ على بقائه وكل ذلك في ظل نظام محكم بضوابط ثابتة لأن ترك تكوين أسرة بلا نظام ولا ضابط يترتب عليه من المفاسد ما لا يحصى ولا يعد ولوجدت ذرية لا تعرف لها أصلا ولا نسبا ولتفكك المجتمع واختل كما هو الشأن في دول المغرب"[4].

فالتشريع المغربي أعطى للزواج صيغة القداسية حيث أطلق على الزواج ميثاق الذي هو العهد المتضمن للعقد مع الإحساس بالمعنى الروحي المطلوب في الترابط الزوجين وتماسكهما، وذلك مأخوذ من قوله تعالى:" وأخذنا

---

[1] المادة 4 من قانون الأسرة (قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984) معدلة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005ج.ر. العدد. 15

[2] محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، (دط)، ص 44.

[3] المادة 4 من قانون الأسرة (قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984) معدلة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005ج.ر. العدد. 15

[4] حمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة والزواج، دار الشهاب، (دط)، باتنة، ص 91

مينهم ميثاقا غليظ ا " النساء الآية 21 فقد سمى الله سبحانه وتعالى عقد الزواج بالميثاق[1].

وقد عرفه قانون الأحوال الشخصية الأردني في الفصل الأول المادة الثانية لأنه: "الزواج عقد بين رجل وامرأة له شرعا لتكوين أسرة و إيجاد نسل بينهما"[2]، كما يعرفه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة الأولى منه أنه: "الزواج عقد بين رجل وامرأة يحل له شرعا، غايته إنشاء رابطة بالحياة المشتركة والنسل"[3].

ثانيا: تعريف العرف في الاصطلاح

هو ما تعارفه الناس، وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك[4] وعرفوه أيضا بأنه ما اعتاده الناس وساروا عليه في شؤون حياتهم [5] ، ومن هنا نخلص إلى مفهوم الزواج العرفي من خلال هذه التعريفات:

عرفه سليمان الأشقر بأنه: «عقد لم يسجل في المحكمة ولم يجري على يد مأذون ولم تصدر فيه وثيقة الزواج»[6].

عرفه حسن حسن منصور بأنه: « زواج أفرغ في ورقة عرفية، ولم يتدخل الموظف العام المختص في تحريرها»[7].

عرفه محمد إبراهيم بأنه: «هو زاوج اكتملت فيه أركان الزواج الصحيح، ولكنه لم يوثق من الحكومات القائمة في هذا البلد الذي تم فيه العقد»[8].

عرفه بوحلاسة عمر بأنه:« تلك العقود التي جرت في الماضي وفق أصول الشريعة الإسلامية ولم تسجل الحالة

---

[1] دريس الفاخوري، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، (دن)، ط1، 1993، ص 29.

[2] رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، موسوعة التشريعات العربية

[3] المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 1953/09/17 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، موسوعة التشريعات العربية، محمد بن يونس، نبيل سعد

[4] عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، طو، الكويت.1970,ص99

[5] عبد العزيز خياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى، عمان، (دط)، 1977، ص 24

[6] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، بيروت، ط2، ص 177

[7] حسن حسن منصور، المحيط في مسائل الأحوال الشخصية، (دن)، ط2، الإسكندرية، ص 195.

[8] محمد أبو هيثم، ظاهرة منحرفة انتشرت باسم الزواج العرفي،09/01/2002 موقع:www.uslamway.com

المدنية، في وقتها القانوني»[1].

عرفه بدوي علي بقوله: « عقد يحل رجل وإمرأة أبرم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وتم فيه الدخول بالزوجة، إلى بيت الزوجية ولم يسجل في سجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانون لذلك»[2]

فمن خلال التعاريف السابقة للزواج العرفي نصل إلى أنه زواج متوافر على جميع الأركان الشرعية من رضا الزوجين وولي الزوجة وشهود والإعلان، وكل ما في الأمر أنه لم يوثق لدى الجهات المكلفة بتسجيله، وقد اصطلح عليه الفقهاء الزواج العرفي، لأنه يتم وفق ما تعارف عليه الناس منذ عهد رسول الله –ص–.

كما يطلق عليه اسم الزواج المغفل لإغفاله بعدم تسجيله، ويصطلح عليه عقد زواج شرعيا لأنه مكتمل الأركان الشرعية، كما يطلق عليه الزواج بالفاتحة لاقترانه بها.

وتجدر الإشارة هنا أن مصطلح الزواج العرفي مصطلح حديث وهو في مقابل عقد الزواج الرسمي أو الموثق.

الفرع الثالث: حكم الزواج العرفي

أولا: الأصل أن الزواج العرفي متى كان مستوفيا لكل شروطه الشرعية، فإنه زواج صحيح يترتب عليه كل الآثار الشرعية للزواج سواء للزوج أو الزوجة أو الأبناء.

ولكن لأسباب عدة إنه قد حصل شبه إجماع لدى الفقهاء المعاصرين بأن الزواج العرفي المستكمل لأركانه وشروط الشرعية والغير الموثق لدى الجهات المكلفة بذلك يوشك أن يكون زواجا مكروها كراهة قانونية واجتماعية ترتب الكراهة الشرعية

ثانيا: تعليل الفقهاء حكمهم هذا بالحجج والأدلة الآتية:

1. أن الزواج العرفي عرضة للإنكار ويؤدي إلى ضياع حقوق الزوجة الشرعية والقانونية[3].
2. أن فيه مخالفة لأمر ولي الأمر، وطاعته واجبة، فيما ليس بمعصية، ويحقق مصلحة العباد.

---

[1] عمر بوحلاسة، عقود الزواج المغفلة"، نشرة القضاة، ع2، أفريل 1989، ص 16.

[2] بداوي علي، مقال عقود الزواج العرفية، بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني، ع02.

[3] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 177.

كما صدر عن الفقهاء المعاصرين فتوى بتحريمه ومنعه بل ومنهم من دعا إلى تحريم الزواج العرفي).[1]

فالعقد العرفي عبث وكثير ما تمليه الشهوات، والنزوات، فبعد عرضنا لبعض آراء الفقهاء المعاصرين في حكم الزواج العرفي يتبين لنا ضرورة تسجيل عقد الزواج أمام الجهات الرسمية المكلفة بذلك، وهو واجب شرعي على كل مقبل على الزواج فمن لا يلتزم بذلك فهو آثم وإن كان العقد صحيحا تترتب عليه أثاره الشرعية.

وهذا لما يترتب على عدم توثيقه من فساد وضياع لحقوق الزوجة والأولاد وعلى الآباء أن يلتزموا بأمر ولي أمرهم ولا يزوجوا بناتهم زواجا عرفيا وأن يحرصوا على توثيقه، وحماية للنظام العام، وصونا لحقوق الزوجة والأبناء.

المطلب الثاني: أسباب اللجوء إلى الزواج العرفي

تعددت أسباب اللجوء للزواج العرفي ويصعب تحديدها جامعا، إن ذلك يحتاج إلى كثير من الأبحاث والإحصاءات الدقيقة والمتنوعة، فضلا على هذا غالبا ما يتم الزواج سرا. قد أجهد الباحثون أنفسهم وتعددت بهم السبل في دراسة الظاهرة التي يمكن حصر أسبابها في أسباب دينية (الفرع الأول) وقانونية (الفرع الثاني) و اجتماعية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الأسباب الدينية.

أولا: هي من أهم الأسباب المؤدية إلى هذه الظاهرة، ويمكن حصرها في قلة الوازع الديني واندثار القيم والمبادئ القومية، فضلا عن السلوكيات الدخيلة التي ليست من الدين في شيء ولرغم أهمية هذه الأسباب الدينية والتي تؤكد عليها أحكام المحاكم والأبحاث التي تجري فالتهوين من شأنها قائم وتغيب الوازع الديني حائم ولا حول لنا ولا قوة إلا بالله العظيم[2].

ثانيا: كما يعد اضطراب الفتوى وتضاربها بين العلماء واختلافهم بشأن الحكم الشرعي للزواج غير الموثق سببا آخر من أسباب انتشاره [3]، فالبعض من المفتين يحل الزواج العرفي والآخر يحرمه، فلابد من التفصيل والبيان حتى يصطلح كل فريق على حقه فما يتوافق مع الضوابط الشرعية للزواج الإسلامي لحلها، وما تخالفه نحرمها وننكره

[1] عبد الرحيم فودة، الزواج السري والعرفي، مجلة لواء الإسلام، ع 02، السنة التاسعة عشر، 02 فبراير 1965، مطابع مذكور وأولاده، القاهرة، مصر

[2] مجلة منبر الإسلام، عدد شهر صفر، سنة 1418هـ، ص 87 وما بعدها.

[3] فارس محمد عمران، الزواج العرفي، والصور الأخرى للزواج الغير رسمي، دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية، 2001، ص 71.

كذلك لابد من تحصيل أدوات النظر في الكتاب والسنة. وتجنب الرخص أو زلات العلماء، فلكل جواد كبوه، ولكل عالم زلة[1]، ومن يقول على الله ورسوله الكريم ويقول في القرآن برأيه فليتبوأ مقعده من النار لأن المتكلم بالرأي إن أصاب الحق مرة سيخطئه آلاف المرات.

الفرع الثاني: الأسباب القانونية.

تعد الأسباب القانونية أحد أهم العوامل التي تدفع الأفراد نحو التهرب من توثيق عقود زواجهم، خاصة بعد تعديل قانون الأسرة[2]، ويقصد بها القيود القانونية التي تفرضها الأحكام الجديدة عند إجراء عقود الزواج، حيث استحدث المشرع شروطا يتعذر على بعض الأفراد تلبيتها، مما أدى إلى تزايد ملحوظ لظاهرة الزواج العرفي. يمكن حصر الأسباب القانونية فيما يأتي:

أولا: القيود المفروضة على تعدد الزوجات:

أباح المشرع للزوج الحق في تعدد الزوجات (الفقرة الأولى من المادة 8 ق.أ) في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق[3]، وجاء في المادة 08 مكرر 01 "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا يستصدر الزوج ترخيصها من القاضي وفقا لشروط المادة 08 أعلاه" إلا إنه أخضعه القيود (الفقرة 2 و الفقرة 3 من نفس المادة اعتبرها البعض تقيلة بالنسبة لهم ولم يجدوا سبيلا سوى اللجوء إلى الزواج غير الموثق، يترتب على عدم مراعاة الزوج لهذه الشروط القانونية الحق لكل زوجة في التطليق [4] أو فسخ عقد الزواج بالنسبة للزوجة الثانية في حالة عدم الدخول [5].

إن إقران الزواج بالتعدد ليس أمرا سهلا كما يعتقده البعض و خاصة الرأي العام الغربي الشائع يحث لا يكفي الاقتناع الذاتي بإباحته الشرعية و إبلاغ الزوجة السابقة بل لا بد من تجسيد كل هذه الترتيبات في ترخيص قضائي

[1] سميع عبد العظيم، الزواج العرفي، دار القمة، دار القمة، دار الإيمان، (دط)، الإسكندرية،2002، ص 36-37-38

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

[3] المادة 8 ف. 1ق.أ :« يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل».

[4] المادة 8 مكرر ق.أ :« في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بتطليق»

[5] المادة 8 مكرر 1ق.أ : « يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه »

يؤكد صحتها و إلا لا بد مسبقا من حل الرابطة الزوجية القائمة و مواجهة تبعاته. فللمطلقة تعسفا الحق فيما يجبر تضررها و لحاضنة الحق في نفقة لها ولأبنائها و في مسكن [1]، إن عدم احترام هذه الواجبات يشكل حالة الإهمال العائلي يجرمه ويعلق عليه قانون العقوبات [2].

وعليه كان الزواج العرفي هو السبيل الوحيد الذي يجده الزوج للتهرب من الالتزامات المترتبة على الزواج في حالة رغبته في التعدد [3] مع تمسكه بزوجته الأولى والحفاظ على أسرته مثلا، و يستعمل هذا الطريق كأمر واقع يصبح فيه القاضي مجبرا على تثبيت الزواج في حالة إثبات النسب [4].

في الواقع، إن هذا الحل هو حل ضعيف مؤقت و غير مجدي لأنه لا يزيل التدليس وتبقى العلاقة الزوجية المرغب في المحفضة عليها مهددة وغير مطمئنة كونها مرهونة بمدة التستر و الإخفاء.

ثانيا: بسب العجز على إستكمال ملف اكتتاب عقد الزواج

يفرض قانون الأسرة على طالبي الزواج إحضار وثائق الإدارية (لاسيما عقد الميلاد) وشهادة طبية من أجل التوثيق الرسمي للعقد، فإذا تخلفت وثيقة واحدة يمتنع ضابط الحالة المدنية أو الموثق عن تحريره.

قد تشكل وثائق الحالة المدنية قيودا يصعب على بعض الأفراد تحصيلها خاصة وأن منهم من لم يسجل بالحالة المدنية وبالتالي لا يملك أي وثيقة تثبت هويته، الأمر الذي يدفعه للزواج دون توثيق[5]، ويلزم القانون المطلقين إحضار شهادة الطلاق بالنسبة للرجل وشهادة تثبت استنفاذ العدة (شهادة إثبات الطلاق منذ أكثر من ثلاثة أشهر)، فبالنسبة للأخيرة إنها لا تسلم غالبا إلا بعد إحضار نسخة من حكم الطلاق ونسخة من محضر تبليغ الحكم، وأمام صعوبة استخراج مثل هذه الشهادة، يضطر الأفراد للزواج العرفية[6].

---

[1]) المادة 72 ق.أ : «في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار».

[2] طالع المادة 331 من قانون العقوبات

[3] فاطمة مصطفى، الزواج العرفي، (دم)، (دن)، ط1، 1998، ص 24- 26

[4] منير إدعيس، منتدى لمناقشة قانون الأسرة الجديد، الجزائر، 2007/03/21. الموقع:www.amangordan.org.mebek

[5] جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الميزان الإسلامي، مراجعة علي أحمد عبد العال، الطهطاوي، الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 96.

[6] بدوي علي، مرجع سابق، ص 161.

بالنسبة لموظفي الأمن وأفراد الجيش الشعبي الوطني والدرك الوطني إن القوانين الخاصة التي يخضعون لها تلزمهم بالحصول على ترخيص مسبق بعد فحص اجتماعي حول العائلة المراد مصاهرتها، إن استصدار الرخصة من الهيئة المستخدمة قد يأخذ وقتا طويلا كما قد ينجم عنه رفضها لأسباب موضوعية، كل ذلك يشكل في وسط هذه الفئة من أعوان الدولة دافعا لمجانية الزواج الرسمي والموثق وفقا للقانون.

حدد المشرع سن الزواج ب19 سنة كاملة بالنسبة للزوجين (المادة 7 ق.أ) إلا أنه يجوز للقاضي الترخيص بالزواج قبل ذلك[1]، وعليه فإن الإجراءات المتبعة للحصول على الرخصة القضائية التي تسمح بالزواج دون السن القانوني تدفع بعض الأولياء الذين هم بحاجة لأن يزوجوا أبنائهم أو بناتهم دون سن الزواج إلى التزويج العرفي ريثما يكتمل سن أهلية الزواج الرسمي.

الفرع الثالث: الأسباب الاجتماعية.

من الأسباب الاجتماعية ما هو نتيجة تفاعل عوامل نفسية واقتصادية و أخرى معبرة عن إنحلال أخلاقي وثقافي.

أولا: تفاعل العوامل النفسية والاقتصادية.

إن انتشار ظاهرة العنوسة في المجتمع الجزائري يدفع الشباب، خاصة الشابات إلى السعي على عدم التأخر عن الزواج كرغبتهن في الزواج مباشرة بعد إتمام الدراسة، لأن التقدم في السن يعتبر بالنسبة للأنثى عائق من عوائق الحياة، هذا الاعتقاد، الذي تساهم فيه مكانة المرأة في مجتمعنا، هو دافع مميز يقف وراء تقبل الزواج العرفي وانتشار الانحرافات الجنسية[2].

كما تعتبر الصعوبات المادية التي تحيط بكثير من الشباب في الآونة الأخيرة من أكبر معوقات الزواج، الأمر الذي يدفعهم للزواج العرفي من بينها ظاهرة المبالغة في تكاليف الزواج كغلاء المهور إضافة إلى انتشار البطالة وانخفاض المستوى المعيشي للجزائريين و عدم توفر المسكن، وكل هذه العوامل تعتبر من العقبات التي تقف في طريق الزواج الرسمي مما يجعل اللجوء إلى الزواج الغير الموثق التسهيلات التي يوفرها.

[1] طالع النص الكامل للمادة 7 ق.أ.

[2] . فاطمة مصطفى، المرجع السابق، ص 30-32

ثانيا: الانحلال الأخلاقي والثقافي.

كأن يرغب الرجل في النصب والاحتيال على المرأة وخداعها وبما أن التوثيق يقيده فإنه يفضل عدم توثيق عقد الزواج حتى ما إذا حقق هدفه السيئ ينفصل منها بسهولة دون أن يتحمل أدني مسؤولية.

كما تعمد بعض النساء إلى اتخاذ الزواج العرفي أداة لكسب أموال طائلة من الرجال مما يحقق لها الكسب السريع والمربح فتتنقل من رجل ثري إلى أخر بزواج الفاتحة أو الزواج العرفي ضاربة عرض الحائط بعرضها وشرفها، و منها رغبة بعض الأسر في الزواج بناتهم من أجانب استهدافا وطلبا للمال، بتزويجهن عرفيا، ومن الدوافع المالية كذلك، لجوء أرملة إلى الزواج العرفي رغبة منها في الاحتفاظ بمعاش زوجها المتوفي[1].

تناقص دور الثقافة الإسلامية بين الشباب، وهو أمر واضح في مناهج التعليم بمراحلها المختلفة، وفي وسائل الإعلام المتنوعة، والثقافة المتواجدة على الساحة.

ومن العوامل الهامة التي ساعدت على انتشار هذا الزواج، وفي ظل غياب أو تغيب الثقافة الإسلامية الموضحة سلفا، الاختلاط المباح دون رقابة أو حدود ولفترات طويلة ولغير حاجة بين الشباب والشابات.

الإحساس النفسي للرجل والمرأة على السواء تجاه علاقتهما غير السوية، هذا الإحساس يزيد من الصراع الداخلي لديهما والإحساس بعقدة الذنب وعدم مصداقية هذه العلاقة وإنما مرفوضة شكلا وموضوعا من المجتمع، وتخفيفا لذلك يحاول إيجاد مهرب ومبرر ظاهري لتيقن هذه العلاقة في صورة الزواج العرفي.

المطلب الثالث مقارنة الزواج العرفي بغيره من صور الزواج

لقد يقع الخلط بين الزواج العرفي و الزواج الرسمي وبين الزواج العرفي والزواج السري، لذا فإننا سنحاول رفع اللبس و تبيان أوجه التشابه والاختلاف بين هذه المفاهيم عن طريق المقارنة بين الزواج العرفي والزواج الرسمي من جهة (الفرع الأول)، و بين الزواج العرفي و الزواج السري من جهة ثانية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقارنة بين الزواج العرفي والزواج الرسمي.

[1] جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الميزان الإسلامي، مراجعة علي أحمد عبد العال، الطهطاوي، الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص96.

عرف الفقهاء الزواج العرفي بأنه الزواج الذي يتوافر على ركن (الرضا المتمثل في صيغة الإيجاب والقبول بين القابلين على الزواج) وشروط (الأهلية، الصداق، الولي الشهود وانعدام الموانع الشرعية) غير أنه لم يوثق في الدوائر الحكومية، إنه غالبا عقدا شفاهيا يتم بين يدي إمام المسجد بحضور جماعة المسلمين (قد يقع أن تكتب فيه ورقة عرفية تتضمن اعترافا بالزوجية).

بالنتيجة لما سبق، إن الزواج الرسمي هو الزواج المكتمل من حيث الأركان والشروط وتم تثبيت صحته في عقد محرر أمام موظف رسمي مؤهلا قانونا لتوثيقها عقود الزواج الأمر الذي يضفي الرسمية على هذا العقد، هنا يكمن الفاصل الجوهري بينهما.

يمكننا استدراك ما سبق على النحو الآتي: يتقارب كل من الزواج العرفي والزواج الرسمي من حيث ضرورة تطابقهما مع أركان الشريعة الإسلامية، إلا أنهما يختلفان من حيث قيمتهما الوضعية[1]التي تتجلى من حيث الآثار و من حيث الحجية.

أولا: من حيث الآثار.

يرتب الزواج العرفي آثارا شرعية تتمثل في وجوب النفقة للزوجة والأبناء الطاعة للزوج وثبوت نسب الأبناء وغيرها من الحقوق، أما من الناحية الرسمية فإن القانون، و إن كان لا ينكره، فهو لا يأخذ بما يترتب عليه من آثار إلا إذا كان مسجلا لدى الجهات المكلفة بتسجيله، أما الزواج الرسمي تترتب عليه كل الآثار الشرعية والقانونية[2].

ثانيا:. من حيث الحجية.

إن الزواج العرفي ولو أثبت بالشهود أو بوثيقة عرفية، فإنه يقبل الطعن فيه كما هو قابل للإنكار. أما الزواج الرسمي فهو وثيقة رسمية مسلمة من أجهزة الدولة لا تقبل الإنكار ولا يجوز الطعن فيها بحال، وبها يثبت الزواج قطعا غير أنه يقبل الطعن بالتزوير.

ثالثا: . من حيث سماع الدعوى.

[1] بمعنى القانون الوضعي

[2] أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، ط 2، الأردن، 2005، ص132

لا تسمع دعوى الزواج العرفي سواء تعلقت بذات الزوج أو الآثار المترتبة عليه: دعاوى النفقة، أو الميراث، أو الطلاق، في حين تسمع دعوى الزواج الرسمي أو أي حق مترتب عليه أمام المحاكم وهو يضمن حقوق الزوجة والأولاد.

نصل هكذا إلى أن الزواج العرفي، وإن كان مكتمل الأركان الشرعية، فهو مع ذلك لا يضمن حقوق المرأة والأولاد خاصة في حالة الإنكار، خاصة وأن التوثيق أصبح من تنظيمات الدولة، وقد أوجبه ولي الأمر وطاعته واجبة، ومخالفته تكون إثما .

الفرع الثاني: المقارنة بين الزواج العرفي والزواج السري

قد يتداخل الزواج العرفي والزواج السري تداخلا كبيرا بحيث يخفي على بعض أهل العلم تبين الحد الفاصل بينهما، وقد يدخل بعض الباحثين زواج السر في الزواج العرفي، فيفتح هذا التوجه باب شر كبير، وهذا خطأ وغلط في **أولا**:المفهوم فالزواج العرفي غير الزواج السري.

فالزواج العرفي زواج صحيح مكتمل الأركان والشروط لكن ينقصه التوثيق لدى المصالح الرسمية وهو زواج صحيح شرعا غير معترف بآثاره قانونا.

ثانيا:أما الزواج السري فهو ما يتم بدون شهود وبدون ولي وشهود مع التواصي بالكتمان إذ تغلب عليه السرية، وهو باطل شرعا وعند عامة العلماء.

وهذا ما أكده الدكتور فرج زهران الدمرداس في مقال له بعنوان "الزواج العرفي" حيث يتكلم عن الزواج السري فيقول: «إن تسمية هذا النوع من الزواج باسم الزواج العرفي، تسمية غير صحيحة ولا تتفق مع الحقيقة والواقع لأن معنى كون الشيء عرفيا أن الناس قد تعارفوا عليه وارتضوه ولم يألفوه بحيث أنه إذا أطلق لفظ الزواج فإنه لا ينصرف ولا يعني إلا شيئا واحد عند العامة والخاصة، وهو الزواج الذي يحضره الولي ويدعو إليه القريب والبعيد [...] فإن هذه التسمية خاطئة وغير صحيحة، وليكن الاسم صحيح والمناسب له هو الزواج غير العرفي»[1].

فالزواج العرفي يتم برضا الزوجين، وحضور الولي، وشهادة الشهود، ويتم فيه الإعلان غير أنه لم يسجل في

[1] فرح زهران الدمرداس، الزواج العرفي، من منظور شرعي ، مجلة الأمواج، ع 01، الإسكندرية، الموقع:www.amwague

سجلات الرسمية وهو زواج صحيح شرعا.

وزواج السر فهو نوعان زواج يتم بإيجاب و قبول من الرجل والمرأة من غير حضور الشهود و الولي ولا يكون في إعلان وهو زواج باطل بإجماع الفقهاء وهو من جنس السفاح قال ابن تميمة « ولا نكاح السر من جنس ذوات الأخدان»[1].

فالفرق بينهما هو وجود السرية والرغبة في الكتمان وعدم الظهور، أما الزواج العرفي فيه الإشهار والإعلان ويشتهر بين الناس.

فيعترف القانون بالزواج العرفي، ويلزم إثباته في وثيقة رسمية حتى يرتب أثارهالشرعية القانونية.

فزواج السر أشبه بزواج المتعة ولا يعتد به القانون وهو في حكم الزنا، والمقصود منه الاستمتاع بعيدا عن رقابة المجتمع والقانون والقيم الدينية [2].

المبحث الثاني : إثبات عقد الزواج العرفي شرعا وقانونا :

إن عملية إثبات الزواج العرفي تتطلب الكثير من المراحل القانونية نص عليها التشريع الجزائري والقوانين الوضعية الأخرى .

لكن لإثبات هذا الزواج العرفي لا بد من التطرق إلى الأدلة التي جاءت في شريعتنا الإسلامية والقوانين الخاصة بطرق الإثبات لاسيما المنصوص عليها في القانون المدني وما يطبقه القضاء.

وللتطرق إلى قانون الإثبات وكيف نظم المشرع الجزائري هذه العملية لا بد من اللجوء إلى عدة مطالب أساسية للوصول إلى الهدف الرئيسي من هذا المبحث وهذه المطالب تكون على النحو الآتي:

المطلب الأول : الإقرار

وسوف نتناول في هذا المطلب تعريف الاقرار لغة واصطلاحا وقانونا وسوف نتطرق إلى عدة فروع من بينها:

الفرع الأول: تعريف الإقرار لغة.

أولا:" الإقرار لغة معناه وضع الشيء في قراره. أو إثبات ما كان متزلزلا أو مترددا بين الثبوت والجهود، أو

[1] ابن تيمية، أحكام الزواج، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، (دط)، بيروت، لبنان، 1996، ص165

[2] أحمد الشرباصي، الموسوعة الشرباصية في الخطب المنبرية، دار الجيل، (دط)، ص 59.

الإذعان والاعتراف بالحق. أما في الشريعة الإسلامية فيقصد به إخبار الإنسان عن ثبوت الحق للغير على نفسه "[1] وكذلك يمكن تعريفه على أنه اعتراف شخص بحق عليه للآخر بحكم تسويته مع الطرف الآخر.

يشترط من المقر:

1- أن يكون عاقلا بالغا فلا يقبل الإقرار من مجنون أو معتوه.

2- أن يكون خالص الإدارة من دون إكراه يكون في يقظة فلا يقبل إقرار السكران، أن يكون المقر غير هازل وألا يكون متهما في إقرار .

3- أما المقر له : فيشترط فيه أن يكون معلوما ومحددا تحديدا كافيا، أن تصدق المرأة الرجل في إقرار حال كونه المقر والعكس بالعكس.

4- أن تكون الزوجة حلا للزوج في حال كان هو المقر.

5- وأن يكون الزوج حلا للمرأة إذا كانت هي المقرة .

6- الشروط الواجب توافرها في المقر به، أن تكون الزوجة علاقة قائمة بين الطرفين ، لذا يجب أن يكون الزواج ممكنا بين المقر والمقر له، أي لا يكون الزوج متزوج من امرأة محرمة عليه تحريما مؤيدا أو مؤقتا . -

-وقد نصت المادة 341 من قانون المدني الجزائري على أن :

" الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة "[2].

من خلال هذه المادة نستنتج أن الإقرار هو قيام الخصم بالاعتراف أمام القاضي على الواقعة القانونية .

مثال: هو أن يقف الزوج أمام القاضي وأن يقول ويعترف أنه هذه الزوجة بمثابة زوجته فالاعتراف هو سيد الأدلة فهذا النوع من الإقرار هو الإقرار القضائي .

والإقرار الغير القضائي لم يتطرق له المشرع الجزائري صراحة وهو الذي لم يتم أمام القضاء كأن هذه المرأة بمثابة

[1] عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 196.

[2] المادة 341 من القانون المدني الجزائري، أنظر: بالعروسي أحمد التجاني القانون المدني، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 101.

زوجته لكن شريطة أن يكون هذا الإقرار خارج المحكمة سواء أكان هذا الإقرار بالكتابة أو شفويا فهو يخضع للسلطة التقديرية للقاضي .

ويكون الإقرار الغير قضائي في حالة تحرير الموثق لما يسمى بناءا على طلب أحد الزوجين بتحرير وثيقة عقد الزواج.

أما الشريعة الإسلامية فاعتبرت الإقرار وسيلة كافية لإثبات واقعة الزواج العرفي فإذا رفض أحد الطرفين الإقرار يتم الاتجاه إلى البيئة وإذا تم العجز بالبينة في الإثبات وسنقوم بإجراء اليمين " فاليمين على من أنكر والبينة على من أدعى " .

الإقرار عبارة عن إثبات الشيء أي جعله ذا قرار وثبات سواء أكان هذا الإثبات بالقول أو بالفعل، غاية الأمر حجية ظواهر الأقوال ومعلومته وعليه بناء العقلاء وسيرتهم سواء كان المراد مدلولا مطابقا للفظ، أو مدلولا التزاميا، وأما الأفعال فليست كذلك فلا بد أن يكون الفعل الذي يتحقق به الإقرار صريحا فيه، ولا يكون ذا وجوه بحيث أن العرف يرى أنه أقر وأعترف بما ادعاه المدعي [1].

ثانيا: فالزواج العرفي يثبت بالإقرار وهو إدلاء أحد الزوجين أمام القاضي بثبوت هذا الزواج أي بالقول وهو أن تقول الزوجة أمام المحكمة أن هذا السيد المسمى فان بن فلان أنه يعتبر في مثابة زوجي وقد تزوج ب: تاريخ والإقرار للزوجية إما أن يكون إقرار ثابت من طرف الزوج أو الزوجة وهو الذي يعتبر في الشرع والقانون يسد الأدلة ويجب أن تكون هذه الأقوال الصادرة من الطرفين ذو حجية قوية ويقبلها القاضي لأن القاضي خول له القانون سلطة تقديرية لتصديق هذه الأقوال في حدود القانون لأن العرف والشرع والقانون يدلي بما أقر واعترف به كلا من الزوجين وهذا بحجة إثبات الزواج العرفي

. الفرع الثاني :تعريف الاقرار اضطلاحا:

أولا: الاقرار هو اعتراف شخص بحق عليه تجاه الآخر ،سواء قصد ترتيب هذه الحق في ذمته أو الم يقصد، فلا يكون إقرارا إنشاء الشخص الحق في ذمته بتصرف قانوني أو بواقعة قانونية ، كالمشتري يلتزم بدفع الثمن وكمن

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2004، ص 432/433

يرتكب عملا غير مشروع يلتزم بالتعويض، ذلك أن إنشاء الحق غير الإعتراف به .[1]

إذن فيعتبر الإقرار من أهم طرق لإثبات وأسرعها لوضوح القضاء، وكما نص الفقهاء على الإقرار على أنه وسيلة للإثبات حق الغير كما أنه إقرار بالذنب على النفس قليل ويندر حدوثه .

وعليه فإن دعوى إثبات الزواج العرفي عند الإقرار به لكن يجب توافير الشروط والأركان الإجراءات إبرام العقد.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 342 من القانون المدني على أن " الإقرار حجة قاطعة على المقر"[2].

إذن الإقرار حجة قاطعة على المقر أي أن يعترف الخصم أمام القاضي ويؤخذ إقراره، واعترافه وإقراره تنصرف آثاره إلى الخلف الخاص والعام .

-ولقد نصت المادة 40 قا أج " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا لمواد 32-33-34 من هذا القانون -يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب "[3]

ثانيا: يعتبر الزواج العرفي زواجا صحيح ومستوفيا لجميع شروطه وأركانه لكن ينقصه عنصر مهم ألا وهو إجراء التسجيل والإثبات .

فتسجيل الزواج العرفي وليتمكن كلا من الزوجين من إثبات زواجها أولا لا بد من إحضار الوثائق الثبوتية المطلوبة للقيام بعملية التسجيل ضمن مصالح الحالة المدنية . فإذا كان الزواج عرفيا وتم اتصال جسماني بين الزوج والزوجة وتمت عملية الولادة بإنجاب طفل فإن هذا الولد لا يستطيع حمل لقب أبيه لأن عقد زواج عرفي ونسب هذا الطفل لأمه والسبب الرئيسي هو عدم وجود وثيقة رسمية تثبت هذا الزواج لأنه زواج عرفي .

إن دعوى إثبات النسب لا يمكن أن تكون صحيحة أو مقبولة إلا بعد أجراء اثبات الزواج العرفي، فيكون دعوى اثبات النسب دعوى تبعية لدعوى إثبات الزواج العرفي فهنا القاضي يقوم بالفصل بين الدعويين فيقوم بإجراءات إثبات دعوي الزواج العرفي أولا ثم يليها إجراء إثبات دعوي النسب وذلك لأن المشرع الجزائري وحرصا على تنظيم

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2004، ص 432/433

[2] المادة 342 القانون المدني الجزائري، القانون السالف الذكر ص 102 .

[3] المادة 40 قا أج، مصدر سابق، ص 13.

القضاء فلا يمكن الخلط أو الجمع بين الدعاوي .

وقانون الحالة المدنية الجزائري جاء في نص المادة 62 على أنه لا يمكن أن يكون التصريح على مستوى البلديات إلا من الأب فقط[1].

المطلب الثاني : الشهادة أو البينة :

لقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الشهادة بأنها إخبار الشاهد عما علمه بلفض أشهد أو شهدت ولذلك لا يحل لأحد أن يشهد إلا بعلم، والعلم يحصل بالرؤية أو السماع . ولما للشهادة من أهمية حسب ما جاء في الشريعة الإسلامية فالأخذ بالشهادة من أجل إثبات الزواج فإن القضاء الجزائري قد تتبع منهج شريعتنا الإسلامية واقتفى مسارها وخاصة في مسألة الإشهاد وماله من أهمية في الإثبات بالنسبة للقضاء . إذن فالحديث يقر على أن القول بالحق واجب شرعي ويحذرنا من شهادة الزور لأنها خطرة والرسول في حديثه (الا وشهادة الزور) كررها عليه السلام ثلاثة مرات، هنا يؤكد الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث على ضرورة الشهود للإقرار بالحقيقة والاستبيان بالوقائع الشرعية الصحيحة .

أما التعريف الاصطلاحي للشهادة من الناحية القانونية فهي إخبار القاضي بوقائع قانونية عما وقع أي إخبار شخص في المجلس القضائي أمام القاضي بما شوهد ووقع بالتفصيل " ومن المتطلبات في إثبات عقد الزواج العرفي هي الشهود أو الإشهاد مستكملين

الشروط الشهادة لأن عقد الزواج له خطره ومكانته في الإسلام فكان من الواجب إعلان الناس وإخراجه عن حدود الكتمان وقد دل على ذلك قوله: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[2]

ويشترط في الشهادة العقل والبلوغ والحرية المطلقة فإثبات الزواج العرفي يجب أن يكون فيه الشهود لسماع إقرارهم وما شوهد من طرفهم والسماع هو الحضور أمام القاضي بالضرورة لأن الذي يشهد يكون حاضرا طبعا.

– وللشهادة مفهومان:

[1] المادة 62 من قانون الحالة المدنية، مصدر سابق.

[2] ابن الشويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر الطبعة الأولى 2008 ص81

– **أولا المفهوم الواسع**: وهو أن يشمل جميع الأدلة والوقائع القانونية سواء أكان بالكتابة أو بالإشارة أو شفاهة .

– **ثانيا المفهوم الضيق** : وبمعنى المفهوم الخاص الذي نقصد به شهادة الشهود .

من خلال الآية الكريمة قوله سبحانه وتعالى (**واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا مادعوا ولاتسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله**)[1] فلا تصح شهادة النسوة لوحدهن .

إن أداء الشهادة من الواجبات الاجتماعية المفروضة على الأفراد والتي تستهدف الحصول على أقوالهم إظهارا للحق وخدمة للعدالة في تسهيل مهمة المحكمة في الفصل في المنازعات المعروضة أمامها بل أن الالتزام بالشهادة التزام قضت به الشرائع السماوية[2].

– ولقد اتفق الفقهاء على أن، عدم صحة الشهادة من النساء لوحدهن مهما كان العدد فلا بد من إرفاق الرجال معهن

– ولم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لهذه المسألة فاكتفي في المادة التاسعة مكرر المعدلة بذكر شاهدين دون تحديد هل من الذكور فقط، أم يصح من الذكور والإناث ولعله أغفل هذا بسبب الأعراف في الجزائر لا تسمح بشهادة النساء في عقود الزواج ولقد نص القانون الإماراتي في المادة 48 على أنه :

1– يشترط لصحة الزواج حضور شاهدين رجلين بالغين عاقلين سامعين كلام المتعاقدين، فاهمين المقصود من الزواج .

2– يشترط إسلام الشاهدين، ويكفي عند الضرورة بشهادة كتابيين في الزواج المسلم بكتابية[3].

والشروط المطلوبة في الشهود تكون كالآتي :

– **عدد الشهود** : لقد اشترط الجمهور أن يكون عقد الزواج بشاهدين فالشهود على العقود كل العقود لا يطلب

[1] – سورة البقرة، الآية 281.

[2] د عباس العبودي، (شرح أحكام قانون الإثبات المدني) ، نفس المرجع السابق، ص 197.

[3] ابن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، نفس المرجع السابق نفس المرجع السابق، ص83

أكثر من اثنين بالإضافة إلى الأحاديث التي اشترطت وجود شاهدين فلا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل فالعدد المطلوب في الشهود هو اثنان[1] .

- والشروط المطلوبة في الشاهدين هو :

- أن يكون الشاهدان على عقد النكاح ذكرين .

- توافر العقل والبلوغ والإسلام والحرية فيهما.

– العدالة : النكاح ينعقد بشاهدي عدل مشهورين بالعدالة والثيقة لم يسبق أن تعرض لكذب في الوقت الحالي، هي أن تكون صحيفة السوابق العدلية نظيفة.

– البصر : اتفق الجمهور على جواز شهادة الأعمى في إثبات عقد الزواج العرفي، يميز بين المشهود له والمشهود عليه بنغمة الصوت

– سماع وفهم كلام المتعاقدين : يشترط في الشهود أن يسمعوا ويفهموا كلام المتعاقدين ولذا فيشترط السمع والنطق في الشاهد ويشترط فيه كذلك أن يكونا صاحيا ولا نائما، لأن الأخرس والأصم والنائم ليسوا أهل أداء الشهادة ولا تحملها [2].

هنا الزوج والزوجة يجب أن يلجأ للقضاء لتثبيت هذا الزواج قبل تسجيله لدى مصالح الحالة المدنية والزوج في هذه الحالة يرفع الدعوى ضد زوجته بحضور السيد وكيل الجمهورية يطالب فيها بتثبيت الزواج العرفي بأثر رجعي يسري من تاريخ الفاتحة وهذا من الناحية القانونية لكي تقبل الدعوى يجب دفع شهادات ميلاد أصلية للمدعي والمدعى عليها التي هي الزوجة بالإضافة إلى شهادة عدم التسجيل الزواج تستخرج من مصالح الحالة المدنية للبلدية تدفع في الملف مع تكليف الزوجة بطريقة قانونية عن طريق المحضر القضائي.

فالزوجة في أول جلسة تقر مقال بالموافقة على طلبات الزوج بتثبيت عقد الزواج العرفي مع الأمر بتسجيله لدى مصالح

[1] محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية (شرح مقارن للقانون الأحوال الشخصية)، عمان الأردن، طبعة 2008، ص67/66

[2] محمد سمارة، نفس المرجع السابق، ص 67-68-69 .

الحالة المدنية.

المحكمة تجري تحقيقا باستدعاء الشهود وولي الزوجة والمدعي الذي هو الزوج والمدعية التي هي الزوجة بعد ذلك تصدر المحكمة حكم حضوري تثبيت الزواج العرفي بأثر رجعي يسري من تاريخ ووقوعه بعد استخراج الحكم الحضوري ويجب أن يبلغ بطريقة قانونية للزوجة ووكيل الجمهورية باعتباره طرف أصلي في النزاع بعد انتظار آجال الطعن

بالمعارضة الاستئناف يتم استخراج شهادة عدم المعارضة وشهادة عدم الاستئناف وشهادة الطعن بالنقض من المحكمة بعد ذلك يعود إلى المحكمة لاستخراج الصيغة التنفيذية يأخذها مباشرة لدى مصالح الحالة المدنية مرفوقة بشهادات الميلاد للمدعي والمدعى عليها ويتم تثبيت الزواج ومن ثم استخراج الدفتر العائلي للزوجين .

غير أن المشرع الجزائري قد سمح بصفة استثنائية سماع دعوي الزوجية، واعتماد البينة الشرعية في إثباتها، ويكون ذلك باللجوء إلى المحكمة من أجل استصدار حكم قضائي، لإثبات عقد الزواج إذا توافرت أركانه وشروطه وفقا للمادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري (المادة 22 قاأج والمادة 40 قانون الحالة المدنية)، ومن ثم يسجل مضمون هذا الحكم في سجلات الحالة المدنية وفقا للأشكال التي يتطلبها قانون الحالة المدنية (المواد 40 و58 وما بعدها من قانون الحالة المدنية) ونلاحظ بأن المادة2/2 من قانون الأسرة المعدلة عام 2005 نصت على تفعيل دور النيابة العامة، حفاظا على قدسية الزواج، بضرورة تسجيله في الحالة المدنية حتى لا يبقى عرفيا رغم تثبيته بحكم قضائي [1]

المشرع الجزائري كان صريحا عندما أدلى بضرورة اللجوء إلى المحكمة لكل من الزوجين عندما يقع نزاع في إثبات عقد الزواج العرفي بحكم قضائي، وذلك وفق الإجراءات والكيفية القانونية المنصوص عليها في المادة 22 قاأج والمادة 40 قاأج م وذلك من أجل استصدار حكم قضائي يثبت عقد الزواج العرفي . ثم بعد عملية الإجراء القانوني في استصدار الحكم تليها عملية التسجيل وعلى إثر وثائق وسجلات الحالة المدنية وهذا طبقا لما جاء في المواد 40 و58 من قانون الحالة المدنية . وقد جعلت المحكمة العليا حضور الشاهدين من أركان عقد الزواج

[1] الحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعمة بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن – الطبعة الأولى سنة 2012 ص 352-353

الأساسية، ومن ثم فإنه يمكن إثبات الزواج بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين كما أنه تجوز إثبات عقد الزواج في الحالة وفاة أحد الزوجين على أساس شهادة الشهود الذين يؤكدون صحة انعقاده وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، غير أن أقوال الشاهدين المتناقصة لا يمكن أن تنتج عنها صحة الزواج وأن اعتمادها هو طرق لأحكام القانون .[1]

جاء في قرار المحكمة العليا على أنه يجب في إثبات عقد الزواج العرفي حضور الشهود التي تعتبر من أركان الزواج الأساسية، وعليه فإن سماع الشهود في الإثبات لهذا العقد أمام القاضي الذين يثبتون بسماع الإدلاء بشهاداتهم على أنهم على علم أن هذين الزوجين قد تزوجوا بتاريخ كذا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية الشهود هو وسيلة وقرينة الإثبات هذا العقد أمام القضاء ففي هذه الحالة يقوم القاضي باستصدار حكم قضائي يؤكد فيه بإتمام هذا العقد ويصبح هذا العقد زواجا رسميا وفق التنظيمات المعمول بها قانونا ومما يترتب عليه من آثار قانونية إيجابية في صالح الزوجين والأولاد وخاصة الزوجة التي يمكن أن تكون لها الحق في النفقة والميراث ....إلخ.

إذا كان من المبادئ الشرعية السائدة شرعا وقضاءا، أ إثبات عقد الزواج العرفي في حالة وفاة أحد الزوجين يكون مؤسسا على شهادة الشهود الإسلامية، وأن الاكتفاء بشهادة ثلاثة أشخاص كان أفضل من شهد منهم أنه حضر الفاتحة، فهي شهادة في غاية من الإجمال وليست مما يثبت بها عقد الزواج، إذا ما كانت شهادة الآخرين أضعف منها، فإن الإثبات بالبينة على هذا النحو لا يكفي وحده، إلا مع يمين المدعية، لذلك يستوجب نقض قرار القاضي بإثبات عقد زواج المدعية بشخص متوفيا تأسيسا على شهادة ثلاثة أشخاص ليست كافية لهذا الإثبات ودون الحليف المدعية اليمين[2] .

وما يمكن استخلاصه من هذا أن الشريعة الإسلامية تعتمد على كل من الإقرار والشهادة أو البينة أو اليمين في إثبات واقعة الزواج العرفي أما القضاء الجزائري فهو يعتد شهادة الشهود أولا .

[1] بلحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الجزء الأول – ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة – سنة 2004 – ص 132 .

[2] المجلة القضائية العدد (1) سنة 1989 ملف رقم 37501 قرار بتاريخ 1985/09/23

أما اليمين فيلجأ إليها لتأكيد شهادة الشهود، أما الإقرار القضائي فلا يعتد به إطلاقا عكس الإقرار الغير قضائي الذي يتم التصريح به أمام الموثق والذي يعتد به في إثبات واقعة الزواج العرفي .

المطلب الرابع : الإنكار للزوجية

اذا كان من المبادئ الشرعية السائدة فقها وقضاءا أن اثبات عقد الزواج في حالة وفاتها أحد الزوجين يكون مؤسسا على شهادة الشهود يؤكدون صحت انعقاده وفقا لتعاليم الشريعة الاسلامية وتن الاكتفاء بشهادة ثلاثة أشخاص كان أفضل شهد منهم أنه حضر الفاتحة فهي في غاية من الاجمال وليست مما ثبت بها عقد الزواج اذا ما كانت شهادة الآخرين أضعف منها، فإن الإثبات بالبينة على هذا النحو لا يكفي وحده إلا مع يمين المدعية، لذلك فإنه يستوجب نقضى القرار القاضي بإثبات عقد زواج المدعية بشخص متوفي تأسيسا على شهادة ثلاثة أشخاص ليست كافية لهذا الاثبات ودون تحليف المدعية

– هناك حالة لإنكار للزوجية : أي يدلي أحد الزوجين وينكر هذا الزواج بالإنكار وهو أي يقول الزوج في المحكمة أمام القاضي أن هذه ليست زوجتي للتهرب من إثبات عقد الزواج .

إن هذا موضوع إنكار الزوجية يعتبر من أصعب قضايا الأحوال الشخصية لإثبات عقد الزواج العرفي، وهذا إذا حصل بين الزوجين فالمشرع الجزائري في هذه الحالة جعل وجوب الاقتناء بشهادة الشهود وشهادة الأقارب لكل من الزوجة والزوج للإدلاء بأقوالهم وشهادتهم أمام القاضي .

في أن الإنكار بعد الإقرار لا يسمع ولا أثر له، وذلك من جهة أن الإقرار كما تقدم، أمارة على ثبوت ما أقر به على نفسه ونفوذه في حقه، والإنكار الذي يصدر منه بعد إقراره لا دليل على اعتباره، فوجوده كعدمه، وهذا معنى سماعه أي كلام، ولا أثر له، لكن هذا فيما إذا لم تكن قرينة متصلة أو منفصلة تكون أصالة الظهور فيها حاكمة على أصالة الظهور في طرف ذي القرينة ولذلك لا يكون الاستثناء عما أقر به إنكار بعد الإقرار[1] .

فيتم إثبات الزواج العرفي ويجب أن يكون هذا الزواج مستوفي جميع الشروط القانونية المذكورة في المادة 09 قأج، مباشرة بعد عملية إنكار الزوجية وطبقا لما جاء في النصوص التنظيمية والشريعة الإسلامية فإن من المتفق

[1] امحمد حسن البجوردي، القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص60

عليه بين علماء الشرع والقانون بأن ظاهرة الإنكار للزواج العرفي لا تسمع ولا أثر لها في محتويات إثبات العقد وذلك من جهة أن الإقرار مما تقدم به أحد الزوجين يعتبر أمارة وحجة على ما أقر به على نفسه . والإنكار الذي يصدر بعد الإقرار لا حجة ولا دليل على الإثبات إذن يكون الإقرار أقوى حجة قولية والإنكار للزوجية يعتبر من وجوده من عدمه أصلا في قضية إثبات الزواج العرفي ولذلك لا يكون الذي أقر به أحد أطراف عقد الزواج العرفي إنكارا لأن عملية الإنكار بعد الإقرار ليست حجة وقرينة قاطعة فهنا نطبق قاعدة قوية البينة على المدعي واليمين على من أنكر إذا المقصود بالإنكار هنا هو إنكار الزوجية الذي يحصل في مجلس القضاء أي بمعنى إذا رفعت دعوى الزوجية أو الإقرار بها وحضر الخصم أمام المحكمة وأنكر الزوجية فهنا الدعوى لا تسمع ولكن عدم حضوره لا يعد إنكارا إذا لا يمكن أن ينسب له قول ما، أما إذا حضر الخصم وسكت، فإن وفقا وما استقر عليه الفقه في هذه الحالة[1] .

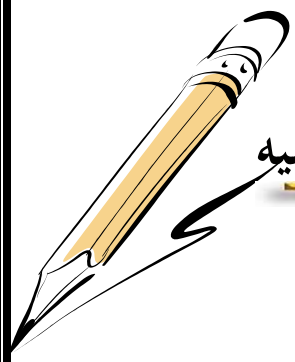
والخلاصة هو يلزم أن يكون الإنكار صريحا أم ضمنيا ؟

فيكون الإنكار صريحا، إذا حضر الخصم ودفع بعدم سماع الدعوى لعدم تقديم المدعي وثيقة زواج رسمية فكان ذلك إنكار منه للزوجية صريحا فهنا يكون الإنكار صريحا . أما الإنكار الضمني : فهو جائز ويعد تقديره من وسائل الوقائع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك محكمة النقض .

[1] ' المؤلف هلال يوسف ابراهيم، أحكام الزواج العرفي، نفس المرجع، ص 55.

الفصل الثاني

إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفى والآثار المترتبة عليه



أن عقد الزواج الذي ينعقد بطريقة رسمية ويكون مستوفيا بجميع الإجراءات الشكلية أي تسجيله في الحالة المدنية فلا يوجد أي اشكال من حيث اثباته اذا يثبت بواسطة استخراج عقد الزواج من سجل الحالة المدنية لاكن الإشكال المطروح يكون في حالة ما إذا تم الزواج وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولكن لم يتم تسجيله (زواج عرفي) فكيف يمكن تسجيله وماهي الإجراءات المنصوص عليها قانونا؟ هذا ما سنتناوله في هذا الفصل

المبحث الأول: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي

والملاحظ أن جميع إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي في معظم القوانين تتم بموجب أوامر قضائية، والدليل على ذلك أن جميعها تكون صادرة عن رئيس المحكمة رغم أن المشرع استعمله لفظي الأمر والحكم معا، إلى حين صدور المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول : تسجيل عقد الزواج العرفي الغير متنازع فيه :

إن الزواج العرفي الذي يكون مستوفيا لجميع أركانه وشروطه منذ عهد الاستعمار كان يخضع لمجموعة من الإجراءات خاضعة للقانون الفرنسي، إلا أنه كان أول قانون في الجزائر قد صدر بتاريخ 1959\02\04 والمتعلق بعقود الزواج، فنظم هذا القانون إجراءات تسجيل عقود الزواج وشروط انحلال هذا العقد .

ثم أكمل باللائحة التنفيذية الصادرة بتاريخ 1959\09\17 وبقرار من وزير العدل ، الصادر بتاريخ 1959\11\14 المتعلق بالمستندات الواجب تقديمها إلى ضابط الحالة المدنية من أجل إبرام عقد الزواج وتسجيلها[1]

-وفي حالة إجراءات إبرام عقد الزواج أن يقوم أطراف العقد بتقديم الوثائق أو المستندات التي يجب تقديمها إلى ضابط الحالة المدنية من أجل إبرام العقد .

ثم ختمت هذه السلسلة من النصوص بالقانون رقم 63 - 224 الصادر بتاريخ 1963\06\29 المتعلق بتحديد سن الزواج ومنع الأزواج من التقاضي أمام محاكم الدولة إذا يقدموا إلى القاضي وثيقة عقد الزواج المسجل أو المقيد في سجلات الحالة المدنية " إن الإشكال الحقيقي في إثبات عقد الزواج العرفي إذا كان هذا الزواج وفق آليات الشريعة الإسلامية ولم يتم تسجيله وفق سجلات الحالة المدنية[2] .

إن قانون الحالة المدنية الوطني قد وضح في المادة 71 منه على أنه " يخص بعقد الزواج ضابط الحالة

[1] عبد العزيز سعد نظام الحالة المدنية في الجزائر نفس المرجع السابق، ص 125

[2] نفس المرجع السابق، ص126

المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج "[1].

حيث نجد أن المشرع الجزائري في المادة 71 من قانون الحالة المدنية يريد التوضيح إلى كل من الزوجين أنه من الضروري تسجيل عقد الزواج داخل دائرة الاختصاص الإقليمي المحل إقامة الزوجين ويختص كل من القاضي وضابط الحالة المدنية فالمادة 71 لإجراء التسجيل فيما يخص إقامة أحد الزوجين الذي حددها بشهر واحد من تاريخ سريان العقد .

"لقد نصت المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر رقم 05 \02 لسنة 2005 على أنه يثبت الزواج المستخرج من سجل الحالة المدنية ، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي ثم نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ، وعليه فإن عقد الزواج الذي يقوم بتحريره وتسجيله الموثق أو ضابط الحالة المدنية (المواد 18 و21 من قانون الأسرة الجزائري ومن 71 إلى 77 من قانون الحالة المدنية) فهو الوثيقة الرسمية أو الوسيلة الأصلية الأساسية الإثبات الزوجية .[2]

فالمشرع الجزائري أدلى وفق قانون الأسرة الجزائري وقانون الحالة المدنية في المواد المذكورة أعلاه وفصل كيفية الإثبات وإجراءات التسجيل سواء أكان أمام الموثق أو أمام ضابط الحالة المدنية التابع لمحل إقامة دائرة الاختصاص وذلك طبعا بسعي من النيابة العامة .

لقد تدخل المشرع الجزائري عن طريق سلسلة من القوانين أساسها مبدأ التدرج وهدفها الوظيفة التربوية وبكل مرونة وسهولة لإشعار المجتمع الجزائري بأهمية كتابة وتسجيل عقد الزواج وذلك تفاديا للتنازع في الزوجية والتناكر فيها، كما أنه حاول إدخال نظام تسجيل عقود الزواج السابقة أو المغفلة في سجلات الحالة المدنية ضمن قواعد النظام العام الجزائري، وكذا في ضوء احترام العادات والأعراف الاجتماعية. وفي هذا السياق ،نجد المرسوم 62\ 126 المؤرخ في 13\12\1962 المتعلق بالحالة المدنية، والذي نص خاصة على ضرورة تسجيل كل عقود الزواج

[1] المادة 71 قانون الحالة المدنية الجزائري، القانون السالف الذكر.

[2] بلحاج العربي (أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات) نفس المرجع السالف ذكره، ص352

التي أبرمت أثناء حرب التحرير في سجلات الحالة المدنية [1].

المشرع الجزائري ركز على أهمية تسجيل وكتابة عقود الزواج العرفية وذلك للابتعاد عن المنازعات الشخصية للزوجين وظهور دعوي الإنكار لما تبديه هذه الأخيرة من زيادة التعقيد في الفصل في النزاع بالنسبة للقضاء ويجب على كل من الزوجين اللجوء أو التوجه إلى مصالح الحالة المدنية للتمكن من كتابة وتسجيل هذا الزواج العرفي وذلك ضمن احترام قواعد النظام العام .

ونجد أيضا المادة 72 من قانون الحالة المدنية تنص على أنه " إذا وقع انعقاد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية فإنه يسجل عقد الزواج في سجلاته حال إتمامه أمامه يسلم إلى الزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج "[2]

فالمشرع الجزائري في المادة 72 من قانون الحالة المدنية أدلى على أنه إذا وقع عقد زواج أمام المصالح المختصة قانونا ألا وهو ضابط الحالة المدنية ، فعليه أن يسجل هذا العقد في وثائق الحالة المدنية أو سجلاته حال إتمام إجراءات هذا العقد وما يتطلبه طبقا من أركان وشروط قانونية ثم بعد ذلك يكلف ضابط الحالة المدنية بعد إتمام إجراءات عقد الزواج يقوم بتسليم الدفتر العائلي وهذا الأخير الذي يعتبر وسيلة إثبات هذا الزواج .

وكذلك فقانون الأسرة الجزائري كان صريحا في المادة 18 التي تنص " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون ".[3]

فالمشرع الجزائري في المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري أراد أن يوضح الطريقة القانونية لإبرام هذا العقد وأراد تبيان الكيفية ويجب أن يكون إبرام العقد أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا .

لقد وفق المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري وهذا ضمن ما جاء في نص المادة 22 قا أج د يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي ، ويجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة .[4]

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص357

[2] المادة 72 من قانون الحالة المدنية، القانون السالف الذكر.

[3] المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري، القانون السالف الذكر.

[4] المادة 22 من نفس المرجع، القانون السالف الذكر.

وطبقا لما جاء في المادة 22 قا أج فإن الزواج العرفي يتم إثباته وفق أطر قانونية منصوص عليها في هذه المادة فيجب إثبات عقد الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ولكن الإشكال الذي يطرح نفسه هو انعقاد الزواج عرفيا ويكون مستوفيا لجميع الأركان الشرعية المنصوص عليها في هذه المادة ."

التسجيل أمام الموثق أو البلدية لا يتم إلا قبل الدخول لإعطاء العقد المبرم صورة شكلية الإثبات الواقعة المادية للزواج (م 18 و21قا أج) فإن حصل الدخول بالزوجة ، أو أبرم عقد الزواج بالفاتحة بين يدي جماعة من المسلمين) فإنه طبقا للمادة 22 قا أج لابد من اللجوء إلى المحكمة، وتقديم الأدلة والحجج والبيانات التي تؤكد قيام عقد الزواج بجميع الشروط، وبعد صدور حكم المحكمة يرسل كاتب الضبط نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها عقد الزواج ليقوم بتسجيله في سجل الحالة المدنية .[1]

وتطبيقا لأحكام المادة 39 من قانون الحالة المدنية والمادة 18 و 21 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 22 (قاج) . – إن الجهة المختصة بالنظر في طلبات تثبيت الزواج هي محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي كانت يمكن تسجيلها فيها . وبعد إعداد الموثق للإقرار بالزواج يمكن لأحد الزوجين أن يرفع طلبا إلى رئيس المحكمة عن طريق تقديم عريضة بدون مصاريف ويجب أن يكون طلب العريضة مكتوبا على ورقة عادية ويوجه إلى وكيل الجمهورية ويكون مرفقا بالوثائق المتمثلة في شهادة ميلاد كل من الزوج والزوجة شهادة عدم التسجيل للزواج بالحالة المدنية، شهادة عزوبية بالنسبة للزوجين، وشهادة طبية بحمل أو عدم حمل الزوجة نسخة من بطاقة التعريف لكل من الزوج والزوجة، وثيقة الإقرار بالزواج وبعد تكوين الملف وإيداعه يقوم وكيل الجمهورية باستدعاء الأطراف وسماع الشهود والتأكيد من صحة الوثائق المقدمة .

وإذا كان الزواج قد تم بتوافر الأركان والشروط وكان غير مسجل فيتم قبول الطلب إلى وكيل الجمهورية بنفس الإجراءات السابقة يصدر رئيس المحكمة أمرا بتسجيله ضمن سجلات الحالة المدنية .

أما في حالة تسجيل الزواج الغير متنازع فيه والمبرم خارج الوطن، بالرجوع إلى نص المادة 99 من قانون الحالة المدنية حيث تنص المادة 99 من قانون الحالة المدنية " إذا لم يسجل العقد بسبب عدم التصريح فإنه إما

[1] د بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 136

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

أما لإجراءات التسجيل يتم تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا أو ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية لدى محكمة الجزائر العاصمة على أن يرفق الطلب بشهادة ميلاد الزوجين وشهادة شاهدين بالغير عاقلين ممن حضرا مجلس العقد أو حفل الزواج

ويتولى وكيل الجمهورية لدى المحكمة بإعداد عريضة يقدمها إلى رئيس نفس المحكمة بعد إجراء التحقيقات اللازمة والمشار إليها سابقا ، يقرر هذا الأخير إصدار أمر بتسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية للقنصلية أو السفارة الجزائرية أين يتولى وكيل الجمهورية بنفس المحكمة إرسال نسخة من الأمر إلى وزارة الشؤون الخارجية وهذا ما جاء في نص المادة 60 من قا أج م والذي جاء فيها :

إذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامشة التبيان قد حرر أو سجل في الخارج فإن ضابط الحالة المدنية الذي حرر سجل العقد الواجب قيده ويقوم بإشعاره لوزير الشؤون الخارجية خلال ثلاثة أيام .[2]

وبعد التوضيح المفصل لإجراءات عقد الزواج العرفي الغير متنازع فيه الآن سوف ننتقل إلى المطلب الثاني ألا وهو إجراءات التسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه.

المطلب الثاني: تسجيل عقد الزواج المتنازع فيه

من المستقر عليه قضاءا، أنه في حالته ما إذا وقع نزاع بين الزوجين هذا النزاع وطالت مدته، فطرف يدعى بقيام ازوجية الطرف الثاني ينفي قيام الزوجية ويزعم نفيها وعدم وجودها أصلا وقام بعملية الطعن ضد الآخر الزوج – فهنا السؤال الذي يطرح هو كيف يتم حل هذا النزاع؟

فأول أجراء قانوني يقوم به الطرف الذي يدعي بالزواج هو رفع دعوى قضائية لإثبات الزواج أمام الجهة القضائية المختصة إقليميا. والهدف من ذلك هو التمكن أمام القضاء الإثبات الزواج لكي تحكم القاضي بإثباته

[1] المادة 99 من قانون الحالة المدنية، القانون السالف الذكر.

[2] المادة 60 م قانون الحالة المدنية، مرجع سابق.

باستصدار حكم قضائي في صالحه.

ولقد جاء في النصوص القانونية ما يثبت ذلك وخاصته ما جاء في المادة 21 وتطبق أحكام قانوني الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج.

لم يتضمن قانون الأسرة أحكاما تفصيلية بشأن إجراءات تسجيل عقد الزواج وبالتالي يجب الرجوع إلى أحكام الحالة المدنية لا سيما الأمر رقم70/20 المؤرخ في19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتهم ومختلف النصوص التطبيقية لها.[1]

ففي حالة تكون نصدر عندما لا يكون عقد الزواج مسج بسجل اختل فيه عنصر الرسمية، فهنا لا بد لإثباته من صدور حكم قضائي بعد التأكد من توافر أركان الزواج وشروطه، وهذا بطلب من الزجين أو أحدهما أو بطلب من النيابة العلمة ولكون الزواج من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وهي من النظام العام، أوجب المشرع أي تتم تسجيل حكم أو أمر تثبيت الزواج فيه الحالة المدنية بسعي هي النيابة العامة بأن ترسل هذه الأخيرة نسخته منه إلى ضابط الحالة المدنية تأمره فيها بالتسجيل تنفيذا لما جاء في الحكم أو الأمر مع اتنويه بأن هذا الأخير قابل للطعن فيه بالاستئناف.[2] .

وقد جاء في المادة 22/من قانون الأسرة، ففي حالة عدم التسجيل يثبت بحكم إذا توافرت جميع الأركان والشروط وفق القانون ويتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية.[3]

حيث ترفع دعوى إثبات عقد الزواج لا تختلف عن غيرها من الدعاوي المدنية الأخرى من حيث ما يتعلق بإجراءات رفع الدعوى ومن حيث ا يتعلق بأهلية المتنازعين وفاتهم فدعوى إثبات الزواج العرفي من دعاوي الأحوال الشخصية التي تتعلق بالنزاعات الناشئة بين أفراد الأسرة الواحدة بدءا من الزوجين إلى الأصول إلى الفروع وهي دعوى تقريرية يطلب فيها المدعي تقرير وجود حق أو مركز قانوني دون إلزام الخصم بأداء معين.

[1] ' الحسين بن الشيخ أت ملويا – المرشد في قانون الأسرة مدعمة اجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من 1982 إلى سنة 2014 – دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر 2014، ص63.

[2] الحسين بن الشيخ أل ملويا، نفس المرجع، ص 64-65

[3] المادة 22 من قانون الأسرة05/04 نفس القانون السالف الذكر.

وكما جاء في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية: «لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو مصلحة يعتبرها القانون. ويثير القاضي

تلقائيا انعدام الصفة في المديني أو في المدعي عليه كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون».

فالصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء ، وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي ، كما قد يحدث أن يتدخل طرفا أثناء سير الخصوصية، للم يرد ذكره في عريضة افتتاح الدعوى سواء بإرادته لأجل تحقيق مصلحة لفائدة المتدخل، أو بطلب من أحد أو كلا طرفي الخصومة، ولأن موضوع التدخل يتصل بأكثر بأطراف الخصومة، فقد ارتأينا تقديمه خلافا لموضعه في القانون الجديد[1].

كما جاء في المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية. والنظام العام في قضية الزواج العرفي المتنازع فيه هو القاعدة العامة يؤول فيها اختصاص إلى المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه في جميع الدعاوي التي لم ينص فيها على اختصاص محلي خاص ، إذا لم يكن المدعي موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القائية التي يقع في دائرتها نحل إقامته، وهذا حسب ما جاء في نص المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية: « يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية تحت طائلة عد القبول، ويجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول. وتتم المناقشات والمرافعات باللغة العربية.

تصدر الأحكام القضائية باللغة العربية، تحت طائلة البطلان المثار تلقائيا من القاضي. ويقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية»[2].

فالمادة 08 من قا إم: قد وضحت كيفية تقديم الوثائق والمستندات والتي تكون باللغة العربية وتتم عملية مناقشتها باللغة العربية وإجراءات المرافقات كذلك تكون باللغة العربية.

[1] بربارة عبد الرحمان – شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون وقم 08-09 مؤرخ في2008/02/23 منشورات بغدادي الجزائر، طبعة 2009- ص34.

[2] المادة 08 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في2008/02/28 يتضمن قانون الإجراءات المدنية (الجريدة الرسمية رقم 21 مؤرخة في 23/04/2008ص05

« نرى من باب العدل والإنصاف أن يقترن تطبيق الفقرة التي تتضمن وجوب تقديم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول بما يلي:

– تطبيق مرن لنصالمادة 08 أدناه بالنسبة للوثائق والمستندات المحررة قبل بدأ سريان القانون الجديد.

– تفعيل القانون رقم 91–05 المتضمن تعمي استعمال اللغة العربية بشكل صارم، مما سيعفي المواطن من تحمل تبعة أخطاء موضفي الإدارة والمسئولين على اختلاف مراكزهم، سواء من الناحية المادية وما تقضيه الترجمة من مصاريف أو من ناحية عدم قبول الوثائق والمستندات التي يراها المتقاضي ضرورية لتعزيز إدعاءاته أو دفوعه»[1].

ولتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه، لا بد من اتباع الإجراءات التي جاءت في قانون الإجراءات المدنية وخاصة في المادة 08 المذكورة أعلاه والمادة 459 التي تحدثت على جمع المعلومات من طرف القاضي.

والدعوى القضائية وكيفية رفعها ومتابعتها وإصدار الحكم الفاصل فيها، حيث تبدأ إجراءات رفعها في تقديم الطلب على شكل عريضة افتتاح وهذا ما جاء في نص المادة 12 من قانون الإجراءات هي «يلتزم الأطراف بالهدوء أثناء الجلسة وأن يراعوا الوقار الواجب للعدالة»[2]..

فتكون العريضة المدنية مكتوبة ومؤرخة وموقعة من المدعي أو من محامية ومودعة لدى كتاب الضبط قسم الأحوال الشخصية مع مراعاة أحكام المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية.

– ولقد نصت المواد 12 و13 ن قانون الإجراءات المدنية الصادر بالأمر154/1966 منسقا طبقا للتعديلات المحدثة بالأمرين: – 77/69/80/71 كالتالي:

المادة 12 أمر1971/12/29): «ترفع الدعوى إلى المحكمة أما المحكمة أما بايداع عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله ومؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط وإما بحضور المدعي أمام المحكمة، وفي الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يقع عليه أو يذكر فيه أنه لا

[1] بربارة عبد الرحمان – شرح قانون الإجراءات المدنية – نفس المرجع السابق، ص 27.

[2] المادة 12 من قانون رقم 08–09 ،يتضمن قانون الإجراءات المدنية، القانون السابق الذكر.

يسكنه التوقيع».[1].

* **المادة 13**: من نفس المرجع: «كل تكليف بالحضور إلى المحكمة يجب أن يتضمن ما يلي:

1. اسم مقدم العريضة ولقبه ومهنته وموطنه.

2. تاريخ تسليم التكليف بالحضور ورقم الموظف القائم بالتبليغ وتوقيعه .

3. اسم المرسل اليه ومحل إقامته وذكر الشخص الذي تركت لنسخة التكليف بالمصور .

4. ذكر المحكمة المختصة بالطلب واليوم والساعة المحددان لمثول أمامها.

5. ملخص الموضوع ومستندات الطلب. وإذا كانت الدعوى مقامة من شركة أن تشتمل العريضة أو التصريح على بيان عنوان الشركة التجاري ونوعها ومركزها الرئيسي، دون المساس بأحكام المادتين 08 و09 المتعلقين باختصاص الجهة القضائية المؤهلة للنضر في القضية»[2].

وجاء في النصوص القانونية الوضعية على أنه يمكن للشخص الذي يريد رفع دعوى إثبات الزواج أن تتوفر فيه جملة من الشروط في حالة تخلف شرط من الشروط القانونية، فتكون هذه الدعوى ملقاة وغير قانونية، لأنها غير مستوفية للشروط القانونية وتتمثل هذه الشروط. في الأهلية وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، فأهلية التقاضي تعني صلاحية الشخص المباشرة الإجراءات أمام القضاء، لكن الإشكال الحقيقي

أهلية التقاضي في رفع دوى إثبات الزواج العرفي تختلف عن الأهلية المحددة في قانون الأسرة والمحددة ب 19 سنة حسب ما جاء في نص المادة 07 من قانون الأسرة:

تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق والتزاماتها[3].

---

[1] احسن علام، قانون الإجراءات المدنية، الصادر بالأمر154/1966 منسقا طبقا للتعديلات المحدثة بالأمرين 69/77، 71/80 مع تعليق مقارن على المصطلحات القانونية ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر سنة 1981، ص17

[2] حسن علام، قانون الإجراءات المدنية، نفس المرجع السابق، ص17-18

[3] المادة 07 من قانون الأسرة (نفس القانون السالف الذكر).

ففي حالة نقص أو فقدان الأهلية أو انعدام الأهلية فإن مباشرة الدعوى تكون من طرف من يمثل ناقص الأهلية أو فاقدها أو من يمثله قانونا.

– والشرط الثاني هو: الصفة: فصفة المتقاضي تتمثل في رفع أحد الزوجين ضد الآخر الذي ينكرها، إذا كان على قيد الحياة، أمن الزوج الباقي على قيد الحياة ، ضد ورثة الزوج الآخر، والصفة في دعي إثبات الزواج باعتبارها دعوى تقريرية تثبت للورثة برمتهم وليس الأحدهم، وإذا كانت بعض المحاكم تقبل دعوى اثبات الزواج العرفي إذا رفعت من أحد الورثة فقط، أو ضد أحد الورثة ولا تشترط أن تكون ضدهم أو من طرفهم جميعا.

– أما الشرط الثالث فيتمثل في المصلحة، إذ أنه لا توجد دعوى بدون مصلحة والمقصود بالمصلحة هو حماية شخص لحق اعتدى عليه أو اغتصب منه وهو أساس المصلحة وهو الحق الثابت للمعتدى عليه.

– والخلاصة، هو أن الزواج العرفي المتنازع فيه، والغير متنازع فيها الذي يكون بين الزوجين فتكون أمام خلاف ونزاع شخصي، فلا بد إلى اللجوء إلى القضاء للفصل في هذا النزاع متى توفرت شروط الدعوى، فيتم الإجراء وفق القانون فأولا لا بد من التأكد من قيام العلاقة الزوجية، فيكون بحكم قضائي ويتم تسجيله في الحالة المدنية. – أما إذا كان الزوجين مثقفين على قيام العلاقة الزوجية وغير متخاصمين على هذا، فإنه في هذه الحالة يتجه كل منهما إلى القضاء للقيام بعملية تسجيل الزواج العرفي بشرط أن يكون هذا الأخير مستوفيا لجميع الشروط القانونية والأركان الشرعية، ويكون ذلك بتقديم طلب من أحد أطراف العقد الزواج العرفي إلى وكيل الجمهورية ليقوم وكيل الجمهورية بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة ليقوم رئيس المحكمة بإصدار أمر تسجيل هذا الزواج العرفي وفق سجلات الحالة المدنية.

المبحث الثاني: الاثار القانونية المترتبة عن تسجيل الزواج العرفي

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

المطلب الأول الاثار القانونية بالنسبة للزوجين

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

الفرع الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين

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

أولا: الحقوق المشتركة:

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

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة
- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.
- المحافظة على القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربون بالحسني والمعروف[1]

ثانيا– التوارث ما بين الزوجين:

توفي من الزوجين حقيقة أو حكما ورثه الزوج

ثالثا: حرمة المصاهرة:

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

الفرع الثاني: واجبات الزوج

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

أولا: واجب النفقة:

عرفت المادة 78 من قانون الأسرة النفقة على أنها تشمل الغذاء والكسوة، العلاج، السكن وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وللنفقة شروط نصت عليها المادة 74 في قانون الأسرة إذ تتم النفقة بالدخول والخلوة

[1] الزواج والطلاق في الشريعة والقانون.مرجع سابق ص 38

الصحيحة وبذلك تتم النفقة بالعقد الصحيح)[1].

إذا استوفي العقد جميع الأركان والشروط الشرعية والقانونية تستحق الزوجة النفقة كذلك صلاحية المرأة للمتعة أي لا تكون صغيرة وأن لا تكون مريضة ويمنع الزواج بها إلا أنه توجد بعض الحالات تسقط النفقة في حالة نشوز الزوجة أو طلاق أو موت الزوج)[2].

ثانيا: العدل بين الزوجات

كما حددت المادة 36، و37 حقوق الزوجة، هذه الحقوق تتمثل فيما يلي: زيارة أهلها واستضافتهم بالمعروف، في حدود قدرة الزوج وموافقته ولها حق القدرة في حرية التصرف في مالها لأن واجب الإنفاق الشرعي يكلف به الزوج، وإذا كانت المرأة لا يجوز إجبارها على إنفاقها، والقول عن الحياة الزوجية شركة تقاسم فيها متاعب الحياة مع التمتع بالحلال ولذا لا يوجد مانع من تعامل الزوج بأموالها لسد متطلبات الحياة المعقدة برضائها وعن طيب خاطرها[3].

وهذا الحق أكدته الشريعة الإسلامية لقوله تعالى:" للرجال تصيب مما أكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن" [4].

الفرع الثالث: واجبات الزوجة

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

أولا: طاعة الزوج باعتباره رب الأسرة:

طاعة الزوج باعتباره رب الأسرة والساهر على رعايتها بصفته القوام عليها من نفقة وحماية.

ثانيا: احترام والدي الزوج وأقاربه: يجب على الزوجة أن تؤدي واجبها اتجاه والدي الزوج وذلك يكون بالاحترام والتقدير وزيارتهم والهدف من ذلك المحافظة على الروابط الأسرية[5].

---

[1] راجع المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة، مرجع سابق

[2] جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 221.

[3] نص المادتين 36، و 37 من قانون الأسرة، مرجع سابق

[4] سورة النساء، الآية: 32.

[5] جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص95

المطلب الثاني الآثار القانونية بالنسبة للأولاد

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

الفرع الأول: حق الولد في النفقة

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

أولا: تعريف النفقة

هي ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام، كسوة، وعلاج وكل ما يلزم المعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج[1]

كما تجب هذه النفقة في رأي جمهور العلماء نفقة أولاد مباشرة وأولاد الأولاد [2]أي الفروع، أما الإمام مالك يرى بأنه تجب نفقة الأولاد المباشرين فقط، دون أولاد الأولاد). وهذا طبقا النص القرآني: وعلى المولود له رزقه ويرسون بالمعروف [3].

ثانيا: شروط النفقة على الأولاد

[1] راجع المادة 78 من قانون الأسرة، مرجع سابق

[2] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص390

[3] سورة البقرة، الآية 233.

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

– أن يكون الولد فقيرا معسرا لا مال له ولا قدرة له على الاكتساب[1]

فهذا ما اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الأب موجودا وهو موسرا أو قادرا على الكسب فعليه وحده نفقة أولاده لا يشاركه فيه أحد، لقوله تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[2].

الذي يفيد حصر النفقة فيه، ولأنهم جزء منه، فنفقتهم وأحياءهم كنفقة نفسه، أما إذا لم يكن الأب موجودا أو كان فقيرا عاجزا عن الكسب لمرض أو كبر السن كانت نفقهم في رأي الحنفية على الموجود من الأصول ذكر كان أو أنثى إذا كان موسر فتنجب على الجد وحده، إذا كان موسرا، أو على الأم وحدها إذا كانت موسرة، أما رأي المالكية ترى بأنه تجب النفقة على الأب وحده دون غيره)[3].

ثالثا: مشتملات وتقدير النفقة

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

ولا شك أن عناصر النفقة الزوجية في هذه المادة إنما وردت على سبيل المثال لا حصر، بدليل أن المشرع قد قرر أنه يمكن أن يضاف إليها كل شيء يعتبر ضروريا في عرف الناس وعاداتهم، والعرف مصدر للقانون المادة الأولى من الفقرة الثالثة من قانون المدني بما في ذلك المستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة، كمصاريف المدرسة وتعليم الأولاد[4]، مع مراعاة مقتضيات توفير السكن بدل الإيجار باعتبارهما من مشتملات نفقة المحضون[5]

– تقدير النفقة:

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص390

[2] سورة البقرة، الآية: 233

[3] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص390.391

[4] المادة 78 من قانون الأسرة، مرجع سابق

[5] قرار المحكمة العليا رقم 276670، الصادر بتاريخ 2002/03/13 ، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 1، 2004، ص274

اتفق الفقهاء على أن النفقة الواجبة هي نفقة الكفاية بلا إسراف ولا تقتير في حدود المعروف وفي حدود طاقة الزوج[1]

كما نرى أن المذهب المالكي يراعي في تقدير النفقة حال الزوج عسرا أو يسرا مع مراعاة الأحول الزوجية[2].

لقوله سبحانه تعالى: 'وعلى المولود هر رزقهن وكنون بالمعروف '[3]. ساير المشرع الجزائري في المادة 79 من قانون الأسرة الفقه المالكي حيث نصت صراحة على أنه "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

الفرع الثاني: الحق في النسب

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

ثانيا: طرق اثبات النسب

أولا: تعريف النسب

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

ثانيا: طرق إثبات النسب

إذا كان نسب الولد لأمه ثابت بسبب الحمل المرئي والولادة وذلك بغض النظر عن كونه ولدا شرعيا أو ولد

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، راجع مرجع سابق، ص 347

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 348.

[3] سورة البقرة، الآية 233

زنا، فإن نسبه إلى والده ليس دائما سهلا، حصرت الشريعة الإسلامية حصرت طرق إثبات النسب والتي تشمل الزواج الصحيح، الزواج الفاسد، الوطء بشبهة، الإقرار، البينة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حسب نص المادة 40 من قانون الأسرة [1].

1- إثبات النسب في الزواج الصحيح:

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

2- إثبات النسب في الزواج الفاسد:

نصت المادة 40 من قانون الأسرة المعدلة على أن النسب يثبت بكل زواج تم فسخه بعد الدخول

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

والاستبراء، أما المادة 32 فإنها تقرر البطلان إذا اشتمل العقد على مانع وعلى شرط ينافيه وليس بها أي ذكر للفسخ، كما نجد المادة 33 تقر البطلان في الفقرة الأولى كلما اختل ركن الرضا وليس بها فسخ بعد الدخول، أما الفقرة الثانية فقد نصت على أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين، أو بدون صداق أو بدون ولي في حالة وجوبه يفسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعده النسب[2].

كما أن الزواج مع المرأة المحصنة يمكن تصوره في الزواج العرفي بالنسبة للزوجة التي تترك زوجها وتذهب إلى مكان آخر وتعيد الزواج مع أنها تعتبر شرعا في ذمة الأول، والزواج العرفي يكون فاسدا نتيجة عدم توفر شرط من الشروط المطلوبة في شروط العقد لذا وجب فسخ هذا الزواج قبل الدخول وبعده يثبت النسب، وهذا ما جاء في نص المادة 34 من قانون الأسرة كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول ويترتب عليه ثبوت النسب [3].

[1] راجع المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة، مرجع سابق.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص102

[3] راجع المادة 34 من قانون الأسرة وفق التعديلات الجديدة، مرجع سابق.

كما نجد خطورة إثبات النسب في الزواج الفاسد في حالة ما إذا تزوجت الزوجة زواجا عرفيا في فترة عدتها دون أن يكون للزوج الثاني علما بزواجها الأول، أو لكونها لا تزال في فترة عدتها فهذه المرأة إن ولدت مولود في الفترة الممتدة بين ستة أشهر وعشرة أشهر من تاريخ زواجها الثاني، فإن الولد ينسب للزوج الثاني رغم إحتمال كونه من الزوج الأول كأن تكون قد أنجبته بعد سبعة أو ثمانية أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وهذا ما جاء به القرار الصادر عن المحكمة العليا [1].

وما تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدتها وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الزوج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش مع أن الزواج الثاني باطل شرعا، فإنهم بقضائهم فقد خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة، وقد جاء في قرار المحكمة العليا متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والاستبراء، أما المادة 32 فإنها تقرر البطلان إذا اشتمل العقد على مانع وعلى شرط ينافيه وليس بها أي ذكر للفسخ، كما نجد المادة 33 تقر البطلان في الفقرة الأولى كلما اختل ركن الرضا وليس بها فسخ بعد الدخول، أما الفقرة الثانية فقد نصت على أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين، أو بدون صداق أو بدون ولي في حالة وجوبه يفسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعده النسب[2].

كما أن الزواج مع المرأة المحصنة يمكن تصوره في الزواج العرفي بالنسبة للزوجة التي تترك زوجها وتذهب إلى مكان آخر وتعيد الزواج مع أنها تعتبر شرعا في ذمة الأول، والزواج العرفي يكون فاسدا نتيجة عدم توفر شرط من الشروط المطلوبة في شروط العقد لذا وجب فسخ هذا الزواج قبل الدخول وبعده يثبت النسب، وهذا ما جاء في نص المادة 34 من قانون الأسرة كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول ويترتب عليه ثبوت النسب [3].

كما نجد خطورة إثبات النسب في الزواج الفاسد في حالة ما إذا تزوجت الزوجة زواجا عرفيا في فترة عدتها دون أن يكون للزوج الثاني علما بزواجها الأول، أو لكونها لا تزال في فترة عدتها فهذه المرأة إن ولدت مولود في

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

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص102

[3] راجع المادة 34 من قانون الأسرة وفق التعديلات الجديدة، مرجع سابق.

الفترة الممتدة بين ستة أشهر وعشرة أشهر من تاريخ زواجها الثاني، فإن الولد ينسب للزوج الثاني رغم إحتمال كونه من الزوج الأول كأن تكون قد أنجبته بعد سبعة أو ثمانية أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وهذا ما جاء به القرار الصادر عن المحكمة العليا [1].

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

3- إثبات النسب في نكاح الشبهة:

نكاح الشبهة هو نكاح يقع صحيحا من حيث المبدأ ثم يتبين أنه اشتمل على خطأ أو على مانع كأن يتزوج الرجل مع امرأة على أساس أنها خالية من كل الموانع، ثم يتضح أنها أخته من الرضاعة، وفي هذا المعنى نصت المادة 34 من قانون الأسرة على أن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء[2].

كما يتم إثبات النسب للولد إذا ولد ما بين ستة وعشرة أشهر من وقت الوطء ثبت نسبه من الواطئ بالتأكد بأن الحمل منه، وإذا أتت به في مدة أقل من ستة أشهر لا يثبت النسب منه ويكون وطؤها قبل ذلك بشبهة أخرى، هذا هو موقف من نكاح الشبهة[3].

أما موقف القانون يتضح من خلال نص المادة 40 من قانون الأسرة، الذي ذهب إلى ما ذهب إليه الفقه ورتب على نكاح الشبهة ثبوت النسب، وهذا ما يؤكده القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه من المقرر قانونا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح والإقرار ونكاح الشبهة فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون ولما

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

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص104

[3] المادة 42 و 43 من قانون الأسرة، مرجع سابق

كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون "[1].

4- إثبات النسب بالإقرار:

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

- أن يكون الولد مجهول النسب.
- أن يكون الولد أتي من علاقة شرعية، سواء كان نكاح صحيح أو نكاح فاسد أو نكاح بشبهة.
- أن لا يكذبه العقل أو العادة.
- أن يصدقه المقر له على إقراره إن كان أهلا لذلك، وضرورة تصديق المجهول عليه النسب [2].

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

5- إثبات النسب بالبينة:

أجاز الفقهاء على أنه يتم إثبات النسب بالبينة أي بالشهادة السماع، وتتمثل هذه البينة عند أبي حنيفة شهادة الرجلين فقط، أما المالكية والشافعية والحنابلة الشهادة تكون عندهم بمعاينة المشهود به أو سماعه، كما اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة السماع[3].

كما ورد في نص المادة 41 من قانون الأسرة إذا ادعت المرأة أنها حملت من زوجها وولدته في غيابه أو

[1] قرار المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ1991/05/21، المجلة القضائية، 1994، العدد2، ص 56. نقلا عن: العربي بلحاج، مرجع سابق.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص.103

[3] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 226

حضوره ففي حالة إنكار الزوج لولده يمكن للزوجة أن تثبت بالشهود ما ينكره الزوج[1]

[1] راجع المادة 40 من قانون الأسرة، وفق التعديلات الجديدة، مرجع سابق.

خاتمة

خاتمة

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، نحمده ونشكره الذي وفقنا إلى إتمام هذا البحث المتواضع، وبعد دراسة شاملة التي مست بعض جوانب موضوع الزواج العرفي بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري بالنظر إلى مدى خطورته على الأسرة و المجتمع ، فرغم كل التدابير التي اتخذها المشرع الجزائري للتقليل من انتشاره ، إلا أنه مزال منتشر بصفة متفاوتة داخل أرجاء الوطن فاستخلصت إلى عديد من نتائج نوجزها فيما يلي:

1. يقصد بالزواج في الاصطلاح الفقهي هو:" عقد شرعي يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر من وطء وغيره على الوجه المشروع، بصفة خاصة قصدا."

2. أن المقصد الأصلي من الزواج هو الإحصان (تحصين الفرج، و إعفاف النفس)، ثم النسل، وإنجاب الأولاد، للحفاظ على النوع البشري من الانقراض وهو سنة الله في خلقه .

3. يحث الإسلام على الزواج وتسييره، بتسيير أركانه وشروطه وموجباته.

4. حتى يكون الزواج صحيحا منتجا لآثاره ينبغي توفر أركانه، وشروطه وموجباته وهي الإيجاب والقبول، والولي، والشهود، وتعيين الزوجين، ورضاهما، والصداق، والخلو من الموانع المعتبرة شرعا.

5. الزواج العرفي إذا انعقاد مستوفيا لأركانه وشروطه وان افتقد إلى عنصر التوثيق الرسمي فهو زواج شرعي صحيح، تترتب عليه آثاره الشرعية من حل الوطء ودعوى الزوجية، والنسب، والإرث، والتحريم... ،وذلك لاكتمال الأركان والشروط والمقومات للزواج الشرعي، وعدم وجود دليل من الكتاب والسنة يمكن من صحته وانعقاده، وهذا النوع من الزواج موجود في القانون الجزائري.

6. يختلف حكم الزواج العرفي، من خلال النظر إليه والشروط الموجودة فيه من عدمها، فوجود نوع معين من هذه الأنواع في بعض الدول وإشهاره بالزواج العرفي، ينظر إليه من أي نوع هو، وبذلك يأخذ حكمه، ويزول الالتباس إن أزواج العرفي الصحيح والذي توافرت له شروطه وأركانه، وإن كان صحيحا شرع تحل به المعاشرة الجنسية، إلا أنه ممنوع شرعا لما يترتب عليه من أمور محرمة تتمثل فيما يلي:

إن عدم التوثيق يعرض حقوق الزوجة للضياع، لعدم سماع الدعوى بالزواج العرفي أمام القضاء.

7. تأكيد الاسلام على اشتراط الولي في عقد النكاح، وعدم صحة العقد بدونه عند جمهور الفقهاء، باعتباره صمام

الأمان للمرأة في حمايتها من كل تغرير ومساس بالكرامة خاصة في ظل فساد الذمم بتأثير حب متاع الدنيا في هدر الحقوق وهضمها لا سيما في هذا الزواج الذي افتقر الدليل.

8. أكثر الأسباب المؤدية إلى انتشار الزواج العرفي اجتماعية كالخوف من ظاهرة العنوسة عند النساء خشية المطلقات والارامل من الفتن وعدم تحصين النفس فيجعلون الزواج العرفي بمثابة حلا لذلك، أيضا المغالاة في المهور والتشديد على تكاليف الزواج من أكبر الأسباب التي غيرت هدف الزواج من كونه شرعيا متماشيا مع قواعد الشرع إلى جعله مبني على اشباع الغرائز واللذات وهذا ما هو منتشر في بعض الدول العربية كمصر والسعودية و علاماته بادية في المجتمع الجزائري.

الزواج العرفي موضوع الدراسة اختلف الفقه الإسلامي في حكمه بين محرم ومحلل ومجيز مع الكراهة بالنظر لما يرتبه هذا النوع من الزواج من مخاطر في ضياع حقوق شرعية متعلقة لكل من الزوجة والأولاد والمجتمع بحسب درجة التأثير لكل منهم في أرض الميدان.

حول حكم الزواج العرفي.

9- من أهم ما توصلت إليه الدراسة و بعد ما تطرقت إليه بشكل مستفيض في توضيح أسباب انتشاره و كذا التأثير سلبا على آثاره ضرورة التوثيق حفظا لكل ذلك من الجحود و النكران رغم عدم كونه شرطا و لا ركن في صحة الزواج شرعا بل هو سنة حسنة و سياسة حكيمة يقصد منه القضاء على الكثير من المشكلات، فسبب التهرب منه بقصد مخالفة القوانين و التحايل عنها.

و بعد عرضنا لهذا الملخص المتواضع بجهد خاص متحريا معالم الصدق و الإخلاص و الأمانة العلمية فإن كان منا تقصير نأمل في أن يكون انطلاقة بحث جديد.

قائمة المصادر و

المراجع

قائمة المراجع.

أولا : القرآن الكريم .

1. سورة البقرة، الآية 281.
2. سورة النساء، الآية: 32.
3. سورة البقرة، الآية 233.

الكتب

1. ابن الشويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر الطبعة الأولى 2008.
2. ابن تيمية، أحكام الزواج، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، (دط)، بيروت، لبنان، 1996.
3. ابن فارس أبو الحسين أحمد بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي ج3، ط3، القاهرة، 1981.
4. ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، ج4، (دط)، ص2897 – 2902، باب العين المادة "عرف".
5. أحمد الشرباصي، الموسوعة الشرباصية في الخطب المنبرية، دار الجيل، (دط).
6. أحمد بن غنيم بن سالم، الفواكه الدواني على رسالة أبو زيد القيرواني، مطبعة السعادة، (دط)، ج 2، مصر 1331هـ.
7. أحمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة والزواج، دار الشهاب، (دط)، باتنة.
8. أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، ط 2، الأردن، 2005.
9. بداوي علي، مقال عقود الزواج العرفية، بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني، ع02.
10. بربارة عبد الرحمان – شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون وقم 08-09 مؤرخ في2008/02/23 منشورات بغدادي الجزائر، طبعة 2009.
11. بلحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الجزء الأول – ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة – سنة 2004 .
12. بلحاج العربي (أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات) نفس المرجع السالف

ذكره، ص352

13. جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الميزان الإسلامي، مراجعة علي أحمد عبد العال، الطهطاوي، الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

14. جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الميزان الإسلامي، مراجعة علي أحمد عبد العال، الطهطاوي، الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

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

16. الحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعمة بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن –الطبعة الأولى سنة 2012.

17. حسن حسن منصور، المحيط في مسائل الأحوال الشخصية، (دن)، ط2، الإسكندرية.

18. الحسين بن الشيخ أت ملويا –المرشد في قانون الأسرة مدعمة اجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من 1982 إلى سنة 2014 – دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر 2014.

19. دريس الفاخوري، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، (دن)، ط1، 1993.

20. الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ج2، القاهرة، مصر.

21. سميع عبد العظيم، الزواج العرفي، دار القمة، دار القمة، دار الإيمان، (دط)، الإسكندرية،2002، ص 36-38-37

22. الشافعي، الأم، دار الفكر، بيروت، ط2، ج2، 1983.

23. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 196.

24. عبد الرحيم فودة، الزواج السري والعرفي، مجلة لواء الإسلام، ع 02، السنة التاسعة عشر، 02 فبراير 1965، مطابع مذكور وأولاده، القاهرة، مصر.

25. عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2004.

26. عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2004.

27. عبد العزيز خياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى، عمان، (دط)، 1977.

28. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، طو، الكويت.1970.
29. عمر بوحلاسة، عقود الزواج المغفلة"، نشرة القضاة، ع2، أفريل 1989.
30. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، بيروت، ط2.
31. فارس محمد عمران، الزواج العرفي، والصور الأخرى للزواج الغير رسمي، دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية، 2001.
32. فاطمة مصطفى، الزواج العرفي، (دم)، (دن)، ط1، 1998.
33. الفيروز أبادي (مجد الدين محمد بن يعقوب)، القاموس المحيط، المطبعة الميرية، ج1، مصر، 1301هـ،1991.
34. الفيومي (أحمد بن محمد بن علي المقري)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار القلم بيروت، لبنان، (دط)، ج1.
35. مجلة منبر الإسلام، عدد شهر صفر، سنة 1418هـ، ص 87 وما بعدها.
36. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، (دط).
37. محمد أبو هيثم، ظاهرة منحرفة انتشرت باسم الزواج العرفي،09/01/2002 موقع: www.uslamway.com
38. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية (شرح مقارن للقانون الأحوال الشخصية)، عمان الأردن، طبعة 2008.

القوانين و المراسيم

1. المادة 4 من قانون الأسرة (قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984) معدلة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005ج.ر. العدد. 15
2. المادة 4 من قانون الأسرة (قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984) معدلة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005ج.ر. العدد. 15
3. المادة 8 ف. 1ق.أ :« يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل».
4. المادة 8 مكرر ق.أ :« في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بتطليق»
5. المادة 8 مكرر 1ق.أ : « يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه»

6. المادة 72 ق.أ : «في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار».
7. طالع المادة 331 من قانون العقوبات
8. المادة 341 من القانون المدني الجزائري، أنظر: بالعروسي أحمد التجاني القانون المدني، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 101.
9. المادة 08 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في2008/02/28 يتضمن قانون الإجراءات المدنية (الجريدة الرسمية رقم 21 مؤرخة في 23/04/2008.
10. رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، موسوعة التشريعات العربية
11. المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في1953/09/17 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، موسوعة التشريعات العربية، محمد بن يونس، نبيل سعد
12. قرار المحكمة العليا رقم 276670، الصادر بتاريخ 2002/03/13 ، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 1، 2004.
13. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،1998/05/19، العدد الخاص 2001، ص 73. نقلا عن: العربي بلحاج.
14. قرار المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ1991/05/21، المجلة القضائية، 1994، العدد2، ص 56. نقلا عن: العربي بلحاج.
15. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.
16. احسن علام، قانون الإجراءات المدنية، الصادر بالأمر154/1966 منسقا طبقا للتعديلات المحدثة بالأمرين
17. 69/77 ،71/80 مع تعليق مقارن على المصطلحات القانونية ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر سنة 1981.
18. منير إدعيس، منتدى لمناقشة قانون الأسرة الجديد، الجزائر، 2007/03/21. الموقع:
19. www.amangordan.org.mebek
20. فرح زهران الدمرداس، الزواج العرفي، من منظور شرعي ، مجلة الأمواج، ع 01، الإسكندرية،
21. الموقع:www.amwague

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

مقدمة	**04**
الفصل الأول مشروعية الزواج العرفي في الشريعة و القانون	
المبحث الأول: ماهية الزواج العرفي	**09**
المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي	**09**
الفرع أول: الزواج العرفي لغة	**09**
الفرع الثاني: الزواج العرفي اصطلاحا	**10**
الفرع الثالث: حكم الزواج العرفي	**13**
المطلب الثاني: أسباب اللجوء إلى الزواج العرفي	**14**
الفرع الأول: الأسباب الدينية.	**14**
الفرع الثاني: الأسباب القانونية.	**14**
الفرع الثالث: الأسباب الاجتماعية.	**17**
المطلب الثالث مقارنة الزواج العرفي بغيره من صور الزواج	**18**
الفرع الأول: المقارنة بين الزواج العرفي والزواج الرسمي.	**18**
الفرع الثاني: المقارنة بين الزواج العرفي والزواج السري	**19**
المبحث الثاني : إثبات عقد الزواج العرفي شرعا وقانونا	**21**
المطلب الأول : الإقرار	**21**
الفرع الأول: تعريف الإقرار لغة	**21**
الفرع الثاني :تعريف الاقرار اضطلاحا	**23**
المطلب الثاني : الشهادة أو البينة	**24**
المطلب الرابع : الإنكار للزوجية	**29**

الفصل الثاني إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي والآثار المترتبة عليه	
المبحث الأول: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي	32
المطلب الأول : تسجيل عقد الزواج العرفي الغير متنازع فيه :	32
المطلب الثاني: تسجيل عقد الزواج المتنازع فيه	36
المبحث الثانيالاثار القانونية المترتبة عن تسجيل الزواج العرفي	42
المطلب الأول الاثار القانونية بالنسبة للزوجين	42
الفرع الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين	43
الفرع الثاني: واجبات الزوج	44
المطلب الثاني الآثار القانونية بالنسبة للأولاد	44
الفرع الأول: حق الولد في النفقة	46
الفرع الثاني: الحق في النسب	53
خاتمة	57
قائمة المراجع	60

ملخص:

هدفت هذه الدراسة إلى معرفة منهج الزواج العرفي وحكمة في الفقه الإسلامي، ودراسة مفهومة وأهميته، من قبل أهل العلم. وتكمن إشكالية البحث: في اختلاف أهل العلم في تعريفه وحكمه، وتأتي أهمية الموضوع: إنه يبين فيه حفظ النسل وهو مقصد من مقاصد التشريع، وحفظ الحياة الاجتماعية، والقيم للمجتمع، وقد سلك الباحث في دراسته: المنهج الاستقرائي في جمع الآراء والأقوال، ثم المنهج التحليلي؛ وذلك باستنباط وتحليل قول العلماء وبيان حالهم وحكمهم، وتتلخص أهم نتائج البحث: إن عقد النكاح العرفي بين رجل وامرأة، من غير ولي ولا شهود، باطل باتفاق أهل العلم، وإن كان عقد النكاح العرفي من غير شهود، فهو باطل أيضا عند الحنفية والشافعية والحنابلة. أما المالكية فلم يشترطوا حضور الشهود في العقد، لكن اشترطوا إعلان النكاح وظهوره، وأوجبوا الشهادة قبل الدخول، وإن كان عقد النكاح العرفي من غير ولي. فهو باطل عند الجمهور.

الكلمات المفتاحية : الزواج العرفي؛ نكاح؛ عقد؛ الفقه الإسلامي.

Abstract:

This research aims to know the method of common-law marriage and its rule in Islamic fiqh, and to study its concept, importance and judgment, by Ulams. The problem of the subject lies in the difference between Ulam in its definition and ruling. The importance of the topic is that it shows the preservation of the offspring and it is one of the purposes of the legislation, and it preserves social life and community values. ; The most important results of this research paper are summarized if the customary marriage contract is between a man and a woman, without a guardian or witnesses, then it is invalid according to the agreement of the Ulam, and if the customary marriage contract is without witnesses, then it is also invalid according to the Hanafis. The Shafi'is and Hanbalis, and as for the Malikis, did not stipulate the presence of witnesses in the contract, but required the declaration and appearance of the marriage, but rather required testimony before entering, and if the customary marriage contract was without a guardian, then it is also invalid for the majority.

Keywords: Al-Arefi, marriage, contract, Islamic Figh**.**