جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية
الفرع: حقوق
التخصص: قانون الأسرة
رقم: 161635038532
161635034523

إعداد الطالب: مسيكة قمري - كبايسي الرميصاء

يوم: 2021/07/08

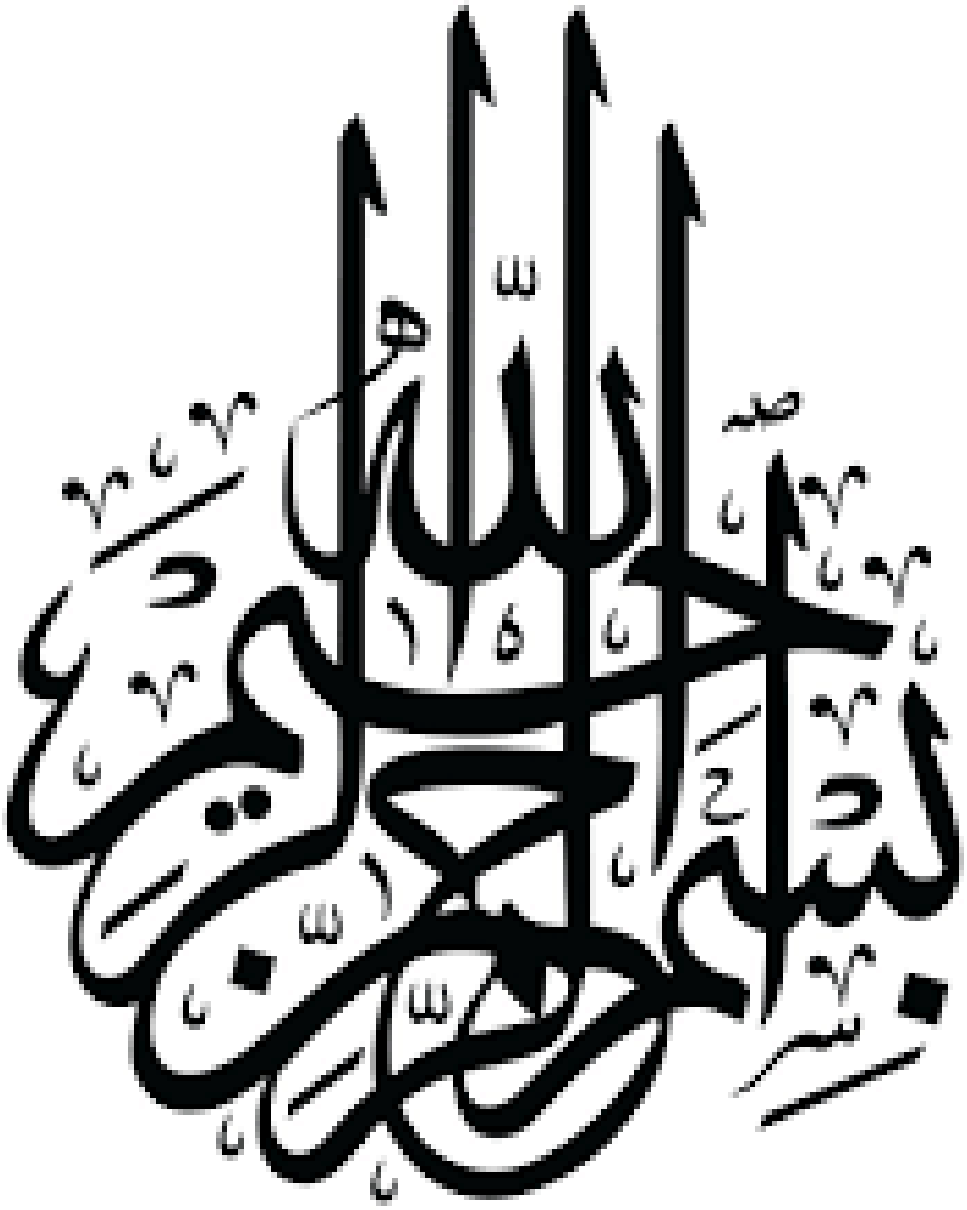
عنوان المذكرة

إثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري

لجنة المناقشة:

مزغيش عبير	أستاذ محاضر (أ)	جامعة بسكرة	رئيسا
بوشريط حسناء	أستاذ محاضر (أ)	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
لعمري صالحة	أستاذ محاضر (ب)	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية : 2020 – 2021


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

الحمد الله رب العالمين والصلاة والسلام على معلم البشرية.

وهادي الإنسانية وعلى آله وصحبة ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أتوجه بالشكر الجزيل إلى من كان سببا في تعليمي وتوجيهي و مساعدتي.

أستاذتي القديرة ومشرفتي بوشريط حسناء التي بذلت جهدا في إرشادي وتوجيهي أثناء عملي في البحث .

كما أتقدم بالشكر لكل من ساعدني في انجاز هذا البحث من قريب أو بعيد.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع:

إلى من أوصاني الله ببرهما، وجعل دخول الجنة بعد رضاهما، ومن العبادة والطاعة النظر إليهما، إلى من سهرا على تربيتي و تعليمي منذ أن بدأت حياتي ... والدي ووالدتي.

إلى أختي وأخواتي كل من إبراهيم، وليد، وهديل.

إلى من كان سندا و عونا لي ... زوجي.

و إلى عائلة زوجي جميعا و بالخصوص إلى أخت زوجي العزيزة نجاة التي كانت سندي في هذا المشوار.

و إلى كل الأساتذة الذين لم يبخلوا علي بعلمهم وكانوا سببا في وصولي إلى هذا المشوار و إلى كل الأصدقاء والأحباب و بالخصوص الصديقتين الرائعتين الرميصاء و جوهرة.

و إلى خالتي وناسة حفظها الله و إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد، ولو بالدعاء في ظهر الغيب.

مسيكة

إهداء

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضله تعالى مهداة إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأدامهما نورا لدربي.

وإلى إخوتي الأعزاء رعاهم الله وحفظهم.

وإلى صديقاتي و رفيقات المشوار الدراسي اللاتي قاسمنني لحظاته رعاهم الله ووفقهم.

إلى كل من علمني حرفا وأخذ بيدي في سبيل تحصيل العلم والمعرفة

إلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في نجاح هذا العمل.

إليهم جميعا أهدي ثمرة جهدي ونتاج بحثي المتواضع.

الرميصاء

مقدمـــة

الزواج هو الطريقة الشرعيّة والصحيحة التي تنظّم وتحمي النسل حفاظاً على استمرار النوع البشريّ؛ حيث قال نبيّنا الكريم صلى الله عليه وسلم :- " تناكحوا تناسلوا أباهي بكم الأمم يوم القيامة "، كما أنّ الزواج يُحافظ على الأنساب؛ فبغير الزّواج الشرعي تنتشر الفاحشة بين الناس.

ومخافة من هذه الأخيرة حاول الدين المجتمعات البشرية و منذ القدم جعل الزواج في إطار محدد وذو صبغة موحدة تفرقها عن باقي العلاقات غير الشرعية الأخرى وجعلت من انعقاده مناسبة سارة يفرح لها الأهل والمقربون ومن انحلاله نكبه تلحق بطرفي العقد وأهليهما.

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

من هنا وسوف نحاول من خلال هذا البحث المتواضع إلقاء الضوء على إثبات الزواج العرفي حسب القانون الجزائري، كون تلك الأخيرة قد يصعب بل يستحيل حصرها نظرا للطبيعة الشكلية التي يتم بها هذا الزواج وهو السرية.

أهمية دراسة هذا الموضوع:

الأهمية العملية:

تكمن الأهمية العملية كون الزواج العرفي يساعد في نشر الفاحشة بين الناس فتختلط الأنساب فلا يَعرف الأخ أخته ولا الأب ابنته لنكران الآباء في حالات كثيرة مسؤوليتهم تجاه أطفالهم مما يتسبّب بنشوء مُشكلاتٍ اجتماعيةٍ كبيرةٍ ويُصبح المجتمع مُفكّكاً و هذا خير دليل على أهميّة الزواج الصحيح و الشرعي.

الأهمية العلمية:

و تتجسد الأهمية العلمية في المشكلات الاجتماعية التي يطرحها الزواج العرفي، كما نلاحظ انه توجد مشاكل قانونية أيضا كثيرة لا حصر لها، كما هي كثيرة قضايا إثبات الزواج العرفي واثبات البنوة التي تقاعص القضاء ومكاتبهم بها بحيث يطول الفصل فيها.

أهداف الدراسة:

إن أي بحث علمي لابد أن تكون له أهداف يسعى إلى تحقيقها ومن بين الأهداف التي سطرناها في هذا البحث ما يأتي:-

_التعرف على الزواج العرفي و ماهيته بصفة عامة و إثبات الزواج العرفي بصفة خاصة.

_التطرق إلا كل ما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية القانونية و خاصة أهم النقاط التي تطرق إليها القانون الجزائري منها ما يتعلق بإثبات الزواج العرفي.

_كيفية إثبات الزواج العرفي و طريقة تسجيله و ذلك حماية لحقوق ذوي الحقوق.

أسبـــاب و دوافـــع اختيـــار الموضـــوع:

_الرغبة النفسية في دراسة هذا الموضوع وتبيان و توضيح الإشكالات التي تعترض الشخص لدى إثبات الزواج العرفي .

_قلة الدراسات المتخصصة حول موضوع إثبات الزواج العرفي وهذا ما كان لي حافزا ودافعا للبحث فيه.

_القضايا المتعلقة بإثبات الزواج العرفي التي زادت في الآونة الأخيرة بشكل ملحوظ يدعي إلى التساؤل عن الأسباب.

الإشكالية:

وانطلاقا من الأهمية التي يكتسبها هذا الموضوع ارتأينا توليه بالبحث و الدراسة.

و منه نطرح الإشكالية التالية :

ما مدى تمكن المشرع الجزائري من ضبط طرق إثبات الزواج العرفي؟

و التي بدورها تتفرع عنها التساؤلات التالية:

- ما هو الزواج العرفي؟ و ما هي آثاره ؟
- ما هي طرق إثبات الزواج العرفي؟

الدراسات السابقة:

يعتبر الزواج العرفي من المواضيع قديمة الأزل وجديدة الدراسة ومتعددة الإشكاليات في وقتنا الحاضر و هذه الأخيرة نادرة الدراسات الأكاديمية المتخصصة خاصة في إثبات الزواج العرفي:

و من أهم الدراسات التي تطرقت إلى هذا الموضوع بصفة عامة مذكرة الماجستير للطالبة معزوز دليلة(إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة إثبات في الزواج العرفي) جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون.

وكذلك مذكرة ليسانس لطالبتين حوحو مليكة و حوحو شافية التي جاءت بعنوان (الزواج العرفي و أدلة إثباته في قانون الأسرة الجزائري) جامعة محمد خيضر بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية.

و هذه الدراسات لم تتطرق لإثبات الزواج العرفي بدراسة متخصصة بحث تطرقت إلى الزواج العرفي بصفة عامة و تطرقت للإثبات في جزئية صغيرة فقط، في حين انه في مذكرتنا سنتطرق إلى آليات ووسائل إثبات الزواج العرفي بصفة معمقة و إجراءات تسجيله وفق القانون الجزائري.

لقد تطرقت هذه الرسائل للموضوع بصفة عامة لكن تناولت إثبات الزواج في مبحث أو فصل واحد متوفر.

الصعوبات:

لم نواجه العديد من الصعوبات في بحثنا هذا لكن واجهنا صعوبة واحدة كانت حائل في طريق انجاز البحث بصورة جيدة و هي قلة المراجع المتخصصة بحيث أن القانون الجزائري لم يتطرق لإثبات للزواج العرفي بطريقة معمقة.

و هذا الأمر جعلنا نجد صعوبة في التنسيق بين المعلومات المأخوذة من مختلف المراجع الأخرى لدعم بحثنا المتمثل في إثبات الزواج العرفي في لقانون الجزائري.

المنهج المتبع :

للإجابة عن الإشكالية المطروحة تم الاعتماد على المنهج الوصفي و المنهج التحليلي كون الزواج العرفي عقد يتطلب البحث في مفهومه وآليات إثباته و تسجيله إلى جانب الاستعانة بأسلوب المقارنة في كثير من الأحيان قصد تقييم موقف المشرع الجزائري في معالجته القانونية لهذا الموضوع.

الخطة المتبعة:

تمت دراسة موضوع إثبات الزواج العرفي من خلال مقدمة مبحث تمهيدي و فصلين و خاتمة.

ففي المبحث التمهيدي تناولنا فيه مفهوم الزواج العرفي، والفصل الأول فتناولناه تحت عنوان آليات إثبات الزواج العرفي و الفصل الثاني فعنوناه تحت عنوان إجراءات تسجيل الزواج العرفي.

وأخيرا ختمنا بحثنا بخاتمة بينا فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها بعد هذه الدراسة متبوعة بفهرس و قائمة مراجع.

مبحث تمهيدي: مفهوم الزواج العرفي

الزواج العرفي من المشكلات الخطيرة التي طرحت نفسها بقوة على الساحة وخصوصا في الآونة الأخيرة بعد أن أصبحت ظاهرة تفشت وعمت في فئات المجتمع المختلفة، لذا كرست له حصة كبيرة من النظر و الاجتهاد لأنه يعد من أخطر الأنكحة في باب الزواج، لذا سنتطرق في هذا المبحث إلى معرفة الزواج العرفي وقسمناه إلى ثلاثة مطالب سنرى في المطلب الأول تعريف الزواج العرفي و تمييزه عما شابهه من الأنحكة الأخرى، أما المطلب الثاني نتطرق إلى ركنه وشروطه، و أما المطلب الثالث سنرى الآثار المترتبة عنه.

المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي وتمييزه عما شابهه من الأنكحة الأخرى

أصبح الزواج العرفي مشكلة اجتماعية وقانونية تزداد يوما بعد يوم لذلك سوف نتطرق في هذا المطلب إلى فرعين سنرى في الفرع الأول تعريف الزواج العرفي، أما الفرع الثاني سنتعرض إلى تمييز الزواج العرفي عما شابهه من الأنكحة الأخرى.

الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي

لمعرفة مفهوم الزواج العرفي رأينا من الضروري التعريف به لغة واصطلاحا وقانونا.

أولا: تعريف الزواج العرفي لغة و اصطلاحا

إن مصطلح الزواج العرفي مكون من كلمتين "زواج" و "عرفي"، فالزواج هو الضم والجمع أو عبارة عن الوطء،[1] وأيضا هو عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه طبع

(1) وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية واهم النظريات الفقهية**، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1985، ص 29.

الإنساني وتآزرهما على الدوام وتعيين حقوق وواجبات كل واحد منهم[1] أما العرف هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول.[2]

1) تعريف الزواج العرفي لغة

و هي من عرف العرفان أي العلم ورجل عروف و عروفة، و يعرف الأمور و عريف القوم سيدهم و عرف بذنبه عرفا، و إعترافا و المعروف ضد المنكر[3]، هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك.[4]

2) تعريف الزواج العرفي اصطلاحا

يعرف رجال القانون الزواج العرفي بأنه الزواج غير الموثق الذي يتم بإيجاب وقبول بين الطرفين (الزوج والزوجة) من خلال ورقه عرفية، ولكن يعاب عليه عدم توثيقه وتسجيله سواء في المحكمة الأحوال الشخصية أو في الشهر العقاري.[5]

ثانيا: تعريف الزواج العرفي من الناحية القانونية

لقد تناول المشرع الجزائري موضوع الزواج العرفي في نصوص متفرقة فتكلم عليه أساسا في المادة 22 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 تنص على ما يلي " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي ويجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"،[6] فالزواج العرفي حسب ما نستنتج من هذه المادة هو الزواج غير الموثق أمام ضابط الحالة

---

(1) حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، **الزواج العرفي بين الحظر والإباحة**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 23.

(2) سمية عبد الرحمان عطية بحر، **عقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي**، الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية بغزة، 2005-2006، ص 36 ، 37.

(3) ابن منظو،**لسان العرب**، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، الجزء الرابع، دار المعارف، باب العين المادة "عرف"،ص 2897.

(4) سمية عبد الرحمان عطية بحر، المرجع نفسه، ص 37.

(5) فارس محمد عمران، **الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي**، الطبعة الأولى، مجموعة نيل العربية، القاهرة، 2001، ص 20.

(6) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 **المتضمن قانون الأسرة.**

المدنية ومن أجل تسجيله لابد من إتباع إجراء وحيد هو رفع دعوى قضائية قصد استصدار حكم قضائي بموجبها من قبل قاضي مختص.

من خلال ما سبق نصل إلى أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للزواج العرفي إلا أنه تطرق إليه من خلال إثباته وضرورة تسجيله.

و عليه يمكننا القول بأن عقد الزواج العرفي أو عقد الزواج المغفل أو المنسي كما سمي في الأمر 70 /20 المؤرخ في1970/02/19 والمتعلق بالحالة المدنية على أنه عقد بين رجل وامرأة مستوفي لجميع أركانه وشروطه الشرعية وتم الدخول بالزوجة إلى بيت الزوجية غير أنه لم يسجل في سجلات الحالة المدنية خلال المدة المحددة قانونا.[1]

الفرع الثاني: تمييز الزواج العرفي عما شابهه من الأنكحة الأخرى

سنتطرق في هذا الفرع إلى محاولة مقارنة الزواج العرفي مع بعض صور الزواج التي قد تتشابه معه.

أولا: الفرق بين الزواج العرفي والزواج الشرعي

سنقوم بالمقارنة بين الزواج العرفي و الزواج الشرعي على النحو التالي:

الزواج العرفي هو عقد مستكمل للشروط والأركان وغير موثق لدى السلطات المختصة، بغض النظر عن توثيقه بالكتابة أو عدمها، وعندما نقوم بالتمعن في هذا الكلام نرى بأن الزواج العرفي هنا هو زواج شرعي صحيح كامل الأركان ومستكمل الشروط، إلا أن الفارق بين الزواج العرفي والزواج الشرعي نقصان التوثيق الرسمي لدى الجهات المختصة، على الرغم أن الزواج في القديم لم يكن يوثق يكتفي فيه بشهود العقد وإعلانه بالوسائل المشروعة.

(1) علي بداوي، **"عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع"**، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، العدد الثاني، نوفمبر 1999، ص27.

لكن في زمننا هذا حيث قل الوازع الديني لدى الناس، فلقد أصبح الزواج الشرعي يوثق بوثيقة رسمية لدى الجهات المختصة.[1]

إن عقد الزواج العرفي المستوفي لجميع أركانه وشروطه هو عقد زواج الشرعي تحل به المعاشرة الزوجية ذلك لأن التوثيق ليس من أركانه أو شروطه إنما هو نظام استوجبته الحياة المدنية الحديثة.[2]

ثانيا: الزواج العرفي و زواج السر

المقصود بزواج السر هو ما كتم أمره وأخفي وأوصى الشهود حين العقد على كتمه أو أوصى غيرهم على ما سيأتي.[3]

إن الفارق بين الزواج العرفي وزواج السر هو أن الزواج العرفي في أصله يقوم على عدم التوثيق في وثيقة رسمية لدى السلطات المختصة، لذلك فقد كانت هذه النقطة هي القاسم المشترك، أما زواج السر فيرجع في أصله إلى إخفائه وعدم إظهاره، وهذا قد يأخذ شكلا يعود على العقد بالإخلال، أو يأخذ شكلا لا يخل بالعقد، وقد كان القاسم المشترك بين كافة صوره إخفاء النكاح وعدم إظهاره.[4]

نفهم من كل هذا، أن الزواج العرفي الموافق للشريعة الإسلامية يتوافر على كل مقوماته الشرعية مرتبا لجميع آثاره الشرعية، إلا أنه لم يوثق، في حين أن الزواج العرفي غير الشرعي، الغالب فيه عدم موافقته لشرع لتخلف مقوماته ولا يرتب آثار الزواج الشرعي، وإن الزواج السري يكون الكتمان

---

(1) سمية عبد الرحمان عطية بحر، المرجع السابق، ص 65.

(2) حمزة قنيفي ، **الزواج العرفي وإشكاليات إثباته بين الشريعة والقانون**، شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2017، ص 16.

(3) احمد بن يوسف بن احمد الدريويش، **الزواج العرفي حقيقته وأحكامه آثاره و الأنكحة ذات الصلة به**، الطبعة الأولى، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2005، ص94.

(4) سمية عبد الرحمان عطية بحر، المرجع نفسه، ص 68.

في الغالب عن عائلة الزوج والزوجة و عموم الناس، لكن الزواج العرفي الشرعي فإن الكتمان في الغالب هدفه إخفاء على الزوجة الأولى أو الجهات الخاصة في صرف المعاش.[1]

ثالثا: الفرق بين الزواج العرفي و زواج المسيار

إن زواج المسيار هو الزواج المستكمل لأركان الزواج وشروطه، المترتبة عليه أحكام الزواج وآثاره إلا أن الزوجة تتنازل عن بعض حقوقها المشروعة على الزوج باختيارها ورضاها، سواء كتب ذلك التنازل في العقد أم لا، والحقوق المتنازل عنها غالبا هي النفقة والسكن والقسمة.

مما تقدم يتبين أن الزواج العرفي هو ذلك النوع من الزواج الذي استكمل أركانه وشروطه، وانه نوع من الزواج المتعارف عليه منذ عهد النبوة تقريبا إلى عقود قريبة بين المسلمين وإن النقص الذي يكمن فيه هو عدم توثيقه، كما أن الزوجة فيه قد تستقر مع الزوج في بيت الزوجية ويمنحها حقوقها الكاملة.

أما زواج المسيار فهو نوع من الزواج الذي لا يلتزم فيه الزوج بالنفقة والمبيت ولا القسم إذا كان له أكثر من زوجة، وربما لا يوثق بوثيقة رسمية فيشترك مع العرفي في هذا لكن بعد أن يكون قد استكمل جميع أركانه وشروطه الشرعية المعروفة في الزواج الصحيح.[2]

نستخلص مجموعة من الفروقات وهي أن زواج المسيار غالبا ما يوثق في الدوائر الحكومية، ولكن الزواج العرفي لا يوثق أبدا، في الزواج العرفي تترتب عليه جميع آثاره الشرعية بما فيها حق النفقة والمبيت، ولكن في الزواج المسيار يتفق على إسقاط حق النفقة أو المبيت أو القسم أو بذلك كله.[3]

---

(1) صحرةعلوي، الزواج **العرفي بين النص و التطبيق في الجزائر**، شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016، ص 49.

(2) أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، المرجع السابق، ص 103، 104.

(3) عبد المالك بن يوسف المطلق، **الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها**، الطبعة الأولى،دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 2006، ص372.

المطلب الثاني: أركان الزواج العرفي وشروطه

إن عقد الزواج العرفي كعقد شرعي له أركان وشروط لابد منها لذلك فإن عقد الزواج في كل من أحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية العربية بما فيها التشريع الجزائري يقوم على أركان وشروط، وقد حصر المشرع الجزائري أركان عقد الزواج قبل التعديل الأخير في أربعة أركان، وهي رضا الزوجين وولي الزوجة، الشاهدين، والصادق، ولكن بعد التعديل حصر الركن في رضا الزوجين واعتبر ما بقي شروط.

لذلك سوف نتطرق في هذا المطلب إلى أركان الزواج العرفي كفرع أول، وشروط الزواج العرفي كفرع ثاني.

الفرع الأول: ركن الزواج العرفي

إن عقد الزواج العرفي متى كان مستكمل لركنه يعد زواجا صحيحا ولكن في حالة تخلف ركن الرضا يبطل العقد لأنه يعتبر ركن جوهري وأساسي في إبرام عقد الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري.

والمقصود بالركن هو ما كان جزءا من الماهية وتتوقف عليه حقيقة الشيء كالركوع في الصلاة والإيجاب والقبول في الزواج.[1]

أولا: الرضا ركن في الزواج

لا يستطيع أي عقد أن يكتب له البقاء إلا بتوافر عنصر الرضا الذي يعد الركن الأساسي في جميع العقود سواء منها المالية أو الشخصية، متى صدر التعبير من الطرف الثاني مطابقا للتعبير الذي صدر من الطرف الأول فإن ركن الرضا يكون قد تحقق.

---

(1) عبد الملك بن يوسف المطلق، المرجع نفسه، ص 68.

فالرضا إذن: هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني وهو عقد الزواج وأيضا توافق وتطابق إرادتين على إبرام عقد الزواج وتنفيذه فيما بينهما وفقا لشرع والقانون.[1]

و نصت المادة 10 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى أن "الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الأخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"[2]، ثم نصت في فقرتها الثانية أن: "يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة"، نستخلص نص المادة 10 على أن ركن الرضا في عقد الزواج العرفي يتكون من شقين وهما الإيجاب والقبول.

فالإيجاب: هو العرض الجازم والكامل الذي يوجه الإرادة للتعاقد وفقا لشروط معينة لإحداث الأثر القانوني والشرعي، و عليه فإن التعبير الصادر عن الإرادة غير الجادة لا يعد إيجابا، وإنما الإرادة المعتبرة هي التي تصدر عن شخص مؤهل أي كامل الأهلية ومكلف،[3] و الإيجاب في عقد الزواج هو ما صدر أولا من الزوج أو وكيله إذا كان الزوج أهلا لمباشرة العقد بنفسه إن كان بالغا عاقلا وأما وليه إذا لم يكن أهلا لمباشرة العقد بنفسه.[4]

وإن الحديث عن القبول كالحديث عن الإيجاب فالقبول هو التعبير الصادر عن إرادة الطرف الثاني الذي وجه إليه الإيجاب للدلالة على موافقته، وعلى رضاه بما أوجبه الأول بقصد إتمام العقد سواء صدر كلام أو غيره، وهو حر أن يرد على الإيجاب بقبوله عنه أو رفضه صراحة أو يتركه يسقط دون رد. [5]

فالقبول في عقد الزواج هو ما صدر عن الزوجة أو وكيلها إذا كانت أهلا لان تتولى العقد بنفسها لكونها بالغة عاقلة وأما وليها إذا لم تكن أهلا لذلك.[6]

---

(1) عيسى حداد، **عقد الزواج دراسة مقارنة**، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص 28.
(2) قانون رقم 84 - 11، المرجع السابق.
(3) عيسى حداد، المرجع نفسه، ص 30 .
(4) أحمد محمود خليل، **عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه**، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002، ص20.
(5) عيسى حداد، المرجع نفسه، ص 31.
(6) أحمد محمود خليل، المرجع نفسه، ص 20.

ثانيا: ما يتحقق به الإيجاب والقبول

يتحقق الإيجاب والقبول في الزواج إذا كان كل منهما بصيغة الماضي، كما إذا قالت المرأة لخاطبها و: زوجتك نفسي، وقال لها قبلت.

ويتحقق الإيجاب والقبول إذا احدهما بصيغة الأمر والآخر بصيغة الماضي كما إذا قال الخاطب لمخطوبته: زوجيني نفسك، فقالت له: قبلت، أو زوجتك نفسي، ويتحقق أيضا إذا كان أحدهما بصيغة المضارع و الآخر بصيغة الماضي كأن يقول الرجل للمرأة: أتزوجك، فتقول قبلت.

ولا يشترط في الصيغة التي ينعقد بها الزواج أن تكون من الألفاظ الفصيحة، فينعقد الزواج بالألفاظ العامية المعروفة إذا أصبحت لغة يتفاهم الناس ويتخاطبون بها ويستعملونها للدلالة على الزواج.

كما ينعقد الزواج باللغة العربية فإنه ينعقد بأية لغة ولو كان العاقدان يعرفان اللغة العربية متى كانت العبارات التي استعملها العاقدان تدل على إنشاء عقد الزواج.

وإذا كان أحد العاقدين عاجزا عن العبارة والكتابة كأن يكون أخرس اللسان لا يقدر على النطق ولا يعرف الكتابة، يكون إيجابه وقبوله في العقد بالإشارة المفهومة الدالة على إرادة التعاقد.

ولا ينعقد الزواج بالكتابة مع المقدرة على العبارة إذا كان العاقدان حاضرين مجلس العقد، لأن العبارة هي الأصل في الإفصاح عما في النفس من المعاني وهي أقوى طرق الدلالة على مقصود الشخص من إنشاء العقد، ويضاف إلى ذلك انه يشترط لصحة عقد الزواج أن يسمع الشاهدان كلام العاقدين.[1]

أما المشرع الجزائري نص صراحة على أن من لا يستطيع النطق كأن يكون مصابا بعاهة البكم أن يعبر عن إرادته المتجهة إلى أحداث أثر قانوني بجميع الوسائل التي تفيد معنى النكاح شرعا، وفي غير هذه الحالة لا يصح الزواج من طريق الكتابة، والإشارة من القادرين على النطق

(1) أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 21.

سواء كانا حاضرين في مجلس العقد أو تغيب أحدهما، وهذا بصريح النص حيث جاء في المادة العاشرة الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة"، ولهذا يكون المشرع قد جعل اللفظ الصريح أصلا والطرق الأخرى استثناء للعاجزين عن التكلم.[1]

الفرع الثاني: شروط الزواج العرفي

عقد الزواج كعقد شرعي له أركان تحقق ماهيته وشروط لابد منها لأجل الاعتداد به وهذه الشروط تضمنتها المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، وتتمثل هذه الشروط في أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، وإنعدام الموانع الشرعية للزواج.

أولا: أهلية الزواج

اعتبر المشرع الجزائري تمام الأهلية في الزواج بالسن التي حددها بالنسبة للرجل والمرأة ولم يعتبرها بالبلوغ، ومنه فهل يقصد بذلك المشرع بالأهلية أهلية إبرام عقد الزواج، أم أهلية صلاحية الرجل والمرأة للزوجية؟.

والواقع أن قصد المشرع باكتمال الأهلية بتمام التاسعة عشرة هو إكتمال أهلية عقد الزواج، وليس أهلية صلاحية كل منهما لأن يكون زوجا لأن هذه الصلاحية تثبت بالبلوغ والدليل على ذلك ما يلي:

نصت المادة 222 من قانون الأسرة على أن:"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، وبما أن القانون لم ينص على الحكم إذا تم زواج من لم يكتمل التاسعة عشرة من عمره، فإن هذا يقتضي وبحكم القانون الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لو كانت الأهلية المقصودة هي أهلية زواج لما أجازت المادة للقاضي أن يرخص بالزواج لمن لم يبلغ السن المحددة إذا دعت لذلك مصلحة أو ضرورة.

(1) عيسى حداد، المرجع السابق، ص 48.

نصت الفقرة الثانية من المادة 11 من نفس القانون "يتولى زواج القصر أولياؤهم.."، وهذا يعني أن القاصر يجوز له أن يكون زوجا، بما مؤداه أن السن المحددة ليست سنا لاكتساب صلاحية الزواج وإنما لاكتساب أهلية الانعقاد وهو ما عبرت عنه المادة السابعة بأهلية الزواج.[1]

وقد ساير المشرع هاهنا اعتبارات سن الرشد القانوني والمالي وتبعات والحياة الزوجية المادية والمعنوية، ومسؤوليات الزواج الجسمية والخطيرة وكذا العوامل البيولوجية والنفسية والجغرافية و الديموغرافية.

وإن أهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ وبأن يكون الزوجين بالغين عاقلين وتحديد السن الأدنى للزواج أخذه القانون الجزائري من آراء المالكية و الحنفية وكما أنه اقتبسه من القوانين المقارنة التي تتفق اليوم على منع زواج الصغار غير القادرين على تحمل تكاليف والتزامات الزوجية المادية والمعنوية.

ويكون تقدير سن الزواج وقت إبرام العقد وليس ساعة الدخول ويعتمد في ذلك على دفتر الحالة المدنية عند وجوده، أو شهادة الميلاد المستخرجة من سجلات الحالة المدنية للزوجين.

وقد حكمت المحكمة العليا بأنه من المقرر شرعا إن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنه بطلانه، وإن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون، وإن زواج المريض مرض الموت هو من الأنكحة الفاسدة التي لا إرث فيها ذلك أن القانون لم يتطرق لصحة الزوجين فلا يعتبر مرض أحدهما عيبا في إبرام عقد الزواج.[2]

ثانيا: الصداق

الصداق في قانون الأسرة الجزائري هو شرط من شروط عقد الزواج وهذا إستنادا للمادة 9 مكرر من قانون الأسرة التي تنص بأنه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

---

(1) محفوظ بن صغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه، العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ص 425.

(2) العربي بلحاج ، **أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013 ، ص 196.

أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

كما أن المادة 15 من نفس القانون تقضي بأنه" يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".

غير أن المادة 33 تنص بأنه" إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه.

ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

ولقد نص المشرع الجزائري على الصداق في أربع مواد من قانون الأسرة الجزائري م 14 ، و م 17 ق.أ.[1]

1. مفهوم الصداق

الصداق أو المهر هو الحق المالي الذي يجب على الرجل لامرأته بالعقد عليها طبقا للمادة 9 مكرر و المادة 15 ق.أ، أو الدخول بها طبقا للمواد 16 و 33 /2 ق.أ، وكرمز لرغبته في الاقتران بها في حياة دائمة وشريفة ملؤها الاطمئنان والسعادة.

أما الدليل على وجوب الصداق فهو قوله تعالى: "وآتوا النساء صدقاتهن نحلة"، وقوله عز وجل: "فما استمعتم به منهم فآتوهن أجورهن فريضة"، والأجور المراد بها المهور، وقد دلت الآيتان بمقتضى صيغة الأمر فيهما على وجوب الصداق.[2]

2. أنواع الصداق

إن للصداق نوعان هما الصداق المسمى وصداق المثل، فالأول هو ذلك المهر الذي يصدر تعيينه ونوعيته وتسمياته أثناء انعقاد العقد بين المتعاقدين وذلك سواء كان هذا المهر ذهبا أو فضة أو بما يماثلها من نقود أو أشياء ثمينة كالسيارات أو الأقمشة وغيرها وهذا طبعا بشرط أن تكون كل

---

(1) العربي بلحاج ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة ـ الخطبة ـ الزواج ـ الطلاق ـ الميراث ـ الوصية)**، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 99.

(2) العربي بلحاج ، **أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص 342.

هذه الأخيرة مقبولة شرعا. وأن تخضع كذلك لتقلبات الأسعار إذا كانت أقمشة أو سيارات ولقد جاء المشرع الجزائري بالمادة 15 حيث ينص:"يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا"، وبذلك حتى يعتبر الصداق مسمى لابد أن تذكر أوصافه وقيمه المالية ثم نوعيته وإذا اختلت هذه الأوصاف لا يمكن اعتباره بمهر مسمى وإنما مهر المثل. ويمكن القول أن المشرع الجزائري عندما أوجب لزومية وتسمية العقد في المادة 15 ذلك يكون لأسبقية اعتباره للمهر كشرط من شروط العقد.

أما الثاني فهو صداق المثل، انه عادة وما هو سار عليه المفعول أن يذكر الزوج أو ولي الزوجة المهر وإذا حدث عدم ذكره فيمكن بامتثاله بذلك القدر المالي الذي تزوجت به امرأة أخرى من أهلها أو عشيرتها فإذا كانت من الأهل تقاس بأختها أو غيرها من بنات الخال أو العم ولابد عند الأخذ بصداق المثل أن يبحث الزوج عمن تماثلها في خصائص من خصائص الجمال أو الصحة أو الثقافة أو المركز العائلي والبكارة وغيرها والتي قد أخذت بصداق المثل.[1]

3. مقدار الصداق

من خلال النصوص الشرعية لمسألة مقدار الصداق لا يوجد نص يحدد الحد الأقصى للصداق، لأن الشريعة الإسلامية جعلت الأمر مطلقا للأزواج في منح الصداق بمقدار ما شاء من المال، والشاهد على ذلك إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أراد أن يضع حدا للمهر ويمنع الناس من المغالاة فيه ليسهل ويخفف على الناس فصعد المنبر ونهى أن يزاد في مقدار المهر على أربعمائة درهم، فقالت امرأة من قريش ليس هذا إليك يا عمر فقال: ولم؟ قالت لأن الله تعالى يقول "وإن آتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا"[2] فقال عمر: أصابت امرأة وأخطأ عمر، فهذه القصة تدل على أن المهر لا حد لأعلاه، وبالتالي لا مانع من أن يدفع الزوج لزوجته ما شاء من المهر طالما كان

---

(1) دليلة معزوز ، **إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي**، رسالة الماجستير فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004، ص 61.

(2) سورة النساء، الآية 20.

قادرا، ولكن الولي ليس له أن يغالي في مهر ابنته حتى يكون الزواج طريقا سهلا لمن أراد العصمة لنفسه طبقا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أخف النساء صداقا أعظمهن بركة".[1]

ثالثا: الولي

لقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية وحتى الكتب الفقهية الأوروبية، أن الولي كشخص يقوم بتنفيذ القول على الغير والقيام بكل شؤونه.

إذا ما حاولنا الكشف عن التعريف القانوني للولي فهو يعرفه بالشخص الذي يملك السلطة القانونية من أجل حماية نفس الغير وتسيير شؤونه أي أن ذلك الشخص يملك سلطة قانونية ولائية على النفس والمال معا.

وعليه فإن الولي إذن شرط لابد من تواجده لعقد الزواج، حيث قال الرسول الله صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي"، وقال في قول آخر:"أيما امرأة أنكحت نفسها بغير وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فإن استجاروا فالسلطان ولي من ولي له"، ولقد نص المشرع الجزائري في مادته التاسعة مكرر من قانون الأسرة على أن الولي شرط من شروط الزواج حيث تنص:"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"[2].

ثم استتبع هذه المادة بالمواد إحدى عشر وثلاثة عشر م 11 و م 13 غير أن هذه المادة الأخيرة قد أنحاز فيها المشرع الجزائري إلى رأي الحنفية ولقد قرر في نص هذه المادة بعدم الجواز للولي أكان أبا أو غيره إجبار من له عليها ولاية بالزواج كما لا يجوز له تزويجها دون موافقتها.

فهذه القاعدة القانونية أصبحت فعالة على الفتاة الجزائرية سواء أكان ثيب (أي سبق لها الزواج) أو ما زالت بكرا (أي لم تتزوج بعد) وكذلك سواء كانت أهلا للزواج بحكم القانون أو أعفيت منه بموجب إذن أو إعفاء من القضاء.

---

(1) عيسى حداد، المرجع السابق، ص 182.
(2) دليلة معزوز ، المرجع السابق، ص 51،52.

1) شروط الولاية

يشترط في الولاية على الزواج ما يلي:

أ) **الأهلية:** وهي صلاحية الشخص "الولي" قانونيا لتولي حقوق المولى عليه ويحمل واجباته فيما يخص الزواج، والأهلية تكون للعاقل والبالغ والراشد أما إذا كان غير ذلك كأن يكون غير مميز أو مجنون أو معتوه فلا تكون الولاية له لكون هؤلاء يستطيعون معرفة ما هو نافع للمولى عليه ولا يستطيعون تقديم العون لهم كما يقول المثل: فاقد الشيء يعطي. أشترط في الولاية أن يكون ذكرا وجاء هذا الشرط استنادا لما جاء في قول النبي صلى الله عليه وسلم أن تتولى المرأة تزويج نفسها بنفسها وقال بأن الزانية هي القادرة على تزويج نفسها بنفسها وهذا ما أخذ به المالكية والحنابلة والشافعية أما الحنفية فيسمحون بالولاية للذكر والأنثى.[1]

ب) **العدل:** والمقصود من هذا الشرط أن يكون الولي مالكا للأخلاق والصفات الحميدة حتى يتصف بالعدل إزاء نفسه وإزاء غيره من الناس وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الشافعية والحنابلة وبعض المالكية.

فرجوعا إلى المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية الذين اشترطوا العدل في الولي وذلك لوضوح هذا الشرط في قول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل".

ت) **الإسلام:** لقد قال الله سبحانه وتعالى: "ولا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين"[2] وقال أيضا: "ولا تمسكوا بعصم الكوافر"[3]، فهاتان الآيتان دليل على توافر هذا الشرط الرابع وهو الإسلام في الولي.[4]

---

(1) دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 53.
(2) سورة ال عمران، الآية 28.
(3) سورة الممتحنة، الآية 10.
(4) دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 54،53.

رابعا: الشاهدان

الرضا وحده ليس كافيا في نظر المشرع الجزائري لصحة العقد بل لابد من حضور الشاهدين، لإخراج الزواج من حدود السرية وإعلانه وإشهاره طبقا للمواد 9 مكرر و 33 /2 ق.أ. وذلك لأن عقد الزواج له خطره القانوني والاجتماعي.لما يترتب عليه من مصالح دينية ودنيوية وحقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين فكان من الواجب إعلانه للناس، وإخراجه من حدود الكتمان حتى لا يتلبس بالزنا، ولا تكون علاقة الرجل مع امرأته محل شبهة أو سوء ظن.[1]

فالقانون إذن لم يختلف مع ما جاء به الفقه الإسلامي في هذا الموضوع وإنما ما يمكن ملاحظته هو أن القانون الجزائري للأسرة لم ينظم النصوص التي تبين لنا الشروط الواجب توافرها في الشاهدين ففي هذه الحالة لابد من الرجوع للمادة 33 من قانون الحالة المدنية التي تشير صراحة إلى الشروط أو الخصائص الواجب توافرها في الشاهدين وهي البلوغ القرابة و الجنس والديانة.

وإذا ما رجعنا إلى البحث عن الشروط التي تستلزمها الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع فيمكن تجسيدها بصورة ضمنية في المادة 222 من قانون الأسرة وهي "كل ما لم يرد فيه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، أي إذا ما استلزم الأمر توافر الشاهدين كما هو في عقد الزواج ولابد من اختيارهما وأن يتوفر فيهما ما يلي:

1) **النصاب:** لقد اشترطت الشريعة الإسلامية أن يكون عدد الشهود اثنين وذلك تماشيا مع ما جاءت به الآية الكريمة: "واستشهدوا شاهدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء"[2]، وبهذا أخذ القانون الجزائري حيث نص في المادة 9 مكرر "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".
2) **البلوغ:** أي أن يبلغ كل من الشاهدين سن الزواج القانونية فلا يمكن أن يشهد الصبي على وقوع زواج بين شخصين ويسمى أيضا بشرط التأهيل أي سن الرشد القانونية.

---

(1) العربي بلحاج، **أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص 425.
(2) سورة البقرة، الآية 282.

3) **الإسلام:** يشترط فيهما الإسلام طبعا إذا كان المتعاقدين على الزواج مسلمين فلا تصح ولاية كافر على مسلم وهذا إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن الشهادة على كونها ولاية.

فهذه الشروط الثلاثة هي الصحيحة في الشاهدين والمأخوذ بها شرعا وقانونا ولكن هناك من يضيف شرطا رابعا و هو العدالة.

4) **العدالة:** أي أن يكون الشخص ذو أخلاق وأفعال حميدة أمام الكافة وهذا بغض النظر إذا كانت له أخلاقيات غير حميدة في الخفاء وذلك أخذا بما جاءت به الآية الكريمة: "يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا"[1].

إذن على الشخص عند إبرام زواجه أن يختار شخصين عادلين حتى يحضر انعقاد زواجه.[2]

خامسا: انعدام الموانع الشرعية للزواج

من شروط انعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محلا للعقد، أي ألا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج، وهذا لقوله تعالى: "وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مستفحين".[3]

ولقد تناول المشرع الجزائري أحكام موانع الزواج في القانون الأسرة من المادة 23 إلى المادة 31 من ق.أ، كما نصت المادة 9 مكرر ق،أ على انه يجب أن تتوفر في عقد الزواج انعدام الموانع الشرعية للزواج.

وقد أشارت المحكمة العليا في اجتهاداتها إلى انه يشترط لانعقاد الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا، وانه من المقرر شرعا وقانونا أن انعدام الموانع الشرعية للزواج من شروط الزواج.

---

(1) سورة الحجرات، الآية 6.
(2) دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 64 ، 65.
(3) سورة النساء، الآية 24.

ونقصد بالمانع هنا هو الوصف الذي يلزم من وجوده العدم سواء كان المانع موجودا أو معروفا عند العقد كالزواج بالأخت أو الخالة أو طارئا بعده كارتداد احد الزوجين فيفسد زواجهما ابتدءا من تاريخ الردة م 32 ق.أ.

وقد يعرف المانع بعد إبرام العقد كما لو تبين أن الزوجين أخوان من الرضاع ويفسخ حينئذ طبقا للمواد 24 ، 28 ، 29 ، 34 ق.أ وهذا معناه أن المانع كما يمنع انعقاد الزواج ابتداء يمنع استمراره بعد طروئه أو بعد الاطلاع عليه، والمحرمات من النساء وطبقا للمادة 23 من ق.أ، تنقسم إلى قسمين:

المحرمات المؤبدة أو الدائمة، وهو ما كان سبب التحريم فيهن وصفا لازما أي قائما لا يزول أبدا وهي تنحصر كما جاء في المادة 24 ق.أ في ثلاث أسباب هي: القرابة أو النسب والمصاهرة والرضاع.

والمحرمات المؤقتة وهن ما كان سبب التحريم فيهن وصفا غير لازم فيبقى التحريم ببقاء الوصف ويزول بزواله، وذلك لأنه وصف طارئ، فتكون الحرمة هنا وقتية فحسب، فقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 30 من ق.أ وحصرها في ست أحوال وهي: المحصنة أو زوجة الغير أو المتزوجة، و المعتدة من طلاق أو وفاة، والمطلقة ثلاثا، و الجمع بين المحارم و زواج المسلمة بغير المسلم و الزيادة على القدر المسموح بها شرعا.[1]

المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن الزواج العرفي

الزواج العرفي المعروف في المجتمع الجزائر هو المستوفي لجميع مقوماته الشرعية، لكن في ظل غياب دليل للزواج العرفي يثبت قيامه عند الجحود و النكران من قبل أحد أطرافه خاصة ما يترتب على ذلك من ضياع حقوق للزوجة باعتبارها طرفا ضعيفا والأولاد الأكثر ضررا، إضافة إلى ما يترتب عن ذلك من آثار اجتماعية تتسبب في عدم الاستقرار.[2]

---

(1) العربي بلحاج ، **أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص 287، 288.
(2) حمزة قنيفي، المرجع السابق ، ص 24.

الفرع الأول: آثار الزواج العرفي بالنسبة للزوجين

أعترف المشرع الجزائري بعقود الزواج العرفية صراحة، وذلك في نص المادة 22 من قانون الأسرة والتي نصت على أنه: " يثبت الزواج بمستخرج من سجلات الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

وطبقا لنص هذه المادة فإن عقد الزواج العرفي تترتب عليه كافة الآثار الشرعية والقانونية من حيث صحة العلاقة الزوجية، وحقوق وواجبات الزوجين، وثبوت النسب ووجوب النفقة والحضانة، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 22 نوفمبر 1986 تحت رقم 28784 بقولها: "إن كل زواج عرفي يعتبر صحيحا متى توافرت أركانه حتى ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وتترتب عليه كافة آثار عقد الزواج وكافة الحقوق الزوجية".

إلا أنه ورغم اعترافات المشرع الجزائري بعقد الزواج العرفي، إلا أن الآثار المترتبة على هذا العقد لا يمكن الاحتجاج بها قانونا قبل تثبيته وتسجيله في سجلات الحالة المدنية ويترتب على عدم إمكانية الاحتجاج بعقد الزواج العرفي الآثار التالية:

1. لا يعتد بعقد الزواج العرفي أمام الإدارات العمومية و أمام شركات التأمين وصندوق التقاعد وصندوق الضمان الاجتماعي، ولا تمنح التعويضات ولا المنح العائلية لمستحقيها إلا بعد تسجيل عقد الزواج.
2. لا يمكن للزوجة المطالبة بحقوقها المالية كالنفقة، حتى تثبت عقد الزواج بينها و بين المدعى عليه، وذلك لانعدام صفتها في رفع الدعوى، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 27 فيفري 1987 أنه: "طالما لم تثبت الزوجة علاقة الزوجية فإنها تبقى بدون صفة ومطالبتها بحقوقها المالية تكون غير مؤسسة إذا طالبت بإثبات علاقة الزوجية والنفقة وفشلت في إثبات عقد الزواج".
3. ضياع حقوق أحد الزوجين في الميراث، فمثلا لو توفي أحد الزوجين ولم يتمكن الزوج الآخر من إثبات عقد الزواج العرفي فإن هذا يؤدي إلى ضياع حقه في الميراث.[1]

(1) حمزة قنيفي ، المرجع السابق ، ص 25.

4. أضف إلى ذلك أن ورقة الزواج العرفي عرضة للضياع إن كانت بيد الزوجة أصلا إذ يحرص الزوج على أن يكون العقد العرفي من نسخة واحدة تكون معه حتى لا يتعرض لمشاكل قانونية مستقبلا.
5. أن العلاقة بين الرجل والمرأة من خلال الزواج العرفي تفتح منافذ الظن السيئ والخوض في الأعراض والتقول على الناس ورميهم بالزنا، وهذا الأمر يعصف بكيان المجتمع ويعرض سلامته وأمنه للخطر.[1]

الفرع الثاني: آثار الزواج العرفي بالنسبة للأولاد والمجتمع

أن آثار الزواج العرفي لا تتوقف عند الزوجين فقط بل تتعدى إلى الأولاد والمجتمع.

أولا: بالنسبة للأولاد

كفلت الشريعة الإسلامية للأولاد ثمرة الحياة الزوجية حقوقهم في ثبوت النسب والرضاع والميراث والحضانة و النفقة والحفظ والتربية والتوجيه، ونظمت أحكاما لكل حق من هذه الحقوق، وفي المقابل فإن لهؤلاء الأولاد واجبات فرضها عليهم الشارع الحكيم اتجاه آبائهم، فيجب عليهم الإحسان إلى والدين.[2]

ويرجع اهتمام الشارع بالنسب إلى منع اختلاط الأنساب وحفظها من الفساد والاضطراب، وإرساء قواعد البنوة على أساس سليم.

وعلى غرار الشريعة الإسلامية فإن قانون الأسرة الجزائري لا يعترف إلا بالنسب الشرعي الناتج عن الزواج م40 ق.أ، فإن الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج اقل مدة الحمل وأقصاها م41 و 42 من ق.أ، كما أن أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة م 43 ق.أ، فإذا شك الأب في نسب الابن إليه، فعليه أن يثبت ذلك، لأن العلاقة الزوجية قائمة، ولكي يتحلل

(1) فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 35.
(2) حمزة قنيفي ، المرجع نفسه، ص 27.

من نسب الابن إليه أن يطعن في ذلك عن طريق اللعان م 41 ق.أ،أو بطلب اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب أو نفيه أي عن طريق إجراء خبرة طبية م40 /2 من ق.أ.

تنص المادة 40 ق.أ، بأنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة، وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

وطبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة40من ق.أ، فإنه "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، وذلك بإثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية، أي بالبصمة الوراثية المعروفة بالحمض النووي وهي استخدام تحاليل بصمة الحمض النووي الوراثي البيولوجي، في مجال النسب لإثبات البنوة أو الأبوة لشخص، وكذا في حالة اتهام المرأة من وطء شبهة أو زنا، في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة.[1]

و رغم تنظيم قانون الأسرة لمسألة ثبوت النسب إلا أنه في الزواج العرفي قد تواجهه بعض الإشكاليات ومن بين هذه الإشكاليات ما يلي:

- قد يحدث أن لا يقوم الزوج بتسجيل زواجه العرفي إلا بعد حمل زوجته بشهور، ولا يصرح بتاريخ زواجه الفعلي ومن المقرر في القانون أن أقل مدة للحمل هي 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر، ومن هنا فإن ضابط الحالة المدنية يمتنع عن نسب الابن لوالده، لأنه لم يولد في المدة المحددة قانونا، مما يتوجب على الزوجين تقديم طلب إلى وكيل الجمهورية من أجل الحكم بتصحيح واقعة الزواج العرفي وتسجيله بأثر رجعي.
- قد يتهاون الزوج في نفي النسب باللعان من زوجته الزانية ، ظنا منه أنه لا يمكنها أن تثبت زواجه العرفي منها، لكن إذا أثبتت الزوجة هذا الزواج قانونا فإن الولد ينسب إليه وهو ليس منه، وذلك لفوات أجل الملاعنة المحددة بثمانية أيام شرعا وقانونا.
- حالة حضور المرأة المتزوجة عرفيا إلى المستشفى للولادة، وبما أنها لا تملك وثيقة تثبت زواجها فإن الولد يسجل على اسمها فقط ويبقى الأب مجهولا، و هذا الأمر فيه مساس بشرف الابن وعائلته، غير أنه بإمكان الزوجين تدارك ذلك وتسجيل الولد باسم والده أيضا،

[1] العربي بلحاج ، **أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص 622 ،625.

وذلك برفع دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة وتقديم نسخة من عريضة رفع الدعوى لمصلحة التصريح بالولادات مرفقة بنسخة من شهادة ميلاد الزوجين ونسخة من هويتهما.[1]

ثانيا: بالنسبة للمجتمع

تعد الأسرة الركيزة الأساسية التي يبنى عليها كل مجتمع، فإذا قامت على أسس قوية و دعائم سليمة قدمت بذل القوة و الاستقرار للمجتمع، أما إذا انعدمت هذه الأسس تصدعت و تفككت، و هذا ما يسبب الإخلال باستقرار المجتمع، فالزواج ليس مجرد ظاهرة سيكولوجية تخص الفردين الذين قررا الارتباط كل منهما بالآخر و إنما هو ظاهرة اجتماعية تستلزم المجتمع و تصديقه.

وعلى هذا الأساس فاستقرار الأسرة و قيامها على أسس سليمة يؤدي إلى تكوين مجتمع مستقر و سليم، و هذا لن يتحقق إلا إذا كان الزواج رسمي و قانوني، أما إذا لم يدون أو يوثق، فهذا الأمر دون شك سيؤدي إلى أثار سلبية كثيرة سواء على الأسرة بكاملها كما تم الإشارة إليها سابقا، أو على المجتمع، فقد يؤدي هذا النوع من الزواج إلى الفوضى و انتشار ظواهر خطيرة، كاختلاط الأنساب، انتشار الأمية، الأمراض النفسية، الانحراف و الجرائم... وغيرها من الظواهر و الآفات التي تقف حاجزا دون تقدم و ازدهار و تطور المجتمع.[2]

(1) حمزة قنيفي ، المرجع السابق، ص 28.

(2) نسيمة جلال ، **"عوامل انتشار ظاهرة الزواج العرفي في المنطقة الجنوبية للمجتمع الجزائري"**، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، العدد 03، المركز الجامعي لتامنغست، ماي 2019، ص 551.

الفصل الأول

الفصل الأول: آليات إثبات الزواج العرفي

تعد مشكلة إثبات العلاقة الزوجية في الزواج العرفي من أخطر المشاكل في العصر الحاضر بل من أدقها و أعمقها، وذلك لأنه في كثير من حالاته يعقد لأغراض معينة و بمجرد بروز الخلافات يتهرب البعض من الالتزامات المفروضة عليه بمقتضى الزواج العرفي.[1]

بحيث نجد مثلا في حالة امتناع الزوج عن أداء النفقة للزوجة، هنا الزوجة لا يمكن لها المطالبة بحقها قانونيا، ولهذا يستوجب الاحتجاج به من الناحية القانونية و إثبات الزواج العرفي قبل تسجيله ويكون هذا الإثبات أمام القضاء بطرق الإثبات المتعارف عليها، كالإقرار، الشهادة، النكول عن اليمين.

المبحث الأول: مفهوم الإقرار

قد يحصل في كثير من الأحيان وأثناء سير الدعوى القضائية أن تنتفي الدلائل أو أن يعجز الطرف المدعي بالحق أو بالواقعة عن إثبات أو إقامة دليل على ما يدعي به فيفشل في إقناع القاضي، ووفقا للمبدأ القانوني المتعارف عليه " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر "، فلا يكون أمام المدعي بحقه إلا الحصول على أدلة وبراهين دامغة تساهم في إقناع القاضي وإلا يكون معرضا لخسارة الدعوى وبالتالي ضياع حقه لكن في خضم هذا يمكن أن يقوم الخصم بإسقاط عبئ الإثبات عن مدعي الحق، ويقوم بتصرف يعفي المدعي من البحث عن أدلة ويكون هذا باعتراف الخصم بالواقعة المتنازع فيها و تحسم القضية لصالح المدعي و هذا ما يعرف بالإقرار و هو ما سوف يأتي شرحه في هذا المبحث حيث سيتم أولا تعريف الإقرار، ثم تعديد شروطه، ثم أنواعه، و بعده التطرق إلى الطبيعة القانونية له.

---

(1) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، لسنة 2001، ص56.

المطلب الأول: تعريف الإقرار و أنواعه

يعد الإقرار من أقوى أدلة الإثبات و يسمى أيضا بالشهادة على النفس، و هذا ما سيأتي شرحه في هذا المطلب حيث سيتم أولا تعريف الإقرار، ثم ثانيا توضيح أنواعه.

الفرع الأول: المقصود بالإقرار

في هذا الفرع سنتطرق إلى تعريف الإقرار بمعانيه الثلاث:

أولا: التعريف اللغوي

من القر و هو البرد و القرور من النساء التي تقربها، و القرار مستقر الماء في الروضة.[1]

و اقره الله تعالى وهو مقرور، واقر دخل فيه، و يوم القر يلي يوم النحر، و القرار ضد الجحود و ذلك إذا أقر بحق فقد أقره قراره.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

و هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ و ما في حكمه و بذلك يخرج من مدلول معنى القرار ما يدعيه الخصم، أو هو إخبار عن حق ثابت على المخبر بغيره،[2] فلو كان لنفسه كانت دعوى الإقرار.

كما تم تعريفه أيضا على انه اعتراف شخصي بواقعة من شأنها أن تنتج آثار قانونية ضده مع قصده أن تعتبر هذه الواقعة ثابتة في حقه كأن يقر شخص (أ) و يعترف أن الشخص (ب) عليه مبلغ من المال وأن يقر أنه ارتكب فعلا يترتب عليه عقوبة بدنية أو مالية كما هو لو اعترف أنه قد أتلف له مالا وقد أجمعت الأمة على حجيته بل اعتبرته "سيد الأدلة" لأن لدى الإنسان وازعا طبيعيا يمنعه من ظلم نفسه.

---

(1) ابن منظور، **لسان العرب**، الجزء الخامس ،ص 3519 ، 3518.

(2) الكهوجي عبد الله بن الشيخ حسن الحسن، **زاد المحتاج بشرح المنهاج، حققه و راجعه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري**، دم، الطبعة الاولى ،1898 ،ص76

ثالثا: التعريف القانوني

أما المشرع الجزائري فقد خصص في الباب السادس من القانون المدني تحت عنوان إثبات الالتزام فصلا كاملا للإقرار هو الفصل الرابع.

حيث نصت المادة 341 منه صراحة:" الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها و ذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة".[1]

في حين نص في المادة 342 من القانون المدني على أن " إقرار حجة قاطعة على المقر".[2]

إذن للإقرار حجة قاطعة على المقر أي أن يعترف الخصم أمام القاضي و يؤخذ إقراره و اعترافه، و إقرار تنصرف آثاره إلى الخلف الخاص والعام.

ولقد نصت المادة 40 ق،أ،ج " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا لمواد 32-33-34 من هذا القانون."

الفرع الثاني: أنواع الإقرار

في هذا الفرع سنقوم بتوضيح أنواع الإقرار كما يأتي:

أولا: الإقرار القضائي

الإقرار القضائي هو اعتراف الخصم أو من ينوب عنه إذا كان مأذون له بالإقرار بواقعة ادعى بها عليه وذلك أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة .

فيشترط في الإقرار القضائي أن يصدر من خصم في الدعوى وأن ينصب على واقعة قانونية مدعى بها وأن يكون أمام القضاء، كما يشترط في الإقرار إلا يكذبه ظاهر الحال كأن تقر الزوجة

---

(1) المادة 341، امر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ،**المتضمن القانون المدني** ، الجريدة الرسمية، العدد19 ، المؤرخة في 30-09-1975، المعدل و المتمم.

(2) المادة 342، قانون مدني، مرجع سابق.

بقيام الزوجية مع وجود إشهاد مطلق و رسمي يكذبها، وأخيرا أن تتوفر في الإقرار الشروط العامة للتصرف القانوني.[1]

ثانيا: الإقرار غير القضائي

هو ذلك الإقرار الذي تم خارج القضاء كأن يقر فلان أن فلانة زوجته خارج مجلس القضاء و إذا كان ذلك كتابة أو شفاهة، وسلطة التقدير بمثل هذا الإقرار موكلة للقاضي، يقدرها وفقا لظروف الدعوى وملابساتها.

كما أن الإقرار غير القضائي يظهر أثناء تحديد الموثق لما يسمى بعقد الإقرار للزواج بناء على طلب الزوجين معا و بالإرادة الحرة لكل منهما، و ليس بالإرادة المنفردة لأحدهما.[2]

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

المطلب الثاني: حجية الإقرار

قبل الشروع في بيان حجّية الإقرار يلزم أن نعرف أنّ الإقرار مشروعٌ، بل يكون واجباً أيضاً عندما يتوقّف عليه إرجاع حقوق العباد إليهم، كما أنّ الإنكار أمام القاضي سوف يكون حراماً وكذباً، بل ومنعاً لحقّ الغير، وهو محرّم أيضاً، كما أنّ فحوى بعض ما دلّ على حجّية الإقرار هو المفروغية عن شرعيّته، و من هنا سنتطرق إلى حجية الإقرار شرعا و قانونا.

الفرع الأول: من الناحية القانونية

من الناحية القانونية يعد الإقرار حجة على المقر و ذلك حسب نص المادة 342 من القانون المدني الجزائري:"الإقرار حجة قاطعة على المقر."

---

(1) عباس العبودي، شرح أحكام قانون البينات، **دراسة مقارنة معززة بآخر التعديلات التشريعية والمبادئ القانونية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن ، ص 123،126.

(2) حميدة ناسلي ،**عقد الزواج العرفي**، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر،2008، ص92.

و من خلال هذه المادة نجد بأن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى الإثبات بإقراره.

فإذا كان الإقرار تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر و يتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له فان الإقرار بواقعة الزواج يكون صحيحا و ملزما لكل من الزوج و الزوجة و ورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته و لا يتعداهم إلى الغير.[1]

لذلك نجد أن محاكمنا ومجالسنا القضائية لا تعتد بالإقرار كوسيلة كافية لإثبات واقعة الزواج العرفي، والسبب في ذلك يعود لطبيعة عقد الزواج و خصوصيته لاسيما فيما يتعلق بآثاره الخطيرة، و التي لا تتوقف عند المتزوجين بل تتعداهما إلى النسل الناتج عن هذا الزواج, كما أنه لو اكتفى القضاء بإثبات الزواج بإقرار الزوجين فان هذا لا يؤدي إلى ذيوعه و شيوعه، و يحول دون تحاول القاضي من توافر أركان الزواج و كذا إشهاره و إعلانه لان الزواج في حد ذاته يتطلب العلن و الإشهار وعلم الناس به بغلق منافذ الظن والخوف في الأعراض و التقول على المتزوجين عرفيا و رميهم بالزنا من طرف الناس الذين لم يصل إلى علمهم الزواج.

إلا أن القضاء الجزائري لا يعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، حيث يتم اللجوء للبينة أو ما يسمى بشهادة الشهود باعتباره الدليل الأنجع من حيث القوة و الثبوتية.

الفرع الثاني: من الناحية الفقهية

أمّا على مستوى قيمة الإقرار وتأثيره، فلا إشكال ولا خلاف بين الفقهاء في حجّية الإقرار؛ بمعنى نفوذه على المقرّ وجواز الأخذ بمقتضاه وترتيب آثاره– بل وجوبه أحياناً– إذا توفّرت جميع شروطه على ما سيأتي في شروط الإقرار.

(1) غماري مريم، **الزواج العرفي في التشريع الجزائري**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة اكلي محند أولحاج، البويرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية،2013/2012، ص 76.

وقد صرّح بذلك جماعة من الفقهاء المسلمين؛ ولذا أرسله كثير منهم إرسال المسلّمات ورتّبوا على حجّيته الفروع بل قد ادّعي عليه إجماع العلماء.

وقد استدلّوا لذلك:

أولا: بالكتاب الكريم ومن ذلك قوله تعالى: "وَإِذْ أَخَذَ اللّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُم مِن كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنصُرُنَّهُ قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُم مِنَ الشَّاهِدِينَ• فَمَن تَوَلَّى بَعْدَ ذلِكَ فَأُولئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ." [1]

وقوله تعالى: "وَمِمَّنْ حَوْلَكُم مِنَ الْأَعْرَابِ مُنَافِقُونَ وَمِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ مَرَدُوا عَلَى النِّفَاقِ لَا تَعْلَمُهُمْ نَحْنُ نَعْلَمُهُمْ سَنُعَذِّبُهُم مَرَّتَيْنِ ثُمَّ يُرَدُّونَ إِلَى عَذَابٍ عَظِيمٍ• وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحاً وَآخَرَ سَيِّئاً عَسَى اللّهُ أَن يَتُوبَ عَلَيْهِمْ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ".[2]

و بمفهوم آخر و بسيط، في الفقه الإسلامي يعتبر جمهور الفقهاء الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده ويتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له، ولا يتعداه إلى غيره، ويعتبره وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي فإذا رفض أحد الطرفين الإقرار يكون الاتجاه للبينة.

المطلب الثالث: شروط الإقرار

توجد شروط خاصة بالمقر وشروط خاصة أخرى خاصة بالمقر له وشروط خاصة للمقر به و شروط خاصة للمقر به و شروط أخرى خاصة بصيغة الإقرار و تتمثل فيما يلي :

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في المقر

1) أن يكون المقر عاقلا بالغا فلا يجوز إقرار المجنون أو المعتوه أو الصبي الغير مميز.
2) صدور القرار وليد إرادة خالصة لا إكراه فيه من شخص يقظ في صحو تام فلا يجوز بقرار السكران.

---

(1) سورة آل عمران، الآية 82،81
2 سورة التوبة، الآية 102،101

3) أن يكون المقر جادة غير هازل وألا يكون محجور عليه لسفه أو غفلة أو متهما في إقراره.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المقر له

1) أن يكون المقر له معلوما ومحددة تحديد كافية.
2) أن تصدق المرأة الرجل في إقراره حالة كونه المقر والعكس بالعكس.
3) أن تكون الزوجة حلا للرجل إذا كان هو المقر وأن يكون الرجل حلا للمرأة إذا كانت هي المقرة.

الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في المقر به

المقر به هنا هو الزوجية كعلاقة قائمة بين الطرفين , لذا يجب أن يكون الزواج ممكن بين المقر والمقر له بألا يكون الزوج متزوج من محرم للزوجة أي ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدة أو مؤقت.[1]

الفرع الرابع: الشروط الواجب توافرها في صيغة الإقرار:

1) أن تكون صيغة الإقرار منجزة غير معلقة على أي شرط.
2) أن تكون الصيغة منئيته للحق المقر به.
3) أن تكون صادرة أمام القضاء بالعبارة.

يضيف القانون شروط أخرى و هي:

- أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية، مدعى بها سواء كانت الواقعة تصرفا قانونيا أو واقعة مادية كالإقرار بالزواج و أن يكون محل الإقرار لا يكذبه الواقع، كأن تقر امرأة بأنها زوجة لرجل أخر قبل أن تولد.
- أن يكون غير مخالف للنظام و الآداب العامة، كإقرار الرجل بأن هذه المرأة خليلته فلا يثبت زواجه بهذا الإقرار كما لا يثبت نسب الولد الناتج عنه.[2]

---

(1) عبد رب النبي على الجارحى، **الزواج العرفي المشكلة والحل والزواج السري ونكاح المتعة والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار**، دار الروضة، مصر، ص 105.

(2) عبد الرزاق صنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 483،486.

– أن يكون الإقرار 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 الإقرار.[1]

المبحث الثاني: مفهوم البينة (الشهادة).

إن شهادة الشهود تأخذ أهميتها و سندها في الشريعة و في القانون الجزائري بدءا من قانون الأحوال الشخصية و القانون المدني و قانون الإجراءات و غيرها من القوانين الموضوعية و الإجرائية كونها وسيلة من وسائل الإثبات و على هذا الأساس سنتعرض في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول تعريف الشهادة و أنواعها، والمطلب الثاني النظام الإجرائي لشهادة الشهود.

المطلب الأول: تعريف البينة(الشهادة) و أنواعها

تجدر الإشارة في البداية بأن شهادة الشهود كان يعبر عنها عن طريق البينة غير أن هذه الأخيرة تنصرف إلى معنيين، معنى عام وهو الدليل أكان بالكتابة أو الشهادة أو القرائن، فإذا قلنا البينة على من ادعى واليمين على من أنكر فإنما نقصد هنا البينة بهذا المعنى العام، أما المعنى الخاص فهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب، وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة، فانصرف لفظ "البينة" إلى الشهادة دون غيرها .[2]

و من هنا فسنتناول في هذا المطلب تعريف البينة (أولا)، ثم أنواع البينة (ثانيا).

الفرع الأول: المقصود بالشهادة

بكون الشهادة وسيلة من وسائل الإثبات و أنجعها سنتناول في هذا الفرع التعريف اللغوي و الاصطلاحي و القانوني للشهادة(البينة).

---

(1) امر رقم 75-58 ، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(2) محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني الجزائري**، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2009 ،ص 119.

أولا: التعريف اللغوي

الشهادة في اللغة مشتقة من المشاهدة وهي المعاينة وهي تتضمن معنى الحضور فيقول شخص شهدة مجلس العقد أي حضرته، والشهادة هي الإخبار القاطع عن مشاهدة وعيان لا عن تقدير وحسبان ولذلك سمى الله تعالى الشاهد شهيدا أي عليما فقال عز وجل: " واستشهدوا شهيدين"، "سورة البقرة أية 282"[1]، و تعني أيضا الحضور والعلم ومن قوله تعالى : "فمن شهد منكم الشهر فليصمه"، "سورة البقرة 185"[2].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

وفي الاصطلاح تم تعريفها كونها قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالإخبار أمام القضاء عما أدركته حاسة من الحواس، كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، أي أن الشاهد يخبر بواقعة صدرت من غيره و يترتب عنها حق لغيره، فهي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره، و كون الشهادة إخبار لذلك قد تحتمل الصدق أو الكذب و لكن يقوى احتمال الصدق على احتمال الكذب فيها و الحكمة من اعتماد الشهادة كدليل إثبات أن الشاهد يحلف على صدق ما يقول، حيث أنه يشهد بحق لغيره على غيره فلا مصلحة له في الكذب، فمن المفروض في الشاهد أنه عدل مما يجعل شهادته قرينة قوية على صحة ما يشهد كما أن احتمال العكس لا يؤدي إلى انتفائها انتفاء تاما.[3]

ثالثا: التعريف القانوني

في حين لم يعرف القانون البينة غير أنه من مفهوم نصوصه القانونية نصل أنه يقصد بها الشهادة، و هذا وفق للقانون المدني الجزائري في المواد 333 إلى 336، أين خصص لها المشرع الجزائري فصلا كاملا و هو الفصل الثاني من الباب السادس المتعلق بإثبات الالتزام، أين تم تنظيم

---

(1) يحي بكوش ، **أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي**، الطبعة الثانية ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر، ص 240.

(2) عباس العبودي، **شرح أحكام الإثبات المدني**، الطبعة الثالثة، دار الثقافة و النشر و التوزيع،عمان، 2011، ص 232.

(3) مصطفى أحمد أبو عمرو، **الإثبات في المواد المدنية و التجارية**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 155،156.

قواعدها الموضوعية، أما عن القواعد الإجرائية لشهادة الشهود، نظمها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المواد الخاصة بالشهادة.

و يقصد بها أيضا إخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص و بعده مما يترتب عليه أثر في الشرع أو القانون[1]، و تم تعريفها أيضا بأنها أقوال شهود عدل معروفين بالصدق و الأمانة يقرون ما عاينوه أو سمعوه من الواقع، و هي بذلك دليل مباشر.

الفرع الثاني : أنواع الشهادة

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

أولا: البينة المباشرة

الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة، فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه فالذي يميز الشاهد إذن هو أنه يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية أما أنه رآها بعينه فجاء إلى مجلس القضاء ليشهد بما سمع و أما أنه 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 إلى ملف القضية للاعتداد بها.

إذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة، كأن يدلي الشاهد بما عاينه بصورة شخصية و مباشرة أثناء إنشاء واقعة الزواج العرفي بما في ذلك معرفته لطرفي العقد من زوج الزوجة و مكان و ظروف إبرام عقد الزواج من رضا الزوجين و وجود ولي و تسمية الصداق .

و الشهادة المباشرة و هي التي يقرر فيها الشاهد في مجلس القضاء بالواقعة المشهود بها، و المراد إثباتها، و ذلك أن حدوثها تم تحت سمعه و بصره و تسمى الشهادة من الدرجة الأولى.[2]

---

(1) نبيل إبراهيم سعد، **الإثبات في المواد المدنية و التجارية**، دار النهضة العربية، بيروت، 1885 ، ص 191

(2) عبد الحميد الشواربي، **الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية و التجارية و الجنائية و الأحوال الشخصية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1888 ،ص 319.

ثانيا: الشهادة السماعية

وفي هذه الحالة لا يشهد الشخص بما رآه أو سمعه مباشرة و إنما يشهد بما سمع رواية عن الغير.

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية، ويقدر القاضي قيمتها كما يقدر الشهادة الأصلية وان كان الغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضي بها.[1]

واستقر قضاء المحكمة العليا بأن الزواج العرفي لا يثبت إلا بشهادة عيان التي يشهد أصحابها بها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين ولما كان الطاعن لم يأتي من أي من شهادة العيان، أو شهادة السماع إثبات زواجه فإن القضاء برفض دعوى إثبات الزواج العرفي يعد تطبيقا صحيحا للقانون[2]

ثالثا: الشهادة بالتسامع

أي الإدلاء بما هو شائع بين الناس دون تحديدهم، وهنا تختلف عن الشهادة السماعية التي يتم فيها تحديد الشخص الذي اعتمد على روايته في الإدلاء بالواقعة محل الإثبات، ونظرا لعدم إسنادها إلى أشخاص محددين بذواتهم فإن القاضي يأخذ على سبيل الاستئناس أو الاستخلاص قرينة قضائية في الدعوى[3].

إذا ما عدنا إلى الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بمسألة إثبات الزواج العرفي، أجازت شهادة العيان واعتبرتها ضرورة دعت إليها المصالح والحاجة الشديدة، لاسيما إذا أثمر إنجاب أطفال،

---

(1) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص208.

(2) قرار المحكمة العليا - **غرفة الأحوال الشخصية** رقم:53272الصادر بتاريخ: 1989/03/27 ، المجلة القضائية العدد 03.ص، 1990 لعام، ص 82

(3) منصور محمد حسين، مرجع سابق، ص 126.

وهذا الاستحسان مراده أنها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم، وقد تتعلق بأحكام تبقى على انقضاء القرون كمسألة إثبات نسب الأبناء ومسائل الميراث.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري المحكمة العليا سارت في طريق الشريعة الإسلامية وأخذت بشهادة العيان، وهذا ما أكدته بعض القرارات الصادرة عنها، ومن بين هذه القرارات نجد القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 الذي جاء فيه أنه " الزواج لا يثبت من المقرر شرعا إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين المتزوجين... فيما يتعلق بالسبب المستدل به على طلب نقض إثبات الزواج أو نفيه مما ما بشهادة السماع، والطاعن لم يأتي بأية يستقل به قاضي الموضوع ويثبت إما بشهادة العيان أو واحدة من الشهادتين، فلا هو أحضر رجالا حضروا قراءة الفاتحة، ولا هو أحضر رجالا سمعوا قراءتها أو حضروا زفاف الطرفين... كما أنه لم يأت ببينة إسماع يشهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج (ب ز)... لما كان من الثابت في قضية أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن .[1]

المطلب الثاني: النظام الإجرائي لشهادة الشهود

ومن المتطلبات في إثبات عقد الزواج العرفي هي الشهود أو الإشهاد مستكملين لشروط الشهادة لان عقد الزواج له خطره و مكانته في الإسلام فكان من الواجب إعلان الناس و إخراجه عن حدود الكتمان وقد دل على ذلك قوله صلى الله عليه و سلم:" لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل"، و من هذا القول سنتطرق في مطلبنا هذا إلى شروط الشهادة.

الفرع الأول:شروط الشهادة

توجد شروط ترجع إلى الشهادة و شروط ترجع إلى المشهود به

(1) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1989/03/27، **غرفة الأحوال الشخصية**، المجلة القضائية، 1990 ،العدد 03، ص 82

أولا: شروط ترجع إلى الشهادة

1. لفظ الشهادة: يتعين على الشاهد عند أداء الشهادة أن يذكر لفظ الشهادة فيقول أشهد أنه أقر بكذا ونحوه، ولو قال أتيقن أو أعرف أو أعلم لم يعتد بها لان الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة، فلابد من الإتيان بفعلها المشتق منها لأن فيها معنى لا يحصل في ذلك من غيرها وهذا ما أجمع عليه الفقهاء.[1]

2. أن تكون الشهادة موافقة للدعوى: فلا تقبل الشهادة المنفردة عن الدعوى فإذا كان بصدد دعوى لإثبات الزواج العرفي دون غيرها، أما في القانون فيشترط لصحة الشهادة أن تكون موافقة للدعوى، وبالتالي لا يمكن إثبات الزواج بواسطة شهادة متناقضة.[2]

3 مكان أداء الشهادة: يشترط أن تكون الشهادة في مجلس القضاء[3]، كما أنها تتم أمام المحكمة أو مجلس القضاء وهذا ما ذهبت إليه جل قرارات المحكمة العليا فالقاضي وحده له صلاحية سماع الشهود، أو هي من صميم اختصاصه، وعليه فقيام جهة أخرى بسماع تصريحات الشهود كالخبير والموثق، يعد اعتداء على صلاحيات القاضي ولا يعتد بما يصدر عنه من تصريحات.

وهذا الموقف يتضح في كثير من قرارات المحكمة العليا تذكر على سبيل المثال قرار 1992/09/29 ملف رقم 84334 سماع شهود الزواج أمام الموثق بتكليف من القضاة خطأ في تطبيق القانون ولما تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع بما كفلوا الموثق بسماع شهود الزواج المدعي به يكون قد تخلوا عن المسألة تتعلق باختصاصهم لأنه لا يمكن للموثق أن يقوم بذلك.[4]

---

(1) ابن قدامه ،الونشريسي (أبو العباس احمد بن يحي)، **عدة البروق في جمع ماضي المذهب من المجموع و الفرق**، دراسة و تحقيق حمزة أبو فارس، الجزء12، دار العرب الإسلامي، لبنان، ص 64 ،69.

(2) المجلة القضائية، ع2، سنة 1991.

(3) المرغيناني، (برهان الدين علي بن أبي بكر)، **الهداية شرح بداية المبتدي**،الجزء7، الطبعة 2، دار الفكر ، لبنان ، ص 433.

(4) المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي، **غرفة الأحوال الشخصية**، عدد خاص، 2001، ص 44.

ثانيا: شروط ترجع إلى المشهود به

يشترط أن المشهود به معلوما للشاهد، فلا يصلح الشاهد أن يشهد بشيء حتى يحصل له به علم، لا بما شك فيه ولا بما يغلب الظن على معرفته لأن فائدة الشهادة إلزام المدعي عليه ، فلا يشهد الشاهد مثلا أن فلانة زوجة فلان بانيا اعتقاده هذا من خلال رؤيته لهما وهما يسكنان نفس البيت، ويتعاملان كما يتعامل الأزواج وهو ما اتجهت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ:30/04/1990 الذي جاء فيه: من المقرر شرعا وقانونا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية و الشهرة و مراعاة أركانه وشروطه..، والزواج العرفي ما يزال معملا به متى توفرت فيه الشروط والأركان، والطاعنة عجزت عن إثبات زواجها رغم محاولات الشهود لها بالزواج و أدينوا معها في جريمة التزوير، فمعاشرة رجل لامرأة طالت مدتها أو قصرت، ولو وقع الإشهاد بها لا زواجا.[1]

الفرع الثاني : أداء الشهادة

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

---

(1) قرار المحكمة العليا،ع2، ص 62.

فالخبير ليس من مهمته سماع الشهود أو إعطاء رأيه في شهادتهم وإلا فإنه يكون قد سلب سلطة القاضي وحل محله، وهذا غير جائز قانونا، فالأمر يتعلق بالإقناع الذي يكون من الحجج الشرعية أو البيئة الشرعية والقرار المطعون فيه جاء صادر على الحكم الذي اعتمد على أقوال أشخاص لم يتخذ في شأنها ماهو مطلوب قانونا وقبلت بعيدا عن المحكمة فإنه خالف النصوص القانونية وانتهك القواعد الشرعية وعرضوا قرارهم لعدم التأسيس القانوني ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

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

وعلى القاضي وهو بصدد الاستماع للشهود أن يحكم ذكاءه وخبرته، وأن يدقق في كل كبيرة وصغيرة صرح بها الشاهد ويقارن بين تصريحات الشهود عساه يجد تعارضا في أقوالهم، وعليه أن يربط بين كل تلك التصريحات ليستنبط منها أخيرا أركان الزواج المذكور في المادة التاسعة من قانون الأسرة ليقرر تثبيت الزواج العرفي من علمه.[2]

المبحث الثالث: مفهوم النكول عن اليمين

يعتبر النكول عن اليمين من الوسائل الاحتياطية لإثبات الزواج العرفي، وهي مرتبطة بأخلاقيات الشخص ومدى صدقه وخشيته الله عز وجل، لأن الحل الوحيد للنزاع عندما تنعدم الأدلة الثابتة، يلجأ إلى النكول عن اليمين كوسيلة لإثبات واقعة الزواج العرفي، وعليه سوف نتعرض في

(1) قرار المحكمة العليا،ع2، ص 62.
(2) قرار المحكمة العليا،ع2،63

هذا المبحث إلى تعريف النكول عن اليمين (مطلب أول)، ثم نوضح أنواع اليمين ، وحجية اليمين (مطلب ثاني).

المطلب الأول: تعريف النكول عن اليمين و أنواعه

في هذا المطلب سنتطرق أولا إلى تعريف النكول عن اليمين ثم ثانيا نبين أنواع اليمين.

الفرع الأول: المقصود باليمين

سنتطرق في هذا الفرع إلى التعريف اللغوي و الاصطلاحي و القانوني للنكول عن اليمين.

أولا: التعريف اللغوي

اليمين جمعها أيمان وتجمع على أيمن، واليمين في أصل اللغة اليد اليمنى، وأطلقت على الحلف لأنهم كانوا إذا تحالفوا أخذ كل بيمين صاحبه، وقيل لأن اليمين تحفظ الشيء كما تحفظه اليد، واليمين، والحلف، و الإيلاء، والقسم ألفاظ مترادفة.

و تعرف أيضا بالقَسَمُ والحَلِفُ. وسُمِّيَ الحَلِفُ يَمينًا، لأنَّهم كانوا إذا تحالَفوا ضَرَب كُلُّ واحدٍ منهم يمينَه على يمينِ صاحِبِه.

ثانيا:التعريف الاصطلاحي

أما اصطلاحا عرفه بعض الفقهاء بأنه: "الامتناع عن اليمين" و عرفه بعضهم:" التأخر عن اليمين الواجبة".[1]

أما اليمين فيقصد به ذلك الحلف الصادر من الخصم على صحة ادعائه أو رفضه جاعلا الله سبحانه و تعالى شاهدا على صحة ذلك، أما النكول مفادها هو رفض من وجهت إليه اليمين حلفها.

---

(1) عبد العزيز بن صالح الشاوي، **أحكام النكول عن اليمين في الفقه و النظام**، أستاذ مساعد في قسم الفقه بكلية الشريعة و أصول الدين بجامعة القصيم، ص 2،3.

ثالثا: التعريف القانوني

لقد خصص المشرع الجزائري في القانون المدني فصل كامل خاص باليمين و هو الفصل الخامس من الباب السادس المعنون تحت عنوان إثبات الالتزام.

حيث نصت المادة 347 من القانون المدني الجزائري فقد نصت على: " كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه و كل من ردت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه "[1]

و المقصود به رفض أداء اليمين من قبل الشخص الموجهة إليه اليمين، و النكول يترتب عليه خسارة الدعوى ،بمعنى أنه يحكم على الناكل بما طلبه المدعى في دعواه و النكول قد يكون صريحا أو ضمنيا كامتناعه عن حضور جلسة أداء اليمين.

الفرع الثاني: أنواع اليمين

تنقسم اليمين الى قسمين: اليمين الحاسمة واليمين المتممة.

أولا: اليمين الحاسمة

توجه حسب ما أكدت عليه المادة 343 من القانون المدني الجزائري لكل من الخصمين حيث تنص المادة : " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك.[2]"

أي أن المدعى عليه سواء كان زوجا أو زوجة إذا أنكر الدعوى سأل القاضي المدعي (الزوج أو الزوجة) إذا ما لديه أو لديها بينة فإن كانت موجودة فإنه يدلي بها، وإلا فعلى القاضي أن يفهم المدعي (الزوج أو الزوجة) أن من حقه أو حقها أن يتحصل على اليمين من خصمه المنكر، وتشترط نفس الشروط التي توجه إليه اليمين على من يوجهها، وهي الأهلية في التصرف وبقائها

(1) المادة 347، قانون مدني، مرجع سابق.
(2) المادة 343 ،المرجع نفسه.

إلى غاية إتمام الحلف أو الرد أو النكول، أما عن صيغة اليمين الحاسمة لا بد أن تكون واضحة وأثناء الجلسة المادة 434 من قانون الإجراءات المدنية وتكون بهذه العبارة "احلف بالله العظيم ".

وهذه الصيغة مشروطة إذا كان المدعي مسلما وإن كان عكس ذلك فإنه يؤدي اليمين بصيغة الأوضاع المقررة في بلده.[1]

ثانيا: اليمين المتممة

اليمين المتممة هي تلك التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لا حق للخصوم فيها موجهة إلى أحد من الخصمين، ليكمل بها اقتناعه في ما يفصل به في موضوع الدعوى، حيث نصت عليها المادة 348 ق.م.ج على ما يلي :''للقاضي أن يوجها اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو فيما يحكم به ''، حيث يتبين لنا من نص المادة أن للقاضي السلطة الكاملة في توجيه اليمين المتممة للخصم الذي يرى أنه في حالة إقامته لليمين (الخصم) قد يغير في اقتناعه(القاضي) ،حيث أن النكول عنها و عدم قبولها لا يعني بالضرورة الحكم لصالح خصمه، و إنما كل ما في الأمر أن أدلة الدعوى تبقى ناقصة كما أنه لا يملك لمن وجهت عليه اليمين المتممة ردها على خصمه كما هو الحال في اليمين الحاسمة و ذلك طبقا للمادة 349 ق.م.ج. التي نصت: " لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على خصمه".[2]

كما أن للقاضي سلطة اختيار من يوجه إليه اليمين المتممة، فقد يوجه اليمين إلى أحد الخصوم الذي يقوم دليلا أقوى، و إذا تعادلت الأدلة يكون المدعى عليه أولى بأن توجها إليه اليمين عمل بمبدأ المشهور "الأصل براءة ذمة ".[3]

كما تم تعريفها أيضا كونها هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين عند عد كفاية ما قدمه الخصم من دليل، ليتممه باليمين وهي ذات تأثير تكميلي، ولا تعتبر تصرفا

---

(1) دليلة معزوز ، المرجع السابق،ص 130،131.
(2) المادة 349، قانون مدني، المرجع السابق.
(3) محمد زهدور، **الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق أخر التعديلات** ، 1991،ص 68.

قانونيا، إذ للقاضي السلطة التامة في تقدير ما إذا كانت هناك حجة لتوجيهها سيكمل بها قناعته إذا لم يقدمك الخصم دليلا كافيا على واقعة إثبات الزواج العرفي، فاليمين المتممة لا تحسم النزاع لأنها ليست إلا إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة، فالقاضي من بعد توجيه هذه اليمين يكون له مطلق الخيار من أن يقضي على أساس اليمين الذي تمت تأديتها أو على أساس عناصر إثبات أخرى اجتمعت له قبل حلف هذه اليمين أو بعد حلفها، واليمين المتممة على عكس اليمين الحاسمة لا يجوز ردها على الخصم.[1]

ملاحظة: هناك يمين أخرى تسمى بيمين الشهادة وهي تلك اليمين التي يحلفها الشاهد قبل أدائه للشهادة أمام هيئة المحكمة وإلا كانت شهادته باطلة، فهي إحدى إجراءات سماع الشهود وبالتالي فهي تختلف عن اليمين القضائية والتي تعد إحدى طرق الإثبات.

المطلب الثاني: حجية اليمين

سنعالج في هذا الفرع حجية اليمين لإثبات الزواج العرفي في موقفين، موقف القضاء ثم موقف الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: موقف القضاء من حجية اليمين

القضاء لا يعتد بحجية اليمين كوسيلة لإثبات واقعة الزواج العرفي، حيث اننا نجد في محاكمنا ومجالسنا القضائية لا تعتد باليمين إلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معا، ويتعين على القاضي توجيهها إلى المدعي بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود الذين يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وفقا للشريعة الإسلامية، مع بيان توفر أركان المادة التاسعة من قانون الأسرة. وهذا ما نصت عليه المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها بتاريخ (1985/09/23) بالنص على أنه إذا كان من المبادئ الشرعية السائدة فقها وقضاء أن إثبات عقد الزواج في حالة وفاة أحد الزوجين، يكون مؤسسا على شهادة الشهود يؤكدون صحة انعقاده ووفقا لتعاليم الشريعة الإسلامية وأن

---

(1) وهيبة بوطيش، **الشكلية في عقد الزواج**، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، د .ذ. س، ص 76.

الاكتفاء بشهادة ثلاثة أشخاص كان أفضل من شاهد أنه حضر الفاتحة فهي في غاية من الإجمال وليست مما يثبت بها عقد الزواج إذا كانت شهادة الآخرين اضعف منها، فإن الإثبات بالبينة على هذا النحو لا يكفي وحده إلا مع يمين المدعية [1]

الفرع الثاني: حجية اليمين في الشريعة الإسلامية

فعند الفقهاء و أهل الدين، اليمين توجه في الزوجين لان النكول عندهما إقرار لا بذل، لذلك فان ادعى شخصان واقعة زواج فادعى الزوج بوجوده فان أقرت المرأة قضى وصح الزواج وكانا صادقين و لكن إذا ما نكلت و وجبت على الزوج البينة وذلك حسب المبدأ القائل: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " [2].

و خالصة القول أنه إذا كانت الشريعة الإسلامية تعتمد على كل من الإقرار و البينة و النكول عن اليمين لإثبات الزواج العرفي، فان القضاء الجزائري يركز على شهادة الشهود بالدرجة الأولى، أما اليمين فيلجأ إليها لتدعيم و تأكيد شهادة الشهود في حالة وفاة احد الزوجين، أما الإقرار القضائي فلا يعتد به إطلاقا عكس الإقرار الغير القضائي الذي يتم التصريح به أمام الموثق، و الذي تعتد به محاكمنا و مجالسنا القضائية في إثبات واقعة الزواج العرفي الغير المتنازع عليه.

(1) قرار المحكمة العليا رقم : 37501 ،الصادر بتاريخ ،1985/09/23 ،مجلة قضائية، 1989 ،العدد 01 ،ص 95.
(2) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 311.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: إجراءات تسجيل الزواج العرفي

تأكيدا لما سبق ذكره فإن الإشكالية في الزواج العرفي تنصب على مسألة تسجيله، والتسجيل يقتضي إتباع إجراءات خاصة، باختلاف مكان انعقاد العقد وباختلاف الفترة الزمنية التي أبرم فيها، ولذلك حاول المشرع في كل مرحلة معالجة عقود الزواج العرفية عن طريق سنه لمجموعة من النصوص القانونية، والتي تلزم المواطنين المتزوجين عرفيا أن يتقدموا إلى المحاكم لاستصدار أمر أو حكم لتسجيل عقودهم في سجلات الحالة المدنية وفقا لإجراءات المنصوص عليها في تلك القوانين، وعليه سنتطرق إلى هذه النصوص القانونية.

المبحث الأول: النصوص التي تناولت تسجيل عقد الزواج العرفي

بداية من سنة 1882 تاريخ إنشاء نظام الحالة المدنية في الجزائر، وإلى غاية سنة 1984 تاريخ صدور قانون الأسرة، صدرت عدة قوانين ومراسيم نصت على تسجيل عقود الزواج العرفية منها ما صدر قبل الاستقلال ومنها ما صدر بعده.

المطلب الأول: القوانين الصادرة قبل الاستقلال:

إن أول تنظيم القانون الحالة المدنية في الجزائر كان على يد الاستعمار عندما أصدر قانون 1882/03/23 المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين بالجزائر والمعدل بقانون 1930/04/02 ونصت المادة16منه على أن: " وثائق الميلاد و الوفاة المتعلقة بالأهالي الجزائريين يجري تنظيمها و تسجيلها في سجلات الحالة المدنية وفقا للأشكال و الأوضاع المنصوص عليها في القوانين الفرنسية النافذة أما الوثائق المتعلقة بالزواج و التفريق و الطلاق ألرضائي فإنها ستنظم وتسجل في سجلات الحالة المدنية بناءا على تصريح يقدمه الزوج إلى رئيس البلدية أو المحاكم العسكرية"[1].

(1) علي بداوي ، المرجع السابق، ص 33.

كما رتب هذا القانون على كل مخالفة لأحكام هذه المادة عقوبة بدنية تتراوح ما بين 6 أيام إلى 6 أشهر حبسا وعقوبة مالية تتراوح مابين 16 إلى 300 فرنك غرامة.

غير أن هذا القانون انحصر تطبيقه في جهات معينة أهمها المناطق التي تركزت فيها مصالح الاستعماريين واحتاجت فيها السلطة الفرنسية إلى التعامل مع بعض الجماعات من الجزائريين لاستخدامهم في إداراتها.

وظل هذا القانون هو المطبق في بلادنا إلى أن ألغي بموجب المادة 18 من الأمر رقم 66-307 المؤرخ في 1966/10/14 والمتضمن شروط تأسيس الحالة المدنية[1].

يمكن القول بأن إنفراد مناطق معينة بتطبيقها لهذا القانون جعل عقد الزواج في المناطق الأخرى خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية والتي لا تشترط ضرورة تسجيله في سجلات الحالة المدنية، ولا تخضعه لإجراءات معينة.

قانون 57-777: صدر هذا القانون خلال سنة 1957، ويتعلق بإثبات و تسجيل عقود الزواج السابقة له، وقد نص في المادتين الثالثة والرابعة منه على : "وجوب تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية بموجب حكم من رئيس المحكمة في غرفة المشاورة بناءا على طلب الزوجين أو طلب أحدهما ، وأن الحكم الصادر لا يقبل أي طريق من طرق الطعن"[2].

هذا القانون تم إلغاؤه فيما بعد، وقبل ذلك كان يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة قبل صدوره ، بحيث تضمن إجراءات تسجيل عقود الزواج والتي تتم بناءا على طلب ينتهي بصدور حكم فيه ، خلافا للقانون السابق الذي يتم فيه التسجيل بناءا على تصريح يقدمه الزوج إلى رئيس البلدية أو المحاكم العسكرية .

وهذا يعني أن إجراءات التسجيل حسب هذا القانون ترفع أمام رئيس المحكمة بصفته الجهة المنوطة بالفصل في طلب تسجيل عقد الزواج .

---

(1) عبد الله شناح، **الزواج العرفي**، مذكرة نهاية التربص بالمعهد الوطني للقضاء، سنة1993، ص 05.
(2) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص20.

الأمر 59-224 المؤرخ في 1959/02/04، والخاص بعقود الزواج التي يعدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية وذلك في عمالات الجزائر، والساورة و الواحات.

حيث نص هذا الأمر في المادة الثالثة منه على تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية، غير أنه فرق بين إجراءات التسجيل بحسب الجهة التي يتم إبرام الزواج أمامها .

فإذا تم الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، وجب على هذا الأخير أن يسلم للزوجين دفترا عائليا يثبت انعقاد الزواج، أما إذا تم الزواج أمام القاضي وجب أن يثبت ذلك في وثيقة وأن يسلم إلى أصحابها شهادة بانعقاد الزواج، ثم يرسل إلى ضابط الحالة المدنية نسخة من عقد الزواج خلال 03أيام، وعلى هذا الأخير أن يسلم الزوجين دفترا عائليا[1].

كما منعت نفس المادة إقامة حفل الزواج إلا بعد الإطلاع على الشهادة و الدفتر العائلي، وأضافت المادة السادسة من نفس الأمر أن انحلال الزواج لا يكون إلا بقرار من القضاء فيما عدا حالات الموت[2]، إن هذا الأمر كان يهدف إلى القضاء على الزواج العرفي و الطلاق العرفي الذي يتم أمام الجماعة، كما أن الاستعمار الفرنسي كان يهدف من وراء ذلك إلى إحكام قبضته على الأسرة الجزائرية و إحصاء كل تصرفاتها.

وخلاصة القول أن هذا الأمر انحصر تطبيقه في مناطق معينة على سبيل الحصر، مما يجعل عقد الزواج في غير هذه المناطق خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية، كما أنه نص على إجراءات تسجيل عقود الزواج المبرمة بعد صدوره، ولم يتحدث عن كيفية تسوية عقود الزواج المبرمة قبله، والأهم أنه فرق بين الزواج الذي يتم أمام ضابط الحالة المدنية والذي يتم أمام القاضي من حيث إجراءات تسجيله، وخلص في النهاية إلى أن قيام الزواج يثبت بشهادة انعقاد الزواج و بالدفتر العائلي، وأن انحلاله يكون بقرار من القضاء، ومنه فلا يمكن الاحتجاج بخلاف ذلك.

(1) عبد الله شناح، المرجع السابق، ص05.
(2) نفس المرجع، ص05.

المطلب الثاني: القوانين الصادرة بعد الاستقلال

بعد الاستقلال استمر العمل بالقوانين والمراسيم التي نظمت عقود الزواج و التي كانت سارية وقت الاستعمار ماعدا تلك التي تتعارض نصوصها مع السيادة الوطنية فصدرت مجموعة من القوانين جاءت متتالية وفي أزمنة مختلفة، توجب على الجزائريين الذين أبرموا عقود زواجهم بالفاتحة، أن يتقدموا إلى المحاكم الوطنية لتسجيل عقود زواجهم و التي يمكن التطرق إليها كما يلي:

مرسوم رقم 62-126 الصادرة في 1962/12/13، نص هذا المرسوم في المواد الخمس الأولى منه على إمكانية وكيفية تقييد حالات الولادة والزواج والوفاة الواقعة داخل وخارج التراب الوطني، خلال الفترة ما بين أول نوفمبر 1954 و خمس جويلية 1962.

كما نصت المادة السابعة منه على أن السجلات المتضمنة وثائق الزواج والولادة والمحررة من قبل الهيئات التابعة لجبهة التحرير الوطني وجيش التحرير الوطني في الجزائر وتونس والمغرب تخضع إلى تأشيرة وموافقة وكلاء الدولة لدى المحاكم الابتدائية الكبرى بالجزائر و قسنطينة ووهران الذي يأمرون بتقييد وثائق الميلاد والزواج والوفاة التي تضمنتها السجلات المذكورة في سجلات الحالة المدنية لبلديات الجزائر الكبرى ووهران تبعا لآخر موطن في البلاد.[1]

كما تنص المادة الثامنة على أن وثائق الولادة و الزواج و الوفاة المحررة في الخارج بشكل نظامي يمكن تقييدها في سجلات الحالة المدنية بمجرد طلب من وكيل الدولة المختص وبعد ذلك نصت المادة 14 على أن أحكام هذا المرسوم ستكون قابلة التطبيق خلال مدة سنة ابتداء من تاريخ دخولهم حيز التنفيذ.

(1) عبد العزيز سعد، **نظام الحالة المدنية في الجزائر**،الطبعة الثانية ، دار هومة، الجزائر،ص26.

وبالرغم من أن القانون حاول وضع حد لعقود الزواج المغفلة، إلا أنه لم يستمر العمل به، كما أنه وإن كان وضع حل لتسجيل عقود الزواج المبرمة بعد صدوره فما هو شأن عقود الزواج الواقعة قبل صدوره[1].

قانون 63-224 المؤرخ في: 1963/06/29، و المتعلق بتعيين الحد الأدنى لسن الزواج و وجوب تسجيل عقود الزواج خلال أجل محدد، وكان هدفه القضاء على الزواج العرفي أو التقليل منه.

بحيث نهي في المادة الخامسة على أنه "لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج ويطالب بما يترتب على الزواج من آثار، ما لم يقدم عقد الزواج محررا ومسجلا في سجلات الحالة المدنية".

أما فيما يخص العقود غير المسجلة، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة على أنه يجب تسجيل عقود الزواج المبرمة قبل صدور هذا القانون خلال 03 سنوات، ثم مدد هذا الأجل إلى 03 سنوات أخرى بمقتضى الأمر المؤرخ في: 1968/02/22 إلى غاية1969/12/31 .

غير أن هذا النص لم يبين كيفية التسجيل ولا شروطه، وبقيت أحكامه تطبق الإجراءات التي نص عليها قانون 57/777 الصادر في: 1975/07/11[2].

أهم ما يمكن قوله أن هذا القانون كان يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة قبل صدوره، وبذلك فإن بحل مشكلة العقود المبرمة بعد سنة وحتى تلك التي أبرمت بين الفترة الممتدة بين 1954/11/01 و 1962/07/05 وفاتها ميعاد السنة طبقا لم نص عليه المرسوم 62-126.

ولكن الإشكالية التي خلفها قانون 63-224 هي عدم اعترافه بالزواج الذي أبرم وفقا لتعاليم الشريعة الإسلامية (الفاتحة) ولم يسجل في سجلات الحالة المدنية وذلك بالنسبة للفترة ما بين صدوره إلى غاية 69-72.

---

(1) عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص26،27.
(2) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص155.

ولما كانت المادة 223 من قانون الأسرة تنص عمى إلغاء جميع الأحكام المخالفة له، فإن النتيجة هي أن المادة الأولى من القانون 63-224 تكون قد ألغيت إلغاءا ضمنيا، أما غيرها من المواد الأخرى فإن الإلغاء لم يشملها لا ضمنيا و لا صراحة بأنها لا تخالف قانون الأسرة ، فنص المادة الخامسة مازال مطبق حيث لا يمكن لشخص أن يثبت أنه زوج بدون مستخرج عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية.[1]

كما أن الدكتور محمد محده و عبد العزيز سعد يذهبان إلى إمكانية معاقبة الزوجين وممثليهما الشرعيين وكل الأشخاص الذين يساهمون في إبرام عقد زواج الفتيان وفتيات لم يبلغوا السن المحددة في القانون، وما يزال بالإمكان اعتبار زواجهما باطلا أو قابلا للإبطال حسب الأحوال، أو اعتباره زواجا صحيحا بعد البلوغ أو بعد حمل الزوجة ويمكن تسجيله هو نفسه كان قد أبرم خلال فترة التي لم يبلغ الزوجان أو أحدهما فيها السن القانونية المحدد[2].

الأمر رقم 69-72 المؤرخ في 16/09/1969، قد تضمن هذا الأمر استثناءا لما نصت عليه المادة الخامسة من القانون63-224 بحيث نص في المادة الأولى منه على: "استثناءا لما نصت عليه المادة الخامسة من القانون المذكور أعلاه، ودون المساس بما قررته النصوص الجاري بها العمل، فإن جميع عقود الزواج التي وقعت وفقا للشريعة الإسلامية قبل نشر الأمر الحالي، والتي لم تقيد أو تسجل في سجلات الحالة المدنية يمكن تسجيلها بمجرد استظهار بحكم صادر عن رئيس المحكمة، ومع ذلك فإن تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية ظلت قائمة ولم تنتهي إما بسبب إهمال الموطنين وعدم اهتمامهم بتسجيل عقود الزواج تهاونا منهم، أو سبب إهمال المسئولين وعدم اكتراثهم بالمصلحة العامة و النظام العام الأمر الذي أدى إلى صدور أمر"[3].

الأمر رقم 71-65 المؤرخ في 22/09/1971، و المتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد مدون في سجلات الحالة المدنية، وقد تضمن هذا الأمر تسعة مواد، كما أنه ألغي ضمنيا

---

(1) عبد العزيز سعد ، **الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري** ، المرجع السابق ،ص 29.
(2) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص30.
(3) أمر رقم 69-72 المؤرخ في1969/09/16 يتضمن استثناء لما نصت عليه المادة 05 من قانون رقم 63-224 في 1963/06/29، المتعلق بإثبات الزواج.

الأمر 69-72 حيث نص في المادة الأولى منه على أن: كل قران انعقد قبل صدور هذا الأمر ونتج عنه أولاد ولم يكن موضوعا لأي إجراء ولا لأي محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية يمكن أن يقيد في سجلات الحالة المدنية".

كما نصت المادة الثانية الإجراءات الواجب إتباعها حيث نصت على أنه: "يجوز لكل من يعنيه الأمر أن يوجه إلى رئيس المحكمة التي انعقد القران في دائرة اختصاصها، طلب يرمي إلى جعل هذا القرآن معترفا به قضائيا، وكذلك التاريخ الذي انعقد فيه".

و نفس الأمر نص على انه إذا تعلق الأمر بزواج الجزائريين بالجزائريات أو الجزائريين بالأجنبيات، وليس لهم موطن دائم في الجزائر، فإنه يجب أن يوجه طلب إلى البعثات الدبلوماسية، أو القنصلية الجزائرية التي يوجد المسكن في دائرة اختصاصها، والذي يوجه الطلب إلى رئيس محكمة مدنية الجزائر مصحوبا برأيهم وذلك بعد إجراء تحقيق ويتميز مضمون هذا الأمر بأربع ميزات وهي أنه لا يكتفي بتسجيل عقود الزواج التي تتم داخل الوطن بل يتعداه إلى عقود الزواج التي تتم خارجه بين الجزائريين والأجانب.

كما وكل الاختصاص بتسجيله المحكمة الجزائر العاصمة ويشترط بذلك أن هناك أطفال ناتجين عن هذا الزواج، وقد نص هذا الأمر على أنه يطبق بأثر رجعي بالنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة قبل صدوره بشرط أن يكون قد نتج عنها أولاد، وبذلك يكون هذا الأمر قد أغفل عقود الزواج العرفية التي لم ينتج عنها أولاد وهذا ما يعاب عليه[1].

الأمر 70/20 الصادر في 19/02/1970 المتضمن قانون الحالة المدنية، والذي دخل حيز التنفيذ خلال شهر جويلية 1972، نص هذا الأمر ألغى جميع القوانين المخالفة له و التي كانت مطبقة قبله وفق تعاليم الشريعة الإسلامية.

(1) عبد العزيز سعد، **نظام الحالة المدنية في الجزائر**، مرجع سابق، ص154،155.

هذا الأمر عالج جميع عقود الحالة المدنية بشكل شامل، ومنها عقود الزواج التي تم عرفيا والتي سماها بالعقود المغفلة" ونص عليها في القسم الأول من الفصل الثاني من قانون الحالة المدنية تحت عنوان تعويض العقود المغفلة أو المتلفة[1].

ويمكن تعريف العقود المغفلة بصفة عامة بأنها: العقود التي لا يصرح بها الضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة أو تعذر قبولها، أو عندما لا توجد سجلات أو فقدت الأسباب أخرى غير أسباب الكارثة أو العمل الحربي.

ومنه فإن عقد الزواج العرفي هو عقد مغفل لم يسمع فيه الزوجين، أو محرر العقد على تسجيله في الآجال المحددة قانونا.

وقد نص الأمر 20/70 في المادة 39 منه على إمكانية تقييد في سجلات الحالة المدنية على أن التسجيل يتم بموجب أمر بسيط من رئيس المحكمة، بناءا على طلب من وكيل الجمهورية، استنادا إلى طلب صاحب المصلحة وبالاعتماد على الوثائق والإثباتات المادية.

وهذا الأمر يطبق بأثر فوري ومستقبلي بنسبة لجميع عقود الزواج المبرمة بعد دخوله حيز التطبيق ويمكن القول بأن المادة 39 من الأمر السابق، أشمل مقارنة مع المادة الأولى من الأمر 71-65 إذ وبأنها تضمنت تسجيل جميع حالات الزواج سواء تلك التي نتج أو لم و لم ينتج عنها أولاد[2].

قانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة إلى غاية أمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة، هذا القانون عالج مسألة تسجيل عقود الزواج ولم يختلف معه أمر 05-02 المعدل له حيث تنص المادة 22 منه "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

---

(1) علي بداوي ، عقود **الزواج العرفية بين قصور الأحكام القانون و متطلبات المجتمع**، قسم الوثائق، المحكمة العليا،(د م)، 2004،ص34.

(2) أمر رقم 70-20، المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389ه الموافق ل 19 فبراير 1970، المعدل والمتمم **والمتعلق بالحالة المدنية**، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 21 ذو الحجة 1389ه، ص 220.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".[1]

إن صدور كم هائل من القوانين والأوامر تضمنت تسجيل عقود الزواج الغير موثقة من بينها عقد الزواج العرفي و التي تمت وفق أصول الشريعة الإسلامية يجعلنا نتساءل أي عقود الزواج يقيد بحكم و أيها يقيد بأمر؟

وعليه فإن الإجابة عن هذا التساؤل تجعلنا نتعرض إلى الفرق بين العمل القضائي والعمل الولائي على أساس أن الأول ينتهي بصدور حكم وثاني ينتهي بصدور أمر:

1. العمل القضائي: حسب ما يعرفه الأستاذ عمر زودة هو العمل الذي يهدف إلى إزالة العقبة المادية أمام تطبيق القاعدة القانونية هذا العمل يتضمن وجود نزاع فيه، بحيث يمكن الطعن فيه بكافة طرق الطعن، وكذلك الدفع فيه يسبق الفصل و أخيرا فهو يحوز حجية الشيء المقضي.

2. العمل لولائي :فهو يهدف إلى إزالة العقبة القانونية أمام إرادة الأفراد، بحيث تتعلم فيه المنازعة، كما أنه لا يخضع للطعن فيه، غير أنه يمكن التظلم فيه أمام الجهة المصدرة له بدعوى الإعلان المبتدأ، وأخيرا لا ينفع فيه الفصل ولا يجوز حجية الشيء المقضي[2].

من خلال هذا يمكن القول بأن جميع إجراءات التسجيل الواردة في معظم القوانين الصادرة كانت تتم بموجب أوامر قضائية بدليل أن جميعها صدرت عن رئيس المحكمة وذلك رغم أن المشرع استعمل لفظي الأمر والحكم معا، وذلك إلى غاية صدور أمر 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الذي فصل في الإشكال من خلال نص المادة 22 قانون الأسرة الجزائري[3].

وعليه فإن معيار التميز بين الأمر والحكم يكمن في كون الزواج العرفي متنازع فيه أو غير متنازع فيه، على أن النزاع في الزواج قد يتعلق بشأن وجوده كواقعة مادية، أو بشأن صحته من

---

(1) قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 **المتضمن قانون الأسرة**، وزارة العدل، قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، ين عكنون، الجزائر، 2001، دون طبعة، ص15.

(2) عمر زودة، **محاضرات في قانون الإجراءات المدنية** بمعهد الوطني للقضاء، 2003، ص 75.

(3) أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 **المتضمن قانون الأسرة**، ص15.

الناحية القانونية أو الشرعية، سواء بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر، أو بين ورشهما بعد وفاتهما معا في وقت واحد أو في أوقات مختلفة، وبذلك سنحاول التطرق إلى تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه في مبحث الثاني وعقد الزواج العرفي المتنازع فيه في المبحث الثالث.

المبحث الثاني: تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه

الزواج العرفي هو الزواج الذي تتم فيه جميع الأركان والشروط، إلا أنه ينقصه عنصر التسجيل، ولإتمام هذا العنصر يستوجب الإثبات وذلك بإتباع إجراءات تسجيل الزواج العرفي، ولقد 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 و09 مكرر من هذا القانون"[1]، دون أن تذكر صراحة ضابط الحالة المدنية الذي ورد ذكره مع الموثق في المادة 71من قانون الحالة المدنية.[2]

وإذا لم يكن الزواج موضوع نزاع أو خلاف سواء بين الزوجين أو ممن له مصلحة في ذلك، فالتسجيل يتم بإتباع جملة من الإجراءات تبدأ بتقديم الطلب يتضمن إثبات الزواج العرفي وينتهي بصدور أمر يقتضي بالتثبيت مع الأمر بالتسجيل، لكن تختلف هاته الإجراءات باختلاف مكان إبرام العقد فيما إذا كان داخل الوطن أو خارجه.

لذا سنتناول في المطلب الأول تسجيل الزواج العرفي غير متنازع فيه داخل الوطن، وفي المطلب الثاني تسجيل الزواج العرفي غير متنازع فيه خارج الوطن.

المطلب الأول: تسجيل الزواج العرفي غير متنازع فيه 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 تقارير بالزواج و إن هذا الإقرار

---

(1) المادة 18، القانون الأسرة، المرجع السابق.

(2) القانون رقم 14-08، المؤرخ في 13 شوال 1435 الموافق ل 19 غشت 2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 13 ذو الحجة عام 1379 الموافق 19 فبراير 1970، **المتعلق بالحالة المدنية**، الجريدة الرسمية العدد 21 ،المؤرخة في 1970/02/27.

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.

وإذا تم إبرام زواج لم يسجل بسجلات الحالة المدنية ضمن الآجال القانونية، ولم يكن موضوع نزاع سواء بين الزوجين أو ممن له مصلحة في ذلك، ففي هذه الحالة يمكن تثبيته وبالنتيجة تسجيله بسجلات الحالة المدنية، ويتم هذا بإتباع مجموعة من الإجراءات، ولهذا سنقوم بتحديد الجهة القضائية المختصة من أجل تثبيت عقد الزواج العرفي المبرم داخل الوطن من خلال الفرع الأول تحت عنوان الاختصاص القضائي، بعدها نحدد الإجراءات التي يجب إتباعها من أجل إثبات الزواج العرفي كفرع ثاني تحت عنوان إجراءات دعوى إثبات الزواج العرفي.[1]

الفرع الأول: الاختصاص القضائي

تطبيقا لأحكام المادة 39 من قانون الحالة المدنية التي تنص على أنه "عندما لا يصرح بالعقد لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة أو تعذر قبوله عندما لا توجد في سجلات أو فقدت لأسباب أخرى غير أسباب الكارثة أو العمل الحربي يصار مباشرة إلى قيد عقود الولادة والزواج والوفاة بدون نفقة عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيه العقود أو التي كان يمكن تسجيلها فيه بناء على مجرد طلب من وكيل الدولة لهذه المحكمة بموجب عريضة مختصرة وبالاستناد إلى كل الوثائق أو الإثباتات المادية".[2]

ومنه فإن الجهة القضائية المختصة بالنظر في طلبات تثبيت عقود الزواج هي محكمة الدائرة القضائية التي يمكن تسجيلها فيها، بمعنى دائرة اختصاص مقر أحد الزوجين أو كلاهما أو محل إقامتهما.[3]

---

(1) صحرة علوي، المرجع السابق، ص 272.
(2) أمر رقم 14-08 ، المرجع السابق.
(3) عفاف لامية العياشي، **"دور القضاء في إثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري"**، مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية، **المركز الجامعي بأفلو الأغواط**، العدد 3، سبتمبر 2019، ص 163.

وعليه ففي دعوى تثبيت الزواج العرفي يختص بالفصل فيها قاضي شؤون الأسرة قاضي فرد، على مستوى القسم المختص بها و هذا ما هو معمول به ميدانيا[1].

الفرع الثاني: إجراءات دعوى إثبات الزواج العرفي

يقوم أحد الزوجين بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة، باعتبارها الجهة القضائية المختصة بنظر طلبات تثبيت الزواج، وهذا ما أكدته المادة 39 من قانون الحالة المدنية[2]، ويتم هذا الطلب عن طريق تقديم عريضة بدون مصاريف، ويكون طلبه مكتوبا على ورقة عادية، متضمن لجميع البيانات والوثائق والإثباتات المادية والتي تتمثل في:

- شهادة ميلاد الزوجين.
- شهادة عدم تسجيل الزواج بالحالة المدنية.
- شهادة عزوبة بالنسبة للزوجين.
- شهادة طبية بحمل أو عدم حمل الزوجة.
- نسخة من بطاقتي تعريف الزوجين.

ويقوم رئيس المحكمة بتوجيه هذا الطلب إلى وكيل الجمهورية، ويقوم هذا الأخير باستدعاء الأطراف، وسماع الشهود والتأكد من صحة الوثائق.

يقوم السيد وكيل الجمهورية بإحالة الطلب مرفقا بعريضة إلى القاضي المكلف بالحالة المدنية، يلتمس فيها استصدار أمر بتسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية.[3]

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، سنذكر منها ما يلي:

---

(1) صحرة علوي، المرجع السابق، ص 273.

(2) أمر رقم 14-08، المرجع نفسه.

(3) فضيلة مشتاوي ، فريدة عرفوني ، **الزواج العرفي وآثاره القانونية في التشريع الجزائري**، مذكرة ل نيل شهادة ماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015، ص48.

- 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 أقر المشرع بإمكانية وقوعه قبل ذلك، أين أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج لمصلحة أو ضرورة.
- بالنسبة للزواج المبرم مع الأجانب فعلى 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 1890/02/11 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.
- 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، و إذا كان العسكري قد أخفى صفته العسكرية و عقد زواجه دون رخصة مسبقة فإنه سيعرض نفسه إلى المتابعة الجزائية بتهمة ارتكاب جريمة الإدلاء بتصريحات كاذبة بالإضافة إلى الإجراءات التأديبية التي يمكن أن تسلطها عليه الهيئة المستخدمة.[1]

و عليه فإن 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

---

(1) فضيلة مشتاوي ، فريدة عرفوني ، المرجع السابق، ص48

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[1].

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 لشرع 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 الجمهورية 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[2].

يقوم القاضي بإصدار أمر بتسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية، ويجب حفظ النسخة الأصلية من الأمر بأمانة ضبط المحكمة، وترسل نسخة إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية التي أبرم في إقليمها عقد الزواج العرفي، وذلك طبقا لنص المادة 41 من قانون الحالة المدنية التي تنص على انه "يرسل وكيل الدولة فورا حكم رئيس المحكمة قصد نقل هذه العقود في سجلات السنة المطابقة لها ولجدولته إلى:

---

(1) نور الدين بن إبراهيم ، **إشكاليات الزواج العرفي**، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر – بسكرة، 2015، ص 103.

(2) نور الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص 104،103.

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

كتابة ضبط الجهة القضائية التي تحتفظ بالنسخ الثانية من السجلات".

ليقوم بتسجيل منطوق الحكم في سجلات الزواج للسنة الجارية وفقا للمادة 40 من قانون الحالة المدنية.[1]

ويقوم كذلك بالتأشير على هامش عقدي ميلاد الزوجين في سجلات الميلاد، ويرسل نسخة من الإشعار بالزواج إلى أمين الضبط المكلف بالحالة المدنية لدى المجلس القضائي، أين تحفظ النسخة الثانية من سجل المواليد للتأشير على عقد الميلاد،[2] وهو ما تضمنته المادة 42 من قانون الحالة المدنية.[3]

و في نفس الإطار نصت المادة60 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 إلى 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[4].

إلا أن الأمر الصادر بتسجيل الزواج أمرا ولائيا غير قابل للطعن فيه لا بالمعارضة ولا بالاستئناف، ولكنه قابل للمراجعة أمام نفس القاضي إذا وقع فيه خطأ.[5]

---

(1) قانون رقم 14-08، المرجع السابق.
(2) فضيلة مشتاوي ، مرجع سابق، ص 49.
(3) قانون رقم 14-08، المرجع نفسه.
(4) نور الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص 105.
(5) فضيلة مشتاوي، فريدة عرفوني ، المرجع السابق، ص49.

المطلب الثاني: تسجيل الزواج العرفي غير متنازع فيه خارج الوطن

هناك حالات عقود أبرمت خارج التراب الوطني بين جزائريين أو بين جزائريين وأجانب، إلا أن هذه العقود لم يتم تسجيلها لدى الجهات الرسمية، لذا سنقوم بتحديد الجهة القضائية المختصة من أجل تثبيت عقد الزواج العرفي المبرم خارج الوطن من خلال الفرع الأول تحت عنوان الاختصاص القضائي و بعدها نحدد الإجراءات الواجب إتباعها من أجل إثباته من خلال الفرع الثاني تحت عنوان إجراءات دعوى إثبات الزواج العرفي.

الفرع الأول: الاختصاص القضائي

تنص المادة 99 من قانون الحالة المدنية 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".[1]

لذا فإن عقود الزواج التي تتم خارج الوطن بين جزائريين أو بين جزائريين وأجانب والتي لم يتم تسجيلها بسبب عدم التصريح بها، أو إغفالها فإن الجهة القضائية المختصة بالنظر في طلبات إثبات عقود الزواج هو رئيس محكمة مدينة الجزائر، إذ يعتبر الاختصاص المحلي من النظام العام بالنسبة لعقود الحالة المدنية المبرمة بالخارج ، وذلك ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2012/01/12 فصلا في الطعن رقم 654531 ،إذ جاء فيه " المبدأ: أن الاختصاص الإقليمي في شأن مسائل الحالة المدنية من النظام العام ،محكمة الجزائر هي المختصة بتسجيل زواج عرفي واقع في بلد أجنبي".

وقد تم منح الاختصاص إلى محكمة الجزائر العاصمة دون سواها، لأن الحالة المدنية للجزائريين المقيمين في الخارج تصحح على مستوى مكتب الحالة المدنية بوزارة الشؤون الخارجية الكائن مقرها في الجزائر العاصمة.[2]

---

(1) القانون رقم 14-08، المرجع نفسه.
(2) عفاف لامية العياشي، المرجع السابق، ص 166.

الفرع الثاني: إجراءات دعوى إثبات الزواج العرفي

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 لإعداد عريضة يقدمها إلى رئيس نفس المحكمة بعد إجراء التحقيقات اللازمة و المشار إليها سابقا[1].

تبدأ إجراءات رفع دعوى إثبات الزواج العرفي بتقديم الطلب في شكل عريضة طبقا لنص المادة 14 من ق.إم.إ، مكتوبة، مؤرخة، وموقعة من قبل المدعي أو محاميه، ومودعة لدى كاتب ضبط قسم الأحوال الشخصية وللمقاضي إثارتها من تلقاء نفسه حسب المادة 13 من ق.إ.م.إ، كما لابد أن تتوفر الصفة والمصلحة والأهلية باعتبارها أركان جوهرية في كل دعوى قضائية وتصبح غير مقبولة في حالة فقد أحدهما.

ومن بين البيانات الضرورية التي لابد أن تتضمنها عريضة افتتاح الدعوى مايلي:

- تحديد الجهة القضائية المختصة إقليميا.
- تعيين الخصومة بدقة.
- تحديد موضوع الطلب القضائي.
- الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.
- الإشارة إلى الوثائق و السندات.

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

يتلقى القاضي المكلف بقسم شؤون الأسرة ملف الدعوى، ويقوم بدراسته ويشرع في التحقيق في مدى صحة الوقائع التي يزعم بها المدعين، حيث يقوم بإجراء تحقيق والذي يعتبر وجوبي في

---

(1) نور الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص 105.

قضية إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه، وذلك بسماع كل من المدعي كالمدعى عليه في محاضر يوقع عليها كل من الطرفين والقاضي وأمين الضبط، ثم يقوم بعد ذلك بسماع الشهود المقدمين من طرف المدعي في محضر واحد بعد التأكد من هويتهم ودرجة قرابتهم بأطراف الدعوى لأداء اليمين القانونية، ثم يقوم باستجوابهم حول واقعة الزواج ومدى توفر ركنه وشروطه.

وبعد الانتهاء من التحقيق يصدر حكم رفض هذا الطلب إذا لم يجد ما يبرره شرعا وقانونا، أو يصدر حكما يقرر فيه قبول الطلب ويأمر بتسجيل عقد الزواج بأثر رجعي حسب التاريخ والمكان المنعقد فيهما.[1]

يقرر رئيس المحكمة 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".[2]

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.[3]

المبحث الثالث: تسجيل الزواج العرفي متنازع فيه

والملاحظ أن جميع إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي في معظم القوانين تتم بموجب أوامر قضائية، والدليل على ذلك أن جميعها تكون صادرة عن رئيس المحكمة رغم أن المشرع استعمل

---

(1) عفاف لامية العياشي، مرجع سابق، ص 168.
(2) القانون رقم 14-08، المرجع السابق.
(3) نور الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص 106.

لفظي الأمر والحكم معا، إلى حين صدور المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري التي جاءت بأنه حالة عدم التسجيل يثبت بحكم إذا توافرت جميع الأركان والشروط وفق القانون ويتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية، و من هنا قسمنا هذا المبحث لتبيان إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه و ذلك في مطلبين (المطلب الأول) الجهة القضائية المختصة و (المطلب الثاني) الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي.

المطلب الأول: الجهة القضائية المختصة

بالرجوع إلى القاعدة العامة فدعوى إثبات الزواج العرفي ترفع أمام قسم شؤون الأسرة كونها تعد من دعاوى الأحوال الشخصية وفقا لنص المادة 32 من ق إ م إ التي تنص على " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام ويمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة.

تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية و التجارية و البحرية و الاجتماعية و العقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا ...."[1].

أما بالنسبة للاختصاص الإقليمي فالجهة القضائية المختصة بالفصل في هذه الدعوى يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ، إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها محل إقامته حسب نص المادة 37 من ق إ م إ التي تنص "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ، و إن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها أخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"[2].

---

(1) قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 ،**المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية** ، ج ر،ع 21 ،الصادرة -2008. 23-04بتاريخ 23-04-2008.

(2) قانون رقم 08-09 ،المرجع نفسه.

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

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

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي

نتناول الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي والتي تتمثل في :

الفرع الأول: رفع دعوى

يرفع طلب إثبات عقد الزواج العرفي في حالة وجود نزاع على شكل عريضة أمام قسم شؤون الأسرة طبقا للقواعد المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث ترفع الدعوى من قبل أحد الزوجين ضد الآخر المنكر للزواج أو من ورثة أحدهما ضد الآخر، أو ممن له مصلحة ضد وكيل الجمهورية باعتباره طرفا أصليا في جميع الدعاوى التي تتعلق بشؤون الأسرة[1].

حسب ما نصت عليه المواد 12 13 من قانون الإجراءات المدنية الصادر بالأمر 1966/154 منسقا طبقا للتعديلات المحدثة بالأمرين 71/80/69/77 كالتالي:

(1) عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة**، مرجع سابق، ص 369.

المادة 12(أمر 1971/12/29):"ترفع الدعوى إلى المحكمة أما بإيداع عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله و مؤرخة و موقعة منه لدى مكتب الضبط و إما بحضور أمام المحكمة، وفي الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوع عليه أو يذكر فيه أن لا يسكنه التوقيع"[1].

المادة 13 (أمر 1971/12/29):"كل تكليف بالحضور إلى المحكمة يجب أن يتضمن ما يلي:

1. اسم مقدم العريضة ولقبه ومهنته وموطنه.
2. تاريخ تسليم التكليف بالحضور ورقم الموظف القائم بالتبليغ وتوقيعه .
3. اسم المرسل إليه ومحل إقامته وذكر الشخص الذي تركت لنسخة التكليف بالمصور.
4. ذكر المحكمة المختصة بالطلب و اليوم والساعة المحددان لمثول أمامها.
5. ملخص الموضوع ومستندات الطلب.

كما جاء في المادة 13 أيضا من قانون الإجراءات المدنية: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو مصلحة يعتبرها القانون. ويثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعي عليه كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون"

ولم يحدد قانون الأسرة مدة معينة لرفع دعوى إثبات الزواج، إلا انه يجوز رفعها في أي وقت ولو بعد عشرات السنين و هو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم: 71732 المؤرخ في: 1991/04/23 و الذي جاء فيه: "من المبادئ المستقر عليها قضاء و قانونا أن دعوى إثبات الزواج غير محددة بمهلة معين، و من ثم فان النهي على قرار المطعون فيه بمخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات غير سديد يتوجب رفضه"[2].

ولقد جاء في النصوص القانونية ما يثبت ذلك وخاصته ما جاء في المادة 29 وتطبق أحكام قانوني الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج.

---

(1) حسن علام، **قانون الإجراءات المدنية**، الصادر بالأمر 1966/154 منسقا طبقا للتعديلات المحدثة بالأمرين 69/77 ، 71/80 مع تعليق مقارن على المصطلحات القانونية ،الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 1981 ،ص 17.

(2) المجلة القضائية العدد02 لسنة1993 ، ص51.

يتضمن قانون الأسرة أحكاما تفصيلية بشأن إجراءات تسجيل عقد الزواج وبالتالي يجب الرجوع إلى أحكام الحالة المدنية لا سيما الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتهم ومختلف النصوص التطبيقية له[1].

الفرع الثاني: إجراء تحقيق حول واقعة الزواج العرفي

تقدم عريضة مرفقة بأدلة كافية لإثبات الزواج المتنازع حول وجوده إلى كتابة ضبط قسم الأحوال الشخصية، إذ يتم تسجيل العريضة في السجل العام للقضايا، يقوم القاضي بالتحقيق بمساعدة أمين الضبط فيتأكد أولا من هوية الخصوم وولي الزوجة والشهود، من خلال بطاقة التعريف لكل واحد منهم.

كما يتم سماع كل واحد على حدا عن مدى توافر جميع الأركان وشروط الزواج، ويتم كذلك سماع الشهود كل واحد على حدا بعد التأكد من هوية الشاهد كاملة وبعد تأديته اليمين القانونية على محضر يدون فيه الهوية الكاملة للشاهد من اسم ولقب ومهنة وسن والموطن ودرجة قرابته بالخصوم، وبعد ذلك يتحقق عن ما إذا حضر مجلس عقد الزواج وحفل الزفاف، ومن تولى العقد كولي الزوجة، وعن حضور أشخاص آخرين مجلس العقد والتاريخ الذي تم فيه الزواج العرفي، وبعدها يقوم القاضي بطلب الأطراف أن يقدموا إضافات أخرى إن وجدت، وفي حالة إذا لم يقدموا الأطراف معلومات إضافية أخرى يقوم القاضي بتحديد جلسة للنظر في الدعوى والهدف من ذلك تقدير أدلة الإثبات المقدمة، كما يقوم القاضي بعرض الملف على النيابة لإبداء طلباتها.

وجاء في النصوص القانونية الوضعية على انه يمكن للشخص الذي يريد رفع دعوى إثبات الزواج أن تتوفر فيه جملة من الشروط في حالة تخلف شرط من الشروط القانونية، فتكون هذه الدعوى ملقاة وغير قانونية، ألنها غير مستوفية للشروط القانونية وتتمثل هذه الشروط. في الأهلية

---

(1) الحسين بن الشيخ أت ملويا، **المرشد في قانون الأسرة مدعما اجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا** من 1982 إلى سنة 2004، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع- الجزائر 2014،ص63.

وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، فأهلية التقاضي تعني صلاحية الشخص المباشرة الإجراءات أمام القضاء.[1]

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

و يجوز سماع شهادة الأقارب في إثبات عقد الزواج باعتباره من قضايا الحال، و ذلك وفقا لنص المادة 335 من ق إ م و لما قررته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها القرار رقم: 264884 المؤرخ في: 2001/09/19 الذي جاء فيه: " انه يجوز سماع شهادة الأقارب في الدعاوي الخاصة بمسائل الحالة و الطلاق، فان القضاء بإثبات الزواج العرفي بعد المراجعة بناء على شهادة الأقارب بعد توافر أركان الزواج يعد تطبيقا سليما للقانون"[3].

و تعتبر الشهادة دليل كاف لإثبات عقد الزواج إذا كان احد الزوجين على قيد الحياة وادعى احدهما الزواج و أنكره الأخر، و هو ما قررته المحكمة العليا في عدة قرارات منها القرار رقم: 37501 المؤرخ في: 1985/09/23 الذي جاء فيه " من المقرر شرعا انه يجوز إثبات عقد الزواج بشهادة شهود تفيد وجده شرعا...."[4]

---

(1) نصر الدين ماروك ، **قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق**، دار الهلال للخدمات الإعلامية،2004،ص50.
(2) نصر الدين ماروك ، نفس المرجع، ص 50.
(3) المجلة القضائية عدد02 لسنة1993، ص37.
(4) نصر الدين ماروك ، نفس المرجع، ص 51.

الفرع الثالث: حكم القاضي بإثبات عقد الزواج العرفي

بعد تأكد القاضي من توفر جميع الأركان وشروط عقد الزواج المقررة في المواد 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري والتأكد من جميع الإثباتات المادية التي ذكرناها سابقا، يصدر القاضي حكم بإثبات عقد الزواج العرفي ويجب أن يتضمن الحكم الصادر ألقاب وأسماء ومهنة وسن وموطن كل من الزوجين، بالإضافة إلى تحرير ألقاب وأسماء وسن ومهنة وموطن الشهود ودرجة قرابتهم مع الخصوم وكيفية أداء اليمين مع الإشارة إلى مضمون الشهادة وتحديد حضور الولي ومكان وزمان انعقاد العقد، مع أمر ضابط الحالة المدنية للبلدية الواقع في دائرتها عقد الزواج بتسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية [1]، مع التأشير به على هامش عقدي ميلاد كل من الطرفين وفي حالة عدم تحرير هذه البيانات في الحكم القاضي بإثبات عقد الزواج لكونه عرضة للإلغاء.

إلا أن الحكم المثبت لواقعة الزواج العرفي ليست له حجية الشيء المقضي فيه حسب مفهوم المادة 338 من القانون المدني، باعتبار إثبات واقعة الزواج لها حجية مؤقتة يمكن إثباتها متى توافرت الأدلة الكافية.[2]

والخلاصة، هو أن الزواج العرفي المتنازع فيه، والغير متنازع فيها الذي يكون بين الزوجين فتكون أمام خلاف و نزاع شخصي، فلابد إلى اللجوء إلى القضاء للفصل في هذا النزاع متى توفرت شروط الدعوى، فيتم الإجراء وفق القانون فأولا لا بد من التأكد من قيام العلاقة الزوجية، فيكون بحكم قضائي ويتم تسجيله في الحالة المدنية.

أما إذا كان الزوجين متفقين على قيام العلاقة الزوجية وغير متخاصمين على هذا، فإنه في هذه الحالة يتجه كل منهما إلى القضاء للقيام بعملية تسجيل الزواج العرفي بشرط أن يكون هذا الأخير مستوفيا لجميع الشروط القانونية والأركان الشرعية، ويكون ذلك بتقديم طلب من أحد أطراف العقد

---

(1) العربي بلحاج، **مبادئ الاجتهاد القضائي**، وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984 ،ص 29.
(2) المادة 338 من **القانون المدني**، مرجع سابق.

الزواج العرفي إلى وكيل الجمهورية ليقوم وكيل الجمهورية بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة ليقوم رئيس المحكمة بإصدار أمر تسجيل هذا الزواج العرفي وفق سجلات الحالة المدنية.

وفي ختام هذا العمل المتعلق بإثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري، نجد حرص المشرع الجزائري على توثيق الأفراد لعقود زواجهم، ورغم أن القضاء لا يعتد إلا بوثيقة الزواج عند المطالبة بالحقوق المترتبة عنه، لكنه مزال منتشرا في العديد من المناطق الجزائرية.

إن هذا الأمر خطير وخطورته ترجع إلى عدم توثيقه، على الرغم أن الزواج العرفي و الذي نقصد به "زواج الفاتحة" يعتبر زواجا صحيحا شرعا وقانونا حين تتوفر فيه جميع الأركان والشروط إلا أنه من الناحية الواقعية تترتب عليه عدة مشاكل خاصة بالنسبة للزوجة والأولاد، فالتوثيق هو الوسيلة الوحيدة لإثبات الحقوق والحفاظ عليها، هذا الأمر الذي يجهله الكثيرون الذين يعقدون زواجهم وفقا لما إستلزمته الشريعة الإسلامية فقط.

إن إثبات الزواج العرفي وتسجيله بسجلات الحالة المدنية قانونا فإنه يتطلب اللجوء إلى المحكمة من أجل استصدار حكم قضائي، غير أن إجراءات تثبيته بهذا الحكم تختلف باختلاف هذا الزواج فيما إذا كان متنازعا فيه أو لا، فإثبات الزواج المتنازع فيه يتطلب رفع دعوى قضائية أمام قاضي شؤون الأسرة، أما إثبات الزواج العرفي غير المتنازع فيه فلا يتطلب سوى تقديم طلب لرئيس المحكمة عن طريق وكيل الجمهورية من أجل إثبات هذا الزواج.

ولقد وجدنا أن إثبات الزواج العرفي يكون بالإقرار و البينة و النكول عن اليمين، ولكن قرارات المحكمة العليا لا تعتد بها كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي و لعل السبب في ذلك يعود إلى طبيعة عقد الزواج و خصوصيته خاصة ما يتعلق بآثاره الخطيرة.

و على الرغم من كثرة النصوص و القوانين و الأوامر الرامية لتسجيل عقود الزواج العرفية المبرمة وفق الشريعة الإسلامية إلا أنها لا تحقق النتيجة المرجوة منه.

ولقد تم التوصل في مسألة إثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري، إلى أهمية توثيق عقد الزواج و تسجيله رسميا لدى الجهات المختصة، وذلك للقضاء على الكثير من المشكلات، و حفظ الحقوق، و تبيين الأنساب، و التقليل من ذرائع التناكر و الفساد، و التلاعب بالأعراض.

لذا لابد في الأخير من تقديم اقتراحات و حلول للحد من هذه الأزمة و ذلك بتوعية أفراد المجتمع بسلبيات الزواج العرفي ومنافع تسجيل عقد الزواج و ذلك من خلال اللائحات الإشهارية و وسائل الإعلام السمعية والبصرية والمرئية والمكتوبة، وأيضا وجب على الأئمة أن يمتنعوا امتناعا تاما عن إبرام عقود الزواج ما لم يكن مسجلا في سجلات الحالة المدنية، وتقديم النصائح للأولياء بضرورة عدم تزويج بناتهم قبل إبرام العقد الرسم.

أولا: المصـادر

1) القرآن الكريم.

1. سورة البقرة، الآية .282
2. سورة آل عمران، الآية 28،و الآية 81،82.
3. سورة النساء، الآية 20، و الآية 24.
4. سورة التوبة، الآية 101،102.
5. سورة الحجرات، الآية 6.
6. سورة الممتحنة، الآية 10.

2) القواميس

1. ابـن منظـور، **لسـان العـرب**، تحقيـق عبـد الله علـي الكبيـر وآخـرون، الجـزء 4، دار المعارف، باب العين المادة "عرف".
2. ابن منظور، **لسان العرب**، الجزء 5.

3) النصوص القانونية

أ) **القوانين:**

1. قـانون رقـم 08/14 المـؤرخ فـي 13 شـوال 1435 الموافـق ل 19 غشـت 2014 يعـدل ويـتمم الأمـر رقـم 20/70 المـؤرخ فـي 13 ذو الحجـة عـام 1379 الموافـق 19 فبرايـر 1970**المتعلـق بالحالـة المدنيـة**، الجريـدة الرسـمية، العـدد 21، المؤرخـة فـي 1970/02/27.
2. قـانون رقـم 84-11 المـؤرخ فـي:9 رمضـان 1404 الموافـق لـ 9يونيـو 1984 **المتضـمن قـانون الأسـرة**، الجريـدة الرسـمية الصـادرة فـي:12 رمضـان1404 الموافـق لـ12 يونيـو 1921، العـدد 21، 1984، المعـدل والمـتمم بـالأمر رقـم 02.05، مؤرخ في 27 فبراير 2005.
3. قـانون رقـم 08-09 مـؤرخ فـي 25 فبرايـر 2008 **والمتضـمن قـانون الإجـراءات المدنية والإدارية** ، الجريدة الرسمية ، العدد21 ، بتاريخ 23 أفريل 2008.

ب) الأوامر:

1. أمر رقم 69-72 المؤرخ في1969/09/16 يتضمن استثناء لما نصت عليه المادة 05 من قانون رقم 63-224 في 1963/06/29، **المتعلق بإثبات الزواج.**
2. أمر 20/70 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1389ه الموافق ل 19 فبراير 1970 المعدل والمتمم والمتعلق **بالحالة المدنية**، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية، المؤرخة في: 21 ذو الحجة 1389ه.
3. امر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ،**المتضمن القانون المدني** ، الجريدة الرسمية، العدد19 ، المؤرخة في 30-09-1975، المعدل و المتمم.
4. أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84ـ11، المؤرخ في 09 يونيو 1984 **والمتضمن قانون الأسرة**، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية المؤرخة في 27 فبراير 2005 ،العدد 15.

ثانيا: المراجع

1) الكتب

1.ابن قدامه، الونشريسي (أبو العباس احمد بن يحي)، **عدة البروق في جمع ماضي المذهب من المجموع و الفرق**، دراسة و تحقيق حمزة أبو فارس، الجزء 12، دار العرب الإسلامي، لبنان.

2.احمد بن يوسف بن احمد الدريويش، **الزواج العرفي حقيقته وأحكامه آثاره و الأنكحة ذات الصلة به**، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 2005.

3.أحمد محمود خليل، **عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه**، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002.

4.حسن علام، **قانون الإجراءات المدنية**، الصادر بالأمر 1966/154 منسقا طبقا للتعديلات المحدثة بالأمرين 69/77 ، 71/80مع تعليق مقارن على المصطلحات القانونية ،الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 1981.

5.حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، **الزواج العرفي بين الحظر والإباحة**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

6.الحسين بن الشيخ أت ملويا، **المرشد في قانون الأسرة** مدعما اجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من 1982 إلى سنة 2004، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

7.عباس العبودي، **شرح أحكام الإثبات المدني**، الطبعة الثالثة، دار الثقافة و النشر و التوزيع،عمان، 2011.

8.عباس العبودي، **شرح أحكام قانون البيانات**، دراسة مقارنة معززة بآخر التعديلات التشريعية والمبادئ القانونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن.

9.عبد الحميد الشواربي، **الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية و التجارية و الجنائية و الأحوال الشخصية**، منشأة المعارف، الإسكندرية 1888.

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

11.عبد العزيز سعد، **نظام الحالة المدنية في الجزائر**،الطبعة 2، دار هومة، الجزائر.

12.عبد المالك بن يوسف المطلق، **الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها**، الطبعة الأولى، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 2006.

13.عبد رب النبي على الجارحى، **الزواج العرفي المشكلة والحل والزواج السري ونكاح المتعة والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار**، دار الروضة، مصر.

14.العربي بلحاج ، **أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

15.العربي بلحاج ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة. الخطبة. الزواج. الطلاق. الميراث. الوصية)**، الجزء 1، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2005.

16.العربي بلحاج، **مبادئ الاجتهاد القضائي**، وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984.

17.عيسى حداد، **عقد الزواج دراسة مقارنة**، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.

18.فارس محمد عمران، **الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي**، الطبعة الأولى، مجموعة نيل العربية، القاهرة، 2001.

19.الكهوجي عبد الله بن الشيخ حسن الحسن، **زاد المحتاج بشرح المنهاج** ، حققه و راجعه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، الطبعة 1 ، دم، 1898.

20.ماروك نصر الدين، **قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق**، دار الهلال للخدمات الإعلامية،2004.

21.محمد زهدور، **الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق أخر التعديلات** ، 1991.

22.محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني الجزائري**، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2009.

23.المرغيناني، (برهان الدين علي بن أبي بكر)، **الهداية شرح بداية المبتدي**، الطبعة 2، الجزء7، دار الفكر بيروت، (نت)، لبنان.

24.مصطفى أحمد أبو عمرو، **الإثبات في المواد المدنية و التجارية**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

25.نبيل إبراهيم سعد، **الإثبات في المواد المدنية و التجارية**، دار النهضة العربية، بيروت، 1885.

26.وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية واهم النظريات الفقهية**، الجزء 7، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1985.

27.يحي بكوش، **أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي**، الطبعة الثانية ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر.

2) المقالات

1.جلال نسيمة، "**عوامل انتشار ظاهرة الزواج العرفي في المنطقة الجنوبية للمجتمع الجزائري**"، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، العدد 03، المركز الجامعي لتامنغست، ماي 2019.

2.عبد العزيز بن صالح الشاوي، **مقال بعنوان أحكام النكول عن اليمين في الفقه و النظام**، أستاذ مساعد في قسم الفقه بكلية الشريعة و أصول الدين بجامعة القصيم.

3.عفاف لامية العياشي، "**دور القضاء في إثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري**"، مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية، المركز الجامعي بأفلو الأغواط، العدد 3، سبتمبر 2019.

4.علي بداوي، "**عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع**"، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، العدد الثاني، نوفمبر 1999.

3) الرسائل والمذكرات الجامعية

أ) رسائل دكتوراه

1. محفوظ بن صغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه، العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009.

ب) رسائل الماجستير

1. معزوز دليلة، **إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي**، رسالة الماجستير فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004.

2. سمية عبد الرحمان عطية بحر، **عقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي**، الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية بغزة، 2005،2006.

3. وهيبة بوطيش، **الشكلية في عقد الزواج**، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، د .ذ. س.

ت) مذكرات الماستر

1. غماري مريم، **الزواج العرفي في التشريع الجزائري**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة اكلي محند أولحاج، البويرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية،2013/2012.

2. بن إبراهيم نور الدين، **إشكاليات الزواج العرفي**، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.

3. مشـتاوي فضـيلة، عرفـوني فريـدة، **الـزواج العرفـي وآثـاره القانونيـة فـي التشـريع الجزائـري**، مـذكرة لنيـل شـهادة ماسـتر فـي القـانون الخـاص، كليـة الحقـوق والعلـوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج ، البويرة، 2015.

4.صـحرة علـوي، **الـزواج العرفـي بـين الـنص و التطبيـق فـي الجزائـر**، شـهادة الماسـتر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016.

5.قنيفـي حمـزة، **الـزواج العرفـي وإشـكاليات إثباتـه بـين الشـريعة والقـانون**، شـهادة ماسـتر أكـاديمي، كليـة الحقـوق والعلـوم السياسـية، جامعـة محمد بوضـياف المسـيلة، 2017.

ت)مذكرات قضائية

1. عبـد الله شـناح، الـزواج العرفـي، مـذكرة نهايـة التـربص بالمعهـد الـوطني للقضـاء، سنة1993.

2. ناسـلي حميدة،عقـد الـزواج العرفـي، مـذكرة لنيـل إجـازة المدرسـة العليـا للقضـاء، الجزائر ،2008.

4) المجلات القضائية

1) مجلـة قضـائية، قـرار المحكمـة العليـا رقـم : 37501 ،الصـادر بتـاريخ 1985/09/23،العدد 01، 1989.

2) المجلـة القضـائية، قـرار المحكمـة العليـا، الصـادر بتـاريخ 1989/03/27، غرفـة الأحوال الشخصية،العدد 03، 1990.

3) المجلة القضائية، عدد 2، 1991.

4) المجلة القضائية ،عدد 02، 1993.

5) المجلـة القضـائية، الاجتهـاد القضـائي، غرفـة الأحـوال الشخصـية، عـدد خـاص، 2001.

6) الاجتهاد القضائي، لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص، 2001.

5) المحاضرات

1.عمر زودة، **محاضرات في قانون الإجراءات المدنية بمعهد الوطني للقضاء**، 2003.

إهداء 5

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضله تعالى مهداة إلى الوالدين الكريمين

حفظهما الله وأدامهما نورا لدربي. 5

وإلى إخوتي الأعزاء رعاهم الله وحفظهم. 5

وإلى صديقاتي و رفيقات المشوار الدراسي اللاتي قاسمنني لحظاته رعاهم الله ووفقهم. 5

إلى كل من علمني حرفا وأخذ بيدي في سبيل تحصيل العلم والمعرفة 5

إلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في نجاح هذا العمل. 5

إليهم جميعا أهدي ثمرة جهدي ونتاج بحثي المتواضع. 5

الرميصاء 5

مقدمـــة 1

مبحث تمهيدي: مفهوم الزواج العرفي 6

الزواج العرفي من المشكلات الخطيرة التي طرحت نفسها بقوة على الساحة وخصوصا في الآونة الأخيرة بعد أن أصبحت ظاهرة تفشت وعمت في فئات المجتمع المختلفة، لذا كرست له حصة كبيرة من النظر و الاجتهاد لأنه يعد من أخطر الأنكحة في باب الزواج، لذا سنتطرق في هذا المبحث إلى معرفة الزواج العرفي وقسمناه إلى ثلاثة مطالب سنرى في المطلب الأول تعريف الزواج العرفي و تمييزه عما شابهه من الأنحكة الأخرى، أما المطلب الثاني نتطرق إلى ركنه وشروطه، و أما المطلب الثالث سنرى الآثار المترتبة عنه. 6

المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي وتمييزه عما شابهه من الأنكحة الأخرى 6

الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي 6

2) تعريف الزواج العرفي اصطلاحا 7

ثانيا: تعريف الزواج العرفي من الناحية القانونية 7

لقد تناول المشرع الجزائري موضوع الزواج العرفي في نصوص متفرقة فتكلم عليه أساسا في المادة 22 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 تنص على ما يلي " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم

تسجيله يثبت بحكم قضائي ويجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"، فالزواج العرفي حسب ما نستنتج من هذه المادة هو الزواج غير الموثق أمام ضابط الحالة المدنية ومن أجل تسجيله لابد من إتباع إجراء وحيد هو رفع دعوى قضائية قصد استصدار حكم قضائي بموجبها من قبل قاضي مختص. 7

الفرع الثاني: تمييز الزواج العرفي عما شابهه من الأنكحة الأخرى 8

أولا: الفرق بين الزواج العرفي والزواج الشرعي 8

ثانيا: الزواج العرفي و زواج السر 9

ثالثا: الفرق بين الزواج العرفي و زواج المسيار 10

المطلب الثاني: أركان الزواج العرفي وشروطه 11

الفرع الأول: ركن الزواج العرفي 11

المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن الزواج العرفي 22

الفصل الأول 27

الفصل الأول: آليات إثبات الزواج العرفي 28

المبحث الأول: مفهوم الإقرار 28

المطلب الأول: تعريف الإقرار و أنواعه 29

المطلب الثاني: حجية الإقرار 31

أولا: بالكتاب الكريم ومن ذلك قوله تعالى: "وَإِذْ أَخَذَ اللهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُم مِن كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنصُرُنَّهُ قَالَ ءأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُم مِنَ الشَّاهِدِينَ• فَمَن تَوَلَّى بَعْدَ ذلِكَ فَأُولئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ." 33

المطلب الثالث: شروط الإقرار 33

المبحث الثاني: مفهوم البينة (الشهادة). 35

المطلب الأول: تعريف البينة(الشهادة) و أنواعها 35

المبحث الثالث: مفهوم النكول عن اليمين 42

المطلب الأول: تعريف النكول عن اليمين و أنواعه 43

المطلب الثاني: حجية اليمين 46

الفصل الثاني 48

الفصل الثاني: إجراءات تسجيل الزواج العرفي 49

المبحث الأول: النصوص التي تناولت تسجيل عقد الزواج العرفي 49

المطلب الأول: القوانين الصادرة قبل الاستقلال: 49

المطلب الثاني: القوانين الصادرة بعد الاستقلال 52

المبحث الثاني: تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه 58

المطلب الأول: تسجيل الزواج العرفي غير متنازع فيه داخل الوطن 58

المطلب الثاني: تسجيل الزواج العرفي غير متنازع فيه خارج الوطن 64

المبحث الثالث: تسجيل الزواج العرفي متنازع فيه 66

المطلب الأول: الجهة القضائية المختصة 67

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي 68

ولقد تم التوصل في مسألة إثبات الزواج العرفي في القانون الجزائري، إلى أهمية توثيق عقد الزواج و تسجيله رسميا لدى الجهات المختصة، وذلك للقضاء على الكثير من المشكلات، و حفظ الحقوق، و تبيين الأنساب، و التقليل من ذرائع التناكر و الفساد، و التلاعب بالأعراض. 74 .

لذا لابد في الأخير من تقديم اقتراحات و حلول للحد من هذه الأزمة و ذلك بتوعية أفراد المجتمع بسلبيات الزواج العرفي ومنافع تسجيل عقد الزواج و ذلك من خلال اللائحات الإشهارية و وسائل الإعلام السمعية والبصرية والمرئية والمكتوبة، وأيضا وجب على الأئمة أن يمتنعوا امتناعا تاما عن إبرام عقود الزواج ما لم يكن مسجلا في سجلات الحالة المدنية، وتقديم النصائح للأولياء بضرورة عدم تزويج بناتهم قبل إبرام العقد الرسم. 75

أولا: المصـادر 76

يعتبر الزواج العرفي زواجا شرعيا ما دام مستوفيا لكافة أركانه و شروطه فشرط توثيق عقد الزواج و تسجيله ليس من شروطه الشرعية ، إنما هو نظام استوجبته متطلبات الحياة المدنية الحديثة حفظا لحقوق الزوجين من الضياع ، ففي غياب هذه الرسمية القانونية يسهل أن يكون عقد الزواج عرضة للإنكار من طرف أحد الزوجين مما يسبب ضياع حقوق الزوج الآخر في حالة عجزه عن إثبات زواجه بالطرق الشرعية والقانونية التي حددتها الشريعة الإسلامية بالإقرار والشهادة و النكول على اليمين ، كما يؤدي إلى ضياع حقوق الأولاد ثمرة هذا الزواج والسير بهم نحو التشرد ، وحتى و إن لم يكن الزواج العرفي عرضة للإنكار فإنه لا يمكن الاحتجاج به من قبل الزوجين و المطالبة بما ينتج عنه من آثار قبل إثباته وتسجيله لدى سجلات الحالة المدنية ، و لهذا الغرض فإن المشرع الجزائري و منذ الاستقلال و إلى يومنا هذا قد سن عدة قوانين من أجل تسوية عقود الزواج العرفية و إثباتها ، وذلك عن طريق اللجوء إلى المحكمة من أجل استصدار حكم قضائي يقضي بثبوت هذا الزواج وتسجيله في سجلات الحالة المدنية ، غير أن هذا الحكم يختلف باختلاف الزواج العرفي فيما إذا كان متنازعا فيه أو لا ، فعقد الزواج العرفي المتنازع فيه يتطلب رفع دعوى قضائية حسب الإجراءات العامة لرفع الدعاوى أمام قاضي شؤون الأسرة وتقديم الأدلة التي تثبت هذا الزواج ، أما إذا كان عقد الزواج العرفي غير متنازع فيه فيجب على الزوجين تقديم طلب بسيط إلى رئيس المحكمة المختصة إقليميا عن طريق وكيل الجمهورية من أجل إثبات هذا الزواج وذلك مع حضور الشاهدين اللذان يؤكدان أن هذا الزواج قد تم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

Research Summary

Customary marriage is considered a legal marriage as long as all its conditions are fulfilled. The condition of documenting and registering the marriage contract is not one of its legal conditions. Rather, it is a system necessitated by the requirements of modern civil life in order to preserve the rights of the spouses from being lost. In the absence of this legal formality, it is easy for the marriage contract to be subject to denial by The party of one of the spouses, which causes the loss of the rights of the other spouse in the event of his inability to prove his marriage by the legal and legal methods defined by Islamic Sharia by confession, testimony and abuse of the oath, and also leads to the loss of the rights of the children as a result of this marriage and lead them towards homelessness, even if it is not customary marriage Subject to denial, it cannot be invoked by the spouses and claim the resulting effects before it is proven and registered in the civil status records. For this purpose, the Algerian legislator, since independence and to this day, has enacted several laws in order to settle and prove customary marriage contracts. This is by resorting to the court in order to obtain a judicial ruling to prove this marriage and to register it in the civil status records. However, this ruling differs according to the customary marriage, whether it is disputed or not. The disputed customary marriage contract requires filing a lawsuit according to the general procedures for filing cases before the family affairs judge and providing evidence proving this marriage, but if the customary marriage contract is not in dispute, the spouses must submit a simple request to the president of the regionally competent court through the public prosecutor from The date of proving this marriage, in the presence of the two witnesses who confirm that this marriage took place in accordance with the provisions of Islamic Sharia.