جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قســـــم الحقـــوق

الزواج العرفي بين النص والتطبيق في الجزائر

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون أحوال شخصية

إعداد الطالبة
صحرة علوي

إشراف الأستاذة
ابتسام صولي

الموسم الجامعي :2016/2015

بسم الله الرحمن الرحيم

الزواج في الإسلام
وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا
وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾

الشكر والتقدير

الحمد لله أحمده و أشكره لإنعامه حمدا يليق بجلال وجهه و عظيم سلطانه فهو صاحب الفضل في كل إنجاز تحقق رغبة منا في أن يكون صدقة جارية في سبيل العلم و المعرفة.

إلى :

من أمرني الله ببرهما وطاعتهما والإحسان إليهما والدي الكريمين حفظهما الله وأطال في عمرهما.

أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى من تفضلت بقبول الإشراف على رسالتي والتي مدت لي يد العون والمساعدة ولم تبخل علي مما علمها الله

الأستاذة القديرة: حولي ابتسام

أتقدم بخالص الشكر والتقدير للجنة المناقشة

كما أخص شكري وتقديري لكل من ساهم بمساعدتي من قريب وبعيد في إنجاز هذه الرسالة.

مقدمـــــــــــة

يعتبر الزواج الشرعي هو الأساس الذي يبنى عليه الكيان الأسري و قد أولته الشريعة الإسلامية بأهمية عظيمة، و مظاهر هذه العناية قدسية العلاقة الزوجية و اعتبارها آية من آيات الله عز وجل فيه السكينة و المودة و المحبة و الألفة مصداقا لقوله تعالى:«وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةٗۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ ٢١»[1]، وهذا ما نصت عليه أيضا المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري بقولها:« **الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب**».

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

و عليه كان من الضروري أن يكون قائم على مقومات متينة و صحيحة في إطار شرعي و منظم، و لتحقيق هذا الغرض وجب إتباع إجراءات معينة لتعطي له الهيبة و القوة الدينية فاشترط بذلك الإسلام ضرورة توافر: الرضا، الولي، الشهود، فرض المهر للمرأة مع إنتفاء الموانع الشرعية لانعقاده، و إلى جانب هذه المقومات المفروضة شرعا و لترتيب آثاره فعلا جاءت القوانين الوضعية فأمرت بتسجيله لأهداف عملية تحفظ بها الحقوق من الضياع لهذا سعت جل التشريعات و على سبيل الخصوص التشريع الجزائري على إتباع ذلك ، فرغم

---

[1] الآية 21 من سورة الروم.

تأكيد النصوص القانونية بضرورة احترامه، فإن بعض الأفراد يغفلون عنه بعقد زيجاتهم دونه و هذا ما يعرف "**بالزواج العرفي**" أو "**الزواج الفاتحة**" في أوساط المجتمع الجزائري.

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

فما العمل في حال غياب هذا الأخير، خاصة هو النوع المنتشر في أوساط المجتمع الجزائري، وبناء عليه سنركز في معالجتنا لهذا الموضوع على دور مختلف النصوص القانونية في التشريع الجزائري، لا سيما قانون الأسرة منه إلى جانب ذلك نتطرق إلى بعض التشريعات المقارنة في هذا المجال حتى نقف على الأهمية التي حظي بها هذا الموضوع.

ومن **هنا يثور الإشكال الرئيسي: ما مدى كفاية الآليات القانونية المكرسة من قبل المشرع الجزائري في مواجهة إشكالات الزواج العرفي؟**

ونظرا لأهمية هذا الموضوع زادت حاجتنا للبحث فيه بطبيعة اختصاصها في الجانب الميداني وما نلحظه يوميا من كثرة الدعاوى والنزاعات المعروضة على مستوى المحاكم الجزائرية نتيجة لما يرتبه من آثار تعود سلبا وإيجابا على المجتمع بصفة عامة والأسرة بصفة خاصة.

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

ونظرا لقلة الدراسات الميدانية في هذا الموضوع ومالها من أهمية في إبراز الإشكالات الميدانية وعليه جاءت دراستنا له من جانبين:

1/ **فالجانب النظري:** يتمثل في الموقف الشرعي والقانوني من الزواج العرفي ومن ثمة تمييزه على الصور المشابهة له فليس كل زواج سمي بالعرفي فهو زواج شرعي وهذا ماهو معروف في أوساط المجتمع الجزائري عما هو معروف في بعض الدول العربية الأخرى فيتضح بذلك مدى قربه وبعده عن مقوماته الشرعية.

2/أما **الجانب التطبيقي:** فيبرز دوره في تقييم فعالية المنظومة التشريعية في مواجهة الآثار التي يرتبها هذا النوع من الزواج فاعتمدنا في ذلك على أسلوب المقابلات الميدانية مع ذوي الاختصاص المعنيين لمعرفة الصعوبات التي يواجهونها في الميدان بخصوص موضوع بحثنا حتى نصل إلى الحلول والاقتراحات للتقليل من سلبيات آثاره.

ومن أهم الصعوبات التي واجهتنا هو ضيق الوقت بالمقارنة لما يحتاجه البحث الميداني من فترة أطول، وكذا طابع السرية الذي تتميز به ببعض الجهات حال دون تمكيننا من توثيق كل المعلومات المقدمة في إطار المقابلات.

ومن بين أهم الأهداف التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع إثراء المكتبة الجامعية بالدراسات الميدانية، أيضا توضيح السلبيات التي يرتبها هذا النوع من الزواج في إهدار الحقوق لما يفقده من دليل اثبات بسبب عدم احترام شكلية التوثيق التي جاءت بها القوانين الوضعية للتنظيم وحفظ الصالح العام.

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

الفصـــــل الأول

لغرض بيان ماهية الزواج العرفي في الجزائر لابد من التطرق للتعاريف المختلفة الفقهية و القانونية قصدا منا الوقوف على أحكامه و مقوماته لتمييزه على الصور الأخرى المشابهة له و المنتشرة في بعض الدول العربية و الإسلامية، خاصة بعد ظهور بعض الصور الفاقدة للأركان الشرعية نتيجة العولمة و بروز الجمعيات المشككة في قدسية الإسلام و المطالبة بتحرر المرأة و التنصل على من قام بترتيبها فإننا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتطرق في الأول إلى مفهوم الزواج العرفي و الصور المشابهة له وأسبابه، أما المبحث الثاني سنتناول فيه مقوماته وفقا للشريعة والقانون على حد السواء.

المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي

لقد أولت المجتمعات البشرية أهمية خاصة للزواج، كونه نظام اجتماعي وقانوني فيه بنية الجماعة وتتجلى فيه طبائعها وخصائصها، فخضع في شؤونه لتقاليد وأعراف مرتبطة بعقيدتها وسلوكها الاجتماعي والأخلاقي فمهما خضع هذا النظام في تكوينه لأعراف وتقاليد الأمم فإنه يبقى ذي صلة وارتباط وثيقين بالعقيدة الدينية حتى اكتسبت حصانة في نفوس الأفراد وأسمى هذه العقائد الشريعة الإسلامية كونها منهج إلهي وبناء شرعي متكامل لا مجال فيه لإعمال الرأي وإتباع أعراف لا يقرها الشرع.

فهذا المنهج لم يترك أمرا من أمور الناس إلا ونظمه من خلال وضعه ضوابط وأصول تتماشى وتتلاءم معه مهما تغير المكان والزمان، ومن أهم هذه الأمور التي انصب اهتمامه حولها " **تنظيم العلاقة الزوجية**" كونها أسمى الروابط المقدسة، حتى تقوم في ظلها الأسرة الإسلامية بجميع مقوماته ولتحقيق ذلك استوجب ضرورة توافر أركان وشروط معينة تتوقف على أساسها صحة وشرعية هذه العلاقة.

وما التزام المجتمعات الإسلامية في عقد زيجاتهم بهذه المقومات إلا انعكاس على تطبيق كل ما أوجبه هذا المنهج من أركان وشروط معروفة لاسيما في عصر النبي عليه الصلاة والسلام وصحابته الكرام رضوان الله عليهم، حتى اصطلح عليها **بالزيجات الشرعية أو العرفية.**

وعليه ارتأينا أن نعطي لمحة وجيزة عن سبب تسمية الزواج موضوع الدراسة " **بالزواج العرفي**" لنتطرق بعدها إلى مقصوده اللغــوي، الاصطلاحي ومقارنته بغيره من صور الزواج لنصل في الأخير إلى الوقوف على الأسباب المؤدية إليه.

أصل تسمية الزواج العرفي: تعود تسمية **الزواج بالعرفي** [*] كونه عرف اعتاد عليه أفراد المجتمع الإسلامي منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته وما بعده من عصور متتابعة، فلم يكن المسلمون في يوم من الأيام يهتمون بتوثيق الزواج ولم يكن ذلك يعني في نظرهم أي حرج بل اطمأنت نفوسهم إليه؛ فصار عرفا عرف بالشرع و أقرهم عليه بل لم يرده في أي وقت.

---

[*] هناك عدة تسميات تطلق على هذا النوع من الزواج فيسمى " **الزواج الشرعي**" في نظر الفقه الإسلامي متى توافرت مقوماته الشرعية، وكذا " **الزواج الشفوي**" أو " **الزواج القولي**" كونه يتم مشافهة و يعرف أيضا " **بالزواج غير الموثق**" أو" **الزواج غير المسجل**" و ذلك بالنظر القانوني بسبب تخلف ركن التوثيق **(الشكلية)** الذي يفرض تسجيله أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري.

و **مثال** هذه العقود زواج **علي بن أبي طالب من فاطمة رضي الله عنها بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم** بدون وجود عقد مكتوب، فعندما كلم عليّ رسول الله في أمر هذا الزواج، دخل الرسول على ابنته فاطمة و قال لها: «أي **بُنَيّة إنه ابن عمك عليًّا قد خطبك فماذا تقولين؟**» فبكت ثم قالت: كأنك يا أبت إنما دخرتني لفقير قريش؟ فقال النبي: «والذي **بعثني بالحق ما تكلمت فيه حتى أذن الله لي فيه من السموات**». فقالت فاطمة: رضيت بما رضي الله ورسوله، فخرج من عندها واجتمع المسلمون إليه ثم قال: « **يا علي اخطب لنفسك**» فقال علي: الحمد لله الذي لا يموت وهذا رسول الله زوجني ابنته فاطمة على صداق مبلغه أربعمائة درهم، فاسمعوا ما يقول و اشهدوا، قالوا ما تقول يا رسول الله؟ قال:« **أشهدكم أني قد زوجته**».[1]

و الملاحظ في هذا الزواج توافر كل مقوماته التي تقرها الشريعة الإسلامية و كذا القانون المرتبة لآثاره **–سنتناولها لاحقا–** دون الإشارة إلى ضرورة التوثيق والكتابة فاكتفى الرسول صلى الله عليه وسلم بالشهادة بمثابة التوثيق؛ حتى تحفظ الحقوق التي يرتبها الزواج و كل آثاره التي أَقَرَّ الشرع بصحتها.

فالتوثيق إذن في أصله توثيق ضمائر النفوس مع خالقها قبل توثيقها بين أطرافها، و لهذا قال الله تعالى: « وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَقًا غَلِيظًا »[2].

المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي

نظرا لما للزواج العرفي من أهمية في حياة الأفراد والمجتمعات فقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا أساتذة القانون بل حتى النصوص القانونية والجهات القضائية من خلال اجتهاداتها القضائية بتعريفه، ولهذا وجب علينا الوقوف في هذا المطلب على تعريفه من الناحية اللغوية والاصطلاحية من خلال الفرع الأول والفرع الثاني على التوالي.

الفرع الأول: الزواج العرفي لغــة

إن مصطلح الزواج العرفي يتكون من كلمتين: " **الــزواج** "و" **العرفـــي**" وعليه سنبدأ بتعريف كل منها على حدا في الجانب اللغـوي.

---

[1] أحمد الشامي: **التطور التاريخي لعقود الزواج في الإسلام (دراسة مقارنة)**، دون دار نشر، دون بلد نشر، 1982، ص13.

[2] الآيــة 21 من سورة النساء.

أولا: مصطلح الـــزواج

الزواج لغـة لفظ مشتق من " **الـزّوْج** " وهو خلاف الفرد، ويقال زَوْجٌ أو فردٌ، وكانت العرب تسمي الاثنين "زكًـا" والواحد "حَسًـا" ومثله قوله تعالى:«وَٱلۡأَرۡضَ مَدَدۡنَٰهَا وَأَلۡقَيۡنَا فِيهَا رَوَٰسِيَ وَأَنۢبَتۡنَا فِيهَا مِن كُلِّ زَوۡجِۭ بَهِيجٖ » [1]، وجمع **الـزّوْج**: أزواج، و**الزوجـة**: زوجات، ولفظ الزواج يطلق على معان عديدة نذكر منها:

1- الاقتران والازدواج:

زاَوَجَهُ مُزَاوجة وزِوَاجًا أي خالطه، وزاوج بينهما أي قَرَنَ، ونقول: زَوَّجَ الأشياء تزويجا وزِواجًا أي قرن بعضها ببعض، وزَوَّجَ فلانا امرأة وبها أي جعله يتزوجها.

ويقال ازدوجـا القوم أي تزوج بعضهم من بعض، فازدوجا بمعنى اقترنا.

و**الـــزواج** هو اقتران الزوج بالزوجة أو الذكر بالأنثى[2] ومنه قوله تعالى:« وَزَوَّجۡنَٰهُم بِحُورٍ عِينٖ»[3] أي قرناهم بهن، و يقال: زوَّجْتُه فلانة أي أنكحته إياها فإذا أدخلوا الباء على فلانة فيصبح المعنى قرنته بها.

قال "**الهـرويّ**": ليس في الجنة تزويج فلذلك أدخل الباء في قوله «**بِحُـــورٍ**» وقال **الراغب:** ولم يجيء في القرآن: "و **زَوَّجناهُم حورًا** " كما يقال:" **زوجناهم امرأة** " تنبيها و إشارة إلى أن ذلك لا يكون إلا على حسب المتعارف فيما بيننا من المناكحة.[4]

---

[1] الآيـة 07 من سورة ق.

[2] ابراهيم مدكور: **المعجـم الوجيـــز**، مجمع اللغة العربية، دون بلد نشر، 1415هـ/1994م، ص295.

[3] الآيــة 54 من سورة الدخان.

[4] أحمد يوسف بن عبد الدائم المعروف بالسمين الحلبي: **عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ معجم لغوي لألفاظ القرآن الكريم**، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، الطبعة الأولى، 1417 هـ/ 1996 م، ص151.

و كل ما قرن بشيء فهو زَوْجٌ وهما زوجان و في الحديث: «**وَمَنْ أَنْفَقَ زَوْجَيْنِ فِي سَبِيلِ الله ...**» قيل هنا زوجيـن أي اثنين من أي شيء كان وقد جاء مفسرا: بعيرين، شاتين، حمارين و درهمين.[1]

2- الجنس والصنف والنوع:

العرب كانوا يوقعون **الزَّوجين** على الجنسين المختلفين مثل: الأسود و الأبيض، الأنثى و الذكر، قال "**ابن سيده**": و يدل على أن **الزوجين** في كلام العرب اثنان، قال تعالى:« وَأَنَّهُۥ خَلَقَ ٱلزَّوۡجَيۡنِ ٱلذَّكَرَ وَٱلۡأُنثَىٰ»[2] فكل واحد منهما كما نرى زَوْجٌ ذكر كان أم أنثى.

قال **بعض النحويين**: أما الزوج فأهل الحجاز يضعُونه للذكر والمؤنث وضعا واحدا، تقول المرأة هذا **زَوْجي** و يقول الرجل: هذه **زَوْجِي** و منه قوله تعالى:«ٱسۡكُنۡ أَنتَ وَزَوۡجُكَ ٱلۡجَنَّةَ »[3] وقال أيضا: « وَإِنۡ أَرَدتُّمُ ٱسۡتِبۡدَالَ زَوۡجٖ مَّكَانَ زَوۡجٖ »[4] أي امرأة مكان امرأة.

و**الأصـل** في الـزَّوْجِ **الصنف والنوع** من كل شيء و منه قوله تعالى:« أَزۡوَٰجٗا مِّن نَّبَاتٖ شَتَّىٰ»[5] قال **القــراء**: يجعل بعضهم بنين و بعضهم بنات فذلك التزويج، وقال" **أبو منصور**": أراد بالتزويج التصنيف

---

(1) أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن بردزبة البخاري ضبط صدقي جميل العطار: **صحيح البخاري(الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله(ص) وسننه وأيامه)**، المجلد الأول، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيـــروت-لبنــان، 1426 هـ/2006م، ص449.

(2) الآيــة 45 من سورة النجم.

(3) الآيــة 35 من سورة البقرة.

(4) الآيــة 20 من سورة النساء.

(5) الآيــة 53 من سورة طــه.

وقوله تعالـى:«وَءَاخَرُ مِن شَكۡلِهِۦٓ أَزۡوَٰجٞ »[1] معناه ألوان وأنواع من العذاب والأصناف منه[2] ومثله جاء فـي " **تفسير البغـوي**": «**أزواج**» أي أصناف آخر من العذاب.[3]

3- الزوجيـة والنكـاح:

كذلك قد يأتي لفظ **الزواج** بمعنى الزوجية، فيقال: بينهما حق الزوجية، ومازالت الزوجية بينهما قائمة[4] أيضا جاء بمعنى الزَّوْجِي نسبة إلى الزوج –**الحياة الزوجية**– وهي الحياة التي تجمع بين الرجل والمرأة بالزواج.[5]

أما مصطلح **النكاح** فقد ذاع استعماله على معنى الزواج فالقرآن الكريم استعملها في هذا المعنى أكثر من كلمة الزواج ومنه قوله تعالى:« وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡكِتَٰبُ أَجَلَهُۥۚ ».[6]

و **النكاح** من نَكَحَ يَنْكِحُ نِكَاحًا ونَكْحًا، فيقال: نَكَحَ المرأة نِكَاحًا أي تزوجها، والمرأة إذا تزوجت فهي نَاكِحٌ و نَاكِحَة أي ذات زوجٍ، والمَنَاكِحُ بالفتح تعني النساء فنقول: هي ناكح في بني فلان أي هي ذات زوج منهم.[7]

و **قال الأعشى** في **نَكَحَ** بمعنى **تَزَوَّجَ** :

و لا تَقْـرَبَنَّ جَـارَةٌ، إنَّ سِـــرَّهَا

عَلَيْـــكَ حَرَامٌ، فانْكَحِنْ أو تأبَّدَا

---

(1) الآيــة 58 من سورة ص.

(2) ابن منظور: **لسان العرب**، المجلد الثاني، دار صادر، بيروت، الطبعة السادسة، 1417هـ/1997م، ص ص291 ،292، 293.

(3) محي السنة أبي محمد الحسين بن مسعود البغـوي: **تفسيـر البغــوي (معالم التنزيل)**، المجلد السابع، دار طيبة للنشـر والتوزيع، دون بلد نشر، 1412هـ، ص99.

(4) إبراهيم أنيس وآخرون: **المعجم الوسيط**، الجزء الأول، مطابع دار المعارف، مصر، الطبعة الثانية، 1392هـ/ 1972م، ص406.

(5) **المنجد الأبجدي**، دار المشرق ، بيروت –لبنان، الطبعة الثامنة، 1990، ص525.

(6) الآيــة 235 من سورة البقرة.

(7) سعيد الخوري الشرتوني اللبناني: **أقرب الموارد في فصح العربية والشوارد**، الجزء الثاني، مكتب لبنان، بيروت–لبنان، الطبعة الثانية، 1992، ص1343.

قال **الأزهـــري:** أصل **النكاح** في كلام العرب الوطء وقيل التَّزَوُّج: نِكَـاح، لأنه سبب للوطء المباح ومنه قوله تعالى: «وَلَا تَنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤۡمِنَّۚ وَلَأَمَةٞ مُّؤۡمِنَةٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكَةٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَتۡكُمۡۗ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤۡمِنُواْۚ وَلَعَبۡدٞ مُّؤۡمِنٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَكُمۡۗ »[1] أي لا تزوجوهن.

قال **الجوهري:** قد يكون النكاح العَقْدُ [2]، ويقال رجل نُكْحَةٌ أي كثير النكاح .

و قد يكون **النكاح** بمعنى المجامعة كقوله تعالى: «حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ » أي تجامع. [3]

وبعد ما تم تقديمه من تعريفات لغوية لمصطلح الزواج نجد أن المعنى الأقرب له هو كل من **الاقتران والازدواج**، وهذين لا يحصلان إلا عن طريق النكاح الذي يتحقق فيه معنى:" **ضم أحد الزوجين –المرأة و الرجل–إلى الآخر على الوجه الشرعي إما وطئا أو عقدا** "، وعلى هذا الأساس نقول أن المرادف الأقرب للزواج هنا هو لفظ «النكـــاح».

ثانيا: مصطلح العُرْفِـــي

العرفـــي لغة لفظ منسوب إلى العُرْف، و**العُرْفُ** في لغة العرب تعني العلم فنقول: عَرَفَهُ[*]، يَعْرِفه مَعْرفة عِرْفانا فهو عَارف، عريف وعَرُوفة أي عَلِمَهُ.[4]

و العُرْفُ ضد النُّكر هو كل ما تعرفه النفس من الخبر وتطمئن إليه.

و يطلق العُرْف على معاني عديدة نذكر منها:

1–فقد يأتي بمعنى **الصبر** مثل ما قال" أبو دَهْبل الجُمحيُّ":

---

[1] الآيـــة 221 من سورة البقرة.

[2] ابن منظور، مرجع سابق، ص625.

[3] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي: **بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز**، الجزء الخامس، المكتبة العلمية، بيروت –لبنان، دون سنة نشر، ص118.

[*] (عرف) يطلق على معنيان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة. نقلا عن أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا تحقيق عبد السلام محمد هارون: **معجم مقاييس اللغة**، المجلد الرابع، دار الجيل، بيروت، دون سنة نشر، ص281.

[4] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص47.

قــل لابن قيس أخـــي الرّقيَّــات

ما أحســن العُرف في المصيبات

2-و كذا يأتي بمعنى **الجود** و قيل هو اسم ما تبذله و تسديه.

3-وقد يطلق أيضا على **الملائكـــة** في قوله تعالى: « وَٱلۡمُرۡسَلَٰتِ عُرۡفٗا »[1]، وقال **بعض المفسرين فيها:** أنها أرسلت بالعُرْفِ والإحسان وقيل هي الملائكة أرسلت متتابعة.

4-أيضا يطلق على **المعروف**، والمعروف كالعُرْفِ، وقوله تعالى:«وَصَاحِبۡهُمَا فِي ٱلدُّنۡيَا مَعۡرُوفٗا»[2] أي مصاحبا معروفًا، وقال" **الزجـــاح** ": المعروف هنا ما يستحسن من الأفعال.[3]

وقد تكرر ذكر المَعْرُوف في الحديث وهو اسم جامع لكل ما عُرِفَ من طاعة الله والتقرب إليه والإحسان إلى الناس وكل ما ندب إليه الشرع و نهى عنه من المحسنات والمقبحات وهو من الصفات الغالبة فأي أمر معروف بين الناس إذا رأوه لا ينكرونه.[4]

5- ومن بين المعاني أيضا التي ينصرف إليها لفظ العُرْف **الاستخبار** فيقال: أتيت فلانا متنكرا ثم استعرفت أي عَرَّفت و اعترف القوم أي استخبرهم، يقال: اذهب إلى هؤلاء فاعترفهم.[5]

و قال" **أبو عبيدة** ": اعترفت القوم: سألتهم و أنشد قول بِشْر:

أسائلـــة عُمَيـــرةُ عن أبيهـــا

خـــلال الركب تعتـــرف الركابا

---

[1] الآيـــة 01 من سورة المرسلات.

[2] الآيـــة 15 من سورة لقمـــــان.

[3] ابن منظور، مرجع سابق، المجلد التاسع، ص239.

[4] نفس المرجع، ص 240.

[5] أبي القاسم جار الله محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري: **أساس البلاغة**، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1419 هـ/1998 م، ص645.

6-أيضا العُرْفُ اسم مشتق من **الاعتراف** بمعنى الإقرار تقول: له عَلَيَّ ألف عُرْفًا أي اعترافا.[1]

و يقال: اعترف بالشيء، إذا أَقَرَّ كأنه عَرَفه فأَقَرَّ به.[2]

7-و العُرْفي لفظ لا يراعي قواعد القانون العام مراعاة لمقتضيات الأمن و يقال: «الحُكم العُرْفِيُّ». [3]

وبعدما تتبعنا كل المعاني التي ينصرف إليها **مصطلح العُرْفِيُّ** فنجد أقربها إلى موضوعنا هو **العُرْف** من المعروف وهو" **ما تعارف الناس عليه في عاداتهم ومعاملاتهم ولم ينكره العقل ولا الشرع على حد السواء فاطمأنت إليه النفوس**".

الفرع الثاني: الزواج العرفي اصطلاحا

الزواج العرفي[*] هو في أصله زواج شرعي باعتباره ميثاق شرعي يربط بين رجل و امرأة فهو إذن ميثاق ضمائر مع خالقها دون الحاجة إلى توثيقه في أوراق مكتوبة، إلا أنه ونظرا لظروف وأسباب تغيرت بها ضمائر النفوس و ذممها وخوفا من ضياع حقوق مكتسبة من آثار هذا الميثاق الغليظ ألحت الضرورة إلى توثيقه قصد صيانتها وحفظها من الجحود والنكران.

و لهذا ارتأينا قبل البحث في هذه الأسباب أن نقف على مختلف التعريفات التي وردت بشأن "**الزواج العرفي**" في وجهة نظر كل من أساتذة وشراح القانون وكذا الفقهاء والعلماء المتخصصين في الشريعة الإسلامية إضافة إلى التعريفات التي أوردتها النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية.

أولا: الزواج العرفي في نظر أساتذة القانون

سنحاول أن نورد جملة من التعاريف المتعلقة بالزواج العرفي في وجهة نظر الأساتذة في مجال القانون على النحو التالي:

---

(1) محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي: **القاموس المحيط**، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، 1416 هـ/ 1996 م، ص1081.

(2) أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، مرجع سابق، ص282.

(3) إبراهيم مدكـور، مرجع سابق، ص415.

(*) الزواج اصطلاحا هو عقد يفيد حل الاستمتاع بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي بصيغة خاصة قصدا أما العرف اصطلاحا هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول. نقلا عن محمد ابراهيم سعد النادي: **الزواج المستحدث وموقف الفقه الاسلامي منه (دراسة مقارنة)**، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2016م، ص90.

1-يرى المستشار السابق بالمحكمة العليا "**عبد العزيز سعد**" بشأن الزواج العرفي:« **هو كل عقود الزواج التي أبرمت وفقا للعرف الشعبي و قواعد الشريعة الإسلامية ومضى على إبرامها زمن غير قصير ولم تكن قد تمت أو أبرمت في أوانها بين يدي ضابط الحالة المدنية أو الموثق**».[1]

فالملاحظ في هذا التعريف أنه ركز على الجانب الشكلي الذي لم يتم احترامه والمتمثل في إبرام عقود زواج التي مر عليها أمد معين بدون تقييدها في وقتها أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، إلا أنه أشار إلى ضرورة قيامها وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية حتى تكون صحيحة شرعا وقانونا دون تفصيل في هذه القواعد وذلك بقوله « **أبرمت وفقا للعرف الشعبي و قواعد الشريعة**»، كذلك لم يوضح ما المقصود «**بالعرف الشعبي**» هل يعني العادات والتقاليد المتعلقة بالزواج؟ أم يعني عدم التوثيـق؟ فهو تعريف ناقص وغير مضبوط مركزا فقط على الجانب الإجرائي.

2-كذلك عرفه الأستاذ" **لحسين بن شيخ آث ملويا** " بأنه: « **عقد زواج غير مسجل بسجل عقود الزواج بالحالة المدنية فهو زواج عرفي اختل فيه عنصر الرسمية فلا بد لإثباته من صدور حكم قضائي عن قاضي الأحوال الشخصية أو أمر صادر عن رئيس المحكمة بعد التأكد من توافر أركان الزواج و شروطه**».[2]

هذا التعريف هو أحسن من التعريف السابق رغم أنه تعريف إجرائي بحت إلا أنه فيه إشارة إلى مصطلح الزواج العرفي و كذا مقومات صحته في نظر الشريعة و القانون بقوله «**بعد التأكد من توافر أركان الزواج و شروطه**»، وكذا أشار إلى كيفية تدارك صفة الرسمية التي تخلفت فيه والتي تكون بصدور حكم قضائي عن قاضي الأحوال الشخصية حتى يكون وسيلة إثبات في مواجهة الغير الذين ينكرونه، وذلك باعتبار قاضي شؤون الأسرة هو المختص، أما قولـه:« **أو أمر صادر عن رئيس المحكمة**» فهذا خلط في الجهات المختصة بتثبيته لأن هذا كان سابقا أما الآن فصاحب الاختصاص الأصيل في التثبيت للزواج العرفي لإضفاء عنصر الرسمية عليه هو" **قاضي شؤون الأسرة** ".

---

[1] عبد العزيز سعد: **نظام الحالة المدنية في الجزائر(وثائق الحالة المدنية والحالات التي تطرأ عليها، شهادة الميلاد، شهادة الزواج، شهادة الوفاة)**، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2011، ص100.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا: **قانون الأسرة نصا وشرحا المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في27 فبراير 2005 (دراسـة تفسيرية)**، الجزء الأول، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2014، ص37.

3-عرف الأستاذ المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا " **يوسف دلاندة** " الزواج العرفي من ناحية كيفية إثباته وذلك بصدد الإجابة على الاستشارات القانونية في مجال الزواج وآثاره ومثال هذه الأخيرة: **هل يخضع إبرام عقد الزواج لشروط و إن كان الأمر كذلك ما هي؟ ، في حالة امرأة تزوجت في 1999 غير أنه لم يتم إبرام عقد الزواج آنذاك مضيفة أنه أثمر بإنجاب بنت وأنها حاليا في خلاف مع زوجها؟**

فمن خلال إجاباته تطرق إلى موضوع " **الزواج العرفي**" بقوله: « **حالة عدم تسجيل الزواج في الوقت المحدد في قانون الحالة المدنية** »، وأجاب أيضا: « **في حالة عدم تسجيل الزواج الأمر يحتاج إلى إثبات الزواج بموجب حكم قضائي وهذا ما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة بنصها يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم**»، وأجاب أيضا: «**المطالبة بإثبات الزواج يحتاج الأمر إلى رفع دعوى قضائية من أحد الزوجين اتجاه الزوج آخر أمام المحكمة قسم شؤون الأسرة التي حصل في دائـــرة اختصاصها الزواج**».[1]

الملاحظ على وجهة نظر الأستاذ في هذا التعريف أن الزواج العرفي هو الذي مضى عليه مهلة دون التصريح به أمام الإدارات الرسمية لاسيما ضابط الحالة المدنية و الموثق المنصوص على وجوب ذلك في قانون الحالة المدنية هذا من جهة، و من جهة أخرى تطرق إلى تحديد الإجراء القانوني و القضائي الذي يتم به تدارك تخلف التسجيل لهذا الزواج العرفي من خلال رفع دعوى قضائية أمام قسم شؤون الأسرة وبمقتضى صدور الحكم القضائي يتم التسجيل في السجلات الخاصة بعقود الزواج.

فتعريفه للزواج العرفي لا يختلف عما سبق لكل من المستشار" **عبد العزيز سعد**" وكذا "**الأستاذ لحسين بن شيخ آث ملويا**" في كون الزواج العرفي هو الزواج الصحيح الكامل الأركان والشروط في وجهة نظر الشريعة الإسلامية و القانون إلا أنه يتخلف فيه ركن الشكلية والرسمية، لكن الأستاذ " **يوسف دلاندة** " حدد الجهة المختصة بصيغة صحيحة في تثبيت الزواج العرفي ليتم صدور حكم قضائي وبموجبه يتم تسجيله و اكتسابه لصفة الرسمية و هو قاضي شؤون الأسرة.

---

[1] يوسف دلاندة: **استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة**، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،2011، ص ص116،115.

4-عرف الزواج العرفي في نظر رجال القانون أنه « **الزواج غير الموثق الذي يتم بإيجاب و قبول بين الطرفين –الزوج و الزوجة- من خلال ورقة عرفية و لكن يعاب عليه عدم توثيقه و تسجيله في محكمة الأحوال الشخصية**».[1]

ومما يلاحظ على هذا التعريف أنه: جعل صحة الزواج في توافر الرضا فقط والمتمثل في إيجاب وقبول الطرفيين مع إغفال بقية شروطه والمتمثلة في الولي، وشاهدي عدل والمهر.

فهو تعريف لا ينطبق على الزواج العرفي الشرعي الكامل الأركان والشروط المعتبرة في نظر الشرع والقانون بل صحته متوقفة على توافرها إلى جانب إشارته إلى تخلف التوثيق فيه فهو عيب إجرائي يتطلبه القانون.

ومن خلال جملة التعاريف التي تم التطرق إليها فكلها تعاريف إجرائية تتفق في أن الزواج العرفي هو الزواج الشرعي الكامل الأركان والشروط المطلوبة شرعا و قانونا غير المصرح به من تاريخ إبرامه شفاهة أمام الشخص المؤهل لذلك و المتمثل عادة في ضابط الحالة المدنية أو الموثق بهدف تسجيله في العقود المعدة له وسبيل تدارك ذلك هو صدور حكم قضائي يقضي بتثبيته ليتم توثيقه بعد ذلك.

ثانيا: الزواج العرفي في مفهوم علماء وفقهاء الشريعة الإسلامية

سنحاول أن نقف على جملة من التعاريف التي تم وضعها للزواج العرفي من قبل العلماء و الفقهاء في مجال الشريعة الإسلامية بل حتى الفتاوى الشرعية التي حددت شروط صحته و حددت شرعيته من خلال وضع تعريفات له على النحو الآتي[*]:

1- يقول **علماء الشرع** إن الزواج العرفي السليم من الناحية الشرعية و المتعارف عليه منذ عهد الرسول صلى الله عليه و سلم و الصحابة رضوان الله عنهم أجمعين: « **هو الذي يتم بإيجاب و قبول من الطرفين – الزوج و الزوجة- مع مباشرة الولي لعقد الزواج –لمن تحت ولايته- مع حضور شاهدين عدل يوقعان**

---

[1] فارس محمد عمران: **الزواج العرفي و صور أخرى للزواج غير الرسمي**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص17.

[*] هناك من عرف الزواج العرفي و ذلك باعتباره عَلَمًا –معروفا-: « **هو الزواج الذي استوفى الأركان والشروط الشرعية وهي: زوج، ولي، شاهدي عدل، إشهار العقد –الإعلان- بأي وسيلة من وسائل الإشهار و الصيغة بشروطها مع انتقاء الموانع الشرعية و لكنه لم يوثق في وثيقة رسمية إلا أنه معروف و مشهور بين الأهل و الجيران** ». نقلا عن محمد ابراهيم سعد النادي، مرجع سابق، ص90.

على عقد الزواج، مع إعلان و إشهار هذا الزواج و علم الناس به و ان كان يعاب عليه من الناحية القانونية عدم توثيقه رسميا لأن مسألة التوثيق لم تكن معروفة أيام الصحابة».[1]

إن هذا التعريف حدد بالتفصيل الشروط التي يجب توافرها حتى يمكن الاعتراف به من الناحية الشرعية بل وحدد المقصود بالعرفي كونه متعارف عليه منذ عهد الرسول صلى الله عليه و سلم و كذا الصحابة رضوان الله عليهم و لم يغفل كذلك هذا التعريف عن الإشارة إلى العيب الشكلي الذي يغفله الكثير من الناس و هو عدم توثيقه أمام الجهات المختصة بذلك لحماية الحقوق و هذا دليل على أن التوثيق شرط أوجده القانون لم يكن شرطا في صحة الزواج.

وحسب رأينا هذا تعريف واضح للزواج العرفي لتطرقه إلى ماهيته ومقوماته الشرعية لصحته كذا سبب تسميته عرفيا لتخلف ركن التوثيق.

2- و قد عرف فقها على أنه: « **عقد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع و يجعل لكل منهما حقوق قبل صاحبه و واجبات عليه».**[2]

والملاحظ على هذا التعريف أنه أعطى تعريف للزواج بصفة عامة و لم يتطرق إلى الزواج العرفي و ما سبب اصطلاح هذا عليه و اكتفى فقط بأنه عقد بمقتضاه تحل العشرة الزوجية إلا أنه تطرق إلى آثاره المترتبة عليه في كونه يرتب حقوق و واجبات لكل من طرفيه فهو تعريف جعل من الزواج مقتصر على الهدف منه فقط دون التفصيل في كيفية انعقاده و ما يجب توافره حتى يرتب آثاره صحيحة شرعا و قانونا.

3-وقد عرفه فضيلة الشيخ " **محمود المصري**" أنه: « **عقد زواج يباركه الولي و يشهد عليه الشهود العدول و يعلن للناس فهو عقد شرعي و إن لم يوثق في وثيقة زواج رسمية عند مأذون شرعي».**[3]

و مما يلاحظ على هذا التعريف أنه اعتبر التوثيق من باب المصالح المرسلة التي من خلالها تصان الحقوق المكتسبة وآثاره لاسيما الزوجة والأولاد في وقت خربت فيه الذمم و ليس شرطا للصحة، فالزواج صحيح بمجرد توافر المقومات الشرعية من ولي، شاهدي عدل و إعلان الناس إلا أنه لم يوضح و لم يؤكد

---

(1) فارس محمد عمران، مرجع سابق، ص17.

(2) محمد شتا: **الزواج العرفي(تعريف الزواج العرفي، أركان عقد الزواج العرفي وشروطه، إثبات عقد الزواج العرفي، عقد الزواج العرفي و النسب، المشاكل القانونية المتعلقة بعقد الزواج العرفي، الصيغ القانونية المتعلقة بعقد الزواج العرفي وفقا لآخر التعديلات وأحدث أحكام محكمة النقض)**، دار المجد للنشر و التوزيع، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008، ص07.

(3) محمود المصري: **الزواج الإسلامي السعيد**، مطابع دار البيان الحديثة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006، ص152.

على ركن الرضا بل اكتفى بذكر «عقد» و هذا الأخير لا يكون إلا برضا الطرفين و المتمثل في الإيجاب و القبول بينهما و ما يؤكد بأنه أشار إلى ضرورة تراضي بين طرفيه من خلال قوله « **يباركـه الولي**» أي الرضا متوافر بديهيا حسب رأيه.

4-عرف الشيخ "**عبد الله التويجري**" أحد كبار السنة بالمملكة العربية السعودية بمناسبة جوابه عن سؤال طرح عليه حول الزواج العرفي فقال:« **لم يكن هناك توثيق أبدا للزواج في العهد السابق، حتى و لا في ورقة عادية بل كان العقد يتم عبر أركانه وشروطه الشرعية مع حضور جمع من الناس، و كان معرفة الزواج بينهم كافيا في إثباته**».[1]

و المستفاد من هذا التعريف أنه الإعلان و الإشهار لهذا الزواج بين الناس بمثابة التوثيق في وقتنا الحالي وهذا دليل على عدم وجود إنكار لهذا الميثاق و لأثاره سابقا إلا نادرا فكان خوف الله نصب أعينهم دائما.

5-عرف الدكتور" **محمد الشحات الجندبي**" عضو المجمع البحوث الإسلامية في الأزهر بمصر أنه « **الزواج العرفي نوعان هناك زواجا شرعيا وغير شرعيي فالزواج الشرعي هو المستكمل لأركان الزواج و الشروط الواجبة فيه سواء شروط صحة أو نفاذ أو لزوم فالزواج طالما توافرت فيه أركان الزواج من شهادة رجلين عدلين و إشهار و رضا الطرفين وموافقة ولي الأمر فهو زواج شرعي حتى لو لم يوثق هذا الزواج**».[2]

فالملاحظ من هذا التعريف أنه ميز بين صورتان للزواج العرفي هناك زواج عرفي غير شرعي وهو المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية فهو باطل في نظره أما الصورة الثانية للزواج العرفي فهو الشرعي المستوفى لكامل أركانه و شروطه إلا أنه تخلف فيه ركن الشكلية –التوثيق–.

فهذا تعريف دقيق وشامل لمفهوم الزواج العرفي مقارنة مما تقدم من التعريفات.

---

[1] عبد الملك بن يوسف المطلق: **الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها(دراسة فقهية واجتماعية نقدية)**، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 2006، ص ص175،174.

[2] مصطفى سليمان: "**مجمع البحوث في الأزهر يوافق على الزواج العرفي و يرفض زواج الدم**"، تاريخ المعاينة: 2016/02/12 على الساعة:18:32 مساءا، الرابط الإلكتروني:
http://www.alarabiya.net/articles/2007/06/01/35053.html

6-كما عرفه أيضا فضيلة الشيخ "**حسنين مخلوف**" حين سئل عن حكم الزواج من غير توثيق فقال: «**عقد الزواج إذا استوفى أركانه و شروطه الشرعية تحل به المعاشرة بين الزوجين وليس من شرائطه الشرعية إثباته كتابة في وثيقة رسمية و لا غير رسمية وإنما التوثيق لدى المأذون أو الموظف المختص نظام أوجبته اللوائح والقوانين الخاصة خشية الجحود و حفظ للحقوق وحذرت من مخالفته لما له من النتائج الخطيرة عند الجحود**».[1]

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه اعتبر الزواج **صحيحا** في نظر الشريعة الإسلامية يتم بألفاظ مخصوصة تتضمن الإيجاب والقبول فمتى تحققت مع بقية الأركان والشروط انعقد الزواج صحيحا والتوثيق ما هو إلا نظام أوجبه القانون فمصطلح الزواج العرفي يعني الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية وهو شرعي.

1- عرف الدكتور "**سليمان الأشقر**" الزواج العرفي بأنه: «عقد **لم يسجل في المحكمة الشرعية لم يجر على يد مأذون و لم تصدر فيه وثيقة زواج و مثل هذا العقد إن توفر فيه ركناه و هما الإيجاب و القبول الدالان على رضا الزوجين و ان لم يخل من المهر و توفرت فيه شروط العقد و خلى من التأقيت فإنه عقد صحيح شرعا و لا يبطل بعدم التسجيل**».[2]

والملاحظ من هذا التعريف أنه أكثر دقة وتفصيل مقارنة بما تقدم من التعريفات المتعلقة بالزواج العرفي فهذا الأخير هو زواج صحيح متى توافرت فيه أركانه والمتمثل في الإيجاب و القبول الدالان على رضا الزوجين، كما اشترط أيضا عدم خلوه من المهر إلى جانب بقية الشروط و إن لم يفصل فيها إلا أنها تتمثل في: الولي، شاهدي عدل و الإعلان «**الإشهار**»، بل ركز أيضا هذا التعريف على وجوب أن يكون الزواج بنية التأبيد و ليس بنية التأقيت حتى يتميز عن غيره من الأنكحة المحرمة شرعا، كما أكد على أن: «**عدم التسجيل**» شرط يتطلبه القانون لا يتدخل في ماهية العقد و صحته، فهذا التعريف حسب رأينا هو الأقرب والأحسن للزواج العرفي.

من خلال جملة التعاريف من قبل وجهة نظر كل من فقهاء وعلماء الشرع الإسلامي نجد أنها كلها تصب في مصب واحد و المتمثل في أن الزواج العرفي هو: « **الزواج الشرعي الكامل الأركان و الشروط**

---

[1] "**حكم الزواج العرفي**"، تاريخ المعاينة:2016/02/12، على الساعة 18:50 مساءا، الرابط الالكتروني:
http//www.yabeyroulh.com/pages/index3150.htm

[2] عمر سليمان الأشقر: **أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة**، دار النفائس للنشر و التوزيع، عمان –الأردن، الطبعة الأولى، 1997، ص175.

الشرعية حتى يحل به الاستمتاع و المعاشرة و إن لم يتم توثيقه أمام الإدارات الرسمية، كون التوثيق ليس شرط صحة و إنما أوجده القانون لحفظ الآثار التي يرتبها هذا الميثاق فقط ».

ثالثا: الزواج العرفي قانونا

ونقصد بالزواج العرفي قانونا الوقوف على مختلف النصوص التشريعية التي تناولته واهتمت به من خلال التطرق إلى بعض اتجاهات مشرعي الدول العربية الإسلامية في تعريفهم لهذا النوع من الزواج من حيث صياغتهم للنصوص المتعلقة بذلك.

1- الزواج العرفي في القانون الجزائري:

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** و كذا تناوله في الأمر **20/70** المؤرخ في**1970/02/19** و المتعلق بالحالة المدنية المعدل و المتمم بموجب القانون رقم **08/14** المؤرخ في: **09** غشت **2014** باعتباره مكملا لقانون الأسرة و ذلك في المادة **39** منه، أيضا المادتين الأولى والثامنة من الأمر **71-65** الصادر في: **1971/09/22**.

أ- المادة 22 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05-02: [1]

تنص المادة **22** من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر **05-02** على ما يلي: « **يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي**

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة».

فمن خلال تتبعنا لفحوى نص المادة المذكورة أعلاه نجد أن المشرع الجزائري ميز بين نوعين من الزواج وبالتبعية اختلاف وسيلة الإثبات في كلاهما.

فالنوع الأول: يتمثل في الزواج الذي تم توثيقه أمام ضابط الحالة المدنية أو أمام الموثق فوسيلة إثباته هو مستخرج من عقود سجل الزواج وهو ما يعرف بالزواج الرسمي.

---

[1] أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 يعدل ويتمم القانون رقم84-11 المؤرخ في:09 يونيو سنة 1984 والمتضمن **قانون الأسرة**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في27 فبراير2005، العدد15، ص20.

أما النوع الثاني: و هو موضوعنا المتمثل في حالة عدم تسجيل عقد الزواج بسجل عقود الزواج بالحالة المدنية و هذا ما يعرف بالزواج العرفي الذي اختل فيه عنصر الرسمية فهنا إثباته يحتاج إلى صدور حكم قضائي قصد تسجيله في السجلات المعدة لذلك متى توافرت أركان الزواج و شروطه و عليه نكون هنا بصدد واقعة مادية حصل بها الدخول بالزوجة فلا بد من اللجوء إلى المحكمة و تقديم الأدلة والحجج والبيانات التي تؤكد قيام الزواج العرفي الشرعي الذي تم بجميع أركانه و الشروط المطلوبة شرعا و قانونا.[1]

فالملاحظ على هذه المادة أنها تناولت الزواج العرفي من حيث وسيلة إثباته دون التطرق إلى تحديد موجبات صحته بل تركت ذلك لقاضي شؤون الأسرة من خلال التحقيق في مدى توافر مقومات صحته وذلك بناء على الحجج والأدلة المقدمة من طرف المعنيين بالأمر باعتباره هو المختص بالنظر في دعوى تثبيت الزواج العرفي.

وعليه فالزواج العرفي حسب 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.

ب- المادة 39 من الأمر 20/70 المعدل بقانون 08/14: [2]

تنص المادة **39** من الأمر **20/70** و المعدل بقانون **08/14** المؤرخ في:**09** غشت **2014** على: **« باستثناء ما ذكر في المادة 79 المقطع الرابع عندما لا يصرح بالعقد لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة أو تعذر قبوله أو عندما لا توجد سجلات أو فقدت لأسباب أخرى غير أسباب الكارثة أو العمل الحربي يصار مباشرة إلى قيد عقود الولادة و الزواج والوفاة بدون نفقة عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي كان يمكن تسجيلها فيها بناء على مجرد طلب من وكيل الجمهورية لهذه المحكمة بموجب عريضة مختصة و بالإسناد إلى كل الوثائق أو الإثباتات المادية».**

---

[1] العربي بلحاج: **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان –الأردن، الطبعة الأولى، 2012، ص350.

[2] أمر 20/70 المؤرخ في:13 ذي الحجة 1389 هـ الموافق لـ 19 فبراير 1970 المعدل والمتمم والمتعلق **بالحالة المدنية**، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية، المؤرخة في: 21 ذو الحجة 1389هـ، ص277.

فبالرجوع إلى موقع هذه المادة من الأمر نجدها جاءت في الفصل الثاني تحت عنوان «**العقود المغفلة أو المتلفة أو الخاطئة أو المعدلة**» من القسم الأول «**تعويض العقود المغفلة أو المتلفة**» و **العقد المغفل** هو: « **العقد الذي لم يصرح به في المدة القانونية المحددة أو تعذر قبوله أمام ضابط الحالة المدنية أو الموظف المختص بتحريره قانونا**» فمن أمثلة هذا العقد عقد الزواج الذي يتم وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية و لكن مضى على إبرامه زمن قصير أو طويل و لم يقيد في أوانه بين يدي ضابط الحالة المدنية أو الموثق وهو الذي يعرف «**بالزواج العرفي أو الفاتحة**»، فحسب نص المادة يتم تصحيح إجراء عدم التسجيل عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها إبرام هذا الزواج وذلك بناء على رفع طلب من قبل المعني بالأمر إلى وكيل الجمهورية لهذه المحكمة مرفق بكل الوثائق أو الإثباتات المادية.

فالملاحظ على هذه المادة أنها اعتبرت الزواج العرفي أحد العقود المغفلة الذي تم بدون التصريح به أمام ضابط الحالة المدنية في وقته، كما أنها أشارت إلى إجراء تصحيح تخلف عنصر التوثيق وذلك بقولها: « **صدور حكم بسيط من رئيس المحكمة**» في حين أن هذا الأخير يصدر أوامر و ليس أحكام ، فهنا قد وقع المشرع في **مشكل عدم ضبط المصطلحات**، فالحكم من اختصاص قاضي الموضوع الذي يفصل في الخصومات والنزاعات، وعليه كان من الأجدر استعمال مصطلح «**أمر بتسجيل الزواج العرفي**» كون أن رئيس المحكمة هنا يمارس صلاحياته بموجب سلطته الولائية[*]و كان عليه أيضا أن يبين الاجراء المناسب في تسجيله لاسيما في ظل تعديل **قانون الأسرة** الذي جعل من النيابة العامة **طرفا أصيلا في جميع القضايا الأسرية** وذلك بموجب **المادة 3مكرر** منه فلا يمكنه أن يكون حكما وخصما في الوقت ذاته، فأصبح بموجب ذلك يتم تثبيته بمقتضى صدور حكم قضائي من طرف قاضي شؤون الأسرة وليس أمر من رئيس المحكمة وهذا الإجراء بخلاف الإجراء المنصوص عليه في المادة بشأن إعادة تقييد وثائق الحالة المدنية المغفلة، **ولهذا نتساءل لماذا لم تكن هذه المادة محل تعديل من طرف القانون 14-08 المعدل للأمر 70/20**

---

[*] لرئيس المحكمة أثناء ممارسته أعماله الولائية التي يفصل فيها عندما لا يكون هناك نزاع و ذلك بناء على طلب مكتوب يقدم إليه فيصدر بشأنها إما أوامر على عرائض كالأمر بتعيين خبير أو يمنح إذن و ترخيص كالإذن ببيـــع أموال القصر و منح رخصة ترشيد القاصر بإبرام الزواج ، كما يمكن له تحرير العقود كعقد الكفالة متى توافرت شروطه قانونا، و أيضا له صلاحية تسجيل العقود التي ينص عليها قانون الحالة المدنية وعلى سبيل الخصوص عقود الزواج التي لم يتم تقييدها في سجلات الحالة المدنية خلال المحددة قانونا بثلاثة أيام بالنسبة للعقود المبرمة أمام الموثق والتي يجب على ضابط الحالة قيدها خلال خمسة أيام من تاريخ الابرام الذي تم أمام الموثق بتقييدها وفقا لما نصت عليه المادة، فلا يمكن تسجيلها إلا بموجب أمر من طرفه. نقلا عن وزارة العدل:" **دليل المتعامل مع العدالة**"، تاريخ المعاينة:2016/04/18، على الساعة: 18:30 مساءا، الرابط الالكتروني:http://arabic.mjustice.dz

المتعلق بالحالة المدنية؟ فكان من المفروض تعديلها ووضع استثناء بالنسبة لإجراء تسجيل عقود الزواج غير المصرح بها أوانها برفع دعوى قضائية أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة، وهذا دليل على عدم الانسجام بين نصوص قانون الأسرة ونصوص قانون الحالة المدنية وقت التعديلات، فالأمر إذن مازال في حاجة إلى إعادة النظر فيه من قبل المشرع كون **الجانب النظري والتطبيقي أمران متلازمان.**

ج-المادتين 01 و 08 من الأمر 65/71 المؤرخ في 1971/09/22: [1]

لقد تضمن الأمر رقم **71-65** الصادر في:**1971/09/22** بعد صدور قانون الحالة المدنية عام **1970** نصا في مادته **01** جاء فيه: « **أن كل زواج أبرم قبل صدور هذا الأمر و نتج عنه أولاد و لم يكن قد سجل أو قيد في سجلات الحالة المدنية يمكن تقييده بها، مع مراعاة جميع الأحكام المخالفة و ذلك بعد الاطلاع على حكم صادر ضمن الكيفيات المبنية فيما بعد**».

كما نصت المادة **08** منه على: «**الزواج المنعقد بهذا الشكل والمقيد في سجلات الحالة المدنية يصبح نافذ المفعول ابتداء من اليوم المعترف به في الحكم كيوم انعقاد الزواج**».

من خلال تحليلنا لهذين النصين نجد أنهما يهدفان إلى تسوية جميع عقود الزواج التي أبرمت وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية عن طريق « **الفاتحة**» و لم تكن محل تقييد في سجلات الحالة المدنية و هي ما تعرف **بعقود الزواج العرفية**، و ذلك من خلال إتباع الإجراءات المحددة لكيفية التسجيل حيث تكون نافذة من التاريخ المعترف به في الأمر القاضي بتسجيلها و هو يوم انعقاد الزواج.

إلا أنه الملاحظ على المادة الأولى من هذا الأمر أنها حصرت فقط العقود التي تمت قبل صدوره بالتسجيل وخصصت منها فقط التي نتج عنها أولاد، **فما مصير عقود الزواج العرفية التي لم ينتج عنها أولاد؟** حتى وإن كان الهدف من هذا توفير حماية أكثر لهذه الفئة فقد أهمل حقوق الزوجة وكذا الآثار بالنسبة للمجتمع التي تترتب عنها.

فمن خلال ما سبق نصل إلى أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للزواج العرفي إلا أنه تطرق إليه من خلال وسيلة إثباته والمتمثلة في ضرورة تسجيله بمقتضى صدور حكم قضائي بسجلات الحالة المدنية، و كذا

---

[1] الأمر 65/71 المؤرخ في 1971/09/22 المتعلق **بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد مدون في سجلات الحالة المدنية** المؤرخ في:2 شعبان 1391 الموافق لـ:22 سبتمبر 1971، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في: 8 شعبان 1391هـ، العدد79، السنة الثامنة، ص1317.

تناوله من خلال آثاره و المتمثلة في ضرورة تسجيل الزواج العرفي التي تنتج عنه أولاد حسب الأمر **65/71**.

2- الزواج العرفي في القانون المصري:

لقد نصت المادة **17** في فقرتها **02** من القانون رقم **01** لسنة **2000 والمعدل بموجب قانون رقم 2000/91** المتعلق بتنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بأنه « **و لا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة 1931 ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة**».[1]

فمن خلال تتبعنا لإرادة المشرع المصري نجده أنه اشترط لقبول دعوى الزوجية أن تكون العلاقة الزوجية ثابتة بوثيقة زواج رسمية و بمفهوم المخالفة إذا لم يوجد إنكار من كلا الزوجين للعلاقة التي تمت عرفيا و كانت مكتوبة في ورقة عرفية أم لا، فيمكن تثبيتها بمقتضى حكم من قبل القاضي و بعدها يسجل أمام الجهات الرسمية من قبل الموظف المختص بإبرام عقود الزواج و منها نصل إلى أن المشرع اشترط أن يكون عقد الزواج بوثيقة رسمية لسماع الدعوى الزوجية و لم يشترطه لصحة عقد الزواج فمتى استوفى هذا الأخير جميع شروطه الشرعية فهو صحيح يرتب جميع آثاره سواء وثق أو لم يوثق.

فشرط الوثيقة الرسمية للزواج عند الإنكار ذلك إظهارا لشرف هذا العقد وتقديسا له عن الجحود والإنكار وصيانة للحقوق واحتراما لروابط الأسرة وحسب المادة هذا الشرط يسري فقط على عقود الزواج المبرمة بعد أول أغسطس **1931**. [2]

فبمفهوم المخالفة أنه كان سابقا تقبل سماع دعاوى الزواج العرفية والتي تمت بأي وسيلة كانت فتسمع بشهادة الشهود إن كانت الزوجية معروفة أو كانت مكتوبة في ورقة عرفية بخط الزوج في حالة وفاته موقعة

---

[1] فارس محمد عمران، مرجع سابق، ص31.

[2] محمد شتا، مرجع سابق، ص38.

بإمضائه وهذا ما كانت تنص عليه المادة **99** [*] من اللائحة الشرعية من المرسوم بقانون رقم **78** لسنة **1931** والمعدلة بمقتضى المادة **17** السابقة الذكر من القانون رقم **01** سنة **2000**.

إذن نجد أن المشرع المصري على غرار المشرع الجزائري لم يعرف الزواج العرفي وإنما تطرق إليه من خلال وسيلة اثباته حيث اشترط في حالة إنكاره من قبل أحد الزوجين عدم سماع الدعوى المتعلقة به إلا بموجب عقد زواج رسمي فهو بذلك ميز بين الدعاوى الرامية إلى تثبيت الزواج العرفي بين المعترف بها من كلا الزوجين فإنه يمكن سماعها أما التي ينكر فيها أحدهما هذه العلاقة حتى ولو كانت مكتوبة في ورقة عرفية لا تقبل وترفض للسماع في ظل غياب عقد رسمي.

بعكس المشرع الجزائري الذي كان أحسن منه فقد وفر حماية أكثر للزواج وآثاره حين جعل مهمة القاضي بشأن سماع دعوى تثبيت الزواج العرفي ترتكز على مدى قوة الإثباتات والأدلة المقدمة من كلاهما في توافر أركان وشروط صحة الزواج العرفي وفقا للشريعة الإسلامية بغض النظر على حالة الإنكار من عدمه للعلاقة العرفية الشرعية ليصدر بشأنها حكما قضائيا قصد التسجيل أمام الجهات المختصة بذلك.

03-الزواج العرفي في القانون العراقي:

لقد أشار قانون الأحوال الشخصية العراقي على غرار قانون الأسرة الجزائري وقانون الأحوال الشخصية المصري إلى الزواج العرفي غير المسجل في المحكمة المختصة في القسم المتعلق بـ "**تسجيل عقد الزواج وإثباته**" فنص في المادة **11 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 على أنه: « 1-إذا أقر أحد لامرأة أنها زوجته ولم يكن هناك مانع شرعي أو قانوني و صدقته ثبتت زوجيتها له بإقراره.**

2 -إذا أقرت المرأة بأنها تزوجت فلانا و صدقها في حياتها و لم يكن هناك مانع قانوني أو شرعي ثبت الزواج بينهما... »[1].

---

[*] المادة **99** كانت تنص على: «... ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين في الحوادث السابقة على 1897 فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة، ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره في الحوادث الواقعة من سنة 1911 إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفي وعليها إمضاؤه ...». نقلا عن محمد شتا، مرجع سابق، ص36.

[1] قانون رقم 188 المؤرخ في:1959/12/19 المتعلق **بالأحوال الشخصية** المعدل والمتمم، جريدة الوقائع العراقيــة المؤرخة في: 1959/12/30، العدد 280، ص02.

فمن خلال تتبع نص المادة نجد أنها تناولت موضوع الزواج العرفي غير المسجل أمام المحكمة المختصة بذلك على اعتبار أن تسجيله يكون داخل المحكمة المختصة أمام الأشخاص المكلفين بذلك على خلاف التوثيق في القانون الجزائري الذي يتم خارجها أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا[*] وذلك متوقف على عدم انكاره بين طرفيه مع عدم وجود أي مبرر شرعي أو قانوني لهذا الزواج فمتى تم ذلك بإمكانهما تثبيت هذا الزواج.

و عليه فالمشرع العراقي على غرار كل من المشرعين الجزائري و المصري لم يعط تعريفا للزواج العرفي بل أشار فقط إليه من خلال وسيلة اثباته من خلال الإقرار به بين طرفيه.

3- الزواج العرفي في القانون المغربي:

لقد تناول المشرع المغربي موضوع الزواج العرفي بصدد تطرقه إلى طرق إثبات العلاقة الزوجية فقد جاء في المادة **16** من مدونة الأسرة: « **تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج.**

إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة.

تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين.

يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمسة عشر سنة ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ».[1]

يتبين لنا من قراءتنا الأولى لنص المادة أن المشرع المغربي ميز بين نوعين من عقود الزواج أما النوع الأول فهي العقود الرسمية الموثقة في الدوائر الرسمية بموجب وثيقة عقد الزواج وهذه الأخيرة بمثابة وسيلة إثباته، أما النوع الثاني فهي العقود غير الرسمية أي التي لم يتم توثيقها في وقتها بل تمت بالرضا المتبادل بين الأطراف و الإشهاد و الإشهار بواسطة العرس أو الوليمة و حضور الولي وهي ما تعرف بالعقود

---

[*] أنظر المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في:27 فبراير 2005.

[1] قانون رقم 15-102 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 2-116 بتاريخ: فاتح ربيع الآخر1437 الموافق لـ:12 يناير2016 المعدل للمادة 16من القانون رقم 03-70 **بمثابة مدونة الأسرة**، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية المؤرخة في:14 ربيع الآخر 1437 الموافق لـ:25 يناير2016، عدد6433، ص420.

الشفوية وهذا النوع الذي أراده المشرع المغربي يتضح من خلال قوله في نص المادة: « **إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات و كذا الخبرة**».

والملاحظ على نص المادة أنها لم توضح ما المقصود «**بالأسباب القاهرة**» وهذا ما يضع عبء ثقيلا على عاتق القضاء ويوفر للقانونين ذريعة التأويل، فالقضاء المغربي فسر هذه الحالة بكل عقبة تحول دون توثيق الزواج أمام العدلين المنتصبين للإشهاد كالتواجد بمنطقة نائية لا عدول فيها كونهما المسؤولين عن توثيق عقود الزواج الخاص بالمغاربة المسلمين أو خارج المملكة (*) في دولة لا توجد بها قنصلية مغربية.

كذلك أكدت المادة على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار أثناء سماع دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل أو ما إذا رفعت في حياة الزوجين.

و الشيء الذي تميز به المشرع المغربي عن كل من المشرع الجزائري و المصري و العراقي هو **تحديده لمهلة خمسة عشر سنة كمهلة انتقالية لتسوية العقود الزواج التي تمت عرفيا** وذلك بمقتضى قانون رقم **15-102** المعدل للفقرة الرابعة من المادة **16** من بعدما كانت بمقتضى قانون **رقم03-70** بمثابة مدونة الأسرة **خمس سنوات قبل التعديل**، وقد أحسن المشرع المغربي لما أعاد النظر فيها لأنها مهلة قصيرة لتسوية الزيجات غير الموثقة وذلك ابتداء من تاريخ دخول القانون حيز التنفيذ فهو بذلك يهدف إلى حماية آثار الرابطة الزوجية التي تمت وفقا للشريعة الإسلامية لكن تخلف فيها الشرط القانوني وهو التوثيق و فيه حماية بطريقة غير مباشرة لهذا الشرط القانوني أنه في حالة فوات هذه المهلة و لم يتم تسوية كل زواج عرفي فإن بعد فواتها لا تقبل أي دعوى زوجية بخصوص تثبيتها عن طريق القضاء.

و بعدما تطرقنا إلى جملة النصوص القانونية التي تناولت الزواج العرفي نجد أن كلها لم تعط تعريف خاصا بالزواج العرفي وهذا هو الأصل على أساس أن التعريفات من عمل الفقهاء وإنما النصوص وجدت في حالة نشوء نزاعات تعطي للقاضي حلولا لذلك، إلا أن جميعها أكدت على وسيلة إثباته و إجراءات توثيقه

(*) جاء في **قرار للمجلس الأعلى:** « لما كان الزوج العرفي قد تم ببلد أجنبي غير إسلامي لا يعرف إشهاد العدلين على الزواج و في وقت لم يكن المغرب قد نصب فيه العدول للقيام بمهمة الإشهاد فإن حالة الاستثناء تعد متوفرة في النازلة خصوصا و أن المدعية أدلت بلفيف يشهد شهوده بإقامة حفل الزفاف و أن أغلب الشهود كانوا حاضرين وأن العقد تم بولي وصداق». نقلا عن أحمد آباش: **الأسرة بين الجمود والحداثة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت –لبنان، الطبعة الأولى، 2011، ص149.

أمام الدوائر الرسمية، أما الوسيلة الأصلية في الإثبات هو وثيقة عقد الزواج و أوردت استثناء يمكن من خلاله إثباته بمقتضى صدور حكم قضائي إذا تخلف فيه عنصر التسجيل، ولهذا نقول: « **الزواج العرفي مصطلح قانوني لتمييزه عن الزواج الرسمي الموثق فهو العقد الشرعي الكامل الشروط والأركان التي تتطلبها الشريعة الإسلامية لكن لم يقيد أمام الدوائر الرسمية**».

رابعا: الزواج العرفي قضاء

و نقصد بالزواج العرفي قضاء ما استقر عليه القضاء من مبادئ و أحكام قضائية في حل النزاعات المتعلقة بتثبيته، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال تسبيب الأحكام و القرارات القضائية الصادرة عن قضاة الدرجة الأولى و الدرجة الثانية و كذا الصادرة عن قضاة المحكمة العليا.

1- الزواج العرفي من خلال ما يقوم به قضاة الدرجة الأولى وكذا قضاة الدرجة الثانية بصدد النظر في دعوى تثبيته من «**تحقيقات قضائية**» وذلك بحثا عن مدى توافره على الأركان والشروط المعتبر لذلك كما يلي:

أ-« **حيث أن المحكمة قد أجرت تحقيقا مدنيا بتاريخ:.../.../... وذلك بحضور طرفي دعوى الحال و تلقت شهادة كل من س.ع و ن.ف والذي تم أداء اليمين القانونية للأول و إعفاء الثاني من اليمين، و بعد أن أكد حضورهما لواقعة زواج طرفي دعوى الحال الواقعة في مقابل صداق معلوم و بحضور ولي الزوجة الذي هو أبوها بالإضافة إلى الإمام و جماعة من أهل و أقارب الطرفين حيث بناء على ما تقدم فقد ثبت للمحكمة أن الطرفين قد اقترنا بموجب عقد زواج عرفي مستوفي لكافة أركانه و شروط صحته المستوجبة قانونا وشرعا مما يجعل المحكمة بعد اعتبار طلب الطرفين مؤسس سوى استجابة له**».

من خلال التسبيب الذي على أساسه قضت المحكمة بتثبيت الزواج غير المسجل يتضح لنا أن الزواج العرفي: « **هو الزواج الذي تم مستوفيا لجميع أركانه وشروط صحته الشرعية والقانونية على حد السواء إلا أنه لم يتم تسجيله أمام ضابط الحالة المدنية**».

ب-وقد أطلق قضاة الدرجة الأولى كذلك على هذا الزواج مصطلح" **الزواج الشرعي**" من خلال المنطوق التالي:« **حيث من خلال ما تقدم بعد اطمئنان المحكمة لشهادة الشهود ثبت أن المدعية و المدعى عليها قد تزوجا بعقد شرعي كامل الأركان طبقا للمواد 09، 09 مكرر و 10 من قانون الأسرة من رضا و ولي و شاهدين و صداق و ذلك بتاريخ 1982/04/11 بدل 1982 مما يجعل طلب المدعية الرامي إلى**

تصحيح تاريخ عقد زواجها مع المدعي طبقا للمادة 22 مؤسسا قانونا و تعيين معه الاستجابة مع أمر ضابط الحالة المدنية المختص بتصحيح عقد زواجهما».[1]

و كذا أطلقوا أيضا عليه مصطلح " **الزواج عن طريق الفاتحة** " من خلال المنطوق التالي:

«...حيث تبين للمحكمة أن المدعية (س، ع) تزوجت من (م، ف) عن طريق الفاتحة بتاريخ:../../.. و أنجبا البنت (م، ف) كما تؤكده شهادة الشهود... »[2].

– الزواج العرفي من خلال تسبيب قضاة الدرجة الثانية وعادة يكون الموضوع متعلق بتأييد حكم المحكمة أو إلغائه و الحكم فيه من جديد أو بتعديله في جوانب فقط والمؤسس كذلك على «**التحقيق وسماع الشهود**» فجاء في منطوق أحد قرارات المجلس ما يلي وذلك من خلال الأوجه المثارة بصدد طعن القرار أمام المحكمة العليا:

«بدعوى أن الطاعنة أثارت الدفع بسماع الشهود و الولي و الإمام الذي قرأ الفاتحة لإثبات الزواج العرفي بينها و بين المطعون ضده و مع ذلك فالقرار المطعون فيه قضى بتأييد الحكم المستأنف الذي رفض إثبات هذا الزواج دون مناقشة الدفع المثار حول سماع الشهود مخالفا لذلك أحكام المادة 9 (*) **من ق.أ....، حيث كان من المفروض على قضاة الموضوع بمجلس قضاء المسيلة منح فرصة للطاعنة لجلب شهودها و وليها و التأكد من واقعة الزواج المدعى به و مما إذا قد عين مهر لها».**[3]

يتضح من هذا الوجه المثار بخصوص نقض قرار قضاة المجلس أن شهادة الشهود والولي والإمام الذي حضر الفاتحة دليل منتج في دعوى تثبيت الزواج العرفي كون هذا الأخير واقعة مادية وفي حالة عدم مناقشة في الموضوع رغم إثارته من قبل أحد الأطراف يجد خرقا للقانون وقصورا في التسبيب، فقد عالج هذا الطعن أحد وسائل تثبت الزواج العرفي المنعدمة من قبل القاضي وهو «**شهادة الشهود**».

2– الزواج العرفي من خلال المبادئ التي استقر عليها قضاة المحكمة العليا عند النظر في الطعون المرفوعة لها في الأحكام والقرارات القضائية:

---

(1) انظر الملحق المتعلق بالأحكام والقرارات القضائية.

(2) انظر نفس الملحق.

(*) حاليا بمقتضى تعديل قانون الأسرة بموجب أمر 05–02 فإنه أصبح الشهود شرط من شروط الزواج بمقتضى المادة 9 مكرر تقابلها المادة السابقة (09) التي كانت تعتبره ركنا.

(3) المحكمة العليا، نقض شخصي، قرار رقم:368660 بتاريخ: 2006/07/12، المجلة القضائية، العدد02، ص483.

أ-من المبادئ التي استقرت عليها غرفة الأحوال الشخصية على مستوى المحكمة العليا أنه: «**يعتبر كل زواج صحيحا إذا توفرت أركانه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وترتب عليه آثاره وتنتج عنه كافة الحقوق**».

وهذا المبدأ استقر عليه بصدد الفصل في الطعن بالنقض الذي يرمي إلى نقض قرار صادر عن مجلس قضاء تيارت يوم: **20** أفريل**1981** قضى بالموافقة على الحكم المعاد في جميع مقتضياته.

و أوجه الطعن هنا مأخوذة بخرق القانون بدعوى أن آثار الزواج لا تخص إلا العقود المسجلة بالحالة المدنية و كذا وجه آخر مأخوذ من خطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية بدعوى أن المطعون ضدها ليس لها الحق في التعويض لأن رابطة الزوجية غير مطابقة للقانون، لكن صدر القرار برفض الطعن على أساس أن كل زواج صحيح إذا توفرت أركانه و لو كان غير مسجل بالحالة المدنية كما هو الشأن في الدعوى الحالية و أن للمطلقة الحق في النفقة و التعويض و سائر توابع العصمة إذا كان طلاق الزوج غير مبرر الأمر الذي يجعل القرار موافقا لأحكام الشريعة الإسلامية و بتعيين رد الوجه لعدم التأسيس. [1]

ب-المبـــدأ: « **متى كان الزواج العرفي متوفر على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية و إلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافقا للشرع و القانون**».

وهذا المبدأ استقر عليه قضاة المحكمة العليا بصدد النظر في الطعن المرفوع إليها بشأن نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء البويرة بتاريخ: **1986/02/22**: «القاضي بإلغاء الحكم المعارض فيه الصادر من محكمة القليعة بتاريخ: **1983/12/21** الذي رفض دعوى المدعية بتثبيت الزواج العرفي إلا أن قضاة المجلس ألغوه و قضوا فيه من جديد بتصحيح الزواج العرفي و بتسجيله بالحالة المدنية و إلحاق نسب الأولاد الثلاثة بأبيهم و أمهم و تسجيلهم بسجل عقود الميلاد مع إلزام المستأنف عليه بأن يدفع نفقة شهرية قدرها **250 دج** لكل واحد منهم من تاريخ رفع الدعوى ونفقة إهمال الزوجة قدرها **250 دج** شهريا من نفس التاريخ إلا أن قضاة المحكمة العليا رفضوا الطعن على أساس أن الزواج العرفي الواقع سنة **1965** بين المدعى بالطعن و المدعى عليها ثابت بشهادات الشهود الذين أفادوا أمام المحكمة بأنه أفادو أمام المحكمة بأنه

[1] المحكمة العليا، نقض شخصي، قرار رقم: 28784 بتاريخ:1982/11/22، المجلة القضائية، العدد02، ص32.

معلوم بينهم، وعليه تبين للمحكمة العليا أن الزواج العرفي موضوع النزاع تتوافر فيه أركان الزواج اعتمادا على شهادات الشهود ››.[1]

كما تجدر الإشارة أن ما استقر عليه قضاء محكمة النقض بمصر بخصوص الزواج الشرعي:

طبقا للطعن رقم 114 لسنة 58 قانون أحوال الشخصية بتاريخ 1991/11/15 أنه: ‹‹ من المقرر في قضاء محكمة النقض لكي يكون الزواج صحيحا له وجود يحترمه الشارع ويترتب عليه أثاره الشرعية أن تكون المرأة محلا لعقد الزواج عليها بالسنة لمن يريد زواجها وأن يحضر زواجهما شاهدان وزنا الزوجة إن تثبت لا يؤثر في حليتها لزوجها ولا يحرمها عليه أو يبطل عقد زواجهما ››.

أيضا طبقا للطعن رقم 12 سنة 36 قانون أحوال الشخصية بتاريخ 1968/03/27 أنه: ‹‹ من المقرر في قضاء محكمة النقض أن العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلا شرعيا على قيام الزوجية والفراش وعند أبي حنيفة لا يجوز للشاهد أن يشهد على النكاح بالتسامع إلا إذا اشتهر شهرة حقيقية وهي ما تكون بالتواتر ››.[2]

والملاحظ على هذين القرارين أن الزواج العرفي حتى يكون صحيحا لا بد من توافر شروط معينة خاصة منها محل الزواج هي المرأة التي يتم العقد عليها من طرف طالبها للزواج وكذا وجوب حضور شاهدان لنفي كتمه وإعلانه بالإشهاد كما أن الشهادة على النكاح بالتسامح لا تقبل إلا إذا اشتهر شهرة حقيقية وهي ما تكون بالتواتر حسب مذهب أبي حنفية كون هذا الأخير هو المنتشر في مصر.

إذن من خلال ما تم عرضه لمجموع المبادئ والاجتهادات القضائية التي استقر عليها قضاة الحكم وكذا من خلال تحليل التسبيب المتعلق بالأحكام والقرارات الصادرة نجد أن الزواج العرفي هو زواج صحيح من توافرت أركانه وشروطه التي يتطلبها الشرع والقانون ووسيلة إثباته حسب ما سبق فكل الاجتهادات والقرارات والأحكام القضائية تتفق في: ‹‹**التحقيق المدني والمتمثل في محضر سماع الشهود**›› حتى يرتب لجميع آثاره الشرعية والقانونية وهذا التحقيق يقوم به القضاة أنفسهم بصدد النظر في دعوى تثبيت الزواج العرفي.

فمن خلال عرضنا لجملة من التعاريف التي اجتهدت في وضع تعريف خاص بالزواج العرفي سواء أكان من الوجهة القانونية أو الشرعية وكذا القضائية، يمكن القول من وجهة نظرنا أن الزواج العرفي هو: ‹‹ الزواج الذي يتم برضا الزوجين من إيجاب وقبول بينهما بصيغة معينة في حضور الولي، شاهدي عدل، مع إعلانه وإشهاره، تسمية المهر مع انعدام الموانع الشرعية فمتى توافرت هذه الأركان والشروط وقع صحيحا

---

[1] المحكمة العليا، نقض شخصي، قرار رقم:58224 بتاريخ:1989/12/25، المجلة القضائية، العدد04، ص110.

[2] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص05.

من الناحية الشرعية والقانونية إلا أنه فاقد لعنصر الرسمية لعدم توثيقه أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق لتصدر بشأنه وثيقة رسمية من الدولة تنفي الجحود والنكران لآثاره››.

المطلب الثاني: مقارنة الزواج العرفي ببعض صور الزواج

نظرا لمكانة الزواج الكبيرة في الإسلام باعتباره أحد وسائل العفاف والشرف به يتم التزاوج بين الذكور والإناث قصد البقاء الإنساني وذلك لما ينطوي عليه من معاني السكينة والمحبة والدوام والاستقرار.

ومن أجل هذا خصه الله عز وجل عن غيره من وسائل الاتصال الأخرى بمقومات تتناسب ومقاصده الشرعية من أركان وشروط خاصة تتوقف على أساسها صحته أو فساده، لاسيما في العصور الأخيرة التي تنوعت فيها الوسائل الحديثة فجعلت من العالم عالما واحدا فظهر ما يسمى بالعولمة(*) وما تحمله من أفكار سياسية واجتماعية وثقافية أثرت بشكل كبير على العلاقات الإنسانية في الأمة الإسلامية خاصة الفئة الشبابية المقبلة على الزواج مما نتج عن ذلك صور مستحدثة لهذا الأخير باسم التحرر والحداثة إلى جانب الأنواع المعروفة قديما في تاريخ الإسلام؛ فهذا كله أدى إلى ظهور جدال بين فقهاء الشريعة الإسلامية في حكمها وكذا حول آثارها على الأسرة خصوصا وعلى المجتمع عموما.

فمن خلال ما تقدم وجدنا أنه من الضروري التطرق إلى مقارنة الزواج العرفي موضوع الدراسة ببعض صور الزواج حتى نقف على بعض أخطر الصور التي تستهدف هدم أسس ودعائم بنائه الشرعي، لكن قبل التطرق إلى ذلك نقف أولا على الحكم الشرعي له حتى يسهل علينا الوقوف على أوجه الشبه والاختلاف لاحقا وتفادي الوقوع في تكرار التعريف والحكم للزواج العرفي موضوع الدراسة وأساس المقارنة.

الحكم الشرعي للزواج العرفي:

كما تقدم في التعريفات السابقة للزواج العرفي هو «**ذلك العقد المستكمل لكافة الشروط الشرعية إلا أنه لم يوثق أمام الدوائر الرسمية فبمقتضاه يحل للعاقدين الاستمتاع ببعضهما على الوجه المشروع بمجرد ثبوت التراضي شريطة حضور الولي وشاهدي عدل وتحقق الإشهار دون إسقاط المهر مع انتفاء الموانع**

(*) عرفها الدكتور "**مصطفى محمود**" بأنها: «**مصطلح بدء لينتهي بتفريغ الوطن من وطنيته و قوميته وانتمائه الديني والاجتماعي والسياسي بحيث لا يبقى منه إلا خادم القوى الكبرى**»، فمن مظاهر رغبة الغرب في أن يجعل من حياته الاجتماعية في الأسرة والمرأة النموذج الذي يعيشه الناس في مشارق الأرض ومغاربها فبموجبها «**إمكانية معيشة الرجال والنساء معيشة الأزواج من غير رابطة زوجية**». نقلا عن إبراهيم رمضان عطايا: **صور الزواج المستحدثة في ظل العولمة وحكمها الشرعي**، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2014، ص ص22، 27.

الشرعية» وهذا هو المعروف في المجتمع الجزائري "**بزواج الفاتحة**" أو "**الزواج الشرعي**" وبهذا تميز عن الصور الأخرى للزواج العرفي التي سنتناولها لاحقا في التفرقة بينهما.

أما بالنسبة **للحكم الشرعي للزواج العرفي غير الموثق** فقد اختلفت بشأنه الآراء الفقهية بين محرم وبين محلل وبين مجيز له مع الكراهة ولذلك سوف نعرض هذه الآراء وبعدها نختار الأرجح منها في تقديرنا:

الرأي الأول: وهو الذي يحرم هذا الزواج لاسيما في هذا العصر الذي كثر فيه الفساد والفتن وضعفت فيه النفوس وقل الوازع الديني لدى غالبية الناس ومن الذين قالوا بهذا الرأي نذكر منهم:

* فضيلة الدكتور "**محمد سيد طنطاوي**" شيخ الجامع الأزهر:

الذي يقول: «إن نظرة الدين الإسلامي إلى عقد الزواج فيها الكثير من التعظيم والتنظيم والتوثيق لذلك العقد وما جاء في وصف الله تعالى لعقد الزواج بأنه العقد الموثق توثيقا لا مزيد عليه "بالميثاق الغليظ"».[1]

*** الدكتور "أحمد عمر هاشم" رئيس جامعة الأزهر الأسبق:**

يرى أن: « الزواج العرفي حرام حتى وإذا كان مستوفيا الأركان فعدم التوثيق يعرض حقوق المرأة للضياع » واتفق معه في هذا الرأي كل من فضيلة الشيخ "**عطية صفر**" رئيس لجنة الفتوى الأسبق بالأزهر والدكتور" **عبد المعطي بيومي**" أستاذ التفسير بالأزهر.[2]

*** رأي المفتي الدكتور" نصر فريد" واصل مفتي الجمهورية:**

يقول فضيلة المفتي: « أن الزواج العرفي ضياع للأنساب ».[3]

---

[1] عبد رب النبي علي الجارحي: **الزواج العرفي المشكلة والحل والزواج السري ونكاح المتعة والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار**، دار الروضة للنشر والتوزيع، القاهرة، دون سنة نشر، ص46.

[2] "**حكم الزواج العرفي**"، تاريخ المعاينة: 2016/02/12 على الساعة 18:50 مساءا، الرابط الالكتروني:
http://www.yaberrouth.com/pages/index3150.htm

[3] عبد رب النبي علي الجارحي، مرجع سابق، ص47.

ويقول أيضا: « أقترح أن يحرم الزواج المخالف للشروط الشرعية التي أشرنا إليها بمعنى أن العقد إذا لم يوثق لدى مأذون مختص ».[1]

وأصحاب هذا الرأي استدلوا بجملة من الأدلة نذكر منها:

1-يحرم الزواج العرفي لفقد عنصر التوثيق في وثيقة رسمية ويترتب على افتقاد عنصر التوثيق أضرار كثيرة من عدم إمكان إثبات عقد الزواج أو صعوبة إثباته في حال الخلاف بين الزوجين إما لغفلة الشهود أو نسيانهم وإما لإنكارهم أو موتهم أو غيابهم ومن ثم ضياع الحقوق الزوجية وضياع حقوق الأولاد من النسب والنفقة والرعاية... الخ وهذا ما لا يجوز التنازل عنه، فإن كان للزوجة التنازل عن بعض حقوقها فليس لها التنازل عن حقوق أولادها.

2-طاعة ولي الأمر واجبة شرعا؛ لأنها طاعة في معروف فهم لم يأمروا بتوثيق عقد الزواج ويوجبوه إلا لمصلحة الناس وخشية أن يتناكروا وتضيع الحقوق بينهم مصداقا لقوله تعالى: « يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ٥٩ ».[2]

وروي عن علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**لا طاعة في معصية الله، إنما الطاعة في المعروف**»، وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « **على المرء المسلم السمع و الطاعة، فيما أحب وكره، إلا أن يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة**».[3]

3- أيضا سبب التحريم هو ضعف الإحساس بالرقابة الإلهية بخلاف عهد الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين والتابعين لتمتعهم بقوة الإيمان والخيرية التي شهد لهم بها عليه الصلاة والسلام.[4]

---

[1] محمد شتا، مرجع سابق، ص174.

[2] الآية 59 من سورة النساء.

[3] أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق عبد الرزاق بن محمد بن راتب: **صحيح مسلم**، الجزء السادس، حديث رقم:(1839)38، المركز الثقافي اللبناني للطباعة والنشر والترجمة والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، دون سنة نشر، ص ص191، 192.

[4] إبراهيم رمضان إبراهيم عطايا، مرجع سابق، ص62.

حيث قال: «**خير القرون قرني ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم**».[1]

2-الرأي الثاني: وهذا الرأي اعتبر الزواج العرفي صحيح مرتب لجميع آثاره الشرعية ولا يؤثر التوثيق الرسمي في صحته ومن الذين قالوا بهذا الرأي نذكر منهم:

* "**الشيخ "مختار محسن" الباحث في العلوم الشرعية:**

«تحدث عن الزواج العرفي أنه موجود به كل أركان الزواج الشرعي ولكنه غير موثق ولذلك فلا يمكن لأحد من العلماء أن يفتي **بحرمة هذا العقد** وأن هذا ليس له علاقة بحلية العقد أو شرعيته، فالعقد اتفاق وهذا الاتفاق يكون باللفظ وهو عند جميع الفقهاء، فالعقود ألفاظ وهذه الكتابة ليست إلا كتابة».

* **الدكتور "محمد وسام" مدير الفتوى المكتوبة بدار الإفتاء المصرية:** قال:« أنه في مسألة الزواج أن تحقق فيه الشروط والأركان الشرعية بعيدا عن مسماه فإذا ما تحققت تلك الشروط فهو عقد زواج صحيح، وان مسألة التوثيق في الزواج هي مسألة إجرائية لحفظ الحقوق لما ظهر من إنكار لها فلجأ القانون المصري إلى الإنزال بالتوثيق».[2]

وأصحاب هذا الرأي استدلوا بجملة من الأدلة نذكر منها:

1- الزواج العرفي زواج صحيح لأنه مكتمل الأركان والشروط من الإيجاب والقبول وتعيين الزوجين وتراضيهما وخلوهما من الموانع الشرعية وتوافر الولي والشهود ووجود الصداق، وهذا هو الزواج الشرعي الذي كان معهودا عند المسلمين إلى عهد قريب قبل أن يعرف التوثيق الرسمي والتوثيق ليس بركن ولا شرط لعقد الزواج الشرعي فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته يتزوجون شفويا من غير توثيق وقد أقر الشرع هذا الزواج ولم يرده في وقت من الأوقات لكونه غير موثق.

2- الزواج العرفي هو زواج شرعي مكتمل الشروط والأركان يتحقق معه استمرار وجود وبقاء الجنس البشري الذي هو ضروري لبقاء الدنيا إلى الأجل الذي قدره الله لها ويتحقق معه حث النبي صلى الله عليه وسلم التزوج بالولود حتى يباهي به الأمم يوم القيامة.

---

[1] أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، مرجع سابق، الجزء الثامن، حديث رقم:215، ص193.

[2] لؤي علي: "**علماء الأزهر يساندون علي جمعة: نعم الزواج العرفي "حلال"، التوثيق أولى لحفظ الحقوق لكن أركان عقد القران واضحة وبعض أصحاب الفتاوى يقولون بما لم ينزل من السماء**"، تاريخ المعاينة: 2016/02/12، على الساعة: 18:38 مساءا، الرابط الالكتروني:/http://www.youm7.com/story/2014/11/8

3- الزواج العرفي الكامل الشروط الشرعية يتحقق فيه حفظ الأنساب والأعراق من الاختلاط ونسب كل ولد لأبيه لا يتحقق إلا بالزواج الشرعي وقد هدد النبي صلى الله عليه وسلم أولئك الأدعياء الذين ينتسبون إلى غير آبائهم في قوله صلى الله عليه وسلم: « **من ادعى أبا في الإسلام غير أبيه يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام**».[1]

3-الرأي الثالث: وهذا الرأي اعتبر الزواج العرفي صحيحا مرتب لجميع آثاره إلا أنه مكروه عندهم كون إن تخلف التوثيق ينجم عنه ضياع لحقوق الزوجة والأولاد لاسيما في زماننا هذا الذي تلاشت فيه ضمائر النفوس ومن الذين قالوا بهذا الرأي نذكر:

*** فضيلة الشيخ "محمد متولي الشعراوي" إمام وداعية إسلامي:**

«الزواج العرفي هو اقتران الزوج بالزوجة بعقد يفيد حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي، ولهذا الزواج أركان وشروط صحة متى استوفت كان الزواج صحيحا شرعا وثق أو لم يوثق، فالتوثيق شيء مدني لحفظ الحقوق وإن كنت أرى في زماننا هذا ضرورة توثيق الزواج لحفظ الحقوق ولئلا ينكر أحد من الزوجين الزواج فيقع فيما حرمه الله ».[2]

* كما صدر عن **مركز الفتوى "إسلام ويب" فتوى رقم 5962** عند حكم الزواج العرفي:

وذلك بصدد طرح سؤال: هل الزواج العرفي حرام أم حلال؟ لاسيما أن الفتوى ذي صلة بالفروع المعاصرة التي تطرأ من خلالها الحوادث والنوازل في حياة الناس تساير الحياة العملية وتسير معها طورا طورا، فالفتوى هي الإخبار بحكم الله تعالى بمقتضى الأدلة الشرعية على جهة العموم والشمول[3]؛ قصد بيان حكم المسألة في المسائل المستجدة خصوصا ومن أمثلتها التوثيق في الزواج العرفي الذي نحن بصدده، فكان الجواب كالآتي:

---

[1] آمال جمعة عبد الفتاح محمد: **القضايا الاجتماعية في القرن الحادي والعشرين**، دار الكتب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 1431هـ/2010م، ص ص98، 99.

[2] محمد متولي الشعراوي: **أحكام الأسرة والبيت المسلم**، المكتبة العصرية، صيدا-بيروت، 1425هـ/2004م، ص136.

[3] محمود إسماعيل محمد مشعل: **أثر الخلاف الفقهي في القواعد المختلف فيها ومدى تطبيقها في الفروع المعاصرة**، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة-الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1430هـ/2009م، ص159.

« فالزواج العرفي غالبا ما يطلق على الزواج الذي لم يسجل في المحكمة وهذا الزواج إن اشتمل على الأركان والشروط وعدمت فيه الموانع فهو زواج صحيح وقد يترتب على ذلك مفاسد كثيرة فالمقصود من التسجيل صيانة الحقوق لكلا الزوجين».

وفي آخر الفتوى أكدت على: « ومن هنا ننصح إخواننا المسلمين بالبعد عن الزواج العرفي والحرص على الزواج الصحيح الموثق».[1]

ويتضح من خلال هذا الرأي أنه توسط الرأيين السابقين فقد:

- أقر بحلية الزواج العرفي الكامل الأركان والشروط المعتبرة شرعا لاسيما رضا الزوجين والولي وشاهدي عدل والإعلان والإشهار مع انتقاء الموانع الشرعية ومهر مسمى فهو مرتب لكامل آثاره من حقوق وواجبات بين طرفيه وكذا حقوق ما يثمره من أولاد.
- إلا أنه بالتوثيق فقط تتوفر حماية لآثاره لاسيما الزوجة والأولاد فلهذا أصحاب هذا الرأي لا ينصحون به لرفع الظلم أو الاعتداء إن وجد من خلال وسيلة اثباته والمتمثلة في الورقة الرسمية.

وبعدما عرضنا الآراء الفقهية المختلفة في إعطاء الحكم الشرعي للزواج العرفي، فحسب رأينا الزواج العرفي الذي استكمل شروطه وأركانه المعتبرة في صحته من رضا طرفيه وحضور الولي وشاهدي عدل وإعلانه وإشهاره بين الناس مثل ما كان معهود عند المسلمين إلى عهد قريب ففي الوقت الذي كان فيه الضمير الإيماني كافيا عند الطرفين في الاعتراف به وفي القيام بحقوقه الشرعية على الوجه الذي يتطلبه الشرع فهو صحيحا مرتبا لكافة آثاره إلا أنه في زماننا الذي رأى فيه أولياء الأمر أن ميزان الإيمان في كثير من القلوب قد خف وأن الضمير الإيماني قد ذبل.[2]

نرى أن التوثيق أصبح أمر ضروري لا محالة وذلك حفظا وصونا للحياة الزوجية وما ينتج عنها من آثار من كل تلاعب وما اجتهاد أولياء الأمور إلا درءًا لمفسدة وجلباً لمصلحة لاسيما أن المقصد العام من التشريع هو حفظ نظام الأمة على الوجه الذي لا يشوبه حرج ولا تصحبه مشقة ولا يفضي إلى هدم كيان الشريعة.

---

[1] "**حكم الزواج العرفي**"، تاريخ المعاينة: 2016/03/11، على الساعة 12:58 زوالا، الرابط الالكتروني http://fatwa.islamwels.net/fatwa/index.php?page:showfatwa&option:fatwald

[2] عبد رب النبي علي الجارحي، مرجع سابق، ص04.

ومن مفاتيح السياسة الشرعية في سن أنظمة تيسر ولا تعسر مقولة الخليفة العادل "**عمر بن عبد العزيز**" رحمه الله: « **تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور**»[1]، وهو يعني أنه يقرر من الأحكام ما يكون فيه سدا لذريعة الفساد[2]، ولهذا فالتوثيق في زمان ذهبت فيه الهمم أصبح ضرورة حالة وعليه نقول:« **الزواج العرفي الذي كان أصلا في زمن من الوفاء أصبح استثناء في زمن الحداثة الذي ضعفت فيه الهمم** ».

والآن سنحاول مقارنة الزواج العرفي موضوع الدراسة مع بعض صور الزواج التي قد تتشابه معه في التسمية إلا أنه من حيث مدى توافر أركان وشروط صحته وموقف الشرع منها قد تختلف عنه، وذلك بهدف توضيح الصورة عن الزواج العرفي الذي نحن بصدد بحثنا فيه عند غيره من هذه الصور لاسيما المنتشر والمعروف في المجتمع الجزائري.

فبعدما وضحنا الحكم الشرعي للزواج العرفي موضوع البحث سنقف في هذه المقارنة فقط على أوجه الاتفاق و أوجه الاختلاف بينه وبين بعض صور الزواج محل المقارنة مع الإشارة إلى تعريف لكل نوع منها قصد توضيح مقصودها لأنه بمفهوم المدلول تتضح خصائصه وبالنتيجة تسهل مقارنته بغيره وذلك بدون إغفال حكمها الشرعي في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية.

لنخلص في الأخير إلى رأينا الشخصي في ذلك لاسيما في ظل ما ظهر من نوازل ومستجدات في القضايا التي تمس أهم دعامة للأسرة الجزائرية خصوصا والعربية الإسلامية عموما ألا وهي «**الرابطة الزوجية**».

---

[1] عبد الله بن محمد بن سعد آل حنين: **الحاجة إلى معرفة المقاصد الشرعية لفقه مرافعات عند استمداد أحكامه وبيان هذه المقاصد**، تاريخ المعاينة: 2016/04/08، على الساعة 23:42 مساءا، الرابط الإلكتروني:www.mohamoom.ksa.com

[2] عبد العزيز بن سطام بن عبد العزيز آل سعود: **سياسة عمر بن عبد العزيز في سن الأنظمة بناء على قوله "تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور"**، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، مجلة فصيلة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، العدد الثاني عشر، 1433هـ/2012م، ص27.

الفرع الأول: الزواج العرفي وبعض صور الزواج المعهودة[*]

ففي هذا الفرع ستقتصر الدراسة بمقارنة بعض صور الزواج التي كانت معروفة من مجيء الإسلام فاختلف الحكم الشرعي بين فقهاء الشريعة الإسلامية بشأنها وهي لازالت موجودة الآن، لهذا ارتأينا مقارنتها مع الزواج العرفي محل الدراسة حتى يتضح الفرق بين كل منها.

أولا: الزواج العرفي والزواج المحلل

سبق وأن عرفنا الزواج العرفي فقبل التطرق إلى إيراد أوجه الاتفاق والاختلاف بينه وبين الزواج المحلل نتعرف أولا على مقصود هذا الأخير وحكمه الشرعي.

1- تعريف الزواج المحلل:

يعرف هذا النوع من الزواج بعدة تسميات فيقال له: "الزواج بنية التحليل"، "زواج التحليل"، "نكاح التحليل" و"نكاح المحلل"، وهو أن يعمد رجل من الناس إلى امرأة طلقها زوجها ثلاث تطليقات بائن بينونة كبرى فيتزوجها[**] بنية أنه متى حللها لزوجها الأول طلقها.[1]

وعليه فالمحلل الذي قصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول سواء اشترط عليه التحليل في صلب العقد أو قبله أو لم يشترط أصلا، المهم فالعبرة بنية التحليل ونيته هو دون الزوجة والمحلل له على أساس أن العبرة بالمقاصد والنوايا خاصة وأن الألفاظ لا تراد بعينها بل للدلالة على المعاني لأنها وسائل قد تحققت غاياتها.

---

[*]مصطلح "**المعهودة**" نقصد به أنواع الزواج المعروفة من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عنهم وهي التي ستنصب المقارنة لبعض أنواعها مع موضوع الدراسة.

[**] بمعنى يكون فيه وطء وتذوق العسيلة أي وطء الفرج فعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في الرجل تكون له المرأة فيطلقها ثم يتزوجها رجل فيطلقها قبل أن يدخل بها فترجع إلى زوجها الأول فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**لا حتى يذوق العسيلة**». نقلا عن أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: **المحلى بالآثار**، الجزء التاسع، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، دون سنة نشر، ص425.

[1] محمد إبراهيم سعد النادي، مرجع سابق، ص54.

2- الحكم الشرعي للزواج المحلل:

هذا النوع من الزواج اختلف الفقهاء في صحته وفساده وسبب ذلك اختلافهم في مفهوم قوله –عليه الصلاة والسلام– «**ألا أخبركم بالتيس المستعار؟** قالوا بلى يا رسول الله، قال: «**هو المُحَلِّلَ لعن الله المحلل والمحَلَّلَ لَه**».[1]

فذهب المالكية والحنابلة إلى أن الزواج المحلل فاسد غير صحيح لا تحل للأول الذي طلقها ووجه الدلالة عندهم من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق على المحلل اسم التيس الذي يستعار به في تنزية الغنم وفيه تنفير و تقبيح من هذا الفعل وما هذا إلا لكونه فاسدا وهذا يؤيده لعن النبي صلى الله عليه وسلم لهذا المحلل والمحلل له و ما ذلك إلا لفساد النكاح[2]، وهذا الفساد سواء اشترط التحليل قبل العقد أو في صلبه أو بعده.

وذهب الحنفية والشافعية إلى تفصيل في المسألة بين ما إذا كان التحليل مجرد نية لم يوجد ما يدل عليها أثناء العقد وبين ما إذا كان مشروط فيه:

* فإن كان منويا فقط صح العقد وأفاد الحل إذا تم على الوجه المرسوم شرعا لعدم وجود ما يؤثر في العقد بالفساد.

* أما إذا شرط فيه ففيه رأيان:

- ✓ الرأي الأول: يرى أن العقد فاسد لوجود الشرط الفاسد الذي يقضي فساد العقد.
- ✓ الرأي الثاني: يرى أن الزواج صحيح، لأن الشرط فاسد والزواج لا يفسد بالشروط الفاسدة فيلعن الشرط وحده ويصبح العقد وإن كان يرى أنه مكروه لحديث « **لعن الله المحلل والمحلل له** ».[3]
- ✓ كما استدل أبو حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « **لعن الله المحلل والمحلل له**» فوجه الدلالة هنا أن النبي صلى الله عليه وسلم سماه محللا فدل ذلك على أنه يحلها لزوجها الأول وهذا يدل على صحة النكاح وإنما لعن مع حصول الحل لأن التماس ذلك واشتراطه في العقد فيه هتك

---

[1] أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي: **سنن ابن ماجة**، المجلد الثاني، حديث رقم (1936)3، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت– لبنان، الطبعة الأولى، 1416هـ/1996م، ص ص455، 456.

[2] ابن رشد القرطبي الأندلسي: **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، المجلد الرابع، دارا لكتب العلمية بيروت– لبنان، الطبعة الأولى، 1416هـ، 1996م، ص335.

[3] أحمد آباش، مرجع سابق، ص77.

للمرؤة وإعارة النفس في الوطء لغرض الغير ولهذا قال عليه الصلاة والسلام «**هو التيس المستعار**».(*)

وحسب رأينا فإن ما ذهب إليه المالكية والحنابلة هو الأرجح لاسيما أن الهدف من هذا الزواج هو مجرد التحليل للغير والمحلل لا يريدها لنفسه وهذا ما يخالف أهداف الزواج لاسيما الدوام والاستقرار والسكينة، فهو زواج خداع يخدعون الله كما يخدعون الصبيان مخادع متخذ آيات الله هزؤا في قوله تعالى:« فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ »[1]، أي إذا طلق الرجل امرأته طلقة ثالثة بعدما أرسل عليها الطلاق مرتين، فإنها تحرم عليه حتى تنكح زوجا غيره في نكاح صحيح[2]، وهذا الزواج الثاني قد يدوم وقد ينتهي بالطلاق دون وجود نية التحليل وهذا ما ذهب إليه الدكتور" **يوسف القرضاوي**" لما سألته سيدة متزوجة وعندها أربعة أولا د تحب زوجها ولكنه لأمر ما–اختلف معها– فوقع الطلاق الثالث والأخير ورغبا الزوجان المطلقان استئناف حياتهما معا فذهبت هذه السيدة إلى رجل آخر ليعقد عليها زواج المحلل لمدة أسبوع من أجل العودة إلى زوجها وأولادها بزواج جديد فكان جوابه: فإن الله تعالى يقول: « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» ولم يقل حتى تنكح رجلا غيره فسماه زوجا تسمية صريحة والرجل لا يكون زوجا إلا إذا كان له نية الزواج الشرعي المنعقدة في الاستمرار وتحقيق ما امتن له سبحانه بقوله: « وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجًا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحۡمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ »[3] ومن ذلك تفكيره في المهر واجتهاده في إعداد بيت الزوجية إلى آخر ما هو معلوم عن كل زواج حقيقي تعلق به القصد الهمة، ومما لا شك فيه أن هذا الرجل لا يفكر

(*) سبب تسمية المحلل بالتيس المستعار فقد طرح سؤال بمركز الفتوى إسلام ويب بشأن هذا فجوابها حسب رقم الفتوى112199 فأجيب عنها: أن التيس هو الذكر من الظباء والماعز ووجه الشبه بين التيس والمحَلِّل أن المحَلِّل لا رغبة للمرأة ووليها في مصاهرته ومناكحتها واتخاذه زوجا وإنما يستعيرونه ليجامع فتاتهم كصاحب الماشية يستعير التيس لا لأجل الملك ولكن لينزيه على غنمه ووجه التشبيه بالتيس خصوصا دون غيره من الحيوانات كون الشهوة فيه كثيرة فلا يفتر على الجماع. نقلا عن مركز الفتوى الاسلام ويب: "**سبب تسمية المحلل بالتيس المستعار**"، تاريخ المعاينة: 2016/04/11 على الساعة: 16:45مساءا، الرابط الالكتروني: fatwa.islamweb.net

(1) الآية 230 من سورة البقرة.

(2) أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير: **تفسير القرآن العظيم**، المجلد الأول، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت– لبنان، الطبعة الأولى، 1423هـ/2002م، ص ص447، 448.

(3) الآية 21 من سورة الروم.

لعملية المحلل في زواج التحليل إلا أن ذلك وسيلة تحليل المرأة لزوجها الأول وقد تبين ما فيه من مجافاة لأحكام الحلال في دين الله[1].

3- أوجه الاتفاق الاختلاف بين الزواج العرفي و المحلل:

أما الآن ستقوم بتوضيح كل من أوجه الاتفاق والاختلاف بين الزواج العرفي والمحلل كما يلي:

أ- أوجه الاتفاق بين الزواج العرفي و الزواج المحلل:

تتمثل أوجه الاتفاق بينهما فيما يلي:

- كلا الزواجين يتم العقد فيهما بالأركان والشروط المعتبرة شرعا.
- يتفقان أحيانا في السرعة في العقد والسرعة في الطلاق، فالزواج العرفي مثلا قد لا يتفقان الزوجان في بعض الأمور المتعلقة مثلا في موعد الزفاف وبين أهل كل منهما فيفترقان لأجله قبل الدخول ويتم الطلاق دون إجراءات وتعقيدات معينة وكذلك زواج التحليل قد ينتهي بالانتهاء من الوطء وتحليلها لزوجها الأول فلا يدوم لمدة طويلة.
- كل من الزواج العرفي ونكاح التحليل قد لا يقصدان تكاثر النسل وإنجاب الأولاد كأن يكون الزوج في الزواج العرفي هدفه من زواجه الثاني حل الاستمتاع بشرط عدم الإنجاب، وكذلك في زواج التحليل الهدف منه هو وطء المرأة المطلقة ثلاثا حتى تحل لزوجها الأول فقط دون غرض الإنجاب.
- كلا الزواجين يتم بأقل الأعباء والتكاليف عادة لاسيما إذا تما بدون إجراءات التوثيق.

ب- أوجه الاختلاف بين الزواج العرفي و الزواج المحلل:

- الزواج العرفي الموافق للشريعة الإسلامية المتوفر على جميع أركانه وشروط الصحة المعتبرة شرعا لا يمكن تحريمه أبدا لأنه هو الذي يوافق زواج الرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه الكرام إلا أن المصلحة العامة تتطلب توثيقه، بينما الزواج المحلل محرم وباطل كما اتضح في النصوص الشرعية كونه مختل الشروط المطلوبة في العقد الصحيح لاسيما شرط نية التأبيد حتى وإن اختلف الفقهاء فيما إذا اشترط التحليل قبل العقد أو بعده بين صحته وفساده.

---

[1] يوسف القرضاوي: "**من هدي الإسلام فتاوى معاصرة**"، الجزء الأول، المكتب الإسلامي بدون دار نشر، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م، ص566.

- الزواج العرفي ينقسم إلى قسمين فيوجد الزواج العرفي في صورته الشرعية التي ذكرها علماء الشرع واتفق معه فيها القانون والذي هو محل الدراسة إلى جانب القسم الثاني أين يتم في سرية تامة بعيدا عند أعين الأسرة والمجتمع دون إعلانه وإشهاره وعدم حضور الولي للزوجة لمباشرة العقد عليها مثل ما هو شائع في المجتمع المصري، السعودي وغيرها من الدول المعروف فيها، وهذا بدون شك باطل من الناحية الشرعية عند جمهور العلماء[1] ، في حين نجد الزواج المحلل قسم واحد.
- الزواج العرفي الدافع إليه المتعة وقضاء الشهوة لاسيما الزواج الشرعي الكامل شروط الصحة الذي يفيد به حل الاستمتاع فغالبا ما يكون أطول، بينما زواج التحليل لم يبن على الشهوة والاستمتاع وإنما يبنى على تحليل الزوجة المطلقة ثلاثا لزوجها الأول فقد يتزوج شاب بالعشرين امرأة وبالخمسين لإحلالها فقط؛ فهذا غالبا ما يجعله ينتهي من يومه.
- الزواج العرفي الموافق للشريعة الإسلامية يرتب آثاره ويقوم صحيحا بمجرد توافر أركانه وشروطه ولا يشترط فيه الوطء للصحة بل يكفي فيه قيام العقد صحيحا، بينما الزواج المحلل لا يكون صحيحا لتحليل الزوجة المطلق ثلاثا بمجرد العقد عليها ثم تطليقها لتحل لزوجها الأول بل كل ذلك متوقف على شرط تذوق العسيلة أي وطء الفرج بالجماع.
- الزواج العرفي عادة ما يكون بين طرفين وهما الزوج والزوجة وذلك بتوافر رضاهما من إيجاب وقبول إلى جانب الولي والشاهدين والإعلان والمهر وغيرها من شروط الصحة اللازمة شرعا، في مقابل ذلك الزواج بالتحليل أطرافه ثلاثة كل من الزوج المحلل والزوجة المطلقة ثلاثا والزوج المطلق إما أن يكون باتفاق بين الثلاث وإما أن يكون بين طرفين دون علم الآخر[2]، وفي كلا الحالتين شرط نية التحليل.

* كما تجدر الإشارة إلى أنه قد يتداخل الزواج العرفي بالزواج بالتحليل غير موثق[3]، وذلك إذا تزوجت المرأة المطلقة ثلاثا زواجا عرفيا مكتمل الأركان والشروط المعتبرة إلا أنه لم يوثق ثم طلقها هذا الزواج المحلل فهنا قد نكون أمام حالتين:

---

[1] محمد إبراهيم النادي، مرجع سابق، ص34.

[2] وفي هذا أن رجلا سأل ابن عمر فقال: ما تقول في امرأة تزوجتها لأحلها لزوجها ولم يأمرني ولم يعلم؟ فقال له ابن عمر: "لا، إلا نكاح رغبة، إن أعجبتك أمسكتها، وان كرهتها فارقتها، وان كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم" وقال: "لا يزالان زانيين وان مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها". نقلا عن سيد سابق: **فقه السنة**، المجلد الثاني، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت–لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ/2003م، ص127.

[3] عبد الملك يوسف المطلق، مرجع سابق، ص309.

الحالة الأولى: إما أن يكون الزوج هنا تزوج هذه الزوجة المطلقة ثلاثا رغبة منه ثم بدا له طلاقها بدون نية تحليل فهذا الزواج ما دام أنه متوافر على أركانه الشرعية وشروطه المعتبرة شرعا ولكن الطلاق جاء لأسباب وظروف حتمته على ذلك فهنا إن طلقها يمكن لها أن تعود لزوجها الأول متى طلبها وخطبها من جديد وهذا من الناحية الشرعية وإن كان يعاب عليه عدم التوثيق من الناحية القانونية.

الحالة الثانية: إما أن يكون الزوج هنا تزوج المطلقة ثلاثا بنية التحليل ولكن عرفيا بمعنى تخلف التوثيق فقط في وجود أركان وشروط الزواج صحيحة وبعد وطئها قام بتطليقها فهنا من الناحية الشرعية ونظرا لفساد شروط هذا الزواج لاسيما التأبيد فهو فاسد في أرجح الآراء بين الفقهاء حتى وإن خالفهم البعض الآخر في ذلك وكذا يعاب عليه قانونا عدم توثيقه.

وعليه فالتحليل هنا مخالف للزواج المحلل شرعا الذي يشترط شروط في التحليل؛ فبعدما يطلق الزوج الأول ثلاثا فلا يمكن أن يراجع زوجته ويصبح أجنبيا عنها إلا بعد أن تنكح آخر وهذا الأخير ينكحها بنية التأبيد وبزواج كامل الأركان والشروط إما أن يموت عنها أو يطلقها وبعد أخذ رأيها من الزوج الأول إذا تقدم خاطب لها في الموافقة من عدمها كي تحل له بعد ذلك.

فالقانون هنا لا يمكن أن يكشف شرط الاتفاق على الطلاق من الزواج بالتحليل حتى وإن وثق أمام الموثق إلا إذا تم المطالبة بإبطاله من ذوي المصلحة كالولي مثلا.

ثانيا: الزواج العرفي وزاج المتعة:

حتى نقف على النقاط التي يلتقي فيها كلا النوعين من الزواج ونقاط الاختلاف بينما نعرف أولا زواج المتعة وموقف الشرع منه.

1- تعريف زواج المتعة:[*]

يعرف هذا النوع من الزواج أيضا بـ "**بالزواج المنقطع**"، وهو أن يتم تزويج المرأة إلى أجل فإذا انقضى وقعت الفرقة[1]، وذلك مقابل مال سواء كانت هذه المدة معلومة كأن يقول: «زوجتك ابنتي شهرا» أو مجهولة أو معلقة على أمر كأن يقول: «زوجتك ابنتي إلى قدوم زيد الغائب».

2- الحكم الشرعي لزواج المتعة:

وقع الإجماع من جميع العلماء من المذاهب السنية الأربعة على تحريم وبطلان زواج المتعة إلا الشيعة الامامية الاثني عشر فإنه عندهم جائز، فمن جملة الأدلة التي استدل بها العلماء على التحريم ما أخرجه البخاري عن علي رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عند نكاح المتعة[2]، وروي عنه صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن المتعة وقال: « **ألا إنها حرام من يومكم هذا إلى يوم القيامة، ومن كان أعطى شيئا فلا يأخذه**».[3]

أما الشيعة الإمامية الذين قالوا بإباحة المتعة فاستدلوا إلى ظاهر النص دون أن يقفوا على حقيقة الأمر في قوله تعالى:« **فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن** »[4] وهذه الآية واردة في الزوجات بدليل ما سبقها أتى خاصا بالمحرمات في قوله تعالى: «**حرمت عليكم أمهاتكم**» إلى غاية قوله تعالى: «**وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمعتم به منهن فأتوهن أجورهن**» فالمراد بالاستمتاع هو التمتع بالزوجة المعقود عليها على سبيل التأبيد وفي مقابل هذا تدفع لهن المهور وهو المقصود بالأجور في

---

[*] سمي الزواج بالمتعة لأن الرجل فيه ينتفع ويتبلغ بالزواج ويتمتع إلى الأجل الذي وقته ثم يتخلى عنها، والمتاع في اللغة ما انتفع به، والمتعة هي التمتع بالمرأة لا تريد إدامتها فكان الغرض إذن هو مجرد التمتع دون التوالد وغيره من أغراض النكاح. نقلا عن سيد سابق، مرجع سابق، ص123، ابن منظور، مرجع سابق، المجلد الثاني، ص ص10،11، ابن رشد القرطبي الأندلسي، مرجع سابق، ص325.

[1] محمد محدة: **سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالأحكام والقرارات القضائية)**، المجلد الأول، دون دار نشر، دون بلد نشر، الطبعة الثانية، 1994، ص165.

[2] أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبة البخاري، مرجع سابق، المجلد الثالث، حديث رقم 5115، ص352.

[3] أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي: **صحيح مسلم**، الجزء الأول، حديث رقم 28، دار الحديث للطبع والنشر والتوزيع، بدون بلد نشر، الطبعة الأولى، 1412هـ/1991م، ص1027.

[4] فارس محمد عمران، مرجع سابق، ص56.

الآية وهذا ما جاء في تفسير «**فما استمعتم به منهن**» أي من تزوجتموها «**فأتوهن أجورهن**» أي الأجور في مقابلة الاستمتاع وهذا إذا دخل الزوج بزوجته تقرر عليه صداقها.[1]

3- أوجه الاتفاق والاختلاف بين الزواج العرفي وزواج المتعة:

تتمثل أوجه الاتفاق والاختلاف بين الزواج العرفي وزواج المتعة فيما يلي:

أ- **أوجه الاتفاق بين الزواج العرفي وزواج المتعة:** كل من الزواجين يتفقان في:

- يلتقيان أحيانا في عدم التوثيق رسميا وهذا في العصر الحاضر وإنما يكتفي بالقول أو المشافهة فقط.
- يلتقيان أحيانا في كثير من الأسباب التي أدت إلى ظهورهما منها: غلاء المهور، كثرة العوانس، المطلقات عدم رغبة الزوجة الأولى في الزواج الثاني لزوجها، رغبة الرجل في المتعة بأكثر من امرأة مع خوفه على كيان أسرته الأولى وغيرها من مبررات كل منهما.
- كلاهما القصد منهما الاستمتاع بأسهل الطرق بدون تكاليف وأعباء.

ب- **أوجه الاختلاف بين الزواج العرفي وزواج المتعة:** كل من الزواجين يفترقا فيما يلي:

- الزواج العرفي أساسه هو الدوام والعشرة ويكون بنية التأبيد الذي ينتفي معه التأقيت في مقابل زواج المتعة فهو مؤقت لأجل معين سواء حدد أم علق على أمر ما.
- أركان وشروط الزواج العرفي تختلف عن زواج المتعة وهذه الأخيرة لا يشترط فيه حضور الولي والشهود وألفاظه تحمل شرط التأقيت ويكون هذا الأخير محددا في صيغة الزواج في مقابل مال بعكس الزواج العرفي يجب توافر كل أركان وشروط لاسيما الولي والشهود والإعلان والإشهار وغيرها من الشروط المعتبرة شرعا.
- الزواج العرفي متى وقع موافقا للشريعة الإسلامية يرتب جميع آثاره من وجوب نفقة، سكن، توارث، إنجاب الأولاد بخلاف زواج المتعة لا يترتب عليه ذلك.
- الزواج العرفي في حالة حدوث شقاق أو خلاف بين أطرافه فإنه ينتهي بالطلاق أو الخلع أو التطليق أما نكاح المتعة فينتهي بانتهاء المدة المحددة التي من أجلها يعقد بدون حاجة إلى الطلاق أو أحد صوره.
- الزواج العرفي الموافق للشريعة أغلب الفقهاء عندهم صحيح مرتبا لجميع آثاره أما نكاح المتعة فباتفاق الفقهاء تم تحريمه ما عدا الشيعة الإمامية عندهم حلال.

---

[1] عبد الرحمان بن ناصر السعدي تحقيق عبد الرحمان بن معلا اللويحق: **تسيير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان**، دار الإمام مالك لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 1435هـ/2014م، ص137.

- زواج المتعة يكون أخطر من الزواج العرفي لأنه غالبا ما يكون سرا ويقرب للزنا في نظر البعض لاسيما أن هدفه الشهوة فقط وكأن المرأة سلعة ينتفع بها بخلاف الزواج العرفي عادة ما يكون معلن وسبيل الدوام والعشرة والإعفاف.

ثالثا: الزواج العرفي والزواج السري:

إن الزواج السري يتم بصورتين، صورة معروفة قديما لدى الفقهاء وصورة حديثة تحدث في بعض البلاد العربية وهذا ما سنحاول تناوله قصد الوقوف على أوجه الاتفاق والاختلاف بينه وبين الزواج العرفي وحكمه الشرعي.

1-تعريف الزواج السري:[*]

وقد يطلق على هذا النوع من الزواج بـ "الزواج العرفي غير الشرعي"، وله صورتان:

أ- **الصورة الأولى:** هو الذي يتم بكافة أركانه وشروطه، ولكن يتفق الزوجان والولي والشهود على كتمانه فلا يحدث إعلان ولا إشهار، وهذا المعروف لدى الفقهاء.

ب- **الصورة الثانية:** هي أن يتقابل الرجل مع المرأة فيعرض عليها الزواج فتقبله منه دون ولي ولا شهود، وأحيانا يكون هناك شاهدان في الغالب يكونان من أصدقاء الزوجين، ولكن أهل الزوج والزوجة لا يعلمون عن ذلك الأمر شيئا.

وكلا الصورتان قد يتمان في ورقة عرفية بين طرفيه دون توثيقه أمام الدوائر الرسمية.[1]

2-الحكم الشرعي للزواج السري:

أما عن موقف الفقهاء من نكاح السر أو الزواج العرفي غير الشرعي بصورتيه فهو محل نقاش بينهم وهذا ما سنوضحه بإيجاز وفقا لما يلي:

أ- الصورة التي يتم فيها الزواج العرفي بسرية مع حضور الشهود فقط دون مباشرة الولي:

اتجه علماء المسلمين المحدثين إلى تحريم هذا النوع وذلك وفقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن مباشرة الولي لعقد النكاح هو ركن من أركان العقد، وما زاد عليه المالكية من أنه يشترط إعلان عقد النكاح وإشهاره

---

[*] سمي هذا النوع من الزواج بالسري لأن الزوجين يكتمان عن الناس ولا يكاد يعلم به إلا الشهود. نقلا عن عبد الملك يوسف المطلق، مرجع سابق، ص386.

[1] فارس محمد عمران، مرجع سابق، ص17.

بين الناس وأن توصية الشهود بالكتمان ينفي عنه هذا الإشهار باعتبارهما بمثابة سبب الإشهار كون أن الشهادة سوف تذاع بين الناس كما هو المعتاد بينهم.(*)

وهذا الرأي أخذ به فضيلة المفتي ودار الإفتاء المصرية وعلماء الأزهر الشريف.

ب- **الصورة التي فيها الزواج العرفي بتحقق جميع أركانه وشروط صحته من رضا الزوجين وحضور الولي وشاهدي عدل ومهر إلا أنه يتم فيه كتمانه من قبل الولي والشهود وكذا طرفيه فهنا فيه اختلاف:**[1]

* **الرأي الأول:** يقول بصحة العقد حتى ولو تواصوا فيه الشهود بالكتمان ومن حضر العقد، وحجتهم في ذلك أن الشهادة غايتها الإشهار والإعلان وإخراجه من السرية فمجرد حضور الشاهدين مع العاقدين يتحقق معه الجهر والإعلان ولو تواصوا بالكتمان لأن كل سر جاوز الاثنين خرج من أن يكون سرا، واستدل هذا الرأي بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**أعلنوا النكاح**» إذا حضره الشاهدان فقد أعلنوا النكاح، ونكاح السر ما لم يحضره الشاهدان وحملوا أمر رسول صلى الله عليه وسلم بوجوب الإعلان ندب إلى زيادة إعلانه وهذا ما قال به" **الكاساني**" في كتابه «**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**»[2]، ومثله ذهب إليه " **الإمام أبي حنيفة**".

* **الرأي الثاني:** وهو الذي قال به المالكية حيث يقول: الإمام مالك رضي الله عنه «**إن الكتم من أوصاف الزنا فلما كان نكاح موصي بكتمه شبيها بالزنا فسخ إذا لم يكن الكتم خوفا من ظالم**» ولنكاح السر عند المالكية طريقتان:[3]

(*) إن كان جمهور الفقهاء قد اكتفوا بالشهادة وحدها سبب من أسباب الإشهار إلا أن الإمام مالك اشترط إعلان النكاح وإذاعته بين الناس اعتمادا على عمل أهل المدينة واعتبروه ركنا من أركان النكاح ووسائل الإعلان تختلف مثل الولائم، الدف... الخ . نقلا عن محمد شتا، مرجع سابق، ص15.

(1) ملك يوسف زرار: **موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة**، الجزء الأول، دار الفتح للإعلام العربي للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 1420هـ/2000م، ص ص293، 294.

(2) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء: **كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، الطبعة الثانية، 1406هـ/1986م، ص253.

(3) نفس المرجع، ص294.

-**حالة استكتام غير الشهود:** مثلا كأن يتواصا الزوجان والولي على كتمه ولم يوصوا الشهود بذلك هنا عندهم يفسخ العقد بلا طلاق ويعاقب كل من الزوجان والولي مالم يكونا مجبورين بالكتمان ويعاقب الشهود كذلك وإن تم الدخول فلها المهر بما أصاب منها وتبين نسب الولد مع استبراء الرحم عند مفارقته.[1]

-**حالة كتمان الشهود وأمروا بذلك ففيه قولان، فالأول يقول:** بفسخ قبل الدخول وبعده، إلا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ ويكون فيه الصداق المسمى، والقول الآخر ذهب إلى: النكاح صحيح لا فساد فيه يثبت قبل الدخول وبعده ويأمر الشهود بإعلان النكاح وينهى عن كتمانه.

ج- **أما الزواج العرفي الذي لا يتوافر على أركانه وشروط صحته ويتم بين الزوجين فقط:** فهو باطل باتفاق العلماء[*] ، وحسب اعتقادنا فإن الاتجاه الذي قال ببطلان هذا العقد حتى وإن حضر الولي والشهود وتواصوا بكتمان فهو الفاقد لأركانه هو الأرجح وهذا باتفاق العلماء كونه منافيا وتحايلا على أحكام الشرع الإسلامي بوجوب الإعلان والإشهار وكذا تجرده من مكانة وجود الولي كونه أحد قوائم هذا البناء الشرعي باعتباره صمام الأمان للزوجة التي يغلب عليها الجانب العاطفي بل هناك من يقول بعدم جواز انعقاد الزواج بعبارة النساء مطلقا وهذا ما هو معروف في الزواج السري الذي يكون بلفظ المرأة كأن تقول «**زوجتك نفسي**» مثل ما ذهب إليه الجمهور وبالتالي يتم سد كل المنافذ في استعمال الزواج العرفي على إطلاقه في صحة بعض العقود المخالفة للشريعة الإسلامية والقانون من ناحية مقوماته إلا أنه فاقد لعنصر التوثيق.

3-أوجه الاتفاق والاختلاف بين الزواج العرفي والزواج السري:

في الحقيقة أن كل من الزواج العرفي الشرعي وكذا الزواج السري وهو ما يعرف أيضا في الزواج العرفي غير الشرعي قد يصعب في بعض الأحيان التفريق بينهما أو تحديد مواطن التشابه لذا وجب التدقيق فيه وفقا لما يلي:

---

[1] سعيد عبد العظيم: **الزواج العرفي**، دار الإيمان للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2002، ص55.

[*] و من أمثلة الزواج العرفي المنافي تماما للشريعة الإسلامية و القانونية كونه يفتقد لمقوماته الشرعية، هو المنتشر في المجتمع المصري والذي يتم في سرية تامة عن أعين الأهل والأقارب ويفتقر للشهود العدول والإعلان والإشهار ويتم بين الزوجين فقط وله صور متعددة وهذا النوع أجمع العلماء على بطلانه وعدم صحته. نقلا عن فارس محمد عمران، مرجع سابق، ص47.

أ- أوجه الاتفاق بين الزواج العرفي والزواج السري:

- كلا الزواجين يطلق عليهما مصطلح «**العرفي**» وذلك لاشتراكهما في تخلف التوثيق أمام الجهات المختصة بذلك وما جعل وقوع تداخل بينهما في نظر الناس.
- كل من الزواجين يشتركان في كثير من الأسباب التي أدت إلى ظهورهما بهذا الشكل ومن ذلك قد يكون بسبب رفض أهل كل من طرفيه لزواجهما، إعادة الزوج الارتباط بزوجة ثانية في الخفاء دون علم الزوجة الأولى وذلك رغبة في الحفاظ على كيان أسرته الأولى وعدم تفكيكها وهدفه هو التمتع بأكثر من المرأة...الخ.
- كلا الزواجين قد يتخلف فيهما شرط الإعلان والإشهار الذي يتطلبه بعض الفقهاء للزواج ولا يكتفي بالشهادة كوسيلة من وسائل الإشهار وهذا ما ذهب إليه "الإمام مالك رحمه الله".
- كلا الزواجين قد يتوافر فيهما أركان الزواج الشرعي من رضا الزوجين، حضور ولي، الشهود، المهر و انعدام الموانع الشرعية.
- قد يشترك كل منهما في بعض الآثار المترتبة عليهما كإباحة الاستمتاع بين الزوجين، إثبات النسب بينهما.[1]
- كلا الزواجين قد يشتركان في حسن النية بين الزوجين في تحقيق المقاصد الشرعية للزواج لاسيما نية الدوام والعشرة.

ب- أوجه الاختلاف بين الزواج العرفي والزواج السري:

- الزواج العرفي الموافق للشريعة الإسلامية يتوافر على كل مقوماته الشرعية مرتبا لجميع آثاره الشرعية إلا أنه لم يوثق في حين أن الزواج الشرعي أو العرفي غير الشرعي الغالب فيه عدم موافقته للشرع لتخلف مقوماته ولا يرتب آثار الزواج الشرعي وهو الآخر موثق.
- الزواج السري يكون الكتمان في الغالب عن عائلة الزوج والزوجة وعموم الناس، أما الزواج العرفي الشرعي فإن الكتمان في الغالب هدفه إخفائه على الزوجة الأولى أو الجهات الخاصة في صرف المعاش أو خوفا من التعبير من قبول أدنى المهر في المناطق التي تباهي وتتفاخر به وغير ذلك من أسباب الكتمان.
- الزواج العرفي قد يكون وجوده لإشباع الغريزة فقط وقد يكون للمتعة وكذا للدوام والاستقرار والإنجاب وغيرها من مقاصده الشرعية، في حين الزواج السري الأصل في وجوده إشباع الرغبات الجنسية

[1] عبد الملك بن يوسف المطلق، مرجع سابق، ص391.

والحاجات النفسية بطريقة مقبولة من وجهة نظرهم وقد يكون الهدف منه هروبا من مشكلة ما ولهذا فهناك من ينكرونه كونه أشبه بالزنا والفاحشة.[1]

- الزواج العرفي موضوع الدراسة غالبا ما يكون مصدره الأعراف والتقاليد والقيم الدينية في الاكتفاء بكونه متوافر على مقوماته الشرعية دون الحاجة إلى توثيقه، أما الزواج السري في الوقت الحاضر خصوصا مصدره وسائل الإعلام الذي أصبح بمثابة أخطبوطا يمد أذرعه في كافة الاتجاهات وخاصة التلفزيونية لأنه يخاطب كل الطبقات الاجتماعية وذلك من خلال بث الأفلام التي تخدش الحياء وتشجع على ارتكاب الفاحشة.

وهذا كله وراءه التأثير الغربي برغبته في نشر التحرر والديمقراطية قصد تشويه صور الالتزام والتدين في اعتقاد المسلمين لاسيما الفئة الشبابية منهم.[*]

- الزواج السري المكتمل للأركان والشروط في صحة عقده خلاف بين العلماء وفق لما سبق عند التعرض لحكمه الشرعي، في حين الزواج العرفي المكتمل لهذه الأركان والشروط فلا خلاف في صحة عقده بين العلماء وإنما الخلاف في آثاره ومقاصده.[2]
- من حيث التطبيق أمام الجهات القضائية في الزواج العرفي فيه إمكانية وفرصة تثبيته بحكم قضائي ليرتب آثاره بعد ذلك متى توافر على مقوماته الشرعية، في حين الزواج الشرعي الفاقد لأركانه الشرعية إمكانية تثبيته منعدمة وفقد ترتيب آثاره الشرعية.

---

[1] آمال جمعة عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص119.

[*] وفي هذا الصدد ظهرت صور متعددة للزواج العرفي غير الشرعي والمتفق شرعا على بطلانها ومن أمثلتها نذكر: **زواج الوشم** وصورته أن يذهب الشاب والشابة إلى مركز الوشم فيطلب من هذا الأخير ان يكتب اسم الشاب على جسد الفتاة وشما والعكس ليكون بمثابة عقد زواج ويصبحا زوجين يحق لهما ممارسة حقوق الزوجية، وتوجد صورة أخرى **زواج الكاسيت** وفيه يسجل كل من الشاب والفتاة صوته على شريط كاسيت قائلا كل منهما: قد تزوج بمحض إرادته ورضاه وتمنح لكل واحد منهما نسخة من الشريط وهذه الأخيرة بمثابة عقد زواج، **زواج المصياف** يعقد هذا النوع من الزواج في إجازة الصيف دون تحديد وقت انتهائه طبعا وإلا كان ذلك متعة وينتهي تلقائيا عند انتهاء الإجازة وعادة ما يمارسه أهل الثراء، ومن يسافر كثيرا للعمل التجاري، **زواج المحجاج** وهو زواج بين طالبة لأداء فريضة الحج ورجل يرغب في قضاء الحج فتدفع الزوجة تكاليف الحج ليكون لها محرما، الملاحظ في أن كل نوع من هذه الأنكحة التي ظهرت في زمن العولمة وفساد الأخلاق هدفها تحقيق غاية مرجوة فاقدة لمقومات الزواج الشرعية فتحريمها لا يختلف فيه اثنان. نقلا عن إبراهيم رمضان إبراهيم عطايا، مرجع سابق، ص ص74، 75.

[2] عبد الملك بن يوسف المطلق، مرجع سابق، ص392.

- الزواج العرفي الكامل الأركان والشروط الشرعية هي الصورة المنتشرة في معظم الدول الإسلامية إلا أنه ينقصه التوثيق وإمكانية تصحيحه رفع دعوى أمام القضاء المختص لترتيب آثاره أما الزواج السري فهو قليل الانتشار إلا في بعض الدول العربية الإسلامية مثل مصر، السعودية.
- الزواج السري آثاره وأهدافه أكثر خطورة تطبيقا للقاعدة «**ما بني على باطل فهو باطل**» لأنه غالبا ما يتخذ ستار إخفاء غرض أو باعث غير مشروع في نظر الشرع والقانون وذلك من خلال كتابته في ورقة عرفية وهذه الأخيرة تكون بمثابة الرخصة لممارسة البغاء أو الدعارة وفي حالة إنكار أحدهما لهذه الورقة أو ضياعها لا يتم سماع دعوى الزوجة وتهدر به الحقوق خاصة في مصر فمجرد الإنكار ترفض دعوى سماع الزوجين حول تثبيت العلاقة الزوجية، في حين الزواج العرفي سهل الإثبات كون مقوماته صحيحة لاسيما محضر التحقيق للشهود الذين يؤكدون واقعة الزواج فيسهل إثباته وبعدها تسجيله ليصدر بشأنه عقد زواج كدليل إثبات لترتيب آثاره وهدفه عادة نبيل كتكثير النسل بالتبكير بالزواج من قاصر وهذه الأخيرة ممنوع عليها الزواج إلا ببلوغ سن الزواج، التعجيل في الزواج كون إجراءات الزواج العرفي سهل وآثاره أقل خطورة.

ومما هو جليا في المقارنة بين الزواج العرفي والزواج السري هو التفصيل والتوضيح لأوجه الاتفاق والاختلاف بينهما لأن هذا النوع من الزواج يتداخل كثيرا مع موضوع الدراسة فمن أجل ذلك أطلنا المقارنة وبهذا نفرق بين ما هو معروف لدينا في الجزائر من صورة الزواج غير الموثق وبين ما هو منتشر في مصر وبعض الدول العربية الأخرى من حيث شرعيته.

رابعا: مقارنة الزواج العرفي بالزواج بنية الطلاق

قبل التطرق إلى الوقوف على أوجه الاتفاق والاختلاف نتعرض أولا إلى مقصود الزواج بنية الطلاق وموقف الشرع منه وفقا لما يلي:

1- تعريف الزواج بنية الطلاق:[*]

وهو النكاح الذي توفر في ظاهره جميع الأركان والشروط المعتبرة شرعا نحو الإيجاب والقبول والولي والشاهدان وغيرها من الشروط، لكن الزوج هنا يضمر في نفسه تطليق المرأة بعد مدة معينة سواء كانت هذه

[*]سمي الزواج بنية الطلاق لأن القصد منه هو المتعة فقط وليس تحقيق مقاصد الزواج الأخرى المفروضة شرعا كالدوام والاستقرار للعشرة والإنجاب... الخ ويشترط في هذا الزواج أن لا يشترط التأقيت في العقد وإلا عدى من صور نكاح المتعة. نقلا عن عبد الملك بن يوسف المطلق، مرجع سابق، ص404، عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص103.

الأخيرة معلومة كأن ينوي طلاقها بقرب الدراسة التي هو بصددها على الانتهاء ولم يبق إلا شهر مثلا أو تكون مجهولة كأن ينوي الزوج في نفسه متى ما رجع لبلده أو انتهاء عمله طلق زوجته هذه، وما يميز هذا الزواج هو عدم النية على الطلاق وقت الزواج.

2- الحكم الشرعي للزواج بنية التطليق: وهنا في حكمه قولان:

* **القول الأول:** ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية ورأي عند الحنابلة على صحة النكاح بنية الطلاق دون أن يشترط فيه التوقيت، وكذلك قال "**الماوردي**" في هذا: « **فالنكاح صحيح لخلو عقده من شرط يفسده وهو مكروه، لأنه نوى فيه ما لو أظهر أفسده، ولا يفسد بالنية، لأنه قد ينوي ما لا يفعل، ويفعل ما لا ينوي**».

* **القول الثاني:** أما هذا الفريق يرى التحريم ومنهم متقدمون ومتأخرون فمنهم الإمام أحمد رحمه الله بحث في وقته أجاب بأنه نكاح متعة ومثله قال "**الزركشي**"(*)، وكذا قال الشيخ "**رشيد رضا**" في «**تفسيره المنار**»: «هذا وإن تشديد العلماء السلف والخلف في منع المتعة يقتضي منع النكاح بنية الطلاق، وإن كان الفقهاء يقولون عن عقد النكاح يكون صحيحا إذا نوى الزوج التوقيت ولم يشترطه في صيغة العقد، ولكن كتمانه إياه يعد خداعا وغشا».[1]

وهذا ما قال به أيضا فضيلة المفتي "**محمد بن عثيمين رحمه الله**" حين قال: « لكنه محرم من جهة أنه غش للزوجة وأهلها، وقد حرم النبي صلى الله عليه وسلم الغش والخداع ».

و في رأينا نرجح القول الثاني والذي قال بالتحريم والبطلان لأنه كتمانه يعد خداعا وغشا تترتب عليه مفاسد أخرى من العداوة والبغضاء وذهاب الثقة ومخالف لأهم مقصد من مقاصد الزواج وهو الدوام والتأبيد بل هدفه هو إشباع الغريزة فقط.

(*) الزركشي هو الشيخ الإمام العلامة شمس الدين ابن جمال ابن شمس الدين الزركشي المصري ولد سنة 745هـ وهو أحد الأئمة المشهود لهم بالإتقان في علوم القرآن ومن بين أشهر مؤلفاته، "البرهان في علوم القرآن، توفي عصر سنة 794هـ. نقلا عن مركز الفتوى: "**ما قولكم في الإمام الزركشي**" بتاريخ:2016/04/27، على الساعة 23:45 ليلا، الرابط الالكتروني: fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page:showfatwa&optin:fatwaId:80709

[1] سيد سابق، مرجع سابق، ص126.

3- أوجه الاتفاق والاختلاف بين الزواج العرفي والزواج بنية الطلاق:

وتتمثل فيما يلي:

أ- أوجه الاتفاق بين الزواج العرفي والزواج بنية الطلاق:

- كلا الزواجين قد يتفقان في توافرهما على أركان الزواج الشرعي وشروطه من رضا الزوجين وحضور الولي وشاهدي عدل ومهر وغيرهما من شروط الصحة.
- كلاهما الهدف منهما الاستمتاع في الحلال وقد يرتقيان إلى تحقيق مقاصد الدوام والاستقرار والمودة والرحمة وتكثير النسل.
- قد يفتقد في كلاهما عنصر الرسمية والتوثيق أمام الجهات الخاصة بذلك.
- يتفقان في سهولة إتمام إجراءات الزواج وبأقل التكاليف.
- كلا الزواجان لا تستطيع المرأة والأبناء تحصيل حقوقهما رسميا.
- كلا الزواجين قد يوجدان من أجل تحقيق غاية معينة كالهروب من الالتزامات القانونية لاسيما الترخيص التي تفرضه بعض القوانين لاسيما قانون الأسرة الجزائري الترخيص بالنسبة للقاصر التي لم يبلغ سنها 19 سنة للزواج من قبل القاضي –رئيس المحكمة–.
- كلا الزواجين حكمهما الشرعي محل اختلاف إلا أن الغالب الزواج بنية الطلاق باطل كون مضاره أكثر من منافعه لاسيما عدم الدوام والاستقرار فيه يعكس الزواج العرفي صحيح مرتبا لجميع آثاره وفي نظر جمهور العلماء، مع استحباب توثيقه أمام الجهات المعنية بذلك.

ب- أوجه الاختلاف بين الزواج العرفي والزواج بنية الطلاق:

- الزواج العرفي الغالب فيه الاستمرار، فقد يكون وسيلة للزواج الرسمي ومن مثل ذلك حالة عدم توثيق الزواج بين الرجل والمرأة لعدم إتمامها السن القانوني فمتى أراد الزوجان التعجيل في إتمام إجراءات الدخول فيتزوج الزوج بالزوجة القاصر أقل من السن القانونية وتنتظر متى بلغت تلك السن ليتم توثيقه، أما الزواج بنية الطلاق الغالب فيه عدم الاستمرار وإنما الهدف منه هو تحليل لقاء المرأة بالرجل.[1]
- الزواج العرفي هو زواج حقيقي كامل لجميع أركانه وشروطه وتظهر فيه نية الدوام بل هي شرط من شروط صحته من خلال ترتيب آثار في إنجاب الأبناء وبقاء العلاقة الزوجية قائمة لمدة طويلة دون

[1] عبد الملك بن يوسف المطلق، نفس المرجع، ص425.

توثيقه لأسباب تحول دون تحقيق هذا الأخير، أما الزواج بنية الطلاق فهو صوري في ظاهره الدوام لكن الزوج يضمر حقيقة نيته والمتمثلة في قطع العلاقة الزوجية في مدة غير محددة في الصيغة.

- الزواج العرفي آثاره أقل خطورة من الزواج بنية الطلاق لاسيما على نفسية الزوجة التي تقصد من وراء زواجها تكوين بيت أساسه المودة والرحمة والسكينة وإنجاب الذرية الصالحة إلا أن الزوج يخادعها ويتحايل عليها ليفاجئها في أية لحظة بانتهاء هذا الحلم على أساس النية المضمرة في الطلاق في مثل هذا الزوج بخلاف الزواج العرفي غير الموثق بل أساسه الديمومة وانعدام مثل هذه النية الفاسدة.
- الزواج العرفي هو صورة من صور الزواج الشرعي المعروف منذ عهد الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام والصحابة التابعين في حين الزواج بنية الطلاق الكثير من العلماء يعدوه من صور نكاح المتعة بنية التأقيت وعدم الديمومة له.

وبهذا نكون قد تطرقنا لبعض صور الزواج المعهودة منذ القدم، من وقت عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته الكرام، وما لاحظناه أنّ البعض منها قد يتداخل في كثير من النقاط مع موضوع الدراسة، لاسيما الزواج العرفي غير الشرعي أو ما يعرف بالزواج السري، ممّا يؤدِّي إلى وقوع الناس في خلط ولبس في معرفة مدى صحته من عدمه إلى جانب الصور الأخرى كما تقدم بيانه.

الفرع الثاني: مقارنة الزواج العرفي ببعض صور الزواج المستجدة(*)

نظراً لما أصاب الأسرة الجزائرية على غرار ما أصاب الأسرة في العالم العربي كله من ضعفٍ وانهيار أمام أمواج التحولات والتغيرات المتسارعة والمتتالية التي يشهدها العالم في مختلف مناحي الحياة، إلى درجة أن بلغ الأمر إلى التشكيك في مبادئها، وذلك بسبب تأثرها بموجات العولمة التي استطاعت أن تغير المعايير والأسس الدينية والثقافية التي تُبنى عليها، وهذا التأثير يظهر جلياً في أهم دعامة تقوم عليها هذه النواة والمتمثلة في:" **الرابطة الزوجية**"؛ فظهرت بذلك صور مستحدثة للزواج لم تكن معروفة في عهد سابق.

فمن أجل هذا ارتأينا أن نتعرض لبعض الصور منها حتى نميزها عن الزواج العرفي الشرعي – **موضوع الدراسة**–وتوضيح الفرق بينهما، من حيث كيفية إنشائها وآثارها المترتبة عن ذلك في أوساط الأسرة الجزائرية خصوصاً والعربية الإسلامية عموماً، وكذا موقف الفقه الإسلامي والقانوني من هذه المستجدات.

(*) **المستجـدة:** مصطلحٌ يطلق على المسائل الجديدة التي استحدثها الناس ولم تكن معروفة من قبل، وهذه المسائل يكثر السؤال عن حكمها الشرعي، وذلك نتيجة التطور الطبيعي لمعارف العصر وعلومه أو نتيجة لضرورات العصر وحاجاته. نقلاً عن محمود إسماعيل محمد مشعل، مرجع سابق، ص155.

أولاً: مقارنة الزواج العرفي بزواج المسيار

قبل التطرق إلى توضيح أوجه الاتفاق والاختلاف بين هذين النوعين من الزواج نقف أولاً عند تعريف زواج المسيار وموقف علماء الشرع منه.

1-تعريف زواج المسيار(*)

يعتبر هذا النوع من الزواج حديث العهد في الظهور لاسيما في السنوات الأخيرة من نهاية القرن العشرين في البلدان العربية كدول الخليج، مصر والجزائر، وبسبب هذه الحداثة فإن أمر تعريفه محل خلاف لدى فقهاء المذاهب الإسلامية المعاصرين، ولهذا سوف نتعرض لبعض التعريفات التي وضعت بشأنه لنرجح بعد ذلك أحسنها وفقاً لما يلي:

أ-عرفه الشيخ "**عبد الله بن منيع**" عضو هيئة كبار العلماء والمملكة العربية السعودية أنه: «**زواج مستكمل لجميع أركانه وشروطه، فهو زواج يتم بإيجاب وقبول وبشروطه المعروفة من رضا الطرفين، الولاية، الشهادة، الكفاءة، الصداق المتفق عليه ولا يصح إلا بانتفاء جميع موانعه الشرعية، وبعد تمامه تثبت لطرفيه جميع الحقوق المترتبة على عقود الزوجية من حيث النسل، الإرث، العدة، الطلاق، استباحة البضع، السكن، النفقة وغير ذلك من الحقوق والواجبات، إلا أن الزوجين قد ارتضيا واتفقا على أن لا يكون للزوجة حق المبيت أو القسم، وإنما الأمر راجع للزوج متى رغب زيارة زوجته -زوجة المسيار- في أي ساعة من ساعات اليوم والليلة فله ذلك**»[1].

ما يلاحظ على هذا التعريف أنّه جعل زواج المسيار صورة من صور تعدُّد الزوجات، وذلك بدليل قوله: « **أن تتنازل الزوجة عن حق المبيت أو القسم** »، وكذلك يتضح من هذا التعريف أيضاً أنَّ الزوج هو

(*) **المسيار لغة:** من سار يسير سيراً سيَّاراً ومسارًا أي مشى، وسايره أي سار معه فلانا من بلد أو موطن إلى آخر، والسيَّارُ: الكثير السير. نقلاً عن إبراهيم مدكور، مرجع سابق، ص231، وسمي هذا النوع بـ" **المسيار**" لأن مسيار صيغة مبالغة يوصف بها الرجل الكثير السير، وهنا الزوج في هذا النوع من الزواج لا يلتزم بالحقوق الزوجية، فكأنه السائر الماشي الذي يتخفف في سيره من الأثقال والمتاع ومنها النفقة، المبيت وغيرهما من الحقوق المقررة شرعاً. نقلا عن محمد إبراهيم سعد النادي، مرجع سابق، ص30.

(1) إبراهيم رمضان إبراهيم عطايا، مرجع سابق، ص34.

الذي يذهب إلى بيت الزوجة ولا تنتقل هذه الأخيرة إليه، هذا دليل على أنه لديه زوجة أولى هي التي تكون في بيته وينفق عليها.

ب-عرفه الدكتور "**يوسف القرضاوي**" أنَّه: «**هو الزواج الذي يذهب فيه الرجل إلى بيت المرأة ولا تنتقل المرأة إلى بيت الرجل، وفي الغالب تكون هذه الزوجة ثانية، وعنده زوجة أخرى هي التي تكون في بيته وينفق عليها**»[1].

والملاحظ على هذا التعريف أنَّه ركّز على الهدف من هذا الزواج والمتمثل في إعفاء الزوج من واجب المسكن والنفقة والتسوية في القسم بينها وبين الزوجة الأولى تنازلاً منها، إلا أنه لم يتعرض في مدى شرعية هذا الزواج من حيث تكوينه ومدى توافر مقوماته المطلوبة شرعاً.

ج-ويقول "**سعد العنزي**" أستاذ الأصول بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت عن هذا الزواج أنه: «**ليس لهذا الزواج اصطلاح عند الفقهاء قديماً وإنما عرف زواج المسيار في الآونة الأخيرة بأنَّه الزواج الذي من خلاله تُسقط المرأة بعض حقوقها الشرعية بالاختيار**».[2]

د-أما فضيلة الشيخ "**محمد متولي الشعراوي**" رحمه الله تعالى فإنَّه قال عن زواج المسيار أنَّه: «**نوع من أنواع التعدد، والأصل في تعدد الزوجات باتفاق المسلمين العدل... ولكن إذا تنازلت امرأة برضاها عن شيء من حقها كأن لا تطالب بالقسم والنفقة أو المبيت الليلي فلا شيء فيه فإذا كان مثل هذا الزواج مستوفياً الأركان والشروط اللازمة لصحة الزواج من إيجاب وقبول وإعلان وصداق وولي فلا شيء فيه وهو حلال**».[3]

فمن خلال عرضنا لجملة هذه التعاريف تبين لنا أنّ كلها تتفق في كون زواج المسيار هو زواج مستوفي لكامل الأركان والشروط الشرعية مثله مثل الزواج الشرعي، إلا أنَّ الزوجة تتنازل فيه عن حق النفقة والمبيت كونه غالبا ما يكون في حال تعدد الزوجات، وبهذا **فالتعريف المرجح** في رأينا هو تعريف الشيخ "**محمد متولي الشعراوي**"، كونه جمع بين كيفية انعقاد الزواج بضرورة توافر شروطه الشرعية وبين روحه في إعفاء الزوج من واجب المسكن والنفقة والتسوية في القسم في المبيت بين زوجاته.

---

[1] محمود إسماعيل محمد مشعل، مرجع سابق، ص554.

[2] عبد الملك بن يوسف المطلق، مرجع سابق، ص317.

[3] محمد متولي الشعراوي، مرجع سابق، ص ص137، 138.

2-الحكم الشرعي لزواج المسيار:

اختلف علماء العصر في الحكم الشرعي لهذا الزواج؛ فذهبوا في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات، وهذا ما سنوضحه على سبيل الإيجاز وفقا لما يلي:

أ-الاتجاه الأول: وهو القائل بالجواز مع الكراهة، ومن أنصاره الدكتور "**يوسف القرضاوي**"، الشيخ "**عبد الله بن منيع**" والدكتور "**وهبة الزحيلي**"، وحجتهم في ذلك أنَّه عقد مستوفي لأركانه وشروطه الشرعية من إيجابٍ وقبول، شهود، مهر وولي، وكل ما هناك أنَّ الزوج اشترط على الزوجة أن لا تلزمه بالمبيت عندها ولا النفقة عليها؛ وهذا ما يعود سلباً على تحقيق مقاصد الشريعة في الزواج من السكن النفسي والإشراف على الأهل والأولاد ورعاية الأسرة.[1]

ب-الاتجاه الثاني: وهو القائل بالجواز مطلقاً، ومن أنصاره الدكتور "**نصر فريد واصل**" مفتي جمهورية مصر العربية، "**محمد سيد طنطاوي**" شيخ الأزهر السابق، الشيخ "**عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ**" مفتي المملكة العربية السعودية والدكتور" **أحمد الحجي الكردي**" أحد الدكاترة والعلماء المعاصرين، وحجتهم أنه لا حرج في ذلك إذا استوفى العقد الشروط المعتبرة شرعاً وهي وجود الولي، رضا الزوجين، حضور شاهدي عدل على إجراء العقد وسلامة الزوجين من الموانع لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «**أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج**».[2]

فإذا اتفق الزوجان على أن المرأة تبقى عند أهلها وعلى أن القسم يكون لها نهارا لا ليلاً أوفي أيام معينة أو ليالي معينة فلا بأس بذلك، شرط إعلان النكاح وعدم إخفائه، وكذلك هذا الزواج مأخوذ من الواقع واقتضته الضرورة العملية في معظم المجتمعات لاسيما كثرة سفر الرجال أصحاب التجارة والأموال، خاصة

---

[1] أسامة عمر سليمان الأشقر: **مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق (زواج المسيار، الزواج العرفي، الفحص الطبي، الزواج بنية الطلاق)**، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 1420هـ/2000م، ص235.

[2] أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن بردزبه البخاري، مرجع سابق، المجلد الثالث، حديث رقم 5151، ص362.

[*] ذلك لأن مسألة إسقاط الزوجة حقها في النفقة المستقبلية محل خلاف، فحسب **رأي جمهور الفقهاء** أن الزوجة إذا أبرأت الزوج عن النفقة في المستقبل لم يصح، وتجب النفقة لأنها تجب شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان يوما فيوما فكان الابراء منها "**إسقاط الواجب قبل الوجوب**" وكأنها أسقطت النفقة قبل النكاح كونه أثر من آثارها. نقلا عن محمود إسماعيل محمد مشكل، مرجع سابق، ص555.

وأن هذا الزواج موثق، كما قال أيضا أصحاب هذا الرأي يمكن للزوجة أن تطالب بالنفقة عليها عند حاجتها لها رغم تنازلها عن حقها في ذلك.(*)

ج-الاتجاه الثالث: وهو القائل بعدم الجواز، ومن أنصاره فضيلة الشيخ "**ناصر الألباني**"، الدكتور "**عمر سليمان الأشقر**"، الدكتور "**محمد الزحيلي**" والدكتور "**محمد عبد الغفار الشريف**"، وحجتهم في ذلك أن الشروط المنافية لمقاصد الشريعة الإسلامية في الزواج باطلة، وإذا قيل كذلك أن الزواج المسيار عقد نكاح استكمل أركانه وشروطه فهو حرام سدًا للذريعة في ارتكاب العلاقات الجنسية الممنوعة، أو استغلال الرجال للنساء ميسورات الحال في توفير المسكن والنفقة ومنحهم مبالغ مالية حتى يقبلون الزواج بهن دفعاً للعنوسة والترمل في حين هو ذل وامتهان لكرامتهن.

إلى جانب الاتجاهات الثلاثة هناك قولٌ آخر توقف في الحكم عليه، وذلك لما رأوا من آثاره السيئة، ومن أهمها أنّ هناك بعض المكاتب في بعض البلدان تقوم بالتوسط لإجراء مثل هذا النوع من الزواج في مقابل عمولة، فهذا التوقف تبريره يكمن في الحاجة إلى مزيد من النظر والتأمل ومن هؤلاء فضيلة الشيخ "**محمد بن صالح عثيمين**" رحمه الله عضو هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية حيث قال لما سئل عن زواج المسيار: « **كنا في الأول نتهاون في أمره ونقول ليس فيه بأس ثم تبيَّنَّا، فأمسكنا عن الإفتاء لأننا نخشى عواقبه الوخيمة**».(1)

من خلال ما تم عرضهُ من آراء العلماء المعاصرين لهذا الزواج، فبالنظر إلى أن زواج المسيار فرضته طبيعة الظروف بمختلف أنواعها لاسيما في المجتمع الجزائري الذي ظهر فيه مثل هذا النوع نتيجة لأزمة البطالة والسكن التي يعانيها الكثير من الطلبة والشباب فشكلت عائقاً لهم في تأسيس بيت والإنفاق عليه، ودحضا كذلك على العلاقات المشبوهة المحرمة بين هؤلاء، لاسيما أن الإسلام يتماشى مع متطلبات الإنسان العاطفية والجنسية في إطار تحقيق المنفعة والابتعاد عن الضرر، فإننا **نرجح الاتجاه الأول** الذي يقول بجوازه مع الكراهة بشرط توثيقه حتى لا تهدر حقوق الزوجة التي رضيت به غير تلك الحقوق التي تنازلت عنها برضاها، ومع ذلك نحبذ أن يكون أمر التنازل سرًا عن كل من عائلتي الزوجة و الزوج، وعلى هذا الأخير أن تكون لديه النية الحسنة في عدم تنازله على دور القوامة متى تيسرت له الأمور، وفي هذا أصدرت **لجنة الإرشاد التابعة لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف** إباحة زواج المسيار في الجزائر كونه زواج

(1) عبد الملك بن يوسف المطلق، مرجع سابق، ص ص363، 364.

مستوفي لجميع الشروط المدنية والشرعية على غرار الولي، المهر، الشاهدين، الصيغة والإعلان عن الزواج، غير أنَّ الزوجة تتنازل عن حقها في النفقة والمسكن، لكن هذه الفتوى صاحبتها العديد من الشروط التي يجب أن تسجل في العقد المدني أهمها: إلزام الزوج بالنفقة على الأولاد وعدم التعسف في استعمال الحق الممنوح له عملاً بوصايا الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام، «**استوصوا بالنِّساءِ خيراً**» و« **رفقاً بالقوارير**»[1]، ولهذا فاعتباره يكون في أضيق الحدود إلا للضرورة.

3-أوجه الاتفاق والاختلاف بين الزواج العرفي وزواج المسيار:

أمّا أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما تتمثل فيما يلي:

أ-أوجه الاتفاق بين الزواج العرفي وزواج المسيار:

- العقد في كلا الزواجين قد استكمل جميع الأركان والشروط المتفق عليها عند الفقهاء، والمتوفرة في الزواج الشرعي من حيث الإيجاب والقبول، الشهود، الولي، المهر و انتقاء الموانع الشرعية.[2]
- كلا الزواجين يترتب عليه إباحة الاستمتاع بين الزوجين وإثبات النسب والتوارث بينهما، النفقة العدة وغيرها من آثار الزواج الشرعي.[3]
- كلا الزواجين متشابهان في كثير من الأسباب التي أدت إلى ظهورهما بهذا الشكل من خلال غلاء المهور، كثرة العوانس، المطلقات و الرغبة في الإعفاف كما يقول **المثل المصري: «تقول المرأة العانس ظل رجل ولا ظل حيطة** »، وكلاهما يكثر في حالة كون المتزوجة عرفياً أو زوجة المسيار في مرتبة الزوجة الثانية.[4]
- كلا الزواجين قد يغلب عليهما طابع السرية والكتمان على الزوجة الأولى وأولادهما من قبل الزوج.

---

[1] بلقاسم حوام: "**وزارة الشؤون الدينية تفتي بجواز المسيار في الجزائر**"، تاريخ المعاينة:2016/03/11، على الساعة 11 صباحا، الرابط الالكتروني:

https://sites.google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbyte/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

[2] عبد الملك بن يوسف المطلق، مرجع سابق، ص371.

[3] نفس المرجع، ص371.

[4] محمد إبراهيم سعد النادي، مرجع سابق، ص32.

ب-أوجه الاختلاف بين الزواج العرفي وزواج المسيار:

•الزواج العرفي هو زواج شرعي مستكمل الشروط والأركان الشرعية، وهو الزواج المتعارف عليه طيلة ثلاثة عشرة قرناً بين المسلمين، في حين أن زواج المسيار من المسائل المستجدة لم تكن معروفة سابقاً فرضتها ضرورات العصر وحاجاته.

•الزواج العرفي غالباً لا يوثق أمام الجهات المعنية ويكتفي الناس فيه بتوافر أركانه وشروطه الشرعية والتوثيق فيه استثناءً، أما زواج المسيار الأصل فيه التوثيق أمام الجهات الرسمية المختصة والعرفية -عدم التسجيل-فيه استثناء.

•الزواج العرفي الشرعي منتشر في أوساط المجتمع الجزائري خصوصاً ومعظم الدول العربية والإسلامية عموماً، إلاَّ أنَّ آثاره معرضة للضياع والإنكار، أما زواج المسيار فهو منتشر في بعض البلدان بكثرة فقط وعلى رأسها دول الخليج نظراً لكثرة رجال الأعمال وكثرة التنقل من بلادٍ إلى بلاد، فالأصل فيه أن يكون من باب الضرورات التي تبيح المحظورات حتى لا تكون مفاسده أكثر من مزاياه في المجتمع، كأن يكون مثلاً في حالة امرأة والداها كبيران وهي ترعاهما ويصعب أن تتركهما وتذهب إلى بيت زوجها رغبة في النكاح، فهنا يقبل هذا النوع من الزواج الذي يسمح للزوج أن ينتقل إليها هو إلى بيت أهلها، أيضاً صورته تظهر في امرأة تحب أن تبقي على وظيفتها ولا تجد زوجاً يسمح لها أن تخرج كيف شاءت فيتزوجها في بيت أهلها مع قبولها لشروطه لاسيما في تبرئة ذمته من الإنفاق عليها وفي المبيت معها على حسب رغبته.[1]

•في الزواج العرفي تترتب آثاره الشرعية بما فيها حق النفقة، المبيت والسكن ولا تتنازل المرأة عن حقوقها التي يرتبها هذا الزواج الشرعي، في مقابل زواج المسيار الذي تتنازل فيه المرأة عن حقها في النفقة، المبيت والسكن برضاها وهذا يعتبر إسقاطاً لا إبراءً لأنه يجوز أن تطالبه بها حتى بعد الإسقاط والاتفاق على ذلك في العقد، على اعتبار ما قاله المالكية في أحد أقوالهم عن حكم إسقاط الزوجة للنفقة في المستقبل أنه: « **إن أسقطت المرأة النفقة عن زوجها في المستقبل لا تسقط عنه بل إن لها المطالبة بعد إسقاطها، لأنه يشق على الطباع ترك النفقات** » فلم يعتبر إسقاطها لطفاً بالنساء لضعف عقولهن.[2]

•يكون الزواج العرفي في الغالب في نظام الزوجة الواحدة كأصل واستثناء يكون حلاً وتحايلاً على القانون في نظام تعدد الزوجات لاسيما الأنظمة التي تفرض الترخيص من القاضي للتعدد أما زواج المسيار فيكون

---

[1] إبراهيم رمضان إبراهيم عطايا، مرجع سابق، ص44.

[2] محمود إسماعيل محمد مشعل، مرجع سابق، ص ص556، 557.

كأصل في تعدد الزوجات لأنه صورة من صوره واستثناءً يكون مع الزوجة الأولى لأول مرة إذا كان الشاب مستواه الاجتماعي متدنيا لا يقدر أن يوفر ضروريات الحياة لزوجة واحدة فبمجرد ما يجد زوجة ميسورة الحال تسهل له أمور القوامة بتكفلها بالنفقة على نفسها وتوفير منزل الزوجية من مالها الخاص.

●الزواج العرفي نصت عليه قوانين الأحوال الشخصية و حثت على ضرورة تسجيله أمام الجهات المعنية ومثال ذلك المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر 05-02 أكدت عليه بقولها:« **يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9مكرر من هذا القانون**»، أما زواج المسيار لم تتناوله هذه القوانين ولم تنظمه صراحة، إلا أنّها سمحت للزوجين "**الاشتراط في عقد الزواج**" بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقتضيات الزواج وأهدافه، وهذا ما نصت عليه المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بنفس الأمر المذكور أعلاه بقولها:« **للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقدٍ رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام القانون**»، ورتبت كل من المادتين 32، 35 المعدلتين من نفس القانون وبموجب نفس الأمر المذكور جزاءً إذا كانت هذه الشروط منافية لمقتضيات العقد، فنصت المادة 32 على أنه:« **يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد**» وفي المقابل نصت المادة 35 على أنه:« **إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحًا**»، والملاحظ على هاتين المادتين أن المشرع الجزائري قد وقع في تناقض، ففي المادة 32 جعل من الشروط المنافية لمقتضيات العقد أثر في عقد الزواج بجعله باطلاً أخذا بالقاعدة "**ما بني على باطل فهو باطل**"[1]، في حين رتب على هذه الشروط المنافية لمقتضيات العقد طبقاً لأحكام قانون الأسرة وكذا أحكام الشريعة الإسلامية البطلان مع بقاء العقد صحيح[*] وفقاً للمادة 35، **فهذا التناقض** يجعلنا نتساءل إذا اعتبرنا أن الزوج قد اشترط على الزوجة أن تبرِّء ذمته من النفقة عليها والمسكن والمبيت يكون برغبته ويحدد أياما لذلك، **فهل هذه الشروط المنافية لمقاصد الزواج لاسيما مسؤولية القوامة المفروضة على الرجل من رعاية الزوجة والإنفاق عليها**

---

[1] يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص92.

[*] على اعتبار أن الشروط المنافية للعقد ومقاصد الشرع ليست على سبيل الدوام، ومثاله اشتراط الزوج على زوجته عدم النفقة عليها مع موافقتها على ذلك في صلب العقد، فلو بدت حاجتها لها فلا يجوز منعها من ذلك لأنها حق أباحه الله لها، وينطبق القول على اشتراط أحد الزوجين على الآخر في عقد الزواج: عدم الإنجاب، عدم حضور الشهود، عدم الإعلان له أو عدم الميراث بينهما فكل هذا لا يجوز الوفاء به على الدوام كونه باطل في نظر الشريعة الإسلامية والقانون على حد السواء؛ ولهذا يبقى العقد صحيحاً مع إسقاط الشروط الباطلة عند أغلب الفقهاء. نقلا عن عبد الملك بن يوسف المطلق، مرجع سابق، ص169.

والمودة والرحمة التي تتولد بينهما من خلال الاستقرار الزوجي في بيت واحد وتحت سقفٍ واحد، تكون سبباً في إبطال العقد وفقاً للمادة 32 أم تبطل ويبقى العقد صحيحاً طبقاً للمادة 35؟ وعليه فإعادة النظر في هاتين المادتين ضروري من قبل المشرع الجزائري، وعلى غرار هذا الأخير بخصوص زواج المسيار لم تنظمه أيضاً باقي قوانين الأحوال الشخصية العربية وإنما أشارت في قوانينها فقط إلى إمكانية الاشتراط في عقد الزواج، فمثلاً جاء في مدونة الأسرة المغربية في مادتها 47 من قانون رقم 03-07 المعدل والمتمم بمثابة مدونة الأسرة تحت القسم الرابع المتعلق بـ"**الشروط الإرادية لعقد الزواج وآثارها**"[1] والتي نصت على:« **الشروط كلها ملزمة إلا ما خالف أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون يعتبر باطلاً والعقد صحيحاً**».

ومن هنا يتبين وضوح موقف المشرع المغربي مقارنة بموقف المشرع الجزائري في أثر هذه الشروط المنافية لمقاصد الزواج بجعلها باطلة وبقائه صحيح عملاً بقول سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه: « **مقاطع الحقوق عند الشروط** ».

ثانياً: مقارنة الزواج العرفي بالزواج الموثق

نرى بأنَّ المقارنة بين هذين النوعين من الزواج أمرٌ ضروري على اعتبار أنّ التوثيق أمرٌ مستحدث، فرضته اللوائح والقوانين الوضعية صوناً للحقوق وسدا لذريعة الفساد في الجحود والنكران بسبب تغير طبائع النفوس في هذا الزمان، فقبل ذلك نقف أولا على تعريف الزواج الموثق ورأي فقهاء الشريعة في شرعيته من عدمها وفقا لما يلي:

1-تعريف الزواج الموثق:

يعرف هذا النوع من الزواج أيضاً بمصطلح "**الزواج الرسمي**" وكذا "**الزواج المسجل**"، وهو عقدٌ شرعي مستكمل لجميع الأركان والشروط الشرعية والقانونية من رضا الزوجين بتوافر الإيجاب والقبول، حضور الولي، شاهدي عدل، المهر وانتقاء الموانع الشرعية إلا أن القانون اشترط تسجيله أمام الجهات المختصة بذلك، وهي تختلف حسب كل نظام قانوني، فوفقاً لقانون الأسرة الجزائري فإن المكلف بالتسجيل لعقد الزواج

---

[1] قانون رقم 03-07 المعدل والمتمم بمثابة مدونة الأسرة المنفذ بمقتضى طهير شريف رقم 22-104 صادر في: 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ3 فبراير 2004، الجريدة الرسمية للملكة المغربية المؤرخة في: 05 فبراير 2004، العدد5184، ص16.

كل من الموثق وضابط الحالة المدنية طبقا للمادة 18 المعدلة بموجب الأمر 05-02 من هذا القانون وبعد تسجيله تصدر بشأنه وثيقة رسمية لعقد الزواج.(*)

2-الحكم الشرعي للزواج الموثق:

الأصل أنّ الشريعة الإسلامية لم تشترط أن يجرى عقد الزواج على يد جهة مختصة في وثيقة رسمية وإنما يستطيع العاقدان إجراء العقد بنفسيهما دون حاجة إلى وسيط في ذلك، فبمجرد توافر الأركان والشروط الشرعية والقانونية من إيجاب وقبول طرفيه مشافهة، حضور الولي شاهدي عدل، مهر وانتفاء الموانع الشرعية ينعقد العقد صحيحاً مرتباً لجميع آثاره الشرعية فالإشهاد كافٍ لحماية هذا الميثاق، إلاَّ أنَّه في هذا الزمان ظهرت مشكلات عديدة نتيجة عدم التسجيل لهذا العقد، وكل ذلك راجعٌ إلى البعد الإيماني و ضعف الوازع الديني في نفوس الكثيرين الذين أدى بهم الأمر إلى الادعاء بالزوجية بالبطلان والزور وآخرون يجعلون ذلك ذريعة في الانتقام من الزوجة تهرباً من الحقوق المترتبة عليها[2]، عدم الالتزام بأداء مؤخر المهر المسمى كاملاً لاحقاً بعد البناء وكذا النكول عن الشروط في عقد الزواج من الزوج في الالتزام بها عادة فنظراً لما ظهر من نوازل(*) ومستجدات خطيرة على استقرار الرابطة الزوجية في واقع الناس أصبح التوثيق أمراً مهماً بالنسبة للزوج والزوجة.

أمّا بالنسبة **لموقف العلماء** في أمر التوثيق هو نفس الموقف المتعلق بالزواج العرفي كما تقدم، لاسيما الذين اعتبروا الزواج العرفي صحيحاً مرتباً لآثاره لكن مع الكراهة واعتبروا التوثيق في الوقت الحالي أمرٌ ضروري، ومن بين هؤلاء الشيخ "**متولي الشعراوي**" رحمه الله تعالى وذلك لما للتوثيق من أهمية، ويمكن إيضاح فوائده من خلال ما يلي:

(*) عرف رجال القضاء المعاصرون الوثيقة الرسمية هي: « **التي تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها**» ولا يقبل الطعن فيها إلا بالتنوير بعكس الوثيقة العرفية القابلة للإنكار وفي هذا يقول الدكتور "**عبد الفتاح عمرو**" أن:« **العقد العرفي يعتبر كالورقة العرفية التي تقبل الطعن والتزوير والإنكار، أما العقد الرسمي فهو كالوثائق الرسمية التي لا تقبل الطعن بالإنكار**». نقلا عن أسامة عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص132.

(2) محمد إبراهيم سعد النادي، مرجع سابق، ص93.

(*) **النوازل** مصطلح يطلق بوجهٍ عام على المسائل والوقائع التي تستدعي حكماً شرعياً وفي عصرنا هذا يطلق على واقعة أو حادثة مستجدة لم تعرف في السابق بالشكل الذي حدثت فيه الآن، ومن بين هذه النوازل في وقتنا الحالي كثرة الفتن، فساد الضمائر، التأثر بالنظام الغربي، قلة الوازع الديني، الجحود والإنكار والتحايل القانوني...الخ. نقلا عن محمود إسماعيل محمد مشعل، مرجع سابق، ص ص157، 158.

أ- التوثيق أمرٌ لازمٌ لإثبات الزواج عند اللجوء إلى القضاء حالة إنكاره من أحد طرفيه فالوثيقة الرسمية حجة قاطعة في إثباته وحماية آثاره بعكس الورقة العرفية التي تستعمل من طرف الزوجين في بعض الدول لكتابة الزواج المبرم بينهما دون توثيقه رسميا كالمحاكم المصرية التي تعترف بحجية هذه الورقة حالة عدم الإنكار في إثبات العلاقة الزوجية.

ب- التوثيق ضمانة في عدم ضياع حقوق الزوجة والأولاد بعد البناء.

ج- التوثيق استقرار للحياة الزوجية واطمئنان أطرافها على تحقيق الدوام والسكينة والمودة والتعاون بينهما بصفة رسمية .

د- التوثيق وسيلة مساعدة للدولة في معرفة عدد المتزوجين على كامل ترابها وبالتالي فيه تسهيل للعمليات الإحصائية من خلال الرجوع إلى السجلات الخاصة بعقود الزواج.

وغيرها من الفوائد التي يترتب عليها وجوب احترامه، فنرى ضرورة توعية الأفراد بأهميته لاسيما من طرف الدولة باعتباره شرط قانوني فرضته قوانينها لحماية الرابطة الزوجية والأسرة والمجتمع ككل وذلك من خلال وسائل الإعلام وإنشاء دوريات ومناشير تحقق الغرض.

3-أوجه الاتفاق والاختلاف بين الزواج العرفي والزواج الموثق:

سنتعرض أولاً إلى النقاط التي يلتقي فيها كلا النوعين من الزواج، لنقف بعدها على النقاط التي يفترق فيها كلٌ منهما وفقاً لما يلي:

أ-أوجه الاتفاق بين الزواج العرفي والزواج الموثق:

- كلٌ من الزواجين هما صورة من صور الزواج الشرعي المعروف منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته الكرام، بتوافرهما على جميع أركانه وشروطه المطلوبة شرعاً لاسيما الإيجاب والقبول بين طرفيه، حضور الولي والشهود.
- كلٌ من الزواجين يهدفان إلى تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية والقانونية من الزواج من مودة ورحمة، سكينة واستقرار، دوام العشرة، تكثير النسل والتعاون المشترك بين الزوجين في تحمل مسؤولية تسيير مركب الزوجية.
- كلٌ من الزواجين متى انعقدا وفقاً للشريعة الإسلامية والقانونية باستكمال المقومات المطلوبة يرتبان كافة آثارهما الشرعية من نفقة، نسب، عدة، ميراث، حقوق وواجبات مشتركة بين الزوجين... الخ.

- كلٌ من الزواجين محل اتفاق بين العلماء وفقهاء الشرع في صحة وحلية الاستمتاع بين الزوجين خلالهما.
- كلٌ من الزواجين يهدفان إلى حفظ الأنساب والأعراق من الاختلاط من خلال إشباع الحاجة الجنسية في إطار مشروع محمي ببناء شرعي محكم سليم من كل فساد.[1]
- كلٌ من الزواجين تُصان فيهما المرأة من كل قذف وزور وبهتان كونها الطرف الضعيف في ميزان المجتمع.

ب-أوجه الاختلاف بين الزواج العرفي والزواج الموثق:

- الزواج العرفي يعقد مشافهة وهذا المشهورٌ في أوساط المجتمع الجزائري، ويمكن أن يكتب في ورقة عرفية لاسيما في المجتمع المصري، المجتمع السعودي، أما الزواج الموثق فتصدر بشأنه وثيقة رسمية بعد إبرامه أمام الجهات المعنية بمنحها وعندنا في قانون الأسرة الجزائري المختص بذلك هو الموثق أو ضابط الحالة المدنية.
- الزواج العرفي فيه مخالفة لأوامر ولي الأمر كون طاعته فيها واجبة ليست بمعصية وتحقق مصلحة الرعية وهذه المخالفة تتمثل في عدم احترام عنصر التوثيق بعكس الزواج الموثق فهي محترمة فيه.[2]
- الزواج العرفي آثاره أخطر من الزواج الرسمي كون هذا الأخير أكثر ضمانة في حمايتها والتي تكون ضحيتها عادة في الزواج العرفي الزوجة والأولاد والمتمثلة في الميراث، النفقة، النسب وتبادل الحقوق المشتركة بين الزوجين.
- الزواج العرفي تكثر فيه التحايلات القانونية في أكل أموال الدولة ومثالها المرأة التي لها معاش من زوجها الأول المتوفي فبزواجها الثاني العرفي تستولي على ما ليس بحقها عند الله لأن نفقتها أصبحت واجبة على زوجها، فلا يصح الجمع بين المعاش الذي هو نفقة الحكومة وبين المعاش المفروض على زوجها، وهذا ما لا نجده في الزواج الرسمي.[3]

---

[1] آمال جمعة عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص ص97، 99.

[2] عبد رب النبي علي الجارحي، مرجع سابق، ص87.

[3] أمال جمعة عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص108.

[*] المقصود **بقانون الضمير** أنه: هو الأصل الذي يجب أن يتوخى الناس خلاله وقاية وحفظ حقوقهم من الجحود والضياع والإنكار وخلاله يعلموا أنه ليس في استطاعة قانون أن يردهم عما يؤذيهم مادامت القوانين لا تتناول إلا ما ظهر واتصل بها

- الزواج العرفي الإشهاد فيه هو الأصل في حفظ الحقوق المترتبة عليه كونه يخضع لقانون الضمير[*]، أما الزواج الرسمي فالتوثيق فيه بالكتابة أمرٌ مستحدث لما حدث من تغيير وفساد في ضمائر النفوس.
- الزواج العرفي الإشهاد فيه يعتبر شرط صحة كونه إعلاناً له في عهدٍ مضى، أما الزواج الرسمي فالإشهاد فيه لا يكفي وحده رغم كونه شرط لصحته، بل وجب توثيقه كتابة في الوقت الحاضر سداً لذريعة ضعف النفوس في ضياع الحقوق ونكرانها.

ثالثاً: مقارنة الزواج العرفي بزواج الفريند:

وسبب اختيارنا لهذا النوع من الزواج لإجراء المقارنة بينه وبين الزواج العرفي كونه مستحدثاً وجديداً، ورغبة منا في البحث عن مدى التوافق بينه وبين موضوع الدراسة من جهة عقده ومقاصده وآراء العلماء فيه حتى لا يقع بعض ضعيفي الإيمان وذوي النفوس الخصبة للتشبع بموجات الغرب والتحرر ضحية الخلط بينهما وذلك من خلال ما يلي:

1-تعريف زواج الفريند:

يطلق على هذا النوع أيضاً مصطلح "**زواج الصداقة أو الأصدقاء**" وكذا "**الزواج الميسر**" فكلمة فريند كلمة تبناها الشيخ "**عبد المجيد الزنداني**"[*] ومعناها الصديق، وحسب رأيه أنّ هذا الزواج حلاً لمواجهة العلاقات المشبوهة والتي تتم عن طريق العشيقات والأصدقاء المنتشر بين فئة الشباب المغترب لاسيما عند التنقلات من بلدٍ لآخر.

وعليه فقانون الضمير وكل الله المؤمن إليه، ليشعر بمكانته عنده، وأنه لا يقاد بالزمام دائما، فليضع المؤمن نفسه حيث وضعه الله. نقلا عن عبد رب النبي علي الجارحي، مرجع سابق، ص96.

[*] هو مؤسس جامعة الإيمان الإسلامية، ورئيس مجلس الشورى في حزب التجمع اليمني للإصلاح، وهو أحد أبرز علماء الأمة. نقلا عن عبد الملك بن يوسف المطلق: **زواج الفرند بين حكمه الشرعي وواقعه المعاصر (زواج الأصدقاء Girl Friend-boy Friend)**، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م، ص17، وسبب التسمية كما يقول الشيخ لهذا النوع من الزواج جاءت من قبل المشاكلة أو في مقابل "بوي فريند وجيرل فرند" وذلك بمناسبة التحدث عن مشكلة أبناء الجيل الجديد في أوربا وأمريكا وهذا رأي له و ليس فتوى منه. نقلا عن نفس المرجع، ص18.

وقد عُرِّف هذا الزواج بأنه: «**هو عقد صحيح ومعلن عنه بحضور الولي والشهود، لكن العروس تبقى في بيت أهلها دون أن يكون لهما مسكن مشترك، ويكفي أن يكون اللقاء لوقت محدد في أي مكان، وبعدها يعود كلٌ منهما إلى بيته مع أسرته ويكون عادة في بلدٍ غير بلد الآخر، وهذا الزواج بحكم الصداقة أو الثقة**».[1]

2-الحكم الشرعي لزواج الفريند:

أيضاً هذا النوع من الزواج كسابقيه هو محل خلاف في نظر علماء الفقه المعاصر حول حكمه الشرعي، فمنهم من قالوا بجوازه ومنهم من قالوا بعدم زواجه، وهذا ما سنتعرض له بإيجاز حتى نرجح أحسنها لاحقاً وفقاً لما يلي:

أ-**الرأي الأول:** يرى أصحاب هذا الرأي أن زواج الفريند جائزٌ ومباح، واعتبروه صورة مثلى للزواج الميسر الذي يقضي على شبكة العنوسة والتقليل من انتشار العلاقات غير الشرعية خصوصاً في المجتمع الغربي الذي أصبح الأصل فيه وجود صداقة بين الجنسين لاسيما الجالية المسلمة الشبابية هناك، ومن الذين قالوا بهذا الرأي "**الشيخ عبد المجيد الزنداني**" صاحب الاقتراح الذي تقدم به إلى مجلس الإفتاء الأوروبي للنظر فيه كونه سيحافظ على أبناء المسلمين في أوربا الذين وقعوا ضحايا العلاقات الجنسية على أساس الصداقة المفروضة في الواقع المعاش هناك، ونظراً للانتقادات من بعض علماء المسلمين بشأن هذا الاقتراح رجع الشيخ عن تسميته "**بزواج فريند**" إلى تسميته "**بالزواج الميسر**"، وفعلاً تم إقرار هذا الاقتراح من قبل علماء مجلس الإفتاء الأوروبي[2]، وسار معه في هذا الرأي الدكتور "**محمد سيد طنطاوي**" شيخ الأزهر السابق رحمه الله تعالى والشيخ "**علي أبو الحسن**" رئيس لجنة الفتوى بالأزهر سابقاً.

ب-الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أنّ زواج الفريند غير جائز وحرام، على اعتبار أن هذا الزواج لا يحقق روابط العلاقة الزوجية ويحول الأمر إلى مجرد قضاء شهوة فقط، فالمرأة إذا تزوجت صارت شريكة لزوجها في كل شيء وتراعي مسؤولياتها نحوه ولا يتوقف الأمر على مجرد قضاء الشهوة وكلٌ يذهب إلى مكان لوحده.

---

[1] محمد إبراهيم سعد النادي، مرجع سابق، ص71.

[2] إبراهيم رمضان إبراهيم عطايا، مرجع سابق، ص47.

وكذا يعود هذا الزواج بالسلب على تربية الأولاد لاحقاً، فكيف ينشؤون في بيت غير مستقر وعند آباء منتقلين من مكانٍ إلى آخر، ومن أنصار هذا الرأي كلٌ من الدكتور " **نصر فريد واصل**" مفتي الجمهورية المصرية سابقاً، الأستاذة في الفقه والقانون المقارن "**ملكة يوسف**"(*) بجامعة القاهرة والدكتور "**وهبة الزحيلي**".

وحسب رأينا فإننا **نرجّح الرأي الثاني** القائل بالتحريم، لأنه ليس من المنطق أن نستحدث مثل هذه الصور من الزواج لنقر بطريقة غير مباشرة بشرعية علاقات غربية محرمة بحجة إضفاء الشرعية عليها بجعلها في إطار عقد الزواج المكتمل الأركان، ضاربين في ذلك بالمقاصد الشرعية التي تقتضيها الشريعة الإسلامية والقانون من هذا الرباط بعرض الحائط، وعليه فالأولى هنا «**هو درء المفسدة قبل جلب المصلحة**».

3-أوجه الاتفاق والاختلاف بين الزواج العرفي وزواج الفريند:

أما أوجه التشابه بين النوعين والاختلاف تتضح من خلال ما يلي:

أ-أوجه الاتفاق بين الزواج العرفي وزواج الفريند:

- كلا الزواجين لا يوثق العقد فيهما، بل يتم بمجرد عقد شفوي أو يكتب بورقة عرفية غير رسمية في بعض الدول العربية مثل مصر.
- كلا الزواجين مستكمل أركانه وشروط صحته من الناحية الشرعية والقانونية من رضا الزوجين، الولي، الشهود، تسمية المهر، انتفاء الموانع الشرعية.
- كلا الزواجين يهدفان إلى إشباع الحاجة الجنسية في الحلال بأيسر الطرق وأسهلها.

(*) حيث قالت: «**هذا الزواج باطل بطلانا مطلقا في الشريعة الإسلامية والقانون -قانون الزواج الإسلامي-حاكم لا محكوم مهما تغيرت الظروف سواء في المكان أو في الزمان أو في أي مكان وجدت الأحكام الشرعية، فهي لا تتغير ولا تتبدل، فالزواج هو تلك الخاصة المميزة التي اختص الله بها المسلمين...أما ما يعرض علينا من هذه الأنكحة وهذه المسميات مردودة على أهلها، وستكتب شهادتهم ويسألون...ولا أدري ما حصل لأمة الإسلام ولا حول ولا قوة إلا بالله**». نقلا عن عبد الملك بن يوسف المطلق: **زواج الفرند بين حكمه الشرعي وواقعه المعاصر(زواج الأصدقاءGirl Friend-boy Friend)**، مرجع سابق، ص28.

- كلا الزواجين يشتركان في نفس الأسباب المؤدية إلى ظهورها لاسيما التقليل من ظاهرة العنوسة، إعفاف المرأة، غلاء المهور...الخ.
- كلا الزواجين يتفقان بالنتائج والأسباب الحاصلة بعد العقد كالتوارث، النسب، النفقة و الحقوق المتبادلة بين الزوجين...الخ.[1]
- كلا الزواجين قد تهدر فيهما الكثير من الحقوق بسب الجحود والإنكار من أحد طرفيه بسبب عدم توثيقهما.

ب-أوجه الاختلاف بين الزواج العرفي وزواج الفريند:

- تسمية الزواج العرفي الشرعي موضوع الدراسة بالعرفية لتخلف ركن التوثيق فقط وشرعيته ثابتة باستكماله لمقوماته الشرعية التي تحل بها العشرة الزوجية، أما في زواج الفريند أو ما يعرفُ بزواج الميسر هو في أصله علاقة غير شرعية وسبب تسميته بذلك وضعت كمشاكلة للحرية الجنسية، وهذا يتنافى مع تسمية الإسلام للزواج، فهناك من العلماء من اعتبره زنا صريحاً.
- الزواج العرفي بني على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم و أن زواجه لم يكن موثقاً ولا الصحابة الكرام فهو أساس وقديم وله اعتباره، وهذا عكس زواج الفريند بني على شكل رأي ولم تكن هناك فتوى، وكان بناؤه على شكل الأخدان وهي العشيقة فهو جديد ومحاكاة لعادات الغرب.[2]
- الزواج العرفي الغالب فيه تحقيق الدوام وحفظ النفس عن اتيان الحرام، أما زواج الفريند فمبنيٌ على الصداقة وقضاء الشهوة فقط في أوقات محدودة وقد ينتهي بمجرد انتهاء الدراسة أو الانتقال من بلدٍ لآخر ونهايته غالباً الانفصال.
- الزواج العرفي هو الأكثر انتشاراً في معظم الدول العربية الإسلامية كونه شرعي معروف منذ القدم إلاَّ أنَّه غير موثق، أمَّا زواج الفريند فهو منتشرٌ في بلاد الغرب وبعض الدول العربية الإسلامية كالمملكة العربية السعودية.

---

[1] عبد الملك بن يوسف المطلق: **الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها (دراسة فقهية واجتماعية نقدية)**، مرجع سابق، ص462.

[2] نفس المرجع، ص463.

- زواج الفريند نتائجه وآثاره أكثر خطورة على الجانب النفسي للزوجة والأولاد لاحقاً كون أنهما لا يعيشان تحت سقفٍ واحد، وإنما كل واحدٍ يعيش في عزلة عن الآخر في أي مكان يختاره الزوجان ولا يلتقيان إلا في أوقات معينة بغرض قضاء الشهوة، وهذا ما تذهب معه معاني ومقاصد الزواج في المودة والاستقرار والثقة بخلاف الزواج العرفي يكونا معاً في بيتٍ زوجيٍ واحدٍ

ومن خلال ما تم عرضه من مقارنة بين أهم بعض صور الزواج المستحدثة على غرار بعض صور الزواج المعهودة هدفا منا إزالة الغشاوة عن الكثيرين من أفراد الأمة الإسلامية وخصوصاً أفراد الشعب الجزائري للتبصر بمدى خطورة هذه الأنواع في ضرب النظام الأسري وذلك من خلال الوسائل المؤدية إلى ذلك وعلى رأسها التيار الغربي المؤجج للشهوات الكامنة لدى الشباب والفتيات.

فمن أجل هذا وقفنا على أهم النقاط التي قد تلتقي فيها هذه الأنواع مع الزواج العرفي الشرعي موضوع الدراسة والاختلاف بينهما حتى لا يعتبر مصطلح "**العرفي**" سبباً في حلية كل علاقة تحت هذا المسمى، فالعرفي المقصود في الدراسة هو الفاقد فقط لعنصر التوثيق أمام الجهات المعنية الكامل لجميع مقومات الزواج الشرعية والذي أصبح في ظل هذه الفتن من المسائل الإدارية الواجب احترامها وذلك لصيانة الحقوق من الضياع ودرء المفاسد والمضار.

المطلب الثالث: أسباب الزواج العرفي

إن الزواج العرفي في المجتمع الجزائري على خلاف ما عرف في المشرق، يعتبر زواجا شرعيا فيه جميع الأركان والشروط من رضا الزوجين، حضور الولي، الصداق، الشهود مع انتفاء الموانع الشرعية، ولكنه يفتقر إلى التسجيل الإداري لتوثيقه وترسيمه من أجل ضمان الحقوق الزوجية والتمتع بالحماية القانونية.

إلا أن هذا الزواج عرف انتشارا واسعا في الآونة الأخيرة لا سيما في زمن أصبح كل شيء فيه بأوراق ثبوتية ودولة أعطت للتوثيق أهمية، وذلك من خلال ما أصدرته من نصوص قانونية استوجبت قيد الزواج في سجلات الحالة المدنية إلى جانب المحاذير التي أكدت عليها المنظمات الحقوقية والاجتماعية من آثار هذا النوع من الزواج.

والغريب من الأمر أن هذا التزايد له لم يتوقف في أوساط المجتمع فقط بل تعداها إلى ساحة القضاء الذي شهد الكثير من قضايا الأحوال الشخصية لا سيما تثبيت الزواج العرفي قصد ترتيب آثاره لاحقا.

وعليه سنحاول في هذا المطلب الوقوف على الأسباب التي تضافرت في انتشاره، فمنها ما هو قانوني ديني، اجتماعي واقتصادي وذلك بغرض الوصول إلى اقتراح حلولا تساعدنا في الحد من هذه الظاهرة.

الفرع الأول: أسباب دينية

إن الإسلام قد عنى بالعلاقة الزوجية فوق كل عناية، كونها عقد ازدواج بين ذكر وأنثى من الآدميين فهو متعلق بذات الإنسان الذي كرمه الله تعالى ولهذا سماه ميثاقا غليظا وبين ما يترتب عليه من حقوق وواجبات لكلا طرفيه فوضع بذلك أصولا عامة للحفاظ عليه.

ففي ذهنيات الكثير قصور في فهم مقاصد قواعد الدين الإسلامي مما تولد في اعتقادهم أن ما يضعه أولياء الأمور من أنظمة مستحدثة وذلك من باب سد الذرائع المؤدية للفساد بضياع الحقوق هو مخالفة لتعاليم الدين؛ وهذا ما أدى إلى الاكتفاء بما نص عليه الشرع فقط، فانتشر بذلك الزواج العرفي بدون تسجيل من خلال ما يلي:

أولا–إكتفاء معظم الأفراد بالزواج وفقا لتعاليم الدين الإسلامي[*] المكتمل الأركان والشروط من إيجاب وقبول الزوجين وتراضيهما وخلوهما من الموانع الشرعية مع حضور الولي و الشهود و تسمية الصداق والإعلان وهو الزواج الذي عهد عند المسلمين منذ وقت الرسول صلى الله عليه و سلم و صحابته رضوان الله عليهم، فلم يكن التوثيق الرسمي معروفا لديهم بل يكتفون بعقد زواجهم شفويا فقط و قد أقر الشرع ذلك ولم يرده في أي وقت.[1]

ثانيا–معارضة الكثير من علماء الدين و الأئمة لقرار وزارة الشؤون الدينية الذي أكد على عدم قراءة الفاتحة في أي عقد زواج ما لم يقدم الزوجان وثيقة ممضاة من مصالح البلدية تؤكد تسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية، واعتبروا هذا بمثابة **علمنة للزواج** في الجزائر.[2]

---

[*] اعتقاد الكثير من الجزائريين لا سيما آبائنا وأجدادنا لحد الساعة بأن المشرع الجزائري تأثر بالفكر القانوني الفرنسي الذي لم يعترف صراحة ولا ضمنا بترتيب آثار عقود الزواج التي تم إبرامها وفقا للعرف والإجراءات الدينية، وذلك كون أن المجتمع الجزائري المتشبع بالعقيدة الإسلامية لم يكن يهتم بتسجيل عقد الزواج في سجلات البلدية بل هي نظام أوجده المشرع الفرنسي المحتل يهدف الى ابعاده عند عرقه الديني. نقلا عن عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص39.

[1] محمد ابراهيم سعد النادي، مرجع سابق، ص98.

[2] رمضان بلعمري: " **أنصار الشرع قبل القانون** "، تاريخ المعاينة:1016/04/19، على الساعة: 10:07 صباحا، الرابط الالكتروني: www.alarabiya.net

ثالثا–رسوخ فكرة أن فاتحة الإمام وحضوره مجلس عقد الزواج بتوافر أركانه وشروط صحته من حضور الطرفين والولي والشاهدين هو أساس البركة وقوى الرباط الشرعي الذي يتماشى مع الشرع فبذلك العقد الشرعي يحل الاستمتاع و يرتب جميع آثاره من حقوق بين الزوجين ونسب الأولاد والتوارث بينهما، وهذا معروف في تقاليد الأسرة **الجزائرية** أنه كاف للدخول به وإجراء العرس ودعوة الناس إلى الولائم كتعبير عن إعلانه واشهاره بين الجميع دون الحاجة إلى اللجوء إلى البلدية وتسجيله، فهذه الثقة العميقة في الإمام جعلت الناس يهرعون إليه في كل أمورهم لا سيما مناسبات الزواج في المجتمع الجزائري فهم يقولون: «**لا تعتبر الوليمة وليمة إلا إذا تصدرها الإمام**».[1]

رابعا–نظرة المجتمع الجزائري للعقد الشرعي نظرة تقديس وإجلال على اعتبار أن رابطة الزواج هي الأساس في تكوين الأسرة وهذا لا يكون إلا بالبناء الشرعي السليم وعلى المنهج الذي سار عليه عامة المسلمين فهو كاف لترتيب آثار بمجرد شرعيته بالإعلان والإشهار، والتوثيق ما هو إلا **أمر مستحدث** وتعقيد **في تعجيل الزواج** في نظر هؤلاء.

خامسا–التشجيع على الزواج العرفي كونه صحيحا متى استوفى أركانه وشروطه الشرعية ولا يؤثر عدم التوثيق على صحته من قبل العلماء والمفتين.

فجملة هذه الأسباب أدت إلى تشجيع العرفية في الزواج بدل التوثيق له كلها تصب في أن "**التوثيق أمر مستحدث ولم يكن معروفا** " في وقت الرسول عليه الصلاة والسلام وأصحابه الكرام فالاستمتاع في الحلال يترتب بمجرد توافر الأركان والشروط المعتبرة شرعا.

إلا أنه حسب رأينا سبب هذا الاعتقاد هو عدم التفات الكثير إلى أمر مهم يتميز به الإسلام كونه نظام لا يمانع في يوم من الأيام أحكاما وتشريعات ووضعية غرضها التنظيم لجلب المصالح ودرء المفاسد بل الطاعة في مثل هذا الهدف واجبة لأولياء الأمور كونهم أدرى بحماية حقوق الناس ورعاياهم من الضياع في الزمن الذي أصبح فيه الوازع الديني ضعيف، فهم مسؤولون عن الحفاظ على أمور كل من في مسؤوليتهم أمام الله عز وجل ففي الحديث عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:« **ألا كلكم راع، وكلكم مسؤول عن رعيته، فالأمير الذي على الناس راع، وهو مسؤول عن رعيته**»[2]، فعلى رأس المصالح

---

[1] محجوبي: **دور المسجد في التربية البيئية**، GTZ، دون سنة نشر، ص76.

[2] أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق عبد الرزاق بن محمد بن راتب، مرجع سابق، المجلد السادس، حديث رقم (1829)20، ص182.

المرسلة "**مسألة التوثيق**" صيانة لحفظ الحقوق خصوصا في وقتنا الحاضر الذي كثرت فيه الخصومات و المنازعات حولها.

الفرع الثاني: أسبـاب قانونية

يرجع الكثير من الباحثين القانونيين أسباب انتشار الزواج العرفي غير الموثق في نظر المجتمع الجزائري إلى ما فرضه القانون من شروط ووجوب الحصول على رخص وأذون مسبقة لبعض الفئات المقبلين على الزواج، لا سيما العاملين والموظفين بسلك الأمن العسكري وكذا الذين لم يبلغوا السن القانونية لذلك، ولعل ما يعتبر السبب المباشر لتزايد الزواج العرفي هي "**القيود المفروضة على تعدد الزوجات التي جاء بها تعديل قانون الأسرة الأخير**" إلى جانب الهروب من بعض الالتزامات التي يفرضها عقد الزواج على الزوج تجاه زوجته وأولاده من نفقة وعدل و رعاية ...الخ .

إلى جانب هذه الشروط قد أرجع العديد من رجال القانون أن عدم احترام التوثيق لعقد الزواج العرفي المكتمل الأركان الشرعية هو "**غياب تحديد مهلة للتصريح به أمام الجهات المختصة**" وكذا عدم "**فرض عقوبات ردعية**" فيما يصدره المشرع من تعليمات للأئمة بعدم قراءة الفاتحة قبل إظهار وثيقة تثبت تسجيله رسميا وغيرها من الأسباب المؤدية إلى هذا الزواج وهذا ما سنوضحه وفقا لما يلي:

أولا-تعدد الزوجات بموجب نص المادة 08 من أمر 05-02 : [1]

يعتبر نص المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري رقم84-11 والمعدل بموجب أمر 05-02 السبب المباشر الذي دفع بالجزائريين إلى خرق القانون و التحايل عليه من خلال الزواج العرفي، وذلك بسبب ما فرضه المشرع الجزائري من قيود في حالة التعدد وجب الالتزام بها حتى يرتب أثره قانونا حيث نصت على ما يلي: « **يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط و نية العدل.**

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

---

[1] أمر 05-02 المؤرخ في:18 محرم 1926 الموافق لـ:27 فبراير2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في:09 رمضان1404 الموافق لـ:09 يونيو 1984 والمتضمن **قانون الأسرة**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في: 18 محرم 1926 الموافق لـ:27 فبراير2005، العدد15، ص ص19، 20.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية».

والملاحظ من أحكام المادة أعلاه أن المشرع الجزائري أباح تعدد الزوجات في حدود الشريعة الإسلامية كما هو ثابت من قوله تعالى:« **فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث و رباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم** »[1]، فأجازت للرجل أن يتزوج بأربع نساء فقط مع شرط العدل بينهن وإلا الاقتصار على واحدة[2]، إلى جانب هذين القيدين جاءت المادة بقيود أخرى وهي بالتحديد :

1-المبرر الشرعي.

2-إخبار الزوجة السابقة واللاحقة.

3-تقديم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية ومنحت السلطة التقديرية له في منح الترخيص بعد التأكد من:

*موافقة الزوجة السابقة وكذا اللاحقة.

*إثبات الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل المادي والشروط الضرورية للحياة.

فحسب رأينا فالمشرع بإضافته لهذه الشروط على ما كان في المادة 08 قبل التعديل [*] والمذكورة أعلاه ما هو إلا رغبة منه في تنظيمه لمسألة التعدد واحترام ما أوجبه الشرع من قيود وكذا التقليل من التحايلات و التملصات التي يعمد إليها الزوج في غرضه من التعدد فيظلم بذلك كلا الزوجين، لاسيما إن أهملها ماديا أو وقوع أحدهما في تدليس بسبب إخفاء الأمر المتعلق بالتعدد على أحدهما، وبدليل ذلك جعل التعدد متوقف على ترخيص رئيس المحكمة الذي يحقق في مدى احترام هذه المادة من قبل الزوج خصوصا، رغم أن البعض يرى أن وضع مسألة التعدد بيد القاضي تزيد تعقيدا؛ وذلك ما يترتب عنها من أضرار كثيرة، فقد يخرج عقد الزواج المشروع للسكن و المودة إلى عقد تبادلي تنشر فيه أسرار البيوت أمام المحاكم فيعطى

---

[1] الآية 02 من سورة النساء.

[2] محمد علي الصابوني: **صفوة التفاسير (تفسير القران الكريم)**، الجزء الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 1421هـ/2001م، ص237.

[*] كانت تنص المادة قبل التعديل على ما يلي: « **يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى بالتطليق في حالة عـــدم الرضا**». نقلا عن قانون رقم 84 -11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 يتضمن **قانون الاسرة**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في: 12 رمضان 1404، العدد24، السنة الواحدة والعشرون، ص910.

الإذن لمن لا يستحقه إذا أحكم الحيلة و يمنع المستحق إذا آثر كتم الأسباب الحقيقية التي تدعوه إلى الزواج الثاني رغبة منه في المحافظة على كرامته و كرامة زوجته[1].

وكذلك جعل المشرع الترخيص متوقف على إثبات المبرر الشرعي قصد التأكد من غايات التعدد لاسيما التي تحقق مقاصد الزواج من حق الاستمتاع وإنجاب الأولاد والسكينة والاستقرار وغيرها من المقاصد، حتى وإن كان يرى البعض أنه شرط لم يأت به الشرع لاسيما آية التعدد السابقة الذكر.

وهذا ما لاحظناه من خلال التطبيق الميداني للمادة وقت التحقيق في طلب منح الترخيص للتعدد فالغرض من تعديلها بإضافة شرط الموافقة للزوجتين السابقة و اللاحقة وضرورة حضورهما أمام رئيس المحكمة قصد التأكد من علمهما ودحض كل تدليس و تحايل بشأن ذلك، وكذا من أجل التحقيق معهما في مدى توافر الشروط المقررة شرعا وقانونا في التعدد لا سيما قدرة الزوج على العدل بين كلا الزوجتين وكذا قدرته الجسمانية على قيامه بواجباته الزوجية و للزوجة الأولى أو الثانية المقبل عليها أن تشترط شروطها، كأن تشترط الزوجة الأولى أن يوفر لها بيتا مستقلا عن الزوجة الجديدة، فهنا من خلال سماع كل طرف تظهر حقائق قد تختفي عند الاكتفاء بتحقيق شرط العلم بمقتضى محضر قضائي أو شهود على سبيل المثال، فمن الحالات التي عرضت في المحكمة بشأن منح الترخيص في التعدد أن الزوج الذي قدم طلب الزواج الجديد كان مقعدا في الكرسي متحرك فهنا تم رفض منح الترخيص، رغم توافر جميع الشروط المنصوص عليها في المادة لا سيما موافقة الزوجتين.

وهذا ما يؤكد أن الزوجة الأولى لما تكون حاضرة أمام رئيس المحكمة وتؤكد له أن حضورها من أجل تأكيد رفضها للزواج الثاني لا يأخذ به القاضي ولا يلزمه خاصة إن كان تعسفيا وقصدا منها أن تبخسه من حقه الشرعي دون مبرر منها، لكن إذا ما بررت رفضها بأنه مريض بمرض خطير وتحايل على الزوجة اللاحقة هنا يرفض منحه الترخيص ليس بسبب عدم موافقتها وإنما بسبب وجود مبرر يحول دون أن تتحقق معه أهداف الزواج ومقاصده الشرعية.

فمن خلال هذه الملاحظات الميدانية توصلنا إلى نتيجة بأن الإشكال ليس في القيود التي فرضها المشرع في المادة الثامنة المعدلة بشأن إجبارية الحضور لجميع الأطراف من أجل منح الترخيص، وإنما

---

[1] عبد القادر حرز الله: **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له قانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيراير 2005**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م، ص194.

العبرة في التوعية الدينية والقانونية للزوجة الأولى خصوصا إذا كانت نظرتها لشرط الموافقة كوسيلة ضغط تمارسها على زوجها؛ فتدفع به إلى أن يتزوج إما عرفيا و به تكون سببا في هدر حقوق الزوجة الثانية وأولادها بسبب عدم التوثيق لهذا الزواج لاسيما إن لم يلتزم الزوج بتثبيته لاحقا قضائيا، وإما أن تدفعه إلى إرتكاب الفاحشة و الرذيلة فلهذا على الزوجة الأولى أن تستوعب ما طلبه الشارع في الامتثال لأوامره فما دام الترخيص جاء من عند الله عز وجل في التعدد لما فيه من حكم عظيمة فهو شرع متكامل ولا يوجد فيه ظلم للمرأة بل فيه تكريم و تشريف لها متى التزمت به، وبهذا نقضي على الشبهات المثارة حول الإسلام في كونه مجحفا في حق المرأة لاسيما مبدأ المساواة بينها وبين الرجل، فظهرت بذلك أصوات نسوية تدعوا إلى التحرر و كذا الاتفاقيات الدولية المنادية لذلك مثل اتفاقية سيداو التي تدعوا إلى القضاء على أشكال التمييز الممارس ضد المرأة والدعوة إلى المساواة بينها وبين الرجل.

وما دامت الجزائر أحد الدول التي صادقت عليها فلا بد أن تعدل نصوص قوانينها الداخلية لتتماشى مع بنود الاتفاقية و في هذا يرى الكثير أن المادة 08 مصدرها غربي أكثر من أن يكون إسلامي.(*)

إلا أننا نفترض في المرأة الجزائرية أن تكون أكثر وعيا وأكثر حكمة في فهم ما تتوخاه الشريعة الإسلامية في تحقيق العدل و عدم ظلمها من أي شخص كان حتى وإن كان زوجها ذاته، وكذا عليها أن تؤمن بأن هدف المادة 08 هو قصد التنظيم و المحافظة على ضمان الحفاظ على الحقوق من الضياع فقط وليس الغرض بأن تشجع على أن تصبح وسيلة ضغط على الزوج و بالنتيجة وسيلة تحايل على القانون من قبله في لجوئه إلى الزواج عرفيا حالة رفضها للتعدد، لكن لا بد على المشرع أن يفعِّل هذه المادة على أرض

(*) انضمت الجزائر إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة – سيداو– في 22 مايو 1996، وقد أبدت تحفظات على مواد 05 منها لاسيما **المادة 16 التي تتعلق بالزواج و العلاقات الأسرية** حيث اشترطت ألا تتعارض الحقوق المتساوية للرجال والنساء أثناء الزواج وعند فسخه مع أحكام قانون الأسرة الجزائري، ونورد هنا كذلك **رأي اللجنة الخاصة بمتابعة اتفاقية سيداو** عن تقارير الدول الأطراف و التي تقول عن تعدد الزوجات: « **كشفت تقارير الدول الأطراف عن وجود ممارسة تعدد الزوجات في عدد من الدول وأن تعدد الزوجات يتعارض مع حقوق المـرأة في المساواة بالرجل ويمكن أن تكون له نتائج انفعالية ومادية خطيرة على المرأة وعلى من تعول ولذا فلا بد من منعه، وتسأل اللجنة عن سبب سماح بعض الدول بتعدد الزوجات بموجب قوانين الأحوال الشخصية أو العرفية، وتقول أن ذلك ينتهك الحقوق الدستورية للمرأة وأنه يخـــرق أحكام المادة 15 من الاتفاقية في فقرتها (أ)، وتقول اللجنة أيضا بأن العديد من الدول تعتمد في حقوق الزوجين على تطبيق مبادئ القانـــون العام أو القانون الديني أو العرفي بدلا من الإذعان للاتفاقية** ». نقلا عن منال محمود المشنى: **حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة)**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 1432هـ/2011م، ص ص312، 393.

الواقع بآليات ردعية تضمن احترام الترخيص الذي يمنحه رئيس المحكمة حالة التعدد على غرار ما فعله بعض مشرعي الدول العربية(*)؛ وبذلك يتصدى لكل تحايل على ذلك.

وهذا أيضا ما ذهبت إليه المحامية " **فاطمة الزهراء بن براهم** " في تصريح لها مع "**الشروق**" حين انتقدت بشدة الزوجات اللاتي يمنعن أزواجهن من التعدد؛ مما يتسبب في الطلاق بين الزوجين أو لجوء الزوج إلى الرذيلة و قالت: «**فالتي تعلم بأنها متزوج عليها بطريقة شرعية خير من تلك التي تكشف خيانة قد تدمر حياتها**».[1]

ثانيا–تحديد سن الأهلية في الزواج:

يعد في نظر الكثيرين بأن تحديد سن الزواج من قبل قانون الأسرة الجزائري على غراره من قوانين الأحوال الشخصية العربية الأخرى أمر مستحدث لم تنص عليه الشريعة الإسلامية، إلا أنه بالنظر إلى أهمية عقد الزواج و جسامته ومراعاة للآثار التي تترتب عليه، اعتبر المشرع الجزائري الأهلية شرط في صحة الزواج، وذلك ما أكدت عليه المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر05–02 و أن تخلفها يؤثر في صحة الزواج و هي المحددة **بسن 19 سنة** للطرفين أي الرجل والمرأة في الزواج لا تكتمل أهليتهما

(*) **كالمشرع العراقي** فإنه رتب عقوبة لمن لا يحترم شروط التعدد بل اعتبر ذلك جريمة سماها «**بجريمة تعدد الزوجات خلافا للقانون** » وسبب التجريم لا يعود لعدم جدية الزواج وإنما يعود لمخالفة نصوص القانون. نقلا عن عدي طلفاح محمد الدوري: **الرابطة الزوجية في منظور القانون الجنائي (دراسة مقارنة)**، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، الطبعة الأولى، 2015، ص182، وهذا ما نص عليه في المادة **03 فقرة 06** بقولها: « **كل من أجرى عقدا بالزواج أكثر من واحدة خلافا لما ذكر في الفقرتين 04 و 05 يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار أو بهما**» أما الفقرتين 04 و 05 فقد نصتا على:

« 4– لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين:

أ- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة.

ب- أن تكون هناك مصلحة شرعية.

5– إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد و يترك تقدير ذلك للقاضي». نقلا عن قانون رقم 188 المؤرخ في: 1959/12/19 المتعلق **بالأحوال الشخصية** المعدل و المتمم بقانون رقم 189 المؤرخ في: 1980/11/24، جريدة الوقائع العراقية المؤرخة في: 1959/12/30، العدد280، ص01.

(1) بلقاسم. ح، الهام. ب: "**مختصون يطالبون بتعديل قانون الأسرة والطلاق حرية تعدد الزوجات**"، تاريخ المعاينة: 2016/03/11، على الساعة: 11:00 صباحا، على الرابط الالكتروني:
https://sites.google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbyte/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

إلا بتمامه وهذا ما أكدته **المادة 07** [*] من قانون الأسرة المعدلة بموجب نفس الأمر فهذا هو الأصل في سن الزواج أما الاستثناء فيجوز الزواج بأقل من هذه السن بشرط أن يكون بترخيص[1] من رئيس المحكمة و ذلك لمصلحة أو ضرورة إلى جانب قدرة الطرفين على الزواج، وهذا الاستثناء المرتبط بشرط الحصول على الترخيص هو أحد الأسباب التي ساهمت في انشار الزواج العرفي وذلك أن هذا الإذن بالإعفاء من شرط الأهلية يعد شرطا لتوثيق الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق فتخلف هذا الشرط يبرره الكثير بـ:

1-يعتقد البعض بأن تحديد سن الأهلية من خلق القوانين و شرط لا يدخل في صحة العقد في نظر الشريعة الإسلامية لا سيما هذه الأخيرة سمحت بالزواج للصغار وتركت الأمر لمن يعنيهم ودليلهم في ذلك زواج السيدة عائشة رضي الله عنها بالرسول صلى الله عليه وسلم وهي بنت ست سنين وبنى بها وهي ابنة التسع سنين فهو صريح في جواز تزويج الصغيرة.

2-الاكتفاء بولي الصغيرة في توليه بتزويجها دون حاجة إلى رخصة من القاضي، لا سيما الأب أو الأخ أو أي شخص حسب ترتيب الأولياء وفقا للشرع.

3-يرى الكثير أن الحصول على الرخصة تفوت الكثير من فرص الزواج وتعطيلها بسبب تعقيداتها الإدارية فيفضلون الزواج عرفيا وفقا للشريعة الإسلامية وبعدها يثبتونه عن طريق دعوى رفع قضائية أمام القاضي المختص.

4-وهناك من يشجع التبكير في الزواج خشية الوقوع في المعصية خاصة أن نصوص القرآن الكريم و السنة النبوية تدعوا إلى النكاح و تحث عليه عند الاستطاعة وعدم التأخر.[2]

إلا أنه حسب رأينا يجب **احترام شرط الرخصة أو الإذن** التي يتطلبها القانون في غياب السن القانوني حفظا للحقوق ودحضا لمن في قلبه غدر وتلاعب في حرمان الفتاة الصغيرة لاحقا من التمتع بحقوقها

---

[*] تنص على ما يلي: « **تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات**».

[1] أنظر النموذج بالملحق المتعلق بالأذون والتراخيص بتسجيل الزواج، رقم04.

[2] مصطفى قضاة: "**التبكير في الزواج والآثار المترتبة عليه دراسة فقهية قانونية مقارنة لرؤية معاصرة**"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، جامعة اليرموك اربد، العدد الأول، 2010، ص455.

المترتبة عن زواجها غير الموثق، فما افترضه القانون ما هو إلا صونا للحقوق، مع الإشارة إلى أنه في المادة 07 التي سمحت بالترخيص للقاصرة بالزواج استعملت مصطلح «**القاضي**» في حين أن هذا الأخير قد ينصرف معناه إلى اختصاص قاضي شؤون الأسرة في منح إذن إعفاء القاصرة من سن الزواج لكن في الحقيقة هو من اختصاص «**رئيس المحكمة**» بصفته يمارس الأعمال الولائية على مستواها، لهذا وجب ضبط هذا المصطلح من قبل المشرع الجزائري، كما يمكن لرئيس المحكمة أيضا أن يصدر **أمر بتعيين ولي للقاصرة** قصد إتمام إجراءات الزواج، ونموذج الأمر تجدونه بالملحق المتعلق بالأذون و التراخيص بتسجيل الزواج السابق الذكر.

ثالثا–قيد الموافقة المسبقة من الإدارة المختصة:

إلى جانب شرط الإذن المتعلق بالإعفاء من السن القانونية في الزواج المنصوص عليه في قانون شؤون الأسرة وكذا قانون الحالة المدنية، هناك بعض النصوص المختلفة تجعل من زواج بعض الأشخاص خاضعا لرخصة أو موافقة مسبقة من الإدارة المختصة، هذه الأخيرة سبب في لجوء الكثير من هؤلاء إلى الزواج عرفيا دون تسجيله أمام الجهات المختصة في ذلك وتتمثل هذه الفئات في:

1–زواج الأجانب:

فوفقا للتعليمة رقم **80/02** الصادرة بتاريخ:**1980/02/11** عن وزير الداخلية تخول الحق في الحصول على **الرخصة المسبقة للزواج** (*) من أجل تسجيله أمام مصالح الحالة المدنية من قبل الوالي المختص في ذلك، وقد نصت المادة **31 من قانون الأسرة و المعدلة بموجب أمر 05–02** على أنه: « **يخضع زواج الجزائريين و الجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية**»، كما أنه لا يجوز زواج المسلمة الجزائرية بغير المسلم شرعا وقانونا وهذا ما أكدته المادة **30 من نفس القانون المعدل في فقرتها الأخيرة** بقولها:« **كما يحرم مؤقتا زواج المسلمة من غير المسلم**»، فيظهر من هذا النص أنه مانع مؤقت يزول باعتناق الإسلام ونظرا أن هذا الزواج متعلق بأمن و سلامة الدولة الجزائرية فإنه يخضع قبل تسجيله إلى إجراءات تنظيمية معقدة قد تستغرق مدة زمنية طويلة واتضح لنا ذلك من خلال المقابلة التي قمنا بإجرائها مع شخص رئيس مكتب تنقل الأجانب الموجود عل مستوى ولاية بسكرة حيث أكد لنا المراحل التي

(*) جاء في التعليمة أنه :« **زيادة على ضرورة توفر الشروط الشكلية و الموضوعية التي يتعين على ضابط الحالة المدنية مراعاتها وفقا لما ورد في قانون الحالة المدنية لا يمكن للأجنبي ابرام عقد الزواج إلا بعد الحصول على رخصة كتابية مسبقة من الوالي**». نقلا عن عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص90.

يمر بها[1]، طالبي الزواج متى كان أحد طرفي العلاقة جزائري والآخر أجنبي وهي الحالة التي يختص بها مكتب تنقل الأجانب في منحهما الموافقة على تسجيل زواجهما أمام ضابط الحالة المدنية لبلدية بسكرة وتتمثل الإجراءات فيما يلي:

1- قبل القيام بأي إجراء من قبل رئيس المكتب الخاص بتنقل الأجانب يجب أن يقدم طالبي الرخصة ملفين أحدهما متعلق بـ :

- **ملف الطرف الأجنبي ويتكون من:**
  - 02 شهادة ميلاد أصلية.
  - نسخة من جواز السفر.
  - 03 صـــور شمسية .
  - شهادة اعتناق الإسلام.[*]
  - تصريح شرفي بالإيـواء.
  - شهادة العزوبيـة.
  - شهادة الطلاق إن كان مطلق.
  - موافقة الزوجة الأولى إذا كان متزوج.
  - شهادة القدرة على الزواج في حالة الفرنسيين.
  - موافقة وزارة الداخلية (البحرين، السعودية، اليمن).
- **ملف الطرف الجزائري ويتكون من:**
  - شهادة ميلاد.
  - نسخة من بطاقة التعريف الوطنية.
  - 03 صور شمسية.

---

[1] مقابلة مع رئيس مكتب تنقل الأجانب التابعة لمديرية التنظيم والشؤون العامة بولاية بسكرة، بمكتبها على مستوى الولاية، بتاريخ: 2016/04/11، على الساعة: 09:30 صباحا.

[*] شهادة اعتناق الإسلام تقوم بتسليمها مديرية شؤون الدينية والأوقاف بالولاية التي سيتم تسجيل الزواج المختلط بدائرتها أو من طرف وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بالعاصمة، وتمنح بعد اتباع إجراءات أمامها وتكون **كأصل** قبل إجراء تحقيق الأمن في الزواج إذا كان أجنبي غير مسلم أما استثناء تمنح **شهادة إثبات الإسلام** إذا كان الأجنبي مسلما لكن مقيم في الخارج ويكون بعد تحقيق الأمن، هذا ما أكده لنا **رئيس المكتـــب الخاص بتنقل الأجانب على مستوى الولاية**. أنظر نموذج اعتناق الإسلام بالملحق المتعلق بوثائق الحالة المنية، رقم05.

- شهادة عزوبيـــــة.
- شهادة الإقامـــــة.

فلما يتم تقديم هذين الملفين من طرف المعنيين بذلك كاملا وبعد عملية التأكد من ذلك من طرف رئيسة المكتب تقوم بـــ:

2- إعداد « **طلب تصريح إداري بالزواج المختلط** » وذلك من خلال ملئ معلومات كل من الزوج والزوجة و لصق صورة كل منهما مع توقيعهما عليه لتتم إحالته بعد ذلك إلى:

3- أمن ولاية بسكرة ليقوم بعملية التحقيق حول هذا الزواج المختلط لا سيما في كل ما يتعلق بالأجنبي خاصة من ناحية صحيفة سوابقه العدلية وسيرته وقت إقامته على أرض البلاد وغيرها من التحقيقات من أجل ضمان استقرار وسلامة أمن الدولة، وتعتبر مرحلة التحقيق هامة جدا في منح الرخصة والموافقة على هذا الزواج من عدمه، ومدة هذا التحقيق قد تطول وقد تقصر وذلك حسب حالة كل طالب لهذا الزواج وبعدما ينتهي الأمن من عملية التحقيق إما أن يكون:

- **تحقيقا سلبيا:** فهنا يتم رفض منح الترخيص ويحفظ الملف على مستوى الأمن وكذا نسخة منه على مستوى مديرية التنظيم والشؤون العامة – **مكتب تنقل الأجانب**-.
- **أما إذا كان تحقيقا إيجابيا:** فيتم بمقتضاه منح موافقة الوالي على طلب الرخصة الإدارية للزواج المختلط.

و بعدها يتم بموجب إرسالية من الوالي تتضمن « **الموافقة على إتمام إجراءات الزواج المختلط** » و إرسال نسخة منها إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي بسكرة تحت إشراف رئيس دائرة بسكرة قصد تسجيله بسجل عقود الزواج و تسلم نسخة من هذه الموافقة **للمعنيين** بالأمر بعد التأكد من إقامة الأجنبي الشرعية لاسيما الموافقة من القنصلية الأجنبية التابع لها الأجنبي المعني بالأمر فالنسبة لـ:

- دول البحرين والسعودية واليمن: يتم معاملة كل منهما بالمثل كونها على أرض وطنها لا تقبل زواج أحد الجزائريين بأحد مواطنيها إلا بعد الحصول على **موافقة القنصلية الجزائرية.**
- أما بالنسبة **للأجنبي إن كان من جنسية فرنسية** يجب التأكد من شهادة القدرة على الزواج التي تتطلبها السلطات الفرنسية وهذا ما نصت عليه **المادة171-2** من قانون رقم **2006-1376** المؤرخ في:**14 تشرين الثاني/ نوفمبر2006** بقولها: « **إن زواج الفرنسي الذي يعقد بواسطة سلطة خارجية يجب أن**

يسبق بتطبيق شهادة الأهلية للزواج توضع بعد إتمام الشروط المنصوص عليها في المادة63، أمام السلطة الدبلوماسية أو القنصلية المختصة بالنظر إلى محل عقد الزواج...».[1]

وبعد التأكد من كل ذلك يوقعان بسجل موجود على مستوى مكتب تنقل الأجانب بالولاية حتى تنتفي عن **رئيس المكتب المسؤولية في ما قام بتسليمه لهما وثائق رسمية، بل هما من يتحملان مسؤولية الحفاظ على النسخة المسلمة،** وبعدها يتوجهان إلى ضابط الحالة المدنية مرفقين معهما النسخة من «**الترخيص الإداري للزواج المختلط** » ويظهرانها له قصد تسجيل الزواج القائم بينهما لمنح لهما بعد ذلك **نسخة من عقد الزواج ودفتر عائلي.**

وعليه فبالنظر إلى كل هذه المراحل اللازمة للحصول على الترخيص يلجأ الكثير إلى الزواج عرفيا **لاختصار الوقت في ذلك،** إلا أن هذا التحايل أكد لنا رئيس المكتب كثرته في فترة تواجد السوريين والمغاربة على أرض الوطن، وذلك تهربا من التحقيق الأمني المجرى في حال **زواج الجزائريات من هؤلاء،** و من أهم سلبيات ذلك هو ضياع حقوق الزوجة والأولاد خاصة عند مغادرة هؤلاء الأجانب إلى أوطانهم الأصلية؛ فتهدر الحقوق بسبب اندفاع شهوة دون تبصر في عواقبها ولهذا نقترح ضرورة تشديد الجهات المختصة في اتخاذ الإجراءات اللازمة لاسيما في حالة تثبيت هذا النوع من الزواج بموجب دعوى قضائية أمام القضاء المختص بالنظر فيها.

2-زواج موظفي السلك العسكري والأمن الوطني

إن قانون رقم **08/14 المعدل والمتمم للأمر20/70** المتعلق بالحالة المدنية منع ضابط الحالة المدنية أو الموثق من تسجيل الزواج لبعض الفئات إلا بعد استظهار الترخيص المسبق للزواج الذي تنص عليه قوانينهم، فمن بين هؤلاء أفراد الجيش الشعبي الوطني، رجال الدرك الوطني وكذا المجندين الخاضعين لمصالح الدفاع الوطني التي توجب عليهم ضرورة الحصول عليه وذلك بموجب منشور وزارة العدل رقم **364** المؤرخ في:1968/06/26.[2]

فبالنظر إلى هذه الإجراءات المعقدة التي يتطلبها الحصول على الرخصة المسبقة من الإدارة العسكرية يلجأ الكثير من العسكريين إلى إبرام عقد زواجهم أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق دون إظهارها لهما وذلك من خلال **إخفاء وظيفته الحقيقية،** وفي حالة اكتشاف هذه الأخيرة من قبل هؤلاء يتم اللجوء إلى

---

[1] فايز الحاج شاهين: **القانون المدني الفرنسي بالعربية،** دالوز للطبعة الفرنسية، فرنسا، الطبعة 108، 2009، ص241.

[2] العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص344.

الزواج عرفيا قصد الإسراع في إتمام مراسيم الاحتفال بالزواج، إلا أنه في كلتا الحالتين سيعرض نفسه إلى جزاءات، أما الحالة الأولى فإنه **سيكون محل متابعة جزائية من إدارته العسكرية،** وفي الحالة الثانية سيتسبب في ضياع حقوق زوجته وأولاده بسبب عدم حصوله على عقد زواج الذي يترتب على أساسه آثاره و المتمثلة أساسا في النفقة، النسب، الاستفادة من الضمان الاجتماعي، السكن الوظيفي وغيرها من الحقوق وعادة يتم اللجوء إلى الزواج العرفي في حالة التعدد لأنه ممنوع عليهم إداريا، ومما يؤكد هذه التعقيدات تلك المراحل التي يمر بها الحصول على الترخيص للزواج[1].

والمتمثلة في ثلاث مراحل[*]:

المرحلة الأولى: تقديم طلب **بعنوان « تحقيق عن زواج »**

والتي يتم من خلالها إرسال برقية إلى فرقة الدرك مكان تواجد المعنية بالتحقيق ليتم استدعاءها والتحقيق معها خاصة عن معلوماتها الشخصية من اسمها، لقبها، تاريخ ومكان ازديادها وكذا معلومات والدها والدتها وحالتها **العائلية ومستواها الدراسي** ووظيفتها، ونفس التحقيق يتم مع والدها.

وبعد الانتهاء من التحقيق يتم إرسال **نسخة منه ضمن محضر** إلى نفس الجهة الإدارية التي طلبت منها هذا الإجراء لتنظر بشأن أمر الموافقة على مواصلة إجراءات الترخيص بالزواج من عدمه، وعادة يتم الموافقة على ذلك.

المرحلة الثانية: الأمر لا يتوقف عند أمر الموافقة على تكملة الإجراءات بمنح الترخيص وإنما يتم تقديم طلب ثاني بعنوان « **طلب ترخيص الزواج** » والذي يقوم بتحريره طالب الزواج **(**العسكري**)** مرفقا طلبه بالوثائق المطلوبة وبعد البحث في الوثائق المقدمة يتم منح« **الترخيص بالزواج** » من قبل **الإدارة المركزية بالعاصمة** ويكون هذا الترخيص صالح لمدة **سنة** من تاريخ صدوره وخلال هذه المدة يجب **إبرام عقد الزواج** أمام مصالح الحالة المدنية للبلدية المعنية أو الموثق و إذا لم يتم إبرام الزواج رسميا خلالها وجب **تجديد هذه المدة بموجب تقديم طلب** إلى الجهة المعنية بذلك وإلا يعرض المعني بالأمر إلى **عقوبات إدارية.**

المرحلة الثالثة: بعد إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية للبلدية المعنية أو الموثق يتحصل المعني بالأمر على مستخرج من عقد الزواج ويسلم له دفتر عائلي لتأتي هذه المرحلة أين يتم تقديم طلب بعنوان « **الاعتراف بالزواج** » مرفقا بالوثائق المطلوبة وبتم تقديمه إلى نفس الإدارة التي منحت الترخيص بالزواج وهذا الطلب يجب أن يقدم خلال **ثلاثة أشهر** من تاريخ الحصول على عقد الزواج وإلا يعرض إلى جزاءات،

---

[1] انظر نموذج من الترخيص المسبق للزواج بالملحق المتعلق بالأذون والتراخيص لتسجيل الزواج، رقم04.

[*]هذه المراحل تم توضيحها من قبل أحد افراد السلك العسكري.

وبعد تكملة هذه الإجراءات يتم منح « **وثيقة الاعتراف بالزواج** » وبعد الحصول على هذه الأخيرة تترتب آثارها من حقوق وواجبات لكلا الزوجين والأولاد لاحقا على أرض الواقع لاسيما الحقوق الإدارية للجهة العسكرية.

وعليه **فالحصول على هذه الرخصة ليس بالأمر السهل** لهذا يرى الكثير بتسهيل إجراءات ذلك قصد التعجيل بالزواج من طرف هؤلاء وبالنتيجة عدم اللجوء إلى التحايلات على الشخص المكلف بتسجيل الزواج في إخفاء صفته ومخالفة إدارته العسكرية.

إلا أنه حسب رأينا حتى يتم ضمان عدم التحايل على ضابط الحالة المدنية أو الموثق في إخفاء صفته العسكرية وجب مطالبته بتقديم **شهادة عمل مكتوبة ولا يكتفي بسؤاله شفهيا** عن وظيفته وهذا ما شاهدناه عند حضورنا عقد قران بمصلحة الحالة المدنية على مستوى بلدية بسكرة.

ونفس الأمر ينطبق على موظفي سلك الأمن الوطني لا يجوز عقد زواجهم دون ترخيص كتابي مسبق من الجهة التي لها سلطة التعيين، وذلك من خلال تقديم طلب في مدة **ثلاثة أشهر** قبل الاحتفال بالزواج مع إسناد نسخة من شهادة ميلاد وجنسية الزوج الآخر وعند الاقتضاء يجب ذكر مهنة الزوج و رب عمله، وعلى الإدارة أن تلتزم بالرد خلال **شهرين** ابتداء من تاريخ إيداع الطلب وفي حالة عدم احترام **هذا الإجراء** وتم الزواج يعرض الموظف المعني بالأمر إلى جزاءات من قبل السلطة المعنية بالتأديب وهذا ما أكدت عليه المادة 24 من مرسوم 83-481 المؤرخ في:13 غشت سنة 1983.[1]

وهنا أيضا لهذا الموظف أن يتحايل على هذه الرخصة من خلال اللجوء إلى الزواج عرفيا وفقا للشريعة الإسلامية ثم بعد مدة من الزمن يذهب إلى القضاء ليصدر بشأنه حكما قضائيا ويقوم بتسجيله أمام ضابط الحالة المدنية دون شرط تقديم الترخيص حينئذ، ولا يجوز للقاضي أن يرفض تثبيت الزواج العرفي متى توافر فيه ركن الرضا والشروط المنصوص عليهما في المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل لأن الرخصة الإدارية المسبقة يتطلبها التنظيم الجاري به العمل و لا تعتبر شرطا في صحة الزواج.[2]

---

[1] مرسوم رقم 83-481 المؤرخ في 04 ذي القعدة 1403هـ الموافق لـ: 13 غشت 1983 م **يحدد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة يوم: 7 ذو القعدة 1403 هـ الموافق لـ: 16 غشت 1983م، العدد 34، السنة العشرون، ص2032.

[2] أعمر يحياوي: **المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري**، الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، مدوحة- تيزي وزوو، 2010، ص176.

وتجدر الإشارة إلى أن الغرض من هذه الإجراءات التنظيمية هو الحفاظ على النظام العام، وحفظ مصلحة الأمن الوطني خشية تسرب أسرار الوطن إلى الغير[1]، ولهذا حسب رأينا **فاحترامها ضرورة حالة لهذا الغرض.**

رابعا–عدم وضع المشرع الجزائري لعقوبات جزائية:

قد يكون غياب الآليات الردعية من قبل المشرع الجزائري لتفعيل النصوص القانونية وكذا التعليمات الوزارية على أرض الواقع سببا رئيسيا في انتشار الزواج العرفي في أوساط كثيرة من فئات المجتمع الجزائري ومن أمثلة هذه الثغرات ما يلي:

1–إن عدم تسجيل عقد الزواج العرفي المستوفي لكامل أركانه وشروط صحته في نظر الشرع والقانون من طرف الزوج، قد يرجع إلى **عدم وضع عقوبة** في القانون ترغمه على توثيقه وإعطائه الصيغة الإدارية والقانونية، فقانون الأسرة الجزائري المعدل نصوصه كلها تفتقر لعقوبة **مالية أو جسدية** على من لم يوثق زواجه العرفي[2]، و إنما اكتفى فقط بالتصريح على ضرورة توثيق عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق وفقا **للمادة 18** منه، في حين نجد بعض القوانين المقارنة نصت على هذه العقوبة كقانون الأحوال الشخصية العراقي.[3]

2–إن غياب التجسيد الفعلي للتعليمة الصادرة عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف سنة 2008 التي اشترطت « **إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية قبل قراءة الفاتحة**»، وذلك من خلال عدم فرض عقوبات جنائية وإدارية على الأئمة المخالفين لذلك؛ أدى إلى التشجيع على الاكتفاء بالزواج العرفي متى توافر على أركانه وشروطه الشرعية دون حاجة إلى توثيقه، رغم أن البعض يرى أنه لا فائدة لعقوبة ردعية إن لم يكن هناك توعية للمواطن الجزائري بمدى أهمية هذه التعليمة في إحاطة المرأة بحماية قانونية تكفل لها ضمان

---

[1] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص344.

[2] معزوز دليلة، **إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر بن عكنون، سنة2003، 2004، ص121.

[3] المادة 07 من قانون رقم 15 المعدلة للمادة 05/10 تنص على: « **يعاقب بغرامة لا تقل عن مليون دينار ولا تزيد على ثلاثة ملايين دينار كل من أجرى عقد الزواج خارج المحكمة وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن خمس سنوات إذا عقد خارج المحكمة زواجا آخر مع قيام الزوجية**». نقلا عن قانون رقم 188 المؤرخ في: 1959/12/19المعدل بموجب قانون رقم 15 المؤرخ في: 2008/12/30، جريدة الوقائع العراقية المؤرخة في: 1959/12/30، العدد280، ص02.

التمتع بكافة حقوقها الشرعية هي و أولادها لاحقا بعد الزواج، وكذا لا عبرة للعقوبة ما دامت التعليمة واقعيا لم تصل إلى علم جميع الناس حتى يحترموها.[1]

3- كما لاحظنا في بعض الأحيان على مستوى الميدان سبب وجود دعاوى تثبيت الزواج العرفي ليس عدم توعية المواطن الجزائري بأهمية التوثيق، وإنما سببه راجع إلى عدم احترام آجال تسجيله في سجلات عقود الزواج من قبل المكلفين بذلك، وذلك في ظل عدم وجود حماية جنائية للمادة 72 من أمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية والمعدل بقانون 14-08.[2]

إلا أنه حسب رأينا في ظل غياب آليات ردعية لتفعيل التعليمة من قبل السلطات المختصة على أرض الواقع وإصرار المجتمع الجزائري على أن قدسية الزواج الشرعي لا يكون إلا من طرف الإمام، نرى ضرورة تزويد الأئمة بسجل الحالة المدنية يسجلون فيه كل عقود الزواج الشرعية التي يبرمونها وبعدها يتم التصريح بها أمام ضابط الحالة المدنية على مستوى البلدية المختصة لتتولى هذه الأخيرة تسليم دفاتر عائلية ووثيقة زواج رسمية.

إلى جانب ذلك أيضا نرى أنه من الضروري القيام بحملات التوعية والدروس الدينية على مدى أهمية توثيق الزواج العرفي في الحفاظ على الحقوق المتبادلة بين الطرفين لاسيما أولياء الزوجة في عدم قبولهم تزويجها إلا بوجود العقد المدني قبله كونها أول المتضررين من غياب توثيق العقد.

وعليه فبالعمل التوفيقي بين المساجد والبلديات يتم تدارك الثغرات والخلط بين ما هو موجود في أرض الواقع وبين ما يصدره المشرع من تشريعات مفتقرة لجانب الإلزام وبالنتيجة التقليل ولو بصورة بسيطة من ظاهرة انتشار الزواج العرفي غير الموثق لدى الفئات التي وصلت إلى درجة من الوعي.

الفرع الثالث: الأسباب الاجتماعية والاقتصادية:

على اعتبار أن الزواج نظام اجتماعي يعبر في بعض جوانبه عن الالتزام بالقوانين التي تحكم المجتمع والتمسك بالعادات والأعراف المرتبطة بالمجتمع؛ فيكثر التفكير في تكوين أسر مبنية على الاكتفاء بحضور

---

[1] رشيدة بلال: "**التعليمة لم تقض على ظاهرة الزواج العرفي، العقد قيل الفاتحة بين البحث عن المصلحة والخوف من القيد**" تاريخ المعاينة: 2016/03/11، على الساعة: 11:00 صباحا، الرابط الالكتروني:

http//sites.google.com/site/siciologer1/LM-alajtima/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbyte/alzwaj-alrfy-bkaljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtim—aljzayr

[2] على أساس أن المادة 72 من أمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية المعدل بقانون 14-08 المتعلقة بوثيقة الزواج، في حين كل من المادة 61 المتعلقة بوثيقة الميلاد و المادة 79 المتعلقة بوثيقة الوفاة وفر لهما المشرع الجزائري حماية جنائية حالة عدم التصريح بهما في الآجال المحددة قانونا أمام المكلفين بالتسجيل.

الزوجين، الولي، شاهدي عدل و جماعة من المسلمين لاسيما **الإمام** الذي يتولى قراءة الفاتحة ليتم الإعلان والإشهار بعد ذلك وهذا ما يعرف بـ«**الزواج عن طريق الفاتحة**»، بل هو الشائع في معظم العائلات الجزائرية إلا أن بعض الأشخاص يستغلون هذا الزواج الشرعي في ارتكاب الفواحش والرذيلة والتهرب من الالتزامات المفروضة عليهم شرعا وقانونا، ولهذا سنحاول التطرق إلى أهم الأسباب الاجتماعية والاقتصادية التي أدت إلى ظهور الزواج العرفي غير الموثق في أوساط المجتمع الجزائري وفقا لما يلي :

أولا–الفوارق بين الطبقات الاجتماعية والخوف من رفض الأهل لمثل هذا الارتباط فيلجئون بذلك إلى الزواج عرفيا وبعدها يضعون أسرهم أمام الأمر الواقع بالاعتراف به، كأن يكون أحد الزوجين من عائلة فقيرة والآخر من عائلة ثرية، لاسيما الزوجة الثرية فأهلها يرفضون دائما تزويجها للفقير، ومثاله أيضا زواج المدير من سكرتيرته فبسبب الإحراج الاجتماعي يضطر الزوج إلى الزواج بها شفويا.[1]

ثانيا–استغلال صفة «**الإمـــام**» لإضفاء الشرعية على الزواج العرفي المنافي للشريعة الإسلامية وذلك باستعمال آيات قرآنية من قبل من انعدمت فيهم الضمائر الذي يتم بين المهاجرين خاصة منهم الأفارقة والسوريين والمغاربة الموجودين بأرض الوطن بصفتهم لاجئين، و ذلك بهدف استغلال الأطفال المولودين بدون وثائق هوية في بيوت الدعارة عبر شبكات تجارة «**الرقيق الأبيض**»؛ مما يؤدي إلى انتشار الفساد الأخلاقي على الصعيد الداخلي و الدولي معا.[2]

رغبة بعض الرجال في الزواج لكن بطريقة لا يتحمل فيها أي أعباء مادية فيتهرب بذلك عن طريق **الزواج بالفاتحة** بدون توثيقه حتى لا تطالبه الزوجة والأولاد لاحقا بحقوقهم المضمونة لهم شرعا وقانونا وهذه الأخيرة يضمنها عادة الزواج المسجل في سجلات الحالة المدنية كعدم النفقة الشرعية على الزوجة والأولاد ووفقا لما نصت عليه كل من المادتين 74 و75 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر05–02 وكذا مسؤولية رعاية مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد وحسن تربيتهم حسب ما نصت عليه المادة 03/36 من نفس القانون.

ثالثا–قد يكون الزواج العرفي غير الموثق لكامل الأركان والشروط الشرعية والقانونية سببا في تحقيق مقاصد وأهداف معينة ومن أمثلة ذلك:

---

[1] أحمد آباش، مرجع سابق، ص148.

[2] زهية منصر : " **من عين صالح إلى تمنراست صحراء تصنع ثراء أوروبا وفقر الجزائر**"، تاريخ المعاينة: 2016/03/11، على الساعة 11:00 صباحا، الرابط الإلكتروني:-https://sites.google.com/site/socioalger1/lm alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbyte/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

1-فقد يحدث أن تطلب امرأة ثرية أن تتزوج بطريقة عرفية من رجل يعجبها، وهو متوسط الحال ففي هذه الحالة الرجل يقبل التزوج بها عرفيا وذلك بهدف تخلصه من فقره أو مديونيته والعيش معها دون أي ركيزة قانونية تحميها أو تحمي زواجهما.

2-هناك بعض المناطق الريفية والبدائية لحد الآن لديهم فكرة الزواج العرفي الشرعي أخف تيسيرا من الزواج الموثق الأكثر تعقيدا لا سيما إجراءاته الإدارية و إلتزاماته المفروضة ومن أهم أفكار هؤلاء رغبتهم في تزويج بناتهم في سن مبكرة دون المحددة قانونا قصد تكثير النسل بالإنجاب الباكر ومن ثمة الحفاظ على ثروتهم وهذا يكثر خاصة في الزواج الداخلي القائم على أساس القرابة ومن نفس القبيلة وفي هذا النوع من الزواج أيضا قد لا يكون لمعنى مغالاة المهور(*) وجود أو كثرة الأعباء لأن المرأة عندهم من العيب أن تشترط شروطها في وجود أوليائها لاسيما العوامل الثقافية و العلمية تلعب دورا في تفكير الفتيات وهي المفتقرة في مثل هذا الزواج.

3- كذلك قد يكون الهدف من الزواج العرفي في بعض الاتجاهات عدم جعل الفارق في السن بين الآباء و الأبناء كبيرا كي يستفيدون من خدمتهم لاحقا عند الكبر فيفضلون الزواج بين شابة وشاب صغيري السن وهذا مالا يتحقق في الزواج المسجل[1]، ويتحقق فيه أيضا التوافق والانسجام بينهما.

4-قد يكون الهدف من هذا الزواج خوف بعض الزوجات من فقد أحد المصادر المالية **كالمعاشات والمنح** التي يتقاضاها الأرامل بعد وفاة أزواجهم وذلك إثر زواجهن رسميا[2].

(*) لأن غلاء المهور والمبالغة في تكاليف الزواج في بعض المناطق لاسيما المدنية أصبح أمرا شائعا يفتخر به الناس وينظرون إلى **من يخففه بالإهانة والذل**، وقد لا يستطيع الرجل تحمل المهر الغالي وقد ترضى المرأة ووليها بالقليل فلا يسجلان زواجهما رسميا تجنبا من احتقار الناس، و لهذا يكتفيان بالزواج العرفي كحل لذلك. نقلا عن أحمد بن يوسف بن أحمد الدريوش: **الزواج العرفي (حقيقته، أحكامه، أثاره، و الأنكحة ذات الصلة به دراسة فقهية مقارنة)**، دار العاصمة للنشر و التوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 1426هـ/2005م، ص88.

(1) مصطفى القضاة، مرجع سابق، ص459.

(2) عبد رب النبي علي الجارحي، مرجع سابق، ص55.

وكذلك هدف المطلقات الذين لديهن أطفال هن ضحية هذه الظاهرة فتضطر الكثيرات منهن إلى الزواج مجددا عرفيا مع أي رجل يريد الارتباط بها فتتحمل بذلك شروطه والتي من أبرزها عدم تسجيله لهذا الزواج، فتذهب بذلك حقوقها رغبة منها فقط أن تجد بيتا يؤويها وأطفالها.[1]

5-قد يكون الزواج العرفي أيضا وسيلة للتحايل على القانون لاسيما قوانين التجنيد والخدمة العسكرية التي تفرض على الشاب متى أتم سنا معينة أن يتقدم أمام جهات الاختصاص قصد تأدية واجبه الوطني وهو «**الخدمة العسكرية**» وذلك من قبل الآباء و الأمهات الذين لا يرغبون دخول أبنائهم في صفوف الجيش فيقوم الأب بتطليق زوجته رسميا أمام القضاء و بمجرد صدور وثيقة الطلاق يقدمها الشاب إلى الجهات المعنية كدليل أنه هو الابن الوحيد الذي يعيل أمه المطلقة وبعدها يتزوج الأب مرة أخرى من مطلقته زواجا عرفيا على سنة الله ورسوله وفي هذا يقول البعض« **إن القانون يخلق ثغرة لمخالفة القانون** ».[2]

6- ومن أهم القضايا التي مرت علينا في أرض الميدان من فئات المجتمع الجزائري أن الزواج بالفاتحة ضمان لعدم حمل «**صفة المطلقة**» وتأخير العقد المدني قبل أيام قلائل على الزفاف وتبريرهم في ذلك أن الفاتحة يسهل فسخها حال عدم إتمام الزواج عند الخلاف بين الزوجين ولا تتطلب إجراءات معقدة على عكس عقد الزواج المسجل الذي يتطلب زيارة المحاكم عدة مرات، ومن جهة أخرى «**صفة المطلقة**» تلاحق الزوجة التي تطلق قبل الدخول وهو الذي يدفع بالعائلات الجزائرية إلى الضغط على الإمام لخرق التعليمة التي تمنع العقد الشرعي في غياب العقد المدني أو البحث عمن فيهم صفة الورع والدين لإبرام مثل هذا الميثاق الشرعي.[3]

وحسب رأينا هنا يجب على المشرع الجزائري أن يتخذ إجراءات تصحيحية لاسيما على مستوى الوثائـــق اللصيقة بشخصية المطلقة قبل الدخول لإخفاء هذه الصفة وبالنتيجة صونها من ألسنة المجتمع وكذا تشجيعها إلى توثيق زواجها.

---

[1] سهام حواس: "**الزواج العرفي وسيلة للتهرب من المتاعب القانونية وانتشار الفساد الأخلاقي**"، تاريخ المعاينة:2016/03/11، على الساعة 11:00 صباحا، الرابط الالكتروني:
https://sites.google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbyte/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

[2] عبد رب النبي علي الجارحي، مرجع سابق، ص56.

[3] أنظر نموذج من حكم الطلاق قبل الدخول بالملحق المتعلق بالأحكام والقرارات القضائية، رقم03.

7–قد يكون الزواج العرفي الشرعي حلا لظاهرة العنوسة(*)، في نظر الكثيرات لاسيما اللاتي قربن من سن اليأس، ولهذا يفضلن أن يكون زواجهن عرفيا حتى وإن كانت زوجة ثانية وتستفيد بعدها من إحساس الأمومة لكن تنسى ما سيعاني منه ثمرة هذا الزواج لاحقا في هدر حقوقه بسببه.

وحسب رأينا فإن القضاء على العنوسة لا يكون إلا بالتيسير في تكاليف الزواج والدعوة لعدم المغلاة في المهور بدل الزواج العرفي المهدر للحقوق.

10– سبب انتشار الزواج العرفي هي أوساط مجتمع البدو الرحل وذلك بحكم التنقل الذي يميز هذه الفئة، تجدهم يتزوجون في كل مكان و يطلقون كذلك بكل سهولة، وغالبا ما يكون هؤلاء في عزلة عن الإدارة وجهلهم بأهمية التوثيق لاسيما في حماية وصون حقوق زوجاتهم وأولادهم، وعليه فحجتهم في ذلك عدم الاستقرار يجعل التنقل إلى مصالح الحالة المدنية قصد قيد زواجهم بالأمر الصعب.[1]

وهذا ما أكدته لنا المقابلة التي أجريناها مع أحد المتزوجين عرفيا من فئة البدو و الرحل الذي أرجع سبب ذلك إلى كثرة تنقله بحكم عمله كونه فلاح وأين ما وجد سبب رزقه يتوجه إليه، إلا أن الشيء الذي أفرحنا أنه استوعب أهمية التوثيق في حفظ الحقوق من الضياع لا سيما فرص التعليم لأبنائه، وبدليل ذلك وجدناه في المحكمة بصدد استخراجه للصيغة التنفيذية للحكم الشخصي القاضي بتثبيت زواجه العرفي.[2]

1- الإقبال من طرف المهاجرين على الزواج العرفي من فتيات صغيرات لا يتجاوزن العشرين من عمرهن والكثيرات منهن تزوجن من أثرياء أو مقيمين بالخارج قصد التمتع بجنسية أخرى أو الغرض هو الزواج بثانية هروبا من قوانين بلدهم المانعة لذلك إلا أن هذا عادة ما يكون فيه نية بالتنصل من مسؤولياتهم لأن الهدف

(*) في الحقيقة أسباب العنوسة سببه هو المغالاة في المهور وتكاليف الزواج، وقد وجدت في زماننا أعراف وعادات تثقل كاهل طالب الزواج من تجهيز المنزل، ونفقات الخطوبة والزواج ولذلك فمن أهم التدابير التي يجب بحثها للتقليل من هذه الظاهرة هو الحث على عدم المغالاة في المهور لضمان التقاء الرجل والمرأة في بيت الزوجية بأقصر طريق وأقل تكلفة واتباع سنن الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة الكرام في استحباب التزويج على القليل لنزول البركة، فعلى الأولياء أن يتقوا الله عز وجل في ذلك ولا يكلفوا الخاطب أكثر من طاقته. نقلا عن محمد خالد منصور: " **أسباب تأخر الزواج وعلاجها في الفقه الاسلامي المقارن**"، مجلة جامعة الملك مسعود، العلوم التربوية والدراسات الاسلامية، كلية الشريعة، قسم الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية الأردن، العدد 16، 1424هـ/2003م، ص ص19، 21.

(1) عصام بوربيع: " **الظاهرة منتشرة بكثرة في أوساط البدو الرحل** "، تاريخ المعاينة: 2016/03/11، على الساعة: 11:00 صباحا، الرابط الالكتروني: https://sites.google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbyte/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

(2) مقابلة أجريت مع المواطن (س.ع)، محكمة طولقة مجلس قضاء بسكرة بقسم البريد العام الموجود على مستواها، تاريخ المقابلة: 2015/11/26، على الساعة 15:39 مساءا

منه ليس مواصلة العشرة الزوجية وإنما بقصد اشباع الرغبة الجنسية والحاجات النفسية بطريقة تبدو مقبولة في وجهة نظرهم.[1]

وفي الأخير بعد تعرضا لأهم الأسباب المؤدية إلى الزواج العرفي ولكل سبب منها هدف مرتبط به سواء كان هدفا نبيل مع جهل خطورته أم كان هدفا مبناه الحيلة والرذيلة مع **الإصرار على تجاهل آثاره،** فلابد من تضافر الجهود لمواجهته سواء أكانت فردا بضرورة وعيه وقناعته بمحاربة آثاره السلبية **أو** سلطة بفرضها آليات أكثر ردعا لسد كل ثغرة أو نقص في النصوص والتشريعات القانونية المستغلة في عدم احترام الشكلية؛ وبالنتيجة صيانة حقوق الأطراف الضعيفة كونها ضحية التلاعبات والتحايلات القانونية.

[1] أمال جمعة عبد الفتاح، مرجع سابق، ص119.

المبحث الثاني: مقومات الزواج العرفي

يعتبر الزواج الشرعي الصحيح هو العماد الأعظم، والأساس الذي ينبني عليه النظام الأسري، وبغيره لا تقوم أسرة، ولا تؤسس المجتمعات، فنظرا لهذه الأهمية خصته الشريعة الإسلامية المطهرة بأحكام شاملة بكل ما يخص أمر الزواج من اختيار دقيق للزوجة والزوج كونهما محل هذه الرابطة المقدسة إلى جانب المقومات الأخرى من أركان وشروط تتوقف عليها صحتها، حتى تترتب آثارها بعد ذلك من حقوق ومعاشرة، ولتعزيز هذا الرباط بحماية أكثر اعتنت به كل القوانين الوضعية وعلى رأسها قوانين الأحوال الشخصية(*) لاسيما قانون الأسرة الجزائري، ففرضت بشأنه شروط أخرى إلى جانب المقومات الأصلية التي فرضتها آيات الذكر الحكيم والسنة النبوية الشريفة، وذلك على أساس قاعدة المصالح المرسلة المبنية على « **درء المفاسد وجلب المصالح**» لاسيما في وقتنا الحاضر الذي كثرت فيه النوازل والفتن فكان لها تأثير بشكل كبير على أخلاقيات الأمة الإسلامية مما أفرزت معها الكثير من الانحرافات والأمراض الاجتماعية وبها ضعفت النفوس وقلت الثقة في الضمائر المنحرفة إلى الأهواء والتيارات المعادية للإسلام، ومن أهم ما فرضته هذه اللوائح الإدارية والقوانين الوضعية تحديد سن الأهلية في الزواج لكلا الجنسين والذي يختلف من نظام إلى آخر، ففي الجزائر مثلا وبموجب **المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر 05-02** محدد بتمام **19** سنة للرجل والمرأة معا، وإلا وجب صدور أمر الإعفاء في حالة عدم اكتماله من الجهة المختصة بذلك، أيضا انطلاقا من أن "**الوقاية خير من العلاج**" وهو أصل المنهج الإسلامي كونه يحقق أسمى مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ الأنفس من كل فساد جاء التأكيد على إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج بموجب **المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري** المعدلة بموجب نفس الأمر المذكور أعلاه، كذلك انطلاقا من «**المصلحة المتحققة وخير العباد ونفعهم**» أصل يرتكز عليه منهج التشريع الإسلامي فقد ألزم مشرعي قوانين الأحوال الشخصية لاسيما المشرع الجزائري طرفي عقد الزواج الشرعي العرفي بضرورة توثيقه أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية وفقا **للمادة 18 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب نفس الأمر المذكور** وفي حالة تعذر ذلك فيمكن تسجيله **بمقتضى المادة22 والمعدلة من نفس القانون** عن طريق حكم

(*) قانون الأحوال الشخصية أول ما وضعته الدولة العثمانية في عام 1336هـ/ 1917م، وأطلق عليه **(قانون حقوق العائلـــة)**، وقد حكم هذان القانونان تركيا والولايات الإسلامية التابعة لها وبعد زوال الخلافة العثمانية ألغيت هذه القوانين في تركيا، واستمر وجودها في بعض الدول الإسلامية كالأردن ليطلق عليه قانون الأحوال الشخصية بدل قانون حقوق العائلة، ونفس الأمر بالنسبة في سوريا وفيها أطلق عليه« **قانون الأحوال الشخصية السوري**»، المغرب التي عنونته "**بمدونة الأسرة**"، وأما في الجزائر استعمل مصطلح "**قانون الأسرة**"، والملاحظ أن قوانين الأحوال الشخصية لا تزال في الأغلب تستمد أحكامها القانونية من الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه. نقلا عن أسامة عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص ص39، 40.

قضائي صادر من قاضي شؤون الأسرة وعلى غراره سارت باقي القوانين الشخصية العربية، وذلك بحفظ الحقوق التي يرتبها هذا العقد من ضياع وجحود ونكران، فطاعته واجبة ما دامت ليست في معصية مصداقا لقوله تعالى:«يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِى ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ »[1]، وهذا ما أثبتته كثرة النزاعات أمام الجهات القضائية حول تثبيت العلاقات الزوجية وما يترتب عنها من حقوق، وعليه نقول الزواج تتجاذبه أطراف ثلاثة: شرع، قانون وقضاء.

فتبعا لما تقدم ذكره سنتطرق إلى مقومات الزواج العرفي موضوع الدراسة من خلال مقومات الزواج الشرعي كونه أحد صوره وذلك وفقا للترتيب التالي: الرضا، الولي، الشهود، المهر، انتفاء الموانع الشرعية وفقا لمطالب خمسة في هذا المبحث.

ولكن قبل التطرق في تفصيل ذلك نقف أولا على مقصود مصطلح المقومات التي يقوم عليها هذا الزواج.

إن **المقصود بمقومات الزواج العرفي** في هذا المبحث كل من الأركان والشروط التي يقوم عليها عقد الزواج العرفي، وسبب إدراجها تحت هذا المسمى نظرا لما يتميز به عقد الزواج عن غيره من العقود في عدم إمكانية دراستها على انفراد، رغم أن الركن يختلف عن الشرط من حيث القوة ودرجة التأثير في صحة العقد وبطلانه، إلا أنه في مسألة الزواج لا يقل الشرط عن الركن أهمية.

أولا: تعريف الركن

1-فالركن لغة: بضم الراء من رَكَنَ يَرْكُنُ رَكْنًا ورُكُونًا، أي مال إليه وسكن، وأركان الشيء: جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها[2]، وركن الشيء جانبه الأقوى ونقول: تركن الشيء أي اشتد وتوقّر.[3]

2-اصطلاحا: هو ما يتوقف الشيء على وجوده وقيامه ويعتبر جزء من حقيقته، فكل ما كان ركنا لشيء فإن ذلك الشيء لا يكون له وجود في نظر الشارع إلا إذا تحقق ذلك الركن[4]، وعليه فأركان العقد أجزاؤه التي لا يتحقق إلا بها كالإيجاب والقبول في الزواج.

---

(1) الآية 59 من سورة النساء.

(2) ابن منظور، مرجع سابق، المجلد الثالث، ص116.

(3) محمد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز أبادي: **القاموس المحيط**، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ/1990م، ص220.

(4) **أحمد آباش**، مرجع سابق، ص25.

ثانيا: تعريف الشرط

1-أما الشرط لغة: هو إلزام الشيء والتزامه في عقد الزواج مثلا، كالشريطة جمع شروط وفي المثل «**الشرط أَمْلَك عَلَيْكَ أم لك**».[1]، والرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط وهو أن يكون الشرط ملازما في العقد لا قبله ولا بعده.[2]

2- اصطلاحا: نعني به الأمور الخارجة عن حقيقة الشيء وتتوقف عليها صحته، وعرف أيضا أنه « **ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم**»[*].

ولهذا لا بد لكل عقد حتى يكون معتبرا وتترتب آثاره الشرعية التي أنشئ من أجلها أن تتوافر فيه شروطه، والمراد بالشروط في عقد الزواج التي اشترطها الشارع وليس التي اشترطها العاقدان، وهذه الشروط أنواع منها: **شروط** لانعقاده، ثانية **لصحته**، ثالثة **لنفاذه** ورابعة **للزومه**، ولهذا الترتيب أهمية وذلك مراعاة فيه مقدار ما لكل شرط من أثر وقوة على العقد فإن تحقق الأول كونه الأساس، نتحقق وننظر في الثاني، فإن توافر نبحث في الثالث لنتحقق بعدها في الرابع هل هو **لازم أم لا؟**

-**شروط الانعقاد:** وهي تلك الشروط التي يلزم توافرها في أركان العقد، وإذا تخلف شرط منها كان العقد باطلا بالاتفاق بين الفقهاء ومثال ذلك: انعدام الأهلية أو فقدها لأحد المتعاقدين، أو تكون المرأة محرمة على الرجل كأن تكون أخته أو ابنته، أو كعدم مطابقة الإيجاب للقبول.[3]

-**شروط الصحة:** وهي تلك الشروط التي يجب توافرها في عقد الزواج لكي يرتب آثاره الشرعية بشكل صحيح غير أنها لا تعد جزءا من تكوين العقد كالأركان بل انتفاءها يبقي العقد موجودا ولكنه غير

---

[1] محمد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز أبادي، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص559.

[2] ابن منظور، مرجع سابق، ص420.

[*] وطرح سؤال بشأن شرح هذا التعريف على مركز فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية « **ما يلزم من عدمه العدم** »، هو الذي يلزم من فقده فقد الشيء المشروط فمن شروط الصلاة مثلا الإسلام فمتى انتفى هذا الأخير لم تصح الصلاة، أما « **ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم** »، أي أن الشرط إذا كان موجودا فلا يستلزم وجوده وجود المشروط ولا عدمه فمثلا الصلاة من شروط صحتها دخول الوقت فإذا دخل هذا الأخير لا يلزم تأديتها وذلك لتعذر أدائها أو ليس أهلا لوجوبها. نقل عن الرئاسة العامة للبحوث العلمية والافتاء، تاريخ المعاينة:30/ 04/ 2016، على الساعة: 15:30 مساء، الرابط الالكتروني: http: //www.alifta.net/

[3] عبد الله محمد خليل إبراهيم: **صورة مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية**، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2010، ص31.

صحيح ويسمى حينها العقد فاسدا كعدم دفع المهر للمرأة أصلا، أو الزواج من غير إعلانه عند المالكية **أو الشهادة أثناء انعقاد العقد** كونها عندهم شرط قبل الدخول.[1]

-**شروط النفاذ:** وهي تلك الشروط التي إذا لم تتوافر في عقد الزواج كان موقوفا من حيث ترتيب آثاره إلى حين إجازته ممن له الحق في إجازته، كأن يكون أحد المتعاقدين أهلا أن يعقد العقد بنفسه بأن يكون بالغا عاقلا لكنه غير مميز أو معتوها كان العقد موقوفا على إجازة الولي لهذا المعتوه أو غير المميز.[2]

-**شروط اللزوم**[*]: وهي تلك الشروط التي يتوقف عليها بقاء العقد مستمرا مرتبا لجميع آثاره، وعليه متى تخلف أحدها أصبح العقد غير لازم، وجاز لمن له حق الخيار فسخه، ونقضه من أساسه وأصله، سواء أكان أحد الزوجين أم غيره كأن تزوج المرأة البالغة العاقلة نفسها من غير كفء بغير رضا الأولياء، فلهم حق فسخ هذا الزواج لأنه غير لازم في حقهم.

وبهذا يكون قد اتضح لنا أهمية ترتيب الشروط عند الفقهاء فهم يبطلون أو يصححون العقد عند فقدان الزواج لأحد شروط الانعقاد أو الصحة ويوقفون أثره عند فقدانه لشرط من شروط النفاذ ويعطون من له حق الفسخ عند فقدان أحد شروط اللزوم.

فمن خلال ما تم توضيحه أعلاه يتبين لنا أن أركان وشروط الزواج محل خلاف بين فقهاء المذاهب الإسلامية فمن عنده ركن كان عند الآخر شرط والعكس صحيح، ومنها ما هي محل اتفاق بينهم في اعتبارها ركنا أو شرطا وحتى لا ننجرف في تفصيل ذلك ونبتعد عن غاية الدراسة المنصبة على معرفة العناصر الواجب توافرها في نظر قانون الأسرة الجزائري على سبيل الخصوص لصحة العقد في الزواج العرفي وفقا لأحكام هذا القانون وكذا أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر له، سنقف على دراسة المشرع الجزائري في هذا القانون ومدى مسايرته للشرع في ذلك وكيفية تطبيقها من ذوي الاختصاص.

---

[1] محمد محدة، مرجع سابق، ص122.

[2] عبد الله محمد خليل إبراهيم، مرجع سابق، ص38.

[*] **العقد اللازم:** هو العقد الذي لا يكون لأحد العاقدين أو لغيرهما حق فسخه بعد انعقاده مثلا إذا زوجت المرأة نفسها البالغة العاقلة من كفء وبمهر لا يقل عن مهر المثل سقط عنها وعن أوليائها حق الاعتراض مادام أنه استوفى شرطي اللزوم "**الكفاءة، مهر المثل**"، وهذا عند الأحناف. نقلا عن نفس المرجع، ص39.

المطلب الأول: الرضا في الزواج العرفي

إن طابع العقود في الفقه الإسلامي هو الرضائية، وهو أيضا ما اعتبره القانون في جميع التصرفات[*]، وعلى رأس هذه العقود "**عقد الزواج**" الذي يعتبر فيه التراضي الأساس في التلاقي بين إرادة الطرفين فيه، فكان الاتفاق مجمع عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية العربية لاسيما قانون الأسرة الجزائري منها، وكذا الاتفاقيات الدولية بأن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج فيقوم بوجوده ويختل باختلاله، وقد اختلف في تسميته فهناك من أطلق عليه تسمية "**الإيجاب والقبول**" وهناك من يسميه "**بالصيغة**" ويبقى مجرد اختلاف لفظي فقط، وفي هذا قال الإمام البخاري رحمة الله:« **لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، كما أنه ليس للأب جبر البكر على الزواج بمن أراد إذا امتنعت** » وهذا استنادا إلى قوله صلى الله عليه وسلم:« **لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن** »، قالوا يا رسول الله ! وكيف إذنها؟ قال: «**أن تسكت**».[1]

و على هذا سار المشرع الجزائري حيث نصت المادة **09 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر 05-02** على أنه: « **ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين** ».

و بهذا أيضا نصت المادة **16 في فقرتها الثانية** من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في:10 ديسمبر 1948 بقولها: «**لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين والمزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه**».[2]

---

[*] اعتبرت المادة 59 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن **القانون المدني** والمندرجة تحت الكتاب الثاني منه بعنوان « **الالتزامات والعقود** »الباب الأول بعنوان « **مصادر الالتزام** »، الفصل الثاني بعنوان « **العقد**»، القسم الثاني « **شروط العقد**» بأن الرضا هو أول شروط العقد وعرفته بأنه:« **يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية**». نقلا عن أمر 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم المتضمن **القانون المدني**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في: 24 رمضان 1395هـ الموافق لـ 30 سبتمبر 1975م، العدد 78، السنة الثانية عشرة، ص05.

[1] أبي عبد الله محمد لن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبة البخاري، المجلد الثالث، حديث رقم 5136، ص1320.

[2] **الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**، المرصد الوطني لحقوق الإنسان، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ANEP، الرويبة-الجزائر، 1996، ص08.

حتى القانون الفرنسي اعتبر ركن الرضا شرطا موضوعيا في عقد الزواج ولا يتم إلا به، ومن ثم فهو يقوم أساسا على رضا كل من الرجل والمرأة بأن يتخذ الآخر له زوجا[1] وفي ذلك نصت **المادة 146 من القانون** المدني الفرنسي المترجم باللغة العربية من الفصل الأول منه تحت عنوان « **في الصفات والشروط المطلوبة لعقد الزواج** » على أنه: « **لا زواج حيث لا رضا** ».[2]

و عليه فالرضا هو الأساس الذي يقوم عليه الزواج كون هذا الأخير يعتبر مصدر التفاهم بين الشريكين في بناء اللبنة الأولى من المجتمع.

لكن إن كان الزواج حقا قوامه الأصلي الرضا، فلابد لهذا الأخير أن تكون له صيغة معبرة عليه وطريقة في انعقاده وهذا ما سوف نبحث فيه من خلال أقوال الفقهاء، وكذا التشريعات القانونية بشأن ذلك وفقا لما يلي:

الفرع الأول: صيغة الرضا في الزواج العرفي

لما كان الرضا من الأمور النفسية التي لا يعلمها الناس إلا صاحبها، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير وهذا الأخير إما أن يكون صريحا أو ضمنيا،[*] وعلى هذا الأساس سنتعرض إلى ما ورد فيه وفقا لما يلي:

1–قال العلامة " **الدردير**" في كتابه «**الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**»: «فركنه (عقد النكاح) ولي ومحل (زوج، زوجة) وصيغة (بإيجاب وقبول)».[3]

2–قال أيضا "**عبد الرزاق السنهوري**": «فالتراضي هو تطابق إرادتين وذلك بتلاقي إيجاب أحد المتعاقدين وقبول المتعاقد الآخر».[4]

---

[1] عبد الفتاح عبد الباقي: **الزواج (قيامه، آثاره، انقضاؤه في القانون الفرنسي)**، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1965، ص32.

[2] فايز الحاج شاهين، مرجع سابق، ص233.

[*] يكون التعبير عن **الرضا**–الإرادة–صريحا إذا كان المظهر الذي اتخذه كلاما أو كتابة أو إشارة للكشف عنها حسب المألوف عند الناس، أما التعبير عن الرضا –الإرادة–الضمني لا يكون المظهر الذي يتخذه في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة ولكنه يفسر على أنه كذلك كالمستأجر يبقى في العين المؤجرة بعد نهاية مدة الإيجار يفهم منه رغبته في تحديد الإيجار. نقلا عن عبد الرزاق أحمد السنهوري: **الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام)**، المجلد الأول، نهضة مصر، دون بلد نشر، الطبعة الثالثة، 2011، ص176.

[3] أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، دون سنة نشر، ص ص336، 337.

[4] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص172.

3-أما المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى فقد نصت على: « يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ».[1]

4-كما أشارت إلى هذا المادة 04 من قانون الأحوال الشخصية العراقي بقولها: « ينعقد الزواج بإيجاب -يفيد لغة أو عرفا- من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مكانه ».[2]

ومما سبق يتضح لنا جليا أن الرضا أو التراضي[*] يعبر عنها بلفظي الإيجاب والقبول وهذين الأخيرين لا يكونان إلا بتوافق إرادتين في إحداث أثر شرعي أو قانوني، لكن ما المقصود بلفظي الإيجاب والقبول؟

بما أن مهمة التعريف الأصل فيها متروك للفقه لا للقانون، ولهذا فإننا نجد معظم النصوص والتشريعات العربية في مادة الأحوال الشخصية خصوصا لم تتعرض لتعريف الإيجاب والقبول، وتركت أمر ذلك إلى الفقه الإسلامي والقانوني، وهذا ما ينطبق على المشرع الجزائري الذي نص عليها في **المادة 10 فقرتها الأولى من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري**، دون تحديد مقصودهما وأحال أمر ذلك إلى المادة **222** من نفس القانون بقولها: « كل ما يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

وعليه سنبحث في مقصودهما من خلال تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا فقهاء القانون لاسيما في مجال نظرية الالتزامات بوجه عام.

---

(1) قانون رقم 84-11 المؤرخ في: 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984م المعدل والمتمم يتضمن **قانون الأسرة**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في:12 رمضان 1404هـ الموافق لـ 12 يونيو، العدد24، السنة الواحدة والعشرون، ص02.

(2) قانون رقم 188 المؤرخ في:1959/12/19 المعدل والمتمم والمتضمن من الأحوال الشخصية، جريدة الوقائع العراقية المؤرخة في: 1959/12/30، العدد 280، ص01.

(*) **الرضا** من يرضى رضًا رُضْوَانًا ومرضاةً ضد سخط، وأرضاه أي أعطاه ما يرضيه مصداقا لقوله تعالى:«إِذَا تَرَٰضَوۡاْ بَيۡنَهُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ »الآية 232 البقرة، أي أظهر كل واحد منهم الرضا لصاحبه ورضيه. نقلا عن مجد الدين بن يعقوب الفيروز أبادي، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص77، والتراضي لا يتحقق إلا بتوافق إرادتي الزوجين بتطابق الإيجاب والقبول تطابقا دالا على رغبتهما في إنشاء ميثاق الزواج ورضاهما به. نقلا عن أحمد آباش، مرجع سابق، ص28.

أولا: تعريف الإيجاب والقبول في الزواج العرفي.

إن المراد بالإيجاب والقبول هو التعبير الذي يصدره كل واحد من العاقدين للدلالة عن رضاه بالمعقود عليه فالمقصود بـ:

1- **الإيجاب:** هو تعبير بات عن الإرادة موجه إلى شخص أو أشخاص آخرين يعرض عليهم الدخول في رابطة عقدية وفقا للشروط التي يحددها هذا الإيجاب وهو الخطوة الأولى إلى التعاقد.[1]

-وعرف الإيجاب أيضا بأنه:« تعبير بات عن الإرادة الأولى التي تظهر في العقد عارضة على شخص آخر إمكانية التعاقد معه ضمن شروط معينة ».[2]

-كما عرف الشيخ "**سيد سابق**" في كتابه « **فقه السنة**» الإيجاب بأنه: « التعبير الأول الصادر من أحد المتعاقدين عن إرادته في إنشاء الصلة الزوجية ويسمى إيجابا ».[3]

-أما "**الدكتور عمر سليمان الأشقر**" فقد عرف الإيجاب في كتابه « **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**» بأنه: « لفظ يصدر من أحد المتعاقدين يوحي بأن العاقد ثبت في ذمته ما ألزم نفسه به بقوله ».[4]

ومن جملة هذه التعاريف نجدها كلها تتفق في أن الإيجاب هو ما يصدر أولا من أحد العاقدين في رغبته على أنه يود الارتباط بعلاقة مع طرف العقد الآخر وما دامنا بصدد عقد الزواج فالعلاقة المراد الارتباط بها هي "**العلاقة الزوجية**".

2- **القبول:** وهو ما يصدر ثانيا عن العاقد الثاني للدلالة على موافقته بما قرره الأول في إيجابه.[5]

---

[1] فاضلي إدريس: **الوجيز في النظرية العامة للالتزام** (العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص61.

[2] متناني فراح: **العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص78.

[3] سيد سابق، مرجع سابق، ص118.

[4] عمر سليماني الأشقر: **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 1418هـ/ 1997م، ص80.

[5] عبد رب النبي علي الجارحي، مرجع سابق، ص19.

–وعرفه أيضا الشيخ "**محمود المصري**" في كتابه «**الزواج الإسلامي السعيد**» بأنه: « لفظ يصدر من المتعاقد الآخر للتعبير عن رضاه وموافقته بالمعقود عليه ».

وقال أيضا:« هو الكلام الصادر ثانيا من أحد المتعاقدين بعد الإيجاب ».[1]

–وعرف أيضا بأنه: «هو التعبير عن الإرادة يصدر ممن وجه إليه الإيجاب وينطوي على إحداث أثر قانوني».[2]

–وعرفه الشيخ "**عبد الرحمان الجزيدي**" في كتابه «**الفقه على المذاهب الأربعة**» بأنه: «هو اللفظ الصادر من الزوج أو من يقوم مقامه وهو اللفظ الثاني بعد الإيجاب الذي صدر من الولي أو من يقوم مقامه».[3]

و عليه يتضح من هذه التعريفات أن القبول هو التعبير الثاني عن الإرادة الذي يتكون عقد الزواج به من اقترانه بالتعبير الأول والمتمثل في الإيجاب.

والعبرة إذن من التمييز بين الإيجاب والقبول بصرف النظر عن ملقيه أن الإرادة الصادرة أولا يطلق عليها إيجابا، أما الإرادة الصادرة ثانية فتسمى قبولا لانصبابها على القبول الأول، وبصرف النظر عمن أصدر الإيجاب هل كان الزوج، الزوجة أو وليها أو وكليها فيجوز أن يصدر الإيجاب من الزوج قائلا: « زوجني نفسك أو تزوجتك، وعليه يكون القبول واردا من الزوجة بصيغة: زوجتك نفسي أو قبلت زواجك، والعكس صحيح»[4] مثلما جاء في تعريف "**عبد الرحمان الجزيدي**" للقبول أعلاه.

و بعدما تطرقنا إلى تعريف كل من الإيجاب والقبول فالسؤال يتبادر في البحث عن الألفاظ الدالة على تعبير هذين المصطلحين وهذا ما سنوضحه فيما يلي.

ثانيا: ألفاظ الإيجاب والقبول في الزواج العرفي

في الحقيقة أن كل من الإيجاب والقبول لا خلاف فيهما بين جميع الفقهاء أنهما ركنا الزواج، وأطلقوا عليهما تسمية الصيغة في عقد الزواج وهي التي ينعقد بها ركن الرضا بالتقاء الإرادتين وتطابقهما، إلا أنهم

---

[1] محمود المصري، مرجع سابق، ص308.

[2] فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص66.

[3] عبد الرحمان الجزيدي، مرجع سابق، ص17.

[4] عبد رب النبي علي الجارحي، مرجع سابق، ص19.

اختلفوا في ألفاظهما فمن ألفاظ الإيجاب والقبول ما هو متفق على انعقاد الزواج به، ومنه ما هو مختلف فيه، ولهذا سوف نوضح ذلك مع الوقوف على موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية في ذلك.

إن عقد الزواج ينعقد بالألفاظ التي تؤدي إليه باللغة التي يفهمها كل من المتعاقدين متى كان التعبير الصادر عنهما دالا على إرادة الزواج دون لبس أو إبهام، وفيه قال شيخ الإسلام "**ابن تيمية**" **رحمه الله:** « وينعقد النكاح بما عده الناس نكاحا بأي لغة ولفظ وفعل كان ومثله كل عقد».[1]

أما الألفاظ التي ينعقد بها الإيجاب والقبول في الزواج موضوع الدراسة هي نفس الألفاظ التي يعقد بها كل منهما في الزواج الشرعي وهي محل خلاف بين الفقهاء بين موقف متفق فيه وآخر مختلف فيه على النحو الآتي:

1- الألفاظ المتفق فيها بين الفقهاء على انعقاد الصيغة[*] في الزواج بها:

إن لفظ أنكحت، زوجت، وما اشتق منهما التي تفيد معنى النكاح والتزويج محل اتفاق بين العلماء لورودهما في نص القرآن الكريم في قوله تعالى: «فَلَمَّا قَضَىٰ زَيۡدٞ مِّنۡهَا وَطَرٗا زَوَّجۡنَٰكَهَا[2]، وقوله تعالى: وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم ».[3]

واتفق الفقهاء أيضا على جملة من الألفاظ التي لا تنعقد بها صيغة الإيجاب والقبول في عقد الزواج كونها لا تفيد التحليل، والزواج من عقود التحليل، وتفيد التمليك في الحال وعلى التأبيد وهذه الألفاظ هي: الإباحة الإحلال، الإيداع، الإعارة، الإجازة، الرهن، الوصية وما اشتق من كل منها.[4]

2- الألفاظ المختلف فيها بين الفقهاء على انعقاد الصيغة في الزواج بها:

أما الألفاظ التي اختلف فيها الفقهاء في انعقاد "**الإيجاب والقبول**" فهي لفظ كل من: البيع، الهبة، الصدقة التمليك، العطية، الجعل، ونحوها مما يدل على تمليك العين في الحال، وبقاء الملك مدة الحياة على وجه التأبيـد

---

[1] سيد سابق، مرجع سابق، ص119.

[*] **الصيغة** المقصود بها كل من الإيجاب والقبول في عقد الزواج.

[2] الآية 37 من سورة الأحزاب.

[3] الآية 22 من سورة النساء.

[4] أحمد آباش، مرجع سابق، ص37.

وانقسم هؤلاء إلى فريقين:

أ- **الفريق الأول:** يرى انعقاد الزواج بهذه الألفاظ وهم **أبو حنيفة**[*] وأصحابه و**مالك وأبو ثور وداود،** فهم يقرون أن:« الصيغة هي كل ما يدل على الرضا من الزوج والولي، كأنكحت وزوجت أو وهبت وتصدقت وأمنحت وأعطيت».

وأدلتهم في ذلك:

* أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، فألفاظ النكاح وغيرها كألفاظ البيع والشراء ليست تعبدية، ولا يشترط في صحته اعتبار اللفظ المخصوص طالما اتفق مع المعنى الشرعي، وقد ورد غير لفظ الإنكاح كما في قوله تعالى: « وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةٗ لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۗ ».[1]

* مما هو ثابت أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلا بما معه من القرآن حين قال له النبي صلى الله عليه وسلم: «**ماذا معك من القرآن؟، فقال: معي سورة كذا وسورة كذا؟ لِسُوَرٍ يَعُدُّهَا- فقال النبي صلى الله عليه وسلم:** « **أَمْلَكْنَاهَا لَكَ لِمَا مَعَكَ من القُرْآنِ** »[2]، فوجه الاستدلال ظاهر وهو جواز الانكاح بهذه الألفاظ غير لفظ التزويج والنكاح، وعليه فمتى تم استعمال الألفاظ المذكورة في الزواج غير لفظي الزواج والنكاح وجب ذكرها مع القرينة الدالة على أن المتكلم أراد بها الزواج كأن تقول المرأة للرجل: وهبتك نفسي بمهر كذا أو ملكتك نفسي بمهر قدره كذا وقبل الرجل انعقد الزواج صحيحا ومثله فعل النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث أعلاه مع الذي زوجه بما عنده من القرآن واعتبره مهرا لها.[3]

ب-**الفريق الثاني:** يرى أنه لا يصح العقد إلا بلفظ التزويج أو الانكاح وهو قول الشافعي وأحمد بن حنبل لأن ما سواهما من الألفاظ كالتمليك والهبة لا يأتي على معنى النكاح، ولأن الشهادة عندهم شرط في الزواج، فإذا عقد بلفظ الهبة لم تقع على الزواج.

---

[*] **قاعدة الأحناف:** أن عقد الزواج ينعقد بكل لفظ موضوع لتمليك العين في الحال بصفة دائمة. نقلا عن سيد سابق، مرجع سابق، ص120.

[1] الآية 50 من سورة الأحزاب.

[2] أبي عبد الله محمد ابن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبة البخاري، مرجع سابق، المجلد الثالث، حديث رقم5121، ص1315.

[3] أحمد آباش، مرجع سابق، ص37.

واستدلوا في ذلك:

على أن لفظي الانكاح والتزويج هما اللذان وردا في القرآن الكريم فيلزم الاقتصار عليهما لاسيما أن عقد الزواج عقد فيه ناحية تعبدية تجعلنا نتقيد بما ورد عن الشارع فيه من ألفاظ، أضف إلى أن الزواج فيه النية مع اللفظ الخاص به، وأما الآية: «إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ۝»، فهي من خصوصيات النبي صلى الله عليه وسلم و ما كان من خصوصياته لم يصح أن تشاركه فيه أمته وهذا هو المعنى الخالص.[1]

وبعدما تطرقنا لموقف الفقهاء من الألفاظ التي يتحقق بها الإيجاب والقبول فإننا نرى ما ذهب إليه الرأي الأول في أن صيغة عقد الزواج يمكن تحققها بأي لفظ يفيد معنى نكاح كون هذه الألفاظ المرجع فيها إلى العرف فالعاقدين يمكنهما تفسير مرادهما ويشهد الشهود على ما فسروه، وأن اقتران هذه الألفاظ بما يدل على أن المتكلم أراد بها الزواج ومما هو معلوم أن اجتماع الناس، وتقديم الخطبة وذكر المهر والمفاوضة فيه والتحدث بأمر النكاح قاطع في إرادة النكاح، وعليه العقد لا يشرع فيه التعبد بالألفاظ لاسيما أن **القاعدة الفقهية** تقول: «**العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني**».

وقد أحسن المشرع الجزائري لما جعل من تحقق الإيجاب والقبول بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا في المادة 01/10 من قانون الأسرة.

وبهذا يكون قد سار مع رأي شيخ الإسلام "**ابن تيمية**" رحمه الله الذي اعتبر انعقاد صيغة النكاح بما عده الناس نكاحا بأي لغة ولفظ وفعل كان أي العرف المألوف لدى الناس في ذلك الموافق للشرع الإسلامي، وبه قال أصحاب الفريق الأول، وبهذا أيضا سار المشرع المغربي في جعل قيام الإيجاب والقبول بأي لفظ يفيد معنى النكاح وكذا أضاف العرف الذي يدل عليه في المادة 01/10 من قانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة بقولها: « ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا ».[2]

ومع ذلك نقول إن شيخ الإسلام "**ابن تيمية**" رحمه الله في جعله انعقاد الإيجاب والقبول بأي لفظ يفيد معنى النكاح يكون قد راع حالة العاجز عن التكلم باللغة العربية فيمكن أن ينعقد النكاح بغيرها قياسا على

---

[1] عبد الملك بن يوسف المطلق، مرجع سابق، ص81.

[2] قانون رقم 03-70 المعدل والمتمم والمنفذ بطهير شريف رقم 22-04-1 صادر في: 12 من ذي الحجة الموافق لـ 3 فبراير بمثابة **مدونة الأسرة**، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية المؤرخة يوم: الخميس 5 فبراير 2004، العدد 5184، ص08.

الأخرس الذي لا يتكلم فيعقد زواجه بالإشارة فمن باب أولى عقد الزواج بلفظ غير عربي للعاجز عن التكلم به[1]، وكذا سمح بتحقق الإيجاب والقبول بالألفاظ المعروفة عرفا "**زوجتك**" و "**زوزتك**" لاسيما المعروفة في أوساط المجتمع الجزائري.

إلا أننا نقول الأولى هو قصر الإيجاب والقبول على ما اشتق من لفظي النكاح والتزويج نظرا لخطورة شأن هذا العقد الذي يجب الاحتياط فيه والبعد عن التلاعب به، خاصة أن المرأة ذات المركز الضعيف في العقد دائما عرضة الألسنة في أوساط المجتمع، فإذا انعقد الزواج مثلا بلفظ "**البيع والهبة والتمليك**" اعتبر ذلك حطًّا من شأن المرأة التي رفع الإسلام مكانتها.

وما نلاحظه في الميدان في أوساط عائلات المجتمع الجزائري فإن الذي يتولى عقد الصيغة هو "**الإمام**" وفي أغلب الأحوال يكون هو ملقنا لكل من الزوج وولي الزوجة الذي ينوبها في التعبير عنها وذلك بعد أخذ رأيها والتأكد من رضاها إن كانت بالغة عاقلة، أما القاصر له الولاية عليها في إبداء الصيغة إلا أنه يتأكد هي الأخرى من إرادتها الكاملة غير المعيبة بالإكراه مثلا في قبولها لهذا الزواج.

أما بالنسبة لكل من الموثق وضابط الحالة المدنية فعند توثيقهما لعقد الزواج العرفي يتأكدان فقط من الرضا بسؤالهما لكل من طرفي العقد الزوج والزوجة دون إعادة ألفاظ الإيجاب والقبول من طرفهما ويكون هذا بالرد الصادر من الزوج و الزوجة " **بنعـم**"، وهذا فعلا ما قمنا بمعاينته عند إجرائنا مقابلة مع مصلحة الحالة المدنية ببلدية بسكرة[2]، وذلك بمناسبة توثيق الزواج الشرعي أمام ضابط الحالة المدنية، وهذا الزواج انعقد مجلسه خارج هذه المصلحة، وهذا ما يؤكد من أن مهمة ضابط الحالة المدنية التأكد من مدى تطبيق المادة و 9 و09 مكرر من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02[3]، وهذا ما سنوضحه لاحقا في الجزء الخاص بدور ضابط الحالة المدنية في تسجيل عقد الزواج العرفي، وهذا طبعا حالة عدم الدخول.

---

(1) عبد الملك بن يوسف المطلق، مرجع سابق، ص83.

(2) مقابلة مع ممثل مصلحة الحالة المدنية ببلدية بسكرة، بمكتب تسجيل عقود الزواج الموجود على مستواها، بتاريخ: 2016/03/14، على الساعة 13:00 ظهرا.

(3) تنص على: « ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ». نقلا عن أمر 05-02 المؤرخ في: 18محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في:09 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمتضمن **قانون الأسرة**، الجريدة الرسميـة للجمهورية الجزائرية المؤرخة فـي:18 محـرم 1426هـ الموافق لـ27 فبراير2005، العـدد15، السنة الثانيـة والأربعون، ص20.

ونفس الأمر ينطبق مع قاضي شؤون الأسرة بمناسبة النظر في دعوى تثبيت الزواج العرفي المرفوعة أمامه فيقوم بالتأكد من مدى توافر أركان وشروط عقد الزواج المنصوص عليهما في قانون الأسرة الجزائري المعدل لاسيما المادة 09 منه، على اعتبار أن الرضا هو الأساس في قيام العقد وذلك من خلال توجيه سؤال لكل من الطرفين إما على انفراد أو باجتماعهما أمامه في نفس المجلس في مكتبه.

إلا أنه غالبا ما يكون الرضا متوافر في الزواج العرفي الشرعي موضوع الدراسة في كل من الزوج والزوجة خاصة أنه تم الدخول فيه والمراد تثبيته بمقتضى صدور حكم قضائي، قصد تسجيله في سجلات عقود الزواج الموجودة على مستوى مصلحة الحالة المدنية وفقا لما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر 05-02 في فقرتها الأولى بقولها: « يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي ».

إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يكتفوا فقط بتحقق الإيجاب والقبول بمجرد ألفاظ تفيد معنى النكاح، وإنما اشترطوا شروطا تتوقف عنها صحتهما وقبل أن نتطرق إليها سنقف أولا عند كيفية انعقاد صيغة الزواج بغير الكلام بين موقف فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري، وذلك وفقا لما يلي:

* **الكتابـــــة:**

الأصل في الزواج العلانية وفيه يرى جمهور الفقهاء أن العاقدين إذا كانا حاضرين في مجلس واحد وهما قادران على النطق لا ينعقد الزواج بينهما إلا بالكلام، إذ يشترط في صحته سماع الشهود كلامهما.

غير أنه قد يتعذر على أحد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في الزواج كلاما لعائق يعترضه دون تحقيق ذلك فلهذا خرج الفقهاء على الأصل العام المذكور أعلاه وذهبوا إلى صحة انعقاد زواج العاجز عن الكلام كالأخرس ومثله الأصم الذي لا يسمع حسب ما يلي:

- إذا كان لا يحسن الكتابة ينعقد بإشارته المعروفة ومفهومة وإلا لا تصح إشارته، وتكون هي المتعامل بها في الحياة اليومية مع أفراد عائلته أو مجتمعه، كأن تكون هذه الإشارة بتحريك يده إلى الجهة اليمنى ثم إلى الجهة اليسرى قاصدا بها عدم القبول، أو يطأطئ رأسه إلى الأعلى ثم أسفلا ويقصد بذلك القبول، وغيرهما من الإشارات المعبرة عن الرضا.
- إذا كان يحسن الكتابة فقد اختلف في روايتين:

- ✓ إذا عجز عن الكلام طلب معرفة غرضه بأي وسيلة، بما في ذلك الإشارة والكتابة وهذا قال به اتجاه من الأحناف بخلاف الجمهور.[1]
- ✓ لا ينعقد الزواج بالإشارة، بل لا بد من الكتابة لأنها أقوى بيانا من الإشارة وهذا ما قال به الجمهور بما فيهم اتجاه ثاني من الأحناف، ساروا فيه معهم.[2]

أما موقف المشرع الجزائري فبالرجوع إلى المادة 10 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة، فقد سار مع الأحناف الذين أعطوا الخيار للعاجز في التعبير عن إرادته بدليل الفقرة الثانية لم تأت بالترتيب لهذين الطريقتين بحيث جاءت كما يلي: «... ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة ».

فحسب رأينا حبذا لو أن المشرع الجزائري ضبط مصطلح العاجز لأن هذا الأخير قد يدخل ضمنه كل عاجز كالأعمى الذي لا يبصر، الأخرس الذي لا يتكلم، الأصم الذي لا يسمع، الذي لا يستطيع التكلم باللغة العربية...الخ، إلا أنه في مقصوده بالعاجز هو الذي لا يستطيع التعبير عن الإرادة لفظا أي بالكلام بدليل ذلك أنه أتبع كلامه بما يفيد النكاح لغة كالكتابة أو عرفا كالإشارة.

كذلك حبذا لو أنه اعتد بالترتيب في التعبير الذي اعتمده العاجز عن إرادته في عقد الزواج العرفي في الكتابة أولا إن كان يحسنها فإن تعذر عليه ذلك جاز بالإشارة، وبالتالي يحذوا حذو الجمهور في ذلك، حتى يكون الإثبات لركن الرضا لمثل هؤلاء سهلا لاحقا أمام ذوي الاختصاص في أرض الميدان.

وهذا على غرار ما سار عليه المشرع المغربي مع رأي الجمهور من خلال نصه في المادة 10 فقرتها الثانية من قانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة السابق الذكر على أنه: «... يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر من الشاهدين».

-أيضا نفس الأمر ينطبق في **عقد الزواج للغائب**، فإذا كان أحد طرفي العقد غائبا وأراد أن يعقد الزواج فعليه أن يرسل رسولا أو يكتب كتابا إلى الطرف الآخر يطلب الزواج، وعلى الطرف الآخر إذا كان له رغبة في القبول أن يحضر الشهود ويسمعهم عبارة الكتاب أو رسالة الرسول، ويشهدهم في المجلس على أنه قبل الزواج، ويعتبر القبول مقيدا بالمجلس[3] وهذا ما أخذ به الأحناف.

---

[1] مهزوز دليلة، مرجع سابق، ص44.

[2] أحمد آباش، مرجع سابق، ص38.

[3] سيد سابق، مرجع سابق، ص121.

فالمشرع الجزائري فقد سار مع الجمهور في انعقاد الزواج أن يكون العاقدان حاضرين في مجلس واحد ويعبران عن إرادتها إما لفظا إن كانا يحسنان ذلك وإما كتابة أو إشارة إن كانا عاجزين عن الكلام، وهذا ما أكدته **المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري** السابقة الذكر، في حين توجد بعض القوانين العربية الأخرى التي سارت مع رأي الأحناف في عقد الزواج للغائبين كالمشرع السوري.(*)

وهذا ما يقودنا إلى التساؤل عن التعاقد الذي يتم بمقتضى الوسائل الحديثة في عقد الزواج في ظل واقعنا اليوم **وهل يعتبر كافيا لانعقاد مجلس العقد أم لا؟**

نظرا للصحوة المعلوماتية التي يعرفها العالم اليوم من تكنولوجيا المعلومات التي أصبحت تشكل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة، وبذلك أصبحنا من مجتمع عادي إلى مجتمع معلوماتي، الذي يعتمد في حياته عن تقنية الأنترنت وكذا الهواتف اللاسلكية، فأصبح الكثير من الأفراد يعتمدون في عقد قرانهم بواسطة هذه الوسائل وفعلا كان محلا للخلاف بين فقهاء العصر باعتباره نازلة وأمر مستحدث لم يكن معروفا سابقا، فمنهم من **رفض** انعقاد صيغة الزواج من خلالها وحجتهم في ذلك أن للنكاح مكانته الخاصة حيث تترتب عليه آثار مهمة تتعلق بالزوجين وأولادهما طوال الحياة، وعلى ذلك فإنه لا يمكن مساواة عقد النكاح بالعقود المالية التي تكون آثارها مقصورة في الغالب على جانب معين وبشكل محدود، إضافة إلى ذلك يمكن أن يكون خداع وتدليس وتلاعب في الأصوات والصور التي تتم فيها المشاهدة بطريق هذه الوسيلة فيصبح لا تفريق بين الزوجان ولا الشهود أو الموكل الذين يجيزون الزواج بموجبه، وهناك من **أيد وأجاز** صحة الانعقاد بهذه الوسائل في الزواج العرفي وذلك بالنظر إلى إيجابيات هذه الوسائل في تسهيل عملية التواصل بين طرفي العقد، كما يمكن تحقق اتصال القبول بالإيجاب، وكذا التحقق من إعراض أحد الطرفين عن العقد من عدمه.

وفي هذا صدر **قرار رقم 52 (3/6)** أيضا من مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السادسة المنعقدة في جدة بالمملكة العربية السعودية في 20 مارس 1990 بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة(*)

(*) **المادة 07** من قانون الأحوال الشخصية الصادرة بالمرسوم التشريعي رقم59، المؤرخ في:1953/09/07، تنص على: « **يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائب عن المجلس**».

(*) وبخصوص التعاقد في الزواج عن طريق الوسائل الحديثة ذكر" **الدكتور أسامة عمر سليمان الأشقر**" في كتابه« **مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق** »أنه: أكثر الفقهاء المعاصرين منعوا عقد الزواج بطريق الوسائل الحديثة الناقلة للكلام فقط، ومن هؤلاء اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة العربية السعودية، وأكثر فقهاء مجمع الفقه الإسلامي بجدة، ولذا صدرت فتوى عن اللجنة الدائمة للإفتاء بهذا الخصوص مانعة إجراء هذا العقد، وحسب ذلك المنع أن هذا الطريق قد يدخله خداع أحد العاقدين

« إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقدا بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة، وإذا أصدر العارض، بهذه الوسائل، إيجابا محددة المدة يكون ملزما بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة وليس له الرجوع عنه، إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقايض ولا السلم لاشتراط تعجل رأس المال». وعليه فالواضح في هذا القرار أنه استثنى عقد النكاح من هذه الطرق الجائزة في إبرام العقود.[1]

وفي هذا نقول على المشرع الجزائري أن يراعي هذه المسألة لاسيما الاجتهاد الذي يظهر دوره في كل ما استجد من القضايا ليضع الحلول الناجعة لها وفقا لمراد الشارع مع تطوير أدوات فهمه خاصة باب القياس الذي يعتبر الرافد الحقيقي للعملية الاجتهادية حتى يكون قضاء يسع أكبر قدر من القضايا المعاصرة وبهذا يتضح أن فقه النص مرتبط وملازم بفقه الواقع في تفعيله وتدارك ثغراته المستوجبة للتعديل.

الفرع الثاني: شروط صيغة الرضا وأثر تخلفه في الزواج العرفي

يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا القوانين العربية في مجال الأحوال الشخصية لصحة الإيجاب والقبول في عقد الزواج العرفي شروطا وجب توفرها عند إنشاء العقد، وهذا ما سنحاول معرفته في هذا الفرع لنقف بعدها على أثر تخلف ركن الرضا.

أولا: شروط الإيجاب والقبول في الزواج العرفي

1- **أن يوافق القبول الإيجاب من كل وجه:** وفيه اتفق الفقهاء على أنه في عقد الزواج العرفي فإن خالف القبول الإيجاب من وجه لم يصح النكاح فمثلا إن قال الولي: زوجتك ابنتي فاطمة على مهر مقداره عشرة آلاف، فقال الخاطب: قبلت نكاح ابنتك عائشة على مهر مقداره خمسة آلاف، وفي هذا مخالفة لمحل العقد.[2]

الطرف الآخر، وان عقد الزواج يجب أن يحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره حفظا للفروج. نقلا عن أسامة عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص110.

[1] مجمع الفقه الإسلامي الدولي: " **قرار بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة**"، بتاريخ: 2014/05/02، على الساعة: 14:00 مساء، الرابط الإلكتروني: www.iifa-aifi.org/1789.html

[2] محمود المصري، مرجع سابق، ص311.

2- **اتصال القبول بالإيجاب:** ويحصل هذا الاتصال باتحاد مجلس العقد بأن يقع الإيجاب والقبول معا في مجلس واحد، وهذا لا يعني أن يشترط حصول القبول فور صدور الإيجاب، وفي هذا قال المالكية أن القبول يجب أن يكون مطابقا للإيجاب في القصد والهدف والمحتوى، وأن يتم فور صدور الإيجاب بحضور شاهدين عدلين، وفي مجلس واحد –اتصالهما في المكان والزمان معا– لكن إذا فصلت مدة يسيرة بين الإيجاب والقبول، فلا يترتب على ذلك ضرر ما لم يكن الموجب قد رجع عن تعبيره، أما الشافعية والحنابلة ذهبوا إلى أنه يجب أن يقترن القبول بالإيجاب في مجلس واحد وفورا دون تراخي.[1]

وعليه فوفقا للمشرع الجزائري في قانون الأسرة في مادته **التاسعة المعدلة** فمجرد اقتران القبول بالإيجاب في مجلس واحد انعقد العقد فورا وبدليل ذلك قولها: « ينعقد الزواج بتبادل رضى الزوجين » وبهذا يكون قد أخذ بما ذهب به الشافعية والحنابلة.[*]

3- أن تكون صيغة الإيجاب والقبول مؤبدة غير مؤقتة:

وتوقيت الزواج يحصل بتحديده بمدة زمنية معينة أو غير معينة، معلومة أو مجهولة، كأن يقول: تزوجتك إلى شهر، أو إلى سنة، أو مدة إقامتي في هذا البلد[2]، وهذا كله نظرا لأهمية عقد الزواج كونه العقد الذي تحل به العشرة على الدوام وإقامة الأسرة، وتربية الأولاد، وفي هذا حكم جمهور الفقهاء ببطلان العقود التي تتنافى مع هذا الشرط منها: زواج المتعة، زواج التحليل.

وبرأي الجمهور أخذ المشرع الجزائري فأكد في مادته **الرابعة من قانون الأسرة المعدل** على أن الزواج المشروع هو الذي يكون هدفه الاستمرار في الحياة بتكوين الأسرة التي أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، وأنه إن اشترطا مانعا من بقاء الزواج بطل الشرط والزواج معا وفقا للمادة **32 المعدلة** من نفس القانون.

4- أن تكون صيغة الإيجاب والقبول منجزة:

ونعني بهذا أن تكون الصيغة المستعملة للتعبير عن الرغبة في الزواج مفيدة لمعناها في الحال، غير معلقة على أمر سيحدث في المستقبل، وهذا يعني أن الصيغة يجب أن تكون مطلقة غير مضافة لأجل أو شرط

---

[1] العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص194.

[*] وفي هذا أيضا سار المشرع المغربي بنصه في المادة 11 من مدونة الأسرة في الفقرة الثانية على أنه: « يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متطابقين وفي مجلس واحد ».

[2] عبد الله محمد خليل إبراهيم، مرجع سابق، ص34.

يحتمل عدم التحقيق[**] متى تحقق هذين الأخيرين ترتبت آثاره وأحكامه فور إنشائه إلى جانب أركانه وشروط صحته.

ومن هنا قد أبطل أهل العلم العقود المضافة إلى المستقبل والمعلقة على شرط غير متحقق كونها غير منجزة وفي هذا قال "**النووي**" رحمه الله: «النكاح لا يقبل التعليق كقوله: إذا جاء رأس الشهر فقد زوجتك».[1]

ذلك أن هذا التعليق على شرط والإضافة إلى المستقبل للزواج لا ينسجم مع طبيعته وحقيقته القانونية والشرعية[*]، فالرضا الاحتمالي لا يؤدي إلى إنشائه في الحال والفور كما تقدم في الشرط السابق، لكن إذا كانت القاعدة هو عدم تعليق الزواج على شرط مما يجعله باطلا بطلانا مطلقا وفقا **للمادة 32 من قانون الأسرة المعدلة**، فإنه يمكن للزوجين تضمين عقد الزواج نفسه لبعض الشروط بشرط ألا تتنافى مع أحكامه ومقاصده الشرعية وفي هذا نص المشرع الجزائري في **المادة 19 من هذا القانون** على: « **للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون**»، وعليه فواضح من نص المادة أنها شروط مقترنة بعقد الزواج.

وهذه الشروط قد تكون صحيحة مثل: اشتراط الزوجة على زوجها في عقد الزواج التعجيل بصداقها، اشتراطها حسن معاملته أو ألا يضربها، عدم الزواج عليها، عدم السكن مع أهله، السفر معه أين كان مقر عمله وغيرها من الشروط التي لا تتنافى مع مقاصد الزواج.

[**] مثال عن **الزواج المضاف إلى المستقبل** كأن يقول الولي لرجل: زوجتك ابنتي عندما يأتي الربيع أو في أول السنة القادمة أو في رمضان القادم، أما مثال **الزواج المعلق على شرط** قد يحتمل التحقيق وقد لا يحتمل ذلك كأن يقول له: زوجتك ابنتي عندما يقدم جدها من السفر، أو عندما تنجح في الامتحان، أو عندما ترضى أمها. نقلا عن عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص ص81، 82.

[1] نفس المرجع، ص81.

[*] وقد حكم القضاء المغربي في هذا الخصوص، بأن اشتراط الزوجة ألا يدخل بها زوجها إلا بعد أن تحصل على شهادة البكالوريا، هو شرط قد يتحقق وقد لا يتحقق مما يجعل حقه في الدخول بزوجته معلقا فيتضرر من ذلك ضررا معنويا بليغا، مما يستوجب معه تمكين المدعي من زوجته وأبطال الشرط العالق بعقد الزواج لأنه مضاف لمقاصد الزواج. نقلا عن العربي بلحاج، مر جع سابق، ص200.

أما الشروط غير الصحيحة مثل: اشتراط عدم الوطء، اشتراط الزوج على زوجته ألا ترث منه، اشتراط الزوج على زوجته ألا ينفق عليها أو تنفق هي عليه كما تم شرحه عند تعرضنا للزواج المسيار.[1]

والملاحظ أن هذه الشروط المقترنة بعقد الزواج وجدت بسبب الحوادث التي يسيء فيها أحد الزوجين للآخر وهذا ما حفز إلى التفكير في وضعها قصد حماية كل من الزوجين نفسه ومصالحه أثناء سريان هذا العقد ونفاذه عند حلّه.

وعليه نرى أنه لا حرج في إدراجها ضمن نصوص قانون الأسرة من قبل المشرع الجزائري ما دامت ضمن إطار الزواج الشرعي غير مخالفة لمقاصده لاسيما أنها من مستلزماته ومقتضياته.

وهذه الشروط هي محل خلاف بين الفقهاء بين ضيق واتساع إلا أن أرجحها الذين قالوا بعدم إلزاميتها إن كانت مخالفة للعقد ومقاصده، وهو المشهور عند المالكية وأطلقوا عليها اسم الشروط المطلقة كشرطه على المرأة ألا ينجب معها الولد فهذا يفسد النكاح، وأقروا بشأنها فسخ النكاح العرفي قبل الدخول وتثبيته بعدها مع إسقاط الشرط.[2]

5- أن يكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي أو وضع أحدهما للماضي والآخر للمستقبل[*]:

وهذا ما اشترطه الفقهاء لصيغة الإيجاب والقبول حتى ينشأ عقد الزواج العرفي صحيحا، وإنما اشترطوا ذلك لأن تحقق الرضا من الطرفين وتوافق إرادتهما هو الركن الحقيقي لهذا العقد، ولابد لكل من الإيجاب والقبول المظهران لهذا الركن أن يدلا عليه دلالة قطعية تحققه فعلا وقت العقد وتكون أبلغ في إنشاء العقد وتمامه وهذا ما اعتمده الشارع في إنشاء العقود، وترتيب آثاره من نفقة ووطء وإنجاب الذرية وغيرها من مقاصده.[3]

6- يشترط الأهلية[*] في أحد العاقدين الذي يصدر منها الإيجاب والقبول:

اشترط الفقهاء أن يكون ممن صدر منه الإيجاب والقبول أهلا لإجراء العقد وذلك بأن يكون بالغا عاقلا، وإلا كانت عبارته ملغاة، وفي الحقيقة أمر الأهلية في الزواج العرفي في الفقه الإسلامي مختلف فيه مع موقف

---

[1] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص ص200، 201.

[2] محمد محدة، مرجع سابق، ص158.

[*] مثال **صيغة الماضي** كأن يقول العاقد الأول: زوجتك ابنتي ويقول القابل: قبلت، أما مثال صيغة أحدهما **بلفظ المستقبل** والآخر **بلفظ الماضي**، كأن يقول للخاطب: أزوجك ابنتي، فيقول له: قبلت. نقلا عن سيد سابق، مرجع سابق، ص122.

[3] جمال بن محمد بن محمود، مرجع سابق، ص55.

[*] عرف الفقهاء **الأهلية** بأنها: «صلاحية الإنسان لما يجب عليه من الحقوق وما يلزمه من الواجبات بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف، لصحة ثبوت الحقوق له والواجبات عليه». نقلا عن عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص109.

القانون الوضعي لاسيما في سن الزواج العرفي، ولهذا سنتعرض إلى الأهلية في نظر الفقه أولا ثم القانون ثانيا وفقا لما يلي:

- **موقف الفقه الإسلامي:**

لم يحدد الفقهاء بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى أو الفتاة في عقد الزواج العرفي، بل اعتمدوا في ذلك بوجود علامات وأمارات تدل على البلوغ وقالوا بأن مرحلة البلوغ هي تلك المرحلة التي تأتي بعد مرحلة الطفولة والتمييز.

فعلامة البلوغ عند الفتى هي الاحتلام، أما عند الفتاة هي الحيض، ومع هذا قدر **جمهور** الفقهاء سن البلوغ بالخامسة عشر سنة للذكور والإناث، في حين ذهب **المالكية** إلى أن نهايته هي ثمانية عشر سنة للفتى والفتاة أما **الحنفية** قالوا بأن البلوغ يتحقق في الثامنة عشرة بالنسبة للذكر والسابعة عشر للأنثى.

وعليه اختلفوا في الصغير المميز هل ينعقد بلفظه الزواج أم لا؟، فهو عند أغلب الفقهاء ينعقد بلفظه العقد لكن يبقى موقوفا على إجازة وليه الشرعي فمتى ظهرت في المميز إحدى علامات البلوغ الطبيعية جاز له أن يعقد الزواج بنفسه وهذا طبقا لقوله تعالى:« وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ »[1]، أما الصغير غير المميز فبإجماع الفقهاء لا ينعقد الزواج بعبارته.[2]

وعليه هذا منطقي أن الصغار قبل البلوغ بزواجهم يتحملون أعباء الزوجية المادية منها والمعنوية وإذا تم فهو باطل لا يرتب عليه أثر، كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن الشريعة الإسلامية لم تحدد قدر معينا للفارق في السن بين الزوجين، فقد اكتفت ببيان مقاصد الزواج ومعانيه الجلية وتركت لكل فرد تحقيق مصالحه على ضوء ذلك.

- **موقف القانون الوضعي من الأهلية:**

وسنركز هنا على موقف قانون الأسرة الجزائري من الأهلية في الزواج العرفي مع الإشارة إلى موقف القوانين في بعض الأحيان، فنظرا لما يترتب على الزواج العرفي من التزامات مالية وواجبات اجتماعية وعائلية، فإن

---

[1] الآية 06 من سورة النساء.

[2] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص ص156، 157.

الإقدام عليه دون تفكر وروية وقدرة عقلية وجسدية ليس بالأمر الهين، فلهذا معظم القوانين الوضعية في مجال الأحوال الشخصية أولت أهمية لشرط الأهلية في توافرها في طرفي الزواج العرفي.

وعلى هذا الأساس فإن المشرع الجزائري وفقا للتعديل حدد في المادة السابعة منه سنا محددا للزواج وهو تسعة عشر(19) سنة[*]، وعد في **المادة 09 مكرر** من نفس الأمر أهلية الزواج شرطا موضوعيا وأساسيا فيه فلا تكتمل إلا بهذا السن وتمامه، وطبقا **للمادة 40 قانون مدني جزائري في فقرتها الثانية** هو سن الرشد المدني لمباشرة أهم تصرف قانوني وإلا عد باطلا غير مرتبا لآثاره.

وأهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ، وعليه فالمشرع الجزائري بتحديده لهذه السن كأدنى حد في الزواج يكون قد اتبع رأي **المالكية** و **الأحناف** في ذلك، كما أنه اتبع الفكر الدولي و التماشي مع الاتفاقيات الدولية[1] التي تتفق مع عدم تزويج الصغار غير القادرين على تحمل أعباء الزواج العرفي وكذا التماشي مع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة التي تنادي به هذه الاتفاقيات وهذا ما أكدته **المادة 16 من اتفاقية سيداو في فقرتيها (أ) و(ب)** بقولها:

« أ. نفس الحق في عقد الزواج.

ب. نفس الحرية في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاهما الحر الكامل ».[2]

وعليه فالأهلية في الزواج العرفي الموافق للشريعة الإسلامية لا تؤثر في صحته عند غيابها إلا أنه ينقصه التوثيق، فهنا صيغة الإيجاب والقبول تصح إذا صدرت ممن ظهرت عليه علامات البلوغ وفقا للشريعة الإسلامية ولم تحدد سن معينة للزواج العرفي، أما بالنسبة لمن يعقد زواجه العرفي قبل الدخول أمام الموظف المؤهل قانونا لذلك فإنه لا يكفي أن تصدر صيغة الإيجاب والقبول من العاقد الذي لم يبلغ 19

---

[*] قبل التعديل كان سن أهلية الزواج محدد بـ 21 سنة للرجل وبتمام 18 سنة للمرأة.

[1] نصت المادة الثانية من اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج ويشمل عقود الزواج الصادرة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 1763(د-17) المؤرخ: 7نوفمبر1964 على أنه: « تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين أدنى لسن الزواج ولا ينعقد زواجا دون هذه السن، ما لم تخص السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن لأسباب جدية، لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما». نقلا عن الأم المتحدة حقوق الإنسان-مكتب المفوض السامي-، تاريخ المعاينة: 2016/05/15، على الساعة:10:00 صباحا، الرابط الاكتروني:
http://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAgeForMarriage.aspx

[2] منال محمود المشني، مرجع سابق، ص280.

سنة[*] إلا إذا اعفي منها بترخيص من السلطة المختصة، وهذا ما سنبينه لاحقا عند الحديث عن ضابط الحالة المدنية ودوره في تسجيل الزواج العرفي.

7-أن يكون الإيجاب والقبول خاليين من عيوب الرضا:

يشترط في الرضا في عقد الزواج العرفي أن يكون سليما من كل عيب من شأنه أن يؤثر فيه وبالنتيجة التأثير في ترتيبه للآثار الشرعية المتوخاة من هذا الزواج، ولهذا اشترط كل من الفقه الإسلامي وكذا القانون الوضعي أن يصدر الإيجاب والقبول لكل طرفيه بإرادة واعية نابعة عن حرية واطمئنان تام وهذا هو المقصود من نص المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر 05-02 بقولها أن:« الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي»، إلا أنه قد تحدث أحيانا أن تحول عيوب من شأنها أن تؤثر في سلامة هذا الركن فتؤثر فيه بحسب شدتها وقوتها في ذلك.

فبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد عدم تعرضه إلى هذه العيوب بشكل صريح في عقد الزواج العرفي ومدى تأثيرها على الإيجاب والقبول فيه رغم خطورة وأهمية هذا العقد، ويعتبر عيبا منه في هذا الجانب ولهذا سنعود إلى القواعد العامة في القانون المدني، وكذا الآراء الفقهية التي تناولت أهم هذه العيوب المؤثرة في هذه الصيغة بشكل مختصر وفقا لما يأتي:

أ- **الغلط:** يكون عقد الزواج مشوبا بعيب الغلط[**] في شخص الزوج أو الزوجة المتعاقد معها، أو في صفة من صفاته الأساسية، والحقيقة هذا له أثر بليغ في عدم تطابق الإرادتين في الإيجاب والقبول وعدم اقترانهما، بل يعتبر الشخص المتعاقد معه هو الدافع الرئيسي في التعاقد، وعليه للغلط في موضوع العقد أثر بليغ لدرجة بطلانه وعدم ترتيب آثاره الشرعية، وجاز للطرف المتضرر المطالبة

---

[*] تحديد سن الزواج يختلف من قانون لآخر فمثلا المشرع المغربي جعله بسن 18 سنة شمسية مع التمتع بالقوى العقلية وقفا للمادة 19 من قانون رقم 03-70 من مدونة الأسرة بقولها: « تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية».

[**] عرف الفقهاء الغلط بتعريفات كثيرة إلا أنها كلها متقاربة من حيث المعنى فهو: « توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعا فيحمله ذلك على ابرام العقد لو لا هذا التوهم لم يقدم عليه» أو هو: « حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع » فالغلط أمر نفسي ذاتي، و لذلك نجد أحكامه مبعثرة في كتب الفقه الإسلامي موزعة حسب القضايا والنوازل. نقلا عن سعيد قاضي: **رضا المكلفة في انشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري**، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر(1)، 1431-1432هـ/2010-2011، ص33.

ببطلانه، وهذا ما أكدت عليه المادة 81 قانون مدني جزائري بقولها: «يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام
العقد، أن يطلب إبطاله».[1]

وعادة في الواقع الغلط يكون مثلا في صفة من صفات يريدها في المرأة الزوج المقبل عليها كأن تكون من عائلة ثرية أو تعمل في وظيفة سامية وبعدها يتبين له بخلاف ذلك فهنا له حق إبطال العقد إن تمسك بذلك.

ب- **التدليس**[*]: ويعتبر هذا العيب الأكثر وقوعا في أرض الميدان فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، وذلك أن الشخص الذي يريد إبرام عقد زواجه العرفي يستعمل الحيلة والخديعة أو الغش قصد الوصول إليه، ونظرا لما يترتب على هذا من مضار استوجب هذا التدليس التعويض عن الضرر الناتج عنه طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية وذلك وفقا لنص **المادة 124 من قانون مدني جزائري والمعدلة بالأمر 05-10.**

ونظرا لخطورة التدليس في مقاصد الزواج العرفي فقد أولى له المشرع الجزائري أهمية ونص عليه في المادة **8 مكرر من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05-02** والتي رتبت للزوجة حقا في رفع دعوى قضائية للزوج للمطالبة بالتطليق وذلك وفقا لنص **المادة 53 فقرة 02 من نفس الأمر**، وهذه الحالة تكون خصوصا في مسألة التعدد أين يقوم الزوج فيها بإخفاء أمر زواجه العرفي مثلا على أحد الزوجين.

وعلى هذا الأساس اعتبر **المالكية** التدليس ويعرف عندهم أيضا بالتغرير سببا مستقلا للفسخ متميزا عن الغلط والمراد به عندهم « كتم أحد الزوجين عيبا أو مرضا أو صفة أو حقيقة أو معلومات مهمة عن الطرف الآخر وهو من أسباب الخيار في الزواج، ويقصد بالخيار أن الزوج المتضرر له أن يتمسك بالزواج قبل الدخول، وإن شاء تمت الفرقة حتى بعد الدخول في الزواج».[2] ودليلهم ما روى الإمام مالك عن سعيد

---

[1] أمر رقم 75-58 مؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م يتضمن **القانون المدني**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في: 24 رمضان 1395هـ الموافق لـ 30 سبتمبر 1975م، العدد78، السنة الثانية عشرة، ص06.

[*] التدليس هو استعمال شخص طرق احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، فالتدليس يفسد الرضا بسبب ما أوجبه في ذهن المتعاقد من غلط دفعه للتعاقد. نقلا عن فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص85.

[2] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص215.

بن بن المسيب أنه قال:« **أَيُّمَا رَجُلٍ تزوج امرأة وبه جُنُونُ أو ضَرَرٌ، فإنها تُخَيّرُ، فإِنْ شاءَتْ قَرَّتْ، وإن شَاءَتْ فَارَقَتْ**».[1]

وروى عنه أيضا يجوز طلب تعويض عن فسخ الزواج قبل الدخول وبعده متى كان مشيبا بعيب الرضا وذلك لما روى الإمام مالك عن عمر رضي الله عنه، قال: « أمَا رجل تزوج امرأة، فدخل بها، فوجد بها برصا أو جنونا أو جذاما، فلها الصداق بمسيسه إياها، وهو له على من غره منها».[2]

وعليه فالفقه الإسلامي خول للمدلس عليه حق طلب فسخ عقد الزواج قبل الدخول وبعده متى شاب صيغته عيبا من عيوب الرضا لاسيما التدليس وله حق طلب التعويض عليه، وبهذا أخذ المشرع الجزائري كما بيناه أعلاه في التدليس الذي تكون ضحيته أحد الزوجين في التعدد.

أيضا يعتبر من عيب التدليس في الزواج العرفي إخفاء أي مرض من طرف أحد الزوجين عن الآخر التي من شأنها أن تؤثر في الزواج من حيث مقاصده كعقم الزوج أو الزوجة، أو عند العجز الجنسي لأحد طرفي الزواج على اعتبار أن القدرة على العلاقات الجنسية هي الصفة أو السبب الرئيس الدافع للتعاقد في عقد الزواج ومن أهم مقاصد الزواج هو إشباع الرغبة الجنسية، ولهذا ذهب المالكية الفسخ بسبب خيار العيب كون أن الشخص العادي لا يتحملها في الحياة الزوجية.

وقد أحسن المشرع الجزائري لما جعلها عيبا من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كما مكن على أساسها للمرأة حق التطليق وفقا **للمادة 02/53 المعدلة من قانون الأسرة** المعدل بموجب الأمر **05-02** لكن إن كان المتضرر هو الرجل "**الزوج**" هنا من عيب التدليس فما هو الحل القانوني الذي منحه له قانون الأسرة في هذه الحالة؟ لا سيما أن المادة 53 متعلقة بالتطليق بالنسبة للمرأة.

فهنا وبخصوص هذا الشأن على أرض الميدان نجد إشكالات عديدة في هذا الجانب، فبحكم اختصاصنا في المحاماة عرضت علينا قضية بهذا الشأن أين كان الزوج ضحية تدليس زوجته في إخفائها عيبا متعلقا بسلامتها الصحية والمتمثل في عجزها عن التحكم في التبول، فلم يجد أمامه حلا إلا التفكير في الطلاق، بل تحمل مسؤولية ذلك دون تعويض كون المرأة كانت حاملا في الوقت الذي اكتشف هذا العيب،

---

[1] يحي بن يحي بن كثير الليثي الأندلسي القرطبي: **الموطأ للإمام مالك بن أنس رضي الله عنه**، حديث رقم (1195) 32، شركة شريف الأنصاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1428هـ/ 2007م، ص317.

[2] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص215.

فأمر إثبات ذلك صعب بحجة ما قالته لها القابلة أنها من علامات عدم الإمساك في البول راجع إلى التقدم في فترة الحمل.

ولهذا نرى بأن خلو قانون الأسرة من وجود مادة تستوعب مثل هذه الحالة ويستفيد الرجل كذلك من التعويض من جراء التدليس الذي مارسته الزوجة أمر مجحف في حقه هنا، حتى وإن كنا نرى أن هذا يحتاج إلى إثبات أدلة لاحقا لمن أراد التمسك بكل عيب ويبقى ذلك متعلق بحرية الزوجين في عدم التمسك به واستمرار الحياة الزوجية، فعلى المشرع الجزائري أن يضع نصوصا تتماشى مع الوقائع الحاصلة في أرض الميدان في حالة الدخول بعد الزواج وما تحول من عيوب لتكون مخرجا بيد القاضي وإعطاء كل ذي حق حقه.

أما بالنسبة للمادة 7 مكرر المعدلة[1] فقد تكون ضمانة قبل الدخول في اكتشاف عيوب الزواج والتقليل من قضايا النزاع أمام القاضي لاحقا، لكن ما مدى نجاعتها في ظل موضوع الدراسة الزواج العرفي إن تم فيه الدخول؟

ج-الإكراه: أيضا عيب الإكراه[*] في عقد الزواج العرفي لا يقل خطورة عن سابقيه في مقاصد الزواج بل حتى الشريعة الإسلامية فقد منعت العضل الممارس على المرأة في عقد الزواج واعتبرت للرضا مكانة خاصة في جانب المرأة، كذلك لا يجوز قانونا إكراه الولي لمن في ولايته أن يمنعها من الزواج ويجب عليه أخذ موافقتها في ذلك وفقا لنص **المادة 13 المعدلة بموجب الأمر 05-02 من قانون الأسرة الجزائري.**

بقولها:« لا يجوز للولي، أيا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها ».

---

[1] نصت على ما يلي: « **يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج...**». نقلا عن المادة 05 من أمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في:18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م، العدد15، السنة الثانية والأربعون، ص19.

[*] عرفه الدكتور" **عبد الرزاق أحمد السنهوري**" أنه: «**ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، والذي يفسد الرضا ليست هي الوسائل المادية المستعملة في الإكراه، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد** »، فالإرادة التي صدرت هنا هي إرادة فاسدة مما يخول صاحبه حق إبطال العقد. نقلا عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص334.

ونظرا لأهمية الرضا في عقد الزواج العرفي فقد رتبت بعض القوانين العربية في مجال الأحوال الشخصية عقوبات على كل من يمارس الضغط على أي شخص ذكرا كان أو أنثى على الزواج دون رضا بل وصفت ذلك بأنه جريمة وأطلق عليها «**بجريمة الإكراه على الزواج**» وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في **المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية** بقولها:«1- لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص، ذكرا كان أو أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلا، إذا لم يتم الدخول وإذا تم الدخول يعد موقوفا كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار، منع من كان أهلا للزواج بموجب أحكام هذا القانون.

2- يعاقب من خالف أحكام الفقرة (1) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين (2) ولا تزيد على خمس(5) سنوات إذا كان قريبا من الدرجة الأولى، أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات (3) والسجن مدة لا تزيد على عشر (10) سنوات. »[1]

وهذا النص لا يوجد ما يماثله في قانون الأسرة الجزائري واكتفى فقط بترتيب جزاء مدني وهذا ما سنعرفه لاحقا في أثر تخلف ركن الرضا.

وحتى المشرع الفرنسي أشار إلى هذا العيب واعتبر أن الزواج المعقود بغير الرضا الحر للزوجين أو لأحدهما لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوجين أو ممن جاء رضاؤه غير حر منهما، ومؤدى هذا أن الرضا الناتج عن إكراه يجعل الزواج قابل للإبطال، ويجب أن يكون هذا الإكراه متحققا لا يكفي مجرد الخشية أو الرهبة المتولدة من شعور الشخص به نحو شخص آخر بل يجب ممارسته بمظاهر العنف كالعضل مثلا من الآباء.[2]

ولهذا يتضح لنا بأن عيوب الإرادة لا يستهان بها بل تعتبر من الشروط التي يجب مراعاتها في عقد الزواج لأنه ما يترتب عليه موقوف على سلامة الركن الجوهري فيه.

وعلى المشرع الجزائري أن يراعي ذلك وينظم له أحكاما خاصة ولا يكتفي بإحالة كل ما لم يرد بشأنه تفصيل من قانون الأسرة إلى المادة 222 منه، ومن ثمة يسهل على القاضي تطبيق كل نص على الحالة

---

[1] قانون رقم 188 المؤرخ في:19/ 12/ 1959 والمعدل بموجب قانون رقم 15 سنة 2008، جريدة الوقائع العراقية المؤرخة في:1959/12/30، العدد 280، ص02.

[2] عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص99.

المعروضة عليه لاسيما أن هذه العيوب في نظر الفقهاء غير منظمة بل موزعة على كل مذهب من مذاهبهم وتختلف حسب كل نازلة في قضايا الزواج.

ثانيا: أثر تخلف ركن الرضا في الزواج العرفي.

يذهب جمهور الفقهاء إلى أن تخلف الرضا في عقد الزواج يجعله باطلا ومنعدما وذلك لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه آثارا، لاسيما عدم تطابق الإيجاب والقبول كونه شرطا من شروط صحة الانعقاد في العقد، وكذلك ألا يكون فاقد الأهلية من تصدر عنه صيغة الزواج كالمجنون عند المالكية إلا أن المجنون سواء كان جنونا عرضيا أو أصليا فإنه يعتبر الزواج بالنسبة له منتهيا منذ إنشائه، في حين يرى الحنفية ثبوت الخيار للمجنون بعد إفاقته وذلك على أساس قيام الزواج على التراضي والاختيار الحر للمتعاقدين، والحكمة من جعل زواج المجنون أو المعتوه يقع باطلا لفقدان القوى العقلية التي تجعل الشخص فاقد الأهلية والإدراك والتمييز.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري في هذا الجانب فقد رتب على اختلال ركن الرضا هو الآخر البطلان في **المادة 33 في فقرتها الأولى** من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر 05-02 بقولها: « **يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا**».

ويفهم من نص المادة أنه إذا انعدم الرضا في الزواج والذي هو عقد رضائي فإنه ينعدم ويعتبر باطلا بطلانا مطلقا، لكن البطلان هنا إذا كان بطلانا مطلقا هل يكون شاملا حتى وإن كان صيغة الإيجاب والقبول متوافرة لكن شابها عيب من عيوب الصحة كالغلط أو التدليس أو الإكراه، فهنا لم يبين المشرع الجزائري ما درجة البطلان لركن الرضا هنا لاسيما أنه ركن جوهري في الزواج وذلك على عكس **المادة 57 من مدونة الأسرة المغربية** فقد كانت أكثر وضوحا لمعنى البطلان تخلف ركن الرضا كونها حددت الحالات التي يبطل الزواج بسبب فساد ركنه منها المتعلق بسلامة الرضا فنصت في الفقرة 3 منها على:« **إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول**» وعليه إذا كان ركن الرضا باطلا بطلانا مطلقا فإنه لا يترتب عليه من آثار الزواج الشرعي من صداق، ولا نفقة ولا توارث، وإذا تم فيه بناء فإن النسب يثبت رعاية لحقوق الطفل وذلك ما أكدت عليه المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري فإن اعترفت للولد بالنسب حال الزواج بإحدى المحرمات فمن باب أولى أن تعترف به حال تخلف الرضا بعد التفريق، وعليه فإن الآثار المترتبة على البطلان بخصوص تخلف الرضا هي:

1. لا توارث بين الزوجين طبقا لنص المادة 131 من قانون الأسرة الجزائري والتي تقول: "**إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين**».
2. ثبوت النسب رعاية بحقوق الولد وفقا للمادة 34 من نفس القانون وكذا المادة 40 من نفس القانون والمعدل بموجب الأمر 05-02.
3. لا يترتب على العقد الباطل الصداق للزوجة طبقا للمادة 33 من نفس القانون إذا فسخ الزواج الباطل قبل الدخول أما بعده يثبت بصداق المثل و على المرأة الاستبراء بثلاث حيضات وهذا ما سيتضح لاحقا في مقوم الصداق، ومن المتفق عليه في الشرع أن براءة الرحم بسبب الزنا أو الوطء بشبهة وكذا في النكاح الفاسد[*] المجمع على فساده، فالمشهور عند المالكية أن الزنا لا تعد به حرمة المصاهرة لأن الحرام لا يحرم الحلال فاعتبر العقد الذي تصدر فيه الصيغة من شخص محرم شرعا عن المرأة المقدم على الزواج بها بمثابة زنا لاسيما عن تعمد أما إن كان عن جهل فالأمر يختلف وتثبت به حينئذ.

كما اعتبرت المدونة المغربية في المادة 58 منها أن هذا البطلان من النظام العام تثيره المحكمة تلقائيا بمجرد الاطلاع عليه وكذلك جعلت من إبطاله ممن يعنيه الأمر المطالبة بذلك.

أيضا **المادة 63 من نفس المدونة** أكدت بأن عيوب الرضا في حالة وجودها في العقد وكان ضحيتها أحد الزوجين لهذا الأخير الحق في طلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين(2) من يوم زوال عيب الإكراه والتدليس، وذلك من تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض.

كذلك اعتبر المشرع المغربي أن الزواج فاسدا[*] قبل البناء وبعده من اقتران الإيجاب أو القبول بأجل أو شرط واقف أو فاسخ، لكن متى كان الشرط منافيا لمقتضيات العقد، فإن العقد صحيحا والشرط باطلا في حالة الاشتراط في عقد الزواج.[1]

---

[*] أصل التفرقة بين النكاح الباطل والنكاح الفاسد، إنما جاءت أساسا من الفقه الحنفي خلافا لبقية المذاهب التي يستوي عندهما الفساد والبطلان.

[*] والفساد بمعنى الباطل بطلانا نسبيا أي أنه إذا اقترن مع الإيجاب والقبول شرطا فاسخا أو واقفا فمتى كان كذلك أبطل الشرط وبقي العقد صحيح، فيفسخ قبل الدخول ويصحح بعده الزواج في العقد الفاسد و ينتج آثاره من ثبوت صداق المثل إن لم يسم مهر المرأة عند العقد وبعده، تلزم بالدخول المرأة ، تثبت العدة، تثبت المصاهرة فيه بعد الدخول وغيرها من آثار الزواج العرفي الشرعية.

[1] نصت المادة 47 من المدونة على أنه: «**الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منه أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا، والعقد صحيح**».

وعليه من خلال ما تقدم نجد أن المشرع الجزائري قد ترك ثغرات عديدة فيما يخص أثر تخلف الرضا ولم يميز بين تخلف صيغة الإيجاب والقبول كأن يكونا غير متطابقين في محل العقد وبين ما إذا كانت صيغة الإيجاب والقبول معيبة بعيب من عيوب الإرادة كأن يكون العاقد مكرها أو وقع ضحية تدليس في عقد الزواج، ولهذا أثر في النتائج المترتبة عن إبطال العقد، ومن نماذج ما أصدرته المحكمة العليا رفضت بإتمام الزواج بسبب إصرار المرأة البكر على عدم الدخول بل حملت الولي أن يرد ما قبضه من صداق إلى الزوج فقررت بذلك أنه: «**إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء بتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون**» **(قرار رقم:255711 بتاريخ:2001/02/21)**[1]، فيفهم من هذا القرار أنه لا يجوز إكراه الزوجة عن الزواج حتى وإن كانت قاصر فقد رتب لها حق طلب إبطاله بعد البلوغ.

ومن خلال ما تم عرضه بالنسبة لركن الرضا نرى بأنه على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في تنظيمه لاسيما أثره في موضوع الدراسة إذا تم البناء دون توثيقه وأراد أحد الزوجين تثبيته أمام القاضي فظهر أمامه أن الرضا لأحد الزوجين كان بناء على تدليس وليس متعلق بموضوع التعدد هل هنا يرفض القاضي تثبيت الدعوى أم لا في ظل غياب نص يفسر له هذا الوضع؟

وحسب وجهة نظرنا فإن البطلان الوارد في المادة **33** قانون الأسرة المتعلق باختلال ركن الرضا فإنه يجب أن نفرق فيه بين عدم صحة الإيجاب والقبول بعدم التطابق حول المحل كأن يكون غلط في الشخص محل العقد أما بالنسبة لعدم صحة الصيغة أو عوارض من عوارض الأهلية كالجنون أو العته من حيث ما شابها من عيوب كالتدليس أو الإكراه فيبقى متوقف على إجازة الطرفين بعكس الحالة الأولى يكون الزواج باطلا بطلانا مطلقا قبله وبعده.

المطلب الثاني: الولي في عقد الزواج العرفي

تعد الولاية في الشريعة الإسلامية تشريعا ربانيا فيه الخير والنفع والمصلحة العظيمة لمن لا يدركون حسن تسيير أمورهم بسبب قصر نظرهم في تمييز ما ينفعهم من اتخاذ قرار في أمر من أمور حياتهم.

فالزواج مرحلة يطول التبصر والتفكير فيه قبل الإقدام عليه نظرا لما يحمله من معاني تحمل الأعباء والمسؤولية وترتيبه لآثار خطيرة، فاعتبر اشتراط الولاية لازما في جانب المرأة كونها صمام أمان تحميها من

---

[1] جمال سايس: **الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية**، الجزء الثالث، منشورات كليك، الجزائر، الطبعة الأولى، 2013، ص1189.

تلاعب الرجال في استغلال كرامتها ومركز ضعفها، إلا أن البعض ينظر لها رؤية قهر وإذلال وتقييد لحريتها فأثاروا الشبهات في إطلاق حريتها والاستبداد في عقد زواجها دون إشراك ولي أمرها في ذلك.

ولهذا ارتأينا أن نتعرض لهذا المقوم في موضوع الدراسة كونه أساسيا في ترتيب آثار هذا الزواج العرفي، وذلك بالوقوف على أهم الجوانب الشرعية بشأنه وكذا موقف قانون الأسرة الجزائري منه لاسيما في مجال الميدان في كيفية تعامل ذوي الاختصاص مع نصوص هذا القانون المتعلقة به.

الفرع الأول: تعريف الولي وأدلة شرعيته في الزواج العرفي

سنتطرق في هذا الفرع إلى مقصود الولاية لغة واصطلاحا حتى نقف على معرفة من يتولى أمر التزويج في الزواج العرفي، وكذا نقف على أدلته الشرعية من كتاب الله والسنة النبوية الشريفة والصحابة الكرام رضوان الله عليهم.

أولا: المقصود بالولي في الزواج العرفي

1-إن **الوِلاَيَة لغة:** بكسر الواو تعني السلطان وهي مصدر لكلمة «**ولي**»، والوَلِيُّ بفتح الواو وكسر اللام تعني: وليُّ اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته ووليُّ المرأة: هو الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه.[1]

2-أما الولاية في الاصطلاح:

فقد عرفها الشيخ "**محمد أبو زهرة**" بأنها: «**القدرة على إنشاء العقد نافذا**».[2]

و عرفت أيضا بأنها: « **تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه، أوهي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد** ».

و قد عرف الولي في النكاح: « **هو الذي يتوقف عليه صحة العقد فلا يصح دونه، وهو الأب أو وصيه أو القريب من العصبة والسلطان والمالك**».[3]

---

[1] ابن منظور، مرجع سابق، المجلد السادس، ص490.

[2] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص107.

[3] عبد الرحمان الجزيدي، مرجع سابق، ص30.

كما عرفت الولاية في الزواج بأنها: «**النظر في أمر الزواج والإذن به أو منع الإذن**».[1]

وحسب رأينا فالتعريف الأخير هو الأقرب إلى موضوعنا على أساس أن الولاية في الزواج هي السلطة أو الصلاحية الشرعية و القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج المولى عليها وتولى إبرام العقد عليها.[2]

3-وللولاية أقسام:

لقد قسم الفقهاء الولاية إلى ولاية قاصرة، وولاية متعدية وهذان القسمان يعرفان كما يلي:

أ-**الولاية القاصرة:** هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه دون توقف على رضا أحد، وهي تثبت للشخص الكامل الأهلية أي البالغ العاقل الحرّ.[3]

ب-**الولاية المتعدية:** وهي قدرة الشخص على إنشاء العقود الخاصة بغيره من الأشخاص، ولا تكون إلا لمن ثبت له ولاية على نفسه بإقامة من الشارع[4]، وهذا القسم من الولاية بدورها تتفرع إلى أنواع فمنها: الولاية الأصلية كولاية الأب والجد، فولايتهما تثبت على أبنائها بسبب الأبوة أيضا توجد الولاية عامة وهي تثبت لمن ليس له ولي خاص، كالقاضي ولي لمن لا ولي له، ومنها نوع آخر وهو الذي يهمنا في موضوع الدراسة والمتمثل في الولاية على النفس وهي الولاية التي تتعلق بالنفس فهي السلطة على شؤون القاصر المتعلقة بشخصه كالتزويج والتعليم...الخ.

ولقد قسم الفقهاء أيضا الولاية في الزواج إلى قسمين أساسيين هما:

* **ولاية إجبار:** ونقصد بها ولاية الأب أو الجد أو المقربين من الفتاة البكر والصغير والمجنون وفيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليه ولا يشاركه فيه أحد وذلك لعدم توافر في المولى عليه شرط العقل لفاقده والبلوغ في أهلية الزواج.

---

(1) سها ياسين عطا القيسي: **زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج**، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، 1431هـ/ 2010م، ص34.

(2) العربي بلحاج، مرجع سابق، ص309.

(3) سها ياسين عطا القيسي، مرجع سابق، ص40

(4) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص153.

* **ولاية اختيار**: وهي الولاية التي تثبت على المرأة البالغة العاقلة، فالخيار لها غير أنه يستحسن مباشرته مع وليها.

ثانيا: أدلة مشروعية الولي في الزواج العرفي

استدل الفقهاء على مشروعية الولي في الزواج العرفي من الكتاب والسنة وعمل الصحابة وأقوالهم وكذا من العقل وذلك وفقا لما يلي:

1-من القرآن الكريم: من الآيات القرآنية التي تؤكد على مقوم الولاية في الزواج العرفي بل تعتبر من أهم عناصره ما يلي:

أ- قوله تعالى:«فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ»[1]،أي تزوجوهن بأمر أسيادهن وموافقة مواليهن.[2]

ب- قوله تعالى: «وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ »[3]، وقوله أيضا: «وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤۡمِنُواْۚ »[4]، ووجه الدلالة من هاتين الآيتين أن الخطاب موجه للأولياء دون النساء فدل على اشتراط الولي وهنا أمرهم الله تعالى بتزويج الأيامى من النساء أي من لا زوج لهم.

ج- قوله تعالى:«فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوۡاْ بَيۡنَهُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ»[5] وفي الآية دليل على منع الولي من عضل من في ولايته وترويجها دون رضاها، وسبب نزول هذه الآية أن " **معقل بن يسار**" زوج أخته رجلا من المسلمين على عهد النبي صلى الله وسلم فكانت عنده ما كانت ثم طلقها تطليقه لم يراجعها حتى انقضت العدة، وأراد زوجها أن ينكحها ورضيت بذلك إلا أن أخاها رفض أن يرجعها له قائلا: « يَا لُكَعَ "يا لئيم" أكرمتك بها وزوجتك فطلقتها! والله لا ترجع إليك أبدا» فعلم الله

---

[1] الآية 25 من سورة النساء.

[2] محمد علي الصابوني: **صفوة التفاسير (تفسير القرآن الكريم)**، الجزء الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1421هـ/2001م، ص247.

[3] الآية 32 من سورة النور.

[4] الآية 221 من سورة البقرة.

[5] الآية 232 من سورة البقرة.

حاجته إليها وحاجتها إليه، فنزلت هذه الآية فلما سمعها معقل قال: «سمعا لربي وطاعة ثم دعاه فقال: "أزوجك وأكرمك».[1]

ودلت كذلك الآية على أن المطلقة التي أراد زوجها مراجعتها كانت ثيبا وتم تزويجها بعد منع العضل من أخوها ولم تزوج نفسها وحدها.

هـ- قوله تعالى: « فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ »[2]، واستدل بها الفقهاء على الولاية أيضا وفيها دليل على القاصرين من الصغار والمجانين والسفهاء، فيقوم الولي مقامه في جميع حقوقهم وتصرفاتهم قصد الحفاظ عليها باعتبار القاصر لا يدرك عواقب وآثار ذلك فأمرت الآية الكتابة بين المتعاملين لما فيها من حفظ الحقوق وبراءة الذمم مع الإشارة إلى أمر الكاتب بأن يكون عادلا في ذلك.[3]

2-من السنة النبوية: ومن أدلة الولاية في الزواج خصوصا في السنة النبوية الشريفة ما يلي:

أ- مما رواه **البخاري** عن ولاية الأب أو غيره لابنته سواء كانت بكرا أو ثيبا دون قصد إكراهها وإنما الاعتداد برضاها واختيارها ضروري في الزواج لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا تنكح الأيّم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن**»، قالوا: يا رسول الله ! وكيف إذنها؟ «**قال أن تسكت**».[4]

وما رواه **مسلم** أيضا في «**باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت**»، عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « **الثيبُ أحق بنفسها من وليها، والبكرُ يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صُمَاتُهَا**»، وربَّمَا قال: « **وضَمْتُهَا إقْرَارُهَا** »[5]، فوجه الدلالة إذن هو أن المرأة لا تنكح من طرف وليها إلا بإذنها دون إكراه.

---

[1] محمد علي الصابوني، مرجع سابق، ص133.

[2] الآية 282 من سورة البقرة.

[3] عبد الرحمان بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص93.

[4] أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبة البخاري، مرجع سابق، المجلد الثالث، حديث رقم5136، ص358.

[5] أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري تحقيق عبد الرزاق بن محمد الراتب، المجلد الخامس، حديث رقم(1421) 67، ص24.

ب- ما رواه **الترمذي** عن أبي موسى، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**لا نكاح إلا بولي**» وما رواه أيضا: عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: «**أيُّما امرأة نُكِحَتْ بغير إذن وليِّها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها، فلها المَهْرُ بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطانُ وليُّ من لا ولي له**».[1]

فدلا الحديثين على أن الزواج من غير ولي فهو باطل، وقال الإمام البغوي: وفي قوله صلى الله عليه وسلم: «**فنكاحها باطل**» دليل على أن العقد يكون موقوفا على إجازة الولي، وفي قوله:« **فإن أصابها فلها المهر**» دليل على أن وطء الشبهة يوجب مهر المثل، ولا يجب به الحد، ويثبت به النسب وقوله:« **فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له**»، وقال الإمام: هذا ما يؤكد ما ذكرنا أن المرأة لا تباشر العقد بحال، إذ لو صلحت عبارتها لعقد النكاح لأطلق لها ذلك عند اختلاف الأولياء ولم يجعله إلى السلطان والمقصود بالمشاجرة هنا مشاجرة العضل دون مشاجرة في السبق، فإن الولي إذا عضل ولم يكون في درجته غيره، كان التزويج إلى السلطان لا إلى من هو أبعد من الأولياء.[2]

ج- ما رواه **البخاري** أيضا في باب « **إذا زوج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود** » عن خنساء بنت خِذام الأنصارية:« أن أباها زوّجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه».[3]

3-من أقوال الصحابة وتصرفاتهم:

لقد قال بالولاية الصحابة وعملوا بها رضوان الله عليهم ومن بينهم، عمر، علي ابن مسعود، ابن عباس وابن عمرو، أبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم جميعا.

أ-فعن **ابن عمر** رضي الله عنهما أن عمر رضي الله عنه قال حين تأيمت حفصه رضي الله عنها: لقيت عثمان بن عفان فعرضت عليه، فقلت: إن شئت أنكحتك حفصه ، فقال سأنظر في أمري، فلبثت ليال ثم لقيني، فقال: بدا ألا أتزوج يومي هذا، قال عمر: فلقيت أبا بكر فقلت: إن شئت أنكحتك حفصة وصمت أبو بكر، فلم يرجع إلي شيئا، وكنت أوجد عليه مني على عثمان، فلبثت لياليا، ثم خطبها رسول الله صلى الله

---

(1) أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي تحقيق شعيب الأرنؤوطي، عبد اللطيف حرز الله: **الجامع الكبير** (سنن الترمذي)، الجزء الثاني، دار السالة العالمية، دمشق-الحجاز، الطبعة الأولى، 1430هـ/2009م، ص ص،68، 569.

(2)حسن أيوب: **فقه الأسرة المسلمة(النكاح، الرضاع، الطلاق، الرجعة، الإيلاء، الخلع، الظهار، اللعان، العدة، النفقة)**، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة- مصر، الطبعة الثانية، 1423هـ/2003م، ص38.

(3) أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن بردزبة البخاري، حديث رقم 5138، ص358.

عليه وسلم فأنكحتها إياه، ووجه الاستدلال بهذا الأثر أن عمر رضي الله عنه عقد على ابنته النكاح ولم تعقد هي ولو كان ذلك لها لم يكن رسول الله صلى الله وعليه وسلم ليدع خطبة حفصة من أبيها.[1]

ب- وعن زينب أم المؤمنين رضي الله عنها أنها كانت تفخر على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فتقول: « **زوجكن أهاليكن، وزوجني الله تعالى من فوق سبع سموات** »، ووجه الاستدلال بهذا الأثر إن دليل قول زينب رضي الله عنها على العرف المعروف في عهد النبي صلى الله عليه وسلم، وهو إنما ينكحهن أولياؤهن.[2]

ج- ولقد عمد **عمر بن الخطاب** إلى التفريق بين امرأة وزوجها عندما علم أنها تزوجت من غير ولي وقال: « **لا تزوج المرأة إلا بولي** ».[3]

4-من المعقول:

أ- أما شرعية الولاية في التزويج من جانب العقل فإن الولي أكثر حرصا وحفظا وصونا لمصلحة المرأة لاسيما أن مجلس العقد في الزواج العرفي عادة يحضره الرجال.

ب- كذلك النساء عموما يمتزن بالخجل والحياء فيتحرجن في ذلك من مبادلة الصيغة بنفسهن في مجلس العقد.

ج- الرجال يمتازون بتغليب الجانب العقلي في التفكير بعكس النساء، فجانب العاطفة يغلب في غريزتهن فقد يكون ذلك تسرعا واندفاعا في سوء اختيار شريك حياتهن.

د- الرجال أكثر دراية ببني جنسهم في تزويجهم بناتهم.

هـ- طابع العادات والأعراف الذي يغلب على المسلمين في أن لكل مجال مجاله فمجالس الرجال للرجال ومجالس النساء للنساء لاسيما في الأرياف والمدن المحافظة.

وهذه الولاية في التزويج لم تترك على إطلاقها، وإنما استوجبت الشريعة الإسلامية وجوب توافر شروط معينة في الذين يتولون أمر تزويج من في ولايتهم وتصح بذلك في العقد، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

---

(1) أحمد الصويعي شلبيك: **الولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في بلاد غير إسلامية**، دون دار نشر، دون سنة نشر، ص13.

(2) محمد محدة، مرجع سابق، ص199.

(3) أحمد الصويعي شلبيك، مرجع سابق، ص13.

في الحقيقة هذه الشروط هي الأخرى محل خلاف بين الفقهاء، فمنها ما هو متفق عليها بينهم ومنها ما هم فيها على اختلاف ولهذا قصد تسهيل فهم ذلك اخترنا أن نوردها وفقا لما يلي:

-الشروط المتفق عليها:

- ✓ **كمال الأهلية:** والأهلية لا تكتمل إلا بالبلوغ والعقل لأن غير العاقل والصغير يحتاجان إلى من ينظر في شؤونهما وفي الحديث:« **رفع القلم عن ثلاث المجنون حتى يفيق والنائم حتى يستيقظ والصغير حتى يبلغ** »[1]، ولهذا فلا ولاية للصبي والمجنون والسكران وكبر السن أيضا يلحق بهم كونه مختل النظر فيه بالهرم...الخ.
- ✓ **الإسلام:** فقد اتفق الفقهاء على وجوب الاتحاد في الدين بين الولي والمولى عليه في الزواج وذلك متى كانت الولاية على مسلم لقوله تعالى: « وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ »[2]، واستثنوا من ذلك صاحب الولاية العامة كالسلطان والقاضي على أساس ولايته عامة على المسلمين وغيرهم فله أن يزوج من لا ولي لها من أهل الذمة.[3]

والسبب في اشتراط اتحاد الدين هو وجهة النظر في تحقيق المصلحة، ولأن إثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر[4]، فاختلاف الدين يقطع ولاية التزويج كما يقطع التوارث لقول الله تعالى:«وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً»[5]، فالإسلام يعلو ولا يعلى عليه.

- ✓ **الحريـة:** ومعنى هذا الشرط أنه لا بد أن يكون الولي حرا لأن المملوك لا يتصرف في شؤون نفسه فمن باب أولى أن لا يتصرف في شؤون غيره.[*]

---

[1] محمد الصالح العثيمين، عبد العزيز بن محمد بن داود: **الزواج في الشريعة الإسلامية**، دار السلفية، الجزائر، 1410هـ/ 1989م، ص110.

[2] الآية 71 من سورة التوبة.

[3] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص315.

[4] دار العلـوم: الزواج والطلاق في الشريعة والقانون **(مدخل فقهي عام، قانون الأسرة، قضاء المحكمة العليا)**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2001، ص17.

[5] الآية 141 من سورة النساء.

[*] وقال الأحناف يجوز أن يزوجها العبد بإذنها بناء على أن المرأة تزوج نفسها. نقلا عن حسن يعقوب، مرجع سابق، ص43.

✓ **الرشد:** اتفق الفقهاء على أنه يشترط في ولي الزواج أن يكون رشيدا ويقصد بالرشد هنا معرفة الكفء ومصالح الزواج حتى لا تضيع مصلحة المرأة التي من أجلها وُكِّل.[1]

- **الشروط المختلف فيها:**

✓ **الذكورة:** أما بشأن هذا الشرط فهو محل اختلاف بين الفقهاء، فذهب الجمهور إلى أنها شرط في ولي عقد الزواج وأن المرأة لا تملك تزويج نفسها بحال لا بإذن ولا بغيره، وأن الزواج لا ينعقد بعبارتها ولهذا قال الله عز وجل:«ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ»[2]، وكذلك لا تثبت لها الولاية على غيرها وذلك لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:« **لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها**»، وخالف الجمهور أبا حنيفة في أن المرأة البالغة العاقلة لها أن تتولى عقد زواجها بنفسها إذا كان الزوج كفؤا، وبما لا يقل عن مهر المثل واستدلوا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم السابق ذكره « **الثيبُ أحق بنفسها من وليها، والبكرُ يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صُمَاتُهَا** »[**]، كما قاسوا إمكانية تزويج المرأة لنفسها وإماءها وبناتها على البيع والإجارة ومباشرتها للتصرفات المالية.[3]

إلا أننا نرى الذكورية هنا الأولى في ولي التزويج كونه الأدرى والأعلم بمصالح المرأة والأعلم ببني جنسه وهو من يتحمل لاحقا عواقب اختياره في حالة فشل زواج موليته.

✓ **العدالة:** ونعني بها استقامة الدين بأداء الواجبات الدينية والامتناع عن الكبائر كالزنا والخمر وعقوق الوالدين، وهذا الشرط أيضا هو محل خلاف بين الفقهاء، فذهب كل من الشافعية والحنابلة أنه لا ولاية لغير العدل وهو عدم الفسق لما روي عن ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وسلم: « **لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد** »[*]، لأنها ولاية تحتاج إلى تقدير المصلحة، واكتفوا

---

[1] سها ياسين عطا القيسي، مرجع سابق، ص35.

[2] الآية 34 من سورة النساء.

[**] الأيم مصطلح يطلق على المرأة التي لا زوج لها أصلا وقد تطلق على الثيب التي فارقها زوجها بموت أو طلاق وكافة الفقهاء على أنه الأيم المراد بها الثيب في الحديث هنا بدليل أنها جعلت مقابلة للبكر و هي الأكثر استعمالا في اللغة. نقلا عن سعيد قاضي، مرجع سابق، ص105، جمال محمد بن محمود، مرجع سابق، ص45.

[3] محمد الصالح العثيمين، عبد العزيز محمد بن داود، مرجع سابق، ص112.

[*] عرفت الشافعية العدالة بأنها:« **ملكة في النفس تمنع من اقتراف الذنوب ولو صغائر الخسة والرذائل المباحة**» ولهذا استدلوا بالحديث المروي عن ابن عباس:« **لا نكاح إلا بولي مُرْشِد** »، وقال الإمام الشافعي رضي الله عنه: المراد بالمرشد العدل. نقلا عن: **سها ياسين عطا القيسي**، مرجع سابق، ص37.

بالعدالة الظاهرة، فيكفي مستور الحال، لأن اشتراط العدالة الظاهرية والباطنية حرج ومشقة وقد يفضي إلى بطلان العديد من الأنكحة.[1]

أما الحنفية والمالكية فذهبوا إلى أن العدالة ليست شرطا في ثبوت الولاية فللولي عدلا كان أو فاسقا تزويج ابنته أو ابنة أخيه لأن فسقه لا يمنع وجود الشفقة لديه ورعاية المصلحة لقريبه[2] واستدلوا بقوله تعالى:«وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ»[3]، فهو خطاب للأولياء وهو خطاب عام فيشمل العدل وغيره.

والرأي الأرجح في نظرنا هو الرأي الذي ذهب إليه المالكية والحنفية لكن مع استحباب أن يكون الولي مستقيما في أخلاقه باعتباره وليَّ في أمر ليس بالهين بل مرتبط بمصالح الغير فالصلاح فيه أولى.

الفرع الثاني: موقف الفقه والمشرع الجزائري من الولي في الزواج العرفي

سنحاول أن نتعرض في هذا الفرع إلى مركز وقوة الولي في عقد الزواج العرفي حتى ينعقد صحيحا مرتبا لجميع آثاره الشرعية، وذلك من خلال تسليط الضوء على موقف الفقه الإسلامي والقانوني على حد السواء إزاء هذا المقوم، خاصة وأن قانون الأسرة الجزائري على غراره من قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية مستمدة من الشريعة الإسلامية السمحاء، وكل هذا من أجل سد كل ما من شأنه أن يشكك في مقاصد الشريعة وحكمتها من تشريع الولاية في تزويج المرأة، لاسيما أن ما هو معروف في فكر المجتمع المصري من أن المرأة البالغة لها أن تستفرد بعقد زواجها العرفي، دون أخذ إذن وليها في ذلك على المذهب الحنفي، في حين مقصد المذهب قد يختلف تماما على ما هو منتشر مؤخرا في مثل هذه البلدان.

وكذا الهدف من هذا الفرع هو تبيين موقف المشرع الجزائري من الولاية التي ثار بشأنها جدل بين مؤيد ومعارض لها وذلك وفقا لما يلي:

أولا: موقف الفقهاء من الولي في الزواج العرفي

إن الولاية من الأمور التي أعطت لها الشريعة الإسلامية أولوية وأهمية نظرا لأثرها الإيجابي في حفظ وصون الحقوق، وهي الأخرى لم تسلم من الاختلاف فيها بين فقهاء المسلمين في مجال التزويج ولهم فيها

---

[1] دار العلوم، مرجع سابق، ص18.

[2] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص61.

[3] الآية 32 من سورة النور.

آراء واجتهادات مختلفة إلى جانب الأمور المتفق فيها، ولهذا سنوضح أهم النقاط بشكل مختصر حتى نقف على أرجح الآراء وأصوبها في تحقيق مقصد الشرع في ذلك.

1. **ولاية الإجبار:** وهي الولاية التي لا اعتبار فيها لإذن المولى عليه[*]، فيزوجه وليه شاء أم أبى[1] فاتفق الفقهاء على أنه ليس للصغيرة البكر أن تباشر عقد زواجها بنفسها[*]، لكنهم اختلفوا في موجبات الولاية، وكذا في من تثبت في حقه هذه الولاية، وذلك من خلال:

أ-موجبات الولاية على الصغيرة البكر في الزواج: اختلف فيها على مذهبين:

* **مذهب الجمهور:** وهم الشافعية، المالكية والحنابلة على أن العلة هي البكارة فإذا كانت الصغيرة كذلك ثبتت في حقها الولاية حتى وإن بلغت، وحجتهم في ذلك أن البكر لا تعرف مصالحها في النكاح وإدراك التفاوت بين الأزواج، وفهم الرجال، واستدلوا في ذلك بحديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم لما قال:« **الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها في نفسها وإذنها صماتها** »، ووجه الدلالة من هذا الحديث هو أنه صلى الله عليه وسلم بذكره البكر أراد بالأيم الثيب كما أشرنا إليه في مقصوده عند الفقهاء في إطلاقه على المرأة التي فارقها زوجها فإن النساء على قسمين إما ثيبات، وإما أبكار، وإثبات الحق لأحدهما دل على نفيه على الآخر، لعدم وجود قسم ثالث.[2]

* **مذهب الحنفية:** أما أبو حنيفة وأصحابه فيرون أن علة الولاية في الصغيرة هي الصغر على أساس أن هذا الأخير هو سبب العجز وهو الذي وجدت الولاية لسد نقصه، كما ردوا على الجمهور بقولهم تستمر الولاية الإجبارية على البكر بعد البلوغ بقوله صلى الله عليه وسلم : « **تستأمر النساء في أبضاعهن** » فقالت عائشة رضي الله عنها: إن البكر تستحي يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم: « **إذنها بصماتها** » أي سكوتها رضاها.[3]

---

[*] المولى عليه قد يكون ذكر أو أنثى، وولاية الإجبار بالاتفاق تثبت على الصغير مطلقا وعلى الصغيرة البكر أما عدا ذلك فهو محل خلاف بين الفقهاء. نقلا عن أحمد الحجي الكردي: "**الولاية في الزواج**"، تاريخ المعاينة: 2016/05/05، على الساعة 21:08 مساءا، الرابط الالكتروني:www.islamic :fatwa/library/book/8/143

[1] عوض بن رجاء العوفي: **الولاية في النكاح**، الجزء الأول، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، 1423هـ/ 2002م، ص26.

[*] و قال الأحناف أن ولاية الإجبار تثبت على المجنونة والمعتوهة لضعف العقل الذي كان سبب العجز عن تولي العقد وإدراك وجه المصلحة المرجوة من ذلك. نقلا عن محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص110.

[2] سها ياسين عطا القيسي، مرجع سابق، ص108.

[3] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص110.

وحسب رأينا فالعبرة في ولاية الإجبار على الصغيرة البكر بسبب الصغر مثلما ذهب إليه الأحناف كونه موجب في عدم حسن التدبير والتفكير في اتخاذ القرار، أما البكارة فليست معيارا في الإجبار.

ب-الأولياء في ولاية الإجبار:

إن المقصود من ترتيب الأولياء تقديم بعضهم على بعض في استحقاق الولاية ورعاية المولى عليه، وتثبت ولاية الإجبار حسب المذاهب وفقا لما يلي:

* **فذهب الأحناف إلى:**

-**الإمام أبو حنيفة:** تثبت ولاية الإجبار للعصبات بالنسبية في الميراث على الصغار والمجانين والمعتوهين[1] وهم: جهة البنوة مهما نزلت ثم جهة الأبوة مهما علت، ثم جهة الأخوة، ثم جهة العمومة، وبعدها تلي العصبات بالسببية فتكون الولاية على العتيق أو العتيقة للمعتق أو المعتقة.

وبعدها مولى الموالاة ثم الأقرباء غير العصبة من أصحاب الفروض ذوي الأرحام-كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة- وبعدها السلطان أو القاضي أو من ينوب عنهما.

-**أما صاحباه:** فالولاية عندهما للعصبات فقط، ثم تنتقل بعدها إلى الحاكم أو القاضي، أي لا يكون لأحد من الأقرباء غير العصبات ولاية إجبار.[2]

* أما غير الأحناف: فقد فرقوا بين الصغار وبين المجانين والمعتوهين، فاتفقوا على أن الولاية عليهم تثبت للأب، الجد، الوصي، الحاكم، واختلفوا فيمن تثبت له الولاية على الصغير والصغيرة فقال:

-**الإمام أحمد ومالك:** تثبت للأب ووصيه ولا تثبت لغيرهما ودليلهما في ذلك أن غير الأب قاصر الشفقة فهو أقدر على معرفة مصالح مواليه.[3]

* **أما الشافعية:** ذهبوا إلى أنها تثبت للأب والجد كونه يقوم مقام الأب وأكثر رعاية لمصلحتها.

وبعد عرضنا للآراء الفقهية في هذه الولاية من ثبوتها لمن يمارسها فإنه من الناحية العملية ومن ناحية توافر الشفقة يكون أحق بها الأب الذي يتميز بالحرص على حفظ مصالح من في مسؤوليته وفي حالة عدم وجوده تنتقل إلى الولي أو القاضي بصفته صاحب الولاية العامة في تعيين الأقدر في ذلك.

---

[1] سيد سابق، مرجع سابق، ص189.

[2] عبد النواب مصطفى خالد معوض: "**ترتيب الأولياء في النكاح**"، تاريخ المعاينة:2016/05/05، على الساعة: 22:03 مساءا، الرابط الالكتروني:Fiqh.islammessage.com/News Details.aspxpid:9760

[3] سها ياسين عطا القيسي، مرجع سابق، ص55.

2.**ولاية الاختيار**[*]: وهي التي تثبت للمرأة البالغة الراشدة العاقلة سواء كانت ثيبا أو بكرا، وهذا منطقي ما دام سبب الإجبار زال برجحان العقل والبلوغ.

ومع ذلك فإن هذه الولاية هي محل خلاف بين فقهاء الشرع لاسيما أنهم اختلفوا في موجبات الإجبار سابقا، وكذا اختلفوا في ترتيب الأولياء في التزويج بها، وهذا ما سنوضحه بإيجاز وفقا لما يلي:

أ- ولاية الاختيار بالنسبة للمكلفة الثيب و البكر:

*** أما المكلفة الثيب:** فقد أجمع الفقهاء على عدم جواز إجبار المرأة الثيب العاقلة البالغة على الزواج ولم يخالف فيها احد، وجاء في فتوى "**لابن تيمية**" رحمه الله أنه: «**أما البالغ الثيب فلا يجوز تزويجها بغير إذنها، لا للأب ولا لغير بإجماع المسلمين**».[1]

وكذا استدل الفقهاء بما روي عن **خنساء بنت خدام الأنصارية** أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فرد نكاحها وهذا ما ثبت في البخاري في باب « **لا يجوز نكاح المرأة المكره السابق في الذكر** »، ورضاها في الزواج بعد أخذ إذنها يكون بالكلام باللسان كون هذا الأخير هو ما يعبر عما في القلب فلا يكفي سكوتها، ودليل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: « **لا تنكح الأيم حتى تستأمر** » أي بطلب أمرها.[2]

وبهذا فإن قوله صلى الله عليه وسلم: « **إن الثيب أحق بنفسها من وليها**» يعني أن للثيب في نفسها حقا في النكاح، وأن لوليها حقا فيه كذلك، أي لا يجوز أن تتزوج دونه وإلا كان زواجها باطلا وبناء على هذا فلو أراد وليها تزويجها بكفء وكرهته، لم تجبر عليه بخلاف لو أرادت هي أن تتزوج بكفء وامتنع الولي،

---

[*] سميت ولاية الشركة لأن جمهور الفقهاء يرون أن ليس للمرأة أن تتفرد بزواجها بل يجب أن تشترك مع وليها فيه وسميت كذلك من قبل الأحناف بولاية الاستحباب أي المرأة لها حق أن تنفرد بزواجها لكن يستحب أن يتولى العقد وليها. نقلا عن محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص154، محمد محدة، مرجع سابق، ص215.

[1] سعيد قاضي، مرجع سابق، ص125.

[2] محمد رأفت عثمان: **فقه النساء في الخطبة والزواج**، دار الاعتصام للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، دون سنة نشر، ص109.

فإنه يجبر على تزويجها إياه، فإن أصر على موقفه رفعت أمرها للقاضي، وهذا ما يؤكده قوله تعالى: «فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ».[1](*)

وفي هذا صدرت فتوى عن مركز الفتوى إسلام ويب تقول: « **زواج المرأة مهما كانت ثيبا أو بكرا لا يجوز أن تتزوج بدون ولي، حتى الإمام أبي حنيفة رحمه الله ذهب إلى جعله موقوفا على إجازة وليها باستعماله حق الاعتراض إن كان غير كفء** ».[2]

وقد جاء في فتاوى "**ابن تيمية**" رحمه الله بشأن المرأة لا تزوج نفسها حتى وان كانت ثيبا وإنما يزوجها الولي، فقال: « **شأن المرأة أن تكون مطلوبة، لا أن تكون طالبة، وقد صانها الشرع عن التبذل، فمنعها من تزويج نفسها، فالزانية التي تزوج نفسها، ولا يصح تزويج المرأة للمرأة، وإنما يزوج المرأة الولي، حتى وإن كانت ثيبا أي سبق لها الزواج** ».[3]

* **أما بالنسبة للمكلفة البكر**: فالأصل هو الاعتداد برضاها، لعموم حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: « **لا تنكح البكر حتى تستأذن**»، إلا أنه في خلاف بين الفقهاء في رضا المكلفة على قولين:

القول الأول: ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة في أن من حق الرجل أن يجبر ابنته البكر البالغة العاقلة على الزواج كما يجوز له ذلك على الصغيرة، فقاسوا الإجبار على هذه الصغيرة لاسيما أن البكارة عندهم هي سبب الإجبار، كما أنهم استدلوا بقلة التجارب للمرأة التي لم يسبق لها الزواج وخضوعها للعاطفة وسرعة اتخاذ القرار من قبلها دون حساب العواقب، فالأفضل لمصلحتها أن يجعل الزواج بوليها.[4]

رغم أن هذا الفريق يستحب عنده استئذان المكلفة في أمر زواجها لكن اختلفوا في درجة الاستئذان فالمشهور عند المالكية أن سلطة الأب في إجبار ابنته البكر البالغ العاقلة وذلك بشرطين:

---

[1] الآية 232 من سورة البقرة.

[*] **الفرق بين العضل والإجبار**: أما الأول فقد عرفه الفقهاء بأنه: منع المرأة من التزوج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل مهما في الآخر، أما الإجبار فهو أن يباشر الولي العقد فيجب إنفاذه على المرأة سواء كانت راضية أم لا. نقلا عن سعيد قاضي، مرجع سابق، ص125.

[2] مركز الفتوى إسلام ويب: "**حكم تزويج المرأة الثيب نفسها**"، تاريخ المعاينة: 20016/05/06، على الساعة: 09:06 صباحا، الرابط الإلكتروني:

Fatawa.aslameb.net/Fatwa/index.php? page :show Fatwa:option:Fatwa/d:231970

[3] سعيد عبد العظيم، مرجع سابق، ص50.

[4] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص321.

-ألا تكون مرَشَّدة (أي رشدها بالتصرف في شؤونها بنفسها من خلال تجربتها المتكررة في ترجيح عقلها وحسن تصرفها وهي بالغة).

-لا يزوجها من ذي عاهة تتضرر بمعاشرته.

أما الشافعية فعندهم للأب أو الجد حق إجبار البكر المكلفة لكن بشروط:

-ألا يكون بينه وبينها والزوج عداوة ظاهرة وإلا سقط حقه في ذلك.

-أن يزوجها من كفء فلو زوجها من غير كفء لم يجز النكاح.

-أن يزوجها بمهر المثل وأن يكون حالا والزوج غير معسر.

-لا يزوجها ممن تتضرر بمعاشرته كالأبرص، الأجذم، المسن...الخ.

فإذا لم تتوفر هذه الشروط لا يجوز لهما مباشرة العقد.

ومع ذلك يقول الشافعية يستحسن أخذ رأيها تطيبا لخاطرها.[1]

وفقهاء المذهب الحنبلي ذهبوا إلى ما ذهب إليه كل من المالكية والشافعية في شروط الإجبار.

ولهذا يتضح لنا بأن الأصل في تزويج البكر البالغ هو الاستئذان وعدم الإجبار، وسلطة الولي في تزويجها غير مطلقة إلا إذا كانت مستندة إلى مصلحة ومدى التزامه بشروطها في عقده لزواجها.

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الحنفية في أن الأب أو غيره أن لا يجبر المرأة البكر البالغة على الزواج، واستدلوا في ذلك بما رواه أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن**» قالوا يا رسول الله، وكيف إذنها قال: «**أن تسكت**».

وكذلك استدلوا بما رواه النسائي في باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة عن عائشة رضي الله عنها عن الفتاة التي دخلت عليها فقالت: « إن أبي زوجني من ابن أخيه يرفع بي خسيسته وأنا كارهة فأرسل إلى أبيها فلما جاءه جعل الأمر بيدها، فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء »[2]، وإذن البكر هو صماتها أي سكوتها ما لم تكن قرينة على عدم رضاها

---

[1] عبد الرحمان الجزيدي، مرجع سابق، ص39.

[2] الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي: **سنن النسائي**، الجزء السادس، حديث رقم 3270، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، دون سنة نشر، ص87.

كصياح ولطم ونحو، وذلك لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: « **والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها**».[1]

وعليه فمن خلال ما قدمنا فإن العبرة بين جميع الفقهاء هو عدم إجبار المرأة البكر البالغة وهو الأصل لاسيما أن الزواج مبني على الرضا غير المعيب بالإكراه، ومن ثمة وجوب أخذ إذنها من قبل وليها ضروري خاصة أبوها كونه هو الأولى من غيره في التزويج، والأصل فيها هي أيضا أن تحترم موقفه في تزويجها إن كان الزوج أصلح لها في نظره، وإلا يبقى لها حق إبطال العقد في غياب شروط الصلاح مع وجود الإجبار من طرفه وهذا هو الأصل في الزواج.

كما اختلف الفقهاء أيضا فيمن يباشر الصيغة في عقد الزواج من طرف المرأة الراشدة ثيبا كانت أم بكرا، فاختلفوا على مذهبين:

* **المذهب الأول:** وهو ما ذهب إليه مالك والشافعي وأحمد في أن للمرأة الراشدة أن تشارك وليها معها في زواجها وهو من يتولى مباشرة الصيغة في العقد، لأنه حسب رأيهم فالنساء لا يتولين إنشاء العقد، ولا ينعقد بعبارتهن قط، وإن كان لا بد من عدم اسقاط حقهن في الرضا، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: «لا **تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها**».[2]
* **المذهب الثاني:** وهو ما ذهب إليه الحنفية في قولهم خاصة أبا حنيفة وصاحبه أبا يوسف، فقالا للمرأة أن تنفرد باختيار الزوج من غير إشراك وليها، ولها أن تنشئ العقد بعبارتها، ولكن يستحب أن يتولى ذلك وليها، وان يكون راضيا عنها، وذلك متى كان المهر لا يقل عن مهر المثل والزوج كفء لها.[3]

---

[1] أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق الشيخ عبد الرزاق بن محمد الراتب: **صحيح مسلم**، الجزء الخامس، حديث رقم (1421)66، المركز الثقافي اللبناني للطباعة والنشر والترجمة والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، دون سنة نشر، ص23.

[2] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص175.

[3] عبد العزيز سعد: **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1996، ص124.

واستدلوا بقوله تعالى:«فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ»[1]، فقد أسند إليها القرآن العقد، فصح بذلك أن تتولاه بنفسها، وكذلك استدلوا بقوله تعالى: «وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ »[2]، فأسند النكاح إليهن، وعند منعهن من تولي العقد ظلما وعضلا، فصح أنهن يتولين صيغة العقد، ومع هذا يستحب لها أن تترك مباشرة عقد زواجها لوليها، صونا لها عن التبذل إذا هي تولت العقد بمحضر من الرجال الأجانب عنها، وإن زوجت نفسها ليس لوليها العاصب –الوارث– حق الاعتراض عليها، إلا إذا زوجت نفسها من غير كفء أو كان مهرها أقل من مهر المثل.

و المروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف و المفتى به في المذهب عدم صحة زواجها إن كان من غير كفء، وبغير رضاها لوليها العاصب وذلك سدا لباب الخصومة.

بل قد ورد أيضا في رواية أخرى أن للولي حق الاعتراض بأن يطلب من الحاكم التفريق دفعا لضرر العار ما لم تلد من زوجها أو بحبل ظاهر حتى لا يضيع الولد ومحافظة على الحمل من الضياع، أما إن كان الزوج كفؤا[*]، وكان المهر أقل من مهر المثل فإن الزوج لزم العقد وإن رفض يرفع الأمر للقاضي ليفسخه.[3]

ومن خلال هذين المذهبين يتضح لنا بأن كلاهما لم يسقطا حق الولي في مشاركة المرأة الراشدة في زواجها إلا أنه ونظرا إلى الواقع فإن رأي المذهب الأول أصوب في أن يباشر الولي العقد بصيغته هو بدلا عنها، كون العادات والأعراف تحترم المرأة الطائعة لأبيها وتصان من الألسنة المشككة في عرضها وكذا من يتحمل نتائج فشل الزواج لاحقا، ويبقى حق رضاها في القبول من عدمه قائما.

---

[1] الآية 230 من سورة البقرة.

[2] الآية 232 من سورة البقرة.

[*] **الكفاءة:** هي المساواة والمماثلة، والمقصود بها في باب الزواج أن يكون الزوج كفؤا لزوجته ونظيرا لها في المنزلة، ونظيرا لها في المركز الاجتماعي والمستوى الخلقي حتى تنجح الحياة الزوجية لاحقا، وجمهور الفقهاء على أن الكفاءة المعتبرة في الزواج هي الاستقامة والصلاح. نقلا عن سيد سابق، مرجع سابق، ص199.

[3] نفس المرجع، ص187.

وشرط الكفاءة الذي قال به الأحناف فحسب رأينا ضروري في نجاح الحياة الزوجية لاسيما من ناحية التقارب في المستوى العلمي والثقافي بين الطرفين بالنظر إلى ما يحدث اليوم من استغلال المرأة المثقفة في خوفها من العنوسة أن تضطر إلى قبول أي رجل مهما كان دون مراعاة مستواه من النواحي الاجتماعية والثقافية والأخلاقية.

ثانيا: ترتيب الأولياء في ولاية التزويج للمرأة البالغة

تعتبر الولاية في النكاح بسبب القرابة بالنسب أقوى أسباب الولاية في النكاح على الحرة البالغة بإجماع الفقهاء فكل سبب غيرها إنما في إطار الإنابة والخلافة لها وبالتحديد هم العصبات بالنسب في الميراث، وأنهم مقدمون على غيرهم باتفاق المذاهب الأربعة، إلا أن هذا الترتيب لهم اختلاف بين تقديم من أحق في الولاية بين العصبات وذلك راجع إلى:

1-عدم وجود نص صريح من الكتاب أو السنة في ترتيب الأولياء.

2-أن مفهوم الولي الذي ورد به النص مثل قوله صلى الله عليه وسلم: «**لا نكاح بلا ولي**» يقتضي تقديم الأقرب فالأقرب للمرأة.

3-أن أقرب أصل يرجع إليه في بيان الأقرب فالأقرب هو الترتيب بين العصبات في الميراث ولما كان الترتيب بينهم في الميراث غير متفق عليه اتفاقا كاملا تطلب منا توضيح هذا الاختلاف بينهم وفقا لما يلي: [1]

* **الأحناف:** أولى الناس بالتقديم هو الابن وابنه و إن سفل، ثم الأب والجد أبوه، ثم الأخ الشقيق ثم الأب ثم باقي العصبات.

* **المالكية:** وهم حسب الترتيب في الميراث وهم كل من الابن وان نزل، ثم الأب أو وصيه، ثم الأخ، فابن الأخ وان نزل، ثم الجد لأب، فالأقربون بالترتيب ويقدم الشقيق على غيره.[2]

---

[1] عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص77.

[2] مركز الفتوى: "**الأولى بالتقديم في ولاية النكاح في المذاهب الأربعة**"، تاريخ المعاينة: 2016/05/06، على الساعة: 15:36 مساء، الرابط الالكتروني:

Fatawa.aslameb.net/Fatwa/index.php? page :show Fatwa:option:Fatwa/d:231970

* **الشافعية:** فإنهم يقدمون الأب مطلقا وليس للابن عندهم ولاية التزويج أصلا وهي كالآتي: أبوها ثم أبوه وان علا، ثم أخ الأبوين أو للأب ثم ابنه وان سفل ثم الأعمام ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم سائر العصبة على ترتيب الإرث بالتعصيب.[1]

* **مذهب الحنابلة:** فأحق الناس بإنكاح الحرة هو: أبوها فأبوه وان علا، ثم ابنها فابنه وان نزل، ثم أخوها لأبوين، ثم لأب ثم بنوهما كذلك عمها لأبوين، ثم لأب ثم بنوهما كذلك سائر الأولياء على ترتيب الإرث بالتعصيب.

« **وإن تشاجروا في السلطان فالقاضي ولي من لا ولي له**»، وهذه حالة ما إذا تم عضل الولي من كانت تحت ولايته عن الزواج أو لم يكن لها ولي أصلا فللقاضي تزويجها باعتباره صاحب الولاية العامة، وفي انعدام كل أصحاب العصبات وعدم وجود القاضي فلعامة المسلمين حق الولاية على المريدة للزواج، وذلك لما ذهب إليه "**ابن قدامة**" في **كتابه المغني**« فإن لم يوجد للمرأة ولي، ولا سلطان فعن أحمد ما يدل على أن يزوجها رجل عدل بإذنها».

وهذا وفقا لمذهب الحنابلة لأن مذهب الجمهور قال بأنه في حالة عدم وجود الأولياء القاضي والسلطان من تنتقل الولاية إليه في تزويج المرأة متى أرادت ذلك.[2]

وعليه فالإسلام نظم مسألة ترتيب الأولياء بإحكام قصد صون وحفظ كرامة المرأة باعتبار مسألة الزواج من المسائل الخطيرة في الحياة، فالاحتكام للشرع ضرورة لا بد منها.

وبهذا نخلص من مذهب الفقهاء من الولاية أنه:

1- **ولاية الإجبار**: تثبت فقط على الصغير والمجنون وفاقد الأهلية، والأب أولى بها باعتبار الشفقة وحماية مصلحة من في ولايته، ومناطها الصغر وعدم التمييز على ما هو مقدم عليه، باتفاق الفقهاء.

---

[1] عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، 75.

[2] مركز الفتوى: "**تكاح من وكلت شيخا ليكون وليها في الزواج بوجود الأب–الحكم والواجب**"، تاريخ المعاينة: 2016/05/06، على الساعة: 17:55 مساء، الرابط الالكتروني:
Fatawa.aslameb.net/Fatwa/index.php? page :show Fatwa:option:Fatwa/d:231970

2-**ولاية الاختيار**: في الزواج بالنسبة للعاقلة البالغة بكرا أم ثيبا كانت تثبت لها مع ضرورة أخذ إذنها، ولكن لا يمكنها أن تتزوج بغياب وليها وإلا زواجها لم يصح عند الجمهور، أما الحنفية فيبقى متوقف على إجازة الولي إن زوجت نفسها من غير كف أو بأقل مهر المثل.

وبالتالي مركز الولي عند الجمهور حقه مضمون وقت مباشرة العقد أما الحنفية فحقه مضمون بعد إبرام العقد بغيبته بحق الاعتراض إن زوجت المرأة البالغة نفسها من غير كفء أو بأقل من مهر المثل.

3- الولي عند الجمهور ركن في العقد أما الحنفية فهو شرط لزوم متوقف على تزويج المرأة من كفء ولا يقل مهرها عن مهر المثل.

أما عن آثار تخلف الولي في الزواج العرفي فهي:

إن الزواج الذي يتم دون حضور الولي يعتبر من العقود المختلف في فسادها وصحتها، وذلك بسبب اختلاف الفقهاء في تسمية العقد الباطل والصحيح، فالباطل عند أوائل الفقهاء من المذاهب الأربعة هو نفسه الفاسد ولا فرق بينهما وهو من فقد أحد أركانه ولا يترتب أي شيء عليه يفسخ قبل الدخول وبعده وعليه لا يفرقون بين الركن والشرط في الأنكحة الفاسدة من حيث الآثار، أما المتأخرين من الفقهاء من فرق بين البطلان والفساد بناء على فقدان أحد الأركان والشروط، فما فقد ركنا عد باطلا فلا يترتب عليه أي شيء فهو في حكم المعدوم، أما إن وقع خلل في أحد شروطه أو وصفه فإن مصيره الفساد وبالتالي يترتب عليه آثار معينة وهذا ما نسبوه إلى الحنفية.[1]

وبهذا فإن عدم التفرقة الزواج العرفي دون ولي يعد من الأنكحة المختلف فيها فحكمه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه لأن القاعدة تقول: « **كل فسخ قبل الدخول لا مهر فيه** ».

أما بعد الدخول فإنه يرتب آثار العقد الصحيح من حق الميراث لو توفي أحد الزوجين قبل الفسخ واثبات للنسب وعدة للمرأة والفرقة فيه منقصة من للزوج من حيث عدد الطلقات ذلك لأن الفسخ فيه يكون بطلاق على خلاف المتفق في فساده، ولا يوصف بوصف الزنا الذي يوجب فيه الحد في الوطء.[2]

---

[1] محمد محدة، مرجع سابق، ص ص336، 337.

[2] سعيد عبد العظيم، مرجع سابق، ص53.

وعليه عدم التفرقة هذه تتماشى مع حديث النبي صلى الله عليه وسلم: « **أيما امرأة انكحت نفسها بغير مواليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها مهر مثلها**»، فالنبي صلى الله عليه وسلم رغم وصفه بالبطلان جعل لها مهرها، والحقوا قياسا على هذا بثبوت نسب الولد لمن تزوج بمن حرمت عليه.

و في هذا أيضا قال: "**أسامة الأشقر**": « **إن النكاح العرفي إذا عقد سرا بين رجل وامرأة من غير ولي فهو باطل عند الثلاثة صحيح عند الحنفية** ».[1]

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الولي في الزواج العرفي

إن تطرقنا إلى البحث في المعالجة التشريعية للولي بالنسبة للمشرع الجزائري كونه الموضوع الحساس المرتبط بخصوصية المجتمع الجزائري في تمسكه بعاداته وتقاليده في مجال الزواج خاصة ما يعرف بزواج الفاتحة الفاقد لعنصر التوثيق، فأهم عناصر هذا الزواج هو الولي والشهود فيه، وعليه سنرى ما مدى المحافظة على مركز الولي بين أصالة الشعب وتشبعه الديني وبين مطالب البعض بحقوق المرأة وتحريرها من قيود التبعية للولي في عقد زواجها.

1. مركز الولي في الزواج بين الإلغاء والإبقاء في قانون الأسرة:

لو تتبعنا نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أن موقف المشرع الجزائري في التعديل ناتج عن التوفيق بين الضغط من جانب التيار الإسلامي المنادي بتماشي نصوص قانون الأسرة مع الشريعة الإسلامية وأصالة الشعب وبين المطالبين بتحرير المرأة في إبرام زواجها بنفسها.

فبالرجوع إلى المادة التاسعة مكرر من تعديل 05-02 التي نصت على ما يلي: « يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج.
- الصداق.
- الولي.
- شاهدان.
- انعدام الموانع الشرعية للزواج»

[1] أسامة الأشقر، مرجع سابق، ص156.

في حين كان في ظل القانون القديم (84-11) نص المادة يقول على: « يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق »، فمن تحليل هاتين المادتين يتبين إنقاص درجة الولي من كونه ركن وأساس ينعدم بتخلفه العقد إلى جعله شرط يفسد العقد بتخلفه.

فكان بذلك ذكيا في إبقاء المادة المعدلة في أحكام الشرع فوفقا لمذهب الحنفية الولي شرط في العقد ومن جهة أخرى لإعلانه في الاستجابة لطلب تحرير المرأة من قيود الولي وكانه يتملكها بتصرفه فيها كيف يشاء وفي هذا يقول المنادون بذلك التحرر "**مورون في كتابه دراسات لحقوق المسلمين في الجزائر**": « **في كل البلدان الاسلامية، ولا سيما في الجزائر يعتبر الزواج بيعا بكامل الملكية للمرأة لزوجها فالمهر ثمن هذا البيع** »[1]، فأصبح بإمكانها أن تباشر العقد بنفسها وبموافقتها هي وذلك من خلال نصه في المادة 11 المعدلة في فقرتها الأولى على: « تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها...» بدل ما كان منصوص عليه في المادة القديمة بقولها:« يتولى زواج المرأة وليها...»، و بالتالي تغيير مركز المرأة من كونها طرفا في العقد إلى جعلها عاقدة فيه.

وعليه نقول حتى وإن كان المشرع الجزائري بقي موقفه يتماشى مع أحكام الشريعة، فبتحريره المرأة يكون قد فتح مجالا للتعدي على أصالة وتقاليد وأعراف المرأة في تكريم من تعب على تربيتها بان يتولى زواجها ويكون صونا لها من كل تغرير.

فإن وقف في هذا الموقف فكيف له أن يضمن مباشرة المرأة لعقد زواجها في ظل الزواج العرفي غير الموثق أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق؟ لاسيما أعراف المجتمع هي الأقوى في الواقع الفعلي فكان له أن يربط موقفه بما هو حادث في الواقع.

2. موقف المشرع الجزائري من ترتيب الأولياء:

فباطلاعنا على المادة 11 المعدلة فقرتها الأولى بالأمر رقم 05-02 نجد أن المادة أعطت للمرأة حرية اختيار من يحضر عقد زواجها المباشر بنفسها ودليل ذلك استعماله «**لحرف أو**» الذي يقيد التخيير وليس التقييد والترتيب، فلها بمقتضى ذلك اختيار أي شخص خارج أقربائها ولوكان في وجود أبيها وبدليل ذلك إضافة كلمة «**أي شخص تختاره**» في المادة، والقاضي ولي من لا ولي له.

---

[1] أعمر يحياوي: **المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري**، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2010، ص242.

و عليه نرى ألا مجال لترتيب الولاية في ظل التعديل بخلاف ما كان عليه من احترام لها في المادة 11 في ظل القانون القديم بقولها:« **يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له** ».

وهذا على خلاف المشرع الموريتاني الذي كان وفيا للمذهب المالكي في ترتيب الولاية وفقا لترتيب العصبات في الميراث بنصه على ذلك في مادته 11 من مدونة الأحوال الشخصية وهذا الترتيب كالآتي: « الابن، فابنه، الأب أو وصيه، الأخ، ابن الأخ، الجد للأب، العم، أبناء العم بالترتيب، ويقدم الشقيق في جميع على غيره، الكافل، القاضي، ولاية عامة المسلمين ».[1]

ويظهر من موقف المشرع الموريتاني بالتمسك بإذن وإشراف الولي ركنا أساسيا في صحة زواج المرأة البالغة مع ضمان حق المرأة في حالة عضل أحد منهم فتنقل إلى غيره لتصل إلى القاضي ولي من لا ولي له، أو عامة المسلمين إن لم تجد أحد حتى القاضي.

وعليه فيظهر جليا تأثر المشرع الجزائري ببعض آراء الفقهاء الحنفية المتعلقة بولاية الزواج دون أن يخرج تماما على أحكام الشريعة الإسلامية في إجازته للمرأة بأن تعقد بنفسها زواجها لكن لم يتبع المذهب الحنفي الذي يستحب للمرأة تقديم وليها لتولي مباشرة العقد عليها بعد تحقق رضاها بإذنها ورغم إجازته لذلك فإنه جعل الولاية لعصبة المرأة حق الاعتراض إذا زوجت نفسها بغير كفء ودون مهر المثل، فكيف يتحقق هذا مع عدم اشتراط حق الولي في الاعتراض إذا كان الزوج غير كفء هذا فضلا على أن الفقه الحنفي لا يتضمن مسألة اختيار رأي الولي، لاسيما أن مباحث أحكام الأسرة لها خصوصيتها وسعة الثوابت فيها، والأخذ من المذاهب له ضوابط، فأخذ حكم من مذهب وجب أخذ حكم المسألة كاملا منه حتى لا يقع التلفيق الممنوع شرعا.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من العضل وولاية الاجبار

أما بالنسبة للعضل فيظهر موقف المشرع الجزائري منه من خلال إلغائه لنص المادة 12 في فقرتها الأولى بقولها: «**لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون**».

---

[1] سعدنا ولد الحاج: "**عقد الزواج من خلال مدونة الحوال الشخصية الموريتانية**"، مجلة الفقه والقانون، شهرية تصدرها الدراسات الشرعية والقانونية، العدد التاسع عشر، ماي 2014، ص307.

فيتضح إلغاؤه لدور الولي تماما في منع من في ولايته من أن تختار من تراه مناسبا لها في زواجها منه وعليه لا إجبار على من في ولايته سواء كانت بكرا أو ثيبا أو بالغة أو قاصرة وأخذ رأيها ضروري، وفي هذا تماشيا مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية واستدل على ذلك الجمهور بما روي عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»، فالمراد هنا بالاشتجار منع الأولياء من العقد عليها، وهذا هو العضل، وبه تنتقل الولاية إلى السلطان إن عضل الأولياء، وعليه فالمنع بحق غير شرعي يعتبر ظلما، والذي يرفع الظلم شرعا هو القاضي دون سواه، فتنتقل الولاية إليه.[1]

وما يلاحظ أيضا في الفقرة 3 من المادة 12 بقولها: « غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت ».

كان موقف المشرع متماشيا مع رأي الجمهور في ولاية الإجبار بالنسبة للأب للمرأة البكر البالغة في حالة زواجها من شخص لا يرى فيه صلاحها.

وبالتالي ولاية الإجبار تبقى على البنت البكر حتى وان بلغت ولا تعتبر عضلا متى كانت في صالحها وبذلك يكون قد قرر شرط الكفاءة التي يحق فيها للولي لحماية فلذة كبده من الإغترار، ودفعا للعار ولكل ما يمس شرف الأسرة.

أما حاليا بعد التعديل فموقفه واضح في إلغائه للعضل وشرط الكفاءة التي تثبت حق اعتراض الولي على زواج المكلفة من غير كفء.

كذلك بتحليلنا **للمادة 13 المعدلة بموجب الامر 05-02** نجدها قد نصت على أن ولاية الإجبار على القاصرة سواء كانت بكرا أو ثيبا هي من حق أي ولي وغير محصورة في الأب فقط، إلا أنها غير مطلقة بل مقيدة بأخذ إذنها عند تزويجها، كما ليس له أن يجبرها على الزواج بمن لم ترغب إن كان من اختياره.[2]

و بالتالي فيه تطبيق لقوله صلى الله عليه وسلم: « البكر تستأذن وإذنها صماتها-سكوتها- »، إلا أنه حسب رأينا لو جعل هذه الولاية محصورة فقط في الأب كونه أشفق من غيره ويختار لها الأصلح وكذلك

---

[1] سعيد قاضي، مرجع سابق، ص169.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص29.

مصطلح قاصرة هنا لا يتناسب كونه يشمل حتى ناقصي الأهلية أو فاقديها وهؤلاء عليهم ولاية إجبار كاملة لوليه، ولا يرجع إلى إذنهم في الزواج بل متى رأى مصلحة في تزويج أحد منهم ذكرا كان أو أنثى فعل ذلك، وإذا تزوج أحدهم بغير إذنه، لم يصح النكاح إلا بعد إجازته وموافقته هو أو القاضي، فكان من الأولى استعمال مصطلح الصغيرة البكر أو الثيب في هذه المادة.

وبهذا يتضح موقف المشرع في جعل ولاية الاختيار كاملة للمرأة البالغة مهما كانت بكرا أو ثيبا ولها أن تباشر العقد بنفسها ودور الولي يتوقف على حضوره الشرفي في عقدها، وبقيت ولاية الإجبار له منحصرة فقط بالنسبة للمرأة القاصرة التي لم تبلغ سن الزواج ومهما كانت بكرا أو ثيبا بشرط عدم إجباره لها على الزواج دون موافقتها، فيظهر انكماش في سلطة الولاية له وإن حصل إكراهها على ذلك بمنعها في الزواج بمن ترغب كان من حقها اللجوء إلى القاضي إن رأى مصلحتها تحقق هذا الزواج.

رابعا: أثر تخلف الولي في عقد الزواج في إطار قانون الأسرة الجزائري

فبالرجوع إلى المادة 33 المعدلة بموجب الأمر 05-02 فإنها نصت: « يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج دون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل[*]».

فمن خلال تحليلنا لهذه المادة يتضح تماما أن المشرع الجزائري قد تدارك التناقض الذي كان عليه قبل التعديل، بحيث كان يعتبر الولي ركنا وفقا **للمادة 09 القديمة**، لكن بالرجوع إلى أثر تخلفه في العقد رتب له أثر تخلف الشرط وذلك وفقا **للمادة 33 في ظل القانون قبل التعديل** حيث نصت على: «**إذا تم الزواج دون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد** ».

ومع ذلك فإنه حتى في ظل القانون القديم كان ترتيبه للفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه وبتثبيته عقد الزواج الذي تم دون ولي من العقود المختلف في فسادها لأن المذاهب الفقهية مختلفة في اعتبار الولي ركنا أم شرطا ومن حيث آثار الزواج لا تفرق بينهما وترتب نفس الجزاء المرتب على الشرط.

---

[*] مهر المثل هو عبارة عن قدر من المال يفرض عند عدم تسميته في العقد الصحيح، ويقاس بصداق إحدى قريباتها المساوية لها في صفات عدى كالجمال والحسب والنسب والعفة. نقلا عن **يوسف دلاندة**، مرجع سابق، ص16.

وكذلك المشهور عند المالكية أن الولي شرط صحة في الزواج ويرتب تخلفه فساد العقد ومنهم من يعتبره ركنا وفي حالة تخلفه يرتبون عليه حكم تخلف الشرط[1]؛ ولهذا يرى "**ابن القاسم المالكي**" "**الولاية سنة فقط لا شرط صحة**"، ورتب على ذلك إرث الزوجين الذين أبرما العقد دون ولي.

وفي هذا أشارت المحكمة العليا إلى أنه: « **يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة**[*]**، وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون»(قرار رقم: 253366 بتاريخ: 2001/01/23).**[2]

كما أشارت أيضا أن الولاية ليست محصورة في الأب فقط بل يجوز أن تنتقل إلى أحد أقارب المرأة، فقالت بذلك في أحد قراراتها أنه: « **يثبت الزواج العرفي بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل ولا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط» (قرار رقم: 381880 بتاريخ: 2007/02/14).**[3]

أما بعد التعديل وبعد اعتبار المشرع الولي شرط بدل ركن في عقد الزواج رتب نفس الجزاء السابق قبل الدخول يفسخ الزواج ولا صداق فيه، وبعده يثبت بصداق المثل، وبهذا يتماشى في موقفه مع المذهب الحنفي باعتبار الولي شرط، وكذا يثبت النسب بعد الدخول باعتبار أن الزواج فاسد وتم فسخه بعد الدخول وفقا **للمادة 40 المعدلة فقرتها الأولى** بقولها: « **يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون** ».

وعليه من خلال تتبعنا لموقف المشرع الجزائري من الولاية في الزواج، يتبين لنا وبكل وضوح خاصة بعد التعديل رغبته في التوفيق بين التيارين الإسلامي والتحرري، لكن ما يعاب عليه هو عدم أخذه بمذهب واضح من المذاهب الإسلامية، الأمر الذي يجعلنا نؤكد بأنه تشريع يزحف بتدرج نحو تحرير المرأة من الولاية كنتيجة لتحقيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.

---

[1] العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص324.

[*] المادة 33 من قانون الأسرة المحدلة، أصبح الولي شرطا ونصت في فقرتها الثانية أنه: « إذا تم الزواج دون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه»، وفي فقرتها الثالثة نصت على:« ويثبت بعد الدخول بصداق المثل».

[2] جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص1197.

[3] نفس المرجع، ص1426.

وعليه نرى أنه من الضروري إعادة النظر في بعض النصوص الماسة بخصوصية المجتمع الجزائري لاسيما **المادة 11 فقرة 01 المعدلة** بأن تكون الولاية بالترتيب في الزواج ضمن قرابة النسب–العصبات–وفي حالة وجود العضل من طرفهم تنتقل إلى القاضي بدل ترك الحرية للمرأة في أن تختار أي شخص خارج الأقارب، وهذا ما لا يتماشى مع أصولها وعاداتها وأعرافها، وبذلك يتحقق غرض الشريعة الإسلامية في اشتراط الولاية في صون المرأة من أن يغرر بها في الاختيار الخطأ لشريك حياتها.

ونسد بذلك كل باب يفتح المجال للمرأة في عقد زواجها دون علم وليها، كون الشريعة الإسلامية تسمح بذلك خاصة وفقا للمذهب الحنفي وهوما نجده منتشرا في مجال الزواج العرفي في دول المشرق وإن لم يتفطن المشرع الجزائري إلى هذا سيفتح مجالا للزواج العرفي دون حضور الأولياء في أوساط المجتمع الجزائري.

المطلب الثالث: الشهود في الزواج العرفي

تعتبر الشهادة مقوما أساسيا في عقد الزواج العرفي، ذلك لأن عقد الزواج له خطره القانوني والاجتماعي لما يترتب عليه من مصالح دينية ودنيوية وحقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين، فكان من الضروري إعلانه للناس حتى يخرج من حدود السرية والكتمان وتدفع شبه الزنا، وسوء الظن على علاقة الرجل بالمرأة، فهي بمثابة توثيق وترسيم لهذا الميثاق الغليظ في هذا الزواج الفاقد لعنصر التوثيق، وتظهر أهمية هذا المقوم أيضا في حالة الخصومات والنزاعات في سماع دعوى الزوجية أمام القضاء فهي الدليل القوي المعتمد عليه في اثبات صحة العلاقة الزوجية العرفية متى توافرت على أركان وشروط صحتها، وبهذا ندب الشارع إلى إعلان عقد الزواج بما يحقق الشهرة وإشاعته بين عامة الناس أن المرأة المعقود عليها صارت زوجة لمن عقد عليها ويكون ذلك وفقا للعادات والتقاليد المتعارف عليها لكل مجتمع إسلامي.

و نظرا لهذه الأهمية سنتطرق في هذا المطلب إلى البحث في مفهوم هذه الشهادة التي يتوقف عليها صحة الزواج الشرعي العرفي في نظر كل من الفقه الشرعي القانوني على حد السواء.

الفرع الأول: مفهوم الشهادة في الزواج العرفي

سنحاول في هذا الفرع أن نتطرق إلى المقصود من الشهادة التي يعتمد عليها في صحة الزواج العرفي، ومدى مشروعيتها في إثبات الحقوق إلى جانب توضيح الشروط الواجب توافرها في الشهود المعتمد عليهم في كمال صحة العقد وترتيب آثاره، تظهر فائدتها لاحقا في حفظ الآثار.

أولا: المقصود بالشهادة ودليلها الشرعي في الزواج العرفي

1. **الشهادة في اللغة:** من شَهِدَ يَشْهَدُ شَاهِدًا شَهَادَةً أي أخبر خبرا قاطعا فنقول: شهد على كذا شهادة وشهد لفلان على فلان كذا أي أدى ما عنده من الشهادة والشاهد هو من يؤدي الشهادة، ولهذا قد تأتي بمعنى البنية[*] و الوضوح كأقوال الشهود أمام القضاء[1]، وقد تعني الحضور كقوله تعالى:«فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُ»[2] أي من كان حاضرا رمضان فليصمه، وقد تأتي بمعنى الإعلام كقوله تعالى:«ٱللَّهُ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ »[3] أي أعلم الناس أنه لا رب سواه.

2. **أما الشهادة في الاصطلاح** فقد عرفت بـ:

أ- **الشهادة هي: « أقوال الشهود المسجلة في محاضر التحقيق المحررة من جهة وتصريحاتهم التي يدلون بها أثناء الجلسة العلنية من جهة أخرى ».**[4]

ب- عرفها الأستاذ "**أحمد عبد الرزاق السنهوري**" بأنها: «**الشهادة أن يقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه» وقال أيضا: « هي إخبار بحق لغيره على غيره ».**[5]

ج-وعرف القاضي "**بكوش يحي**" بأنها: « **البينة هي أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة يقرون ما عاينوه أو سمعوه من وقائع ».**[6]

---

[*] البينة لها معنيان، معنى عام: وهو الدليل أيًا كان (كتابة، شهادة، قرائن...) ولهذه القاعدة نقول: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»، أما المعنى الخاص: هو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة. نقلا عن عبد الرواق أحمد السنهوري: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام –الاثبات–أثر الالتزام)**، المجلد الثاني، نهضة مصر، دون بلد نشر، الطبعة الثالثة، 2011، ص311.

[1] إبراهيم مدكور، مرجع سابق، ص ص352، 353.

[2] الآية 185 من سورة البقرة.

[3] الآية 02 من سورة آل عمران.

[4] زبدة مسعودة: " **الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري**"، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1989، ص60.

[5] أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص312.

[6] بكوش يحي: **أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)**، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981، ص188.

د-عرفها فقهاء المذاهب الأربعة: [1]

* الشافعية بأنها: « **إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد** ».
* الحنفية بأنها: « **إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء** ».
* المالكية بأنها: « **إخبار عدل حاكما بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه** ».
* الحنابلة بأنها: « **الإخبار بما علمه بلفظ خاص** ».

هـ-وعرفت أيضا بـ:« **المراد بالإشهاد أو الشاهدين أن يحضر العقد اثنان فأكثر من الرجال العدول المسلمين** ».[2]

وعليه يفهم من هذه التعاريف أن الشهادة هي وسيلة إثبات بحضور واقعة معينة وتنطبق هنا في عقد الزواج العرفي بإثبات وجود الرابطة الزوجية كلما سولت لأحد الزوجين نفسه إنكارها، كما تعتبر إعلان وإخبار عن واقعة الزواج التي يحضرها الشهود أمام الناس، فالتعريف الأقرب في نظرنا لموضوع الدراسة هو الذي يقول: « **المراد بالإشهاد أو الشاهدين أن يحضر العقد اثنان فأكثر من الرجال العدول المسلمين** ».

3. وتستمد الشهادة مشروعيتها من الكتاب والسنة وعمل الصحابة على النحو التالي:

أ- من القرآن الكريم:

* قوله تعالى:« وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ ».[3]

* قوله تعالى: « وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ وَمَن يَكۡتُمۡهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٞ قَلۡبُهُۥۗ ».[4]

فكل من الآيتين واضحتي الدلالة على الأمر بالإشهاد عن المداينة والبيع وأي مجال من المجالات التي تترتب عليها حقوق والتزامات فهي بمثابة التوثيق وضمان لها، وجعلت الشهادة من طرف رجلين عدلين، فإن

---

[1] ماهر أحمد راتب السويسي: "**تعريف الشهادات وحكمها**"، تاريخ المعاينة:2016/05/07، على الساعة: 18:20مساءا، الرابط الالكتروني: site.iugaza.edu.ps/msousi

[2] دار العلوم، مرجع سابق، ص19.

[3] الآية 282 من سورة البقرة.

[4] الآية 283 من سورة البقرة.

لم يكن أو تعذر ذلك فرجل وامرأتان[1]، فإن شرعت الشهادة في البيوع و المداينات، فمن باب أولى أن تكون في عقد الزواج العرفي كي تكون بمثابة إثبات له في حالة الإنكار وحفظ للحقوق من الضياع.

* قوله تعالى: «فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ ۚ»[2]، وفي الآية حث وأمر بالشهادة نظرا لأهميتها ولو لم تكن مشروعة لما أضافها الله عز وجل لنفسه، فهي توثيق النفوس مع خالقها وهوما ينطبق في الزواج العرفي باعتباره ميثاق غليظ يتعاهد فيها الطرفان بصونه وحفظ آثاره في نفوسهما وضمائرهما، لاسيما أنه فاقد لعنصر التوثيق كتابة.

ب- من السنة وعمل الصحابة:

* ما رواه الترمذي في «**باب لا نكاح ببينة**» عن ابن عباس: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « **البغايا اللاتي ينكحن أنفسهم بغير بينة** ».[3]

* وما رواه الترمذي أيضا: « و العمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، ومن بعدهم من التابعين وغيرهم، قالوا: لا نكاح إلا بشهود، لم يختلفوا في ذلك عندنا من مضى منهم إلا قوما من المتأخرين من أهل العلم، وإنما اختلف أهل العلم في هذا إذا شهد واحد بعد واحد، فقال أهل العلم من أهل الكوفة وغيرهم: لا يجوز النكاح حتى يشهد الشاهدان معا عند عقدة النكاح ».[4]

* ولمالك في «**المـوطأ**» عن أبي الزبير المكي، أن عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: «هذا نكاحُ السّر ولا أجيزه، ولو كنت تقدمت فيه، لرَجَمْتُ».[5]

* وفي كتاب «**المحلى بالآثار**» لـ "**بن حزم الأندلسي**" أنه قال: « ولا يتم النكاح إلا بإشهاد عدلين فصاعدا، أو بإعلان عام، فإن استكتم الشاهدان لم يضر ذلك شيئا ».

---

[1] عبد الرحمان بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص94.

[2] الآية 02 من سورة الطلاق.

[3] أبي عيسى محمد بن عيسى بن سَوْرَة الترمذي، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص573.

[4] نفس المرجع، ص574.

[5] يحي بن يحي بن كثير الليثي، مرجع سابق، ص303.

واستشهد بالحديث المروي عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « **أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها وشاهدي عدل فنكاحها باطل، وإن دخل بها فلها المهر، وإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له** ».[1]

4. **شروط الشهود في عقد الزواج العرفي:** نظرا لخطورة عقد الزواج، ولأهمية الإشهاد عليه فاستوجبت الشريعة الإسلامية له شروطا تتوقف صحته عليها وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

أ- **العقل والبلوغ:** لا بد من أن يكون الشهود عاقلين بالغين حتى يعتد بشهادتهم لأن الشهادة فيها معنى الولاية وتلزم المشهود عليه بالمشهود به ومن ثمة فلا تصح شهادة الصبي والمجنون والمعتوه نظرا لعدم إدراكهم الكامل للأمور.[2]

ب- الحرية: اتفق الحنفية والشافعية على ضرورة كون الشاهد حرا ولا تصح شهادة العبد أما الحنابلة فقالوا: « تصح شهادة العبد لأنه لا يصح دليل من كتاب ولا سنة ولا إجماع ينفى شهادته».[3]

إلا أنه في وقتنا الحالي قد بطل فيه الرق ولم يعد هناك عبيدا فلا مجال لإعمال هذا الشرط في الشهود في وقت الناس جميعا فيه أحرار.

ج- **التعدد:**[4] الأصل في الشهادة المثبتة للزواج أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين لقوله تعالى: «وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ » فهذه الآية تحدد طريق الإشهاد وتجعل شهادة امرأتين مساوية لشهادة الرجل، وتبين العلة في ذلك وهذا خلافا للقاعدة بأن لا يقبل شهادة إلا الرجال، أما شهادة النساء وحدهن لا تكفي مهما كان عددهن وسبب ذلك يرجعونه إلى أن الهدف من إحضار الشهود في الزواج هو الإعلان عليه وذلك لا يتحقق بوجودهن، لأنه يغلب عليهن الاستتار وعدم حضور مجالس الرجال، بعكس وجود رجل معهن تحقق الإعلان بين الرجال والنساء.

---

(1) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري: **المحلى بالآثار**، الجزء التاسع، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، دون سنة نشر، ص48.

(2) دار العلوم، مرجع سابق، ص20.

(3) عبد رب النبي علي الجارحي، مرجع سابق، ص27.

(4) أحمد آباش، مرجع سابق، ص129.

د- الذكـورة: ما استقر عليه عند جمهور العلماء من المالكية، الحنفية، الشافعية أن يكون الشاهدان على الزواج العرفي ذكرين على الأقل ودليلهم في ذلك:«وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡ »، وكذا ما رواه أبو عبيدة عن الزهري عن ابن المسيب أنه:« مضت السنة عند رسول الله عليه الصلاة والسلام، أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق »[1]، بخلاف الحنفية الذين يصح عندهم بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن المرأة أهل لتحمل الشهادة وأدائها.[2]

هـ- السماع[*]: لا بد لصحة عقد الزواج عند جمهور الفقهاء الشرعيين من أن يسمع الشهود كلام العاقدين وفهمهم المراد منه إجمالا، فلو سمع أحد الشهود كلام الموجب فقط لا يصح العقد أي أنه لا بد من سماع صيغة العقد بالكامل إيجابا وقبولا، وهذا الشرط يكون في العقد بالكلام، فإن تمت صيغة العقد بالإشارة كان الشرط رؤيتهما وفهم المقصود منها، فلو لم ير الشهود تلك الإشارة أو رأوها ولم يفهموا المراد منه لا يصح العقد.[3]

و- عدالة الشهود: فهي محل خلاف، والمقصود بها الاستقامة وإتباع تعاليم الدين ولو في الظاهر، غير مجاهر بالفسق والانحراف[4]، فاشترطها الجمهور في الشهود على اعتبار أن من أغراض الشهادة إظهار شأن العقد وتكريمه لقوله تعالى:« وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ وَأَقِيمُواْ»، وهذا التكريم لا يحصل إلا من كان أهلا للكرامة أما الحنفية فلم يشترطوها في الزواج ويرون أن الفاسق له أهلية لإنشاء عقد الزواج لنفسه ولغيره بالولاية أو الوكالة بلا نزاع، فمن باب أولى أن يكون أهلا في عقد الزواج لأن الغرض منها غير متوقف عند التنازع كدليل إثبات بل من أغراضها إظهار العقد وإشهاره بين الناس وهذا ما يتحقق بشهادة غير العدل.[5]

---

(1) العربي بلحاج، مرجع سابق، ص336.

(2) محمد شتا، مرجع سابق، ص28.

(*)الأصل شرط السماع لكلام العاقدين أو رؤية إشارتها وفهمها يكون معا في عقد الزواج، إلا أنه عند بعض أهل المدينة إذا شهد واحد بعد واحد فإنه جائز إذا أعلنوا ذلك وهو قول « **مالك بن أنس وغيره** ». نقلا عن حسن أيوب، مرجع سابق، ص133.

(3) أحمد آباش، مرجع سابق، ص130.

(4) محمد محدة، مرجع سابق، ص296.

(5) أحمد آباش، مرجع سابق، ص130.

ي-الإسلام: من المتفق عليه بين العلماء أنه إذا كان الزوجان مسلمين أو أحدهما مسلما، فوجب أن يكون الشاهدان مسلمين لأن الشهادة نوع من الولاية، ولا ولاية على مسلم لغير مسلم، وقد قال تعالى: « **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا** »؛ أما إن كانت الزوجة غير مسلمة فعند الأحناف خلافا لغيرهم أما إن كان الزوجان غير مسلمين فلا يشترط بالاتفاق الإسلام في الشاهدين.[1]

5. **الحكمة من شرط الإشهاد في الزواج العرفي:** للإشهاد أهمية في الزواج العرفي كون هذا الأخير يفتقد لعنصر التوثيق، حيث اكتفى الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته الكرام بإنشاء زيجاتهم واعتبر الإشهاد عليها بمثابة التوثيق حاليا امتثالا لقوله تعالى: «**وأخذنا منكم ميثاقا غليظا**»، وكانت عندهم الشهادة مقدسة ومن فوائد الإشهاد في الزواج العرفي ما يلي:

أ- إشهاد شاهدين عدلين على العقد فيه تكريم وتعظيم لهذه السنة التي عهدت من وقت النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة الكرام رضوان الله عليهم.

ب- يعتبر الإشهاد السند الشرعي للإشهاد على الزواج، فقد أخصه الشارع الحكيم في عقد الزواج دون سائر العقود لما اشتمل عليه من آثار خطيرة، ولقدسيه هذا الميثاق، فليكن بذلك أداة وسيلة إثبات للحقوق من الإنكار والجحود ودليلا أمام القضاء في تقريرها، وما دعوة الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الإشهاد على الزواج إلا لقيمته وبهذا قال: «**لا نكاح إلا ببينة**».[2]

ج- الإشهاد في مصلحة المرأة ودفع سوء المظنة عليها، لاسيما هي الطرف الضعيف في العقد وألسنة الناس لا تفتر من الطعن في عرضها.

د-الشهادة بمثابة إعلان الزواج وإذاعته بين الناس، وبالتالي نفي السرية عليه والامتثال إلى قوله تعالى: «وَلَـٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُواْ قَوْلاً مَّعْرُوفًا»[3]، لاسيما أن الزواج العرفي اتفق معظم العلماء على بطلانه إذا لم يحضره شهود أو إذا حضروا وتواصوا بالكتمان واعتبروه زنا وليس زواج.

هـ-الإشهاد ضمان لاستقرار الحياة الزوجية وديمومتها في ضمان صحة العلاقة ينفي عنها كل إنكار وفي هذا يقول **الإمام مالك:** « ليس حضور الشهود شرطا لصحة الزواج، وإنما الشرط إعلانه بأي طريق حتى لا يكون سرا فلو أعلن بغير الشهود صح ولو حضره الشهود وشرط عليهم كتمانه لم يصح »

---

[1] محمد شتا، مرجع سابق، ص28.

[2] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص328.

[3] الآية 235 من سورة البقرة.

فاعتبر الشهادة وسيلة لإذاعة وإعلان الزواج وبه يحفظ النسب من الاختلاط وتثبت كل الحقوق في الزواج العرفي.

و- الشهادة تمييز بين الحلال والحرام، فشأن الحلال الإظهار، وشأن الحرام التستر عليه عادة ويتحقق بالشهادة التوثيق لأمر الزواج.

الفرع الثاني: موقف الفقه والمشرع الجزائري من الشهود في الزواج العرفي

سنقف عند آراء الفقهاء من شرط الإشهاد في الزواج العرفي من خلال مواطن الاتفاق والاختلاف في ذلك، وكذا موقف المشرع الجزائري من دور الشهود في هذا النوع من العقد الفاقد لعنصر التوثيق وما يترتب عن تخلف هذا المقوم في نظر الفقه والقانون.

أولا: الموقف الفقهي من الشهود في الزواج العرفي

إن الشهادة في عقد الزواج العرفي لها أهمية في إثبات العلاقة الزوجية التي تربط بين الزوجين من الإنكار لاحقا(*)، فللفقهاء مواطن اتفاق واختلاف فيها:

أما مواطن الاتفاق بينهم تتمثل في: [1]

1. بطلان النكاح العرفي الذي يتم بغير شهود وإعلان، وفي هذا قال: "**ابن تيمية**" رحمه الله: « نكاح السر الذي يتواصون بكتمانه ولا يشهدون عليه أحدا باطل عند عامة العلماء وهو من جنس السفاح ».
2. النكاح العرفي الصحيح لا يكون كذلك إلا إذا شهد عليه رجلان عدلان وتم الإعلان عليه.
3. الإشهاد شرط صحة في الزواج العرفي وليس شرط انعقاد.

أما مواطن الاختلاف بينهم هي:

1. ذهب المالكية إلى أن الشهادة ليست شرطا لإنشاء العقد في البداية وإنما هي شرط انتهاء عند الدخول، وأن الإعلان عن الزواج هو الشرط الذي يجب توافره وبالتالي فالشهادة وحدها لا تكفي عند المالكية بل يجب الإعلان عن الزواج ودليلهم في ذلك ما رواه الترمذي عن عائشة قالت قال: رسول الله صلى الله

(*)هناك من يسمي الزواج العرفي الذي يتوقف على ترتيب آثاره شهادة الشهود عليه أنه زواج شكلي، لأن حضور الشهود خارج عن رضا الطرفين الذي يكتفي فيه اقتران القبول بالإيجاب وتبادل الرضا بين الطرفين في إنشائه فالأصل في العقود الرضائية لترتيبها آثارها كاملة دون حاجة أي شيء آخر. نقلا عن سيد سابق، مرجع سابق، ص137.

[1] عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص163.

عليه وسلم: « **وأعلنوا النكاح واجعلوه في المساجد وأضربوا عليه الدف**»[1]، وقوله صلى الله عليه وسلم:« **أولم ولو بشاة** »[2]، وهذا ما ندب إليه الشارع الحكيم ليتحقق معه الذيوع والشهرة حتى يعلم عامة الناس به، ومن وسائل الإشهار عند المالكية إقامة الوليمة، ضرب الدفوف[*] وفي هذا يقول صلى الله صلى الله عليه وسلم:« **فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت** ».

وعليه فإن المالكية الشهادة عند العقد وحدها عندهم غير كافية للإعلان، ولهذا ندبوا أن يكون الشهود عند الدخول لترتيب آثاره، ولو تواصيا الشاهدين الذين يحضران العقد بالكتمان لا ينشأ العقد ويصبح نكاح السر.

وعليه فالشهادة عند مالك لازمة في العقد، ولكن عنده ليس لازم تحققها في ساعة إبرام العقد ويكفي الإشهار والعلنية بالإشهاد وقت البناء، والذي لا يجوز هو إسقاط الشهادة من العقد أصلا وقت العقد وعند الدخول هنا يكون زواج باطل وفاسد.

2. الجمهور ذهب إلى أن الشهادة شرط لصحة العقد وقت الانعقاد وهي وحدها كافية للإعلان وحجتهم في ذلك ما رواه النبي صلى الله عليه وسلم: « **لا نكاح إلا بشهود** »، وما روته عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم: « **لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل** »، وعندهم كذلك أن الجهر والإعلان يتحقق بحضور الشاهدين وأن نفي النبي صلى الله عليه وسلم النكاح من غير شهود دليل على أن الشهادة وحدها كافية للإعلان.[3]

وعليه فهذا الاختلاف بين المذاهب يؤكد على أن النكاح بلا شهود ولا إعلان فاسد وتظهر كذلك أهمية الشهادة في التوثق لآثاره، وسبب الخلاف بين الفقهاء راجع إلى من اعتبر الإشهاد حكم شرعي فهو بالنسبة له شرطا من شروط الصحة وهو رأي جمهور العلماء، ومن قال الهدف من الإشهاد للتوثق ورفع الخلاف والإنكار اعتبر عنده شرط تمام بالإشهار والإعلان، وهذا ما اعتبره المالكية.[4]

---

[1] أبو عيسى محمد بن عيسى بن سَوْرَة الترمذي، مرجع سابق، ص561.

[2] أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبة البخاري، مرجع سابق، الجزء الثالث، حديث رقم 5167، ص366.

[*] الوليمة هي طعام العرس، وتجب الدعوة إليها سنة، ويقدم السابق ثم الأقرب بابا ولا يجوز حضورها إذا أفضت إلى معصية، واستعمال الدف فيها يعني ما يعرف بالبندير والدربوكة عند النساء خاصة. نقلا عن: عبد الحميد خيزار، مرجع سابق، ص127، العربي بلحاج، مرجع سابق، ص329.

[3] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص92.

[4] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص330.

إلا أنه حسب رأينا بعد عرضنا لهذه الآراء في شرط الإشهار بالنظر إلى خطورة عقد الزواج العرفي وأهميته وما يترتب عليه من حقوق متعلقة بغير المتعاقدين وهم الأولاد فالراجح هو ما ذهب إليه الجمهور ويتحقق بذلك أمر التوثق لأمر الزواج وفي هذا يقول " **ابن حزم**": « النكاح لا يكون سرا إذا علمه خمسة: الناكح، المنكح، المنكحة والشاهدان »[1]، ويبقى الإعلان عليه والتعبير عن الفرحة وإظهار نعمة الله بمختلف وسائله المرتبطة بالعادات والتقاليد مستحب.

ورتب العلماء على تخلف شرط الإشهاد[2]« **فساد الزواج العرفي** » بوجوب فسخه قبل الدخول خروجا من كل شبهة مثل فقدان الولي في الزواج العرفي ولا صداق فيه أما بعد الدخول والبناء، فللمرأة مهر المثل بما أصاب منها، ويثبت النسب للولد الضحية وهذا للاحتياط في« **إحياء الولد وعدم تضييعه**» مع ثبوت براءة الرحم[*] ويكفي فيه حيضة أو بوضع الحمل إن كانت حاملا، فمتى استبرأت رحمها بوضعها للحمل أو الحيضة لها أن تتزوج آخر.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الشهود في الزواج العرفي

اتضح لنا مما سبق أن الشهادة تلعب دورا في الشريعة الإسلامية إذ أن عقد الزواج في ظلها لا تتوقف صحته على الرسمية بل تكتفي بإبرامه أمام شاهدين، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الشرط في المادة 9 مكرر المعدلة بموجب الأمر 05-02 من قانون الأسرة بقولها:« يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج.
- الصداق.
- الولي.
- شاهدان.
- انعدام الموانع الشرعية للزواج».

---

[1] أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، مرجع سابق، ص49.

[2] سعيد عبد العظيم، مرجع سابق، ص55.

[*] قال "**ابن تيمية**": « فإن العدة إنما جعلت ثلاث حيض، ليطول زمن الرجعة، ويتروى الزوج ويتمكن من الرجعة في العدة، فإن لم تكن عليها رجعة فالمقصود براءة رحمها من الحمل، وذلك يكفي فيه حيضة كالاستبراء ». نقلا عن نفس المرجع، ص55.

وبهذا يتبين موقفه في إنقاص مرتبة الإشهاد في العقد من كونه ركنا في ظل المادة 9 القديمة والتي نصت على: « يتم عقد الزواج، برضا الزوجين وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق»، واتبع رأي الجمهور الذي اعتبرها شرط صحة في العقد وليس شرط انعقاد، وعليه فوجود الشاهدين وقت العقد ضمان لإثبات آثاره، وحجة ودليل عند النزاع.

أما بالنسبة لشروط الشهود في الزواج العرفي فجميع نصوص قانون الأسرة قبل التعديل وبعده لم تشر إلى ذلك، بل أحالت ذلك إلى نص المادة 33 من أمر 20/70 المؤرخ في:1970/02/19 والمتعلق بالحالة المدنية والمعدلة بموجب قانون رقم 08/14 على أنه: « يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغي سن 19 سنة على الأقل، سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم، دون تمييز فيما يخص الجنس ويتم اختيارهم من قبل الأشخاص المعنيين ».

ويظهر جليا من المادة فراغها من أهم الشروط المذكورة في الشريعة الإسلامية وافتقارهما للدقة والتوضيح فكان من الأفضل على المشرع الجزائري أن يضع نصا خاصا ضمن نصوص قانون الأسرة بتحديد شروط الواجب توافرها في الشهود الذين على أساسهم ستحفظ فيه الحقوق والتي يرتبها أخطر العقود لا سيما أن الشهادة تعتبر بمثابة التوثيق في عقد الزواج العرفي والمعتمد عليها في فصل الخصومة بشأنه في أرض القضاء وكذا بمثابة إذاعة وإعلان(*) له بين الناس.

حتى إن اكتفى المشرع بتحديد العدد فقط في نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة فكيف يتعامل مع **المادة 33 المعدلة من أمر 20/70** لاسيما أنها لم تحدد جنس من يتولى الاشهاد في مقابل لو أحضر الطرفان امرأتان للشهادة أو غير مسلمان، فهذه الثغرات القانونية تجعل تطبيقها معقد أمام القاضي وقت الفض في النزاعات.

وعليه كان على المشرع الجزائري أن يوضح موقفه من الحكمة في تشريعه لنصوص قانون الأسرة المرتبط بأهم دعامة تمس خصوصيات المجتمع الجزائري.

(*) الإعلان والإشهار في القانون الجزائري مرتبط بالإشهاد ووسائل المعروفة وفق العرف كالولائم وضرب الدف والأعراس، كونها تتصف بتقاليد دينية، أما في القانون الفرنسي يتمثل في فرصة للناس أن يعلموا به حتى إذا ما كان لأحد منهم وجه قانوني للاعتراض عليه يتقدم به إلى ضابط الحالة المدنية لعدم توثيقه وإبرامه، ويتم الإعلان عن طريق التعليق على باب البلدية لمدة 10 أيام كقاعدة عامة، ذلك أن الزواج المدني بعيد عن التقاليد الإسلامية. نقلا عن عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ص52، 53.

فلهذا نقترح إما أن تكون إحالة صريحة بموجب نص من قانون الأسرة إلى قانون الحالة المدنية فيما يخص شروط الشهود المتعلق بتوثيق الزواج يتميز عن غيره من الوثائق الحالة المدنية الأخرى كون مخاطرها أكبر، وإما أن يحدد ذلك بموجب نص خاص في نصوص قانون الأسرة لتكون سهلة التطبيق لاحقا أمام القاضي.

وبدليل ذلك فإن من قرارات المحكمة العليا التي اتبعت أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون أسرة في مجال الشهادة في عقد الزواج ومثالها:

1. رفض المحكمة العليا للزواج لعدم توفر الشهود بقولها: « **من المقرر قانونا وشرعا أن الزواج يثبت بالشهود الذين حضروا العقد أو على الأقل الفاتحة إذا كانت مشتملة على أركانه أو شهادة السماع ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ومخالفة قواعد الشريعة غير مؤسس يستوجب الرفض» (قرار رقم 48184 بتاريخ: 1988/02/29).**[1]
2. كما قضت المحكمة العليا في قرار لها أنه «**من المقرر شرعا وقانونا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية والشهرة ومراعاة شروطه وأركانه» (قرار رقم 75344 بتاريخ: 1990/04/30).**[2]
3. من المبادئ المستقر عليها للمحكمة العليا أن «**حضور شاهد واحد لا يكفي للقضاء بصحة الزواج العرفي» (قرار رقم 102746 بتاريخ: 1994/03/22).**[3]
4. قبول إثبات الزواج العرفي بموجب شهادة الشهود: « **من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق ومتى تبين –في قضية الحال– أن المستأنفة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج مبين في شهادتهم أركان**[*] **الزواج من ولي وشهود وصداق، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن» (قرار رقم 188707 بتاريخ: 1998/03/17).**[4]

---

[1] جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الأول، ص452.

[2] نفس المرجع، ص628.

[3] نفس المرجع، ص849.

[*] الآن بعد التعديل أصبح الرضا فقط ركن في عقد الزواج بموجب أمر 05-02 وجعلت المادة 9 مكرر الولي، الشهود، الصداق شروطا بموجب نفس الأمر.

[4] نفس المرجع، ص1012.

وفي حالة تخلف شرط الشهود في الزواج العرفي:

نجد أن المشرع الجزائري قد رتب الفساد للعقد الفاقد لشرط الشهود، مسايرا في ذلك جمهور الفقهاء الذين اعتبروا الإشهاد شرط صحة، ويكون بذلك قد أدرك صياغة التعارض الذي كان واقعا فيه قبل التعديل في المادة 33 حيث كان يعتبر الشهود ركنا في عقد الزواج ويرتب عليه جزاء الشرط أما بعد التعديل لهذه المادة فقد جعله شرطا وبذلك يتناسب مع جزاء تخلفه ففي هذه المادة المعدلة نصت على: « **يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، إذا تم الزواج دون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بصداق المثل بعد الدخول** »، كما يترتب عليه إثبات النسب حال الفسخ وفقا للمادة 40 من أمر 05-02.

و بهذا يكون قد أخذ بما هو مقرر عند المالكية، من أنه إذا دخل الزوج بزوجته ولم يشهد كان نكاحه فاسدا، والفسخ في الزواج إن وقع يعتبر طلاقا لأن الزوج هو الذي يوقعه فيحسب طلقة.[1]

و مما سبق عرضه لموقف المشرع الجزائري من الإشهاد، يتضح لنا جليا أن للشهادة دورا كبير في حفظ الحقوق وإثباتها لاسيما في مجال الزواج العرفي موضوع الدراسة الذي يعتبر فيه بمثابة الشكلية فيه لتخلف الكتابة، فلهذا لا بد من إعطاء أهمية أكبر في التحري من مدى أهلية هذا الشاهد الذي سيتولى مسؤولية حماية آثار الزواج الشرعي من الجحود والنكران لاحقا، لا سميا في ظل وقتنا الحاضر الذي ماتت فيه الضمائر والحقوق فيه أصبحت مهددة بالخطر، ولا نكتفي فقط بالإحالة إلى الشريعة الإسلامية بل يجب أن يجعل للنصوص فعالية محكمة على أرض الواقع باعتبار المشرع صاحب الولاية في حماية حقوق رعيته.

المطلب الرابع: المهر في الزواج العرفي

إن حكمة الشرع في فرض المهر في الزواج العرفي، للتنبيه على أهمية العقد ومكانته، فهو إعزاز للمرأة وإكرامها، وامتحان للرجل في صدق قصده بناء حياة زوجية كريمة معها قائمة على حسن معاشرتها وديمومتها بعيدا عن كل تغرير وخداع، وتقديس للحياة الزوجية، وليس امتهان ومقابل للاستماع وقضاء شهوة كما يدعيه المشككون في الإسلام، بل على العكس تماما فإن العقد يجعل من الزواج العرفي طريقا إلى الغواية والانحراف ونكرانه عند الخلاف، فالمهر إذن حماية للمرأة وكيان الأسرة واستقرار للمجتمع.

---

[1] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص331.

وبهذا سارت القوانين الوضعية فجعلت العقد المتخلف فيه المهر عقد فاسد وجب تصحيحه وإثباته للمرأة إن حصل دخول.

وعليه سنقف في هذا المطلب على أهم أحكامه في نظر الفقه وقانون الأسرة الجزائري على سبيل الخصوص.

الفرع الأول: مفهوم المهر في الزواج العرفي

سنتعرض في هذا الفرع إلى مقصود المهر وأدلة مشروعيته شرعا، وكذا الحكمة من جعله حقا للمرأة وتعبيرا عن رغبة الرجل فيها، وما فرضته الشريعة الإسلامية من شروط تتوقف صحته عليها للتماشي مع قيمة محل هذا العقد الغليظ دون تهميش لحال الرجل ومقدوره، حتى يكون رمزا للعفة والمحبة، لا سببا في العسر والمشقة.

أولا: مقصود المهر ودليل مشروعيته في الزواج العرفي

الإسلام أكد على المهر بوصفه من تقاليد الزواج العرفي التي عرفها الإنسان منذ قدم الزمان وبهذا تعددت تعريفاته ومقاصد الشرع في ترتيبه وجعله من آثار العلاقة الزوجية وهذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي:

والمَهْرُ لغة: من مَهَرَ يَمْهَرُ مهرا، مُهُورًا، ويعني الصداق، وفي حديث أم حبيبة: وأمهرها النجاشي من عنده، ساق لها مهرها وهو الصداق، وقال بعضهم: مَهَرْتُها، فهي ممهورة أي أعطيتها مهرا وأَمْهَرْتُها: زوجتها غيري على مهر، والمَهِيرَة: هي الغالية المهر[1]، وقيل فيه أيضا بأنه صداق المرأة وهوما يدفعه الزوج إلى زوجته بعد الزواج.[2]

أما المهر اصطلاحا: فقد تعددت تعريفاته، نورد منها ما يلي:

1- عرفه الشيخ: "**محمد متولي الشعراوي**" أنه:« **ما يدفعه الرجل للمرأة عند الزواج من المال فرض بالكتاب والسنة، اعترافا بحق المرأة في التملك ورفعا للإصر الذي أثقل ظهرها قبل الإسلام؛ إذ كانت مهضومة الحقوق إزاء الرجل مملوكة غير مالكة جعله الله لها فريضة على الزواج، برهانا على ميثاق**

---

[1] أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري: **لسان العرب**، المجلد الخامس، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر، ص184.

[2] مجمع اللغة العربية: **المعجز الوسيط**، مكتبة الشروق الدولية، مصر، الطبعة الرابعة، 1435هـ/ 2004م، ص889.

الزوجية الذي سيربط بينهما وسببا من أسباب المودة والرحمة وتطيبا لخاطرها في الاطمئنان والرضا بقوامة الرجل ».[1]

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه تعريف شامل ومفصل للصداق حيث ركز فيه على:

* أن المهر شيء يقوم بمال وليس مقابل منفعة أو خدمة ما.[*]
* أكد على أن المهر فرض مشروع بالكتاب والسنة.
* ألغى مفهوم المهر في الجاهلية باعتباره مقابل في تملك المرأة وكأنها سلعة لا حق لها مع الزوج في تسيير الحياة الزوجية.
* ركز على الهدف من المهر هو حسن المعاشرة والمودة والمحبة وتقرير لحق القوامة في جانب الرجل على المرأة الالتزام بها.
* كما أكد بأن هذا المال تستحقه المرأة بالزواج أي الدخول رغم أنها كلمة فضفاضة تشمل كل أنواع الزواج سواء كان صحيحا، فاسدا، وطء شبهة.

2- عرفه الأستاذ "**محمد محدة**" على أنه: «**كل متمول أوجبه الشارع على الرجل وجعله حقا للمرأة في مقابل الاستمتاع بها في النكاح الصحيح والفاسد والوطء بشبهة**».[2]

والملاحظ على هذا التعريف أنه جعل المقابل على ما تيسر على الرجل ولم يحصره في المقوم المادي فقط، بل قد يكون منفعة، ومع ذلك كلمة "**متمول**" يجب ضبطها لأنه قد يكون شيئا يحط من قيمة المرأة ويذهب بذلك هدف فرضه لها في تكريمها، كما أنه جعله حقا ثابتا للمرأة مقابل استمتاع الرجل بوطئها ومهما كان نوع سبب الدخول فهو واجب على الزوج تقديمه حتى إن كان صحيحا أو فاسدا، وطء شبهة، فهو تعريف مبني على الهدف من فرض المهر للمرأة وجعله في مقابل حلية الاستمتاع والإباحة وبذلك يتميز الحلال عن الحرام في استحلال الفرج.

---

[1] محمد متولي الشعراوي، مرجع سابق، ص71.

[*] كقصة مهر ابنة سيدنا شعيب عليه السلام، كان لقاء خدمة متمثلة في رعي الغنم لمدة ثماني سنوات يؤديها سيدنا موسى له وذلك مصداقا لقوله تعالى:« قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ فَإِنۡ أَتۡمَمۡتَ عَشۡرٗا فَمِنۡ عِندِكَۖ وَمَآ أُرِيدُ أَنۡ أَشُقَّ عَلَيۡكَۚ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ ٢٧ » الآية 27 من سورة القصص. نقلا عن: محمد علي الصابوني: **صفوة التفاسير (تفسير القرآن الكريم)**، الجزء الثاني، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 1421هـ/ 2001م، ص396.

[2] محمد محدة، مرجع سابق، ص250.

3- عرفه الشيخ "**محمد الصالح العثيمين**" أنه:« **المهر هو الصداق المسمى باللغة العامية جهازا، فالمهر ثابت للمرأة بالنكاح سواء شرط أم سكت عنه وهو المال المدفوع للزوجة بسبب عقد النكاح** ».[1]

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه نسب تسمية الصداق إلى العرف والتقاليد كونه معروفا بالجهاز الذي تعده المرأة من المال المدفوع لها وقت العقد عادة، كما جعله محصورا في كونه مالا وسببه عقد النكاح مستبعدا بذلك وطء شبهة وهل هو صحيح أم فاسد.

بعد عرض هذه التعاريف في المهر يمكن إعطاء التعريف الآتي: «**هو كل ما يدفعه الرجل للمرأة بما يجوز تقويمه شرعا بمقتضى عقد النكاح الصحيح أو الفاسد أو وطء الشبهة، وذلك إظهارا لرغبته في الاقتران بها وإعلان المرأة الامتثال لطاعة زوجها، ورمز لحل الاستمتاع تمييزا عن السفاح**[*] **وإعلاء لشرفها**».

ودليل مشروعية المهر من الكتاب والسنة و فعل الصحابة نذكر منها:

1- من القرآن الكريم:

أ-قوله تعالى:« وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ »[2]، والمقصود بصدقاتهن المهور، والنحلة هي الفريضة ومعنى الآية « فليكن إيتاء المهر للنساء نحلة »[**].

ب-قوله تعالى: « فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ »[3]، ومعنى أجورهن فريضة أي مهورهن فريضة فرضها الله عليكم بسبب ما تلذذتم من النساء بالنكاح، وفيه دليل على أن المهر لازم بعقد النكاح.[4]

---

(1) محمد الصالح العثيمين، عبد العزيز بن محمد بن داود، مرجع سابق، ص36.

(*) أي تمييز الوطء الحلال عن الوطء في الحرام كالزنا أو أي علاقة غير شرعية.

(2) الآية 04 من سورة النساء.

(**) و النحلة في كلام العرب: الواجب والمعنى لا تنكح المرأة إلا بشيء واجب لها، إنه ثمن البضع –النكاح-. نقلا عن محمد متولي الشعراوي، مرجع سابق، ص64.

(3) الآية 24 من سورة النساء.

(4) محمد علي الصابوني، مرجع سابق، الجزء الأول، ص247.

ج-قوله تعالى: « فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ »[1]، أي ادفعوا لهن المهر مثل الأحرار، ومعنى الآية أن الأمة تنكح بإذن سيدها ويجب أن يفرض لها مهر مثل مثيلتها من النساء غير المملوكات ويعطى لهن عن طيب نفس.[2]

فهذه الآيات تدل على أن المهر واجب على الزوج أن يدفعه للمرأة ليحق له الاستمتاع بها استمتاعا شرعيا، فهو حق خالص لها ولا يصح مساومتها عليه أو تهديده لها بأخذه منها.

2- من السنة وفعل الصحابة:

أ-**عن أنس** أن **عبد الرحمان بن عوف** تزوج امرأة على وزن نواة فرأى النبي صلى الله عليه وسلم بشاشة العرس، فسأله، فقال: «إني تزوجت امرأة على وزن نواة وقيل: نواة من ذهب».[3]

ب-عن سهل بن سعد الساعدي، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك فقامت قياما طويلا، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوّجنيها، إن لم تكن لك بها حاجة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « **هل عندك من شيء تصدقها إياه؟** » فقال: ما عندي إلا إزاري هذا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**إن أعطيتها إياه، جلست لا إزار لك، فالتمس شيئا**» فقال: ما أجد شيئا، قال: «**التمس ولو خاتما من حديد**» فالتمس فلم يجد شيئا، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: « **هل معك من القرآن شيء؟** » فقال: نعم، معي سورة كذا وسورة كذا، لِسُوَرٍ سماها، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**قد أنكحتها بما معك من القرآن**»[4]، فوجه الاستدلال هنا أن الرسول صلى الله عليه وسلم لما وهبت له المرأة نفسها لم ينكر ذلك عليها، ولما سأله الرجل نكاحها لم يجعل له إلى ذلك سبيلا بل فرض لها صداقا رغم حاجته وفقره وعدم وجود ما يصدقها إياه، فكان مهرها مقابل القرآن، ولو جاز إسقاط المهر لما منعه النبي صلى الله عليه وسلم من ذلك.[5]

ج-عن أبي سلمة بن عبد الرحمان، أنه قال: سألت عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم: كم كان صداقُ رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قالت: كان صداقه لأزواجه ثنتي عشرة أوقية ونشّا قالت: أتدري

---

(1) الآية 25 من سورة النساء.

(2) عبد الرحمان بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص138.

(3) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبة البخاري، مرجع سابق، المجلد الثالث، حديث رقم 5148، ص321.

(4) يحي بن يحي بن كثير الليثي، مرجع سابق، حديث رقم (118)8، ص ص267، 298.

(5) عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص129.

ما النشُّ؟ قال: قلت: لا، قالت: نصف أوقية، فتلك خمسمائة درهم، فهذا صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم لأزواجه.[1]

د-قال مالك: في المرأة ينكحها أبوها، ويشترط في صداقها الحِبَاءُ يجب به: إن ما كان من شرط يقع به النكاح، فهو لابنته إن ابتغته وإن فارقها زوجها، قبل أن يدخل بها، فلزوجها شطر الحباء الذي وقع به النكاح، وعنه أيضا قال: أن عمر بن الخطاب قضى في المرأة إذا تزوجها الرجل، إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق.[2]

هـ-وما رواه **النسائي في سننه** في باب القسط في الأصدقة أنه: كان عمر رضي الله عنه ينهى عن المغالاة في الصداق ويقول: « آلاَ لا تغلُوا صُدُقَ النِّسَاء فإنه لو كان مُكْرَمة في الدنيا أو تقوى عند الله عز كان أولاكم به النبي صلى الله عليه وسلم ما أصدق رسول الله صلى الله وسلم امرأة من نسائه ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من اثني عشر أقنيه وإن الرجل ليغلي بصَدُقَه حتى يكون لها عداوة في نفسه حتى يقول كُلِّفْتُ لكم عِلْقَ القِرْبَة».[*]

ومن خلال هذه الأدلة التي تم عرضها يتضح لنا مشروعية الصداق والمهر المفروض للمرأة وعدم جواز إسقاطه والحث على تيسره قصد المودة والرحمة، والمهر من خلال الأدلة يعرف بتسميات عدة نذكر أشهرها:

- **النحلة:** تطلق على ما يعطيه لها الزوج هبة بلا عوض عن طيب خاطر.[3]
- **الصداق:** سمي كذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح.
- **الأجر:** وسمي كذلك لأنه بدل المنافع وليس بدل عن الأعيان وقد سمى القرآن مهر المرأة أجرا.
- **العقر:** هو ما تعطاه المرأة عن وطء الشبهة، فأصله أن واطئ البكر يعقرها إذا افتضها وبعدها صار عاما لها وللثيب وهو بمثابة دية فرجها إذا غصبت فرجها أو وطئت بشبهة.[4]

---

[1] أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق الشيخ عبد الرزاق بن محمد الراتب، **مرجع سابق**، المجلد الخامس، حديث رقم (1426)78، دون سنة نشر، ص28.

[2] يحي بن يحي بن كثير الليثي، مرجع سابق، حديث رقم(1121)12، ص299.

[*] والحديث فيه دعوى عن التيسير في المهور وعدم المغالاة فيها ومعنى "أوقية" أربعون دينارا و"كلفت لكم علق القربة" أي تحملت لأجلك كل شيء حتى علق القربة، وهو حبلها الذي تعلق به، وفي رواية "عرق القربة" أي تكلفت إليك وتعبت حتى تعرقت كعرق القربة وعرقها سيلان ماؤها. نقلا عن الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، مرجع سابق، ص118.

[3] أحمد آباش، مرجع سابق، ص101.

[4] نور الدين أبو الحية: **الحقوق المادية للزوجة**، دار الكتاب الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، دون سنة نشر، ص11.

- **الطول**[1]: وهو السعة والغنى والمراد هنا القدرة على المهر لنكاح المحصنات وفي حالة عدم القدرة على نكاح الحرائر من المؤمنات فيجوز له نكاح الإماء، وفي ذلك قال تعالى:«وَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ مِنكُمۡ طَوۡلاً أَن يَنكِحَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ»[2].

- **الحباء والعليقة:** الحباء ما يحبو به الرجل إلى المرأة ويكرمه بها، أما العليقة فعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: « **أدوا العلائق، قيل وما العلائق؟ قال: ما ترضى به الأهلون**» ودعاه كذا لأنه يربط بين الزوجين ويطلق عليه علاقة.[3]

فهذه أهم التسميات التي تطلق على المهر في الزواج العرفي.

ثانيا: الحكمة من مشروعية المهر في الزواج العرفي

من أهم الحكم التي ابتغاها الرحمان عز وجل في فرض المهر حقا للمرأة وجعله واجبا على الرجل ما يلي:

1-فرضت آيات نص القرآن وكذا السنة النبوية الشريفة المهر في الزواج العرفي حتى يكون فارقا بين النكاح المشروع والنكاح غير المشروع، وهو الزنا والخدان والسفاح.

2-المهر رمز لمودة الرجل للمرأة وكفالته لها وضمانا لمستقبلها إذا فارقها زوجها، وإعلان عن رغبة الزوج في إنشاء أسرة مستقرة.

3-المهر فيه رفع لشأن المرأة وعلو لقدرها ولا يعتبر ثمنا لها كما يثيره أعداء الإسلام بل هو تكريم الرجل للمرأة وبمثابة هدية ولو كان ثمن للمرأة لتملكه أولياؤها بحكم أنهم من زوجوها، بل جعله الله حقا خالصا لها تفعل به ما تشاء.

4-من حكمة الإسلام أن جعل المرأة هي المطلوبة لا هي الطالبة والتي يسعى الرجل إليها من بذله وعناء في جمع وتحصيل المال حتى يدفعه إليها قصد العيش معها بمعروف وحسن نية، فمنه لها أن

---

[1] عبد الرحمان بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص138.

[2] الآية 25 من سورة النساء.

[3] أحمد آباش، مرجع سابق، ص ص100، 101.

تتهيأ في تجهيز نفسها وما تحتاج إليه، والمساهمة في تأثيث بيت الزوجية تطوعا منها وليس فرضا، بعكس البلاد الغربية هي من تلزم بالمهر أو تأثيث منزل الزوجية وهذا يفتح طريق الفساد.[1]

5-من حكمة الإسلام أن المهر لم يجعله شرطا أو ركنا في العقد وفي نفس الوقت لم يجز إسقاطه بل جعله أثرا من آثار الزوجية واجب ولازم للمرأة حتى في النكاح الفاسد ووطء الشبهة، ولهذا استحب فيه التيسير والتخفيف حتى لا يكون سببا في دفع الرذيلة، وفي هذا تقول أمنا عائشة رضي الله عنها:« إن أعظم النساء بركة أصبحهن وجوها وأقلهن مهرا »، ولهذا أكدت الشريعة الإسلامية على تكريه المغالاة في المهر من جهة المرأة، فيكره السؤال عن مالها من جهة الرجل ولا ينبغي أن ينكح طمعا في المال وفي هذا قال الثوري:« إذا تزوج، وقال: أي شيء للمرأة؟ فاعلم أنه لص»، كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم لأحد الصحابة وأراد أن يتزوج وهو فقير: «التمس ولو خاتما من حديد».[2]

6-فرض المهر للمرأة دلالة على رعاية الإسلام لها واحترامه لها، ورد عنها حقوقها المهضومة في الجاهلية، حتى أن وليها كان يتصرف في مالها، لا يدع لها فرصة في تملكه، فجاء الإسلام ليعلن أنه حق خالص لها ولا يصح للمساومة.[3]

وعليه فإن حكمة الإسلام في تشريع المهر وفرضه على الرجل إلا تكريما بمالها وتوثيق عقد النكاح ودحضا لفكرة الشراء والتملك لها، أيضا لا يرتبط المهر بمسألة قضاء شهوة واستمتاع جسدي وبدليل ذلك احتفاظ المرأة به حتى قبل الدخول إذا مات عنها زوجها كرمز للمودة وحسن المعاشرة و التيسير والتخفيف فيه وترغيب الشرع في ذلك حتى لا تصبح مدعاة إلى التنازل عنه فتنجرف بذلك إلى طريق الفساد خوفا من العنوسة بالزواج العرفي، بل تقاليد وأعراف المجتمع البعيدة عن الوعي الديني هي من تسببت في المغالاة والتفاخر للإسلام في مهر المرأة.

وحتى يكون المهر ذا قيمة شرعية أوجبت له الشريعة الإسلامية **شروطا** هي:

للمهر في الفقه الإسلامي **ثلاث شروط** هي:

---

[1] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص266.

[2] أبي حامد الغزالي تحقيق محمد عثمان الخشت: **الزواج الإسلامي السعيد وآداب اللقاء بين الزوجين**، مكتبة رحاب، الجزائر، دون سنة نشر، ص ص66، 67.

[3] جمال بن محمد بن محمود، مرجع سابق، ص59.

الشرط الأول: أن يكون مالا متقوما له قيمة[*] يمكن تملكه وتمليكه وبيعه وشراءه، سواء كان عينا من الذهب والفضة أو منفعة مباحة تقوم بالمال أما غير المقوم، كالرجل يعمل سمسارا لدى المرأة ويجعل مقابل عمله نظيرا لمهرها أي جمع لها مهرها من أجرته.

الشرط الثاني: أن يكون المهر معلوما نافيا لكل جهالة ويغتفر فيه الجهالة اليسرة، وعليه يجب أن يكون محددا قدرا وصنفا وأجلا فلا يجوز أن يتزوجها بثمرة لم تنبت أو دار غير معينة، أو متاع غير محدد، أو طير في الهواء وغيرها مما لا يقبل التحديد.[1]

الشرط الثالث: أن يكون طاهرا يصح الانتفاع به فلا يصح الصداق بالخمر والخنزير والدم والميتة لأن هذه الأشياء لا قيمة لها في الإسلام.[2]

و ما يلاحظ على الشروط التي فرضتها الشريعة الإسلامية أنها مبنية على اليسر والتسهيل لا على الحرج والتعقيد، وبهذا تظهر وسطية وعدالة الإسلام في حق الرجل في عدم تحميله ما لا طاقة له به فقال تعالى: «وَمَاْ جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖ»[3]، فما على المرأة و أوليائها إلا الامتثال لسنة النبي صلى الله عليه وسلم بقوله:« **من يمن المرأة: تيسير خطبتها، وتيسير صداقها، وتيسير رحمها**» رواه أحمد في مستنده عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها.[4]

الفرع الثاني: موقف الفقه والمشرع الجزائري من المهر في الزواج العرفي

سنحاول في هذا الفرع الوقوف على أهم المسائل التي تمس موضوع الدراسة لاسيما أن أبحاث وتفاصيل الفقهاء المسلمين طويلة في موضوع المهر، وكذلك ننظر في مدى مسايرة نصوص قانون الأسرة

---

[*] الشيء المقوم هو الذي له قيمة معلومة من التقويم، وفيه اختلاف بين الفقهاء في كون المهر منفعة، إلا أن أرجح الآراء يصلح أن يكون في منفعة كأن يكون بتعليم القرآن وهو ثابت بالسنة وذلك مراعاة لمصالح الناس في زماننا.

[1] محمد ربيع صباهي: "**الصداق (المهر)**"، تاريخ المعاينة: 2016/05/07، على الساعة: 09:19 صباحا، الرابط الالكتروني: www.arab-ency.com/-/details./law.php ? Full: &1nid:163826

[2] عبد الرحمان الجزيدي، مرجع سابق، ص99.

[3] الآية 28 من سورة الحج.

[4] عبد الحميد خيزار، مرجع سابق، ص112.

أحكام الشرع فيه حتى نحدد عقبة المهر والتي يدعي بها الكثيرون رغبة في إسقاطه وتشجيع التساهل في عقد الزواج العرفي في ذلك لا سيما أن مسؤولية الأولياء هي الدور الأساسي في هذا الجانب.

أولا: موقف الفقهاء من المهر في الزواج العرفي

كما سبق وأن أكدنا أننا في هذا الجزء سنحاول فقط التعرض إلى أهم المسائل التي تناولها الفقهاء في المهر ولاسيما في مجال الخلاف والنزاع لاحقا حتى يسهل إعطاء كل ذي حق حقه وذلك وفقا لما يلي:

1. التكييف الشرعي للمهر في الزواج العرفي:

أجمع جل الفقهاء على أن المهر واجب وفرض للمرأة ولا يجوز إسقاطه وإهداره من عقد الزواج العرفي وذلك لقوة أدلة شرعيته فهو بدلالة الأمر في قوله تعالى: «وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ »[1] وكذلك صيغة الأمر في قوله تعالى:« فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةٗ ».[2](*)

لكن اختلفوا في:

أ- **فساد العقد بعدم التسمية للمهر** فيه وذلك على قولين:

القول الأول: ذهب **الجمهور** إلى أن عقد الزواج لا يفسد دون تسمية المهر فيه، كونه حكم من أحكامه وأثر من آثاره وليس ركنا من أركانه ولا شرطا من شروطه، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: «لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ »[3]، ووجه الدلالة من هذه الآية أنها حكمت بصحة الطلاق مع عدم تسمية المهر، ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح، فدل ذلك على أن صحة العقد مع عدم تسمية المهر.

---

[1] الآية 04 من سورة النساء.

[2] الآية 24 من سورة النساء.

[*] وفي هذا قال الشيخ "ابن تيمية" في أحد فتاويه عن النكاح **بلا مهر**: " فمن قال: إن النكاح يصح مع نفي المهر، ولا يصح إلا مع الإشهاد، فقط أسقط ما أوجبه الله، وأوجب ما لم يوجبه الله، وضرب مثلا في نهي الرسول صلى الله عليه وسلم على "**نكاح الشغار**" ويقصد بهذا النكاح: "هو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الرجل الآخر ابنته، وليس بينهما صداق" أي نفي للمهر. نقلا عن عبد الرحمان بن محمد بن قاسم: **مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية**، المجلد الثاني والثلاثون، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، 1425هـ/2004م، ص132.

[3] الآية 236 من سورة البقرة.

واستدلوا كذلك عن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة، ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود: «لها صداق نسائها لا وكْسَ ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم: في بَرْوَعَ بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت».[1]

قالوا كذلك أن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير ذكره كالنفقة، وقالوا أيضا يصح نكاح التفويض.[*]

أما القول الثاني: المالكية يرون بأن الصداق هو ركن من أركان العقد، ومعنى كونه ركنا لا يصح اشتراط إسقاطه، ولا يجوز أن يتزوجها ولم يذكر لها مهرا لأنه عقد معاوضة، ملك متعة بملك صداق فيفسد بشرط نفي العوض، كما يفسد البيع بشرط نفي الثمن[2]، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية ودليلهم في ذلك: قوله تعالى: «وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ »[3]، ومعنى نحلة: وجوبا وحتما وقوله تعالى:« وَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ »[4]، فعلق إباحة النكاح بإتيانهن المهر، وهو يفيد الشرطية واستدلوا كذلك بقوله تعالى:«وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن

---

[1] أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي تحقيق بشار عواد معروف: **الجامع الكبير**، المجلد الثاني، حديث رقم 1145، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1996، ص ص436، 437، ومعنى الوَكْسُ لغة: من وكس تعني النقص، الخسران، فيقال: وكس الرجل فلانة أي غبنها في حقها والشطط هو الجور، ويقال: حكمه شططا أي جائرا وبعيدا عن الحق. نقلا عن" **مجمع اللغة العربية**"، مرجع سابق، ص ص483، 1054.

[*] **نكاح التفويض:** وهو أن يجعل الصداق إلى رأي أحدهما أو رأي أجنبي فيقول: زوجتك على ما شئت أو على حكمك ويمكن تعريفه أنه سكوت عن تعيين الصداق حين العقد، ويفوض ذلك إلى أحد الزوجين أو غيرهما دون إسقاطه. نقلا عن نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص ص94، 95.

[2] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص268.

[3] الآية 04 من سورة النساء.

[4] الآية 10 من سورة الممتحنة.

يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ۖ »[1]، ووجه الاستدلال أن الله عز وجل جعل الزواج بلا مهر وعدم ذكره من خصائص النبي صلى الله عليه وسلم فقط ولا أحد غيره.[2]

وفي ظل فساد الهمم في زماننا وخشية ضياع استحقاق المهر دون التأكيد عليه في العقد وقت الإنشاء وعليه شهود تقاة ففي تقديرنا الرأي الثاني الذي ذهب به المالكية هو الأرجح، لاسيما في وقت النزاع فيه لاحقا يكون العقد بمثابة دليل من طرف الشاهدين، وكذلك لو لم يجب المهر بنفس العقد لا يبالي الزوج عن إزالة هذا الملك بأدنى خشونة تحدث بينهما وهذا ما ذهب إليه الكسائي في كتابه "**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**".[3]

ب-**مقدار الصداق:** وفي هذه المسألة أيضا:

اتفق الفقهاء على أنه ليس للمهر حدا على واستدلوا على ذلك في قوله تعالى:« وَإِنۡ أَرَدتُّمُ ٱسۡتِبۡدَالَ زَوۡجٖ مَّكَانَ زَوۡجٖ وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارٗا فَلَا تَأۡخُذُواْ مِنۡهُ شَيۡـًٔاۚ أَتَأۡخُذُونَهُۥ بُهۡتَٰنٗا وَإِثۡمٗا مُّبِينٗا ﴿٢٠﴾ »[4]وجاء في تفسير هذه الآية "قنطار" أي مالا كثيرا، ونهت الأزواج في حالة المفارقة بتطليق الزوجة وتزوج عن أخذ مال المطلقة، ولا تطالبوهن في مهر ولا تماطلوا فيه إن لم تمنحوه لهن، ففي الآية دليل على عدم تحريم كثرة المهر إلا أنه يستحب الاقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم في تخفيفه.[5]

ومن دليل استحباب اليسار مع القدرة الحديث الذي يرويه أبو هريرة انه جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إني تزوجت امرأة من الأنصار فقال: «على **كم تزوجتها؟**» قال: على أربع أوراق، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «**على أربع أوراق فكأنما تنحتون الفضة من عرض هذا الجبل، ما عندنا ما نعطيك،**

---

(1) الآية 50 من سورة الأحزاب.

(2) محمود المصري، مرجع سابق، ص ص323، 324.

(3) علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، 1406هـ/ 1986م، ص275.

(4) الآية 20 من سورة النساء.

(5)عبد الرحمان بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص136.

ولكن عسى أن نبعثك في بعث تصيب منه، قال: فبعث إلى بني عيس ذلك الرجل فيهم ».[1] و الأوقية هي أربعون درهما وهي مجموع الصداق، ليس فيه مقدم ولا مؤخر.

وظاهر من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يمنع في رفع المهر إلا أنه كره ذلك لدرجة قوله عليه الصلاة والسلام: « فكأنما تنحتون الفضة من عرض هذا الجبل» وفيه إشارة إلى التيسير في المهور.

أما في أدنى المهر فقد اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول: أن المهر مقدر بمقدار شرعي فيستوي فيه القليل والكثير ومن الذين قالوا به الأوزاعي أبي ثور، الشافعي واستدلوا على ذلك بـ:

- لم ترد نصوص قاطعة من القرآن الكريم والسنة النبوية على وضع حد معين لا يقل عليه المهر، بل معظم النصوص جاءت آمرة بوجوب المهر دون وضع حد له ومنها قوله تعالى: «وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم»[2]، فهي مطلقة في المهر قد يدخل فيه الكثير والقليل.
- أيضا تيسير النبي صلى الله عليه وسلم لزواج الرجل في دفعه مهر المرأة المقبل على الزواج بها « تزوج ولو بخاتم من حديد ».[3]
- ما رواه الترمذي عن عبد الله بن عامر بن ربيعة، عن أبيه؛ أن امرأة من بني قرارة تزوجت على نعلين، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ قالت: نعم، قال: فأجازه**».[4]
- من بين ما استدلوا به أن المهر ما دام بدل للانتفاع بالمرأة، فجاز ما تراضيا عليه من المال كالعشرة و الأجرة.[5]

أما القول الثاني: قالوا بأن للمهر حد أدنى ومن الذين قالوا بهذا المالكية والحنفية واستدلوا بـ:

---

[1] أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق الشيخ عبد الرزاق بن محمد الراتب، مرجع سابق، المجلد الخامس، حديث رقم(1424)45، ص26.

[2] الآية 24 من سورة النساء.

[3] أبوعبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبة البخاري، مرجع سابق، المجلد الثالث، حديث رقم5150، ص362.

[4] أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، مرجع سابق، المجلد الثاني، حديث رقم1113، ص405.

[5] نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص41.

- أن المهر فيه حق للشرع قصد إبانة البضع صيانة له عن شبهة الإهانة والابتذال في حق المرأة، كما في نصاب السرقة لها حد في القطع.

وبين هذين الفريقين اختلاف في قيمة هذا الحد الأدنى:

* **فقال الحنفية:** أن أدنى حد للمهر هو عشرة دراهم، أو ما قيمته ذلك، وذلك قياسا على قطع اليد وهذه الأخيرة عند أبي حنيفة لا تقطع إلا في دينار ذهبا أو عشرة دراهم كيلا ولا صداق أقل من هذا[1]، واستدلوا في ذلك بحديث مروي عن ابن أبي حاتم بإسناد صحيح: «لا مهر أقل من عشرة دراهم».[2]
* **أما المالكية:** فقالوا إن قيمة أدنى المهر هي ربع دينار أو ثلاثة دراهم وقال **مالك في الموطأ:** « لا أرى أن تنكح المرأة بأقل من ربع دينار، وذلك أدنى ما يجب به القطع »[3]، فمن نكح بأقل من أقله أتم الباقي وإلا فسخ قبل الدخول وإن دخل أتمه جبرا.

وفي تقديرنا فإن أرجح الآراء هو القول الأول الذي قال بعدم وجود حد أدنى وأساسه التراضي بين الطرفين لاسيما في ظل غياب أدلة شرعية تحدد هذا الأدنى، وبهذا يكون كل حسب مقدوره في دفعه ويتماشى مع حال الناس وظروفهم المهم أن يكون متوفرا عل الشروط المفروضة فيه دون المغالاة ومشقة مكلفيه درء لكل مفسدة تستهدف من وراء ذلك.

ثالثا: موجبات المهر وأسبابه

لقد قسم الفقهاء المهر إلى نوعين:

1-المهر المسمى: هو الذي اتفق عليه عند العقد أو قدر بعده بتراضي الطرفين، غير أنه إذا كان أقل من مهر المثل فإنه يلزم أن يوافق عليه الولي لاسيما عند الأحناف، كونه شرط لزوم وحتى يكون كذلك وجب أن تتزوج المرأة من رجل كفء لها وليس بأقل من مهر المثل، وقد يكون معجلا أو مؤجلا.[*]

وموجبات المهر المسمى هي:

---

[1] نفس المرجع، ص42.

[2] عبد الرحمان الجزيدي، مرجع سابق، ص98.

[3] يحي بن يحي الليثي، مرجع سابق، حديث رقم(1120)11، ص299.

[*] يقصد بالمهر المعجل في تعريف الفقهاء تقديم المهر كاملا قبل الدخول، أو عدم ارتباط المهر بطلاق أو بموت مثل ما هو معروف في دول المشرق العربي، إلا أنه يستحق تقديم شيء للمرأة وفقا للجمهور، أما المهر المؤجل لا يؤتيها صداقها أو بعضه لمدة ما وهذا لا يعني إعفاء الزوج منه. نقلا عن نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص ص85، 90.

أ-الزواج الصحيح:

فمجرد انعقاد العقد صحيحا كان للمرأة كامل المهر المسمى، وهو حق خالص لها وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية، كما تستحقه قبل الدخول والبناء عليها بوفاة زوجها فتأخذه من تركة زوجها، وإذا توفيت هي يطالب به ورثتها من الزوج، وهو أحد الورثة يقسم عليهم حسب الأنصبة المقدرة شرعا، وإن طلقها قبل الدخول استحقت نصفه لقوله تعالى:«وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ».[1]

ب-الدخول:

لا خلاف بين الفقهاء في استحقاق ما سمي مهرا للزوجة وهو فرض على الزوج بأن يقدمه لها، متى كان الدخول حقيقيا عن طريق الاتصال الجنسي بعد العقد ولو حتى قبل الزفاف ومراسيم الدخول وفقا للعادات والتقاليد كدليل للإعلان والإشهار ما دام العقد شرعيا، لقوله تعالى:« فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً»[2]، وبالدخول تترتب لها جميع حقوق المرأة من نفقة وميراث وعدة وغيرها من الآثار الشرعية.

ج-الخلوة الصحيحة بالزوجة: ففيها اختلف الفقهاء إذا حدثت بين الزوجين خلوة صحيحة[*] بعد العقد الصحيح:

فبعض العلماء يرى أن الخلوة الصحيحة من الأسباب التي تؤكد وجوب المهر بتمامه وهو ما ذهب إليه الأحناف والحنابلة على أساس أن مظنة الدخول هو الاختلاء، ومن ثمة تستحق المرأة الصداق بمجرد خلوة زوجها بها في أي مكان حتى وإن لم يخالطها جنسيا (كالقبلة، اللمس...) و ذلك لقوله تعالى: «وَكَيْفَ

---

[1] الآية 237 من سورة البقرة.

[2] الآية 24 من سورة النساء.

[*] **الخلوة الصحيحة:** أن يكون الزوجان مجتمعين في مكان يأمنان فيه من أن يطلع أحد عليهما دون استئذانهما وأن يكون الزوج متمكنا من الاتصال الجنسي، وهذا بعد العقد الصحيح المستوفي الأركان والشروط. نقلا عن محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص145.

تَأۡخُذُونَهُۥ وَقَدۡ أَفۡضَىٰ بَعۡضُكُمۡ إِلَىٰ بَعۡضٖ وَأَخَذۡنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظٗا ﴿٢١﴾ » [1] والآية هنا أوجبت استحقاق المرأة المهر كاملا بمجرد الإفضاء بمعنى الخلوة دخل بها أم لم يدخل.[2]

أما المالكية والشافعية قالوا بأنه لا يترتب على ذلك شيء بأحقيتها بكامل المهر ما لم يكن قد دخل بها دخولا حقيقيا، غير أن إقامة الزوجين معا لمدة لا تقل عن سنة هي كالدخول الحقيق تستحق الصداق كاملا. أما خارج هذه المهلة فهي تستحق نصف المهر فقط، لأنه يعتبر بمثابة طلاق قبل الدخول.[4]

إلا أنه للضرورة والاحتياط من قذف عرض المرأة ما دام العرف والتقاليد من خصوصيات المجتمع فوجب على الزوجين مراعاة ذلك في قيام بناء صحيح حتى وإن كان عقدا صحيحا شرعيا كاملا فوجب دفع كل مظنة سوء، ولهذا فالقول الأرجح هو قول الأحناف أن تستحقه كاملا إذا اعترفت بالمسيس أو لم تعترف حتى تدفع كل قذف وطعن لسان فيها لكن الأحوط أن يكون الدخول حقيقيا معلنا بين الناس.

2-مهر المثل: هو صداق من تماثل المراد العقد عليها من أسرة أبيها أو من غيرها وقت كتابة العقد وتكون المماثلة فيما يعتد من صفات الزوجة التي يرغب فيها من أجلها كالدين، الأدب العقل، التعليم، الجمال، السن، البكارة، الثيوبة...الخ.[3]

ويستحق مهر المثل في الحالات التالية:

أ-عدم تسمية الصداق -المهر-في العقد: إما أن تكون صيغة العقد بنفي المهر أو مجرده عن ذكره كنكاح التفويض ويكون لها الحق فيه بعد العقد، أما إن سكت عنه وبنى بها زوجها أو مات عنها فلها صداق المثل.[4]

ب-حالة التزوج بأقل من مهر المثل: وذلك حالة المرأة التي تزوج نفسها عند الحنفية بأقل مهر مثلها فإنه من حق الولي حق الاعتراض ورغم أن فيه خلافا كون أن المهر حق خالص للمرأة ولا يحق للأب الاعتراض فيه إلا أنه الأرجح في هذه المسألة أن للأب حقا في تحديد المهر لاسيما بالنظر إلى الأعراف التي تجري منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته الكرام على أن الولي هو من يبارك زواج

---

(1) الآية 21 من سورة النساء.

(2) عبد الرحمان بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص136.

(4) العربي بلحاج، مرجع سابق، ص285.

(3) أحمد آباش، مرجع سابق، ص104.

(4) نفس المرجع، ص105.

ابنته والفتاة المتخلقة ترضى بما يفرض أبوها لأنه يحب لها الصلاح دائما، إلا أنه إذا كان حق الاعتراض متعسفا أو ناتجا عن سوء فهم فإن رضيت هي بالمهر بما يكون منفعة كتعليم القرآن فهنا من حقها ذلك، ولا عبرة للتفاخر بالمهور من طرف الأولياء.

ج-حالة الاتفاق على نفيه[1]: هنا حالة اتفاق الطرفين على إسقاط المهر أو رضيت الزوجة بذلك من تلقاء نفسها وعقدا بناء على هذا فإنه إذا دخل بها يثبت لها مهر المثل، لأن هذا النفي يتعارض مع اتفاق جمهور العلماء في وجوبية المهر بفرض الكتاب والسنة، ويفسد العقد بذلك إلا أن الشرط الفاسد يلغى ويُصحح العقد بصداق المثل، كما أن المهر إظهار لشرف وقدسية العقد.

د-الوطء بشبهة: أما الوطء بشبهة فإن العقد فيه غير موجود أصلا وإنما نتيجة خطأ مادي أدى إلى ارتكاب ذلك الفعل عن غير قصد معتقدا الشخص بفعلته تلك أنه مع زوجته ثم تبين على خلاف ذلك فهنا سقط الحد ووجب مهر المثل، وذلك سدا لأبواب الزنا والطعن في عرض الموطوءة نتيجة غلط ولهذا يثبت فيه النسب أيضا، فسلامة النية هنا هي من رتبت ذلك.[2]

وفي حالة الاختلاف في المهر من حيث تسميته أو مقداره أو قيمته أو قبضه فيه اختلاف واسع بين الفقهاء فنورد موضعا من الخلاف بينهم وذلك حالة النزاع المتعلق بمقداره لاسيما أن الزواج العرفي المعروف بعدم التوثيق فيه فهنا حسب الفقهاء[3]:

* فإن ادعى الزوج أن المهر بمقدار كذا وادعت الزوجة أو وليها أنه مقدار كذا فهنا الحكم لمن معه بينة، أي الشاهدان وإن لم تكن هناك بينة فقد اختلف العلماء في:

- ✓ القول قول من يدعي مهر المثل إن كان ادعاء الزوجة بمهر مثلها أو أقله فالقول قولها وإن ادعى الرجل مهر المثل أو أكثر منه فالقول له، وهذا ما ذهب إليه الأحناف والمشهور عن الحنابلة واستند هذا الرأي على الظاهر قول من يدعي مهر المثل فيكون قوله هو المقبول قياسا على الذي ينكر في سائر الدعوى.
- ✓ أن يتحالف الزوجان فإذا حلف أحدهما وامتنع الآخر من اليمين ثبت ما قال من حلف، وإذا حلف الزوجان وجب مهر المثل، وذلك قياسا على البائع والمشتري إذا تحالفا على الثمن.

---

[1] نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص70.

[2] محمد محدة، مرجع سابق، ص ص 275، 276.

[3] محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص ص145، 146، 147.

- ✓ هنا هذا الرأي ميز قبل الدخول وبعد الدخول، إذا كان الاختلاف قبل الدخول تحالف الزوجان وفسخ الزواج، أما إن اختلفا بعد البناء فالقول قول الزوج واستند هذا الرأي إلى أن الزوجة ما دامت قد أسلمت نفسها إلى زوجها بغير إشهاد على المهر فقد رضيت بأمانته فيقبل قوله.

إلا أنه وحسب تقديرنا فإن هذه الأمور تحتاج إلى الإشهاد كأصل في غياب الدليل الكتابي واليمين هو الفيصل هنا والعرف كذلك يحتكم إليه لاسيما أن المهر قد يكون قد صرف في جهاز مثلا وهذه الآراء تكلمت فقط عن قيمة المهر، وعليه القاضي له كامل التقدير، ولكن الرأي الأقرب هو الأخير الذي فصل بين حالة البناء وحالة قبل البناء.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من المهر في الزواج العرفي.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد تناول المهر في كل من المواد 9 مكرر 14، 15، 16، 2/33.

1. المادة 9 مكرر بموجب تعديل 05-02:

لقد عدل المشرع الجزائري عن موقفه قبل التعديل في تكييف الصداق حيث كان يعتبره ركنا في الزواج وما أخذ به المالكية وإلا عد العقد باطلا إن اتفق الطرفان على اسقاطه، أما بعد التعديل فقد اعتبره شرطا في العقد وبقي في نفس موقفه مع المذهب، فحسب هذه المادة المعدلة من لم يسم الصداق في عقد الزواج وقت إبرامه يعتبر العقد فاسدا.

وقد أحسن المشرع بجعله شرطا وجب ذكره في العقد تحسبا لكل اختلاف فيه أو تنازع لاحقا لاسيما أن المجتمع الجزائري المعروف في أوساطه أن المرأة لا تقوم بتحضيرات العرس والجهاز حتى يدفع لها مهرها وهو علامة على التفاهم وإعلان الرغبة في الزواج من الطرفين.

أما في المادة 14 من قانون 84-11:

فقد تناول فيها المشرع تعريفا للصداق، والشيء الملاحظ أن المشرع خرج على القاعدة المألوفة أن التعريفات من مهمة الفقه، فلما أورد تعريفا إلا وكثرت فيه الاختلافات، فعُرِّف الصداق حسبها أنه: «**الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء**»، وهو تعريف شرعي اتبع فيه المشرع الجزائري رأي الشافعية في عدم تحديد أدنى الصداق وأكثره مصداقا لقوله تعالى: « **و ءاتوا النساء صدقاتهن نحلة** ».

كما أن المادة أيضا اشترطت نفس الشروط التي أوجبتها الشريعة الإسلامية لاسيما رأي الجمهور في اعتبار المهر:

أ-أن يكون شيئا متقوما وبدليل ذلك قولها:« **نقود أو غيرها** »، بمعنى ذلك لم تجعل المهر محصورا في المال، قد يكون شيء منفعة كسور من القرآن يحَفِّظُها لها الزوج أو يعمل أجير عندها وبعدها يعتبر مقابل المهر مدة عمله وغيرها من المنافع، وفي الحقيقة راعى المشرع هنا حال كل زوج في دفع ما هو مقرر عليه، المهم أن يكون دلالة على إشعار الزوج رغبته في عقد الزواج قائمة على أساس المودة والرحمة والمعاشرة، وهذا هو الغرض من المهر، وليس سببا للمباهاة والتفاخر وفتح باب الخلاف والفساد بعد الزواج وذلك معنى أن المهر« **رمزا لطهارة وشرف المرأة في نظر الزوج والناس**».

كما أن المشرع ترك أمر تقديره للعرف ولم يحدد من يتولى ذلك، المهم اعتبره حقا خالصا للمرأة تنفقه كيف شاءت ولا لوليها ولا من حق زوجها أن يجبرها في انفاقه في تكاليف العرس مثلا وهذا ما قال به غالبية الفقه.

كما اشترطت المادة أن يكون شرعيا ومباحا وهذه هي العبرة الرمزية والمعنوية في المهر الذي أرادها المشرع وليس الهدف منه القيمة المادية حتى يتيسر لكل زوج الإعفاف والإبكار في الزواج استجابة للحديث: « **من استطاع منكم الباءة فليزوج** »[1] لما رواه البخاري في كتاب النكاح.

وعليه فالقول الفصل في موضوع المهر في نظر المشرع الجزائري هو مراعاة مسألة العرف والذي يختلف من منطقة إلى أخرى، فقد يتفق في تحديده الزوجان كما يمكن اشراك أهلها في ذلك.

والمشرع الجزائري بدليل أنه اعتبره قيمة رمزية معنوية وإعلاء لشرف المرأة استعماله مصطلح «**نحلــة**» وهي بمثابة هبة وهدية بلا عوض يعبر فيها الزوج عن امتنانه ورغبته في أن تكون هي الزوجة التي تتحمل معه أعباء ومسؤولية الميثاق الغليظ، وفي هذا سارت **المادة 26** من مدونه الأسرة المغربي[2]، حيث اعتبرت الصداق أساس ورمز في المودة والعشرة وقيمته الشرعية هي الأساس بقولها:« **الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة**

---

[1] أبو عبد الله محمود بن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبة البخاري، مرجع سابق، المجلد الثالث، حديث رقم 5065، ص341.

[2] بقانون رقم03-70 المنفذ بمقتضى طهير شريف، رقم 22-04-1 صادر في: 12 من ذي الحجة 1424 الموافق لـ: 03 فبراير 2004.

بين الزوجين، وأساسه الشرعية هو قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية »[*] فهو تعريف تميز بالدقة والتحديد في عدم تقييد الزوج في دفعه ما هو واجب للمرأة دفعا لكل مشقة وتشجيعا للإقبال على الزواج، وبذلك تسلم الشريعة الغراء من شبهة تعسير المهور.

واعتبرت المدونة الصداق شرطا من الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج وذلك بقولها في **المادة 13: « يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:**

1) أهلية الزوج والزوجة.

2) عدم الاتفاق على اسقاط الصداق.

3) ولي الزواج عند الاقتضاء.

4) سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه.

5) **انتفاء الموانع الشرعية».**

كما أكدت على تحديده وقت إبرام العقد، وفي حالة عدم تحديده ليصبح بمثابة نكاح تفويض وهذا الأخير تكلم غالبية الفقهاء على صحته وذلك بتفويض المرأة تحديد مهرها إلى غيرها أو بعبارة أخرى هو الزواج الذي لم يسم فيه المهر، ويبقى ثابتا لها قبل الدخول يمكن أن يتم تحديده وبعد الدخول يكون بمهر المثل وذلك في **المادة 01/27 من المدونة**[**]، وهذا ما لم يتكلم عليه المشرع الجزائري بل أكد على تحديده وتسميته وقت إبرام العقد، إلا أنه كان من الأفضل الإشارة إلى هذا النوع من النكاح لاسيما أن الأعراف في المجتمع الجزائري سائرة على ذلك، عادة ما يقول الولي في العقد للزوج أو أهله: **زوجتك ابنتي على ما يساعدك من مهر**، أو **زوجناك على ما شئت من المهر**، أو يتم السكوت عليه دون تحديد لقيمته، المهم لا يسقطوه وإلا بطل العقد قبل الدخول ويصحح بمهر المثل بعد الدخول.

---

[*] وفي المادة 28 من نفس المدونة أضافت شرحا للمهر بقولها: «**كل ما صح التزامه شرعا، صلح أن يكون صداقا والمطلوب شرعا تخفيف الصداق**»، ففيه إشارة إلى انتهاج سنة الرسول على الله عليه وسلم إلى التيسير والتخفيف في المهر، قصد التسهيل على بناء الحياة الزوجية، وبالتالي سد كل باب للتفاخر والمغالاة في المهور في تعسير الزواج فهذا هو الأولى في البلدان الإسلامية.

[**] أما المادة 27 من مدونة الأسرة المغربية فقد ذهبت مع ما قال به الشافعية في عدم تحديد حد أدنى ولا أعلى للمهر وكذا أكدت على التخفيف فيه بقولها: « **كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون صداقا، والمطلوب شرعا تخفيف الصداق** ».

كما أنه توجد قوانين اعتبرته أثر من آثار الزواج ولم تشترطه في العقد بل أجازت العقد من دون ذكر له ومنها **المادة 01/19 من قانون الأحوال الشخصية العراقي**[1] بقولها:« **تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد، فإن لم يسم أو نفي أصلا فلها مهر المثل** » وبدليل أنه أثر من آثار العقد أنها جاءت تحت الباب الثالث من القانون الخاص بالحقوق الزوجية وأحكامها وليس في باب المتعلق « **بالزواج وأركانه وشروطه**».

ونظرا لأهمية المهر المعنوية فإن المشرع أكد عليها في مادة خاصة رغم أنه أشار في **المادة 37 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05-02** على استقلالية الذمة المالية لكل من الزوجين وهذه يدخل فيها المهر باعتباره أثر من آثار الزوجية ويثبت بعد البناء بمهر المثل حال عدم تسميته.

أما **المادة 15 من قانون الأسرة** بنصها: «**يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلا، في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل**».

فهدف المشرع الجزائري من هذا النص هو جعل ضمان وحماية لحق الزوجة من المهر بضرورة تحديد قيمته الصداق في عقد الزواج وبالتالي الأصل هو المهر المسمى في الزواج، والاستثناء هو زواج التفويض والثابت فيه مهر المثل، كما ان المادة أعطت إمكانية لكلا الطرفين في الزواج باتخاذ ما يريانه مناسبا في المهر، وذلك حسب حالة الزوج خصوصا كونه من سيدفع هذا الفرض، والشائع في المجتمع الجزائري هو دفعه قبل الدخول كاملا، وميسور الحال يكون دفعه وقت إبرامه العقد ذاته وقليلا ما يبقى المؤجل فيه ويكون عادة في جانب المسوغ للمرأة يتعهد الزوج بدفعه لها بعد الزواج متى تيسر له ويبقى دينا في ذمته له أن تطالبه به وقت الانكار أمام القضاء.

فحسنا فعل المشرع لما أكد تحديده سواء كان معجل أم مؤجل في صلب المهر حتى يقيم عليه البينة وهذه الأخيرة تكون بمثابة الدليل الحاسم وقت النزاع، لاسيما الزواج العرفي الذي لا يوجد فيه أي دليل كتابي وهذا ما هو معروض أمام القضاء بعدد كبير في شكل الدعاوى بشأنه.

وبالتالي فحسب المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من هذه المادة هو الإقرار بعدم بطلان الزواج دون تحديد قيمة المهر ضمن العقد، بل جعل فقط للزوجة مهر المثل[*]، والذي يراعي القاضي في تحديده الوسط

---

[1] من القانون رقم 188 المؤرخ في: 19-12-1959.

[*]عند تحديد القاضي لمهر المثل ينظر إلى مهر المرأة التي توجد في نفس وضعية الزوجية من: جمال، مال، المكانة في المجتمع، العلم، الثقافة، العمل...الخ، وفي هذا يقول القاضي الوهاب البغدادي المالكي: "**ومهر المثل معتبر بأحوال المرأة في**

الاجتماعي للزوجين والأعراف المعمول بها، خاصة وأنها تختلف من منطقة إلى أخرى ولهذا تحديد ذلك متروك للسلطة التقديرية للقاضي.

والمهر هنا أوجبت له الشريعة الإسلامية أسباب على أساسها تأخذه المرأة ويُحَفُّ زواجها بالإعزاز والشرف والاكرام، وفي هذا سار المشرع الجزائري بقوله في **المادة 16 من قانون 84-11 المعدل بموجب الأمر05-02: «تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، ويتحقق نصفه عند الطلاق قبل الدخول»**، وعليه فالمادة كانت صريحة في هذه الموجبات وتتمثل في:

1- **كامل الصداق:** وذلك في حالتين:

*** الدخول:**

لكن لم توضح هل دخولا حكيما كالخلوة الصحيحة أم دخولا حقيقيا، فبالرجوع إلى الجانب التطبيقي نجد أن المادة هنا تقصد الدخول الحقيقي الذي يتم بالمسيس والوطء بين الزوجين، والدخول هنا سواء كانت الزوجة عذراء أو لا، المهم فيه إرخاء للستور كما قال الإمام مالك، وكذا الدخول الحكمي الذي يكون بالخلوة الصحيحة متى ادعت الزوجة المسيس فالقول قولها مع اليمين، وما دامت المادة لم تصرح بهذه الأحوال فتركت للقاضي الحرية المطلقة في الرجوع إلى أحكام **المادة 222 من قانون الأسرة** ويطبق من المذاهب ما يراه مناسبا للواقعة الموضوعة أمامه لاسيما أن الأحكام التي تترتب عند الدخول الحقيقي تختلف عن الخلوة الصحيحة وفيه أحسن المشرع لما أرجع ذلك لأحكام الشريعة الاسلامية.

*** حالة وفاة الزوج أو الزوجة:**

كذلك في حالة وفاة الزوج تستحق المرأة المهر كاملا وإن ماتت هي يبقى دينا في حق الزوج على الورثة المطالبة به، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة(*)، وإنما وجب الصداق هنا لأن الموت أمر خارج عن إرادتهما ولم يكن أحد له نية في فسخ وإنهاء العقد إذا القاعدة تقول: «**عدم سقوط الديون بالموت**»، فالصداق هنا بمثابة دينا في ذمة الزوج وورثته وهو أحد منهم أي يأخذ ورثتها كامل المهر بعد خصم نصيب الزوج منه، وعليه فالمشرع الجزائري موقفه واضح في استحقاق الزوجة لكامل الصداق بالدخول ووفاة الزوج دون قيد وعلى كامل الاطلاق.

جمالها ومالها وشرفها دون نساء عصبتها". نقلا عن محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي: **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، المجلد الثالث، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 1429هـ/ 2008م، ص356.

(*) إلا ان المالكية يقصدون استحقاق كامل الصداق عند وفاة أحد الزوجين على الصداق المسمى فقط، أما خارجه أو عند عدم تسميته لا تستحقه الزوجة. نقلا عن أحمد آباش، مرجع سابق، ص111.

2-أما نصف المهر:

فإن حصل الطلاق بين الزوجين بعد العقد الصحيح الكامل الأركان والشروط فإن المرأة المطلقة تستحق نصف المهر المسمى وهذا باتفاق مذاهب الشريعة الإسلامية، وهنا تظهر قيمة تسمية المهر في حال الخلاف والنزاع فكيف الوضع في حالة عدم تحديده وتسميته؟ كحالة زواج التفويض لأن الصداق أصلا بيدها، وعليه نلاحظ أن المشرع الجزائري اتبع المذهب المالكي الذي يشترط تسمية الصداق وقت العقد فلهذا قرر نصف الصداق قبل الدخول في المادة كونه مسمى ومحدد، وفي تقديرنا الصداق المسمى هو الأفضل في مثل هذه الحالة.

أما في مدونة الأسرة المغربية فالأصل أنها اشترطت تحديد الصداق وقت إبرام العقد وفي حال السكوت عنه يعتبر زواج تفويض فإذا وقع طلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى فقط أما زواج التفويض فلا شيء لها من كونه بيدها هي ولم يحدد أصلا،[1] وبدليل ذلك تكلمت في شأن خلاف الزوجين عن قدر الصداق في زواج التفويض بعد البناء فقط وليس قبله فهنا تحدده المحكمة مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين بصداق المثل[**]، كما حددت في **الفقرة 02 من المادة 32** حالة استحقاق نصف الصداق إذا كان المهر مسمى فقط بقولها:« **تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى إذا وقع الصداق قبل الدخول**»، وعليه فقوله تعالى واضح في نصف المهر يثبت فقط في الصداق المسمى بقوله:« وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ۚ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ »[2]، معناه المفروض وقت العقد، ولا تستحق المرأة من الزائد عنه شيئا كونه

---

[1] نفس المرجع، ص116.

[**] ودليل اعتبار الأوساط الاجتماعية في تحديد مهر المثل للزوجة ما رواه جابر و أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم: « **تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ودينها فاظفر بذات الدين تربت يداك**» ووجه الاستدلال هنا قصد النبي صلى الله عليه وسلم إخبار أن المقصود من النساء في النكاح هذه الصفات فوجب أن يزيد المهر وينقص بحسب هذه المعاني نقلا عن عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص138.

[2] الآية 237 من سورة البقرة.

غير مفروض لها في العقد، كما تجدر الإشارة إلى الهدايا التي يقدمها الزوج بعد عرض الصداق لا تعتبر من توابع الصداق فإن طلقها قبل الدخول فليس له أن يطالبها كونها لا تدخل ضمن المهر المفروض وقت العقد وفي هذا اجتهادات للمحكمة العليا سنورده لاحقا، وعليه تستحق الزوجة نصف المهر بتوافر الشروط التالية:

أ-أن يكون العقد صحيحا مكتمل الأركان.

ب-بأن يكون الطلاق -فرقة أو فسخا- قبل الدخول الحقيقي أو الحكمي بسبب الزوج.

ج-أن يكون الصداق مسمى في العقد.[1]

إلا أن أصل الزواج الاختلاف والتفاهم هو الاستثناء وهذا الأمر ينطبق على المهر، وذلك متى اختلف كل من الزوجين في مقداره أو في قيمته أو حول ما يعتبر ما قدم هدية أم مهر زواج، فأما موقف المشرع من هذه المسألة يتبين من خلال **المادة 17 من قانون الأسرة** بقولها: « **في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين**».

وباستقرائنا لهذه المادة نجدها جعلت القاعدة العامة في الفصل حال الخلاف حول الصداق بصفة عامة سواء في مقداره أو قبضه أو صرفه في جهاز العرس هو البينة طبقا للقاعدة «**البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**»، أما في حالة عدم وجود البينة هذا يعني انعدام الدليل فالقاضي هنا يلجأ إلى باقي الأدلة واستعمال العرف في ذلك، كما أن المشرع هنا ميز حالة النزاع في الصداق بين حالتين وهي قاعدة مستنبطة من الفقه المالكي[*]، حيث اعتبر الدخول قرينة في فصل النزاع هنا وذلك من خلال:

* **قبل الدخول:** ووقع نزاع بشأن مدى استلام الزوجة الصداق من عدمه فإن المشرع وضع قرينة على أن الصداق لم يتم تسلمه من طرف الزوجة لكن لا بد من تتمة ذلك باليمين الصادرة عن الزوجة أو ورثتها.

---

[1] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 298.

[*] يقول ابن الجلاب البصري المالكي في حال الاختلاف في قبض الصداق: "**وإذا تصادقا على الصداق، ثم اختلفا في قبضه قبل الدخول بها، فالقول قول المرأة مع يمينها، وإن اختلفا في ذلك بعد الدخول، فالقول قول الرجل مع يمينه**". نقلا عن أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري تحقيق حسين بن سالم الدهمانـي: **الفريغ**، الجزء الثاني، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 1408هـ/ 1987م، ص43.

* **بعد الدخول:** فاعتبر المشرع الجزائري قرينة على أنها استلمت المهر لكن يجب تكملة ذلك باليمين من قبل الزوج أو ورثته، فاليمين هنا في حالة عدم وجود دليل قاطع توجه من قبل القاضي لطرفي النزاع.

ومما يلاحظ على هذه المادة انها عادة تكون في حالة الخلاف الذي تنتهي به الرابطة الزوجية العرفية، أما موضوع الدراسة يهمنا فيه إن ذكر المهر المسمى وقت العقد بوجود الشهود الذين يثبتون مقداره وعينه بكل وسائل الاثبات يمكن تأكيد تسليمه، وفي العرف عادة يتم تسليمه وقت العقد نفسه وهذا ما يعتمد عليه في اثبات الزواج العرفي لاحقا نتعرض إليه في الجانب الإجرائي من هذه الدراسة.

و بالرجوع إلى **المادة 02/33 المعدلة بموجب أمر 05-02** فإنها نصت على: « **إذا تم الزواج دون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل**»، فيتبين من المادة أنها اعتبرت الزواج دون مهر فيه فاسد يفسخ قبل الدخول ويصحح بعد الدخول بمهر المثل، ويترتب معه ثبوت النسب والعدة والتوارث بينهما.

ومثلها نصت المادة 60 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: « يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين، إلا أنه كان أحسن من المشرع الجزائري هنا في تأكيده على مهر المثل بأن يتبع فيه العرف وحالة الزوجة مع قريناتها.

ومن أمثلة ما أصدرته **قرارات المحكمة العليا** فيما يخص مقوم المهر نذكر: فيما يخص استحقاق الزوجة لكامل الصداق حالة وفاة الزوج قبل الدخول قررت المحكمة العليا أنه: « **من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدخول ولم يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق ومن ثم فإن القرار المطعون فيه بانتهاك القواعد الشرعية غير سديد، ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن زوج المطعون ضدها توفي قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزوج باسترجاع نصف الصداق لوفاة ابنه قبل الدخول طبقوا المبادئ الفقهية تطبيقا سليما**» **(قرار رقم 45301 بتاريخ: 1987/03/09).**[1]

-كما قررت المحكمة العليا شروط استحقاق نصف الصداق قبل الدخول للزوجة بقولها:« **من المقرر قانونا انه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن تم ما لم يستهلك من هدايا**

[1] جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص611.

وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول، ولما ثبت من قضية الحال –أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج ودون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده–بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك، وأن دفع الطاعنة المتعلق بأحقيتها في نصف الصداق وإنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج، مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم ويتوجب رفضه الطعن» (قرار رقم 92714 بتاريخ: 1993/07/13).[1]

–كما أخذت بالمبدأ المنصوص عليه في **المادة 17 من قانون 84–11** بخصوص النزاع حول الصداق بقولها:« **من المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يخالف القانون ولما كان من الثابت –في قضية الحال–أن قضاة الموضوع الذين منحوا المصوغ باعتباره صداق إلى الزوجة دون القيام بما هو واجب شرعا في المسألة خالفوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا**» (قرار رقم 73515 بتاريخ: 1991/06/18).[2]

وبعد انتهائنا من تناول أهم الجوانب الفقهية والقانونية لمقوم المهر في الزواج العرفي تأكد لنا أن المهر واجب بفرض الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة في حق المرأة التزام في ذمة الرجل بأدائه لها ولا يجوز لكليهما الاتفاق على إسقاطه سواء بالتراضي أو بالتعسف من طرف الزوج في حرمانه منها كما أن الشريعة الإسلامية أكدت على ضرورة تسميته كأصل عام في صلب عقد الزواج العرفي تحسبا لكل جحود ونكران ولذلك حضور الشاهدين وقت الإبرام يكون تعزيز في دليل فرضه للمرأة وعدم حرمانه منها، والاستثناء إن لم يذكر في العقد باعتباره أثر من آثار الزواج تمكن منه المرأة حتى بعد الدخول بمهر المثل في أغلب الآراء الفقهية، وهذا أيضا ما أكدته نصوص قوانين الأحوال الشخصية العربية وفي مقدمتها قانون الأسرة الجزائري اشترط ضرورة تحديد المهر في عقد الزواج وإلا عد فاسدا ليتم فسخه قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل، كونه رمزا للشرف والكرامة الربانية للمرأة في استحلال فرجها وتشريف مكانتها بطلبها من الرجل من كد وجد في تقديم رمز الرغبة فيها بكل ما تيسر بعيدا عن كل مشقة، وبهذا كيف يكون المهر سببا لارتكاب الفواحش وإهدار الحقوق التي يرتبها عقد الزواج العرفي بحجة المغالاة فيه والمباهاة مما يعطل ويفوت كثير الفرص للزواج على الفتاة؟ وعليه الوعي الديني بقواعد الشرع مطلوبة للحفاظ على الحقوق وتقاليد المجتمعات

---

[1] نفس المرجع، ص797.

[2] نفس المرجع، ص ص630، 631.

مفروضة لكن فسادها لا يعني اتهام شروط الزواج وأركانه الصحيحة بالشدة للتساهل في تكوين الأسرة التي قد يبعد مبناها عن المعنى الشرعي ومقصود الزواج في ذلك، فالاحتكام للشرع وولاة الأمور بفرض صوص النظام واجب وطاعة.

المطلب الخامس: انتفاء الموانع الشرعية في الزواج العرفي

من الأمور التي اهتم بها الإسلام هو إحاطة الميثاق الغليظ بمنهج سليم وقويم، فمن أهم الموضوعات التي حرص عليها في بناء هذا النظام الأسري "**المحرمات من النساء**"، فلا يجوز بمقتضى ذلك أن يرتبط الرجل بأي امرأة بناء على عقد زواج عرفي، بل راعت الشريعة الإسلامية كل الاعتبارات الاجتماعية والفطرية والإنسانية في سبيل ذلك، وفي هذا التحريم حكم كبيرة استقرأها العلماء فهي تنزيه لصلة الأمومة والأخوة والبنوة، وتقوية أواصر القرابة على أن تكون مجال شهوة ومتعة جسدية حتى لا تتنافى مع معاني الاحترام والتقدير والعطف التي تتطلبها الحياة الأسرية.

ومما لا شك فيه أسمى هدف في الزواج العرفي يريد طرفاه الوصول إليه هو إنجاب الذرية وتكثير النسل، فمن أجل حماية هذا الهدف اشترط هذا المقوم في الزواج العرفي وبذلك يمكننا استيعاب وفهم وصية رسولنا الكريم في الاغتراب والتباعد في الزواج من القريبات بالنسب حتى لا يكون الأولاد ضعافا نحافا نتيجة لذلك، وبهذا اقتدى المشرع الجزائري بطاعة الرحمان في حماية الزواج من كل محرم يكون سببا في فساد تمامه نصا وتطبيقا.

وهذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا المطلب بإيجاز من خلال التعرض إلى أنواع الموانع الشرعية التي تحول دون ترتيب آثار الزواج العرفي.

الفرع الأول: الموانع المؤبدة في الزواج العرفي

والمقصود بالموانع[*] المؤبدة هو تحريم الإسلام والقانون معا في أن يتزوج الرجل بأصناف محددة من النساء في جميع الأوقات والأحوال دون أي تبديل أو تغيير، وفي ذلك أسباب رآها الشارع الحكيم وبه اشترط انتفائها في عقد الزواج العرفي المشرع الجزائري وإلا عد باطلا لا يرتب أي أثر.

[*] المانع جمعه منعةٌ وموانع، فيقال منعته من حقه منعا أي عدم حصوله عليه. نقلا عن إبراهيم مدكور، مرجع سابق، ص592، ويقصد بالمانع الوصف الذي يلزم من وجوده العدم سواء عرف وقت العقد كالزواج بالأخت أو الخالة أو بعده كارتداد الزوجة أو الزوج، فيفسد به الزواج من وقت الردة. نقلا عن العربي بلحاج، مرجع سابق، ص225.

ويشمل هذا النوع من التحريم ثلاث فئات وهي القرابة (النسب)، المصاهرة والرضاع.

أولا: المحرمات بالقرابة أو النسب

ودليل تحريم هذا الصنف من النساء بسبب هذه الصلة قوله تعالى: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ »[1]، فتبين من هذه الآية أنه يحرم على التأبيد تزوج الرجل من أربعة أصناف، وهي:

1. **أصول الشخص وإن علو:** وهن الأم والجدة سواء كن من جهة الأب أو من جهة الأم، وقال العلماء في ضابط هذا النوع من المحرمات: « كل امرأة لها عليك ولادة فهي أمك »[2]، فمادام حرم عليه جزؤه –أمه– فكذلك حرم عليه من هو جزؤهن–الجدات–[3]، وهذا ما قال به "محمد علي الصابوني" في كتابه « صفوة التفاسير في تفسير القرآن الكريم ».
2. **فروع الشخص وفروع فروعه وإن نزلوا:** فتحرم عليه بنته، وبنت بنته، وبنت ابنه، وبنت الابن أو بنت ابن الابن، وهكذا كل فرع يكون جزءا منه أو جزءا ممن يتصل به ذلك الاتصال.[*]
3. **فروع أبوي الشخص وفروع فروعهم وهن:** الأخوات سواء كن شقيقات، أم لأب، أم لأم، وفروع الأخوة والأخوات وإن نزلوا .
4. **نساء الدرجة الأولى من فروع الأجداد والجدات وهم:** العمات والخالات، أما نساء الدرجة الثانية مثل بنات العمات وبنات الخالات وبنات الأعمام وبنات الأخوال فجائز الزواج معهن دون تحريم.[4]

وهذا التحريم نص عليه المشرع الجزائري في **مادته 25 من قانون الأسرة 84-11** بقولها: «المحرمات بالقرابة هي: الأمهات والبنات، والأخوات، والعمات والخالات، وبنات الأخ وبنات الأخت».

---

[1] الآية 23 من سورة النساء.

[2] عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص240.

[3] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص104.

[*] وقد سبقت الشريعة اليهودية إلى تحريم الزواج ممن حرمهن الإسلام بسبب القرابة، ما عدا الزواج بابنة الأخ وابنة الأخت اللتين لم يرد التحريم عليهما في التوراة. نقلا عن أحمد آباش، مرجع سابق، ص47.

[4] عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص105.

ونظرا لحكمة تحريم هذا النوع من الزواج لما فيه من ضعف النسل المتولد عن الأقرباء المقربين تستلزم آداب المجتمع أن يرى الشخص في الأقربين من ذويه محارما له وبه قضت كل من المواد 161 162، 163 من القانون المدني الفرنسي بتحريم الزواج من النساء بسبب القرابة الشرعية عن طريق الدم، وهي:

- الأصول والفروع دون تحديد لدرجة القرابة.
- الأخوة فلا يجوز للشخص أن يتزوج أخته.
- يمتنع الزواج بين العم وبنت أخيه والخال وبنت أخته والعمة وابن أخيها والخالة وابن أختها.[1]

وبه سارت المادة 36 من مدونة الأسرة المغربية بقولها:

« المحرمات بالقرابة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل وإن علا ».[2]

وفي تحريم هؤلاء الصنف من الطبقات من النساء حتى تكون العلاقة بهن علاقة رعاية وعطف واحترام وتوقير وبذلك يسد باب المفاسد الذي يؤدي إلى قطيعة الرحم والانحلال الاجتماعي والخلقي وفي هذا قال "**الكساني في البدائع**": «**إن نكاح هؤلاء يفضي إلى قطع الرحم**».[3]

كما تجدر الإشارة إلى أن القرابة المذكورة في هذه الآية السابقة الذكر سواء كان سبب ذلك النكاح أم السفاح –الزنا–، فالبنت التي تلدها من يزني بها حرام عليه ولو كان نسبها لا يثبت منه «لأن الزنا لا يثبت له النسب»، وذلك التحريم سببه العلة القائمة بصلة الدم، وهذا ما قال به الفقهاء إلا أن مذهب الشافعية خالف ذلك وقرر أن القرابة لا تكون من سفاح ودليله في ذلك التحريم بالقرابة نعمة والنعمة لا تثبت بمعصية –الزنا– لاسيما أنها القرابة التي يثبت بها النسب شرعا.[4]

ثانيا: المحرمات بالمصاهرة

المحرمات من النساء بسبب المصاهرة عن طريق الزواج هن أربع:

---

[1] عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص45، فاتفقت بذلك الشريعة المسيحية مع الإسلام في تحريم المحرمات بسبب القرابة. نقلا عن أحمد آباش، مرجع سابق، ص48.

[2] قانون 03-70 المعدل والمتمم بمثابة مدونة الأسرة المنفذ بمقتضى ظهير شريف، رقم 22-04-1 صادر في: 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ: 3فبراير 2004.

[3] علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء، مرجع سابق، ص257.

[4] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص106.

1. **أصول الزوجة وإن علت** أمها وسواء كانت أم الزوجة من النسب أو الرضاع ويستوي في ذلك التحريم بمجرد العقد عليها أو حصل الدخول بها، وذلك لإطلاق قوله تعالى: «وأمهات نسائكم» فهي شاملة للحالتين، وسبب اعتبار الحرمة بمجرد العقد على البنت دون طلب دخول القاعدة العامة القائلة:« العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات».[1]

وقال العلماء في حكمة هذه القاعدة أمران:

أ-الزوج قد يحتاج بحسب العادة إلى الحديث مع الأم عقب العقد على ابنتها لكي يرتب أموره فحرمت أم زوجته عليه بمجرد حصول العقد حتى يسهل عليه ترتيب أموره بالتشاور مع الأم، أما مجرد العقد على المرأة فلا يكفي العقد لإجازة الحديث مع ابنتها بل اشترط الإسلام الدخول.

ب- وجوب التحريم على الأم بمجرد العقد على البنت حتى لا يكون سببا في اشتعال نيران العداوة في قلب البنت إن حصل طلاق وفرقة بينهما فدواعي الإيثار من طرف البنت هنا منعدمة، أما الأم في العادة وبسبب الفطرة تُؤْثِر بنتها على نفسها وإن ثارت في نفسها الغيرة فإن فرط محبتها لابنتها يلطفها لهذا، فإن التحريم على البنت لا يكون بمجرد العقد على الأم بل يجب الدخول.[2]

2. **فروع الزوجة وإن نزلن:** فإذا دخل الرجل بها، لم يكن قد دخل بها، فلا يحرم عليه الزواج بفروعها، والمقصود بالفروع هنا البنت الصلبية المباشرة وبنت بنتها وبنت ابنها، ودليل التحريم هنا قوله تعالى: «وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ».[3]

3. **زوجة فروع الشخص وإن نزلوا:** كزوجة ابنه، وابن ابنه، أو زوجة ابن ابنته سواء دخل بها الفرع أو مجرد العقد عليها، كما أنه يسقط من هذا التحريم زوجة الفرع غير الصلبي، وإسقاط تحريم زوجة

---

[1] محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص124.

[2] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص ص113، 114.

[3] الآية 23 من سورة النساء، ومعنى الربيبة هي بنت الزوجة من رجل آخر إلا أن الذي تزوج أمها بتربيتها وذكر الحجر ليس للقيد وهو الغالب بأن تكون البنت مع أمها ويتولى الزوج تربيتها وهذا بإجماع الفقهاء. نقلا عن محمد علي الصابوني، مرجع سابق، الجزء الأول، ص247.

المتبني كذلك وهذا ما أبطله قوله تعالى بعد أن كان جائزا في الإسلام: «ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡ».[1]

4. **زوجة أصل الشخص إن علا:** كزوجة الأب وزوجة الجد سواء كان الجد من جهة الأم، أي العصبات أو من جهة الأم، أي من ذوي الأرحام، ودليل ذلك قوله تعالى: «وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَمَقۡتٗا وَسَآءَ سَبِيلٗا».[2](*)

ويقول "**ابن كثير**": حرم الله زوجات الآباء تكرمة لهم وتعظيما واحتراما أن توطئ من بعده، حتى أنها لتحرم على الابن بمجرد العقد عليها، وهذا أمر مجمع عليه، بل قال أيضا: «**إن العلماء على اتفاق بتحريم من وطئها الأب بتزويج أم ملك أو شبهة**»، ولهذا وصفه الله بالزواج الفاحش لعظم إثمه.[3]

و قد نص المشرع الجزائري على هذا المانع في **المادة 26 من قانون الأسرة** بقوله: « المحرمات بالمصاهرة هي:

1) أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.
2) فروعها إن حصل الدخول بها.
3) أرامل أو مطلقات أصول الزوج إن علوا.
4) أرامل او مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا»

فالملاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يشير فيما إذا الرضاع من المصاهرة يحرم أم لا؟ مثلا أم الزوجة من الرضاع أو ابنتها من الرضاع، فجاءت عامة فيفهم من نيته أنه لا تثبت هذه الحرمة ولم يتوسع في ذلك طبقا لقوله صلى الله عليه وسلم: «**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**» دون أن يقيس ذلك على

---

(1) الآية 05 من سورة الأحزاب.

(2) الآية 22 من سورة النساء.

(*) حتى هذا المنع موجود في القانون الفرنسي وأكد عليه في **المادة 161** منه: "**يمنع الزواج بين الشخص وبين من كان زوجا لأحد أصوله أو فروعه دون تحديد لدرجة القرابة**"، فلا يصح للرجل أن يتزوج من كانت زوجة لابنه أو لأبيه وسواء يكون زواج الأصل أو الفرع قد انتهى بالطلاق أو بالموت. نقلا عن عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص46.

(3) أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، مرجع سابق، المجلد الأول، ص ص701، 702.

المحرمات بالمصاهرة وهذا ما يتفق فيه مع "**ابن تيمية**" و "**ابن القيم**" وتعليلهم في هذا أن الرضاع لم يرد فيه نص من القرآن ولا في السنة وأجمعوا على حرمتها قياسا فقط على النسب.[1]

وخالفهم في ذلك ملك العلماء "**الكاساني**" في كتابه «**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**» بقوله: «وكذا يحرم كل من يحرم ممن ذكرنا من الفرق الأربعة بالمصاهرة يحرم بالرضاع فيحرم على الرجل أم زوجته وبنتها من الرضاع، وكذا جدات الزوجة لأبيها وأمها وإن علون وبنات بناتها وبنات أبنائها وإن سفلن من الرضاع...».[2]

وعلى رأي الكاساني سار المشرع المغربي فنص في المادة 01/38 من مدونة الأسرة على أنه: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة».

وكذا نص المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية في المادة 16 على أنه: «كل من تحرم بالقرابة والمصاهرة تحرم بالرضاع إلا فيما استثني شرعا».

فكان على المشرع الجزائري أن يبين هذا في نصوص المواد، لأن الأولى الاحتياط في الفروج وحماية لأواصر الرحم والمحبة بدل تضييقه في التحريم من الرضاع بسبب المصاهرة.

ثالثا: المحرمات بسبب الرضاع

المحرمات بالرضاع وهن نظير المحرمات بالنسب ودليل ذلك قوله تعالى:«حُرِّمَت عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُمۡ وَعَمَّٰتُكُمۡ وَخَٰلَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُ ٱلۡأَخِ وَبَنَاتُ ٱلۡأُخۡتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ »[3]، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة»[4]، وجاء في صحيح البخاري في باب «وأمهاتكم التي أرضعنكم»، « ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب».

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص157.

[2] علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء، مرجع سابق، ص262.

[3] الآية 23 من سورة النساء.

[4] أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق عبد الرزاق بن محمد راتب، مرجع سابق، المجلد الخامس، حديث رقم(1444)2، ص53.

وعن ابن عباس قال: قيل للنبي صلى الله عليه وسلم: «ألا تزوج ابنة حمزة؟ قال: إنها ابنة أخي من الرضاعة».[1]

وقد حكى "**ابن قدامى**" الإجماع على تحريم الأم من الرضاع، وأمهاتها وبناتها وعماتها وخالاتها وفي ذلك يقول: «الأمهات والأخوات –أي من الرضاع–منصوص عليهن، والباقيات يدخلن في عموم لفظ سائر المحرمات، ولا نعلم في هذا خلافا»[2]، وبه نص المشرع الجزائري في **المادة 27 من قانون الأسرة:** «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

والرضاع في الشرع هو وصل لبن آدمية مخصوصة، لجوف آدمي مخصوص سواء قليلة أو كثيرة في الحولين قبل فصاله، والرضاع المحرم وضع له الفقهاء شروطا وهي:

- أن تكون المرأة حال انفصال اللبن منها حية حتى لو شربه بعد موتها وعلى هذا فلا يثبت الرضاع من لبن الميتة.
- بالنسبة لمقدار الرضاع المحرم مختلف فيه بين الفقهاء فذهب الحنفية والمالكية بأنه الرضاع المحرم ليس له قدر معلوم، فكل مقدار يحرم قليله وكثيره ولو كان مصة أو مصتان واستدلوا في ذلك بعموم قوله تعالى: «وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ»، تشمل القليل والكثير ونفسه حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

في حين ذهب الشافعية والحنابلة في أرجح أقوالهم الحد الأدنى بـ5 رضعات فأكثر واستدلوا بما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم ثم نسخن بخمس، فتوفي الرسول صلى الله عليه وسلم، وهي فيما يتلى من القرآن.[3]

إلا أنه في تقديرنا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية هو الأرجح وهو الأحوط في الحفاظ على الأنساب ودرء لكل شك، فمادام وصل اللبن إلى جوف الرضيع حرمت عليه مرضعته وبناتها.

ووقت الرضاعة المحرمة هو الصغر عند جمهور الفقهاء وذلك قبل الفطام أو الحولين، فإن كانت بعد الفطام لم تكن المرأة أما له لقوله تعالى: «وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ

---

[1] أبو عبد الله محمود بن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبة البخاري، المجلد الثالث، حديث رقم5100، ص348.

[2] عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص245.

[3] محمد صالح العثيمين، عبد العزيز بن محمد بن داود، مرجع سابق، ص25.

ٱلرَّضَاعَةَ»[1] الذي يبين بوضوح أن مدة الرضاع التامة حولان كاملان ولا زيادة بعدم التمام، كما أن قوله تعالى: « وفصاله في عامين» صريح في أن الفصال هو الفطام في مدة العامين لا بعدهما، وقوله صلى الله عليه وسلم:« **إنما الرضاعة من المجاعة** »، أي أن الرضاع المحرم هو الذي يدفع إليه الجوع[2]، وهذا لا يكون إلا في الصغر، إذ لبن المرأة لا يكون غذاء نافعا للجوع كافيا في الجملة إلا في الصغر، وعلى هذا سار المشرع الجزائري فيما يخص مقدار الرضعات المحرمة على رأي المالكية والحنفية في تحريمه سواء كان كثيرا أو قليلا.

وعلى رأي الجمهور في مدة التحريم أن تكون خلال الحولين الكاملين أي قبل الفطام فنص في **المادة 29 من قانون الأسرة** على ما يلي: «لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا».

ولهذا يتبين أن المشرع الجزائري كما أشرنا سابقا في المحرمات بالمصاهرة أنه اقتصر على ذكر المحرمات بالرضاع ما يحرم بالنسب فقط.

أما فيمن يحرم من الرضاع فتدخل كل من الأم المرضعة وكذا لا يحل نكاح أحد من بناتها ممن ولدته معه أو قبله أو بعده، أما بالنسبة لإخوة الرضيع لا تعنيهم الحرمة.[3]

و بهذا نصت **المادة 28 من قانون الأسرة الجزائري** بقولها:« يعد الطفل وحده دون إخوته ولدا للمرضعة وزوجها، وأخا لجميع أولادها ويسري التحريم عليه وعلى فروعه »، وعليه المرأة المرضعة تنزل منزلة الأم بالنسبة للطفل الرضيع لأنها ساهمت في بناء جسمه، فهي الأم تماما، وجمهور العلماء أيضا أن زوج تلك المرأة التي ثار حليبها بسببه يعد أبا لذلك الطفل الذي رضع من تلك المرأة، وقد احتج الجمهور بالحديث الذي رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاء عمي من الرضاعة، فاستأذن علي، فأبيت أن آذن له حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «**إنه عمك فأذني له**»، فقلت يا رسول الله إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل، فقال رسول الله

---

[1] الآية 233 من سورة البقرة.

[2] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص123.

[3] أبو القاسم عبيد الدين الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري، مرجع سابق، ص68.

صلى الله عليه وسلم «**إنه عمك فليلج عليك**» وذلك بعدما ضرب علينا الحجاب[1]، ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه صريحا على أن زوج المرأة وشقيقه يسري عليهما التحريم بالنسبة للرضيعة، ومسألة التحريم بسبب زوج المرأة المرضعة يطلق عليها كثير من الفقهاء: **التحريم بسبب لبن الفحل.**[2]

ولهذا تظهر حكمة التحريم بالرضاع في **المشابهة بين الأم المرضعة والأم الأصلية النسبية** بسبب اشتراكهما في تغذية جسم واحد ونفس واحدة وهذا فيه إجلال وتقدير لها، بل هناك فائدة للتحريم جاء ذكرها في كتاب المسيحيين الذين أعجبوا بنظام الإسلام في الرضاع هو عبارة عن تشجيع في إحياء الأطفال الذين ليست لهم أمهات يرضعنهم فمتى علمت أن الأم المرضع أنها أولت لها الشريعة معاني الإجلال والتقديس فإنها لا تمتنع على الإرضاع ويكثر بذلك النسل.[3]

وعليه فالحرمة من الرضاع هي مقررة لحماية الأنساب حسب المواد المذكورة سابقا من قانون الأسرة الجزائري، لما يترتب على ذلك من انتشار الأمراض بسبب انتقال بعض البروتينات التي لها دور في بناء الصفات الوراثية من الأم المرضعة إلى هذا الرضيع ولهذا حرم زواجه منها وبناتها وتحسبا لكل تشوه نتيجة الارتباط، ففي المادة **126 قانون أسرة** أكدت أنه: «أسباب الإرث: القرابة والزوجية» فقط، فالمقصود القرابة بالنسب (العصبات) دون الرضاع.

وبعد عرض المحرمات من النساء على وجه التأبيد وهي المتفق عليها[*] بين العلماء سنتطرق إلى المحرمات من النساء على وجه التأقيت ولكن قبل ذلك نورد ما سار عليه القضاء الجزائري في مجال الموانع المؤبدة باعتبارها شرط من شروط صحة عقد الزواج العرفي فنذكر:

-قررت المحكمة العليا: في أنه: « **من المقرر شرعا أن مدة الرضاعة الكاملة هي عامين فقط ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن البنت المحضونة تجاوز عمرها العامين يوم رفع الدعوى فإن قضاة الموضوع**

---

[1] أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق عبد الرزاق بن محمد راتب، مرجع سابق، المجلد الخامس، حديث رقم (1445)7، ص55.

[2] عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص245.

[3] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص126.

[*] أما الموانع المختلف فيها هي كل من **مانعي الزنا واللعان**. نقلا عن ابن رشد، مرجع سابق، ص255، فجعل اللعان وسيلة مشروعة للطعن في ثبوت النسب من طرف الزوج وأنه من موانع التوارث بين الزوجين. نقلا عن العربي بلحاج، مرجع سابق، ص226.

برفضهم لطلب الطاعنة الرامي إلى ممارسة الأب لحق الزيارة في بيتها وبحضورها لحجة إرضاع البنت كل ساعتين طبقوا صحيح القانون، ومن كان ذلك استوجب رفض الطعن» (قرار رقم 71727 بتاريخ 1991/04/23).[1]

-قررت المحكمة العليا: أنه « **من المقرر شرعا أن يفسخ الزواج بسبب الرضاع، إن القرار المطعون فيه لما قضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بفسخ الزواج المبرم بين الطرفين بسبب الرضاع طبق صحيح القانون » (قرار رقم 232324 بتاريخ: 2000/01/13).**[2]

الفرع الثاني: الموانع المؤقتة

ونقصد بالموانع المؤقتة التي يكون التحريم فيها غير مؤبد، فبمجرد زوال سبب التحريم يزول هذا الأخير معه، وهذه الموانع متعددة ومختلفة وهذا ما سنحاول توضيحه وفقا لما يلي:

أولا: زوجة الغير ومعتدته

أول المحرمات على سبيل التوقيت النساء هن **المحصنات والمعتدات،** فلا يجوز للرجل أن يتزوج بامرأة هي في عصمة زوج آخر أو ما دامت في عدة سواء كانت هذه العدة من طلاق أو وفاة وذلك احتراما **لحق الزوجية** ودليل هذا التحريم قوله تعالى: «وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ»[3] أي حرمت عليكم النساء حال تزوجهن بآخرين، والمحصنة هي المرأة التي ما تزال مرتبطة مع زوج آخر بعقد زواج رسمي وشرعي أما دليل المعتدة قوله تعالى:« وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡكِتَٰبُ أَجَلَهُۥۚ ﴿٢٣٥﴾ »[4] أي لا تعقدوا عقد النكاح بالمعتدات حتى تنتهي مدة العدة.

ثانيا: الجمع بين المحرمين من النساء

يحرم الجمع في الزواج بين المرأة وأختها سواء كانت أختا شقيقة أو أختا لأب أو أختا لأم وذلك لقوله تعالى:«وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورٗا رَّحِيمٗا»[5]،

---

[1] جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص666.

[2] نفس المرجع، ص970.

[3] الآية 24 من سورة النساء.

[4] الآية 235 من سورة البقرة.

[5] الآية 23 من سورة النساء.

والحكمة في تحريم الجمع بين الأختين لما يحصل به من العداوة بين الأقارب غالبا ويؤدي ذلك إلى قطع الرحم، كما يحرم الجمع أيضا بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها، وهذا التحريم بإجماع الأمة الإسلامية وذلك لما رواه **أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تجمعوا بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة وخالتها».**[1]

ويحرم هذا الجمع بين المحارم سواء من الرضاع أو من نسب عن جمهور الفقهاء وقد خالف في ذلك "**ابن تيمية**" وتلميذه "**ابن القيم**" فأجاز الجمع بين المحارم رضاعا لعدم ورود نص بالتحريم والنصوص الواردة في تحريم هذا الجمع إلا إذا كانت الصلات نسبية.[2]

ثالثا: المطلقة ثلاثا حتى تتزوج زوجا غيره

لقد أباح الإسلام للرجل الطلاق في دوائر عينها ومنها أنه أباح له مرتين له أن يراجعها بعد كل واحدة منهما في العدة، وأن يعقد عليها إذا كانت العدة قد انقضت ولم يراجعها خلالها فإن طلقها بعد هاتين المرتين، فمعنى أن العشرة الزوجية بينهما لا يمكن أن تستقر، فكان حكم الشرع ألا **تعود إليه**، ولكنها إذا تزوجت زوجا آخر وعاشرته مدة طويلة أو قصيرة، ثم طلقها لأسباب عارضة أو مات عنها وانتهت عدتها فهنا **تحل له** إن طلبها ودليل ذلك قوله تعالى: «ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ ۗ »[3] وقوله كذلك «فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ»[4] (*)، والحكمة من هذا التحريم هي حمل الزوج على التريث والتروي فلا يقدم على ذلك إلا عند الضرورة بعد تأمل وتفكير في عواقب ونتائج تصرفه وكذلك فإن الزوجة حين تعلم خطورة الأمر، فإنها لا تخلق الأسباب الداعية للشقاق والنزاع بينهما.

---

(1) أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق عبد الرزاق بن محمد راتب، المجلد الخامس، حديث رقم (1408)33، ص15.

(2) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص128.

(3) الآية 229 من سورة البقرة.

(4) الآية 230 من سورة البقرة.

(*) وهذا ما أشارت إليه المادة **03/30** من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05 وكذا المادة **51 بقولها:**« لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء ».

فالمقصود إذن بالمطلقة ثلاثا هي الزوجة المطلقة ثلاث مرات متتالية وهي المبانة بينونة كبرى، أما إذا طلق الزوج زوجته طلقة واحدة تلفظ فيها بالثلاث لا تحرم بها المطلقة عنه كونه يعتبر طلقة واحدة.[1]

رابعا: الزيادة على أربع نساء معا

فلا يجوز للرجل أن يتزوج امرأة خامسة وفي عصمته أربع نساء إلا بعد أن يطلق واحدة وتنتهي عدتها أو تموت فيتزوج بخامسة ودليل ذلك قوله تعالى: «مَافَٱنكِحُواْ طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ »[2] فمن شرط التعدد أن يكون العدد قاصر على أربع.

وكذا روى الترمذي أن غيلان بن سلمة أسلم وله عشرة نسوة فأسلمنا معه فأمره النبي عليه الصلاة والسلام أن يتخير منهن أربعا.[3]

كما أن الإجماع الإسلامي انعقد على ذلك، دون خلاف منذ نزول القرآن الكريم حتى عصرنا الحاضر، ومن آثار الزواج العرفي التعدي على هذا المانع ومخالفة الزوج في ذلك.

خامسا: من المحرمات مؤقتا أيضا النساء الكافرات غير الكتابيات إذ يحرم على المسلم الزواج بامرأة لا تدين بأي دين سماوي كالوثنية، المرتدة والماجوسية أما الزواج بالكتابيات فهو حلال وليس حرام إلا أنه مكروه، مخافة خطورة العواقب، فإذا أسلمت المشركة حل الزواج بها لقوله تعالى: «وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ »[4]

أما دليل الكتابيات من اليهوديات والنصرانيات فالزواج بهن حلال قوله تعالى: «وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ

---

(1) العربي بلحاج، مرجع سابق، ص239.

(2) الآية 03 من سورة النساء.

(3) أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، مرجع سابق المجلد الثاني، رقم1128، ص422.

(4) الآية 221 من سورة البقرة.

أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ إِذَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِيٓ أَخۡدَانٍ»[1]

أيضا يسري التحريم على زواج المسلمة بغير المسلم بدليل قوله تعالى:«يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٖ فَٱمۡتَحِنُوهُنَّۖ ٱللَّهُ أَعۡلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّۖ فَإِنۡ عَلِمۡتُمُوهُنَّ مُؤۡمِنَٰتٖ فَلَا تَرۡجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلۡكُفَّارِۖ لَا هُنَّ حِلّٞ لَّهُمۡ وَلَا هُمۡ يَحِلُّونَ لَهُنَّۖ »[2]، وذلك لأن زواج المسلمة بغير المسلم يجعلها في مرتبة أدنى من الكافر، عرضة للاستهزاء بعقيدتها وإيذائها في شعورها في دينها كون أن القوامة تكون دائما للرجل، مما يجعل المرأة والأبناء يخضعون لرحمة الزوج ثم أنه زواج عديم الجدوى في مهب الريح، لعدم توافر السعادة الزوجية الحقيقية فيه وفي ذلك يتجلى قوله تعالى:«وَلَن تَرۡضَىٰ عَنكَ ٱلۡيَهُودُ وَلَا ٱلنَّصَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمۡۗ »[3]

و كذلك نفس الحكم المرتد عن الإسلام اختيارا دون إكراه على ذلك فإنه يفرق بينه وبين الزوجة وصار الكفر مانعا لبقاء العشرة الزوجية، وهذا المانع أشار إليه «**ابن رشد**» في كتابه «**بداية المجتهد ونهاية المقتصد**»[4]، وفي كل الحالتين إذا اعتنق الزوج أو الزوجة بالإسلام بصفة جدية يزول مانع الكفر ويمكن الاقتران بينهما.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد سار وفق ما سار عليه الفقه من المحرمات من الزواج مؤقتا من خلال نصه في **المادة 30 المعدلة بموجب الأمر 05-02** بقولها: «يحرم من النساء مؤقتا:

- المحصنة.
- المعتدة من طلاق أو وفاة.
- المطلقة ثلاثا.

---

[1] الآية 05 من سورة المائدة.

[2] الآية 10 من سورة الممتحنة.

[3] الآية 120 من سورة البقرة.

[4] أبو الوليد محمد بن محمد بن أحمد ابن رشد، مرجع سابق، ص290.

كما يحرم مؤقتا:

- الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو من رضاع
- زواج المسلمة من غير المسلم.»

كما أضاف في **المادة 31** المعدلة بموجب أمر **رقم 05-02 المؤرخ في:27 فبراير 2005** أنه: «**يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسية إلى أحكام تنظيمية**»، وفي هذا إشارة إلى أن كل خرق لقانون الأحوال الشخصية يعد مخالفا للنظام العام لاسيما فيما يتعلق باعتناق الإسلام للأجنبي غير المسلم الذي يريد الزواج بالجزائرية فهنا تتطلب إجراءات تحقيق تركها المشرع الجزائري تخضع لإجراءات تنظيمية تحددها الدولة.

وفي مجال القضاء من أمثلة الموانع المؤقتة قد قررت المحكمة العليا أنه: «**من المقرر شرعا لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء والثابت في القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من قانون الأسرة وطبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين** التصريح برفض الطعن» **(قرار رقم 176551 بتاريخ 1998/02/17).**[1]

كما قررت المحكمة العليا أنه يجوز للزوج مراجعة زوجته ما دامت فترة العدة لم تنته فقررت « **مراجعة الزوج زوجته خلال فترة العدة جائز شرعا وقانونا ما دامت العصمة بيده» (قرار رقم 39557 بتاريخ 2007/05/09)** [2] فإن انقضت العدة يمكن لأي شخص آخر أو المطلق أن يتقدم لها بمقتضى عقد جديد.

كما قررت المحكمة العليا فيما يخص الجهة المختصة في إثبات **إسلام الكافر** بمقتضى شهادة اعتناق صادرة من وزارة الشؤون الدينية ولاسيما الذي أراد الزواج بجزائرية وقررت بما يتعلق بالجهة المختصة ما يلي: «**الإشهاد الصادر عن وزارة الشؤون الدينية كاف لإثبات اعتناق الدين الإسلامي» (قرار رقم**

---

[1] جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص952.

[2] جمال سايس، مرجع سابق الجزء الثالث، ص1456.

398948 بتاريخ: 2007/11/14)[1] ولهذا جاءت **المادة31 بموجب الأمر05-02** إخضاع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى إجراءات تنظيمية.

أما المادة 34 من **قانون الأسرة الجزائري** فقد رتبت جزاء في حالة عدم انتفاء هذه الموانع الشرعية في الزواج وهو الفسخ قبل وبعد الدخول ويترتب عنه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء للرحم وبهذا سار مع فقهاء الشرع في ذلك كونه يفسد شروط الانعقاد في الزواج العرفي.

وبهذا تظهر قيمة الزواج العرفي وحرص الإسلام على اختيار الأسلوب الصحيح في تحديد الزوجة التي تحل شرعا وبذلك ينسجم مع الفطرة البشرية وتتحقق به مصلحة المجتمع في حفظ النسل لاحقا.

فمتى توافرت هذه المقومات في انتقاء الموانع الشرعية إلى جانب ركن الرضا وكل من شرط الولي الشهود، المهر رتب الزواج العرفي لجميع آثار الشرعية.

[1] نفس المرجع، ص1529.

الفصل الثانـــــي

بعد التعرض في الفصل الأول إلى تعريف الزواج العرفي وتمييزه عن الصور المستحدثة المشابهة له نظرا للتطور العلمي والاتفاقيات الدولية التي تنادي بالحرية في السلوكيات و التصرفات و التشكيك في قيم و مقاصد الإسلام من الزواج الشرعي كون الزواج العرفي أو ما يطلق عليه بزواج الفاتحة الذي يعتبر زواج صحيح تنقصه الرسمية المتمثلة في التوثيق وهذا الأخير سنتعرض إليه بالتفصيل في هذا الفصل في مبحثين نتيجة ظهور المشاكل و النزاعات عدة و إهدار في الحقوق في غياب هذه الرسمية القانونية و آثارها الخطيرة على المجتمع و كيفية التصدي لها حماية لحقوق أفراد الأسرة و معالجتها و إجراءات تثبيت الزواج العرفي أمام الجهات المختصة من مصالح البلدية، الموثق و أمام الجهات القضائية.

المبحث الأول: آثار الزواج العرفـــــي

الزواج العرفي المعروف في أوساط المجتمع الجزائري هو المستوفي لجميع مقوماته الشرعية والتي تم التعرض إليها جملة وتفصيلا في الفصل الأول والمتمثلة أساسا في صحة الإيجاب والقبول المكونان لركن الرضا بين الطرفين، اتباعا لقاعدة «**الأصل في العقود الرضائية**»، لكن الزواج له صفة خاصة في الإسلام بضرورة توافر شروط أخرى إلى جانب هذا الركن، فلا يتصور أن يتم زواجا دون مباركة ولي المرأة في أول مشروع تقدم عليه خاصة وأنه هو السند لها في مواجهة كل قذف وبهتان في صحة زواجها، فاستوجب بذلك الشرع أن يحضر هذا العقد شاهدي عدل حتى يكونا بمثابة دليل اثبات على شرعية هذه العلاقة ووسيلة اثبات لحفظ حقوقها من كل جحود أو نكران، فهما بمثابة كتابة لهذا العقد، فبمجرد حضور كل من أطراف العقد يتم الاتفاق على رمز العفة والشرف الذي يستحل به الاستمتاع بالمرأة وتظهر فيه تمسك الزوج ببناء حياة مستمرة، أساسها المحبة والود والدوام، ليتم بعدها الإعلان عليه بمختلف وسائل الإشهار كالولائم والدف فبمجرد استكمال العقد لكل هذه المقومات الأصل فيه ترتيبه لآثاره الشرعية بالنسبة للزوجة والأولاد من نفقة وحقوق زوجية متبادلة، ميراث، نسب...الخ، وهذا هو المفروض في آثاره الإيجابية.

لكن في ظل غياب دليل للزواج العرفي يثبت قيامه عند الجحود والنكران من قبل أحد أطرافه فما مصير هذه العلاقة وآثارها؟ خاصة ما يترتب على ذلك من ضياع حقوق للزوجة باعتبارها طرفا ضعيفا والأولاد الأكثر ضررا، إضافة إلى ما يترتب عن ذلك من آثار إجتماعية تتسبب في عدم استقراره.

فلأجل هذا تدخل أولات الأمور والمسؤولون في البلاد والمتمثل أساسا في المشرع الجزائري الذي فرض التوثيق كشرط شكلي لحماية هذا الميثاق، وذلك من سبيل السياسة الشرعية في حفظ حقوق الرعية من الضياع، قصدا منه التشجيع على توثيق عقود الزواج العرفي والتقليل من اللجوء إليه من قبل الأفراد وبذلك تقل الدعاوى المرفوعة أمام القضاء كحل لإثباته، لكن المفروض في ظل وجود التوثيق تنعدم الدعاوى، ولهذا ألحت الحاجة إلى الوقوف على موقف المشرع الجزائري من الزواج العرفي وما يترتب عنه من آثار.

المطلب الأول: آثار الزواج العرفي بالنسبة للزوجة

الأصل في الزواج العرفي الشرعية التي تترتب عنها جميع الآثار الشرعية لكلا الطرفين، لاسيما حقوق الزوجة والمتمثلة أساسا في حسن المعاشرة معها من قبل الزوج، أساسها المودة والرحمة والاستقرار بينهما، إلى جانب الحقوق المادية المتمثلة في: الإنفاق عليها وتوفير لها الاستقرار السكني في بيت لائق مكلل بكل ظروف الحياة الضرورية إلى جانب عدم حرمانها من حقها في الميراث الذي فرضه الشرع لها، تجب في حقها العدة حال الطلاق بينهما، لكن ما مصير هذه الحقوق في ظل هذا الزواج الذي يفتقر للحماية القانونية؟ فتصبح حقوقها بين ضمان و ضياع.

وعليه سنحاول في هذا المطلب التطرق بإيجاز إلى أهم الحقوق التي يرتبها هذا الزواج شرعيا، وفي نفس الوقت نتعرض إلى الجوانب السلبية التي يرتبها في جانب المرأة ذات المركز الضعيف فيه.

الفرع الأول: الآثار الإيجابية للزواج العرفـي بالنسبة للزوجة

والمقصود هنا بالآثار الإيجابية التي يرتبها الزواج العرفي تلك الحقوق والواجبات في جانب كلا طرفيه فيتحقق بذلك واجب القوامة الذي فرضه الشرع في ذمة الزوج تجاه زوجته، فيتوجب عليه معاشرتها بطريقة تتلاءم ومشاعرها رهيفة الإحساس، من إتيان وصيانة شرفها وكرامتها من كل خدش لهما، وتنتقل لتشمل حسن معاملة أهلها، ولا يتوقف الأمر فقط على الجوانب المعنوية وإنما مسؤول عنها ماديا بالإنفاق وتوفير بيت مستقر، وتمكينها من حقها في الميراث.

وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال تعريف موجز لأهم الحقوق المفروضة على الزوج اتجاه زوجته في ظل هذا الزواج العرفي، وخاصة التي تكون محل نزاع في حالة الجحود والنكران في عدم الاعتراف بها لها.

أولا: الحقوق المعنوية للزوجة في الزواج العرفي

إن أكثر العلماء إذا تكلموا عن حق كل من الزوجين على الآخر يقدمون الكلام عن الزوجة، وهذا دليل على مدى اهتمامهم بأمرها، ومراعاة جوانبها كونها الجانب الأضعف والأحوج إلى العطف والرحمة والإحسان إليها.

فقد أمر رسولنا الكريم الرجال أن:« **يستوصوا بالنساء خيرا** »، وعليه رتب الإسلام حقوقا كثيرة للمرأة من جانبها المعنوي وسنحاول أن نلقي نظرة على أهمها في موضوع الدراسة.

1. المعاشرة بالمعروف

مصداقا لقوله تعالى:«وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا»[1]، وهذه الآية إن كانت موجهة لجميع الرجال سواء كانوا أزواجا أو أولياء إلا أنه المراد بهذا الأمر في أغلب الأحيان هو الزوج، فقال العلامة " **ابن كثير**" ومقصود الشارع الحكيم في هذه الآية طيبوا أقوالكم لهن وحسنوا أفعالكم وهيئاتكم بحسب قدرتكم[2]، كما تحب ذلك منها فافعل أنت بها منها، فمتى التزم الزوج دينيا فهم مقصود الشرع لهذا الحق واتبع الرحمان في قوله:« فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا »[3]، فقال الحسن البصري في فقه هذه الآية: لما سأله رجل: لمن أزوج ابنتي؟ فقال له: "زوجها ذا دين، فإنه إذا أحبها أكرمها، وإذا أبغضها لم يظلمها"[4] فهو حق تبادلي بين كلا الزوجين، فالعشرة إذن يراد بها ما يكون بين الزوجين من الألفة والاجتماع، ويلزم كل واحد من الزوجين معاشرة الآخر بالمعروف من الصحبة الجميلة.[5]

---

[1] الآية 19 من سورة النساء.

[2] أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، مرجع سابق، الجزء الأول، ص699.

[3] الآية 19 من سورة النساء.

[4] أنور محمد سليمان الشلتوني: "**التشريعات الممهدة للزواج وأثر تفعيلها في تمكين الأسرة**"، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، كلية الشريعة، جامعة الزرقاء الخاصة الأردن، العدد الأول،2011، ص05.

[5] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص176.

ومن أهم الأمور المعنوية في المعاشرة هنا التي تحتاجها المرأة هي: الكلمة الطيبة، البسمة اللطيفة المعاملة الودود، المداعبة التي تطيب بها النفس وتسعد بها الحياة.[1]

وهذا الحق أكد عليه قانون الأسرة الجزائري في **المادة 36 بموجب التعديل 05-02** واعتبرته حقا مشتركا بين الزوجين وذلك في فقرتها الثانية بقولها:« يجب على الزوجين: 2-المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة » وبذلك تتحقق المساواة بين الطرفين في هذا الحق، ومن أهداف **المادة 04 المعدلة** من نفس القانون نصت على:« الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب ».

وهو ما أكد عليه المشرع المغربي أيضا في **المادة 51 من مدونة الأسرة** في **فقرتها الثانية** بقولها: «الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين: 2-المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة».

ويتصل بهذا الحق بل يعتبر أثرا من آثاره وهو المودة والرحمة، لأنه ضمنه يتحقق معه أداء الزوج حسن المعاشرة اتجاه زوجته، وفي هذا قال تعالى:« وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»[2]، فمن أهم المعاني التي تحملها هذه الآية هي أن جعل الله عز وجل التواد والتراحم بعصمة الزواج بعد أن لم تكن بينكم سابقة ولا لقاء يوجب هذا التعاطف، والسكن هنا بمعنى الألفة المسكون إليها، والمودة والرحمة بين الزوجين.[3]

---

[1] منال محمود المشني، مرجع سابق، ص119.

[2] الآية 21 من سورة الروم

[3] محمد نبيل غنايم: **الإعجاز التشريعي في قوله تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها"**، رابطة العالم الإسلامي (الهيئة العالمية للإعجاز العلمي في القرآن والسنة)، القاهرة، 1427هـ/ 2006م، ص16.

وبهذه المعاني يتحقق قوله صلى الله عليه وسلم: « **واستوصوا بالنساء فإن المرأة خلقت من ضلع، وأن أعوج شيء في الضلع أعلاه إن ذهبت تقيمه كسرته، وإن تركته لم يزل أعوج، استوصوا بالنساء خيرا**»[1] ومقصود الرسول صلى الله عليه وسلم أنه أوصى الرجال في معاملة النساء بالخير والملاطفة كونهن من عضو معوج، فهي بطبيعتها مستعدة للوقوع في الخطأ، فإن أراد الزوج أن يحيا حياة طيبة فليدرك هذا الكلام ويتساهل ويتسامح حتى يعيش في متعة واحدة واستقرار مع زوجته.[2]

فالعلاقة الزوجية المبنية على أسس شرعية هي علاقة عاطفية تمثل استقرار تحتاجه المرأة خصوصا والرجل عموما في بناء أسرة مستقرة.

2. حق الاستمتاع

انطلاقا من قوله تعالى:« فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ ٱللَّهُ»[3]، وقوله صلى الله عليه وسلم أنه في جماع الرجل زوجته من الصدقات التي يثيب عليها الله، فروى مسلم أنه صلى الله عليه وسلم قال: «... ولك في جماع زوجتك أجر» قالوا يا رسول الله: أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر؟... قال:« أرأيتم لو وضعها في حرام أكان عليه فيها وزر؟... فكذلك إذا وضعها في حلال كان له أجر »[*].

وقال "**ابن حزم**": « وفرض على الرجل أن يجامع امرأته التي هي زوجته، وأدنى ذاك مرة في كل طهر، إن قدر على ذلك»، وإلا فهو عاص لله تعالى، وذهب جمهور العلماء إلى ما ذهب إليه ابن حزم من الوجوب على الرجل إذا لم يكن له عذر.[4]

---

[1] أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبة البخاري، مرجع سابق، المجلد الثالث، حديث رقم5186، ص369.

[2] محمود المصري، مرجع سابق، ص572.

[3] الآية 222 من سورة البقرة.

[*] وكذلك ما رواه البخاري في صحيحه من باب لزوجك عليك حق، حديث رقم5199، عن عبد الله بن عمر بن العاص قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:« يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار؟ » قلت بلى يا رسول الله قال:« فلا تفعل صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حق، وان لعينك عليك حق وان لزوجك عليك حق ».

[4] سيد سابق، مرجع سابق، ص225.

فيفهم مما تم ذكره من أدلة أنه يجب على الزوج أن لا يقصر مع زوجته في حقها في الاستمتاع وبالكيفية المناسبة من الملاعبة والإقبال عليها والاهتمام بها في هذا الجانب بما في ذلك من تحقيق الراحة والاستقرار والسكينة المهم أن يكون كل ذلك في ما أحله الله وفي أوقات الحل ولا تكون مثلا وقت حيض أو نفاس، إذن ففي هذا الحق العفاف للزوجة، وصيانة لها من الوقوع في الحرام، ولهذا أوجب الإسلام حقها في الجماع الحلال ضمن إطار الزواج.

وهذا الحق أكدت عليه نصوص قانون الأسرة من جهة تخلف آثاره، فسمحت للزوجة أن تطلب التطليق من القاضي بسبب هجر زوجها لها في المضجع فوق أربعة أشهر دون عذر شرعي تهربا من الاستمتاع بها، وهذا ما نصت عليه **المادة 53 من قانون الأسرة المعدل في فقرتها الثالثة** بقولها: « يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر».

كما يمكن لها أيضا طلب التطليق بسبب العيب الجنسي الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج ويسبب في ذلك من حرمانها من إنجاب النسل، فنصت المادة 53 فقرتها الثانية بقولها:« يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لأسباب الآتية: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج » وكذا في فقرتها العاشرة بقولها:« كل ضرر معتبر شرعا »، بل قرر المشرع الجزائري للمرأة حق طلب التعويض عند حرمانها من هذه الحقوق وفقا **للمادة 53 مكرر من الأمر 05-02** بقولها:« يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها».

وهذا ما ذهبت إليه أيضا **المادة 98 من مدونة الأسرة المغربية** بقولها:« للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب التالية:

1- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج.
2- الضرر.
3- عدم الإنفاق.
4- الغيبة.
5- العيب.

6- الإيلاء والهجر».

ونظرا لقدسية هذا الحق فقد أمر الإسلام بعدم إفشاء أسرار الزوجية وعدم ذكر الجماع والتحدث به مخالفة للمروءة وذلك لما رواه أحمد عن أبي سعيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « **إن شر الناس عند الله منزلة يوم القيامة الرجل يفضي إلى المرأة وتفضي إليه، ثم ينشر سرها**»[1]، فوجه الدلالة من هذا الحديث عدم التوسع في ذكر تفاصيل المباشرة من طرف الزوج والزوجة وإلا تحملا إثما عظيما عند الله.[2]

3. حق الشورى[*] مع الزوجة في تسيير شؤون الأسرة

يعتبر هذا الحق متبادلا بين الزوجين إلا أنه قد يتعسف فيه الزوج بحكم قوامته التي جعلها الله في حقه دون فهم معناها وكيفية إدارة هذا الواجب، لهذا راعى الإسلام جانب الضعف في الزوجة فأمر الزوج بضرورة مشاركة الزوجة في اتخاذ أي قرار يتطلبه الميثاق الغليظ الذي يجمع بينهما، فالتشاور بين الزوجين هو بر وتقوى ونوع من التكافل الأسري حفاظا على مصلحة الأسرة لهذا قال عز وجل:« وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلۡعِقَابِ ».[3]

وروى الإمام البخاري رحمه الله أن النبي صلى الله عليه وسلم استشار زوجته أم سلمة في صلح الحديبية فأخذ بمشورتها فعلا، فكان فيه الخير للأمة، فهذا دليل على احتساب استشارة المرأة الفاضلة.

وفي هذا يقول البعض في مدى تأثير مبدأ المشاركة والتعاون بين الزوجين لتحقيق التوافق الزوجي، ومن شأنه أن ينعكس إيجابيا على تربية الأولاد نفسيا، فيقول الشيخ "**أماني محمد عبد المنعم غنيمي**" :« **يعتبر التوافق الزوجي و انسجامهما معا هو حجر الأساس في بناء الأسرة القوية المستقرة، فهو يمثل القاعدة**

---

[1] أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، مرجع سابق، المجلد الخامس، حديث رقم (1437) 123، ص45.

[2] سيد سابق، مرجع سابق، ص228.

[*] إن مبدأ الشورى في الشريعة الإسلامية منطلق من مبدأ المساواة والمشاركة بين الرجل والمرأة لبناء علاقات أسرية قائمة على أساس التشاور والتفاهم والتراضي وليس على الفهم والتسلط والتبعية والتهميش. نقلا عن منال محمود المشني، مرجع سابق، ص118.

[3] الآية 02 من سورة المائدة

الصلبة التي يقف عليها الزوجان لتنشئة وتوجيه الأبناء... فكلما وجد الرضا الزواجي بين الزوجين وكذلك التفاهم وتحمل المسؤولية المشتركة وإنكار الذات، فإن ذلك سوف يعود على الزوجين بالنفع والنجاح والاستقرار في الحياة الأسرية والزوجية»، وبالتالي فإن أساس الاستقرار الأسري هو التبادل المشترك بين الزوجين.[1]

فإذا كانت القيادة للأسرة حقا من حقوق الرجل مصداقا لقوله تعالى: «**الرجال قوامون على النساء**»، لا يعني ذلك حمل معنى الظلم والسيطرة والتجبر[*]، فعليه وجب على الزوج استيعاب ما أراده الشارع الكريم من تفضيل الرجال على النساء، في إفادته أن المرأة من الرجل والرجل من المرأة بمنزلة الأعضاء من بدن الشخص الواحد، وبهذا لا يستبد الرجل على المرأة بفضل قوته ويتعاون مع المرأة ليحقق البناء المتكامل في تسيير الحياة الزوجية.

و هذا ما أكده المشرع الجزائري في **الفقرة الثالثة من المادة 36 من قانون الأسرة المعدل** بقوله: « يجب على الزوجين:

3-التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد وحسن تربيتهم»

وبهذا يتحقق معنى المساواة التي أرادها الإسلام بين الرجل والمرأة، فلم يميز معاملة أحدهما على الآخر، ولم يفضل أحدهما على الآخر، وهذه هي المساواة أصل أصيل في الشريعة، بل النساء شقائق الرجال، بمعنى هناك تكامل بين الطرفين.

فهذا الحق مقرر في الشرع قبل أن تطالب به الاتفاقيات الدولية في جانب المرأة وعلى رأسها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979 التي من أبرز أهداف قيامها هو عدم التمييز القائم

---

[1] أماني محمد عبد المنعم غنيمي الشيخ: **التوافق الزواجي وعلاقته بأساليب الرعاية الوالدية للأبناء وتوافقهم النفسي**، رسالة ماجستير، تخصص صحة نفسية، كلية التربية، جامعة الزقازيق، 1425هـ/2004م، ص11.

[*] المراد بالقوامة-القيام- هنا هو الرياسة التي يتصرف فيها المرؤوس بإرادته واختياره، وليس معناها أن يكون المرؤوس مقهورا مسلوب الإرادة لا يعمل إلا ما يوجهه إلى رئيسه. نقلا عن محمد متولي الشعراوي، مرجع سابق، ص109.

على الجنس وبين المعايير الأخرى المتعلقة بالنساء الذي يشكل عقبة أمام مشاركة النساء[1]، وبدليل ذلك حث الإسلام على استحباب مشاركة الزوج زوجته في خدمة البيت مما يعني الرجولة لا تكمن في معنى التعالي على الزوجة والغلظ عليها في القول من أجل أن تشعر بقوته، وإنما أن يستطيع الزوج أن يغمر زوجته بحنانه ومحبته ورحمته.

4. حق الزوجة في زيارة أهلها وزيارتهم لها

من أهم الحقوق التي رتبها الشرع في جانب المرأة هو عدم حرمان الزوج لها من التواصل والتآزر مع أقاربها المباشرين الصلة بها، وعلى رأس هؤلاء الوالدين، فقد نص الفقهاء على أن حق الوالدين في الإحسان والصلة لا يختلف عن حقهما قبل الزواج مع مراعاة التغيرات والظروف الجديدة التي تعيشها الزوجة، بل أكثر تشددا وحرصا على هذا الحق "**ابن حزم**" الذي اعتبر حق والديها مقدم على حق زوجها فقال:« **إن كان الأب والأم محتاجين إلى خدمة الأبن أو الابنة –الناكح أو غير الناكح –لم يجز للابن ولا للابنة الرحيل، ولا تضييع الأبوين أصلا وحقهما أوجب من حق الزوج والزوجة، فإن لم يكن بالأب والأم ضرورة إلى ذلك فللزوج إرحال امرأته حيث شاء مما لا ضرر عليهما فيه**»[2]، ودليله في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم في تقديم حق والديه على كل شيء في صحبتهما وذلك لما جاءه رجل فقال له:« **من أحق الناس بحسن الصحبة؟ قال: أمك ثم أمك ثم أمك ثم أبوك** »، فوجه الاستدلال أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم الوالدين على غيرهما.

ومع ذلك فحسب تقديرنا فإننا نخالف "**ابن حزم**" في عدم طاعة الزوج بسبب إحسان الوالدين بل نقول على الزوج أن يحرص في تكريم امرأته من خلال إكرامه لأهلها قدر مستطاعه، فيطبق قوله تعالى: «وبالوالدين إحسانا»، فباحترامه لوالديها يزداد عزا واحتراما في عينيها، وبهذا تبادله نفس الاحترام لأهله بالمعروف، وبه يتحقق خلق التعاطف والتآلف في إطار المجتمع المتماسك القوي وبها تحفظ الرابطة العائلية.

---

[1] منال محمود المشني، مرجع سابق، ص259.

[2] نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص31.

و ما نلاحظه في هذا الشأن اهتمام قانون الأسرة في **الفقرتين 6 و7 من المادة 36 المعدلة بموجب الأمر 05-02** بقولها:« يجب على الزوجين:

6-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسن والمعروف.

7-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف(*) ».

وبهذا جعله حقا تبادليا ومشتركا بين الطرفين، وتدارك النقص والمفارقة التي كانت في ظل القانون القديم حيث جعل لاحترام والدي الزوج وأقاربه واجبة على الزوجة في حين زيارة أهل الزوجة من محارمها واستضافتهم بالمعروف سلطة جوازية في يد الزوج باستعماله في المادة 38 الملغاة بقولها:« للزوجة الحق ».

فهذا هو الأصل الذي أقره الإسلام في الحفاظ على استقرار الأسرة وعلاقة المصاهرة بين عائلتي الطرفين، وهي أهم الحقوق المعنوية التي على الزوج أن يبقي زوجته فيها ويتحقق بذلك الاحترام المتبادل بين الطرفين.

ثانيا: الحقوق المادية للزوجة في الزواج العرفي

إلى جانب الحقوق غير المادية التي أوجبها الإسلام على الزوج تجاه زوجته حتى تتحقق فيه معاني السكينة والرحمة والتعايش بينهما، سنركز هنا على أهم الحقوق التي تكون أكثر عرضة للضياع من طرف الزوج في الزواج العرفي إذا ما غابت عليه معاني القوامة التي أوكلها الله فيه اتجاهها والمتمثلة في: النفقة والسكن، الميراث، أما بخصوص المهر فقد تم التطرق إليه في مقومات الزواج العرفي باعتباره أهم أثر من آثاره التي به تتم حليه الاستمتاع بالمرأة، ورمز الرغبة من طرف الزوج في بناء أسرة معها.

(*) **المعروف:** المقصود به هنا في الزيارة لأهل لكليهما واستضافتهم في البيت الزوجي في حدود المنطق والمعقول وفي الأوقات المعقولة حتى لا يكون هذا الحق سببا في خلق المشاكل والشقاق بين الزوجين، ولهذا من حق الزوج أن ينظم زيارة زوجته لأهلها بأيام محددة، من باب مصلحة الحفاظ على كيان أسرته.

1. النفقة في الزواج العرفي

تعتبر النفقة[*] من أهم الآثار التي تترتب عن الزواج العرفي الشرعي، فهي واجبة على الزوج مادامت الزوجة طائعة له في الأمور التي تتطلبها العشرة الزوجية، ودليل وجوبها من الكتاب قوله تعالى:«ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ»[1]، وكذلك قوله تعالى:« لينفق ذو سعة من سعته.....»[2] فهذه الآيات دلت على وجوب الإنفاق على المرأة بجميع الأحوال سواء كانت في عصمته أو مطلقة أو حاملا أو مُرْضِعْ، وذلك حسب حال الزوج فلا يكلف الفقير أن ينفق نفقة الغني، بل حتى المعسر إذا لم يجد ولم ترض بالمقام معه فلها أن تفارقه، وطلاق المعسر بالنفقة طلاق رجعي موقوفة على يسر حاله مادامت العدة لم تنقض وفي هذا يقول " ابن **الجلاب البصري**": « وطلاق المعسر بالنفقة رجعي، ورجعته موقوفة على يسره فإن أيسر في عدتها، كانت له رجعتها وإن لم يوسر حتى انقضت عدتها، فلا رجعة له عليها... فالمطلقة الرجعية حكمها حكم الزوجة ولها النفقة في العدة»[3]، والنفقة كذلك توجب على الزوج مهما كانت المرأة ميسورة الحال ولا تسقط إلا بناء على مبرر شرعي، وفي هذا ما رواه **البخاري** في باب « **نفقة المعسر على أهله**» أن أم سلمة قالت: قلت يا رسول الله هل لي من أجر في بني أبي سلمة أن أنفق عليهم، ولست بتاركهم هكذا وهكذا، إنما هم بني؟ قال:« نعم، لك أجر ما أنفقت عليهم».[4]

---

[*] النفقة في اصطلاح الفقهاء "هي كل ما تحتاجه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وما يلزم لها عرفا". نقلا عن أحمد آباش، مرجع سابق، ص172.

[1] الآية 34 من سورة النساء.

[2] الآية 07 من سورة الطلاق.

[3] أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن الجلاب البصري، مرجع سابق، ص55.

[4] أبي عبد الله محمد ابن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبة البخاري، المجلد الثالث، حديث رقم5369، ص417.

ونظرا لقيمة النفقة للزوجة فقد أباح الرسول صلى الله عليه وسلم للمرأة أن تأخذ من مال زوجها إن كان شحيحا فعن عائشة رضي الله عنها أن هندا بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهول ا يعلم فقال:« **خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف** ».[1]

وقد أجمعت الأمة الإسلامية في كل العصور على وجوب نفقة الزوجة على زوجها ولم يخالف في ذلك أحد وفي هذا توجد قاعدة تقول:« من حبس نفسه لحق مقصود لغيره ولمنفعته تكون نفقته واجبة على ذلك الغير »[2]، فعقد الزواج يفرض على الزوجة طاعة زوجها وخدمته في أموره اللازمة ورعاية البيت لذا وجبت عليه نفقتها.

وفي هذا قال "**ابن قدامة الحنبلي**": في كتابه المغني:« اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن »[3]، فمن جملة هذه الأدلة يتضح أن النفقة تثبت للزوجة بمجرد الدخول بها بخلوة صحيحة وبانتقالها إلى بيت زوجها، بل هناك من ذهب إلى وجوب النفقة بمجرد العقد الصحيح دون الدخول وهوما ذهب إليه الحنفية والشافعية وأساسهم في ذلك أن المرأة بالعقد تصبح محبوسة لحق زوجها وإن طالبها بالانتقال فرفضت فإنها تكون ناشزة ولا تستحقها، في حين ذهب المالكية وبعض الشافعية والحنابلة أن النفقة لا تجب بالعقد وحده بل تجب عند الدخول والتمكين لزوجها.

وحتى المرأة العاملة فنفقتها واجبة على الزوج مادامت خرجت للعمل بإذنه أو اشترط ذلك وقت إبرام العقد، ما لم يكن ذلك الشرط منافيا لمصلحة الأسرة والأولاد، وذلك لأن الشريعة الإسلامية أقرت بمبدأ الذمة المستقلة للزوجة وحقوقها على زوجها لا تسقط بمجرد يسارها.[4]

---

[1] نفس المرجع، حديث رقم5364، ص417.

[2] أحمد آباش، مرجع سابق، ص173.

[3] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص438.

[4] عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص282.

وفي هذا أشارت نصوص قانون الأسرة على حق النفقة الثابت للزوجة فبالرجوع إلى **المادة 78 منه** نجدها حددت مشتملات النفقة رغم عدم تعريفها للنفقة الزوجية فنصت على:« تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، السكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ».[*]

كما أكد المشرع على أن النفقة تجب على الزوج بالدخول وبهذا يكون قد أخذ برأي الجمهور من المالكية والحنابلة والشافعية (المشهور عنهم) أو دعوتها إليه ببينة إذا طلبها بالانتقال إلى بيته.

كما أكدت **المادة 79** أن النفقة يراعيها القاضي حال الشقاق بحسب حال الزوجين وظروف المعيشة وذلك بالاطلاع على قسيمة الأجرة أو كشف بالممتلكات فنصت على:« يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الزوجين وظروف المعيشة ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من النطق بالحكم».

فمن خلال ما سبق فإن الزواج العرفي الكامل الأركان والشروط الذي حصل التمكين فيه من الزوجة، تكون نفقتها واجبة على الزوج بالمعروف بسبب هذه الزوجية وبفرض الكتاب والسنة.

2. السكن في الزواج العرفي

والمقصود بالسكن في الزواج العرفي أن يوفر الزوج مكان لائق بالزوجة صالحا للإقامة فيه معها فهو من حقوق الزوجة على زوجها فيوفره لها بما يتناسب مع وضعه المالي والاجتماعي، ومن أدلة هذا الحق قوله تعالى:«أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ»[1]، وأمرت هذه الآية بإسكان المطلقة وقدر إسكانهن بالمعروف، فإذا وجبت السكنى للمطلقة فالتي في صلب عقد الزواج والزوجية أولى به لاستقرار حياتها.[2]

ويشترط فيه أن يكون مستقلا عن الأهل إن أمكن لأن الشعور بالاستقلالية والحرية من جانب المرأة دلالة على تأمين نفسها ومالها وهذا كله في حدود قدر زوجها، لاسيما في المجتمع الجزائري الذي يعرف أزمة

---

[*] فتقصد المادة بضروريات الحياة من مصاريف الكهرباء، الغاز، المياه، أدوات التنظيف، المعروف بحكم العرف والعادة وكذا مستوى المعيشة الذي ألفه مستحقي النفقة. نقلا عن لحسين بن شيخ أث ملويا، مرجع سابق، ص84.

[1] الآية 6 من سورة النساء.

[2] عبد الرحمان بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص813.

السكن والبطالة، فقد قرر الفقه الجزائري بأن الزوج قد وفر لها السكن إن استطاع أن يوفر لها غرفة في شقة مع أهله، مع مرافقها الضرورية، ولا مانع إن كان مع بيت أهله.

فبتوفير البيت يتحقق واجب الزوجة في القرار في بيت الزوجية لأنها القائمة بشؤونه، وليس لها أن تخرج منه حتى تستأذنه في ذلك، فيعتبر صونا لعرضها من كل قذف وحفظا له من كل خداع في غيبه ولهذا قال عز وجل:« فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٌ لِّلۡغَيۡبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُ».[1]

وفي هذا سارت المحكمة العليا في قرار لها:« يستوجب نقض القرار الذي ألزم الزوجة باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهله بسبب أزمة السكن السائدة في الجزائر » وذلك بتاريخ 4 نوفمبر 1985.[2]

وقد نظم قانون الأحوال الشخصية السوري[3] مسألة المسكن الزوجي أحسن تنظيم وذلك في المواد: 65، 66، 67، 68، 69، فقد نصت على سبيل المثال المادة 65:« على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله»، وأيضا المادة 69 منه نصت على:« ليس للزوج إسكان أحد من أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت إيذاؤهم لها».

كما عرف المسكن الزوجي في أحد قرارات محكمة النقض السورية المتعلقة بالمسكن الزوجي على أنه: «المسكن الشرعي هو سكن أمثال الزوج، فإن كان ممن يسكن في دور مشتركة، جاز له إسكان الأباعد والأقارب من لا يؤذي الزوجة»، كما أكدت أيضا على:« أن شرعية المسكن تكون بيئة الزوج وحال أمثاله من أبناء هذه البيئة لا على مجرد الغنى، أما إذا كان الزوج فقيرا لاعتبار المسكن شرعيا، غرفة واحدة مع مرافقها».[4]

---

[1] الآية 34 من سورة النساء.

[2] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص460، كما قررت المحكمة العليا بتاريخ: **1971/03/03** أنه: "**يحق للزوجة المطالبة بسكن ولو لم تحتفظ بهذا الحق في عقد الزواج**"، نقلا عن جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الأول، ص88.

[3] قانون الحوال الشخصية السوري المعدل والمتمم الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59، بتاريخ:1953/09/07.

[4] عبد الرحمان الصابوني: **نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام**، دار الفكر المعاصر، دمشق، سورية، الطبعة الأولى، 1422هـ/2001م، ص110.

ومن علامات أهمية هذا الحق فإن الشريعة الإسلامية وما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وما سارت عليه المادة 72 فقد نصت على:« في حالة الطلاق توفير سكنا لائقا للحضانة على عاتق الأب وإن تعذر عليه ذلك دفع بدل الإيجار، وتبقى بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن إلى حين انتهاء فترة الحضانة».

وفي ذلك قررت المحكمة العليا: «لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن».[1] (قرار رقم288072 بتاريخ:2002/07/31).

3. الميراث في الزواج العرفي

يعتبر حق الميراث من أهم الحقوق المالية التي رتبها الشرع في جانب طرفي العقد الصحيح المكتمل الأركان والشروط الشرعية، والزوجية تعتبر أحد الأسباب إلى جانب القرابة، ومادامت قائمة على أساس شرعي إلى حين وفاة أحد الزوجين فللآخر حق في ميراثه، فبالنسبة للزوجة التي يموت عليها زوجها وهي عصمته الحقيقية ثابت بلا شك أيضا حتى وإن كانت الزوجية حكمية[*] فيبقى حقها في الميراث ثابتا، فبينت الشريعة الإسلامية نصيب كل وارث منهما، ونصيب الزوجة أو الزوجات حال التعدد محدد بقوله تعالى:« وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكۡتُمۡ إِن لَّمۡ يَكُن لَّكُمۡ وَلَدٞۚ فَإِن كَانَ لَكُمۡ وَلَدٞ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكۡتُم»[2]، فواضح من الآية أن الحق مختلف للزوجة أو الزوجات بحسب حال الزوج فإن لم يكن له ولد فيكون حقها –حقهن–الربع من التركة، أما حالة عدم وجود الولد فيكون حقها –حقهن– الثمن في تركة الزوج الميت، وأجمع المسلمون على ميراث الزوجة من زوجها والزوج من زوجته متى انتفت الموانع [**]، والميراث

---

[1] جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الأول، ص1239.

[*] المقصود بالزوجية القائمة حكما كما إذا كانت المرأة معتدة طلاق رجعي، ومات زوجها وهي في العدة من حقها أن ترثه طالما العصمة الزوجية قائمة. نقلا عن محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص198.

[2] الآية 12 من سورة النساء.

[**] بالنسبة لموانع الميراث الذي تحول دون تقسيم التركة على مستحقيها و يأخذ كل مستحق فيها نصيبه وهي محل خلاف بين العلماء إلا أنها مختصرة في كلمة " عش لك رزق " وكل حرف يعني: العين: عدم الاستهلال–عدم نزول الجنين حيا، الشين:

ثابت بالزواج العرفي لكونه زواجا صحيحا كالزواج الرسمي فيثبت الإرث بينهما بموجب العقد، والحق الثابت في ميراث التركة للزوجة بمجرد العقد الصحيح عليها حتى وإن لم تدخل.

أما موقف المشرع الجزائري من أثر الميراث في الزواج العرفي في **المواد 126 وما بعدها** فنص في المادة 126 عن أسباب الإرث بقولها:« القرابة والزوجية »، كما اعتبرت أن الإرث يستحق بمجرد موت الموت حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي في المادة 127، كما أكدت المادة 130 على أنه:« يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء»، أي بمجرد العقد الصحيح.

وإذا كان النكاح فاسدا أو باطلا لا يترتب توارث الطرفين حتى ولو حصل الموت بعد الدخول وذلك في المادة 130 منه، بل تناول حتى حالة وفاة الزوج أو الزوجة قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة طلاق، استحق الحي منهما الإرث وذلك في المادة 132.

وغيرها من الأحكام المتعلقة بحق الزوجين في الميراث، وبخصوص الموانع من الميراث تناولها في المواد 129 (الشك في أسبقية الحياة)، المادة134 (عدم الاستهلال)، المادة135 (القاتل، شاهد الزور، العالم بالقتل) المادة138 (اللعان، الردة)، أما المادة 137 فتكلمت عن القاتل خطأ يأخذ حقه من المال دون الدية أو التعويض.

4. العدل بين الزوجات في الزواج العرفي

يعتبر العدل[*] مطلبا إسلاميا واجب الالتزام به، وأوجب ما يكون مع الأقارب ومن هؤلاء الزوجة وذلك في حالة التعدد في الزواج، فعندما سمح الله عز وجل للرجل بنكاح أكثر من زوجة أوجب شروطا لذلك

للشك في أسبقية الحياة أي الشك في من توفي أولا بين شخصين أحدهما يرث الآخر، اللام: اللعان، الكاف: الكفر، الراء: الرق الزاي: الزنا، القاف: القتل. نقلا عن مسعود الهلالي: **أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري**، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 1429هـ/2008م، ص75.

[*] يطلق عليه أيضا اسم القَسْم، وهو تسوية الزوج في توزيع الزمان والمال عدلا بين زوجاته، وذلك في النفقة، الكسوة، المبيت المسكن، فإذا بات عند الأخرى مقدار ما بات عندها. نقلا عن محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص181، محمد محدة، مرجع سابق، ص391.

والمتمثلة في القصر على أربع وشرط العدل بينهن ماديا وإن لم يحرص على ذلك اعتبر جائرا ظالما في حق من كانت ضحية ذلك، ولهذا ألزمه الله تعالى بقوله:« فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً».[1]

أما قوله تعالى:« فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۚ ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ»[2]، أما قوله تعالى:« وَلَن تَسۡتَطِيعُوٓاْ أَن تَعۡدِلُواْ بَيۡنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوۡ حَرَصۡتُمۡۖ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلۡمَيۡلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلۡمُعَلَّقَةِۚ ...»[3]، العدل المقصود به هنا هو العدل بينهن في الأمور التي يملكها الزوج، في الجانب المادي وليس في الجانب العاطفي وعليه فالميل العاطفي –القلبي– وذلك لما روته السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل، ويقول:« **اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا املك**»، وقال الترمذي إمام الحديث المقصود به الحب والمودة.[4]

قد تناول المشرع الجزائري موضوع التعدد والعدل فيه في **المادة 8 المعدلة بموجب الأمر 05-02** من قانون الأسرة تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية في العدد الأربعة المسموح به في ذلك وكذا اشترط العدل مع إضافته لشروط قانونية أخرى متمثلة في المبرر الشرعي، إخبار الزوجة السابقة والمرأة المقبل على الزواج بها، تقديم الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية إلى جانب القدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة، وفي حالة عدم الحصول على الترخيص للزواج الثاني يجوز في حالة التدليس لكل زوجة مطالبة بالتعويض وفقا **للمادة 8 مكرر** المذكورة أعلاه، بل اعتبر التعدد شرطا تفرضه الزوجة على الزوج وقت إبرام الزواج وفقا **للمادة 19 المعدلة** من قانون الأسرة وفي حالة مخالفة هذا الشرط جاز للزوجة رفع دعوى تطليق بموجب **المادة 53 فقرة 05 المعدلة** بموجب نفس الأمر أعلاه.

---

[1] الآية 03 من سورة النساء.

[2] الآية 03 من سورة النساء.

[3] الآية 129 من سورة النساء.

[4] محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص183.

وعلى هذا الأساس فمن حق الزوجة المتزوجة عرفيا الاستفادة من حق العدل مثل الزوجة المتزوجة زواجا رسميا كون عدم التسجيل لهذا الزواج لا ينعدم معه هذا الحق، ولا يجوز التنازل عليه إلا برضا الزوجة في ذلك، والزوج هنا إن تحجج في عدم قسمه وعدله للزوجة المتزوجة عرفيا فهذا يعرضه لغضب الله، خاصة وأن المتزوجة عرفيا عادة ما تكون في حالة عدم علم الزوجة الأولى المتزوجة رسميا.[1]

وبهذا نكون قد تطرقنا إلى أهم الحقوق التي يرتبها الزواج العرفي في جانب الزوجة باتفاق جميع الفقهاء وقوانين الأحوال الشخصية العربية.

كما تجدر الإشارة أنه توجد بعض الجوانب الإيجابية للزوجة في الزواج العرفي نذكر منها:

أ-في الزواج العرفي حصن وعفاف للمرأة من إرتكاب الفواحش والرذائل من سفاح وزنا وذلك بسبب مشكلة العنوسة والترمل، والطلاق مما يجعل فرصة رغبة الرجال فيهن قليلة وهوما انتشر في الواقع الجزائري، ومن أمثلة ذلك القبول بهذا الزواج اضطرارا لحفظ الشرف لفتاة طلقت وهي في فترة شبابها ولها 4 بنات، فكان هذا الزواج حلا لمشكلتها من التحرش من جهة وفي وجود من يؤوي بناتها من كل طمع وشجع وضياع من جهة أخرى.[2]

ب-الزواج العرفي حل للخروج من قيد السن الذي لا يسمح لها بالزواج الرسمي.

ج-الزواج العرفي يخدم الكثير من النساء اللاتي يتميزن بالحشمة في الحضور في مجلس الرجال فلا يكلفها عناء التنقل إلى الجهات الرسمية لتسجيله رسميا.

د-قد تحصل المرأة المتزوجة على فوائد مالية، كاستمرار صرف المعاش أو السكن المتوفر لها من الدولة أو من جهة ما وتمنع منه لو تزوجت رسميا، وفي هذا شهد الواقع الجزائري حالات في هذا الجانب فتزوجت امرأة عرفيا ورفضت تسجيله رسميا، وهي من أصرت على ذلك بسبب رغبتها في الحفاظ على معاش زوجها المتوفي، وفي نفس الوقت هدفها في إحصان نفسها وعدم العيش وحدها، فضلت العرفية

---

[1] أحمد بن يوسف بن أحمد الديويش، مرجع سابق، ص171.

[2] مقابلة مع المحامي الأستاذ "**صالحي خذير**"، بمكتبه بحي 252 مسكن عمارة رقم 01 شقة 04 بسكرة، بتاريخ: 2016/04/20، على الساعة: 14:00 مساءا.

على الرسمية، والجانب الإيجابي في هذه الحالة هو تسوية الزوج بين كليهما وعدم بخس حقوق كل منهما من ناحية المبيت والإنفاق، أما بخصوص المسكن فتنازلت عنه الثانية المتزوجة عرفيا برضاها.[1]

الفرع الثاني: الآثار السلبية للزوجة في الزواج العرفي

أما الآثار السلبية للزوجة ترتكز كلها في فقدها للحماية القانونية لحقوقها التي ترتبها العلاقة الزوجية العرفية وذلك في حالة انكارها من قبل الزوج الذي ذهبت من روحه معاني الشهامة والصدق والإخلاص التي كانت في بداية ارتباطه بها بمقتضى ميثاق شرعي من جهة ومن جهة أخرى قد يغفل أو يموت الشهود في هذا الزواج غير الموثق باعتبارهم دليل إثبات، فهنا تكون كل حقوقها عرضة للضياع فمن النتائج السلبية في ذلك ما يلي:

أولا–جميع الحقوق التي تم الحديث عنها في الآثار الإيجابية لا تستفيد منها الزوجية على أرض الواقع خاصة منها المادية: مهر، نفقة، وإرث ومسكن، فما مصير ذلك إذا بخسها الزوج منها في ظل انعدام الوثيقة الرسمية التي تثبت العلاقة الزوجية كأساس لهذه الآثار، وهذا كله حالة النزاع أمام القضاء.

ثانيا–الزواج العرفي يكون سببا في فقد أحد شروط انعقاده ومثال ذلك: أن يجمع الزوج في عصمته أكثر من العدد المسموح به شرعا فيمكن له أن يوثق زواجه بواحدة أما الباقي يتزوج بهن عرفيا قد تصل إلى الخمس وهذا يعتبر مانعا شرعيا مؤقتا فيبطل بذلك الزواج ولا يترتب أي أثر بل مصيره هو التفريق بين الزوجة الخامسة وهذا الزوج.

ثالثا–الزواج العرفي يترك الزوجة معلقة لا هي متزوجة وذلك بهجرانها وهدم معاشرتها ولا هي بالمطلقة وهذا فيه إهدار لشرفها وكرامتها ولا يمكن لها حتى اللجوء إلى القضاء لانعدام دليل الزواج والمتمثل في العقد الموثق.[2]

---

[1] حالة مرت علينا كقضية بحكم اختصاصنا بالميدان بمكتبنا الخاص بالمحاماة.

[2] أحمد بن يوسف بن أحمد الدرويش، مرجع سابق، ص185.

رابعا–قد يكون الزواج العرفي في بدايته إعلانا ورغبة من طرف الزوج في الاستقرار معها، لكن بعد الاستمتاع بها مما يجعل له أثرا سلبيا في عدم الاستقرار النفسي لها في فقدان الثقة في جميع الرجال المتفننين لمهارة الخداع والتمثيل.

خامسا–الزواج العرفي قد يكون وسيلة ضغط في يد الرجل يمارسها على المرأة فيهددها بالطلاق على أتفه الأسباب، مما يجعلها تتحمل الظلم والجور الذي يمارسه لاسيما إذا طالبته بأن يلبي لها أدنى حاجيات القوامة من كسوة، دواء، حق استمتاع، أو تكون عرضة للإهانة من قبل أهله فلا يحرك ساكنا نحوها، فتعيش بذلك حياة أسسها الذل والمهانة.

سادسا–الزوجة قد تكون ضحية تحايل زواج الأجانب الذين يقنعونها بالزواج عرفيا وبعدها يصححونه قضاء قصد تسهيل إجراءات تمتعها بجنسيته وتنتقل معه إلى بلده لاحقا، لكن للأسف هدفهم في ذلك تنفيذ أغراضهم في الزواج بها وبعدها تركها مهدرة الحقوق دون وثائق ثبوتية.

سابعا–قد يكون الزواج العرفي التعدد في مرض الزوجة بعدم إجرائها لفحوصات طبية وفقا لما اشترطته **المادة 7 مكرر**[1] من وجوب تقديم شهادة طبية من طرف طالبي الزواج لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تبين خلوهما من أي مرض قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، بل حتى الشريعة الإسلامية حثت على حماية النفس من كل الأضرار بناء على قاعدة لا ضرر ولا ضرار، متى كان الزواج تم إجراؤه أمام موظف مؤهل لذلك، فما معنى هذه المادة في ظل الزواج البعيد عن الدوائر الرسمية.

---

[1] المادة7مكرر المعدلة بموجب الأمر 05–02 تنص على ما يلي: « يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج ».

ثامنا–أيضا الزواج العرفي قد يكون سببا في زواج المعتدة في فترة عدتها[*] وبهذا يحرم ويبطل لتوافره على مانع من موانع الزواج المؤقتة، لاسيما أن العدة من النظام العام في البلاد، فكيف لضابط الحالة المدنية أن يكتشف ذلك والزواج لم يبرم أمامه حتى يعلمهما بذلك؟

تاسعا–قد يكون الزواج العرفي سببا في إلغاء مركز الولي في بعض البلدان العربية بحجة أن المرأة الراشدة تباشر عقدها بنفسها، دون حضور وليها أو مشاورته اعتمادا على مذهب أبي حنيفة في حين لم يدركوا فقه أبي حنيفة وتلاميذه في استحباب تزويج الولي وليس إلغاء وجوده ودون علمه تزوج الفتاة نفسها وبدليل ذلك إبقاؤه على حق الاعتراض إن لم تزوج نفسها من كفئ وبأقل من مهر المثل، وبالتأكيد فهو زواج باطل قريب من الزنا إذا تم في سرية، وهو ما يعرف بالزواج السري في مثل هذه البلدان مثل مصر.

عاشرا–الزواج العرفي ذريعة في طعن الإسلام بفرض مهر المرأة دون تحديد له حد أقصى مما يسبب في تعطيل الشباب في تحمل تكاليف المهر وتحضيرات الزواج، في حين أن المهر متروك حسب ظرف كل فرد المهم أن يكون مباحا شرعا.

الحادي عشر–قد يكون الزواج العرفي سببا في جعل الزوجة وسيلة للانتقام وإفراغ الأحقاد وما شابه ذلك لدرجة وصول الأمر إلى هتك عرض الزوجة لتشويه سمعة عائلتها انتقاما لأحقاد قديمة، ففي ظل غياب دليل إثبات بقيام الزوجة لترفع شكوى ضد زوجها الذي مارس عليها العنف لاسيما في ظل تعديلات قانون العقوبات التي منحت للزوجة حظا أوفر في التقدم بشكوى ضد زوجها بمجرد أذية مشاعرها بالكلام[*]معتبرين ذلك عنفا مورس ضدها ومن بين قضايا الانتقام عن طريق المرأة المتزوجة عرفيا في جريدة الرياض السعودية

---

[*] العدة معناها في اصطلاح الفقهاء أجل ضرب لانقضاء ما تبقى من آثار الطلاق بحيث إذا وقع الطلاق بين الزوج والزوجة فإن هذه الأخيرة لا تتزوج حتى تنقضي المدة المحددة شرعا وقانونا، وشرعت لاستبراء الرحم وثبت للزوجة فيها النفقة إلى غاية انتهائها ما عدا من توفى عنها زوجها فلا نفقة لها. نقلا عن يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص148.

[*] جاء في المادة 266 مكرر فقرة 01 قانون رقم 15–19 أنه:« يعاقب بالحبس سنة (1) إلى ثلاث (3) سنوات، كل من ارتكب ضد زوجته أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية أو النفسية ». نقلا عن قانون رقم**15–19**، مؤرخ في: 18ربيع الأول عام 1437هـ الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2015، يعدل ويتمم الأمر رقم **66–156** المؤرخ في: 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 والمتضمن **قانون العقوبات**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في: 18ربيع الأول عام 1437هـ الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2015، العدد71، ص3.

نشرت قصة عروس باكستانية تم هتك عرضها باغتصاب جماعي وذلك بموافقة زوجها انتقاما لجريمة اقترفها أخوها في بناء علاقة غير شرعية مع ابنتهم.[1]

الثاني عشر–قد تضطر المرأة المسلمة ضمن الزواج العرفي بغير المسلم وهذا حرام، إما لعدم علمها بتدليس الزوج في عدم إظهاره لعقيدته خصوصا أن هذا الزواج يتميز بالسرعة وبالتالي لا يتم التأكد من الرجل الذي تقدم لخطبتها وهذا كله يكثر في التهرب من الرخص الإدارية في تسجيل زواج الأجانب التي فرضها المشرع الجزائري على جهات معينة بمنحها بعد إتباع إجراءات إدارية تم التطرق إليها في أسباب الزواج العرفي.

الثالث عشر–قد يكون الزواج العرفي سببا في تعدد الأزواج بالنسبة للمرأة وهذا ما يخالف الشريعة الإسلامية وذلك حال تزوج المرأة زواجا عرفيا ثم تتزوج بعد ذلك زواجا رسميا فكيف يكون الوضع لو رفعت ضدها دعوى بثبوت الزوجية من طرف زوجها العرفي وفي نفس الوقت رفعت ضدها دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية من قبل زوجها الرسمي.[2]

الرابع عشر–الزواج العرفي قد يكون زواج بنية الطلاق وبذلك تنعدم أهم شروط صيغة الرضا المتمثل في التأبيد وهذا النوع من الزواج قد يغلب عليه سرعة الانتهاء بمجرد تحقيق غرض معين والمرأة فيه تكون مهددة في كل وقت بانهيار استقرارها وعليه فالزواج العرفي هنا يفتقد لعنصر التوثيق وناقص لبعض الأركان والشروط الشرعية.

الخامس عشر–من أكبر عيوب الزواج العرفي جعله وسيلة لتشويه أمر تعدد الزوجات بشتى الوسائل المسموعة والمرئية والمقروءة، في حين تعدد الزوجات أمر وتشريع رباني في عدم إضرار الزوجة الأولى والثانية بهدر حقوق كل منهما، كما أصبح الزواج العرفي وسيلة للتحايلات القانونية في عدم انتظار الترخيص من قبل الجهة المرخصة به.

---

[1] عبد الملك بن يوسف المطلق، مرجع سابق، ص553.

[2] نفس المرجع، ص555.

السادس عشر–أثبت الطب المختص في أمراض النساء والولادة للزواج المبكر –بسن صغيرة–أثر كبير على الهيئة الفيزيولوجية والتركيبة العضوية للفتاة الصغيرة التي لم يكتمل نمو جسمها استعدادا لوظيفة الزواج لاسيما من ناحية الحمل والولادة.[1]

السابع عشر–تعرض الزوجة وأسرتها للعديد من المشاكل والإهانات عند محاولة إثبات الزواج العرفي إذا لم يعترف به الزوج.[2]

و بهذا نجد أن سلبيات الزواج العرفي أكثر من إيجابياته لاسيما ضياع حقوق المرأة لانعدام الدليل الكتابي.

المطلب الثاني: آثار الزواج العرفي بالنسبة للأولاد

إن من الأهداف السامية التي يقوم عليها الزواج العرفي هو تحقيق المقصد الإسلامي المتمثل في "النسل" وتكثيره استجابة لقوله صلى الله عليه وسلم « تناكحوا تناسلوا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة »، فلهذا حرصت الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأساسي لقانون الأسرة الجزائري وباقي القوانين الشخصية العربية الأخرى على ضرورة العناية اللازمة بهذه الفئة منذ كون الطفل جنينا حتى كونه صبيا مميزا.

وبذلك أيضا اهتمت الاتفاقيات الدولية بهذه الفئة الضعيفة في ظل العلاقة الزوجية بصفة خاصة أو خارجها عند هؤلاء، فمن أمثلة تلك الاتفاقيات اتفاقية حقوق الطفل1989[*] حيث أكدت في مادتها السابعة: «... ويكون له –الطفل–قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما».

إلا أننا في موضوع الدراسة سنركز على جملة الآثار الأساسية التي تمس الطفل في ظل الزواج العرفي لنقف على تقييمها الإيجابي والسلبي في هذا المجال.

---

[1] مصطفى قضاة، مرجع سابق، ص08.

[2] أمال جمعة عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص123.

[*] حتى تتبين جهود الجزائر في توفير الحماية الضرورية للطفل فقد صادقت على هذه الاتفاقية المتخصصة في الأحكام الخاصة بالطفل والتي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ: 20 نوفمبر 1989 وذلك بموجب مرسوم رئاسي رقم92–461 المؤرخ في: 24 جمادى الثانية 1413 الموافق لـ 19 ديسمبر 1992، و لتعزيز جهودها أكثر في الساحة الدولية فقد أصدرت قانون رقم 15–12 المؤرخ في: 28 رمضان 1436 الموافق لـ 15يوليو2015 متعلق بحماية الطفل وتم نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في:3 شوال 1436 الموافق لـ 19 يوليو2015، العدد39.

الفرع الأول: الآثار الإيجابية للأولاد في الزواج العرفي

من أهم الآثار التي يرتبها الزواج العرفي الصحيح تتمثل في حق الطفل أن يحمل اسم أبيه ليستفيد بجميع الحقوق التي تترتب على هذا الحق لاسيما الحق في تثبيت الهوية، وحصوله على صفة الابن الشرعي، حق النفقة، الحضانة والميراث وغيرها من الحقوق التي يرتبها هذا العقد بمجرد قيامه ببناء شرعي سليم، ليهنأ بالعيش الكريم واستقرار نفسي دائم، وهذا ما سنحاول الوقوف عليه بإيجاز.

أولا: النسب في الزواج العرفي

يعتبر النسب من أهم الحقوق التي تتفرع عنه جملة من الحقوق والآثار للمراكز المكونة للأسرة، فهو الحق الشرعي والأصيل للولد، لأنه هو الهدف الأسمى الذي أحاطه الشرع والقانون أهمية منعا لاختلاط الأنساب وحفظها من الفساد، ليتم إرساء قواعد البنوة على أساس سليم، فقوة الأسرة تكمن في وحدة الدم الذي يعتبر أقوى حبال الاتصال بين أفرادها، ومن أهداف الشرع أيضا من حماية هذا الحق في تكثير النسل السليم خاصة وأن الأنساب مفخرة الأجداد.*

وعليه سنحاول أن نعرض أهم عناصر النسب من خلال:

1-النسب في اصطلاح الفقهاء هو: «تلك الصلة التي تربط بين شخص وآخر متى انفصل هذا الشخص عن رحم امرأة في عصمة زواج شرعي أو ملك صحيح الذي يكون الحبل من مائة»[1]، وعليه يتضح من التعريف هو رباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم، فالولد جزء من أبيه وسبب في وجوه، فلهذا استحق أن يحمل اسمه، فرابطة النسب هي نسيج الأسرة الذي لا تنفصم عراه.[2]

(*) كان النبي صلى الله عليه وسلم يفتخر بالإنسان إلى أجداده فيقول:« أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب» و ذلك لما رواه الشيخان، كما ثبت عنه أيضا في صحيح مسلم قوله: « أنا سيد ولد آدم يوم القيامة ». نقلا عن أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري تحقيق عبد الرزاق بن محمد الراتب، مرجع سابق، المجلد الثامن، حديث رقم(2278)3، ص28.

[1] عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي: **اثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية مقارنة**، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 1221هـ/ 2000م، ص51.

[2] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص439.

ولهذا قال عز وجل: وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا[1]، ونظرا لهذه الحكمة العظيمة والمقصد الإسلامي نظمت له أحكاما منها:

أ-منع الشرع الآباء من إنكار نسب الأولاد، وحرم انتساب الابن إلى غير أبيه، فقال عليه السلام:« من أدعي إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام ».[2]

ب-كما تم تقرير إبطال الطرق غير المشروعة التي كانت شائعة في الجاهلية من التبني، ومن إلحاق الأولاد عن طريق الفاحشة فقال تعالى:«ٱدْعُوهُمْ لِأَبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ»[3]، وقوله عز وجل:«مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَٰكِن رَّسُولَ ٱللَّهِ وَخَاتَمَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمًا»[4]، وجاء في تفسير هذه الآية بهدف منع انتساب الابن لغير أبيه، فقطعت بذلك انتساب زيد بن حارثة من الرسول صلى الله عليه وسلم كونه تبناه قبل تحريم التبني.[5]

ج-لما كان النسل من أهم فوائد النكاح كما ذكر الإمام الغزالي في كتاب إحياء علوم الدين، فقال: « وفيه فوائد خمسة-أي النكاح- الولد وكسر الشهوة وتدبير المنزل وكثرة العشيرة ومجاهدة النفس بالقيام

---

[1] أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق عبد الرزاق بن محمد الراتب، مرجع سابق، المجلد الأول، حديث رقم (114)63، ص80.

[2] الآية 54 من سورة الفرقان.

[3] الآية 05 من سورة الأحزاب.

[4] الآية 40 من سورة الأحزاب.

[5] عبد الرحمان بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص624.

بهن... والفائدة الأولى الولد وهو الأصل وله وضع النكاح والمقصود إبقاء النسل وأن لا يخلو العالم من جنس الإنس».[1]

فمن أجل تحقيق هذا المقصد فقد سمحت الشريعة الإسلامية في حالة عقم أحد الزوجين كونه سبب حائل في ذلك بالتداوي بما يوافق الشرع ومبادئه، لقوله صلى الله عليه وسلم:« لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله تعالى».[2]

كما اتفق الفقهاء بأن نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة الشرعية أو غير الشرعية، وأما نسب الولد من أبيه فسببه الشرعي هو الزواج في العقد الصحيح أو الفاسد، أو الوطء بشبهة والإقرار، حتى يضمن تسهيل طرق إثباته، كذلك سمح الشرع بالإثبات عن طريق البصمة الوراثية، لما فيها من حكمة خلقه لكل إنسان جينات توارثية خاصة، وبهذا لا يبقى الطفل مجهول الهوية.

وفي هذا أيضا سار المشرع الجزائري على غرار المشرعين الإسلاميين في الاهتمام بهذا الحق المعنوي للطفل فتناول موضوع ثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بأبيهم قانونا وشرعا في المواد 40 إلى 46 من قانون الأسرة، وفي **المادة 40 المعدلة بموجب أمر رقم 05-02** اعتراف فقط بالنسب الشرعي الناتج عن زواج واعتمد في ذلك على قاعدة « **الولد للفراش وللعاهر الحجر** »[*]، فأقل مدة الحمل لولد الفراش بستة أشهر من عقد الزواج سواء كان رسميا أو عرفيا أو صحيحا أو فاسدا، وأقصاها 10 أشهر من تاريخ الانفصال وهذا ما أكدته **المادة 42 من قانون الأسرة** ودليل ذلك قوله تعالى:«وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا[3]، وكذا قوله

---

[1] علي بن مشبب بن عبد الله البكري: **استئجار الأرحام(دراسة تأصيلية مقارنة)**، رسالة الماجستير، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1432هـ/2011م، ص43.

[2] أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق، المجلد السابع، حديث رقم (2204)69، ص204.

[*] معناه أن الولد يلحق الأب الذي له زوجية صحيحة، علما أن الفراش هو المرأة في رأي الفقه و قد يعبر به عن حالة الافتراش، أما الزنا فلا يصلح سببا لإثبات النسب، وإنما يستحق الزاني العاهر الرجم بالحجارة. نقلا عن عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص350.

[3] الآية 15 من سورة الأحقاف.

عز وجل:وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيۡنِ»[1]، فبإسقاط مدة الفصال من مدة الحمل والفصال الواردة في الآية الأولى يبقى للحمل ستة أشهر، وهي بإجماع العلماء أنها المدة الكافية لاحتياج الجنين كي يتكون ويولد حيا، أما عن المدة القصوى للحمل فقد اختلف فيها العلماء**، ورأي المشرع الجزائري من رأي ابن حزم الظاهري الذي جعلها تسعة أشهر، وفي ذلك يقول: «ولا يجوز أن يكون حمل يقترب أكثر من تسعة أشهر ولا أقل من ستة أشهر لقوله تعالى: وَحَمۡلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهۡرًا، وقال تعالى:« وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ »[2] ، فمن ادعى أن حملا وفصالا يكون في أكثر في ثلاثين شهرا فقد قال الباطل والمحال[3]، وهذا الاختلاف في هذه المدة بسبب عدم وجود أدلة من كتاب أوسنة، والواضح أن الفقهاء اعتمدوا في تحديدهم هذه المدة على أقوال من وثقوا بهم من الناس.

والجانب الذي يهم في موضوع النسب لموضوع الدراسة بشأن طرق ثبوت النسب للولد، فبالنسبة للطرق الشرعية والقانونية في إثبات النسب تتمثل فيما يلي:

أ-**الزواج الصحيح:** متى كان الزواج كامل الشروط والأركان عد زواجا صحيحا سواء كان رسميا أو عرفيا فطالما انعقد صحيحا يجب توافر شروط ثلاث حتى يثبت به النسب وهي:

* **أن يكون الاتصال ممكنا:** وهو إمكان تلاقي الزوجين بعد العقد، هذا ما ذهب إليه جمهور العلماء واستدلوا بأن الإمكان كاف دفعا لحرج حقيقة الوطء والإنزال في معرفته، ولا يمكن الاطلاع عليه، وهذا ما يتماشى أيضا مع غلق باب الفساد في عدم احترام الستر وحسن الظن، لاسيما أن النفس البشرية السليمة لا تسمح للشخص أن يضم لنفسه ولدا وهو يعلم حق العلم أنه ليس من صلبه، ولهذا تخرج حالة وجود المرأة في بلد

---

[1] الآية 14 من سورة لقمان.

[**] فقد ذهب أبي حنيفة إلى إعتباره سنتان، الشافعية 4 سنوات وفي فقه مالك خمس سنين وقيل ثلاث سنين. نقلا عن عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص33.

[2] الآية 233 من سورة البقرة.

[3] أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: **المحلى**، الجزء العاشر، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1352هـ، ص316.

وزوجها في بلد آخر أنه فيه امكانية الاتصال، فالتلاقي الجسدي هو المطلوب في اثبات النسب، تطبيقا لقاعدة «**الولد للفراش**».[1]

* يجب عدم نفيه من قبل أبيه بالطرق المشروعة وهو طريق اللعان في الفقه الإسلامي، وهو مأخوذ من اللعن بمعنى الإبعاد وذلك لأن كل واحد منهما يبعد عن صاحبه بتأييد التحريم، وحقيقة أن يحلف الرجل إذا رمى امرأته بالزنى أربع مرات انه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وأن تحلف المرأة عند تكذيبه أربع مرات، إنه لمن الكاذبين، والخامسة أن عليها غضب الله إن كان من الصادقين.[2]

3/ أن تضع الزوجة حملها خلال مدة أقل من 6 أشهر كما قال جمهور العلماء من تاريخ إمكانية الاتصال أو الدخول وأقصاها 10 أشهر من تاريخ الانفصال.

ب-الزواج الفاسد: هو ما توافرت فيه أركان الانعقاد وشروطه ولكنه تخلف فيه شرط من شروط الصحة مثاله: الزواج دون شهود، الزواج المؤقت، جمع الرجل خمسة نسوة في عصمته، وهذا ما أقره القانون الأسرة في المواد 32، 33، 34 فلا يعترف فيه بثبوت النسب إلا بعد الدخول وذلك لمصلحة الولد والخشية من الضياع وذلك ما إذا توافرت فيه الشروط السابق ذكرها في الزواج الصحيح.

وما استقر عليه القضاء الجزائري في هذا الشأن في ثبوت النسب ما قررته المحكمة العليا بقولها: « **طبقا للمادة 42 قانون الأسرة فإن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، أما المادة 41 قانون أسرة فتنص على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا ولم ينفه باللعان، حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق وفي أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه» (قرار رقم 172379 بتاريخ: 1997/10/28).**[3]

كما قررت أيضا في هذا الشأن أنه:« **من المقرر شرعا الولد للفراش وللعاهر الحجر، ومن المقرر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام، ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت**

---

[1] محمد محدة، مرجع سابق، ص417.

[2] سيد سابق، مرجع سابق، ص313، فللعان إذن هو شهادات مؤكدة يؤديها الزوجان تقوم مقام حد القذف في حق الرجل، ومقام حد الزنا في حق المرأة. نقلا عن كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص55.

[3] جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص930.

والزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، وأن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة، وأن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون» (قرار رقم 165408 بتاريخ: 1997/07/08).[1]

وبهذا يظهر أن النسب يثبت بمجرد الزواج الصحيح والفاسد متى لم ينفه الأب باللعان المتوقف عن شروطه الشرعية وهي[2]:

-أن يتم بناء على دعوى يقدمها الزوج وبواسطة حكم قضائي يصدره القاضي واللعان عند السلف يقع في المسجد للترهيب على خطورته حتى القاضي يأمر بإجرائه في المسجد قبل صدور الحكم بالنفي أو إلغائه بالإثبات للنسب خلال قيام الزوجية لقوله تعالى:«وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ».[3]

-أن يكون الزوج عاقلا بالغا ومسلما.

-أن يكون خلال مدة 8 أيام من يوم علمه بالحمل أو الولادة وفي حياة ولده.

ج-الدخول بشبهة: وهو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص ومن صور الشبهة أن يعقد الشخص على امرأة لا تحل له شرعا وبعد الدخول تبين له ذلك، وقد يطلق الرجل زوجته ثلاثا ثم يتصل بها في أثناء العدة معتقدا أنها تحل له، وهنا بالشبهة تدرء عنها الحدود ويلحق الولد بأبيه على أساس أنه نكاح مختلف فيه، بشرط أن تلده في مدة الحمل المعتبرة في ثبوت النسب وهي أقل مدة حمل ستة أشهر وأقصاها 10 أشهر.[*]

---

[1] نفس المرجع، ص1022.

[2] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص ص478،477.

[3] الآية 06 من سورة النور.

[*] ثبت علميا أن أقصى مدة للحمل هي تسعة أشهر بتمامها يضاف لها أسبوعان للاحتياط (285 يوما) وبعدها لا يمكن للجنين أن يبقى حيا مما يدفع الأطباء إلى إجراء العمليات القيصرية لكل تأخر عن الأشهر التسعة. نقلا عن فريدة صادق زوزو: " **أهمية التأكد من مدة الحمل وأثره في إثبات النسب**"، تاريخ المعاينة: 2016/05/14، على الساعة 14:00 مساءا الرابط الإلكتروني: www.lahaonline.com/articles/view/10088.htm.

د-النكاح الباطل: رغم أن هذا النكاح باطل يفسخ قبل وبعد الدخول إلا أنه حفاظا على عدم الضياع للولد فمتى توافر الدخول الحقيقي وإمكانية اتصال يثبت به النسب بعد الدخول.

و في هذا ذهب المشرع الجزائري حيث اعتبر النكاح بإحدى المحرمات باطلا قبل و بعد الدخول في **المادة 34 من قانون الأسرة** و رتب عنها النسب وفي هذا ذهبت **المادة 57 من مدونة الأسرة المغربية** بقولها:« يكون الزواج باطلا:

1- إذا اختل أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه، أي الإيجاب والقبول.

2- إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه.

3-إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول».، أما **المادة 58** فقد نصت على: « تصرح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقا لأحكام المادة 57 أعلاه بمجرد اطلاعها عليه، أو بطلب ممن يعنيه الأمر.

يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحقوق النسب وحرمة المصاهرة».

فيتضح لنا من هاتين المادتين أن البطلان في هذه الحالة من النظام العام تصرح به المحكمة تلقائيا أو بطلب ممن يعنيه الأمر.

ومما لا شك فيه أن هذا الأثر في حالة حسن النية لأن المتعمد في هذا الزواج الباطل لا يمكن ثبوت النسب معه حتى لا يفتح مجال لمثل هذه العلاقات غير الشرعية وترتكب عن عمد، ومع ذلك فإن الواقع يثبت عكس ذلك بدليل ثبوته مع العلاقات غير الشرعية التي ترفع بحجة أنها زواج عرفي، وبمجرد شهود الزور في إثبات مجلس العقد يتم تثبيتها من طرف القضاء بناء على محضر سماع شهود.

إضافة إلى هذا فإن النسب يمكن إثباته بوسيلتي الإقرار والشهادة (البينة).

أما الإقرار فحرص الإسلام على جعله طريقا في ثبوت النسب الصحيح فقد أجاز للأب الإقرار ببنوة الطفل كان قد نتج عن زواج سابق ثم أراد الاعتراف به بعد نكرانه وقال به المشرع الجزائري في المادة 40 المعدلة بموجب الأمر 05-02.

والإقرار بالنسب هو ادعاء المدعي أنه أب لغيره فيصدق في إلحاق الولد بفراشه ويثبت النسب بإقرار الأب (المواد 40 و44 من قانون الأسرة)، ولو كذبته الأم أو كذبه الابن المستلحق أو كان الإقرار بعد موت الابن، إلا أن الإقرار حجة قاصرة على المقر، وهو نوعان:

أ-**إقرار بالنسب محمول على الغير** كأن يقول أحد هذا أخي فلا يثبت إقراره للنسب بل لا بد من بينة أو تصديق الأب على هذا.

ب-**إقرار بالنسب محمول على نفس المقر** كأن يقول شخص هذا ابني أو هذا أبي ولهذا النوع من الإقرار شروط:

-أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب.

-يكون من النوع الذي يصدقه العقل أو العادة، فلا يمكن أن يقول الطفل هذا أبي وهو في عمر 10 سنوات وسن المقر عشرون سنة.

-أن يكون تصديق المقر على إقراره إن كان بالغا فلا يكون من صبي أو مجنون، فاقد الأهلية، أما إن كان بالغا وكذب المقر له بما ادعاه كان النسب باطلا.

-ويقبل النسب من مريض مرض الموت إن أقر به.[1]

و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادتين 44 و45 من قانون الأسرة بقولها:

المادة 44 تنص: « يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة».

المادة 45 نصت على: «الإقرار بالنسب في غير النبوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه».

---

[1] عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص179.

فمجرد ثبوت نسب الولد بالإقرار تثبت له جميع الحقوق الشرعية للأبناء من نفقة وميراث وغيرهما مع موانع الزواج وحقوق وواجبات الأبوة والبنوة وجميع الصلات النسبية من أخوة وعمومة وغيرها.[1]

هـ-**البينة:** والمعتمدة هنا في ثبوت النسب عبارة عن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وهي أقوى من حيث الإثبات من الإقرار كونها متعدية وذلك من خلال تقديم الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية، وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما، وهي أمر كاشف لوجود النسب.

وقد أجاز الفقهاء إثبات النسب بالتسامع كما هو الحال في الزواج والرضاع والولادة والوفاة، لأن هذه الأمور لا يطلع عليها إلا الخواص، ورفعا للحرج في عدم تعطيل الأحكام المترتبة عليها من ميراث.[2]

إلا أن المشرع الجزائري لم يوضح ما المقصود بالبينة مما يفهم أنه أحال ذلك على م222 قانون الأسرة

الطرق العلمية لإثبات النسب (البصمة الوراثية)[*]:

نصت المادة 40 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية المضافة بموجب التعديل 05-02 أنه: «يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب»، وهي أحد الوسائل العلمية الحديثة التي تثبت العلاقة اليقينية الحتمية بين الولد وأبيه.

---

[1] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص488، ونظرا لطبيعة هذه الدعاوى الخاصة التي تتعلق بحالة الأشخاص وحفاظا على سمعتهم وشرفهم يتم النظر فيها بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية وفقا للمادة 491 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] سامي عبد الله أحمد القضاة: "**النسب اثباتا ونفيا**"، تاريخ المعاينة: 2016/05/14، على الساعة: 16:00 مساء، الرابط الالكتروني: www.farrajlawyer.com/viewtopicphp?topicId?:273

[*] المقصود **بالبصمة** أثر الختم بالإصبع أما **الوراثية** فهي مجموع الصفات الفيزيولوجية والتشريحية والعقلية المتشابهة أو المتفرقة بين الأفراد الذين تربطهم صلة القرابة أما المقصود **بالبصمة الوراثية علميا:** هي ما يتوارثهم الأبناء عن آبائهم من صفات تحدد هويتهم بدقة وهذا ما أكده أحد الباحثين أن هذه البصمة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية. نقلا عن محمد أنيس الأروادي: "**البصمة الوراثية**"، دار الفتوى في الجمهورية اللبنانية، كلية الشريعة، جامعة بيروت الإسلامية، دون سنة نشر، ص2.

وهذا الأمر جعل في يد القاضي خاضعا لسلطته التقديرية منعا للتلاعب في قضايا إثبات النسب، وتبقى قاعدة «الولد للفراش» هي الأقوى في هذه القضايا، والذي يتم الاعتماد فيه على التحليل الجيني للحمض النووي (ADN).

وبهذا أصدر المجتمع الفقهي الإسلامي في استخدام البصمة الوراثية المنعقد بمكة المكرمة في الفقرة 21-10-1422هـ عدة قرارات منها:« إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الحزر والحيطة والسرية ولذلك لا بد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية (لا يجوز تقديمها على الإقرار، البينة، وغيرها من الأدلة الشرعية)».

و لا تكون هذه الوسيلة إلا في حالة الفراش الشرعي المبني على العقد الشرعي إذا توافرت شروطه الشرعية والقانونية وهي وسيلة للإثبات فقط وليس لنفي النسب (المادة **02/40** قانون أسرة المعدلة بموجب الأمر **05-02**).[1]

و في أرض الواقع تم إثبات النسب في حال دعوى إثبات الزواج العرفي المرفوعة أمام القضاء.

وعليه فإن موضوع البصمة الوراثية خطير وحساس لما يترتب عنه من نتائج كبيرة تؤثر على العلاقات الاجتماعية وجب ضبطه وفقا للجوانب الشرعية.

و بهذا نكون قد بينا بشكل مختصر عن أهمية هذا الحق المعنوي في جانب الطفل في الزواج العرفي.

ثانيا: النفقة، الحضانة والميراث في الزواج العرفي

فبمجرد ثبوت النسب الحق المعنوي الذي يتمتع به الطفل من الزواج العرفي الشرعي القائم بين والديه تترتب عليه باقي الحقوق التبعية وعلى رأسها النفقة، الحضانة، والميراث.

1) أما النفقة على الأبناء فهي ثابتة في حق الأبناء واجبة على الآباء سواء كانوا ذكورا أو إناثا وهذا بسبب قصرهم بعدم بلوغهم سن الرشد والبلوغ، وفي هذا قوله عز وجل:«وَإِن كُنَّ أُوْلَـٰتِ حَمْلٍ

---

[1] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص499.

فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ»[1]، فوجه الدلالة من الآية أنها أوجبت الإنفاق على الحامل لأجل الجنين الذي في بطنها، وتنتهي النفقة عليها بوضع حملها، كما أوجبت كذلك أجر الرضاع على أب الولد[2]، ودليل ذلك أيضا ما رواه البخاري في باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم:« أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول، تقول المرأة: إما أن تطعمني وإما أن تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن: أطعمني إلى من تدعني؟»[3].

وما تم ذكره أيضا في ما ذكرناه في نفقة الزوجة عن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم هند بنت عتبة أن تأخذ ما يكفيها ولدها بالمعروف لأن أبا سفيان كان شحيحا عليهم، فهذه كلها أدلة على وجوب نفقة الآباء على الأبناء بموجب سلطة الأبوية[*] والولاية عليهم.

و أوجب الفقهاء نفقة الأبناء على الآباء بشروط[4]:

* أن يكون الأبناء ذكورا أو إناثا صغارا غير بالغين وإلا سقطت عليهم.
* أن يكونوا فقراء لا يملكون مالا.
* أن يكون الأب موسرا غير معسر، ولو كان الأبناء في يسار كعمل أحد الأولاد يكون واجب عليهم الإنفاق عليه.

---

[1] الآية 06 من سورة الطلاق.

[2] عبد الرحمان ناصر السعدي، مرجع سابق، ص814.

[3] أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبة البخاري، المجلد الثالث، حديث رقم 5355، ص414.

[*] والسلطة الأبوية على شخص الولد في ظل القانون الفرنسي تثبت على الابن طوال قصره وتتمثل في العمل الذي يؤديه الأب فبعدة أمور وأهمها: الحضانة والتوجيه والتأديب والإنفاق. نقلا عن عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص150.

[4] عبد الرحمان الجزيدي، مرجع سابق، ص554.

* كما استثنوا حالات حتى إن بلغ الولد وكان بالغا لكنه غير قادر على الكسب فتبقى نفقته مستمرة عليه، وبالنسبة للأنثى تبقى نفقتها مستمرة إلى حين أن يدخل بها زوجها، أو ماكثة في البيت لا تملك عملا.

وفي هذا سار المشرع الجزائري في المواد 75، 76، 78، 79، 80 من قانون الأسرة، حيث اعتبر النفقة واجبة على الأب لصالح أولاده من الذكور والإناث ما لم يبلغوا سن الرشد القانوني وهو تسعة عشر سنة –19–وتسقط بالاستغناء عليها بالكسب أي متى مارس أحد الأبناء ذكرا أو أنثى عملا، وتستمر النفقة في حالة العجز عن الكسب لما يجاوز سن الرشد إن أصيب الولد بعاهة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وكذا بالنسبة للأنثى إن لم تتزوج ويتم الدخول بها[*] وذلك وفقا **للمادة 75.**

كما أكدت أيضا **المادة 76** على سقوط النفقة في حالة إعسار الأب وتجب على الأم إذا كانت قادرة وهذا خلافا لما قال "**بن الحسن بن الجلاب البصري**": « ولا تجب النفقة على الأم بولدها مع وجود الأب ولا مع عدمه».[1]

و تشمل النفقة كل غذاء وكسوة وعلاج وسكن و أجرة وغيرها من الضروريات في العرف والعادة وفقا للمادة 78 من قانون الأسرة، والقاضي عندما يحكم بها يراعي حال تقديرها ظروف الزوجين وتستحق من تاريخ رفع الدعوى عند المطالبة بها قضاء وفقا **للمادتين 79 و80** من نفس القانون.

وإلى جانب النفقة ثبتت للصغير الحضانة وتربيته والاهتمام بجميع شؤونه ممن له الحق في ذلك، وقد راعى المشرع ما هو الأصلح والأنفع للطفل في رعاية مصالحه، فجعل أمر العناية في مراحله الأولى إلى الأم، لأنها أرفق وأشفق به وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم عن المرأة التي جاءته تشكو زوجها فقالت: يا رسول الله: إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء، وأن أباه طلقني وأراد

---

[*] وفي هذا يقول القاضي «**محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي**»: "لا يسقط عن الأب نفقة الابنة ببلوغها حتى تتزوج ويدخل بها"، لأن البنت محتاجة إلى الحفظ والمراعاة أكثر مما يحتاج إليه الابن، وحاجتها إلى ذلك بعد البلوغ أكثر وأشد. نقلا عن: أبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي: **الإشراف على مسائل تكت الخلاف**، المجلد الرابع، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأوى، 1429هـ/ 2008م، ص72.

[1] أبو القاسم عبيد الله بين الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري، مرجع سابق، ص112.

أن ينزعه مني فقال لها النبي عليه الصلاة والسلام:« أنت أحق به ما لم تتزوجي »، وبهذا الحديث تثبت أفضلية الأم بالحضانة عن الأب[1]، وهذا الحق يثبت عادة للطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية العرفية، وتثبت له بموجب حكم قضائي، رغم كون الحضانة ثابتة في جانب المرأة بشرط عدم زواجها ثانية، إلا أنه في ظل الزواج العرفي لا يحترم في ظل غياب دليل زواجها من قبل الزوج الأول المطلق.

والحضانة تشمل عادة رعاية الولد و تعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، وهذا ما أكد عليه قانون الأسرة في **المادة 62 منه**، وهذا الحق مكرس في الاتفاقيات الدولية خاصة وان الجزائر صادقت على اتفاقية حقوق الطفل 1989 التي حثت على ضرورة الاهتمام بالطفل في جميع المجالات لاسيما التعليم والرعاية فنصت المادة الثانية من قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل في فقرتها الثانية على:« تعتبر من بين الحالات التي تعرض الطفل للخطر:

- فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي.
- تعريض الطفل للإهمال أو التشرد
- المساس بحقه في التعليم...»[2]

كما أكدت على كل من حق التربية والرعاية والتعليم المادة 54 من مدونة الأسرة المغربي في فقرتيها 06 و07 بقولها: «6- التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل.

7-التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع، وعلى الآباء أن يهيئوا لأولادهم قدر المستطاع الظروف الملائمة لمتابعة دراستهم حسب استعدادهم الفكري والبدني».

وبهذا فتظهر أهمية هذا الحق بالإيجاز الذي وضحناه.

---

[1] عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص192.

[2] قانون15-12 مؤرخ في:28 رمضان 1436 الموافق لـ 15 يوليو 2015 يتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية المؤرخة في:3 شوال 1436هـ الموافق 19 يوليو2015، العدد39، ص5.

أيضا فمن الحقوق المادية المترتبة بمقتضى الزواج العرفي الشرعي والذي يعتبر أثرا من آثار النسب وهو الميراث مصداقا لقوله تعالى:« لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ۚ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا »[1].

فمن أسباب الميراث القرابة، وهي صلة نسبية تربط الوارث بمورثه وتشمل النبوة والأبوة[2]، وقوله أيضا: « يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۚ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ۖ وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ۚ »[3]، فجعل الفرض من عند الله مفروضا دليلا على حق الولد كان ذكرا أو أنثى إن يرث أحد أبواه بسبب رابطة الأبوة والبنوة.

و هذا ما أكد علية المشرع الجزائري في **المادة 126** من قانون الأسرة بقوله:« أسباب الإرث: القرابة والزوجية»، فيقصد بالقرابة هنا النسب من الفروع والأصول وهذا الحق ثابت للولد ما لم ينفه الأب باللعان كونه مانعا شرعيا للميراث.

فهذه مجمل الآثار التي تترتب تلقائيا بمقتضى الزواج العرفي الشرعي لاسيما النسب الذي تثبت معه باقي الحقوق وهذا الذي يكون أكثر عرضة لإهدار في ظل هذا الزواج كما سنوضحه في ما يأتي في الجانب السلبي له.

الفرع الثاني: الآثار السلبية بالنسبة للأولاد في الزواج العرفي

إن الزواج العرفي غير الموثق من أخطر آثاره السلبية إنكار هذا الحق من قبل الزوج، وكذا ترتيب آثار نفسية على الأولاد من جراء هذا الجحود، وسنحاول إيراد أهم سلبيات هذا الزواج فيما يلي:

---

[1] الآية 07 من سورة النساء.

[2] مسعود الهلالي، مرجع سابق، ص62.

[3] الآية 11 من سورة النساء.

أولا–إن الزواج العرفي في كثير من الأحيان يكون سببا في هدم أهم مقاصده التي من أجلها شرع وهي: المحافظة على الأنساب، فيؤدي إلى ضياعها نتيجة لعدم اعتراف الأب بهذه البنوة، فيستمتع بالزوجة وبعدها يهجرها دون أدنى إحساس بالمسؤولية.

ثانيا–الزواج العرفي سبب في زعزعة الاستقرار النفسي والشعوري للولد بتركه دون أسرة يعيش ضمن كنفها.

ثالثا–الزواج العرفي سبب في اختلاط الأنساب، فمن أمثلة ذلك من الواقع المعاش الجزائري أحد الأخوين متزوج عرفيا والآخر متزوج رسميا، فعند ذهاب زوجة الأول إلى وضع مولودها بالمؤسسة الاستشفائية الخاصة بالتوليد أخذت الدفتر العائلي الخاص بأخ زوجها المسجل لزواجه، وقامت بمنحه على أساس أنها مسجلة لزواجها رسميا، وبهذا ينسب الولد إلى غير أبيه، ومما وضحناه أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم من ينسب ولدا له ليس من صلبه حرم من الجنة، فهذا خطر كبير على راحة الطفل وكرامته.[1]

رابعا–الزواج العرفي سبب في استغلال هذه الفئة الضعيفة في الاتجار في دار البغاء والدعارة، وفي هذا العمل تنكير ورفض من الجميع وفي هذا ألزمت **المادة 03 من البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل** بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي الموارد الإباحية[*] على أنه: « تكفل كل دولة طرف أن تغطي كحد أدنى، الأفعال والأنشطة التالية تغطية كاملة بموجب قانونها الجنائي أو قانون العقوبات فيها سواء كانت الجرائم ترتكب محليا أو دوليا أو كانت ترتكب على أساس فردي أو منظم:

أ– 1– عرض أو تسليم أو قبول طفل أي طريقة كانت لغرض من الأغراض التالية:

---

[1] مقابلة مع ممثل مكتب الدخول بالمؤسسة الاستشفائية لطب النساء والتوليد وطب الأطفال لولاية بسكرة، بتاريخ: 2016/04/07، على الساعة: 09:30 صباحا.

[*] اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 263 المؤرخ في: 25 مايو 2000، ودخل حيز النفاذ في: 2002، وصادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06–299 مؤرخ في: 2 سبتمبر 2006.

أ) الاستغلال الجنسي للطفل.

ب) نقل أعضاء الطفل توخيا للربح...»، وهذا ما هو شائع في أوساط المجتمع الجزائري في ظل الهجرة غير الشرعية وفي ظل زواج الأجانب دون احترام الرخص الإدارية والإجراءات التنظيمية.[1]

خامسا–الزواج العرفي أو ما يعرف "بالفاتحة" في الجزائر سببا في أطفال غير شرعيين بسبب استغلال هذا الزواج من طرف ضعيفي الإيمان فتكثر فئة الأمهات العازبات أو بائعات الهوى لأولاد مجهولي الهوية، وهذا ما ينعكس سلبا على وضعية الأطفال برميهم إلى الشارع، وهذا كله نتيجة نزوة أو شهوة تهدر حق الطرف الضعيف.[2]

سادسا–الزواج العرفي قد يكون سببا في إصابة الأولاد بأمراض صحية كقلة المناعة والانهيارات النفسية بسبب عدم الرعاية الكاملة باعتبارها حق أصيل يترتب عن النسب، وذلك في ظل غياب الأب أو المنزل الأسري الذي يحتضنهم.

سابعا–بسبب عدم التوثيق فتنعدم وثائق الهوية وشهادات الميلاد مما يتسبب في ضياع حق التعليم المكرس دستوريا وداخليا ودوليا، بل أولته الشريعة الإسلامية الغراء لقوله تعالى:« ٱقۡرَأۡ بِٱسۡمِ رَبِّكَ ٱلَّذِي خَلَقَ »[3]، وهذا ما تعيشه أغلب الأسر الجزائرية في المناطق النائية، مما يتسبب في قلة الوعي الديني القانوني والثقافي لهؤلاء وكذا هدر لحقه في النفقة والميراث.

ثامنا–الزواج العرفي غير الموثق قد يكون سببا في الاعتداء على أهم حق من حقوق الطفل وهو حقه في الحياة بسبب طرق الإجهاض المرتكبة من قبل الأم غير الراغبة فيه بسبب هجر وإنكار أبيه له، وخوفا من فضيحة المجتمع.

---

[1] مقابلة مع رئيس مكتب الأجانب، مقابلة سابقة.

[2] سهام حواس: "**أطفال غير شرعيين ضحايا سلوك طائش أو زواج بالفاتحة**"، بتاريخ 2016/03/11، على الساعة: 11:00صباحا، الرابط الإلكتروني:
http://sites.google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbytr/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

[3] الآية 01 من سورة العلق.

تاسعا–الزواج العرفي في حالة كتمه في تعدد الزوجات قد يكون سببا في زواج المحرمات لاسيما في عدم معرفة أبناء الزوجة الأولى لأبناء الزوجة الثانية باعتبارهم إخوة.

المطلب الثالث: آثار الزواج العرفي بالنسبة للمجتمع

لا يخفى ما يلعبه الزواج العرفي من دور إيجابي في نظر المجتمع الجزائري خصوصا والمجتمع العربي عموما، لكن سلبياته أكثر منها، وفي الحقيقة هذه الآثار هي مزيج بين الآثار بالنسبة للزوج والزوجة والأولاد كونهم الأكثر مراكز ارتباطا بما ينتجه هذا الزواج، وعليه سنحاول تلخيص أهم الآثار في هذا المطلب.

الفرع الأول: الآثار الإيجابية للزواج العرفي اجتماعيا

أولا–يعتبر الزواج العرفي حلا لأكثر الظواهر الاجتماعية انتشارا لاسيما ظاهرة العنوسة التي يتسبب فيها غلاء المهور من جراء تقاليد وأعراف المجتمع أو بسبب عمل المرأة، مواصلة دراستها وبعدها ستجد نفسها مقبلة على سن اليأس دون تكوين أسرة، وإن لم يتم الحد من انتشار هذه الظاهرة ستترتب نتائج خطيرة على المرأة أو الرجل بسبب الأمراض النفسية أو الانتحارات التي تعتبر مصدرا لليأس، وقد تنتج عن هذه الظاهرة أيضا كبت مشاعر الأمومة والبنوة.[1]

ثانيا–إذا احترم الزواج العرفي الشرعي بالتزام الزوج بواجباته المفروضة عليه من نفقة وإسكان وقسم ورعاية لكل من زوجته وأولاده، يكون إتباعا لسنة النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته الكرام وبه يتحقق استقرار الأسرة النفسي.

ثالثا–يعتبر الزواج العرفي حلا ملائما لعمل الرجل، لاسيما عمله يتطلب السفر من بلد إلى آخر، فيتزوج هناك بامرأة من أجل إعفاف نفسه من فاحشة الزنا.

رابعا–الزواج العرفي فيه تسهيلات لإتمام مراسيم الزواج بعيدا عن القيود الرسمية والإجراءات الإدارية التي تفرضها الإدارات الحكومية.

---

[1] أحمد بن يوسف بن أحمد الديويش، مرجع سابق، ص184.

خامسا–الزواج العرفي يسهل انعقاده بواسطة اجتماع كل من الزوجين والإمام، وبعده يتم إعلانه بالوليمة والإعلان، وفي نفس الوقت في حالة عدم التفاهم يتم فسخه بسهولة خاصة بحضور الإمام الذي حضر عقده لأول مرة بعيدا عن إجراءات رفع الدعوى وطول الخصومات في الفصل فيها قضائيا.

سادسا–يعتبر الزواج العرفي حلا في نظر الأولياء للبنات اللاتي لم يوفقن في الدراسة، وفي نفس الوقت لم يبلغن سن 19 سنة القانوني حتى تشكل الأسر في سن النشاط والصغر فيتحقق بذلك تكثير النسل.

سابعا–الزواج العرفي قد يكون حلا في مشكل السكن والبطالة بسبب قبول بعض الفتيات التزوج من رجل ذو خلق ودين وتضمن له هي الجوانب المادية كونها ميسورة ماديا، ولا تكلفه ما لا يطاق وبالتالي يكون فيه تطبيق سنة النبي صلى الله عليه وسلم في إقبال الشباب عن الزواج.

ثامنا–قد يكون الزواج العرفي حلا لبعض الشباب والطالبات في بعض الدول خاصة مصر لحمايتهم من الزنا في ظل عصر كثرت فيه الإغراءات وغزو الفضائيات، والسماح به من قبل الأولياء ويتحملون أعباء ذلك أفضل من التزوج سرا وفيه تهدر الحقوق.[1]

وعادة في الغالب سلبيات الزواج العرفي أكثر من إيجابياته كونه غير موثق يعني انعدام الدليل والثبات لكافة آثاره ولا يقف الأمر هنا فقط بل يستهدف عدة فئات أخرى من شريحة المجتمع وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال الفرع الثاني.

الفرع الثاني: الآثار السلبية للزواج العرفي اجتماعيا

السلبيات التي تعتري هذا الزواج كثيرة جدا، وبسببها كثر شره وعظم خطره، واستغل الزواج الشرعي في الحصول على اللذة وارتكاب الحرام، وهذا ما سنوضحه فيما يأتي:

أولا–إن الزواج العرفي الشرعي رغم مزاياه القليلة لكنه يفتح منافذ الظن السيء وقذف الناس المرأة فيه بالزنا إذا لم يتم إعلانه وإشهاره بالدف والطبول وفقا لما تقتضيه الأعراف في المجتمعات الجزائرية، رغم صحته بالاكتفاء بحضور الشهود فيه.

---

[1] عبد الملك بن يوسف المطلق، مرجع سابق، ص547.

ثانيا–الزواج العرفي غير الموثق رغم أنه كامل الأركان والشروط إلا أنه زواج رعب وفزع وخوف لما فيه من مخالفة المقاصد وهي السكينة والمودة والرحمة فتكثر فيه المشاكل الاجتماعية من طلاق وجرائم وغيرها.

ثالثا–الزواج العرفي غير الموثق فيه ضياع للقيم الإسلامية المرتبطة بالصدق والإخلاص في تكوين أسرة مع تحمل مسؤولية آثارها من إنفاق وميراث ونسب وحضانة.

رابعا–الزواج العرفي غير موثق فيه عرقلة لحسن سير العدالة عند اللجوء إليها في حالة الخصام من أجل تثبيت العلاقات الزوجية وبعدها المطالبة بالحقوق المترتبة عنها.

خامسا–الزواج العرفي غير الموثق فيه تنازل المرأة عن جزء كبير من حقوقها فلا تستطيع حتى أن تحمي نسلها الجديد من نسبه إلى الأب إذا أنكر، وهذا ما يؤدي إلى ارتفاع عدد الأطفال مجهولي النسب مما يعود سلبا على المجتمع.

سادسا–من أعظم السلبيات للزواج غير الموثق اضطرار الكثير من النساء إلى الإجهاض وارتكاب جرائم الانتحار إذا ما حدث حمل وزوجها هارب تركها معلقة بين الأم العازبة والأم الحقيقية الحاملة لعقد زواجها.

سابعا–يعتبر الزواج غير الموثق حتى وإن كان متماشيا مع الشرع عصيان لأولي الأمور في تسجيله أمام الجهات الإدارية لما رأوه من مصلحة في حماية الحقوق من الإهدار والضياع مادامت طاعتهم في المصالح واجبة.

ثامنا–الزواج العرفي غير موثق قد يكون سببا في تكليف أحد أطرافه تكاليف البصمة الوراثية –ADN– لإثبات نسب الأولاد في ظل إنكار العلاقة.

تاسعا–الزواج العرفي قد يتسبب في انتشار قطع صلات الأرحام وكثرة نسب الفرقة بين الأسرتين للرجل والمرأة، بسبب تخلي الزوج عن مسؤولياته التي يمليها واجب الضمير.

عاشرا–الزواج العرفي غير الموثق وسيلة للتحايل على الدولة في عدم إسقاط الحضانة من قبل الأم المتزوجة زواجا ثانيا عرفيا مما تجعل انعدام دليل إثبات زواجها منعدم في يد الزوج الأول لتقديمه أما القضاء.

الحادي عشر–الزواج العرفي فيه مساس بالنظام العام في الأمن والاستقرار في الدولة، خاصة إذا ما تزوجت المرأة في فترة العدة من حمل أو وفاة، فيختلط النسب ويصعب إلحاقه لأبيه من قبل النيابة العامة لاحقا وقت المطالبة بذلك، بل تصعب تحريك دعوى الإهمال العائلي للزوجة والأولاد في حالة عدم إنفاق الأب على أسرته طبقا **للمادة 330 من قانون العقوبات المعدلة بموجب قانون رقم 15–19** ويفلت من العقاب لانعدام دليل قيام الزواج.[1]

الثاني عشر–استغلال الطبقة الغنية من الرجال والمسنين خاصة من قبل الفتيات صغار السن لتملك ثروتهم فتذهب بذلك معنى العفة والحشمة، لشغله لاحقا في دور الدعارة والبغايا وارتكاب الفواحش.

الثالث عشر–الزواج العرفي غير الموثق في بعض الأحيان يكون سببا في عقوق الوالدين لاسيما زواج المرأة البالغة لوحدها دون تحضير وليها بل تأتي برجل آخر قصد زواجها من شخص يرفضه أهلها لأخلاقه غير السوية، والواقع يشهد حالات كثيرة، والأكثر من هذا فإن الولي المختار من طرفها يتنصل من مسؤولية مشاكلها لاحقا، مما يضطرها للعيش في الشارع هي ومن كانوا نتاج العلاقة الفاشلة، وهذا فيه معصية لله ورسوله الكريم.

الرابع عشر–الزواج العرفي غير الموثق سبب في تعطيل إحصائيات نسبة النمو الديمغرافي، واكتشاف الأمراض بسبب عدم تسجيل الزواج والمواليد والوفيات على مستوى مصالح البلديات والمستشفيات.

الخامس عشر–الزواج العرفي سبب في كثرة دعاوى النسب وإلحاقه أمام الجهات القضائية، وفي كثير من الأحيان ترفض لعدم الإقرار بالأبوة وانعدام الدليل في إثبات ذلك.

---

[1] نصت المادة في فقرتها 1 و2 على أنه:« يعاقب بالحبس من ستة(6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50000 دج إلى 200000 دج: 1– أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز الشهرين (2) ويتخلى على كافة التزاماته الأدبية والمادية المترتبة من السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي ولا تنقطع مدة الشهرين (2) إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية.

2– الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين (2) عن زوجته وذلك لغير سبب جدي.... ». نقلا عن قانون رقم 15_19 مؤرخ في:18 ربيع الأول 1437 الموافق لـ 30 ديسمبر 2015 يعدل و يتمم أمر رقم 66–156 المؤرخ في: 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يوليو 1966 والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في: 18 ربيع الأول 1437هـ الموافق لـ 30 ديسمبر 2015، العدد رقم 71، ص04.

السادس عشر–الزواج العرفي غير الموثق سببا في إضفاء الشرعية على العلاقات غير الشرعية والواقع المعاش يشهد الكثير من هذه القضايا، ولعل أعقد قضية وقعت في ميدان القضاء بشأن دعوى تثبيت الزواج العرفي تم رفعها من امرأة كانت متزوجة في عصمة رجل قصد تثبيت زواجها من علاقة غير شرعية –زنا–، وهذا يعني فساد أخلاقها في ارتكاب فاحشة الزنا وزوجها لا يعلم وبعد طلاقها منه رفعت دعوى تثبيت لعلاقتها المحرمة الأولى، وللأسف الولد هو الضحية بقي مجهول النسب هل لأبيه الذي رباه أم لأبيه الحقيقي الذي تخلى عنه، وفي هذا كله انحراف أخلاقي اجتماعي.[1]

السابع عشر–من أكبر القضايا الخطيرة الناتجة عن الزواج العرفي هي جرائم التزوير عن طريق الادلاءات الكاذبة باكتمال الزواج العرفي شرعيا من خلال توافر ركن الرضا للزوجين وحضور الولي والشهود في حين هو زنا نتج عنه أولاد، فأراد الأطراف من هذا الكذب تثبيت الزواج غير الشرعي حتى تترتب عليه الآثار بالنسبة للولد في ثبوت النسب وتوثيقه في سجلات الميلاد ليستفيد الطفل بعد ذلك من حق التعليم وكل ضروريات الحياة.

الثامن عشر–الزواج العرفي سبب في التحايل على أكل أموال الدولة حراما وترك المحتاجين لها جياعا بسبب الاستفادة من استغلال المعاشات من خلال الزواج العرفي للأرملة المتوفى عنها زوجها تاركا لها منحة تتقاضاها من الدولة من أجل إعالة نفسها وعيالها.

التاسع عشر–استغلال الزواج العرفي الشرعي في الطلاق رسميا من قبل الرجل باتفاق مع زوجته ثم بعد الحكم عليه بتسديد النفقة الغذائية لأولادها يتعمد عدم الدفع حتى يستفيد من صندوق النفقة ويسد به حاجة البطالة في ظل زواجه العرفي بعد إرجاع زوجته المطلقة رجعيا، و في هذا تحايل على قوانين الدولة على حساب المجتمع، فهذا أثر مستقبلي على المشرع الجزائري أن يتفطن لذلك وإلا سيتم استغلال ميزانية الدولة عن طريق الزواج العرفي، وفي هذا تنازل عن نخوة الرجولة والقوامة التي أودعها الله في هذا الرجل الذي انعدمت فيه روح المسؤولية.

---

[1] مقابلة مع المحامية الأستاذة "**معوش خديجة**"، على مستوى مكتبها الكائن بحي 252مسكن عمارة 01 بسكرة، بتاريخ: 2016/03/06 الساعة:15:00 مساءا.

عشرون–الزواج العرفي يسبب في التهرب من المتاعب القانونية التي أدت إلى ارتفاع نسب القضايا أمام جهاز العدالة من قبل الزوجات مطالبات بحقوقهن في تثبيت العلاقات الزوجية التي هي محل إنكار من طرف الأزواج قصد الاستفادة من النفقة والميراث وسكنات تؤويهن من التشرد في الشوارع وإرهاق آبائهم المتكلفين بهم في ظل هذا الإهمال.

الحادي والعشرين– الزواج العرفي يسبب انتشار نسبة الأمية وارتفاع نسبة الفقر بسبب تزويج الآباء لبناتهم في سن مبكرة بحجة العبارة المتداولة في الوسط الجزائري «**البنت تنفعها غير دارها**»، فيحرمونها من مواصلة التعليم ويزوجونها لمن لا يعرف معنى المسؤولية كونه بطالا لا يقوى حتى على توفير قوت عيشه، وهذا كله بسبب جهل الآباء في مصير نهاية هذه العلاقة.

وعموما هذه أهم آثار الزواج العرفي اجتماعيا من إهدار للحقوق وارتكاب الفواحش والتخلي عن القيم الإسلامية في كون الزواج العرفي ميثاق غليظ ومسؤولية أمام الله يوم القيامة يستغل في معصية وخيانة، والأكثر ضررا هي الزوجة والولد والمستنبطة كلها مما تم تقديمه من أسباب مؤدية إليه.

فحسب تقديرنا لا بد من التوعية الدينية والقانونية لقيمة هذا الميثاق وخطر آثاره المترتبة، فعلى المشرع الجزائري خصوصا أن يتخذ التدابير المناسبة باعتباره ولي الأمر في شؤون رعيته للتقليل من المخاطر بمختلف سبل العلاج التي يراها ضرورية.

الفرع الثالث: نماذج متعلقة بقضايا الزواج العرفي من الواقع

وبغرض تأكيد الآثار التي تم توضيحها من الزواج العرفي سواء بالنسبة للزوجة أو الأولاد أو المجتمع نورد بعض النماذج والأمثلة المتعلقة بقضايا الزواج العرفي من الواقع المعاش، وفقا لما يلي:

النموذج الأول:

جاء على لسان أحد المحامين قضية فتاة عمد والدها إلى تزويجها بشاب لا تحبه، وحتى لا تظهر إرادتها لجأ إلى الفاتحة التي أبرمها شيخ الحي، وفي نفس الوقت الشاب لم يكن يرغب في الزواج منها فقام بفض بكارتها وبعدها رفض إتمام مراسيم الزواج، كما أضاف الأستاذ أن القضية مازالت معروضة أمام المحكمة والإشكال الأكبر هو رفض الشيخ المثول أمام المحكمة خوفا من العقاب على مخالفة التعليمة بعدم عقد الفاتحة قبل الزواج المدني، وأنكر القيام بذلك كونه لا يحمل صفة الإمام.

فالشاهد في القضية هو بقاء الفتاة معلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة وأملها معلق في اعتراف الشهود الذين حضروا الفاتحة، وبالتالي إثبات نسب ابنها بعد أن تأكد حملها منه، فالمسؤولية هنا يتحملها ولي الزوجة والشيخ الذي لعب دور الإمام.[1]

النموذج الثاني:

جاء على لسان إحدى المحاميات قضية زواج فتاة عرفيا عن طريق الفاتحة بسبب قربها من سن اليأس وخشيتها من ظاهرة العنوسة، وكل ذلك بسبب رفض والديها لكل خاطب يتقدم لها بحجة عدم رغبتهما في تزويجها، فاضطرت إلى أن تكون زوجة ثانية من رجل يكبرها سنا، فهنا تظهر فائدة الزواج العرفي في شقها الإيجابي لحماية هذه الشابة من ظاهرة العنوسة، لكن بقيت طيلة عام وما يفوق بدون دليل إثبات لزواجها بسبب رفض الزوجة الأولى أن تذهب مع هذا الزوج إلى المحكمة ليحصل على ترخيص بشأن ذلك.[2]

النموذج الثالث:

يذكر الإمام "**عابر محمد**" إمام خطيب المسجد الكبير ببئر خادم بالعاصمة إن « توثيق الزواج أصبح حتمية شرعية وواجبا شرعيا يتعين على كل مقبل على الزواج الالتزام به، نظرا لما يحققه من مصلحة ويمنع من مفسدة على الأمة».

---

[1] رشيدة بلال: "**سبب الخوف من حمل صفة المطلقة، الاستمرار في تسجيل قضايا إثبات الزواج بالمحاكم**"، تاريخ المعاينة: 03/11/ 2016، على الساعة: 11:00 صباحا، الرابط الإلكتروني:
https://sites.google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbyte/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

[2] مقابلة مع الأستاذة المحامية "**سهيلة تيقان**" بمكتبها الكائن بحي الوادي 252 عمارة رقم 07، 59 بسكرة، بتاريخ: 2016/04/16، على الساعة: 15:00 مساءا.

وأكد أيضا أن «الزواج غير الموثق قد يعطي الطفل حكم اللقيط في حضوره والده الذي ينكر نسبه»[1]، ومن أرض الميدان أكبر ما يعانيه الأطفال الذين ينكر آباؤهم نسبهم رغم أن تحاليل البصمة الوراثية "ADN" التي تقوم بها مخابر الشرطة العلمية تثبت أن الأطفال من أصلاب آبائهم من زواج عرفي، لكن في غياب وثيقة تثبت الزواج، ينكر بعض الأزواج أبنائهم ويرمون زوجاتهم بالفاحشة.[2]

النموذج الرابع:

من أمثلة القضايا المتعلقة بإنكار النسب، تقول المستشارة القانونية "**فوزية جمال**" أن: «معظم حالات إنكار النسب تتعلق بالنفقة، كأن تطلب إحداهن فرض النفقة لابنها، حيث يلجأ الأب إلى إنكار النسب، ونادرا ما تتعلق بغير النفقة، كأن تكون فترة حمل الأم من الفترة المعتبرة شرعا في أقل من ستة شهور».

كما أكدت المحامية "**هبة علاء الدين**": « أن الزواج العرفي هو المسؤول الأخطر عن وجود أطفال مجهولي النسب».[3]

النموذج الخامس:

أكبر ما يسببه الزواج العرفي هو حرمان الأبناء من حق التعليم، وفي هذا نذكر قصة عائلة جزائرية تتكون من زوجتين وبنتين إحداهما 7 سنوات والأخرى 9 سنوات، أما الزوجة الأولى متزوجة عرفيا لأكثر من

---

[1] الشروق اليومي: "**أئمة المساجد، توثيق الزواج مدنيا أصبح واجبا وحتمية شرعية**"، تاريخ المعاينة: 2016/03/11، على الساعة: 11:00 صباحا، الرابط الإلكتروني:
http://sites.google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbytr/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

[2] مقابلة مع الأستاذة المحامية "**عثامنية زهيرة**" بمكتبها الكائن بحي الوادي 252 عمارة رقم 01-مقابل المحكمة- 59 بسكرة، بتاريخ: 2016/04/30، على الساعة: 14:00 مساءا.

[3] عبد الملك بن يوسف المطلق، مرجع سابق، ص525.

30 سنة، والثانية لمدة 9 سنوات يطالبان بعد هذه المدة بضرورة توثيق زواجيهما خوفا من موت الزوج وبقائهما دون حقوق وتمكين ابنتيه من التمدرس قبل فوات الأوان.[1]

النموذج السادس:

من بين قصص الواقع التي تشهد بأن الزواج العرفي سبب في زنا المحارم، نذكر قصة سيدة من خلال رسالة بعثتها إلى لجنة الفتاوى بالأزهر تقول فيها:« أنها تزوجت عرفيا وبعقد غير موثق انتظارا لتحسين ظروفه المادية وبعد عشرة دامت خمس سنوات أنجبت خلالها طفلا، اختفى فجأة هاربا تاركها وحيدة مع ابنها، وبعد فترة تقدم إليها رجل كريم للزواج منها وأخبرته أن هذا الطفل "**ابني من الزواج العرفي**"، وقبل الرجل بأن يجعله ابنا له ونسبه لنفسه، و كبر الابن ودخل الجامعة، وبعدها جاءني بعرض زواج من زميلة له بالجامعة و وافقته على ذلك وفي زيارتي لبيت زميلته رأيت صورة أبيها، وكانت المفاجأة أنه هو الزوج الذي تزوجها عرفيا وهرب، فرفضت هذه الزيجة دون إبداء الأسباب وأمام إصرار ابني وافقت وتزوج زميلته التي هي أخته وأنجب منها طفلة».[2]

النموذج السابع:

من أخطر القضايا المطروحة في المحاكم الجزائرية ما يقوله أحد المحامين بمجلس قضاء العاصمة قضية لزواج شرعي بخصوص إثبات النسب إلا أن الزوج شك في زوجته واتهمها بالزنا وأنكر ابنه، فاضطرت هذه الخيرة إلى رفع قضية نسب لتسجيل الطفل، فقرر القاضي إحالة الدعوى للتحقيق أو إلى الطب الشرعي لإثبات قيام العلاقة الزوجية طبقا للماد 40 من قانون الأسرة، وفعلا تم نسب الطفل لأبيه بسبب النتائج التي أكدت تطابق الجينات الوراثية بين الأب والابن وحكم على الزوج بتهمة القذف ونفي الزنا عن الزوجة.

كما ذكر أيضا أن سيدة بعد طلاقها من زوجها طلاقا رسميا تزوجت عرفيا لعدم إشهار الزواج، بغرض الحفاظ على ابنها من الزوج الأول مع أنها كانت قادرة على أن تتزوج شرعيا بزواج موثق، فاغتنم الزوج

---

[1] قناة النهار: "**شهادات مثيرة حول الزواج العرفي وعواقبه على الأبناء في الجزائر**"، تاريخ المعاينة: 2016/05/16، على الساعة: 17:40 مساء، الرابط الإلكتروني:http://www.youtube.com/watch?v:zNbYzg,44

[2] فارس محمد عمران، مرجع سابق، ص ص36، 37.

الثاني الفرصة ولم ينسب ابنه إليه مما دفع بالزوجة إلى رفع قضية إثبات نسب ولجأ القاضي في المحاكمة بطلب إجراء فحص مخبري لمطابقة الجينات الوراثية بينه وبين الطفل، أو إحضار الشهود لإثبات العلاقة الزوجية العرفية بينهما طبقا **للمادة 40 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02**، إلا أن الزوج تغيب على الجلسة عدة مرات، ولما صدر منه ذلك أمرها القاضي بإحضار شهود على الزواج العرفي، تبين للقاضي أن الشهود أسماؤهم مزورة ولم يتم العثور عليهم، وتم تأجيل الجلسة إثر ذلك إلى أن حضر الزوج العرفي لفحص المطابقة الوراثية بإرادته(*)، وإلا بقي الطفل معلقا دون نسب.[1]

إلا أننا نرى في مثل هذه الحالات إجبار الزوج بإجراء الفحص النووي حتى نحافظ على حق الطفل في النسب.

المطلب الرابع: موقف المشرع الجزائري من آثار الزواج العرفي

إن وضع منظومة تشريعية في مجال الأسرة من قبل المشرع الجزائري دلالة على رغبته في الاهتمام بالخلية الأساسية للمجتمع، فوضع بذلك نصوص قانونية في مجالات متعددة مرتبطة بأحكامها وعلى رأسها مجال الزواج وما يترتب عليه من آثار شرعية.

فمن أجل ذلك تدخل بوضع ضوابط وشروط شرعية راعى فيها مقاصد الإسلام السمحة بالحرص في الحفاظ على خصوصياتها، لا سيما في ظل ما ظهر من مستجدات تتصادم في كثير من مصالح مبادئها فبالنظر إلى ما تم عرضه من آثار سلبية للزواج العرفي موضوع الدراسة وما استحدثه المشرع الجزائري من تعديلات في هذا المجال والمتمثلة في سن قواعد خاصة بتوثيقه فألزم بذلك الموظف المختص بإبرام الزواج التأكد أولا من توافر السن القانوني، ومن مدى إجراء الفحوصات الطبية و إلا فرض على الطرفان استظهار

(*) وذلك أن القاضي ليس من حقه إجبار المدعى عليه في قضية إثبات النسب عن طريق "ADN"، خاصة وأنها تعتبر من قبيل التعدي على السلامة الجسدية بأخذ عينة الفحص، وهو حق محمى قانونا.

(1) ريم السلام، "**زوجات يسعين لإثبات نسب أبنائهن في المحاكم(الزواج العرفي أحد عوامل انتشار قضايا النسب)**"، تاريخ المعاينة: 2016/03/11، على الساعة: 11:00 صباحا، الرابط الإلكتروني:
https://sites.google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbytr/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

ترخيصا قانونيا ممنوحا من قبل القاضي المختص يسمح بالإعفاء من السن القانوني، وفي حال عدم احترام ما فرض من شروط شكلية وتم الزواج عرفيا فقد راعى خصوصية الآثار المترتبة من مصالح الزوجة والأطفال فسمح لطرفيه فرصة توثيقه من خلال رفع دعوى قضائية أمام القسم الشخصي.

وعليه في هذا المطلب سنتعرض إلى تقييم أهم تحديث جاء به المشرع ضمن نصوص قانون الأسرة هادفا من وراء ذلك التقليل من سلبيات عدم توثيق الزواج وهذا من خلال تتبع تطبيق النصوص المتعلقة بالتوثيق خلال سنوات معينة حتى تقف على تطور حجم المجهودات التشريعية المبذولة من خلال التطبيق لنقف على مواطن الضعف والخلل في ذلك.

الفرع الأول: أهمية التوثيق في عقد الزواج العرفي

سنحاول أن نعطي لمحة عن أصل التوثيق في عقد الزواج والحكمة من توثيقه، حتى يتسنى لنا معرفة هدف المشرع الجزائري من فرضة كشرط قانوني في الزواج العرفي ليرتب آثاره واقعيا في نظره وذلك من خلال ما يلي:

أولا: أصل توثيق الزواج

إن الشريعة الإسلامية لم تشترط أن يجرى عقد الزواج على يد قاض أو عالم دين أو موظف مؤهل لذلك، بل يكفى في إنعقاده توافر صيغة الإيجاب والقبول مشافهة بحضور شاهدين، الولي، إعلانه و المهر المفروض للمرأة دون ضرورة تسجيله وإفراغه في وثيقة، فبهذا الشكل يعتبر عقدا صحيحا مرتب لجميع آثاره.[1]

إلا أن للتوثيق[*] أصل في حياة المسلمين والصحابة بدأ من وقت تأخير المهر كله أو شيئا منه، فخوفا من النسيان أو موت الشهود أصبح يدون في وثائق واعتباره بمثابة دين في ذمة الرجل و في ذلك قياسا على

---

[1] محمد إبراهيم سعد النادي، مرجع سابق، ص92.

[*] التوثيق لغة يقصد به الإحكام و العهد والائتمان، وشهر العقود أي توثيقها وإعلانها، ومصلحة الشهر تعني إدارة حكومية قائمة على توثيق العقود مثلها هو معروف في مصر القائم بتوثيق العقود هي مصلحة الشهر العقاري لعقود الزواج. نقلا عن

آية الدين في قوله تعالى:«يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِ »[1]، وفي الآية دليل واضح على أهمية التوثيق بالكتابة لضمان الحقوق من الضياع.

وفي هذا يقول شيخ الإسلام "**بن تيمية**" رحمه الله:« ولم يكن الصحابة يكتبون «صداقات» لأنهم لم يكونوا يتزوجون على المؤخر، بل يعجلون المهر وإن أخروه فهو **معروف**، فلما صار الناس يتزوجون على المؤخر والمدة تطول وينسى صاروا يكتبون المؤخر، وصار ذلك حجة في إثبات الصداق، وفي أنها زوجة له، لكن هذا الإشهاد يحصل به المقصود، سواء حضر الشهود العقد أو جاءوا بعد العقد، فشهدوا على إقرار الزوج والزوجة والولي وقد علموا أن ذلك نكاح قد أعلن، وإشهادهم عليه من غير تواص بكتمانه إعلان »[2] وفي هذا القول دليل واضح على أن التوثيق أمر مشروع ولا حرج فيه بل يعتبر بمثابة دليل لإثبات عقد **الزواج** وذلك من قوله رحمه الله «**وصار ذلك حجة في إثبات الصداق وفي أنها زوجة له**».

وعليه أن الأصل **التوثيق بالإشهاد** من قوله تعالى:« وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ »[3]، قال "**ابن كثير**":« أمر الله بالإشهاد مع الكتابة لزيادة التوثقة ».[4]

مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد ابن إبراهيم الفيروز أبادي: **القاموس المحيط**، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ/1990م، ص390، إبراهيم مذكور، مرجع سابق، ص353.

[1] الآية 282 من سورة البقرة.

[2] سعيد عبد العظيم، مرجع سابق، ص57.

[3] الآية 282 من سورة البقرة.

[4] أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القريشي الدمشقي: **تفسير القرآن العظيم**، المجلد الأول، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1423هـ/ 2002م، ص523.

ثانيا: الحكمة من التوثيق في عقد الزواج العرفي

الأصل في الزواج هو الإشهاد فيه كاف لحماية آثاره المترتبة عليه ما دام الوازع الديني حي في ضميره الإنسان، لكن مع تطور الحياة، وتغير الأحوال، ولكثرة الفتن وفساد الذمم ظهرت الحاجة الملحة لتوثيق عقد الزواج بالكتابة والتسجيل وذلك صونا للحياة الزوجية من العبث والتلاعب، والعقل السليم يستوعب أهمية التوثيق في مثل هذه الأحوال لا سيما أن حفظ الحقوق من مقاصد الشريعة الإسلامية، فلما له من أهمية في الإثبات، ففي تقديرنا أصبح التوثيق من الأمور المهمة في الحياة الزوجية تأسيسا على قاعدة "**تحقيق المصالح ودفع المضار**"، خاصة بعدما اتضح لنا من آثار سلبية للزواج العرفي الشرعي في ضياع الأنساب، الميراث وحق النفقة لكلا من الزوجة والولد بسبب عدم وجود وثيقة تثبت هذه العلاقة.

ولهذه الأسباب فإن من حق أولي الأمر في البلاد أن يقرر ما يراه مناسبا في حفظ حقوق من تحت مسؤوليته وهو الأصل الذي ترتكز عليه جميع القوانين في مجال الأحوال الشخصية ومنها قانون الأسرة الجزائري الذي اهتم بمجال الزواج كونه الموضوع أكثر حساسية بتغير الضمائر والنفوس البشرية، والتي يعتمد عليها في الإشهاد عليه، إذا ما صدر منها نكرانا وجحودا عند الحاجة، فاشترط أن يتم الزواج أمام موظف مؤهل للتوثيق وفقا للمادة **18 من قانون أسرة المعدل بموجب الأمر 05-02** لقولها:« يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون» وفي حالة الزواج عرفيا أورد استثناء بإمكانية توثيقه عن طريق صدور حكم قضائي، وفقا **للمادة 22 من نفس القانون** لقولها:« يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة»، فيفهم من هذا التحديث في المنظومة التشريعية لقانون الأسرة، هدف المشرع في التشجيع على التوثيق للزواج حتى يسهل إثباته لاحقا وقت النزاع والخلاف، وهذا قصد جميل ما دام مؤسسا على أحكام الشريعة الإسلامية بناء على مصدرها التبعي المصالح المرسلة(*)، وكذا القياس على "آية الدين" في فرض التوثيق بالكتابة والإشهاد حفظا للحقوق

(*) **المصلحة المرسلة** هي كل مصلحة لم يقم دليل معين من الشرع على اعتبارها أو إلغائها ولكن يحصل من ربط الحكم بها وبنائه عليها جلب مصلحة أو دفع مفسدة، وأكبر مثالها المصلحة التي اقتضت: «**أن الزواج الذي لا يثبت بوثيقة رسمية لا**

من الضياع في المعاملات المختلفة ودليل ذلك ما روي عن **العداء بن خالد** قال **كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم:** «هذا ما اشترى محمد رسول الله عليه وسلم من العداء بن خالد بيع المسلم من المسلم». [1]

وعلى هذا الأساس نقول أن التوثيق إن كان غير لازم لصحة الزواج العرفي شرعا بل صحيح كامل مرتبا لآثاره، لكنه واجبا قانونا وإداريا في ظل ما ظهر من فساد وفتن خاصة حالة إنكار الزواج العرفي وآثاره لغياب سند إثباته[*]، فطاعة أولي الأمر واجبة في ما استحدثه من نصوص لحفظ الحقوق.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التوثيق في الزواج العرفي

الهدف من هذا الفرع هو توضيح ما مدى فعالية التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري على نصوص قانون الأسرة في مجال الأسرة خاصة فيما يتعلق بموضوع البحث وما حققته من نتائج في الجانب التطبيقي لها، قصد التقليل من سلبيات الزواج العرفي وتدعيم التوثيق لحفظ آثاره وقيام الدليل في وجوده فمن أهم ما جاء به في هذا الصدد ما يلي:

أولا- تحديد سن الزواج وأهليته بـ 19 سنة، وذلك بهدف تطبيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وجعله شرطا قانونيا لا يتم تسجيل عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية إذا كان أحد الطرفين أقل من هذا السن وذلك وفقا لنص المادة **07 المعدلة** بموجب **الأمر05-02 في فقرتها الأولى** بقولها:« تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة»، وفي نفس المادة أورد استثناءا على الأصل في إمكانية تسجيل الزواج بموجب ترخيص من رئيس المحكمة باعفاءه من هذا الشرط متى تحقق شرطي المصلحة أو الضرورة

تسمع الدعوى به عند الإنكار» و تبقى بذلك الحقوق معلقة. نقلا عن عبد المجيد محمود مطلوب: **المدخل إلى الفقه الإسلامي (تعريفه، تاريخه، أسسه، خصائصه، مصادره)**، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 1424هـ/ 2003م، ص164.

[1] أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن بردزبة البخاري، مرجع سابق، المجلد الثاني، حديث رقم2078، ص493.

[*] يعتبر أقدم عقد زواج الموجود بين أيدي الباحثين راجع تاريخه إلى نهاية القرن الثاني الهجري، أخذوا عليه من جهة النقد العلمي عدم تدوين السنة التي كتب فيها لهذا ألحقوه بالتاريخ المذكور قياسا على مميزات الكتابة التي كانت معروفة في ذلك العصر مما يدل على أن الكتابة معروفة منذ القديم في مثل هذه العقود. نقلا عن أحمد الشامي، مرجع سابق، ص14.

وقدرة الطرفين على الزواج بقولها:« وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج».

فواضح من المادة أن تحديد السن الغرض منه الاعتناء بما يتطلبه هذا الزواج بمن هم على استعداد في تحمل تبعاته الخطيرة، وكذا رعاية إلى الصحة الجسمية والعقلية للصغير الذي يكون أدنى من هذا السن غير ناضج بعد وهذا كله لتحقيق استدامة النسل لاحقا من هذا الزواج، وفي نفس الوقت بتحديد هذه السن قد يتعارض مع من لديه الأهلية الكاملة والقدرة الجسمية على الزواج فتصبح بذلك عائقا لهم في حرمانهم منه في نظرهم رغم وجود فرصة الترخيص، بالزواج دونها.

ثانيا- ضرورة تقديم وثيقة طبية: تؤكد **سلامة المقبلين على الزواج من أي مرض يتعارض** معه، وذلك وفقا لما نص عليه في المادة **7 مكرر بموجب التعديل،** كما أكدت **على ضابط الحالة المدنية** أن يعلم الطرفان بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج مع تأشير ذلك بعقد الزواج.[1]

وعليه نرى أن هدف المشرع بفرض هذا الشرط كإجراء وقائي لا غير، وذلك من أجل حماية الطرفين وأبنائهم لاحقا من الأمراض الوراثية أو المعدية التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، كما تجدر الإشارة إلى عدم إدراجها ضمن شروط الزواج في **المادة 9 مكرر المعدلة،** رغم التأكيد على إلزاميتها وهي مجرد وثيقة للتأكد من السلامة، ومع ذلك إن لم تحترم من قبل الموثق أو الموظف يتابع **جزائيا للمادة 01/441 من قانون العقوبات** ويتابع كذلك **وفقا للمادة 26** من الأمر **70-20** المعدل بموجب **قانون 14-08** من قبل النيابة العامة باعتبارها الجهة المسؤولة على رقابة أعمالهم في هذا الشأن.

لكن ما يلاحظ من هذين الشرطين عدم ترتيب أي جزاء في حالة مخالفتهما، وما مصير هذه المخالفة في الزواج العرفي موضوع بحثنا؟

---

[1] محمد أمين الصباحي: "**الآثار القانونية للشهادة الطبية**"، مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزائر، العدد 01، 2007، ص117.

ثالثا-إلى جانب ما استوجبته من ضرورة الحصول على ترخيص حال التعدد في الزوجات وذلك مراعاة لمقاصد الإسلام في الحرص على العدل والمساواة مع الزوجة الأولى وأبنائها في الحقوق المادية، فمن لم يستظهر هذا الترخيص رفض توثيق زواجه الثاني وهذا ما **أكدته المادة 08** من نفس التعديل المذكور سابقا.

رابعا- كما يجب مراعاة التراخيص التي تفرضها بعض الجهات الإدارية كسلك الأمن وأفراد الجيش الوطني التي تم توضيحها في الأسباب المؤدية إلى الزواج العرفي.

ففي كل حالة من هذه الحالات من يرغب في الزواج وجب عليه احترام الشرط القانوني المتعلق بـ: سن الأهلية والوثيقة الطبية إلى جانب الشروط الشرعية من رضا، ولي، شاهدي عدل، مهر وانتفاء الموانع الشرعية وإلا حرم من التوثيق.

فالغرض من التذكير بهذه الشروط التي يتطلبها القانون إلى جانب الأركان والشروط المقررة شرعا حتى نقف على مدى فعاليتها على أرض الواقع باعتباره المرآة العاكسة لنجاح المنظومة التشريعية من عدمها.

ومن أجل هذا الغرض قمنا بإجراء إحصائيات لبعض السنوات قبل التعديل وبعد التعديل لقانون الأسرة **بموجب الأمر 05-02** حتى نقف على الخلل الذي تسبب في الانتشار الواسع للزواج العرفي في ظل وجود نصوص تؤكد على التوثيق، لا سيما أن العملية الإحصائية تعتبر أداة منهجية لاتخاذ القرارات السليمة لما توفره من رؤية واضحة للواقع تتميز بالموضوعية والانسجام لنخرج في الأخير بجملة من الحلول والاقتراحات التي تساهم في الارتقاء التشريعي والواقع القضائي معا.

أولا: وضعية الزواج قبل صدور أمر 05-02

ففي هذا التقييم قمنا باختيار سنوات معينة لحالات الزواج المسجل بعقود سجلات الزواج بمقتضى المادتين **18 من قانون أسرة 84-11 قبل التعديل** والتي كانت تنص على:« يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 9[*] من هذا القانون»، وكذا **المادة 22 من نفس**

---

[*] حيث كانت تعتبر المادة 09 من قانون الأسرة في ظل قانون84-11 قبل التعديل للزواج **أركان أربعة هي: رضا الزوجين ولي الزوجة، شاهدين، صداق.**

القانون والتي نصت على:« يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية».

وعلى أساس هاتين المادتين يفهم أن:

1- الموظف المؤهل في توثيق الزواج يتمثل في كل من الموثق وضابط الحالة المدنية.

2- أركان الزواج التي يجب أن يراعيها كل منهما هي: **الرضا بين الزوجين، الولي، الشاهدين والصداق فقط** وإلا عد الزواج باطلا.

3- مما يلاحظ أيضا أن السن كانت معتبرة شرطا ضمنيا ومحدد بالنسبة **للذكر 21 سنة** والأنثى **18 سنة** فكان فيه انسجام مع نضج الذكر لتحمل مسؤولية الزواج في تقديرنا.

4- النيابة العامة لم تكن طرفا قبل التعديل في القضايا الأسرية.

5- قبل التعديل كانت فيه إمكانية تثبيت الزواج العرفي بإجراءين:

أ- بمقتضى طلب يقدم إلى النيابة العامة ويصدر بشأنه أمر من رئيس المحكمة غير قابل للطعن بقيده في سجل عقود الزواج.

ب-أو بلجوء طرفي الزواج إلى القسم الشخصي ورفع دعوى قضائية لاستصدار حكم قضائي ويسجـــل عن طريق أمر وكيل الجمهورية.

و عليه قمنا باختيار إحصائيات [1] بتوثيق الزواج لثلاث أشهر من كل سنة من السنوات الآتية ببلدية بسكرة كنموذج:

* سنة 2002 (ماي، جوان، جويلية).
* سنة 2003 (جانفي، فيفري، مارس).
* سنة 2004 (أكتوبر، نوفمبر، ديسمبر).

---

(1) مقابلة مع مسؤول مكتب الإحصاء الموجود على مستوى بلدية بسكرة، بتاريخ 2016/04/04 على الساعة: 09:00 صباحا إلى 16:00 مساءا.

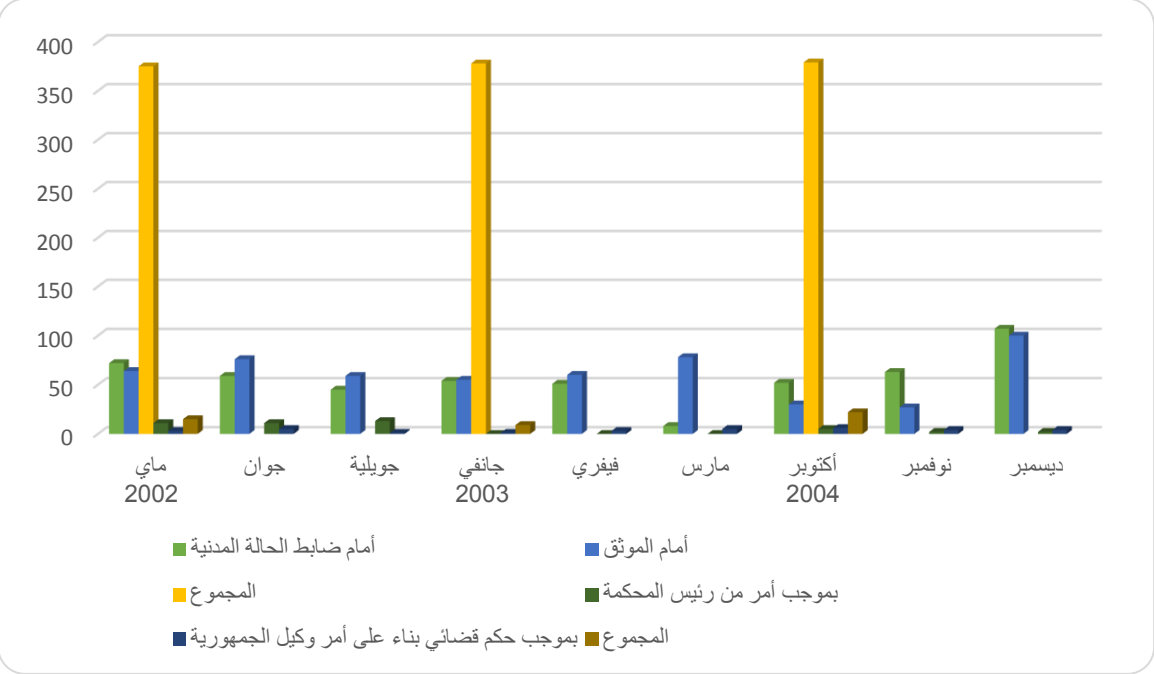
و هدفنا في ذلك معرفة مدى احترام التوثيق للزواج من خلال النصوص التي جاء بها قانون الأسرة القديم إلى جانب الأمر **70-20** الصادر في:**19-02-1970** المتضمن الحالة المدنية وبعدها نقف على أسباب ما تقدمه الإحصائية من نتائج.

1- الجدول الإحصائي:

السنوات / الزواج الموثق	2002			2003			2004		
	ماي	جوان	جويلية	جانفي	فيفري	مارس	أكتوبر	نوفمبر	ديسمبر
أمام ضابط الحالة المدنية	72	59	45	54	51	80	52	63	107
أمام الموثق	64	76	59	55	60	78	30	27	100
المجموع	375			378			379		
بموجب أمر من رئيس المحكمة	11	11	13	00	00	00	05	02	01
بموجب حكم قضائي	03	05	01	01	03	05	06	04	04
المجموع	15			09			22		

وضعية الزواج المسجل بسجلات الحالة المدنية لبلدية بسكرة.

2- الرسم البياني: من أجل توضيح أرقام المبينة في الجدول أعلاه



يتبين لنا من خلال هذه النتائج التي أسفرت عليها الإحصائيات الموضحة بالجدول أعلاه أن عدد الزيجات عرفت ارتفاعا ملحوظا في بلدية بسكرة منذ دخول قانون الأسرة 84-11 حيز التنفيذ.

كما نلاحظ أيضا من الجدول أن الزواج الموثق بسجلات الزواج جعل له المشرع الجزائري التعدد في الجهات المختصة بذلك وتتمثل في:

- ضابط الحالة المدنية.
- الموثق.
- رئيس المحكمة.
- قاضي شؤون الأسرة.

وهدفه من ذلك تشجيعه على تسجيل عقود الزواج وتوثيقها حفظا للحقوق والتقليل من النزاعات حول القضايا الزوجية.

وبدليل ذلك فإنه جاء بجملة من الإصلاحات التشريعية(*) بقصد تخلي أفراد المجتمع الجزائري عن فكرة الاكتفاء بإبرام عقود الزواج بين يدي جماعة من أعيان القوم أو بحضور أقارب العروسين وأوليائهم بالمسجد ويقرأ الإمام فاتحة الكتاب وهذا ما كان راسخا ومتصلا بعقيد الفرد الجزائري من وقت الاستقلال إلى غاية الآن، فلهذا الغرض جعل هذه الفترة (1984-2005) بمثابة فترة انتقالية في تدارك تقييد عقود الزواج العرفية التي تم فيها دخول وجعل قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الأمر رقم **70-20** في **مادته 39** السماح تقييد كل زواج أبرم داخل أو خارج التراب الوطني بمجرد أمر صادر عن رئيس المحكمة حتى وإن خلف الزواج أولادا[1]، و بدليل ذلك ما وضحه الجدول من النتائج المتعلقة بإجراء التسجيل عن طريق أمر رئيس المحكمة أو حكم قضائي صادر عن قاضي شؤون الأسرة بتثبيت الزواج العرفي وبعدها يسجل عن طريق أمر وكيل الجمهورية.

وسبب أخذنا لنماذج فقط من كل سنة خلال فترة «**1984-2005**» للسنوات السابقة على التعديل يعود ذلك إلى:

* صعوبة إحصاء جميع السنوات من **1984-2005** لأن هذا يتطلب منا مدة زمنية طويلة وهذا مالا يتحقق مع فترة البحث.

* سبب اختيارنا كذلك لسنوات **2002، 2003، 2004** حتى يسهل إجراء مقارنتها مع السنوات التالية على التعديل **2005** لقانون الأسرة وبه يتحدد هدف المنظومة قبل التعديل وبعده.

* سبب اختيار فترة قبل التعديل حتى نبين أهم التحديثات في الجانب الإجرائي لتسجيل عقود الزواج العرفية.

فبالرجوع إلى نتائج الجدول نجد:

(*) نقصد بالإصلاحات التشريعية القوانين والأوامر التي أصدرها المشرع الجزائري قبل صدور قانون الأسرة 84-11 والتي يهدف من ورائها تسجيل عقود الزواج العرفية من أمثلتها: أمر رقم **71-65** مؤرخ في **22** سبتمبر **1971** يتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية.

(1) عبد العزيز سعد: **نظام الحالة المدنية في الجزائر(وثائق الحالة المدنية والحالات التي تطرأ عليها، شهادة الميلاد، شهادة الزواج، شهادة الوفاة)**، مرجع سابق، ص103.

- الزواج الموثق مباشرة أما الموظف المؤهل في ارتفاع مستمر.

- ارتفاع ملحوظ لتوثيق الزواج العرفي بموجب أمر من رئيس المحكمة خلال ثلاثة أشهر «ماي جوان، جويلية » باضطراد أما المسجل عن طريق حكم قضائي في انخفاض مستمر حتى وصلت إلى تسجيل حالة واحدة فقط.

- أما في الفترة ثلاثة أشهر خلال **2003** لم تعرف ولا حالة تسجيل بموجب أمر من رئيس المحكمة في مقابل ارتفاع تسجيل الزواج العرفي بموجب حكم قضائي حتى وصلت إلى **05** حالات في الشهر الواحد.

- أما الفترة ثلاثة أشهر لعام 2004 فقد سجلت حالات انخفاض وارتفاع في كلا الإجراءين

نستنتج من خلال الأرقام المبينة في الجدول ما يلي:

- الزواج المبرم أمام الموثق وضابط الحالة المدنية أكثر ارتفاعا من المسجل عن طريق أمر وحكم قضائي.

- المجهودات المبذولة من طرف المشرع الجزائري في تشجيع التوثيق من خلال تبسيط الإجراءات ومرونتها وتقريب القضاء من المواطنين لا سيما في حالات الزواج العرفي غير المتنازع فيه بجعله يسجل بموجب أمر من رئيس المحكمة غير قابل للطعن، حتى يسهل توثيق الزواج العرفي في أقرب وقت ممكن.

- تحسبا لحالات إنكار العلاقات الزوجية غير الموثقة من قبل أحد الزوجين بسبب غياب دليل إثبات فسمح بإمكانية اللجوء إلى القضاء ليكون فيصلا في تثبيت العلاقة متى توفرت الأدلة الكافية حماية للحقوق المترتبة من الضياع.

- وعي المواطنين تدريجيا بقيمة وأهمية توثيق عقود الزواج ودوره في ضبط وحفظ حقوق الزوجين والأطفال بدليل النتائج المبينة سابقا في الإقبال على التوثيق.

- ومما يتبين لنا أيضا وقت عملية الإحصاء أن معظم عقود الزواج العرفية التي تمت إعادة تقييدها منعقدة خلال السبعينات والثمانينات.

وفي تقديرنا أن الإصلاحات التشريعية راعت خصوصية المجتمع الجزائري فكانت نتيجتها إيجابية في احترام نصوصها من قبلهم على أرض الواقع.

ثانيا: وضعية الزواج بعد صدور أمر 05-02

وغرض الدراسة لهذه الفترة من أجل الوقوف على هدف المشرع الجزائري من التحديثات التي أدخلها على نصوص قانون الأسرة بغرض مواجهة إشكاليات الزواج العرفي وتشجيع التوثيق حفاظا على حقوق الزوجة والأطفال من الضياع، خاصة أن الزواج من النظام العام في الدولة كونه يمس بأهم خلية في المجتمع –الأسرة– وهل يوجد انسجام بينها وبين الواقع باعتبار هذا الأخير المرآة العاكسة في تقييم المنظومة التشريعية الإصلاحية وهل هي كافية الغرض من قبل الجهات المطبقة لها [*] في معالجة الوقائع المطروحة أمامها؟.

ومن أجل هذا قمنا بمجموعة من الإحصائيات لسنوات تالية بعد تعديل **2005** لعقود الزواج المسجلة بسجلات الحالة المدنية لبلدية بسكرة، حتى نقف على موقف الأفراد من الإصلاحات التشريعية لا سيما المتعلقة بضرورة التوثيق، وكذا مدى تماشي هذه التعديلات مع خصوصيتهم وتقاليدهم حتى يتحقق الغرض من وجود النصوص القانونية في التنظيم؛ وذلك وفق الجدول الإحصائي والرسم البياني الآتيين:

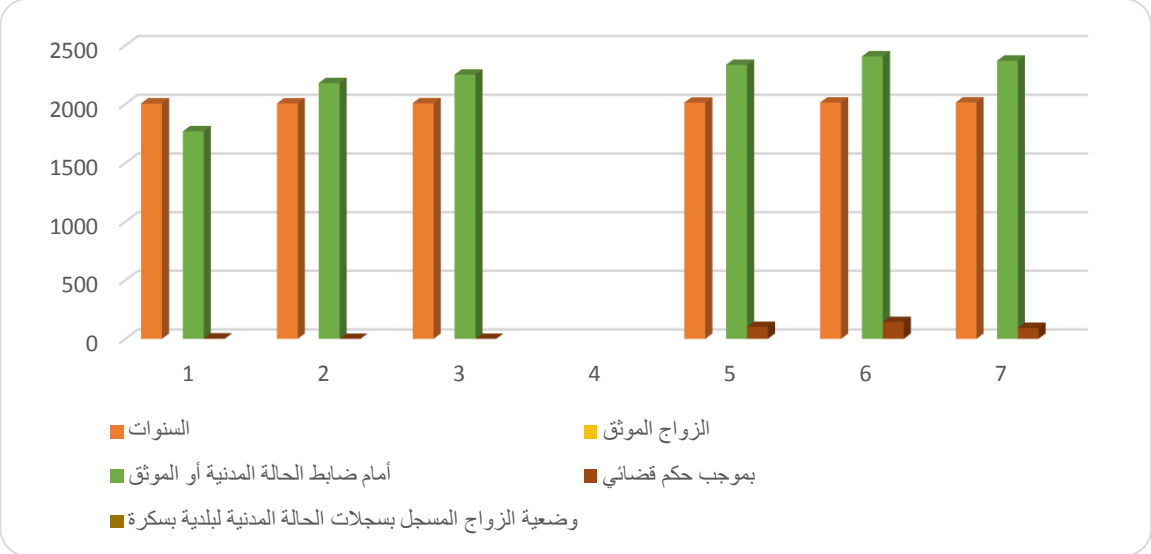
---

[*] نعني بالجهات المطبقة لها كل جهة إدارية لها علاقة بالزواج العرفي وآثاره وعلى رأسها: قسم شؤون الأسرة، جهاز النيابة العامة، مصلحة الحالة المدنية على مستوى البلدية.

1- الجدول الإحصائي:

السنوات / الزواج الموثق	2006	2007	2008		2013	2014	2015
أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق	1769	2179	2251		2335	2407	2370
بموجب حكم قضائي	03	00	00		102	144	94
وضعية الزواج المسجل بسجلات الحالة المدنية لبلدية بسكرة							

2-الرسم البياني التوضيحي: من أجل توضيح الصورة أكثر للأرقام المذكورة أعلاه



من خلال استقرائنا للمعطيات التي أسفرت عليها العملية الإحصائية بالجدول أعلاه والموضحة بالرسم البياني تبين ما يلي:

أ-ارتفاع هائل لعدد الزواج الموثق أمام ضابط الحالة المدنية أو الموظف وبشكل مضطرد في مقابل انخفاض مستمر لدرجة الصفر للزواج المسجل عن طريق حكم قضائي وذلك خلال الثلاث سنوات التالية مباشرة للتعديل، إلا أنه بعد التعديل لمدة من السنوات والمدة المختارة في الإحصائية هنا تبدأ من **(2013، 2014، 2015)** عرفت منحنى مرتفعا جدا في توثيق الزواج أمام الموظف المؤهل قانونا كل من ضابط الحالة المدنية والموثق وأعلى حد سجل بـ: **2370** حالة سنة **2015**، أما بخصوص الزواج المسجل عن طريق حكم قضائي بخصوص سماع دعوى الزوجية المتعلقة بتثبيت الزواج العرفي عرفت ارتفاعا هائلا مقارنة بالسنوات الثلاث السابقة الذكر المنعدمة فيها تماما.

ب-ما يمكن ملاحظته أيضا من خلال الجهة المكلفة بتثبيت الزواج العرفي عن طريق حكم قضائي اقتصرت فقط على قاضي شؤون الأسرة دون رئيس المحكمة ودليل ذلك واضح من الجدول الرقمي موجود فقط «**التسجيل عن طريق حكم قضائي**» دون «**أمر قضائي**» مثل الجدول الإحصائي قبل التعديل.

ويمكن إرجاع أسباب هذا التغيير إلى ما يلي:

- بالنسبة لانعدام حالات التسجيل للزواج عن طريق القضاء يؤكد على تحكم المشرع الجزائري في تطبيق نصوصه على أرض الواقع بموجب التعديلات واحترامها من قبل الأفراد من جهة خاصة فيما يتعلق بـ:

- شرط سن الزواج الذي حدد بـ **19** سنة لكل من الذكر والأنثى وفي حالة رغبة الزواج دون هذه السن وجب الحصول على الترخيص الذي يسمح بذلك وإلا رفض قيده بالسجلات المعدة لذلك وفقا للمادة **7** المعدلة بموجب الأمر **05-02** من قانون الأسرة.

- حالة تعدد الزوجات وجب الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة بعد توفير شروط العدل المادي والقدرة على ذلك، وكذا احترام العدد أربعة وذلك وفقا للمادة **8** المعدلة من نفس القانون.

- ضرورة الفحص الطبي قبل الزواج وفقا للمادة 7 مكرر وإلا رفض تسجيل الزواج من قبل الموظف المؤهل لذلك.

- ضرورة احترام التراخيص المفروضة من بعض الإدارات الرسمية من قبل المعنيين بذلك وإلا رفض التوثيق للزواج الخاص بهم ضمن السجلات المعدة لذلك.

وهذا الاحترام التمسناه ولاحظناه وقت قيامنا بعملية الإحصاء لكل شرط من الشروط المفروضة أعلاه محترمة احتراما كاملا.

وقد يرجع سبب هذا الاحترام إلى توعية المواطن برغبة المشرع في حماية حقوقه أكثر بإحداثه لهذه التعديلات حسب كل مستجد يمس بها.

كما أن تأكيد وزارة الشؤون الدينية والأوقاف على الأئمة عدم إجراء أي عقد فاتحة إلا باستظهار وثيقة عقد الزواج المدني، ولهذا أثر إيجابيا في احترام التسجيل لعقد الزواج، والواقع أثبت عزوف الأئمة عن إجراء أي عقد فاتحة إلا بوثيقة الزواج وتوعية الشباب بقيمة التوثيق في حفظ الحقوق والآثار، وخوفهم كذلك من المتابعة من قبل إداراتهم التزموا بالتعليمة بداية صدورها.

لكن بالنظر إلى الفترة «**2013-2015**» نجد الأمر مختلف تماما مما يجعلنا نخلص إلى:

- بقاء التوثيق محترم أمام الموظف المؤهل في ارتفاع مستمر إلى جانب ارتفاع هائل لتسجيل الزواج عن طريق حكم قضائي هذا ما يجعلنا نؤكد أن تقييم فعالية المنظومة التشريعية من عدمها لا يتضح إلا بعد سريانها بمدة على أرض الواقع، وهذا ما يؤكد ضرورة ربط النص التشريعي بالواقع المعاش عند إدخال التعديل عليه.
- الارتفاع الهائل بحالات تسجيل الزواج عن طريق الأحكام القضائية دليل على عدم احترام التوثيق خلال الفترة «**2006- 2008**» لأن الزواج العرفي كان منتشرا في وقت صدور التعديلات ولكن بعد مرور مدة زمنية عليه بدت سلبياته تظهر في أوساط المجتمع الجزائري فظهرت الحاجة إلى أهمية التوثيق في حفظ الحقوق من الضياع، وبهذا يتأكد أن التعديلات ساهمت في انتشار الزواج العرفي من جهة و التحكم في ضرورة توثيقه من جهة أخرى ودليل ذلك نص المادة **22** المعدل بموجب الأمر **05-02** بقوله:« يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة».

فيفهم من نص المادة تشجيع المشرع الجزائري المتزوجين عرفيا على فرصة توثيق عقودهم بمقتضى رفع دعوى قضائية أمام القسم الشخصي على مستوى المحكمة ليصدر حكما قضائيا يقضي بتثبيت الزواج العرفي مع أمر ضابط الحالة المدنية بتسجيله.

كما يتضح من نص المادة أن التعديل جعل النيابة العامة طرفا أصليا في المساهمة بسعيها إلى تسجيل الحكم القضائي الخاص بتثبيت الزواج العرفي باعتبارها الجهة المسؤولة عن رقابة أعمال ضابط الحالة المدنية[1]، من جهة وصاحبة الدور الوقائي لقضايا الأسرة بصفة عامة من جهة أخرى، وهذا السبب في توحيد الجهة القضائية المختصة بتثبيت الزواج العرفي وهو شيء إيجابي في التعديلات حتى لا تصبح النيابة العامة حكما وخصما في نفس الوقت وكذا قضايا الزواج العرفي المتنازع فيها أصبحت أكثر من القضايا غير المتنازع فيها بين الزوجين، ومن أجل حفظ الحقوق وجب الفصل فيها من قبل قاضي الموضوع.

أما بالنسبة لأسباب عدم احترام التوثيق في عقد الزواج العرفي فيمكن إرجاعها إلى ما يلي:

* خلو النصوص القانونية من أي جزاء عقابي في حالة عدم احترامها وبالتالي هذه الثغرات استغلت من طرف الأفراد في مصالحهم الخاصة[*] لا سيما تعدد الزوجات فإن الترخيص الذي أوجبه المشرع أصبح بمثابة وسيلة ضغط على الرجل من قبل المرأة في عدم موافقتها اللجوء معه إلى المحكمة وهذا ما أشرنا إليه في أسباب الزواج العرفي ومخرجا بالنسبة للرجل في زواجه عرفيا، دون التعرض لأي عقوبة ردعية.

* أما بخصوص التعليمة الخاصة بعدم عقد الفاتحة قبل استظهار الوثيقة الرسمية للزواج لعبت دورا كبيرا في انتشاره رغم المساعي التي لعبتها الجهات المكلفة بتطبيقها وفي هذا يقول: "**مدير الشؤون الدينية**

---

[1] وهذا ما أكدته المادة 26 من قانون 14-08 المعدل لأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية بقولها:« يمارس ضباط الحالة المدنية مهامهم تحت مسؤوليتهم ومراقبة النائب العام ».

[*]وفي هذا تقول المحامية "**فاطمة الزهراء بن إبراهم**":« إن المشرع الجزائري الذي حاول معالجة هذه الظاهرة عبر نصوص جديدة تلزم الأئمة بعدم قراءة الفاتحة على الزواج إلا بوجود العقد الإداري، وتشدد على مسألة تعدد الزوجات إلا بتقدير من القاضي، إلا أنه ترك فراغات تستغل الآن في اللجوء إلى الزواج السري». نقلا عن صابر بليدي: "**حقوقيون يدقون جرس الإنذار من تنامي الزواج العرفي في الجزائر**"، تاريخ المعاينة: 2016/05/16 على الساعة: 15:00 مساء، الرابط الإلكتروني:705WWW.alarab.co.uk/?id=55

بوهران":« كل عقد قران تم داخل المساجد المنتشرة عبر تراب الولاية، طبقت فيه هذه التعليمة بصرامة بحيث لا يتم قراءة الفاتحة في عقد القران ما لم يحضر الزوجان وثيقة الزواج ممضاة من قبل مصالح البلدية أو الموثق الرسمي»، كما أكد على أنه:« كل من خالف هذه التعليمة يتعرض لعقوبة إدارية»[1]، لكن ما فائدة هذه العقوبة إن اقتصرت فقط بتطبيقها على من يقوم بالفاتحة في المساجد إلى جانب أن أغلبية عقود القران الفاتحة في العرف الجزائري تتم داخل المنازل، كما أن الأمر الذي شجع على عدم احترام التعليمة في الواقع يعود سببه لعدم وجود أي شكوى رفعت لمصالح الشؤون الدينية من المواطنين ضد إمام قرأ فاتحة في غياب العقد المدني بل على العكس هم من يضغطون عليه أن يقرأها بحجة المحاباة والمعرفة الجيدة للعروسين فيقوم بقران عقدهما شرعا.

وعليه يتضح عدم جدية التعليمات بالردع وبقائها مجرد تعليمات أدبية غير فعالة في تحقيق الغرض من صدورها، وللأسف رغم محاولتنا في الحصول على نموذج من هذه التعليمة من قبل الجهات المعنية لم نتمكن من ذلك بحجة أنها وصلت لبعض الإدارات المعنية والأئمة دون البعض الآخر، وهذا دليل على عدم جديتها من قبل مصدريها، وعموما من خلال هذه الإحصائيات تبين لنا أن الجانب الميداني هو الفيصل في تقييم مدى فعالية النصوص التشريعية في مواجهة كل ما من شأنه أن يمس السكينة العامة والاستقرار لكل فرد جزائري، وبهذا نقول أن النصوص التشريعية الواردة في قانون الأسرة غير كافية في التقليل من آثار الزواج العرفي دون ربطها بأرض الميدان من خلال البحث في ما يواجهه أهل الاختصاص على المستوى القضائي والتنفيذي من صعوبات في تطبيقها.

---

[1] جريدة المساء: "**451 قضية إثبات زواج عرفي في 6 أشهر بوهران، انتشار الظاهرة بين راغب في التعدد وباحثة عن سند**"، تاريخ المعاينة: 2016/03/11، على الساعة: 11 صباحا، الرابط الإلكتروني:
https://google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrfy-br-aljrayd/alzaj--alarfy- fy-almjtm-aljzayry

المبحث الثاني: إجراءات تثبيت الزواج العرفي أمام الجهات القضائية

إذا كان الأصل في الزواج العرفي الطرفان فيه حران في قيامه بمجرد تلاقي إراديتهما إلى جانب شروطه الشرعية، إلا أنه وبالنظر إلى ما يتميز به من خصوصية في ترتيب آثار تمس أطرافا أخرى غيرهما فقد أحاطه المشرع الجزائري جملة من الإجراءات الشكلية قصد حمايتها من كل تلاعب وإشعار المجتمع بأهميتها، فلهذا استلزم إفراغه في وثيقة رسمية باعتبارها الوسيلة الأصلية والأساسية لإثبات الزوجية ورغم هذا فإن الكثير من الأفراد لا يلتزمون بذلك لوجود ظروف قاهرة حالت دون ذلك فقد سمح بصفة استثنائية سماع دعوى الزوجية واعتماد البينة في إثباتها رغبة منه في توفير حماية أكثر لأحد طرفيه في حالة إنكار أحدهما حقه على الآخر فجعل من الدعوى القضائية الآلية الإجرائية التي يتم اللجوء بها إلى القضاء من أجل المطالبة بإثبات الحقوق المهضوم ويظهر ذلك من خلال نص **المادة 22 المعدلة بموجب الأمر 05-02** بقولها:« يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي».

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة».

فيفهم من هذه المادة مراعاة المشرع الجزائري لخصوصية مجتمعه وظروفه وعلمه يقينا بأن هناك عدة زيجات لم يتم توثيقها، فجعل لهم فرصة تصحيح ذلك، فأوكل مهمة تثبيت هذا الزواج إلى اختصاص جهات معنية بشكل تنسيقي بدءا بقاضي شؤون الأسرة الذي يمثل قسم شؤون الأسرة على مستوى المحكمة بالنظر في دعوى التثبيت للزواج العرفي للتحقيق فيها وإصدار حكم قضائي يؤكدها، ليأتي دور النيابة العامة والممثلة في شخص وكيل الجمهورية في السعي بتسجيل هذا الحكم من خلال أمره لجهة ثالثة بكتابته في السجل الخاص بذلك والمتمثلة في شخص ضابط الحالة المدنية ليصدر بعدها وثيقة رسمية تثبت وجوده قانونا.

ولهذا ارتأينا تخصيص هذا المبحث بالجانب الإجرائي لموضوع البحث حتى نعطي صورة على الواقع العملي في إضفاء الرسمية على الزواج العرفي ليحظى بتوفير حماية أكبر لأطرافه وتكون بمثابة توعية بضرورة التسجيل وإبرامها أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية من أوانه تفاديا لكل تعقيد.

المطلب الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في تثبيت الزواج العرفي

يعتبر حق التقاضي أحد الحقوق المهمة المكفولة دستوريا لجميع الأشخاص دون استثناء، وهو أحد الضمانات لحماية حقوق الأفراد ومراكزهم القانونية فمتى ثار نزاع حولها تدخل القضاء للفصل فيه وإعطاء كل ذي حق حقه.

فلعل أهم المواضيع التي تتطلب مثل هذه الحماية خاصة التنازع فيها تلك المتعلقة بالحقوق الموضوعية للأشخاص وعلى رأسها رابطة الزواج العرفي الذي تثور بشأنه إشكالات كبيرة من حيث إثباته وضياع آثاره كالنفقة، النسب، العدة، الميراث، وغيرها من الحقوق المترتبة عليه في جانب أطرافه، وهذا كله في ظل غياب الوثيقة الرسمية التي تؤكد وجوده، وعليه اعتبره المشرع الجزائري من المواضيع التي يختص بالفصل فيها قسم شؤون الأسرة الموجود على مستوى المحكمة العادية[*]، بحيث لا يمكن لهذا القسم النظر في كل نزاع متعلق بالزواج العرفي إلا بموجب دعوى قضائية تسمى« **دعوى تثبيت الزواج العرفي**» وذلك من خلال إتباع إجراءات خاصة نظمها قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] باعتباره السبيل القانوني المنظم لمسار هذه الدعوى.

ومن أجل الاطلاع أكثر على هذه الإجراءات التي يختص بها قسم شؤون الأسرة ودوره في النظر بالدعوى المتعلق بتثبيت الزواج العرفي، ارتأينا أن تخصص هذا المطلب في معرفة كل ما يتعلق بدور قاضي شؤون الأسرة في إصدار الحكم القاضي بتثبيت هذا الزواج بدءا بإجراءات تسجيل دعوى تثبيته إلى غاية صدور الحكم القضائي المتعلق بها.

---

[*] حتى نميزه عن جهات القضاء الإداري تطبيقا لنظام القضاء المزدوج في الجزائر وفقا لما نصت عليه المادة الثانية من القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في:17 يوليو 2005 بقولها:« يشمل التنظيم القضائي النظام القضائي العادي والنظام القضائي الإداري ومحكمة التنازع ». نقلا عن القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 10 جمادى الثانية 1426 الموافق لـ 17 يوليو 2005، يتعلق **بالتنظيم القضائي**، الجريدة الرسمية المؤرخة في: 13 جمادى الثانية 1426 الموافق لـ 30 يوليو 2005، العدد51، ص06.

[1] رقم 08-09 المؤرخ في:23 فيفري 2008، وهو بمثابة الجانب التطبيقي لقانون الأسرة الذي يتضمن قواعد موضوعية فتظهر أهميته في وضع الآليات الواجب إتباعها في استعمال حق التقاضي.

الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى تثبيت الزواج العرفي

سنحاول في هذا الفرع التطرق إلى جملة القواعد التي تضبط عملية التقاضي في بداية انطلاقه من خلال الدعوى القضائية باعتبارها وسيلة تحريك القضاء والتي من دونها لا يمكن للقاضي أن يحرك ساكنا مما يشاهده من اختلال في المراكز القانونية للأفراد، والهدف من دراسة هذه الإجراءات حتى نصل إلى أهم مرحلة من مراحل التقاضي وهي انعقاد الخصومة ليحقق بشأنها القاضي بخصوص تثبيت الزواج العرفي.

لكن قبل التطرق إلى هذه المراحل الإجرائية نقف أولا عند الجهة المختصة بالنظر في هذه الدعوى قصد تعريفها.

أولا: قسم شؤون الأسرة واختصاصاته

يعتبر قسم شؤون الأسرة من أهم أقسام المحكمة العادية(*)، وذلك باعتباره يختص بالنظر في المسائل التي تتعلق بالخلية الأساسية بالمجتمع وهي الأسرة ولهذا خصها المشرع بإجراءات خاصة تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في حوالي 76 مادة يراعيها قاضي شؤون الأسرة عند النظر في كل دعوى مرفوعة أمامه هي من(423-499) مادة منه، فكلما توضحت هذه الإجراءات سهل تطبيقها وكذا سهولة استيفاء الحق أو حمايته في آجال معقولة المدى وهذا كله من أجل تحقيق اقتصاد في المصاريف وتخفيف العبء على المتقاضين.

فقد حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص النوعي والإقليمي المتعلق بهذا القسم، وكذلك بالنظر إلى أهميته التي يجب تحديدها لقبول الدعوى القضائية ونعني به ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة أمامه وفقا لمعايير النوع والموقع الإقليمي(**)، وهذا الاختصاص يتم تحديده في العريضة التي يقدمها الأطراف وإلا عرضت للرفض، أما الاختصاص النوعي والمحلي أو الإقليمي لهذا القسم يتمثلان في:

(*) تعد المحكمة قاعدة الهرم القضائي لأنها أول درجة قضائية تعرض عليها المنازعات التي يحدد اختصاصها قانون الإجراءات المدنية وقانون الإجراءات الجزائية وهذا طبقا لنص الماديتين 10-11 من قانون العضوي رقم 05-11 المتعلق **بالتنظيم القضائي**.

(**) نعني بمعايير النوع أي القضايا التي ينظرها قسم شؤون الأسرة، أما الموقع الإقليمي أي أن تكون القضايا المعروضة على هذا القسم واقعة في دائرة اختصاصه. نقلا عن عمارة بلغيث: **الوجيز في الإجراءات المدنية**، دار العلوم للنشر والتوزيع، الحجار-عنابة-، 1423هـ/2002م، ص37.

1. الاختصاص النوعي:

يستند الاختصاص بالنسبة لقسم شؤون الأسرة إلى مضمون قانون الأسرة الذي يضبط الجانب الموضوع المتعلق بقضايا الأسرة في حين ينظم قانون الإجراءات الشق الإجرائي، فبالرجوع إلى المادة **423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية** نجدها قد حددت أهم القضايا التي يختص بها هذا القسم بقولها: « ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1) الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.
2) دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.
3) دعاوى إثبات الزواج والنسب.
4) الدعاوى المتعلقة بالكفالة.
5) الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم».

وعليه فذكر هذه الموضوعات على سبيل الخصوص لأهميتها وكثرة المنازعات حولها فقط وليس على سبيل الحصر، وبدليل ذلك توجد قضايا أخرى يختص بها هذا القسم لم ترد في هذه المادة منها: القضايا المتعلقة بالهبات والوصايا، الميراث وغيرها من الموضوعات التي تناولها قانون الأسرة.

فمن الملاحظ من هذه المادة أنها جعلت دعوى تثبيت الزواج العرفي من اختصاص هذا القسم وذلك بذكرها في الفقرة الثالثة الاختصاص بالنظر في: «دعاوى إثبات الزواج والنسب».

كما أكدت أيضا **المادة 424** أنه من اختصاص قاضي شؤون الأسرة حماية مصالح القاصر خاصة عند وفاة الأبوين وعدم وجود من يتولى شؤونهم، مثلا كسهره على منح الترخيص بالتصرف في أموال القاصر أو في تعيين الولي دون التطرق إلى مفهوم الولاية ودور الولي في إدارة أموال القاصر وإنما دوره يقتصر على حماية هذه المصالح.[1]

---

[1] عادل بوضياف: **الوجيز في شرح الإجراءات المدنية والإدارية (الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية)**، الجزء الأول، كليك للنشر، المحمدية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2012، ص430.

2. الاختصاص الإقليمي– المحلي–:

ونعني بالاختصاص الإقليمي أو المحلي تحديد النطاق الجغرافي لكل جهة قضائية على مستوى المحكمة، وقد تم تحديد الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة في **المادتين 40 و426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، حيث نصت **المادة 40 في فقرتها 02** باختصاص هذا القسم بصفة حصرية دون سواه في:

- مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية، والسكن على التوالي أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفي، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن.

أما **المادة 426** فقد نصت على: «تكون المحكمة مختصة إقليميا:

1) في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه.
2) في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه.
3) في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما.
4) في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر بمكان ممارسة الحضانة.
5) في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها.
6) في موضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي.
7) في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص.
8) في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه.
9) في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية».

وفي حالة لم يحدد الاختصاص لأي موضوع لم تذكره المادتين أعلاه، ويدخل ضمن موضوعات قانون الأسرة، فيحدد طبقا للقاعدة العامة وهي محكمة وجود المدعى عليه، وإلا محكمة آخر موطن له إن لم يكن له موطن وإلا إلى الموطن المختار في حالة اختياره ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وهذا ما أكدته **المادة 37 من نفس القانون** المحدد لهذين المادتين.

أما بخصوص دعوى تثبيت الزواج العرفي فإن **المادة 426 في فقرتها الثانية** حددته بموطن المدعى عليه.[*]

كما تجدر الإشارة إلى أن الاختصاص النوعي من النظام العام يمكن إثارته تلقائيا من القاضي الذي يعلن اختصاصه نوعيا بقبول الدعوى لكن عند النظر فيها تبين له عدم اختصاصه ولو لم يثره الخصوم وعليه لا يجوز للأفراد الاتفاق على تحديد الاختصاص فيه لجهة غير التي عينها القانون، كما يمكن إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى.

أما بالنسبة للاختصاص الإقليمي فإنه كقاعدة عامة ليس من النظام العام وفقا لنص المادة 37 إلا أنه دفع شكلي متى أثاره الخصم(المدعى عليه) فعلى القاضي أن يحكم به، أما بخصوص القضايا المحددة في المادة 40[**] فالظاهر من النص أن المشرع جعلها إلزامية محليا لا يجوز مخالفتها من قبل الأفراد والقاضي يثيرها من تلقاء نفسه وبدليل ذلك ما قررته المحكمة العليا بأن الاختصاص المحلي بدعاوى الطلاق والرجوع يعود إلى محكمة وجود مسكن الزوجية وذلك بقولها:« **من المقرر قانونا أن دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية ومن المستقر عليه قضاء أن على الزوجة متابعة زوجها واللحاق به أين طاب عيشه، ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن الزوج أصبح يسكن ويعمل بمدينة تبسة، فإن المجلس القضائي لما قضى برجوع الزوجة وإلحاقها بزوجها الموجود بمدينة تبسة بصفة دائمة طبق القانون تطبيقا سليما، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن» (قرار رقم 39467، بتاريخ:1986/01/13).**[1]

---

[*] تجدر الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري فيما يتعلق بالاختصاص الإقليمي بموجب نص2/426 جعله بمكان تواجد المدعى عليه ولم يحدده في مكان انعقاد الزواج العرفي مثلما كان منصوصا عليه في المادة 02 من الأمر71–65 المؤرخ في:**1971/09/22**، هادفا من وراء ذلك تسهيل إجراء تثبيت الزواج في أي محكمة كان فيه الطرف المراد تسجيل زواجه وما هو معمول به ميدانيا أيضا بدليل ذلك قد يكون الزواج العرفي تم إبرامه في ولاية معينة بسكرة مثلا، إلا أن تثبيته يكون في محكمة باتنة، دون التقيد بمكان وجود الزواج، وهذا في الحقيقة يعرقل سير المرفق التنفيذي للحكم الصادر في ذلك لاسيما ضابط الحالة المدنية الذي يحيل أمر تسجيل الحكم إلى البلدية الواقع في دائرتها الزواج العرفي.

[**] حيث جعلت المادة **02/40** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المحكمة المختصة إقليميا هي مكان تواجد المسكن الزوجي بالنسبة الدعاوى المتعلقة بالطلاق والرجوع، و قد يكون هدف المشرع من هذا تحقيق حسن سير العدالة.

[1] جمال سايس، مرجع سابق، الجزاء الثاني، ص702.

أما بخصوص الاختصاص الإقليمي لدعوى تثبيت الزواج العرفي ليس من النظام العام بدليل ذلك جعله في موطن المدعى عليه وفقا للقاعدة العامة.

أما بالنسبة للتشكيلة على مستوى قسم شؤون الأسرة فوفقا **للمادة 15 من قانون 05-11:** « تفصل المحكمة بقاض فرد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك»، وهو ما أكدته **المادة 05 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية** بقولها:« تفصل الجهات القضائية بقاض فرد أو تشكيلة جماعية وفقا لقواعد التنظيم القضائي»، والمقصود «إلا ما استثني بنص» من **المادة 15** أو« تشكيلة جماعة» من **المادة 05** كما هو الشأن في المسائل العمالية (الاجتماعية)، حيث تعقد الجلسات برئاسة قاض يساعده مساعدون وفقا **للمادة 502 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.**

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

ومن خلال ما وضحناه في اختصاص قسم شؤون الأسرة بنوعيه الاقليمي والنوعي تتضح أهميته في توجيه المدعى في دعوى تثبيت الزواج العرفي إلى الجهة المختصة بذلك قصد اختصار الجهد واقتصاد المصاريف القضائية في آن واحد وإلا عرضت قضيته للرفض شكلا من قبل القاضي المختص.

ثانيا: شروط رفع دعوى تثبيت الزواج العرفي

في الحقيقة أن الدعوى لم يحدد لها المشرع تعريفا معينا مما يجعلنا نعود في ذلك إلى الفقه، فهناك من عرفها أنها:« **تلك الوسيلة التي خولها القانون لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه**» ويكون ذلك ووفقا لإجراءات قانونية محددة ويرفعها أحد الأطراف على الآخر يسمى المدعي والثاني المدعى عليه، وتعتبر دعوى « **تثبيت الزواج العرفي**» كغيرها من الدعاوى المدنية، تطلب فيها المشرع توافر جملة من الشروط حتى تكون حاجزا أما سلطة الخصوم في إقامة الدعوى وسلطة المحكمة في الفصل في النزاعات، فنص بذلك في **المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية** بقولها:« لا يجوز لأي

شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون».[*]

وعليه يتضح من نص المادة أنها جعلت ضرورة توافر شرطين لقبول تثبيت الزواج العرفي وهما: الصفة، والمصلحة وهذا ما سنحاول التطرق إليه بصورة موجزة:

1- الصفة:

نظرا لأهمية هذا الشرط في الدعاوى القضائية بصفة عامة فإن ما لاحظناه في الميدان أن أحكام القضاء وقراراته ترفض الدعاوى لعدم توافره، والمقصود بالصفة في الدعوى هي تلك السلطة الممنوحة قانونا للشخص صاحب الحق في اللجوء للقضاء لحماية هذا الحق بوصفه الأصيل في ممارستها، وقد يمارس هذا الحق بواسطة غيره متى تدخل في وقت سير الخصومة ولم يرد ذكره في عريضة الافتتاح كأن ترفع من الزوج أو الزوجة في دعوى الزوجية أو من المستأجر أو المؤجر في دعوى الكراء، بمعنى ذلك يجب أن تكون علاقة بين الشخص وموضوع النزاع، وهذه الصفة قد تكون في المدعي كذا في المدعى عليه.

أ- أما الصفة في المدعي:

فهو الذي يقوم برفع الدعوى وهنا في دعوى موضوع البحث قد يكون الزوج أو الزوجة أو ورثتهما كما تجدر الملاحظة هنا للتمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي، أما الأولى فهي قيام صاحب الحق (المدعي) شخصيا باستعمال حقه في اللجوء إلى القضاء دون أحد غيره، لكن أحيانا يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصيا لعذر مشروع، فهنا قد سمح القانون لشخص آخر بتمثيله في الإجراءات كأن يحضر المحامي نيابة عن المدعي أو يحضر شخص آخر بموجب وكالة خاصة وهذا ما يعرف بالصفة في التقاضي.[1]

---

[*] المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية القديم نصت على: « لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك»، مما يلاحظ عليها أن المشرع الجزائري قد ألغى الأهلية من الشروط الخاصة بقبول الدعوى، وجعلها شرطا إجرائيا لصحة المطالبة القضائية وفقا للمادة الموضوعية 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

[1] عبد الرحمان بربارة: **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية(قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)**، منشورات بغدادي، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009، ص36.

ب- **الصفة لدى المدعى عليه:**

من المبادئ أن الدعوى لا تصح إلا إذا رفعت من ذي صفة على ذي صفة، وعليه يشترط هنا في الدعوى أن ترفع ضد:

* من كان معنيا بالخصومة فالزوجة يجب أن ترفع دعوى تثبيت الزواج العرفي ضد زوجها ولا يتصور أن ترفعه ضد أخيه أو ابن عمه.
* ممن يجوز مقاضاتهم فلا تقبل دعوى ضد فاقد الأهلية مثلا.

فمتى توافرت الصفة في دعوى تثبيت الزواج العرفي انتقل القاضي ليتأكد من الشرط الثاني وهو المصلحة.

2- المصلحة:

هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من جراء رفعه لها منعا لإثقال كاهل القضاء بدعاوى لا فائدة منها، وعادة ما تكون شرطا في المدعي، بدليل أن **المادة 13 السابقة الذكر** جعلت للقاضي الحق في إثارة الصفة المنعدمة في جانب كل من المدعي والمدعى عليه دون تخصيص ذلك في المصلحة.[1]

و المصلحة قد تكون قائمة، كما قد تكون محتملة.

أ-**المصلحة القائمة:** وتكون حينما تستند إلى حق أو مركز قانوني فيكون الغرض من الدعوى حماية له من أي عدوان عليه، ويستوي في أن تكون المصلحة مادية أو معنوية.

ب-المصلحة المحتملة: إذا لم يقع الاعتداء ولم يتحقق بذلك الضرر لصاحب الحق يقال بأن المصلحة محتملة فقد تتولد مستقبلا وقد لا تتولد أبدا.

أما بخصوص دعوى تثبيت الزواج العرفي فالمصلحة فيها قائمة وهي حماية حق الزوجية بسبب نكرانه من قبل الزوج فوجب الحصول على حماية لهذا الحق بعد تقديم أدلة وجوده من قبل الزوجة أو فيما يخص إلحاق نسب أحد أولاده.

---

[1] عادل بوضياف، مرجع سابق، ص28.

أما بالنسبة للأهلية فقد استبعدها القانون الحالي المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية عن الشرطين السابقين في الدعوى، ويقصد بأهلية التقاضي أهلية الأداء لدى الشخص الطبيعي وفقا **للمادة 40 من القانون المدني**، وقد أصاب المشرع الجزائري لما استبعدها من دائرة شروط قبول الدعوى لأسباب منها: أن الأهلية وضع غير مستقر قد يتوفر وقت قيد الدعوى وقد يتغيب أو ينقطع أثناء سير الخصومة، بل يجعله شرطا إجرائيا تبطل الدعوى إن لم يتوافر، وذلك بنص **المادة 64 من نفس القانون** بقولها: « حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها، محددة على سبيل الحصر فيما يلي:

1) انعدام الأهلية[*] للخصوم.
2) انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي».

كما نجد أن **المادة 13 سابقة الذكر في فقرتها الثانية** أكدت على ضرورة الإذن إذا ما اشترطه القانون، ومثال ذلك ما اشترطه القانون في الدعاوى الخاصة بتسوية النزاعات الفردية في علاقات العمل فشرط عدم محضر الصلح وإلا رفضت الدعوى شكلا.

فمتى توافرت هذه الشروط مجتمعة لاسيما شرطي المصلحة والصفة في دعوى تثبيت الزواج العرفي لتأتي بعدها شروط متعلقة بعريضة افتتاح دعوى تثبيت حسب ما نصت عليه **المادتان 14 و15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي:**

*** عريضة افتتاح دعوى:**

وهي عبارة عن ورقة عادية لم يحدد لها المشرع نموذجا شكليا معينا، ماعدا تحديد البيانات الضرورية الواجب أن تتضمنها وفقا لما يأتي لاحقا، لأن عملية التحرير وسيلة مطلوبة في الدعاوى المدنية، لهذا يجب أن يكون دقيقا وواضحا و استعمال المصطلحات المطابقة تماما للمعاني المراد توضيحها حتى لا تتعرض للرفض من جانب القاضي[1]، وعادة تتضمن الوقائع والطلبات المتعلقة بالنزاع.

---

[*] الفرق بين انعدام الأهلية وانعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي، الأولى تكون تلقائيا من القاضي أمرا وجوبيا لتعلقها بالنظام العام، أما الثانية فهي أمر متروك للقاضي في تقديره بحسب تأثيره على سير الخصومة. نقلا عن عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص104.

[1] الطيب زروقي: **تحرير العرائض والأوراق شبه القضائية**، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1998، ص3.

ولمزيد من الوضوح فقد أرفقنا موضوع البحث بنماذج من عرائض افتتاح دعوى تثبيت الزواج العرفي وكذا عريضة افتتاحية استئنافية (أمام المجلس القضائي) ونموذج لعريضة نقض (أمام المحكمة العليا).[1]

وهذه العريضة يقوم بتحريرها إما:

-المعني بالأمر (المدعي) يكتبها لوحده إن كان يعرف الكتابة.

-أو يمكن له اللجوء إلى كاتب عمومي على مستوى مكتبه يقوم هو بتحريرها بناء على ما يمليه عليه من أقوال متعلقة بموضوع النزاع، وبعدما ينتهي من التحرير يقوم المعني بالأمر-المدعي-بتوقيع العريضة مقابل رسم يدفعه للكاتب العمومي كمقابل لأتعابه.

-إما أن يحررها المحامي الذي يمثله عبر جميع مستويات الدعوى وتحريره يكون قانونيا دقيقا كونه رجل قانون ويوقعها هو شخصيا مع تحميل المدعي كامل مسؤولية كلامه بكتابة عبارة «**تحت جميع التحفظات في ذيل العريضة**»، وبعدها تبقى أتعاب المحامي باتفاق بينه وبين المدعي لاحقا.

-كما تجدر الإشارة إلى أن القانون قد سمح للشخص الذي لا يعرف الكتابة ولا القراءة اللجوء إلى المحكمة ويحضر أمام كاتب ضبط المحكمة ويدلي بما لديه من أقوال وطلبات بشأن موضوع العريضة ويتولى الكاتب تدوينها ضمن محضر خاص وبعدها يوقع عليه المدعي.[*]

وعند تحرير هذه العريضة يجب أن تكون بعدد أطراف الدعوى، لهذا في عريضة افتتاح دعوى تثبيت الزواج العرفي تكون بعدد ثلاث نسخ (المدعي، المدعى عليه، قاضي الموضوع).

---

[1] أنظر النموذج بالملحق المتعلق بالعرائض والتبليغات القضائية وشهادات الصيغة التنفيذية، رقم2.

[*] هذا كان سابقا وفق ما نصت عليه المادة 01/12 من قانون الإجراءات المدنية القديم المعدل بموجب الأمر 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971م بقولها: « ترفع الدعوى إلى المحكمة إما بإيداع عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله ومؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط، وإما بحضور المدعي أمام المحكمة، وفي الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع»، إلا انه حاليا وفي وسط الميدان العملي بطبيعة كثرة مهام كاتب الضبط على مستوى المحكمة أصبح هذا الأمر شبه منعدم، ويتولى ذلك أشخاص عموميون سمح لهم القانون بذلك، وعادة يكتبها الشخص لوحده أو محاميه أو الكاتب العمومي.

ويجب أن تكون مؤرخة وموقعة وإلا عرضت لعدم القبول من طرف كاتب الضبط المختص بتسجيلها أو قاضي الجلسة لاحقا، وذلك لأن التوقيع والتاريخ لهما أهمية في الاحتجاج لاحقا وتحمل مسؤولية التصريحات المكتوبة.

وهذا الذي وضحناه أكدته **المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09** بقولها: « ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف».

أما بخصوص البيانات التي يجب أن تتضمنها العريضة تحت طائلة عدم قبولها شكلا حسب المادة 15 من نفس القانون أعلاه هي:

-الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى وهي محكمة موطن المدعى عليه في دعوى تثبيت الزواج العرفي بقسم شؤون الأسرة.

-اسم ولقب المدعي و موطنه.

-اسم ولقب وموطن[*] المدعى عليه فإن لم يكن له موطن فآخر موطن له القانوني أو الموطن المختار.

والهدف من هذا التبليغ لاحقا لتسهيل إعلام الخصم بالعريضة (سنبينه في مرحلة التبليغ).

-الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي، وصفة ممثله القانوني، أو الاتفاقي (هذا شرط خاص بالشخص المعنوي لأن المادة 15 عامة بالنسبة لجميع الدعاوى)

-عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى ففي عريضة دعوى تثبيت الزواج العرفي يجب أن يدعم رافعها بالحجج ووسائل إثبات قيام علاقة الزوجية وما تخلف عليها من حقوق مع

---

[*] نقصد بالموطن الأصلي للمدعى عليه المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي الذي يقيم فيه الشخص بصفة فعلية مع الاستقرار الدائم فيه، أما الموطن القانوني هو موطن يحدده القانون وهو من ينوب عن بعض الأشخاص الذين ليست لهم الأهلية القانونية لإبرام التصرفات القانونية بأنفسهم، أو المحجور عليهم، أو المفقودين أو الغائبين، أو القاصر ومن في حكمه، أما الموطن المختار هو الذي يختاره الشخص. نقلا عن عادل بوضياف، مرجع سابق، ص ص 80،81، كما تجدر الملاحظة أنه قد تكون العريضة المتعلقة بتثبيت الزواج العرفي موقعة من كلا الطرفين إذا كانت هناك حالة اتفاق بينهما. انظر النموذج بالملحق رقم2.

الدقة في إيجاز الوقائع المتعلقة في ذلك حتى يسهل على القاضي فهم موضوع النزاع ولا يبخسهم من حق العدالة وقت الفصل فيه.

*** تسجيل عريضة تثبيت الزواج العرفي**

بعد كتابة عريضة الدعوى الافتتاحية لتثبيت الزواج العرفي بعدد من نسخ الأطراف، يتوجه المدعي أو ممثله القانوني(محاميه) إلى مصلحة رفع الدعاوى الموجودة على مستوى كتابة ضبط المحكمة ويقدم له نسخة بكل عدد من الأطراف، قصد قيدها في سجل خاص يسمى سجل رفع الدعاوى، يتضمن الرقم التسلسلي للقضية، وتاريخ دخولها وأطرافها وموضوعها وتاريخ الجلسة لنظرها وبعدها يؤشر بكل ما سبق ذكره على كل نسخة من النسخ المقدمة، وبعدها يحتفظ كاتب الضبط بالنسخة من العريضة الخاصة بالقاضي مرفقة بالوثائق والمستندات المتعلقة بالقضية والمتمثلة عادة في العريضة موضوع البحث في: شهادة ميلاد الزوج، شهادة ميلاد الزوجة، إشهاد بعدم تسجيل زواج عرفي على مستوى سجلات عقود الزواج بمصلحة الحالة المدنية على مستوى البلدية، نسخة من بطاقة التعريف لكلا الطرفين، شهادة حمل أو وضع للمولود من المستشفى، شهادة وفاة أحد الزوجين أو كليهما إن رفعت القضية من الورثة.

وتجدر الملاحظة إلى أن هذه المرفقات تكتب ضمن العريضة بعد عرض موجز للوقائع وحيثيات الدعوى، كما تضمن في وثيقة تدعى « جرد الوثائق والمستندات» تدون فيها المرفقات المقدمة مع العريضة إلى كاتب الضبط ليؤشر عليها وذلك من نسختين يحتفظ بواحدة والأخرى يسلمها للمعني بالأمر وبملاحق موضوع البحث تجدون نموذجا منها[1] وهي تختلف من شكل إلى آخر، والهدف منها تحميل كل الأطراف سواء كاتب الضبط، المدعي، أو ممثله بمسؤولية ما تم تقديمه من وثائق في الدعوى.[*]

وبعدها يقوم كاتب ضبط المحكمة بتسجيل عريضة افتتاح الدعوى الخاصة بتثبيت الزواج العرفي يستلم رسوم مقابل ذلك من طرف المدعي تقدر ب:450,00 دينار جزائري مقابل وصل استلام يمنحه كاتب ضبط الجلسة للمدعي.

---

[1] انظر النموذج بالملحق، رقم02.

[*] بالنسبة للوثائق والمستندات الخاصة بملف القضية المتعلقة بالخصم –المدعى عليه–يتم تسليمها من طرفه على مستوى أمانة ضبط قسم شؤون الأسرة طبقا للمادة 22 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مقابل وصل استلام، هذا هو الأصل القانوني في الجانب الإجرائي إلا أنه في ميدان العمل يمكن أن يأمر القاضي الشخصي من المدعي أن يسلم المدعى عليه المرفقات في الجلسة.

ولمزيد من التوضيح تجدون نموذجا من الرسوم القضائية بملاحق موضوع الدراسة.

وعادة المدة ما بين تسجيل العريضة وتاريخ الحضور لأول جلسة تكون محددة بـ 20 يوما على الأقل ما لم ينص القانون خلاف ذلك قصد منح المدعي فرصة لتبليغ الخصم، وهذا الأخير يتمكن من إحضار دفاعه ورده على ما جاء في العريضة الافتتاحية.

وهذه الإجراءات المعمول بها ميدانيا أكدت عليها المواد، 16، 17، 21، 22، 23، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

*** مرحلة تبليغ عريضة دعوى تثبيت الزواج العرفي**

إن القانون أوكل مهمة تبليغ العرائض والمحررات القضائية وغيرها من المهام إلى موظف عمومي يدعى المحضر القضائي(*) وذلك بمقتضى القانون الأساسي03/91 المتضمن مهنة المحضرين القضائيين على مستوى كل محكمة التابعين إليها محليا، وجعل القانون للتبليغات التي يقوم بها المحضر القضائي الطابع الرسمي وتتم باسم الدولة الجزائرية مما يبرز ضرورة رقابة هذه الأعمال من الدولة عن طريق أجهزتها والمتمثلة في النيابة العامة وذلك قصد ضمان الثقة التي يضعها المتقاضين في هذا المساعد القضائي وأيضا بهدف تسيير المرفق العمومي للمحضرين باستمرار واطراد ولا تتعطل حاجيات المواطنين.[1]

ومن هذه المهام مهمة تبليغ عريضة تثبيت الزواج العرفي التي أكدت عليها **المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية** تتم في شكل التكليف بالحضور يتضمن البيانات التالية:

-اسم المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.
-اسم المدعي وموطنه واسم المدعى عليه وموطنه.
-تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها.

(*) سابقا كانت مهمة التبليغ يقوم بها كاتب ضبط المحكمة، إلا أنه ولكثرة القضايا وكذا مهام التبليغات متعددة أوكلت الدولة الجزائرية المهمة في تبليغ هذه المحررات الرسمية وغيرها من الأحكام القضائية بمعناها الواسع إلى ضابط عمومي يتولى بتسيير مهامه تحت رقابة النيابة العامة وهو المحضر القضائي أحد مساعدي العدالة بمقتضى بموجب قانون رقم 06-03 مؤرخ في: 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة **المحضر القضائي**.

[1] محمد بوسماحة: "**مكانة النيابة العامة في مهنة المحضر القضائي**"، مجلة الموثق، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد الرابع، نوفمبر-ديسمبر 2001، ص41.

وفي حالة تعذر على المعني بالتبليغ التوقيع على التكليف بالحضور وضع بصمته مع ذكر عبارة استلم بالعربية العريضة المتعلقة بموضوع البحث.

كما أكدت المادة 19 أن يبلغ هذا التكليف بالحضور بواسطة تحرير محضر تبليغ يتضمن البيانات الأتية:

-اسم ولقب المحضر القضائي، وعنوانه المهني، وختمه وتوقيعه، وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

-اسم كل من المدعى والمدعى عليه ولقبهما وموطنهما، مع توقيع المبلغ له على المحضر بالإشارة إلى طبيعة الوثيقة الثبوتية لهويته مع بيان رقمها وتاريخ صدورها.

ومباشرة بمجرد هذا التوقيع على المحضر القضائي أن يسلم له نسخة من هذه العريضة الافتتاحية لدعوى تثبيت الزواج العرفي مؤشر عليها من أمين الضبط، مع تنبيه المدعى عليه بأنه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور سيصدر حكم ضده بناء على ما قدمه المدعى من ادعاءات.

وهذا الإجراء يعرف **بالتبليغ الشخصي**، لكن قد يرد استثناء عليه وذلك في حالة ما اذا تم رفض التوقيع على العريضة أو استحال تسليمه لها لعدم وجوده شخصيا ورفض أهله تسلم المحضر الرسمي بالتبليغ والتبليغ أمر مطلوب لانعقاد الخصومة القضائية(*)، هنا يلجأ المدعي إلى إجراء التبليغ عن طريق الرسالة المضمنة مع الإشعار بالاستلام مرفقة بنسخة من محضر تبليغ رسمي من نسخة العريضة الافتتاحية المؤشر عليها من قبل كاتب ضبط المحكمة وهذا ما أكدته **المادة 411 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، وفي حالة تعذر التبليغ عن طريق الرسالة المضمنة هنا يتحتم على المدعي أن يتبع إجراءات **التعليق لمحضر التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور** بنسخة منه متضمنا الإجراءات السابقة التي قام بها قصد تبليغ المدعى عليه بالنسخة الخاصة بعريضة افتتاح الدعوى لتثبيت الزواج العرفي وذلك على مستوى لوحة الإعلانات بمقر المحكمة ومقر البلدية التي كان بها آخر موطن وذلك بتأشيرة رئيس المجلس الشعبي البلدي أو موظف مؤهل لذلك وهذا التعليق يعتبر بمثابة التبليغ الشخصي للعريضة الافتتاحية ويعتبر القاضي كأن الخصم – المدعى عليه– قد حضر الجلسة وهذا ما أكدته المادة **412** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(*) نعني بانعقاد الخصومة القضائية أي المرحلة التي يلتقي فيها كل من المدعى والمدعى عليه أمام قاضي شؤون الأسرة ليتم التحقيق القضائي فيه إلى غاية النطق بالحكم الفاصل فيها، ولا تتحقق هذه الخصومة إلا عن طريق رفع دعوى قضائية وتسجيل العريضة التي تتضمن موضوع النزاع محل الخصومة ولهذا وجب التفريق وعدم الخلط بين المصطلحات القضائية والقانونية.

أما بالنسبة للأتعاب المتعلقة بالتبليغات المختلفة حسب ما تم ذكره تقدر بما يلي:

-**بالنسبة للتكليف بالحضور+ تسليمه محددة بـ: 2.840,00 دج لنسخة** عريضة افتتاحية متكونة أكثر من صفحة واحدة.

-**رسالة مضمنة+ إجراءات التعليق بمبلغ: 5.480,00 دج.**[1]

وعليه ففي حالة عدم التوقيع من قبل المعني بالتبليغ يشكل إرهاق اقتصادي كبير للمدعي وهذا ما نلاحظه يوميا في الميدان لا سيما في ظل التعمد و التحايلات التي تصدر من المدعى عليهم قصد التهرب من تحمل المسؤولية، وهذا أكيد يكون خاصة في حالة نزاع في تثبيت الزواج العرفي بين الطرفين أما في حالة الاتفاق كل من مرحلتي الرسالة المضمنة وإجراءات التعليق لا يتم اللجوء إليها بل يتم التبليغ الشخصي لأحدهما حسب المركز القانوني سواء الزوج هو المدعي أو الزوجة هي المدعية، والآخر منها إما مدعى عليه أو مدعى عليها لأنه في ظل التوحيد كما بيناه سابقا للجهات المختصة في النظر دعوى تثبيت الزواج العرفي أصبح قاضي شؤون الأسرة هو المختص في كلتا الحالتين التي يكون فيهما الطرفان على نزاع أو اتفاق بينهما لهذه الدعوى عكس السابق فلم يكن يعاني الطرفان من طول إجراءات التبليغ حال الاتفاق في قيد زواجهما العرفي كونها تتم فقط برفع طلب إلى وكيل الجمهورية يتضمن قيد الزواج العرفي ضمن سجلات عقود الزواج، هذا الأخير بعد التحقيق فيه يحيله إلى رئيس المحكمة ليصدر بشأنه أمر بتقييده في سجلات عقود الزواج غير قابل لأي طعن وهذا ما أكدته **المادة 39 من قانون 08/14 المعدل لأمر 20/70** المتعلق بالحالة المدنية، أما حالة النزاع فيكون باللجوء إلى المحكمة عن طريق قاضي شؤون الأسرة ليفصل فيه بكم قضائي.

وبمجرد تمام هذه المراحل المتمثلة في كل من تحرير عريضة افتتاح دعوى تثبيت الزواج العرفي بشروطها الشكلية والموضوعية، وبعدها تسجيلها وقيدها بكتابة ضبط المحكمة بتاريخ أول جلسة لانعقاد الخصومة، والتي تم تبليغها بواسطة المحضر القضائي إلى المعني بالتبليغ تأتي مرحلة التحقيق القضائي التي يقوم بها قاضي شؤون الأسرة في الدعوى المتعلقة بهذا التثبيت، وهذا ما سنوضحه في الفرع الثاني.

---

[1] مقابلة مع المحضرة القضائية الأستاذة "**نور سليمة**"، بمكتبها الكائن بحي الوادي 252 مسكن رقم 13 بسكرة، بتاريخ 30 مارس 2016، على الساعة 15:00 مساءا، وجميع المراحل التي ذكرنها بتوضيح منها ولتوضيحها أكثر أنظر نموذج من التبليغات المذكورة بالملحق المتعلق بالعرائض والتبليغات القضائية وشهادات الصيغة التنفيذية، رقم02.

الفرع الثاني: التحقيق القضائي في دعوى تثبيت الزواج العرفي

تعتبر هذه المرحلة المهمة في موضوع تثبيت الزواج العرفي ليتخذ القرار بشأنه إما بالقبول بتثبيته بمقتضى حكم قضائي، وإما برفض الدعوى بنفس الحكم، وهذا كله متوقف على مدى قوة الأدلة والحجج المقدمة من قبل طرفي الدعوى وإنتاجها في فيها.

كما نؤكد على أنه قد تغيرت الإجراءات المتبعة في تثبيت الزواج العرفي وتسجيله ضمن عقود سجلات الزواج وذلك بمقتضى **المادة 22 المعدلة من قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02** في جعل قاضي شؤون الأسرة صاحب الاختصاص المطلق بالنظر فيها سواء كان الزواج العرفي متفق فيه أو متنازع فيه بين أطرافه وبدليل ذلك قولها: ‹‹ **وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي** ››، وكذا **المادة 3 مكرر** التي جعلت من النيابة العامة طرفا أصيلا في قضايا شؤون الأسرة بجميع أنواعها ومن بينها قضية تسجيل الزواج العرفي بناء على حكم قضائي فلا يمكنه أن يكون حكما وخصما في نفس الوقت(*)، وبالتالي التمييز الذي كان عليه سابقا قبل التعديل لم يعد معمول به في الميدان، وتأكد لنا ذلك باتصالنا مع ذوي الاختصاص المعنيين بتطبيق كل من المواد 22و3 مكرر من قانون الأسرة، وكذا المادة 39 من قانون الحالة المدنية 14-08 المعدل لأمر 70-20.

وعليه فعريضة تثبيت الزواج العرفي المراد تسجيلها بمقتضى حكم قضائي من اختصاص قاضي شؤون الأسرة فقط وليس رئيس المحكمة.

وبعد توضيح تغيير الإجراءات بشأن الجهة المختصة بالنظر في دعوى التثبيت للزواج العرفي سنحاول الآن توضيح الإجراءات التي تتم في مرحلة التحقيق القضائي المعمول بها في الميدان من خلال المراحل التالية:

(*) لأنه سابقا قبل تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 كان لوكيل الجمهورية دور في تلقي طلبات قيد الزواج العرفي بسجلات عقود الزواج وبعد التحقيق في وثائق الثبوتية المرفقة معها يحيلها إلى رئيس المحكمة ليفصل فيها بموجب أمر غير قابل للطعن حالة الزواج العرفي غير المتنازع فيه طبقا للمادة 39 من أمر 20/70، أما المادة 22 من قانون الأسرة قبل التعديل نصت على أنه يثبت الزواج العرفي بحكم دون كلمة قضائي حاليا وهذا يعني أنه في حالة نزاع في الزواج العرفي فإن قاضي شؤون الأسرة هو المختص بالفصل فيه.

أولا: التأكد من انعقاد الخصومة بين الطرفين

بعد وصول الملف إلى قاضي شؤون الأسرة الذي يتضمن نسخة من العريضة الافتتاحية المتعلقة بدعوى تثبيت الزواج العرفي والمرفقات المتعلقة بالدعوى قصد تدعيم ما تم تدوينه من حيثيات(*) في العريضة، مرقم بحسب رقم القيد المحدد لوقت تسجيل الدعوى، يقوم القاضي بالاطلاع عليه قبل أول جلسة لابتداء التحقيق فيها حتى يأخذ نظرة شاملة على موضوع النزاع وطلبات المدعي وما قدمه من حجج وأدلة تدعم نزاعه ومدى توافر دعوى على الشروط الشكلية والموضوعية سواء كان رافع الدعوى الزوج أو الزوجة أو أحد ورثتهما، ليأتي بعدها اليوم المحدد لأول جلسة، فأول ما يتأكد منه قاضي شؤون الأسرة هو حضور الطرفين وذلك من خلال مناداتهما من قبل كاتب ضبط الجلسة وفي حضور وكيل الجمهورية فالاحتمالات في الجلسة الأولى تتمثل في:

1- حالة حضور المدعي أو ممثله القانوني دون حضور المدعى عليه أو ممثله القانوني:

ففي هذه الحالة يطلب القاضي من المدعي أو محاميه تقديم المحضر الرسمي لتبليغ المدعى عليه كدليل إثبات بعلمه بالنزاع، وغالبا يتم تقديمه من طرفه في أول الجلسة أو محاميه وبالتالي يأمر قاضي شؤون الأسرة بتأجيل الجلسة لحضور المدعى عليه، أما في حالة عدم تمكن المدعى من الحصول على المحضر الرسمي لتبليغ الخصم فهنا يطلب تأجيل الجلسة إلى حين استكمال ذلك، وعادة ما تكون أول جلسة بحضور المحامين إن وكلوا من قبل أطراف الدعوى دون الأطراف وهذا ما يشكل في غالب الأحيان طول للإجراءات وتعطيلها لأن القاضي له السلطة المطلقة في أن يتخذ أي إجراء يراه منتجا في الدعوى فقد يرى في حالة حضور الأطراف جميعا حتى مع محاميهم سماع كل منهما في أول جلسة أو يطلب إحضار مرفقات معينة ويؤجل الجلسة إلى حين وبعدها يستأنف الحكم فيها، لهذا نرى من الضروري حضور جميع أطراف الجلسة من أولها حتى وإن كانوا مستعينين بدفاع لهم.

2- حالة حضور المدعى والمدعى عليه أو محاميهما:

ففي هذه الحالة لا يطلب القاضي من المدعى تقديم محضر تبليغ رسمي لأن حضور المدعى عليه دليل على علمه بالجلسة، ففي حالة حضور المدعى عليه يطلب منه القاضي أن يسلمه مذكرة جوابية أو عريضة جوابية تتضمن الرد على ما جاء من حيثيات في العريضة الافتتاحية للمدعي فهنا إما أن يقدم له الجواب مباشرة في أول جلسة وإما أن يطلب منه تمكينه من أجل للجواب، وإما يطلب منه تمكينه من أجل

(*) نقصد بحيثيات القضية الطلبات والبيانات التي يكتبها أطراف الدعوى المعلقة بعرض موجز للنزاع، وهو مصطلح قانوني يستعمل في تحرير العرائض بمختلف أنواعها.

لتحضير دفاعه، وفي كل الحالات يؤجل القاضي القضية إلى جلسة أخرى لهذا الغرض، ويمكن له أن يأمر بتأجيل الجلسة مع اطلاع النيابة العامة على ملف الدعوى باعتبارها طرف أصيلا في الدعوى كما يمكن له أن يطلب من الطرفين الحضور الشخصي قصد التحقيق معهما في النزاع المتعلق بتثبيت الزواج العرفي.

3- حالة عدم حضور كلا الطرفين:

هنا يقوم القاضي بتأجيل الجلسة إلى جلسة أخرى، وفي حالة ما وصل أجل الجلسة الأولى ولم يحضرا أيضا يأمر بشطب القضية من جدول القضايا مع تحميل المدعى المصاريف القضائية، والمرحلة التي تهمنا هنا هي: حضور الطرفين وانعقاد الخصومة لتأتي مرحلة التحقيق القضائي باستجواب الأطراف والتحقيق في الأدلة المتعلقة بتثبيت الزواج العرفي بناء على نصوص ومواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بحضور الخصوم واستجوابهم وكذا سماع الشهود وأي شخص له علاقة بالنزاع.

ثانيا: في حضور طرفي الدعوى واستجوابهم والتحقيق في أدلة الإثبات

نظرا لما يتميز به الزواج العرفي من خطورة فإن القاضي يزيد حرصه في التحقيق(*) عن مدى توافر أركانه وشروطه الشرعية والقانونية بناء على المواد 9 و9 مكرر والمتمثلة في ركن الرضا، إلى جانب شروط الزواج من أهلية، الصداق، الولي، شاهدين، انعدام الموانع الشرعية للزواج وذلك من خلال ما يلي:

*** بالنسبة لطرفي الدعوى:**

ونقصد بطرفي الدعوى في الزواج العرفي كل من الزوج والزوجة متى كان أحدهما على قيد الحياة ففي حالة اتفاقهما لا يوجد إشكال في استجوابهما فيصبح هذا الأخير مجرد تأكيد رضاهما بالإقرار من كل منهما وتقديم أدلتها من شهود وحضور إمام الذي تلى الفاتحة، وتأكيد الزوجة على تسمية مهر صداقها بتأييد الشهود في ذلك، هنا يصدر الحكم الكاشف للزواج العرفي ويصدر حكم قضائي بعد التماسات النيابة العامة تطبيق القانون، ولكن الإشكال في حالة النزاع في تثبيت الزواج العرفي بين طرفيه هنا يتم التحقيق فيه وفقا ما يلي:

– وفقا للمواد من 98 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في القسم الخاص:‹‹ في حضور الخصوم واستجوابهم ››، فإنه يمكن للقاضي أن يقوم بسماع الزوج أو الزوجة على انفراد، كما له حق

(*) يتم استجواب أطراف الدعوى على مستوى مكتب خاص يحضره كل من القاضي وكاتب ضبط الجلسة لتحرير كل أقوال المراد سماعه في محضر سماع وكذا الخصوم أو أي شخص أخر كالولي، الشهود ...إلخ، وهذا ما هو جاري العمل به في جلسات المحاكمة ولهذا فهو أمر سري عكس ما تتميز به الجلسات بالعلنية وفقا للمادة 7 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

سماعهما معا(*)، كما له أن يطلب منهما تأدية اليمين القانونية، يخضع كل ذلك لكامل السلطة المطلقة للقاضي، وتتمثل الأسئلة الموجهة إليهما في: مدى توافر الرضا في كليهما في عقد الزواج العرفي وكذا حول حضور الولي وشاهدي عدل، وتسمية الصداق من عدمه، ويجب أن يكون الرد بنعم أو لا من قبل كل منهما، المعبر عن الرضا التام برضا الطرف من هذا الزواج، وفي حالة ما إذا نتج عنه أولاد كذلك يوجه القاضي إليهما أسئلة عن ميلاده خاصة بالنسبة للزوجة، وذلك بتقديم شهادة وضع في المستشفى أو إحضار من قامت بتوليدها في البيت المهم كل ما يثبت هذا الوضع.

*** بالنسبة للشهود:**

يعتبر التحقيق عن طريق سماع الشهود من أهم الأدلة التي يعتمد عليها القاضي في تثبيت الزواج العرفي وهذا ما تثبته الأحكام المرفقة بالملاحق المتعلقة بموضوع الدراسة، وسبب ذلك أن القضاء العبرة عنده بالظاهر فهو يحكم على أساس ما هو ظاهر أمامه، وكذلك من أهم ما يقوم عليه الزواج العرفي هو العلانية والشهرة وهذه لا تكون إلا بحضور شهود يؤكدون الواقعة وإخراجه من السرية، وفي حالة ما إذا أدلى أحد الشهود بتصريحات كاذبة أدينوا بجريمة التزوير، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قرارتها القاضي بـ:‹‹ **من المقرر شرعا وقانونا أن الزواج الشرعي – العرفي- يقوم على العلانية والشهرة ومراعاة شروطه وأركانه، ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام أو قصور وتناقض الأسباب في غير محله، ومن الثابت في قضية الحال أن الطاعنة عجزت عن إثبات زواجها رغم محاولة الشهود الذين شهدوا لها بالزواج وادينوا معها بجريمة التزوير، فإن قضاة الموضوع برفضهم لدعوى الطاعنة الرامية إلى إثبات زواجها بالمتوفي طبقوا صحيح القانون››(قرار رقم 75344 بتاريخ: 1990/04/30).**[1]

كما أنه الأصل في سماع الشهود في واقعة تثبيت الزواج العرفي تكون بشهود عيان وهم الذين حضروا مجلس العقد وشهدوا بذلك أمام القاضي، إلا أنه يجوز كذلك الاعتماد على شهود سماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كان يربطهما عقد زواج شرعي ومتزوجين لمدة قصيرة أو طويلة، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في أحد قرارتها بقولها: ‹‹ **من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان 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 ومن ثمة فإن النعي على**

(*) حسب تقديرنا فإن التأكد من الرضا يكون على انفراد أحسن حتى لا يكون ضغط نفسي على الإقرار الحقيقي لكل طرف ومع ذلك هناك من القضاة من يستجوبهما معا ليرى مدى التناقض في ثبوت الزواج العرفي الصحيح خاصة من ناحية باقي شروطه.

[1] جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص628.

القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني ومخالفة قواعد الإجراءات في غير محله سيتوجب الرفض ومن الثابت لما كان في قضية الحال أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن ›› (قرار رقم 53272 بتاريخ:1989/03/27).[1]

كما يجوز للقاضي في حالة وفاة أحد الزوجين في واقعة تثبيت الزواج العرفي المرفوع من الباقي على قيد الحياة ضد أحد ورثة المتوفي أو ضد النيابة العامة أو نقص في الأدلة المقدمة، وبدليل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في أحد قرارتها بقولها: **‹‹ من المبدأ يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين المتممة حيث اعتبرت في تعليقها على أحد الأدلة المثارة في هذا الشأن أنه من المقرر قانونا طبقا للمادة 348 من القانون المدني يجوز توجيه اليمين المتممة من طرف القاضي تلقائيا إلى أي من الخصمين من رأى أن الدعوى خالية من أي دليل أو لا يكون فيها دليلا كاملا ››.**[2]

كما قررت أيضا أنه:‹‹ **من حيث المبدأ يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة، ‹‹لا نكاح بعد الموت››، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها العرفي من الهالك إضافة إلى سماع شهادة الشهود طبقوا القانون تطبيقا سليما››(قرار رقم 204254 بتاريخ: 1998/09/22).**[3]

أما بخصوص نصاب الشهادة التي يعتمد عليها في تثبيت الزواج العرفي فإنها تطبق وفقا للشريعة الإسلامية إما بسماع رجلين أو امرأتين ورجل وإلا عرض حكم قاضي شؤون الأسرة المخالف لذلك إلى النقض وفي ذلك قررت المحكمة العليا في أحد قرارتها أنه:**‹‹ من المبدأ أن القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة لتشهد بمعاينة العقد أو السماع القانوني، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه جاء خاليا من أي حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة ومخطئ في فهم**

---

[1] جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الأول، ص409.

[2] المحكمة العليا، نقض شخصي، ملف رقم424799 بتاريخ:2008/02/13، المجلة القضائية، العدد02، 2008، ص307.

[3] جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص963.

أنواع الشهادات في الفقه، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ›› (قرار رقم 43889 بتاريخ: 1994/03/22).[1]

كما قررت أيضا المحكمة العليا على أنه لا يجوز سماع شاهد واحد لإثبات الزواج العرفي وذلك بقولها في أحد قرارتها أنه:‹‹ **من حيث المبدأ حضور شاهد واحد لا يكفي للقضاء بصحة الزواج العرفي›› (قرار رقم 102746 بتاريخ: 1944/03/22).**[2]

أما بخصوص إجراءات سماع الشهود في قضية تثبيت الزواج العرفي فإن للقاضي كامل السلطة التقديرية في كيفية السماع، وتوجيه اليمين القانونية تكون في أغلب الأحيان غير ضرورية بالنسبة للشهود الأقارب في الزواج العرفي، أما غيرهم فتوجيهها لازمة ويتم سماع الشهود على انفراد حتى يسهل معرفة مدى صحة التصريحات المدلى بها، كما يجوز له أن يتم سماعهم في حضور الخصوم أم في غيابهم وهذا ما هو المعمول به ميدانيا وبدليل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في أحد قرارتها بقولها:‹‹ **من حيث المبدأ من المقرر قانونا أن يتوجب على القاضي الاستماع بنفسه شهادة كل شاهد وعلى انفراد سواء بحضور الخصوم أو غيابهم، ويذكر كل شاهد قبل الإدلاء بشهادته اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته وتبعيته للخصوم ثم يحلف بأن يقول الحق، لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس أغفلوا توجيه اليمين القانونية للشهادات وسماعهن››(قرار رقم 90683 بتاريخ: 1993/05/25).**[3]

كما يمكن للقاضي أن يسمع الشهود الذين حضروا الزواج العرفي بخصوص الصداق المفروض للزوجة شرعا وتأكيد عدم إسقاطه إلى جانب توافر الرضا وبقية شروط الزواج العرفي، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قرارتها بقولها:‹‹ **من المبدأ أن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل ومتى تبين في قضية الحال أن الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض**

---

[1] نفس المرجع، ص659.

[2] نفس المرجع، ص849.

[3] نفس المرجع، ص728.

الدعوى الرامية إلى تثبيت الزواج رغم توافر أركانه(*) فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج ›› (قرار رقم 210422 بتاريخ: 1998/11/17).[1]

كما تجدر الإشارة إلى أنه حسب مبادئ الشريعة الإسلامية يجوز للشاهد أن يرجع عن شهادته ورجوعه صحيح ومقبول بشرط أن يكون في مجلس القضاء، لا سيما في حالة شهود السماع الذين اعتمد عليهم القاضي في بناء حكمه بتثبيت الزواج العرفي وحاز على حجية التي المقضي فيه أي استوفى جميع طرق الطعن العادية وغير العادية فإنه يجوز له الرجوع عند شهادته خاصة في الزواج العرفي إذا ما ثبتت عدم صحته شرعا ووقع شاهد السماع في خطأ أو تدليس بإيهام الزوجة أنها فعلا زوجة فلان فهنا هل يمكن متابعة هذا الشاهد إن تراجع على أقواله باعتبار شهد زورا أم له أن يؤكد عدم صحة الخبر المنقول إليه من غيره من الناس بأن فلانة زوجة فلان لا سيما أن الشهادة بالتسامع نسبية قطعيتها ضئيلة وهذه الاحتمالات والتساؤلات قد نجد لها حلا من **موقف المحكمة العليا في أحد قرارتها** بالقول:‹‹ **من حيث المبدأ أن حكم إثبات واقعة الزواج يكتسي حجية مؤقتة، ولما كان ثابتا من قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الطعن الرامي إلى إلغاء حق الزواج المسجل في الحالة المدنية باعتبار أن حكم إثبات أو عدم إثبات واقعة الزواج العرفي يكتسي حجية مؤقتة ويكون حسب توفر الأدلة وبالتالي فإن القضاة كما فعلوا طبقوا صحيح القانون›› (قرار رقم 211509 بتاريخ: 1998/112/15).[2]**

ومن خلال ما تم ذكره بشأن التحقيق القضائي الذي يقوم به القاضي بشأن واقعة تثبيت الزواج العرفي فإن أهم دليل يعتمد عليه في هذا التثبيت هو **محضر سماع الشهود** الذي يتم تدوينه من قبل كاتب الضبط الذي يحضر التحقيق القضائي والموقع من قبل الشهود والقاضي وكاتب الضبط.

كما تجدر الملاحظة إلى أن سماع الشهود يمكن للقاضي أن يجرح فيهم عن طريق أمر بإرجاء الفصل في الدعوى المتعلقة بتثبيت الزواج العرفي وأمر الوكيل الجمهورية بفتح تحقيق بتزوير حول ما تم إدلائه من تصريحات كاذبة في ما يتعلق بواقعة الزواج العرفي وذلك من خلال تناقض في الشهادتين كأنه يقول:

الشاهد الأول: حضرت الوليمة في زواج فلانة بفلان على الساعة 12:00 منتصف النهار في حين **الشاهد الثاني:** لما يوجه له نفس السؤال يقول: حضرت الوليمة على الساعة **20:00** مساء (عشاء) فهنا تظهر

(*)حاليا فإنه وفقا للمادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة المعدلين بموجب أمر 05-02 أصبح ركن الرضا فقط في الزواج أما البقية فهي بشروط: الولي، الصداق، الشهود، انتفاء الموانع الشرعية في الزواج، الأهلية (19 سنة).

[1] جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص1014.

[2] نفس المرجع، ص1015.

فائدة سماع كل شاهد على حدى حتى يتم الوقوف على مدى صدق الشهادات تبقى خاضعة لجوازية القاضي في السماع لهما معا أم انفرادا، وبالتالي يظهر لنا من خلال ما تم ذكره من أهم إجراءات التحقيق القضائي أن الأدلة المعتمد عليها هي:

1/الإقرار: وهو الذي يعترف فيه الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية المدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة وهذا ما أشارت إليه **المادة 341 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني**، أما الإقرار غير القضائي(*) فهو مجرد دليل إثبات خاضع للسلطة التقديرية للقاضي في قبول من عدمه إلا أنه قد يكون له أساس في تثبيت الزواج العرفي لأنه يحرر من قبل موظف عمومي ويعتبر محضر رسمي لا يطعن فيه إلا بالتزوير.[1]

2 /البينة (شهادة الشهود): هي الأساس الذي يعتمد عليه القاضي في تثبيت الزواج العرفي من عدمه وهي أنواع:[2]

***الشهادة المباشرة (العينية)**: أي أنه يدلي الشاهد بما شاهده من وقائع عرفها معرفة شخصية إما بأن يكون رآها بعينه أو سمعها بأذنه كحضور مجلس العقد في الزواج العرفي.

***الشهادة السماعية**: وهي الشهادة غير المباشرة أي يشهد الشاهد بما سمع رواية عن غيره وهي خاضعة لاقتناع القاضي.

***الشهادة بالتسامع (الفاشية)**: وهي شهادة بما تسامعه الناس لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات بل على الرأي الشائع في جماهير الناس عن هذه الواقعة، فهي غير قابلة للتحري ولا يحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما شهد به وهي تجوز في المسائل التي يجوز فيها قبول بالسماع الفاشي في أبواب مخصوصة كالنكاح، الرضاع، الحمل...إلخ، لأنه مبنى لهذا الأشياء على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مكان المعاينة.

3/اليمين المتممة: وهي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين عندما يرى أن هذا الخصم قدم دليلا غير كاف على دعواه ليتمم الدليل باليمين[1]، وهي تختلف عن اليمين الحاسمة التي تعفي

(*) العبرة هنا في تثبيت الزواج العرفي بالإقرار القضائي وليس الإقرار غير القضائي وهو الذي يتم بعيدا عن قاضي شؤون الأسرة الذي ينظر في موضوع الدعوى كأن يقوم طرفي واقعة الزواج العرفي بإقرارها أمام موثق أنظر نموذج منه بالملحق المتعلق بالوثائق الخاصة بمصلحة الحالة المدنية، رقم05.

[1] أنظر قرار المحكمة العليا الموجود بالملحق المتعلق بالأحكام والقرارات القضائية، رقم03.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ص312، 314.

[1] يحي بكوش، مرجع سابق، ص328.

من الإثبات وتكون متى عجز الخصم عن تقديم الدليل الذي يسمح به القانون لإثبات دعواه ولا يقر له خصمه بصحة ما يدعيه، ولا يبقى أمامه إلا طريق واحد يلجأ إليه وهو أن يحتكم إلى ضمير هذا الخصم فيوجه إليه اليمين الحاسمة، يطلب إليها حلفها لحسم النزاع ولا يملك من وجهت إليه اليمين إلا أن يقبل هذا الاحتكام فإن حلف الخصم فقد أثبت بذلك أن ضميره راض بإنكار صحة الادعاء إن نكل كان في هذا النكول إقرار ضمني بصحة الادعاء وعليه يتبين أن الفرق بينهما كون اليمين المتممة توجه في حالة وجود الدليل لكنه غير كاف فيجوز للقاضي أن يوجهها لإحدى الخصوم أما اليمين الحاسمة فهي التي تكون حالة عدم وجود دليل لدى الخصم وأنكر ادعاءه الخصم الأخر فيوجهها إليه لحسم النزاع إما بالإثبات أو النفي له تحت السلطة التقديرية للقاضي وبعد انتهاء مرحلة التحقيق تأتي مرحلة تهياه الفصل في دعوى تثبيت الزواج العرفي.

ثالثا: مرحلة الفصل في دعوى تثبيت الزواج العرفي

بعد التحقيق الذي يقوم به القاضي في قضية تثبيت الزواج العرفي ويقتنع بما يراه مناسبا في الدعوى فإنه يكتفي بسماع الأطراف لتهيئة الفصل فيها في جلسة لوحدها وذلك عن طريق صدور حكم قضائي إما بـ:

أ-تثبيت الزواج العرفـــي.

ب-تثبيت الزواج العرفي مع إلحاق النسب.

ج-تثبيت الزواج العرفي مع الحكم بفك الرابطة الزوجية، إما بالتطليق أو الطلاق بإرادة منفردة أو الطلاق بالتراضي.

وفي هذا قضت المحكمة العليا بقولها: **« إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق باعتبار الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي» (قرار رقم125059 بتاريخ: 1995/10/24).**[1]

[1] جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص886.

كما قررت أيضا أنه: ‹‹ من المبدأ ينتهي الزواج العرفي التام الأركان إما بالطلاق وإما بالتطليق وليس بفسخ عقد الزواج أو بفسخ الخطبة››.[1]

هـ-تثبيت الزواج العرفي متعلق بحالة وفاة أحد الطرفين ورفعت ضد النيابة العامة أو الورثة.

و-وإما رفض تثبيت الزواج العرفي لعدم كفاية الأدلة أو تأكد القاضي من تناقض الشهادات بشأن ذلك.

ي- قد يصدر حكم بصحيح أحد بيانات الزواج العرفي الذي تم تثبيته بمقتضى حكم قضائي ووقع خطأ في تاريخه مثلا.

وهنا ينتهي دور قاضي شؤون الأسرة في دعوى تثبت الزواج العرفي، والأحكام هنا تكون علنية في الجلسة طبقا لنص **المادة 273 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، مع تسبيبها من قبل القاضي وذلك من خلال توضيح الأسباب القانونية التي بنى عليها وجهة نظره وحكمه في الدعوى وهذا من أجل ضمان شفافية العدالة في الوصول إلى الحل القانوني للنزاع ويبعد القاضي عن تهمة التحيز أو الحكم على أساس غير قانوني، كما يمكن للأطراف بناء استئناف في الحكم عليه أو القبول به عن بينة، وعليه حتى نركز على إجراءات التي يتم إحضار الصيغة التنفيذية للحكم القاضي بتثبيت الزواج العرفي من خلالها.

نشير فقط إلى أنه يجوز للطرفين في حالة النزاع حول تثبيت الزواج العرفي استئنافه أو نقضه أمام المجلس القضائي أو المحكمة العليا خاصة من جانب الزوج عادة هو الذي يصر على إنكاره للزواج العرفي وما يترتب عنه من أثار، فله أن يطعن في الحكم القاضي بتثبيت الزواج العرفي أو الزوجة إن كان الحكم القضائي قضى برفض تثبيته وذلك إما:

-**بطريق المعارضة**: إن كان الحكم القضائي غيابيا لتتصدى المحكمة من جديد وأمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم بالنظر في القضية من جديد.[2]

وذلك في أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم القضائي الغيابي المتعلق بدعوى تثبيت الزواج العرفي حسب **المادة 329 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، لتتصدى بالفصل فيه نفس الجهة مصدرة الحكم القضائي الغيابي.

---

[1] المحكمة العليا، نقض شخصي، ملف رقم340671 بتاريخ:2005/10/12، المجلة القضائية، العدد2، 2005، ص397.

[2] للتوضيح أكثر أنظر نموذج من الحكم الغيابي المطعون فيه بالمعارضة بالملحق المتعلق بالأحكام والقرارات القضائية، رقم03.

-**بطريق الاستئناف:** إذا كان الحكم القضائي حضوريا فإنه يجوز لكلا الطرفين الطعن فيه بالاستئناف خلال أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي له للمعني بالأمر شخصيا(*)، أو يمدد إلى أجل شهرين إذا تم تبليغ الرسمي للحكم للمعني بالأمر في موطنه المختار أو الحقيقي، وهذا ما نصت عليه المادة 336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما إذا كان القرار غيابيا صدر بعد الاستئناف في الحكم الابتدائي الحضوري الذي فصل في قضية تثبيت الزواج العرفي هنا تتم المعارضة فيه أولا خلال شهر من تاريخ تبليغه الرسمي للقرار الحضوري بعد المعارضة.(1)

وعموما الذي يهمنا هنا في موضوع البحث هو أنه قرار الاستئناف في الحكم الحضوري يكون إما:

- ❖ إلغاء الكلي للحكم القضائي الذي فصل في دعوى تثبيت الزواج العرفي (بالتثبيت أو الرفض) والتصدي إليه من جديد بالفصل فيه.
- ❖ وإما تأييده مع تعديله جزئيا فقط في جانب من جوانبه.
- ❖ إما تأييده ورفض طلبات الاستئناف.(2)

وعموما فإن الأحكام القضائية تكون حضورية أو غيابية وكل من طريقي المعارضة والاستئناف يتم رفعها في عريضة افتتاحية عادية بها جميع الشروط والبيانات للدعوى العادية(دعوى افتتاحية) وهذا هو المعمول به قضائيا في حالة النزاع في الزواج العرفي ويبقى لأحد الخصوم أيضا الحق في الطعن بالنقض في أجل شهرين من تاريخ تبليغ الرسمي للقرار الصادر من المجلس القضائي وللمحكمة العليا النظر فيه من الناحية القانونية كونها محكمة قانون والنظر فقط في الأوجه المثارة وفقا لما حصره المشرع من أسباب لهذا الطعن وهذا ما نصت عليه **المواد 349 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية** وهو أحد طرق الطعن غير العادية والهدف منها التطبيق السليم للقانون، وتكريسه والتطبيق الموحد أمام جميع المحاكم أو المجالس القضائية ولقد تناولنا نماذج كبيرة مما تصدره المحكمة العليا من قرارات في موضوع البحث وهذه لمحة موجزة فقط عن حالات الطعن في الحكم القضائي الخاص بتثبيت الزواج العرفي إلا أننا سنركز على الحالة التي تم فيها قبول ما قضى به القاضي من تثبيت الزواج العرفي بمقتضى إصدار الحكم القضائي الخاص بذلك فهنا يتفق أحدهما بتبليغ الطرف الأخر وبعدها ينتظران فوات مهملة التبليغ بالحكم الحضوري بالطبع ما دام

(*) كما يتم تبليغ أي حكم قضائي سواء كان حضوريا أو غيابيا أو قرار حضوريا أو غيابيا لوكيل الجمهورية باعتباره طرف في الدعوى وهو إجراء جوهري وإلا عدت مرحلة تبليغ للحكم القضائي ناقصة.

(1) أنظر النموذج في الملحق رقم03

(2) أنظر نموذج من نفس الملحق.

الطرفان متفقان وبعد فوات أجل شهر المتعلق بميعاد الاستئناف(*) هنا تأتي مرحلة استخراج الصيغة التنفيذية.

* **مرحلة إجراء استخراج الصيغة التنفيذية للحكم القضائي الخاص بدعوى تثبيت الزواج العرفي** حتى يصبح الحكم نهائيا قابلا للتنفيذ فإن هذه المرحلة تتطلب إتباع المراحل التالية للحصول عليها:

-استخراج شهادة عدم المعارضة والاستئناف وذلك بتقدم المعني بالأمر من قسم شؤون الأسرة الموجود على مستوى كتابة ضبط المحكمة التي وقع بدائرة اختصاصها تثبيت هذا الزواج مرفقا معه الوثائق التالية:

- ❖ محضر التبليغ الرسمي للحكم القضائي المتعلق بتثبيت الزواج العرفي أصل منه لكل من المبلغ له ووكيل الجمهورية.
- ❖ نسخة من الحكم الشخصي للاطلاع القاضي بتثبيت الزواج العرفي.
- ❖ يمنح كاتب ضبط القسم الشخصي على مستوى المحكمة -شؤون الأسرة- المعني بالأمر نسخة أصلية من شهادة عدم المعارضة والاستئناف وذلك بعد اطلاعه على كل من المحضرين الرسميين للتبليغ السابق ذكرهما حتى يتأكد من فوات ميعاد الطعن المتعلق بالمعارضة إن كان الحكم غيابيا أو التأكد من فوات آجال الطعن بالاستئناف إن كان الحكم حضوريا وبعد التأكد من ذلك يقوم بالتأشير على الجهة المتعلقة بالمعارضة من هذه الشهادة وبعدها يطلب كاتب الضبط الموجود على مستوى المحكمة من المعني بالأمر الاتصال بالكاتب الضبط الموجود على مستوى المجلس القضائي بمصلحة الاستئناف ليتأكد هو الآخر من فوات أجال الطعن باستئناف أو الطعن بالنقض ليتم بعدها التأشير على الجهة المحددة لعدم وجود الاستئناف، وبهذا يتم تسليم أصل من شهادة عدم المعارضة والاستئناف.

-**استخراج الصيغة التنفيذية:**(**) وبعد الحصول على شهادة عدم المعارضة والاستئناف كما سبق توضيحه يتم تقديمها من قبل المعني بالأمر إلى كاتب الضبط المكلف بتبليغ الصيغة التنفيذية على مستوى المحكمة حتى يتأكد هو الآخر من عدم وجود معارضة واستئناف ليسلم بعدها نسخة أصلية من الحكم القضائي المتعلق بتثبيت الزواج العرفي التنفيذي مع نسخة أصلية من الصيغة التنفيذية، مؤشرين عليهما من قبل كاتب

(*) أي تم استنفاذ جميع الطرق الطعن العادية وغير العادية وأصبح الحكم نهائيا بعد فوات أجالها بالتبليغ الحكم القضائي القاضي يثبت الزواج العرفي.

(**) الصيغة التنفيذية نعني بها الطلب المقدم باسم الشعب الجزائري والجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى النواب العاملين ووكلاء الجمهورية وضباط القوات العمومية من أجل تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذ الحكم القضائي المعمول بها وفقا للمادة601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنظر نسخة منها بالملحق المتعلق بالأحكام والقرارات القضائية، رقم03.

الضبط المحكمة وهذه الصيغة التنفيذية تسلم نسخة واحدة منها فقط للمعني بالأمر وهذا ما نصت عليه **المادة 282 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، إلا أنه في حالة الضياع لسبب قاهر يمكن للمعني بالأمر أن يطلب نسخة ثانية منها وبمقتضى الحصول على هذه الصيغة التنفيذية للحكم القضائي المتعلق بتثبيت الزواج العرفي ينتهي دور قسم شؤون الأسرة على مستوى المحكمة ليأتي دور النيابة العامة بالسعي في تسجيل هذا الحكم الممهور بالصيغة التنفيذية بمصالح الحالة المدنية على مستوى البلدية المعنية.

المطلب الثاني: دور النيابة العامة في تسجيل الزواج العرفي

نظرا للخصوصيات التي تتميز بها القضايا الأسرية بما لها علاقة أساسية بالنظام العام في استقرار الأمن والسكينة في المجتمع، فهي في حاجة إلى الدور الوقائي والحمائي في كثير من الجوانب، وهذا ما تنبه إليه المشرع الجزائري من خلال استحداثه **للمادة 3 مكرر من قانون الأسرة** بموجب التعديل 05-02 بجعل النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون.

ونظرا ما للنيابة العامة من دور أصيل ومهم في مجال الأسرة، لا سيما من حيث تقديم الطلبات والادعاءات المدنية وممارسة الطعن في الأحكام القضائية، كما أنه يجب تكليف ممثل النيابة العامة بالحضور للجلسة وتبليغه رسميا بنسخة من العريضة عن طريق كتابة الضبط قسم شؤون الأسرة ومن أهم ما يميز الدعوى المتعلقة بتثبيت الزواج العرفي أنها إذا تخلف فيها عبارة‹‹ **بحضور السيد وكيل الجمهورية لدى المحكمة المختصة** ››، إذا كنا بصدد عريضة افتتاحية أمام المحكمة أو‹‹ **بحضور السيد النائب العام لدى المجلس القضائي أو المحكمة العليا** ›› إذا كنا بصدد عريضة استئنافية أو عريضة طعن بالنقض رفضت الدعوى شكلا.[1]

و عليه في هذا المطلب سنركز فقط على دور النيابة العامة في ما يتعلق بموضوع تثبيت الزواج العرفي ودورها في تسجيله بسجلات عقود الزواج بالحالة المدنية على مستوى البلدية.

[1] أنظر النموذج من العبارة من نفس الملحق.

الفرع الأول: الاختصاص الأصيل للنيابة العامة.

إن أصل النيابة العامة قد خول لها القانون إلا الحق في تحريك الدعوى العمومية(*) ومباشرتها أمام القضاء الجزائي إلى جانب ما خوله لها كاستثناء من الحق في ممارسة الدعوى المدنية أمام القضاء المدني، ومن أمثلة هذه الدعاوى المدنية لها أن ترفع دعوى المطالبة بتوقيع الحجر على الشخص طبقا **لأحكام المادة 102 من قانون الأسرة**، ولهذا فإن أمر جعل النيابة العامة كطرف أصيل في الدعوى الشخصية بصفتها مدعى أو مدعى عليها أمر استثنائي، وعليه يجب أن يفهم أن تدخل النيابة العامة في القضايا الأسرة وعلى رأسها دعوى تثبيت الزواج العرفي إلا من أجل تمثيل المصلحة العامة في خصومة ناشئة بين طرفيها ولهذا فإن صلاحياتها تكمن فقط في إبداء أراء والتماسات في القضية بما يتحقق وسلامة القانون، وعليه حتى يتضح الأمر جيدا في دور النيابة العامة في القضية المتعلقة بتثبيت الزواج العرفي، فإننا نرى أنه من الضرورة أن نعطي لمحة عن هذا الجهاز حتى يتضح لنا معنى النيابة العامة بشكل أدق.

أولا: النيابة العامة وأجهزتها.

تعتبر النيابة العامة جهاز قضائي جنائي أنيط بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها أمام القضاء الجزائي فنصت **المادة 29** من قانون الإجراءات الجزائية من الأمر رقم 66-155 بقولها:‹‹ تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون، وهي تمثل أمام كل جهة قضائية››.[1]

ويتكون جهاز النيابة العامة من مجموعة من القضاة الذين يتم تعيينهم بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء وفقا **للمادة 3 من القانون الأساسي للقضاء.**[2]

ويطلق على هذا القضاء بالقضاء الواقف حيث يؤدون خدماتهم في الجهاز القضائي باسم الدولة والمجتمع فيه لكونه سلك القضاة، ولكنهم لا يملكون الحكم بل يقفون للمرافعة أو إبداء الرأي أمام المحكمة، وتتميز النيابة العامة كقسم من الهيئة القضائية بخاصيتين:

(*) الدعوى العمومية هي الالتجاء إلى السلطة القضائية باسم المجتمع ولصالحه للوصول إلى إثبات وجود الفعل المعاقب عليه وإقامة الدليل على إجرام مرتكبه وتوقيع العقوبات المقررة. نقلا عن حسين طاهري: **الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2005، ص13.

(1) أمر رقم 66-155 المؤرخ في:18 صفر عام 1386 الموافق لـ8 يونيو سنة 1966، المتضمن **قانون الإجراءات الجزائية**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في: 20 صفر 1386، العدد48، السنة الثالثة، ص04.

(2) قانون رقم 21/89 المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1410 الموافق لـ12 ديسمبر 1989، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في:15 جمادى الأولى 1410هـ، العدد53، السنة السادسة والعشرون، ص04.

1) التبعية السلمية: ويقصد بذلك ترتيب القضاة داخل هذا الجهاز حسب الرتب ودرجات الأقدمية داخلها وفقا **للمادة 34** من نفس القانون أعلاه. فبالنسبة للجهات القضائية الثلاثة ممثل على مستواها لهذا الجهاز وهم:

أ-المحكمة العليا: يمثل هذا الجهاز نائب عام لدى المحكمة العليا، إلى جانب نائب عام مساعد .

ب-المجلس القضائي: يمثل هذا الجهاز نائب عام لدى المجلس القضائي إلى جانب نائب عام أول مساعد.

ج-المحكمة الابتدائية: يمثل هذا الجهاز وكيل الجمهورية لدى المحكمة إلى جانب مساعد أول لوكيل الجمهورية، ووكيل جمهورية المساعد.

ويخضعون هؤلاء في التدرج السلمي لرؤسائهم تحت إدارة ورقابة وزير العدل وفقا **للمادة 16** من نفس القانون أعلاه.

2) عدم التجزئة: يعمل أعضاء النيابة العامة كوحدة واحدة ويعمل كل منهم باسم الهيئة جميعا ويكملون أعمال بعضهم بعضا في إجراءات التحقيقات وفي إبداء الرأي، بعد تحقيق أجراه عضو أخر وذلك عكس قضاة الحكم، إذ لا يجوز إصدار الحكم إلا من القاضي الذي سمع الدعوى واشترك في المداولة بالإضافة إلى ذلك فإن النيابة العامة مستقلة كقسم من الهيئة القضائية عن مجموع قضاة الحكم وإن اندمجت معهم في سلك واحد وترتب عن هذا:[1]

أ-قضاة النيابة العامة لا يتلقون من المحكمة أمرا إداريا فلا تبعية بين ممثل النيابة وقاضي الحكم، إلا أن هذا الأخير يمكن أن يكلف النيابة العامة بإجراء معين في الخصومة إذا كانت طرفا فيها وفي حدود اعتبارها وهذا ما سنراه لا حقا في دعوى تثبيت الزواج العرفي.

ب-النيابة العامة لا تشترك في المداولات حتى في الأحوال التي لا تكون فيها خصما في الدعوى وتبدي رأيها فقط، حيث تقدم مذكرة برأيها ويدرسها القاضي مع باقي أوراق الدعوى أو تعرضه في المداولة بين أعضاء هيئة الحكم إذا كان القضاة متعددين.

ثانيا: صلاحيات النيابة العامة.

فالنيابة العامة هي تمثيل للسلطة التنفيذية أمام القضاء وذلك من خلال السعي في تنفيذ الأحكام بمختلف أنواعها والصيغ والسندات التنفيذية ويقوم بمراقبة أعمال الموظفين العموميين خاصة المكلفين بأداء التنفيذ نيابة عن الدولة كالمحضرين القضائيين، ضباط الحالة المدنية، الموثقين، وغيرهم ممن لهم صفة الضابط العمومي وهذه الرقابة قد تكون رقابة إدارية مضمونها الإشراف ومتابعة أعمال هؤلاء حتى لا تتعطل

---

[1] عمارة ليث، مرجع سابق، ص ص26، 27.

الصلاحيات الموكلون بها في دائرة اختصاص كل جهة قضائية، مثلا وكيل الجمهورية تكون في اختصاصه المحكمة المعين فيها.[1]

ومن أهم الوظائف التي يقوم بها أعضاء النيابة العامة وظيفة المتابعة والاهتمام باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة في ذلك كالبحث والتحري عن الجريمة، أو تكليف ضباط الشرطة القضائية بذلك أو إصدار مقدم بحفظ الأوراق، فمن أهم أعضاء النيابة العامة التي تلعب دور مهما في هذا المجال وكيل الجمهورية على مستوى المحكمة الذي يمثل النائب العام على مستوى المجلس وهذا الذي سنركز عليه دراستنا لموضوع البحث كونه يلعب دور الوسيط بين قاضي شؤون الأسرة و ضابط الحالة المدنية على مستوى البلدية، فوفقا **للمادة 02/12** من أمر 66-155:‹‹ يتولى وكيل الجمهورية إدارة الضبط القضائي ويشرف النائب العام على الضبط القضائي بدائرة اختصاص كل مجلس قضائي وذلك تحت رقابة غرفة الاتهام››، كما بينت **المادة 14** أيضا أن الضبط القضائي(*) يتولاه كل من:

1) ضباط الشرطة القضائية.
2) أعوان الضبط القضائي.
3) الموظفين والأعوان المنوط بهم قانونا ببعض مهام الضبط القضائي.

كما يتمتع بصفة ضابط الشرطة القضائية وفقا للمادة 15[2] من نفس القانون كل من:

1) رؤساء المجالس الشعبية البلدية.
2) ضباط الدرك الوطني.
3) الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة بالمراقبين ومحافظي وضباط الشرطة للأمن الوطني.
4) ذوي الرتب في الدرك ورجال الدرك الذين أمضوا في سلك الدرك ثلاث سنوات على الأقل والذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الدفاع الوطني بعد موافقة لجنة خاصة.

---

[1] محمد بوسماحة، مرجع سابق، ص42.

(*) الضبط القضائي يشمل كل عمليات التفتيش والتحري والتحقيق في كل جريمة من شأنها أن تمس بأمن واستقرار النظام العام، وذلك في حدود الاختصاص الإقليمي للمكلفين به.

[2] أمر رقم 15-02 المؤرخ في:7 شوال 1436 الموافق لـ23 يوليو2015 المعدل والمتمم لأمر 66-155 المؤرخ في: 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن **قانون الإجراءات الجزائية**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في:7 شوال 1436 الموافق لـ 23 يونيو 2015، العدد40، ص ص28، 29.

5) الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة بالمفتشين وحفاظ وأعوان الشرطة للأمن الوطني الذين أمضوا ثلاث سنوات على الأقل بهذه الصفة والذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الداخلية والجماعات المحلية بعد موافقة لجنة خاصة.

6) ضباط الصف التابعين للمصالح العسكرية للأمن الذين تم تعيينهم خصيصا بموجب قرار مشترك صادر عن وزير الدفاع الوطني ووزير العدل.

ومن بين الصلاحيات كذلك التي يقوم بها مأموري الضبط القضائي هو قبول وتلقي التبليغات والشكاوي التي ترد عليهم بشأن الجرائم وإرسالها فورا إلى النيابة العامة ، كذلك جمع الإيضاحات عن الجريمة، سماع أقوال المتهمين، وجميع أعمال التحري، وكل هذه الإجراءات التي يقوم بها رجال الضبطية القضائية يتم تدوينها في محاضر موقع عليها من طرفهم وكذا تشمل أيضا توقيع الشهود والخبراء الذين تم سماعهم، وبعدها ترسل إلى النيابة العامة والتي يمثلها على مستوى المحكمة وكيل الجمهورية، وبهذا يظهر الدور الأصيل لعمل النيابة العامة في الميدان الجنائي وهو السهر على حماية الأفراد من الاعتداءات التي تطال حقوقهم المادية والمعنوية من خلال عمليات التحقيق والتحري بمساعدة رجال الضبطية القضائية.

الفرع الثاني: الاختصاص الاستثنائي للنيابة العامة

خلافا للدور الأصيل للنيابة العامة في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية أمام القضاء الجزائي، فقد منح المشرع الجزائري للنيابة العامة حق التدخل في الدعاوى المدنية لهدف حماية النظام العام، و هذا التدخل إما بصفتها خصما في الدعوى كونها مدعية أو مدعى عليها، و تقف موقف الدفاع، وهذا أمر استثنائي لا يعمل به إلا حيث ينص القانون صراحة على ذلك وهذا ما نصت عليه **المادة 256** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو بصفتها متدخلة في خصومة قائمة من أجل إبداء الرأي بما يحقق سلامة تطبيق القانون، فتكون طرفا منضما حسب ما نصت عليه **المادة 259** من نفس القانون، كما نصت **المادة 260** من نفس القانون على سبيل الحصر القضايا التي يجب اطلاع و إبلاغ النيابة العامة بشأنها خلال 10 أيام قبل تاريخ الجلسة من قبل كاتب ضبط المحكمة كما مكنت نفس المادة للنيابة العامة من سلطة التدخل التلقائي في القضايا التي تقدر بأنها متعلقة بالنظام العام أو يمكن للقاضي طلب النيابة العامة التدخل متى رأى ضرورة لذلك، و التي نصت على ما يلي: « يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية:

– القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية طرفا فيها.

– تنازع الاختصاص بين القضاة.

– رد القضاة.

– الحالة المدنية.

– حماية ناقص الأهلية.

– الطعن بالتزوير

– الإفلاس و التسوية و التسوية القضائية

– المسؤولية المالية للمسيرين الاجتماعيين

ويجوز لممثل النيابة العامة الاطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى تدخله فيها ضروريا.

يمكن للقاضي تلقائيا أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى».

وإلى جانب هذه المادة فقد نص قانون الأسرة الذي تم تعديله بموجب الأمر 05-02 على إجراء إلزامي جديد في القضايا الأسرية في مادة 3 مكرر منه(*)، لكن هذه المادة لم تحدد كيفية تطبيقها من قبل النيابة العامة وهل هي طرف أصلي أي خصم في الدعوى بصفتها مدعي أو مدعى عليها أم هي طرف منضم فقط، كما سبق ذكره؟ إلا أنه بالرجوع إلى تتبع إرادة المشرع من خلال م 3 مكرر، نعتقد بأنه أراد من حضور النيابة العامة في القضايا الأسرية إلا احترام تطبيقه و هذا لا يتحقق إلا عن طريق تدخلها كطرف منضم وإلا تعارض مع تحقيق هدفها الأصيل في حماية مصلحة أحد الطرفين، وهذا الانضمام أمرا وجوبيا على مستوى

المحكمة الابتدائية ممثلا في شخص وكيل الجمهورية الذي يمثل النائب العام على مستوى المجلس القضائي، كما تقدم توضيحه[1].

ومن ثمة يجب على قاضي شؤون الأسرة أن يقوم بتبليغ النيابة العامة في جميع القضايا التي يفصل فيها ومن أهم هذه القضايا تثبيت الزواج العرفي.

أولا: دور النيابة العامة في دعوى تثبيت الزواج العرفي قبل الفصل فيها

والمقصود بدور النيابة العامة في هذه المرحلة ما تقوم به من إجراءات وقت النظر في دعوى تثبيت الزواج العرفي، أو تثبيت أحد آثاره بعد صدور تثبيته بمقتضى حكم قضائي، وهذا ما سنحاول توضيحه في النقاط التالية من خلال ما قمنا به من اتصالات مع أحد ذوي الاختصاص في هذا الجهاز.

كما سبق و أن بينا في رفع دعوى تثبت الزواج العرفي و ما تتطلبها من إجراءات حتى تنعقد الخصومة القضائية، لا سيما في الشروط الشكلية للعريضة الافتتاحية المتعلقة بالتثبيت، فيجب على المدعي أن يذكر عبارة « **بحضور السيد وكيل الجمهورية لدى المحكمة المختصة** » بالنظر في النزاع و إلا عرضت الدعوى إلى الرفض شكلا، و عليه يجب التأكد من هذا الشرط الشكلي و يمكن تصحيحه خلال مراحل الدعوى بعريضة تصحيحية ما لم يتم الدفع به من أحد الخصوم، و عليه يأتي دور تبليغ وكيل الجمهورية بهذه العريضة و ذلك من طرف كاتب الضبط على مستوى المحكمة لأن رئيس قسم شؤون الأسرة أي القاضي هو المسؤول عن تشكيلة الجلسة للنظر في الدعوى، فهو الذي يقوم بإبلاغها بالجدول المعد للقضايا وفقا للجلسات المنظمة و عليه يطرح التساؤل التالي:

هل **عدم حضور وكيل الجمهورية جلسة تثبيت الزواج العرفي يرتب البطلان أم لا؟** الجواب، لا يترتب على ذلك البطلان و هذا ما هو الملاحظ في الميدان العملي، فيه كثير من القضايا إلى جانب قضية التثبيت للزواج العرفي لا تحضر فيها النيابة العامة في الجلسة و يتم صدور الحكم فيها بشكل عادي، لكن حسب

(*) وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرار لها: « **كمبدأ يجب إطلاع النيابة العامة باعتبارها طرفا أصيلا على قضايا الأحوال الشخصية** »(**قرار رقم 401317، بتاريخ: 2006/10/11**). نقلا عن جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص1429.

[1] عمر زودة: " **طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة – الأمر رقم 05-02** "، مجلة المحكمة العليا الصادرة عن المحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزائر، العدد02، 2005، ص43.

تقديرنا فإن حضورها ضروري، وإلا ترتب عليه مخالفة شرط إجرائي لا سيما في مسألة التبليغ لاحقا للحكم القاضي بتثبيت الزواج العرفي، و كذا بدأ سريان حساب مواعيد الطعن كما أشرنا إليه في استخراج الصيغة التنفيذية سابقا، أيضا نرى ضرورة حضور النيابة العامة و بالتحديد وكيل الجمهورية الذي يمثلها على مستوى المحكمة وجوبيا في القضايا التي تمس بالحالة المدنية للأشخاص[*] كما أشارت إليها **المادة 260 في فقرتها 04** سابقة الذكر، و التي عرفها الأستاذ عبيدة عبد الحفيظ بأنها:« **جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص من أسرته و دولته و هي صفات تقوم على أسس من الواقع كالسن و الذكورة و الأنوثة و الصحة أو على أساس من القانون كالزواج و الحجر و الفقدان و الجنسية**»[1].

فما دام عدم التبليغ للنيابة العامة يترتب عليه البطلان [**] في القضايا المحددة بمقتضى **المادة 260** السابقة الذكر للحكم الصادر بشأنها، هذا دليل على ضرورة علمها بما يحدث بشأن هذه القضايا الماسة بالنظام العام.

و لهذا فإن دورها يبدأ من وقت انعقاد الخصومة بين أطراف القضية من أول تاريخ جلسة، و ذلك بعدما يتم التأكد من حضور الأطراف وعلم الخصم بالنزاع، فهنا بعدما يتم التحقيق القضائي من قبل قاضي شؤون الأسرة مع الأطراف يحيل الملف إلى النيابة العامة – وكيل الجمهورية – لتبدي فيه رأيها و ذلك بتأجيله لجلسة أخرى غير التي نطق فيها بأمر التأجيل، و بالرجوع إلى **المادة 266** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجدها تنص على:« تكون النيابة العامة طرفا منضما في القضية، يكون لها الحق في إبداء الملاحظات».

---

[*] و تجدر الإشارة هنا إلى أننا قمنا بطرح سؤال على أحد أعضاء النيابة العامة عن سبب عزوف النيابة العامة من الحضور في جلسات تثبيت الزواج العرفي، برر ذلك بأن هذه الدعوى أصلها شخصي يتفرد بها القاضي بالتحقيق فيها كونها واقعة مادية و يبقى تدخلنا فيها بشكل محدود فقط إذا ما تعلقت بإلحاق النسب، التزوير، العدة ... الخ، و للأمانة العلمية قال لي بالحرف الواحد « أنا أحضر جميع جلسات القضايا الأسرية ما عدا القضايا المتعلقة بالرجوع إلى بيت الزوجية كون هذه الأخيرة مصلحة شخصية بحتة و لا علاقة لها بالنظام العام».

[1] عادل بوضياف، مرجع سابق، ص285.

[**] رغم أن التبليغ للنيابة العامة وفقا للمادة261 من قانون إجراءات مدنية و إدارية ويبطل الحكم الصادر بشأن القضايا المتعلقة بذلك، و مع هذا لا يجوز لها أن تطعن في هذا الحكم على أساس أن البطلان يتعلق بالنظام العام دائما السبب في ذلك هو أنها حضورها ليس خصما و إنما منضما فقط.

فمن خلال اطلاعنا على ما يهدف إليه المشرع بمصطلح " **ملاحظات** " نجدها غير محددة، لكن بما هو جاري العمل به في الميدان وقت الجلسات لاسيما جلسة تثبيت الزواج العرفي، فإن هذه الملاحظات هي كل إجراء يراه الوكيل ضرورة للوصول إلى الحفاظ على النظام العام والمصلحة العامة، فإن هذه الملاحظات تكون عبارة على التماسات مكتوبة قد تكون قبل التحقيق القضائي وأثناءه والتي تتمثل في طلب إجراء تحقيق قضائي في واقعة تثبيت الزواج العرفي إذا كانت الالتماسات سابقة عن التحقيق أو تلتمس تطبيق القانون.

كما للنيابة العامة أن تطلب من قاضي شؤون الأسرة أن يمكنها من نسخة على محضر سماع الشهود إن خلا منه الملف قصد التأكد من مدى صدق أقوالهم و تصريحاتهم.

و له أن يقوم بتجريح الشهود و متابعتهم بدعوى التزوير تلقائيا و من ثمة يتم إرجاء القضية إلى حين الفصل في دعوى التزوير خاصة من حيث أسمائهم و وثائقهم الشخصية، أو كأن يكن لهم سوابق عدلية و تقدموا للشهادة على علاقة غير شرعية مع علمهم بذلك، و نفس الأمر ينطبق على الزوجة أو الزوج لاسيما إذا كان الزواج العرفي ناتجا عنه أولاد أو كان الزواج العرفي المراد تثبيته هو زواج ثاني بالنسبة للمرأة فقد يكون في حالة عدة لم ينته أجلها بعد، كل هذا من شأنه أن يمس في صحة الزواج العرفي و كذا المصلحة العامة في المجتمع.

وبعد إبداء رأيه في موضوع النزاع يحيل التماسات مكتوبة إلى رئيس الجلسة وكذا بعد إقفال باب المرافعات أي اكتفاء القاضي مما يقدمه من طلبات ودفوع توضع القضية للنظر وتهيأ الفصل فيها(*).

وعليه يتبين لنا من كل ما سبق أن دور وكيل الجمهورية قبل صدور الحكم القاضي بالفصل في دعوى تثبيت الزواج العرفي متوقفا فقط على مجرد:

- تقديم ملاحظات وآراء مكتوبة حول ملف القضية واتخاذ كل ما من شأنه أن يراه ضروريا للمحافظة على النظام العام.
- حضوره ليس إجباريا في الجلسات لإتمام التشكيلة ولكن تبليغه ضروريا لصحة الحكم القضائي الفاصل في القضية لاسيما المحددة على سبيل الحصر في نص قانوني.

و هذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه: « **من المقرر قانونا انه يجب إبلاغ النائب العام عن القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لإجراء جوهري و انتهاكا لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام»(قرار رقم 34762 بتاريخ: 1984/02/03)**[1].

إلا أننا نرى من الضروري عدم الاكتفاء بتقديم ما تبديه النيابة العامة من ملاحظات و التماسات في دعوى تثبيت الزواج العرفي فقط و إنما ضرورة إسناد التحقيق القضائي لها قبل التحقيق الذي يقوم به قاضي شؤون الأسرة في مكتبه حتى تكون حماية أكثر في هذا الميثاق الغليظ و ما يرتبه من آثار خاصة و أن النيابة العامة لديها صلاحيات أكثر مما يمتلكه القاضي من سلطات التحري و التحقيق من أجل الحفاظ على النظام العام، بخلاف قاضي شؤون الأسرة الذي لا يملك سوى توجيه أداء اليمين القانونية إلى أطراف النزاع و إلا في حالة عدم اقتناعه رفض الدعوى.

ثانيا: دور وكيل الجمهورية بعد صدور الحكم القاضي بالفصل في دعوى تثبيت الزواج العرفي

تعتبر هذه المرحلة الجوهرية التي يبرز فيها دور وكيل الجمهورية في سعيه بتسجيل الحكم القضائي بتثبيت الزواج العرفي و ذلك تطبيقا لما نصت عليه المادة 22 المعدلة بموجب الأمر 05-02 في فقرتها الثانية أنه:« يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة» بعكس ما كانت تنص عليه في السابق على أنه:« يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون، و يتم تسجيله بالحالة المدنية»، مما يتضح جليا أن دعوى تثبيت الزواج العرفي تتم بموجب " **رفع دعوى قضائية** " أمام قسم شؤون الأسرة و ليس بتقديم طلب إلى وكيل الجمهورية بشأن قيد الزواج الذي لم يتم التصريح به في آجاله ليقوم هو بنفسه بتقديم هذا الطلب إلى رئيس المحكمة مرفقا بعريضة تتضمن تحقيقه و رأيه في هذا الطلب ثم يصدر بشأنه رئيس المحكمة أمرا بتقييد عقد الزواج وفقا للإجراءات التي تضمنتها **المادة 39 من قانون 14-08 المعدل لأمر70-20** المتعلق بالحالة المدنية[2].

---

[1] جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الأول، ص325.

[2] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص106.

ويمكن تلخيص الدور الذي يقوم به في هذه المرحلة فيما يلي:

1 – لما يصبح الحكم القضائي الذي قضى بتثبيت الزواج العرفي نهائيا مستوفيا لجميع طرق الطعن العادية و غير العادية ممهور بالصيغة التنفيذية فإنه يتوجه المعني بالأمر بتقديم طلب إلى السيد وكيل الجمهورية لدى المحكمة المختصة يتضمن تسجيل عقد زواج عرفي بموجب حكم شخصي تحت رقم الفهرس الخاص به و تاريخ منطوقه لدى مصلحة الحالة المدنية للبلدية التابعة لاختصاصه، مرفقا طلبه بما يلي:

أ–شهادة ميلاد لكل من الطرفين – الزوجين –.

ب–نسخة أصلية من الحكم القضائي القاضي بتثبيت الزواج العرفي الممهور بالصيغة التنفيذية.

ج– نسخة أصلية من شهادة عدم المعارضة والاستئناف.

د– صورة من بطاقة تعريف كل من الطرفين – الزوجين –.

وهذا الطلب يتم إيداعه على مستوى مصلحة الحالة المدنية الموجودة بالمحكمة وبعدها يطلب كاتب الضبط الموجود على مستواها من المعني بالأمر الانتظار لمدة 10 أيام على الأكثر، وذلك بهدف إعداد تحقيق بسيط بشأن الوثائق الإدارية والقضائية المقدمة مع طلب التسجيل إن كان هناك خطأ في أسماء أحد الزوجين وكذا من سلامة الحكم القضائي المراد تسجيله من الأخطاء المادية كأن يكون خطأ في رقم فهرسه في أسماء أحد الأطراف فيه، تاريخ تثبيت الزواج العرفي، ... الخ

وبعد أن يتأكد كاتب الضبط من صحة الوثائق والبيانات فيها، يقوم بإعداد أمر لضابط الحالة المدنية التابع لاختصاص وكيل الجمهورية بتسجيل الحكم القضائي القاضي بتثبيت الزواج العرفي بسجلات عقود الزواج مع تسليم المعني بالأمر مستخرج من عقد الـــزواج ودفتر عائلي، والتأشير به على هامش عقد ميلاد طرفي هذا الزواج.

وبهذا ينتهي دور وكيل الجمهورية بمجرد إرسال الأمر لضابط الحالة المدنية على مستوى البلدية الواقع في دائرتها تثبيت الزواج العرفي.

وقد أرفقنا نموذج من أمر بقيد زواج عرفي بسجلات الحالة المدنية بالملحق رقم04.

2 – كما تجدر الإشارة إلى بعض التوضيحات لما قد يحدث من إجراءات في مرحلة طلب تسجيل زواج عرفي مثبت بمقتضى حكم قضائي وفقا لما يلي:

الأصل في تسجيل الزاج العرفي بمقتضى حكم قضائي يتم إداريا بواسطة إرسالية يعدها وكيل الجمهورية لدى المحكمة المصدرة له بموجب أمر يأمر فيه ضابط الحالة المدنية بتسجيل الزاج العرفي في سجلات عقود الزواج مع التأشير فيه بالحكم القضائي الذي قضى بذلك، لكن قد يكون في بعض الحالات أمر وكيل الجمهورية الآمر بمقتضاه ضابط الحالة المدنية بتسجيله للزواج العرفي محمولا من قبل المعني بالأمر، وذلك في حالة ما إذا كانت البلدية التي سيتم تسجيل الزواج العرفي المثبت بموجب هذا الحكم على مستواها ليست تابعة للاختصاص المحلي للمحكمة مصدرة الحكم بهدف تسريع إجراءات تسجيل الحكم القضائي المثبت للزواج العرفي حتى يتمكن أطرافه من ترتيب آثاره في أقرب الآجال و ذلك بالنظر إلى التعقيدات الإدارية بحيث يتم إحالة إرسالية وكيل الجهورية المتضمنة نسخة من الحكم التنفيذي الممهور بالصيغة التنفيذية + شهادة ميلاد الطرفين و صورة من بطاقة التعريف للمعنيين إلى البريد العام للنيابة العامة على مستوى المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها البلدية المراد تسجيل الزواج العرفي المثبت بحكم قضائي على مستواها، وبعدها يتم التحقيق في تلك الوثائق من قبل مصلحة الحالة المدنية الموجودة بالمحكمة المعنية وبعد التأكد من صحة معلومات الوثائق يتم إعداد أمر بقيد الزواج العرفي بسجلات الحالة المدنية وبالتحديد في سجلات عقود الزواج مع التأشير فيها على الحكم القضائي المثبت له من قبل وكيل الجمهورية و يتم ذلك إداريا بين المصلحتين و بعدها يتم تسليم مستخرج من عقد الزواج و دفتر عائلي للمعني بالأمر.

3 – كذلك من أجل التوضيح أكثر وعند اتصالنا بأعضاء النيابة العامة، بخصوص النظر في التحقيق الذي يقوم به كاتب ضبط على مستوى مصلحة الحالة المدنية بالمحكمة بشأن إعداد أمر لضابط الحالة المدنية بتسجيل الزواج العرفي المثبت بحكم قضائي ، أكدوا لنا أن الرأي هنا ليس الهدف منه القبول من عدمه و إنما الحكم الممهور بالصيغة التنفيذية باسم الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لا يمكن أن نرفض تنفيذ ما فيها بل نسعى في تسجيلها إلا أنه لوكيل الجمهورية عند النظر في طلب تسجيل هذا الزواج استدعاء الطرفين للتأكد من مكان ابرام هذا العرفي وعن أسماء الطرفين وهل أنتج هذا الزواج أبناء أم لا حتى يتأكد من الاختصاص المحلي للبلدية المعنية بتسجيله، لأنه عادة تكون البلدية المختصة بتسجيل الزواج الواقع في دائرة اختصاصها الـــــــزواج العرفي و بعدها يرسل الأمر إلى ضابط الحالة المدنية المختص.

4 – كذلك قصد التوضيح أكثر إذا كان الحكم القضائي المثبت للزواج العرفي قد حكم في نفس المنطوق له بإلحاق النسب للابن أو الابنة الناتجة عن هذه العلاقة أو قضى بتثبيت الزاج العرفي مع الطلاق العرفي في نفس المنطوق، ففي هذه الحالة ذوي الاختصاص أكدوا على أن المعمول به ميدانا هو إرسال كل أمر متعلق بما قضى به الحكم لوحده، و يتم التسجيل لكل أمر في السجل الخاص به أما بالنسبة للحالة التي يقوم فيها وكيل الجمهورية بالتحقيق القضائي في موضوع إثبات النسب هي حالة تسجيل المولود باسم أمه وفقا للشريعة الإسلامية في ظل غياب معرفة نسب أبيه.

المطلب الثالث: دور ضابط الحالة المدنية في تسجيل الزواج العرفي

لقد استوجب المشرع الجزائري في عقد الزواج أن يتوافر على دليلا رسميا لإثباته على أرض الواقع من حيث ترتيب آثاره، غير مكتف بشهادة الشهود الذين يحضرون إبرامه في الزواج الشرعي، ولا يعتمد عليها إلا في حالة انعدام السند الكتابي.

فمن الأدلة الكتابية التي يعترف بها القانون لحجية الزواج السند التوثيقي(*) الذي يقوم بإعداده كل من الموثق أو موظف مؤهل قانونا عينه قانون الحالة المدنية في شخص ضابط الحالة المدنية حسب المادة الأولى منه بموجب قانون **14-08**، كما أعتبر المشرع الجزائري أيضا الحكم القضائي أحد أدلة إثبات عقد الزواج العرفي في حالة عدم تسجيله في الحالة المدنية حسب **المادة 22** من **أمر 05-02** .

وعليه في هذا المطلب ارتأينا أن نخصصه للحديث عن الدور الذي يلعبه ضابط الحالة المدنية في تسجيل الزواج العرفي المثبت بحكم قضائي لاسيما من الجانب العملي واقعيا في الميدان، وذلك من خلال المقابلات التي أجريناها في هذا الاختصاص.

(*) نقصد بالسند التوثيقي الذي يحرره موظف مؤهل قانونا أو ضابط عمومي لكل يتلقاه كل من ذوي الشأن وكل ما ورد فيه حجة حتى يثبت بالتزوير ووثيقة الزواج تحمل هذه الصفة الرسمية.

الفرع الأول: الدور الأصلي لضابط الحالة المدنية في الزواج العرفي

إن سبب اختيارنا لهذا العنوان هدفا منا توضيح ما يقوم به ضابط الحالة وكذا الموثق من ممارستهما لوظيفتهما الأصلية التي حددتها **المادة 18 من قانون الأسرة** بعد التعديل في توليهما تحرير عقود الزواج ولقد نصت عليه **المادة 03 من أمر 70-20** المعدل بقانون 14-08 المتضمن الحالة المدنية في فقرتها الثانية بقولها:« يكلف ضابط الحالة المدنية بتحرير عقود الزواج»، كما أكدت على ذلك أيضا المادة 71 من أمر 70-20 المعدل بنفس القانون أعلاه في فقرتها 01 بقولها:« يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين».(*)

يتضح من جملة النصوص القانونية المذكورة أعلاه أن المشرع الجزائري أكد على المواطنين المقيمين عند إبرام زواجهم أن يتم ذلك أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، وعليه فلكل طرفيه حرية الاختيار أمام أي جهة يبرم عقد زواجه العرفي الذي تم وفق الشريعة الإسلامية وذلك قبل الدخول وإجراء مراسيمه وإلا ذاك أمام واقعة مادية تحتاج صدور حكم بشأن إثباتها.

أولا: ضابط الحالة المدنية

لقد حددت **المادة01** المعدلة بموجب 14-08 من أمر 20/70 المتعلق بضابط الحالة المدنية بقولها: «إن ضابط الحالة المدنية هم رئيس المجلس الشعبي البلدي، وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية وكذا رؤساء المراكز القنصلية»، أما **المادة 02** من نفس القانون سمحت لرئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت مسؤوليته أن يفوض إلى نائب أو عدة نواب أو إلى المندوبين البلديين أو إلى المندوبين الخاصين، وإلى أي موظف بلدي مؤهل، المهام التي يمارسها كضابط الحالة المدنية وذلك كإجراء استثنائي، وهذا طبيعي مع طبيعة مهامه الكثيرة.

(*) أما بالنسبة للزواج في الخارج فإن هذا العقد يحرره الموظفون الدبلوماسين أو القنصليون أو السلطات المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية وفقا للمادة 76 من نفس القانون.

وعليه يمكن تعريف ضابط الحالة المدنية على أنه: « موظف عمومي مؤهل قانونا لتحرير عقود الزواج وتسجيلها، والذي يوجد بدائرة اختصاصه موطن أو إقامة أحد الزوجين».[1]

ثانيا: مهامه واختصاصاته

دائما بالرجوع إلى أمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية المعدل بقانون 14-08 في المادة الثالثة منه حددت المهام المنوطة بهذا الموظف والمتمثلة في:

1- تلقي التصريحات بالولادات وتحرير العقود المتعلقة بها.

2- تحرير عقود الزواج.

3- تلقي التصريحات بالوفيات وتحرير العقود المتعلقة بها.

4- مسك سجلات الحالة المدنية أي تقييد كل العقود التي يتلقاها.

5- تسجيل بعض العقود التي يتلقاها الموظفون العموميون الآخرون.

6- تسجيل منطوق بعض الأحكام.

كما يقومون أيضا بوضع البيانات التي يجب حسب القانون تسجيلها في هوامش العقود المدنية التي سبق قيدها أو تسجيلها، كذلك السهر على حفظ السجلات الجاري استعمالها، وكذا سجلات السنوات السابقة المودعة بمحفوظات البلدية والبعثات الدبلوماسية والمراكز القنصلية، وتسليم نسخ أو ملخصات للعقود المدرجة في السجلات إلى الذين لهم الحق في طلبها، كما يلزمه القانون بتلقي أذون الزواج الخاصة بالقصر مع موثقي العقود.

وهذه المهام كلها يجب أن تكون في نطاق دوائرهم فقط، وتحت مسؤولية ومراقبة النائب العام وإلا عرضوا لعقوبات بموجب قانون العقوبات، والذي يهمنا هنا في مهام ضابط الحالة المدنية هي مهمة تحرير عقود الزواج

---

[1] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص346.

ضمن ما جاءت به المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة بعد التعديل، أما بخصوص تولي ضابط الحالة المدنية إبرام عقد الزواج أمامه في الجانب الميداني يتم وفق المراحل التالية:[1]

أ- بعد ما يتم إبرام زواج الفاتحة أو ما يعرف بالزواج العرفي وفقا لتقاليد المجتمع الجزائري، وفي ذلك يتم إبرام العقد الشرعي- مجلس العقد- بحضور الطرفين و ولي المرأة، شاهدي عدل وجماعة من المسلمين و الإمام، حتى يقرأ الفاتحة فينعقد بذلك مجلس العقد وهي بمثابة عقد زواج وفقا لما نصت عليه المادة 06 من أمر 05-02.

ب- ومن الأفضل على الزوجان أن لا يؤخرا التوجه إلى مقر مصلحة الحالة المدنية الموجود على مستوى البلدية والكائن بدائرة اختصاصها مكان أحد الزوجين أو إقامتها قصد قيده في سجلات عقود الزواج في أقرب وقت وذلك في ظل عدم وجود مهلة محددة بالتسجيل لهذا الزواج العرفي أمام ضابط الحالة المدنية كونه آني يتم إبرامه في اللحظة التي يتلقى فيه الضابط تصريحات الطرفان بخصوص إبرام عقد الزواج.

وحسب رأينا هذا هو الذي يتماشى مع المنطق، وضابط الحالة المدنية الذي يهمه هو أن يتقدما أمامه الطرفان قبل الدخول فقط ولا يهمه إن تأخرا في ذلك، وهذا راجع حسب ظروف كل واحد في عقده أمام البلدية، وقد نرجع سبب ذلك إلى ما يعتقده الكثير من الزوجات في الخشية من العقد بمدة بعيدة عن الدخول ولأتف لأسباب تجد نفسها لا هي متزوجة ولا هي مطلقة، إن تماطل الزوج في إتمام مراسيم الزواج، وإما يقوم بفسخ العقد وتكون صحية حمل صفة المطلقة، كما تقدم ذكره في أسباب الزواج العرفي.

ج- ففي الحالة التي يتوجه الطرفان إلى ضابط الحالة المدنية قصد توثيق زواجهما فإنه يتم ذلك في حضور كل من الولي وشاهدي عدل بالغين بالسن المطلوبة قانونا 19 سنة وذلك في المكتب المعد لإبرام الزواج وبعدها أول ما يقوم به ضابط الحالة المدنية هو التأكد من حضور هؤلاء من خلال بطاقات التعريف لكل طرف من هؤلاء، لتأتي بعدها مرحلة طرح جملة من الأسئلة على الزوجين والمتمثلة في:

- ✓ هل هذا الزواج الذي ستقدمان على إبرامه لأول مرة أم لثاني مرة أم تم الدخول؟

---

[1] مقابلة مع مسؤول مصلحة الحالة المدنية بصفته ضابط الحالة المدنية، بمصلحة الحالة المدنية- المكتب الخاص بتسجيل عقود الزواج لبلدية بسكرة، تاريخ:2016/03/14، على الساعة 13:00 زوالا.

- ✓ توجيه سؤال بخصوص مهنة كل طرف–الزوجين–؟
- ✓ هل تم الزواج الشرعي بجميع مقوماته من:(*)

–رضا الزوجين وذلك بتوجيه السؤال إليهما ويتأكد بجواب صريح منهما إن كانا يحسنان الكلام أو بإشارة تعبر عن الرضا، والا كتابة، كما تم التطرق إليه في ألفاظ الصيغة التنفيذية وشروطها.

–التأكد من سن الأهلية للزوجين والمحدد بسن 19 سنة وإلا رفض إبرام عقد الزواج إلا في حضور ترخيص بالزواج دون هذه السن من طرف رئيس المحكمة، أما إذا كان(الزوج من سلك الأمن العسكري أو من الأمن الوطني فإنه يطلب منه ترخيص الزواج من إدارته، وإذا كان أحدهما أجنبي والآخر جزائري وجب تقديم ترخيص الوالي بالزواج المختلط، وإذا كان زواج ثان بالنسبة للرجل وجب عليه تقديم ترخيص لرئيس المحكمة بالتعدد وبخصوص الزوجة إن كانت مطلقة وأعادت الزواج وجب عليها استظهار شهادة طلاق أو وفاة إن كانت أرملة) وهذا ما أكدته **المادة 73 فقرة 04 من قانون 14–08** السابق الذكر وإلا عرض للجزاء، وكذا سألهما عن المهر المفروض للزوجة هل ذكر في العقد وتم الاتفاق عليه أم لا؟

د–وبعد التأكد من مقومات الزواج المنصوص عليها قانونا يطلب من الطرفين تقديم شهادة الطبية الخاصة[1] بالفحص قبل الزواج مكتوبة من طرف طبيب يشهد فيها بسلامة أو عدم سلامة الطرفين، وضابط الحالة المدنية ملزم بأن ينوه الأطراف بما قرره الطبيب بها، وهذا ما نصت عليه **المادة 7 مكرر من أمر 05–02** وفي حالة عدم استظهارها لا يتم توثيق الزواج.

هـ–وبعد ما يتأكد ضابط الحالة المدنية من مقومات الزواج والفحوصات الطبية يطلب تقديم الملف التالي:

- شهادة ميلاد أصلية لا تتعدى 3 أشهر لكلا الطرفين.
- شهادة طبية لا تتعدى 3 أشهر وفق نموذج خاص بالبلدية وفق نموذج المرفق بالملاحق.
- صورة شمسية لكلا الزوجين لأنه لاحق يتم إلصاقها باستمارة الزواج.

(*)هنا دور الضابط هو التأكد فقط من مدى توافر ما نصت عليه المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة وكذا المادة 18 من نفس القانون المعدلين بموجب التعديل 05–02 ولا يقوم بإعادة مجلس العقد الشرعي من جديد.

(1) انظر نموذج منها مع صورة التحاليل الطبية الواجب إجرائها من قبل الزوجان، بالملحق رقم05.

– نسخة من بطاقة التعريف الوطنية لكلا الزوجين وولي المرأة(*) وشاهدي العدل.

أما في حالة الطلاق يجب تقديم شهادة الطلاق إلى جانب ما تم ذكره من وثائق، أو تقديم شهادة الوفاة حالة وفاة الزوج أو الزوجة مع عقد الزواج، إلى جانب التراخيص التي تم ذكرها للمعنيين بها.

كما تجدر الملاحظة أنه بالنسبة للسؤال الموجه بخصوص المهنة يكون شفويا دون أن يطلب منهم تقديم شهادة عمل تثبت وظيفتهم وهذا ما فتح ثغرة بالنسبة لمن يتزوج من سلك الأمن والعسكري بالتحايل على إداراتهم في عدم الحصول على الترخيص بالزواج، وبعد تقديم الوثائق المطلوبة وملئ استمارة الزواج من قبل ضابط الحالة المدنية يتم توقيع هذه الاستمارة من طرف الزوجين والولي والشهود.(*)

وبعد انتهاء هذه الإجراءات يقوم ضابط الحالة المدنية بتسليم مستخرج من عقد الزواج والتأشير عليه برقم القيد وتاريخ التسجيل وكذا أسماء وألقاب كلا الزوجين ومعلومات كل من أبويهما وتاريخ ميلادهما ومكان ازديادهما مع التأشير عليه عند الحالة المدنية للطرفين (أعزب، متزوج، مطلق...)، مع إرفاق كل ما هو متعلق بالزواج من وثائق كالتراخيص المذكورة أعلاه، وهذا ما أكد عليه المادتين 73 و74 من قانون 14-08.

إلى جانب تسليم دفتر عائلي مؤشر عليه تاريخ ورقم قيد الزواج مع معلومات الطرفين في المكان المعد بذلك وذلك في نفس الوقت الذي تم إبرام فيه الزواج، وهنا تنتهي مهمة ضابط الحالة المدنية.

مما لاحظناه في الميدان أهم الإشكالات التي تسببت في دعوى تثبت الزواج العرفي هو عدم التسجيل الآني لجميع البيانات في السجل الأصلي لعقود الزواج وبعدها يتم إغفال ذلك من قبل ضابط الحالة المدنية وهذا ما تسبب في جعل الزواج الذي تم رسميا، عرفيا يتبع في سبيله إجراءات تثبيت الزواج العرفي ولهذا يتحمل الطرفان مسؤولية خطأ ضابط الحالة المدنية وجب إعادة النظر فيه من قبل المشرع الجزائري وإلا يتم العزوف عن توثيق الزواج بسبب عدم حرص المؤهلين قانونا بالقيام بمسؤوليتهم.

(*) قمنا بطرح سؤال على ضابط الحالة المدنية عن الولي، هل يشترط أن يكون الأب أو أحد عصبتها قال: لا يهم أن يكون من هؤلاء المهم أي شخص تعتبره وليا لها أكيد بالنسبة للمرأة الراشدة.

(*)من بين ما عايناه وقت إجرائنا للمقابلة أن العادات والتقاليد جعلت طرف آخر يحضر مجلس العقد وهما مرأتان من أهل العريسين دورهما الزغاريد وإعلان علامات الفرح والرضا بالزواج وهنا تظهر أهمية احترام الأعراف والتقاليد في حضور الولي للمرأة من أهل الزوجة بدل أي شخص تختاره حسب ما قاله القانون.

ثانيا: الموثق

يعتبر الموثق الجهة الرسمية الثانية التي سمح القانون لها بإمكانية تحرير سند توثيقي في حق الزواج المبني على إرادة الأطراف المتعاقدة وهو بمثابة العقد الرسمي فيطعن فيه إلا بتزوير، ومهنة التوثيق مرت بعدة مراحل في التشريع الجزائري آخرها صدور **قانون رقم 02-06** المؤرخ في:21 محرم 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006 يتضمن **تنظيم مهنة الموثق**[1]، حيث عرفت **المادة 3** منه على أنه:« الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة».

فمن بين العقود التي يقوم بإبرامها تلك العقود المتعلقة بالزواج الذي يتم بين الطرفين بإرادتهما الحرة وذلك على مستوى مكتبه الذي يتمتع بالحماية القانونية، ومسؤول عن كل عقد يقوم بتحريره وهذا ما أكدته المادة 04 من نفس القانون المذكور أعلاه بقولها: « يتمتع مكتب التوثيق للحماية القانونية فلا يجوز تفتيشه أو حجز الوثائق المودعة فيه، والإبقاء على أمر قضائه مفتوح، وبحضور رئيس الغرفة الجهوية للموثقين أو الموثق الذي يمثله أو بعد إخطاره قانونا يقع تحت طائلة البطلان، كل إجراء يخالف أحكام هذه المادة ».

كما أن اختصاص الموثق يمتد ليشمل كامل التراب الوطني، أي يمكن له ان يبرم عقد الزواج لطرفين لا يقطنان بمكان وجود مكتبه ولا يمكن للبلدية أن ترفض عدم تسجيله متى تم إرساله خلال الأجل القانوني لكن رغم صراحة المادة إلا أن ضابط الحالة المدنية المعني بالأمر بالتسجيل يرفض ذلك بمقتضى المادة 71 من قانون 14-08 السابقة الذكر بعدما كان مقتصرا على بعض المدن فقط، و هذا ما أكدته **المادة 02 من قانون 06-02** بقولها:« تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق تسري عليها أحكام هذا القانون و التشريع المعمول به و يمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني» كما أكدت كذلك أنه تنشأ هذه المكاتب وتلغى بموجب قرار من وزير العدل حافظ الأختام.

---

[1] قانون رقم02-06 المؤرخ في:21 محرم 1427 الموافق لـ 20 فبراير2006 يتضمن **تنظيم مهنة الموثق**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في:8 صفر 1427 الموافق لـ8 مارس 2006، العدد14، ص15.

و أهم ما يميز مهنة التوثيق كونها مهنة حرة تمارس مهنتها للحساب الخاص و تحت مسؤولياته و يمكن أن يسير في شكل شركة مدنية مهنية أو مكاتب مجمعة، عكس ما كان عليه سابقا بحيث كانت تمارس من طرف موظفين تابعين لوزارة العدل لحساب الدولة، وعليه أصبح بموجب قانون 06-02 يتمتع بصفة ضابط عمومي لتحرير العقود الرسمية(*).

أما بالنسبة للفرق بين تحرير عقد الزواج عند الموثق وضابط الحالة المدنية من ناحية الأتعاب و المصاريف من جهة، و كذا لكل من الطرفين أن يشترطا في عقد الزواج الذي يبرمه الموثق ما يشاءون و يكون حجة حال النزاع في حين لا يمكن لضابط الحالة المدنية توثيق إلا ما قرره القانون من معلومات و إلا عرض للعقوبات المقررة قانونا، و كل ما كان الصداق مرتفعا مثلا كلما زادت قيمة الرسم الذي يفرضه القانون الخاص بالأتعاب للموثق و بالتالي **المادة 19 من أمر 05-02** تجد لها صدى عند الموثق بالتحديد كي يشرطا شروطا تتماشى و مقتضيات العقد، كما تجدر الإشارة إلى أنه الجاري العمل به هو أن للطرفان الحرية اشتراط ما يشاؤون وقت ابرام عقد زواجهما مادامت لا تتنافى مع الهدف من الزواج، فللزوجة أن تشرط عملها أو دم التعدد عليها وللزوج أن يلزمها أن تذهب معه حيث مصدر رزقه وغيرها من الشروط وذلك في نفس عقد الزواج أو في عقد مستقل عنه.

أما بالنسبة لإجراءات الزواج فتتم أمامه وفقا لما يلي:

1-حضور كل من الزوج والزوجة أو ولي المرأة وكذا شاهدي عدل أمامه مع استظهار لكل منهم صورة من بطاقة تعريفه، و بعدها يقوم بالتأكد من توافر شروط المادتين 9 و 9 مكرر من الأمر 05-02، و التأكد من جميع المعلومات الخاصة بالزوج و الزوجة من اسم و لقب و تاريخ الميلاد و الحالة المدنية لكل منها أعزبان

(*)عرفت المادة324 من أمر 75-58 المؤرخ في سبتمبر 1975 المتضمن **القانون المدني** المعدل و المتمم بمقتضى قانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو2007 العقد الرسمي هو:« **عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه** »

أو مطلقان أو غيرها، كما يتأكد من سن الأهلية لكليهما و إلا رفض الإبرام و ذلك من خلال الاطلاع على شهادات ميلاد الطرفين و الولي[*] الذي يتولى زواج المرأة مع حضور شاهدين لهذا العقد.

كما يقوم بالتأكد من الفئات التي يتطلب القانون منهم استظهار التراخيص والأذون المعنيين بها.

و كذا الشهادة الطبية صادرة من طبيب يوضح فيها تقريره حول حالة طالبي الزواج، و بعد التأكد من كل هذا يقوم كل الأطراف بإمضاء عقد الزواج المتكون من نسختين أصليين، تبقى واحدة عند الموثق بمكتبه و يسلم الأخرى إلى الزوجان، ليأتي بعدها دوره في تطبيق المادة 72 من قانون 14-08 بإرسال ملخص من عقد الزواج أو ما يسمى بإخبار بعقد الزواج[1]و ذلك خلال أجل 3 أيام من تاريخ إبرام الزواج أمامه من خلال توجه الموثق أو أحد أعوانه إلى مصلحة الحالة المدنية والاتصال بضابط الحالة المدنية بمكتب تسجيل عقود الزواج ليسلم له العقود المبرمة أمامه فيقدم دفتر تسليم عقود الزواج التي قام بها الموثق، ويقوم ضابط الحالة المدنية بالتأشير عليه بتاريخ القيد و رقم قيد الزواج في نفس اليوم و التاريخ الذي استلمه فيه حتى ينفي عنه المسؤولية ضابط الحالة المدنية تسجيل هذه العقود واعتبارها مغفلة تتبع فيها إجراءات تثبيت الزواج العرفي وبعد استلام ضابط الحالة المدنية لهذه العقود يجب أن يقوم بتسجيلها خلال 5 أيام من تاريخ إبرامها أمام الموثق[*].

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن عدم قيام الموثق باحترام مهلة تبلغيه بالعقود المحررة من طرفه الخاصة بالزواج خلال آجالها القانونية لا يؤثر في صحة الزواج، و هذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها على أنه من« **المبدأ عدم قيام الموثق بتسجيل عقد الزواج المبرم أمامه بدفتر الحالة المدنية بالبلدية، لا يؤثر على صحة الزواج** »[2].

---

[*] من أهم ما عاينناه من آثار ما استحدثه المشرع في المادة01/11 من أمر05-02 بشان الولي المختار أنه لما يحضر معها العقد يقول لها أحضر بدون أن أتحمل مسؤولية ما يطرأ من مشاكل لاحقا بعد الزواج فأي ولي هذا إن تنصل من مسؤولية الولاية في الرعاية و الوقوف بجانب من تولى زواجها.

[1] انظر نموذج منه بالملحق المتعلق بوثائق مصلحة الحالة المدنية، رقم05.

[*] الجاري العمل به على مستوى مصلحة الحالة المدنية هو تسجيل العقود الحالة المدنية الخاص بالزواج – البلدية – أولا في سجلات عقود الزواج و بعدها يتم تسجيل عقود الزاج التي يحررها الموثق أو التي تكون بمقتضى حكم قضائي.

[2] المحكمة العليا، نقض شخصي، ملف رقم 396339 بتاريخ:2007/06/13 مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008، ص253.

رغم عدم تأثير إغفال الموثق للتصريح بالعقود الزواج المبرمة أمامه في آجالها على صحتها إلا أن هذا يثير في الميدان الكثير من الإشكالات في تفويت فرصة ترتيبها لآثارها مما يتسبب تعطيل استفادة أطرافه من حقوقها مع تحميلهم مسؤولية هذا الإغفال دون ترتيب مسؤولية لكل من تسبب في ذلك، وكذا تكاليف الزواج المبرم أمام الموثق قد تضيع ولا يستردها الطرف المتضرر رغم أن المسؤولية يتحملها الموثق، وما على الطرف المتضرر إلا متابعته وفق **للمادة 124 مكرر** و **ما يليها** من أمر 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتعلق بالمسؤولية التقصيرية فقط، و هذا ما يتعارض مع هدف المشرع الجزائري في التشجيع على توثيق عقود الزواج فإحساس الفرد بعدم حمايته من خطأ أو إهمال سواء عمدا أو بحسن نية من أخطاء أحد ممثلي الدولة، هذا يؤدي إلى مخالفة قوانينها.

و عليه نقترح على المشرع أن يوفر حماية اكثر للطرف الضعيف في دعوى المتابعة الجزائرية من قبله ضد من تسبب في ضياع حقوقه إن كان أحد أفراد الذين يمثلونها قانونا و بالتالي تتحقق العدالة و المساواة في تطبيق القوانين و ألا يساهم في انتشار الزواج العرفي مستقبلا.

الفرع الثاني: الدور الاستثنائي لضابط الحالة المدنية في الزواج العرفي

و يقصد بالدور الاستثنائي لضابط الحالة المدنية بالنظر إلى إبرامه لعقد الزواج و تسجيله قبل الدخول هو أصل مهامه، لكن قد يتم تسجيل الزواج العرفي حتى بعد الدخول في سجلات الحالة المدنية الخاصة بعقود الزواج، ولا يمكنه أن يرفض ذلك كون أن عقد الزواج قد تم تثبيته بمقتضى حكم قضائي، و هذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: « **من المبادئ المستقر عليها قضاء و قانونا ان دعوى إثبات الزواج غير محددة بمهلة معينة و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات غير سديد يستوجب معه الرفض، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها رفعت دعواها لإثبات الزواج بعد عشرين سنة من انعقاده و بعد وفاة الزوج، فإن قضاة الموضوع الذين أثبتوا هذا الزواج بناء على شهادة الشهود و لتوفر جميع أركان عقد الزواج و قرائن تسجيل الولدين باسم أبيهما أثناء**

حياته دون أن يعترض على ذلك يكونوا قد طبقوا صحيح القانون» (قرار رقم 71732 بتاريخ 1991/04/23)[1].

وعليه لا يجوز لضابط الحالة المدنية أن يرفض تسجيل زواج عرفي تم تثبيته بمقتضى حكم قضائي و أن عدم تسجيله لا يؤثر على صحته[*].

وعليه سنوضح في هذا الفرع أهم الإجراءات والإشكالات التي تظهر في الميدان العملي.

أولا: كيفية تسجيل الحكم القضائي المثبت للزواج العرفي في سجلات عقود الزواج

من المعمول به ميدانا فإنه بمجرد صدور أمر بتسجيل الزواج المثبت بالحكم القضائي في سجلات الحالة المدنية من قبل وكيل الجمهورية إلى ضابط الحالة المدنية، فإنه يتم إرسالها إلى البلدية في مجموعة من الإرساليات وكل إرسالية بها الوثائق المرفقة مع الأمر[2] خاصة إن كانت الأحكام القاضية بذلك متنوعة:

أ-قد تكون قضت بتثبيت الزواج العرفي مع إلحاق النسب.

ب-أو قضت بتثبيت الزواج العرفي مع الطلاق العرفي.

ج-أو قضت بتثبيت الزواج العرفي مع الطلاق العرفي بناء على تثبيت الزواج العرفي بحكم قضائي.

د-كما قد تقضي بتثبيت النسب فقط بناء على الزواج العرفي المثبت بحكم قضائي.

هـ-لأنه يوجد بعض القضاة الذين يجيزون تثبيت الزواج العرفي وأحد آثاره في نفس الحكم، اختصار لطول الإجراءات والتكاليف على الخصوم.

وعليه بمجرد وصول مجموعة الأوامر المتعلقة بتسجيل الزواج من قبل وكيل الجمهورية لدى المحكمة المختصة، إلى ضابط الحالة المدنية على مستوى البلدية المعنية، يقوم هذا الأخير بقيدها و التأشير على هذه

---

[1] جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص669.

[*] قررت المحكمة العليا في قرار رقم**28784** بتاريخ، 1982/11/22 على أنه: « يعتبر كل زواج صحيحا إذا توفرت أركانه و لو كان غير مسجل بالحالة المدنية و تترتب عليه آثاره و تنتج عنه كافة الحقوق ». نقلا عن جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الأول، ص174.

[2] انظر نموذج منها بالملحق المتعلق بوثائق مصلحة الحالة المدنية، رقم05.

الأوامر بالتاريخ الذي وصلت فيه و يرفقه مع عقود الزواج و يؤشر على هامش سجلات عقود الزواج بأنه تم تسجيل الزواج بمقتضى حكم قضائي بذكر رقم فهرسه وتاريخ صدوره، و بعدها يسلم مستخرج منه إلى طالبي التسجيل و يطلب من المعني بالأمر إحضار دفتر عائلي للتأشير عليه(*) ومنحه رقم قيد و لكن عملية التسجيل لهذه الأحكام القضائية تكون بعد تسجيل عقود ضابط الحالة المدنية أولا.

و لقد عرفت **58 فقرة 01 من قانون 14-08** التسجيل بقولها:« التسجيل هو العملية التي ينقل بواسطتها ضابط الحالة المدنية في سجلاته عقد الحالة المدنية الوارد إليه من مكان آخر غير دائرته أو حكما قضائيا يتعلق بالحالة المدنية ».

كما أكدت المادة 59 فقرة 01 على:« إن منطوق الحكم لأنواع الأحكام المقرر تسجيله أو بيانه في سجلات الحالة المدنية يجب أن يتضمن ألقاب و أسماء الأطراف المعنيين و كذا أمكنة و تواريخ العقود التي يجب أن يذكر البيان على هامشها».

و عليه ضابط الحالة المدنية يجب أن يتقيد بكل ما يأمر به القانون من التحري في تسجيل معلومات المعني بالأمر شخصيا و كذا تأشير على هامش سجلات عقود الزواج كل ما هو مرفق بالحكم أو ما امر به الحكم و على رأس هذه الأوامر التأشير على هامش شهادة ميلاد الطرفين بتاريخ الزواج العرفي.

أما بالنسبة لتاريخ تسجيل الزواج العرفي فيكون التسجيل بالتاريخ الذي صدر في الحكم القضائي لكن بأثر رجعي للتاريخ الذي أبرم في الزواج العرفي.

وبعدما يتم التسجيل لعقد الزاج يتم تسجيل الأمر القاضي بتثبيت الطلاق العرفي بسجلات الزواج العرفي والتأشير به في هامش السجل و كذا على هامش ميلاد الطرفين.

أما بالنسبة للأمر القاضي بإثبات النسب فيسجل مباشرة في سجل عقود الميلاد و تسلم شهادة ميلاد للطفل.

(*) بالنسبة للدفتر العائلي حالة الزواج المبرم أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق يسلم مباشرة بعد تسجيله في سجلات عقود الزواج من طرف البلدية وفقا **للمادة 112 من أمر 20/70** بعكس المسجل عن طريق حكم قضائي فإن المعني بالأمر يحضره لوحده على حسابه الخاص.

أما بالنسبة لأمر إلحاق النسب بدون حكم قضائي المتعلق بالزواج العرفي، فإنه يتم عن طريق التوجه إلى وكيل الجمهورية بتقديم طلب إلحاق النسب من قبل الأب الذي يريد ذلك، ويطلب منه الوكيل التوجه إلى المكتب الخاص بثبوت الشخصية الموجود بالبلدية لتسلم له شهادة ثبوت الشخصية[1] و يتم ملئها من قبل مسؤول المكتب مع طلب من المعني بتقديم المرفقات التالية:

– شهادة طبية من طبيب شرعي قصد تحديد السن والجنس (أنثى، ذكر)

– إشهاد بعدم تسجيل ميلاد

– شهادة ميلاد الجد لأب (التأكد من اللقب العائلي الأصلي)

– شهادة ميلاد الأبوين أصلية لمدة سنة والتي أصبحت حاليا لمدة 10 سنوات.

– طلب خطي إلى السيد وكيل الجمهورية لدى المحكمة المختصة (عليه اسم و لقب و عنوان الطالب).

– صورة من بطاقة التعريف الوطنية مصادق عليها الطالب

– شهادة عائلية للأب

مع إحضار شاهدين رجلين.

و بعدها يتم التوقيع على هذه الشهادة و تكون على نسختين ليتم بعد ذلك تقديمها إلى وكيل الجمهورية ممثلا في كاتب ضبط مصلحة الحالة المدنية على مستوى المحكمة ليقوم التحقيق في المعلومات المرسلة لها من قبل البلدية و بعد ذلك يحال الملف غلى الوكيل قصد إجراء تحقيق قضائي من قبل رجال الضبطية للتأكد من صحة المعلومات المتعلقة بالمعني بالأمر و والديه و أهله و غيرها من التحقيقات حول هويته وبعد الانتهاء من التحقيق القضائي يقدمونه إلى وكيل الجمهورية ليصدر بشأنه أمرا إلى ضابط الحالة المدنية لتسجيله بسجل عقود الميلاد وتمنح له شهادة ميلاد بنسب أبيه مع التأشير في هامش سجل عقود الميلاد بالأمر القاضي بذلك.

---

[1] انظر نموذج منها بالملحق المتعلق بوثائق مصلحة الحالة المدنية، رقم05.

كما يمكن إلحاق نسب عن طريق دعوى تقدم إلى قاضي شؤون الأسرة من قبل الوالد و يصدر بشأنه حكم قضائي و يتم تسجيله بنفس الإجراءات في سجل عقود الميلاد.

و من بين الإشكالات أيضا التي يثيرها عدم وجود عقد زواج رسمي بحوزة المرأة الحامل، عند ذهابها إلى مصلحة التوليد فإنها أول ما يطلب منها تقديم عقد زواج و دفتر عائلي، فهنا التي لا تملكه يطلب منها تقديم نسخة من بطاقة تعريفها.

و رغم احتجاجها وتأكيدها أنها متزوجة عرفيا بزواج موافق للشريعة الإسلامية باعتراف زوجها أيضا، لكن مع ذلك لا يقبل منها و يتم تسجيل الولد باسم أمه و يرسل خلال 5 أيام إلى ضابط الحالة المدنية لتسجيله في سجلات عقود الميلاد، لكن في حالة ما إذا قدمت الزوجة حكما قضائيا ممهورا بالصيغة التنفيذية يثبت زواجها العرفي إلا أنه لم يتم تسجيله في سجلات عقود الزواج لطول الإجراءات فإنه يتم تسجيل الطفل بنسب أبيه، فهنا تظهر قيمة عقد الزواج في ترتيب آثار النسب للطفل.[1]

و من أهم ما تم معاينته من إشكالات على مستوى مصلحة الحالة المدنية هو عدم التسجيل الإلكتروني لعقود الزواج، مما يصعب مراقبة جميع الزيجات العرفية غير المسجلة، في حالة طلب المعني بالأمر إشهاد بعدم تسجيل الزواج العرفي في البلدية.

لكن المشرع الجزائري بمقتضى **قانون14-08 المعدل بالأمر 70-20** نص على حل لهذا الإشكال بموجب المواد 25 مكرر و ما بعدها، وهو ما اصطلح عليه بالسجل الوطني الآلي للحالة المدنية، و نرجو الإسراع في تنفيذ ذلك على أرض الواقع حتى يكون حلا في مواجهة كل تحايل في الحصول على إشهاد بعدم تسجيل الزواج العرفي ضمن سجلات الحالة المدنية في حين زواجه مسجل.

---

[1] المقابلة التي تمت مع مسؤول مكتب الدخول على مستوى المؤسسة الاستشفائية العمومية لطب النساء التوليد وطب الأطفال.

خاتمـــــــــــة

بفضل الله وبعونه وبعد جهد جهيد تم الوصول إلى الهدف المسطر بمعالجتنا لموضوع الزواج العرفي بين النص و التطبيق في الجزائر، بالنظر إلى مـدى خطورته على الأسرة و المجتمع ، فرغم كل التدابير التي اتخذها المشرع الجزائري للتقليل من انتشاره ، إلا أنه مازال منتشرا بصفة متفاوتة داخل أرجاء الوطــن، حيث قمنا بدراسة ميدانية لدى الجهات المختصة ذات الصلة للوقوف على فعالية النصوص القانونية على أرض الواقع مدعمين ذلك بمقابلات مع المسؤولين على المرافق التي لها علاقة مباشرة بموضوع بحثنا إيمانا منا بالمساهمة المتواضعة للاطلاع على الثغرات القانونية التي تواجه التطبيق الكامل للإجراءات فيما يخص توثيقه لدى مصالح الحالة المدنية او الموثق المخولين قانونا بهذه المهمة.

إن الاحصائيات التي اطلعنا عليها أثبتت انتشار هذا النوع من الزواج لأسباب مختلفة تعرضنا إليها في البحث اعتمادا على كثرة النزاعات أمام المحاكم فيما يخص حالات إثبات النسب و تصحيح العقود و ضياع حقوق الزوجة و تأثيرها على المجتمع رغم التدابير التي اتخذت من طرف المشرع الجزائري فإن انتشارها مازال قائما وهذا ما يؤكد أهمية الدراسة الميدانية وفائدتها في كشف مواطن القصور و الصعوبات التي تواجهها في مجال التطبيق، و لهذا تكون إجابتنا على الإشكال الرئيسي لموضوع الدراسة القانونية بعدم كفاية الآليات الحالية بمختلف أنواعها في مكافحة تزايد انتشار هذه الظاهرة و عليه لا بد من اتخاذ إجراءات ردعية للوصول الى وضع منظومة تشريعية متكاملة بين النص و التطبيق .

وفي الأخير توصلنا إلى جملة من الاقتراحات للحد من انتشار هذه الظاهرة نأمل أن تلقى صدى لدى الجهات المختصة لأخذها بعين الاعتبار ولكن قبل ذلك نورد بعض النتائج المتوصل إليها في الدراسة:

– إن المقصود بالزواج العرفي في الاصطلاح الفقهي هو عقد زواج مكتمل الأركان والمقومات الشرعية من رضا بين الزوجين، حضور ولي، وشاهدي عدل، وفرض مهر للزوجة إلى جانب انتقاء الموانع الشرعية، أما القانون فقد أضاف على تلك المقومات شرط الشكلية بتوثيقه أمام الجهات الرسمية.

– إن المقصد الأسمى من الزواج هو الاحصان و الاعفاف للنفس ثم تكثير النسل وإنجاب الاولاد من أجل الحفاظ على النوع البشري من الضياع والاختلاط للأنساب فسنه الله في خلقه للحفاظ على الذرية من الانقـراض.

خاتمـــــــــــة

– حث الاسلام على الزواج وتيسيره من خلال تكريه المغالاة في المهور بحجة التقاليد والاعراف المفروضة، مما تحول دون قدرة الفقير المتوسط الحال في التمتع بالعيش في كنف بيت الزوجية مكللا بكامل معاني السكنية والاستقرار والحوام.

– تأكيد الاسلام على اشتراط الولي في عقد النكاح، وعدم صحة العقد بدونه عند جمهور الفقهاء، باعتباره الصمام الأمان للمرأة في حمايتها من كل تغرير ومساس بالكرامة خاصة في ظل فساد الذمم بتأثير حب متاع الدنيا في هدر الحقوق وهضمها لا سيما في هذا الزواج الذي افتقر للدليل.

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

– مصطلح العرفية ليس على إطلاقه في هذا النوع من النكاح فالمقصود" **بالعرفي**" غير مستكمل للشرط الذي استوجبه القانون إلا انه موافق للشرع في توافر شروطه وأركانه مع موجبات كل منهما من ايجاب و قبول، و ولي و شاهدي عدل مع انتقاء موانعه الشرعية و ليس المكتوب في ورقة عرفية في جو سري لا يعلمه إلا أطرافه و هذا ما ظهر في بعض الصور المستحدثة من الزواج كزواج السر، المسيار الوشم و المصياف وغيرها من الأنكحة المخالفة للشريعة الاسلامية.

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

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

– الصعوبات الميدانية في مواجهة التحايلات القانونية فرضتها النقائص والثغرات القانونية نفسها فإنزال نص على الميدان واجب فيه مراعاة حال الأفراد والجهات المكلفة بالتطبيق لها بآليات فعالة في تطبيقها.

– المكلف بمهمة توثيق وفق القانون الجزائري كل من ضابط الحالة المدنية، الموثق باعتبارهما يتمتعان بصفة قانونية تؤهلهما في تحرير بعقود الإسلامية حتى تكون بمثابة السندات الرسمية في الاحتجاج بها على الغير ولا يطعن فيها التزوير.

وعليه أوردنا أهم النتائج فقط التي توصلت إليها الدراسة لندعمها بجملة من الاقتراحات المبنية على الجهود المبذولة طوال فترة البحث الميداني الذي كان بسبب في إظهارها المتمثلة فيما يلي:

– ضرورة التوعية الدينية والقانونية من خلال إنشاء مؤسسات متخصصة بجهود من الدولة وفق إجراءات تنظيمية قصد نشر الثقافة القانونية و توعية أفراد المجتمع الجزائري بالأهداف المتوخاة من النصوص القانونية باعتبارها ضمانات للحقوق من الضياع لا سيما نصوص قانون الأسرة الأكثر ارتباطا بخصوصياته و تقاليده الدينية.

– إنشاء دورات تكوينية للشاب الجزائريين المقبلين على الزواج خصوصا و كذا حديثي العهد بالزواج حول قيمة العلاقة الزوجية و ما تحمله من آثار شرعية خاصة الحقوق المتبادلة بين الزوجين، وجوب النفقة على من يستحقها، ومسؤولية الآباء اتجاه الأولاد من ثبوت النسب وعلاج و رعاية.

– ضرورة التنسيق بين المرفق القضائي ومصالح الحالة المدنية في الجزائر بهدف التقليل من الأسباب المؤدية الى انتشار الزواج العرفي بسبب العزوف عن احترام عنصر الشكلية وقت إنشائه و على رأسها الخوف من حمل صفة المطلقة في نظر المرأة الجزائرية حالة الطلاق قبل الدخول، و عليه نقترح بجعل أمر تسجيل الطلاق في عقود الزواج و التأشير عليه في شهادة الميلاد يكون مقتصر فقط على مستوى سجلات عقود الزواج و الميلاد دون إظهار صفة "المطلقة" في النسخ المسلمة من مستخرجات عقود الزواج، و به تسد ثغرة الاكتفاء بالعقد الشرعي دون العقد المدني لسهولة فسخه عند الخلاف.

– من الأمر المستقر عليه أنه لا يمكن للمشرع أن يرفض تسجيل أي زواج عرفي تم خارج دائرة مصالح الحالة المدنية نظرا لارتباطه بالنظام العام في المجتمع و ما يخلفه من آثار خطيرة، إلا أننا نقترح على المشرع الجزائري جعل فترة تصحيحة لعقود الزواج العرفية من خلال تخصيص لجان من مصالح البادية

للانتقال إلى المواطنين خاصة في المناطق النائية البعيدة عن الإدارات الرسمية بقصد تشجيع المواطن على توثيق عقودهم و التقليل من آثاره السلبية في ضياع الحقوق المترتبة علية على غرار ما فعلته بعض التشريعات العربية إلى المشرع الغربي.

– ضرورة توفير آليات ردعية تضمن احترام القيود و الضوابط المفروضة في **المادة 08 من قانون الاسرة** المعدلة بموجب الامر 05-02 ما دام الغرض من تعديلها التنظيم و تطبيق ضوابط الشرع المفروضة فيه لا سيما العدل المادي بين الزوجتين بقدر المستطاع ، و من ثمة توفير حماية للترخيص الممنوح بعد التحقيق في شروطه، وبه تتحقق ضرورة احترام النص القانوني الذي يصدره ولي الأمر بحكم وظيفته في فرض النظام و حماية مصالح الرعية و ذلك على غرار ما فعله المشرع العراقي في حماية منظومة الشريعة، فتسد بذلك ثغرة الزواج العرفي في التهرب من الشروط القانونية بالتعدد.

– كما أننا نرى وجود المادة 7 مكرر ضمن نصوص قانون الأسرة الجزائري كإجراء وقائي قبلي على الزواج لحماية أهدافه في تكثير النسل سليما من كل مرض أو حائلا في تحقيق ذلك، وعليه نقترح إعادة النظر فيها من خلال تعديلها بإضافة فقرة ثانية في المادة نفسها بالنص: "**هذه الوثيقة الطبية في حالة الزواج العرفي المثبت بمقتضى حكم قضائي لا ضرورة له**" .

– نقترح ضرورة الاعتراف للإمام بصفة الرسمية في تسجيل الزواج الشرعي الكامل الأركان والشروط وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية والقانونية في سجل خاص فيصبح بمثابة الوسيط الشرعي في ضمان توثيق عقود الزواج العرفي مع تحميله مسؤولية عدم التصريح بها في وقتها أمام ضابط الحالة المدنية لتسجيلها في سجلات عقود الزواج على أن تكون قائمة الأئمة الإسلامية محددة من قبل وزارة الشؤون الدينية و بذلك تسد ثغرة التعليمية الأدبية في منع الأئمة من إبرام العقد الشرعي قبل العقد المدني و تكون رقابة أكثر كل مخالف لهذا الإجراء.

– ضرورة إعادة النظر في **المادة 11-01** من قانون أسرة المعدلة بموجب **أمر05-02** نظرا لتقليلها من قيمة مركز الولي بإطلاقها في اختيار الولي من قبل المرأة الراشدة من أي شخص تختار و ترضاه بنفسها بدل الاختيار الشرعي المحدد في ترتيب العصبات بالولاية متوخيا في ذلك تحقيق مقصد الشرع في صيانة و حفظ كرامة المرأة ذات المركز الضعيف و في ذلك تماشيا مع خصوصية المجتمع الجزائري.

خاتمـــــــــــة

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

قائمـــة المصـــادر والمراجـع

أولا: **المصـــادر**

1/ القرآن الكريم

2/كتب الحديث:

1. أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق بشار عواد معروف: **الجامع الكبير**، المجلد الثاني، حديث رقم 1145، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1996.
2. أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي تحقيق شعيب الأرنؤوطي عبد اللطيف حرز الله: **الجامع الكبير(سنن الترمذي)**، الجزء الثاني، دار السالة العالمية، دمشق، الحجاز، الطبعة الأولى، 1430ه/2009م.
3. أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي: **سنن ابن ماجة**، حديث رقم (1936)3، المجلد الثاني، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت– لبنان، الطبعة الأولى، 1416ه/1996م.
4. أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي: **صحيح مسلم**، الجزء السادس، حديث رقم28، دار الحديث للطبع والنشر والتوزيع، دون بلد نشر، الطبعة الأولى، 1412ه/1991م .
5. أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: **صحيح مسلم**، الجزء الأول، حديث رقم (1839)38، المركز الثقافي اللبناني للطباعة والنشر والترجمة والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، دون سنة نشر .
6. أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن بـردزبـة ضبط صدقي جميل العطار: **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله عليه وسلم وسننه وأيامه**، الجزء الثاني، دار الفكر للطباعة والتوزيع، بيروت،1426–2006/1428.
7. أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن بردزبة ضبط صدقي جميل العطار: **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله عليه وسلم و سننه وأيامه**، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة والتوزيع، بيروت،1426–2006/1428 .
8. الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي: **سنن النسائي**، الجزء السادس، حديث رقم 3270، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، دون سنة نشر.

9. يحي بن يحي بن كثير الليثي الأندلسي القرطبي: **الموطأ للإمام مالك بن أنس رضي الله عنه،** حديث رقم(1195) 32، شركة شريف الأنصاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت–لبنان، 1428هـ/ 2007م.

3/**كتب التفسير**:

1. عبد الرحمان بن ناصر السعدي: **تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان،** الطبعة الثانية، دار الإمام مالك، الجزائر، 2009/1435.
2. محمد علي الصابوني: **صفوة التفاسير (تفسير القرآن الكريم)**، الجزء الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1421هـ/2001م.
3. محي السنة أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي: **تفسير البغوي(معالم التنزيل)**، المجلد السابع، دار طيبة للنشر و التوزيع، دون بلد نشر، 1412 هـ .

4/**القواميس:**

1. أحمد يوسف بن عبد الدائم المعروف بالسمين الحلبي: **عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ معجم لغوي لألفاظ القرآن الكريم،** الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، الطبعة الأولى، 1417 هـ/ 1996 م.
2. إبراهيم أنيس وآخرون: **المعجم الوسيط،** الجزء الأول، مطابع دار المعارف، مصر، الطبعة الثانية، 1392 هـ/ 1972 م.
3. ابراهيم مدكور: **المعجم الوجيز**، مجمع اللغة العربية، دون بلد نشر، 1415هـ/1994.
4. ابن منظور: **لسان العرب،** المجلد الثالث، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997.
5. ابن منظور: **لسان العرب،** المجلد الثاني، دار صادر، بيروت، الطبعة السادسة، 1417هـ/1997م.
6. أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا تحقيق عبد السلام محمد هارون: معجم مقاييس اللغة، المجلد الرابع، دار الجيل، بيروت، دون سنة نشر.
7. أبي القاسم جار الله محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري: **أساس البلاغة،** الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، الطبعة الأولى، 1419 هـ/1998.

8. سعيد الخوري الشرتوني اللبناني: **أقرب الموارد في فصح العربية و الشوارد**، الجزء الثاني، مكتب لبنان، بيروت–لبنان، الطبعة الثانية، 1992.

9. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي: **بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز**، الجزء الرابع، المكتبة العلمية، بيروت –لبنان، دون سنة نشر.

10. مجمع اللغة العربية: **المعجز الوسيط**، مكتبة الشروق الدولية، مصر، الطبعة الرابعة، 1435هـ/ 2004م.

11. محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي: **القاموس المحيط**، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، 1416 هـ/ 1996 م.

12. محمد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز أبادي: **القاموس المحيط**، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ/1990م.

13. محمد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز أبادي: **القاموس المحيط**، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ/1990م.

14. المنجد الأبجدي: دار المشرق ، بيروت –لبنان، الطبعة الثامنة، 1990.

5/النصوص القانونية:

1/القوانـــيـــن

1. القانون العضوي رقم 05–11 المؤرخ في 10 جمادى الثانية 1426 الموافق لـ 17 يوليو 2005 يتعلق **بالتنظيم القضائي**، الجريدة الرسمية المؤرخة في: 13 جمادى الثانية 1426 الموافق لـ 30 يوليو 2005، العدد 51.

2. قانون رقم 84–11 المؤرخ في:9 رمضان 1404 الموافق لـ 9يونيو 1984 المتضمن **لقانون الأسرة**، الجريدة الرسمية الصادرة في:12 رمضان1404 الموافق لـ12 يونيو1984، العدد 24، 1984.

3. قانون رقم 21/89 المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1410 الموافق لـ12 ديسمبر 1989، يتضمن **القانون الأساسي للقضاء**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في:15 جمادى الأولى 1410هـ، العدد53، السنة السادسة والعشرون.

4. قانون رقم 15–19 مؤرخ في:18 ربيع الأول 1437 الموافق لـ 30 ديسمبر 2015 يعدل و يتمم أمر رقم 66–156 المؤرخ في: 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يوليو 1966 والمتضمن **قانون**

العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في: 18 ربيع الأول 1437هـ الموافق لـ 30 ديسمبر 2015، العدد71.

5. قانون رقم 15-12 المؤرخ في 28 رمضان 1436هـ الموافق لـ 15 يوليو 2015 متعلق **بحماية الطفل**، وتم نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في: 3 شوال 1436 الموافق لـ 19 يوليو 2015، العدد 39.

بعـض القوانيـــن العربية:

1. قانون رقم 188 المؤرخ في:1959/12/19 المتعلق **بالأحوال الشخصية** المعدل والمتمم، جريدة الوقائع العراقيــة المؤرخة في:1959/12/30، العدد 280.
2. قانون رقم 03-07 المعدل والمتمم بمثابة **مدونة الأسرة** المنفذ بمقتضى طهير شريف رقم 22-104 صادر في: 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ3 فبراير 2004، الجريدة الرسمية للملكة المغربية المؤرخة في: 05 فبراير 2004، العدد 5184.
3. قانون رقم 15-102 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم2-116 بتاريخ: فاتح ربيع الآخر1437 الموافق لـ:12 يناير2016 المعدل للمادة 16 من القانون رقم 03-70 بمثابة **مدونة الأسرة**، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية المؤرخة في:14 ربيع الآخر 1437 الموافق لـ:25 يناير2016.

2/الأوامـــــر

1. أمر رقم 66-155 المؤرخ في: 18 صفر عما 1386 الموافق لـ8 يونيو سنة 1966، المتضمن **قانون الإجراءات الجزائية**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في: 20 صفر 1386، العدد48، السنة الثالثة.
2. الأمـر 65/71 المؤرخ في 1971/09/22 المتعلق **بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد مدون في سجلات الحالة المدنية** المؤرخ في:2 شعبان 1391 الموافق لـ:22 سبتمبر 1971، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في: 8 شعبان 1391هـ، العدد79، السنة الثامنة.
3. أمـر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن **القانون المدني**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في:24 رمضان 1395هـ الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، العدد 78، السنة الثانية عشرة.

4. أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27فبراير سنة 2005 يعدل و يتمم القانون رقم84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن **قانون الأسرة**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في27 فبراير2005، العدد15.
5. أمر رقم 15-02 المؤرخ في 7 شوال 1436 الموافق لـ23 يوليو2015 المعدل والمتمم لأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 **المتضمن قانون الإجراءات الجزائية**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في:7 شوال 1436 الموافق لـ 23 يونيو 2015، العدد40.

3/ المراسيـــــم

- مرسوم رقم 83-481 المؤرخ في 04 ذي القعدة 1403هـ الموافق لـ: 13 غشت 1983 م يحدد **الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة يوم: 7 ذو القعدة 1403 هـ الموافق لـ: 16 غشت 1983م، العدد 34، السنة العشرون.

ثانيـــا: المراجـــع

1/الكتـــــب

1. أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدرديـــر: **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، دون سنة نشر.
2. ابن رشد القرطبي الأندلسي: **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، الطبعة الأولى،1416هـ، 1996م.
3. أبو حامد الغزالي تحقيق محمد عثمان الخشت: **الزواج الإسلامي السعيد وآداب اللقاء بين الزوجين**، مكتبـة رحاب، الجزائر، دون سنة نشر.
4. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: **المحلى بالآثار**، الجزء التاسع، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، دون سنة نشر.
5. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: **المحلى**، الجزء العاشر، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1352هـ.
6. أبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي: **الإشراف على مسائل تكت الخلاف**، المجلد الرابع، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأوى، 1429هـ/ 2008م.

7. أبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي: **الإشراف على مسائل نكت الخلاف**، المجلد الرابع، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأوى، 1429هـ/ 2008م.
8. أحمد آبـاش: **الأسرة بين الجمود و الحداثة**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان،2011 .
9. أحمد الشامي: **التطور التاريخي لعقود الزواج في الإسلام(دراسة مقارنة)**، دون دار نشر، دون بلد نشر، 1982.
10. أحمد بن محمد أحمد كليب: **الأحوال الشخصية(الطلاق، الخلع، الظهار)**، الطبعة الأولى، دار النفائس، القـدس، 2010.
11. أحمد بن يوسف بن أحمد الدريـوش: **الزواج العرفي(حقيقته، أحكامه، أثاره، والأنكحة ذات الصلة به دراسة فقهية مقارنة)**، دار العاصمة للنشر و التوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 1426هـ/2005م.
12. أحمـد دكـار: **الـــزواج والطـلاق في الشريعة والقانون و العرف**، دار الغـــرب، الجزائر، بدون سنة نشـــر.
13. أسامة عمر سليمان الأشقر: **مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق(زواج المسيار، الزواج العرفي، الفحص الطبي، الزواج بنية الطلاق)**، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 1420هـ/2000م.
14. حسن أيوب: **فقه الأسرة المسلمة(النكاح الرضاع الطلاق الرجعة الإيلاء الظهار اللعان العدة النفقة)**، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 1423هـ/2003م.
15. حسين طاهري: **الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية**، دار الخلدونيـة للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2005.
16. دار العلوم، **الزواج والطلاق في الشريعة والقانون(مدخل فقهي عام، قانون الأسرة، قضاء المحكمة العليا)**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة،2001 .
17. سعود الهلالي: **أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري**، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 1429هـ/ 2008م.
18. سيد سابق: **فقه السنة**، المجلد الثاني، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر والتوزيع، بيروت–لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ/2003م.
19. الطيب زروتـي : **تحرير العرائض والأوراق شبه القضائية**، مطبعة الكاهنة،1998.

20. عادل بوضياف: **الوجيز في شرح الإجراءات المدنية والإدارية(الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية)**، الجزء الأول، كليك للنشر، المحمدية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2012.

21. عبد الرحمان الجزيدي: **الفقه على المذاهب الأربعة**، الجزء الرابع، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت(لبنان)، بدون سنة نشر.

22. عبد الرحمان الصابوني: **نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام**، دار الفكر المعاصر، دمشق– سورية، الطبعة الأولى، 1422هـ/ 2001م.

23. عبد الرحمان بربارة: **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية–قانون رقم 08–09مؤرخ في 23 فيفري 2008–**، الطبعة الثانية، منشورات بغدادي، الجزائر،2009.

24. عبد الرواق أحمد السنهوري: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام – الاثبات– أثر الالتزام)**، المجلد الثاني، نهضة مصر، دون بلد نشر، الطبعة الثالثة، 2011.

25. عبد العزيز سعد: **نظام الحالة المدنية في الجزائر(وثائق الحالة المدنية والحالات التي تطرأ عليها، شهادة الميلاد، شهادة الزواج، شهادة الوفاة)**، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2011،.

26. عبد الفتاح عبد الباقي: **الزواج (قيامه آثاره انقضاؤه في القانون الفرنسي)**، مطبعة نهضة مصر، القاهرة ، 1965.

27. عبد القادر بن حرز الله: **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له قانون رقم 05–09 المؤرخ في 4مايو 2005**، ، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى 2007/1428.

28. عبد المجيد محمود مطلوب: **المدخل إلى الفقه الإسلامي (تعريفه، تاريخه، أسسه، خصائصه، مصادره)**، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 1424هـ/ 2003م.

29. عبد الملك بن يوسف المطلق: **الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها (دراسة فقهية واجتماعية نقدية)**، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 2006.

30. عبد الملك بن يوسف المطلق: **زواج الفرند بين حكمه الشرعي وواقعه المعاصر(زواج الأصدقاء Girl Friend–boy Friend)**، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م.

31. عبد رب النبي علي الجارحي: **الزواج العرفي المشكلة والحل والزواج السري ونكاح المتعة والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار**، دار الروضة للنشر والتوزيع، القاهرة، دون سنة نشر.

32. العربي بلحاج: **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا**، دار الثقافـة للنشر و التوزيـع، عمان –الأردن، الطبعة الأولى، 2012.

33. علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، الطبعة الثانية، 1406هـ/ 1986م.

34. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء: **كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، الطبعة الثانية، 1406هـ/1986م.

35. عمارة بلغيـث: **الوجيز في الإجراءات المدنية**، دار العلوم للنشر والتوزيع، الحجار، عنابة، 1423هـ/ 2002م.

36. عمر سليمان الأشقر: **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان –الأردن، الطبعة الأولى،1997.

37. عن عبد الرزاق أحمد السنهوري: **الوسيط في شرح القانون المدني(نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام)**، المجلد الأول، نهضة مصر، دون بلد نشر، الطبعة الثالثة، 2011.

38. عيد عبد العظيم: **الزواج العرفـــي**، دار الإيمان للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2002 .

39. فاضلي إدريس: **الوجيز في النظرية العامة للالتزام (العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون)**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2009.

40. فايز الحاج شاهين: **القانون المدني الفرنسي بالعربية**، دالوز للطبعة الفرنسية، فرنسا، الطبعة 108، 2009.

41. فضيل العيش: **شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد**، طبعة جديدة، مطبعة الطالب، بدون بلد نشر،2008/2007.

42. محمد الصالح العثيمين، عبد العزيز بن محمد بن داود: **الزواج في الشريعة الإسلامية**، دار السلفية، الجزائر، 1410هـ/ 1989م.

43. محمد شتا: **الزواج العرفي(تعريف الزواج العرفي، أركان عقد الزواج العرفي وشروطه، إثبات عقد الزواج العرفي، عقد الزواج العرفي و النسب، المشاكل القانونية المتعلقة بعقد الزواج العرفي، الصيغ القانونية المتعلقة بعقد الزواج العرفي وفقا لآخر التعديلات وأحدث أحكام محكمة النقض)**، دار المجد للنشر و التوزيع، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008.

44.محمد محدة: **سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالأحكام والقرارات القضائية)**، المجلد الأول، دون دار نشر، دون بلد نشر، الطبعة الثانية، 1994.

45.محمود المصري: **الزواج الإسلامي السعيد**، مطابع دار البيان الحديثة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006.

46. منال محمود المشني: **حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي–دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بحقوق المرأة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2011/1432.

47.نبيل صقر: **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2008.

48.نصر سلمان سعاد سطحي: **أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامي(دراسة مقارنة مع قانون الأسرة)**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، بدون سنة نشر.

49.نور الدين أبو الحية: **الحقوق المادية للزوجة**، دار الكتاب الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، دون سنة نشر.

2/المقـــــالات:

1. فرح بندونيس بن الساعدي: " **أضواء على مقاصد التشريع**"، مجلة إسلامية ثقافية، تصدر سنويا عن كلية الدعوة الإسلامية، العدد الثالث والعشرين، 2006.
2. سعدنا ولد الحاج: "**عقد الزواج من خلال مدونة الحوال الشخصية الموريتانية**"، مجلة الفقه والقانون، شهرية تصدرها الدراسات الشرعية والقانونية، العدد التاسع عشر، ماي 2014.
3. عبد العزيز بن سطام بن عبد العزيز آل سعود: "**سياسة عمر بن عبد العزيز في سن الأنظمة بناء على قوله "تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور**"، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، مجلة فصيلة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، العدد الثاني عشر، 1433هـ/2012م.
4. عبد العزيز بن سطام بن عبد العزيز آل سعود: **سياسة عمر بن عبد العزيز في سن الأنظمة بناء على قوله "تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور**" مجلة الجمعية الفقهية السعودية، فصيلة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، العدد الثاني عشر، 1433هـ/2012م.

5. عمر زودة: " **طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة – الأمر رقم 05-02** "، مجلة المحكمة العليا ، المحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزائر، العدد 02، 2005.
6. محمد أمين الصباحي: "**الآثار القانونية للشهادة الطبية**"، مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزائر، العدد 01، 2007م.
7. محمد بوسماحة: "**مكانة النيابة العامة في مهنة المحضر القضائي**"، مجلة الموثق، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد الرابع، نوفمبر–ديسمبر 2001.
8. محمد بوسماحة: "**مكانة النيابة العامة في مهنة المحضر القضائي**"، مجلة الموثق، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد الرابع، نوفمبر–ديسمبر 2001.
9. محمد خالد منصور: " **أسباب تأخر الزواج وعلاجها في الفقه الاسلامي المقارن**"، **مجلة جامعة الملك مسعود**، العلوم التربوية والدراسات الاسلامية، كلية الشريعة، قسم الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية الأردن، العدد 16، 1424هـ/2003م.
10. مصطفى قضاة: " **التبكير في الزواج والآثار المترتبة عليه دراسة فقهية قانونية مقارنة لرؤية معاصرة**"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، قسم الفقه وأصوله، جامعة اليرموك اربد، العدد الأول، 2010.

3/الرسائل الجامعية:

1/**رسالة دكتـــــوراه**

1. عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي: **اثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية(المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية مقارنة)**، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 1221هـ/ 2000م.

2/ رسالة الماجستير

1. علي بن مشبب بن عبد الله البكري: **استئجار الأرحام (دراسة تأصيلية مقارنة)**، رسالة الماجستير، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1432هـ/ 2011م.

2. علي بن مشبب بن عبد الله البكري: **استئجار الأرحام (دراسة تأصيلية مقارنة)**، رسالة الماجستير، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1432هـ/ 2011م.
3. سعيد قاضي: **رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر (1)، 1431-1432هـ/ 2010-2011م.
4. معزوز دليلة: **إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي** ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر بن عكنون، سنة2004،2003.

4/المجلات القضائية:

1. المحكمة العليا، نقض شخصي، قرار رقم:58224 بتاريخ:1989/12/25، المجلة القضائية، العدد04،1989.
2. المحكمة العليا، نقض شخصي، ملف رقم340671 بتاريخ:2005/10/12، المجلة القضائية، العدد2، 2005.
3. المحكمة العليا، نقض شخصي، قرار رقم:368660، بتاريخ:2006/07/12، المجلة القضائية، العدد 02،2006.
4. المحكمة العليا، نقض شخصي، قرار رقم:368660، بتاريخ:2006/07/12، المجلة القضائية، العدد 02،2006.
5. جمال سايس: **الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية**، الجزء الأول، منشورات كليك، الجزائر، الطبعة الأولى، **2013**.
6. جمال سايس: **الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية**، الجزء الثاني، منشورات كليك، الجزائر، الطبعة الأولى، 2013.
7. جمال سايس: **الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية**، الجزء الثالث، منشورات كليك، الجزائر، الطبعة الأولى، 2013.

5/المقابلات

1. مقابلة مع المحامي الأستاذ "**صالحي خذير**"، بمكتبه بحي 252 مسكن عمارة رقم 01 شقة 04 بسكرة، بتاريخ: 2016/04/20، على الساعة: 14:00 مساءا.
2. مقابلة مع الأستاذة المحامية "**سهيلة تيقان**" بمكتبها الكائن بحي الوادي 252 عمارة رقم 07، 59 بسكرة، بتاريخ: 2016/04/16، على الساعة: 15:00 مساءا.
3. مقابلة مع الأستاذة المحامية "**عثامنية زهيرة**" بمكتبها الكائن بحي الوادي 252 عمارة رقم 01- مقابل المحكمة- 59 بسكرة، بتاريخ: 2016/04/30، على الساعة: 14:00 مساءا.
4. مقابلة مع مسؤول مكتب الإحصاء الموجود على مستوى بلدية بسكرة، بتاريخ 04-04-2016 على الساعة: 09:00 صباحا إلى 16:00 مساءا.
5. مقابلة مع مسؤول مصلحة الحالة المدنية بصفته ضابط الحالة المدنية، بمصلحة الحالة المدنية- المكتب الخاص بتسجيل عقود الزواج لبلدية بسكرة، تاريخ:2016/03/14، على الساعة 13:00 زوالا.
6. مقابلة مع ممثل مكتب الدخول بالمؤسسة الاستشفائية لطب النساء والتوليد وطب الأطفال لولاية بسكرة، بتاريخ: 2016/04/07، على الساعة: 09:30 صباحا.
7. مقابلة مع مسؤول مصلحة الحالة المدنية بصفته ضابط الحالة المدنية، بمصلحة الحالة المدنية المكتب الخاص بتسجيل عقود الزواج لبلدية بسكرة، تاريخ:2016/03/14، على الساعة 13:00 زوالا.
8. مقابلة مع رئيس مكتب تنقل الأجانب التابعة لمديرية التنظيم والشؤون العامة بولاية بسكرة، بمكتبها على مستوى الولاية، بتاريخ: 2016/04/11، على الساعة:09:30 صباحا.
9. مقابلة مع المحضرة القضائية الأستاذة "**نور سليمة**"، بمكتبها الكائن بحي الوادي 252 مسكن رقم 13 بسكرة، بتاريخ 30 مارس 2016، على الساعة 15:00 مساءا.

ثالثـــا: المواقع الإلكترونية

1. الشيخ زيد عبد العزيز الفياض: " **شهادة المستشرقين** "، تاريخ المعاينة: 2010/07/16، تاريخ الزيارة: 2015/12/10، على الساعة: 07:34، الرابط الالكتروني:www.alukah.net

2. مصطفى سليمان: "**مجمع البحوث في الأزهر يوافق على الزواج العرفي و يرفض زواج الدم**"، تاريخ المعاينة: 2016/02/12 على الساعة: 18:32 مساءا، الرابط الإلكتروني: http://www.alarabiya.net/articles/2007/06/01/35053.html

3. "**حكم الزواج العرفي**": تاريخ المعاينة:2016/02/12، على الساعة 18:50 مساءا، الرابط الإلكتروني: http://www.yabeyroulh.com

4. وزارة العدل:" **دليل المتعامل مع العدالة**"، تاريخ المعاينة: 2016/04/18، على الساعة:18:30 مساءا، الرابط الالكتروني: http://arabic.mjustice.dz

5. لؤي علي: "**علماء الأزهر يساندون علي جمعة: نعم الزواج العرفي "حلال"، التوثيق أولى لحفظ الحقوق لكن أركان عقد القران واضحة وبعض أصحاب الفتاوى يقولون بما لم ينزل من السماء**"، تاريخ المعاينة: 2016/02/12، على الساعة: 18:38 مساءا، الرابط الالكتروني:http://www.youm7.com/story/2014/11/8/

6. محمود إسماعيل محمد مشعل: **أثر الخلاف الفقهي في القواعد المختلف فيها ومدى تطبيقها في الفروع المعاصرة**، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة–الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1430هـ/2009م.

7. عبد الله بن محمد بن سعد آل حنين: "**الحاجة إلى معرفة المقاصد الشرعية لفقه مرافعات عند استمداد أحكامه وبيان هذه المقاص**"، تاريخ المعاينة:2016/04/08، على الساعة 23:42، الرابط الإلكتروني:www.mohamoom.ksa.com

8. الفتوى الاسلام ويب: "**سبب تسمية المحلل بالتيس المستعار**"، تاريخ المعاينة: 2016/04/11 على الساعة: 16:45مساءا، الرابط الالكتروني fatwa.islamweb.net. مركز الفتوى: "**ما قولكم في الإمام الزركشي**"، بتاريخ:2016/04/27، على الساعة 23:45 ليلا، الرابط الالكتروني: fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php ?page :showfatwa&optin :fatwaId :80709.

9. بلقاسم حوام: "**وزارة الشؤون الدينية تفتي بجواز المسيار في الجزائر**"، تاريخ المعاينة:2016/03/11، على الساعة 11 صباحا، الرابط الالكتروني :
https://sites.google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbyte/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

10. بلقاسم.ح، الهام.ب: "**مختصون يطالبون بتعديل قانون الأسرة والطلاق حرية تعدد الزوجات**"، تاريخ المعاينة: 2016/03/11، على الساعة: 11:00 صباحا، على الرابط الالكتروني:

https://sites.google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbyte/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

11. رشيدة بلال: "**التعليمة لم تقض على ظاهرة الزواج العرفي، العقد قيل الفاتحة بين البحث عن المصلحة و الخوف من القيد**" تاريخ المعاينة: 2016/03/11، على الساعة: 11:00 صباحا، الرابط الالكتروني:

http//sites.google.com/site/siciologer1/LM-alajtima/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbyte/alzwaj-alrfy-bkaljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtim—aljzayr

12. زهية منصر: " **من عين صالح إلى تمنراست صحراء تصنع ثراء أوروبا وفقر الجزائر**"، تاريخ المعاينة: 2016/03/11، على الساعة 11:00 صباحا، الرابط الإلكتروني:
https://sites.google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbyte/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

13. عصام بورييع: " **الظاهرة منتشرة بكثرة في أوساط البدو الرحل** "، تاريخ المعاينة: 2016/03/11، على الساعة: 11:00 صباحا ، الرابط الالكتروني :

https://sites.google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbyte/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

14. "**الرئاسة العامة للبحوث العلمية والافتاء**"، تاريخ المعاينة:30/ 04/ 2016، على الساعة: 15:30 مساء، الرابط الالكتروني: http: //www.alifta.net/

15. مجمع الفقه الإسلامي الدولي:" **قرار بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة**"، بتاريخ: 2014/05/02، على الساعة: 14:00 مساء، الرابط الإلكتروني: www.iifa-aifi.org/1789.html

16. سهام حواس: " **الزواج العرفي وسيلة للتهرب من المتاعب القانونية و انتشار الفساد الأخلاقي**"، تاريخ المعاينة:2016/03/11، على الساعة 11:00 صباحا، الرابط الالكتروني: - https://sites.google.com/site/socioalger1/lm

alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbyte/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

17. أحمد الحجي الكردي: "**الولاية في الزواج**"، تاريخ المعاينة: 2016/05/05، على الساعة 21:08، الرابط الالكتروني:

.www.islamic-.fatwa/library/book/8/143

18. عبد النواب مصطفى خالد معوض: "**ترتيب الأولياء في النكاح**"، تاريخ المعاينة:2016/05/05، على الساعة: 22:03 مساء، الرابط الالكتروني:

Fiqh.islammessage.com/News Details.aspxpid:9760

20. عبد النواب مصطفى خالد معوض: "**ترتيب الأولياء في النكاح**"، تاريخ المعاينة:2016/05/05، على الساعة: 22:03 مساء، الرابط الالكتروني:

Fiqh.islammessage.com/News Details.aspxpid:9760

21. مركز الفتوى إسلام ويب: "**حكم تزويج المرأة الثيب نفسها**"، تاريخ المعاينة: 20016/05/06، على الساعة: 09:06 صباحا، الرابط الإلكتروني:

Fatawa.aslameb.net/Fatwa/index.php? page :sho twa:option:Fatwa/d:231970

22. أحمد الحجي الكردي: "**الولاية في الزواج**"، تاريخ المعاينة: 2016/05/05، على الساعة 21:08، الرابط الالكتروني: www.islamic-.fatwa/library/book/8/143

23. عبد النواب مصطفى خالد معوض: "**ترتيب الأولياء في النكاح**"، تاريخ المعاينة: 2016/05/05، على الساعة: 22:03 مساء، الرابط الالكتروني:

Fiqh.islammessage.com/News Details.aspxpid:9760

24. ماهر أحمد راتب السويسي: "**تعريف الشهادات وحكمها**"، تاريخ المعاينة:2016/05/07، على الساعة: 18:20مساءا، الرابط الالكتروني : site.iugaza.edu.ps/msousi

25. بكوش يحي: " **أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي(دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)**"، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981.

26. فريد صادق زوزو: "**أهمية التأكد من مدة الحمل وأثره في اثبات النسب**"، تاريخ المعاينة 2016/05/14، على الساعة: 14:00 مساء، الرابط الالكتروني:

www.lahaonline.com/articles/view/10088.htm

27. سامي عبد الله أحمد القضاة: "**النسب اثباتا ونفيا**"، تاريخ المعاينة: 2016/05/14، على الساعة: 16:00 مساء، الرابط الالكتروني:273: www.frrajlawyer.com/view topic-php? Topic Id.

28. محمد ربيع صباهي: "**الصداق (المهر)**"، تاريخ المعاينة: 2016/05/07، على الساعة: 09:19 صباحا، الرابط الالكتروني:www.arab-ency.com/-/details/law.php? Full:1:nid:163826

29. الشروق اليومي: "**أئمة المساجد، توثيق الزواج مدنيا أصبح واجبا وحتمية شرعية**"، تاريخ المعاينة: 2016/03/11، على الساعة: 11:00 صباحا، الرابط الإلكتروني:

http://sites.google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbytr/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

30. قناة النهار: "**شهادات مثيرة حول الزواج العرفي وعواقبه على الأبناء في الجزائر**"، تاريخ المعاينة: 2016/05/16، على الساعة: 17:40 مساء، الرابط الإلكتروني:

.http://www.youtube.com/watch?v:zNbYzg,44

31. ريم السلام: "**زوجات يسعين لإثبات نسب أبنائهن في المحاكم(الزواج العرفي أحد عوامل انتشار قضايا النسب)**"، تاريخ المعاينة: 2016/03/11، على الساعة: 11:00 صباحا، الرابط الإلكتروني:

https://sites.google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrbytr/alzwaj-alrfy-br-aljrayd/alzwaj-alrfy-fy-almjtm-aljzayry

32. صابر بليدي: "**حقوقيون يدقون جرس الإنذار من تنامي الزواج العرفي في الجزائر**"، تاريخ المعاينة: 2016/05/16 على الساعة: 15:00 مساء، الرابط الإلكتروني:

WWW.alarab.co.uk/?id=55570

33. جريدة المساء: "**451 قضية إثبات زواج عرفي في 6 أشهر بوهران، انتشار الظاهرة بين راغب في التعدد وباحثة عن سند**"، تاريخ المعاينة: 2016/03/11، على الساعة: 11 صباحا، الرابط الإلكتروني:

https://google.com/site/socioalger1/lm-alajtma/alzwaj-alrfy-fy-almjtmat-alrfy-br-aljrayd/alzaj-alarfy- fy-almjtm-aljzayry

قائمـــــة الملاحـــق

رقم الملحق	العنـــــــــــوان
01	المقابلات الموثقة
02	العرائض، التبليغات القضائية، شهادات الصيغة التنفيذية
03	الأحكام والقرارات القضائية
04	الأذون والتراخيص لتسجيل الزواج
05	وثائق مصلحة الحالة المدنية

الفهـــــــــرس

العنوان	الصفحة
مقدمة	أ-ج
الفصل الأول: ماهية الزواج العرفي	
المبحث الأول: مفهوم الزواج العرفي	5
المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي	6
الفرع الأول: الزواج العرفي لغة	6
الفرع الثاني: الزواج العرفي اصطلاحا	12
المطلب الثاني: مقارنة الزواج العرفي ببعض صور الزواج	31
الفرع الأول: الزواج العرفي وبعض صور الزواج المعهودة	38
الفرع الثاني: الزواج العرفي وبعض صور الزواج المستجدة	54
المطلب الثالث: أسباب الزواج العرفي	70
الفرع الأول: أسباب دينية	71
الفرع الثاني: أسباب قانونية	73
الفرع الثالث: الأسباب الاجتماعية	86
المبحث الثاني: مقومات الزواج العرفي	92
المطلب الأول: الرضا في الزواج العرفي	96
الفرع الأول: صيغة الرضا في الزواج العرفي	97
الفرع الثاني: شروط صيغة الرضا وأثر تخلفه في الزواج العرفي	108
المطلب الثاني: الولي في الزواج	121
الفرع الأول: تعريف الولي وأدلة شرعيته في الزواج العرفي	122
الفرع الثاني: موقف الفقه والمشرع الجزائري من الولي في الزاج العرفي	130
المطلب الثالث: الشهود في الزواج العرفي	147
الفـرع الأول: مفهوم الشهادة في الزواج العرفي	147
الفرع الثاني: موقف الفقه والمشرع الجزائري من الشهود في الزواج العرفي	154
المطلب الرابع: المهر في الزواج العرفي	159
الفرع الأول: مفهوم المهر في الزواج العرفي	160

الفرع الثاني: موقف الفقه والمشرع الجزائري من المهر في الزواج العرفي	167
المطلب الخامس: انتقاء الشرعية في الزواج العرفي	185
الفرع الأول: الموانع المؤبدة في الزواج العرفي	185
الفرع الثاني: الموانع المؤقتة للزواج العرفي	194
الفصل الثاني: آثار الزواج العرفي وإجراءات تثبيته أمام الجهات المختصة	
المبحث الأول: آثـار الـزواج العـرفي	201
المطلب الأول: آثار الزواج العرفي بالنسبة للزوجة	202
الفرع الأول: الآثار الإيجابية للزواج العرفـي بالنسبة للزوجة	202
الفرع الثاني: الآثار السلبية للزواج العرفـي بالنسبة للزوجة	219
المطلب الثاني: آثار الزواج العرفي بالنسبة للأولاد	223
الفرع الأول: الآثار الايجابية للزواج العرفي بالنسبة للأولاد	224
الفرع الثاني: الآثار السلبية للزواج العرفي بالنسبة للأولاد	237
المطلب الثالث: آثار الزواج العرفي بالنسبة للمجتمع	240
الفرع الأول: الآثار الايجابية للزواج العرفي اجتماعيا	240
الفرع الثاني: الآثار السلبية للزواج العرفي اجتماعيا	241
الفرع الثالث: نماذج متعلقة بقضايا الزواج العرفي من الواقع	245
المطلب الرابع: موقف المشرع الجزائري من آثار الزواج العرفي	249
الفرع الأول: أهمية التوثيق في عقد الزواج العرفي	250
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التوثيق في الزواج العرفي	253
المبحث الثاني: إجراءات تثبيت الزواج العرفي أمام الجهات المختصة	267
المطلب الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في تثبيت الزواج العرفي	268
الفرع الأول: إجراءات رفع في دعوى تثبيت الزواج العرفـي	269
الفرع الثاني: التحقيق القضائي في دعوى تثبيت الزواج العرفي	283
المطلب الثاني: دور النيابة العامة في تسجيل الزواج العرفي	295
الفرع الأول: الاختصاص الأصيل للنيابة العامة	296
الفرع الثاني: الاختصاص الاستثنائي للنيابة العامة	299
المطلب الثالث: دور ضابط الحالة المدنية في تسجيل الزواج العرفي	307
الفرع الأول: الدور الأصلي لضابط الحالة المدنية في الزواج العرفي	308
الفرع الثاني: الدور الاستثنائي لضابط الحالة المدنية في الزواج العرفي	316

الخاتمة	321
قائمة المراجع	326
الملاحق	
الفهرس	

ملخــص البحـــث

إن الزواج العرفي ظاهرة اجتماعيه منذ القدم، كانت الرابطة الزوجية التي حظيت بقدسية ربانية كونها اللبنة الأولى في بناء الأسرة وهذا ما حاولنا معالجته في بحثنا من حيث النص والتطبيق في الجزائر، ومقارنته ببعض التشريعات العربية التي أعطت عناية بالغة للآليات التطبيقية الردعية أمام هذه الإشكالية، بدءا من تعريف هذا الميثاق وأسبابه، مقوماته، آثاره وإجراءات تثبيته أمام الجهات المختصة.

مما لا شك فيه أن تفعيل النصوص التشريعية و تنفيذها على الواقع يواجه إشكالات و صعوبات تعيق بناء منظومة تشريعية فعالة، و هذا ما ركزنا عليه في بحثنا للوقوف على الجهود الميدانية المبذولة من طرف الجهات المختصة بعد مرور مدة زمنية معتبرة على تعديل الأمر **05- 02 المؤرخ في:2005/02/27 المعدل و المتمم لقانون 84 -11 المؤرخ في 09 يونيو 1984** و المتضمن **قانون الأسرة**، حيث بقراءة موضوعية للأداءات الميدانية على مستوى المصالح التي لها صلة بموضوعنا و إجابة على الإشكالية المطروحة المتمثلة في **مدى كفاية الآليات القانونية المكرسة من طرف المشرع الجزائري في مواجهة إشكالات الزواج العرفي**، توصلنا إلى حتمية أن التطبيق الميداني هو الكفيل بالوقوف على الثغرات القانونية و التشريعية .

مثل ما هو الشأن في موضوعنا فالنصوص وحدها لا تكفي بل لا بد من تلازم بين ماهو تشريعي وميداني وتنسيق كامل بين الأجهزة المعنية من تشريعية، تنفيذية وقضائية لتدارك كل تناقض حقيقي وإيجاد الحلول المناسبة لكل الإشكالات.

مثل ما هو الشأن أيضا لتثبيت الزواج العرفي الشرعي كامل الأركان الموافق لأحكـام الشريعة الإسلامية السمحاء وتميزه عن الصور المشابه له والمستحدثة في ظل العولمة والاتجاهات الحديثة للاتفاقيات الدولية والذي وقفنا فيه على إشكاليات متعددة لأسباب مختلفة لعدم كفاية الآليات القانونية المعمول بها والواقع المعاش ودليل ذلك كثرة القضايا والنزاعات المطروحة أمام المحاكم من أجل تسوية وضعيات الزواج العرفي وتثبيته رغم التعديلات المشار إليها.

وعليه تطرقنا الى المراحل المختلفة للتثبيت الزواج العرفي حفظا للحقوق وعدم ضياعها لكل أفراد الأسرة والمجتمع من رفع الدعوى القضائية إلى غاية توثيق الزواج العرفي وما مدى أهمية ذلك .