وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة مولود معمري – تيزي وزو –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الزواج العرفي في إطار الفقه والقانون

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: القانون الخاص

إعداد الطالبتين:
– طلاش شريفة
– بلعاليا وسام

إشراف الأستاذ
د/ زوانتي بلحسن

أعضاء لجنة المناقشة:

– د/ براهيمي صفيان أستاذ محاضر "أ" جامعة مولود معمري، تيزي ..... رئيسا.
– د/زوانتي بلحسن أستاذ محاضر "ب" جامعة مولود معمري، تيزي .....مشرفا ومقررا.
– د/قنيف غنيمة أستاذة محاضرة "ب" جامعة مولود معمري، تيزي ..... ممتحنا.

السنة الجامعية: 2020– 2021

إهداء:

إلى من أحمل اسمه بإفتخار ""والدي" الحبيب

إلى منبع الحنان والسعادة " أمي " الغالية

إلى أغلى ما أملكه أخوتي

اللذين أتمنى لهم

كل السعادة والهناء

وإلى من شاركت معها هذا العمل "وسام"

إلى كل من بكى ثم أستغفر إلى كل من أمن بالنجاح رغم التعثر

وإلى كل من شاركني من قريب أو بعيد

شريفة.

إهداء:

إلى من احمل اسمه بإفتخار "والدي "الحبيب

إلى منبع الحنان" أمي" الغالية

إلى أغلى ما أملكه أختي" نعيمة و زوجها و أولادها"

إلى أخي" سيد علي وزوجته"

و إلى أخي" محمد" و ابنته الغالية

اللذين أتمنى لهم كل السعادة

وإلى من شاركت معها هذا العمل "شريفة"

وإلى من بكى و أستغفر إلى كل من امن بالنجاح رغم التعثر

وإلى من شاركني من قريب أو بعيد.

وسام.

مقدمة:

تعد الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع والبنية المحورية لتطوره وتماسكه وصلاحه، وهي تعرف حاليا تحولات وتطورات على المستوى الاجتماعي والسياسي والثقافي والإقتصادي وطنيا وعالميا، مما فرض على المشرع إيجاد حلول قانونية تسعى إلى التوفيق قدر المستطاع بين توجيهات الشريعة الإسلامية وبين العلاج القانوني لمثل هذه الأوضاع الجديدة كما تتصدر اليوم قضية الأسرة جل الاهتمامات الفكرية بالجزائر، نتيجة للتحديات الخارجية والداخلية التي تعصف بها، والتي يعود مصدرها إلى تأثير الدول الغربية إقتصاديا وفكريا وثقافيا وسياسيا، ومحاولة فرضها أنماط بإسم حقوق الإنسان وتقدمها على أنها أنماط عالمية مثل الزواج بدون ولي، منع تعدد الزوجات، الزواج المثلي، إباحة العلاقات خارج إطار الزواج.

كما أن تطور وسائل الاتصال الحديثة جعلت العالم كالمدينة الصغيرة، فالزواج في الإسلام عقد متين وميثاق غليظ، قائم في الأساس على نية العشرة الدائمة بين الزوجين لتحقيق الثمرة النفسية وكذلك لتحقيق السكن بالمودة والرحمة، ومنه أتى الزواج العرفي، الذي بات أخطر موضوعات الأسرة والزواج على الإطلاق في أيامنا هذه، وأصبح محل جدل واسع على المستوى الفقهي والقانوني والنفسي و الاجتماعي.

ولقد شاع هذا الزواج في هذا الزمان لاسيما بين الطبقات المتعلمة والمثقفة حتى أضحى ظاهرة اجتماعية في بعض الدول العربية والإسلامية منها الجزائر، وربما هذا بسبب زيادة الالتزامات والقيود في الزواج الرسمي الموثق، أو لوجود تشريعات وأنظمة تقيد الزواج الشرعي، أو تصعب إجرائه، أو سبب الحاجة والفاقة، أو ارتفاع نسبة العنوسة.

إشكالية البحث:

في ضوء ما سبق يثار التساؤل حول الآثار المترتبة عن إبرام هذا النوع من عقود الزواج، وعن المشاكل التي تنتج في حالة عدم توثيقه ليصبح أداة عند البعض في التستر تحته من أجل إشباع رغباتهم وأكل حقوق الناس بالباطل. ونتيجة لذلك نساءل في بحثنا هذا أيضا عن حكمه وعن أهم الأسباب التي تؤدي إليه وعن طرق إثباته وإجراءات تسجيله من منظور الفقه والقانون.

وللإجابة عن هذه التساؤلات نطرح الإشكال:

أهمية البحث:

1- إلقاء الضوء على موضوع الزواج العرفي من الناحية الشرعية والقانونية.

2- يعد هذا الموضوع من القضايا المستجدة التي تحتاج إلى مزيد من البحث الجاد عن أسبابه لصيانة المجتمع من الفواحش وحفاظا على حقوق الناس ومصالحهم.

3- إثراء المكتبة الجزائرية بموضوع يعالج قضية من قضاياه الإجتماعية، ويخدم القانون و الفقه الإسلامي.

4- الحاجة إلى معرفة الحكم الشرعي والقانوني في هذا الموضوع ومعرفة اثاره على المجتمع عامة وعلى الأسرة خاصة، كون هذا الموضوع مهم وخطير في نفس الوقت ويحتاج إلى بيان من فقهاء الشريعة والقانون ويترتب عليه بنيان الأسرة والتي هي من أساس مجتمعنا.

الأسباب إختيار الموضوع:

- رغبتنا النفسية في التطرق الى معالجة هذا الموضوع.
- كثرة القضايا المتعلقة بهذا الموضوع خصوصا في آونة الأخيرة.
- ما يشكله هذا الموضوع من مخاطر اتجاه الآسرة والمجتمع.

منهج البحث:

استعنا في إعداد هذا البحث بالمنهج الوصفي لتحديد مفهوم الزواج العرفي والمنهج التحليلي لتحليل أسبابه والمنهج المقارن باعتبار الدراسة في الفقه والقانون، كما قمنا باستقراء أحكام الزواج العرفي من قانون الأسرة الجزائري لا سيما التعديل الجديد.

خطة البحث

الزواج العرفي في إطار الفقه والقانون.

مقدمة.

الفصل الأول: الإطار ألمفاهيمي لعقد الزواج العرفي.

المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي.

المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي.

المطلب الثاني: أركان وشروط الزواج العرفي.

المبحث الثاني: أسباب الزواج العرفي وحكمه.

المطلب الأول: أسباب الزواج العرفي.

المطلب الثاني: حكم الزواج العرفي.

الفصل الثاني: طرق إثبات عقد الزواج العرفي وإجراءات تسجيله.

المبحث الأول: طرق إثبات عقد الزواج العرفي.

المطلب الأول: إثبات الزواج العرفي بالإقرار.

المطلب الثاني: إثبات الزواج العرفي بالبينة(الشهادة).

المطلب الثالث: النكول عن اليمين.

المبحث الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي.

المطلب الأول:تسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه .

المطلب الثاني: تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه.

المطلب الثالث: آثار الزواج العرفي.

الخاتمة.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقد الزواج العرفي.

لغرض بيان ماهية الزواج العرفي لابد من التطرق للتعاريف المختلفة الفقهية والقانونية قصدا الوقوف على أحكامه، فالزواج العرفي والمعروف في الجزائر الزواج بالفاتحة ما هو في الحقيقة إلا زواج شرعي، غير أنه لم يتم توثيقه، لذلك سنتناول في المبحث الأول مفهوم الزواج العرفي وسنحاول شرحه في مذكرتنا هذه ،أما في المبحث الثاني فسنتناول أسباب الزواج العرفي وحكمه.

المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي.

يعتبر الزواج العرفي عقد شأنه كشأن سائر العقود، وهو عقد رضائي بين رجل وامرأة على وجه يحله الشرع والقانون، ولقيام هذا الزواج يجب توفر أركان وشروط نجد في مقدمتها ركن الرضا الذي يعتبر توافق رضا الطرفين على الدخول في رابطة عقدية، وأن الإخلال بهذه الإرادة يجعل العقد باطلا لا أساس له، ولا يكفي هذا الركن باعتبار الزواج صحيحا حسب نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة. ولكن هناك شروط اخرى كالأهلية، شهادة الشهود، الصداق، انعدام الموانع الشرعية، وفي حالة تخلف ركن الرضا يكون العقد قابل للفسخ، لذلك يتعين علينا التعرض لتعريف الزواج العرفي في المطلب الأول، وبيان أركان وشروط الزواج العرفي في المطلب الثاني، واثر تخلف هذه الأركان في المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي.

الزواج العرفي نوع من الزواج يقوم وفقا للشريعة الإسلامية وبطريقة معينة كانت ومازالت مسجلة، حيث اعتاد الناس على إتباعها وانتهاج هذا المسلك في إبرام عقود زواجهم، فما هو الزواج العرفي؟ ولكون الزواج العرفي مصطلح مركب من كلمتين، الزواج والعرفي، والعرفي ينسب الى العرف، لذا سوف سنتعرض في هذا المطلب الى تعريف الزواج كفرع أول وتعريف العرف كفرع ثاني، ثم نتطرق الى تعريف الزواج العرفي كمصطلح بمجمله في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف الزواج لغة واصطلاحا.

سنقوم في هذا الفرع بتعريف الزواج من الجانب اللغوي (أولا) وتعريفه من الجانب الاصطلاحي (ثانيا).

أولا: التعريف اللغوي للزواج.

الزواج في اللغة: من الزواج وهو ضد الفرد ويطلق على معاني عديدة منها:

1- الصنف والنوع، فكل صنفين أو شكليين، أو نوعين مقترنين زوجان، فكل منهما زوج للآخر [1]، ومنه قوله تعالى: " وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى"[2].

2- الاقتران والمخالطة: يقال زوج الشيء بالشيء، إذا قرنه إليه [3].ومنه قوله تعالى: " وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى" [4]

وقوله تعالى أيضا:" .....وزوجناهم بحور عين (54)" [5] ومعناه قرناهم بهم.

---

[1] هلال يوسف إبراهيم، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين، الناحية الشرعية والقانونية، شرح وتعليق وصيغ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 1990، ص 05

[2] سورة النجم، آية .45

[3] هلال يوسف، نفس المرجع السابق، ص 05

[4] سورة النور، الآية 20.

[5] سورة النجم الآية 54.

وقد تعني أيضا الزواج لغة الضم أو الربط بين شيئين من مثل أو جنس واحد، وبهذا المعنى وردت كلمة الزواج في القران الكريم[1]: " وإذا النفوس زوجت"[2]

3- النكاح، والعرب تقول: تزوج في بني فلان، أي نكح فيهم، وتقول: تزوج امرأة وزوجه إياها، وزوجه بها: أي انكحه إياها.[3] ومنه قوله تعالى: " ... فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها"[4]

هذا هو المقصود بالزواج هنا، فالزواج هو النكاح، وبالنكاح يحصل الاقتران والمخالطة بين الصنفين: (الرجل و المرأة)، وقيل للتزويج نكاح، لأنه سبب الوطء.

والنكاح في أصل اللغة: الضم والتداخل، يقال تناكحت الأشجار: أي انضم بعضها الى بعض وتداخلت،وسمي النكاح نكاحا: لما فيه من ضم احد الزوجين الى الاخر شرعا، إما وطئا آو عقدا، فيطلق على العقد بمعنى الزواج.[5]

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للزواج:

أ- التعريف التشريعي:

وردت عدة تعريفات للزواج عند الفقهاء وبصيغ مختلفة، لكنها ترجع في جملتها الى معنى واحد، نذكر منها:

عرفه مصطفى شبلي بأنه: " عقد وضعه الشارع يتقيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل في التمتع بامرأة ما لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها، وحل استمتاع المرأة به"، وهو في التعريف الذي كان صاحبه يتوقع منه الإلمام بخصائص عقد الزواج، لكنه يعاب عليه أنه جعل المرأة محلا للعقد وهذا مالا يصنفه العقل، فلو كانت موضوعا للعقد فلماذا يشترط فيها المشرع شروط طرفي العقد كالأهلية والحرية والعقل والإسلام".[6]

وعرفه بدوي علي بقوله: " عقد يحل رجل وامرأة ابرم لأحكام الشريعة الإسلامية ويتم فيه الدخول بالزوجة الى البيت الزوجية ولم يسجل في سجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانونا" [7]

* **وعرفه محمد أبو زهرة:** " هو التناسل وحفظ النوع الإنساني، وان يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الأنس الروحي وسط متاعب الحياة وشدائدها" [8]

---

[1] هلال يوسف إبراهيم، مرجع سابق، ص05.
[2] سورة التكوير، الآية 07.
[3] هلال يوسف إبراهيم، نفس المرجع، ص 06.
[4] سورة الأحزاب، الآية 37.
[5] هلال يوسف نفس المرجع السابق، ص 07.
[6] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 30.
[7] بدوي علي، مقال عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة، الفكر القانوني، ط 2، ص 14.
[8] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة 03 ، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص 30.

ب- التعريف التشريعي للزواج:

عقد الزواج هو عقد رضائي يكتفي توافق إرادة العاقدين لقيامه وانعقاده، ولا يحتاج الأمر بجانب توافر التراضي الى شكل خاص يفرغ فيه التراضي.[1]

ونجد المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري تعرفه على انه " عقد يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأسباب"[2]

ويلاحظ في هذا التعريف القانوني أن المشرع صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة كما نص على ضرورة احترام الشروط الشرعية، وذكر غايته المتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأسباب، ولعل عذر القانون في هذا الإغفال هو الخشية من أن يظن عقد الزواج موضوع في الإسلام بمجرد الاستمتاع واللذة، قد دل ذلك الى ذكر الغاية منه.[3]

ومن تعريفات الزواج في القانون من بينها نجد مشروع القانون الجزئي الموحد للأحوال الشخصية، والذي أعدته لجنة خبراء مجلس العدل العرب، فقد نص في مادته الخامسة على أن الزواج ميثاق شرعي بين رجل وامرأة، غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل.[4]

الفرع الثاني: العرف لغة واصطلاحا.

سنتناول في هذا الفرع تعريف العرف لغة واصطلاحا ثم تليها تعريف الزواج العرفي.

أولا: العرف لغة.

يطلق العرف في اللغة على معان متعددة تختلف باختلاف تراكيبها وموقعها من سياق الكلام منها ما هو حقيقي وما هو مجازي، أما الحقيقي قال ابن الفارس: " العين والراء والفاء"أصلان صحيحان يدلان على:[5]

1- السكون والطمأنينة:

فالعرف ضد الذكر، وهو ما تعرفه الناس من الخير وتأتي يصغى العلم نقول عرف فلان فلانا وهذا الامر معروف، أي معلوم فتأنس به وتطمئن إليه.[6]

---

[1] فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور اخرى للزواج الغير الرسمي، المكتب الجامعي الحديث، الازاريطية، الإسكندرية، 2005،ص 16.

[2] المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

[3] العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 31.

[4] احمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي- أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002،ص 36.

[5] ابن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، لبنان، 1979م، ص 281.

[6] ابن منظور، لسان العرب،ط 09، دار الكتاب العلمية ، لبنان، ص 899.

2- العلو والارتفاع:

- حسيا كان أم معنويا، من الأول: عرف الأرض: ما ارتفع منها وامرأة حسنة معارف، من الثاني وما عزم من معاني فالعرف يأتي بمعنى المعروف والصبر والنصح لقوله تعالى: " خذ العفو وأمر بالمعروف".[1]

ثانيا: تعريف العرف اصطلاحا.

أ- التعريف الشرعي:

أما معنى العرف بحسب الاصطلاح فقد قيلت فيه تعريفات متعددة في كتب أصول الفقه المتداولة لهذا الموضوع بالدراسة والتحليل إلا أن معظمها يتفق على تعريف واحد وسنتطرق الى بعضها:

1- تعريف شيخ عبد الوهاب خلاف: العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك.[2]

2- تعريف شيخ محمد أبو زهرة: ما اعتاده الناس في معاملاتهم واستقامت عليه أمورهم.[3]

3- وهبة الزجيلي: ما اعتاده الناس، وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه، على معنى خاص لا تألفه اللغة وليتبادر غيره عند سماعه وهو بمعنى العادة الجماعية.[4]

4- عرفه الجرجاني بقوله: العرف هو ما استقر عليه الأمر بشهادة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول.[5]

ب- التعريف القانوني:

نصت المادة (01) من التقنين المدني الجزائري على مايلي:" يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو فجواها وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد بمقتضى العرف..."[6]

ويتضح لنا جليا أن هذا النص ذكر العرف باعتباره المصدر الاحتياطي الثالث بعد مبادئ الشريعة الإسلامية وهذه المرتبة التي يحتلها العرف بأنه ذو أهمية قليلة، طالما ان القاضي لا يرجع إليه إلا إذا لم يجد نصا تشريعيا، ولابد من مبادئ الشريعة.

اعتياد الناس على متابعة سلوك معين واستقراء الاعتياد في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزما لهم في معاملاتهم،[7] أو هو اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة من المسائل مع اعتقادهم بلزوم هذا السلوك و بأن مخالفته تتبع توقيع الجزاء المادي.[8]

---

[1] سورة الأعراف ،الآية 99.
[2] عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، شباب الأزهر، 1375، ص89.
[3] محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، مصر، ص 273.
[4] وهبة الزجيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، ط1، دمشق، 1406، ص 828.
[5] الشريف علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، دار الفكر العربي، لبنان، 1970، ص 130.
[6] المادة الاولى من القانون المدني الجزائري الصادر بأمر رقم 75-58 لسنة 1775م.
[7] عباس صراف، المدخل الى علم القانون،ط 1، دار الثقافة والتوزيع، عمان، 2008، ص 47
[8] محمد حسين قاسم، مبادئ القانون، الدار الجامعية، 1998، ص 202.

فالعرف إذن هو قانون غير مكتوب نشأ تلقائيا من ضمير الجماعة داخل المجتمع دون تدخل أي سلطة خارجية من العادات (مثلا: الطريقة التي يرحب بها الناس بعضهم البعض، كالمصافحة بالأيدي) أنواع معينة من القواعد والعادات الى القانون وربما يتم إدخال تشريع تنظيمي لصياغة أو إنفاذ العرف: (مثلا: القوانين التي تحدد جانب الطريق الذي ينبغي أن تسيير فيه المركبات).

وهو أيضا أول صورة ظهر بها القانون للوجود وهو أقدم المصادر الرسمية يقول حسن كيره "مصدر فطري"[1]

الفرع الثالث: تعريف الزواج العرفي.

إن الزواج العرفي كما ذكرناه سابقا أنه مصطلح من مصطلحين الزواج والعرف، فالزواج العرفي المعرف بالزواج بالفاتحة هو زواج شرعي مستوفي لشروط انعقاده وصحته لذلك فهو يخضع لنفس تعريف الزواج الرسمي الذي تم توثيقه ومن ثم يعرف من الناحية الشرعية على أنه: ..." عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالأخر على الوجه المشروع.[2]

أما من الناحية القانونية فهو يخضع لنفس تعريف الزواج الوارد في المادة 04 من القانون 11/84 المعدل والمتمم بالقانون 02/05 [3] فلقد تناول المشرع الجزائري موضوع الزواج العرفي في نصوص متفرقة فتكلم عليه أساسا في المادة 22 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 [4]، وكذا تناوله في الأمر 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 والمتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08/14 المؤرخ في 09 أوت 2014 باعتباره مكملا لقانون الأسرة و ذلك في المادة 39 منه، أيضا المادتين الاولى والثامنة من الأمر 71- 65 الصادر في 22 سبتمبر 1971 المتعلق باثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية.

أ- المادة 22 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05- 02:

تنص المادة 22 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05- 02 على مايلي: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"[5]

فعرف المشرع الجزائري الزواج العرفي بأنه عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأسباب في مادة 04 وهناك أيضا من عرفه على أنه ذلك العقد الذي يجمع الرجل والمرأة طبقا لأحكام الشريعة

---

[1] حسن كير، المدخل الى القانون،ط06، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 272.

[2] فارس محمد عمران، الزواج العرفي، ط 01، مجموعة النيل العربية، مصر، 2001، ص 17.

[3] المادة 04 من القانون 11/84 المعدل والمتمم من قانون 02/05.

[4] أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الآسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 27 فبراير 2005، العدد15، ص 20.

[5]المادة 22 من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري سنة 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة رسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 27 فبراير 2005، العدد 15 ، ص 20.

الإسلامية وتم فيه الدخول بالمرأة ولم يسجل في سجلات الحالة المدنية،[1] كما يعرف أيضا على أنه عقد زواج ولم يوثق بوثيقة رسمية إلا أنه مستوفي لأركانه وشروطه الشرعية مما يحل التمتع بين الزوجين ويرتب جميع آثاره من نسب وتوارث.[2]

وقد اصطلح عليه الفقهاء مصطلح الزواج العرفي لأنه يتم وفقا لما تعارف عليه الناس منذ عهد الرسل عليه الصلاة والسلام، كما هناك من يسميه بالزواج المغفل لأنه[3] لم يتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية وهناك من يسميه الزواج بالفاتحة لأنه مقترن بها هو زواج شرعي.

ومن هنا نستنتج أن الزواج العرفي عقد مبرم بين رجل وامرأة في إطار شرعي ومستوفي لشروط صحته وانعقاده تم إعلانه وإشهاره للناس إلا انه لم يتم توثيقه أمام الدوائر الرسمية.

المطلب الثاني: أركان وشروط الزواج العرفي.

يلزم لصحة الزواج العرفي توفر مجموعة من الأركان والشروط لتقومه وتحقق ماهيته، إلا أن مسألة الأركان والشروط كانت محل خلاف مابين الفقهاء المسلمون، وسلكوا في ذلك طرق متعددة، أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري كان المشرع يخلط بين الركن والشرط، ولم يكن يميز بينهما، إلا أنه بعد التعديل بموجب الأمر 05- 02 المؤرخ في 2005/02/20 والمتضمن تعيين قانون الأسرة، فصل بين أركان وشروط عقد الزواج، وهذا ما جاءت به كل من المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة، فلقد نصت المادة التاسعة من قانون الأسرة على أنه " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وتنص المادة 9 مكرر على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية [4] فعقد الزواج كعقد شرعي له أركانه تقومه وتحقق ماهيته.[5]

الفرع الأول: أركان الزواج العرفي.

-**الركن لغة:** هو ما يتوقف عليه قيام الشئ ويعتبر جزء من حقيقته. لكل عقد عدة أركان يقوم بها[6] والأركان جمع ركن، وركن الشيء في اللغة جانبه الأقوى،[7] قال تعالى: " قال لو أن لي بكم قوة أو آوي الى ركن شديد(80)"[8]

---

[1] المادة 04 من القانون 84/ 11، مرجع سابق.

[2] عبد رب النبي علي الجارجي، الزواج العرفي، المشكلة والحل، دار الروضة، مصر، ص 36.

[3] عبدلي أمينة،إثبات عقد الزواج العرفي في التشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 01 ، سنة2022،ص 38-54 .

[4] مشتاوي فضيلة، الزواج العرفي وأثاره القانونية في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة ماستر في قانون خاص، 2014-2015، ص 15 .

[5] عبد السلام محمد مخلوف إبراهيم، الزواج العرفي وحكمه في الفقه الإسلامي- دراسة استقرائية تحليلية، مجلة الشهاب، المجلد 06، العدد 04، 2020، ص 223-250 .

[6] ممدوح عزمي، الزواج العرفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 14.

[7] قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية .

[8] هود ، الآية 80.

يقول الصابوني: لو كانت لي قوة أستطيع إذاءكم بها، أي ألجا الى عشيرة وأنصار تنصرني عليكم، وجواب "لو" محذوف تقديره لبطشت بكم، وفي الحديث " رحم الله أخي لوطا قد كان يأوي الى ركن شديد" يريد صلى الله عليه وسلم أن الله كان ناصره ومؤيده، فهو ركنه الشديد وسنده القوي [1] .

– **الركن اصطلاحا:** هو ما يقوم به الشيء من التقوم، إذ قوام الشيء يركنه، لأمن القيام، وألا يلزم أن يكون الفاعل ركنا للفعل والجسم ركنا للعرض والموصوف ركنا للصفة[2]، فعقد الزواج عقد صحيح إلا أنه في حالة تخلف ركن الرضا يؤدي الى البطلان، ويعتبر هنا الركن عنصرا في إبرام عقد الزواج، وهذا ما جاءت به المادة 09 من قانون الأسرة، لذا سنعرف هذا الركن في مختلف النقاط المتعلقة به.[3]

أولا: ركن الرضا.

يقصد بركن الرضا توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر الإيجاب[4] و ما صدر الثاني يعتبر قبولا، فالإيجاب هو ما يصدر أولا عن أحد العاقدين بهدف إنشاء العقد، والقبول هو مايصدر ثانيا عن العاقد الثاني للدلالة على موافقته بما قرره الأول في إيجابه، والعبرة في تمييز الإيجاب عن القبول – بصرف النظر عن ملقيه– أن الإرادة الصادرة أولا يطلق عليها إيجابا، أما الإرادة الصادرة ثانيا فتسمى قبولا.

وبصرف النظر عمن أصدر الإيجاب هل كان الزوج أو الزوجة أو وليها أو وكيلها، فيجوز أن يصدر الإيجاب من الزوج قائلا زوجيني نفسك أو تزوجتك، وعليه يكون القبول واردا من الزوجة بصيغة زوجتك نفسي او قبلت زواجك، والعكس بالعكس.[5]وتنص المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول الطرف الأخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ونستخلصه من التعريف ونصت المادة 10 على أن لركن الرضا في عقد الزواج يتكون من شقيين هما الإيجاب والقبول".[6]

الفرع الثاني: شروط الزواج العرفي.

الزوج من العقود الثنائية الطرف التي لا بد من طرفين، وهو كيفية العقود لابد لوجوده شرعا من تحقق الشروط التي تضمنتها المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، وتتمثل هذه الشروط في الأهلية (أولا)، والصداق (ثانيا)، والولاية (ثالثا)، و الشاهدان (رابعا)، وانعدام الموانع الشرعية (خامسا).

---

[1] الصابوني محمد علي، صفوة التفاسير، ج 2،بيروت، ص 21.
[2] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، ط 10،دار القلم، دمشق، 0 30.
[3] النووي يحي بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 7، ط 3،دار المكتب الإسلامي، ص 50.
[4] ممدوح عزمي، مرجع سابق، ص 15.
[5] عبد السلام محمد مخلوف إبراهيم، مرجع سابق، ص 225.
[6] مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج وانحلاله، الجزء الأول: ، ط 9، دار الوراق، بيروت ، لبنان، 2001، ص 73.

أولا: الأهلية.

تعتبر الأهلية شرط من شروط عقد الزواج نظرا لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات عائلية واجتماعية.[1] ويقصد بها صلاحية الشخص للإلزام أو الالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق قبل غيره، فإذا الشخص أهلا لثبوت الحقوق المشروعة له، وثبوت الحقوق المشروعة عليه، و أهلا لأن يلتزم بحقوق ينشئ أسبابها القولية كانت عنده الأهلية بجزأيها، أو كانت عنده ما يسمى في عرف الفقه أهلية الأداء.[2]

و إذا كان لشخص صلاحية لثبوت الحقوق له ووجوب الواجبات عليه كانتقال الملك له، وكوجوب نفقته على الغير أن لم يكن له مال تسمى أهلية الوجوب.

وأهلية الأداء تثبت كاملة للبالغ، العاقل الراشد، أما ناقص الأهلية فهو من كان عنده أصل التمييز ولكن لم يكن عنده كمال العقل.

يرى ابن شبرمة وأبو بكر الأصم وعثمان رحمهم الله انه لا يتزوج الصغير والصغيرة حتى يبلغا [3] لقوله تعالى: " حتى إذا بلغوا النكاح فإن ءانستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافا وبدرا إن يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف فان دفعتم إليهم أموالهم فاشهدوا عليهم وكفى بالله حسيبا (06) " [4]

ولم يشترط جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة لانعقاد الزواج الأهلية، البلوغ، العقل، فأجازوا زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة، ولكن يشترط أن لا يمارس إبرام العقد بنفسه إنما يقوم ذلك وليه.[5]

وقد أخذ القانون بقول جمهور الفقهاء بجواز زواج المجنون والمعتوه من خلال الولي أو القاضي،فقد نصت المادة 81 من قانون الأسرة: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته، أو سفه ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي، أو مقدم طبقا لأحكام قانون الأسرة.

حرصت معظم تشريعات الأحوال الشخصية، على تحديد أهلية الزواج، وتعتبر السن المحددة لها بالنظر إلى اثأر عقد الزواج من مسؤولية ملفات على عاتق طرفي العقد لما لها كذلك من أثار اجتماعية واقتصادية.

حدد قانون الأسرة الجزائري في مادته السابعة 21 سنة للفتى و 18 سنة للفتاة ليخفضها إلى 19 سنة للفتى وهي نفس السن المتطلبة في الفتاة، بعد تعديل المادة بنصها على أنه تكتمل أهلية الرجل

---

[1] العربي بلحاج ، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 63.

[2] حسن مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج و أثاره، رسالة ماجيستار، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010/2009، ص 06.

[3] حسن مهداوي، مرجع سابق، ص 07.

[4] سورة النساء، الآية 06.

[5] إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون، الطبعة الاولى، الحامد للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 2009، ص 84.

والمرأة في الزواج.بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. [1]

ثانيا: الصداق.

إذا كانت المادة 09 من قانون الأسرة قبل التعديل قد وضعت الصداق تحت عنوان أركان الزواج إلى جانب ركن الرضا فإنها بعد التعديل جاء وضعه في المادة 06 مكرر من قانون الأسرة ضمن الشروط التي توفرها في عقد الزواج فإن:

- **الصداق لغة:** هو مشتق من الصدق لأنه عطية سبقها الوعد بها فيصدقه المعطي.[2]

- **الصداق اصطلاحا:** عرفته المادة 14 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 05- 02 سنة 2005 بأنه ما يدفع للزوجة من نقود أو غيرها، من كل ما هو مباح شرعا، ثم أضافت بأنه ملك لها تتصرف كما تشاء. [3]

- **أما عن شرعية الصداق:** فهو واجب على الرجل ودليل وجوبه من قوله تعالى: " وءاتوا النساء صدقاتهن نحلة(04)". [4]

كما أخذ القانون في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر 02/05 على أن الصداق من شروط الزواج، وكما قررت المادة 15 من قانون الأسرة المعدلة بنفس الأمر وجوب تسمية الصداق.

وتكمن أنواع الصداق بالصداق المسمى والصداق المثل.

- **الصداق المسمى:** هو ذلك المهر الذي يصدر تعينه ونوعيته وتسمياته أثناء العقد بين المتعاقدين، وذلك سواء كان هذا المهر ذهب أو بما يماثله من نقود أو أشياء ثمينة كالسيارات أو الأقمشة وغيرها، وهذا طبعا بشرط أن تكون كل هذه الأخيرة مقبولة شرعا. [5]

أوجب المشرع الجزائري عندما أوجب لزومية وتسمية المهر في المادة 15 ذلك يكون لأسبقية اعتباره للمهر كركن من أركان العقد حتى لا يخالف ماجاء به في المادة 9 من نفس القانون.

أما عن صداق المثل: هو ما سار عليه أن يذكر الزوج أو ولي الزوجة المهر، وإذا ما حدث عدم ذكره فيمكن بامتثاله بذكر القدر المالي الذي تزوجت به امرأة أخرى من أهلها وعشيرتها، فإذا كانت من الأهل تقاس بأختها أو غيرها من بنات الخال أو العم، ولابد عند الأخذ بصداق المثل أن يبحث الزوج

---

[1] المادة 07 من القانون 84-11المؤرخ 09 رمضان 1404الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة معدل والمتمم

[2]& عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائرية حسب آخر تعديل له، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 128.

[3] المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري بالأمر رقم 05-02 المؤرخ ل 27 فيفري 2005 جريدة رسمية 15، ص 20.

[4] سورة النساء: الآية 04.

[5]معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، رسالة ماجيستار ، فرع عقود ومسؤولية، الجزائر، 2004/2003، ص 42.

عمن تماثلها في خصائص من خصائص الجمال أو الصحة أو الثقافة أو المركز العائلي والبكارة وغيرها والتي أخذت بصداق المثل [1] ونذكر هنا حالات استحقاق الصداق، فلقد نص المشرع الجزائري على استحقاق الزوجة للصداق في نص المادتين 16 و 33 من قانون الأسرة ويمكن تقسيمها إلى ثلاث حالات:

*** حالة استحقاق الزوجة كامل الصداق:**

وفقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة فإن المشرع الجزائري أقر بان الزوجة تستحق الصداق كاملا بالدخول أو الوفاة، ففي هذه الحالة المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي والحنبلي، ولقد سكت قانون الأسرة على إعتبار الخلوة الصحيحة بين الزوجين كحالة استحقاق الزوجة للصداق، فإن الفقهاء المتفقون على أن الخلوة التامة والصحيحة تشكل حالة من حالات استحقاق الزوجة للصداق مثلها مثل الدخول بالزوجة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، أنه من المقرر شرعا وقانونا

إذا أبرم عقد الزواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها.[2]

*** حالة إستحقاق الزوجة نصف الصداق:**

تنص المادة 16 من قانون الأسرة بأنه تستحق الزوجة نصف الصداق عند الطلاق قبل الدخول، وعليه فإذا حصل الطلاق فيعقد الزواج الصحيح متى سمى الزوج صداقا، سوءا كانت تلك الفرقة طلاقا أو فسخا ولم يدخل الزوج بزوجته بعد ولم يحصل خلوة بينهما، وللزوجة نصف الصداق المسمى في العقد. [3]

والدليل على هذا قوله تعالى: " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم (237)".[4]

*** حالة استحقاق الزوجة صداق المثل:**

وهي الحالة التي تستحق فيها الزوجة صداق المثل وهي الحالة التي يتم فيها إبرام عقد الزواج دون تحديد أو تسمية قيمة الصداق، حيث لا يكون هناك صداق معلوم لا معجل ولا مؤجل، وهذا هو المعنى الذي تضمنته الفقرة الثانية من المادة 15 المعدلة، حيث نصت على أنه في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل. [5]

---

[1] معزوز دليلي، مرجع سابق، ص 61.

[2] العربي بلحاج ،مرجع سابق، ص 216.

[3] عبد العزيز سعد،قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط 4، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 49.

[4] سورة البقرة، الآية 237.

[5] العربي بلحاج، مرجع سابق ، ص 226.

إلا أنه توجد حالات سقوط الصداق، ومن بين هذه الحالات توجد حالات لا تستحق المراة فيها الصداق نهائيا إذا فسخ العقد قبل الدخول لسبب من أسباب الفسخ، مثلا في حالة تبين أن الزوجة هي أخته من الرضاعة.

– إذا وقع الطلاق قبل وقوع الدخول ولو سمي للزوجة صداق، كما أنه إذا تبين أن بالزوجة عيبا يعطيه الحق في أن يردها لأن الفرقة تكون معللة.

– في الزواج الفاسد، سواء فسخ بطلاق أو بدون طلاق، لأن مجرد العقد الفاسد لا يثبت الصداق وذلك لأن السبب وجود الصداق في الزواج الفاسد لا يكون إلا بالدخول الحقيقي نظرا للمادة 33 فقرة 2 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02.

إذا قتلت الزوجة الزوج عمدا وعدوانا قبل الدخول بها، وقبل الدخول بها .[1]

*** حالة قيام النزاع بشأن الصداق:**

نصت المادة 17 من قانون الأسرة على أنه في حال وجود نزاع حول الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليسس لأحدهما بينة، وكان بعد البناء فالقول للزوج مع اليمين. [2]

اما بالنسبة في حالة وقوع النزاع من الزوجة أو ورثتها بشأن الصداق وأنكرت أو أنكروا ما إذا كان الزوج قد سلمه إلى الزوجة نفسها.[3] أو إلى نائبها كله أو بعضه، أو أدعى الزوج أنه سبق وسلم الصداق إلى الزوجة وليس له أية بينة لإثبات واقعة التسليم وتدعيم إدعائه وكان ذلك قبل الدخول، فإن على الزوجة أن تحلف بالله العلي العظيم بأنها لم تستلم قيمة الصداق لا بنفسها ولا بواسطة غيره، وتستحق الصداق، ويتم

نفس الإجراء فيما يتعلق بالورثة عندما يتعلق الأمر بإنكار استلام الصداق عندما تكون الزوجة قد توفيت قبل البناء.

أما بالنسبة إلى حالة وقوع النزاع بشأن الصداق من الزوج أو ورثته حول ما إذا كان قد سلمه إلى الزوجة مباشرة أو إلى وليها أو ممثلها وليس له أية بينة لإثبات دعاؤه، وكان ذلك بعد الدخول فإن عليه أن يحلف بالله العلي العظيم وأن يحلف ورثته عند وفاته بأن الصداق قد سلم إلى الزوجة ويعفى من إلزامه بدفع قيمة الصداق. [4]

ثالثا: الولاية.

إن المشرع الجزائري لم يحدد تعريف للولاية وهذا ما يؤدي بنا إلى الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية .

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شر قانون الأسرة وفقا آخر تعديلات المدعم بآخر التعديلات ومدعم بأحدث الاجتهادات المحكمة العليا، الجزء1، ط 6، 2010، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ص 227.

[2] المادة 17 من قانون الأسرة معدلة ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 جريدة رسمية 15، ص 20.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 49.

[4] عبد العزيز سعد، مرجع نفسه، ص 51.

أ- الولاية لغة:

هي المحبة والنصرة ومنه قوله تعالى: " ومن يتول الله ورسوله والذين آمنوا فإن حزب الله هم الغالبون (56)".[1]

ب- الولاية اصطلاحا:

هي القدرة على إنشاء العقد نافذ غير موقوف على إجازة احد، وهي قسمان: ولاية قاصرة وولاية متعدية، الولاية القاصرة هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه، أما الولاية المتعدية فهي قدرته على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع.[2]

فيتفق جمهور الفقهاء غلى أن الولي للزوجة شرط من شروط عقد الزواج ويقصد بالولي هنا والد الزوجة أو أحد عصبتها كأخ وها أو عمها أو خالها ولا يصح عندهم أن تزوج المرأة نفسها ولا غيرها ولا أن توكل غير وليها، فإن زوجت نفسها بدون ولي لم يصح عقد الزواج، وهذا رأي جمهور الصحابة والتابعين.[3]

وقد استدل جمهور الفقهاء على منصبهم هذا بأدلة وأسانيد من الكتاب والسنة والعقل، فمن القران الكريم آيات قرآنية تؤكد على ضرورة مباشرة الولي لعقد الزواج لمن تحت ولايته، ومنها قوله تعالى: " فانكحوهن بإذن أهلهن (125)"،[4] أي تزوجهن بإذن أوليائهن، وقوله تعالى:" وانكحوا الأيامى منكم(31)" [5] فالآية الكريمة تأمر الأولياء بتزويج الأيامى من النساء أي من لا زوج لها، وقوله تعالى" فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا ارتضوا بينهم بالمعروف (232)"[6]، وسبب نزول هذه الآية أن معقل بن يسار كان قد زوج أخته من رجل من الصحابة فطلقها، ثم بعد إنقضاء مدتها منه جاء يخطبها من أخيها معقل، فقال له معقل زوجتك و أكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبدا، وكان الرجل لا بأس به وكانت أخت معقل تحب الرجوع إليه، فأنزل الله هذه الآية.

ج- دليل مشروعية الولي وحمها:

يوجد إخلاف بين الأئمة حول مشروعية الولي، فلإمام مالك والشافعي وأحمد متفقون على أن المرأة البالغة مهما تكن درجتها من الرشد فلبس لها أن تنفرد بأمر زواجها بل بوليها سلطان، أن النساء لا يتولين إنشاء العقد، بل لابد من إذن الولي ومشاركته في الاختيار، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: " فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن (232)"[7]

أعتبر الإمام أبو زهرة الولاية شرط للنفاذ وليس شرط الصحة ويقول: " يشترط لنفاذ العقد أن يكون الذي يتولى إنشائه له ولاية إنشاءه فإذا كان الذي تولى عقد الزواج كامل الأهلية وعقد لنفسه فعقده

---

[1] سورة المائدة، الآية 56.
[2] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3،دار الفكر العربي، 1957، ص 107.
[3] محمد رأفة عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج،ط 2، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1984، ص 65-66.
[4] سورة النساء، الآية 125.
[5] سورة النور، الآية 32..
[6] سورة البقرة، الآية 232.
[7] سورة البقرة، نفس المرجع السابق،الآية 232.

صحيح وكذلك إذا عقد لمن هو في ولايته (الولاية الشرعية)، أو من وكلة وإن لم يكن للعاقد ولاية الإنشاء إما لأنه ليس كامل الأهلية أو لأنه كامل الأهلية لكن عقد لغيره من غير إنابة بحكم الشارع أو بتوكيل صاحب الشأن فإن العقد لا يكون نافذ بل يكون موقوفا [1] .

اعتبر المشرع الجزائري الولاية هي شرط من شروط الزواج في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، وعليه لا يمكن للمرأة أن تزوج نفسها والذي يزوجها هو وليها بمراعاة رضاها.[2]

د- أقسام الولاية:

تنقسم الولاية إلى ولاية إجبار وولاية إختيار:

- ولاية الإجبار:

هي الولاية الكاملة لأن الولي يقوم بإنشاء عقد الزواج، ففيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليها ولا يشاركه أحد لعدم توفر في المولى عليها شرط العقل، البلوغ وأهلية الزواج لأن هذه الولاية تتمثل في ولاية الجد أو المقربون على الفتاة البكر والصغير والمجنون.

- ولاية الاختيار:

وتسمى بولاية المشاركة أيضا، وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة فالخيار لها، غي أنه يستحسن أن تستشير وليها وهو يقوم بإجراء عقد زواجهما حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد و الأعراف.[3]

هـ- شروط الولي:

اتفق الفقهاء المسلمين على شروط يجب أن تتوفر في الولي وهي كالتالي:

1- كمال الأهلية:

يتم ذلك بالبلوغ والعقل والحرية، فلا ولاية للصبي والمجنون والمعتوه أي ضعيف العقل والسكران، وكذا مختل النظر بهرم(كبر السن) أوخيل (وهو فساد في العقل) والرقيق، لأنه لا ولاية لأحد من هؤلاء على نفسه، لقصور إدراكه وعجزه في غير الرقيق فلا تكون له ولاية على غيره، لأن الولاية تتطلب كمال الحال، وأما الرقيق بما أنه مشغول بخدمة مولاه، فلا يتفرغ للنظر في شؤون غيره. [4]

2- إتفاق دين الولي والمولى عليه:

فلا ولاية لغير المسلم على المسلم، ولا للمسلم على غير المسلم، أي لا يزوج عند الحنابلة والحنفية كافر مسلمة ولا عكسه، وقال الشافعية يزوج الكافر، الكافرة سواء أكان زوج الكافرة كافرا أم مسلما، وقال المالكية يزوج الكافرة الكتابية مسلم ولا ولاية للمرتد على أحد مسلم أو لكافر لقوله تعالى: " والمؤمنون

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 55-56.

[2] المادة 09 مكرر 84-11، من قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

[3] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر تعديلات المدعم بآخر التعديلات ومدعم بأحداث الاجتهادات المحكمة العليا، ط 06، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 238.

[4] العيد إبرا هامي،التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ولاية الزاج والقصر نموذجا، بحث لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2009-2010 ، 17.

والمؤمنات بعضهم أولياء بعض. "[1] والسبب في إشتراط الدين هو وجهة النظر في تحقيق المصلحة، ولأن إثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر.

3- الذكورة:

يعتبر شرط الذكورة شرط محل خلاف مابين جمهور الفقهاء والأحناف، إذ يشترط جمهور الفقهاء الذكورة في الولي، فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى، أما الحنفية تجيز لها الولاية، أما المالكية أجازت للمرأة الولاية في حالات إستثنائية وهي الحالة ما إذا تعلق الأمر بوصية من الولي.[2]

اما بالنسبة للمشرع الجزائري فيما يخص هذا الشرط فإنه يتماشى من خلال ما ورد في المادة 11 من قانون الأسرة التي تناولت على أن ولي المرأة في الزواج هو أبوها أو احد أقاربها أو أي شخص تختاره، إذ المشرع قد أخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي في حالة عدم وجود ولي للمرأة تنتقل هذه الولاية إلى القاضي الذي يعتبر ولي من لا ولي له.[3]

4- العدالة:

هي إستقامة الدين بأداء الواجبات الدينية والامتناع عن الكبائر والخمر وعقوق الوالدين، وهي شرط عند الشافعية والحنابلة فلا ولاية لغير العادل، لما روي عن ابن عباس " لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد " لأنها ولاية النكاح تحتاج غلى النظر وتقدير المصلحة.[4]

5- الرشد:

يقصد به عند الحنابلة معرفة الكفء ومصالح النكاح، ومعناه عند الشافعية هو عدم تبذير المال، والرشد عند الحنفية والحنابلة في ثبوت الولاية لأن المحجور عليه لأيلي أمر نفسه في الزواج، فلا يلي أمر غيره فإن لم يكن السفيه محجور عليه جاز له تزويج غيره على المعتمد عند الشافعية، وقال الحنفية والمالكية ليس الرشد بمعنى حسن التصرف في المال شرطا في ثبوت الولاية، فيصبح للسفيه ولو محجور عليه أن يتولى تزويج غيره، ولكن يستحب عند المالكية أن يكون التزويج من السفيه ذي الرأي بإذن موليته.[5]

رابعا: الشاهدين:

تقضي المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 بما يلي:

يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

---

[1] سورة التوبة، الآية 71.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلة، ط 3، الجزء السابع، دار الفكر، سوريا، 1996، ص 195.

[3] المادة 11 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 في 27 فيفري 2005 جريدة رسمية 15، ص 20.

[4] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 60.

[5] عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه، ص 62.

أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزوج.[1]يشترط المشرع الإشهار لصحة الزواج وبذلك لا يصح عقد الزواج في التشريع الجزائر إلا بحضور شاهدي عدل المادة 02/33 المعدلة بالأمر 02/05.

أ- تعريف الشهادة:

هي كلمة مشقة من المشاهدة وهي إخبار إنسان ماذا رأى أو إدراك بأحد حواسه كما تعتبر الشهادة وسيلة من وسائل الإثبات.[2]

فذهب المالكية إلى اعتبار الشهادة شرطا لصحة الزواج سواء أكانت عند إبرام العقد أم بعد العقد وقبل الدخول[3]، ويشترط إشهاد شاهدين رجلين عدليين فلا تصح شهادة رجل و امرأتين ولا بشهادة فاسقين[4]، ويستحب وقوع الشهادة عند العقد فهي حماية للزوجين من التهمة وتحفظ حقوق الزوجة و الأولاد.[5]

ب- حكم الإشهاد على الزواج:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على أحكام الشهادة فالزواج رغم الأهمية الكبيرة لشهادة الشهود في إبرام عقد الزواج الذي قد يتم في بعض الحالات عن طريق العرف، فالشهادة أمر ضروري، لأنها تحمي الأسرة من عدم الشرعية والعبث بالأعراض.[6] إلا انه إعتبرها في المادة 09 من قانون الأسرة الإشهاد شرط من شروط الزواج ولم يرتبط على هذا الشرط البطلان أو الفسخ بعد الدخول طبقا لنص المادة 33 من قانون الأسرة. فلو تخلف الشاهدين في عقدا الزواج ولكن لم يرتبط على تخلف هذا الشرط البطلان أو الفسخ بعد الدخول طبقا لنص المادة 33 من قانون الأسرة.

فلو تخلف شرط الشاهدين في عقد الزواج العرفي ولم يحصل الدخول فسخ العقد، اما لو حصل الدخول تثبت المحكمة الزواج لعرفي إذا توفرت أركانه الأخرى.[7]

فلقد ذهب جمهور العلماء إلى أن الزواج لا ينعقد إلا بكون الشهود حضورا، حالة العقد ولو حصل إعلان عنه بوسيلة اخرى وإذا شهد الشهود وأوصاهم المتعاقدين بكتم العقد وعدم إذاعته كان العقد صحيحا.[8]

---

[1] قانون الأسرة وفقا للتعديلات الجديدة، المادة 9 مكرر من قانون الأسرة.
[2] محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، ط 02،الجزء الأول، دارالبعث، الجزائر، ص 284.
[3] عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 143.
[4] محمد محدة، مرجع نفسه، ص 28
[5] العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 33.
[6] العربي بختي، المرجع نفسه،ص 34.
[7] المادة 09-33 من قانون الأسرة الجزائري مكرر أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري.
[8] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 199.

ج- شروط الشاهدين

تتمثل شروط الشهود فيما يلي:العقل، البلوغ، فسماع كلا المتعاقدين مع فهم أن المقصود به عقد الزواج، فلو شهد العقد صبي أو مجنون ا واصم أو سكران فإن الزواج لا يصح، فإن وجود هؤلاء كعدمه كما يشترط الشافعية والحنابلة الذكورة فإن عقد الزواج بشهادة رجل أو إمراتين لا يصح.[1]

لا يشترط بعض الفقهاء منهم الإمام مالك الإشهاد في عقد الزواج وإنما يشترطون الإشهار والعلانية ومثلهم الحنفية الذين يقولون بان الإشهار ليس لإثبات العقد، بل لإخراجه من السرية، اما في ما يخص قانون الأسرة الجزائري، فان المشرع الجزائري لم يعر أية إهتمام للشروط الواجب توفرها في الشاهد سواء كان مسلما أو غير مسلما، يصلح أو لا يصلح شرعا للشهادة بشان عقد الزواج رجلا أو امرأة، كبيرا أو صغيرا، إلا أنه ما يلاحظ على رأي المشرع الجزائري لا مبرر له مع أن قانون الحالة المدنية، [2] ينص في المادة 33 منه على وجوب بلوغ سن الشاهد الواحد والعشرين لتقبل شهادته في عقد الزواج.[3]

خامسا: إنعدام الموانع الشرعية للزواج:

هذا الموضوع نظمت أحكامه المواد من 23 إلى 31 من قانون الأسرة الجزائري بحيث يوجد أصناف من النساء يحرم التزوج بهن والمحرمات من النساء نوعان:

1- محرمات بصورة مؤبدة، وهي ما كان نسبها ثابتا لا يزول كالأم والبنت والأخت وغيرها...

2- محرمات بصورة مؤقتة وهي ما كان أمرها سببا يحتمل الزواج كزوجة الغير والمشتركة والمعتدة من طلاق أو وفاة وزواج المسلمة بغير المسلم أو غير ذلك..[4]

وتعتبر إنعدام الموانع الشرطية شرط من شروط إنعقاد الزواج وهذا ما جاءت به المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، ويجر بنا التعرف على هذا الشرط في مختلف النقاط بالتفصيل.

ومن شروط انعقاد الزواج أن تكون المعقودة عليها محلا للعقد أي لا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج وهذا لقوله تعالى: " وأحل لكم ما وراء ذالكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين (24)".[5]

فلا تختلف المحرمات من النساء من الأحكام بإختلاف الزمان والمكان لأنها لا تقبل التغيير ولا تبديل وليس فيها مجال للاجتهاد، حيث نصت المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر 02/05، على أنه: " يجب أن يتوفر في عقد الزواج انعدام الموانع الشرعية للزواج".

---

[1] العيد إبرا هامي مرجع سابق، ص 20.

[2] الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 13 ذو الحجة عام 1379 الموافق ل 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية للجمهوري الجزائرية، العدد 21، المؤرخة في 27--6-1970.

[3] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 44.

[4] بن شويخ الرشيد، ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية- ، ط 01 ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 84-85 .

[5] سورة النساء، الآية 24.

أولا: المحرمات بصورة مؤبدة: ثلاث انواع:

أ- المحرمات بسبب النسب:

يحرم بسبب النسب من النساء أربعة أصناف:

- أصول الرجل من النساء وإن علوا فيحرم على الرجل أن يتزوج بأمه أو جدته وإن علت أو بأم أبيه أو بأم الجد مهما علت.

- فروع الأبوين أو أحدهما وإن بعدت درجتهن وهي الأخوات مطلقا سواء كنا شقيقات لأب أو لأم وبنات الإخوة والأخوات، وبنات أولاد الإخوة مهما نزلنا فيحرم الرجل الزواج بيهن.

- الفروع المباشرة بالأجداد والجدات أو لإحداهما وهن العمات والخالات فقط سوءا كنا عمات وخالات لشخص نفسه، أم كنا عمات وخالات لأبيه او أمه أو أحد أجداده وجداته، أما الفروع غير المباشرة لإجراء فلا يحرم الزواج بهن كبنات الأعمام وبنات الأخوال، وبنات العمات وبنات الخالات وفروعهن، وتعتبر هذه الأصناف الأربعة من المحرمات على سبيل التأبيد.[1] باتفاق الفقهاء ودليل على تحريم هذه الأصناف قوله تعالى: " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالتكم وبنات الأخ وبنات الأخت".[2]

ب- المحرمات بسبب المصاهرة:

إن النساء اللواتي يحرم الزواج معهن بسبب المصاهرة بصفة دائمة ومؤبدة أربعة أصناف وهن:

- زوجة أصول الشخص، مثل زوجة الأب وزوجة الجد، سوءا كان جدا لأب أو جدا لام.
- زوجة فرع الشخص مثل زوجة الإبن وزوجة إبن الغبن، وزوجة إبن البنت وإبن إبن البنت.
- أصول زوجة الشخص مثل أم الزوجة، وجدة الزوجة وما على.
- فروع زوجة الرجل والمدخول بها مثل بنت الزوجة من رجل آخر (الربيبة) وبنت بنت الزوجة وبنت إبن الزوجة، أما فروع الزوجة المعقود عليها فقط ولم يقع الدخول بها فيجوز الزواج معهن وهو أمر نادر الوقوع.[3]

ج- المحرمات بسبب الرضاعة:

إن النساء اللواتي يحرم ويمنع الزواج معهن بسبب الرضاعة بصفة دائمة هن أولئك اللواتي ذكرتهم الآية السابقة في قوله تعالى: " وأمهاتكم التي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة (23)".[4]

مع الملاحظة حسب ما جاء في المادتين 27 و28 من قانون الأسرة أن الطفل الرضيع يعد وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها يسري التحريم وعلى فروعه وأنه لا يحرم

---

[1] محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقضاء والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 122.

[2] سورة النساء، الآية 23.

[3] عبد العزيز سعد،قانون ، مرجع سابق، ص 31.

[4] سورة النساء، الآية 23.

من الرضاعة إلا ما كان قد حصل قبل الفطام أو ضمن الحولين من العمر سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا.[1]

ثانيا: المحرمات المؤقتة:

من خلال قراءة لنص المادة 30 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 02-05 الصادر خلال سنة 2005 أنها تنص على أنه يحرم من النساء لصفة مؤقتة ستة أصناف هي:

- المحصنة والمعتدة من الطلاق أو الوفاة والمطلقة ثلاثا، والجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة لأب أو لأم أو من رضاع، كما يحرم زواج المسلمة من غي المسلم.[2]

وما يستنتج من هذه المادة على أن هؤلاء النسوة يحرم الزواج معهن بصفة مؤقتة لأسباب محددة فقط ولمجرد أن يزول السبب بزوال المسبب أي أن المرأة المحرم الزواج معها أثناء قيام ذلك السبب تصبح توجد ضمن دائرة الحلال، يصبح الزواج معها محللا.

سنقوم بتبيان كل حالة من هذه الأحوال بصفة مختصرة وموجزة كالتالي.:

- زوجة الغير أو المعتدة:

اتفق الفقهاء على تحريم زواج المعتدة من الغير سواء كان السبب طلاقا أو وفاة، حتى تنتهي العدة الشرعية لقوله سبحانه وتعالى: " فما لكم عليهن من عدة تعتدونها (49)".[3] وقوله عزوجل: " ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله (235)".[4] أي لا تعقدوا النكاح إلا بعد إنتهاء المدة التي فرض الله على المعتدة بعد فرقة زوجها.

- المطلقة ثلاثا:

في حالة طلاق الزوجة من زوجها بالثلاث حرمت عليه حرمة لا يحلها عقد ولا مراجعة لقوله تعالى: " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان (229)".[5]

وهو ما أشارت إليه المادة 30 الفقرة 3 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05 وكذا المادة 51 من قانون الأسرة بقولها " لا يمكن أن يرجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتنطلق منه أو يموت عنها بعد البناء". [6]

- الجمع بين المحارم:

يحرم على الرجل الجمع بين محرمين وأكد الفقهاء على ذلك أن كان إمراتين إذا كانت كلتاهما لو فرضت ذكر و الأخرى أنثى حرمت عليه، وبالتالي لا يصح، الجمع بين الأختين ولا بين المرأة وعمتها أو خالتها و استدلوا على ذلك قوله تعالى: " وأن تجمعوا بين الأختين إلا ماقد سلف (23)"[7]

---

[1] المادتين 27-28 من قانون الآسرة الجزائري.
[2] المادة 30 من قانون الأسرة، وفق التعديلات الجديدة أمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
[3] سورة الأحزاب، الآية 49.
[4] سورة البقرة، الآية 235.
[5] سورة البقرة، الآية 229.
[6] المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري.
[7] سورة النساء، الآية 26.

- زواج المسلمة بغير المسلم:

تنص الفقرة الخامس من المادة 30 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 04/05 صراحة على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم.[1]

وهذا ما أكد الفقهاء على عدم جواز تزويج المسلمة بغير المسلم، سواء أكان مشركا أو كتابيا، وهذا لقوله تعالى: " يأيها الذين أمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن (10)"[2].

أجاز جمهور الفقهاء كالمالكية والشافعية وغيرهم، للمسلم أن يتزوج بالمرأة الكتابية كالمسيحية واليهودية، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: " اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم (05)".[3]

أما بالنسبة لرأي الشيعة الجعفرية فقد ذهب بعضهم أنه لا يجوز للمسلم الزواج بالمرأة الكتابية واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: " ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن (221)".[4]

والرأي الراجح والمعمول به في كل من مصر ولبنان والجزائر هو أنه يجوز للمسلم أن يتزوج بالكتابية والمسيحية واليهودية، اما حكم زواج المرأة المسلمة من رجل كتابي فقد قرر الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه لا يجوز للمرأة المسلمة أن تتزوج من رجل كتابي مسيحيا كان أم يهوديا.[5]

المطلب الثالث: أثر أركان وشروط الزواج العرفي.

سبق وذكرنا أن للزواج العرفي أركان وشروط شرعية المذكورة في المادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة، إلا أنه في بعض الحالات قد يتخلف ركن من الأركان أو شرط من الشروط فماهو جزاء تخلف كل من الركن أو الشروط؟ لذا تناولنا في هذا المطلب فرعين الأول تحدثنا فيه عن أثر تخلف أحد الأركان أما الفرع الثاني تطرقنا فيه عن أثر تخلف الشروط.

الفرع الأول: أثر تخلف أحد أركان عقد الزواج.

سبق وتناولنا أركان الزواج حسب ماجاء في المادة 09 من قانون الأسرة بأنه يوجد ركن واحد هو الرضا، إلا أنه في حالة تخلف ركن الرضا ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أنه في تخلفه يجعله باطلا ومنعدما قبل الدخول أو بعد الدخول ولم يرتب عله أثار، كما اعتبره المالكية بأنه زواج الزنا وجب التعريف بينهما في حين نجد أن الحنفية يرون بأنه في حالة تخلف ركن الرضا يعتبر الزواج زواجا باطلا.[6]

---

[1] المادة 30 من قانون الأسرة وفق التعديلات الجديدة، مرجع سابق.
[2] سورة الممتحنة، الآية 10.
[3] سورة المائدة، الآية 05.
[4] سورة البقرة، الآية 221.
[5] محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقضاء والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 180.
[6] ياسمين عبد العزيز، مقال أركان الزواج قانونا وشرعا وأثر تخلفهما، دراسات قانونية للزواج العرفي في قانون الجزائري منتديات ستار تايمز، على الموقع: 13h30 , 25541330.04/11/2015 t! / www.startimes.com

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف ركن من أركان الرضا في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري، وفي هذه الحالة يترتب على تخلف ركن الرضا البطلان، فهو منعدم لا ينتج عنه أية أثر فهو زواج باطل.[1] فالزواج الباطل هو كل عقد فقد ركن من الأركان الأساسية والتي إعتبرها المشرع الجزائري في نص المادة 09 من قانون الأسرة الرضا.[2] حيث أن عقد الزواج الباطل لا يترتب عليه شئ من أثار عقد الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول، بل يعتبر وجوده كعدمه، فوجب على كل من الزوجين أن يفترق في حال إذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا باطلا كان دخوله بمنزله الزنا، نجد من الآثار:

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

في حالة ما إذا كان البطلان واضحا قبل الدخول وثبت العلم بالتحريم، أما في حالة بعد الدخول عد بمنزلة الزنا، فهنا يكون العقد باطلا كان بدخوله بمنزلة الزنا وهذا ما يجعله باطلا ومنعدما قبل الدخول أو بعد الدخول وهذه تعد من أهم وأبرز آثار التي تترتب عنه.[3]

الفرع الثاني: أثر تخلف أحد شروط عقد الزواج.

تتمثل شروط الزواج في التشريع الجزائري وفقا للمادة 09 مكرر من قانون الأسرة في أهلية الزواج،الصداق، الولي، شاهدان، إنعدام الموانع الشرعية للزواج، إلا أنه في حالة تخلف هذه الشروط في عقد الزواج يؤدي به حتما إلى الفسخ، وهذا ما تناوله المشرع الجزائري في المواد (33- 34- 35)، فمثلا تنص المادة 33 من قانون الأسرة "إذا تم الزواج بدون شاهدان أو صداق أولى ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه وكما تنص المادة 34 من قانون الأسرة كل زوج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول، وبعده يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

يستنتج من هذه المواد أنه في حالة تخلف شرط من الشروط التي نظمها المشرع في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة يترتب على هذا العقد الفسخ أو ما يسمى بالزواج الفاسد، فماذا نقصد بالزواج الفاسد وماهي آثاره؟ لذلك سنتناول في هذا الفرع تعريف الزواج الفاسد (الأول)، وآثاره (ثانيا).

أولا: تعريف الزواج الفاسد:

هو كل زواج تم ركنه الأساسي الرضا (الإيجاب والقبول) المذكورة في المادة 09 قانون الأسرة، ولكنه فقد شرطا من شروط الصحة الواردة في المادة 09 مكرر المضافة بالأمر 02/05 بمعنى الذي توفر فيه سبب من أسباب الفسخ.[4]

---

[1] المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح الأسرة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 290.
[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 292.
[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 292.

ثانيا: آثار الزواج الفاسد:

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

– تستحق الزوجة بالزواج الفاسد بعد الدخول الصداق المثل طبقا للمادة 02/33 المعدلة.[1]

– ثبوت النسب إذا حملت الزوجة بالمولود وذلك لرعاية حقوق الولد ومنعا لاختلاط الأنساب مادة 34، ويثبت نسب الولد من أبيه إذا جاءت به أمة في مدة الحمل اقلها ستة أشهر من تاريخ الدخول، وأكثرها عشرة أشهر من تاريخ التفريق او الانفصال (مادة 42و 43 قانون الأسرة).

– حرمة المصاهرة، حيث يحرم على الزوج في الزواج الفاسد بع الدخول أن يتزوج أمها أو إبنتها كما لا يجوز للزوجة أن تتزوج أباه أو إبنه، طبقا لنص المادة 26 من قانون الأسرة.

– وجوب الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل، وذلك طبقا لنص المادة 34 من قانون الأسرة.[2]

المبحث الثاني: أسباب الزواج العرفي وحكمه.

الزواج العرفي من المشكلات الخطيرة التي طرحت نفسها بقوة في الواقع الاجتماعي الراهن وخصوصا في الآونة الأخيرة بعد أن أصبحت ظاهرة ملفتة للنظر، انتشرت بين فئات المجتمع المختلفة ولهذا خصصنا هذا المبحث لدراسة أسباب الزواج العرفي ثم نتطرق إلى حكمه.

المطلب الأول: أسباب الزواج العرفي.

لقد تعددت أسباب اللجوء للزواج العرفي، ويصعب تحديدها جميعا، وأسباب الزواج العرفي في مصر مثلا تختلف عن أسباب الزواج العرفي في الجزائر فقانون الأسرة الجزائري إستوجب قيد الزواج في سجلات الحالة المدنية، ورغم صراحة النصوص القانونية، إلا أن بعض الأفراد يغفلون هذا الشرط ويعقدون على زوجاتهم بالصورة العرفية أو عن طريق الفاتحة كما يعرف في المجتمع الجزائري، وإنتشار هذه الظاهرة تعود إلى عدة أسباب أجهدت الباحثون أنفسهم وتعددت بهم السبل في دراسة هذه الظاهرة والتي حصروها في عدة أسباب نذكر منها: الأسباب القانونية (فرع الأول)، الدينية (فرع ثاني)، المالية (فرع ثالث) أما الفرع الرابع فسنخصصه للأسباب القانونية.

الفرع الأول: الأسباب القانونية.

تنقسم الأسباب القانونية إلى عامة وخاصة وهي كالتالي:

أولا: الأسباب العامة:

أ– تعدد الزوجات:

أباح الشارع الحكيم للرجل التعدد بأن يتزوج بأربعة في وقت واحد، يقول تعالى: " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحد أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا

[1] المادة 02/33 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 295.

تعولو (03)"[1]، فعلى كل من يرغب في الزواج من امرأة ثانية يجب أن يحصل على ترخيص بالزواج من رئيس المحكمة وذلك بإتباع الإجراءات التي نصت عليها المادة 8 ق. إجراءات جزائية والتي تنص على " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوافرت شروط العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج منها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية ".[2]

وعليه يمكن تلخيص الإجراءات في:

1- أن يخبر الزوج كلا من الزوجين السابقة واللاحقة.

2- أن يقدم طلبا يلتمس فيه الترخيص له بأخرى إلى رئيس المحكمة مكان مسكن الزوجين.

3- يقوم رئيس المحكمة بالتحقق من موافقة الزوجتين وذلك بحضورهما الشخصي للتعبير عن رضائهما كذلك من وجود المبرر الشرعي ومدى قدرة الزوج على تحقيق العدل بين الزوجتين ومدى توافر الشروط الضرورية.[3]

فإذا تأكد لرئيس المحكمة توافر كل هذه الشروط كان له أن يمنح للزوج ترخيصا بالزواج من الأخرى.

فالمشرع الجزائري بعد أن أباح تعدد الزوجات أورد قيودا على ذلك إعتبرها بعض الأفراد ثقيلة بالنسبة إليهم ولم يجدوا مخرجا سهلا سوى اللجوء إلى الزواج العرفي وأمام هذا الوضع يجد القاضي نفسه مجبرا على تثبيت الزواج خاصة في حالة إنجاب الأطفال.[4]

ومن أسباب التي تدفع الرجل للزواج بأخرى زواجا عرفيا وخشية أن يصل إلى علم زوجته الأولى خبر زواجه بثانية فتطالبه بالطلاق، وهذا ما يهدد كيان أسرته بالانهيار.[5]

وكما أن الزواج العرفي هو المنفذ الوحيد للتهرب من تابعيات الزواج الرسمي، سواء تعلق الأمر بالزوجة الأولى أم الزوجة الثانية، حيث يتجنب رفع الزوجة الأولى دعوى قضائية للمطالبة في حالة التدليس والمطالبة بالنفقة عليها أبائها في حالة الإهمال العائلي أو المطالبة بمسكن لحضانة أبنائها في حالة الطلاق إذا كانت حاضنة وهو حق قرره لها القانون في نص المادة 72 ق. إ. ج: " في حالة

---

[1] سورة النساء، الآية 03.

[2] شمس الدين، كلمة في الزواج العرفي، الخميس 30 تشرين الثاني، 2006، maktoobblg.com

[3] بدوي علي، مرجع سابق، ص 157.

[4] عبدالعزيز سعد،مرجع سابق، ص 137.

[5] شريف كمال عزب، الخلع والزواج العرفي بين الشريعة والقانون، ط 01، دار التقوى، القاهرة، 2000، ص 56.

الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما وإن تعذر عليه ذلك دفع بدل الإيجار وتبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن".[1]

وعليه كان الزواج العرفي هو السبيل الوحيد الذي يجده الزوج للتهرب من الإلزامات المترتبة على الزواج في حالة رغبته في التعدد.[2]

ب- التهرب من التبعيات القانونية:

يرتب عقد الزواج الرسمي تبعات قانونية سواء تلك المنجرة عن الزواج مثل مطالبة الزوجة بمسكن خاص عن الأهل والنفقة عليها وعل أبنائها وغيرها من التبعات، تظهر جليا عند التنازع، أم المترتبة عن الطلاق من نفقة العدة والمتعة ونفقة الأبناء وتعويض الزوجة على الطلاق التعسفي كما منح القانون للمطلقة حق اللجوء للقضاء المستعجل للمطالبة بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن، ويقضي لها بالنفقة وغيرها بموجب أمر على العريضة هذا ما نصت عليه المادة 57 مكرر من ق.إ.ج: " يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن" [3]، وغيرها من الإجراءات القضائية الواجبة الإتباع وما يترتب عنها من مصاريف قضائية وصدور أحكام ونفقات التنفيذ وإجراءات الطعن وغيرها من العراقيل القضائية.

كل هذه المصاريف الأفراد يختارون الزواج العرفي حتى يتسنى لهم التنصل منه ومن مسؤولياته القانونية متى أرادوا ذلك.[4]

ثانيا: الأسباب القانونية الخاصة.

أ- حالة المطلقين:

يلزم القانون كل مطلق أو مطلقة إحضار إلى جانب وثائق الحالة المدنية شهادة الطلاق بالنسبة للرجل وشهادة تثبت أن الطلاق تم منذ أكثر من ثلاثة أشهر بالنسبة للمرأة.[5]

ويحدث أن يمتنع ضابط الحالة المدنية عن تسليم شهادة تثبت وقوع الطلاق، وذلك لعدم تبليغه بحكم الطلاق من طرف رئيس كتابة الضبط الجهة القضائية التي أصدرت حكم الطلاق، أضف إلى ذلك أن رئيس كتابة الضبط في أغلب المحاكم والمجالس القضائية لا يقوم بهذا الإجراء من تلقاء نفسه، بل بناءا على طلب من أحد الزوجين ممن يرغب في الإسراع بتسجيل الطلاق على هامش سجلات الحالة المدنية.[6]

---

[1] صورية بوريلة، الزواج العرفي، الدين يتحفظ والقانون يتساهل، جريدة الخبر، 2006/11/08.

[2] خنوش سعيد، تعدد الزوجات بين الضوابط الشرعية والقيود القانونية، دراسة مقارنة، مجلة الشهاب، العدد 01، 2020، ص437-452.

[3] المادة 57 مكرر من قانون إجراءات جزائية، مرجع سابق.

[4] حسام الدين بن موسى عفانة، الزواج العرفي وما يترتب عنه، 2004/10/07.، موقع، www. Isalmonline.net

[5] منير ادعيس، منتدى في الجزائر لمناقشة قانون الأسرة الجديد،2007/03/21، موقع،www , amangordem. org

[6] حسام الدين بن موسى عفانة، مرجع نفسه.

كما أن الشهادة التي تثبت الطلاق غالبا لا تسلم إلا بإحضار نسخة من حكم الطلاق نسخة من محضر تبليغ الحكم وأمام صعوبة استخراج مثل هذه الشهادة الالتجاء إلى الزواج العرفي.[1]

ب- حالة موظفي الأمن المنتمين إلى الجيش الشعبي الوطني:

يشترط القانون لزواج موظفي الأمن والمنتمين إلى الجيش الشعبي الوطني وأفراد الدرك الوطني زيادة على الشروط الواجب توافرها لتوثيق عقود زواجهم أمام المصالح الرسمية أن يقيموا رخصة تسلم لهم الإدارة المستخدمة بعد إجراء بحث إجتماعي حول العائلة المراد مصاهرتها.

ومعلوم أن تسليم الرخصة من قبل الإدارة في أكثر الأحيان يأخذ وقتا طويلا ينجم عنه رفض منح الرخصة لأسباب موضوعية قد تتعلق بسلوك الزوجة أو السيرة للأسرة السيئة للأسرة، الأمر الذي يدفع الأفراد للزواج العرفي.

ج- الزواج بالأجانب:

يحدث أن ترغب امرأة جزائرية مسلمة في الزواج بأجنبي غير مسلم، والأجنبي في مفهوم القانون هو كل شخص لا يحمل الجنسية الجزائرية، ولكون زواج المسلمة بغير المسلم محصورا شرعا وقانونا فإنه يتعين على الأجنبي غير المسلم أن يدين بالإسلام وان يحضر شهادة من نضارة الشؤون الدينية تثبت تدينه بالدين الإسلامي، كما يتعين عليه وعلى المرغوب الزواج بها إحضار ترخيص بالزواج من الأجنبي من ومديرية التنظيم بالولاية.

كذلك يحدث أن يتزوج مسلم بأجنبية لهدف الحصول على أوراق الإقامة داخل البلد الأجنبي، كما يرغب من جهة ثانية الزواج بجزائرية من بلده، وهي حالات كثيرا ما تقع وبما إن الدولة الأجنبية ترفض التعدد فإنه يلجأ إلى الزواج عرفيا من المرأة الجزائرية، وبهذا يضمن استقراره من البلد الأجنبي والتخلص من متابعتها له بجريمة التعدد، كما يحدث أن ترغب المرأة الجزائرية المقيمة في الخارج التزوج بجزائري غير أن زواجها هذا قد يحرمها من الامتيازات التي تمنحها لها الدولة الأجنبية، كمعاش زوجها المتوفي، أو تعويضات تقدم لها لأسباب ما، فإنها لا تجد إمامها سوى الزواج عرفيا .[2]

د- صغر السن :

على كل راغب في الزواج دون السن القانونية أن يحضر من اجل توثيق عقد زواجه ترخيصا بالزواج من طرف رئيس المحكمة وذلك بإتباع الإجراءات التالية:

1- تقديم طلب مكتوب من الولي أو القصر يشمل على عنوان الطالب و أسباب الترشيد والضرورة التي اقتضته وتاريخ الدخول بالزوجة لا يزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ الحصول على الترخيص بالزواج.

2- تقديم شهادة طبية من طبيب محلف يثبت السلامة العقلية و القدرة البدنية و الصحية ومؤكدة بصورة شمسية للقاصر.

---

[1] خنوش سعيد، مرجع سابق، ص 437-452.

[2] معيزة عيسى، الرخصة الادارية في زواج الجزائريين بالأجانب واجتهادات المحكمة العليا، مجلة القانون والمجتمع، مجلد 07، ع 2، 2019، ص 364-375.

3- حضور القاصر شخصيا و وليه أمام رئيس المحكمة بغرض التحقق من القاصر بذاته و مدى موافقته على الزواج.

4- حضور كل من الزوجين أمام القاضي للتحقق من قدرتهما الجسدية و العقلية على الزواج.[1]

بعدما يقوم رئيس المحكمة بدراسة الطلب و التحقيق في الأسباب و استطلاع رأي وكيل الجمهورية لدا المحكمة نفسها.

فإذا اتضح له جدية الأسباب المقدمة وتحقق من القدرة المادية و الجسدية للزوجين فانه يصدر أمرا بالإعفاء من سن الزواج و بالتالي يمنح الأطراف ترخيص بالزواج دون السن القانونية، وهذا مستفاد من المادة 7 ق.إ.ج [2]:" وللقاضي أن يرخص بالزواج قيل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكده قدرة الطرفين على الزواج "، وعليه فإن تحديد سن الزواج والإجراءات المتبعة للحصول على رخصة تسمح بالزواج دون السن القانونية[3] له تعد قيودا في نظر المواطن الذي تعوزه الضرورة والحاجة لأنه يزوج ابنه و ابنته دون سن الزواج، ولا يجد الأولياء من مخرج إلا في الزواج العرفي ومن الاعتبارات الشخصية حاجة العائلة لامرأة تساعد الأم في البيت. [4]

هـ- عدم الرغبة في التنازل عن المعاش:

يحدث أن تلجأ الزوجة إلى الزواج العرفي رغبة منها في الاحتفاظ بمعاش زوجها المتوفي والمعاش هو الراتب الشهري تنقضاه الزوجة من الدولة بسبب وفاة زوجها حيث يسقط إذا تزوجت مرة أخرى.[5]وهذا ما أكده المحامي عمار خبابة حيث قال إن بعض النسوة والفتيات اللواتي لجأن إلى الزواج العرفي بغرض الحفاظ على منحة تقاضينها كنساء ضحايا الإرهاب، هؤلاء تمنع عنهن منحهن بمرسوم واضح، وبالتالي يفضلن اللجوء إلى الزواج العرفي خاصة إذا كن صغيرات لضمان الحفاظ على منحتهن التي سوف تنقطع في حالة إثبات ذلك الزواج.[6]

و- الاحتفاظ بالمحضون وبمسكن الحضانة:

الأصل في الحضانة حق للأم هذا ما نصت عليه المادة 64 من ق.إ.ج: " الأم أولى بحضانة ولدها..."[7]

---

[1] عيادة الحسين، دور العمل للقاضي في حماية القصر عند انعقاد زواجهم، مجلة القانون، المجلد 9، ع 2، 2020، ص 186- 190.

[2] لمين لبنة، زواج القصر بين المفهوم والمصلحة المعتبرة شرعا، دراسة على ضوء تعديل قانون الأسرة والتطبيق القضائي له، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، ع 2، 2020، ص 494-502.

[3] المادة 07 من ق. إ.ج.

[4] عبادة الحسين، المرجع نفسه، ص 187.

[5] عبادة الحسين، مرجع نفسه، ص 188.

[6] لمين لبنة، مرجع نفسه، ص 497-502.

[7] المادة 64 من قانون الإجراءات الجزائية.

غير أن هذا حق يسقط إذا ما تزوجت الحاضنة بغير محرم لها بحكم المادة 66 ق. إ. ج :"يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم..."[1]، وهو ما لا ترضاه فتلجأ إلى الزواج العرفي لضمان بقاء محضونها معها وتحت ولايتها وتحقق ما رغبت فيه.

كما قد ترغب الحاضنة في الزواج بآخر وفي الوقت ذاته الاحتفاظ بمسكن الحضانة المقرر لها قانونا بمناسبة ممارس الحضانة بموجب المادة 72 ق. إ. ج وبما أن هذا الحق يسقط بمجرد الزواج فإنها لا تجد منفذا سوى اللجوء للزواج العرفي.[2] وبذلك كان التعديل الجديد الآسرة الجزائري السبب في تنامي الزواج العرفي.

وقد أكد أحد القضاة أن قانون الأسرة الجزائري الجديد تسبب بشكل أو بآخر في تنامي ظاهرة الزواج العرفي بالجزائر في السنوات الأخيرة وانه عمل على تقييد الزواج ووفق حجر عثرة أمام إتمام حالات كثيرة منه ليحل محلها الزواج العرفي.[3]

كما حذر المحامي عمار خبابة من تنامي ظاهرة الزواج العرفي في الجزائر بفعل أسباب قانونية حيث يقول: " انتظروا مزيدا من الحالات" ويؤكد المحامي على أن الزواج العرفي من القضايا المطروحة على القضاء الجزائري منذ القديم، وقد جاء قانون الأسرة الجديد ليزيد من حالته وفتح المجال لإنتشاره.[4]

الفرع الثاني: الأسباب الإجتماعية.

تعد الأسباب الاجتماعية إحدى أهم العوامل وراء انتشار الزواج العرفي وتتمثل هذه الأسباب في الفوارق الاجتماعية وتأخر سن الزواج والصعوبات المادية مع انتشار أيضا مرض كورونا في الآونة الأخيرة وهذا ما نوضحه فيما يلي.

أولا: الفوارق الإجتماعية.

يقصد بها المكانة الأدبية والاجتماعية للزوج أو الزوجة، إذ يحدث أن يرغب الرجل أو المرأة في الزواج بمن دونه مستوى، ونتيجة لرفض المجتمع لمثل هذا الزواج غير المتكافئ وعدم تقبله له، وأمام رغبة الزوج أو الزوجة في المحافظة على سمعتها ومكناتها الإجتماعية يلجأ إلى الزواج العرفي ومن صور الزواج زواج الطبيب ممرضته، والمدير من سكرتيرته، وزواج رب البيت من الخادمة أو امرأة مسنة من طبقة راقية من شاب دون مستواها وحتى لا تهتز المكانة الإجتماعية لهؤلاء يلجؤون إلى الزواج العرفي.

يقول الدكتور علي حسين تجديده الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة القاهرة أن هناك أسبابا عديدة من الواقع...التي تجعل البعض يقدم على هذا الزواج مثل المكانة الأدبية العالية للزوج وخاصة إذا كان متزوجا من قبل ويرغب في الاقتران بمن هي دونه في المستوى الإجتماعي، وعليه فالفوارق الإجتماعية تكون في أكثر الأحيان السبب وراء الزواج العرفي.

---

[1] المادة 66 من قانون الإجراءات الجزائية.

[2] المادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية.

[3] حداد عيسى، الحضانة والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية وإنسانية، 2011، ص 176- 177.

[4] حسام الدين بن موسى عفانة، مرجع سابق.

ثانيا: تأخر سن الزواج.

أكدت العديد من الدراسات والإحصائيات في الكثير من الدول إرتفاع نسبة النساء مقارنة بعدد الرجال في المجتمع، الأمر الذي أدى إلى إنتشار ظاهرة العنوسة بالإضافة إلى تداخل عوامل إقتصادية ونفسية، كرغبة بعض النساء في إتمام الدراسة ورفض الزواج قبل ذلك، وعليه بات تأخر سن الزواج مشكلة طفحت على السطح وهي السبب وراء إنتشار الزواج العرفي وإنتشار الإنحرافات الجنسية.[1]

ثالثا: الصعوبات المادية.

تعد الصعوبات المادية التي أحيط بكثير من الشباب في الآونة الأخيرة من اكبر معوقات الزواج الأمر الذي يدفعهم للزواج العرفي.

وتتمثل هذه الصعوبات في تأثر العائلات بالتقاليد والأعراف المتعلقة بالزواج.

إذ يتطلب إقامة الزواج في الكثير من المجتمعات العربية تكاليف باهضة إبتدءا من الخطوبة إلى المجالات الرسمية حتى إقامة حفل العرس وهي بطبيعة الحال تكون مكلفة ومن الأسباب التي تؤدي إلى إبرام زواج عرفي، كذلك إرتفاع قيمة المهر ونفقات الزواج وتكاليفه.

بإضافة إلى انتشار وغلاء المعيشة وقلة الأجور ووجود أزمة السكن وغلاء قيمتها وكذا إيجارها، وقلة مناصب الشغل.

فالزوج إذا يقف وبمفرد ولوحده، وتقف أمامه جميع العقبات تحاول النيل منه، وتحول دون قيامه وإتمامه.

وأمام هذه العقبات المادية يجد الشاب مستقبله غير واضح المعالم وأماله في تكوين أسرة بعيدة التحقيق، ومن أين يأتي بالمال لتوفير مسكن الزوجية ومن أين يجهزه ومن أين يأتي بمهر عروسة فالتكاليف باهضة.[2]

الأمر الذي يدفع الشاب للبحث عن مخارج وحلول فيفكر في السفر إلى الخارج لتأمين مستقبله، ومنهم من يختار الحل الأسهل وهو أن يتزوج زواجا عرفيا هروبا من أعباء الزواج ومتطلباته.

وإذا كان الشباب من يرغب في الإستقرار وبناء أسرة ويتخذ من الزواج العرفي حلا وقتيا إلى حين الإنفراج،[3] فإن منهم من يرى في الزواج العرفي أداة للحصول على المتعة ولإشباع غرائزه ويكون له منفذا سهلا للتحلل من كل أعباء الزواج من السكن أو النفقة بل للتخلص من الزواج ذاته بكل سهولة.[4]

وعن الأسباب الإجتماعية يذكر احد القضاة لجريدة الخبر أن أسباب إنتشار الزواج العرفي في الجزائر هو....غلاء المهور والمبالغة في تكاليف الزواج إضافة إلى إنتشار البطالة وانخفاض المستوى المعيشي للجزائريين وعدم توافر المسكن وكل هذه العوامل تعد من العقبات التي تقف في طريق الزواج

---

[1] جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الميزان الإسلامي، الطهطاوي للكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 96.
[2] بدوي علي، مرجع سابق، ص 161.
[3] سميع عبد العظيم، الزاج العرفي، دار الإيمان، الإسكندرية، 2002، ص 36-37.
[4] منير ادعيس،مرجع سابق.

العادي، مما يجعل اللجوء إلى الزواج العرفي الذي تسقط فيه كثير من الأمور مثل التكاليف المادية بديلا مريحا على كل المستويات.[1]

رابعا: تأثر بعض العائلات بعوامل البيئة.

تعد العوامل البيئية والطبيعية من أهم الأسباب التي تدفع الأفراد للزواج العرفي كما قد يتدخل عرف المنطقة وتقاليدها في إنتشاره فمثلا في الجزائر ينتشر الزواج العرفي في منطقة الجنوب وهو من بين العادات الشائعة في منطقة تمنراست، خصوصا لدى قبائل الطوارق حيث يقتصرون في زواجهم على الجماعة وقراءة الفاتحة فقط، دون اللجوء إلى ضابط الحالة المدنية أو الموثق للإبرام عقود زواجهم في حينها، وهذا يرجع إلى عدة إعتبارات وأسباب أهمها:

1- عدم حيازة الزوجين على عقود ميلادهما.[2]

2- أن عرف المنطقة جرى على تزوج البنات والبنين دون السن القانونية، كما أن البينة أسهمت في ذلك حيث تبلغ الفتاة طبيعيا سن الزواج في فترة مبكرة فتزوج بالفاتحة تهربا من قيد السن الذي فرضه القانون الأسرة، كما أن الفتاة في منطقة الجنوب خاصة في أقصى الجنوب وفي بعض البوادي والقرى النائية لا تزاول الدراسة فلا يكون أمام الأهل سوى تزويجها في سن مبكر زواجا بالفاتحة.[3]

3- بعد المسافات وصعوبة المسالك للاتصال بالإدارة المعنية بإبرام عقود الزواج سواء كان ذلك في منطقة الجنوب أم المناطق الريفية النائية، حيث إن تنقل المواطن في هذه المناطق إلى مكاتب الحالة المدنية سيستغرق أياما وقد يكلفه مبالغ تفوق قدرته المالية فيلجأ إلى الزواج العرفي.

وعندما يصبحون في حالة ماسة لهذه الوثيقة سواء من أجل قبض المنح العائلية أو تسجيل أبنائهم بالحالة المدنية، يلجؤون إلى العدالة لطلب تقييد أو إثبات زواجهم.[4]

خامسا: نية النصب و الاحتيال.

غالبا ما يكون وراء الزواج نية مبيتة لدى كل من الرجل والمرأة على السواء كان يرغب الرجل في النصب و الاحتيال على المرأة وخداعها، وبما ان التوثيق يقيده فغنه يفضل الزواج العرفي حتى إذا حقق مأربه السيئة تنصل منها بسهولة أن يتحمل أدنى مسؤولية.[5]

وكثيرا ما يتخذ الزواج العرفي أداة لكسب أموال طائلة من الرجال مما يحقق لها الكسب السريع والمريح فتنتقل من رجل ثري غلى آخر بزواج عرفي ضاربة عرض الحائط بعرضها وشرفها.[6]

سادسا: إنتشار ظاهرة مرض كورونا في الآونة الأخيرة.

---

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 148.
[2] محمد محدة، مرجع سابق، ص 296.
[3] خنوش سعيد، مرجع سابق، ص 465-502.
[4] معيزة عيسى ، مرجع سابق، ص 364-375.
[5] بدوي علي، مرجع سابق، ص 162.
[6] جمال محمد بن محمود، مرجع سابق، ص 102.

تفجرت العلاقات العائلية في الآونة الأخيرة وذلك إبتدءا من 2019 بعد إنتشار مرض كورونا، وبلغت حد طلب الطلاق أو الخلع بشكل رهيب وذلك جراء ظاهرة الزواج العرفي وفي حين كان الوضع سببا ظاهريا بسبب إجراءات الحجر، غير أن عودة الحياة بشكل تدريجي وفتح المحاكم و الإدارات أبوابها، كشف عن حجم الخطر الذي يهدد تماسك الأسرة الجزائرية بتسجيل عدد كبير من قضايا الطلاق والخلع بسبب الزواج العرفي.

يشير المحامي جمال بوفريدة في حديث "أندبندنت عربية" أن الزواج العرفي أنتعش بعد قانون 2005 الذي يمنع على الرجل تسجيل عقد زواجه بأخرى من دون موافقة الاولى، مبرزا أن الظاهرة باتت إشكالية تطرح بقوة في المحاكم الجزائرية بشكل يهدد المجتمع، ويشير أن الحجر المنزلي فضح عددا كبيرا من الأزواج وفجر عائلات كانت إلى وقت قريب مستقرة، فالزوجات السرية ضغطت على الأزواج بالحضور والاهتمام، بينما الزوجة الشرعية والقانونية ترفض مغادرته من المنزل أمام كل التبريرات التي يقدمها الغير مقبولة، لتندلع بذلك مشاجرات كلامية تتحول تحت الضغط إلى عنف قد ينتهي في المحاكم.[1]

الفرع الثالث: الأسباب الدينية.

تعد من أسباب ظهور الزواج العرفي الأسباب الدينية وينظر إليها من جهة الاكتفاء والثقة بعقد الإمام (الفاتحة).

أولا: الاكتفاء والثقة بعقد الإمام (الفاتحة).

من المعلوم أن عقد الزواج في العهود سابقة وحتى وقت قريب كان يتم وفق قواعد الشريعة الإسلامية دون توثيقه بالكتابة، وقد كان يتسم ببساطة إجراءاته، إذ يحضر ولي الزوجة والزوج أو وكيله إلى المسجد أن يعقد قران الزوجيين بحضور حشد وجمهور من الناس من أقارب الزوجين وسواهم وبعد إجراء الزواج من طرف إمام المسجد الذي يتحقق من توافر أركان الزواج من رضا الزوجيين، وولي الزوجة وحضور شهود وذكر الصداق يدعو للزوجيين بالبركة ويتم الدخول بالزوجة في حفل بهيج، دون أن يكلف الأفراد وثائق رسمية أو حضور شخصي للزوجيين،[2] ويكون الزواج صحيحا ينتج كل أثاره الشرعية من وجوب النفقة للزوجة وثبوت النسب الأبناء وانتقال الميراث للزوجيين.

كما اضطراب الفتوى وتضاربها بين العلماء واختلافهم بشان الحكم الشرعي للزواج غير الموثق سببا آخر من أسباب انتشاره.[3]

ورغم صدور نصوص قانونية منذ عهد الاستعمار وحتى الاستقلال والي الموطنين بتسجيل زواجهم في الحالة المدنية تحت عقوبات جزائية سالبة للحرية ومفقرة للذمة المالية، فان المواطنين متشبثين بما

---

[1] علي ياحي، جائحة كورونا في الجزائر تفضح ظاهرة إنتشار الزواج العرفي، مقالة أند نبذت عربية (Independent)،الأربعاء 24 يونيو 2020.

[2] سميع عبد العظيم، الزواج العرفي، دار القمة، دار الإيمان ، الإسكندرية، ص 73.

[3] فارس محمد عمران، الزواج العرفي والصور الأخرى للزواج الغير رسمي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001،و ص 210.

ألقوا عليه أبائهم من عقد زواج شرعي على يد الإمام رغم ما يترتب عليه من أثار سلبية تظهر عند النزاع أمام القضاء سواء حول حقيقة وجود العقد أم صحته اما ثبات نسب الأطفال الناجمين عنه.

المطلب الثاني: حكم الزواج العرفي.

المقصود هنا بيان الحكم الفقهي والقانوني من حيث الصحة والبطلان للزواج العرفي وباعتبار أن الزواج العرفي هو الذي يستوفي كل أركانه وشروطه غير أنه ينتفي عنه عنصر التوثيق الرسمي حيث لم يسجل في وثيقة رسمية.

وفي هذا المطلب سنتناول كل من حكم الزواج العرفي من الناحية الشرعية وحكمه من الناحية القانونية بتركيزنا على ما جاء به المشرع الجزائري في هذا الصدد.

الفرع الأول: حكم الزواج العرفي شرعا.

أولا: من ناحية مدى توافر أركان وشروط الزواج الشرعي.

الركن وهو لابد منه وكان جزء من حقيقة الشيء، أما الشرط فلا بد منه وكان خارجا عن حقيقة الشيء. [1]

والصورة الصحيحة للزواج العرفي هو الذي يستوفي أركانه وشروطه وتنتقي عنه موانع الصحة إلا أنه يفقد التوثيق الرسمي، حيث لم يسجل في وثيقة رسمية.

والزواج العرفي مصطلح مستحدث، والتوثيق الرسمي لم يكن في العصور السابقة، وإنما صار من الأحكام الإدارية.[2]

لذلك فإن الزواج العرفي إذا ما كان مكتمل الأركان والشروط التي أقرتها الشريعة الإسلامية فهو زواج صحيح لا حاجة إلى توثيقه، وإنعدام هذا التوثيق لا يبطل العقد، غير أن وجوده يحفظ الكثير من الحقوق.

ولقد أجمع العلماء المعاصرين على إباحة وصحة هذا الزواج نذكر منهم:

– " فضيلة الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين" – عضو الإفتاء والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية – حيث قال: " في شروط عقد النكاح: الولي، والشاهدان، والإيجاب، والقبول، وانتقاء الموانع، فإذا الشروط تمت الشروط وزالت الموانع صح عقد النكاح وليس من شروطه إثبات ذلك في وثائق، وإنما جعل هذا الشرط أخيرا لما احتاج إلى إثبات الزوجة في دفتر العائلة خوفا من التزوير ومن الكذب".

– كما يرى فضيلة الشيخ يوسف القرضاوي: أن الزواج العرفي زواج شرعي غير مسجل ولا موثق ولكنه زواج عادي، يتكفل فيه الزواج بالسكن والنفقة للمرأة.[3]

---

[1] فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غي الرسمي، الطبعة الاولى، مجموعة النيل العربية، مصر، ص 52.

[2] أحمد بن يوسف بن أحمد الدرويش، المرجع السابق، ص 140.

[3] عبد المالك يوسف المطلق، المرجع السابق، ص 500.

ثانيا: من ناحية تحقيق مقاصد الزواج الشرعية:

شرع الله الزواج لتحقيق أهداف اجتماعية ومقاصد مثلى منها إقامة الحياة الآمنة والطمأنينة بين الزوجين القائمة على السكينة، والمودة، والرحمة، وإقامة أسرة مترابطة متحابة يأنس فيها الزوج إلى زوجته ليجد عندها راحته وتجد هي عنده الحماية، وصون الكرامة، ومن مقاصدها أيضا: الذرية الصالحة مما يساعد عل استمرار الحياة وإعمار الأرض وكذا المحا فظة على الأنساب.[1]

وإذا كان هذا الزواج العرفي يرمي إلى تحقيق هذه المقاصد فهو مثله مثل الزواج الرسمي، غير أنه إذا أخرج عن كل هذا، وكان هدفه هو إشباع الغريزة بطريقة حيوانية فإننا نكون أمام زواج حتى وإن كان شرعي مستوفى الأركان والشروط غير أنه في أعماقه وطياته لا يحمل المعنى الحقيقي للزواج ومقاصده.

الفرع الثاني: حكم الزواج العرفي قانونا:

كان الزواج قديما ينعقد دون الاتفاق على تسجيله أو توثيقه في ورقة أو وثيقة ما دام قد استكمل أركانه وشروطه المعتبرة شرعا، وظل الأمر كذلك بين المسلمين من بدء التشريع إلى أن رأى أولياء الأمر أن ميزان للإيمان في كثير من قلوب الناس قد خف، وأن الضمير الإيماني في بعض الناس قد ذبل، من يدعي في بعض الناس قد ذبل، من يدعي الزوجية زورا. ويعتمد في إثباتها على شهادة شهود، وهو من جنس المدعي، لا يتقون الله ولا يرعون الحق، فما تشعر إلا وهي زوجة لمزور أراد إلباسها قهرا ثوب الزوجية.[2]

لذلك كان إلزاما لتدخل المشرع الجزائري لمواجهة هذه الآثار وذلك بفرض مجموعة من الشروط القانونية التي تطلبها المشرع، ومنها توثيق عقد الزواج، وهي في حقيقتها شروط لقبول الدعاوي الناشئة عن عقد الزواج في حالة إنكاره أمام القضاء.[3]

رغم أن قانون الأحوال الشخصية يمنع توثيق الزواج رسميا إذ كان بين الرجل والمرأة الأقل من 19 سنة حسب نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري.

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

فرغم ذلك فإن عقد الزواج يعتبر في نظر القانون عقدا رضائيا لا شكليا فالكتابة أو الوثيقة ليست ولا شرطا من شروط صحته ولا نفاذه ولا لزومه، ومن ثم فإن عقد الزواج إذا تم دون كتابة أو توثيق فإنه يكون صحيحا ولا تثور مسألة الكتابة أو التوثيق إلا عند الإثبات.

---

[1] فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 54.

[2] عبد المالك بن يوسف المطلق، مرجع سابق أعلاه، ص 503.

[3] فارس محمد عمران، مرجع سابق، ص 57.

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

فعقد الزواج العرفي كما سبق أن قلنا إذا تم متجمعا ومستكملا لأركانه وشروط انعقاده، وشروط صحته، وشروط نفاذه، وشروط لزومه، انعقد صحيحا لازما فقها وقانونا، ولو تخلف شرط الكتابة أو التوثيق. وإن تخلف ركن من أركانه كأن صدر من فاقد الأهلية، أو تزوج امرأة محرمة عليه تحريما لا شبهة فيه، وه يعلم هذا التحريم أو تزوج غير مسلم من مسلمة كان العقد باطلا بإجماع الفقهاء وفي حكم القانون ولو كان مكتوبا في وثيقة رسمية.[1]

[1] عبد رب النبي علي ألجارحي،المرجع السابق، ص 51.

الفصل الثاني: طرق إثبات الزواج العرفي وإجراءات تسجيله

يعد إثبات الزواج العرفي من أهم المشاكل التي تقابل طرفي هذا الزواج، ومن اخطر المشاكل في العصر الحاضر، وذلك لأنه في كثير من الحالات يعقد لأغراض معينة و من ثم بمجرد ارتفاع الخلافات يتهرب البعض من الالتزامات المفروضة عليه، وعملية الإثبات هذه جد مؤثرة بسبب انقلاب زاوية العلاقة من الزواج العرفي إلى الزواج الرسمي.

وعليه ستكون دراستنا في هذا الفصل مقسمة إلى مبحثين حيث يتضمن المبحث الأول طرق إثبات الزواج العرفي، أما في المبحث الثاني سنتطرق إلى إشكالية تسجيل الزواج العرفي.

المبحث لأول: طرق إثبات الزواج العرفي

سبق وذكرت أن الزواج العرفي هو الزواج الذي استوفى جميع الأركان والشروط إلا انه لم يتم تسجيله لدى الجهات الرسمية إلا أن إثبات الزواج العرفي فرضته مشاكل متعددة مترتبة عنه، نجد في مثل هذه الحالة امتناع الزوج عن أداء النفقة، هنا الزوجة لا يمكن لها المطالبة بحقها قانونيا، ولهذا سيتوجب الاحتجاج به من الناحية القانونية إثبات الزواج العرفي قبل تسجيله ويكون هذا الإثبات أمام القضاء بطرق الإثبات المتعارف عليها كالإقرار، الشهادة النكول عن اليمين.

المطلب الأول: إثبات الزواج العرفي بالإقرار

يعتبر الإقرار وسيلة من وسائل إثبات العلاقة الزوجية في الزواج العرفي، يقوم الطرف الثاني وهو الزوج بالاعتراف بواقعة الزواج العرفي أمام القاصي، وهذا ما نتناوله في هذا المطلب من خلال محاولتنا الإلمام بمختلف الأحكام المتعلقة بالإقرار.

الفرع الأول: تعريف الإقرار

يعرف عقد إقرار بالزواج بأنه:"إدلاء الزوجين الأحياء بتصريح أمام الموثق يعترفان فيه بوجود زواج بينهما في تاريخ تقريبي، وأنه مستوفى لأركانه الشرعية".[1]

و هو واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني مفادها اعتراف شخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق أو لم يقصد.[2]

و يعتبر كذلك حجة قاصرة على المقر فلا تتعداه إلى غيره، إلا إذا صدقه ذلك الغير أو قامت البينة على صحة الإقرار.[3]

والإقرار في القانون المدني الجزائري تعرفه المادة 341"الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".[4]

أولا: الإقرار القضائي

هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، كأن يقف الزوج أمام القاضي و يقر بقيام علاقة زوجية بينه و بين المدعى عليها.[5]

---

[1]-كريمة محروق،الاعتراف القضائي بالزواج العرفي بين النص و الممارسة،مجلة التراث،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة الإخوة منتوري،قسنطينة،المجلد العاشر،العدد01،أفريل2020،ص58-81.

[2]-عبد الله حاج أحمد،إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه،دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري،مجلة الدراسات الفقهية و القضائية،كلية العلوم الاجتماعية و الإسلامية،جامعة أدرار،الجزائر،المجلد01،العدد01،ديسمبر، 2015، ص 82.

[3]-عبدلي أمينة،دواعر عفاف،إثبات عقد الزواج العرفي في التشريع الجزائري،مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية،جامعة الجيلالي،بونعامة،خميس مليانة،المجلد04،العدد01،السنة2022،ص38-54.

[4]-الأمر رقم 75-58،المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم،الجريدة الرسمية لسنة1975،عدد78 المعدل و المتمم.

[5]-عبد الله حاج أحمد،المرجع السابق.

ثانيا: الإقرار غير القضائي

هو الذي يقع خارج مجلس القضاء كأن يقر فلان مثلا فلانة زوجته خارج مجلس القضاء مهما كان ذلك كتابة أم شفاهة، والقاضي يقرر هذا الإقرار حسب حيثيات القضية.

و يتضح جليا هذا النوع من الزواج عندما يحرر الموثق عقد لفيف الزواج في حال وجود الزوجين على قيد الحياة أو له ضرورة، ويظهر ذلك خلال تحرير الموثق عقد الإقرار بطلب من الزوجين معا و بالإرادة الحرة، وفي الواقع نجد المحاكم تعتمد على الإقرار لتدعيم التحقيق، ليثبت واقعة الزواج العرفي، وأن المحكمة العليا تعتبر كل تحقيق لم يجره القاضي لا يعتد به في إثبات الزواج العرفي.[1]

الفرع الثاني: شروط الإقرار

يخضع الإقرار بالزوجية لشروط تتمثل فيما يلي:

شروط خاصة بالمقر، شروط خاصة بالمقر له، إضافة إلى شروط خاصة أخرى بالمقر به، إلى جانب الشروط الواجب توافرها في صيغة الإقرار.

أولا: الشروط الخاصة بالمقر

– أن يكون المقر عاقلا بالغا، فلا يجوز إقرار المجنون أو المعتوه أو الصبي الغير مميز لعدم إدراكهم.

– صدور الإقرار عن إرادة خالصة لا إكراه فيه من الشخص، فلا يجوز مثلا إقرار السكران لفقدان وعيه أو شخص استيقظ من نومه لإثبات واقعة زواج.

– أن يكون المقر جادا غير هازل ة أن يكون محجورا عليه لسفه أو غفلة منه.[2]

ثانيا: الشروط الخاصة بالمقر له

– أن يكون المقر له معلوما و محددا تحديدا كافيا.

– أن تصدق المرأة الرجل في إقراره حالة كونه هو المقر والعكس صحصح.

– أن تكون الزوجة المرأة حلا للرجل إذا كان هو المقر و أن يكون الرجل حلا للمرأة إذا كانت هي المقرة.[3]

---

[1]–قدور عطايا الله،الزواج العرفي بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي،مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر،جامعة العلوم الاجتماعية والإنسانية،2014–2015،ص71.

[2]–محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية خاصة بالزواج و الفرقة وحقوق الأولاد في الفقه و القضاء و القانون، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2003، ص 90.

[3]–عبدلي أمينة، المرجع السابق،ص47.

ثالثا: الشروط الخاصة بالمقر به

المقر به هنا هو الزوجية كعلاقة قائمة بين الطرفين، لذا يجب أن يكون الزواج ممكن بين المقر و المقر له بأن لا يكون الزوج متزوج من محرم للزوجة أي ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا.[1]

رابعا: الشروط الخاصة في صيغة الإقرار

- أن تكون صيغة الإقرار موجزة غير معلقة على أي شرط.
- أن تكون الصيغة مثبتة للحق المقر به.
- أن تكون صادقة أمام القضاء بالعبارة.[2]

الفرع الثالث: حجية الإقرار

دائما ما نتساءل حول حجية الإقرار، وما دوره في إثبات الزواج العرفي، وما إذا كان الإقرار طريق لإثبات الزواج في الفقه، وهل يعتمد عليه القانون الجزائري كوسيلة لإثبات الزواج، للإجابة على سؤالنا هذا سنتطرق لحجية الإقرار عن طريق موقفين : أولا موقف الفقهاء، ثانيا إلى موقف القضاء.

أولا: موقف القضاء من حجية الإقرار في إثبات الزواج العرفي

إن الاعتماد على الإقرار كوسيلة لإثبات الزواج العرفي لا يعمل به في محاكمنا لأن الزواج في حد ذاته لا يتطلب فقط الإقرار و إنما يتطلب الإعلان و الإشهار و علم الناس به لغلق منافذ الذم و التجريح في شرف و عرض الناس.

فعند لجوء الزوجين إلى القضاء لإثبات حكم الزواج هدفها هو إعلانه و إشهاره لكافة الناس، والإقرار غير كاف ليؤدي هذه المهمة، و هو ما أخذت منه محكمة الجلفة حكم صادر لها بتاريخ 1997/12/6 رقم 97/602 وأهم ما جاء وقائع القضية كون المتهم المدعى متزوج عرفيا بالمدعى عليها، وقد أقر الطرفان بواقعة الزواج الحكم العرفي التي تمت سنة 1995 والتمس كل منهما من المحكمة الحكم بتسجيل عقد الزواج لدى مصالح الحالة المدنية و قد كان سبب الحكم و منطوقه كالتالي:"... حيث و أن المحكمة أجلت القضية لعدة جلسات من أجل إحضار لإجراء تحقيق على واقعة الزواج العرفي غير مؤسس كونه لم يقدم للمحكمة ما يثبت الواقعة من شهود مما يتعين معه رفض الطلب، وعليه قضت المحكمة برفض الطلب لعدم التأسيس.[3]

---

[1]–عبد رب النبي علي ألجارحي ،الزواج العرفي المشكلة والحل،دار الروضة للنشر و التوزيع، القاهرة،ص105.

[2]–عبد رب النبي علي الجارحي، المرجع نفسه، ص106.

[3]– مريم غماري،الزواج العرفي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص،فرع قانون أسرة،كلية الحقوق،جامعة أكلي محند أولحاج،البويرة،2012–2013، ص 76.

فالمحاكم والمجالس القضائية لا تأخذ بالإقرار كوسيلة كافية لإثبات الزواج العرفي لما له من خصوصية عن باقي العقود الأخرى.[1]

ثانيا: موقف الفقهاء من حجية الإقرار في إثبات الزواج العرفي

هناك جمهور من الفقهاء اعتبر الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده و لا تتعداه إلى غيره، إلا أنهم اعتبروه وسيلة كافية في حد ذاته لإثبات الزواج إذا ما أقر به الطرفين، وهذا ما أكده الإمام أبو زهرة: "إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج فادعى الرجل وجوده تسأل المرأة فان أقرت قضى بالزواج و ثبت بتصادقهما، وإن أنكر فان عجز عن البينة وجهت اليمين إلى المرأة على رأي الصاحبين[2] في حين نجد أن المشرع قد نص صراحة في المادة 342 الفقرة الأولى من القانون المدني على أن:"الإقرار حجة قاطعة على المقر"[3] .

من خلال المادة 342 يتضح بأن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى الإثبات بإقراره، فإذا كان الإقرار تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر ولا يتفادى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له، فان الإقرار تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر ولا يتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما، فان الإقرار بواقعة الزواج يكون صحيحا و ملزما لكل من الزوج و الزوجة وورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته، ولا يتعداهم إلى الغير[4].

إلا أن الاعتماد على الإقرار كوسيلة لإثبات الزواج العرفي لا يعمل به في محاكمنا وذلك لا يمكن إثبات واقعة زواج عرفي بمجرد إقرار أحد الطرفين، بل يجب أن يتوفر العقد على الشروط الشكلية و الموضوعية،حيث أخذ المشرع الجزائري بدليل إقراره إثباته ذلك ما أقرته المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها بتاريخ 1997/10/28 التي تنص على أنه "من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح و الإقرار و البينة و شهادة الشهود و نكاح الشبهة و الأنكحة الفاسدة و الباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب بعد إحياء ونفيه يعد قتلا له [5]

المطلب الثاني: إثبات الزواج العرفي بالشهادة (البينة)

إن عقد الزواج في الإسلام يتميز بخصائص منها الشهادة (البينة) وذلك عن طريق شهود عدل ساعة إبرام العقد و تحريره و ذلك لضمان شرعية و إثباته من جهة أو إنكاره و جحوده من جانب أحد المتعاقدين من جهة أخرى كما أنها تعد أحد أهم طرق إثبات الزواج،ولهذا السبب تم تقسيم هذا المطلب

---

[1]–قدور عطايا الله، المرجع السابق، ص 72.

[2]محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية،الطبعة الثالثة،دار الفكر العربي،القاهرة،1957، ص 18.

[3]–المادة 342 من القانون رقم 07–05،مؤرخ في 13 مايو سنة 2007، يتضمن القانون المدني حسب أخر تعديل له.

[4]– مريم غماري، الزواج العرفي في التشريع الجزائري،المرجع السابق،ص 76.

[5]–قرار المحكمة العليا رقم 172333،الصادر بتاريخ 1997/10/28، المجلة القضائية،العدد 1997،01،ص 42.

إلى 3عناصر، والتي تتمثل في الفرع الأول سنتعرف على البينة و أنواعها، و الفرع الثاني خصصناه لشروط البينة، أما الفرع الثالث سنتاول فيه أحكام الرجوع عن البينة.

الفرع الأول: تعريف البينة (الشهادة) و أنواعها

أولا: مفهوم البينة:

1_ لغة:

و هي الشهادة، أو البيان و هو ما يتبين الشيء من الدلالة و غيرها [1] ،و بأن الشيء و أبان اتضح و انكشف فهو بين، و أبان الشيء فهو بين [2] ،و استبان الشيء ظهر و التبين و الإيضاح و الوضوح [3]، و فلان بين من فلان أوضح منه [4].

2_ شرعا:

المراد بها هي الشهود أو الشاهد و هي شهادة رجلين أو رجل و امرأتان و يقال:الإثبات بالبينة "أي شهادة شاهدي عدل على حدوث واقعة معينة كثبوت الزوجية"[5].

ان المقصود بالبينة الحجة و الدليل و البرهان سواء كانت منفرة أو مجملة و هي أهم من البينة في اصطلاح الفقهاء [6].

3_ قانونا:

لم يعرف القانون البينة غير أنه من مفهوم نصوصه قانونية نصل أنه يقصد الشهادة و يقصد بها أيضا إخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص و بعده مما يترتب عليه أثر في الشرع أو القانون [7]، ويمكن تعريفها بأنها أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة يقرون ما عاينوه أو سمعوه من الوقائع، و هي بذلك دليل مباشر.

ثانيا: أنواع البينة(الشهادة)

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

---

[1]– ابن منظور،لسان العرب،تحقيق عبد الله على الكسر واخرون،دار المعارف،الجزء01، باب العين المادة"عرف"، ص 406.

[2]–ابن فارس أبو الحسين أحمد زكرياء، معجم مقابس اللغة،مكتبة الخانجي، ،الطبعة 03، الجزء 01، القاهرة، 1981، ص 327.

[3] –ابن منظور، المرجع نفسه، ص 406.

[4]– ابن فارس أبو الحسين، المرجع نفسه، ص 328.

[5]– محمد ممدوح عزمي، الزواج العرفي، ص 58.

[6]ابن القيم الجوزية (شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر)، إعلام الموقعين، راجعه و علق عليه طه عبد الرؤوف سعد، مطبعة النهضة،الطبعة الجديدة، الجزء 01، مصر، ص 90.

[7]– نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995، ص 18.

1- البينة المباشرة:

الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه، فالذي يميز الشاهد إذن هو أنه يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية إما لأنه رآها بعينيه، فجاء إلى مجلس القضاء ليشهد بما رأى، أو سمعها بأذنه فجاء إلى مجلس القضاء ليشهد بما سمع و إما لأنه رأى و سمع.

و إذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة، فان الشاهد يدلي في مجلس القضاء بما عاينه بصورة شخصية و مباشرة أثناء إنشاء واقعة الزواج العرفي بما في ذلك معرفته لطرفي العقد من رضا الزوجين ووجود الولي و تسمية الصداق [1] ، وحول ما إذا كانت شهادة الأقارب تعد جائزة لإثبات و تسجيل الزواج العرفي، فقد استقرى قضاء المحكمة العليا على أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق، و متى تبين في قضية الحال أن الزوجة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي، و شهود، و صداق، فالقضاء بإثبات الزواج العرفي يعد تطبيقا سليما للقانون [2] .

2- البينة السماعية:

و تسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة عن الشهادة، حيث يشهد فيها الشاهد بما سمعه من غيره، فالشاهد هنا لم يشهد الواقعة مباشرة و إنما يشهد أنه سمع بواقعة يرويها له شاهد رآها بعينه وسمعها بأذنه، كأن يشهد بشخص أمام القضاء أنه سمع شخصا آخر يروي له أن فلان تزوج بفلانة.

و الشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية، وفي الفقه الإسلامي الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا بالإنابة، فإذا سمع شاهد فكانت شهادته سماعية فهي لا تقبل منه إلا إذا أشهده فيها الشاهد الأصلي، و للقاضي السلطة التقديرية في تقدير قيمة الشهادة السماعية.

و قد استقر قضاء المحكمة العليا بأن الزواج العرفي لا يثبت إلا بشهادة العيان، التي يشهد أصحابها بها، أنهم حضروا قراءة الفاتحة، أو أحضروا زفاف الطرفين أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود و غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين و لما كان الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فان القضاء يرفض دعوى إثبات الزواج العرفي يعد تطبيقا صحيحا للقانون [3].

3- الشهادة بالتسامع:

هي شهادة بما يتسامعه الناس و هي عكس الشهادة السماعية التي يمكن تحري مصدر الصدق فيها و تحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره، فالشهادة بالتسامع لا يروي عن

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،1984/09/24 م، المجلة القضائية 1984 م، العدد 01، ص 64.

[2]- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 188707،الصادر بتاريخ 1998/03/07 م، المجلة القضائية 2001 م ، عدد خاص، ص 50.

[3]- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 53272، الصادر بتاريخ 1989/03/27 م، المجلة القضائية، 1990 م، العدد03، ص 82.

شخص معين و لا عن الواقعة بالذات بل يشهد بما يتسامعه الناس عن هذه الواقعة و ما شاع بين الجماهير في شأنها فهي غير قابلة للتحري، و لا يتحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما شهد به، كالقول مثلا:" أن فلان تزوج فلانة"[1] .

وقد أجازت الشريعة الإسلامية هذه الشهادة لاسيما في مسألة إثبات الزواج، لأنها ضرورة دعت إليها المصالح و الحاجة الشديدة لاسيما إذا أثمر هذا الزواج إنجاب أطفال، و هو ما أخذ به القضاء الجزائري، حيث سارت المحكمة العليا في سياق أحكام الشريعة الإسلامية، و أخذت بشهادة التسامع في العديد من قراراتها، ومنها القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 الذي 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 و غيرهم أن الطرفين كانا مزوجين... فيما يتعلق بالسبب المستبدل به على طلب نقض إثبات الزواج أو نفيه مما يستقل به قاضي الموضوع، و يثبت إما بشهادة العيان و إما بشهادة السماع، و الطاعن لم يأت بأي واحدة من الشهادتين، فلا هو أحظر رجالا حضروا قراءة الفاتحة، أو حضروا زفاف الطرفين... كما أنه لم يأت ببينة إسماع يشهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج (ب ز)... لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم يأت من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فان قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني، و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن [2].

<u>الفرع الثاني</u>: شروط أداء الشهادة

<u>أولا</u>: شروط ترجع إلى الشاهد

1- الأهلية :

أي ينبغي أن يكون بالغا وقت أداء الشهادة فلا تقبل شهادة المجنون، ولا السكران، و لا شهادة الطفل لعدم حصول الثقة [3].

فالمشرع الجزائري قد اشترط أن يكون الشاهد بالغا و عاقلا وقت أداء الشهادة، و قد حدد المشرع سن الشاهد من 19 سنة في المادة 33 من قانون الحالة المدنية: " يجب على الشهود المذكورين بين شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل "[4]

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد 01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982 م، ص 413:

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27 م، المجلة القضائية، 1990 م، العدد 03ن، ص 82.

[3]- ابن قدامه، مصدر سابق، الونشريسي (أبوالعباس احمد بن يحي)، عدة البروق في جمع ماضي المذهب من المجموع والفروق، دراسة و تحقيق حمزة أبو الفارس، دار العرب الإسلامي، الجزء 12،بيروت، لبنان،(د ت)،(د ط)، ص 27.

[4]- أمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية، ص 124.

أما إذا كان مميزا أو دون التمييز بأن كان 18 سنة أو 16 سنة أو مجنون فلا تقبل شهادتهم و إن تمت دون تحليفهم فهي بذلك تكون سبيل الاستدلال لا غير.

2- الحرية :

ذهب الحنفية و الملكية و الشافعية إلى أن الحرية شرط في الشاهد، فلا تقبل شهادة الرقيق لقوله تعالى: ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء " النحل أية 75، ة لأن الشهادة فيها معنى الولاية و لا ولاية للعبد، أما الحنابلة و الظاهرية فذهبوا إلى قبول شهادة العبد، ذلك أن الآيات جاءت عامة في وجوب الشهادة [1] .

3- الولاية :

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

ثانيا: شروط ترجع إلى الشهادة

1- لفظ الشهادة :

يتعين على الشاهد عند أداء الشهادة أن يذكر لفظ الشهادة فيقول أشهد أنه أقر بكذا و نحوه، ولو قال أتيقن أو أعرف أو أعلم لم يعتد بها لأن الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة، فلا بد من الإتيان بفعلها المشتق منها لأن فيها معنى لا يحصل في ذلك من غيرها هذا ما أجمع عليه الفقهاء [2].

2- أن تكون الشهادة موافقة للدعوى:

فلا تقبل الشهادة المنفردة عن الدعوى فإذا كانت بصدد دعوى لإثبات الزواج العرفي دون غيرها، أما في القانون فيشترط لصحة الشهادة أن تكون موافقة للدعوى، و بالتالي لا يمكن إثبات الزواج بواسطة شهادة متناقضة [3] .

3- مكان أداء الشهادة :

يشترط أن تكون الشهادة في مجلس القضاء [4] ،كما أنها تتم أمام المحكمة أو مجلس القضاء وهذا ما ذهبت إليه جل قرارات المحكمة العليا، فالقاضي وحده له صلاحية سماع الشهود، أو هي من صميم

---

[1]- ابن قدامه، المرجع السابق، الجزء07، ص 340.

[2]- ابن قدامه، المرجع نفسه، الجزء12، ص 64-69.

[3]- المجلة القضائية، العدد02، سنة 1991.

[4]- المرغيناني،(برهان الدين علي بن أبي بكر)، الهداية شرح بداية المبتدي،دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة02، الجزء02، ص 433.

اختصاصه، و عليه فقيام جهة أخرى بسماع تصريحات الشهود كالخبير و الموثق، بعد اعتداء على صلاحيات القاضي و لا يعتد بما يصدر عنه من تصريحات.

وهذا الموقف يتضح في كثير من قرارات المحكمة العليا، نذكر على سبيل المثال قرار 1992/09/29، ملف رقم 84334 " سماع شهود أمام الموثق بتكليف خطأ في تطبيق القانون و لما تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع كلفوا الموثق بسماع شهود الزواج المدعى به يكون قد تخلوا عن المسألة تتعلق باختصاصهم لأنه لا يمكن للموثق أن يقوم بذلك [1].

ثالثا: شروط ترجع إلى المشهود به

يشترط أن المشهود به معلوما للشاهد، فلا يصلح للشاهد أن يشهد شيء حتى يحصل له به علم، لا بما شك فيه ولا بما يغلب الظن على معرفته لأن فائدة الشهادة إلزام المدعي عليه [2]، فلا يشهد الشاهد مثلا أن فلانة زوجة فلان بانيا اعتقاده من خلال رؤيته لهما و هما يسكنان نفس البيت، و يتعاملان كما يتعامل الأزواج و هو ما اتجهت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1990/04/30 الذي جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونيا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية و الشهرة ومراعاة أركانه و شروطه...، و الزواج العرفي معملا به متى توفرت فيه الشروط و الأركان، والطاعنة عجزت عن إثبات زواجها رغم محاولات الشهود لها بالزواج و أدينوا معها في جريمة التزوير، فمعاشرة رجل لامرأة طالت مدتها أو قصرت، و لو وقع الإشهاد بها لا زواجا... [3].

رابعا: أداء الشهادة

إن سماع الشهود يكون أمام المحكمة، طبقا للأوضاع المقررة قانونا لذلك فلا عبرة بأي شهادة الشهود يحصل الإدلاء خارج مجلس القضاء و لو كان ذلك أمام موظف عام مهما علت درجته طالما أنه ليست له ولاية القضاء، و هذا ما اتجهت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/12/11، أهم ما جاء فيه : "من المقرر شرعا أن الشهادة الشرعية في إثبات الحق أو نفيه عن الشخص هي التي تؤدي أمام القاضي و يتخذ في شأنها إجراءات نص القانون عليها كتحليفهم و معرفة ما إذا كانوا أهلا للشهادة و التحقق من توفر شروط أخرى يشهد أصحابها أمام موظف مختص لتلقي شهادات معمول بها قضاءا، ويحكم بناءا عليها و من القضاة من يحضر أمامه أشخاص هذه البينة التي تلقاها الموثق، و يحلفهم قبل أن يحكم بما يشهدوا و عليه إذ لم يكن في القضية سوى الإثبات بالبينة، فالقاضي هو الذي يستمع للشهود، فإذا استمع إليهم غيره و بني حكمه على شهادتهم كما هو الحال هنا فان حكمه يكون قائما على أساس غير قانوني.

---

[1] –مجلة الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 44.

[2] – عبد الحميد ألشواربي ، الإثبات و شهادة الشهود في المواد المدنية و التجارية و الجنائية و الأحوال الشخصية، نشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 166.

[3] – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1990/04/30، المجلة القضائية،1992، العدد02، ص 64.

فالخبير ليس من مهمته سماع الشهود أو إعطاء رأيه في شهادتهم و إلا فانه يكون قد سلب سلطة القاضي و حل محله، و هذا غير جائز قانونا، فالأمر يتعلق بالإقناع الذي يكون من الحجج الشرعية أو البينة الشرعية، و القرار المطعون فيه جاء صادر على الحكم الذي اعتمد على أقوال أشخاص لم يتخذ في شأنها ما هو مطلوب قانونا و قبلت بعيدا عن المحكمة فانه خالف النصوص القانونية و انتهك القواعد الشرعية و عرضوا قرارهم لعدم التأسيس القانوني و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [1] .

أما دور القاضي حيال الشهود فيتمثل في استفساراتهم عما إذا حضروا مجلس العقد ويتأكد من عددهم حتى يحترم نصاب الشهادة، و يتأكد دمن هوية من هوية الشاهد الكاملة من خلال بطاقة التعريف، ودرجة القرابة من الخصوم مع الإشارة لتأدية اليمين القانونية بعدها يقوم القاضي باستفسار الشهود عن معرفتهم للخصوم، و فيما إذا حضروا فاتحة الزواج أو حفل الزفاف، و من تولى العقد كولي الزوجة، و يسألهم عن التاريخ أو السنة التي تم فيها الزواج العرفي لاسيما إن كانت الشهادة سماعية و عن مكان إبرام عقد الزواج العرفي، كما يستفسر عن مقدار الصداق المقدم و هل هو مؤجل أو معجل.

و على القاضي و هو بصدد الاستماع للشهود أن يحكم ذكاءه، و خبرته، و أن يدقق في كل كبيرة وصغيرة صرح بها الشاهد و يقارن بين تصريحات الشهود عساه يجد تعارضا في أقوالهم، و عليه أن يربط بين كل تلك التصريحات ليستنبط منها أخيرا أركان الزواج المذكورة في المادة التاسعة من قانون الأسرة ليقرر تثبيت الزواج العرفي من عدمه.

الفرع الثالث: حكم الرجوع عن البينة

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

فإذا سلطنا الضوء في هذه النقطة رجوع الشاهد عن شهادته على مسألة الزواج العرفي و افترضنا أن القاضي أثبت الزواج بين فلان و فلانة بناءا على شهادة سماعية و صدر الحكم و استوفى طرق الطعن و أصبح نهائيا، ثم أتى نفس الشاهد الذي شهد بواقعة الزواج العرفي و رجع عن شهادته، مبررا ذلك بأنه قد تم إيهامه أن فلانة هي حقا زوجة فلان،فما هو موقف القاضي هناَ ؟

إذا كان رجوع الشاهد عن شهادته قبل صدور الحكم بتثبيت الزواج العرفي الحالي يستبعد القاضي شهادته و لا يقضي بها لبطلانها بتراجعه عنها، و إن لم يصبح الحكم نهائيا، فيجوز تصحيح

[1]– قرار المحكمة العليا، المرجع السابق، العدد02، ص 62.

الوضع على مستوى درجات التقاضي الأخرى، لكن إن صار الحكم نهائيا، ورتب أثاره كاملة خاصة إن كان الزوجين متوفيين، في هذه الحالة طرح المسألة من جديد على القضاء، و التحقيق في هذا الزواج من جديد؟

و كيف سيكون موقف القاضي حيال الشاهد الذي تراجع عن شهادته كونه وقع ضحية إيهام من الغير على أن فلانة زوجة فلان، فهل تتابع النيابة هذا الأخير جزائيا بتهمة شهادة الزور؟ و كيف يكون ذلك ونحن نعلم حسب الشريعة الإسلامية و القواعد العامة للإثبات أن الشهادة السماعية لا تحمل صاحبها المسؤولية الشخصية عما أدلى به لأنه نقل كلام عن غيره من الناس، و لم ينقل واقعة عاينها بسمعه و بصره هو شخصيا [1].

و في هذه المسألة بالذات يمكن استنتاج الحل من خلال موقف المحكمة العليا التي استقرت على أن حكم القاضي بإثبات واقعة الزواج له حجية مؤقتة، على خلاف بقية الأحكام التي لها حجية مطلقة،و ذلك في قرار لها صادر بتاريخ : 1998/12/15، أهم ما جاء فيه: "حيث أن إثبات واقعة الزواج ليس لها حجية الشيء المقضي فيه حسب المادة 338 من القانون المدني، باعتبار واقعة الزواج العرفي لها حجية مؤقتة "[2] .

يمكن أن نستنتج من هذا القرار أنه متى توفرت الأدلة التي تؤدي إلى خلاف ما انتهى إليه الحكم الذي استوفى طرق الطعن، يمكن رفع دعوى جديدة لنفي ما انتهى إليه الحكم الأول.

المطلب الثالث: النكول عن اليمين

تتمثل في رفع دعوى ثبوت الزوجية، و لم يقر المدعي عليه بالعلاقة الزوجية و لم تستطع المدعية إثباتها بالبينة، و يعتبر النكول عن اليمين من الوسائل الاحتياطية لإثبات الزواج العرفي، و هي مرتبطة بأخلاقيات الشخص و مدى صدقه و خشيته لله عز وجل، لأن الحل الوحيد للنزاع عندما تنعدم الأدلة الثابتة يلجأ إلى النكول عن اليمين كوسيلة لإثبات واقعة الزواج العرفي، و عليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف النكول عن اليمين في الفرع الأول، ثم نتناول أنواع اليمين في الفرع الثاني، و أخيرا نتعرض إلى حجية اليمين كفرع ثالث.

[1] – ريمه هبير، الزواج العرفي و طرق إثباته، مذكرة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012/2011، ص 118.

[2] – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/12/15، المجلة الفضائية، عدد خاص، 2001، ص 56.

الفرع الأول: تعريف اليمين و النكول عنه

1. تعريف اليمين:

اليمين هي توكيد الشيء أو الحق أو الكلام إثباتا أو نقيا يذكر اسم الله أو صفة من صفاته، و عبارة المالكية: اليمين تحقيق ما لم يجب بذ ك اسم الله أو صفته [1].

أما النكول عن أدائها فهو رفض من وجهت إليه اليمين حلفها، فإذا نكل عنها خسر دعواه، و هو ما نصت عليه المادة 247 من القانون المدني: " كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها... خسر دعواه" [2]

2. تعريف النكول عن اليمين:

في الشريعة الإسلامية لا يعتد به عموما ما عجا الصالحين يتخذون النكول عن اليمين وسيلة كافية بحد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي.

حيث يقول الإمام أبو زهرة أنه: " عند فشل إثبات الزواج من وسيلتي الإقرار والبينة، توجه اليمين إلى المرأة و يبين ذلك رأي الصالحين، فان حلفت رفضت دعوى الزوج، و إن نكلت عن اليمين قضى عليها بالزواج، فان النكول إقرار على مذهب الصالحين المفتي به في الفقه و الحنفي" [3].

النكول عن اليمين هو الامتناع عن أدائها فمن ادعى على أحد بدعوى نظر، فان كانت بينهما مخالطة و ملابسة استحلف المدعى عليهن فان حلف بطل ذلك الحق عنه، و ان أبى أن يحلف و رد اليمين على المدعي فحلف طالب الحق أخذ حقه [4] .

و النكول عن اليمين له مجاله في إثبات الرابطة الزوجية على سبيل المثال نورد بعض حالات إثبات العلاقات الزوجية عن طريق النكول عن اليمين، من بينها نجد حالة تتمثل في رفع دعوى ثبوت الزوجية عند عدم إقرار الزوج بالعلاقة الزوجية، و لم تستطيع الزوجة إثباتها بشهادة الشهود، و مثل ذلك عندما يتوفى الشهود فعلى الزوجة أن تلجأ إلى القضاء لإلزام الزوج بأداء اليمين فإذا حلف الزوج اليمين بانتفاء الزوجية قضى القاضي برفض الدعوى، و ليس هناك ما يمنع الزوجة من إقامة دعواها مرة أخرى إذا وجدت البينة على زواجها، أما إذا نكل الزوج عن اليمين حكم للزوجة بثبوت الزوجية، و تطبق نفس

---

[1]– الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، على الشرح الكبير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات سيدي احمد الدردير و بهامشه الشرح المذكور مع تقريرات العلامة المحقق، الشيخ محمد عليش، المكتبة التجارية الكبرى، توزيع دار الفكر، بيروت، ص 126.

[2]– المادة 247 من القانون المدني، المعدل بالأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، و المتضمن القانون المدني، حسب اخر تعديل له قانون 07–05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

[3]– الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 17.

[4]– وهيبة بوطيش، الشكلية في عقد الزواج، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجيستر، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، ص 37 .

الحالة لو أن الزوجة امتنعت عن الإقرار بالعلاقة الزوجية، فإذا وجه لها اليمين و نكلت عن دائها قضى عليها بالزوجية بأن النكول إقرار على مذهب الفقه الحنفي [1] .

الفرع الثاني: أنواع اليمين

تنقسم اليمين إلى نوعين: اليمين الحاسمة، و اليمين المتممة.

1- اليمين الحاسمة:

يقصد باليمين الحاسمة لجوء الخصم الذي يعوزه الدليل الذي يطالبه القضاء من أجل إثبات دعواه إلى توجيه إلى خصمه الذي لا يقر له بصحة ما يدعيه مخاطبا بذلك ضميره، فيطلب من الحلف لحسم النزاع، و هذا ما أكدت عليه المادة 343 من القانون المدني الجزائري، حيث تنص المادة: " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الأخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفا في ذلك " [2].

2- اليمين المتممة :

هي التي يوجهها القاصي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين عند عدم كفاية ما قدمه الخصم من دليل، ليتممه باليمين و هي ذات تأثير تكميلي، و لا تعتبر تصرفا قانونيا، إذ للقاضي السلطة التامة في تقدير ما إذا كانت هناك حجة لتوجيهها سيكمل بها قناعته إذا لم يقدمك الخصم دليلا كافيا على واقعة إثبات الزواج العرفي، فاليمين المتممة لا تحسم النزاع لأنها ليست إلا إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة، فالقاضي من بعد توجيه هذه اليمين الذي تمت تأديتها أو على أساس عناصر إثبات أخرى اجتمعت له قبل حلف هذه اليمين أو بعد حلفها، و اليمين المتممة على عكس اليمين الحاسمة لا يجوز ردها على الخصم [3] .

الفرع الثالث: حجية اليمين

إن حجية اليمين في القواعد العامة للإثبات كالإقرار تقتصر على الحالف وورثته فقط باعتبارهم خلفا عاما سواء عند الحلف أو عند النكول، و لا تتعدى إلى الغير، لذلك فان القضاء لا يعتبر اليمين وسيلة كافية لإثبات الزواج العرفي.

ففي المحاكم و المجالس القضائية يعتد باليمين في إحالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معا، و على القاضي توجيههما إلى المدعي، إضافة إلى سماع الشهود الذين يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي طبقا للشريعة الإسلامية مع بيان أركان المادة التاسعة من قانون الأسرة [4] .

فإذا مات أحد الزوجين و الحي منهم يدعي الزوجية و له شاهد واحد يشهد بالزوجية شهادة قطعية يحدد فيها الصداق المسمى و تأجيله أو تعجيله، و من تولى العقد فالزواج يثبت مع اليمين

---

[1]- وهيبة بوطيش، المرجع السابق، ص 38 .

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 239 .

[3]- بوطيش وهيبة، الورجع السابق، ص 76 .

[4]- المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري المعدل.

المدعي، و هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ:09/23 1998 أهم ما جاء فيه:

"إذا كان من المبادئ الشرعية السائدة فقها و قضاءا أن إثبات عقد الزواج في إحالة وفاة الزوجين يكون مؤسسا على شهادة شهود يؤكدون صحة انعقاده وفقا للشريعة الإسلامية، و أن الاكتفاء بشهادة ثلاثة أشخاص كان أفضل من شهد منهم أنه حضر الفاتحة، فهي شهادة في غاية الإجمال، و ليست مما يثبت بها عقد الزواج آذ لما كانت شهادة الآخرين أضعف منها، فان الإثبات على هذا النحو لا يكفي وحده إلا مع يمين المدعية لذا يستوجب نقض القرار القضائي لإثبات عقد زواج المدعية بشخص متوفى تأسيسا على شهادة ثلاثة أشخاص ليست كافية لهذا الإثبات و دون تحليف المدعية اليمين" [1] .

أي أن إثبات عقد الزواج في حالة وفاة أحد الزوجين يكون مبني على شهادة الشهود لتأكيد صحة الزواج حسب الشريعة الإسلامية، و أن شهادة ثلاثة أشخاص أفضل من شهادة شخص واحد، و عليه فان الإثبات على هذا الشكل غير كافي إلا مع يمين المدعية لذا رفض القرار.

و قضت أيضا في قرار صادر بتاريخ 1998/09/22 أهم ما جاء فيه : " يثبت الزواج العرفي بعد موت الأزواج بشهادة الشهود و يمين، و هذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة " لا نكاح بعد الموت "، و من ثم فان قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها العرفي من الهالك إضافة إلى سماع شهادة الشهود طبقوا صحيح القانون [2] ، أي أن الزواج العرفي يثبت بعد وفاة أحد الأزواج بشهادة الشهود و يمين، حسب أحكام الشهادة، و عليه فان توجيه القضاة اليمين للمطعون ضدها لإعادة زواجها من المتوفى، إضافة إلى سماع الشهود طبقوا صحيح القانون.

و ما نخلص إليه فيما سبق ذكره أن الشريعة الإسلامية تعتمد على الإقرار، و الشهادة و النكول عن اليمين لإثبات الزواج العرفي أما القضاء الجزائري يركز على شهادة الشهود، أما اليمين فيلجأ إليها عند تأكيد شهادة الشهود عند وفاة أحد الزوجين، أما الإقرار القضائي لا يؤخذ به عكس الإقرار غير القضائي فهو يتم التصريح به أمام الموثق، و الذي تعتمد عليه المحاكم و المجالس القضائية في إثبات الزواج العرفي غير المتنازع عليه، إلا أن المحكمة استبعدت هذا التحقيق الذي يقوم به القاضي لأنه من الصلاحيات الخاصة للقاضي و التي لا يفرضها الموثق.

المبحث الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي

ينص قانون الحالة المدنية على أن التسجيل يتم بناءا على عريضة تقدم من طرف وكيل الجمهورية إلى رئيس المحكمة، أما قانون الأسرة نص على أن إثبات عقد الزواج يتم بموجب حكم صادر من قاضي الأحوال الشخصية.

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/09/23، المجلة القضائية، 1990، العدد01، ص 95.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/09/22، المجلة القضائية، 2000، العدد02، ص 137.

و بعد إثبات عقد الزواج العرفي يتم تسجيله وفقا لمجموعة من الإجراءات الواجب إتباعها، و هذا ما سنتناوله في مبحثنا هذا، حيث سندرس في المطلب الأول عن إجراءات تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه، أما في المطلب الثاني سنتحدث عن إجراءات تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه.

المطلب الأول: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه

تعتبر هذه الحالة التي يدعي فيها لأحد الزوجين أو من لهم مصلحة شرعية و قانونية بقيام علاقة زوجية شرعية و قانونية، و الآخر يزعم نفيه و يطعن في قيامه أو في صحته، فان الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة، و إذا تمكن المدعي من إثبات الزواج حكمت المحكمة بقيام الزواج و عندما يصبح الحكم نهائيا يستطيع الشخص المعني لأن يستخرج نسخة من سجلات الحالة المدنية.

و قد جاء في نص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري أنه " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد الواجب قيده بإشعار وزير الشؤون الخارجية خلال 3 أيام ".

الفرع الأول:الجهة القضائية المختصة

بالرجوع إلى القاعدة العامة فدعوى إثبات الزواج العرفي ترفع أمام قسم شؤون الأسرة كونها تعد من دعاوي الأحوال الشخصية وفقا لنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على: " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام و تتشكل من أقسام و يمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة.

تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية و البحرية و الاجتماعية و العقارية و قضايا شؤون الأسرة و التي تختص بها إقليميا..." [1].

أما بالنسبة للاختصاص الإقليمي فالجهة القضائية المختصة بالفصل في هذه الدعوى يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه [2] ، إذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها محل إقامته حسب نص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، و إن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية النى يقع فيها اخر موطن له، و في حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص بنص القانون على خلاف ذلك " [3] .

---

[1]– الفانون رقم 08–09 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، العدد21، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

[2]– عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، الطبعة 03، موفر للنشر، الجزائر، 2012، ص 339.

[3]– فانون رقم 08–09 ،المرجع السابق.

الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة

تبدأ إجراءات رفع دعوى إثبات الزواج العرفي بتقديمها في شكل عريضة طبقا لنص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مكتوبة، ومؤرخة، و موقعة من قبل المدعي أو محاميه، و مودعة لدى كاتب ضبط قسم الأحوال الشخصية و للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه حسب المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كما لا بد أن تتوفر الصفة و المصلحة و الأهلية باعتبارها أركان جوهرية في كل دعوى قضائية و تصبح غير مقبولة في حالة فقد أحدهما [1] .

و من بين البيانات الضرورية التي لا بد أن تتضمنها عريضة افتتاح الدعوى هي:

. تحديد الجهة القضائية المختصة إقليميا.

. تعيين الخصوم بدقة.

. تحديد موضوع الطلب القضائي.

. الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

. الإشارة إلى الوثائق و السندات [2] .

و المشرع الجزائري لم يحدد ميعاد لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي، فيجوز رفعها في أي وقت على اعتبار أن الزواج و أثاره لا تقتصر على الزوجين فقط، بل تمتد إلى ورثتهما أيضا.

يتلقى القاضي بقسم شؤون الأسرة ملف الدعوى، ويقوم بدراسته و يشرع في التحقيق في مدى صحة الوقائع التي يزعم بها المدعين حيث يقوم بإجراء تحقيق و الذي يعتبر وجوبي في قضية إثبات الزواج العرفي متنازع فيه، و ذلك بسماع كل من المدعى عليه في محاضر يوقع عليها كل من الطرفين و القاضي و أمين الضبط [3] ،ثم يقوم بعد ذلك بسماع الشهود المقدمين طرف المدعي في محضر واحد بعد التأكد من هويتهم و درجة قرابتهم بأطراف الدعوى لأداء اليمين القانونية، ثم يقوم باستجوابهم حول واقعة الزواج و مدى توفره ركنه و شروطه [4] .

و بعد الانتهاء من التحقيق يصدر حكم رفض هذا الطلب اذا لم يجد ما يبرره شرعا و قانونا، أو يصدر حكما يقرر فيه قبول الطلب و يأمر بتسجيل عقد الزواج بأثر رجعي حسب التاريخ و المكان المنعقد فيهما.

---

[1]– جمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الطبعة 02، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 76 .

[2]– بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الطبعة 04، منشورات بغدادي،الجزائر، 2013، ص 53-54 .

[3]– يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات الفضائية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 69 .

[4]– سالمي سميرة، إجراءات عقد الزواج الرسمي و طرق إثبات عقد الزواج الرسمي و العرفي، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، الجزائر، 2004-2007، ص 37 .

و بعد ذلك يرسل وكيل الجمهورية من طرف هذا الحكم مرفقا بنسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي أبرم فيها عقد الزواج و يطلب منه تدوين منطوق هذا الحكم و تقييده في السجل المخصص لتدوين أو تسجيل عقود الزواج للسنة التي كان العقد قد تم من خلالها [1] .

حيث أن على الزوج صاحب المصلحة أن يأخذ نسخة من الحكم و يرسلها إلى رئيس المحكمة عن طريق وكيل الجمهورية و يطلب استصدار أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية [2].

الفرع الثالث: شروط رفع دعوى إثبات الزواج

يتوجب على كل فرد يرغب في اللجوء إلى القضاء بدعوى معينة أن تتوافر فيه شروط محددة قانونا و هي شروط لا بد من توافرها جملة في آن واحد فإذا تخلف شرط واحد فان دعوى المدعي لا يمكن قبولها و تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1. الشروط الموضوعية:

أولا: الأهلية

وهي قدرة الشخص و صلاحيته لكسب الحقوق و تحمل التزامات و

من لم يكن متمتعا بقواه العقلية أو كان صغير السن أو قدم تم الحجر عليه فان مثل هذه الفئات لا يجوز لها التقاضي بصفتها الشخصية.

و أهلية التقاضي تعني صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات أمام القضاء، و القاعدة العامة أن يكون الشخص الطبيعي أهلا للتقاضي ببلوغه سن الرشد و التي حددت ب 19 سنة كاملة بالنسبة لكلا من الزوجين وهذا ما نصت عليه المادة السابعة فقرة أولى قانون الأسرة الجزائري [3] .

كما أورد المشرع استثناء على أهلية التقاضي حيث منح القاصر الحق في رفع الدعوى فيما يتعلق بآثار الزواج، بموجب الترشيد بقوة القانون و دون أن يحتاج إلى ممثله الشرعي و هذا ما نصت عليه المادة السابعة الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري .

و بالرجوع للقواعد العامة فان تخلف الأهلية يترتب عليها بطلان العمل القضائي فعي شرط لمباشرة الدعوى و ليست شرطا لوجودها، و يعد البطلان الناشئ عن تخلف أهلية التقاضي متعلقا بالنظام العام، و فواعد الأهلية مقررة لحماية القصر و هذا لا ينفي إمكانية تصحيح هذا البطلان في أي مرحلة تكون عليها الإجراءات من الشخص المخول له ذلك، فالأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى و إنما لمباشرة إجراءاتها [4] .

---

[1]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة02، دار هومة، الجزائر، 2009،ص 166.

[2]– عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة02، دار هومة، الجزائر، د ت ن، ص 26.

[3]– أمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، المعدل لقانون رقم 84–11، المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن فانون الأسرة .

[4]– بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص 76–79 .

و في حالة نقص الأهلية أو انعدامها فان مباشرة الدعوى تكون من طرف من يمثل ناقص الأهلية أو فاقدها أو من ممثله القانوني.

ثانيا: الصفة

صفة المتقاضي تتمثل في كونه على علاقة مباشرة بالشيء المدعى به، و الصفة في الزواج ترفع من طرف أحد الزوجين ضد الآخر الذي أنكرها إذا كانا على قيد الحياة معا، أو من الزوج الباقي على قيد الحياة ضد الزوج المتوفين أما في حالة وفاة الزوجين معا فترفع من ورثة أحد الزوجين ضد ورثة الزوج الأخر .

و الصفة هي الجانب الشخصي للحق في الدعوى [1] ،و الصفة في دعوى إثبات الزواج و باعتبارها دعوى تقريرية تثبت للورثة برمتهم و ليس لأحدهم لأن تأكيد وجود الحق أو المركز القانوني لا يمكن أن يحدث آثاره إلا في مواجهة جميع أطراف الرابطة القانونية.

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

و نشير هنا أنه في حالة وفاة أحد الزوجين أو كلاهما غالبا ترفع هذه الدعاوى من صاحب المصلحة ضد النيابة العامة و هذه بموجب المادة الثالثة مكرر من قانون الأسرة الجزائري التي نصت أنه : "تعد النيابة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية الى تطبيق أحكام هذا القانون" [2] .

و بالتالي لها رفع الدعوى نيابة عن أحد الزوجين أو الورثة أو ضدهم و لها استئناف الأحكام و الطعن فيها و يمكن للورثة رفع دعوى ضد النيابة العامة و للنيابة العامة علاوة على ذلك الاطلاع على ملف الدعوى و ايداء طلباتها مكتوبة .

و اعتبار النيابة العامة طرفا في الدعوى الهدف منه تعزيز رقابتها على مصالح الأفراد و ضمان تطبيق السليم للقانون و تحقق السير للعدالة و تدعيم مركزها أكثر كحامي للصالح العام.

ثالثا: المصلحة

لا دعوى بغير مصلحة و المصلحة المقصودة هي حماية شخص لحق أعتدي عليه أو اغتصب منه أساس المصلحة و هو الحق الثابت المعتدي عليه و متى انتفت المصلحة أفضت الدعوى، و يشترط أن تكون قائمة و حالة [3] .

و قد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 459 قانون الأسرة الجزائري و الإدارية :

---

[1]– أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية في الأحوال الشخصية، إبراهيم محمد السيد و شركاه، الإسكندرية، الطبعة02، ص 222 .

[2]– قانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو، يتضمن قانون الأسرة معدل و متمم بالأمر 05–02، المؤرخ في 27 فبراير،2005 .

[3]– أبو الوفاء المرافعات المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 219.

" لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن له مصلحة في ذلك ".

و تظهر المصلحة في دعوى إثبات الزواج العرفي من صاحب المصلحة : أحد الزوجين، و في حالة وفاة أحدهما، أو كلاهما من طرف ورثتهم أو من لهم مصلحة، و عليه لا بد من توفر كل شرط من هذه الشروط لأنه يترتب على تخلفها عدم قبول الدعوى و للقاضي إثارتها تلقائيا لأنها مرتبطة بالنظام العام.

2. الشروط الشكلية:

أولا: ميعاد رفع دعوى إثبات الزواج العرفي:

إن ميعاد رفع الدعوى لإثبات الزواج العرفي غير محددة بمهلة معينة، على اعتبار أن الزواج و آثاره لا تقتصر على الزوجين فحسب، بل تمتد إلى ورثتهما و علاقة الزواج بين الطرفين تكون أبدية و آثارها مستمر فلا تحدد مهلة معينة لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي يسمح لأطراف العلاقة أو أصحاب المصلحة من تثبيت العلاقة الزوجية مهما طال الزمن و لمن الضياع الحقوق خاصة بوفاة أحد الزوجين أو كلاهما.

فالعلاقة الزوجية إن كانت تنقطع فان آثارها تمتد إلى الغير وهم الورثة، و عليه كانت دعوى زوجية،

و يجوز للورثة رفع دعوى إثبات زواج غير الموثق للحصول على المنافع المترتب عنه لاسيما الميراث و أحيانا أخرى الاسم.

ثانيا: مكان رفع دعوى إثبات الزواج العرفي و إجراءات تبليغها:

ترفع دعوى إثبات الزواج العرفي أمام المحكمة،و ذلك بإيداع عريضة مكتوبة من أحد الزوجين أو وكيله،مؤرخة و موقعة منه لدى مكتب الضبط بالمحكمة، و إما بحضور أحد الزوجين أمام المحكمة، و في هذه الحالة يقوم كاتب الضبط أو احد أعوان مكتب الضبط بتحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر أنه لا يستطيع التوقيع و هذا ما نصت عليه المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [1] .

و تضمن العريضة البيانات التالية:

اسم و لقب المدعي و موطنه، اسم من يمثله و لقبه و وظيفته و صفته و موطنه، اسم المدعى عليه و لقبه و مهمته و موطنه، ذكر وقائع الدعوى و طلبات المدعي، و توقيعه أو توقيع وكيله ذكر تاريخ تقديم العريضة و هو تاريخ إيداعها في قلم و كتابة الضبط و قيدها.

و بعدها يقوم كاتب الضبط بتقييد العريضة حالا في سجل خاص حسب الترتيب الوارد، مع بيان أسماء الأطراف، رقم القضية، تاريخ الجلسة، و يقدم للأطراف وصلا بدفع مصاريف الدعوى.

[1]–الأمر رقم 71–80 المتضمن قانون الحالة المدنية، المؤرخ في 1971/12/29.

بعدها يتم تبليغ عريضة الدعوى للمدعي عليه من طرف المحضر القضائي بواسطة التكليف بالحضور طبقا للمادة 26 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

ثالثا: كيفية إجراء تحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي

بعد تقديم العريضة الموافقة لإجراءات لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي و المرفقة بأدلة كافية لإثبات صحة عقد الزواج المتنازع حول وجوده أو صحته تحدد لها جلسة للنظر فيها.

و بالجلسة يتأكد ق الأحوال الشخصية من الحضور الشخصي لكل من الخصوم و الشهود و ولي الزوجة و يبدأ في التحقيق في مكتبه بمساعدة أمين الضبط فيتأكد أولا من هوية الحاضرين من خلال بطاقة التعريف لكل واحد منهم و عن درجة القرابة بينهم.

يتم سماع كل واحد على حدى عن مدى توافر أركان الزواج و عن مكان و زمان إتمام الزواج و عن مقدار الصداق و فيما إذا كان معجلا أو مؤجلا و عن حضور الشهود مجلس العقد وولي الزوجة و رضا الطرفين.

يتم سماع الشهود كل على حدى بعد التأكد من هوية الشاهد كاملة و بعد تأديته اليمين القانونية على محضر يدون فيه الهوية الكاملة للشاهد من اسم و لقب و مهنة و سن و الموطن و درجة قرابته بالخصوم و الإشارة إلى تأديته اليمين القانونية، و بعدها يستفسر عن ما إذا حضر مجلس عقد الزواج و حفل الزفاف و من تولى العقد كولي للزوجة، و عن حضور أشخاص آخرين مجلس العقد و التاريخ الذي تم فيه الزواج العرفي، و كذا عن مقدار الصداق المقدم و عما إذا كان معجلا مؤجلا كما يستفسر عن رضا الزوجين و ما إذا كانت الزوجة مازالت على ذمته أم لا بعد ذلك يوقع الشاهد و القاضي و أمين الضبط على محضر التحقيق.

و بعدها يطلب القاضي من الأطراف أن يقدموا الإضافات التي يرغبون فيها، و في حالة اكتفاء الأطراف يقوم القاضي بتحديد جلسة للنظر في الدعوى قصد تقدير أدلة الإثبات المقدمة، و قبل الفصل في الموضوع يعرض ملف القضية على النيابة لإبداء طلباتها طبقا للمادة 141 لقانون الإجراءات المدنية، و هو إجراء جوهري يعد من النظام العام و هو المبدأ الذي استقر عليه قضاء المحكمة العليا و قد جاء في قرارها بتاريخ 1984/11/19 أنه: " لا بد من اطلاع النيابة على الملفات المتعلقة بالأحوال الشخصية و هذا الإجراء جوهري من النظام العام ".

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

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

يمكن أن تقترن دعوى إثبات الزواج العرفي بدعوى الطلاق العرفي، و ذلك استنادا لما جاء في قرار المحكمة العليا بأن: " الحكم بتثبيت الزواج العرفي و الحكم بالتطليق –طعن بالنقض– لأن حكم

القاضي بتثبيت الزواج هو نفسه الذي قضى بالتطليق و الأصح أن يكون التطليق في حالة وجود عقد زواج رسمي –رفض الطعن– .

إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي و أن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون و ذلك بناءا على تثبيته بموجب حكم قضائي "[1].

و في قرار اخر للمحكمة العليا غير منشور أن " المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أنه القضاء بإثبات عقد النكاح ثم فسخه بالطلاق في آن واحد و بحكم واحد" [2]

و أيضا تقترن دعوى إثبات الزواج بدعوى رجوع الزوجة لبيت الزوجية فهنا لا يجوز قبول الدعويين معا، لأن طلب الرجوع المصلحة فيه محتملة لعدم ثبوت العلاقة الزوجية أو لا، و حتى يتأكد حق الزوج في المطالبة بالرجوع، فلا بد من أن يكون الحكم المثبت للزواج نهائي حتى ينتج أثاره، و من ثم تتحقق الصفة و المصلحة لكل طرف في الدعوى، و قد جاء في قرار المحكمة العليا أنه: " إذا كان الثابت أن القرار الذي أمر بتسجيل الزواج بين طرفي النزاع في الحالة المدنية طعن فيه بالنقض من قبل الطاعن و قد نقض فعلا من طرف المحكمة العليا، فان قضاة الموضوع بقضائهم في الدعوى بترجيع الزوجة إلى محل الزوجية و دفع النفقة لها دون وقف الفصل في هذه الدعوى لحين البت فيها من طرف المحكمة العليا، يكونوا قد عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني" [3] .

و من ثم لا بد من أن يثبت الزواج العرفي بحكم و يسجل بالحالة المدنية حتى يتمكن من له مصلحة في رفع دعوى الرجوع أو النفقة.

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

و الحكم المثبت لواقعة الزواج العرفي ليس له حجية الشيء المقضي فيه حسب مفهوم المادة 338 من القانون المدني، باعتبار أن إثبات واقعة الزواج لها حجية مؤقتة يمكن إثباتها متى توافرت الأدلة الكافية.

و يجري على هذا الحكم ما يجري على أحكام محاكم الدرجة الأولى و خاصة ما يتعلق بحضور و غياب الأطراف و تبليغهم الحكم، و ما يتعلق بالطعن فيه بطرق الطعن العادية و غير العادية.

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد53، ص 56.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/13،01، ملف رقم 39600، غير منشور.

[3]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/04/02، مجلة قضائية، 1989، العدد02، ص 57.

كما يجوز أيضا للغير الخارج عن الخصومة الأصلية أن يطعن في الحكم عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة فيقبل اعتراضه رغم انعدام صفته كخصم أصلي.

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

و القاعدة العامة أن بعد فوات أجال الطعن العادية أو بعد تأييد الحكم بقرار نهائي نكون أمام أحكام صادرة بصفة نهائية و التي تكون قابلة للتنفيذ، و المبدأ أن الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ، و لكن استثناءا فانه يوقف التنفيذ إذا ما تم الطعن بالنقض في حكم متعلق بحالة الأشخاص، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه :

" متى كان مقررا قانونا أنه ليس للطعن بالنقض أثر موقف إلا اذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص أو أهليتها فان قرار القاضي بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدم الأساس القانوني، و أن القرار الذي أمر بتسجيل الزواج بين طرفي النزاع في الحالة المدنية طعن فيه بالنقض من قبل الطاعن و قد نقض فعلا من طرف المجلس الأعلى (المحكمة العليا)، و قد كان على قضاة الموضوع وقت تنفيذ القرار "[1] .

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

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

و بتمام تسجيل الحكم و التأشير به على هامش عقدي ميلاد المعنيين يكون لصاحب المصلحة الحصول على نسخة ملخصة لعقد الزواج.

و يسري الزواج بأثر رجعي من تاريخ توفر أركانه و ليس من تاريخ الدعوى أو الحكم المثبت لواقعة الزواج العرفي.

و من كل ما سبق يتبين لنا أن الزواج العرفي قد يتنازع في صحته أو وجوده بين الزوجين أو بين أحدهما و ممن لهم مصلحة، فنكون أمام خلاف لا بد من اللجوء فيه للفصل فيه متى توفرت شروط المطالبة القضائية، فيتم إجراء تحقيق و التأكد من قيام العلاقة الزوجية و يتوج ذلك بحكم قضائي و سجل بالحالة المدنية إذا أصبح نهائيا.

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 57.

أما إذا كان الزوجين على قيد الحياة و لم يختلفا حول قيام العلاقة الزوجية فيلجأ للقضاء لتسجيل الزواج العرفي القائم على الأركان الشرعية و القانونية، بتقديم طلب لوكيل الجمهورية الذي يحولها إلى رئيس المحكمة الذي يصدر أمرا بتسجيله بالحالة المدنية.

و لكن عمليا كثيرا ما نجد قاضي الأحوال الشخصية هو الفاصل في كل من الطلبين سواء وجد نزاع أم لا، كحالة زواج الأشخاص الذين يشترط لعقد زواجهم رخصة كأفراد الجيش أو الأجانب أو القصر فوكيل الجمهورية يحيلها إلى قاضي الأحوال الشخصية.

رابعا: صدور الحكم بتثبيت الزواج العرفي:

بعد قبول الدعوى شكلا و موضوعا يصدر قاضي الأحوال الشخصية حكم بإشهاد على عقد الزواج الغير موثق، أو حكم برفض تثبيت الزواج غير الموثق.

عندها يستخرج المعني نسخة من الحكم و يبلغها لطرف اخر الذي يمكنه الطعن فيه، المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [1].

و قبل التطرق لطرق الطعن نتساءل عن طبيعة الحكم القاضي بتثبيت عقد الزواج غير الموثق.

أ- طبيعة الحكم بتثبيت الزواج العرفي:

إذا كان الأصل أن الحكم الصادر في موضوع الدعوى يكسبه حجية الشيء المقضي فيه.

فان الاستثناء وارد بمساءل الحالة الدنية إذا الحكم فيه يجوز الحجية المؤقتة و يمكن للأطراف رفع نفس الدعوى أمام جهة أخرى أو نفس الجهة إذا توفرت لديهم الأدلة المثبتة للزواج و هذا ما ذهبت اله المحكمة العليا في 1998/12/15 ملف رقم 2111509: " إن حكم إثبات واقعة الزواج يكتسي حجية مؤقتة...و يكون مؤقتة حسب توفر الأدلة" [2].

ب- الطعن في حكم تثبيت الزواج العرفي:

لأي من الزوجين الذي صدر حكم ضده، و لا يرتضيه و رأى أنه مجحف بحقه، أو أن المحكمة أخطأت في تطبيق القانون، أو صدر حكم في غيبته أن يطعن فيه بطرق الطعن المعروفة و هي الطعن بالمعارضة و الطعن بالاستئناف، و الطعن بالنقض، على أن الطعن في الحكم بهذه الطرق يوقف تنفيذه[3].

ج- تنفيذ حكم الزواج و تقييده:

يحق للخصوم بعد التوقيع على أصل الحكم و استكمال إجراءات التسجيل لدى الإدارة المعنية، طلب نسخة عادية أو نسخة تنفيذية من أمين الضبط.

---

[1]- أمر رقم 66-154 المتضمن قانون الحالة المدنية، المؤرخ في 1966/06/08، ص 26.

[2]- المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 56.

[3]- المجلة القضائية، 1989، ع2 المرجع السابق، ص 57.

فالنسخة العادية هي صورة مأخوذة عن أصل الحكم تسلم للاطلاع على مضمون الحكم من حيث التسبيب و المنطوق ليتمكن الخصوم من ممارسة حق الطعن، أما النسخة التنفيذية فهي النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية توقع وتسلم من طرف أمين الضبط إلى المستفيد من الحكم الذي يرغب في متابعة تنفيذه، و هي تحمل العبارة التالية " نسخة مطابقة للأصل مسلمة للتنفيذ " وكذا ختم الجهة القضائية.

و عليه كل من صدر حكم تثبيت الزواج لمصلحته، الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية من مكتب الضبط من أجل تقييده، و حتى يكون الحكم قابلا للتنفيذ لابد أن:

. يستنفذ الأطراف كل طرق الطعن العادية و الغير عادية.

. أن تحمل النسخة المقدمة إلى مصلحة التنفيذ بمكتب الضبط عبارة " نسخة مطابقة للأصل مسلمة للتنفيذ" و موقعة من أمين الضبط، و تحمل الخاتم الرسمي لمكتب الضبط.

. أن يكون الحكم ممهور بالصيغة التنفيذية 320 ق ا م [1] .

و بعد استخراج الزوج المعني أو أحد الورثة للحكم الممهور بالصيغة التنفيذية، له أن يرفق مع شهادة ميلاد الزوجين رسالة تتضمن طلب استصدار أمر أو حكم بتقييد عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية إلى السيد وكيل الجمهورية الذي يصدر أمر إلى ضابط الحالة المدنية للقيام بإجراءات التنفيذ، بعدها يقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل حكم القاضي بتثبيت الزواج و تقييده بأثر رجعي يعود للتاريخ الفعلي له [2]، و التأشير على هامش شهادة الميلاد الأصلية، لكل من الزوجين و تحتفظ الإدارة بالنسخة من الحكم، و ترسل الحكم الأصلي و نسخة من عقد الزواج إلى وكيل الجمهورية للتحقق من تسجيل الزواج، بعدها يعيد الحكم الأصلي للأطراف.

و لصاحب مصلحة أن يحصل على نسخة ملخصة لعقد الزواج و ذلك للاحتجاج به عند الحاجة.

<u>المطلب الثاني</u>: إجراءات تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه

إذا لم يكن الزواج موضوع نزاع أو خلاف بين الزوجين، فالتسجيل يتم بإتباع مجموعة من الإجراءات و تختلف هذه الإجراءات باختلاف مكان إبرام العقد فيما إذا كان داخل الوطن أو خارجه.

<u>الفرع الأول</u>: تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه و المبرم داخل الوطن

لتثبيت عقد الزواج العرفي المبرم داخل الوطن سنقوم بتحديد الجهة القضائية المختصة أولا، وثانيا سنحدد الإجراءات الواجب إتباعها من أجل إثباته.

---

[1]– أمر رقم 66–154 المتضمن قانون الحالة المدنية، المؤرخ في 1966/06/08، ص 93–94.

[2]– خلاف ما نص عليه أمر رقم 69–72 في سبتمبر 1969، المتعلق بإثبات الزواج في المادة 04 " إن الزواج الذي تم إثباته وفق لهذه الشروط و المسجل في سجل الأحوال المدنية يحدث أثاره ابتداء من تاريخ اليوم الذي اعترف به الحكم بأنه عقد الزواج.

أولا: الجهة القضائية المختصة

تطبيقا لأحكام المادة 39 من قانون الحالة المدنية التي تنص عل أنه : " عندما لا يصرح بالعقد لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة أو تعذر قبوله عندما لا توجد سجلات أو فقدت لأسباب أخرى غير أسباب الكارثة أو العمل الحربي يصار مباشرة إلى قيد عقود الولادة و الزواج و الوفاة بدون نفقة عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيه العقود أو التي كان يمكن تسجيلها فيها بناء على مجرد طلب من وكيل الدولة لهته المحكمة بموجب عريضة مختصرة و بالاستناد إلى كل الوثائق أو الإثبات المادية " [1] .

لذا فان الجهة القضائية المختصة بالنظر بطلبات تثبيت عقود الزواج هي محكمة الدائرة القضائية التي يمكن تسجيلها فيها بمعنى دائرة اختصاص مقر أحد الزوجين أو كلاهما أو محل إقامتهما [2] .

ثانيا: الإجراءات المتبعة

و تتمثل هذه الإجراءات في :

_ تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجين أو ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية و يتضمن البيانات المتعلقة بعقد الزواج و بدواعي تسجيله، و مرفوقا بالوثائق و الإثباتات المادية و المتمثلة في . شهادة ميلاد كلا الزوجين.

. شهادة عدم تسجيل الزواج بالحالة المدنية.

. نسخة من بطاقة تعريف الزوجين.

. شهادة طبية بحمل أو عدم حمل الزوجة.

_ يقوم وكيل الجمهورية بإحالة الطلب مرفوقا بعريضة إلى القاضي المكلف بالحالة المدنية يلتمس فيها استصدار أمر بتسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية بأثر رجعي.

_ يقوم القاضي المكلف بالحالة المدنية بالتحقيق عن طريق سماع الزوجين و التأكد من توافر الشروط الموضوعية و الشكلية لعقد الزواج و شرعيته، ويصدر بعدها أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية [3].

_ تحفظ النسخة الأصلية من الحكم بأمانة الضبط قيد الحالة المدنية، و ترسل نسخة إلى ضابط الحالة للبلدية التي أبرم في إقليمها عقد الزواج العرفي، و ذلك طبقا للمادة 40 من قانون الحالة المدنية التي التي تنص على: " يرسل وكيل الدولة فورا حكم إلى رئيس المحكمة قصد نقل هذه العقود في سجلات السنة المطابقة لها و لجدولتها إلى:

---

[1]–أمر رقم 14–08 المؤرخ في 09 أت 2014، المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، عدد 49، الصادرة في 20 أوت 2014.

[2]– عبد الشافعي، القواعد الموضوعية و الإجرائية لقانون الأسرة مذيلا بمبادئ الفقه القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2016، ص 120.

[3]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 72–73.

. رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المكان الذي سجلت فيه العقود أو كان ينبغي تسجيلها فيه.

. كتابة ضبط الجهة القضائية التي تحتفظ بالنسخ الثانية من السجلات"، ليقوم بتسجيل الحكم في سجلات للسنة الجارية وفقا للمادة 40 من القانون الحالة المدنية[1].

. كما يشار فضلا عن ذلك بصفة ملخصة إلى الحكم في هامش السجلات في محل تاريخ العقد وهو ما تضمنته المادة 42 من قانون الحالة المدنية [2] .

. و يعتبر الأمر الصادر بتسجيل الزواج أمرا ولائيا غير قابل للطعن فيه إلا بالمعارضة و الاستئناف، و لكنه قابل للمراجعة أمام نفس القاضي إذا وقع فيه خطأ[3].

الفرع الثاني: تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه و المبرم خارج الوطن

سوف نقوم في هذا الفرع بتحديد الجهة القضائية المختصة أولا ، و بعدها نحدد الإجراءات الواجب إتباعها ثانيا .

أولا: الجهة القضائية المختصة

تنص المادة 99 من قانون الحالة المدنية على أنه : "إذا لم يسجل العقد بسبب عدم التصريح به، فانه إما أن يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة أو الحصول على حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر يقضي بتسجيله في سجلات القنصلية" [4].

لذا فان عقود الزواج التي تتم خارج الوطن بين جزائريين و أجانب و التي لم يتم تسجيلها بسبب عدم التصريح بها، أو إغفالها فان الجهة القضائية المختصة بالنظر في طلبات إثبات عقود الزواج هو رئيس محكمة مدينة الجزائر، إذ يعتبر الاختصاص المحلي من النظام العام.

بالنسبة لعقود الحالة المدنية المبرمجة بالخارج [5] ، و هو ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2012/01/12 ، فصلا في الطعن رقم 314565 ، إذ جاء فيه " المبدأ : أن الاختصاص الإقليمي في شأن مسائل الحالة المدنية من النظام العام ، محكمة الجزائر هي المختصة بتسجيل زواج عرفي واقع في بلد أجنبي " [6].

---

[1]– قانون رقم 14–08 المتعلق بالحالة المدنية.

[2]– قانون رقم 14–08 المتعلق بالحالة المدنية.

[3]– سالمي سميرة، المرجع السابق، ص 35.

[4]– قانون رقم 14–08 المتعلق بالحالة المدنية.

[5]– نجيمي جمال،قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي و المحامي، مادة بمادة، الطبعة 02، دار هومة، الجزائر، 2017، ص 11.

[6]– قرار رقم 654531 الصدر بتاريخ 2012/01/12، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 2012، ص 243.

و قد تم منح الاختصاص إلى محكمة الجزائر العاصمة دون سواها لأن الحالة المدنية للجزائريين المقيمين في الخارج تصحح على مستوى مكتب الحالة المدنية بوزارة الشؤون الخارجية الكائن مقرها في الجزائر العاصمة [1] .

ثانيا: الإجراءات المتبعة:

الإجراءات المتبعة هي نفسها التي ذكرناها سابقا، حيث يتم تقديم طلب مكتوب إلى السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة الجزائر العاصمة، مع إرفاقه بشهادة ميلاد الزوجين، و بعد ذلك يقوم وكيل الجمهورية بإعداد العريضة إلى القاضي المكلف بالحالة المدنية الذي يتولى التحقيق ليقوم بعد ذلك بإصدار أمر بتسجيل عقد الزواج، حيث يحتفظ بالنسخة الأصلية لدلا أمانة الضبط و تسل نسخة أخرى إلى مصلحة الحالة المدنية لدى وزارة الشؤون الخارجية.

و هذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 60 من قانون الحالة المدنية التي جاء فيها بأنه " إذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامشه البيان قد حرر أو سجل في الخارج فان ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد الواجب قيده بإشعار وزير الشؤون الخارجية خلال 3 أيام "[2] .

المطلب الثالث: آثار الزواج العرفي

نتطرق في هذا المطلب إلى اثأر الزواج العرفي، حيث تترتب عليه عدة اثأر، منها ما يتعلق بالزوج و منها ما يتعلق بالزوجة و هو أكثر، و منها ما يتعلق بالمجتمع، و هذه الآثار منها الايجابية و هي قليلة بالنسبة للآثار السلبية و التي هي خطيرة بالنسبة أكثر للزوجة، حيث كثيرا ما نسمع من وسائل الإعلام عن بعض الوقائع نتج منها مآس بسبب الزواج العرفي في بعض المجتمعات الإسلامية و خاصة التي ينتشر فيها هذا النوع من الزواج، و عليه سنذكر أهم هذه الآثار في ثلاثة فروع :

الفرع الأول: أثار الزواج العرفي على الزوج

أولا: الآثار الايجابية:

1. الزواج العرفي فيه اعفاف الرجل لأنه قد لا يستطيع الزواج الرسمي بسبب ظروفه المادية، أو يود الأنظمة بسبب أعراف اجتماعية، لكن الزوج يحصن نفسه من الوقوع في المحرمات التي نهي الله عنها، و قد يكون متزوجا بثانية، و لا تعفه بسبب المرض فالرجل يحتاج إلى تعفه و تحصن نفسه، و لا يستطيع أن يتزوج زواجه بصورة نظامية، فهنا تأتي وظيفة الزواج العرفي، فيحصن فرجه بت و يحمي نفسه من الوقوع في الفاحشة [3].

---

[1]– سالمي سمي المرجع السابق، ص 35.

[2]– القانون رقم 14–08 المتعلق بالحالة المدنية.

[3]– عبد الملك يوسف المطلق، المسار دراسة فقهية و اجتماعية نقدية،(د.ط)، (د.ت)، دار تبن لعبون للنشر و التوزيع، الرياض، ص 157.

و على أولي الأمر معالجة هذه الصعوبات و تسهيل أمور الزواج بتخفيض المهور و المصروفات و توعية الناس بأحكام الدين، و خاصة ما يتعلق بالزواج و أهميته، و سنة النبي صلى الله عليه و سلم.

2. النفقة في الزواج العرفي أقل منها في الزواج الرسمي، إذ أنه يساعد الرجل على الزواج بنفقات و مصروفات مالية أقل منها في الزواج الرسمي، فيحصل تجنب غلاء المهور، و فرض الرسوم[1] ، و كثرة الإسراف و التبذير في حفلات الزواج و هو ما نشاهده في هذا الزمان،إذا أن غالب من تلجأ إليه من النساء أو أوليائهن هم من الطبقات الفقيرة أو المتوسطة، أولا يشهرون الزواج و لا يعلن بالطريقة الرسمية، و قد تكون المرأة مطلقة أو أرملة و لها أولا دمن غيره...فترضى باليسير مقابل إعفائها، و الإنفاق عليها...

3. يمكن للرجل عن طريق الزواج العرفي أن يتخلى عن القيود الرسمية و بعض الأعراف الاجتماعية التي تعوق الزواج الرسمي، مثل قيد السن و الفوارق الاجتماعية بين الزوجين و غيرهما.

4. فيه تناسب و انسجام لعمل الرجل، إذا كان عمله يتطلب السفر إلى بلد أو منطقة أخرى و البقاء فيها مدة فيتزوج بالمرأة زواجا عرفيا يناسب لمقر عمله.

ثانيا: الآثار السلبية:

فتح منافذ الظن السيئ و الرمي بالفاحشة في حالة عدم إعلان الزواج و إشهاره بصورة معقولة و مقبولة، و دون علم الناس به، فينتج عنه القلق و الانزعاج و الإشاعات و سوء الظن حول العلاقة المشبوهة بين الطرفين [2].

يجب إعلان الزواج و إشهاره أمام الناس، و خاصة من يقيم حولها، و المجتمع الذي يعيشان فيه، حتى لا يقع في مثل هذا الظن السيئ.

إضافة إلى أنه لا يحقق له الراحة و الطمأنينة و السكن الذي يريده، لعدم حصول الاستقرار فيه أحيانا.

الفرع الثاني: أثاره على الزوجة

أولا: الآثار الايجابية:

1- الزواج العرفي يحل مشكلات بعض العوانس و الأرامل و المطلقات، و صاحبات الظروف الخاصة [3]، اللاتي لا يتزوجن لقلة رغبة الرجال فيهن بسبب الفوارق الاجتماعية بين الزوجين، أو فوارق السن بينهما و غيرهما و قد تعف نفسها الفتاة عن طريق الزواج العرفي، إذا كان قيد السن في النظام لا يسمح لها بالزواج الرسمي ة هي في حاجة إليه.

---

[1]– عبد الملك المطلق، المرجع السابق، ص 158.

[2]– فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 30.

[3]–عبد الملك يوسف، المرجع السابق، ص 154.

2. المرأة المتزوجة عرفيا تستفيد من صرف المعاشة، أو السكن المتوفر لها من الدولة أو من جهة ما، الذي لا يمكن لها الحصول عليه إذا سجل زوجها رسميا، مع حاجتها إلى ذلك.

أو تكون قد يتوفى عنها زوجها و لها ولد منه يرعاها، فتتزوج عرفيا، لإعفاء الابن من الخدمة العسكرية و خاصة في مصر، باعتباره هو الذي يقوم برعايتها و تدبير شؤونها العائلية [1].

ثانيا: الآثار السلبية

موثق و غير مسجل في وثيقة رسمية، و في حالة الخلاف بين الزوجين تطرأ عليه مشكلة إثباته، إما لغفلة الشهود، وإما لنسيانهم وإما لأنكراهم، و إما لموتهم [2]، و انعدام الوثيقة الرسمية و صعوبة إثبات الورقة العرفية إن وجدت، و منه فتضيع حقوق الزوجة الشرعية، من المهر و النفقة و الإرث و غيرهما [3]، و أيضا الطلاق عندما يتركها زوجها، لا يعاشرها و لا يطلقها فتبقى معلقة، و فيه إهدار لشرفها و كرامتها، و سمعتها و عرضها، لهذا يجب تسجيل العقد و في حالة عدم توثيقه يعلن عنه و يشهر بطرق مناسبة، و لا يكون هناك تواص بكتمانه فتحرص المرأة على هذه الأمور.

2. فيه فتح باب الشكوك و الظنون السيئة و ربما القذف، عندما لا يعلم الناس عن حقيقة هذا الزواج، و لا يشتهر، و خاصة المرأة معرضة لهذه الشكوك و الظنون أكثر من الرجل، عندما تقيم علاقة مع رجل أجنبي فتنطلق ألسنتهم بسهام السوء، و الشك في سلوكهما و اتهامها بالزنا [4].

3. المرأة تتحمل آثار هذا الزواج و خاصة إذا أنكره الزوج، فيستغل المرأة وسيلة للتمتع دون أن يتحمل آثاره، و يهرب من مسؤوليته [5]، فتصبح المرأة ضحية من دون أية حقوق.

4. الزواج العرفي وسيلة لابتزاز الزوجة و مساومتها على الطلاق، وهذا من آثاره السلبية، لأن الزوجة قد لا تستطيع الطلاق رسميا لعدم إثبات عقد الزواج لدى المحكمة، و الزوج لا يطلقها و لا يعاشرها، و لا يعطيها حقوقها الشرعية، فتتعرض المرأة للتهديد و الابتزاز حتى تطلق عرفيا، أو يتركها الزوج معلقة، إضافة إلى مسألتها قانونيا و اجتماعيا بتهمة الجمع بين زوجين عندما تتزوج من اخر [6].

حيث لا يخفى أن هذا النوع من الزواج من الزيجات الشائعة في جمهورية مصر العربية كثيرا ومن الظواهر الاجتماعية التي تواجه الحكومة المصرية، وتعمل جاهدة على القضاء عليه، أو الحد منه أو صبغه بالصبغة النظامية نظرا لآثاره على الأولاد و المجتمع.

---

[1]– حامد الشريف، عبد الحليم، الزواج العرفي، (د.ط)، (د.ت)، مصر، مطبعة الإسكندرية، ص 11.

[2]– مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 36، ص 190.

[3]– فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 29.

[4]– فارس محمد عمران ، المرجع السابق، ص 30.

[5]– عبد الملك يوسف المطلق، المرجع السابق، ص 162.

[6]–فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 31.

الفرع الثالث: آثار الزواج العرفي على المجتمع

أولا: الآثار الايجابية:

1. قد يكون الزواج العرفي أحد أسباب إقبال الشباب على الزواج [1]، لقلة النفقات المالية و سهولة إجراءات الزواج، و عدم التقيد بقيود نظامية.

2. هذا الزواج يساعد على كسر عدم التعدد و الإبقاء على الزوجة الواجدة، لأن الأصل في الزواج التعدد عند الاستطاعة، و عدم الخوف من الظلم [2]، لقوله تعالى: " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذالك أدنى ألا تعلموا(3)" [3].

لهذا يجب توعية الناس بأمور دينهم، و تعليم المرأة و تفهيمها بفوائد التعدد.

3. فيه الأجر و الثواب للرجل إذا أخذه على أنه عبادة و ليس متعة فقط، فإذا أحصى الرجل أنه يسعد في اعفاف هذه المرأة، و اعفاف نفسه، فان في بضعة أجرا و يثاب على ذلك [4] .

ثانيا: الآثار السلبية:

1. الزواج يؤدي إلى ضياع الأنساب، لأنه غير موثق و الزوج يجحده و ينكره، فيصعب إثباته، ز من أهداف الزواج الشرعي المحافظة على الأنساب، و كرامة الأولاد الإنسانية، و سعادتهم النفسية، بينما الزواج العرفي يضيعها، لأن الرجل بعدما يستمع بمن تزوجها عرفيا قد يتركها و يهرب خاصة إذا كانت حامل منه، محاولا منع الحمل، و هؤلاء الأولاد الذين ليس لهم نسب يعيشون عالة على المجتمع، كما يصابون بأمراض نفسية [5]، و ليس لهم رعاية كاملة، و تربية صالحة لانعدام الأب أو المنزل الأسري الذي يشملهم.

2. أحيانا لا تتوفر مقاصد الزواج الشرعي من مودة و رحمة و سكينة، و إنجاب الذرية الصالحة، في الزواج العرفي، إذا كانت نيته المتعة الجنسية فقط [6]، لذا يجب مراعاة مقاصد الزواج.
3. الزواج العرفي يؤدي إلى إشاعة الفاحشة في المجتمع، لأن بعض الأشرار يجعله وسيلة للزنا، فيجتمع الطرفين على الفاحشة، و إذا قبض عليهما ادعيا بالزواج العرفي بينهما.

---

[1]– عبد الملك يوسف المطلق، المرجع السابق، ص 160.

[2]– ابن باز عبد العزيز، فتاوى إسلامية، تحقيق محمد عبد العزيز، الطبعة01، 1414هـ–1994، دار الوطن للنشر، الجزء 03، ص 201.

[3]– سورة النساء /3/.

[4]– فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 30.

[5]– فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 32.

[6]– عبد الملك يوسف المطلق، المرجع السابق، ص 166.

وقد يكون هذا الزواج غير مشهور بين الزوجين و بين الناس، فيظنون الناس عليهما علاقة غير شرعية بينهما، فيقلد بعضهم بطريقة غير صحيحة [1]، لذا يجب أن يشتهر هذا الزواج بين الناس و لا يبقى في السرية و الكتمان.

4. قد يؤدي الزواج العرفي إلى جريمة التزوير، بتزوير وثائق هذا الزواج في أوراق عرفية، تهربا من العقوبة، أو إجبار الفتيات على توقيع الزواج العرفي [2]، من دون رغبة فيه، و كذلك تزوير المرأة الوثائق لإثبات حقوقها الشرعية أو إثبات نسب ولدها بطريقة غير شرعية، و هذا في حاجة إلى توعية و نشر الوعي، و الحث على الأخلاق الفاضلة وتوضيح المخاطر السلبية لهذا الزواج، و تعويضه بالزواج الرسمي الموثق و تذليل كافة الصعوبات التي تعترض طريقه سواء من قبل الأولياء أو الجهات المعنية في الدولة.

5. هذا الزواج يسبب بعض الأمراض الجنسية لكلا الزوجين أو أحدهما و من ثم شيوعها في المجتمع، كأن يكون الزواج ميالا كثيرا إلى الزيجات بدون سبب مقبول همه الوحيد هو المتعة ة اللذة و إرواء الغريزة و كذلك الزوجة.

[1]– فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 30.

[2]– فارس مجمد عمران، المرجع السابق، ص 37.

الخاتمة

عقد الزواج من العقود الهامة في حياة الإنسان، لذلك أولى المشرع عناية خاصة بالشكلية في عقد الزواج، و يظهر ذلك من خلال النصوص القانونية المختلفة و المتنوعة التي أصدرها منذ فجر الاستقلال، و هذا لما تمثله كتابة عقد الزواج من أهمية بالغة، لذلك أوجب المشرع أن يكون هذا العقد مكتوبا في وثيقة يحررها ضابط الحالة المدنية أو الموثق طبقا للمادة 18 من قانون الأسرة.

وبالرغم من أن الزواج العرفي يعتبر زواجا صحيحا شرعا و قانونا حين تتوفر فيه جميع الأركان و الشروط، إلا أنه من الناحية الواقعية تترتب عليه مشاكل عديدة خاصة بالنسبة للزوجة و الأولاد، ليس أقلها ما يضيع عنهم من حقوق، وما يلحق بهم من أضرار مادية ومعنوية.

فالزواج الثابت بوثيقة رسمية بإمكان الزوج رفع دعوى و الادعاء بأي حق من حقوق الزوجة أما إذا كان الزواج تم بالفاتحة لا يمكن لأحد الزوجين رفع دعوى لحماية أي حق من الحقوق الزوجية، و من أمثلة ذلك المرأة المتزوجة عرفيا في حالة امتناع الزوج عن دفع النفقة هنا الزوجة لا يمكن المطالبة بحقها قانونيا و هذا لانعدام الصفة، و الصفة من النظام العام.

الزواج العرفي بهذا الشكل لا يحقق مفهوم الزواج المتعارف عليه و الذي هو نظام اجتماعي كامل تبنى عليه أسرة جديدة في إطار النظم الاجتماعية المتعارف عليها.

و لمعالجة أثار الزواج العرفي نقترح بعض التوصيات:

. إدراج نصوص تقضي بتوحيد الجهات المخول لها إبرام عقد الزواج و ذلك بإسناد مهمة توثيق عقد الزواج لأمة المساجد و خاصة أنهم مؤهلون علميا و شرعيا لإبرام عقد الزواج، و يكون ذلك بعد أداء اليمين القانونية و يمسكون سجلات منظمة وفق نماذج رسمية تسلم لهم من الإدارة يسجلون فيها عقود الزواج ثم يرسلونها إلى البلدية للتقييد في سجل الحالة المدنية.

. تمديد أجال التصريح بتسجيل الزواج إلى مدة معقولة تسمح للزوجين للتصريح بعقود زواجهما و يقترح مدة (30) يوم بدلا من (03) أيا تسري من تاريخ الاحتفال بالزواج.

. توعية المواطنين عن طريق كل من أئمة المساجد، و الإعلام بكل أنواعه لبيان أهمية كتابة عقد الزواج، قصد توفير الحماية القانونية للأسرة التي تعد الخلية الأساسية للمجتمع، و الحفاظ على استقرارها.

قائمة المراجع:

***القران الكريم.**

***الكتب:**

1- إبن فارس أبو فارس الحسين أحمد زكرياء، معجم مقاييس اللغة، مكتبة الكانجي، الطبعة 03، الجزء الأول، القاهرة، 1981.

2- إبن قدامه، الونشريسي، عدة البروق في جمع ماضي المذهب من المجموع والفروق، دراسة وتحقيق حمزة أبو الفارس، دار العرب الإسلامي، الجزء 12، بيروت، لبنان.

3- إبن منظور، لسان العرب، الطبعة 09، الجزء الأول، دار الكتاب العلمية، لبنان، 2899.

4- أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.

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

6- أسامة سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة 02، دار النفائس، بيروت.

7- إسماعيل أبا بكر علي البامري،أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون، الطبعة 01، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

8- الصابوني محمد علي، صفوة التفاسير، الجزء 02، بيروت.

9- الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المكتبة التجارية الكبرى، توزيع دار الفكر، بيروت.

10- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الطبعة 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.

11- - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء الأول،الطبعة 06، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

12- أنور العمروسي، أصول المرفعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1990.

13- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، الطبعة 03، موفر للنشر، الجزائر، 2012.

14- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري والمعدل- دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، الطبعة 01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2008.

15- بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.

16- جمال بن محمد بن محمود،الزواج العرفي في الميزان الإسلامي، الطهطاوي للكتب العلمية، بيروت،لبنان.

17- جمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة 02، دار هومة، الجزائر، 2016.

18- حسن كير، المدخل إلى القانون، الطبعة 06، منشأة المعرف، الإسكندرية، 1993.

19-سميع عبد العظيم، الزواج العرفي، دار الإيمان، الإسكندرية،2002.

20-- شريف كمال عزب، الخلع والزواج العرفي بين الشريعة والقانون، الطبعة 01، دار التقوى القاهرة، 2000.

21- عباس صراف، المدخل إلى علم القانون، الطبعة 01، دار الثقافة والتوزيع، عمان، 2008.

22- عبد رب النبي علي ألجارحي، الزواج العرفي المشكلة والحل، دار الروضة للنشر والتوزيع، القاهرة.

23- عبد الرزاق أحمد الصنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة،1982.

24- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد،أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة 02، دار هومة، الجزائر، 2009.

25- عبد الشافعي ،القواعد الموضوعية والإجرائية لقانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2016.

26- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائرية حسب آخر تعيل له، الطبعة 01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

27- - فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج الغير الرسمي، المكتب الجامعي الحديث، الازاريطة، الإسكندرية، 2005.

28- محمد أبو زهرة، الوجيز الأحوال الشخصية،الطبعة 03، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.

39- محمد محدة، سلسلة فقه الآسرة الخطبة والزواج، الطبعة 02، الجزء 01، دار البعث، الجزائر.

30- ممدوح عزمي، الزواج العرفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.

31- محمد حسين قاسم، مبادئ القانون،دار الجامعية ،1998 .

32- محمد رأفة عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، الطبعة 02، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1984.

33- محمد كمال الدين إمام، الوسائل الأحوال الشخصية خاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

34- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء 01، الطبعة 03، دار المكتب الإسلامي.

35- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج و انحلاله،الجء01، الطبعة 09، دار الورقاء، بيروت، لبنان،2001.

36- نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995.

37- نجمي جمال،، قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي والمحامي، مادة بمادة، الطبعة 02، دار هومة، الجزائر، 2017.

38- هلال يوسف إبراهيم، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين، الناحية الشرعية والقانونية، شرح وتعليق وضيع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990.

39- يوسف دلادندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة، الجزائر، 2009.

*** الرسائل والمذكرات:**

1- بوطيش وهيبة، الشكلية في عقد الزواج، مذكرة من اجل الحصول على شهادة ماجيستار، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر.

2- حسن مهداوي، دراسة نقدية لتعديلات على قانون الأسرة في مسائل الزواج وأثاره، رسالة ماجيستار، فرع خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2009-2010.

3- عماري مريم، الزواج العرفي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013-2014.

4- قدور عطايا الله، الزواج العرفي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة تخرج للحصول على شهادة الماستر، جامعة العلوم الاجتماعية والإنسانية، 2014-2015.

6- مشتاوي فضيلة، الزواج العرفي وأثاره القانونية في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة ماستر في قانون خاص، 2014-2015.2.

7- معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، رسالة ماجيستار، فرع عقود ومسؤولية، الجزائر،2003-2004.

8- هيبر ريمة، زواج العرفي وطرق إثباته، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن لمهيدي، أم لبواقي، 2011-2012.

*** المقالات:**

1- بدوي علي، مقال عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، ، موسوعة الفكر القانوني، العدد 02 .

2- حداد عيسى، الحضانة والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 02، 2011-2012.

3- عبد العزيز ياسمين ، مقال أركان الزواج قانونا وشرعا واثر تخلفهما، دراسات قانونية للزواج العرفي فيالقانونالجزائري،منتدياتستار تايمز، /t www.startimes.com 25541330.4/11/2015,13h30

4- عيادة الحسين ، دور العمل للقاضي في حماية القصر عند انعقاد زواجهم، مجلة القانون، المجلد 09، العدد 02،2020.

5- لمين لبنى، زواج القصر بين المفهوم والمصلحة المعتبرة شرعا، دراسة على ضوء تعديل قانون الأسرة والتطبيق القضائي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 02، 2020-.

6- معيزة عيسى، الرخصة الادارية في زواج الجزائريين بالأجانب واجتهادات المحكمة العليا، مجلة القانون والمجتمع، مجل 07، العدد 02، 2019.

7- خنوش سعيد، تعدد الزوجات بين الضوابط الشرعية والقيود القانونية – دراسة مقارنة- مجلة الشهاب، العدد 01، 2020.

8- عبدلي أمينة، إثبات عقد الزواج العرفي في التشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 01، 2022.

9- عبد السلام محمد مخلوف إبراهيم، الزواج العرفي وحكمه في الفقه الإسلامي، دراسة استقرائية تحليلية، مجلة الشهاب، المجلد 06، العدد 04، 2020.

10- علي يحي، جائحة كورونا في الجزائر تفضح ظاهرة إنتشار الزواج العرفي، مقالة أندبندنت عربية، 2020.

11- كريمة محروق، الاعتراف القضائي بالزواج العرفي بين النص والممارسة، مجلة التراث، المجلد 10، العدد 01، 2020.

*** النصوص القانونية:**

أولا: الدستور:

1- المادة 01 من القانون المدني الصادر بأمر رقم 75—58 لسنة 1775.

2- المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

3- المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري.

4- المادة 07 من القانون 84-11 المؤرخ 09 رمضان 1404.

5- المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية 15.

6- المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية 15.

7- المادة 17 من قانون الأسرة معدلة ومتممة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية 15.

8- المادة 22 من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية المؤرخة في 27 فيفري 2005، العدد 15.

9- المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة أمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

10- المادة 51 مكرر من قانون إجراءات جزائية.

11- المادة 57 مكرر من قانون إجراءات جزائية.

12- المادة 247 من القانون المدني المعدل بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني حسب تعديل له قانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

13- المادة 342 من القانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 مايو سنة 2007، يتضمن القانون المدني حسب أخر تعديل.

ثانيا: النصوص التشريعية.

1- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة في 23-04-2008.

2- قانون رقم 84-12 المؤرخ 09 يونيو يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ثالثا: النصوص التنفيذية:

1- أمر رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 49، الصادرة في 20 أوت 2014.

2- أمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 أوت ذو الحجة 1379 الموافق ل 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، المؤرخة في 27-06-1970.

3- أمر رقم 05-02 المؤرخ في 09 يونيو 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الآسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية في 27 فبرير 2005، العدد 15.

الفهرس

العنوان **الصفحة**

مقدمة.....01
الفصل الأول: الإطار ألمفاهيمي لعقد الزواج العرفي.....05
المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي.....06
المطلب الأول: المقصود الزواج العرفي.....06
الفرع الأول: تعريف الزواج لغة واصطلاحا.....06
أولا: الزواج لغة.....06
ثانيا: الزواج اصطلاحا.....07
أ- التعريف التشريعي.....07
ب- التعريف القانوني.....08
الفرع الثاني: تعريف العرف لغة واصطلاحا.....08
أولا: العرف لغة.....08
ثانيا: العرف اصطلاحا.....09
أ- التعريف الشرعي.....09
ب- التعرف القانوني.....09
الفرع الثالث: تعريف الزواج العرفي.....10
المطلب الثاني: أركان وشروط الزواج العرفي.....11
الفرع الأول: أركان الزواج العرفي.....12
أ- ركن الرضا.....12
الفرع الثاني: شروط الزواج العرفي.....12
أ- الأهلية.....13
ب- الصداق.....14
ج- الولاية.....16
د- الشاهدان.....19
هـ- إنعدام الموانع الشرعية للزواج.....21
المطلب الثالث: أثر أركان و شروط الزواج العرفي.....24
الفرع الاول: أثر تخلف أحد أركان عقد الزواج.....24
الفرع الثاني: أثر تخلف أحد شروط عقد الزواج.....25
أولا: تعريف الزواج الفاسد.....25
ثانيا: أثر الزواج الفاسد.....26

المبحث الثاني: أسباب الزواج العرفي وحكمه.....26
المطلب الأول: أسباب الزواج العرفي.....26
الفرع الأول: الأسباب القانونية.....26
أولا: الأسباب القانونية العامة.....26
أ- تعدد الزوجات.....26
ب- التهرب من التبعات القانونية.....28
ثانيا: الأسباب القانونية الخاصة.....28
أ- حالة المطلقين.....28
ب- حالة موظفي الأمن والمنتمين إلى الجيش الشعبي الوطني.....29
ج- الزواج بالأجانب.....29
د- قصر السن.....29
هـ- عدم الرغبة في التنازل على المعاش.....30
و- الاحتفاظ بالمحضون وبمسكن الحضانة.....30
الفرع الثاني: الأسباب الاجتماعية.....31
أولا: الفوارق الاجتماعية.....31
ثانيا: تأخر سن الزواج.....32
ثالثا: صعوبات المادية.....32
رابعا: تأثر بعض العائلات بعوامل البيئة.....33
خامسا: نية النصب الاحتلال.....33
سادسا: انتشار ظاهرة مرض كورونا في الآونة الأخيرة.....34
الفرع الثالث: الأسباب الدينية.....34
أولا: الاكتفاء والثقة بعقد الإمام.....34
المطلب الثاني: حكم الزواج العرفي.....35
الفرع الأول: حكم الزواج العرفي شرعا.....35
أولا: من ناحية توافر أركان و شروط الزواج الشرعي.....35
ثانيا: من ناحية تحقيق مقاصد الزواج الشرعية.....36
الفرع الثاني: حكم الزواج العرفي قانونا.....36
الفصل الثاني: طرق إثبات عقد الزواج العرفي وإجراءات تسجيله.....38
المبحث الأول: طرق إثبات عقد الزواج العرفي.....39
المطلب الأول: إثبات الزواج العرفي بالإقرار.....39
الفرع الأول: تعريف الإقرار.....39

أولا: الإقرار القضائي.....39
ثانيا: الإقرار غير القضائي.....40
الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالإقرار.....40
أولا: الشروط الخاصة بالمقر.....40
ثانيا: الشروط الخاصة بالمقر له.....40
ثالثا: الشروط الخاصة بالمقر له.....41
رابعا: الشروط الواجب توافرها في صيغة الإقرار.....41
الفرع الثالث: حجية الإقرار.....41
أولا: موقف القضاء من حجية الإقرار.....41
ثانيا: موقف الفقهاء من حجية الإقرار.....42
المطلب الثاني: إثبات الزواج العرفي بالبينة(الشهادة).....42
الفرع الأول: تعريف البينة و أنواعها.....43
أولا: مفهوم البينة.....43
ثانيا: أنواع البينة.....43
1. البينة المباشرة.....44
2. البينة سماعية.....44
3. البينة بالتسامع.....44
الفرع الثاني: شروط أداء الشهادة.....45
أولا: شروط ترجع إلى الشاهد.....45
ثانيا: شروط ترجع إلى الشهادة.....46
ثالثا: شروط ترجع إلى المشهود به.....47
رابعا: أداء الشهادة.....47
الفرع الثالث: حكم الرجوع عن البينة.....48
المطلب الثالث: النكول عن اليمين.....49
الفرع الأول: تعريف اليمين و النكول عنه.....50
1. تعريف اليمين.....50
2. تعريف النكول عن اليمين.....50
الفرع الثاني: أنواع اليمين.....51
1. اليمين الحاسمة.....51
2. اليمين المتممة.....51
الفرع الثالث: حجية اليمين.....51

المبحث الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي.....52
المطلب الأول:تسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه 52
الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة.....53
الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة.....54
الفرع الثالث: شروط رفع دعوى إثبات الزواج العرفي.....55
1- الشروط الموضوعية.....55
أولا: الأهلية.....55
ثانيا: الصفة.....56
ثالثا:المصلحة.....56
2. الشروط الشكلية.....57
أولا: ميعاد رفع دعوى إثبات الزواج العرفي.....57
ثانيا: مكان رفع إثبات الزواج العرفي و إجراءات تبليغها.....57
ثالثا:إجراءا تحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي.....58
رابعا: صدور الحكم بتثبيت الزواج العرفي.....61
أ- طبيعة الحكم بتثبيت الزواج العرفي.....61
ب- الطعن في حكم تثبيت الزواج العرفي 61
ج- تنفيذ حكم الزواج و تقييده.....61
المطلب الثاني: تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه.....62
الفرع الأول: تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه و المبرم داخل الوطن.....62
أولا: الجهة القضائية المختصة.....63
ثانيا: الإجراءات المتبعة.....63
الفرع الثاني: تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه و المبرم خارج الوطن.....64
أولا: الجهة القضائية لمختصة.....64
ثانيا: الإجراءات المتبعة.....65
المطلب الثالث: آثار الزواج العرفي.....65
الفرع الأول: آثار الزواج العرفي على الزوج.....65
1. الآثار الايجابية.....65
2. الآثار السلبية.....66
الفرع الثاني: آثار الزواج العرفي على الزوجة.....66
1. الآثار الايجابية.....66
2. الآثار السلبية.....67

الفرع الثالث: آثار الزواج العرفي على المجتمع.....68
1. الآثار الايجابية.....68
2. الآثار السلبية.....68
الخاتمة.....70
قائمة المراجع.....71
الفهرس.....76