الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقـــوق و العلـــــوم السياسية

نظام : ل .م .د

ميدان: **الحقـــوق و العلـــــوم السياسية**

فرع:الماستر.

مذكرة تخرج لنيل شهادة تكميلية ماستر أكاديمي

تخصص: قانون الأسرة

بعنوان:

الزواج العرفي وكيفية إثباته في القانون الجزائري

إعداد الطالبين:

- **فريد قندوز**
- **مغيش منير**

تحت إشراف:

د/ عجابي إلياس

السنة الجامعية: 2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم
إنه من سليمان وإنه

شكر وعرفان

الشكر لله من قبل ومن بعد ثم شكرنا وتقديرنا للدكتور عجابي الياس الذي أشرف على هذه المذكرة والذي لم يبخل علينا بسديد توجيهاته وإرشاداته فإليه نزجي خالص شكرنا وعظيم تقديرنا.

كما لا يفوتنا أن نتوجه بالشكر إلى اللجنة المناقشة وإلى كل من دعمنا في انجاز هذا البحث المتواضع ولو بكلمة.

فريد قندوز
مغيش منير

الإهداء

إلي سندي في الحياة التي تعبت معي طيلة مشواري الدراسي

نبع الحنان أمـي

إلي الساهر علي راحتي إلي من تحمل الشقاء من اجل الوصول إلي هذا المقام

روح الرعاية أبـي

إلي الإخوة والأصدقاء

إلي كل من كانت عقولهم مشغولة بي وقلوبهم مشدودة إلي وبالهم تبحث عن راحتي

إلي أعمامي وعماتي أخوالي وخالاتي أبنائهم وبناتهم

إلي كل الأقارب وجميع أصدقائي في حياتي الخاصة وأصدقائي في الدراسة

فريد قندوز

منير مغيش

مـــــــقدمـــــــــــــة

إن الزواج مؤسسة إجتماعية عرفتها أغلب المجتمعات الإنسانية القديمة منها والحديثة على حد اختلاف في أشكاله وصوره، إذ قد يكون أحاديا أو تعديا، داخليا أو خارجيا وذلك تبعا للثقافة السائدة في كل مجتمع بل مع الاختلاف بين الأوساط الاجتماعية داخل المجتمع الواحد تبعا للأعراف والمعايير والقيم المتعلقة بذلك، وهناك اختلاف بين الفئات الغنية والفئات الفقيرة، وبين الفئات المتمدنة والريفية.

كما يختلف نظام الزواج من مرحلة زمنية إلى أخرى وذلك راجع إلى التغيرات الاقتصادية والإجتماعية والسياسية التي تحدث في المجتمع، وقد شهد الوطن العربي تغيرات خاصة أصابت مختلف مجالات الحياة وانعكست بالتالي نتائجه على هياكله عموما ومؤسساته الاجتماعية خصوصا، ولم يخرج المجتمع الجزائري من هذه المنظومة حيث كان للفوز الاقتصادي والسياسي والاجتماعي أثر فعال على بنائه الاجتماعى الكلي بما فيه الزواج كنظام اجتماعى داخل هذا البناء واتجاهاته وانماطه.

وقد حاولت المجتمعات البشرية منذ القدم جعل الزواج في إطار محدد وذو صبغة موحدة تفرقه عن باقي العلاقات غير الشرعية الأخرى، وحرصت في ذلك على إتباع إجراءات معينة تعطي لهذا العقد الهيبة والقوة الدينية ، فمثلا إشترط الإسلام ضرورة توافر الرضا ، الولي ،الصداق والشهود لإنعقاده ،وقد جاءت القوانين الوضعية في الدول الإسلامية ،وأمرت بتسجيل عقد الزواج لأهداف عملية تحفظ الحقوق من الضياع ، وعلى الرغم من كل هذا ورغم صراحة النصوص القانونية بضرورة تسجيل عقد الزواج إلا أن بعض الأفراد

يغفلون هذا الشرط ويعقدون زيجاتهم دون تسجيلها وهو ما يعرف بالزواج العرفي الذي نحن بصدد دراسته .

أسباب اختيار الموضوع:

من بين أسباب اختيارنا الموضوع الأسباب التالية:

أسباب ذاتية: متمثلة في الميول والرغبة الشخصية في البحث حول هذا الموضوع، كونه أحد أعمدة القضايا التي تشغل بالجتمع، ومعرفة أهم الإشكالات التي تواجه إثباته أمام جهاز عدالتنا.

أسباب دينية: تتمثل في إكتفاء الأفراد بما ينص عليه الدين الإسلامي من توافر أركان عقد الزواج واعتباره زواجا صحيحا لا يحتاج إلى تأكيده بموجب عقد إداري وفقا لإجراءات روتينية لا فائدة منها.

أسباب إجتماعية: منها إنعدام الثقافة القانونية والتوعية بالمخاطر الناجمة عن عقد الزواج غير الموثق، كما أن انعزال بعض البلديات يجعل الأفراد ينظرون إلى التنقل لتسجيل عقد الزواج على أنه عبء ثقيل لا طائلة منه.

أسباب قانونية: التي يستوجبها القانون ولم تستلزمها الشريعة الإسلامية ومنها شرط السن المحدد بـ 18 سنة بالنسبة للبنت و21 سنة بالنسبة للذكر، وكذلك شرط وجوب رخصة مسبقة لبعض الفئات من الموظفين مثل فئة سلك الأمن والعسكريين، وكذلك وجوب علم الزوجة الأولى واللاحقة في حالة تعدد الزوجات، ولهذا يرى الأفراد أنه وما دام هذا العقد صحيحا من الناحية الدينية فلا داعي لتعقيد الأمور بإتباع الإجراءات الإدارية.

أهمية وأهداف الدراسة:

تسليط الضوء على هذا النوع من الزواج، والحاجة إلى معرفة ورأي حكم الفقه الإسلامي المعاصر في الزواج العرفي كونه الصور الحديثة للزواج.

ولما للدراسة من أهمية علمية وعملية تتمثل تسليط الضوء على ظاهرة الزواج العرفي وحصر احكامها الموجودة في قانون الأسرة ومن ثم إستخراج الإشكاليات القانونية التي تنجم عن هذا الزواج وكيف عالجها المشرع الجزائري ضمن المنظومة القانونية.

الإشكالية:

وقد طرح هذا الموضوع عدة إشكاليات من الناحية القانونية والعملية، من حيث تحديد تعريف له وأركانه وشروط صحته وجزاء تخلف هذه الأركان والشروط، وكذلك من حيث آثار المترتبة عنه، هل هي تنحصر في طرفي العقد أم تتعداها إلى أطراف أخرى؟ ومن حيث طرق إثباته، هل نلجئ إلى طرق الإثبات المقررة في الشريعة الإسلامية فقط أم النظرية العامة للإثبات؟ وهل يكفي في إثباته دليل واحد أم لابد من تقديم عدة أدلة؟ وماهي الدعاوى التي يمكن أن تعرض أمام القضاء بمناسبة تسجيل هذا العقد؟ وما هي إجراءات تسجيله؟

الدراسات السابقة:

- الزواج العرفي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – قانون الاسرة الجزائرية أنموذجا– مذكرة ماستر للطالب قدور عطايا الله، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، كلية العلوم الاجتماعية والانسانية، شعبة الشريعة، تخصص قانون وأسرة، 2015/2014.

- الزواج العرفي بين الاقارب في الوسط الحضري بين التقليد والتغيير–دراسة ميدانية بمدينة عنابة– عب الحميد بوقصاص، بكلية الاداب والعلوم الإنسانية 2006/2005.

إن موضوع البحث يعتبر دراسة وصفية تحليلية وعليه فقد خضع البحث إلى خطة حددها الموضوع وقد تضمنت الإشكالية سؤال مركزي جاء على الصيغة التالية: هل انخفاض نسبة الزواج بين الأقارب له علاقة بتأثر الافراد بالوسط الحضري وخصوصياته؟

وقد خلصت الدراسة إلى جملة من النتائج التي أثبتت أن العوامل التي أحدثتها التنمية الاجتماعية بصفة عامة خلقت للأولاد صفات وخصوصيات بفعل تغير نمط الحياة لديه مما يجعلهم يبتعدون عن الزواج الداخلي ويبدون أكثر تحفظا نحوه.

- الدراسة الثالثة: مشتاوي فضيلة، عرفوني فريدة 2014–2015" الزواج العرفي وآثاره القانونية في التشريع الجزائري " مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون أسرة، والتي تناولت بالبحث عن الإشكالية المطروحة:" ماهي أحكام الزواج العرفي وآثاره القانونية؟

حيث قسم البحث إلى فصلين رئيسين: جاء الأول للحديث عن مفهوم الزواج العرفي وطرق إثباته، والثاني تناول إجراءات تسجيل الزواج العرفي وآثاره القانونية بعد التسجيل.

وقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات منها:

- إدراج نصوص تقضي بتوحيد الجهات المخول لها إبرام عقد الزواج وذلك بإسناد مهمة توثيق عقد الزواج لأئمة المساجد.

- تمديد آجال التصريح بتسجيل الزواج إلى مدة معقولة تسمح للزوجين للتصريح بعقود زواجهما.
- توعية المواطنين عن طريق كل من أئمة المساجد، والاعلام، قصد توفير الحماية القانونية للأسرة.

صعوبات البحث:

طبعا أي دراسة أكاديمية وعملية تتخللها بعض الصعوبات والنقائص خاصة من حيث المراجع والمصادر التي يزخر بها هذا الموضوع إلا أنه ونظرا لإنتشار جائحة كورونا في الآونة الاخيرة جعلنا نكتفي بقدر محدد من المراجع مع التنويع بأهم قرارات المحكمة العليا المنشورة في المجلات القضائية والتي تناولت هذا الموضوع وربط الدراسة ببعض النتائج المتحصل عليها.

خطة البحث:

في إطار هذه الدراسة التي سنحاول الإجابة عليها من خلال تقسيم الموضوع إلى فصلين الأول يتمثل في الزواج العرفي ،آثاره وشروطه وجزاء تخلفه وغيرها من المفاهيم القانونية المتعلقة به، والفصل الثاني سيكون في طرق وإجراءات إثبات الزواج العرفي سواء في القانون أو إجتهاد المحكمة العليا متبعين في ذلك منهج تحليلي لنصوص قانون الأسرة وما استقر عليه إجتهاد المحكمة العليا من قرارات حول إثبات الزواج العرفي.

الفصل الأول
الزواج العرفي وآثاره

تمهيد:

يعتبر الزواج العرفي المستوفي لجميع اركانه وشروطه زواجا شرعيا، وهو بذلك لا يختلف عن الزواج الرسمي إلا في كونه غير موثقة بوثيقة رسمية أوجبتها الحياة المدنية الحديثة، فهو الزواج بصفة عامة هو إقتران المرأة بالرجل بموجب عقد ، إشترط فيه الشارع الإعلان ليكون بمثابة التوثيق ، حيث قال شيخ الإسلام إبن تيمية:" لا ريب في أن النكاح مع الإعلان يصح ، وإن لم يشهد شاهدان ، وأما مع الكتمان والإشهاد فهذا مما ينظر فيه، وإذا إجتمع الإشهاد والإعلان فهذا لا نزاع في صحته ، وإذا إنتفى الإشهاد والإعلان فهو باطل عند عامة العلماء " .

وعليه يمكن القول مبدئيا بأن الزواج العرفي هو زواج تم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون يتوافر على جميع أركانه وشروطه الشرعية والقانونية ،غير أنه لم يتم شهره وتسجيله بسجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانونا ، وهي في القانون الجزائري ثلاثة أيام تبدأ من تاريخ إنعقاد العقد عندما يبرم الزواج داخل التراب الوطني ، و مدة سنة عندما يبرم الزواج بين الجزائريين مقيمين في بلاد أجنبي [1] ،والزواج العرفي لا يرتب كل آثاره القانونية إلا بعد تسجيله ، وعليه سنتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم الزواج العرفي وفي المبحث الثاني إلى الاثار المترتبة على عقد الزواج العرفي .

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

المبحـــث الأول: مفهـــوم عقـد الـــزواج العرفـــي

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الزواج العرفي وبيان أركانه وشروط وبين الشريعة والقانون الجزائري وكذا تمييز الزواج عن غيره من الانكحة الأخرى.

المطلـــب الأول: تعريـــف الـــزواج العرفـــي

المعلوم أن الزواج لغة هو الاقتران والازدواج، وشاع استعماله في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والإستمرار، ولقد جاء في القرآن ما يرادف هذا المعنى في قوله تعالى:"وزوجناهم بحور عين "أي قرناهم بهن، وقوله:"وإذا النفوس زوجت." أي إقترنت بأبدانها وأعمالها.

أما النكاح فيعني الدخول والإختلاط والضم والعقد والوطء [1] ومن إستعماله في الوطء قوله صل الله عليه وسلم:" ولدت من نكاح." أي من وطء حلال[2] .

أما إصطلاحا رغم إختلاف التعاريف التي جاء بها الفقهاء لعقد الزواج، فإن التباين في أغلبيته لفظي مع تقارب في المعنى، وكل هذه التعاريف تنتهي إلى أن القصد من عقد الزواج هو: ملك المتعة أوحلها.

---

[1] د/محمد محدة ، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج ،الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، شهاب، الجزائر، 2000 ، ص 85 .

[2] د/ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان ،1992، ص 26.

حيث أنه في الإصطلاح الشرعي عقد يرد على إستمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع،[1].

ويعرفه صاحب الكنز بأنه:" عقد يرد على ملك المتعة قصدا "

وعيب هذا التعريف أنه يكاد يجعل من الإستمتاع أساس الزواج، مع أن مقاصده كثيرة ، ومنها ما يكون في الحياة الدنيا ، ومنها ما يمتد إلى الآخرة [2].

وقد اتجه بعض المعاصرين إلى تعريف شامل للزواج ، فعرفه الشيخ محمد أبوزهرة بأنه : "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد لكليهما ما له من حقوق وما عليه من واجبات" ، و لقوله تعالى :" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة" [3] .

وهو أسلم التعاريف لأنه يحدد الطبيعة القانونية لعقد الزواج، إذ أن جميع العقود تتداخل فيها إرادة الأطراف وتجعل لها أركانا وشروطا ماعدا هذا العقد الذي وضعه الله سبحانه وتعالى وهذا ما أشار إليه الإمام أبوزهرة في تعريفه: " ... ويحدد لكليهما ما له من حقوق وما عليه من واجبات ".

ولقد تنازع الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للزواج، فمنهم من إعتبره عقدا يتم بتلاقي إرادة كل من الزوج والزوجة وهذا الإتفاق يرتب الكثير من الآثار القانونية، وأنتقد هذا الرأي

[1] د/العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، طبعة 2002، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص 30.

[2] المرجع السابق، ص 31.

[3] سورة الروم، الآية 04.

على أساس أن هذه الأخيرة تترتب على العقد بمعناه التقليدي، والتي يقوم بتحديدها وترتيبها أطراف العلاقة طبقا للقاعدة العامة " العقد شريعة المتعاقدين ".

أما الآثار المترتبة على الزواج فالقانون هو الذي يحددها بنصوص آمرة لا يجوز الإتفاق على ما يخالف حكمها ، ولا يمكن الإنقاص من أهمية هذا النقد بحجة أنه توجد الكثير من العقود التي تتضمن شروطا أساسية ، أما في عقد الزواج فالقانون هو الذي يحدد آثاره وشروطه [1]

وبالنسبة للتشريع الجزائري فقد نصت المادة الرابعة من قانون الأسرة :" الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب "[2] .

ما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع ذكر طرفي عقد الزواج وهما الرجل والمرأة ، كما نص على ضرورة إحترام الشروط الشرعية، وذكر الغاية من عقد الزواج ، وبذلك فإن المشرع لم يتعرض إلى موضوع عقد الزواج وآثاره القانونية لكنه ذكر الغاية منه ، ولعل عذر المشرع في هذا الإغفال هو الخشية من الظن بأن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الإستمتاع فعدل عن ذلك إلى ذكر الغاية[3] .

---

[1] أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 36.

[2] المادة 04 المعدلة بالامر 05 /02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم لقانون الاسرة الجزائري

[3] د/العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 31.

أما القانون الفرنسي حسب كولين وكابيتون فقد نص : "عقد الزواج هو عقد مدني إحتفالي ، والذي بواسطته يتحدى الرجل والمرأة من أجل العيش معا ، ومن أجل التعاون والمساعدة تحت إشراف الزوج رئيس العائلة " [1] .

ونظرا لكون عقد الزواج العرفي هو عقد زواج كامل الأركان والشروط المطلوبة في الشريعة الإسلامية غير أنه لم يسجل فعلينا أن نتطرق إلى أركان وشروط عقد الزواج العرفي.

المطلب الثاني: أركان وشروط عقد الزواج العرفي وجزاء تخلفها

إن عقد الزواج كعقد شرعي له أركان تقومه وتحقق ماهيته وشروط لابد منها لأجل الاعتداد به.

في التشريع الجزائري فإن الأمر 274-59 الصادر بتاريخ 1959/02/04 والمتعلق بعقود الزواج التي يعقدها الجزائريون الذين يخضعون إلى نظام الأحوال الشخصية المحلية في عمالات (الولايات) الجزائر وولايتي الساورة والواحات (ورقلة - بشار حاليا) نص في مادتها الثانية على أن :" الزواج لا ينعقد إلا برضا الزوجين ، ويجب أن يصدر الرضا شخصيا وعلنيا ومن صاحب الشأن شخصيا وبحضور شاهدين بالغين ، وذلك أمام القاضي أو الموثق أو ضابط الحالة المدنية وإلا كان العقد باطلا " [2].

---

[1] Dr /GHAOUTI BENMELLHA, éléments du droit algérien de la famille, tome premier, le mariage et sa dissolution, office de publications universitaires, publi sud, Paris ,1985, P 42

[2] المادة 02 من الأمر 274-59 الصادر بتاريخ 1959/02/04 والمتعلق بعقود الزواج التي يعقدها الجزائريون الذين يخضعون إلى نظام الأحوال الشخصية المحلية

أما قانون الأسرة الحالي وتحت عنوان أركان الزواج نص في المادة التاسعة والتاسعة مكرر على أنه: " (يتم عقد الزواج برضا الزوجين)، وبالتالي جعلت من الرضا ركنا والباقي شروط صحة لقيام عقد الزواج، ولذا سنتحدث عن كل منهما على حدي ووفقا للترتيب الذي سار عليه قانون الأسرة.

يمكن تلخيص أركان عقد الزواج العرفي في الرضا بإعتباره ركن أساسي والولي والأهلية والصداق والموانع الشرعية كشروط لصحة الزواج ولكل منهما آثارهما وهو ما سيتم شرحه في النقاط الموالية:

الفرع الأول: أركان عقد الزواج العرفي:

عقد الزواج عقد زواج صحيح غلا انه في حالة تخلف ركن الرضا يبدي بالعقد على البطلان ويعتبر هذا الركن عنصرا أساسيا في إبرام عقد الزواج وهذا ما جاءت به المادة 9 من قانون الاسرة، لذ سنتعرف على هذا الركن في مختلف النقاط المتعلقة به:

أولا: ركن الرضا

لما كان عقد الزواج عقدا إراديا يقوم على تراضي المتعاقدين، كان الرضا ركنا من أركانه، وهذا الرضا أو التراضي يوجد بوجود إرادتين متوافقتين ومتطابقتين متجهتين إلى إحداث أثر شرعي معين وهو حلّية إستمتاع في الزواج مع تحمل باقي آثار العقد الشرعي، ومظهر ذلك كله هو الإيجاب والقبول.

وقال البخاري :" لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاهما ، كما أنه ليس للأب جبر البكر على الزواج بمن أراد إذا إمتنعت "[1] .

ونصت المادة العاشرة من قانون الأسرة في فقرتها الأولى أن:" الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ".

ثم نصت فقرتها الثانية أن :" يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة " وهذا ما يتعين معه التطرق لكل من الإيجاب والقبول وإلى صيغة كل منهما وإلى إيجاب و قبول العاجز عن الكلام[2].

أ : الإيجـاب والقبول

فالإيجاب: هو ما صدر من أحد العاقدين أولا دالا على ما يريده من إنشاء العقد، ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجبا.

والقبول: هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر دليلا على موافقته على ما أوجبه الأول ويسمى الشخص الذي صدر منه القبول قابلا.

فأول الكلام إيجابا سواء صدر من جانب الزوج أو من جانب الزوجة، وسمي إيجابا لأنه أوجد الإلتزام، ويسمى الثاني قبولا لأنه رضا بما في الأول من إلتزام.

---

[1] عبد الكريم مامون، نظام الزواج العرفي، دراسة نقدية، مجلة دراسات قانونية، تصدر عن مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ديسمبر 2004 ، العدد 01 ، ص 134

[2] المادة 10 من الامر 05 / 02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري

والأصل في تحقيق الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يكون بالعبارة وقد يوجد أحدهما أو كلاهما بالإشارة أو الكتابة ، في بعض صوره ولما كان الأصل فيه هو الألفاظ عني الفقهاء ببيان الألفاظ التي ينعقد بها وهو ما يعرف بصيغة عقد الزواج [1].

ب : الصيغـــــة في تبادل الإيجاب والقبول

وقد إتفق الفقهاء على أن العقد ينعقد بكل لفظ مأخوذ من مادتي الزواج والنكاح لأن أكثر النصوص الواردة فيه جاءت بهما، وأنه لا ينعقد بألفاظ الإباحة والإحلال والإيداع والإعارة والرهن لأنها لا تفيد الأبدية، والزواج من العقود الأبدية لأنه يفيد ملك المتعة للزوج. وبما أن الزواج مشروط فيه الشهادة فلابد أن يكون اللفظ الذي يعقد به صريحا، حتى يعرف الشهود ما شهدوا عليه " [2].

أما القبول فيتحقق بأي لفظ يدل على الموافقة والرضا. كما أنه ليس شرطا أن يعبر عن الإيجاب والقبول باللغة العربية سواء كان العاقدان يحسنان اللغة أم لا ، لأن المقصود هو التعبير الواضح عن الإرادة[3].

أما في إنعقاد الزواج بغير الكلام، فقد ميز الفقه بين حالتين، فإذا كان العاقدان حاضرين معا في مجلس العقد وكانا قادرين على النطق، فلا يصح الزواج بينهما بالكتابة

---

[1] ناسلي حميدة، محاضرة بعنوان :عقود الزواج العرفية، ألقيت بمحكمة حمام ضلعة، بتاريخ2008 / 01 / 02

2 د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 67.

[3] المرجع السابق، ص 65.

لأن اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة ولأن الكتابة كناية، والنكاح لا ينعقد بالكناية، أما إذا كان العاقدان غائبين، فقد ذهب جمهور العلماء من المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى المنع من إجراء عقد الزواج بالكتابة بين غائبين[1]

أما المشرع الجزائري فقد ذهب من خلال نص المادة العاشرة من قانون الأسرة إلى ما ذهب إليه المانعون من إنعقاد الزواج بالكتابة حيث حصر التعبير عن الإرادة في اللفظ ولم يستثنى الغائبين كما فعل بالنسبة للعاجز.

وأما العاجز عن الكلام كالأخرس فإن كان لا يحسن الكتابة ، فيعبر عن إرادته بإشارته المعروفة لأنه لا سبيل له في التعبير عن إرادته إلا بها ولا يزوجه وليه إن كان بالغا ، لأن الأخرس كالأصم لا يحجر عليه ، والأخرس إذا كان يحسن الكتابة فالأرجح أن لا يقبل منه التعبير عن إرادته بالإشارة ، لأن الكتابة أقوى بيانا من الإشارة حيث يعرفها كل من يقرأ بخلاف الإشارة التي لا يعرفها إلا القليل [2]

وقد لاحظنا أن المشرع الجزائري عندما نص في المادة العاشرة من قانون الأسرة على أنه: " ... ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة " ولم يعط الأولوية للتعبير بالكتابة عنه بالإشارة، ويفهم من ذلك أنه يمكن للأخرس التعبير عن الإرادة بالإشارة حتى ولو كان يعرف الكتابة المهم أن تكون الإشارة لديها دلالة معروفة خصوصا لدى شهود العقد.

1 عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، ص 119.

2 المرجع السابق، ص 65.

أما عن مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في عقد الزواج فقد أجاز الفقهاء ذلك بالنسبة للبكر فقد استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: "ليس للولي من الثيب أمر " وقوله:" الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صمتها ".

أما عن إنعقاد الزواج بالأفعال فقد اتفق الفقهاء على أن الزواج لا ينعقد بالأفعال ، كأن تقول إمرأة لرجل زوجتك نفسي بمائة دينار مثلا ، فيدفعها إليها من غير أن يتكلم حتى ولو كان أمام شهود فليس في هذه الصورة إلا الإيجاب و الزواج لا يتحقق بالإيجاب وحده[1]

كما أنه يشترط في عقد الزواج أن يكون منجزا وذلك بخلوه من التعليق على الشرط يحتمل أن يتحقق أو لا يتحقق وصيغته غير مضافة لأجل في المستقبل ، أما إذا إقترن الزواج بشرط يتماشى ومقتضيات العقد ويساير ما تأمر به الشريعة الاسلامية فهذا جائز ، كاشتراط تعجيل بعض الصداق و تأجيل بعضه، وهو ما أشارت إليه المادة 19 من قانون الأسرة بقولها :" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون "[2].

أما إذا كان الشرط مخالفا لقانون الأسرة ولأحكام التشريع الإسلامي ولا يتفق مع مقتضيات العقد فالشرط هنا باطل بإتفاق العلماء والعقد يبقى صحيحا، وهو ما ذهب إليه

[1] المرجع السابق، ص 69.

[2] المادة 19 من الأمر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري

المشرع الجزائري في المادة 35 من قانون الأسرة بقوله:"إذا إقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا ".

ثانيا: شــروط الرضـا: أما عن الشروط التي يجب أن تتحقق في ركن الرضا فهي كالآتي:

أ – **أن لا يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية أو ناقص الأهلية**[1] : ويعد السفيه كامل الأهلية ، ولذلك يصح وينعقد عقد زواجه إذ لا حجر عليه في الزواج و آثاره .

وأهلية الزواج في قانون الأسرة الحالي حددتها المادة السابعة بقولها: " تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة ".

والمشرع أجاز لرئيس المحكمة إعفاء الزوجين من شرط السن إذ رأى أسباب جدية تدعو إلى ذلك، وهذا التحديد لم يكن معروفا عند المسلمين الأوائل وذلك لعدم ورود نص في القرآن والسنة.

وعلى العموم فإن تحديد السن لم يأت على إطلاقه ذلك أن المشرع لم يأخذ الناس جميعا مأخذا واحدا سواء كانوا ذكورا أو إناثا و إنما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في السماح والإذن بالزواج [2] .

ب – **أن يكون الإيجاب حازما** : أي ينطوي على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد إقتران القبول به ، وعلى أساس توافر هذه النية أو إنتفاءها[1] يفرق الفقهاء بين الإيجاب و بين

[1] الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، جمهورية مصر العربية، ص 20

[2] المرجع السابق، ص 132.

الدعوة إلى التعاقد مع مراعاة أن القول بذلك من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا

ج – أن يكون الإيجاب كاملا: أي أن تتوفر فيه العناصر الرئيسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد العقد بمجرد إقتران القبول به.

د – ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الآخر: لأنه إذا رجع الموجب في إيجابه قبل القبول ألغي الإيجاب، فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء على غير إيجاب ويجوز للموجب الرجوع في الإيجاب ما لم يرتبط بقبوله لأن الإلتزام لا يتم قبل الإرتباط بين الإيجاب والقبول. وعلى العموم يجب أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب وإلا أعتبر إيجابا جديدا

هـ – يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب : ومعنى ذلك صدور القبول بالموافقة على كل المسائل التي تضمنها الإيجاب ، ومن ثم إذا إقترن القبول بما يزيد أو يعدل فيه إعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا [2] .

و – أن يكون الرضا سليما من كل العيوب : وهي الإكراه و الغلط و التدليس وهناك من يضيف الإستغلال ، وقد نصت المادة 13 من قانون الأسرة أنه " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها "[3]

---

[1] د/ العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، طبعة 1999، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص 60.

[2] الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 23.

[3] المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري

أما إذا ورد الإكراه بمعنى المنع وليس الإجبار ، فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أنه في هذه الحالة للقاضي أن يأذن بالزواج ، حيث قضت غرفة الأحوال الشخصية و المواريث بأنه :"من المقرر قانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها ، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون [1]

والسؤال يطرح بالنسبة لزواج المخطوفة أو المبعدة وعندما تتزوج القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها أو مبعدها لا تتخذ إجراءات المتابعة ضده إلا بناءا على شكوى من الأشخاص الذين لهم صفة في طلب بطلان عقد الزواج.

فالمشرع بعد أن جرم فعل الإختطاف أو الإبعاد تراجع إلى الوراء بقصد حماية مصلحة الضحية المخطوفة أو المبعدة ذلك أنه في حالة زواج القاصرة من خاطفها فلا يمكن أن تتخذ ضده إجراءات المتابعة الجزائية إلا بناءا على شكوى ممن لهم صفة في طلب بطلان عقد الزواج ، ثم تراجع خطوة ثانية إلى الوراء وقال لا يجوز الحكم على الخاطف إلا بعد القضاء ببطلان العقد ، وكأن إعلان رغبة المخطوفة في الزواج من خاطفها و إبرام عقد الزواج بينهما عمل يزيل الصفة الجرمية [2]

فالمتمعن في رضا الطرفين يجده معيبا، فالزوج الخاطف يعلن إجابه بالزواج بمخطوفته تهربا من المتابعة الجزائية وربما قصد إبرام زواج مؤقت، والزوجة المخطوفة تعلن قبولها قصد

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،1993/03/30، المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001، ص 35

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 66 -68.

التستر على نفسها، فكلا الطرفين وقعا في إكراه معنوي وزواجهما معرض للإبطال في كل لحظة.

أما في الغلط قد صدر قرار عن المحكمة العليا جاء فيه:" تعتبر الكفاءة كشرط لصحة الزواج ومعناها المساواة في المركز والأخلاق ".

الفرع الثاني: شروط صحة عقد الزواج العرفي

أولا: الولـــــــي كشرط لصحة الزواج

شرعت الولاية في الإسلام حفاظا لحقوق العاجزين عن التصرف، بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها، ورعاية لمصالحهم وشؤونهم، حتى لا تضيع وتهدر ذلك أن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، ومن عجز عن رعاية مصلحته أقام له الشارع من يتولى أمره، ويحقق له النفع ويدفع عنه الضرر، ويشترط الإسلام فيمن يتولى إنشاء عقد الزواج أن تكون له حق الولاية والقدرة على إنشائه.

وقد اعتبر المشرع الجزائري الولي في عقد الزواج شرطا لصحة الزواج حسب المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر 05 / 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، إلا أن حضوره رمزي بالنسبة للمرأة الراشدة البالغة ووجوبي بالنسبة للفتاة القاصر[1].

فلو أبرم عقد زواج عرفي بدون حضور ولي وحضر الزوجين لتثبيت الزواج العرفي الواقع بينهما أمام المحكمة، فإن المحكمة تتأكد من توافر أركان عقد الزواج حسب المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة.

1 الاستاذ لحسين بن شيخ آث ملوثا، قانون الاسرة الجزائري، ص 27

ثانيا: الصـــــــداق

للفقهاء المسلمين أبحاث كثيرة في الصداق من حيث كونه واجبا أو غير واجب، ومن حيث كونه ركنا من أركان عقد الزواج أو شرط صحة أو فقط أثر من آثاره، ونحن وإن كنا لا نحاول أن نستعرق في تحليل هذه الأبحاث فإننا سنكتفي بالحديث عن الصداق من جوانب قليلة تهم الموضوع ومعتمدين أساسا على أحكام قانون الأسرة.

عرفه المالكية أنه ما يجعل للزوجة نظير الاستمتاع بها [1]

أما من الناحية القانونية فقد عرفته المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري أنه: "ما يدفع نحله للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء ".

كما نص في المادة التاسعة مكرر عن الصداق وعده شرطا من شروط الصحة، ثم أتى تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل في المادة 33 المعدلة بالامر 05 ـ 02 ورتب على فقدان الصداق فسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه وتثبيته بعد الدخول بصداق المثل، وكأن المشرع لم يرد التأكيد على شرط الصداق والإستمرار فيه، فكأنه جمع بين الأراء والمذاهب.

فلو أبرم زواج عرفي وأراد الطرفين تثبيته فإن المحكمة تتأكد من مدى توافر ركن الرضا الذي ذكرته المادة التاسعة من قانون الأسرة وشروط الصحة التي ذكرتها المادة 09 مكرر ومنها الصداق ومقداره فإن سمي الصداق أثناء إبرام العقد ثبت الزواج وإن لم يسم الصداق

[1] والأصح العقد معها وليس العقد عليها لأنها ليست محل العقد بل طرفا فيه.

أثناء إبرام عقد الزواج فسخ إن لم يحصل الدخول ولا صداق فيه ، أما إذا حصل الدخول فيثبت الزواج العرفي بصداق المثل[1] .

و نصت المادة 17 من قانون الاسرة كذلك أنه :" في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان ذلك قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين وإذا كان بعد الدخول فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين " [2]

ثالثا: الشاهديـــــن

الشهادة مأخوذة من المشاهدة وهي أن يخبر الانسان بما رأى أو أدرك بأحد حواسه ، وتعد من ضمن وسائل الاثبات والبينات عند حصول التناكر والتجاحد [3]

وللشهادة عدة حكم منها إخراج النكاح من السرية واحتياط الأبضاع وصيانة للانكحة من الجحود وإثبات لنسب المولود وإثبات للحقوق والواجبات الزوجية.

واعتبر المشرع الجزائري الشهادة مطلوبة في عقد الزواج وشرطا لصحته حسب المادة التاسعة مكرر من قانون الاسرة ولكن لم يرتب على تخلف هذا الشرط البطلان بل الفسخ بعد الدخول طبقا لنص المادة 33 من قانون الاسرة ، فلو تخلف الشاهدين في عقد الزواج العرفي ولم يحصل الدخول فسخ العقد أما لو حصل الدخول ثبتت المحكمة الزواج العرفي إذا توافرت الشروط وركن الرضا[4].

---

1 المادة 33 من الامر 05 . 02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري

2 المادة 17 من الامر 05 / 02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري

3 د/ محمد محده، المرجع السابق، ص 284

4 الاستاذ لحسين بن شيخ آث ملوثا، قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص31

رابعا: إنعدام الموانع الشرعية للزواج

لقد أوردتها المواد 30 و31 من قانون الأسرة لذا المتمثلة في **خلو المرأة من المحرمات الشرعية** من شروط إنعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محلا للعقد أي لا يكون بين الزوجين من موانع الزواج لقوله تعالى:" وأحل لكم ما وراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ".

والمحرمات من النساء من الأحكام التي لا تختلف بإختلاف الزمان والمكان، فهي لا تقبل التغيير ولا التبديل، وليس فيها مجال للإجتهاد ولقد أوردها المشرع في باب موانع الزواج في قانون الاسرة من المادة 23 إلى 31.

وحسب المادة 23 فإن المحرمات من النساء تنقسم إلى قسمين هما: المحرمات المؤبدة والمحرمات المؤقتة.

أ – المحرمات المؤبدة: هي ما كان سبب التحريم قائما ودائما لا يزول وتنحصر كما جاء في المادة 24 من قانون الأسرة في ثلاثة أسباب رئيسية وهي: القرابة، المصاهرة، الرضاع.

فالمحرمات بالقرابة طبقا للمادة 25 هي: الأمهات، البنات، الأخوات، العمات، الخالات، بنات الأخ وبنات الأخت.

ونصت المادة 24 على المحرمات بالمصاهرة وهم : أصول الزوجة بمجرد العقد عليها وفروعها إن حصل الدخول بها وأرامل أومطلقات أصول الزوج إن علوا وأرامل أومطلقات فروع الزوج وإن نزلوا [1].

كما نصت المادة 27 على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[2] .

ب – المحرمات المؤقتة: نصت عليها المادة 30 من قانون الأسرة فيحرم الزواج معهن بصفة مؤقتة فقط، ولسبب شرعي قائم يتعلق بالزوجة، وبمجرد أن يزول السبب يحل الزواج معها وهي:

المحصنــة: وهي المرأة التي ماتزال مرتبطة مع زوج آخر بعقد زواج رسمي وشرعي فهي محرمة على كل رجل إلى أن يطلقها الزوج الأول وبه تحل لغيره.

المطلقة ثلاثا: وهي المرأة التي طلقها زوجها ثلاث مرات وأصبح طلاقها بائنا فإن الزواج منها يحرم مؤقتا وأنها لم تعد تحل له إلا إذا تزوجت رسميا مع رجل آخر ودخل بها ثم طلقها وإنقضت عدتها.

المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة: وهي المرأة التي طلقها زوجها أو توفي عنها، إن هذه المرأة لا يجوز لرجل أن يتزوج معها وتحرم عليه مؤقتا إلىأن تنقض مدة عدتها الشرعية وهي ثلاثة أشهر بالنسبة للمطلقة وأربعة أشهر وعشرة أيام بالنسبة للمتوفي عنها زوجها.

[1] المادة 24 من الامر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الاسرة الجزائري

[2] المادة 27 من الامر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الاسرة الجزائري

أخت الزوجـــة : فلا يجوز للرجل أن يتزوج أخت زوجته التي في عصمته ، ويحرم عليه الزواج معها إلا بعد أن تكون قد توفيت أو طلقها وإنقضت عدتها بإعتبار أنه لا يجوز الجمع بين الأختين في عصمة رجل واحد سواء كانت أختين شقيقتين أو أختين لأب أو لأم أو أختين من الرضاع[1] .

الجمع بين الزوجة وعمتها أو خالتها : وهو جمع يعني أن يتزوج الرجل على زوجته عمتها أو خالتها وهي لا تزال حية وفي عصمته فمثل هذا الزواج حرام مؤقتا شرعا وقانونا ولا يكون حلالا إلا بعد وفاة الزوجة الأصلية أو طلاقها [2]

تحريم زواج المسلمة بغير مسلم: لقد نصت المادة 30 من قانون الأسرة على أنه:" لايجوز زواج المسلمة بغير مسلم " وقال سبحانه وتعالى: " لاتنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ".

فالقانون والشرع كلاهما ينهيان زواج المسلمة بغير المسلم، فأي عقد زواج بين إمرأة مسلمة وأي رجل لا يؤمن بالإسلام يعتبر عقدا باطلا، لا يرتب أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح، ولقد حرم على المسلمة أن تتزوج غير المسلم وذلك لما للزوج من سلطات على زوجته شرعا وعرفا.

[1] ناسلي حميدة، محاضرة بعنوان :عقود الزواج العرفية، ألقيت بمحكمة حمام ضلعة، بتاريخ2008 / 01 / 02 ، ص 12

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 107.

والمرتدة تأخذ حكم المشركة فلا يحل الزواج بها، أما الكتابية التي تؤمن برسل الله وتقر بالكتاب السماوي سواء كانت يهودية أو نصرانية فيحل للمسلم التزوج منها على رأي الجمهور

الفرع الثالث: جـزاء تخلـف أركان وشـروط عقد الـزواج العرفـي

إن عقد الزواج العرفي يكون صحيحا إذا إستوفى أركانه وشروطه المطلوبة في المادة التاسعة والتاسعة مكرر من قانون الأسرة وإستكمل العاقدان فيه شروط الأهلية وكان كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة (المادة 23 قانون الأسرة).

ولقد رتب المشرع على تخلف ركن الرضا وشروط عقد الزواج كلية أو بعضها إما وصف البطلان وإما وصف الفسخ، متأثرا بأحكام التشريع الإسلامي فاستعمل مصطلحي الباطل والفاسد ، فلقد ذهب المشرع إلى أن البطلان أقوى من الفساد في السبب، وكلما قوى السبب كان الزواج باطلا ولكن متى يترتب جزاء البطلان وكذا الفساد على عقد الزواج؟

أولا - عقـد الـزواج الفاسـد :

يعتبر عقد الزواج الفاسد ذلك العقد الذي وجد فيه الإيجاب و القبول ، ولكنه فقد شرطا من شروطه الأساسية الواردة في المادة التاسعة من قانون الأسرة كأن يكون العقد بدون ولي أو بغير شهود أو بدون تسمية صداق ، فالزواج الفاسد هو الذي يختل فيه شرط من شروط الصحة بمعنى الذي توافر فيه سبب من أسباب الفسخ أو البطلان و تبين أمره قبل الدخول[1] .

[1] أو كما جاء في المادة التاسعة مكرر شرط من شروط الصحة.

إن الزواج الفاسد ينتهي بالفسخ أو الإبطال وهو ما قصده المشرع في المواد 32،33و34 من قانون الأسرة أما إذا تبين بعد الدخول فالقانون إما يصححه للإستمرار فيه إذا إختل ركن واحد من أركان العقد أو إشتمل على شرط ينافي مقصود العقد حماية للأسرة والمجتمع، وإما يبطله بطلانا مطلقا إذا إختل أكثر من ركن واحد في العقد.

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

1- تستحق الزوجة بالزواج الفاسد بعد الدخول صداق المثل.

2- ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد ومنعا لإختلاط الأنساب ويثبت نسب الولد من أبيه إذا جاءت به أمه في مدة الحمل أقلها ستة أشهر من تاريخ الدخول وأكثرها عشرة أشهر من تاريخ التفريق أو الإنفصال.

3- ثبوت حرمة المصاهرة حيث يحرم على الزوج بالزواج الفاسد بعد الدخول أن يتزوج أمها أو إبنتها كما لا يجوز للزوجة أن تتزوج أباه أو إبنه.

4- وجوب العدة لمعرفة براءة الرحم من الحمل.

5- تستحق الزوجة نفقة العدة إذا كانت تجهل سبب فساد النكاح غير أنها لا تستحق النفقة الزوجية ولا الميراث ولو تم الدخول لأنهما أثران من آثار الزواج الصحيح.

6 – إعتبار العقد الفاسد شبهة بعد الدخول بالزوجة فلا يطبق حد الزنا على الزوجين لقوله صلى الله عليه وسلم :"إدرءوا الحدود بالشبهات "، فالشبهة ترفع وصف الزنا في العقد الفاسد [1].

ثانيا – عقـد الــزواج البـــاطل:

يعتبر عقد الزواج الباطل ذلك العقد الذي فقد ركنا من أركانه الأساسية أو الذي إختل فيه ركنا من الأركان التي إعتبرها المشرع من شروط الصحة، فإن هذا العقد يكون باطلا لا وجود له في نظر القانون الذي قرر بطلانه ولو بعد الدخول، وعليه فإن البطلان يترتب في الحالات التالية:

1– فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي والمتعلق برضا الزوجين وهو ما يقصده المشرع في المادة 32 التي تقضي أنه " يفسخ النكاح إذا إختل أحد أركانه ... "، وعليه فإنه إذا حصل خلل في الصيغة أو في أهلية العاقد يمنع إنعقاد العقد.

2–فقدان عقد الزواج لأكثر من ركن من الأركان التي إعتبرها القانون من شروط الصحة وهو ما تنص عليه المادة 33 بقولها "ويبطل إذا إختل أكثر من ركن واحـد "، كأن يتم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو بدون صداق سواء تبين أمره قبل الدخول أو بعده.

[1] عبد الكريم مامون، نظام الزواج العرفي، دراسة نقدية، مجلة دراسات قانونية، تصدر عن مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ديسمبر2004 ، العدد01 ، ص 47

3–كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب العدة ، وينصرف البطلان أيضا إلى زواج المسلمة بغير المسلم وكذلك إذا كان أحد الزوجين مرتدا [1].

إن عقد الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار عقد الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر ما قبل الدخول بل يعتبر وجوده كعدمه ويجب على كل من الزوجين أن يفترقا في الحال وإذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا باطلا كان دخوله بمنزلة الزنا، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قراراتها.

إن عقد الزواج الباطل على حد قول الأستاذ فضيل سعد لا يرتب إلا أحكاما عرضية بوصفه واقعة مادية تستوجب التنظيم في نظر الإسلام والشريعة الإسلامية بخلاف العقد الفاسد الذي يقوم غير مستوفي لشروط النكاح الشرعي.

وعليه فإنه من الآثار المترتبة عليه نجد:

- لا توارث بين الزوجين.
- ثبوت النسب رعاية لحقوق الطفل.
- لا يترتب على العقد الباطل الصداق للزوجة كما أنه لا ينشأ للزوج على زوجته أي حق ولا للزوجة على زوجها.

[1] نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، سنة2010 – 2009 ، ص 110

– إذا كان البطلان واضحا قبل الدخول وثبت العلم بالتحريم وسببه وتم الدخول عد بمنزلة الزنا [1].

هكذا وبعد أن عرفنا عقد الزواج العرفي وأركانه نتساءل الآن عن الآثار التي يرتبها الزواج العرفي، هذا ما سنحاول توضيحه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على عقد الزواج العرفي

إن الزواج العرفي ونظرا لطابعه الخاص، إذ أنه يفتقد إلى شرط شكلي يستوجبه القانون يجعل آثاره متميزة لا تنحصر فقط في الزوجين ولكن تمتد إلى أطراف أخرى، فسنتناول في هذا المبحث الآثار التي يرتبها عقد الزواج العرفي بوصفه واقعة مادية وقانونية معترف بها بالنسبة للزوجين في المطلب الأول وبالنسبة للأبناء الناتجين عن هذا الزواج والمجتمع في مطلب ثاني

المطلب الأول: آثاره بالنسبة للزوجين

إن عقد الزواج من أهدافه الأساسية صيانة الزوجين، وإحصانهما، والحفاظ على بقاء الجنس البشري، ومنع الأنساب من الاختلاط، وهو إذا انعقد صحيحا بكافة أركانه وشروطه يرتب آثارا تتمثل في حقوق وواجبات الزوجين وعليه نتطرق إلى آثاره فيما إذا كان رسميا لمعرفة ما إذا كانت هي نفسها في الزواج العرفي.

[1] نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، مرجع سابق، ص 112

نظم المشرع آثار عقد الزواج بعد إكتمال أركانه وشروطه في المواد من 36 إلى 39 من قانون الأسرة وجعل بعضها مشتركا بين الزوجين وخص بعضها بزوج واحد.

الفرع الأول: الواجبـــات المشتـركة

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

1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

2- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

3- المحافظة على روابط القرابة والتعاون مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف".

ويمكن تلخيص هذه الواجبات في ضرورة المعاشرة بالمعروف بما يحقق السكن والمودة والرحمة ، وذلك عن طريق الإحترام المتبادل ، وتقاسم الأعباء من أجل صيانة مصلحة الأسرة ، و الإشراف على تربية الأبناء التربية الإسلامية الصحيحة[1].

وتقابل ذلك حقوق ناتجة عن طبيعة عقد الزواج وتناولها المشرع في نصوص متفرقة:

1- حل المعاشرة بين الزوجين وإستمتاع كل منهما بالآخر في إطار ما أذن به الشرع و في ذلك إحصان للزوجين و عصمة لهما من إرتكاب الزنا المحرم شرعا وقانونا[2] .

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 198.

[2] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 161.

2- التوارث بين الزوجين ، فمن توفي منهما حقيقة أو حكما ورثه الزوج الآخر لقوله تعالى :« ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين و لهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين » [1]

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

الفرع الثاني: الحقـوق والواجبـات المستقلـــة

وهي الحقوق والواجبات التي يستقل بها كل طرف فلا تثبت هذه الحقوق إلا إذا قام الطرف الآخر بواجباته.

إذ نصت المادتين 37 و38 من قانون الأسرة على حقوق الزوجة المتمثلة في:

* **النفقة:** عرفت المادة 78 من قانون الأسرة النفقة على أنها تشمل:» الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة «.

وشروط وجوب النفقة نصت عليها المادة 74 من قانون الأسرة وهي الدخول بالزوجة والعقد الصحيح على المرأة و يضيف الفقهاء شرطا آخر و هو صلاحية المرأة للمتعة[2] .

*** زيارة أهلها من المحارم وإستضافتهم بالمعروف:**

[1] سورة النساء، الآية 12.

2 المواد 37 و38 و74 من الامر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري

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

*** حرية التصرف في مالها** : وهذا الحق ضمنته لها الشريعة الإسلامية لقوله تعالى :« للرجال نصيب مما اكتسبوا و للنساء نصيب مما اكتسبن » وهو ما أكدته المادة 38 من ق الأسرة[1]

كذلك للزواج العرفي آثار سلبية على الزوجين يمكن حصرها فيما يلي:

أولا: بالنسبة للحقوق المالية:

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

إن حق الزوجة في النفقة كما سبق ذكره يكون مستحقا من يوم الدخول، غير أنه وفي حالة إمتناع الزوج عن أداء النفقة لزوجته، وتقدمت إلى العدالة للمطالبة بحقها فإن عليها أولا أن تثبت العلاقة الزوجية القائمة بينها وبين المدعى عليه، وإلا فإن دعواها لا تقبل لإنعدام صفتها والصفة من النظام العام فحتى ولو أقر الزوج بعقد الزواج العرفي وأعترض على

[1] المادة 38 من الأمر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الاسرة الجزائري

طلب النفقة فإن المحكمة لا تحكم لها بالنفقة حتى ولو أنها فعلا لم تتحصل عليها، وهذا ما نصت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1987/02/07 أنه: " طالما لم تثبت الزوجة علاقة الزوجية فإنها تبقى بدون صفة ومطالبتها بحقوقها المالية تكون غير مؤسسة إذا طالبت بإثبات علاقة الزوجية والنفقة و فشلت في إثبات عقد زواجها " [1]

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

ثانيا: الحقوق غير المالية:

إن عدم الحصول على وثيقة تثبت العلاقة الزوجية تجعله عرضة للإنكار ، ويمنع بذلك الطرف الأخر من الإحتجاج بها ليس فقط بالمطالبة بالحقوق المالية بل حتى المتابعات الجزائية، فلو تزوج شخص عرفيا ثم ترك مقر الزوجية لمدة أكثر من شهرين فهل يمكن للزوجة متابعته بجريمة ترك مقر الزوجية وفقا لقانون العقوبات وإذا كانت هذه الزوجة حامل فهل يمكن لها متابعته بجريمة إهمال الزوجة الحامل؟ وإذا علمت أنه على علاقة غير شرعية فهل يمكن متابعته بجريمة الزنا؟

يشترط لأي متابعة قضائية من هذا النوع وجود عقد زواج شرعي وقانوني صحيح يربط بين الزوجين وترفق نسخة منه بالشكوى وإلا رفضت، وعليه يجب أولا على الزوجة أن تثبت عقد زواجها.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1987/02/07، المجلة القضائية ،1990، ال عدد03، ص 65

بالنسبة للعدة هي فترة محددة من الزمن تتربصها المرأة في مسكن الزوجية بعد وقوع الفرقة بينها وبين زوجها أو بعد وفاته وتمنع خلالها من التزوج بغيره والهدف منها هو:

- التأكد من براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب.
- تهيئة الفرصة لتمكين الزوج من مراجعة زوجته.
- إعلان حزن الزوجة على زوجها المتوفي[1] .

أما العدة فإن على الزوجة أولا أن تتبع إجراءات التسجيل أمام قاضي الأحوال الشخصية ثم تثبت قيام الطلاق بينها وبين زوجها ونظرا لأن الواقعتين غير مسجلتين فقد تؤدي إلى عدد من الإشكالات المترتبة عنها.

المطلب الثاني: آثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للأبناء والمجتمع

إن الزواج العرفي عقد مشروع رتب له المشرع آثار تتعدى أطرافه الأصليين لتمس الأبناء فتترتب عليه حقوق للأولاد تطرق لها المشرع في مواد قانون الأسرة ، حيث تناولت المادة 36 من قانون الأسرة حق تربية الأولاد وهذا من خلال الاهتمام بتكوين الطفل من الناحية النفسية والعاطفية ونشأته بصفة سليمة وحق الحضانة الذي جاء ت به المادة 62 من قانون الأسرة وعرفته بأنه[2] :

[1] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة2010 ، العدد رقم 01، ص 62.

[2] المادة 62 من الامر 05 / 02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري

" رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا "، وحق النفقة والذي تناولته المواد 75، 76 و77 من قانون الأسرة، والحق في النسب الذي بينته المادة 40 من قانون الأسرة.

وإذا كانت هذه الحقوق الواجبة على الوالدين تؤدى بصفة تلقائية للأولاد وبمنطلق الفطرة، فإن حق الولد في النسب وفي أن يلحق لأبيه قد تعترضه في الزواج العرفي العديد من العوائق، حيث في كثير من الأحيان يكون عرضة للإنكار أكثر مما هو عليه الحال في الزواج الرسمي، ولذلك سنتناول هذا الحق ونحاول أن نبين سلبية الزواج العرفي عليه.

الفرع الاول: آثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للأبناء (حق النسب)

إذا كان نسب الولد لأمه ثابت بسبب الحمل المرئي والولادة وذلك بقطع النظر عن كونه ولدا شرعيا أو ولد زنا، فإن نسبه إلى والده ليس دائما سهلا.

والشريعة الإسلامية حصرت طرق إثبات النسب في: الزواج الصحيح، الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة أو الإقرار أو البينة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نص في المادة 40 من قانون الأسرة:

" يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح ثم فسخه بعد الدخول "، وقبل التطرق إلى هذه الطرق نتناول مفهوم النسب.

عرف القضاء النسب بأنه القرابة الناشئة عن صلة الدم بالتناسل وهو يكسب المقر به حقوق ويرتب عليه واجبات كالنفقة على ذوي قرباه المحتاجين ويمكنه من مزاحمة الورثة في الإرث ويجري عليه ما يجري عليهم من موانع الزواج الناشئة عن القرابة.

والنسب حق لكل من الزوجين لأنه يضمن التناسل الذي يعتبر من أغراض الزواج الرئيسية ويثبت بـ:

أولا – إثبات النسب بالزواج الصحيح:

إن الولد يمكن أن ينسب إلى والده من الزواج الصحيح متى كان الزواج شرعيا ومتى أمكن الإتصال بين الزوجين ولم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة – كالملاعنة – ومتى حصلت ولادته خلال أقل مدة للحمل وأقصاها،

كما قال الرسول عليه الصلاة والسلام :" الولد للفراش وللعاهر الحجر "[1].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها إذ جاء فيه:

حيث أنه قد يحدث أن يكون هناك زواجا عرفيا قام الزوجين بتسجيله بعد مدة من الدخول على أساس أنه زواج رسمي وبعد أن تكون الزوجة قد حملت بالمولود ، وإن حدث وأنجبت بعد ثلاثة أو أربع شهور من تاريخ العقد الرسمي المسجل فهنا لا يمكن إسناد نسب الإبن لأبيه أمام ضابط الحالة المدنية لأنه لم يولد في الفترة المحددة قانونا مما يؤدي بالزوجين إلى اللجوء لوكيل الجمهورية عن طريق تقديم طلب يلتمسان من خلاله الحكم بتصحيح تاريخ واقعة الزواج العرفي وتسجيله بأثر رجعي[2] ، حتى يتمكنان من تسجيل ميلاد المولود و إثبات نسبه بصفة قانونية لوالديه وهنا لا يتوان الكثير من وكلاء الجمهورية في

[1] عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دارالعلوم، قسم الشريعة الإسلامية، سنة.2000 – 1421

[2] نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، مرجع سابق، ص 222.

متابعة الزوجين جزائيا بجنحة الإدلاء بقرارات كاذبة و معاقبتهم وفقا للمادة 223 من قانون العقوبات[1] .

فإذا كانت ولادة المولود أثناء قيام الرابطة الزوجية بين أدنى وأقصى مدة للحمل وبعد الدخول تبعا لعقد صحيح تكون قرينة شرعية وقانونية على أن الولد للفراش وينسب الولد إلى أبيه، وهذه القرينة قد لا يستفيد منها الطرف الذي يريد إثبات نسب الولد في حالة العجز عن إثبات الرابطة الزوجية الشرعية حتى وإن كان الدخول تبعا لعقد صحيح وهنا يضيع نسب الولد. وقد يحدث أن يكون الزوج متأكدا بأن الولد الذي أنجبته زوجته من زواج عرفي ليس ابنه ولا يقوم بنفيه بالطرق الشرعية (الملاعنة) ويتغاضى عن ذلك ظننا منه أنه غير ممكن لزوجته أن تثبت زواجه العرفي منها ولكن إذا سعت الزوجة وأثبتت الزواج هنا ينسب له الولد وهو ليس منه لأنه فوت مواعيد الملاعنة لأن دعوى اللعان لا يعتد بها خارج الآجال القانونية المحددة شرعا وقانونا.

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: " من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

ومن المستقر عليه قضاءا أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز 08 أيام ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة المحددة شرعا وتمسكه بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

[1] المادة 223 من الامر 66 . 156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري

فإن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد لأبيه عرضوا قرارهم لتناقض مع أحكام المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة وأخطئوا في تطبيقها ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار " [1] كما جاء في قرار آخر أنه : "من المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل هي 06 أشهر وأن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا ، وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ، ومن المستقر عليه قضاءا أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز 08 أيام من يوم العلم بالحمل . ومن الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر ، وأن قضاة الموضوع أخطئوا كثيرا عندما إعتمدوا على الخبرة ووزن الولد ، فإنهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج و إلحاق النسب للأم أخطئوا في تطبيق القانون وخالفوا أحكام المادتين 41 و42 من قانون الأسرة مما يستوجب نقض القرار "[2]

أما في حالة وقوع الولادة بعد إنقضاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة وإتيان الزوجة لولد ليس بين أقل وأكثر مدة للحمل وإنما بعد مضي أكثر من عشر شهور أي بعد إنقضاء أقصى مدة للحمل التي حددها القانون فأنه لا يمكن إسناد نسبه إلى هذا الزوج المتوفى أو المطلق .

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،1984/12/03، مجلة قضائية، 1990، العدد 01، ص 83

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1997/10/28، مجلة قضائية، العدد الخاص، 2001، ص 70.

لكن الإشكال الذي يطرح في الزواج العرفي هو صعوبة إثبات النسب عند وقوع الطلاق عرفيا .

من المستقر عليه قضاء أن المدة القانونية لنفي النسب لا تتجاوز 08 أيام ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت و الزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة وأن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة وأن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن " [1].

ثانيا – ثبوت النسب بالزواج الفاسد:

وخلصنا أولا إلى أن النسب في الزواج الفاسد يثبت للأب حسب الشريعة الإسلامية ووفقا للقانون وقد جاء في المادة 40 من قانون الأسرة.

ترى المادة 33 فنصت على أنه إذا تم الزواج بدون ولي أو صداق أو شاهدين يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه و المادة 34 نصت على أن الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده[2] .

وجاء في قرار للمحكمة العليا : " المحصنة تحرم على الزوج الثاني وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب " [3]

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/11/23، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001، ص 64

2 المادة 33 و34 من قانون الأسرة الجزائري

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/02/24، غير منشور.

وحسب هذه المواد إذا تبين الفساد قبل الدخول فسخ الزواج دون صداق ويعتبر كالعقد الباطل لا أثر له، أما بعد الدخول فالمرأة تستحق صداق المثل ويثبت به النسب.

والعقد الباطل يبطل قبل أو بعد الدخول و يترتب عليه ثبوت النسب أيضا [1]

ولقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا " ولا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا [2]

وبالتالي نقول إن الإشكاليات التي يمكن طرحها في حالة الزواج العرفي هي الزواج بالمحرمات فلا نتصور وقوع الجمع بين أختين مثلا في الزواج الرسمي الذي يعتمد فيه على وثائق الطرفين لإثبات هويتهما.

فالزواج العرفي قد يكون فاسدا نتيجة عدم توفر ركن من أركانه، كعدم توفر الشروط المطلوبة في شروط العقد وذلك لعدم مراقبتها من طرف موظف مختص.

والزواج العرفي قد يكون في كثير من الأحيان مصدرا للنكاح الفاسد خصوصا ما بين المحرمات، فقد تتزوج المرأة أو الرجل عدة مرات عرفيا وفي مناطق مختلفة وينجبون أولاد ويلتقي هؤلاء الأولاد ويعقدون زواجهم وهم يجهلون وجه التحريم، وعندما يتبين فساد هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده لكن إذا ترتب عنه أبناء فإنه يثبت به النسب مع التفريق بين الأزواج مما يؤدي إلى حرمانهم من الرعاية العائلية وهذا رغم حسن نية الزوجين.

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 153.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/06/25، غير منشور

إن المتمعن في الأسباب القانونية التي يترتب عليها فساد العقد يدرك بأنه من النادر أن تكتشف قبل الدخول وذلك لكون أن هذا العقد لا يبرم أمام موظف مختص يعرف الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج ، لذا فإن سبب فساد العقد عادة ما يكتشف بعد الدخول [1]، وقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه :

"متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد لأبيهم يكون قضاءا موافقا للشرع والقانون ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن ".

ومما سبق يتضح أن الزواج الفاسد وإن كان يثبت به النسب فإنه قد يكون في حالة الزواج العرفي سببا لضياع الأنساب وإختلاطهم ولوجود فئة من الأولاد محرومة من الرعاية العائلية.

ثالثا – ثبوت النسب بنكاح الشبهة:

نكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، وليس بناءا على عقد زواج صحيح أو فاسد.

[1] مازن إسماعيل هنية، إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد 17 – .، سلسلة الدراسات الإسلامية، يناير 2009 ، العدد.01 ، ص 52

فموقف القانون يتضح من خلال نص المادة 40 من قانون الأسرة ، فالقانون ذهب إلى ماذهب إليه الفقه ورتب على نكاح الشبهة ثبوت النسب [1]، وهذا ما يتأكد من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي جاء فيه :

"من المقرر قانونا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبنكاح الشبهة ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج و إثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون "[2].

وعلى العموم فإن نكاح الشبهة إن كان يحتمل وجوده قبل سنين طويلة فإنه من النادر وقوعه اليوم إلا في المناطق النائية.

رابعا – ثبوت النسب بالإقرار

قد نصت المادة 44 من قانون الأسرة على أنه:" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهولي النسب ".

وللإقرار شروط منها:

[1] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، مرجع سابق ن ص 71

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1991/05/21، مجلة قضائية، 1994، العدد 02، ص 56.

1 – أن يكون الولد مجهول النسب.

2 – أن يكون الولد أتي من علاقة شرعية، سواء أكان نكاح صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة.

3 – ألا يكذبه العقل أو العادة.

4 – أن يصدقه المقر له على إقراره إن كان أهلا لذلك وضرورة تصديق المحمول عليه النسب[1] .

وقد جاء في نص المادة 45 من قانون الأسرة أن الإقرار بالنسب على الغير لا يملكه المقر ولا يلزم غيره إلا بالتصديق له، كما أن الآثار الناتجة عن هذا الإقرار منصرفة إليه دون غيره من الأقارب، وبناء عليه إذا كان المقر ببنوة الغلام هي الزوجة أو المعتدة فيشترط مع ما ذكر أن يوافق زوجها على الإعتراف ببنوته له أيضا أو أن تثبيت ولادتها له من ذلك الرجل لأن فيه تحميل النسب على الغير، فلا يقبل إلا بتصديقه أو ببينة.

ويبطل الإقرار إذا صرح المقر بأن الولد إبنه من الزنا لأن الزنا لا يصلح سببا لإثبات النسب.

وهذا الإقرار بالبنوة أو الأبوة حالة نادرة على مستوى محاكمنا لأن الإقرار وحده لإلحاق النسب من الأمور الخطيرة والتي تتيح الفرصة أمام العلاقات المشبوهة والمحرمة، .... وهذا

[1] المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري

ما دفع المشرع إلى وضع قيد على رفع هذه الدعاوى يتمثل في ضرورة إثبات قيام العلاقة الزوجية [1].

وبالتالي في الزواج العرفي لا يمكن إثبات النسب بالإقرار إلا بعد تثبيت الزواج، و بالتالي يبقى الإقرار في النسب لا يقبل على مستوى محاكمنا إلا إذا قدم المدعي مع طلبه عقد زواج مسجل لدى الحالة المدنية.

خامسا – إثبات النسب بالبينة (الشهادة):

ونوع البينة التي يثبت بها النسب هي شهادة رجلين أو رجل وإمرأتين عند أبي حنيفة ، وشهادة رجلين فقط عند المالكية وجميع الورثة عند الشافعية والحنابلة ، والشهادة[2].

وقد ورد النص على إثبات النسب عن طريق البينة في المادة 40 ، وعليه فإذا إدعت إمرأة أنها حملت من زوجها وولدت في غيابه مثلا أو في حضوره فأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها ، أو إعترف بالولادة كواقعة مادية و أنكر أن يكون الولد الذي بين يديها هو نفسه الذي ولدته ، ففي هذه الحالة يحق للزوجة أن تثبت بالشهود ما ينكره الزوج ، والإثبات هنا ليس إثبات نسب لأن النسب يثبت بالفراش ولكن النزاع الحقيقي قائم على حصول الولادة ، فبالإمكان شرعا وقانونا إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن عملية

[1] كمال صالح البنا، الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2005، ص 331

[2] د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، إعادة للطبعة الثالثة، دار الفكر، سورية، 1996، ص 426.

الولادة أو الأطباء أو الممرضات أو القابلات إذا وضعت حملها في المستشفى وكذلك إلى إثبات الولد نفسه

أما بالنسبة للزواج العرفي نعتقد أن هذه الوضعية قد تكون نتيجة عزوف المتزوجات عرفيا إلى اللجوء للمستشفيات من أجل الولادة بها لأنها تكون غير قادرة على إثبات زواجها أمام المصالح الإستشفائية و تكون وضعيتها كوضعية الأمهات العازبات ،واللجوء نتيجة ذلك إلى الولادة بالبيت وخصوصا في المناطق الريفية والنائية قد يحول دون توفر شاهدة على هذه الواقعة المادية لأن القابلة ترفض الإدلاء بشهادتها خوفا من المتابعة على أساس ممارسة مهنة دون رخصة مما يؤدي لضياع نسب الولد ليس لسبب إلا أن زواج ولديه كان عرفيا[1] .

– دعوى إثبات النسب:

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

بما أن الزواج العرفي هو زواج صحيح قائم بكل أركانه ينقصه فقط التسجيل لدى الحالة المدنية وهذا التسجيل يمكن الزوجين من إستخراج وثائق تثبت صفتهما، بالتالي فالمرأة المتزوجة عرفيا لما تتقدم إلى المستشفى من أجل الولادة، تطلب منها وثيقة تثبت الزواج كالعقد أو الدفتر العائلي وبما أن زواجها غير مسجل فهي بالضرورة لا تملك ما يثبت زواجها ، فلما يولد المولود سوف يقيد على إسم والدته وهنا لما تستخرج شهادة ميلاد هذا

[1] د/ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 428

الولد نجدها بإسم أمه ولأب مجهول هذا رغم إقرار الأب و تصريحه بأن الولد منه لكن لا يقبل منه ذلك ، غير أن المشرع لم يضع نصوص تحد من هذه الطريقة ، لأننا إذا سجلنا الولد بإسم أمه ناتج عن علاقة زواج شرعية فإننا نعرض سمعته و سمعة والدته للأقاويل إضافة للعراقيل التي تعترضه أمام أية جهة إدارية لذلك من المستحسن جعل الأصل هو تثبيت النسب ..... لأن إستخراج شهادة ميلاد لأب مجهول مساس بشرف الإبن و عائلته وسوف يصحهها بعد ذلك بحكم قضائي مما يجعله يبقى مدى الحياة يتحمل نتيجة عمل خارج عن إرادته[1] .

ولو لا حظنا قانون الحالة المدنية في المادة 62 نجد أن المشرع نص على قبول التصريح سواء من الأب أو الأم أو من له مصلحة ، لكن على مستوى البلديات لا يقبلون سوى تصريح الأب [2].

ولاحظنا عمليا أن المعني بشهادة الميلاد لأب مجهول يتجه عادة بطلب إلى وكيل الجمهورية من أجل تصحيح لقبه، وهذا طبعا بعد أن يكون قد أثبت الزواج العرفي بين والديه. وهناك إختلاف بين القضاة أنفسهم في قسم الأحوال الشخصية عند ورود مثل هذه القضايا إليهم، إذ أن بعض القضاة يؤكدون على عدم وجود نزاع فيفصلون بعدم الإختصاص، أما البعض الآخر فيفصل بإثبات النسب بحكم.

[1] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية، مرجع سابق، ص 66.

[2] المادة 62 من قانون الحالة المدنية الجزائري

وبما أننا أكدنا أن دعوى إثبات النسب لا يمكن أن تكون إلا بإثبات الزواج فهل يمكن الجمع بين دعوى إثبات الزواج ودعوى إثبات النسب وإن كان الامر كذلك فكيف يكون الحكم فيها؟

نقول إن دعوى إثبات النسب قد تكون دعوى أصلية منفردة، تهدف أساسا إلى إثبات النسب ذاته، فهنا تكون الدعوى بوضع عريضة عادية لدى كتابة ضبط المحكمة مع إرفاق الدعوى بعقد زواج رسمي سجل لدى مصالح الحالة المدنية، وهذا لإثبات صفة المدعي وعدم تعرض الدعوى لعدم القبول لإنعدام الصفة.

الفرع الثاني: آثار الزواج العرفي على المجتمع

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

فبالنسبة للعدالة إن كثرة الزواج العرفي في المنطقة جعل عدد القضايا الناظرة فيها المحكمة عديدة خاصة فيما يتعلق بإثبات عقد الزواج العرفي ونظرا لسهولة إثباته و غياب الوازع الديني و الخلقي لدى بعض الأشخاص فإنهم قد يلجؤون إلى الغش لإثبات العقد و متى توفرت أركان عقد الزواج شكليا فإنه لا يسع المحكمة إلا الأمر بتثبيته ، وبالتالي إعطاء مراكز قانونية لأشخاص وترتيب حقوق لغير مستحقيها ، كأن يكون شخص على علاقة غير شرعية بإمرأة وبعد وفاته تدعي أنها متزوجة منه عرفيا وتقدم للمحكمة شهود زور وعلى

أساسها تثبت علاقة الزواج فالمحكمة تقرر علاقات غير شرعية بحكم الظاهر وتعطيها صفات لاتتوافق في الحقيقة مع الشرع والقانون في الوقت الذي تعجز فيه الزوجة الحقيقية عن إثبات عقد زواجها[1] .

بالنسبة لإشكالية الإحتجاج بالعقد العرفي إن هذا العقد المعترف به من الناحية القانونية والشرعية، غير أنه لا يمكن الإحتجاج به من طرف الزوجين إلا بعد تسجيله– كما سبق القول – لكن هل يمكن للغير الإحتجاج به وطلب تثبيته؟

كأن يتزوج شخص زواجا رسميا ثم بعد ذلك يتزوج زواجا عرفيا، دون أن يعلم زوجته الأولى كما يستوجب القانون في المادة الثامنة من قانون الأسرة ، وحيث أن الزواج دون إعلام الزوجة يخول لها الحق في طلب التطليق[2] .

هذه بعض الآثار التي تنتج عن الزواج العرفي الذي يغفل فيه التسجيل في سجلات الحالة المدنية، وهذا الإجراء على بساطته يمكنه أن يغني الأفراد عن اللجوء إلى إجراءات أخرى أكثر تعقيدا من أجل تسجيل زواجهم خاصة عندما يتعرضون إلى مشكلة ما سببها تقديم نسخة من شهادة عقد الزواج، ولهذا فإنهم يلجؤون إلى إثباته وتسجيله وهو ما سنتطرق إليه في الفصل الموالي.

[1] عبد الكريم مامون، نظام الزواج العرفي، دراسة نقدية، مرجع سابق، ص 98

[2] عبد الكريم مامون، نظام الزواج العرفي، المرجع نفسه، ص 99

الفصل الثاني :

طرق وإجراءات إثبات الزواج العرفي

تمهيد

إذا كان الزواج قد إنعقد بطريقة رسمية، مستوفيا بذلك الإجراءات الشكلية من حيث تسجيله، فإنه بهذه الطريقة لا يطرح أي إشكال من حيث إثباته، إذ يثبت بواسطة مستخرج من سجل الحالة المدنية، لكن الإشكال يطرح إذا ما تم عقد الزواج عرفيا ووفقا للأحكام الشريعة الإسلامية فكيف يثبت هذا الزواج؟ وماهي إجراءات تسجيله؟

وهو ماسنتطرق إليه في الفصل الثاني من خلال مبحثين نعالج في الأول الطرق المتبعة لإثبات عقد الزواج العرفي المنصوص عنها فقها وقانونا، أما المبحث الثاني سنتطرق فيه للإجراءات المتبعة في تسجيل الزواج العرفي وموقف المحكمة العليا منه.

المبحـــث الأول: طرق إثبات الزواج العرفي

يثبت الزواج العرفي في الشريعة الإسلامية بثالثة طرق هي: الإقرار والبينة – الشهادة – والنكول عن اليمين، أما قانون الأسرة الجزائري وقانون الحالة المدنية فإنهما لم يتطرقا إلى طرق إثبات الزواج العرفي.

وبما أن الاثبات في مسائل الأحوال الشخصية تحكمه قواعد الإجراءات المدنية والإدارية بصفة عامة، باستثناء القواعد المتصلة بذات الدليل فإنها تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كانت ضرورة تسجيل عقد الزواج قد فرضتها المشاكل المتعددة الناتجة عن الزواج العرفي ، فإن الزواج في الحالات العادية يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية وهو ما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة أنه : " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة

المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ، ويتم تسجيله بالحالة المدنية "[1] .

إذن وحسب هذه المادة فإن الزواج يثبت في الحالات العادية بمستخرج من سجل الحالة المدنية، لكن الإشكال الذي يطرح هو إنعقاد الزواج بطريقة عرفية بمجرد توفر الأركان المتطلبة شرعا ودون تسجيله في السجلات المعدة لذلك فكيف يتم إثبات هذا الزواج؟

فإذا كانت الشريعة الاسلامية تعتمد في إثبات الزواج على واحدة من الطرق الثلاثة التالية وهي: الإقرار والبينة والنكول عن اليمين (أي الإمتناع عنه).

لكن إتجاه المحكمة العليا في ذلك لم يتبع هذا التدرج بل جعل سيدة الأدلة في إثبات وجود واقعة الزواج العرفي هي البينــة (شهادة الشهود Preuve testimoniale) سواء كانت شهادة عيان أو شهادة سماع[2] .

وسنرى فيما يلي كل دليل من الأدلة السابقة في مطلب مستقل وإتجاه كل من الشريعة الإسلامية والقضاء الجزائري حيالها.

المطلـــب الأول: الإقـــــــــــــرار

الإقرار بوجه عام هو واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني مفادها إعتراف شخص بحق عليه لآخر ، سواء قصد ترتيب هذا الحق أو لم يقصد [3]

---

[1] المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري

[2] نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، مرجع سابق، ص 153

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 410

أما الإقرار حسب المادة 341 من القانون المدني الجزائري:" الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة.

أما الإقرار حسب الإمام أبو زهرة هو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى من يتعدى إليه الحكم بالبينة، بل لابد من إثبات آخر.

وقد اعتبر الفقه الإسلامي الإقرار وسيلة كافية لإثبات الزواج طالما لم يذكر أحد الزوجين هذا الإقرار، فإن أنكره يكون الاتجاه للبينة، فإن عجزت البينة وجهت اليمين.

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

والإقرار غير القضائي:

هو ذلك الإقرار الذي تم خارج مجلس القضاء كأن يقر فلان أن فلانة زوجته خارج مجلس القضاء سواءا أكان ذلك كتابة أم شفاهة، وسلطة التقدير لمثل هذا الإقرار موكلة للقاضي، يقدرها وفقا لظروف الدعوى وملابساتها.

ويظهر مثل هذا النوع من الإقرار في الزواج العرفي، عند تحرير الموثق لما يسمى بعقد لفيف الزواج في الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين على قيد الحياة ويتم تحريره بناءا على طلب أحد الزوجين أو الأبناء أو الآباء أومن له مصلحة.

كما يظهر الإقرار غير القضائي أثناء تحرير الموثق لما يسمى بعقد الإقرار بزواج بناءا على طلب الزوجين معا وبالإرادة الحرة لكل منهما، وليس بالإرادة المنفردة لأحدهما.

وعمليا نجد أن محاكمنا تعتمد على ما جاء في هذه العقود من إقرارات لتدعم بها التحقيق الذي تهدف من خلاله لتثبيت واقعة الزواج العرفي ، وسنرى الإجراءات المتبعة في هذا الشأن لاحقا، لكن السؤال المطروح هو كيف يعتد بمثل هذه التصريحات والتي تمت أمام الموثق خبير وليس أمام القاضي ؟[1] بينما تعتبر المحكمة العليا كل تحقيق لم يجره القاضي ليس بمثابة تحقيق قضائي أي أنها لا تعتد في إثبات الزواج العرفي بالإقرارات غير القضائية التي تم التصريح بها خارج مجلس القضاء وهذا بقرار صادر في 1989/12/11.

أما الإقرار القضائي:

فهو إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، كأن يقف الزوج أمام القاضي ويقر بقيام علاقة زوجية بينه وبين المدعى عليها، فما حجية هذا الإقرار وما مدى قوته الثبوتية في إثبات الزواج العرفي؟

وسنعالج هذه الحجية من الناحية القانونية ومن الناحية الفقهية كإضافة:

نجد أن المشرع الجزائري قد نص صراحة في المادة 342 الفقرة الأولى من القانون المدني على أن : " الإقرار حجة قاطعة على المقر "[2] .

في حين أما من الناحية الفقهية: فإن جمهور الفقهاء إعتبره حجة قاصرة على المقر وحده ولا تتعداه إلى غيره، إلا أنهم إعتبروه وسيلة كافية في حد ذاته لإثبات الزواج إذا ما أقر به أحد الطرفين.

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المرجع نفسه، ص 412

[2] المادة 342 من القانون المدني الجزائري

فيقول الإمام أبو زهرة : " إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج ، فإدعى الرجل وجوده تسأل المرأة فإن أقرت قضى بالزواج وثبت بتصادقهما ، وإن أنكر فإن عجز عن البينة وجهت اليمين إلى المرأة على رأي الصاحبين" [1]

وقد إختلف الفقهاء حول إقرار ولي القاصر ، فنهم من أجاز إقرار الولي على النفس بالزواج إن كان هو الذي تولاه ، وذهبت طائفة أخرى منهم وجعلت إقرار الولي بزواج القاصر موقوف إلى غاية بلوغ القاصر، إن صدقه ينفذ إقراره ، وإن أنكره أبطل إقراره [2]

نستنتج مما سبق ذكره أن الفقه الإسلامي رغم إعتباره أن حجية الإقرار قاصرة على المقر وحده ولا تتعدى لغيره إلا أنه إعتبره وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، فإن رفض أحد الطرفين الإقرار يكون الاتجاه للبينة، فإن عجزت البينة وجهت اليمين.

المطلب الثاني: الشهادة (البينة)

شهادة الشهود هي تلك الاقوال التي يدلي شخص ذكر كان أو أنثى أمام القضاء لإثبات الواقعة المعروضة عليه، قصد الوقوف على الحقيقة وتأكيد الحق لصاحبه.

للبينة معنيان، معنى عام وهو الدليل أيا كان كتابة أو شهادة أو قرائن، فإذا قلنا البينة على من ادعى واليمين على من أنكر فإنما نقصد هنا البينة بهذا المعنى العام.

أما المعنى الخاص، فهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة.

[1] الإمام أبوزهرة، الأحوال الشخصية، ص 17.

[2] الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 18.

الشريعة إستحسنت الشهادة بأنواعها في إثبات الزواج العرفي أما بالنسبة للقضاء الجزائري فإن المحكمة العليا سارت في سياق أحكام الشريعة الإسلامية وأخذت بشهادة التسامع في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 الذي جاء فيه أنه : "من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين ، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن " [1]

بالنسبة للمشرع الجزائري بالإضافة لإحالته لقواعد الشريعة الإسلامية فيما يخص شروط الشاهد فحدد من تجوز شهادتهم إلا أن إتجاه المحكمة العليا في هذه النقطة كان متذبذبا فكانت في قرار لها ترفض شهادة الأقارب في الزواج والنسب وفي قرار آخر لها سلكت عكس الاتجاه الأول ، فأصدرت المحكمة العليا قرار قضت فيه : " من المقرر قانونا أنه لا يجوز سماع شهادة أقارب أحد الخصوم أو أصهارهم على عمود النسب ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون " [2]

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27، مجلة قضائية، 1990، العدد 03، ص 82

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، 1993، العدد 02، ص 37.

إلا أنه وفي نفس المسألة صدر قرار جديد عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/10/28 يقضي بأنه " يجوز في الدعوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق إستدعاء إخوة الخصوم للشهادة لإثبات الزواج وليس سماعهم على سبيل الاستدلال فقط " [1]

ونحن من جهتنا نرجح الإتجاه الثاني الذي ذهبت إليه المحكمة العليا وذلك لسببين إثنين هما:

1 – أن المادة 223 من قانون الاسرة تنص على أن تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون

2 – أن الشريعة الإسلامية تقبل في أحكامها شهادة الأقارب وخاصة في مسألة إثبات النكاح.

أما دور القاضي حيال الشهود فيتمثل في استفسارهم عما إذا حضروا مجلس العقد ويتأكد من عددهم حتى يحترم نصاب الشهادة، ويتأكد من هوية الشاهد الكاملة من خلال بطاقة التعريف، ودرجة القرابة بالخصوم، ثم يتم تحليف الشاهد اليمين القانونية على ألا يقول غير الحق، ثم يتم سماعه على محضر سماع الشهود الذي يدون فيه هوية الشاهد الكاملة مع الإشارة لتأدية اليمين القانونية. بعدها يقوم القاضي باستفسار الشهود عن معرفتهم للخصوم، وفيما إذا حضروا فاتحة الزواج أم حفل الزفاف، ومن تولى العقد كولي للزوجة، ويسألهم عن التاريخ أو السنة التي تم فيها الزواج العرفي.

[1] نشرة القضاة، 1999، العدد 55، ص 175.

المطلب الثالث: النكول عن اليمين

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

أما النكول عن أدائها فهو رفض من وجهت إليه اليمين حلفها ، فإذا نكل عنها خسر دعواه[1].

حيث يقول الإمام أبو زهرة أنه : "عند فشل إثبات الزواج بكل من وسيلتي الإقرار و البينة ، توجه اليمين إلى المرأة – ويبين أن ذلك رأي الصاحبين – فإن حلفت رفضت دعوى الزوج ؛ وإن نكلت عن اليمين قضي عليها بالزواج ؛ لأن النكول إقرار على مذهب الصاحبين المفتي به في الفقه الحنفي " [2]

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

لذلك فإن موقف القضاء حيال اليمين هو عدم إعتبارها وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي. في المحاكم والمجالس القضائية لا يكون الإعتداد باليمين إلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معا، ويتعين على القاضي توجيهها إلي المدعي بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود الذين يؤكدون صحة إنعقاد الزواج العرفي وفقا للشريعة الإسلامية مع بيان توفر أركان المادة التاسعة من قانون الأسرة.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 417

[2] الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص17.

وهو الأمر الذي إستقرت عليه المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ: 1988/09/23 أهم ما جاء فيه:

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

وخلاصة القول فإنه إذا كانت الشريعة الإسلامية تعتمد على كل من الإقرار، والبينة والنكول عن اليمين لإثبات الزواج العرفي فإن القضاء الجزائري يركز على شهادة الشهود بالدرجة الأولى، أما اليمين فيلجأ إليها لتدعيم وتأكيد شهادة الشهود في حالة وفاة أحد الزوجين، أما الإقرار القضائي فلا يعتد به إطلاقا عكس الإقرار غير القضائي الذي يتم التصريح به أمام الموثق، والذي تعتد به محاكمنا ومجالسنا القضائية في إثبات واقعة الزواج العرفي غير المتنازع عليه.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1985/09/23، مجلة قضائية، 1990، العدد 01، ص95.

المبحث الثاني: الإجراءات المتبعة في تسجيل الزواج العرفي

لقد نصت المادة 18 من قانون الأسرة على أن:"عقد الزواج يتم أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا "، دون أن تذكر صراحة ضابط الحالة المدنية الذي ورد ذكره مع الموثق في المادة 71 من قانون الحالة المدنية ومنه سنتناول تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه وغير المتنازع فيه وفق الفروع التالية:

المطلب الأول: الإجراءات المتبعة في تسجيل الزواج العرفي الغير المتنازع فيه

قبل الحديث عن تسجيل الزواج بسجلات الحالة المدنية يمكن الإشارة إلى أن المشرع في المادة 18 السابقة الذكر و بإستعماله لعبارة " **يتم** عقد الزواج ... " أراد تبيان الكيفية التي يسجل بها الزواج ، و بالرجوع إلى المادة 18 من قانون الأسرة والمادة 71 من قانون الحالة المدنية نجد بأن المشرع قد أسند مهمة القيام بإجراءات تحرير وثيقة عقد الزواج المبرمة داخل الوطن والمتعلقة بزواج المواطنين الجزائريين لشخصين دون غيرهما وهما ضابط الحالة المدنية والموثق الذي يوجد بدائرة إختصاصه مسكن الخطيبين أو أحدهما أو الذي يوجد بدائرة إختصاصه محل إقامة أحدهما[1]. أما إذا تعلق الأمر بعقد زواج الأجانب فإن الموظف المختص يمكن أن يكون أيضا الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي أقام الخطيبان أو أحدهما بدائرة إختصاصه إقامة مستمرة مدة شهر على الأقل حتى تاريخ إنعقاد الزواج[2] غير أنه إذا تم إبرام الزواج ولم يسجل بسجلات الحالة المدنية ضمن الآجال المقررة قانونا ، ولم يكن موضوع نزاع أو خلاف سواء بين الزوجين أو ممن له مصلحة في ذلك ،

[1] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ص 128.

2 المرجع السابق، ص 128.

ففي هذه الحالة يمكن تثبيته و بالنتيجة تسجيله في سجلات الحالة المدنية ، وذلك بعد إستيفاء جملة من الإجراءات الواجب إتباعها ، والتي تبتدأ بتقديم طلب يتضمن إثبات الزواج العرفي وتنتهي بصدور أمر يقضي بالتثبيت مع الأمر بالتسجيل . وتجدر الإشارة إلى أن إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي الغير متنازع فيه، تختلف بإختلاف مكان إبرام العقد. وعليه سنحاول التطرق في مرحلة أولى إلى إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم داخل التراب الوطني، وفي مرحلة ثانية نتطرق إلى ذلك المبرم خارج التراب الوطني.

أولا: تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم داخل الوطن:

إن المتزوجين عرفيا، غير المتنازعين حول واقعة الزواج في كثير من الأحيان يلجؤون إلى الموثق من أجل التصريح أمامه بقيام الرابطة الزوجية بينهما، بعد إثبات توافر أركانها، تلك التصريحات يدونها الموثق ضمن وثيقة تعرف بالإقرار بالزواج.

إن هذا الإقرار لا يرقى إلى مرتبة العقد ولا يمكن أن يكون وسيلة لإثبات الزواج فهو مجرد إقرار غير قضائي أو تصريحات تتم أمام جهة رسمية ، تلزم الطرفين فقط ولكن عادة ما يستند إليها هؤلاء للمطالبة بتثبيت عقد الزواج[1] .

[1] د /عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري" ، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية العدد 01 لسنة 2015، ص 128

وتطبيقا لأحكام المادة 39 من قانون الحالة المدنية فإن الجهة المختصة بنظر طلبات تثبيت الزواج هي محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي كان يمكن تسجيلها فيها، بمعنى دائرة إختصاص مقر أحد الزوجين أو كلاهما أو محل إقامتهما.

وزيادة على أركان الزواج التي يتطلبها القانون وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وكذلك المادة التاسعة والمادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة من قانون الأسرة هناك شروط أخرى ، تتعلق بزواج فئة معينة من الأشخاص هذه الشروط منها ما نص عليها القانون ، ومنها ما نصت عليها تنظيمات داخلية [1].

بالنسبة لزواج القصر : فإن قانون الأسرة نص على أهلية الزواج وحدد سنه بالمادة السابعة منه والتي جاء فيها بأن :" أهلية الرجل في الزواج تكتمل بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة " ، وبذلك فإنه من جهة لا يمكن إبرام عقود الزواج دون بلوغ السن القانونية ، ومن جهة أخرى أقر المشرع بإمكانية وقوعه قبل ذلك ، أين أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج لمصلحة أو ضرورة .[1]

بالنسبة للزواج المبرم مع الأجانب: على أن الأجنبي في نظر القوانين الوطنية

هو كل شخص لا يحمل الجنسية الجزائرية حتى ولو كان ينتسب إلى الشعب الجزائري في عروبته أو ينتمي إليه في إسلامه أو يشترك معه في حضارته وسائر مقوماته وقد صدر قرار من وزارة الداخلية بتاريخ 1980/02/11 تضمن أنه لا يجوز لضابط الحالة المدنية

[1] بدوي علي،" عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلّبات المجتمع"، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، ع2 ،2002 ، ص157

بالبلدية ولا للموثق بالمحكمة إبرام عقد زواج أجنبي إلا بعد الحصول على رخصة أو موافقة مكتوبة من الوالي [2]

بالنسبة لزواج موظفي الأمن ونفس الشيء لأفراد الجيش الوطني الشعبي: وكل واحد من العسكريين العاملين ضمن هيئة الدرك الوطني أو المجندين ضمن نظام الخدمة الوطنية وبموجب مناشير ومراسيم خاصة سواء تلك الصادرة عن الأمن الوطني أو عن الدفاع الوطني فإنه لا يمكنهم عقد زواجهم مع أي شخص آخر سواء كان جزائريا أو أجنبيا إلا بعد الحصول على موافقة كتابية أو رخصة صادرة عن الإدارة المستخدمة ، وإذا كان الزوج الآخر أجنبيا وجب أن يحصل هو الآخر على رخصة أو إذن بالزواج من والي الولاية وذلك وفقا للإجراءات المتعلقة بزواج الأجانب [3]

وإذا كان العسكري قد أخفى صفته العسكرية وعقد زواجه دون رخصة مسبقة فإنه سيعرّض نفسه إلى المتابعة الجزائية بتهمة إرتكاب جريمة الإدلاء بتصريحات كاذبة بالإضافة إلى الإجراءات التأديبية التي يمكن أن تسلطها عليه الهيئة المستخدمة.

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 53.

2 المرجع السابق، ص 54.

3 المرجع السابق، ص 60-61.

ثانيا: تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم خارج الوطن

حسب المادة 99 من قانون الحالة المدنية والخاصة بعقود الزواج التي تمت خارج الوطن بين جزائريين أو بين جزائريين وأجانب والتي لم يتم تسجيلها بسبب عدم التصريح بها أو إغفالها فإن الجهة القضائية المختصة في نظر طلبات إثبات عقود الزواج هو رئيس محكمة مدينة الجزائر بحيث نصت على أنه:

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

وبالنسبة لإجراءات التسجيل فإنه 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 بالغين ممن حضرا مجلس العقد أو حفل الزواج ويتولى وكيل الجمهورية لدى محكمة مدينة الجزائر إعداد 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 وهو ما نصت عليه المادة 60 في فقرتها الثالثة من قانون الحالة المدنية[1] .

[1] حسين بلحيرش،" الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، س1 ، ع1 ، 1432 هـ 2011 – م، ص136

المطلب الثاني: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه

إذا ما وقع نزاع حول واقعة الزواج بين الزوجين ، أو بين من لهم مصلحة شرعية وقانونية في ذلك ، وكان أحدهما يدعي قيام الزواج شرعا و قانونا ، والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه أو في صحته ، فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة ، وإذا تمكن المدعي من إثبات الزواج حكمت المحكمة بقيام الزواج وعندما يصبح الحكم نهائيا يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية [1]

وقد جاء في المادة 22 فقرتها الثانية من قانون الأسرة أنه : " في حالة عدم التسجيل يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية "[2]

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

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

---

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

2 المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري

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

وقد عرفها الأستاذ عمر زودة بأنها : دعوى تهدف إلى الحصول على حكم قضائي ، يؤكد في النهاية وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني ، وبهذا التأكيد يزول الشك حول هذا الوجود من عدمه .على أن هذه الدعوى لا تواجه إعتداء في شكل مخالفة لإلتزام ، وإنما تواجه إعتراض للحق أو المركز القانوني[1]

أولا: إختصاص وإجراءات رفع دعوى إثبات الزواج

القاعدة العامة أنه يؤول الإختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعي عليه في جميع الدعاوى التي لم ينص فيها على إختصاص محلي خاص إذا لم يكن للمدعي موطن معروف يعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها محل إقامته.

هذا وقد نصت المادة 39 من ق إ م إ كذلك على أنه في دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مسكن الزوجية وفي دعاوى الحضانة أمام المحكمة التي تقع في دائرة إختصاصها مكان ممارسة الحضانة.

وإن كانت المحاكم تخلط بين الزواج المتنازع فيه وغير المتنازع فيه وترجعها جميعا إلى قاضي الأحوال الشخصية والذي يرفض عادة النظر في الدعاوى التي لا تتضمن نزاع لأن الحكم يفصل في النزاع القائم بين المدعي والمدعى عليه حول قيام الزوجية [2]

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

2 عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية منشورات بغدادي، ط 2 لسنة 2009، ص 135

ولإثبات الزواج العرفي أمام القضاء لابد من إتباع إجراءات حددها قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتبدأ إجراءات رفعها بتقديم الطلب في شكل عريضة طبقا للمادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مكتوبة ومؤرخة وموقعة من المدعي أو محاميه ومودعة لدى كاتب ضبط قسم الأحوال الشخصية.

ثانيا: شروط صحة رفع دعوى إثبات الزواج العرفي

يتعين على كل فرد يرغب في اللجوء إلى القضاء بدعوى معينة أن تتوافر فيه شروط محددة قانونا وهي شروط لابد من توافرها جملة وفي آن واحد فإذا تخلف شرط واحد فإن دعوى المدعى لا يمكن قبولها وتتمثل هذه الشروط في الصفة والمصلحة الواردة في نص المادة 13 من ق إ م إ والأهلية الواردة في المادة 67 من ق إ م إ

وبغياب نص خاص في دعاوى إثبات الزواج العرفي فإنه لا يجوز قانونا رفع دعوى ضد النيابة في إثبات الزواج العرفي[1] .

ثالثا: دور النيابة في دعوى إثبات الزواج العرفي

إن النيابة تهدف بتدخلها في مثل هذه الدعاوى إلى حماية المصلحة العامة وتطبيق القانون تطبيقا سليما لتحقيق السير الحسن للعدالة.

والنيابة العامة عندما تعمل كطرف منظم فإنها تعمل كمستشار فني للقاضي فينبغي أن تبدي رأيها بما يتوافق مع التطبيق الصحيح للقانون دون أن تستهدف مصلحة أحد الطرفين.

[1] عبد الرحمان بربارة، المرجع نفسه، ص 137

وهذا الرأي غير ملزم للقاضي، وما يلزمه سوى تمكينها من إبداء رأيها ووجوب الإطلاع على هذا الرأي، ويترتب على عدم تمكين النيابة العامة من إبداء رأيها أومن عدم الإطلاع على هذا الرأي من قبل القاضي بطلان العمل الإجرائي

ومن ثم فإن دور النيابة في دعوى إثبات الزواج العرفي هو إبداء رأيها فيما أبداه الخصوم الأصليون من الطلبات والدفوع، غير أن لها أن تتمسك بالدفوع التي تتعلق بالنظام العام ولا يجوز لها بذلك أن تطعن في الحكم سواء أكان حكم الصادر متفقا مع رأيها أو مخالفا له.

رابعا: ميعاد رفع دعوى إثبات الزواج العرفي

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

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

كما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1991/04/23 أنه[1]. :

" إذا ثبت لها من القضية أن المطعون ضدها رفعت دعواها لإثبات الزواج بعد 20 سنة من إنعقاده وبعد وفاة الزوج وأن قضاة الموضوع الذين أثبتوا هذا الزواج بناءا على شهادة الشهود

[1] قرار المحكمة العليا بتاريخ الصادر بتاريخ 1991/04/23 غرفة الأحوال الخصية ، المجلة القضائية عدد 01 لسنة 1992

وتوفره لجميع أركان عقد الزواج وقرائن تسجيل الولدين بإسم أبيهما أثناء حياته دون أن يعترض يكونوا قد طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن "

خاتمة

خاتمة

أساسا على ما تقدم من خلال دراستنا الموسومة " الزواج العرفي وكيفية إثباته في القانون الجزائري"، فعقد الزواج من العقود الهامة في حياة الانسان، لذلك أولى القانون الجزائري عناية خاصة في عقد الزواج، ويظهر من خلال النصوص القانونية الجزائرية والمتنوعة التي أصدرها منذ فجر الاستقلال، هذا ما يجعل من كتابة عقد أهمية الزواج بالغة. والزواج بهذا الشكل لا يحقق مفهوم الزواج المتعارف عليه والذي هو نظام اجتماعي كامل تبنى عليه أسرة جديدة في إطار النظم الاجتماعية المتعارف عليها.

والزواج العرفي هو زواج صحيح شرعا وقانونا من حيث اكتمال الأركان والشروط التي نصّت عليها أحكام الشريعة الإسلامية، غير أنه أصبح تعتليه الاحكام التكليفية الأخرى، كالكراهة عند بعض الفقهاءوحتى التحريم عند الاخرين، لما فيه من ضياع حقوق الزوجين والأولاد نتيجة عدم تسجيله بسجلات الحالة المدنية مما ينعكس سلبا على الاسرة والمجتمع.

ورغم شرعية عقود الزواج العرفية إلا أنها أصبحت سببا في زعزعة استقرار الاسر الجزائرية نظرا لسهولة إنكارها وجحودها من طرف الأزواج،مما تسبب في آثار سلبية، وتداعيات خطيرة تمس بالزوجين(خاصة الزوجة) والأولاد والمجتمع.

ولمعالجة آثار الزواج العرفي نقترح بعض التوصيات :

- ✓ إدراج نصوص تقضي بتوحيد الجهات المخول لها إبرام عقد الزواج وذلك بإسناد مهمة توثيق عقد الزواج لأئمة المساجد وخاصة أنهم مؤهلون علميا وشرعيا لابرام

عقد الزواج، ويكون ذلك بعد أداء اليمين القاونية ويمسكون سجلات منظمة وفق نماذج رسمية تسلم لهم من الإدارة يسجلون فيها عقود الزواج ثم يرسلونها إلى البلدية للتقييد في سجل الحالة المدنية .

- ✓ سن قوانين للقضاء على الأسباب المؤدية إلى انتشار عقود الزواج العرفية، دون الاقتصار على معالجة عقود الزواج العرفية بعد إبرامها.
- ✓ تحديد مهلة للتصريح بعقود الزواج العرفي وسلبياته عن طريق وسائل الاعلام المكتوبة أو غير المكتوبة، والاعلام بكل أنواعه لبيان أهمية كتابة عقد الزواج ، قصد توفير الحماية القانونية للأسر التي تعد الخلية الأساسية للمجتمع، والحفاظ على استقرارها .
- ✓ توعية المواطنين عن طريق كل من أئمة المساجد، كما أن التوعية لا تكفي وحدها إذ أن هناك من يتغاضى عن تسجيل العقد على أساس أنه إجراء إداري فقط يمكن تداركه مستقبلا وعليه لابد من سن عقوبات بدنية ومالية صارمة على كل من يخالف هذه الإجراءات المقررة قانونا،

وإذا كان الأمر خطيرا فإن مرد تلك الخطورة يرجع إلى عدم التوثيق والذي أصبح الوسيلة الوحيدة لإثبات الحقوق والحفاظ عليها، هذا الأمر الذي يجهله الكثيرون ممن يعقدون زيجاتهم وفقا لما إستلزمته الشريعة الإسلامية فقط، وعليه فإن أول خطوة لابد من إتباعها هي توعية الأفراد بسلبيات الزواج العرفي ومنافع تسجيله عقد الزواج وذلك من خلال

اللائحات الإشهارية ووسائل الإعلام السمعية والبصرية والمرئية والمكتوبة درءا للخطر والوقاية منه قبل حدوثه.

في الأخير لا بد من القول إنه ورغم ما قد يتذرع به الأفراد من أسباب لتبرير عدم تسجيل زواجهم، فإنه لابد من دق ناقوس الخطر وهذا ما يجعل إعادة النظر في قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية وإجراءات تسجيل هذا الزواج خطوة حتمية لا بد منها.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

الكتـــــــب

باللغــة العربيـــــة:

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

10- الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي، جمهورية مصر العربية.

11- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1992.

12- محمد محده، سلسة فقه الأسرة الخطبة والزواج، الجزء الأول، الطبعة الثاني، شهاب، الجزائر، 2000.

13 ـ لحسن بن شيخ آث ملوثا، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1، لسنة 2006

14- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، إعادة للطبعة الثالثة، دار الفكر، سورية، 1996.

2- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، طبعة 2002، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.

3- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، طبعة 1999، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.

4 ــ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982

5- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، قسنطينة، 1989.

6- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر.

7ـ عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، ط 2، لسنة 2009

8- فضيل سعد، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

9- الإمام محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950.

باللغة الفرنسية:

Ghaouti Benmelha, Eléments du droit Algerien de la famille, le mariage et sa dissolution, tome premier, office de pulbications universtaires, publisud, Paris ,1985.

ثانيا: القـــوانين والأوامـــــر والمراسيم

- قانـون الأســـرة.

- القانون المدني.

- قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ـ قانون العقوبات

- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية.

-الأمر رقم 71-65 المؤرخ في 1971/09/22 المتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد مدون في سجلات الحالة المدنية.

- الأمر 69-72 المؤرخ في 1969/09/16 المتضمن إستثناء لما نص عليه القانون 63-224

- الأمر 66-307 المؤرخ في 1966/10/14 المتضمن شروط تأسيس الحالة المدنية.

- قانون 63-224 المؤرخ في 1963/06/29 المتعلق بتعيين الحد الأدنى لسن الزواج ووجوب تسجيل عقد الزواج خلال أجل محدد.

- مرسوم 62-126 المؤرخ في 1962/12/31 المتعلق بإمكانية وكيفية تقييد حالات الولادة والزواج والوفاة

- أمر 59-224 المؤرخ في 1959/02/04 والخاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية وذلك في عملات الجزائر والساورة والواحات.

- قانون 57-777 الصادر خلال سنة 1957 المتعلق بإثبات وتسجيل عقود الزواج السابقة له.

– قانون 1882/03/23 المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين بالجزائر المعدل بقانون 1930/04/02.

ثالثا: المجــلات القضائيــة

المجلة القضائية ،1989، ال عدد02 ــ المجلة القضائية، 1990، العدد 01.

المجلة القضائية، 1990. العدد 03. ــ المجلة القضائية ،1991، العدد 01.

المجلة القضائية، 1992، العدد 02 ــ المجلة القضائية، 1992، العدد 03.

المجلة القضائية، 1993، العدد 02. ــ المجلة القضائية، 1994، العدد 02.

المجلة القضائية، 2001، العدد الخاص. ـ نشرة القضاة، 1990، العدد 55.

رابعا: المقـالات ومجلات ومذكرات

– بداوي علي، مقال عقود الزواج العرفية، مجلة قضائية، 2002، العدد 02.

– بداوي علي، مقال عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية.

– تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة2010 ، العدد رقم 01

ــ حسين بلحيرش،" الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، س1 ، ع 1، 1432 هـ، 2011 م

ـ عبد الله شناح، الزواج العرفي، مذكرة نهاية التربص بالمعهد الوطني للقضاء، 1993.

ـ عمر زودة، محاضرات في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ألقيت على طلبة المدرسة العليا للقضاء، سنة 2006

ـ د /عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري "، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية العدد 01 لسنة 2015

ـ عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، سنة 1421 – 2000

ـ عبد الكريم مامون، نظام الزواج العرفي، دراسة نقدية، مجلة دراسات قانونية، تصدر عن مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ديسمبر 2004 ، العدد 01

ـ ناسلي حميدة، محاضرة بعنوان :عقود الزواج العرفية، ألقيت بمحكمة حمام ضلعة، بتاريخ 2008/01/02

ـ نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، سنة 2009 – 2010.

ـ كمال صالح البنا، الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2005

الفهرس

قائمة المحتويات

العنوان	الصفحة
المقدمة.	أ
الفصل الأول :ماهية الزواج العرفي وآثاره	**07**
تمهيد :	**07**
المبحث الأول: مفهوم عقد الزواج العرفي	**08**
المطلب الأول : تعريف عقد الزواج العرفي	**08**
المطلب الثاني : أركان وشروط عقد الزواج العرفي وجزاء تخلفها	**11**
الفرع الأول : أركان عقد الزواج العرفي	**12**
أولا : ركن الرضا	**12**
أ : الإيجاب والقبول	**13**
ب : الصيغة في تبادل الإيجاب والقبول	**14**
ثانيا : شروط الرضا	**17**
الفرع الثاني : شروط صحة عقد الزواج العرفي	**20**
أولا: الولي كشرط لصحة الزواج	**20**
ثانيا: الصداق	**21**
ثالثا: الشاهدين	**22**
رابعا: إنعدام الموانع الشرعية للزواج	**23**
الفرع الثالث: جزاء تخلف أركان وشروط عقد الزواج العرفي	**26**
أولا : عقد الزواج الفاسد	**26**
ثانيا: عقد الزواج الباطل	**28**
المبحث الثاني : الآثار المترتبة على عقد الزواج العرفي	**30**
المطلب الأول: آثاره بالنسبة للزوجين	**30**
الفرع الاول: الواجبات المشتركة	**28**
الفرع الثاني: الواجبات والحقوق المستقلة	**32**

المطلب الثاني: آثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للأبناء والمجتمع	**35**
الفرع الاول: آثار عقد الزاوج العرفي بالنسبة للأبناء (حق النسب)	**36**
أولا: إثبات النسب بالزواج الصحيح	**37**
ثانيا: ثبوت النسب بالزواج الفاسد	**40**
ثالثا: ثبوت النسب بنكاح الشبهة	**42**
رابعا: ثبوت النسب بالإقرار	**43**
خامسا: ثبوت النسب بالبينة	**45**
الفرع الثاني : آثار عقد الزواج العرفي بالنسبة للمجتمع	**48**
الفصل الثاني : طرق وإجراءات إثبات الزواج العرفي	**50**
تمهيد	**51**
المبحث الأول: طرق إثبات الزواج العرفي	**51**
المطلب الأول: الإقرار	**52**
المطلب الثاني: الشهادة	**55**
المطلب الثالث: النُكول عن اليمين	**58**
المبحث الثاني: الإجراءات المتبعة في تسجيل الزواج العرفي	**60**
المطلب الأول: الإجراءات المتعلقة بتسجيل عقد الزواج العرفي الغير متنازع فيه	**60**
أولا: تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه المبرم داخل الوطن	**61**
ثانيا : تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه المبرم خارج الوطن	**64**
المطلب الثاني : الإجراءات المتعلقة بتسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه	**65**
أولا: إختصاص وإجراءات رفع دعوى إثبات الزواج العرفي	**66**
ثانيا : شروط صحة رفع دعوى إثبات الزواج العرفي	**67**
ثالثا: دور النيابة العامة في دعوى إثبات الزواج العرفي	**67**
رابعا: ميعاد رفع دعوى إثبات الزواج العرفي	**68**
خاتمة	
قائمة المراجع	