جامعة محمد خيضر – بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة

اشكاليات الزواج العرفي

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون الاحوال شخصية

اعداد الطالب:

بن ابراهيم نور الدين

اشراف الاستاذة:

قادري نادية

الموسم الجامعي:2015/2014

المقدمة

لقد اعتنى الاسلام بالاسرة و ارشد الى تكوينها على اساس سليم و منهج قويم و قواعد متينة و جعل نواتها الزوج و الزوجة، و اساسها الزواج الصحيح، فيه تتكون و في ظله تنمو و تكبر و تقوى و تشتد، فأرشدنا اليه و رغبنا فيه **وفي ذلك جاء لقوله تعالى" ومن اياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها و جعل بينكم مودة و رحمة، ان في ذلك لايات لقوم يتفكرون"و منه ايضا قوله صلى الله عليه وسلم: "تناكحوا تناسلوا فاني اباهي بكم الامم يوم القيامة**"، و جاءت نصوص من الكتاب و السنة الكثيرة، مبينة لاحكامه و شروطه و اركانه و اثاره، و موجهة الى تيسيره و مؤكدة على قدسيته و قيامه بالمودة و الرحمة، و جعله من النعم التي امتن الله بها على عباده أجمع. وقد حاولت المجتمعات منذ القدم جعل الزواج في اطار محدد وذو صبغة موحدة تفرقه عن باقي العلاقات غير الشرعية وجعلت من انعقاده مناسبة سارة يفرح لها الاهل و المقربون، و من انحلاله نكبة تلحق بطرفي العقد و اهليهما، وحرصت في ذلك على اتباع اجراءات معينة تعطي لهذا العقد الهبة و القوة الدينية، شانها شان المشرع الجزائري الذي خص الزواج باحكام و قواعد محددة.

و مما شاع في هذا الزمان ما يسمى بالزواج العرفي لا سيما بين الطبقات المتعلمة و المثقفة حتى اضحى ظاهرة اجتماعية في بعض الدول العربية و الاسلامية ربما بسبب زيادة الالتزامات و القيود في الزواج الرسمي الموثق، أو لوجود تشريعات و انظمة تقيد الزواج الشرعي، او تصعب اجراءاته او بسبب الحاجة والفاقة، او ارتفاع نسبة العنوسة و لكن الشيء الذي يطرح نفسه هو عن المشاكل التي تنتج في حالة عدم توثيق عقد الزواج فيصبح اداة عند البعض في التستر تحته من اجل اشباع رغباتهم و اكل حقوق الناس بالباطل و نتيجة لما ينجر عن الزواج العرفي من مشاكل في حياة المجتمع اليوم حاولت في بحثي هذا المتواضع تسليط الضوء على اهم اشكالات الزواج العرفي و لو انها عديدة و متشعبة.

1. اهمية الموضوع

ان اشكالات الزواج العرفي من المواضيع التي احدثت ضجة و نقاشا واسعا و كبيرا على المستوى الفقهي و القانوني خاصة و ذلك للاهمية العلمية و النظرية لهذا الموضوع

و المقصود بالاهمية النظرية هو:

– التعرف على حقيقة الزواج العرفي.
– هل هو زواج صحيح او غير صحيح و اذا كان زواجا صحيح و مرتبا لجميع اثاره يجب ان نتعرف على جدوى التوثيق، و لذلك سنستعرض لاراء الفقه الاسلامي وكذلك لراي القانون الوضعي، و اجراءاته في التوثيق.

امالقصود بالاهمية العلمية هو:

– المشاكل العلمية اللتى يطرحها الزواج العرفي في ارض الواقع من ضياع للحقوق سواء للزوجة او ابناء (نفقة، نسب، ...).

– حجم القضايا التي تعرض على محاكمنا وتعطل قضاءنا ونحن في غنى عنها.

مما يستغرق وقتا ومالا ويتطلب ميزانية مضاعفة تدفعها الدولة

– ضرورة تضافر كل جهود العاملين في مجال القضاء و القانون، من باحثين و قضاة لوضع حل لهذه المشكلة التي مهدت لمشاكل اخرى.

وهذا ما دفعني لمعالجة موضوع اشكالات الزواج العرفي بين الواقع والقانون

2. اشكالية البحث:

الى اي مدى يمكن ان يطرح الزواج العرفي الغير موثق اشكالات في ارض الواقع تؤثر على استقرار الاسرة ؟وكيف يمكن الحفاض على حقوق الزوجين و الابناء؟ و للاجابة على الاشكالية المطروحة سنجيب على الاسئلة التالية:

- ما حقيقة هذا النوع من الزواج؟
- ما هي اهم الاشكالات الناتجة عن اثار هذا الزواج؟

- كيف يوثق هذا الزواج من اثبات و تسجيل؟

3. اهداف الموضوع:

كان لنا الهدف من وراء هذا البحث ان نحاول من خلاله ما يلي:

- اولا: اعطاء لمحة عن ماهية الزواج العرفي.
- ثانيا: طرح مختلف واهم الاشكالات المتعلقة بالزواج العرفي وما يشمله من خطورة على الاسرة والمجتمع.
- ثالثا: اشكالية اثبات الزواج العرفي وكيفية تسجيله ضمن قانون الاسرة الجزائري.
- جمع ما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية الفقهية و القانونية و اخراجه في شكل رسالة جامعية و اكادمية لكي يستفيد منها طلبة العلم و الباحثون في المجال الفقهي و القانوني.

4. اسباب اختيار الموضوع:

اخترت هذا الموضوع بالذات الى:

- رغبتي النفسية في التطرق الى معالجة مثل هذا الموضوع.
- كثرة القضايا المتعلقة بهذا الموضوع.
- قلة الكتابات و المواضيع المعالجة لهذا الموضوع.
- ما يشكله هذا الموضوع من مخاطر اتجاه الاسرة و المجتمع.

5. المنهج المتبع :

لقد اتبعت في كتابة بحثي الى المنهج الاستقرائي (الاستدلالي) اساسا عن طريق تتبع الاراء الفقهية في مختلف المذاهب وكذا النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية من اجل الوصول الى مدى امكانية ترتيب الزواج العرفي باثاره و طرق اثباته في الحالات المعروضة، كما قمت باستقراء ما ورد في قانون الاسرة الجزائري لا سيما التعديل الجديد له.

كما استعنت بالمنهج الوصفي التحليلي كونهما الأنسب لمثل هذه الدراسات المعتمدة اساسا على تحليل اراء الفقهاء واستنطاق النصوص القانونية والاحكام القضائية.

6. صعوبات البحث:

في سبيل هذا البحث تعرضت الى مجموعة من الصعوبات هي:

- قلة وندرة الدراسات التي تطرقت الى معالجة موضوع اشكالات الزواج العرفي.
- الاختلاف الكبير و الجدل الواسع الموجود بين الفقهاء والقانونيين حول هذا الموضوع مما وضعني في دائرة واسعة وصعبة في انتقاء المعلومات.
- يكاد ينعدم الاجتهاد القضائي الجزائري في دراسة هذا الموضوع مما اوجب علينا الاستعانة باجتهاد القضاء المصري لاثراء البحث من الجانب القضائي.

7. الدراسات السابقة:

من خلال بحثي في جمع المعلومات من اجل معالجة موضوع اشكالات الزواج العرفي لم اجد اي مرجع معتمد اومتخصص في النظر في هذا الموضوع بالذات، اما بالنسبة للمراجع العامة التي تناولت عقد الزواج من اركان و شروط و اثار فكانت متوفرة الا ما عدا دراسة اكادمية عبارة عن رسالة ماجستير، و التي تطرقت الى هذا الموضوع بصفة عامة بعنوان (اجراءات عقد الزواج الرسمي و طرق اثباته ومشكلة الاثبات في الزواج العرفي) الطالبة معزوز دليلة، جامعة الجزئر، كلية الحقوق بن عكنون.

وكذلك رسالة ليسانس كلاسيك واللتي جاءت بعنوان (الزواج العرفي و ادلة اثباته في قانون الاسرة الجزائري) لطالبتين حوحو مليكة و حوحو شافية جامعة محمد خيضر بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية .

8. الخطة المتبعة :

قمت بدراسة و معالجة هذا البحث باتباع خطوات المنهجية العلمية فقسمت بحثي الى فصلين اساسيين سبقتهما بمبحث تمهيدي لضرورته تطرقت فيه الى الاحكام العامة للزواج العرفي.

و تناولت في الفصل الاول الاشكالات المترتبة عن اثارعقد الزواج العرفي في مبحثين الاول يتضمن اهم اشكالات الاثار القانونية و الثاني لاهم اشكالات الاثار المادية.

اما الفصل الثاني فخصصته الى اشكالية توثيق عقد الزواج العرفي و ذلك للاهمية الكبيرة لهذه الاشكالية و فيه مبحثين الاول يتضمن اشكالية الاثبات و الثاني اشكالية التسجيل.

و انهيت الدراسة بخاتمة تضمنت اهم النتائج و التوصيات.

خطة موجزة للبحث

المقدمة

مبحث تمهيدي : الاحكام العامة لعقد الزواج العرفي

المطلب الاول : مفهوم عقد الزواج العرفي

المطلب الثاني: أركان وشروط عقد الزواج العرفي

الفصل الاول:الاشكالات المترتبة عن اثار عقد الزواج العرفي

المبحث الاول:اشكاليات الاثار القانونية

المطلب الاول:اشكاليات اثارالقانونية على الابناء

المطلب الثاني:اشكاليات الاثار قانونية على الزوجين

المبحث الثاني:اشكاليات الاثار المادية و الاجتماعية

المطلب الاول:اشكاليات الاثار المادية

المطلب الثاني: اشكاليات الاثار الاجتماعية

الفصل الثاني:اشكالية توثيق عقد الزواج العرفي

المبحث الاول:اشكالية اثبات عقد الزواج العرفي

المطلب الاول:اثبات عقد الزواج العرفي عن طريق الاقرار

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

المطلب الثالث: اثبات عقد الزواج العرفي عن طريق اليمين و النكول عنه

المبحث الثاني:اشكالية تسجيل عقد الزواج العرفي

المطلب الاول:تسجيل زواج العرفي المتنازع فيه

المطلب الثاني: تسجيل زواج العرفي غير المتنازع فيه

الخاتمة

مبحث تمهيدي : الاحكام العامة لعقد الزواج العرفي

يعد الزواج العرفي ظاهرة اجتماعية و قانونية تزداد يوما بعد يوم،ورغم انه يعد زواجا صحيحا شرعا الا ان عدم استكمال توثيقه، عرض الاسرة لعدة مشاكل لذلك حاولت معرفة حقيقة هذا الزواج و الاسباب التي ادت اليه ضمن مطلبين قدمت في المطلب الاول مفهوم عام و مختصر للزواج العرفي كما قدمت في المطلب الثاني اركانه و شروطه.

المطلب الاول: مفهوم عقد الزواج العرفي

لضبط مفهوم الزواج العرفي ارتأينا انه من الضروري التعريف به ثم التعرف على اسباب اللجوء اليه.

الفرع الاول: تعريف الزواج العرفي

سنتطرق الى تعريف الزواج العرفي لغة و اصطلاحا و بيان حكمه في الفقه و القانون.

اولا: الزواج العرفي لغة

– بما ان عبارة الزواج العرفي تتكون من كلمتين، لذلك سنتعرف اولا على مصطلح الزواج ثم نتعرف ثانيا على مصطلح العرف.

1– الزواج في اللغة: من الزوج وهو خلاف الفرد و زوج المراة هو بعلها, و زوج الرجل امرأته وتزوج من بين فلان نكح فيهم (1)، و زوج الشيء و زوجته اليه قربة، و لقد جاء في القران ما يرادف هذا المعنى في قوله تعالى: "و زوجناهم بحور عين"(2)، اي قرناهم بهن و قوله: "و اذا النفوس زوجت"، اي اقترنت بابدانها و اعمالها.

و الزوج يطلق على الذكر و الانثى لقوله تعالى: "وقلنا يا ادم اسكن انت وزوجك الجنة " (البقرة /اية 35)، "و انه خلق الزوجين الذكر و الانثى" (النجم الاية /45)(3).

2 – الزواج العرفي في اللغة: هذه الكلمة ماخوذة من "العرف" و تعني في معاجم اللغة العربية فيقال عرف يعرفه عرفه عرفا و معرفة و اعترافا.

و هي من عرف العرفان اي العلم ورجل عروف و عروفة، و يعرف الامور و عريف القوم سيدهم و عرف بذنبه عرفا، و اعترافا و المعروف ضد المنكر كالعرف و المعروف لا يتحسن من الافعال و عرفه طيبة وزينة و العرف(1).

---

(1): ابن فارس ابو الحسين احمد بن زكرياء، **معجم مقاييس اللغة**، ج3، ط3، مكتبة الخانجي، القاهرة ،1981، ص 35.

(2):الفيروز ابادي، **القاموس المحيط** ،تر، مجد الدين محمد بن يعقوب، ج1،المطبعة الميرية، مصر، 1301هـ، 1991، ص 200.

(3): نفس المرجع, ص 254.

(4): ابن منظور، **لسان العرب**، تحقيق عبد الله علي الكبير واخرون، ج4، دار المعارف، باب العين المادة "عرف"، ص2897–2902,

و العرف النخل اذا بلغ الاطعام و العرف و العروف الرمل المرتفع و العرف المنجم(1).

ثانيا: الزواج العرفي اصطلاحا

1- الزواج

1.1- تعريف الزواج في الاصطلاح الفقهي: عرف الفقهاء الزواج بتعريفات مختلفة نوردها فيما ياتي:

عند الحنفية: "عقد يفيد ملك المتعة قصدا"(2).

عند الشافعية: "عقد يتضمن اباحة وطء بلفظ انكاح ونحوه"(3).

عند المالكية: "عقد على مجرد متعة التلذذ بادمية غير موجبة قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها في الكتاب على المشهود او الاجماع على الاخر"(4).

---

(1): الفيومي، احمد بن محمد بن علي المقري، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**، ج1، دار القلم، بيروت، لبنان، ص 553.

(2): الزيلعي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الاسلامي، ج2، ط2، القاهرة، مصر، ص94.

(3): الشافعي، **الام**، ج 2، ط2، دار الفكر، بيروت، 1983، ص15.

(4): احمد بن غنيم بن سالم، **الفواكه الدوائي على رسالة ابو زيد القيرواني**، ج2، مطبعة السعادة، مصر، 1331هـ، ص 150.

و قد وضع ابو زهرة تعريف كاشفا لحقيقة عقد الزواج و المقصود منه حيث عرفه:

"عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمراة, بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الانساني وتعاونهما مدى الحباة و يحدد ما لديهما من حقوق وما عليهما من واجبات "(1)، و هو التعريف المختار هنا لانه يبين حقيقة و مقصد عقد الزواج من كونه عقدا غايته اسمى من مجرد حل المتعة بين الزوجين اولا و هو التناسل و حفظ النوع الانساني، اما المتعة ليست مقصودة لذاتها بل لاجل التناسل.

2.1- تعريف الزواج في القانون:

عرفت المادة 4 من قانون الاسرة الزواج بانه: "عقد رضائي يتم بين الرجل و المراة على الوجه الشرعي، من اهدافه، تكوين اسرة اساسها المودة و الرحمة و التعاون و احصان الزوجين و المحافظة على الانساب"(2).

فمن خلال قراءتنا لنص المادة 4 نستخلص أن المشرع الجزائري على خلاف فقهاء الشريعة الاسلامية الذين قصدوا عقد الزواج على حل المتعة و الاستمتاع بين الزوجين رقى بالزواج الى اسمى مراتبه ورسم له اهدافا و مقاصد يسعى لتحقيقها، فمن جهة له هدف شخصي لكل

(1): محمد ابو زهرة، **محاضرات في عقد الزواج و اثاره**، ص 44، الموقع (www.uslamway.com).

(2): المادة 4 من (قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984) المتضمن قانون الاسرة المعدل و المتمم بامر رقم 05-02، المؤرخ في(27 فبراير 2005)، الجريدة الرسمية، العدد1، ص 13.

من الزوجين و هو الاحصان و اخر اسري بتكوينه اسرة قائمة على المودة و الرحمة و التالف و التعاون بين افراد الاسرة الواحدة، و هدف اجتماعي من كونه يساهم في استمرارية النوع الانساني، و بالتالي يحافظ على بقائه و كل ذلك في ظل نظام محكم بضوابط ثابتة لان ترك تكوين اسرة بلا نظام و لا ظابط يترتب عليه من المفاسد ما لا يحصى و لا يعد و لو وجدت ذرية لا تعرف لها اصلا و لا نسبا و لتفكك المجتمع و اختل كما هو الشان في دول المغرب .(1)

فالتشريع المغربي اعطى للزواج صيغة القداسية حيث اطلق على الزواج ميثاق الذي هو العهد المتضمن للعقد مع الاحساس بالمعنى الروحي المطلوب في الترابط بين الزوجين وتماسكهما، و ذلك ماخوذ من قوله تعالى : "واخذنا منهم ميثاقا غليظا" النساء الاية 21، فقد سمى الله سبحانه و تعالى عقد الزواج بالميثاق(2).

و قد عرفه قانون الاحوال الشخصية الاردني في الفصل الاول المادة الثانية بانه: "الزواج عقد بين رجل و امراة له شرعا لتكوين اسرة و ايجاد نسل بينهما"(3).

(1): محمد محدة، **الاحكام الاساسية في الاحوال الشخصية الخطبة و الزواج**، دار الشهاب، باتنة،الجزائر، ص 91.

(2): ادريس الفاخوري، **احكام الزواج في مدونة الاحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي**، ط1، 1993، ص 29.

(3): قانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الاحوال الشخصية الاردني، موسوعة التشريعات العربية.

كما يعرفه قانون الاحوال الشخصية السوري في المادة الاولى منه انه: "الزواج عقد بين رجل و امراة يحل له شرعا، غايته انشاء رابطة بالحياة المشتركة و النسل"(1).

2: تعريف العرف في الاصطلاح

هو ما تعارفه الناس، و ساروا عليه من قول او فعل او ترك(2)، و عرفوه ايضا بانه ما اعتاده الناس و ساراو عليه في شؤون حياتهم(3)، و من هنا نخلص الى مفهوم الزواج العرفي من خلال هذه التعريفات :

عرفه سليمان الاشقر بانه: "عقد لم يسجل في المحكمة ولم يجري على يد ماذون ولم تصدر فيه وثيقة الزواج"(4).

عرفه حسن حسن منصور بانه: "زواج افرغ في ورقة عرفية، لم يتدخل الموظف العام المختص في تحريرها"(5).

---

(1): المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 1953/09/17، المتضمن قانون الاحوال الشخصية السوري، موسوعة التشريعات العربية، محمد بن يونس، نبيل سعد.

(2): عبد الوهاب خلاف، **علم اصول الفقه**، ط9، الكويت، 1970، ص 99.

(3): عيد العزيز خياط، **نظرية العرف**، مكتبة الاقصى، عمان، 1977، ص24.

(4): عمر سليمان الاشقر، **احكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة**، ط2، دار النفائس بيروت، ص177.

(5): حسن حسن منصور، **المحيط في مسائل الاحوال الشخصية**، ط2، الاسكندرية، ص 195.

عرفه محمد ابراهيم بانه: "هو زواج اكتملت فيه اركان الزواج الصحيح، و لكنه لم يوثق من الحكومات القائمة في هذا البلد الذي تم فيه العقد"(1).

عرفه بوحلاسة عمر بانه: "تلك العقود التي جرت في الماضي وفق اصول الشريعة الاسلامية ولم تسجل الحالة المدنية، في وقتها القانوني"(2).

عرفه بدوي علي بقوله: "عقد يحل رجل وامراة ابرم وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية و تم فيه الدخول بالزوجة، الى بيت الزوجية و لم يسجل في سجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانونا لذلك"(3).

فمن خلال التعاريف السابقة للزواج العرفي نصل الى انه زواج متوافر على جميع الاركان الشرعية من رضا الزوجين و ولي الزوجة و شهود و الاعلان، و كل ما في الامر انه لم يوثق لدى الجهات المكلفة بتسجيله، و قد اصطلح عليه الفقهاء الزواج العرفي، لانه يتم وفق ما تعارف عليه الناس منذ عهد رسول الله –ص–.

(1): محمد ابو هيثم، "ظاهرة منحرفة انتشرت باسم الزواج العرفي"، 2002/01/09، مقالة ماخوذة من الانترنيت، موقع: www.uslamway.com ، تاريخ الزيارة 11–4–2015 سا 14:20.

(2): عمر بوحلاسة، "عقود الزواج المغفلة"، ع2، نشرة القضاة، افريل1989، ص 16.

(3): بداوي علي، "مقال عقود الزواج العرفية بين قصور احكام القانون و متطلبات المجتمع"، موسوعة الفكر القانوني, ع 02، ص 14.

الفرع الثاني:حكم الزواج العرفي

الاصل ان الزواج العرفي متى كان مستوفيا لكل شروطه الشرعية، فانه زواج صحيح يترتب عليه كل الاثار الشرعية للزواج سواءا للزوج او الزوجة او الابناء.

و لكن لاسباب عدة فانه قد حصل شبه اجماع لدى الفقهاء المعاصرين بانه الزواج العرفي المستكمل لاركانه و شروط الشرعية و الغير موثق لدى الجهات المكلفة بذلك يوشك ان يكون زواجا مكروها كراهة قانونية واجتماعية ترتب الكراهة الشرعية و قد علل الفقهاء حكمهم هذا بالحجج و الادلة الاتية:

1. ان الزواج العرفي عرضة للانكار و يؤدي الى ضياع حقوق الزوجة الشرعية و القانونية(1).
2. ان فيه مخالفة لامر ولي الامر، و طاعته واجبة، فيما ليس بمعصية، و يحقق مصلحة العباد.

كما صدر عن الفقهاء المعاصرين فتوى بتحريمه و منعه بل و منهم من دعا الى تحريم الزواج العرفي(2).

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

(1): عمر سليمان الاشقر، المرجع السابق، ص 177.

(2): عبد الرحيم فودة، "الزواج السري و العرفي"، مجلة لواء الاسلام، ع02، السنة التاسعة عشر، 02 فبراير 1965، مطابع مذكور و اولاده، القاهرة، مصر،ص 19.

و هذا لما يترتب على عدم توثيقه من فساد وضياع لحقوق الزوجة و الاولاد و على الاباء ان يلتزموا بامر ولي امرهم و لا يزوجوا بناتهم زواجا عرفيا و ان يحرصوا على توثيقه، و حماية للنظام العام، و صونا لحقوق الزوجة و الابناء.

الفرع الثالث: اسباب اللجوء الى الزواج العرفي

تعددت اسباب اللجوء للزواج العرفي و يصعب تحديدها جيمعا، لان ذلك يحتاج الى كثير من الابحاث و الاحصاءات الدقيقة و المتنوعة، فضلا على هذا غالبا ما يتم الزواج سرا. و قد اجهد الباحثون انفسهم في دراسة هذه الظاهرة التي حصروا اسبابها في اسباب دينية و قانونية و اجتماعية.

اولا: الاسباب الدينية

هي من اهم الاسباب المؤدية الى هذه الظاهرة، و يمكن حصرها في قلة الوازع الديني و اندثار القيم و المبادئ القومية، فضلا عن السلوكيات الدخيلة التي ليست من الدين في شيء و رغم اهمية هذه الاسباب الدينية والتي تؤكد عليها احكام المحاكم و الابحاث التي تجري فالتهوين من شانها قائم و تغيب الوازع الديني حائم و لا حول و لا قوة الا بالله العظيم(1).

كما يعد اظطراب الفتوى وتضاربها بين العلماء واختلافهم بشان الحكم الشرعي للزواج غير الموثق سببا اخر من اسباب انتشاره(2)، فالبعض من المفتين يحل الزواج العرفي و الاخر يحرمه، فلا بد من التفصيل و البيان حتى يصطلح كل فريق على حقه فيما يتوافق مع الضوابط الشرعية للزواج الاسلامي لحلها، و ما تخالفه نحرمها و ننكره كذلك لابد من تحصيل ادوات النظر في الكتاب و السنة.

---

(1): مجلة منير الاسلام، عند شهر صفر، سنة 1418هـ، ص87 و ما بعدها، مقالة ماخوذة من الانترنيت، موقع: www.uslamway.com ، تاريخ الزيارة 11-4-2015 سا 14:20

(2): فارس محمد عمران، **الزواج العرفي، و الصورالاخرى للزواج الغير الرسمي**، دار الجامعة الجديدة، مصر 2001 ص71.

و تجنب الرخص او زلات العلماء، فلكل جواد كبوه، و لكل عالم زلة(1)، و من يتقول على الله و رسوله الكريم و يقول في القران برايه فليتبوأ مقعده من النار لان المتكلم بالراي ان اصاب الحق مرة سيخطئه الاف المرات.

ثانيا: الاسباب القانونية

تعد الاسباب القانونية احد اهم العوامل التي تدفع الافراد نحو التهرب من توثيق عقود زواجهم، خاصة بعد تعديل قانون الاسرة (2)، ويقصد بها القيزد القانونية التي تفرضها الاحكام الجديدة عند اجراء عقود الزواج، حيث استحدث المشرع شروطا يتعذر على بعض الافراد تلبيتها، مما ادى الى تزايد ملحوظ لظاهرة الزواج العرفي.

يمكن حصر الاسباب القانونية فيما ياتي:

1- القيود المفروضة على تعدد الزوجات

اباح المشرع للزوج الحق في تعدد الزوجات (الفقرة الاولى من المادة 8 ق.أ)(3)، (في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطبيق)(4). وجاء في المادة 08 مكرر 01: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول اذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا لشروط المادة 08 أعلاه" الا انه اخضعه لقيود (الفقرة 02 و الفقرة 03 من نفس المادة).

---

(1): سميع عبد العظيم, **الزواج العرفي**، دار القمة، دار الايمان، الاسكندرية، 2002، ص36-37-38.

(2): الامر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة.

(3): المادة 8 ف، 1 ق.أ:« يسمح بالزواج باكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الاسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل».

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

و هذا ما اعتبره البعض سببا للجوء الى الزواج غير الموثق، مما يترتب على عدم مراعاة الزوج لهذه الشروط القانونية الحق لكل زوجة في التطليق، أو فسخ عقد الزواج بالنسية للزوجة الثانية في حالة عدم الدخول(1).

ان اقران الزواج بالتعدد ليس امرا سهلا كما يعتقده البعض وخاصة الراي العام الغربي الشائع بحيث لا يكفي الاقتناع الذاتي باباحته الشرعية و ابلاغ الزوجة السابقة بل لابد من تجسيد كل هذه الترتيبات في ترخيص قضائي يؤكد صحتها و الا لابد مسبقا من حل الرابطة الزوجية القائمة و مواجهة تبعاتها، فللمطلقة تعسفا الحق فيما يجبر تضررها و للحاضنة الحق في نفقة لها و لابنائها و في مسكن(2)، ان عدم احترام هذه الواجهات يشكل حالة من الاهمال العئلي يجرمه و يعاقب عليه قانون العقويات(3).

و عليه كان الزواج العرفي هو السبيل الوحيد الذي يجده الزوج للتهرب من الاتزامات المترتبة على الزواج في حالة رغبته في التعدد (4) مع تمسكه بزوجته الاولى والحفاظ على اسرته مثلا، و يستعمل هذا الطريق كأمر واقع يصبح فيه القاضي مجبرا على تثبيت الزواج في حالة اثبات النسب(5).

في الواقع ان هذا الحل هو حل ضعيف مؤقت وغير مجدي لانه لا يزيل التدليس وتبقى العلاقة الزوجبة المرغوب في المحافظة عليها مهددة و غير مطمئنة كونها مرهونة بمدة التستر و الاخفاء.

---

(1): المادة 8 مكرر 1 ق.أ: « يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول اذا لم بستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 اعلاه ».

(2): المادة 72 ق.أ: « في حالة الطلاق، ان يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة و ان تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الايجار».

(3): طالع المادة 331 من قانون العقوبات.

(4): فاطمة مصطفى، **الزواج العرفي**، ط1، 1998، ص 24-26.

(5): منير إدعيس، منتدى لمناقشة قانون الأسرة الجديد، الجزائر، 2007/03/21، الموقع:
www.amangordan.org.mebek تاريخ الزيارة 12-4-2015 سا .8:00

2- سبب العجز على اكتتاب عقد الزواج

يفرض قانون الاسرة على طالبي الزواج احضار وثائق ادارية (لاسيما عقد الميلاد) و شهادة طبية من اجل التوثيق الرسمي للعقد، فاذا تخلفت وثيقة واحدة يمتنع ظابط الحالة المدنية او الموثق عن تحريره.

قد تشكل وثائق الحالة المدنية قيودا يصعب على بعض الافراد تحصيلها خاصة وان منهم من لم يسجل بالحالة المدنية و بالتالي لا يملك اي وثيقة تثبت هويته، الامر الذي يدفعه للزواج دون توثيق(1)، و يلزم القانون المطلقين احضار شهادة الطلاق بالنسية للرجل وشهادة تثبت استنفاذ العدة (شهادة اثبات الطلاق منذ اكثر من ثلاثة اشهر)، فبالنسبة للاخيرة فانها لا تسلم غالبا الا بعد احضار نسخة من حكم الطلاق و نسخة من محضر تبليغ الحكم، و امام صعوبة استخراج مثل هذه الشهادة يضطر الافراد للزواج العرفي(2)، او ايضا هروبا من شرط الاهلية(3)، او لعجز في احضار وثيقة طبية(4).

و بالنسبة لموظفي الامن و افراد الجيش الشعبي الوطني و الدرك الوطني ان القوانين الخاصة التي يخضعون لها تلزمهم بالحصول على ترخيص مسبق بعد الفحص

(1): جمال بن محمد بن محمود، **الزواج العرفي في الميزان الاسلامي**، مراجعة علي أحمد عبد العال الطيطاوي، الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 96.

(2): بدوي علي، المرجع السابق، ص 161.

(3): المادة 9 من قانون الاسرة: يجب ان تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: اهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية لزواج.

(4): انظر المادة 7 من قانون الاسرة الجزائري.

المطلب الثاني: أركان وشروط عقد الزواج العرفي

إن عقد الزواج كعقد شرعي له أركان تقومه و تحقق ماهيته و شروط لابد منها لأجل الاعتداد به، و قبل بياننا لهذه الأركان و الشروط نوضح الفرق بين الركن و الشرط.

فالركن لغة هو الجانب القوي في الشيء، لقوله الله تعالى: "أو أوى إلى ركن شديد"(1).

و الركن إصطلاحا هو ما يتوقف الشيء على وجوده و كان جزءا من حقيقته، و قيل ركن الشيء ما يتم به و هو داخل فيه بخلاف شرطه فهو خارج عنه(2).

و الشرط فهو ما يتوقف عليه الشيء الذي جعل شرطا له و لم يكن جزءا في حقيقته.

و نظرا لما لعقد الزواج من خاصية تميزه عن غيره من العقود ذلك لأن لكل ركن من أركانه شروطا لايمكن دراسة هذه الأركان بمعزل عن الشروط(3).

و الفقهاء المسلمون تطرقوا إلى أركان عقد الزواج وشروطه وتحدثوا عنه كثيرا و سلكوا بشأنهما طرق شتى، و إذا كان الفقهاء لم يختلفوا في اعتبار الرضا ركن من أركان عقد الزواج، فقد إختلفوا بشأن حضور الشهود في جلسة إنعقاد الزواج و في الولي و الصداق(4).

و في التشريع الجزائري فإن الأمر 274-59 الصادر بتاريخ 1959/02/04 و المتعلق بعقود الزواج التي يعقدها الجزائريون الذين يخضعون إلى نظام الأحوال الشخصية المحلية في عمالات(الولايات) الجزائر و ولايتي الساورة و الواحات (ورقلة – بشار حاليا) نص في مادته الثانية على أن: "الزواج لا ينعقد إلا برضا الزوجين، و يجب أن يصدرالرضا شخصيا و علنيا و من صاحب الشأن شخصيا و بحضور شاهدين بالغين، و ذلك أمام القاضي أو الموثق أو ضابط الحالة المدنية و إلا كان العقد باطلا".

(1): سورة هود، الآية 40.

(2): الفيروز ابادي، المرجع السابق، مادة ركن، ص 231.

(3): جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، **لسان العرب**، ط1، دار صادر، بيروت، 1410هـ، ص329.

(4): محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دارالنهضة العربية، لبنان،1977، ص40.

و هذا يعني أن هذا القانون لم يكن يقيم وزنا للتعبير عن الرضا بالوكالة، و لم يشر إلى الصداق و لا إلى الولي، و لم يجعل من أي منهما ركنا و لا شرطا لإنعقاد الزواج أو لصحته، كما لم يجعل من فقدانهما أو فقدان أحدهما سببا من أسباب الفسخ أو البطلان(1).

أما قانون الأسرة الحالي و تحت عنوان أركان الزواج نص في المادة التاسعة على أنه يتم عقد الزواج برضا الزوجين فقط اما في المادة التاسعة مكرر فذكر فيها الشروط الواجب توافرها في هذا العقد و لذلك سنذكر كل واحد منهم بالترتيب و على حد(2).

الفرع الاول: رضا الزوجين

لما كان عقد الزواج عقدا إراديا يقوم على تراضي المتعاقدين، كان الرضا ركنا من أركانه، و هذا الرضا أو التراضي يوجد بوجود إرادتين متوافقتين و متطابقتين متجهتين إلى إحداث أثر شرعي معين و هو حّلية إستمتاع في الزواج مع تحمل باقي آثار العقد الشرعي، و مظهر ذلك كله هو الإيجاب و القبول.

وقال البخاري: "لا ينكح الأب و غيره البكر و الثيب إلا برضاهما، كما أنه ليس للأب جبرالبكر على الزواج بمن أراد إذا إمتنعت".

و ذهب المالكية إلى القول بأن المرأة لو قالت بعد العقد: "ما علمت من أن صمتي إذن"، بطل العقد لإعتبارهم ذلك عيبا في الرضا.

و قد جاء في المذكرة التوضيحية لمشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية أن:

"عقد الزواج عقد لابد فيه من الرضا" .

(1): عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط2، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص 115.

(2): انظر المواد 9 و 9 مكرر من قانون الاسرة الجزائري.

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

ثم نصت فقرتها الثانية أن: "يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة" .

و هذا ما يتعين معه التطرق لكل من الإيجاب و القبول و إلى صيغة كل منهما و إلى إيجاب و قبول العاجز عن الكلام.

اولا: الإيجاب والقبول

الإيجاب: هو ما صدرمن أحد العاقدين أولا دالا على ما يريده من إنشاء العقد، و يسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجبا (1).

القبول : هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر دليلا على موافقته على ما أوجبه الأول و يسمى الشخص الذي صدر منه القبول قابلا(2).

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

و الأصل في تحقيق الإيجاب و القبول في عقد الزواج أن يكون بالعبارة و قد يوجد أحدهما أو كلاهما بالإشارة أو الكتابة، في بعض صوره و لما كان الأصل فيه هو الألفاظ عني الفقهاء ببيان الألفاظ التي ينعقد بها و هو ما يعرف بصيغة عقد الزواج.

---

(1): جمال بن محمد بن محمود، المرجع السابق، ص 52.

(2): نفس المرجع، ص 53.

الفرع الثاني: الولي

شرعت الولاية في الإسلام حفاظا لحقوق العاجزين عن التصرف، بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها(1)، و رعاية لمصالحهم و شؤونهم، حتى لا تضيع وتهدر ذلك أن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، و من عجز عن رعاية مصلحته أقام له الشارع من يتولى أمره، و يحقق له النفع و يدفع عنه الضرر(2).

و يشترط الإسلام فيمن يتولى إنشاء عقد الزواج أن تكون له حق الولاية و القدرة على إنشائه، و قد أجمع الفقهاء على أن المرء مادام بالغا عاقلا فله الحق في هذه الولاية، و له أن يزوج نفسه بمن يشاء من النساء بدون أي إعتراض عليه سواء تزوج بمهر المثل أو بأكثر منه، و سواء تزوج بمن تساويه منزلة أو لا تساويه، هذا ما يراه الإسلام في شأن تولي الرجل عقد زواجه، فما هو الحكم في شأن المرأة؟ و هذا ما سنتطرق إليه من خلال ما يأتي:

اولا: تعريف الولاية و أقسامها

الولاية لغة: بكسر الواو هي المحبة و النصرة(3).

الولاية في الإصلاح الشرعي: هي تنفيذ القول على الغير و الإشراف على شؤونهم أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد، و يقصد بالغير هنا القاصر و المجنون و البالغة في ولايةالإختيا (4).

و قسم الفقهاء الولاية إلى ثلاثة أقسام، هي:

الولاية على النفس، الولاية على المال، و الولاية على النفس و المال معا، ما يهمنا في موضوعنا هي الولاية على النفس التي تشمل من جملة ما تشمل الولاية في زواج الفتيات و التي قسمها الفقهاء إلى قسمين أساسيين ولاية إجبار و ولاية إختيار.

(1): سن الاهلية 19سنة، نص المادة 7 من قانون الاسرة.

(2): انظر المواد من 87 الى 91 من قانون الاسرة.

(3): العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ص 118.

(4): عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 120.

1-**ولايةالإجبار**: فهي ولاية الأب أو الجد على الفتاة البكر و الصغير و المجنون، فيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليها و لا يشاركه أحد لعدم توفر في المولى عليها شرط العقل و البلوغ و أهلية الزواج(1).

2-ولاية الإختيار: و تسمى ولاية المشاركة وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة فالخيار لها، غير أنه يستحسن أن تستشير وليها ،وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد و الأعراف(2).

ثانيا: شروط الولاية

- و يشترط الاسلام في من يتولى انشاء عقد الزواج ان تكون له حق الولاية، و القدرة على انشاءه، و قد اجمع الفقهاء على ان المراة ما دام بالقا عاقلا فله الحق في هده الولاية.

- لم يحدد المشرع الجزائري الشروط التي يجب ان تتوفر في الولي ولهدا يجب علينا الرجوع الى ما حدده فقهاء الشريعة الاسلامية حسب نص المادة 222 من قانون الاسرة.

(1): العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 119.

(2): نفس المرجع ، ص 119.

الفرع الثالث: الصداق

للفقهاء المسلمين أبحاث كثيرة في الصداق من حيث كونه واجبا أو غيرواجب، و من حيث كونه ركنا من أركان عقد الزواج أو شرط صحة أو فقط أثر من آثاره، نحن و إن كنا لا نحاول أن نستعرق في تحليل هذه الأبحاث فإننا سنكتفي بالحديث عن الصداق من جوانب قليلة تهم موضوع بحثنا و معتمدين أساسا على أحكام قانون الأسرة.

اولا: مفهوم الصداق و حكمته

الصداق لغة: إسم مصدر لأصدق و هو بفتح الصاد مهر المرأة، و كذا الصداقة و هو يجمع على صدقات(1).

1- الصداق إصطلاحا:عرفه المالكية أنه ما يجعل للزوجة نظير الاستمتاع بها، و عرفه الشافعية أنه ما وجب بنكاح أو وطء، و عرفه الحنابلة أنه العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضي الطرفين أو الحاكم أو العوض في نحو النكاح كوطء الشبهة و وطء المكرهة(2).

و عرفه بعض الفقهاء أنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزا لرغبته في الإقتران بها،

و عرف أيضا أنه المال الذي تستحقه الزوجة على الزوج العقد عليها.

2-الصداق قانونا:

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

و عرفه الفصل 16 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية أنه:" ما يبذله الزوج من المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج لإنشاء أسرة و تثبيت أسس المودة".

و عرفه الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنه: "كل ما كان مباحا و مقوما بمال".

---

(1): بدران ابو العينين بدران، **احكام الزواج و الطلاق في الاسلام**، الطبعة الثالثة، دارالمعارف، الاسكندرية، 1966، ص 166.

(2): نفس المرجع، ص 168.

وعرفته المادة 54 فقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه: "كل ما صح إلتزامه شرعا".

و الحكمة من الصداق هو رمز لإكرام المرأة و عربون على إظهارالرغبة في الزواج بها و البناء خلال زمن لاحق، و ليس ثمنا يقدمه الزوج مقابل الزوجة أو مقابل رضاها بزواجه(1).

.

(1): عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 133.

(°): للصداق عدة أسماء منها: النحلة، المهر، الفريضة و الأجر.

الفرع الرابع: الشاهدين

اولا: تعريف الشهادة وحكمتها

– الشهادة مأخوذة من المشاهدة و هي أن يخبر الانسان بما رأى أو أدرك بأحد حواسه، و تعد من ضمن وسائل الاثبات والبينات عند حصول التناكر و التجاحد(1).

– و للشهادة عدة حكم منها إخراج النكاح من السرية و احتياط الأبضاع و صيانة للانكحة من الجحود و إثبات لنسب المولود و إثبات للحقوق و الواجبات الزوجية.

ثانيا: حكم الإشهاد على الزواج

لقد إختلف الفقهاء في الشهود وتأثيرهم على وجود العقد أوعدمه، فقال مالك أن وجودهما ضروري لنفاذ العقد وترتيب أثاره، بينما إنعقاد الزواج لا يكفي فيه مجرد وجود الشهود بل يجب إذاعة خبر الزواج، و في حالة سكوت الشاهدين كما لو توصيا بالكتمان فان العقد لا ينعقد لعدم توفر شرط الاعلان الذي هو الغاية من حضور الشاهدين، مستدلين بقوله عليه الصلاة و السلام: "أعلنو النكاح ولو بالدف "(2).

و تكون شهادة الشهود مطلوبة عند مالك لتحقيق شرط حلية المرأة للرجل، أما إنعقاد العقد فإنه لا يتم إلا بالإعلان، لذلك فإن تأخر الشهود عن مجلس العقد يجعله عقدا موقوفا لا ينتج أثره إلا بالاشهاد عليه.

فقال الحنفية أن الشهادة لإعلان العقد، فيتحقق ذيوع الخبر بمجرد حضور الشاهدين، وهذا الخلاف على ما يبدو أنه كان بسبب قوله عليه السلام: "لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل"، و تجدر الملاحظة أن الخلاف لا يدور حول الشهادة في ذاتها و إنما إختلف الأئمة في اثار الشهادة هل مجرد حضور الشاهدين يكفي أم لابد من الاعلان عما تم الإشهاد عليه ؟

(1): محمد محده، المرجع السابق، ص 284.

(2): بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 82.

و لقد إعتبر المشرع الجزائري الشهادة في المادة التاسعة مكرر من قانون الاسرة شرطا من شروط عقد الزواج .ولكن لم يرتب على تخلف هذا الشرط البطلان بعد الدخول طبقا لنص المادة 33 من قانون الاسرة، فلو تخلف الشاهدين في عقد الزواج العرفي و لم يحصل الدخول فسخ العقد أما لو حصل الدخول ثبتت المحكمة الزواج العرفي إذا توافرت شروطه الأخرى.

الفرع الخامس: خلو المرأة من موانع الزواج

لقد ورد هدا الشرط في المادة 9 مكرر من قانون الاسرة الجزائري.

اولا: خلو المرأة من المحرمات الشرعية

من شروط إنعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محلا للعقد أي لا يكون بين الزوجين من موانع الزواج لقوله تعالى: "وأحل لكم ما وراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين".

و المحرمات من النساء من الأحكام التي لا تختلف بإختلاف الزمان والمكان ، فهي لا تقبل التغيير و لا التبديل، و ليس فيها مجال للإجتهاد ولقد أوردها المشرع في باب موانع الزواج في قانون الاسرة من المادة 23 إلى 30.

و حسب المادة 23 فإن المحرمات من النساء تنقسم إلى قسمين هما: المحرمات المؤبدة و المحرمات المؤقتة.

1- المحرمات المؤبدة: هي ما كان سبب التحريم قائما و دائما لا يزول وتنحصر كما جاء في المادة 24 من قانون الأسرة في ثلاثة أسباب رئيسية و هي: القرابة، المصاهرة، الرضاع.

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

و نصت المادة 24 على المحرمات بالمصاهرة و هم : أصول الزوجة بمجرد العقد عليها و فروعها إن حصل الدخول بها و أرامل أو مطلقات أصول الزوج إن علوا و أرامل أو مطلقات فروع الزوج و إن نزلوا.

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

2- المرحمات المؤقتة: نصت عليها المادة 30 من قانون الأسرة فيحرم الزواج معهن بصفة مؤقتة فقط، و لسبب شرعي قائم يتعلق بالزوجة، و بمجرد أن يزول السبب يحل الزواج معها و هي:

2-1- المحصنة: و هي المرأة التي ما تزال مرتبطة مع زوج آخر بعقد زواج رسمي وشرعي فهي محرمة على كل رجل إلى أن يطلقها الزوج الأول و به تحل لغيره.

2-2- المطلقة ثلاث: و هي المرأة التي طلقها زوجها ثلاث مرات و أصبح طلاقها بائنا فإن الزواج منها يحرم مؤقتا و أنها لم تعد تحل له إلا إذا تزوجت رسميا مع رجل آخر و دخل بها ثم طلقها و إنقضت عدتها(1).

2-3- المرأة التي تزيد على العدد المرخص به شرعا: و هي المرأة التي يكون زوجها المستقبل متزوج مع أربعة نساء أخريات زواجا شرعيا و رسميا، فإن هذا الرجل يحرم عليه الزواج بها مؤقتا و لا تحل له شرعا و قانونا إلا إذا طلق إحدى زوجاته الموجودات في عصمته وإنقضت عدتها(2).

2-4- المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة: و هي المرأة التي طلقها زوجها أو توفي عنها، إن هذه المرأة لا يجوز لرجل أن يتزوج معها و تحرم عليه مؤقتا إلى أن تنقض مدة عدتها الشرعية و هي ثلاثة أشهر بالنسبة للمطلقة و أربعة أشهر و عشرة أيام بالنسبة للمتوفي عنها زوجها(3).

2-5- أخت الزوجة: فلا يجوز للرجل أن يتزوج أخت زوجته التي في عصمته، و يحرم عليه الزواج معها إلا بعد أن تكون قد توفيت أو طلقها وإنقضت عدتها بإعتبار أنه لا يجوز الجمع بين الأختين في عصمة رجل واحد سواء كانت أختين شقيقتين أو أختين لأب أو لأم أو أختين من الرضاع(4).

2-6- الجمع بين الزوجة وعمتها أوخالتها: و هو جمع يعني أن يتزوج الرجل على زوجته عمتها أو خالتها وهي لا تزال حية وفي عصمته فمثل هذا الزواج حرام مؤقتا شرعا و قانونا و لا يكون حلالا إلا بعد وفاة الزوجة الأصلية أو طلاقها(5).

(1): انظر المادة 30 من قانون الاسرة.

(2): الاية3 من سورة النساء، و انظر المادة 30 من قانون الاسرة.

(3): انظر المواد 30،61 من قانون الاسرة.

(4): الاية 23 من سورة النساء.

(5): عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص107.

الفصل الأول:
الاشكالات المترتبة عن اثار عقد الزواج العرفي

تحدثنا في المبحث التمهيدي عن مفهوم الزواج العرفي و أركانه و شروطه، و سندرس في هذا الفصل الاشكالات المترتبة عن اثار عقد الزواج العرفي، حيث نظرا لطابعه الخاص يجعل من الآثارالمترتبة عنه متميزة عن غيره من العقود، و تتمثل في اثار قانونية و مادية و اجتماعية، منها ما تتعلق بالزوج و منها ما يتعلق بالزوجة و الأبناء الناتجين عن هذا الزواج، حيث قمنا بتقسيم هذا الفصل الى مبحثين، في المبحث الاول نعالج اشكالات الاثار القانونية و في المبحث الثاني اشكالات الاثار المادية و الاجتماعية.

المبحث الأول: اشكاليات الاثار القانونية

تترتب عن انعقاد الزواج العرفي مجموعة من الاثار يمكن أن تكون ايجابية أو سلبية، من بينها الاثار القانونية، و هذا ما حاولنا مناقشته في هذا المبحث الذي تم تقسيمه الى مطلبين، المطلب الأول يتضمن أهم الاثار بالنسبة للأبناء و المطلب الثاني يتضمن أهم الاثار بالنسبة للزوجين.

المطلب الأول:اشكاليات الاثارالقانونية على الأبناء

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

الفرع الأول: إثبات النسب الأبناء للأباء

إذا كان نسب الولد لأمه ثابت بسبب الحمل المرئي و الولادة و ذلك بقطع النظر عن كونه ولدا شرعيا أو ولد زنا، فإن نسبه إلى والده ليس دائما سهلا. و الشريعة الإسلامية حصرت طرق إثبات النسب في: الزواج الصحيح، الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة أو الإقرار أو البينة، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نص في المادة 40 من قانون الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة و بنكاح الشبهة وبكل زواج ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد33،32 و34 من هذا القانون"، و قبل التطرق إلى هذه الطرق نتناول مفهوم النسب، حيث عرفه القضاء بأنه القرابة الناشئة عن صلة الدم بالتناسل و هو يكسب المقر به حقوق و يرتب عليه واجبات كالنفقة على ذوي قرباه المحتاجين و يمكنه من مزاحمة الورثة في الإرث و يجري عليه ما يجري عليهم من موانع الزواج الناشئة عن القرابة. و النسب حق لكل من الزوجين لأنه يضمن التناسل الذي يعتبر من أغراض الزواج الرئيسية(1).

أولا: إثبات النسب بالزواج الصحيح

إن الولد يمكن أن ينسب إلى والده من الزواج الصحيح متى كان الزواج شرعيا و متى أمكن الإتصال بين الزوجين و لم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة –كالملاعنة– و متى حصلت ولادته خلال أقل مدة للحمل و أقصاها، كما قال الرسول عليه الصلاة والسلام: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها إذ جاء فيه: "من المقرر شرعا أن النسب يثبت بالفراش الصحيح و من ثم فإن القضاء بإثبات النسب حال قيام الزوجية و دون تطبيق قواعد اللعان في المدة المحددة شرعا يعد قضاءا صحيحا".

و إذا كان تحديد الفاصل الزمني بين تاريخ الزواج و تاريخ الولادة لا يثير أي إشكال بالنسبة للزواج الرسمي أين تكون التواريخ مضبوطة نتيجة التسجيل فإن الأمر قد يكون دون ذلك بالنسبة للزواج العرفي فالتواريخ تحدد بصفة تقريبية يعتمد فيها على ذاكرة الشهود مما قد يؤدي إلى ضياع الأنساب خصوصا في حالة الإنكار.

(1): عبد رب النبي علي الجارحي، **الزواج العرفي المشكلة و الحل**، دار الروضة مصر، ص110.

كما أنه قد يحدث أن يكون هناك زواجا عرفيا قام الزوجين بتسجيله بعد مدة من الدخول على أساس أنه زواج رسمي وبعد أن تكون الزوجة قد حملت بالمولود، و إن حدث و أنجبت بعد ثلاثة أو أربع شهور من تاريخ العقد الرسمي المسجل فهنا لا يمكن إسناد نسب الإبن لأبيه أمام ضابط الحالة المدنية لأنه لم يولد في الفترة المحددة قانونا مما يؤدي بالزوجين إلى اللجوء لوكيل الجمهورية عن طريق تقديم طلب يلتمسان من خلاله الحكم بتصحيح تاريخ واقعة الزواج العرفي و تسجيله بأثر رجعي، حتى يتمكنا من تسجيل ميلاد المولود و إثبات نسبه بصفة قانونية لوالديه و هنا لا يتوان الكثير من وكلاء الجمهورية في متابعة الزوجين جزائيا بجنحة الإدلاء بقرارات كاذبة و معاقبتهم وفقا للمادة 223 من قانون العقوبات و التي تقرر لمثل هذه الجريمة عقوبة بدنية تتراوح بين 3 أشهر و ثلاث سنوات و عقوبة مالية تتراوح ما بين 500 و 5000دج.

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

و قد يحدث أن يكون الزوج متأكدا بأن الولد الذي أنجبته زوجته من زواج عرفي ليس ابنه و لا يقوم بنفيه بالطرق الشرعية (الملاعنة) و يتغاضى عن ذلك ظنا منه أنه غير ممكن لزوجته أن تثبت زواجه العرفي منها و لكن إذا سعت الزوجة و أثبتت الزواج هنا ينسب له الولد و هو ليس منه لأنه فوت مواعيد الملاعنة لأن دعوى اللعان لا يعتد بها خارج الآجال القانونية المحددة شرعا وقانونا(1).

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة و من المستقر عليه قضاءا أن مدة

(1): عبد رب النبي علي الجارحي، المرجع السابق، ص 111.

نفي الحمل لا تتجاوز 08 أيام و متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به و خلال المدة المحددة شرعا و تمسكه بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، و لأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

فإن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد لأبيه عرضوا قرارهم لتناقض مع أحكام المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة و أخطئوا في تطبيقها، و متى كان ذلك إستوجب نقض القرار(1).

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

و من الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر، و أن قضاة الموضوع أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة و وزن الولد، فإنهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج و إلحاق النسب للأم أخطئوا في تطبيق القانون و خالفوا أحكام المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة مما يستوجب نقض القرار(2).

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

(1): قرارالمحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1984/12/03، المجلة القضائية، 1990، العدد 01، ص 83.

(2): قرارالمحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1997/10/28، المجلة القضائية، 2001، العدد الخاص، ص 70.

لكن الإشكال الذي يطرح في الزواج العرفي هو صعوبة إثبات النسب عند وقوع الطلاق عرفيا، و تحديد تاريخه بدقة مما يجعل إمكانية إثبات نسب الولد الذي يولد بعد أكثر من 10 أشهر من تاريخ الطلاق واردة، و قد تتزوج المرأة زواجا شرعيا و مسجل و يدخل بها زوجها و يعاشرها معاشرة الأزواج ثم يغيب عنها لسبب شرعي أو غير شرعي و يدوم غيابه أكثر من عشرة أشهر و كانت الزوجة قد أتت بمولود في هذه الفترة فإن هذا المولود يعتبر للفراش ما لم يثبت هذا الزوج عدم تلاقيه مع زوجته و إتصاله بها و هذا ما ينطبق على الزواج العرفي باعتباره زواج شرعيا متى تم إثباته، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي فصل في قضية اثبات النسب بعد وضع الولد بعد 16 شهرا من غيبة الطاعن الذي جاء فيه: "من المستقر عليه قضاء أن المدة القانونية لنفي النسب لا تتجاوز 08 أيام و متى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت و العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين و أن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة و أن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة و أن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك إستوجب رفض الطعن"(1).

ثانيا: ثبوت النسب بالزواج الفاسد

بما أننا فرقنا بين عقود الزواج التي تبرم قبل صدور قانون الأسرة و أخضعناها لأحكام الشريعة الإسلامية، و بين العقود المبرمة بعد صدور قانون الأسرة و تطرقنا إلى مفهوم فساد العقد وفق اللشريعة الإسلامية ثم وفقا للقانون و خلصنا الى أن النسب في الزواج الفاسد يثبت للأب حسب الشريعة الإسلامية و وفقا للقانون، و قد جاء في المادة 40 من قانون الأسرة : "يثبت النسب... بنكاح الشبهة او بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 و 34 من قانون الأسرة"، فالمادة 32 نصت على ان يبطل الزواج اذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد، أما المادة 33 فنصت على أنه إذا تم الزواج بدون ولي أو صداق أو شاهدين يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، و المادة 34 نصت على أن الزواج بإحدى

(1): قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشحصية، 1993/11/23، المجلة القضائية، 2001، العدد الخاص، ص 64.

المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده. و جاء في قرار للمحكمة العليا: "المحصنة تحرم على الزوج الثاني و أن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب"(1).

و حسب هذه المواد إذا تبين الفساد قبل الدخول فسخ الزواج دون صداق و يعتبر كالعقد الباطل لا أثر له، أما بعد الدخول فالمرأة تستحق صداق المثل و يثبت به النسب، و العقد الباطل يبطل قبل أو بعد الدخول و يترتب عليه ثبوت النسب أيضا(2).

و لقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا: "و لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا"(3).

و قد قضت محكمة النقض المصرية أنه: "و حيث أن هذا النعي في محله ذلك أن شروط صحة الزواج محلية المرأة و أن لا يقوم بها سبب من أسباب التحريم و منها الجمع بين أختين و المحققون من الحنفية ذهبوا إلى أنه إذا تزوج إحداهما بعد الآخر جاز زواج الأولى و فسد زواج الثانية و عليه أن يفارق أو يفرق القاضي بينهما فإن فارقا قبل الدخول فلا مهر و لا عدة و لا تثبت بينهما حرمة المصاهرة و لا النسب و لا التوارث و إن فارقها بعد الدخول فلها المهر و عليها العدة و يثبت النسب و يعتزل من امرأته حتى تنقضي عدة أختها". و بالتالي نقول أن الإشكاليات التي يمكن طرحها في حالة الزواج العرفي هي الزواج بالمحرمات فلا نتصور وقوع الجمع بين أختين مثلا في الزواج الرسمي الذي يعتمد فيه على وثائق الطرفين لإثبات هويتهما.

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

(1): قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1986/02/24، غير منشور.

(2): العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 153.

(3): قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/06/25، غير منشور.

وجاء في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية: "المقرر في الفقه الحنفي أن الزواج الذي لا يحضره شهود هو زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها النسب بالدخول الحقيقي"، و جاء أيضا في قرار آخر لمحكمة النقض المصرية: "أن زواج المطعون عليها المسلمة بالطاعن المسيحي و هي تعلم ذلك زواج فاسد و مؤداه جواز إثبات النسب"(1).

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

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

و متى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدتها و أن الحمل وضع بعد أربع أشهر من تاريخ الزواج الثاني، و أن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار

(1): محمد عزمي البكري، الاحوال الشخصية، ج 1، دار النشر محمود، مصر، ص 150.

الطاعنة بنت للزوج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش مع أن الزواج الثاني باطل شرعا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة(1).

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

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

ثالثا: ثبوت النسب بنكاح الشبهة

نكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، و هو الاتصال الجنسي غير الزنا، و ليس بناءا على عقد زواج صحيح أو فاسد مثل وطء إمرأة يجدها الرجل على فراشه فيظنها زوجته، و مثله أيضا وطء المطلقة طلاقا ثلاثا أثناء العدة على إعتقاد أنها تحل له(2).

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

(1): قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1998/05/19، العدد الخاص، 2001، ص 73.

(2): جمال بن محمد بن محمود، المرجع السابق، ص 47.

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

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج و إثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون"(1).

إن النكاح بشبهة يمكن تصور وجوده في حالة الزواج العرفي، إذا لم تحضر الزوجة مجلس العقد وناب عنها وليها أو وكيلها ثم بعد ذلك زفت إليه إمرأة أخرى فيعاشرها معاشرة الأزواج ظنا منه أنها المرأة التي أبرم العقد معها، و عليه فإن مثل هذا النكاح إن ترتب عنه ولد يثبت لأبيه.

كما أنه يمكن تصور هذه الوضعية في الزواج الرسمي و ذلك لكون قانون الأسرة يجيز الوكالة في الزواج حيث نصت المادة 20 من قانون الأسرة: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، كما سبق توضيحه الذي كان لا يجيزها، و نحن نؤيد رأي الدكتور العربي بلحاج و ذلك على خلاف قانون 274-59 الذي يميل إلى إلغاء الوكالة في الزواج و ذلك نظرا للتغيرات الكبيرة التي يعرفها المجتمع و نظرا لما قد يترتب عن ذلك من سلبيات.

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

(1):قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1991/05/21، المجلة القضائية، 1994، العدد 02، ص 56.

رابعا: ثبوت النسب بالإقرار

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

و للإقرار شروط منها:

1- أن يكون الولد مجهول النسب.

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

3- أن لا يكذبه العقل أو العادة.

4- أن يصدقه المقر له على إقراره إن كان أهلا لذلك و ضرورة تصديق المحمول عليه النسب.

و قد جاء في المادة 45 من قانون الأسرة أن: "الإقرار بالنسب في غير البنوة و الابوة، و الامومة، لا يسري على غير المقر الا بتصديقه"، كما ان الاثار الناتجة عن هذا الاقرار منصرفة إليه دون غيره من الأقارب، و بناء عليه إذا كان المقر ببنوة الغلام هي الزوجة أو المعتدة فيشترط مع ما ذكر أن يوافق زوجها على الاعتراف ببنوته له أيضا أو أن تثبت ولادتها له من ذلك الرجل لأن فيه تحميل النسب على الغير، فلا يقبل إلا بتصديقه أو ببينة.

و يبطل الإقرار إذا صرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا لأن الزنا لا يصلح سببا لإثبات النسب، و هذا الإقرار بالبنوة أو الأبوة حالة نادرة على مستوى محاكمنا لأن الإقرار وحده لإلحاق النسب من الأمور الخطيرة و التي تتيح الفرصة أمام العلاقات المشبوهة و المحرمة التي ينتج عنها أولاد غير شرعيين و يكون من السهل بمجرد الإقرار أن يثبتوا نسب هؤلاء الأولاد و يصبح ولد الزنا ولدا شرعيا يتمتع بحقوق ليست له، و هذا ما دفع المشرع إلى وضع قيد على رفع هذه الدعاوى يتمثل في ضرورة إثبات قيام العلاقة الزوجية.

و بالتالي في الزواج العرفي لا يمكن إثبات النسب بالإقرار إلا بعد تثبيت الزواج، فرغم عدم وجود نزاع حول نسب هذا الولد فلا يمكن أن تثبت النسب قبل أن نثبت العلاقة الزوجية

بين الزوجين، أي البحث أولا عن شرعية وقانونية الزواج قبل أن نبحث في قضية إثبات نسب الأولاد، بالتالي يبقى الإقرار في النسب لا يقبل على مستوى محاكمنا إلا إذا قدم المدعي مع طلبه عقد زواج مسجل لدى الحالة المدنية.

و قد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا: "أن الإقرار بالولد يجب أن يكون بدون تردد و لا تراجع مع توافر شروط صحة الزواج، حيث أن الزواج المزعوم وقع بين الطرفين بالفاتحة في 20 اوت 1965 الى غاية 25 جويلية 1967، كما ان الطلاق المزعوم وقع بين الطرفين في 1966 و ان الولد المسمى "وحيد" المتنازع عنه ولد في 1966/06/28 و ان الوقائع لم تثبت و لم تعرض البينة لإثبات صحتها لأن الزواج يثبت فقها و قضاءا بقراءة الفاتحة و تحديد الصداق وحضور الشهود والولي و إن اعتراف المطعون ضده أمام القاضي الأول وقع بالتردد و تراجع عليه، و من ثم فإن القرار المطعون فيه سليم و لم يخطأ في تطبيق القانون"(1).

خامسا: إثبات النسب بالبينة (الشهادة)

و نوع البينة التي يثبت بها النسب هي شهادة رجلين أو رجل و امرأتين عند أبي حنيفة، وشهادة رجلين فقط عند المالكية و جميع الورثة عند الشافعية و الحنابلة، و الشهادة تكون بمعاينة المشهود به أو سماعه، و قد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة السماع(2).

و قد ورد النص على إثبات النسب عن طريق البينة في المادة 40 من قانون الاسرة، و عليه فإذا ادعت امرأة أنها حملت من زوجها و ولدت في غيابه مثلا أو في حضوره فأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها، أو اعترف بالولادة كواقعة مادية و أنكر أن يكون الولد الذي بين يديها هو نفسه الذي ولدته، ففي هذه الحالة يحق للزوجة أن تثبت بالشهود ما ينكره

(1): قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1986/02/24، غير منشور.

(2): وهبة الزحيلي، **الفقه الاسلامي وادلته**، ج7، اعادة ط3، دار الفكر، سورية 1996، ص 426.

الزوج، و الإثبات هنا ليس إثبات نسب لأن النسب يثبت بالفراش و لكن النزاع الحقيقي قائم على حصول الولادة.

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

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

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

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

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

الفرع الثاني: اشكالية دعوى إثبات النسب

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

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

و لو لا حظنا قانون الحالة المدنية في المادة 62 نجد أن المشرع نص على قبول التصريح سواء من الأب أو الأم أو من له مصلحة، لكن على مستوى البلديات لا يقبلون سوى تصريح الأب. و لاحظنا عمليا أن المعني بشهادة الميلاد لأب مجهول يتجه عادة

بطلب إلى وكيل الجمهورية من أجل تصحيح لقبه، و هذا طبعا بعد أن يكون قد أثبت الزواج العرفي بين والديه.

لكن ما لاحظناه على مستوى اغلب محاكمنا أن وكيل الجمهورية يقبل الطلب و يرسل الملف إلى مصلحة الحالة المدنية من أجل التصحيح القضائي بإضافة اللقب، و أمر ضابط الحالة المدنية بتسجيله في شهادة ميلاد المعني، لكن على مستوى بعض المحاكم اخرى فإن وكلاء الجمهورية يرفضون الطلب و يوجهونه إلى قسم الأحوال الشخصية.

لكن حسب رأينا، أن الأمر لا يوجد فيه نزاع والمحاكم مختصة بالفصل في النزاعات مما يجعلنا نؤكد على ضرورة إجراء تصحيح قضائي دون رفع دعوى قضائية.

و هناك اختلاف بين القضاة أنفسهم في قسم الأحوال الشخصية عند ورود مثل هذه القضايا إليهم، إذ أن بعض القضاة يؤكدون على عدم وجود نزاع فيفصلون بعدم الإختصاص، أما البعض الآخر فيفصل بإثبات النسب بحكم، و يكون المنطوق يتضمن اللقب و أمر ضابط الحالة المدنية بقيده في سجلات الميلاد.

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

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

و قد تكون دعوى النسب دعوى تبعية لدعوى أخرى فإذا كانت تابعة لدعوى إثبات الزواج فهنا القاضي يفصل في إثبات الزواج، و يرفض الطلب المتعلق بإثبات النسب لعدم ارتباط الطلبات و هذا ما لاحظناه في اغلبية محاكمنا.

المطلب الثاني: اشكاليات الاثار القانونية على الزوجين

إن عقد الزواج من أهدافه الأساسية صيانة الزوجين، و إحصانهما، و الحفاظ على بقاء الجنس البشري، و منع الأنساب من الاختلاط، و هو إذا انعقد صحيحا بكافة أركانه و شروطه تترتب عنه آثاراعلى الزوجين و اهم اثر هو حقوق و واجبات الزوجين نحو بعضهما، و عليه نتطرق أولا لمعرفة هذا الاثرفي عقد الزواج الرسمي ثم نتطرق إلى ما إذا كان هذا الاثر هو نفسه مترتب على عقد الزواج العرفي.

الفرع الاول: الواجبات و الحقوق المشتركة

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

1-المحافظة على الروابط الزوجية و واجبات الحياة المشتركة.

2-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد و حسن تربيتهم.

3-المحافظة على روابط القرابة و التعاون مع الوالدين و الأقربين بالحسنى و المعروف".

ويمكن تلخيص هذه الواجبات في ضرورة المعاشرة بالمعروف بما يحقق السكن و المودة و الرحمة، و ذلك عن طريق الإحترام المتبادل، و تقاسم الأعباء من أجل صيانة مصلحة الأسرة، و الإشراف على تربية الأبناء التربية الإسلامية الصحيحة، و المحافظة على الروابط الإجتماعية و الأسرية التي تربط بين أسرتي الزوج و الزوجة، و أن يسعى كل منهما إلى التعاون من أجل خلق الإنسجام لهما و لأسرتيهما(1).

و تقابل ذلك حقوق ناتجة عن طبيعة عقد الزواج و تناولها المشرع في نصوص متفرقة(2):

1- حل المعاشرة بين الزوجين و إستمتاع كل منهما بالآخر في إطار ما أذن به الشرع و في ذلك إحصان للزوجين و عصمة لهما من إرتكاب الزنا المحرم شرعا و قانونا.

2-التوارث بين الزوجين، فمن توفي منهما حقيقة أو حكما ورثه الزوج الآخر لقوله تعالى: "و لكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين و لهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين"(3).

كما نصت المادة 130 من قانون الأسرة على انه: " يوجب النكاح التوارث بين الزوجين و لو لم يقع بناء".

---

(1): عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 198

(2): العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 161.

(3): سورة النساء، الآية 12.

3-حرمة المصاهرة فلا يجوز للزوج التزوج بأصول الزوجة و بفروعها إذا حصل الدخول بها و لا يمكنها الزواج بأصوله و فروعه.

الفرع الثاني: الحقوق و الواجبات المستقلة

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

اولا: حقوق الزوجة

نصت على هذه الحقوق المادتين37و 38 من قانون الأسرة و هذه الحقوق هي:

***النفقة**

عرفت المادة 78 من قانون الأسرة النفقة على أنها تشمل: "الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

و شروط وجوب النفقة نصت عليها المادة 74من قانون الأسرة و هي الدخول بالزوجة و العقد الصحيح على المرأة و يضيف الفقهاء شرطا آخر و هو صلاحية المرأة للمتعة.

الدخول بالزوجة و يرتب حق الزوجة على زوجها في النفقة بالخلوة الصحيحة سواء تمت المخالطة الجنسية أم لا، متى كان العجز يعود لضعف الرجل(1).

العقد الصحيح أي أن يكون العقد كامل الأركان القانونية و الشرعية و عليه فإن النفقة لا تستحق إذا كان العقد باطلا أو فاسدا.

صلاحية المرأة للمتعة بأن لا تكون صغيرة، و إن كان هذا الشرط لا يمكن إثارته إذ أن قانون الأسرة نص على سن الزواج بالنسبة للمرأة هو 19 سنة و أن لا تكون مريضة مرضا يمنع الزوج من مخالطتها(2).

(1): فضيل سعد، **شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج و الطلاق**، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص179.

(2): انظر المادة 7 من قانون الاسرة.

و النفقة تستحق من تاريخ عقد الزواج و هي خدمة يومية واجبة على الزوج و لا تسقط إلا بأحد الأسباب التالية:

- نشوز الزوجة
- الطلاق
- موت الزوج

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

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

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

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

*** زيارة أهلها من المحارم و استضافتهم بالمعروف**

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

***حرية التصرف في مالها**

و هذا الحق ضمنته لها الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: "للرجال نصيب مما اكتسبوا و للنساء نصيب مما اكتسبن"النساء اية 32، و هو ما أكدته المادة 38 من قانون الأسرة..

ثانيا:حقوق الزوج

لقد نصت المادة 39 من قانون الاسرة على حقوق الزوج باعتبارها واجبات الزوجة نحوه و نحو أبناءه و هذه الحقوق هي:

- طاعة الزوج و مراعاته باعتباره رئيس العائلة.
- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم.
- إحترام والدي الزوج و أقاربه.

***حق الطاعة**

فعلى الزوجة طاعة زوجها في غير معصية، و أن تحفظه في ماله و في نفسها و الاعتراف له بأنه الشخص المؤهل لتحمل المسؤولية لإدارة الأسرة و رعايتها.

***إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم**

فالرضاعة هي المصدر لغذاء الصبي، و عليه فإن الزوجة ملزمة به إلا إذا كان هناك مانع يحول دون قيامها بذلك، كما أنها ملزمة على تهذيب و تربية الأبناء و الإشراف على ذلك، و هذا واجب عليها دون أن يربط بالاستطاعة(1).

*** إحترام والدي الزوج و أقاربه**

فعلى الزوجة أن تؤدي لوالدي زوجها و أقاربه واجب الاحترام و التقدير و استضافتهم و زيارتهم من أجل المحافظة على الروابط الأسرية على أحسن ما يوفر الحياة الهادئة بينها و بين زوجها و أسرته.

و إذا كانت هذه الحقوق قد أقرها القانون فإن هناك حقوق أخرى أقرتها الشريعة الإسلامية للزوج، و هذه الحقوق هي:

***حق الاحتباس**

هو قرار الزوجة في بيت زوجها لقوله تعالى: "و قرن في بيوتكن و لا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى"(2)، ذلك أن من واجبات الزوجة الأساسية الإشراف على بيت الزوجية و إدارة شؤونه الداخلية و رعاية الأولاد و إرضاعهم عند القدرة على ذلك، غير أن هذا الحق يمكن للزوج التنازل عنه بأن يسمح لزوجته بالعمل خارج المنزل.

(1): فضيل سعد، المرجع السابق، ص 202.

(2):سورة الاحزاب، الآية 33.

***حق التأديب**

هي إجراءات ورد نص عليها في قوله تعالى: "و اللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن و اهجروهن في المضاجع و اضروبهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"(1). و هذه الإجراءات مقررة

لإعادة الانسجام إلى الأسرة من خلال توعية الزوجة و تبصيرها بخطئها و ذلك عن طريق وعظها أولا، و توضيح خطئها، و مساوئ ما ارتكبته بأسلوب ملائم فإن لم تستجب فإن الشريعة منحت للزوج طريقة أخرى و هي الهجر في المضجع، و أخيرا اللجوء إلى الضرب على أن يكون هذا الضرب خفيفا و لا يؤذي جسم الزوجة أو يشوهه، و إلا فإن لها الحق في اللجوء إلى القضاء إذا تعسف الزوج في استعمال هذا الحق و أدى بالإضرار بجسدها.

فهذه الحقوق و الواجبات تمثل آثار عقد الزواج الصحيح الرسمي وهي نفسها التي يرتبها عقد الزواج العرفي الكامل الأركان و هذا ما إتجهت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1986/11/22 بأنه: "إن كل زواج عرفي يعتبر صحيحا متى توافرت أركانه حتى و لو كان غير مسجل بالحالة المدنية و تترتب عليه كافة آثار عقد الزواج و كافة الحقوق الزوجية"(2).

غير أنه و من الناحية العملية نجد أن الزواج العرفي الغير مسجل لا يعتد به إذا أخل أحد الزوجين بالتزامه و طالبه الزوج الآخر بتنفيذه إلا بعد تسجيل عقد الزواج فإن كانت آثار عقد الزواج تثبت من حيث أن الزواج واقعة مادية من يوم قيام العقد صحيحا إلا أن ممارستها من الناحية القانونية لا تكون إلا بعد تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية و هذا ما قد يهدر بعض الحقوق و يؤثر على مراكز الأفراد.

---

(1): سورة النساء، الآية 33.

(2): بداوي علي، المرجع السابق، ص 39.

ثالثا: الاثار السلبية على الزوجين

للزواج العرفي آثار سلبية على الزوجين يمكن حصرها فيما يلي:

1-بالنسبة للحقوق المالية

إن حق الزوجة في النفقة كما سبق ذكره يكون مستحقا من يوم الدخول، غير أنه و في حالة إمتناع الزوج عن أداء النفقة لزوجته، و تقدمت إلى العدالة للمطالبة بحقها، فإن عليها أولا أن

تثبت العلاقة الزوجية القائمة بينها و بين المدعى عليه، و إلا فإن دعواها لا تقبل لإنعدام صفتها و الصفة من النظام العام فحتى و لو أقر الزوج بعقد الزواج العرفي و أعترض على طلب النفقة فإن المحكمة لا تحكم لها بالنفقة حتى و لو أنها فعلا لم تتحصل عليها، و هذا ما نصت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1987/02/27 انه: "طالما لم تثبت الزوجة علاقة الزوجية فإنها تبقى بدون صفة و مطالبتها بحقوقها المالية تكون غير مؤسسة إذا طالبت بإثبات علاقة الزوجية و النفقة و فشلت في إثبات عقد زواجها"(1).

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

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

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

كأن يتوفي رجل متزوج زواجا رسميا و زواجا عرفيا فتتقدم الزوجة من الزواج العرفي بطلب حقها من الميراث و تصدم بإنكار باقي الورثة لها، و مع عدم إمكانية إثبات الزواج فإنها تحرم من حقها المخول لها شرعا، كما أن مركز الزوجة المتزوجة عرفيا يبقى عرضة للتجريح من طرف الورثة محاولة منهم حرمانها من الميراث.

أما بالنسبة للصداق فإنه ركن من أركان عقد الزواج و تستحقه الزوجة بالدخول و بالخلوة الصحيحة فإذا كان مؤجلا و طالبت به الزوجة فلا بد أولا من إثبات علاقة الزوجية و إثبات عدم تسلمها له.

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

2-الحقوق غير المالية

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

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

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

و العدة تحسب كالأتي:

- إذا كانت الزوجة حامل فعدتها وضع حملها.
- إذا كانت غير حامل و من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة قروء.
- إذا لم تكن من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة أشهر.
- إذا كانت الزوجة قد توفي عنها زوجها فعدتها أربعة أشهر و عشرة أيام.

و العدة تحسب من يوم النطق بحكم الفرقة أو من يوم الوفاة هذا في عقد الزواج المسجل فكيف يمكن حسابها في عقد الزواج العرفي الغير مسجل ؟

إن على الزوجة أولا أن تتبع إجراءات التسجيل أمام قاضي الأحوال الشخصية ثم تثبت قيام الطلاق بينها و بين زوجها و نظرا لأن الواقعتين غير مسجلتين فقد تطرح الإشكاليات التالية:

– قد ينفي الزوج واقعة الطلاق و يؤكد واقعة الزواج و يراجع زوجته دون عقد جديد.

– قد ينكر الزوج واقعة الزواج و واقعة الطلاق مع وجودهما من الناحية الفعلية دون أن يسعى أحد من الزوجين لتثبيته و قد تتزوج الزوجة من اخر دون مراعاة مهلة العدة.

إذا توفي الزوج، فإن الزوجة تلجأ أولا لإثبات واقعة الزواج، ثم تنتظر صدور الحكم لإعتداد عدة المتوفى عنها زوجها و هذا ما يتطلب فترة زمنية طويلة قد لا تستطيع معها الزوجة إثبات واقعة الزواج و بذلك تفوت عليها بعض المنافع كإعادة الزواج مثلا.

المبحث الثاني: اشكاليات الاثار المادية و الاجتماعية

تترتب عن انعقاد الزواج العرفي مجموعة من الاثار يمكن ان تكون ايجابية او سلبية، من بينها الاثار المادية و الاجتماعية، و هذا ما ستتم دراسته في هذا المبحث الذي تم تقسيمه الى مطلبين، حيث المطلب الاول يعالج اهم الاثار المادية، و الثاني اهم الاثار الاجتماعية.

المطلب الاول: اشكاليات الاثار المادية

إن عقد الزواج العرفي تترتب عنه آثار مادية تمس الزوجين و الأبناء الناتجين عنه معا، و من اهمها ما سنتعرضه في مطلبنا هذا و هي استحقاق الزوجة و الابناء للنفقة والميراث، و استحقاق الزوجة للصداق.

الفرع الاول: النفقة

اولا: تعريف النفقة

في تعريفها اللغوي هي اسم من الانفاق و هو ما ينفقه الشخص و يخرجه من المال و في تعريفها الاصطلاحي و هي كفاية من يتولاهم الشخص خبزا و مسكنا و توابعها و

دليل وجوبها من القران الكريم قال تعالى: « الرجال قوامون على النساء »(1)، و القيم على الغير هو المتكلف بأمره وقالى تعالى: « و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف »(2)، حيث اوجبت هذه الاية كسوة و نفقة زوجته في حدود دون اسراف أو تبذير.

و من السنة النبوية وردت احاديث كثيرة في السنة توجب نفقة الزوجة على زوجها و من اهمها :

1- حديث هند امراة ابي سفيان لما جاءت الرسول صلى الله عليه وسلم و وشت اليه امرها فقال لها عليه السلام: "خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف".
2- و لقوله صلى الله عليه و سلم لمن سأله عن حق المراة على الزوج قال: "تطعمها اذا طعمت و تكسوها اذا كسيت و لا تضرب الوجه و لا تقبح و لا تهجر البت... اي لا يحولها الى بيت اخر يهجرها فيه"(3).

1- النفقة على الزوجة

و المشرع الجزائري تناول النفقة في المادة 74 قانون الاسرة الجزائري و من خلالها نجد انها تنص بشكل واضح على وجوب ان يتولى الزوج الانفاق على زوجته كمبدأ عام

---

(1): سورة النساء، الاية 34.

(2): سورة البقرة، الاية 332.

(3): محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، **فقه الاحوال الشخصية**، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، ص 160.

و ذلك متى تم الدخول بها الى بيت الزوجية او متى دعيت اليه على الاقل، ذلك انه اذا لم يقع الدخول بالزوجة او رفضت الدخول رغم دعوتها اليه فان حقها في النفقة على زوجها سيسقط، و لم يعد لها الحق في طلب النفقة ما دامت غير مدخول بها او ما دامت قد دعيت الى الدخول و رفضت و بذلك لم يعد يجب على الزوج ان يتحمل نفقة زوجته(1).

و تجب النفقة على المنفق لثلاث اسباب و هي القراية العصبية و ملك اليمين و النكاح و هو ملك الزوجية و بذلك يكون النكاح الصحيح سبب وجوب النفقة على الزوج(2).

و تجب النفقة على الزوج بالشروط التالية:

1- العقد الصحيح فلا تجب بعقد فاسد لانه مستحق للفسخ.
2- ان تكون الزوجة صالحة للاستمتاع و المعاشرة الزوجية فان لم تتحقق هذه الشروط لا تتحقق المنفعة لكونها صغيرة مثلا.
3- تمكين الزوج من نفسها و يحصل عدم التمكين بامور منها :

أ- **النشوز:** فلا نفقة لناشز و ان قدر الزوج على ردها الى الطاعة قهرا فلو نشزت ففيه قولان أحدهما لا شيء لها و الثاني يجب لها بقسط من الطاعة، و لا يشترط في النشوز الامتناع الكلي بل لو امتنعت من الوطء وحده او من بقية الاستمتاعات حتى القبلة سقطت نفقتها.

ب- **الصغر:** فلو كانت الزوجة صغيرة و هو كبيرا او صغيرا فلا نفقة لها على الاظهر و ان كانت كبيرة و هو صغير وجبت النفقة على الاظهر لا عذر منه(3).

و من خلال قراءة المادتين 78- 76 من قانون الاسرة الجزائري فاننا سنجد ان الاولى تنص على ان تشمل النفقة الغذاء و الكساء و العلاج و المسكن او اجرته، و كل ما يعتبر من

(1): عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 105.

(2): محمود محمد، مطلق عساف، مرجع سابق، ص 160.

(3): نفس المرجع، ص 161.

الضروريات في العقر و العادة و نجد ان الثانية تنص على ان يراعي القاضي في تقدير،

النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش، و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم و عليه من تحليل نصوص هاتين المادتين يتضح لنا ان قانون الاسرة قد حدد مدى شمولية النفقة

بوضوح و الزم القاضي الذي سيصدر الحكم بالنفقة بان يراعي الحالة الاقتصادية و الاجتماعية، و ظروف المعيشة للطرفين عندما يقدر مبلغ النفقة التي سيحكم بها لطالبها كما

الزمه بان لا يراجع قيمة النفقة المحكوم بها الا بعد مرور سنة كاملة من تاريخ الحكم السابق، و ان فعل غير ذلك فانه سيكون قد خالف القانون و عرض حكمه للالغاء او التعديل

و من خلال المادة 80 من قانون الاسرة الجزائري يمكن ان نستخلص ان استحقاق النفقة كمبدا عام يبدأ من تاريخ رفع الدعوى القضائية بطلبها و لكن استثناء من هذه القاعدة يجوز للقاضي المعروضة عليه دعوى النفقة ان يحكم باستحقاقها باثر رجعي لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى و ذلك متى قدمت له ادلة و بيانات مقنعة.

اما بالنسبة لعقد الزواج العرفي حتى تطلب الزوجة بالنفقة اذا تاخر الزوج عنها فعليها اثبات عقد الزواج حتى ترفع دعوى النفقة أمام القاضي(1).

2- النفقة على الابناء

لقد نصت المادة 75 من قانون الاسرة الجزائري على وجوب نفقة الوالد على ابنائه ان لم يكن لهم مال، فالنفقة على الذكر تكون الى بلوغه سن الرشد اما النفقة على الاناث فتكون الى زواجهن، و تستمر في حالة ما اذا كان الولد عاجزا بسبب مرض عقلي او بدني او مزاولا للدراسة، و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب.

(1): عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 107.

من خلال قراءة هذه المادة يتبين لنا ان المشرعين الجزائريين قد وضعوا لمدة وجوب نفقة الوالد على ابنائه اجلين مختلفين فبالنسبة الى الولد الذكر تمتد مدة النفقة عليه من يوم ولادته الى يوم بلوغه سن الرشد القانوني، و بالنسبة الى البنت فان مدة النفقة تمتد من يوم ولادتها الى يوم زواجها و الدخول بها الى بيت زوجها فينتقل واجب النفقة من والدها الى زوجها، اي ان بلوغ ذكر سن الرشد القانوني و زواج البنت يزيل واجب الاب في الانفاق عليهما بعد ذلك.

اذا بلغ الولد الذكر السن الرشد القانوني و كان عاجزا للانفاق على نفسه بسبب المرض او الدراسة فان نفقته تبقى على عاتق والده الى غاية زوال سبب اي بالشفاء من المرض او الانتهاء من الدراسة.

اما المادة 76 من قانون الاسرة الجزائري قد نصت بوضوح على انه في حالة عجز الاب عن القيام بواجب الانفاق على اولاده فان هذا الواجب ينتقل الى الام لتتحمله اذا كانت قادرة و لها دخل كاف من وظيفة او مهنة او ارث.

الفرع الثاني: الصداق

من خلال تعريفنا للصداق في المبحث التمهيدي، وجدنا ان هناك بعض الاشكالية التى تتعلق به في الزواج العرفي في حالة نشوب نزاع بين الزوجين، سنحاول الاجابة عنها في هذه العناصر التالية.

اولا: اشكالية النزاع حول الصداق

لقد نصت المادة 17 من قانون الاسرة أنه: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما و ليس لأحدهما بينة و كان ذلك قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين و إذا كان بعد الدخول فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"، فالمشرع فرق بين حالتين

و هذا ما طبقته المحكمة العليا من خلال قرارها المؤرخ في 1987/01/12، بأنه: "متى كان من المقرر شرعا أنه في حالة نشوب خلاف بين الزوجين على مؤخر الصداق يؤخذ بقول الزوجة مع يمينها إذا لم يدخل بها وبعد البناء يكون القول للزوج مع يمينه"(1).

و هذا ما قضت به المحكمة عندما ألزمت المدعي عليه أن يدفع للمدعية مؤخر صداقها لم تستلمه بعد الدخول و أثبتت وجود مؤخر صداق و عدم دفعه من خلال شهادة الشهود و بذلك فبوجود البينة لا يلجأ لليمين.

1- حالة قيام النزاع قبل الدخول: حول ما إذا كان الزوج أو ممثله قد دفع للزوجة الصداق كله أو بعضه وما إذا كانت قد أنكرت بأنها قد استلمته مباشرة أو بالواسطة نقدا أو بدلا، و لم يكن للزوج بينة عن ما قاله أو ما زعمه فإن القول قول الزوجة مع آدائها اليمين أمام القاضي المطروح عليه موضوع النزاع لتؤدي اليمين القانونية على أنها لم تستلم الصداق لا شخصيا و لا بالواسطة و يحكم لها بالمسمى أو بالمثل.

و كذلك إذا كان هذا النزاع قد نشأ في نفس الموضوع بين الزوجة و ورثة زوجها عندما يكون قد مات قبل الدخول أو بين الزوج و ورثة الزوجة عندما تكون توفيت قبل الدخول، و هذا ما طبقته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1989/06/05 عندما نقضت قرار المجلس الذي أيد الحكم المستأنف القاضي على الطاعن بآدائه للمطعون ضدها مؤخر الصداق دون مراعاة القاعدة المتعلقة بالخلاف بين الزوجين على الصداق خرقا للقواعد الشرعية و القانونية(2).

---

(1): قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1987/11/12، مجلة قضائية، 1989، العدد 02، ص97.

(2): قرارالمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/06/05، مجلة قضائية، 1990، العدد 04، ص 80.

و لو أردنا اسقاط هذه القاعدة على الزواج العرفي و إدعت الزوجة عدم دفع الصداق المؤجل، و لم يكن للزوج بينة على دفعه و لم يحصل الدخول فإن الزوجة تؤدي اليمين القانونية على عدم تسلمها للصداق و يحكم لها بالمسمى، و لكن يبقى نفس الاشكال دائما مطروح حول صفتها في هذه الدعوى، فهل عليها إثبات الزوجية ثم المطالبة بمؤخرالصداق أم يمكنها المطالبة بمؤخر الصداق رغم عدم إثباتها لزواجها العرفي؟

2- حالة قيام النزاع بعد الدخول: حول نفس الموضوع أو غيره مما يتعلق بالصداق و كان أحدهما ناكرا و الآخر متمسكا و ليس له أية بينة قانونية فإن القول هنا قول الزوج أو ورثته مع أداء اليمين على صدق ما يدعيه و يحكم القاضي الذي يوجد أمامه النزاع لصالح الزوج.

و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1991/06/18 لما نقضت قرار جهة الاستئناف جزئيا: " لما ثبت أن قضاة الموضوع الذين منحوا المصوغ بإعتباره صداق للزوجة دون القيام بما هو واجب شرعا في هذه المسالة خالفوا القانون فالنزاع فيه كان بعد الدخول فالقول للزوج مع يمينه"(1).

و هنا أيضا يطرح نفس الاشكال هل يجوز للزوجة المتزوجة عرفيا أن تطالب أمام القضاء بمؤخر صداقها الذي لم تستلمه حتى بعد الدخول قبل أن تثبت زواجها العرفي؟

الفرع الثالث: الميراث

اولا: تعريف الميراث

الميراث فب اللغة: ما ورث، من قولك: ورث يرث وراثة و ميراثا، و منه قوله تعالى: "فهب لي من لدنك وليا يرثني و يرث من ءال يعقوب"(2)، اي يبقى بعدي فيصير له ميراثي(3).

---

(1): قرارالمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1991/06/18، مجلة قضائية، 1992، العدد 4، ص 69.

(2): سورة مريم،اية: 5،6.

(3): ابن منظور المرجع السابق، ص 2-200.

2- الميراث اصطلاح: هوالتركة، و هي ما يخلفه الميت من اموال او حقوق قابلة للاستخلاف(1).

ثانيا: حكم الميراث في الزواج العرفي

ان الرابطة التي تربط بين الزوجين هي: الزواج، و هو احد اسباب الميراث الثلاث المجمع عليها، و هي القرابة النسب، و النكاح، و الولاء .

فالزواج الصحيح سبب للميراث من الجهتين، فيرث الزوج به الزوجته، و هي ترثه به، كما ان الولد يرث ابويه، و هما يرثانه اذا اختفت الموانع(2)، و الاصل في ذلك قوله تعالى: "يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثتين" الى ان قال: "و لكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها او دين و لهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد..."(3).

و اجمع المسلمون على ميراث الاولاد من والدهم و والدتهم، و ميراث الرجل من امراته، و ميراث المراة من زوجها عند اختفاء الموانع(4).

و الميراث ثابت بالزواج العرفي لكونه زواجا صحيحا كالزواج الرسمي(5)، فيرث الزوج زوجته و هي ترثه اذا مات بمجرد العقد، كما يرث الولد ابويه بسبب النسب الثابت بالزواج العرفي.

---

(1): عبد المالك بن يوسف المطلق،**الزواج العرفي**، ط1، دار العاصمة السعودية 2006، ص 70.

(2): نفس المرجع، ص 72.

(3): سورة النساء، اية 11، 12 .

(4): ابن رشد، المرجع السابق، 5-405

(5): احمد بن يوسف بن احمد الدريوس، دار العاصمة ط1السعودية 2005، ص 80.

و لكن الاشكال الذي يطرح نفسه في حالة انكار احد طرفي هذا العقد لهذا زواج ؟

هذا ما اثارته احدى القضايا في المحاكم المصرية:

طبقا لنص المادة 17 من القانون 1 لسنة 2000

لا تقبل الدعوى الناشئة عن عقد الزواج اذا كان سن الزوجة يقل عن 16 سنة او كان سن الزوج يقل عن 18 سنة وقت رفع الدعاوي و لا تقبل عند الانكار الدعاوي الناشئة عن عقد الزواج في الوقائع اللاحقة على اول اغسطس سنة 1931 ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية و مع ذلك تقبل دعوى التطليق او الفسخ بحسب الاحوال دون غيرهما اذا كان الزواج ثابتا باية كتابة و لا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدي الطائفة و الملة الا اذا كانت شريعتهما تجيزه.

و من ثم فان الزواج العرفي لا يرتب اثاره من ناحية التوارث في حالة الانكار، لكن يمكن للزوجة ان ترفع دعوى اثبات او صحة زواج عرفي، و بعد ذلك تطالب بحصتها في الارث باعتبارها زوجة اذا صدر لصالحها حكم من المحكمة بصحة زواجها.

المطلب الثاني: اشكاليات الاثار الاجتماعية

ان استيفاء عقد الزواج العرفي لجميع اركان و شروط عقد الزواج الصحيح وفق الشريعة الاسلامية الا ان ذلك لا يخرجه من دائرة سلبية الاثار التي تنتج عنه، و يكون ثمنها مساس بقيم المجتمع، و الاسرة. و هذا ما حاولت معالجته في مجموعة من المسائل في هذا المطلب.

الفرع الاول: المسائل ذات الطابع القضائي

لقد اورد المشرع الجزائري جملة من العقوبات و الجزءات المترتبة على الجرائم الواقعة بين الفروع والاصول و خصها و حصرها دون غيرها من الجرائم التي تقع بين الافراد بظروف مشددة في العقوبة و مثال ذلك: نص المادة 267 من قانون العقوبات الجزائري:

"كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بوالديه الشرعيين أو غيرهما من أصوله الشرعيين يعاقب كما يلي:

1 - بالحبس المؤقت من خمس إلى عشر سنوات إذا لم ينشأ عن الجرح أو الضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل من النوع الوارد في المادة 264.

2- بالحد الأقصى للحبس المؤقت من خمس إلى عشر سنوات إذا نشأ عجز آلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر يوما.

3- بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا نشأ عن الجرح أو الضرب فقدان أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقدان البصر أو فقدان إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى.

4- بالسجن المؤبد إذا أدى الجرح أو الضرب المرتكب عمدا إلى الوفاة بدون قصد إحداثها و إذا وجد سبق إصرار أو ترصد تكون العقوبة:

- الحد الأقصى للحبس المؤقت من خمس إلى عشر سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى.

-السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا نشأ عن الجرح أو الضرب عجز آلي عن العمل لمدة تزيد على خمسة عشر يوما.

-السجن المؤبد في الحالات المنصوص عليها في الفقرة 3 من هذه المادة".

و هذا هو الاشكال الذي يطرحه الزواج العرفي من حيث تكيف الجرائم، فلو وقعت جريمة ضرب و جرح ضد احد الاباء من طرف احد ابناءه (الابن من زواج عرفي غير موثق) و تقدم بشكوى ضده الى العدالة و لكن السؤال الذي يطرح هو هل يمكن للقاضي ان يكيف جريمة الضرب و الجرح التي وقعت ضمن جرائم الاعتداء على الاصول و يطبق عليها العقوبات

المنصوص عليها في الماد ة 267 السابقة الذكر؟ ام ان الامر يختلف عن ذلك و يكيفها ضمن جرائم الضرب و الجرح العمدي بين الافراد و يطبق عليها العقوبات المنصوص عليها ضمن المواد 264-265-266.

ان عدم تقديم اي وثيقة من شانها ان تثبت العلاقة بين الاب و الابن تؤدي بالضرورة الى تكيف القضية على انها ضرب وجرح عمدي و بالتالي تعطل العمل بنص المادة 267 من قانون العقوبات و يفلت الجاني من عقوبة اكثر تشديدا.

ان الحق الذي خوله القانون الجزائري للاب في التنازل عن دعوى التي يرفعها ضد ابنه بشان جريمة السرقة قد يسقط اذا كان الاب لا يحوز اي وثيقة رسمية تثبت صلته بابنه و هذا ما ذكرته المادة 369 من قانون العقوبات الجزائري:

"لا يجوز اتخاذ الاجرءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الاقارب و الحواشي و الاصول لغاية الدرجة الرابعة الا بناءا على شكوى الشخص المضرور و التنازل عن الشكوى بوضع حد لهذه الاجراءات".

ان كثرة الزواج العرفي جعل عدد القضايا المعروضة امام القضاء عديدة خاصة فيما يتعلق بالاثبات، و نظرا لغياب الوازع الديني و الخلقي لدى الاشخاص فانهم قد يلجؤون الى الغش لاثبات العقد متى توافرت اركان عقد الزواج الشكلي و عليه فانه لا يسع المحكمة سوى التثبيت و بالتالي اعطاء مراكز قانونية لاشخاص وترتيب حقوق لغير مستحقيها و مثال ذلك ان يكون الشخص على علاقة غير شرعية بامراة و بعد وفاته تدعي انها متزوجة منه عرفيا و تقدم للمحكمة شهود زور و على اساسها تثبت علاقة الزواج.

اذن نستنتج ان الزواج العرفي يمكن ان يعطل العمل ببعض النصوص القانونية، التى كان من اللازم ان تطبق على بعض القضايا، في حين يمكن ان يعطي الصفة الرسمية لبعض عقود الزواج الغير شرعية.

الفرع الثاني: المشاكل المتعلقة بالتزوير

لعل مشكلة التزوير تعد اخطر المشاكل الناتجة عن الزواج العرفي ،ذلك ان ابناء هذا الزواج يحتاجون في حياتهم المدنية اليوم مجموعة من الوثائق التى تثبت انتماءاتهم الجنسية وكذلك جميع ما يتعلق بهم و نتيجة لذلك يلجا بعض لافراد الى الطرق الاحتيالية و الغش للحصول على هذه الوثاق، مما يؤدي من قريب او بعيد الى اكتشاف امرهم، و يجرون الى المحاكم(1).

ففي احدى القضايا الصادرة عن احدى المحاكم الموجودة في الجزائر طالبت المدعية باسقاط نسب بنت قام والدها بتسجيلها على زوجته المتوفاة، و لم يتوقف الامر عند هذا الحد فقط بل هناك من يتزوج و يطلق نساء ميتات.

الفرع الثالث: زواج المحارم او زنا

مثلما قام الزواج العرفي بالتراضي بين طرفي العقد اللذان هما الزوج و الزوجة يمكن ان ينتهي هذا العقد ايضا بين الزوجين بالتراضي دون ان يسعى احد الاطراف الى توثيقه او تحديد النسب او الابقاء على صلة القرابة، و مع مرور السنوات قد يلتقي هولاء الاولاد و يقمون علاقات شرعية او غير شرعية، فهذه ليست مشكلة فقط بل كارثة يجب ان ينتبه اليها الناس اليوم، لقوله سبحانه و تعالى: "حرمت عليكم امهاتكم و بناتكم و اخواتكم"(2).

---

(1):فارس محمد عمران، **الزواج العرفي و صورة اخرى للزواج غير رسمي**، دار الجامعة الجديدة، مصر،2001، ص 55.

(2): سورة النساء، الاية 31.

ملخص الفصل الاول

ان اثار الزواج العرفي كثيرة و متعددة و نذكر منها:الاثار القانونية والمادية و الاجتماعية، و هذه الاثارلا تمس فقط بطرفي الزواج و انما تتعداهما الى ان تمس بالابناء و بالمجتمع ايضا، و من خلال تقصي جل قرارات المحكمة العليا، وجدنا ان هذه الاثار لا تطابق اثار الزواج الصحيح الا في حالة اثبات العلاقة الزوجية و تسجيل عقد الزواج العرفي في مصالح الحالة المدنية.

الفصل الثاني

اشكالية توثيق عقد الزواج العرفي

يعد اثبات الزواج العرفي من اهم المشاكل التي تقابل طرفي هذا الزواج, حيث تكون عملية الاثبات صعبة بسبب التحول من صورة الزواج العرفي الى صورة الزواج الرسمي و ايضا لان اثار الزواج العرفي سلبية اكثر منها إيجابية, حيث تثار التساؤلات فيما اذا حدثت مشكلة بين الزوجين و ان ارادوا الاحتكام الى القضاء كطلب الزوجة لحقوقها المالية و طلبها الطلاق من زوجها, فيجب ان تكون العلاقة فيما بينهما مثبتة حتى تستطيع الاحتكام الى القضاء لذا يلجأ احد اطراف الزواج الى رفع دعوى ثبوت الزوجية لتحقيق ذلك.

و الزوجية تثبت بكافة طرق الاثبات المقررة في الفقه و القانون و هي: البينة, الإقرار، اليمين و إذا ما أثبت زواجها بواحدة من هذه الطرق و قضى لها بإثبات زواجها كان لها ان تقوم بتسجيله.

و عليه ستكون دراستنا في هذا الفصل مقسمة الى مبحثين, يتضمن المبحث الاول اشكالية اثبات عقد الزواج العرفي اما المبحث الثاني سنتطرق فيه لإشكالية تسجيل عقد الزواج العرفي.

المبحث الأول: اشكالية اثبات عقد الزواج العرفي

قبل الاجابة عن الاشكاليات و الصعوبات التي تواجه طرفي الزواج عند اثبات عقد الزواج العرفي, وجب التطرق اولا الى تعريف الاثبات بمعانيه الثلاث:

لغة: من الفعل ثبت، ثباتا، ثبوتا، فيقال ثبت الشيء أي استقر و التثبيت أي الحجة(1).

المعنى الفقهي للإثبات: هو اقامة الحجة الشرعية امام القاضي على صحة واقعة متنازع عليها(2).

المعنى القانوني للإثبات: فيقصد به اقامة الدليل أمام القضاء بالطرق و الإجراءات التي حددها القانون على وجود او صحة واقعة قانونية متنازع عليها(3).

لأهمية النزاع حول واقعة الزواج و خطره الكبير، أجاز الشرع اثباته بإحدى طرق الثلاثة و هي: الاقرار أو البينة أو اليمين و النكول عنه، و لذلك سيتم تخصيص هذا المبحث لدراسة هذه الطرق، حيث تتم الدراسة لكل طريقة في مطلب.

---

(1): المنجد في اللغة و الاعلام، دار المشرق، بيروت، الطبعة 31، 1986، ص 68.

(2): محمد كمال الدين امام، **الزواج في الفقه الاسلامي**، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1998،ص 69.

(3): نفس المرجع ،ص71.

المطلب الأول: اثبات عقد الزواج العرفي عن طريق الاقــرار

يعد الاقرار من أقوى أدلة الاثبات و يسمى أيضا بالشهادة على النفس، و هذا ما سيأتي شرحه في هذا المطلب حيث سيتم اولا تعريف الاقرار، ثم تعديد شروطه، ثم أنواعه، و بعده التطرق الى حجية الاقرار.

الفرع الاول: تعريف الاقــرار

حيث سيتم تعريف الاقـرار بمعانيه الثلاث:

اولا: لغة

من القر و هو البرد و القرور من النساء التي تقربها، و القرار مستقر الماء في الروضة(1) و اقره الله تعالى و هو مقرور، و اقر دخل فيه، و يوم القر يلي يوم النحر(2) و الاقرار ضد الجحود و ذلك اذا أقر بحق فقد أقره قراره(3).

ثانيا: شرعا

و هو الاخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر و لو في المستقبل باللفظ و ما في حكمه و بذلك يخرج من مدلول معنى الاقرار ما يدعيه الخصم(4)، أو هو اخبار عن حق ثابت على المخبر بغيره(5)، فلو كان لنفسه كانت دعوى الاقرار(6).

---

(1): ابن منظور، **لسان العرب**، ج 5، ص 3578 – 3579.

(2): الفيروز أبادي، المرجع السابق، ج 2، ص 114.

(3): ابن فارس، المرجع السابق، ج 5،ص 8.

(4): ممدوح عزمي, **الزواج العرفي**، ص 57.

(5): الكهوجي (عبد الله بن الشيخ حسن الحسن)، **زاد المحتاج بشرح المنهاج**، حققه وراجعه عبد الله بن ابراهيم الأنصاري، (دم)، ط1، 1989، ص 269.

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

ثالثا: في الاصطلاح القانوني

هو واقعة مادية تنطوي على اعتراف شخص او اعلان صداقة بحق عليه لأخر سواء عن قصد او لم يقصد به(1).

كما عرفه احمد عبد الرزاق السنهوري بأنه: "اعتراف شخص بحق عليه لأخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته او لم يقصد"(2).

كما نصت عليه المادة 341 قانون مدني جزائري بأنه: "اعتراف الخصم امام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك اثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة"(3).

الفرع الثاني: شروط الاقرار

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

اولا: الشروط الواجب توفرها في المقر

1-ان يكون المقر عاقلا بالغا فلا يجوز اقرار المجنون و المعتوه.

2- صدور الاقرار من الشخص ارادة خالصة لا اكراه فيه و يكون في صحو تام, فلا يصح اقرار المكره و كذا السكران لأنهما و ان كانا مكلفين إلا انهما محجور عليهما في المال(4)، لقوله تعالى: "إلا من اكره و قلبه مطمئن بالإيمان" اية 106 من سورة النحل, اذ جعل الاكراه

---

(1): محمد كمال الدين امام، **الزواج في الفقه الاسلامي**، المرجع السابق، ص 213.

(2): عبد الرزاق صنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**،ج2، دار النهضة العربية، القاهرة،1988، ص 471.

(3): أمر رقم 75-78 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانوني المدني، الجريدة الرسمية، العدد78، المؤرخة، في 30-09-1975، المعدل و المتمم.

(4): ابن عابدين، ج 8، ص 353.

مسقطا لحكم الكفر فالأولى الاقرار في حال الاكراه، و ذهب الحنابلة الى انه لا يصح اقرار المكره, الى ان يقر بغيره ما اكره عليه مثل ان يكره على الاقرار بزواج امرأة فيقر بأنه زوج لأخرى(1).

3- ان يكون المقر جادا غير هازل و ان لا يكون محجور عليه بسنه او عقله او منهما في اقراره، لانه و ان كان مكلفا فهو محجور عليه في المال، حيث جاء في الانصاف "يصح الاقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه "(2).

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في المقر له

- ان يكون المقر له معلوما و محددا تحديدا كافيا.
- ان تصدق المرأة الرجل لإقراره حالة كونه المقر و العكس صحيح.
- ان تكون الزوجة حلا لرجل في اقراره اذا كان هو المقر و ان يكون الرجل حلا للمراة اذا كانت هي المقرة.

ثالثا: الشروط الواجب توفرها في المقر به

المقر به هنا هو الزوجية كعلاقة قائمة بين الطرفين، لذا يجب ان يكون الزواج ممكن بين المقر و المقر له بان لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبد او مؤقت، كما ان يكون المقر به ملكا للمقر و ان يكون مشروعا و ان يكون معلوما(3).

---

(1): المرداوي (علي بن سليمان)، **الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب بن حنبل**، تحقيق عبد الله محمد حسن اسماعيل، ط1، ج 12، دار الكتب العلمية، بيروت 1977، ص 108.

(2): المرداوي، المرجع السابق، ص 115.

(3): الكوهجي، المرجع السابق، ص 275-277.

رابعا: الشروط الواجب توفرها في صيغة الاقرار

- ان تكون صيغة الاقرار موجزة غير معلقة على أي شرط.
- ان تكون الصيغة مثبتة للحق المقر به.
- ان تكون صادقة امام القضاء بالعبارة.

و يضيف القانون شروط اخرى و هي:

– أن ينصب الاقرار على واقعة قانونية، مدعى بها سواء كانت الواقعة تصرفا قانونيا أو واقعة مادية كالإقرار بالزواج و أن يكون محل الاقرار لا يكذبه الواقع، كأن تقر امرأة بأنها زوجة لرجل اخر قبل ان تولد.

– أن يكون غير مخالف للنظام و الآداب العامة، كإقرار الرجل بان هذه المرأة خليلته فلا يثبت زواجه بهذا الإقرار كما لا يثبت نسب الولد الناتج عنه(1).

– أن يكون الاقرار أمام مجلس القضاء و في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و هذا طبق لنص المادة 431 قانون مدني, فان كان أمام جهة رسمية كالموثق فانه لا يعتد بها الاقرار(2).

الفرع الثالث: انواع الاقرار

اولا: الاقرار غير القانوني: و هو الذي تم خارج مجلس القضاء كأن يقر فلان ان فلانة زوجته خارج مجلس القضاء سواء كان ذلك كتابة او شفاهة، و سلطة تحق التقدير بمثل هذا الاقرار موكلة للقاضي، يقدرها وفقا لظروف الدعوة و ملابستها. و يظهر مثل هذا النوع من الاقرار في الزواج العرفي عند تحديد موثق لها يسمى بعقد توثيق الزواج في الحالة التي

---

(1): عبد الرزاق صنهوري، المرجع السابق، ص 483–486.

(2): أمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية، العدد78، المؤرخة، في 30–09–1975، المعدل و المتمم.

يكون فيها احد الزوجين او الاباء او من له مصلحة كما يظهر الاقرار بزواج بناءا على طلب الزوجين معا و الارادة الحرة لكل منهما، و ليس بالإرادة المنفردة لأحدهما.

ثانيا: الاقرار القضائي: هو اعلان الخصم امام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه كأن يقف الزوج أمام القاضي و يقر بقيام علاقة زوجية بينه و بين المدعى عليها.

الفرع الرابع: حجية الاقرار

يجري التساؤل الان حول حجية هذا الاقرار و مدى قوته الثبوتية في اثبات الزواج العرفي و ما اذا كان الاقرار طريق لإثبات الزواج في الفقه و هل يعتد القانون الجزائري به كوسيلة لإثبات هذا الزواج، و للاجابة عما سبق سنتطرق لحجية الاقرار من ناحيتين:

اولا: من الناحية الفقهية

ان جمهور الفقهاء يعتبر الاقرار حجة قاصرة على المقر وحده و لا تتعداه الى غيره إلا انهم اعتبروه وسيلة كافية في حد ذاته لإثبات الزواج اذا ما اقر به احد الطرفين.

فيقول فارس محمد عمران و هو يتحدث عن اثبات الزواج العرفي: "الاثبات يكون بواحدة من ثلاث وسائل كما هو مقر في الفقه الحنفي: البينة، الاقرار، و النكول عن اليمين"(1).

و قد اختلف الفقهاء حول اقرار ولي القاصر فمنهم من أجازوا اقرار الولي عن النفس بالزواج ان كان هو الذي تولاه، و ذهبت طائفة اخرى منهم و جعلت اقرار الولي بزواج القاصر موقوف الى غاية بلوغ القاصر ان صدقه ينفذ إقراره وان انكره ابطل اقراره(2).

---

(1): فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 41.

(2): الامام محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، المرجع السابق، ص 18.

ثانيا: من الناحية القانونية

من الناحية القانونية يعد الاقرار حجة على المقر و الخلف العام و لا تتعداه الى غيرهما، فاذا كان الاقرار تصرف قانوني يقتصر اثره على المقر و يتعدى الى ورثته بصفتهم خلفا عاما له فان الاقرار بواقعة الزواج يكون صحيحا و ملزما لكل من الزوج و الزوجة و ورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته و لا يتعداهم الى الغير.

لذلك نجد أن محاكمنا و مجالسنا القضائية لا تعتد بالإقرار كوسيلة كافية لإثبات واقعة الزواج العرفي، و السبب في ذلك يعود لطبيعة عقد الزواج و خصوصيته لاسيما فيما يتعلق بآثاره الخطيرة، و التي لا تتوقف عند المتزوجين بل تتعداهما الى النسل الناتج عن هذا الزواج, كما انه لو اكتفى القضاء بإثبات الزواج بإقرار الزوجين فان هذا لا يؤدي الى ذيوعه و شيوعه، و يحول دون تحول القاضي من توافر اركان الزواج و كذا اشتهاره و إعلانه(1)، لأن الزواج في حد ذاته يتطلب الاعلان و الاشهار و علم الناس به بغلق منافذ الظن و الخوف في الأعراض و التقول على المتزوجين عرفيا و رميهم بالزنا من طرف الناس الذين لم يصل الى علمهم الزواج.

(1): بكوش يحي، المرجع السابق، ص 276.

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

ان من الخصائص التي يتميز بها عقد الزواج في الاسلام الشهادة (البينة) عليه عن طريق شهود عدل ساعة ابرام العقد و تحريره و ذلك لضمان شرعيته و إثباته من جهة أو انكاره و جحوده من جانب أحد المتعاقدين من جهة أخرى كما انها تعد احد اهم طرق اثبات الزواج، و لهذا السبب تم تقسيم هذا المطلب الى أربعة عناصر، الفرع الأول سنتطرق فيه الى ماهية البينة و أنواعها، و الفرع الثاني لتعديد شروط البينة، أما الفرع الثالث سنتناول فيه حكم الرجوع عن البينة، و أخيرا العنصر الرابع سأخصصه لنصاب الشهادة.

الفرع الاول: ماهية البينة(الشهادة) و أنواعها

أولا: ماهية البينة(الشهادة)

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

1- لغة: و هي الشهادة(1)، او البيان و هو ما يتبين الشيء من الدلالة و غيرها(2)، و بان الشيء و ابان اتضح وانكشف فهو بين، و ابان الشيء فهو بين(3)، و استبان الشيء ظهر و التبين الايضاح و الوضوح(4)، و فلان بين من فلان اوضح منه(5).

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

---

(1): المنجد في اللغة و الاعلام ، المرجع السابق، ص 368.

(2): ابن منظور، المرجع السابق، ج 1، ص 406.

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

(4): ابن منظور، المرجع السابق,ج 1، ص 406 .

(5): ابن فارس، المرجع السابق,ج 1, ص 328.

(6): محمد ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص 58.

ان المقصود بالبينة الحجة و الدليل و البرهان سواء كانت منفردة أو جملة و هي أهم من البينة في اصطلاح الفقهاء(1).

3- **البينة قانونا:** لم يعرف القانون البينة غير أنه من مفهوم نصوصه القانونية نصل أنه يقصد بها الشهادة، و يقصد بها ايضا اخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص و بعده مما يترتب عليه أثر في الشرع أو القانون(2)، و يمكن تعريفها بأنها أقوال شهود عدل معروفين بالصدق و الامانة يقرون ما عاينوه أو سمعوه من الواقع، و هي بذلك دليل مباشر.

ثانيا: أنواع البينة(الشهادة)

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

1- البينة المباشرة

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

اذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة، كأن يدلي الشاهد بما عاينه صورة شخصية و مباشرة اثناء انشاء واقعة الزواج العرفي بما في ذلك معرفته لطرفي العقد من زوج

---

(1): ابن القيم الجوزية (شمس الدين أبوعبد الله محمد بن أبي بكر)، **اعلام الموقعين**، راجعه و قدمه و علق عليه طه عبد الرؤوف سعد، مطبعة النهضة, طبعة جديدة، (دت)، ج 1، مصر، ص90.

(2): نبيل ابراهيم سعد، **الاثبات في المواد المدنية و التجارية**، دار النهضة العربية، بيروت 1995، ص 181.

الزوجة و مكان و ظروف ابرام عقد الزواج من رضا الزوجين و وجود ولي و تسمية الصداق(1).

و الشهادة المباشرة و هي التي يقرر فيها الشاهد في مجلس القضاء بالواقعة المشهود بها، و المراد اثباتها، و ذلك أن حدوثها تم تحت سمعه و بصره و تسمى الشهادة من الدرجة الاولى(2).

2- البينة السماعية: و تسمى أيضا بالشهادة من الدرجة الثانية و يشهد فيها الشاهد بما سمعه من غيره، و تسمى في الفقه الاسلامي بالشهادة عن الشهادة، و فيها يدلي الشاهد بما نقله عن شخص اخر يكون قد عاين الواقعة المشهود بها و المراد اثباتها. و الشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الاصلية، و في الفقه الاسلامي الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا بالإنابة، فاذا سمع شاهد فكانت شهادته سماعية فهي لا تقبل منه إلا اذا أشهده فيها الشاهد الأصلي، و يقدر القاضي قيمة الشهادة السماعية ولا سلطان لأحد عليه في ذلك.

3- الشهادة بالتسامع: هي شهادة بما يتسامعه الناس وهي عكس الشهادة السماعية التي يمكن تحري مصدر الصدق فيها و تحميل صاحبها مسؤولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره، فالشهادة بالتسامع صاحبها لا يروي عن شخص معين ولاعن الواقعة بالذات بل يشهد بما يتسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير في شأنها فهي غير قابلة للتحري، و لا يتحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما شهد به(3)، كالقول مثلا: "قيل أن فلان تزوج فلانة"(4).

---

(1): قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1984/09/24، مجلة قضائية، ع 1، ص 64.

(2): عبد الحميد الشواربي، **الاثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية و التجارية و الجنائية و الأحوال الشخصية**، منشأة المعارف، الاسكندرية 1999، ص 378.

(3): بكوش يحي، المرجع السابق، ص 190-191.

(4): عبد الرزاق صنهوري، المرجع السابق، ص 413.

الفرع الثاني: شروط أداء الشهادة

يشترط لاداء البينة امام القاضي شروط تتعلق بالشاهد، و شروط للمشهود به و شروط للشهادة، و لاداء الشهادة.

أولا: شروط ترجع الى الشاهد

1- الأهلية: أي ينبغي أن يكون الشاهد بالغا وقت أداء الشهادة فلا تقبل شهادة المجنون و لا السكران، و لا شهادة الطفل لعدم حصول الثقة(1).

فقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون الشاهد بالغا و عاقلا وقت اداء 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 ان يكونوا بالغين 21 سنة على الاقل"(2).

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

2- الحرية: ذهب الحنيفة و الملكية و الشافعية إلا ان الحرية شرط في الشاهد, فلا تقبل شهادة الرقيق لقوله تعالى: "ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء" النحل الاية 75، لان الشهادة فيها معنى الولاية ولا ولاية للعبد، اما الحنابلة والظاهرية فذهبوا الى قبول شهادة العبد, ذلك ان الايات جاءت عامة في وجوب الشهادة(3).

3- الولاية: يشترط الفقهاء ان يكون الشاهد من اهل دين المشهود عليه فلا ولاية لغير مسلم على مسلم. و ان لا يكون الشاهد غير مقبول الشهادة شرعا: لقوله صلى الله عليه و سلم: "لا شهادة للمتهم"، و التهمة اما ان تكون فسق الشاهد, او وجود صلة خاصة بينه وبين المشهود

(1): ابن قدامة، مصدر سابق، ج 12، ص 27، الونشريسي (أبو العباس احمد بن يحي)، **عدة البروق في جمع ماضي المذهب من المجموع و الفرق**، دراسة و تحقيق حمزة أبو فارس، دار العرب الاسلامي، بيروت، لبنان، (دت)، (دط)، ص 502.

(2): أمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية، ص 124.

(3): ابن قدامة، المرجع السابق, ج 7، ص 340.

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 وذهاب الاخلاق.

ثانيا: شروط ترجع الى الشهادة

1- لفظ الشهادة: يتعين على الشاهد عند اداء الشهادة ان يذكر لفظ الشهادة فيقول اشهد انه اقر بكذا و نحوه، و لو قال اتيقن او اعرف او اعلم لم يعتد بها لان الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة، فلا بد من الاتيان بفعلها المشتق منها لان فيها معنى لا يحصل في ذلك من غيرها و هذا ما اجمع عليه الفقهاء(1).

2- ان تكون الشهادة موافقة للدعوى: فلا تقبل الشهادة المنفردة عن الدعوى فإذا كان بصدد دعوى لإثبات الزواج العرفي دون غيرها، اما في القانون فيشترط لصحة الشهادة ان تكون موافقة للدعوى، و بالتالي لا يمكن اثبات الزواج بواسطة شهادة متناقضة(2).

3- مكان اداء الشهادة: يشترط ان تكون الشهادة في مجلس القضاء(3)، كما انها تتم امام المحكمة او مجلس القضاء و هذا ما ذهبت اليه جل قرارات المحكمة العليا فالقاضي وحده له صلاحية سماع الشهود، او هي من صميم اختصاصه، و عليه فقيام جهة اخرى بسماع تصريحات الشهود كالخبير و الموثق، يعد اعتداء على صلاحيات القاضي و لا يعتد بما يصدر عنه من تصريحات. و هذا الموقف يتضح في كثير من قرارات المحكمة العليا نذكر على سبيل المثال قرار 1992/09/29 ملف رقم 84334 "سماع شهود الزواج امام الموثق بتكليف من القضاة خطأ في تطبيق القانون و لما تبين في قضية الحال ان قضاة الموضوع

---

(1): ابن قدامة، المرجع السابق،ج 12، ص 64-69.

(2): **المجلة القضائية**، ع 2، سنة 1991.

(3): المرغيناني، (برهان الدين علي بن ابي بكر), **الهداية شرح بداية المبتدي**، دار الفكر بيروت, لبنان، (دت)، ط 2، ج7، ص 433.

بما كلفوا الموثق بسماع شهود الزواج الدعي به يكون قد تخلوا عن المسألة تتعلق باختصاصهم لأنه لا يمكن للموثق ان يقوم بذلك"(1).

ثالثا: شروط ترجع الى المشهود به

يشترط ان يكون المشهود به معلوما للشاهد, فلا يصلح للشاهد ان يشهد بشيء حتى يحصل له به علم, لا بما شك فيه و لا بما يغلب الظن على معرفته لان فائدة الشهادة الزام المدعي عليه(2)، فلا يشهد الشاهد مثلا ان فلانة زوجة فلان بانيا اعتقاده هذا من خلال رؤيته لهما و هما يسكنان نفس البيت، و يتعاملان كما يتعامل الأزواج، و هو ما اتجهت اليه المحكمة

العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/30 الذي جاء فيه: "من المقرر شرعا و قانونا ان الزواج الشرعي يقوم على العلانية و الشهرة و مراعاة اركانه و شروطه...، و الزواج العرفي ما يزال معمولا به متى توفرت فيه الشروط و الاركان، و الطاعة عجزت عن اثبات زواجها و رغم محاولات الشهود لها بالزواج و ادينوا معها في جريمة التزوير، فمعاشرة رجل لامراة طالت مدتها او قصرت، و لو وقع الاشهاد بها لا تعد زواجا(3).

رابعا: اداء الشهادة

ان سماع الشهود يكون امام المحكمة, طبقا للأوضاع المقررة قانونا لذلك، فلا عبرة بأي شهادة يحصل الادلاء بها خارج مجلس القضاء و لو كان ذلك امام موظف عام مهما علت درجته طالما انه ليست له ولاية القضاء، و هذا ما اتجهت اليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/12/11 اهم ما جاء فيه: "من المقرر شرعا ان الشهادة الشرعية في اثبات الحق او نفيه عن الشخص هي التي تؤدى امام القاضي و يتخذ في شانها اجراءات نص القانون عليها كتحليفهم و معرفة ما اذا كانوا اهلا للشهادة و التحقق من توفر شروط

---

(1): مجلة الاجتهاد القضائي, غرفة الاحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 44.

(2): عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 166.

(3): قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1990/04/30، مجلة قضائية، 1992، ع 2، ص 64.

الاداء فيهم، و هناك شهادة أخرى يشهد اصحابها أمام موظف مختص لتلقي شهادات معمول بها قضاءا، و يحكم بناءا عليها ومن القضاة من يحضر أمامه أشخاص هذه البينة التي تلقاها الموثق، و يحلفهم قبل أن يحكم بما شهدوا و عليه اذ لم يكن في القضية سوى الاثبات بالبينة، فالقاضي هو الذي يستمع للشهود, فإذا اليهم غيره و بنى حكمه على شهادتهم كما هو الحال هنا فان حكمه يكون قائما على اساس غير قانوني. فالخبير ليس من مهمته سماع الشهود او اعطاء رايه في شهادتهم و إلا فانه يكون قد سلب سلطة القاضي وحل محله، و هذا غير جائز قانونا، فالأمر يتعلق بالإقناع الذي يكون من الحجج الشرعية أو البينة الشرعية والقرار المطعون فيه جاء صادر على الحكم الذي اعتمد على اقوال أشخاص لم يتخذ في شأنها ما هو مطلوب قانونا وقبلت بعيدا عن المحكمة فانه خالف النصوص القانونية وانتهك القواعد الشرعية وعرضوا قرارهم لعدم التأسيس القانوني و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"(1).

اما دور القاضي حيال الشهود فيتمثل في استفساراتهم عما اذا حضروا مجلس العقد و يتأكد من عددهم حتى يحترم نصاب الشهادة، و يتأكد من هوية الشاهد الكاملة من خلال بطاقة التعريف، و درجة القرابة بالخصوم مع الاشارة لتأدية اليمين القانونية بعدها يقوم القاضي باستفسار الشهود عن معرفتهم للخصوم، و فيما اذا حضروا فاتحة الزواج أو حفل الزفاف، و من تولى العقد كولي الزوجة، و يسألهم عن التاريخ أو السنة التي تم فيها الزواج العرفي لاسيما ان كانت الشهادة سماعية و عن مكان ابرام 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 ان يدقق في كل كبيرة وصغيرة صرح بها الشاهد و يقارن بين تصريحات الشهود عساه يجد تعارضا في اقوالهم، وعليه أن يربط بين كل تلك التصريحات ليستنبط منها أخيرا أركان الزواج المذكور في المادة التاسعة من قانون الاسرة ليقرر تثبيت الزواج العرفي من عدمه.

---

(1):قرار المحكمة العليا، المرجع السابق، ع 2، ص 62.

الفرع الثالث: حكم الرجوع عن البينة

حسب الشريعة الاسلامية يجوز للشاهد ان يرجع عن شهادته, و رجوعه صحيح بشرط ان يكون في مجلس القضاء و تبرير ذلك رجوع الشاهد عما ادلى به ان كان كذبا هو عودة الى الحق، و قد استدلوا بذلك عن رواية حدثت مع علي –رضي الله عنه– اين شهد عنده رجلين خطأ على رجل بالسرقة فقطعت يده، ثم عادا و تراجعا عن اقوالهما متهمين رجل اخر وليس الرجل الاول فقال لهما علي –رضي الله عنه–: "لا اصدقكما على هذا الاخير وأضمنكما يد الاول، و لو انني اعلمكما فقلتما ذلك عمدا قطعت ايديكما"، ففي هذه الرواية دليل ان الرجوع عن الشهادة صحيح في حق الشاهد.

فاذا سلطنا الضوء في هذه النقطة –رجوع الشاهد عن شهادته– على مسألة الزواج العرفي و افترضنا ان القاضي اثبت الزواج بين فلان و فلانة بناءا على شهادة سماعية و صدر الحكم و استوفى طرق الطعن و اصبح نهائيا، ثم اتى نفس الشاهد الذي شهد بواقعة الزواج العرفي و رجع عن شهادته مبررا ذلك بأنه قد تم ايهامه ان فلانة هي حقا زوجة فلان، هنا سيكون موقف القاضي كالتالي:

اذا كان رجوع الشاهد عن شهادته قبل صدور الحكم بتثبيت الزواج العرفي الحالي يستبعد القاضي شهادته و لا يقضي بها لبطلانها بتراجعه عنها، و ان لم يصبح الحكم نهائيا، فيجوز تصحيح الوضع على مستوى درجات التقاضي الأخرى، لكن ان صار الحكم نهائيا، و رتب اثاره كاملة خاصة ان كان الزوجين متوفيين، في هذه المسألة بالذات يمكن استنتاج الحل من خلال موقف المحكمة العليا التي استقرت على ان حكم القاضي بإثبات واقعة الزواج له حجية مؤقتة، على خلاف بقية الاحكام التي لها حجية مطلقة، و ذلك في قرار لها صادر بتاريخ 1998/12/15، اهم ما جاء فيه: "حيث ان اثبات واقعة الزواج ليس لها

حجية الشيء المقضي فيه حسب مفهوم المادة 338 من القانون المدني، باعتبار واقعة الزواج العرفي لها حجية مؤقتة"(1).

أي أنه متى توفرت الادلة التي تؤدي الى خلاف ما انتهى اليه الحكم الذي استوفى طرق الطعن, يمكن رفع دعوى جديدة لنفي ما انتهى اليه الحكم الاول.

الفرع الرابع: نصاب الشهادة

اولا: نصاب الشهادة في الفقه

ذهب جمهور الفقهاء الى ان الشهادة على النكاح برجلين ذكرين, و لا تجوز شهادة النساء إلا في الاموال(2). و ذهب الحنفية الى ان الشهادة تتم بشهادة رجلين ذكرين، أو رجل و امرأتين عدلين(3)، لقوله تعالى: "و اشهدوا ذوي عدل منكم" الاية 02 من سورة الطلاق.

ثانيا: نصاب الشهادة في القانون

ذهبت المحكمة العليا في العديد من قرارتها الى عدم الاعتداد بشهادة النساء وحدهن في النكاح و اخذت شهادة الرجلين ذكرين.

و على سبيل المثال القرار الصادر في 1984/10/8، ملف رقم 34137: "من القواعد المقررة شرعا ان التنازع في الزوجية اذا ادعاها أحدهما و أنكرها الاخر، فان اثباته يكون بالبينة القاطعة... و الشهادة المعتبرة في الزواج شهادة عدلين ذكرين، و من ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية"(4).

---

(1): قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1998/12/15، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 56.

(2): ابن قدامة، المرجع السابق، ج 12، ص 7.

(3): المرغيناني، المرجع السابق، ص 370.

(4): المجلة القضائية، ع 4، 1981.

المطلب الثالث : اثبات الزواج العرفي عن طريق اليمين و النكول عنه

سنتناول في هذا المطلب تعريف اليمين و النكول عنه اولا، ثم حجية اليمين.

الفرع الاول: تعريف اليمين و النكول عنه

اليمين بوجه عام هو قسم او حلف بالله او اسمائه، و لا يجوز سواها، يلتزم بأدائها المدعي عليه متى طلبها المدعي، يترتب عليها ثبوت الحق في ذمته ان حلفها.

و اليمين قول يتخذ فيه الحالف بالله شاهدا على صدق ما يقول(1)، و عرفه بن عرفة بقوله: "اليمين قسم او التزام"(2).

و منه النكول عن اليمين هو امتناع من وجهت اليه اليمين عن ادائها، أو هو المنع عن الحلف المطلوب منه.

الفرع الثاني: حجية اليمين

ان حجية اليمين في القواعد العامة للاثبات كالاقرار قاصرة على الحالف و ورثته بصفتهم خلفا عاما له سواء كان ذلك عند الحلف او عند النكول عليه و لا تتعدى الغير.

فعند الفقهاء و اهل الدين، تعد اليمين توجه في الزواج لان النكول عندهما اقرار لا بذل، لذلك فان ادعى شخصان واقعة زواج فادعى الزوج بوجوده فان اقرت المرأة قضى وصح الزواج وكانا صادقين و لكن اذا ما نكلت و وجبت على الزوج البينة وذلك حسب المبدأ القائل: "البينة على من ادعى واليمين على من انكر"(3).

---

(1): نبيل السعد، المرجع السابق، ص 224.

(2): الرصاع ابوعبد الله محمد الانصاري، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد ابو الاجفان الطاهر المعموري، دار الغرب الاسلامي، بيروت، لبنان، 1993، ط1، ص 206.

(3): محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 316.

أما القضاء فلا يأخذ باليمين دليلا كافيا لإثبات الزواج العرفي، فهو عمل مبني على صحة ما شاهد أو سمع في أي واقعة من الوقائع و لأن الزواج يقوم على أركان و شروط، و هو مما لا يثبت إلا بالشهود الذين يؤكدون توافرها، ففي محاكمنا ومجالسنا القضائية لا يكون الاعتداد باليمين إلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معا، و يتعين على القاضي توجيهها الى المدعي بالإضافة الى سماع بنية الشهود و الذين يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وفقا للشريعة الاسلامية مع بيان توفير اركان و شروط المادة 09 و 09 مكرر من قانون الاسرة.

فان مات أحد الزوجين و ادعى الحي منهما الزوجية و ليس له شاهدا واحدا, و يشهد بالزوجية شهادة مفصلة قطعية يحدد فيها مبلغ الصداق المسمى و تأجيله أو تعجيله، و من تولى العقد، فان الزواج يثبت لكن مع يمين المدعي.

و خلاصة القول أنه اذا كانت الشريعة الاسلامية تعتمد على كل من الاقرار و البينة و النكول عن اليمين لإثبات الزواج العرفي، فان القضاء الجزائري يركز على شهادة الشهود بالدرجة الأولى، أما اليمين فيلجأ اليها لتدعيم و تأكيد شهادة الشهود في حالة وفاة احد الزوجين، أما الاقرار القضائي فلا يعتد به اطلاقا عكس الاقرار الغير القضائي الذي يتم التصريح به أمام الموثق، و الذي تعتد به محاكمنا و مجالسنا القضائية في اثبات واقعة الزواج العرفي الغير المتنازع عليه.

المبحث الثاني: إشكالية تسجيل عقد الزواج العرفي

تأكيدا لما سبق ذكره فإن الإشكالية في الزواج العرفي تنص على مسألة تسجيله، و لذلك حاول المشرع في كل مرحلة معالجة عقود الزواج العرفية عن طريق سنه لمجموعة من النصوص القانونية، و التي تلزم المواطنين المتزوجين عرفيا أن يتقدموا إلى المحاكم لاستصدار أمر أو حكم لتسجيل عقودهم في سجلات الحالة المدنية، و التسجيل يقتضي إتباع إجراءات خاصة، باختلاف مكان انعقاد العقد و باختلاف الفترة الزمنية التي أبرم فيها، و ايضا باختلاف الحالة التي يكون فيها الزواج العرفي متنازعا فيه أو غير متنازع فيه، و هذا ما سيأتي شرحه في مطلبين متتاليين.

المطلب الأول: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه

إذا ما وقع نزاع حول واقعة الزواج بين الزوجين، أو بين من لهم مصلحة شرعية و قانونية في ذلك، و كان أحدهما يدعي قيام الزواج شرعا و قانونا، و الآخر يزعم نفيه و يطعن في قيامه أو في صحته، فإن 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 أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية(1).

و دعوى إثبات الزواج العرفي لا تختلف عن غيرها من الدعاوى المدنية الأخرى، من حيث ما يتعلق بإجراءات رفع الدعوى و من حيث الشروط الواجب توفرها في المدعي من اجل قبول الدعوى و اجراء تحقيق حولها و من ثمة الحكم فيها.

و لهذا سنتناول في هذا المطلب ثلاث فروع، حيث سنعرض أولا اختصاص و اجراءات رفع دعوى اثبات الزواج العرفي، ثم الشروط الواجب توافرها في المدعي، و اخيرا الكيفية المتبعة في اجراء التحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي.

(1):عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص369.

الفرع الاول: اختصاص و إجراءات رفع دعوى إثبات الزواج

القاعدة العامة أنه يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه في جميع الدعاوى التي لم ينص فيها على اختصاص محلي خاص إذا لم يكن للمدعي موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها محل إقامته حسب نص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية.

و عليه فإن المشرع لم يحدد اختصاص محلي خاص لدعوى إثبات الزواج و من ثمة بالرجوع إلى القاعدة العامة هي موطن المدعى عليه و الاختصاص المحلي ليس من النظام العام و ليس للقاضي إثارته تلقائيا و لأطراف النزاع الاتفاق على عرضه أمام أي جهة قضائية.

في حالة وجود عقد الزواج و يتعلق النزاع بصحته أو عدم صحته شرعا أو قانونا أو في حالة ما تعلق النزاع بعدم وجوده أصلا يعود الاختصاص إلى قاضي الأحوال الشخصية لمحكمة موطن المدعي عليه إذا لم يتفق طرفين على خلاف ذلك.

و لإثبات الزواج العرفي أمام القضاء لابد من إتباع إجراءات حددها قانون الإجراءات المدنية في المادة 14، حيث ترفع دعوى اثبات الزواج امام المحكمة و تشترط بالإضافة الى التوقيع و التاريخ، تقديم عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي الاطراف.

و تضمن العريضة البيانات التالية: اسم و لقب المدعي و موطنه، اسم من يمثله و لقبه و صفته و وظيفته و موطنه، اسم المدعى عليه و لقبه و مهنته و موطنه، ذكر وقائع الدعوى و طلبات المدعي، و توقيعه او توقيع وكيله مع ذكر تاريخ تقديم العريضة و هو تاريخ ايداعها في كتابة قسم الضبط و كتابة القيد و قيدها.

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

و بعدها يتم تبليغ الدعوى للمدعى عليها من طرف المحضر القضائي بواسطة التكليف بالحضور طبقا للمادة 19 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

و يكون ميعاد رفع الدعوى لإثبات الزواج العرفي غير محدد بمهلة معينة على اعتبار أن الزواج و آثاره لا تقتصر على الزوجين فقط بل تمتد الى ورثتهما. و علاقة الزواج بين الطرفين تكون أبدية و آثارها مستمرة فلا تحدد مهلة معينة لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي ليسمح لأطراف العلاقة أو أصحاب المصلحة من تثبيت العلاقة الزوجية مهما طال الزمن و لمنع ضياع الحقوق خاصة بوفاة أحد الزوجين أو كلاهما.

الفرع الثاني: شروط رفع دعوى إثبات الزواج

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

اولا:الأهلية

و هي قدرة الشخص و صلاحيته لكسب الحقوق و تحمل الالتزامات و من لم يكن متمتعا بقواه العقلية أو كان صغير السن أو قد تم الحجر عليه فإن 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 19 سنة حسب المادة 40 القانون المدني، و يجب أن تتوفر أيضا في الخصم الموجه إليه الإجراء لأنه يعرضه لمخاطر الحكم ضده مما يعني حرمانه نهائيا من حقه.

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

بالرجوع للقواعد العامة فإن تخلف الأهلية يترتب عليها بطلان العمل القضائي فهي شرط لمباشرة الدعوى و ليست شرطا لوجودها و يعد البطلان الناشئ عن تخلف أهلية التقاضي بالنظام العام، و قواعد 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(1).

و في حالة نقص الأهلية أو انعدامها فإن 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 فالدعوى ترفع من طرف أحد الزوجين ضد الآخر الذي ينكرها إذا كانا على قيد الحياة معا، أو من الزوج الباقي على قيد الحياة ضد ورثة الزوج المتوفى، أما في حالة وفاة الزوجين معا ترفع من ورثة أحد الزوجين ضد ورثة الزوج الآخر.

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.

وإن كانت بعض المحاكم تقبل دعوى إثبات الزواج العرفي إذا رفعت من أحد الورثة فقط، أو ضد أحد الورثة و لا تشترط أن تكون ضدهم أو من طرفهم جميعا لأنها تطرح العديد من الإشكاليات خاصة فيما يخص بالتبليغات و صعوبة جمع كل الورثة أطراف الرابطة القانونية. و نشير هنا أنه في حالة وفاة أحد الزوجين أو كلاهما غالبا ما ترفع هذه الدعاوى من صاحب المصلحة ضد النيابة العامة و هذا غير جائز لأنه لا يوجد أي نص قانوني يقضي برفع دعوى في مثل هذه الحالات ضد النيابة، و كذلك فإن النيابة ليست طرفا في العقد المراد إثباته و من ثمة لا يمكن قبول الدعوى المرفوعة ضد النيابة لأن الصفة في دعوى إثبات الزواج العرفي تحقق في كل من الزوجين أو ورثتهما أما النيابة فلا تكون لها الصفة في الإدعاء أمام القضاء

---

(1):بوبشير محند آمقران، **قانون الإجراءات المدنية والادارية**، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص 76-79.

المدني كطرف أصيل سواء مدعية أو مدعى عليها إلا استثناء بنص خاص(1). و بغياب نص خاص في دعاوي إثبات الزواج العرفي فإنه لا يجوز قانونا رفع دعوى ضد النيابة في إثبات الزواج العرفي.

فالنيابة تهدف بتدخلها في مثل هذه الدعاوى إلى حماية المصلحة العامة و تطبيق القانون تطبيقا سليما لتحقيق السير الحسن للعدالة هذا و قد نصت المادة 141 قانون الإجراءات المدنية على أنه:

"يجب إطلاع النائب العام على القضايا الآتية ...القضايا الخاصة بحالة الأشخاص...".

فيحق للنائب العام أن يطلب الإطلاع على تلك القضايا و إبداء رأيه بكل موضوعية و حياد دون أن ينحاز لأحد الأطراف.

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

و هذا الرأي غير ملزم للقاضي، و ما يلزمه سوى تمكينها من إبداء رأيها و وجوب الإطلاع على هذا الرأي، و يترتب على عدم تمكين النيابة العامة من إبداء رأيها أو من عدم الإطلاع على هذا الرأي من قبل القاضي بطلان العمل الإجرائي(2).

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

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

(1):عمر زودة ،" مقال دور النيابة العامة في الدعاوى المدنية"، مجلة قضائية، 1991، ص 276 .

(2):عمر زودة، "مقال تعليق على التطبيقات القضائية للمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية"، المجلة القضائية،2001، العدد 01، ص 38.

و إن قبول الدعوى التي ترفع على النيابة في هذه الحالة يشكل خرقا لأحكام المادة 459 قانون الإجراءات المدنية فلا يوجد نص خاص يسمح برفع الدعوى ضد النيابة(1).

و من ثم فإن دور النيابة في دعوى إثبات الزواج العرفي هو إبداء رأيها فيما أبداه الخصوم الأصليون من الطلبات و الدفوع، غير أن لها أن تتمسك بالدفوع التي تتعلق بالنظام العام و لا

يجوز لها بذلك أن تطعن في الحكم سواء أكان حكم الصادر متفقا مع رأيها أو مخالفا له، و إذا لم تتمكن النيابة من استعمال حقها و صدر حكم مخالفا لأحكام المادة 141 قانون الإجراءات المدنية فهذا الحكم باطلا و البطلان يتعلق بالنظام العام، أما إذا تم تبليغها و لم تبدي رأيها لا يترتب على ذلك البطلان.

ثالثا: المصلحة

لا دعوى بغير مصلحة و المصلحة المقصودة هي حماية شخص لحق أعتدي عليه أو أغتصب منه و هو أساس المصلحة و هو الحق الثابت للمعتدى عليه و متى إنتهت المصلحة رفضت الدعوى.

و تظهر المصلحة في دعوى إثبات الزواج العرفي من صاحب المصلحة: أحد الزوجين، و في حالة وفاة أحدهما أو كلاهما من طرف ورثتهم فمن لهم المصلحة.

و عليه لابد من توفر كل شرط من هذه الشروط و إلا رفضت الدعوى و للقاضي إثارتها تلقائيا لأنها مرتبطة بالنظام العام.

الفرع الثالث: كيفية إجراء تحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي

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

و بالجلسة يتأكد قاضي 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

---

(1): نفس المرجع, ص 39.

الزواج و عن مقدار الصداق و فيما إذا كان معجلا أو مؤجلا و عن حضور الشهود مجلس العقد و ولي 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 ما زالت 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 الصادر بتاريخ 1984/11/19 أنه: "لابد من إطلاع 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 فإن 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 آخر للمحكمة العليا غير منشور أن "المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أنه القضاء بإثبات عقد النكاح ثم فسخه بالطلاق في آن واحد وبحكم 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 آثاره، و من ثمة 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، فإن 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 ثمة لابد 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 بالأشهاد على عقد الزواج العرفي، و يكون منطوقه محدد فيه تاريخ وقوع الزواج و يبين الهوية الكاملة لكل من الطرفين مع أمر ضابط الحالة المدنية بالبلدية

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

(2): المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1986/01/13، ملف رقم39600 ، غير منشور.

(3): المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1989/04/02، مجلة قضائية، 1989، العدد 02، ص 57.

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 المقتضى 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.

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 غير 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 آجال 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 فإنه 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 إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص أو أهليتها فإن 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)، وقد كان على قضاة الموضوع وقف تنفيذ القرار"(1).

---

(1): نفس المرجع، ص 57.

غالبا ما تكون الأحكام المثبتة للزواج العرفي مقترنة بأمر تسجيله، و إن 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 فإنه لا يقوم بتسجيله.

و يرى عبد العزيز سعد في هذه الحالة، 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(1).

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

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

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

ومن 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 لابد من اللجوء فيه للقضاء للفصل فيه متى توفرت شروط المطالبة القضائية، فيتم إجراء تحقيق و التأكد من قيام العلاقة الزوجية و يتوج ذلك بحكم قضائي و يسجل بالحالة المدنية إذا أصبح نهائيا.

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 اللذين يشترط لعقد زواجهم رخصة كأفراد الجيش أو الأجانب أو القصر فوكيل الجمهورية يحيلها إلى قاضي الأحوال الشخصية.

---

(1):عبد العزيز سعد، **نظام الحالة المدنية في الجزائر**, الطبعة الثانية، دار هومه, الجزائر، ص 26.

المطلب الثاني: تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه

لقد نصت المادة 18 من قانون الأسرة على أن: "عقد الزواج يتم أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر"، دون أن تذكر صراحة ضابط الحالة المدنية الذي ورد ذكره مع الموثق في المادة 71 من قانون الحالة المدنية.

و قبل الحديث عن تسجيل الزواج بسجلات الحالة المدنية يمكن الإشارة إلى أن المشرع في المادة 18 السابقة الذكر و باستعماله لعبارة "يتم عقد الزواج..." أراد تبيان الكيفية المتبعة لتسجيل عقد الزواج، و ليس إلزام المواطنين بالتسجيل،

بالرجوع إلى المادة 18 من قانون الأسرة و المادة 71 من قانون الحالة المدنية نجد بأن المشرع قد أسند مهمة القيام بإجراءات تحرير وثيقة عقد الزواج المبرمة داخل الوطن و المتعلقة بزواج المواطنين الجزائريين لشخصين دون غيرهما وهما ضابط الحالة المدنية والموثق الذي يوجد بدائرة اختصاصه مسكن الخطيبين أو أحدهما أو الذي يوجد بدائرة اختصاصه محل إقامة أحدهما(1). أما إذا تعلق الأمر بعقد زواج الأجانب فإن الموظف المختص يمكن أن يكون أيضا الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي أقام الخطيبان أو أحدهما بدائرة اختصاصه إقامة مستمرة مدة شهر على الأقل حتى تاريخ انعقاد الزواج(2).

و عليه فحسب ما جاء في المادة 72 من قانون الحالة المدنية فإنه إذا وقع انعقاد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، يتعين على الزوجين تحضير ملف يتكون من:

- نسخة من شهادة الميلاد الأصلية للزوجين لا يتجاوز مدتها 03 أشهر.
- شهادة عزوبة للزوجين.
- شهادة طبية بعدم حمل الزوجة.
- نسخة من بطاقة تعريف الطرفين.

---

(1): نفس المرجع، ص 16.

(2): نفس المرجع، ص 128.

و بعد أن يتأكد ضابط الحالة المدنية من الهوية الكاملة للطرفين و من رضا الزوجة و سماع وليها و الشهود المرافقين لهما و وجود الصداق، يقوم بتسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية فورا بعد توقيع الطرفين و الولي و الشهود على السجل، ثم يسلم الزوجين دفترا عائليا يؤكد و يثبت صحة و شرعية العقد و تسجيله.

أما إذا وقع انعقاد الزواج أمام الموثق فإنه يجب على هذا الأخير أن يحرر عقدا بذلك و يسجله في سجلاته المعدة لذلك، ثم يسلم الزوجين شهادة تثبت انعقاد زواجهما أمامه وفقا للقانون، بعدها يرسل ملخصا عن وثيقة عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية و ذلك خلال أيام أين يجب عليه أن يقوم بتقييد ملخص هذا العقد في سجلات الحالة المدنية المتعلقة بعقود الزواج و ذلك خلال مهلة 05 أيام إبتداءا من تاريخ استلامه، ثم يسلم الزوجين دفترا عائليا، و عليه أيضا أن يؤشر بهذا الزواج على هامش سجل شهادات ميلاد كل من الزوج و الزوجة.

غير أنه إذا تم إبرام الزواج و لم يسجل بسجلات الحالة المدنية ضمنا لآجال المقررة قانون، و لم يكن موضوع نزاع أو خلاف سواء بين الزوجين أو ممن له مصلحة في ذلك، ففي هذه الحالة يمكن تثبيته و بالنتيجة تسجيله في سجلات الحالة المدنية، و ذلك بعد استيفاء جملة من الإجراءات الواجب إتباعها، و التي تبتدئ بتقديم طلب يتضمن إثبات الزواج العرفي و تنتهي بصدور أمر يقضي بالتثبيت مع الأمر بالتسجيل.

و تجدر الإشارة إلى أن إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي الغير متنازع فيه، تختلف باختلاف مكان إبرام العقد.

و عليه سنحاول التطرق في مرحلة أولى إلى إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه و المبرم داخل التراب الوطني، و في مرحلة ثانية نتطرق إلى ذلك المبرم خارج التراب الوطني.

الفرع الاول: تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه و المبرم داخل الوطن

إن المتزوجين عرفيا، غير المتنازعين حول واقعة الزواج في كثير من الأحيان يلجئون إلى الموثق من أجل التصريح أمامه بقيام الرابطة الزوجية بينهما ، بعد إثبات توافر أركانها.

تلك التصريحات يدونها الموثق ضمن وثيقة تعرف بالإقرار بالزواج أو تقارر بالزواج إن هذا الإقرار لا يرقى إلى مرتبة العقد و لا يمكن أن يكون وسيلة لإثبات الزواج فهو مجرد إقرار غير

قضائي أو تصريحات تتم أمام جهة رسمية، تلزم الطرفين فقط و لكن عادة ما يستند إليها هؤلاء للمطالبة بتثبيت عقد الزواج.

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

و عليه يمكن لأحد الزوجين أن يرفع طلبا إلى رئيس المحكمة، و ذلك عن طريق تقديم عريضة بدون مصاريف، على أن يكون طلبه مكتوبا على ورقة عادية يوجهه إلى وكيل الجمهورية، يتضمن البيانات المتعلقة بعقد الزواج و بدواعي تسجيله، و مرفوقا بالوثائق و الإثباتات المادية و المتمثلة في:

- شهادتي ميلاد الزوجين.
- شهادة عدم تسجيل الزواج بالحالة المدنية.
- شهادة عزوبة بالنسبة للزوجين.
- شهادة طبية بحمل أو عدم حمل الزوجة.
- نسخة من بطاقتي تعريف الزوجين.
- وثيقة الإقرار بالزواج، و وجود هذه الأخيرة لا يحول دون ممارسة القاضي لسلطته في مراقبة المعلومات المدلى أو المصرح بها أمام الموثق، على أساس أنه بعد تكوين الملف يقوم وكيل الجمهورية باستدعاء الأطراف، و سماع الشهود و التأكد من صحة الوثائق المقدمة.

و زيادة على أركان الزواج التي يتطلبها القانون وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية و كذلك المادة التاسعة من قانون الأسرة هناك شروط أخرى، تتعلق بزواج فئة معينة من الأشخاص هذه الشروط منها ما نص عليها القانون، و منها ما نصت عليها تنظيمات داخلية.

اولا: بالنسبة لزواج القصر

فإن قانون الأسرة نص على أهلية الزواج و حدد سنه بالمادة السابعة منه و التي جاء فيها بأن: "أهلية الرجل في الزواج تكتمل بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة"، و بذلك فإنه من جهة لا يمكن إبرام عقود الزواج دون بلوغ السن القانونية، و من جهة أخرى أقرالمشرع بإمكانية وقوعه قبل ذلك، أين أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج لمصلحة أوضرورة(1).

ثانيا: بالنسبة للزواج المبرم مع الأجانب

على أن الأجنبي في نظر القوانين الوطنية هو كل شخص لا يحمل الجنسية الجزائرية حتى و لو كان ينتسب إلى الشعب الجزائري في عروبته أو ينتمي إليه في إسلامه أو يشترك معه في حضارته و سائر مقوماته و قد صدر قرار من وزارة الداخلية بتاريخ 1980/02/11 تضمن أنه لا يجوز لضابط الحالة المدنية بالبلدية و لا للموثق بالمحكمة إبرام عقد زواج أجنبي إلا بعد الحصول على رخصة أو موافقة مكتوبة من الوالي(2).

ثالثا: بالنسبة لزواج موظفي الأمن ونفس الشيء لأفراد الجيش الوطني الشعبي

و كل واحد من العسكريين العاملين ضمن هيئة الدرك الوطني أو المجندين ضمن نظام الخدمة الوطنية و بموجب مناشير و مراسيم خاصة سواء تلك الصادرة عن الأمن الوطني أو عن الدفاع الوطني فإنه لا يمكنهم عقد زواجهم مع أي شخص آخر سواء كان جزائريا أو أجنبيا إلا بعد الحصول على موافقة كتابية أو رخصة صادرة عن الإدارة المستخدمة و إذا كان الزوج الآخر أجنبيا وجب أن يحصل هو الآخر على رخصة أو إذن بالزواج من والي الولاية و ذلك وفقا للإجراءات المتعلقة بزواج الأجانب(3).

و إذا كان العسكري قد أخفى صفته العسكرية و عقد زواجه دون رخصة مسبقة فإنه سيعرّض نفسه إلى المتابعة الجزائية بتهمة ارتكاب جريمة الإدلاء بتصريحات كاذبة بالإضافة إلى الإجراءات التأديبية التي يمكن أن تسلطها عليه الهيئة المستخدمة،

---

(1): عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 53.

(2): نفس المرجع، ص 54.

(3): نفس المرجع، ص 60-61.

و عليه يمكن القول بأن الزواج المعلق على تقديم رخصة أو إذن بالزواج حسب الحالات السابقة الذكر، زيادة على أركان العقد الشرعية و القانونية، يمكن تسجيله بسجلات الحالة المدنية، غير أن الطلب المرفوع أمام وكيل الجمهورية و المتضمن إثبات الزواج و تسجيله يختلف بين الحالتين و هما: الحالة التي لا يعلق فيها الزواج على رخصة و الحالة التي يعلق فيها على رخصة أو الإذن على أن تسجيلهما يختلف بين الحالتين.

فإذا أبرم الزواج مع توافر أركانه و لم يعلق على رخصة أو إذن مسبق، و أن طرفيه لم يسعيا إلى تسجيله ضمن الآجال القانونية ، في هذه الحالة يقبل وكيل الجمهورية الطلب و يرفعه بموجب عريضة بطلب قيد زواج مع أمر إلى رئيس المحكمة، فإذا تبين له بعد إطلاعه على العريضة المقدمة و المستندات المرفقة لها بأن الزواج المراد تسجيله كان قد تم وفقا للشرع و القانون فإنه يأمر بقيد الزواج المنعقد و تسجيله في سجل الزواج للسنة الجارية و ذلك بالبلدية التي ينبغي أن يسجل فيها أما إذا تم الزواج بتوافر أركانه و علق على رخصة أو إذن، فإنه إذا توفرت هذه الأخيرة و كان غير مسجل، يتم قبول الطلب من وكيل ألجمهورية و بنفس الإجراءات السابقة يصدر رئيس المحكمة أمرا بتسجيله بسجلات الحالة المدنية.

أما إذا تم الزواج بدون رخصة رغم أن القانون نص صراحة على وجوب استيفائها و لم يسعى الطرفين إلى تسجيله، ففي هذه الحالة و رغم كون الزواج العرفي الواقع غير متنازع فيه من جهة، و رغم صحة أركانه من جهة أخرى، فإن وكيل الجمهورية يرفض الطلب المقدم إليه على أساس أن الطرفين خالفا أحكام تنظيمية علقت الزواج على شروط خاصة يتعين احترامها و هنا يوجه المعني إلى رفع دعوى أمام قاضي الأحوال الشخصية.

بعد صدور أمر القاضي بتسجيل الزواج العرفي، يظهر دور نيابة المحكمة (وكيل الجمهورية) بصفته الهيئة المخول لها قانونا بتنفيذ الأوامر و الأحكام القضائية الصادرة، و تطبيقا لأحكام المادة 41 من قانون الحالة المدنية و التي تنص على أن يرسل وكيل الجمهورية فورا حكم رئيس المحكمة قصد نقل هذه العقود في سجلات السنة المطابقة لها و لجدولها إلى كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المكان الذي سجلت فيها العقود أو كان ينبغي تسجيلها فيها، و كذلك نسخة إلى كتابة ضبط المجلس القضائي التي تحتفظ بنسخة من هذه السجلات.

كما يشار فضلا عن ذلك بصفة ملخصة إلى الحكم في هامش السجلات في محل تاريخ العقد و هو ما اقتضته المادة 42 من قانون الحالة المدنية.

و في نفس الإطار نصت المادة 60 من قانون الحالة المدنية على أنه ينبغي على ضابط الحالة المدنية الذي يحرر العقد أو يسجله، أن يشير إليه في السجلات الموجودة لديه خلال

ثلاثة أيام إذا كان العقد تابعا للقيد، و إذا كانت النسخة الثانية من السجل التي يجب أن يتم فيها التسجيل موجودة بكتابة الضبط فيرسل إشعار الى النائب العام.

و إذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامشه هذا البيان قد حرر أو سجل في بلدية أخرى فيرسل الإشعار في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية لهذه البلدية الذي يشعر على الفور النائب العام إذا كانت النسخة الثانية من السجل موجودة في كتابة الضبط.

الفرع الثاني: تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم خارج الوطن

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

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

و بالنسبة لإجراءات التسجيل فإنه يتم تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا أو ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية لدى محكمة الجزائر العاصمة على أن يرفق الطلب بشهادة ميلاد الزوجين، و شهادة شاهدين بالغين ممن حضرا مجلس العقد أو حفل الزواج و يتولى وكيل الجمهورية لدى محكمة مدينة الجزائر إعداد عريضة يقدمها إلى رئيس نفس المحكمة بعد إجراء التحقيقات اللازمة و المشار إليها سابقا، يقرر هذا الأخير إصدار أمر بتسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية للقنصلية أو السفارة الجزائرية، أين يتولى وكيل الجمهورية بنفس المحكمة إرسال نسخة من الأمر إلى وزارة الشؤون الخارجية و هو ما نصت عليه المادة 60 في فقرتها الثالثة من قانون الحالة المدنية و التي جاء فيها بأنه: "إذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامشه البيان قد حرر أو سجل في الخارج فإن ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد الواجب قيده يقوم بإشعار وزير الشؤون الخارجية خلال ثلاث أيام.

و تجدر الملاحظة أن المشرع في هذه الحالة و بموجب المادتين 100 و 101 من قانون الحالة المدنية منح الاختصاص إلى محكمة الجزائر العاصمة دون سواها لأن الحالة المدنية

للجزائريين المقيمين في الخارج تصحح على مستوى مكتب الحالة المدنية بوزارة الشؤون الخارجية الموجودة في الجزائر العاصمة.

خلاصة الفصل الثاني

ان طرق اثبات الزواج العرفي ثلاث و هي الاقرار و البينة و اليمين و النكول عنه و من خلال تقصي جل قرارات المحكمة العليا وجدنا انها لا تعتد بها كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي و لعل السبب في ذلك يعود الى طبيعة عقد الزواج و خصوصيته لاسيما فيما يتعلق بآثاره الخطيرة.

و رغم كثرة النصوص و القوانين و الأوامر الرامية لتسجيل عقود الزواج المبرمة وفق الشريعة الاسلامية إلا انها لا تحقق النتيجة المرجوة منها.

الخاتمة

توصلت من خلال معالجة موضوع اشكاليات الزواج العرفي الى النتائج التالية:

1- ان الزواج العرفي زواج صحيح تتوفر فيه جميع الاركان و الشروط الشرعية لتمام الزواج، يفتقد فقط لاستكمال التوثيق الرسمي القانوني.

2- وضع المشرع الجزائري مجموعة من النصوص و الأوامر تهدف الى تسجيل عقود الزواج العرفي، لكنه لم يحقق النتيجة المنتظرة.

3- ان للزواج العرفي اثار سلبية و خطيرة تعود على الزوجة و الأبناء و على المجتمع، و أن العدد الكبير للقضايا المرفوعة في مختلف محاكمنا خير دليل على ذلك.

4- ان للزوجة المتزوجة زواجا عرفيا مشروعا، مثلها مثل الزوجة المعقود عليها في الزواج الرسمي، لها ما للزوجات و عليها ما عليهن، من مهر و نفقة و سكن لائق بها...، و ثبوت النسب لولدها منه كما ان عليها العدة اذا طلقها بعد الدخول او توفي عنها، كما يحق لأبنائها في الميراث و النفقة

5- عرفنا أهمية توثيق عقد الزواج و تسجيله رسميا لدى الجهات المختصة، لأنه سنة حسنة، و سياسة حكيمة، يقصد منه القضاء على الكثير من المشكلات، و يحفظ الحقوق، و يبين الانساب، و يقلل من ذرائع التناكر و الفساد، و التلاعب بالأعراض.

التوصيات

- توعية المواطنين و حثهم على تجنب هذا النوع من الزواج من طرف العلماء و المصلحين عن طريق مختلف وسائل الاعلام، خاصة المرأة لأن أغلب الاثار السلبية تقع عليها و على أبنائها.
- اعطاء المزيد من الاهتمام و العناية للدراسات التي تهتم بالزواج العرفي و بقية أنواع الزواج الأخرى.
- على المشرع أن يفرق بين طلب تسجيل عقد الزواج العرفي الغير متنازع فيه، و الذي يكون الاختصاص بنظره لرئيس المحكمة بموجب أمر بسيط، أما طلب تسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه فيفصل فيه بموجب دعوى عادية.
- الدعوة الى تعديل بعض مواد قوانين الأحوال الشخصية المخالفة للشريعة الاسلامية في هذا المجال في بعض الدول العربية و الاسلامية بما يتماشى مع أحكام الاسلام، و يحقق المقاصد العامة و الخاصة من الزواج.
- معالجة المعوقات و الصعوبات و الاثار و المشكلات القائمة بسبب هذا النوع من الزواج، بعد التأكد من شرعية عقده، و ذلك تخفيفا لاثاره، و انصافا لتلك الفئة من الأولاد الناتجة عنه من غير ذنب لها أو خطيئة.

قائمة المصادر و المراجع

المصادر

1- القران الكريم

2- النصوص القانونية

ا:النصوص الوطنية:

1- الامر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة.

2- أمر رقم 75-78 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانوني المدني المعدل بالقانون 05-2005 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

3- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون 05-2005 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

ب:النصوص القانونية لدول العربية:

1- قانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الاحوال الشخصية الاردني، موسوعة التشريعات العربية.

2- المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 1953/09/17، المتضمن قانون الاحوال الشخصية السوري، موسوعة التشريعات العربية، محمد بن يونس، نبيل سعد.

المراجع:

1- الكتب

1-احمد بن غنيم بن سالم، الفواكه الدوائي على رسالة ابو زيد القيرواني، مطبعة السعادة, الجزء 2، مصر، 1331هـ.

2-احمد بن يوسف بن احمد الدريوس، دار العاصمة ، الطبعة1، السعودية 2005.

3-ادريس الفاخوري، احكام الزواج في مدونة الاحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، الطبعة1، 1993.

4-بدران ابو العينين بدران، احكام الزواج و الطلاق في الاسلام، الطبعة الثالثة، دارالمعار ، الاسكندرية،1966.

5-بوبشير محند آمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.

6-ابن فارس ابو الحسين احمد بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة ، مكتبة الخانجي،الجزء 3، الطبعة3، القاهرة، 1981.

7-ابن منظور، لسان العرب, تحقيق عبد الله علي الكبير واخرون، دار المعارف،الجزء4، باب العين المادة "عرف".

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

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

10- ابن منظور، لسان العرب، ج 5.

11- ابن قدامة, مصدر سابق، ج 12، الونشريسي (أبو العباس احمد بن يحي)، عدة البروق في جمع ماضي المذهب من المجموع و الفرق، دراسة و تحقيق حمزة أبو فارس، دار العرب الاسلامي، بيروت، لبنان، (دت)، (دط).

12- جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الميزان الاسلامي، مراجعة علي أحمد عبد العال، الطيطاوي، الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

13- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور لسان العرب، الطبعة 1، دار صادر، بيروت ،1410هـ .

14- حسن حسن منصور، المحيط في مسائل الاحوال الشخصية، الطبعة 2، الاسكندرية.

15- المرداوي (علي بن سليمان)، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب بن حنبل, تحقيق عبد الله محمد حسن اسماعيل، الطبعة1، الجزء 12، دار الكتب العلمية، بيروت، 1977.

16- الامام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية.

17- المرغيناني، (برهان الدين علي بن ابي بكر)، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الفكر بيروت، لبنان، (دت)، الطبعة 2، الجزء 7.

18- الرصاع ابوعبد الله محمد الانصاري، شرح حدود ابن عرفة تحقيق محمد ابو الاجفان الطاهر المعموري، دار الغرب الاسلامي، بيروت لبنان،1993، الطبعة 1.

19- الفيروز ابادي، القاموس المحيط ،تر، مجد الدين محمد بن يعقوب المطبعة الميرية، الجزء1، مصر، 1301هـ، 1991.

20- الفيومي، احمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار القلم ،الجزء 1، بيروت، لبنان.

21- الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الاسلامي، الجزء 2، الطبعة 2، القاهرة، مصر.

22- الشافعي، الام، دار الفكر، الجزء 2، الطبعة 2، بيروت، 1983.

23- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري .
24- الكهوجي (عبد الله بن الشيخ حسن الحسن)، زاد المحتاج بشرح المنهاج، حققه وراجعه عبد الله بن ابراهيم الأنصاري، (دم)، الطبعة1، 1989.

25- سميع عبد العظيم، الزواج العرفي، دار القمة، دار الايمان، الاسكندرية،2002.

26- عبد المالك بن يوسف المطلق ،الزواج العرفي، دار العاصمة، الطبعة 1، السعودية، 2006.

27- عبد الرزاق صنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء2، دار النهضة العربية، القاهرة،1988.

28- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر.
29- عبد الحميد الشواربي، الاثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية و التجارية و الجنائية و الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1999.

30- عبد الوهاب خلاف، علم اصول الفقه، الطبعة 9، الكويت، 1970.

31- عيد العزيز خياط، نظرية العرف، مكتبة الاقصى، عمان،1977.

32- عمر سليمان الاشقر، احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الطبعة 2، بيروت.

33- عمر بوحلاسة، عقود الزواج المغفلة، نشرة القضاة، ع2، افريل،1989.

34- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة2، دار البعث، قسنطينة ، 1989 .
35- عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي المشكلة و الحل، دار الروضة، مصر .
36- فضيل سعد، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، الجزء1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1986 .

37- فارس محمد عمران، الزواج العرفي، و الصورالاخرى للزواج الغير الرسمي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001 .

38- فاطمة مضطفى, الزواج العرفي, ط1, 1998.

39- محمد ابو زهرة، محاضرات في عقد الزواج واثاره، الموقع www.uslamway.com

40- محمد محدة، الاحكام الاساسية في الاحوال الشخصية، الخطبة و الزواج، دار الشهاب، باتنة، الجزائر.

41- منير إدعيس، منتدى لمناقشة قانون الأسرة الجديد، الجزائر، 2007/03/21 الموقع: www.amangordan.org.mebek تاريخ الزيارة 12-4-2015 سا8:00

42- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، لبنان ، 1977 .

43 - محمد عزمي البكري، الاحوال الشخصية، الجزء 1، دار النشر محمود، مصر.

44- محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الاحوال الشخصية، مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع.

45- محمد كمال الدين امام، الزواج في الفقه الاسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1998.

46- محمد ممدوح عزمي، الزواج العرفي.

47- وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي وادلته، الجزء7،اعادة الطبعة3، دار الفكر، سورية، 1996.

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

2-المقالات

1- بداوي علي، مقال عقود الزواج العرفية، بين قصور احكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانونين، العدد 02.

2- عبد الرحيم فودة، الزواج السري و العرفي، مجلة لواء الاسلام، العدد 02، السنة التاسعة عشر، 02 فبراير 1965، مطابع مذكور و اولاده، القاهرة، مصر.

3- عمر زودة، "مقال تعليق على التطبيقات القضائية للمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية"، المجلة القضائية،2001، العدد01.

4 - عمر زودة ،" مقال دور النيابة العامة في الدعاوى المدنية"، مجلة قضائية، 1991.

5- مجلة منير الاسلام،(عند شهر صفر, سنة 1418هـ).مقالة ماخوذة من الانترنيت، موقع: www.uslamway.com ، تاريخ الزيارة 11-4-2015 سا14:20

6 -محمد ابو هيثم، ظاهرة منحرفة انتشرت باسم الزواج العرفي، 2002/01/09، مقال ماخوذ من الانترنت موقع: www.uslamway.com تاريخ الزيارة11-4-2015 سا14:20

3- المجلات القضائية

1-مجلة نشرة القضاة، العدد 53.

2- مجلة قضائية، العدد 1.

3- المجلة القضائية، العدد 4، 1981.

4- مجلة قضائية ،العدد 2،1989 .

5- مجلة قضائية ، العدد 1، 1990.

6- المجلة القضائية، العدد 3،1990 .

7- المجلة القضائية، العدد 4، 1990.

8- المجلة القضائية، العدد 2، 1991.

9- مجلة قضائية، العدد 2،1992.

10-مجلة قضائية ، العدد4 ،1992.

11-المجلة القضائية ،العدد 02, 1994.

12-المجلة القضائية، العدد خاص، 2001

13- المجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص،2001.

الفهرس

العنوان **الصفحة**

المقدمة.....01

خطة موجزة للبحث.....06

مبحث تمهيدي : الاحكام العامة لعقد الزواج العرفي.....07

المطلب الاول : مفهوم عقد الزواج العرفي.....07

الفرع الاول : تعريف الزواج العرفي.....07

اولا:الزواج العرفي لغة..... 08

ثانيا: الزواج العرفي اصطلاحا.....09

الفرع الثاني:حكم الزواج العرفي.....14

الفرع الثالث: اسباب اللجوء الى الزواج العرفي.....15

اولا: الاسباب الدينية.....15

ثانيا: الاسباب القانونية.....16

المطلب الثاني: أركان و شروط عقد الزواج العرفي.....19

الفرع الاول: رضا الزوجين.....20

اولا:الإيجاب والقبول.....21

الفرع الثاني: الولي.....22

اولا: تعريف الولاية و أقسامها.....22

ثانيا: شروط الولاية.....23

الفرع الثالث:الصداق.....24

اولا: مفهوم الصداق و حكمته.....24
الفرع الرابع: الشاهدين.....26
اولا:تعريف الشهادة وحكمتها.....26
ثانيا: حكم الإشهاد على الزواج.....26
الفرع الخامس: خلو المرأة من موانع الزواج.....27
اولا: خلو المرأة من المحرمات الشرعية.....27
الفصل الاول:الاشكالات المترتبة عن اثار عقد الزواج العرفي.....30
المبحث الاول:اشكاليات الاثار القانونية.....31
المطلب الاول:اشكاليات الاثارالقانونية على الابناء.....32
الفرع الاول:إثبات النسب الابناء للاباء.....33
اولا:إثبات النسب بالزواج الصحيح.....33
ثانيا:ثبوت النسب بالزواج الفاسد.....36
ثالثا:ثبوت النسب بنكاح الشبهة.....39
رابعا:ثبوت النسب بالإقرار.....41
خامسا:إثبات النسب بالبينة (الشهادة).....42
الفرع الثاني: اشكالية دعوى إثبات النسب.....44
المطلب الثاني:اشكاليات الاثار قانونية على الزوجين.....46
الفرع الاول:الواجبات و الحقوق المشتركة.....47
الفرع الثاني: الحقوق والواجبات المستقلة.....48
اولا: حقوق الزوجة.....48
ثانيا:حقوق الزوج.....49
ثالثا:الاثار السلبية على الزوجين.....52
المبحث الثاني:اشكاليات الاثار المادية و الاجتماعية.....55
المطلب الاول:اشكاليات الاثار المادية.....56
الفرع الاول: النفقة.....57

اولا:تعريف النفقة.....57
الفرع الثاني: الصداق.....60
اولا:اشكالية النزاع حول الصداق.....60
الفرع الثالث: الميراث.....62
اولا:تعريف الميراث.....62
ثانيا:حكم الميراث في الزواج العرفي.....63
المطلب الثاني: اشكاليات الاثار الاجتماعية.....65
الفرع الاول: المسائل ذات الطابع القضائي.....66
الفرع الثاني: المشاكل المتعلقة بالتزوير.....68
الفرع الثالث: زواج المحارم او زنا.....68
ملخص الفصل الاول.....69
الفصل الثاني:اشكالية توثيق عقد الزواج العرفي.....70
المبحث الأول: اشكالية اثبات عقد الزواج العرفي 71
المطلب الأول: اثبات عقد الزواج العرفي عن طريق الاقـرار 72
الفرع الاول: تعريف الاقـرار.....72
اولا: لغة.....72
ثانيا: شرعا.....72
ثالثا: في الاصطلاح القانوني.....73
الفرع الثاني: شروط الاقرار.....73

اولا: الشروط الواجب توفرها في المقر.....73
ثانيا: الشروط الواجب توفرها في المقر له.....74
ثالثا: الشروط الواجب توفرها في المقر به.....74
رابعا: الشروط الواجب توفرها في صيغة الاقرار.....75
الفرع الثالث: انواع الاقرار.....75
اولا: الاقرار غير القانوني.....75
الفرع الرابع: حجية الاقرار.....76
اولا:من الناحية الفقهية 76
ثانيا: من الناحية القانونية 77
المطلب الثاني: اثبات عقد الزواج العرفي عن طريق البينة (الشهادة) 78
الفرع الاول: ماهية البينة(الشهادة) و أنواعها.....78
أولا: ماهية البينة(الشهادة).....78
ثانيا: أنواع البينة(الشهادة).....79
الفرع الثاني: شروط أداء الشهادة.....81
أولا: شروط ترجع الى الشاهد.....81
ثانيا: شروط ترجع الى الشهادة.....82
ثالثا: شروط ترجع الى المشهود به.....83
رابعا: اداء الشهادة.....83
الفرع الثالث: حكم الرجوع عن البينة.....85

الفرع الرابع: نصاب الشهادة.....86
اولا: نصاب الشهادة في الفقه.....86
ثانيا: نصاب الشهادة في القانون.....86
المطلب الثالث : اثبات الزواج العرفي عن طريق اليمين و النكول عنه.....87
الفرع الاول: تعريف اليمين و النكول عنه.....87
الفرع الثاني: حجية اليمين.....87
المبحث الثاني: إشكالية تسجيل عقد الزواج العرفي.....89
المطلب الأول: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه.....90
الفرع الاول: اختصاص و إجراءات رفع دعوى إثبات الزواج.....91
الفرع الثاني: شروط رفع دعوى إثبات الزواج.....92
اولا:الأهلية.....92
ثانيا:الصفة.....93
ثالثا: المصلحة.....95
الفرع الثالث: كيفية إجراء تحقيق حول وجود واقعة الزواج العرفي.....95
المطلب الثاني: تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه.....100
الفرع الاول: تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه و المبرم داخل الوطن.. 102
اولا: بالنسبة لزواج القصر 103
ثانيا: بالنسبة للزواج المبرم مع الأجانب.....103
ثالثا: بالنسبة لزواج موظفي الأمن ونفس الشيء لأفراد الجيش الوطني الشعبي....103
الفرع الثاني: تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم خارج الوطن.....105
خلاصة الفصل الثاني.....107
الخاتمة.....108

قائمة المراجع.....110

الفهرس.....117

ملخص البحث

ان عقد الزواج يشكل اللبنة الاصلية لبناء الاسرة وهو الرخصة او الوسيلة الشرعية والقانونية التي تنظم العلاقة بين المراة والرجل وهو الدعم أو السند لأثبات النسب مع حقوق وواجبات كل من الزوجين.

ومع تغير أحوال الناس من تفشي الكذب ونقص الوازع الديني و ذيوع حالات الجحود ونكران العلاقة الزوجية , رأى ولي الامر الزام الافراد بتوثيق عقود زواجهم بالكتابة و امام الجهات الرسمية المكلفة بترسيم عقود الزواج, ومن دون وثيقة الزواج لا يعتد به من الناحية القانونية لاسيما بأثره, فمن بين أنواع هذا الزواج الزواج العرفي والذي يعد من المواضيع التي تثير جدل كبير على المستويين الفقهي والقانوني وذلك قد ينجر عنه من اثار خطيرة و اشكالات يؤدي عدم اهتمام به الوقوف على معوقاته بالسلب على الاسرة والمجتمع معا, فما مفهوم الزواج العرفي , و ما هي الاشكالات المترتبة على وانعقاده وإشكالية توثيق الزواج العرفي من اثبات و تسجيل ؟

وقد عرض هذا البحث في مقدمة و مبحث تمهيدي وفصلين وخاتمة مرفقا بملحق.

فالمقدمة عرضت فيها تمهيدا للموضوع وبينت أهميته و حددت اشكالية البحث وأهدافه و الدراسات السابقة في هذا الموضوع التي بينت أنها قليلة و تكاد تكون منعدمة وهي عبارة عن دراسات جزئية وأخيرا بينا المنهجية التي تم بها هذا البحث.

أما المبحث التمهيدي فتناولت فيه ماهية الزواج العرفي من خلال مطلبين جاء في الاول تعريفه لغة وقانونا وشرعا وأسباب اللجوء اليه اما فيما يخص المطلب الثاني فخصص لعرض اركان و شروط عقد الزواج العرفي .

_ اما ما جاء في الفصل الاول من البحث هي الاشكالات المترتبة عن اثار عقد الزواج العرفي فقسم هذا الفصل الى مبحثين : الاول يتضمن الاشكالات القانونية والثاني يتضمن الاشكالات المادية و الاجتماعية.

_ اما فيما يخص الفصل الثاني من المبحث الذي جاء تحت عنوان اشكالية توثيق عقد الزواج العرفي فقسم كذلك هذا الفصل الى مبحثين : الاول عن اشكالية اثبات عقد الزواج العرفي والثاني عن اشكالية تسجيل عقد الزواج العرفي .