جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

إشكالات إثبات الزواج العرفي وإنحلاله

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

شعبة القانون الخاص / تخصص القانون الخاص الشامل

من إعداد الطلبة:

محمدي سيد علي

أوبلغة توفيق

بإشراف الدكتورة:

إقروفة زبيدة

لجنة المناقشة

الدكتورة : آيت شاوش دليلة.....رئيسة

الدكتورة: إقروفة زبيدة.....مشرفة

الأستاذة: نجومن سناء.....ممتحنة

2016/2015

قائمة لأهم المختصرات

ج: جزء.

ع: عدد.

ط: طبعة.

ص: صفحة.

ج.ر: جريدة رسمية.

م.ق: المجلة القضائية.

د.ب.ن: دون بلد نشر.

د.ت.ن: دون تاريخ نشر.

ق.ح.م: قانون الحالة المدنية.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

غ.أ.ش.م: غرفة الأحوال الشخصية والمواريث.

شكر وعرفان

الحمد لله الذي أعاننا في عملنا فلولاه ما كنا لنصل لهذا العمل،

نوجِّه شكرنا إلى أستاذتنا التي تكرمت علينا بقبولها الإشراف على بحثنا، وعلى ما بذلته من جهد واهتمام وإرشاد الأستاذة الكريمة **إقروفة زوبيدة** فلكي منَّا كل الإحترام والتقدير،

إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد لإنجاز هذه المذكرة

وإلى كل شخص لم يبخل علينا بإرشاداته

إلى أعضاء اللجنة التي قبلت مناقشة هذا العمل

إلى كل من له يد في إنجاز هذا البحث.

إهداء

الشكر والعرفان لله عزَّ وجلَّ الذي توكلنا عليه ولم يخيبنا، الفضل له في نجاح عملنا هذا والحمد لله.

إنَّه من دواعي سروري أن أقدم إهدائي إلى كل عائلتي الكريمة، بداية من أمي التي هي دعمي ورفيقة دربي، وإلى الأب العزيز الذي هو بمثابة السَّند أدامهم الله لنا،

وإلى إخوتي الأعزاء حفظهم الله

وكل الزملاء الذين رافقوني في المشوار الدراسي،

وإلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في نجاح هذا العمل وإلى هؤلاء أهدي ثمرة جهدي.

محمدي سيدعلي

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من كان سببا في مجيئي إلى هذه الدنيا،

أمي وأبي أطال الله عمريهما وقدرني على رد جميلهما.

وإلى كل إخوتي وأخواتي الأعزاء حفظهم الله، هم سندي وقوتي في مواجهة الحياة

وإلى كل الزملاء والأصدقاء في الجامعة

و إلى كل من لديه يد في هذا العمل

وإلى كل من سيستفيد من هذا العمل المتواضع.

أوبلغة توفيق

مقدمة

جعل الله عزَّ وجلَّ الزَّواج وسيلة لاستمرار الحياة البشرية لما له من فوائد دينية ودنيوية، لذا وضع له أسس وقواعد شرعية تضمن استمراره وتحمي حقوق الزَّوجين والأولاد من الضَّياع، كما شرع أيضًا الطَّلاق استثناءً علاجًا للحياة الزَّوجية المتفكِّكة، وسنَّ له شروطًا ليقع صحيحًا، ولكي تسري آثاره على الزَّوجين والورثة.

ولما كان الإسلام يعتني بشؤون الأسرة لبناء مجتمع متكافل تسوده المودَّة والرَّحمة اشترط ضرورة توافر الرِّضا، الولي، الصِّداق والشهود لانعقاد الزَّواج الصحيح، ولم يجعل من كتابة وتوثيق عقود الزَّواج أهمية وشرط لصحة الزَّواج، إلى أن جاءت القوانين الوضعية في الدُّول الإسلامية منها قانون الأسرة الجزائري ونصَّت على ضرورة توثيق عقود الزَّواج لأهداف عملية تحفظ الحقوق من الضَّياع، وهذا ما يسمى بالزَّواج الرَّسمي أو الموثَّق، إلَّا أنَّ نقص الوازع الدِّيني والوعي القانوني لدى بعض الأفراد وسعيهم وراء رغباتهم، فيلجؤون إلى الزَّواج ويغفلون عن توثيقه وتسجيله سواءً كانت نيَّتهم حسنة أو سيِّئة، حتى وإن كان هذا الزَّواج مستوفيًا لشروطه الشَّرعية، وهذا ما يعرف بالزَّواج العرفي الذي يطرح إشكالات قانونية خاصة حول مدى إمكانية إثباته.

إضافة إلى الشُّروط التي رسمتها أحكام الشريعة الإسلامية لوقوع الزَّواج صحيحًا فقد وضع أيضًا قواعد شرعية و منظِّمة لوقوع الطَّلاق وصحته، لقوله تعالى: ((**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّـهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّـهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّـهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّـهِ فَأُولَـٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**))[1]، فالطَّلاق يعتبر حلًا لبعض العلاقات الزَّوجية التي يستحيل مواصلتها وتحقيق أهدافها، وجاءت القوانين في مختلف المجتمعات الإسلامية ونظَّمت مسألة الطَّلاق ووضعت إجراءات خاصة به ليقع صحيحًا، ومنع استعماله تعسُّفيًا خاصة عندما يتعلَّق الأمر بالطَّلاق بالإرادة المنفردة للزَّوج، لكن عند العودة

[1] سورة البقرة، الآية 229.

إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنَّ أهم القواعد التي وضعها المشرِّع حول مسألة الطَّلاق هي عدم اعترافه بالطَّلاق الواقع خارج مجلس القضاء، بل اعترف فقط بالطَّلاق الذي يصدره القاضي وذلك بموجب حكم، ولكن رغم ذلك في بعض الحالات يحدث الطَّلاق دون اللُّجوء إلى القضاء، فيكون الزَّوج قد طلَّق زوجته شرعًا لكن قانونًا لم يتم ذلك، فتترتب عن ذلك عدَّة إشكالات قانونية واجتماعية تمس خاصة الزَّوجة باعتبارها الطَّرف الضَّعيف في العلاقة الزَّوجية، ثمَّ أولادهما وهذا ما يمكن تسميته بالطَّلاق العرفي.

من هنا يمكن اعتبار الزَّواج العرفي الأرضية الخصبة لوقوع الطَّلاق العرفي، فانتشار ظاهرة عدم توثيق عقود الزَّواج أدَّى بصفة قاطعة إلى ظهور الطَّلاق العرفي الواقع خارج المجالس القضائية، وأصبح الزَّواج والطَّلاق العرفيين مصدرًا لعدَّة مشاكل اجتماعية وقانونية لذلك بادرنا لتناوله في هذه المذكرة، إضافة إلى تزايد ظاهرة الزَّواج العرفي في مجتمعنا من خلال التطرق إلى حقيقة الزواج والطلاق العرفيين، وعرض أسبابهما وصورهما خاصة حكمهما والمشاكل التي تترتب عنهما.

ولعلَّ من الأسباب الشَّخصية التي دفعتنا إلى تسليط الضَّوء على هذا الموضوع هي رغبتنا في توضيح هذه الظاهرة أكثر، التي تعدُّ آفة اجتماعية تتعدَّى في بعض الأحيان آثارها إلى المجتمع كلّه، ولا تقتصر فقط على الأسرة الواحدة وفي بعض الأحيان يكون الغرض من وراء هذا الزَّواج منافيًا لتعاليم وقيم ديننا، وقد طرح هذا الموضوع عدَّة إشكالات من النَّاحية القانونية والعملية خاصة منها ما يتعلَّق بمسألة إثبات وتسجيل الزَّواج والطلاق العرفيين، وما يترتب عنهما من آثار، **لذا فإنَّ من الإشكاليات التي يمكن طرحها هي كيفية إثبات الزَّواج والطلاق العرفين؟ والإشكالات القانونية المصاحبة لذلك؟**

وقد عالجنا موضوع بحثنا هذا من خلال عرض بعض الآراء الفقهية التي تطرَّقت لهذا الموضوع وكذلك النُّصوص القانونية، كما اعتمدنا على الاجتهادات القضائية في الموضوع.

و الخطة المتبعة في هذه المذكرة مبنية على فصلين وكل فصل مقسم إلى مبحثين، فالفصل الأوَّل تطرَّقنا فيه إلى إشكالات إثبات الزَّواج العرفي، أمَّا الفصل الثَّاني فخصصناه لإشكالات إثبات الطَّلاق العرفي.

وحوصلنا في خاتمة البحث مجموعة من النتائج المتوصل إليها.

الفصل الأول

إنَّ كل عقد من العقود الَّتي يبرمها الإنسان والَّتي تتمُّ بتلاقي الإرادتين بتبادل الإيجاب والقبول هي ذات شأن وأهمية ومن بين هذه العقود، عقد الزَّواج فهو أهمُّ عقد لأنَّ موضوعه الحياة الإنسانية.

فإذا انعقد الزَّواج بطريقة رسمية، مستوفيا بذلك الإجراءات الشَّكلية من حيث تسجيله، فإنَّه بهذه الطَّريقة لا يطرح أي إشكال من حيث إثباته، إذ يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية طبقا للفقرة الأولى من المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري[1]، فقانون الأسرة الجزائري نصَّ على ضرورة تسجيل عقد الزَّواج وقيده في سجلات الحالة المدنية لأهداف عملية تحفظ الحقوق من الضياع.

إلَّا أنَّ بعض الأفراد يغفلون عن هذا الإجراء ويعقدون زواجهم عرفيا دون تسجيله في المصالح المدنية، وهذا ما يعرف بالزَّواج العرفي الَّذي يعد ظاهرة إجتماعية تزداد يوما بعد يوم، والَّذي يطرح عدَّة إشكالات قانونية وعملية، فكيف يتمُّ إثبات هذا العقد وتسجيله؟، وما هي إشكالات إثباته؟

ففي هذا الفصل سنبيّن ماهية الزَّواج العرفي (المبحث الأول) وكيفية إثباته وتسجيله (المبحث الثَّاني).

[1] قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، متضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر، ع 31، صادرة في 31 جويلية 1984، معدل ومتمم بأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر، ع 15، صادرة في 27 فيفري 2005.

المبحث الأول: ماهية الزَّواج العرفي

يعدُّ الزَّواج العرفي مماثلا للزَّواج الرَّسمي من حيث شروط الصِّحة والانعقاد، إلَّا أنَّ وجه الاختلاف بينهما يكمن في إفراغ العقد في ورقة رسمية وفقا للمادة 18 من ق. أ. ج، الَّتي تنصُّ: « يتمُّ عقد الزَّواج أمام الموثِّق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون ».

والمادة 22 من ق. أ. ج، الَّتي تنصُّ: « يثبت الزَّواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي ».

يجب تسجيل حكم تثبيت الزَّواج في الحالة المدنية بسعي من النِّيابة العامة ».

لذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم عقد الزَّواج العرفي وأسبابه (المطلب الأوَّل) ثمَّ عرض صوره و حكمه (المبحث الثَّاني).

المطلب الأوَّل: مفهوم عقد الزَّواج العرفي وأسبابه

لضبط مفهوم الزَّواج العرفي من الضَّروري التَّعريف به لغة واصطلاحا (الفرع الأول)، ثمَّ التَّطرُّق إلى أسبابه (الفرع الثاني).

الفرع الأوَّل: تعريف الزَّواج العرفي

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الزَّواج العرفي لغة واصطلاحا.

أوَّلا: الزَّواج العرفي لغة

كلمة العرفي مأخوذة من « العرف » فيقال: عرف يعرفه عرفه عرفا ومعرفة واعترافا، وهي من العرفان أي العلم ورجل عروف وعرفة، ويعرف الأمور وعريف القوم: سيدهم وعرف بذنبه عرفا، واعترافا والمعروف ضد المنكر[1].

[1] ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير وآخرون، ج4، دار المعارف، د.ت.ن، ص 2897، ص2902.

ثانيا: الزَّواج العرفي اصطلاحا

عرَّفه محمد إبراهيم بأنَّه: « هو زواج اكتملت فيه أركان الزواج الصحيح، ولكنه لم يوثق من الحكومات القائمة في هذا البلد الذي تم فيه العقد »[1].

وقد عرَّفه بوحلاسة عمر بأنَّه: « تلك العقود الَّتي جرت في الماضي وفق أصول الشَّريعة الإسلامية ولم تسجل في الحالة المدنية في وقتها القانوني »[2].

ويعرِّف فقهاء الشَّريعة الإسلامية الزَّواج العرفي الصَّحيح من النَّاحية الشَّرعية بأنَّه: «الزَّواج الَّذي يتمُّ بإيجاب وقبول من الطَّرفين الزَّوج والزَّوجة، مع مباشرة الولي لعقد الزَّواج لمن تحت ولايته، مع حضور شاهدين عادل يوقعان على عقد الزواج، مع إعلان وإشهار هذا الزَّواج وعلم النَّاس به »[3].

الفرع الثَّاني: أسباب انتشار الزَّواج العرفي

الزَّواج العرفي من المشكلات الخطيرة الَّتي طرحت نفسها بقوَّة على السَّاحة وخصوصا في الآونة الأخيرة بعد أن أصبح ظاهرة تفشت في فئات المجتمع المختلفة، وهي خطيرة لما تخلفه من آثار على الزَّوجة والأبناء باعتبارهم الضَّحية الأولى وعلى الأسرة خاصة باعتبارها نواة للمجتمع، فلذلك سنبرز أهم الأسباب الدَّافعة إلى الزَّواج العرفي.

أوَّلا: أسباب دينية واجتماعية

1 . سهولة إجراءات عقد الزَّواج في الشَّريعة الإسلامية تجعل فئات المجتمع تُقبل على الزَّواج العرفي رغم إلزام القانون المواطنين بتسجيل عقود الزَّواج وهذا ما نلاحظه خاصَّة في المجتمع الجزائري.

2 . عدم رغبة الرجل المتزوج عند الزواج بأخرى ، في ترك أو تطليق زوجته الأولى ، حفاظاً منه عليها وعلى أولاده وحتى يتمكن من رعايتهم ، لذا يلجأ للزواج العرفي تحقيقاً لذلك.

---

[1] محمد أبو هيثم، « ظاهرة منحرفة انتشرت باسم الزواج العرفي »، مقال منشور على الموقع WWW .USLAMWAY . COM ، بتاريخ 09 /01/ 2002.

[2] عمر بوحلاسة، « عقود الزَّواج المغفلة »، نشرة القضاة، ع2، الجزائر، أفريل 1989، ص16.

[3] حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد، الزَّواج العرفي بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 115 . 116.

3 . ومن الدَّوافع الأخرى العلاقات العاطفية الَّتي تنشأ خاصة في أماكن العمل والَّتي قد تنتج في النِّهاية بمولود ينشأ تحت ستار زواج عرفي بينهما.

ثانيا: أسباب إدارية وقانونية

1 . يفرض قانون الأسرة على طالبي الزَّواج إحضار شهادة طبية من أجل التَّوثيق الرَّسمي للزَّواج، طبقًا لنص المادة 7 مكرر من ق.أ.ج التي تنصّ على أنَّه: « يجب على طالبي الزّواج أن يقدّما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة(03) أشهر تثبت خلوّهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكّل خطرًا يتعارض مع الزّواج.

يتعين على الموثّق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزّواج من خضوع الطّرفين للفحوصات الطّبية و من علمهما بما تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكّل خطرًا يتعارض مع الزّواج، و يؤشر بذلك في عقد الزّواج.

تحدّد شروط و كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التّنظيم ». فإذا لم يقدّمها طالب الزّواج يمتنع ضابط الحالة المدنية أو الموثِّق عن تحريره، فقد تشكل هذه الوثيقة عبء على طالب تسجيل عقد الزَّواج ممَّا يدفعه إلى الزَّواج عرفيا.

2 . ويلجأ الأفراد إلى الزَّواج العرفي بسبب القيود القانونية الَّتي تفرضها أحكام عقود الزَّواج، كالالتزامات المترتِّبة على الزَّواج في حالة رغبة الزَّوج في التَّعدد مع تمسُّكه بزوجته الأولى، حيث يقوم بالتَّعدد بطريقة عرفية للتهرب من بعض الحقوق والالتزامات التي يوجهها القانون باعتباره أبا وزوجا، من حيث توفير المسكن و الإنفاق و العدل في كل الجوانب، وذلك طبقًا لنص المادة 08 من ق.أ.ج التي تنصّ على أنَّه: « يسمح بالزّواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشّريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشّرعي وتوفرت شروط و نيّة العدل.

يجب على الزّوج إخبار الزّوجة السّابقة و المرأة التي يقبل على الزّواج بها وأن يقدّم طلب التّرخيص بالزّواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزّوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص للزّواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزّوج المبرّر الشّرعي وقدرته على توفير العدل والشّروط الضّرورية للحياة الزّوجية ».

2 . أيضًا في حالة الإعفاء من السِّنِّ القانوني في حالة زواج القصر[1]، فبعض الشباب الذين لم يبلغوا السن القانونية ويريدون الزواج لسبب ما، يلجؤون إلى العقد العرفي بحضور الزَّوجين وولي المرأة وشاهدين، دون توثيق في الدوائر الرسمية مخالفًا لنص المادة 7 من ق.أ.ج التي تنص: « تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزَّواج 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 والتزامات».

3 . الشَّباب الَّذين يريدون الزَّواج وهم موظفون في سلك الأمن يلزمهم القانون بالحصول على رخصة الزَّواج، ويتم رفض منح الرُّخصة لهم، فيعقدون زواجا عرفيا دون توثيق مع استيفاء كافة أركان وشروط عقد الزَّواج[2].

4 . الحفاظ على بعض الحقوق مثلا الحق في الحضانة، حيث بمجرد تزوج الأم تسقط حضانتها لأولادها، وذلك حسب نص المادة 66 من ق.أ.ج التي تنص: « يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ».

5 . انعدام الجزاء القانوني على من لم يوثق عقد زواجه حيث نجد أنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على عقوبات في هذه الحالة بل نصَّ فقط على ضرورة توثيقه وتسجيله.

[1] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدَّل، دراسة مقارنة ببعض التَّشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص120.

[2] تحسين بير قدار، الأنكحة المنهى عنها في الشريعة الإسلامية ، ط1، دار ابن حجر، دمشق، 2007، ص 540.

المطلب الثَّاني: صور الزَّواج العرفي وحكمه

لمعرفة حكم الزَّواج المنعقد بين الرَّجل والمرأة عرفيا سوف نبين صور هذا الزَّواج أوَّلا في (الفرع الأوَّل) ثمَّ بيان حكمه (الفرع الثَّاني).

الفرع الأوَّل: صور الزَّواج العرفي

بما أنَّ هناك أنواعًا أخرى من الزَّواج غير الرَّسمي كالنِّكاح المؤقت ونكاح السر ونكاح المتعة وغيرها والتي لا تدخل ضمن صور الزَّواج العرفي، لذا وجب التَّمييز بين صور الزَّواج العرفي.

أوَّلا: الزَّواج العرفي المستوفي للأركان والشروط

هو ذلك الزَّواج الذي يتولَّاه وليُّ المرأة، ويحضره الشُّهود، ويكون بإيجاب وقبول و صداق، دون التوجه إلى توثيقه رسميًا، وكان هذا النَّوع من الزَّواج هو السَّائد والمعروف لدى المسلمين منذ عهد الرَّسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضوان الله عليهم وإلى وقت قريب قبل أن توجد الأنظمة الحديثة لتقييد العقود وسماع الدعوى والفصل في المنازعات[1].

ثانيا: الزَّواج العرفي غير المستوفي للأركان والشروط

هو ذلك الزَّواج العرفي غير المستكمل لأركانه وشروطه، ويتمُّ بعدَّة صور منها:

– أن تجري صيغة العقد بتبادل الإيجاب والقبول دون شهود على ذلك ودون توثيق وهو ما يعرف بزواج الاتفاق وهو في حدِّ ذاته زواج سرِّي.

– أو أن يتمَّ العقد أمام الشُّهود إمَّا مستأجرين أو أصدقاء للزَّوج أو في بعض الحالات يتمُّ بإقرار الشَّهادة من طرف الشُّهود ولكن لفترة معينة كشهر، أو سنة كنكاح المتعة، وهذه الصُّوَّر محرَّمة وباطلة لما لها من إضرار وما يترتَّب عليها من أمور محرَّمة [2].

[1] حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد، مرجع سابق، ص 127.

[2] المرجع نفسه، ص127 . 128.

الفرع الثَّاني: حكم الزَّواج العرفي

الأصل أنَّ الزَّواج العرفي متى كان مستوفيا لكلِّ شروطه الشَّرعية، فإنَّه زواج صحيح يترتَّب عليه كل الآثار الشَّرعية للزَّواج سواء للزَّوج أو للزَّوجة أو الأبناء.

ولكن بالنظر لتعدد صوره ولأسباب عدَّة تشعبت الآراء وظهرت عدَّة فتاوى فيما يخص الحكم الشَّرعي للزَّواج العرفي من طرف أهل العلم، لذا سنبين في هذا الفرع حكم الزَّواج العرفي في الفقه الإسلامي أوَّلا، وحكمه في قانون الأسرة الجزائري.

أوَّلا: الزَّواج العرفي في الفقه الإسلامي

يقرُّ أهل العلم بأنَّ الزَّواج العرفي المستوفي لأركانه وشروطه غير الموثَّق رسميا زواج شرعي صحيح جائز، تترتَّب عليه أحكام الزَّواج وحقوقه وآثاره الشَّرعية، ولا يؤثر عدم التَّسجيل الرَّسمي في صحَّته وإباحته، مع كون التَّوثيق الرَّسمي أولى وأحسن نظرا لظُّروف العصر الحاضر، وهذا رأي أغلب العلماء كالإمام محمَّد شلتوت، وهبة الزُّحيلي، أسامة الأشقر وكذا عادل عبد الموجود وغيرهم[1].

فأصحاب هذا الرَّأي أجمعوا على صحَّة وجواز الزَّواج العرفي.

ويشير الدُّكتور أحمد عبد الغني عبد اللَّطيف، الأستاذ بجامعة الأزهر من خلال بحثه عن الزَّواج العرفي من النَّاحية الدِّينية إلى أنَّ: « ما يدَّعيه البعض من أنَّ وثيقة الزَّواج أمر مستحدث لأنَّ الزَّواج في عهد الرَّسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء كان شفويا دون أي وثيقة، يمكن الرَّدُّ عليهم بأنَّ هذا حقٌّ، ولكن كان ذلك عندما كانت الكلمة تحترم وتعتبر ميثاقا يعتدُّ به، أمَّا الآن فقد أصبحت الذِّمم خربة والكلمة غير محترمة بأي حال لذلك فلابدَّ من عقد موثَّق، وقد شرع ولي الأمر هذه الوثيقة حفاظا على حقوق الزَّوجة والأولاد والمجتمع بأسره، وقد أمر الله تعالى بطاعة ولي الأمر ما دامت هذه الطَّاعة في غير معصية الله تعالى[2]، أنَّ في ذلك مخالفة

[1] أوعبد القادر صبرينة، إثبات عقد الزَّواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2012، ص 41.

[2] فارس محمد عمران، الزَّواج العرفي وصور أخرى للزَّواج غير الرَّسمي، ط1، مجموعة النيل العربية للنَّشر، القاهرة، 2001، ص 20 . 31.

لولي الأمر الَّذي ألزم بالتَّوثيق، وطاعته واجبة فيما ليس بمعصية ويحقق مصلحة لقوله تعالى: **((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّـهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ))** [1]، حيث تنتج منه إشكالات و عوائق وخيمة تتمثل في:

– صعوبة الإثبات: ففي ظلِّ غياب الضَّمير وقلَّة الوازع الدِّيني واندثار الأخلاق في هذا الزَّمان يصعب إثبات العلاقة الزَّوجية العرفية خاصَّة إذا لم يكن هناك دليل كتابي، ومن المعلوم أنَّ صعوبة الإثبات تؤدي إلى ضياع الحقوق وضياع الأنساب.

– كثرة الشُّبهات حول هذه العلاقة والظَّنُّ السَّيئ في طرفيها وهي علاقتهما، وقد قال الرَّسول صلى الله عليه وسلم: « **إنَّ الحلال بيِّن وإنَّ الحرام بيِّن وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهنَّ كثير من النَّاس فمن اتَّقى الشُّبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشُّبهات وقع في الحرام، كالرَّاعي يرعي حول الحمى يوشك أن يقع فيه** »[2].

ثانيا: الزواج العرفي في القانون الجزائري

كان إبرام العقود في السَّابق يتمُّ من طرف شيوخ وأئمة المساجد، وقد اشتهر عند الجزائريين تسمية العقد بـ « **الفاتحة** »، وبعد العرس والدُّخول يسجَّل العقد في البلدية أمام ضابط الحالة المدنية، وما زال الجزائريون في البوادي والمداشر والبدو الرُّحل في الصحراء لا يسجلون عقود زواجهم.

وفي بداية الألفية الثَّالثة شاع صدور تعليمة شفوية من وزارة الشُّؤون الدِّينية والأوقاف تمنع الأئمة من عقد القران الشَّرعي ما لم يتم عقد الزَّواج المدني لتفادي وقوع مشاكل بسبب عقد القران الشَّرعي قبل المدني وعدم توثيقه، كإنكار الزَّواج من الزَّوج، وحماية الأئمة الَّذين يجدون أنفسهم وفي كلِّ مرَّة أمام العدالة للإدلاء بشهادتهم على عقدهم للقران الشَّرعي بين الزَّوج والزَّوجة.

وأضافت التعليمة على أنَّ الأئمة مجبرون على تطبيقها وأنَّه تقع على عاتق جميع المواطنين الإعلام بأي تجاوز، إلَّا أنَّ هذه التَّعليمة لا ترتقي إلى مستوى القانون الملزم للائمة

[1] سورة النساء، الآية 59.

[2] رواه مسلم في صحيحه . باب أخذ الحلال وترك الحرام، دار الجيل ودار الآفاق الجديدة، لبنان، ج5، ص50.

لأنَّها لا تحمل أيَّة جزاءات تأديبية أو جزائية، إضافة لذلك فما زال بعض الأئمة يقومون بعقد القران الشَّرعي قبل العقد المدني.

ثمّ إنّ قرارات القضاء الجزائري استقرت على تثبيت الزواج العرفي واعتباره صحيحا بمجرد استيفائه لعناصره الشرعية، منها القرار: « يعتبر كل زواج صحيحا إذا توفرت فيه أركانه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وترتَّب أثاره عليه كافة الحقوق »[1].

وأيضا جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا على أنَّ: « للنِّكاح أربعة أركان وهي الرِّضا والولي والصِّداق والشّاهدين، بالإضافة إلى خلو الزَّوجين من الموانع الشَّرعية، وأنَّه إذا إختلَّ ركنان من أركان الزَّواج غير الرِّضا يبطل الزّواج »[2].

وفي قرار آخر جاء على أنَّه: « متى كان الزَّواج العرفي متوفرا على أركانه التَّامَّة والصَّحيحة فإنَّ القضاء بتصحيح هذا الزَّواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون موافقا للشَّرع والقانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطَّعن »[3].

ويعتبر عقد الزَّواج العرفي غير المسجل في سجلات الحالة المدنية من العقود المغفلة حسب م.39 من ق. ح. م التي تنص: « 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 والزواج والوفاة بدون نفقة عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدائر القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي كان يمكن تسجيلها فيها بناء على مجرد طلب من وكيل الدولة لهذه المحكمة بموجب عريضة مختصرة وبالاستناد إلى كل الوثائق أو الإثباتات المادية »[4].

---

[1] نشرة القضاة، قرار بتاريخ 22 / 11 / 1982، ملف رقم 28784، ، ع 2، ص 32.

[2] المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 1989/01/02، م ق، ع03، 1995، ص53.

[3] المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 25/ 12/ 1989، ملف رقم 58224، م.ق، ع 4، 1991، ص110.

[4] قانون رقم 62-126 المؤرخ في 13 ديسمبر 1962، المتعلق بالحالة المدنية، ج ر، ع 08، صادرة في 14 ديسمبر 1962، معدل ومتمم بأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، ج ر، ع 21، صادرة في 27 فيفري 1970، ومعدل بأمر رقم 14-08، المؤرخ في 9 أوت 2014، ج ر، ع 49، صادرة في 20 أوت 2014.

بالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري فقد خلى من تحديد أجل التَّصريح بعقد الزَّواج المبرم عرفيا، أو فرض عقوبات ردعية للحدِّ من ظاهرة عدم توثيق عقود الزَّواج، إلَّا أنَّ المشرع نص في المادة 22 ق.أ.ج على ضرورة و لزوم تسجيله والتي تنص: « 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 ».

المبحث الثَّاني: إثبات عقد الزَّواج العرفي

يعد إثبات عقد الزَّواج العرفي من أهمِّ المشاكل الَّتي تقابل طرَفَي هذا الزَّواج، وذلك لأنَّه يعقد في الكثير من الحالات لأغراض معيَّنة وبمجرد أن تطفوا الخلافات بين الزَّوجين يتهرَّب البعض من الالتزامات المفروضة عليه.

لذا قد أحاطته كل الشَّريعة الإسلامية والمشرِّع الجزائري بقواعد تنظِّمه من حيث طرق إثباته (المطلب الأوَّل) وكيفية تسجيله (المطلب الثَّاني).

المطلب الأوَّل: طرق إثبات عقد الزَّواج العرفي

يثبت الزَّواج الرَّسمي بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفقا للفقرة الأولى من المادة 22 من ق.أ.ج الَّتي تنصُّ على أنَّه: « يثبت الزَّواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي »[1].

أمَّا فيما يخصُّ انعقاد الزَّواج بطريقة عرفية مع مراعاة الشُّروط الشَّرعية لصحته فالإثبات عموما في هذه الحالة يكون بثلاثة طرق وهي : الإقرار، الشَّهادة واليمين والنُّكول عنه.

الفرع الأوَّل: الإقرار

يعدُّ الإقرار من أقوى أدلَّة الإثبات ويسمى أيضا بالشَّهادة على النَّفس، أي أنَّ المخبر إذا أخبر على نفسه فهو مقرٌّ أمَّا إذا أخبر عن غيره يعتبر شاهد، وهذا ما سنشرحه من خلال تعريف الإقرار وشروطه (أوَّلا) وأنواعه وحجيته (ثانيا).

[1] أمر رقم 05-02، مرجع سابق.

أولا: تعريف الإقرار وشروطه

1 . تعريف الإقرار:

تنصُّ المادة 341 من ق. م .ج على أنَّ: « الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدَّعى بها عليه وذلك أثناء السَّير في الدَّعوى المتعلِّقة بهذه الواقعة »[1].

وباستقراء نصِّ المادة يمكن القول بأنَّ الإقرار هو شهادة المقرِّ على نفسه لمصلحه خصمه بصحَّة واقعة قانونية.

والإقرار هو بمثابة حجة قاصرة على المقر وحده لا تتعداه إلى الغير[2].

أو هو بمثابة حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى من يتعدى إليه الحكم بالبينة[3].

2 . شروط الإقرار

لصحة الإقرار لابد من توفر بعض الشروط المتمثلة في:

أ) . الشروط الواجبة في المقر:

أن يكون المقر عاقلا بالغا فلا يجوز إقرار المجنون أو المعتوه أو الصبي غير المميز، أما الصبي المميز فيحق له ذلك ولكن يبقى إقراره غير نافذ، لأنَّ البلوغ ليس شرطا لصحَّة الإقرار وإنما شرط لنفاذه[4].

ولا يجوز إقرار المكره أو السَّكران أو المحجور عليه، ومن الشروط الواجب توفرها أيضا أن يكون المقرُّ جادا غير هازل.

---

[1] أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، معدل بأمر 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005، ج ر، ع 44، ومعدل بأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر، ع31، صادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

[2] محمد فارس عمران، مرجع سابق، ص 44.

[3] محمد شتا، الزواج العرفي، ط2، دار المجد للنشر والتوزيع، 2008، ص 45.

[4] معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004، ص 129.

ب) . الشُّروط الواجبة في المقرِّ له:

– أن يكون المقر له معلوما ومحددا تحديدا كافيا.

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

– أن تكون الزوجة حلا للرجل إذا كان هو المقر، وأن يكون الرجل حلا للمرأة إذا كانت هي المقرة[1].

ج) . الشَّرط الواجب في المقرِّ به:

يقصد بالمقرِّ به هنا هو الزَّوجية كعلاقة قائمة بين الطَّرفين، لذا يجب أن يكون الزَّواج ممكن بين المقرِّ والمقرِّ له بألَّا يكون الزَّوج متزوج من محرم للزوجة، أي أن لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما أبديا أو مؤقتا[2].

د) . الشروط الواجبة في صيغة الإقرار:

– أن تكون صيغة الإقرار منجِّزة غير معلَّقة على أي شرط.

– أن تكون الصيغة مثبتة للحقِّ المقرِّ به، وأيضا أن تكون صادرة أمام القضاء[3].

ثانيا: أنواع الإقرار وحجّيته

1 . أنواع الإقرار

أ) . الإقرار القضائي: هو إعلان الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدّعى بها عليه، كأن يقف الزّوج أمام القاضي ويقر بقيام علاقة زوجية بينه وبين المدعى عليها.

ب) . الإقرار غير القضائي: وهو الذي يصدر خارج مجلس القضاء أو يصدر أمام القضاء ولكن في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوع الإقرار، وغير متعلقة بالواقعة التي حصل عنها الإقرار، ويخضع في إثباته للقواعد التي تحدد حجيته في الإثبات فتحدد حجة المحرر تبعا لما كانت الكتابة رسمية أو عرفية، ومن أمثلة الإقرارات غير القضائية الإقرار بالزَّوجية في شكوى إدارية.

---

[1] ممدوح عزمي، الزواج العرفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د.ت.ن، ص 58.

[2] المرجع نفسه، ص 58

[3] المرجع نفسه، ص 58.

والإقرار غير القضائي يخضع لتقدير القاضي من حيث تجزئته أو اعتباره دليلا كاملا أو مبدأ ثبوت بالكتابة، أو مجرد قرينة أو لا يأخذ به أصلا[1].

2 . حجية الإقرار:

أ . من النَّاحية الفقهية:

أقر أغلب الفقهاء أنّ الإقرار ما هو إلَّا حجة على المقرِّ وحده ولا تتعداه إلى غيره، إلَّا أنَّهم اعتبروه وسيلة كافية في حدِّ ذاته لإثبات الزَّواج إذا أقرَّ به أحد الطرفين.

وقد اختلفوا حول إقرار ولي القاصر، فمنهم من أجاز إقرار الولي عن النفس بالزَّواج إن كان هو الَّذي تولَّاه، وذهبت طائفة أخرى منهم وجعلت إقرار الولي بزواج القاصر موقوف إلى غاية بلوغ القاصر إن صدَّقه ينفذ إقراره، وإن أنكره أبطل قراره[2].

حيث اعتبر الفقه الإسلامي أيضا أنَّ الإقرار وسيلة كافية لإثبات الزَّواج العرفي، فإن رفض أحد الطَّرفين الإقرار يكون الاتجاه للبيِّنة، فإن عجزت البيِّنة وجهت لليمين.

ب . من النَّاحية القانونية:

الإقرار من النَّاحية القانونية يعدُّ حجَّة على المقرِّ والخلف العام ولا تتعداه إلى غيرهما، فإذا كان الإقرار تصرُّف قانوني يقتصر أثره على المقر، ولا يتعدَّى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له، فإنَّ الإقرار بواقعة الزَّواج يكون صحيحا وملزما لكلٍّ من الزَّوج والزَّوجة وورثتهما حتَّى يقيموا الدَّليل على عدم صحَّته ولا يتعدَّاهم إلى الغير.

لذا نجد أنَّ المشرِّع الجزائري قد نصَّ صراحة على ذلك في المادة 342 ف1 من ق.م.ج على أنَّ: « الإقرار حجَّة قاطعة على المُقِر »[3].

---

[1] محمد شتا، المرجع السابق، ص 53.

[2] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950، ص 18.

[3] أمر رقم 07-05، مرجع سابق.

الفرع الثَّاني: الشَّهادة

تعدُّ الشَّهادة من أهمِّ طرق إثبات الزَّواج في الإسلام كونها ضمانا لشرعية العقد وإثباته من جهة أو إنكاره وجحوده من جانب أحد المتعاقدين من جهة أخرى، وفي هذا الفرع نبين تعريفها وشروطها، وحكم الرُّجوع عنها ونصابها.

أولا: تعريف الشَّهادة وشروطها

1 . تعريف الشَّهادة:

تعدُّ الشَّهادة من أهم الوسائل المعتمدة عليها لإثبات واقعة الزَّواج، وهي من أقوى الحجج، لأنَّها حجَّة متعدِّية، والثَّابت بها ثابت على الكافَّة ولا يثبت على المدَّعى عليه وحده بل على الكافَّة[1].

ولم يتطرَّق القانون إلى تعريف الشَّهادة غير أنَّه من مفهوم نصوصه القانونية، نصل أنَّه يقصد بها إخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص وبعده مما يترتب عليه من أثر في الشَّرع أو القانون.

2 . شروط الشهادة

أ . الشروط المتعلقة بالشاهد:

1 . الأهلية: أي العقل الكامل للشاهد وقت تحمل الشهادة وأدائها، والبلوغ[2].

حدَّد المشرع سنَّ الشَّاهد أن لا يقل عن 19 سنة، وفقا للمادة 33 من: ق. ح. م[3]:« يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 19 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم ».

وفي نص المادة 153، فـ4 من: ق. إ. م. إ بيَّن المشرع من تجوز شهادتهم في إثبات الزواج العرفي: « فإنَّه باستثناء الأبناء يجوز قبول شهادة أقارب الزوجين أو أصهارهم

[1] محمد شتا، مرجع سابق، ص 45.

[2] المرجع نفسه، ص 46.

[3] قانون رقم 14-08 ، مرجع سابق.

المباشرين أو أحد الزوجين ولو بعد الطَّلاق، أو إخوة أو أخوات أو أبناء عمومة الخصمين للشهادة في الزواج العرفي »[1].

2 . الذكورة: يشترط في الشاهدين أن يكونا ذكرين أو ذكر وأنثيين، ذلك أنه لا تقبل شهادة شاهد واحد ولا تجوز شهادة امرأتين لإثبات عقد الزّواج[2].

وهذا ما قررته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، منها القرار الذي جاء فيه: « من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها احدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا 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 في فهم أنواع الشهادات في الفقه، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه »[3].

3 . الإسلام: لقوله تعالى: **((لَّا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ))**[4]، فطبقا لهذه الآية لا تجوز شهادة الكافر على المسلم.

4 . عدالة الشهود: يشترط في الشاهد أن يكون عدلا غير متّهم والعدل هو من يقوم بالفرائض والواجبات والسنن ويجتنب المحرمات من كبائر وصغائر، لأنها لا تثبت ولا تقبل

---

[1] تنص المادة 153 من ق. إ. م إ على أنه: « لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم، لا يجوز شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقا، لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم، غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق ».

[2] معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 108.

[3] المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 1986/12/15، ملف رقم 43889، م.ق، ع 2، سنة1993، ص 37، (نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 05 . 02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الجزائر2007، ص103).

[4] سورة آل عمران، الآية 28.

شهادتهم لقوله تعالى: ((**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ**))[1].

فالفاسق هو شخص يحتمل فيه الصدق والكذب.

ب . الشروط المتعلقة بالشهادة:

1 . لفظ الشهادة: يتعين على الشاهد عند أداء الشهادة أن يذكر لفظ الشهادة فيصرّح أشهد أنَّه أقرَّ بكذا أو نحوه، ولو قال أتيقن أو أعرف لم يعتد بها، فلابدَّ من الإتيان بفعلها المشتق منها لأنَّ الشهادة فيها معنى لا يحصل في ذلك من غيرها، وهذا ما أجمع عليه الفقهاء[2].

2 . أن تكون الشَّهادة موافقة للدَّعوى: حيث يشترط في الشَّهادة أن تكون موافقة للدَّعوى بأن لا تكون مخالفة لقول المدَّعي في دعواه سواء كانت موافقة صريحة أو ضمنية، بأن يشهد الشُّهود زمان ومكان النِّكاح بأن تتطابق جماع أقوالهما وتنصَّب على واقعة النِّكاح بينهما[3].

3 . مكان أداء الشَّهادة: إنَّ سماع الشُّهود يكون أمام المحكمة أو مجلس القضاء وهذا ما ذهب إليه جلُّ قرارات المحكمة العليا، فالقاضي وحده له صلاحية سماع الشُّهود، فالخبير أو الموثق ليس لهم صلاحية سماع تصريحات الشهود، فذلك يعد اعتداء على صلاحيات القاضي.

نذكر على سبيل المثال القرار الذي جاء فيه على انَّ : « سماع شهود الزَّواج أمام الموثق بتكليف من القضاة خطأ في تطبيق القانون ولما تبين في قضية الحال أن قضاة

---

[1] سورة الحجرات، الآية 6.

[2] نور الدين ابن إبراهيم، إشكاليات الزواج العرفي، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2015، ص 82، (نقلا عن الونشريسي أبو العباس أحمد بن يحي ، عدة البروق في جمع ماضي المذهب من المجموع والفرق، دراسة وتحقيق: حمزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي، لبنان، بيروت، (د ت)، (د ط)، ص64 . 69).

[3] محمد شتا، مرجع سابق، ص 48.

الموضوع، بما كلفوا الموثق بسماع شهود الزواج الذي به يكون قد تخلوا عن مسألة متعلقة باختصاصهم لأنه لا يكمن للموثق أن يقوم بذلك »[1].

ثانيا: نصاب الشَّهادة وحكم الرُّجوع عنها

1 . نصاب الشَّهادة:

نصاب البيِّنة هو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لقوله تعالى: **((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّـهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّـهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ))**[2]، إلاّ أنه في مسائل الزّواج اختلف الفقهاء في نصابها، حيث اتَّفق الحنابلة و الشّافعية و المالكية على اشتراط شاهدين من الذّكور، في حين أنّ الحنفية أقرّوا بعدم اشتراط الذّكورة فيصبح بشهادة رجل وامرأتين، و لكن لا يصح بامرأتين وحدهما بل لا بدّ من وجود رجل معهما، و تصح بشهادة رجلين.

وذهبت المحكمة العليا في العديد من قراراتها إلى عدم الاعتداد بشهادة النِّساء وحدهنَّ في النِّكاح وأخذت بشهادة الرَّجلين الذَّكرين، كالقرار الآتي: « من القواعد المقرَّرة شرعا أنَّ التَّنازع في الزَّوجية إذا ادَّعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإنَّ إثباته يكون بالبيِّنة القاطعة.. والشَّهادة المعتبرة في الزَّواج شهادة عدليين ذكرين، ومن ثمَّ فإنَّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدُّ مخالفا لأحكام الشَّريعة الإسلامية »[3].

[1] المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 1992/09/29، ملف رقم 84334، مجلة الإجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، ص44.

[2] سورة البقرة، الآية 282.

[3] المحكمة العليا،غ أ ش م، قرار بتاريخ 1984/10/08، ملف رقم 34137، م ق، ع 4، 1981.

2 . حكم الرُّجوع عن الشَّهادة:

حسب الشَّريعة الإسلامية يجوز للشَّاهد الرُّجوع عن شهادته، ورجوعه صحيح بشرط أن يكون في مجلس القضاء، وتبرير ذلك بالرُّجوع إلى ما أدلى به إن كان كذبا هو عودة إلى الحقِّ، وإذا رجع الشَّاهد عن شهادته في مسألة الزَّواج العرفي فنميِّز بين حالتين:

– إذا كان رجوع الشَّاهد عن شهادته قبل صدور الحكم بتثبيت الزَّواج العرفي يستبعد القاضي شهادته ولا يقضي بها لبطلانها بتراجعه، ويمكن تصحيح الوضع على مستوى درجات التَّقاضي الأخرى[1].

– إذا كان الرُّجوع بعد صدور الحكم النِّهائي فإنَّ موقف المحكمة العليا استقرَّ على أنَّ حكم القاضي بإثبات واقعة الزَّواج لحجة مؤقتة، على خلاف بقية الأحكام الَّتي لها حجية مؤقتة وذلك من خلال قرارها الذي جاء فيه: « حيث أنَّ إثبات واقعة الزَّواج ليس لها حجية الشَّيء المقضي فيه حسب مفهوم المادة338 من القانون المدني، باعتبار واقعة الزَّواج العرفي لها حجية مؤقتة»[2].

أي أنَّه متى توفَّرت الأدلَّة الَّتي تؤدي إلى خلاف ما انتهى إليه الحكم الَّذي استوفى طرق الطَّعن، يمكن رفع دعوى جديدة لنفي ما انتهى إليه الحكم الأوَّل.

الفرع الثَّالث: اليمين والنُّكول عنه

سنبين في هذا الفرع تعريف اليمين وحجيته، ثمَّ النُّكول عن اليمين.

أوَّلا: تعريف اليمين وحجيته

1 . تعريف اليمين

اليمين بوجه عام هو قَسَمٌ أو حلف بالله وأسمائه، ولا يجوز سواها يلتزم بأدائها المدَّعي عليه متى طلبها المدَّعي، يترتَّب عليها ثبوت الحقِّ في ذمته إن حلفها.

[1] نور الدين ابن إبراهيم، مرجع سابق، ص 85.

[2] المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 15 / 12/ 1998، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 56.

2 . حجية اليمين:

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

لذلك فإنَّ موقف القضاء حيال اليمين هو عدم اعتبارها وسيلة كافية في حدِّ ذاتها لإثبات واقعة الزَّواج العرفي، ويتعيَّن على القاضي توجيهها إلى المدَّعي بالإضافة إلى سماع شهادة الشُّهود الَّذين يؤكدون صحَّة انعقاد الزَّواج العرفي وتوافر عناصره وفقا للشَّريعة الإسلامية.

وهو الأمر الَّذي استقرَّت عليه المحكمة العليا في واحد من قراراتها الذي جاء فيه: « إذا كان من المبادئ الشَّرعية السَّائدة فقها أو قضاء أنَّ إثبات عقد الزَّواج في حالة وفاة أحد الزَّوجين يكون مؤسَّسا على شهادة الشُّهود يؤكدون صحَّة انعقاده وفقا لتعاليم الشَّريعة الإسلامية، وأنَّ الاكتفاء بشهادة ثلاثة أشخاص كان أفضل من شهد منهم أنَّه حضر الفاتحة، فهي شهادة في غاية الإجمال، وليست ممَّا يثبت به عقد الزَّواج، إذا ما كانت شهادة الآخرين أضعف منها، فإنَّ الإثبات بالبيِّنة على هذا النَّحو لا يكفي وحده إلَّا مع يمين المدَّعية، لذا يستوجب نقض القرار القاضي بإثبات عقد زواج المدَّعية بشخص متوفي تأسيسا على شهادة ثلاثة أشخاص ليست كافية لهذا الإثبات ودون تحليف المدَّعية اليمين »[1].

ثانيا: النُّكول عن اليمين

وهو امتناع من وجهت إليه اليمين عن أدائها، وإذا نكل من وجهت إليه اليمين عن الحلف خسر دعواه، وهو حجة يحكم بها القاضي على من نكل عن اليمين.

وهما ما نصَّت عليه المادة 347 من ق. م. ج: « كلٌّ من وُجِّهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردِّها على خصمه وكلٌّ من رُدَّت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه ».

[1] المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 23/ 09 / 1985، ملف رقم 37501، المجلة القضائية، العدد1، سنة1989، (نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 05 . 02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2007).

المطلب الثَّاني: تسجيل الزَّواج العرفي

إنَّ الإشكالية في الزَّواج العرفي تنصبُّ على مسألة إثباته، والتَّسجيل يقتضي إتِّباع إجراءات خاصَّة باختلاف مكان انعقاد العقد، وباختلاف الفترة الزَّمنية الَّتي أبرم فيها، لذلك حاول المشرِّع معالجة عقود الزَّواج العرفية عن طريق سنِّه لمجموعة من النُّصوص القانونية، والَّتي تلزم المواطنين المتزوّجين عرفيا أن يتقدموا إلى المحاكم لاستصدار أمر أو حكم لتسجيل عقودهم في سجلات الحالة المدنية، نظرا لأهمية تسجيل عقود الزَّواج، وللآثار الَّتي تترتَّب عن ذلك، لذا سوف نتناول في هذا المطلب إجراءات تسجيل الزَّواج العرفي (الفرع الأول)، وآثاره تسجيله (الفرع الثاني).

الفرع الأوَّل: إجراءات تسجيل الزَّواج العرفي

إنَّ قانون الحالة المدنية ينصُّ على أنَّ التَّسجيل يتمُّ بناء على أمر بسيط[1]،بناء على عريضة[2] يقدمها وكيل الجمهورية إلى رئيس المحكمة، أمَّا قانون الأسرة ينصُّ على إثبات عقد الزَّواج يتمُّ بموجب حكم صادر من قاضي الأحوال الشَّخصية[3] بعد إجراء تحقيق لإثبات الزَّواج، لذا فالسؤال المطروح متى يتمُّ التَّسجيل بناء على أمر ومتى يتم بناء على حكم؟ لذا فإنَّ معيار التَّمييز بين الأمر والحكم يكمن في كون الزَّواج العرفي متنازع فيه أو غير متنازع فيه، على أنَّ النِّزاع في الزَّواج العرفي قد يتعلق بشأن وجوده كواقعة مادية، أو بشأن صحته من النَّاحية القانونية أو الشَّرعية، سواء بين الزَّوجين، أو أحدهما وورثة الآخر، أو بين ورثتهما بعد وفاتهما معا في وقت واحد أو في أوقات مختلفة، لذا سنبين إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه و غير المتنازع فيه.

[1] أنظر الملحق رقم 1.

[2] أنظر الملحق رقم 2.

[3] أنظر الملحق رقم 3.

أولا: تسجيل الزَّواج العرفي غير المتنازع فيه

إذا لم يكن الزَّواج موضوع نزاع أو خلاف سواء بين الزَّوجين أو ممَّن له مصلحة في ذلك، فالتَّسجيل يتمُّ بإتِّباع جملة من الإجراءات تبدأ بتقديم طلب[1]يتضمَّن إثبات الزَّواج العرفي وتنتهي بصدور أمر يقتضي بالتَّثبيت مع الأمر بالتَّسجيل، لكن تختلف هذه الإجراءات باختلاف مكان إبرام العقد فيما إذا كان داخل الوطن أو خارجه، وهذا ما سنبينه.

1 . تسجيل عقد الزَّواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم داخل الوطن

أ . الجهة القضائية المختصَّة:

تطبيقا لأحكام المادة 39 من ق. ح. م التي تنصُّ على أنَّه: « عندما لا يصرَّح بالعقد لضابط الحالة المدنية في الآجال المقرَّرة أو تعذر قبوله عندما لا توجد في سجلات أو فقدت لأسباب أخرى غير أسباب الكارثة أو العمل الحربي يصادر مباشرة إلى قيد عقود الولادة والزَّواج والوفاة بدون نفقة عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيه العقود أو التي كان يمكن تسجيلها فيها بناء على مجرد طلب من وكيل الدولة لهذه المحكمة بموجب عريضة مختصرة وبالاستناد إلى كل الوثائق أو الإثباتات المادية »[2]، لذا فإنَّ الجهة القضائية المختصَّة بالنَّظر لطلبات تثبيت عقود الزَّواج هي محكمة الدَّائرة القضائية الَّتي يمكن تسجيلها فيها بمعنى دائرة اختصاص مقرِّ أحد الزَّوجين أو كلاهما أو محلّ إقامتهما.

ب . الإجراءات المتَّبعة:

إذا تمَّ الزَّواج العرفي وفقا لقواعد الشَّريعة الإسلامية وتمَّ الدُّخول بالزَّوجة ولم يكن موضوع نزاع فإنَّ إثبات وتسجيل الزَّواج يتمُّ كما يأتي:

. تقديم طلب مكتوب من الزَّوج أو الزَّوجين أو ممَّن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية ويتضمَّن البيانات المتعلقة بعقد الزَّواج وبدواعي تسجيله، ومرفوقا بالوثائق والإثباتات المادية والمتمثِّلة في:

- شهادة ميلاد كلا من الزَّوجين.

[1] أنظر الملحق رقم 4.

[2] أمر رقم 14-08، مرجع سابق.

- شهادة عدم تسجيل الزَّواج بالحالة المدنية.
- نسخة من بطاقة تعريف الزَّوجين.
- شهادة طبية بحمل أو عدم حمل الزَّوجة.

. يقوم وكيل الجمهورية بإحالة الطَّلب مرفوقا بعريضة إلى القاضي المكلَّف بالحالة المدنية، يلتمس فيها استصدار أمر بتسجيل الزَّواج في سجلات الحالة المدنية بأثر رجعي.

. يقوم القاضي المكلَّف بالحالة المدنية بالتَّحقيق عن طريق سماع الزَّوجين والتَّأكد من توافر الشُّروط الموضوعية والشَّكلية لعقد الزَّواج وشرعيته، ويصدر بعدها أمر بتسجيل عقد الزَّواج في سجلات الحالة المدنية[1].

. تحفظ النسخة الأصلية من الحكم بأمانة ضبط قيد الحالة المدنية، وترسل نسخة إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية الَّتي أبرم في إقليمها عقد الزَّواج العرفي، وذلك طبقا لنص المادة 41 من ق. ح. م التي تنص على أنَّه: « يرسل وكيل الدَّولة فورا حكم رئيس المحكمة قصد نقل هذه العقود في سجلات السَّنَة المطابقة لها ولجدولتها إلى:

– رئيس المجلس الشَّعبي البلدي لبلدية المكان الَّذي سجلت فيه العقود أو كان ينبغي تسجيلها فيه.

– كتابة ضبط الجهة القضائية الَّتي تحتفظ بالنسخ الثانية من السجلات ». ليقوم بتسجيل منطوق الحكم في سجلات الزَّواج للسَّنة الجارية وفقا للمادة 40 من ق. ح. م[2].

– كما يشار فضلا عن ذلك بصفة ملخصة إلى الحكم في هامش السِّجلات في محل تاريخ العقد وهو ما تضمنته م 42. من ق. ح. م[3].

ويعتبر الأمر الصَّادر بتسجيل الزَّواج أمرا ولائيا غير قابل للطَّعن فيه لا بالمعارضة ولا بالاستئناف ولكنَّه قابل للمراجعة أمام نفس القاضي إذا وقع فيه خطأ[1].

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزَّواج والطَّلاق بعد التَّعديل، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2009، ص73.72.

[2] قانون رقم 14-08، مرجع سابق.

[3] قانون رقم 14-08، مرجع نفسه.

2 . تسجيل عقد الزَّواج العرفي غير المتنازع فيه والمبرم خارج الوطن.

أ . الجهة القضائية المختصة:

تنصُّ المادة 99 من ق.ح. م على أنَّه: « إذا لم يسجل العقد بسبب عدم التَّصريح به، فإنَّه إمَّا أن يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التَّصريحات المتأخرة أو الحصول على حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر يقضي بتسجيله في السِّجلات القنصلية »[2].

لذا فإنَّ عقود الزَّواج الَّتي تتمُّ خارج الوطن بين جزائريين أو بين جزائريين وأجانب والَّتي لم يتم تسجيلها بسبب عدم التَّصريح بها أو إغفالها فإنَّ الجهة القضائية المختصَّة بالنَّظر في طلبات إثبات عقود الزَّواج هو رئيس محكمة مدينة الجزائر.

وقد تمَّ منح الاختصاص إلى محكمة الجزائر العاصمة دون سواها، لأنَّ الحالة المدنية للجزائريين المقيمين في الخارج تصحَّح على مستوى مكتب الحالة المدنية بوزارة الشُّؤون الخارجية الكائن مقرُّها في الجزائر العاصمة[3].

2 . الإجراءات المتبعة:

بالنسبة للإجراءات المتبعة فإنَّها نفس الإجراءات السَّابق ذكرها، إذ يتمُّ تقديم طلب مكتوب إلى السَّيِّد وكيل الجمهورية لدى محكمة الجزائر العاصمة مع إرفاقه بشهادة ميلاد الزوجين وبعد ذلك يقوم وكيل الجمهورية بإعداد العريضة إلى القاضي المكلَّف بالحالة المدنية الَّذي يتولَّى التَّحقيق ليقوم بعد ذلك بإصدار أمر بتسجيل عقد الزَّواج، حيث يحتفظ بالنُّسخة الأصلية لدى أمانة الضَّبط وترسل نسخة أخرى إلى مصلحة الحالة المدنية لدى وزارة الشُّؤون الخارجية[4].

---

[1] سالمي سميرة، إجراءات عقد الزَّواج الرَّسمي وطرق إثبات عقد الزَّواج الرَّسمي والعرفي، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، الجزائر، 2004. 2007، ص 35.

[2] قانون رقم 14-08، مرجع سابق.

[3] سالمي سميرة، مرجع سابق، ص 35.

[4] أوعبد القادر صبرينة، مرجع سابق، ص 53.

وهذا ما نصَّت عليه المادة 60 فقرة 3 من ق. ح. م والَّتي جاء فيها بأنَّه: « إذ كان العقد الَّذي يجب أن يكتب في هامشه البيان قد حُرِّر أو سُجل في الخارج فإنَّ ضابط الحالة المدنية الَّذي حرَّر أو سجَّل العقد الواجب قيده بإشعار وزير الشُّؤون الخارجية خلال ثلاثة أيام »[1].

ثانيا: تسجيل الزَّواج العرفي المتنازع فيه

إذا ما وقع نزاع حول واقعة الزَّواج بين الزَّوجين أو بين من لهم مصلحة شرعية أو قانونية في ذلك، وكان أحدهما يدَّعي قيام الزَّواج شرعا وقانونا، والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه أو في صحته، فإنَّ الطَّريق الوحيد لإثبات ما يدَّعيه المدَّعي هو إقامة دعوى إثبات الزَّواج أمام المحكمة المختصَّة، وإذا تمكَّن المدَّعي من إثبات الزَّواج حكمت المحكمة بقيام الزَّواج وعندما يصبح الحكم نهائيا يستطيع الشَّخص المعني أن يستخرج نسخة من سجلات الحالة المدنية.

وقد جاء في نصِّ المادة 22 من ق. أ. ج أنَّه: « يثبت الزَّواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزَّواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة »[2].

حيث ترفع دعوى إثبات عقود الزَّواج الَّتي لا تختلف عن غيرها من الدَّعاوي المدنية الأخرى، من حيث ما يتعلق بإجراءات رفع دعوى ومن حيث ما يتعلق بأهلية المتنازعين وصفاتهم.

ولم يحدِّد كلٌّ من قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية الإجراءات الواجب إتباعها في رفع الدعوى، لكن بالعودة إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قام بتحديدها وهي كما ما يلي:

1 . الجهة القضائية المختصة:

بالرُّجوع إلى القاعدة العامة فدعوى إثبات الزَّواج العرفي[1]ترفع أمام قسم شؤون الأسرة كونها تعدُّ من دعاوى الأحوال الشَّخصية، وفقا لنصِّ المادة 32 من ق. إ. م. إ التي تنص: « المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام.

[1] قانون رقم 14-08، مرجع سابق.

[2] أمر رقم 05-02، مرجع سابق.

يمكن أيضًا أن تتشكل من أقطاب متخصِّصة.

تفصل المحكمة في جميع القضايا، لا سيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا..... »[2].

أمَّا بالنِّسبة للاختصاص الإقليمي، فالجهة القضائية المختصَّة بالفصل في هذه الدَّعوى يؤول إلى المحكمة الَّتي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدَّعي عليه، إذا لم يكن للمدَّعي عليه موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القضائية الَّتي يقع في دائرتها محل إقامته حسب نصِّ المادة 37 من ق. إ. م. إ التي تنص: « يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدَّعي عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون بما يخالف ذلك »[3].

2 . الإجراءات المتبعة:

. تبدأ إجراءات رفع دعوى إثبات الزَّواج العرفي بتقديم الطَّلب في شكل عريضة[4]، طبقا لنصِّ المادة 14 من ق. إ. م. إ. مكتوبة، مؤرخة وموقعة من قِبل المدَّعي أو محاميه، ومودعة لدى كاتب ضبط قسم الأحوال الشَّخصية وللقاضي إثارتها من تلقاء نفسه حسب المادة 13 من ق. إ. م. إ.

والمشرِّع الجزائري لم يحدِّد ميعاد لرفع دعوى إثبات الزَّواج فيجوز رفعها في أي وقت على اعتبار أنَّ الزَّواج وآثاره لا تقتصر على الزَّوجين فقط بل تمتدُّ إلى ورثتهما أيضا.

---

[1] أنظر الملحق رقم5.

[2] قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، صادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

[3] قانون رقم 08-09، المرجع نفسه.

[4] أنظر الملحق رقم 6.

يتلقى القاضي المكلَّف بقسم شؤون الأسرة ملفَّ الدَّعوى، ويقوم بدراسته ويشرع في التَّحقيق في مدى صحة الوقائع الَّتي يزعم بها المدعين حيث يقوم بسماع كلٌّ من المدَّعي والمدعى عليه في محاضر يوقع عليها كل من الطَّرفين والقاضي وأمين الضَّبط[1].

ثمَّ يقوم بعد ذلك بسماع الشُّهود المقَدَمين من طرف المدَّعي في محضر واحد بعد التَّأكُّد من هويتهم ودرجة قرابتهم بأطراف الدَّعوى لأداء اليمين القانونية ثمَّ يقوم باستجوابهم حول واقعة الزَّواج ومدى توفُّر ركنه وشروطه[2].

وبعد الانتهاء من التَّحقيق يصدر حكما برفض هذا الطَّلب إذا لم يجد ما يبرِّره شرعا وقانونا أو يصدر حكما يقرِّر فيه قبول الطَّلب وبأمر تسجيل عقد الزَّواج بأثر رجعي حسب التَّاريخ والمكان المنعقد فيهما.

وبعد ذلك يرسل وكيل الجمهورية منطوق هذا الحكم[3]، مرفقا بنسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية الَّتي أُبرم فيها عقد الزَّواج ويطلب منه تدوين منطوق هذا الحكم وتقييده في السِّجل المخصَّص لتدوين أو تسجيل عقود الزَّواج للسَّنة الَّتي كان العقد قد تمَّ خلالها[4].

حيث أنَّ على الزَّوج صاحب المصلحة أن يأخذ نسخة من الحكم ويرسلها إلى رئيس المحكمة عن طريق وكيل الجمهورية ويطلب استصدار أمر بتسجيل عقد الزَّواج في سجلات الحالة المدنية[5].

الفرع الثَّاني: آثار تسجيل عقد الزَّواج العرفي

الزَّواج العرفي إذا كان محرَّرا في ورقة أو تمَّ شفاهة لا تترتب عليه آثار قانونية مثلما تترتب في عقد الزَّواج الرَّسمي، لكن عند تسجيله وتوثيقه فإنَّه تثبت حقوق وواجبات لكلا طرَفَيْ عقد الزَّواج، وكذا تتعدَّى إلى أن تشمل الأبناء، كما تترتَّب على توثيقه آثار على المجتمع لذا سنبين هذه الآثار كما يأتي.

---

[1] أوعبد القادر صبرينة، مرجع سابق، ص 56.

[2] سالمي سميرة، مرجع سابق، ص 37.

[3] أنظر الملحق رقم 7.

[4] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 166.

[5] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط2، دار هومة، الجزائر، ص 26.

أولا: آثار تسجيل عقد الزَّواج العرفي على الزَّوجين والأولاد

إنَّ عدم تسجيل وتوثيق الزَّواج العرفي يجعل المرأة عرضة لضياع حقوقها المتمثِّلة غالبا في المهر والنَّفقة والميراث، باعتبارها الضَّحية الأولى من هذا الزَّواج، فالزَّوج قد ينكر الزَّواج وينتفي من زوجته وأولاده وقد يموت ولا تجد ما يثبت حقها، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها على أنّه: « طالما لم تثبت الزَّوجة العلاقة الزَّوجية فإنَّ تبقى دون صفة ومطالبتها لحقوقها المالية تكون غير مؤسَّسة إذا طالبت بإثبات علاقة الزَّوجية والنَّفقة وفشلت في إثبات عقد زواجها »[1].

لذا فإنَّ توثيق الزَّواج العرفي يجعل تثبيت الحقوق والواجبات المشتركة بين الزَّوجين مضمونة.

والتَّوثيق يضمن عدم ضياع حقوق الزَّوجة حيث أنَّ قيام الزَّوجة برفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بالحقوق الزَّوجية تكون ذو قيمة وذلك لوجود وثيقة زواج رسمية.

ومن هذه الحقوق الَّتي تضمنها الزَّوجة حقوق مالية وحقوق غير مالية، فعلى الزَّوج أن يعدل بين الزَّوجات إذا كان الزَّوج متزوجا بأكثر من واحدة، وعدم الإضرار بالزَّوجة حيث أمر الله تعالى الأزواج أن يعاشروا زوجاتهم بالمعروف فقد قال الله سبحانه وتعالى: ((**فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ**))[2]، كما يلتزم بتوفير الحقوق المالية للزَّوجة كالمهر خاصة إذا كان مؤجلًا فيحق للزَّوجة المطالبة به استنادا إلى قوله عزّ وجلّ: ((**فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً**))[3]، إضافة إلى النَّفقة الَّتي أقرَّها الشَّرع بكل مشتملاتها من طعام وملبس وفرش وغطاء وخدمة وكل ما تحتاج إليه المرأة في معيشتها والنفقة واجبة على الرّجل وهذا الوجوب ثابت في الكتاب والسنة والإجماع ، وكذا قانون الأسرة الجزائري في نصِّ المادة 74 الَّتي تنصُّ: « تجب نفقة الزَّوجة

[1] المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ1987/02/07، م.ق، ع3، 1990، ص65.

[2] سورة البقرة، الآية 231.

[3] سورة النساء، الآية 24.

على زوجها بالدُّخول بها أو دعوتها إليه ببيِّنة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و 80 من هذا القانون »[1].

إذا فالتَّوثيق يعطي للزَّوجة الحقَّ في المطالبة بحقوقها أمام القضاء برفع دعوى استحقاق النَّفقة مثلا، أو المطالبة بالمهر أو الميراث.

كما يحقُّ لها رفع دعوى التَّطليق إذا ما تركها زوجها أو أصيب بعاهة ما.

للزوج كذلك حق المطالبة بحقوقه في حالة إخلال الزوجة بها من طاعته وحسن معاشرته و معاملة أقاربه بالحسنى.

ومن أهمِّ ما يترتَّب عن توثيق الزَّواج العرفي هو إثبات النَّسب للولد حيث يكون ذلك سهلا على الزَّوجة إذا ما أنكر الرَّجل وَلده، إذ تنصُّ المادة 40 من ق.أ.ج على أنّه: « يثبت النَّسب بالزَّواج الصَّحيح أو بالإقرار أو البيِّنة أو بنكاح الشُّبهة أو بكلِّ زواج تمَّ فسخه بعد الدُّخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللُّجوء إلى الطُّرق العلمية لإثبات النَّسب ».

فتوثيق الزَّواج العرفي يجعل عقد الزَّواج صحيحا من النَّاحية القانونية والشَّرعية ممَّا يجعل إثبات نسب الولد لأبيه قانوني وشرعي، فيحق للزَّوجة رفع دعوى إثبات النَّسب [2]أمام القضاء.

وإثبات نسب الولد يجعله يندمج في المجتمع وينتج عنه حقوقًا يتمتَّع بها هذا الولد من تربية حسنة و إشباع النَّاحية العاطفية والنَّفسية ونشأته بصفة سليمة وحقِّ الحضانة وفقا للمادة 62 من قانون الأسرة الجزائري الَّتي تنصُّ على: « الحضانة من رعاية الولد وتعلميه والقيام بتربيته على دين أبيه والسَّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ».

كما يتمتَّع الولد بحقِّ النَّفقة ووجوبها له طبقا لنصِّ المادة 75 من ق.أ.ج الَّتي تنصُّ على نفقة الأب على الأولاد: « تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فالبنسبة للذُّكور إلى سنِّ الرُّشد والإناث إلى الدُّخول وتستمرُّ في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدِّراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب ».

[1] أمر رقم 05-02، مرجع سابق.

[2] أنظر الملحق رقم 8.

والمادة 76 من ق. أ. ج الَّتي توجب نفقة الأم على الأولاد إذا كان الأب عاجزا والَّتي تنصُّ على: « في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأمِّ إذا كانت قادرة على ذلك »[1].

ثانيا: آثار تسجيل عقد الزَّواج العرفي على المجتمع

كما تترتَّب على توثيق وتسجيل الزَّواج العرفي آثار على المجتمع تجعله مجتمعا حضاريا لأنَّ الأسرة هي نواة المجتمع، فبصلاح الأسرة وخلوها من المشاكل يجعل المجتمع خاليا من الانحرافات.

إذا فإنَّ إثبات وتسجيل عقد الزَّواج العرفي فيه محافظة على الأنساب وهو الهدف الأسمى الَّذي شرعه الله سبحانه وتعالى في الزَّواج، وكذلك المحافظة على الكرامة الإنسانية، فالتَّسجيل والتَّوثيق يمنع التَّزاوج بين المحارم واختلاط الأنساب، وحفظها من الضَّياع ويقوي الرَّوابط العائلية، كما يمنع إشاعة الفاحشة والشُّبهات في المجتمع، والدَّعارة المقنَّنة تحت مسمى الزَّواج العرفي والَّتي تؤدي إلى انهيار المجتمع في وجوده وتماسكه.

وكذلك فإنَّ تسجيل عقد الزَّواج العرفي يقلص من عدد القضايا المرفوعة أمام القضاء، ويجعل الدَّولة في وضع يسهِّل عليها إحصاء عدد مواطنيها وعدد الأسر ممَّا يساعدها في التخطيط لمختلف المشاريع لصالح الأشخاص، كما التَّخطيط لبناء السَّكنات الاجتماعية وتوفير مناصب الشُّغل، وخاصَّة توفير مقاعد الدِّراسة والتَّعليم للأولاد.

فكل هذا لا بدَّ من دراسات دقيقة وإحصاءات لتنظيم السَّير الحسن للمجتمع، فإذا تمَّ تسجيل كلَّ عقود الزَّواج وإلحاق كلُّ ولدٍ بنسبه يمنع الأفراد من اللُّجوء إلى تزوير الوثائق الإدارية إذا تعلَّق الأمر بالتَّسجيل في المؤسسات التَّعليمية أو الحصول على التَّعويضات والمنح العائلية.

وللتّقليل من ظاهرة هذا النّوع من الزّواج، و تفادي كلّ الآثار غير المرغوبة في عدم تسجيله حيث أصبح مصدر قلق، فلا بدّ من دق ناقوس الخطر لأنّ أكثر الأمور التي تحفظ

[1] أمر رقم 05-02، مرجع سابق.

الحقوق وتصونها عن العبث والتلاعب هو التَّوثيق[1]، وفي توثيق العقود أيضًا احتياط عظيم لبناء أمّة متينة، لذا فلا لا بدّ من إعادة النّظر في قانون الأسرة و قانون الحالة المدنية وإجراءات تسجيل هذا الزّواج باعتبارها خطوة حتمية لا بدّ منها، وإذا كان للأفراد صعوبات مادية تحول دون التّسجيل، فإنّه من الممكن تخفيف ذلك، كمثال عن طريق تقريب مكاتب التّسجيل من المواطنين السّاكنين خاصةً في المناطق النائية والبعيدة، أو كخلق مكاتب متنقّلة للتسجيل بالنسبة للبدو والرحل.

التّوعية على ضرورة تسجيل عقد الزّواج لما له من إيجابيات عظيمة في عصرنا هذا، كحماية الأعراض وحفظ النّسب وإقامة الأسرة العفيفة الشريفة، وتأسيس البيوت الصّالحة.

لا بدّ من سن عقوبات صارمة سواءً كانت مالية أو بدنية على كل من يخالف إجراءات توثيق وتسجيل عقد الزّواج المقررة قانونًا.

أيضا كون الزواج العرفي وليدٌ في بعض الأحيان نتيجة الاختلاط بين الجنسين، لذا لا بدّ من ضوابط للعلاقة بين الرجل و المرأة و الشّباب و الفتيات، وأن تكون في الضّوء وجماعية وفي أماكن مشروعة وتحت سمع وبصر المسؤولين من الأسرة والمدرسة وفي الجامعة وعلى مستوى الإدارات و النوادي [2].

[1] عبد العزيز بن عدنان العيدان، فقه الأسرة ونوازلها والمقاصد الشرعية المؤثرة فيها في ضوء القانون والقضاء الكويتي، دراسة فقية وتأصيلية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ج2، الكويت، 2015.

[2] يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، 1993، ص226.

الفصل الثاني

تتعرض الحياة الزوجية إلى مشاكل وصعوبات مما يؤدي إلى عدم استمرار العلاقة الزوجية، لذا شرع الله تعالى الطلاق، وجعله علاجا وحلا لإنهاء العلاقة المتدهورة بين الزوجين، كما نجد أن المشرع الجزائري نص على إجراءاته في بعض النصوص القانونية.

فقد نص المشرع في قانون الأسرة الجزائري، على أن الطلاق لا يثبت إلا في حالة صدور حكم يقضي بذلك ويكون بتصريح من القاضي، فرغم ذلك فإن مسألة إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء تعتبر إشكالا، و هو ما يعرف بالطلاق العرفي، حيث يعتبر الزواج العرفي الأرضية الخصبة له للقيام به، فرغم صحة وقوع هذا الطلاق شرعا، إلا أنه قانونا لا يثبت إلا بعد التصريح به أمام القضاء وفقا لإجراءات محددة قانونا.

فالطلاق العرفي تترتب عليه بعض إشكالات لعل أبرزها مدى إمكانية إثبات هذا الطلاق بأثر رجعي، وما هي الطرق المعتمدة لذلك، وكيفية احتساب العدة في هذا النوع من الفرقة، وكيفية الوصول إلى الحكم المثبت لذلك الطلاق؟

و للإجابة على هذه التساؤلات من المناسب أن نبين في هذا الفصل كيفية إثبات الطلاق العرفي (المبحث الأول)، الذي سنتطرق فيه إلى طرق انحلال العلاقة الزوجية، وتعريف الطلاق العرفي و بعض الإشكالات الواردة عليه، أيضا طرق إثباته، أما في (المبحث الثاني) سنبين كيفية استصدار الحكم المثبت للطلاق.

المبحث الأوَّل: إثبات الطَّلاق العرفي

يعدُّ إثبات الطَّلاق العرفي إشكالا في حدِّ ذاته، ذلك أنَّ المُشرِّع الجزائري ومن استقراء نصوص قانون الأسرة يثبت لنا أنَّه لا يعترف بالطَّلاق الواقع خارج ساحة القضاء، بالنَص صراحة على ذلك في المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري التي تنصّ على: « لا يثبت الطّلاق إلا بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدّته ثلاثة (03) أشهر إبتداءًا من تاريخ رفع الدّعوى..... » وهذا ما جعل القضاء يذهب إلى إثبات الطَّلاق العرفي بأثر رجعي استنادا إلى الشَّريعة الإسلامية والَّتي ورد النَّصُّ بالإحالة عليها في كلِّ ما لم ينصّ عليه قانون الأسرة في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري الَّتي تنصُّ على: « كلُّ ما لم يرد النَّصُّ عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشَّريعة الإسلامية ».

لذا سنبين طرق انحلال الرَّابطة الزَّوجية بصفة عامة (المطلب الأوَّل)، وطرق إثبات الطَّلاق العرفي (المطلب الثَّاني).

المطلب الأوَّل: طرق انحلال الرَّابطة الزَّوجية

تنصُّ المادة 47 من ق. أ.ح على: « تنحلُّ الرَّابطة الزَّوجية بالطَّلاق أو الوفاة ».

إلَّا أننا سنركز على انحلال الزَّواج بالطلاق ونستبعد الوفاة.

فتنصُّ المادة 48 من ق. أ. ح على: « مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحلُّ عقد الزَّواج بالطَّلاق الَّذي يتمُّ بإرادة الزَّوج أو بتراضي الزَّوجين أو بطلب من الزَّوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون ».

ومن خلال هذا النَّصِّ يتَّضح لنا أنَّ المشرِّع بيَّن طرق انحلال الرَّابطة الزَّوجية سواء بإرادة الزَّوج المنفردة أو بالإرادة المشتركة بين الزَّوجين أو بطلب من الزَّوجة وإرادتها.

وهذا ما سنبينه من خلال انحلال الزَّواج العرفي بإرادة الزَّوج (الفرع الأوَّل)، أو بطلب من الزَّوجة (الفرع الثَّاني).

الفرع الأوَّل: انحلال الزَّواج العرفي بإرادة الزَّوج

يقصد بانحلال الزَّواج العرفي بإرادة الزَّوج الطَّلاق لذا سنتطرق إلى تعريفه (أولا)، ثمّ أنواعه (ثانيا).

أولا: تعريف الطلاق

1 . لغة: الطلاق في اللّغة هو التسريح وهو مشتق من الفعل الثُّلاثي (طلق) بمعنى حرَّر أو فكَّ قيده، أي إزالته، ويرادفه التخلية والإرسال ورفع القيد، سواء كان حسيا كما في رفع قيد البعير أو الأسير أو معنويا كما في رفع قيد النّكاح[1].

2 . اصطلاحا: الطَّلاق هو فسخ عقد الزَّواج بين الرَّجل وزوجته باستخدام اللَّفظ المباشر أو ما دلَّ عليه أو وصف معناه بشكل صريح، أو ارتبط بمفهومه[2].

والطَّلاق هو طريقة من طرق انحلال الرَّابطة الزَّوجية المباحة سواء في الشَّريعة أو في القانون، حيث نجد أنَّ الشَّريعة الإسلامية أجازته في الحالات الَّتي تعود فيها حياة الزَّوجين لا تقبل الاستمرارية ولا تقوم الحياة العائلية بينهما على المودة والاحترام المتبادل، ووجود سبب مقنع يجعل استمرار الحياة الزَّوجية معدوما ويسبب الضَّرر للعائلة وخصوصا للزَّوجة.

فالطَّلاق هو الحلُّ الأنسب لحماية الزَّوجين والمحافظة على الأولاد. ويقول الله تعالى في كتابه الكريم: ((**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**)).[3] وقوله أيضا: ((**لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**)).[4]

---

[1] وفاء معتوق حمزة، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط1، القاهرة، مصر، 2000، ص 26 . 27. 27.

[2] أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق، الخلع وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص12.

[3] سورة البقرة، الآية 229.

[4] سورة البقرة، الآية 236.

وكما قال الرَّسول صلى الله عليه وسلم: « **إنَّما الطَّلاق لمن أخذ بالسَّاق** »[1]. وعن ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيضا: « **أبغض الحلال إلى الله الطَّلاق** »[2].

ونجد أيضا أن المشرع الجزائري أقر بمشروعية الطلاق وذلك في المادة 48 من ق. أ .ج الَّتي تنصُّ: « مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحلُّ عقد الزَّواج بالطَّلاق الَّذي يتمُّ بإرادة الزَّوج أو بتراضي الزَّوجين أو بطلب من الزَّوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون ».

ثانيا: أنواع الطَّلاق

للطلاق أنواع عدة بحسب معيار التقسيم من حيث اللّفظ ومن حيث موافقة الشرع وعدمه ومن حيث التعجيل و التأجيل ومن أهم أنواعه من حيث اعتبار حلّ مراجعة الزَّوج لزوجته أو عدمه، و تنقسم هذه الأنواع إلى طلاق رجعي وطلاق بائن وهذا الأخير ينقسم إلى طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى.

1 . الطَّلاق الرَّجعي:

هو الطَّلاق الَّذي يتمكَّن فيه الزَّوج من إرجاع زوجته له، لذلك سمي رجعي أي لا يتمُّ فيه حلُّ عقد الزَّواج، وتسمى الفترة الَّتي تقضيها الزَّوجة بعد الطَّلاق باسم العدَّة، وإذا انتهت فترة العدَّة، ولم يرجع الزَّوج زوجته يصبح الطَّلاق عندها بائن بينونة صغرى، لذلك على الزَّوج الَّذي يريد إعادة زوجته أو يخبرها بنية إرجاعها، مع شرط التَّقييد بالمدَّة المحدَّدة وهي العدَّة حيث جعل الله تعالى وتبارك الفرصة للزَّوج في مراجعة زوجته لقوله تعالى: **((وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ))**[3].

[1] رواه ابن ماجه في سننه،(كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، حديث رقم 2072)، ج6، ص 269.

[2] ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام، طبعة جديدة، دار ابن الجوزي، القاهرة، 2006، ص272.

[3] سورة البقرة، الآية 228.

فالطَّلاق الرَّجعي لابدَّ أن يستوفي على بعض الشُّروط وهي أن يكون دون الثَّلاث، سواء جمع الطَّلقتين في لفظ واحد أو أتى بطلقة بعد طلقة، وأن تكون المرأة مدخولا بها. ورد مطلقته بغير عوض إلى النِّكاح مادامت في العدَّة بغير إذنها أو رضاها.

2 . الطَّلاق البائن:

هو ذلك الطَّلاق الَّذي يتجاوز مدَّة العدَّة أو الَّذي يكمل الثَّلاث تطليقات ويقسم قسمين هما:

أ **. طلاق بائن بينونة صغرى:** هو ما كان أقل من ثلاث تطليقات دون أن يراجع الزَّوج زوجته في مدَّة العدَّة، فيحقُّ للزَّوج إعادة زوجته بعقد ومهر جديدين وبإذنها ورضاها في هذه الحالة.

ب . طلاق بائن بينونة كبرى: يكون ذلك بعد الثَّلاث تطليقات حيث لا يستطيع الرَّجل المطلِّق بعد ذلك إعادة العلاقة الزَّوجية مع مطلَّقته إلَّا بعد أن تتزوج بزوج آخر زواجا صحيحا ويدخل بها الزَّوج الجديد دخولا حقيقيا ثمَّ يموت عنها أو يطلِّقها وتنقضي عدَّتها منه[1].

وقد جاء في ذلك قوله تعالى: ((**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّـهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّـهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ**))[2].

كما جاء في السُّنَّة عن عائشة رضي الله عنها قالت: « طلق رجل إمرأته فتزوّجت رجلا غيره فطلّقها وكانت معه مثل الهدبة، فلم تصل منه إلى شيء تريده فلم يلبث أن طلّقها فأتت النبي صلّى الله عليه وسلم فقالت: « **يا رسول الله إنَّ زوجي طلَّقني وإنِّي تزوجت زوجًا غيره فدخل بي ولم أكن معه إلَّا مثل الهدبة فلم يقربني إلَّا هنَّة واحدة لم يصل منِّي إلى شيء، فأحلُّ**

[1] سامي عبد العزيز الدامغ، مشروع الإجراءات المنظمة للطّلاق و ما يترتب عليه للزّوجة و الأبناء، السعودية، ص 62 . 63.

[2] سورة البقرة، الآية 330.

لزوجي الأوَّل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **لا تحلِّين لزوجك الأوَّل حتَّى يذوق الآخر عسيلتك وتذوقي عسيلته** »[1].

مع الإشارة أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري قد يكون بإرادة الزوج وحده أو بالإرادة المشتركة للزّوجين.

الفرع الثَّاني: انحلال الزَّواج العرفي بإرادة الزَّوجة

للزَّوجة الحقُّ في التَّخلص من رابطة الزَّواج إذا أصبحت لا تطيقها بسبب إخلال الزَّوج بواجباته اتِّجاهها وضررها من ذلك نتيجة كرهها ونفورها منه، لذا فإنَّ كلٌّ من الشَّرع والقانون أعطى الحقَّ للزَّوجة بطلب إنهاء العلاقة رابطة الزَّواج وذلك إمَّا عن طريق التَّطليق أو الخلع وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أولا: التَّطليق

1 . تعريفه:

لم يعرِّف المشرِّع الجزائري التَّطليق واقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53[2]، من قانون الأسرة الجزائري وصاغ المشرِّع الجزائري هذه المادة انطلاقا مما هو مقرَّر شرعا.

---

[1] رواه البخاري في صحيحه، باب من قال لإمرأته أنت علي حرام، حديث رقم4964، وفي باب إذا طلَّقها ثلاثًا ثمَّ تزوجت بعد العدة زوجا غيره فلم يمسها، رقم5001، ج5، تحقيق مصطفى ديب البغا، دار إبن كثير، بيروت، لبنان، سنة1987، ص2037،2016.

[2] تنص المادة 53 من ق.أ.ج:" يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1 . عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما ل تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

2 . العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3 . الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4 . الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5 . الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6 . مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

7 . ارتكاب فاحشة مبينة.

8 . الشقاق المستمر بين الزوجين.

9 . مخالفة الشروط المتفقة عليها في عقد الزواج

10 . كل ضرر معتبر شرعا.

أما الفقه الإسلامي فيعبِّر عن التَّطليق باصطلاح التَّفريق الَّذي يدلُّ على تدخل إرادة خارجية عن الزَّوجين لإيقاع الطَّلاق، وعلى نفس الوزن جاءت كلمة التَّطليق، أي تدخل القاضي بناء على طلب من الزَّوجة المتضرِّرة من استمرار الحياة الزَّوجية للتفريق بينهما وبين زوجها[1].

ويقول العربي بلحاج أنَّ التَّطليق: هو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزَّوجة، ويتمُّ بحكم قضائي رغم معارضة الزَّوج له طالما أنَّها متضرِّرة ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف[2].

وعليه فإنَّ انحلال عقد الزَّواج بطلب من الزَّوجة لا يمكن أن يكون إلَّا أمام القضاء، وبموجب دعوى قضائية ترفعها الزَّوجة، وفي حالة الاستجابة لطلبها تنتج عنه آثار انحلال الرَّابطة الزَّوجية من عدَّة وثبوت نسب الأولاد وحضانتهم وغير ذلك من الآثار.

لذا فلا يمكن تصوُّر التَّطليق في الزَّواج العرفي إلَّا بعد تسجيله في سجلات الحالة المدنية ممَّا يجعل للمرأة الحق في رفع دعوى طلب التَّطليق أمام القضاء.

2 . دليل مشروعية التطليق:

لقد ثبتت مشروعيته في الكتاب والسُّنَّة والإجماع.

أ . في الكتاب والسنة: قوله تعالى: ((**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّـهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّـهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّـهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّـهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا**))[3].

[1] أيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2014، ص 11.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2004، ص 273.

[3] سورة الطلاق، الأية 1.

وقوله تعالى: ((**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّـهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّـهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّـهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّـهِ فَأُولَـٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**))[1].

فهذه الآية الكريمة فيها تنظيم للطلاق ودليل لمشروعيته في آن واحد. وأيضا قوله تعالى: ((**لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ**))[2]. فهذه الآية تنفي الجناح والإثم عن فعل الطَّلاق إذا تمَّ في حدوده الشَّرعية.

أمَّا في السُّنَّة فلقد روى محارب بن دثار عن ابن عمر رضي الله عنهما، أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: « **أبغض الحلال عند الله الطَّلاق** »[3]. ويشير هذا الحديث أنَّ الطَّلاق مشروع ولكن بأسبابه ودوافعه كما في التَّطليق، وروي أنَّ النَّبيَّ صلى الله عليه وسلم قال: «**ثلاث جدُّهن جدٌّ وهزلهنَّ جدٌّ النِّكاح والطَّلاق والرَّجعة** »[4].

ب . الإجماع: فلقد أجمع علماء الأمة الإسلامية وفقهاؤها منذ عهد الرَّسول صلى الله عليه وسلم حتَّى اليوم على جواز الفرقة لكن هي مقيَّدة بقيود تهدف إلى التَّكفُّل بالصَّالح العام وتحقيق التَّوازن بين حقوق كلّ من الزَّوجين وواجباتهما.

ثانيا: الخُلع

1 . تعريف الخُلع

الخُلع بضم الخاء هو طلاق المرأة مقابل عوضا تلتزم به، والخلع الَّذي أباحه الإسلام مأخوذ من خلع الثَّوب إذا أزاله، لأنَّ المرأة لباس الرَّجل والرَّجل لباس لها لقوله تعالى: ((**هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ**))[5].

---

[1] سورة البقرة، الآية 229.

[2] سورة البقرة، الآية 236.

[3] ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 272.

[4] رواه الحاكم في المستدرك على الصّحيحين، كتاب الطَّلاق، حديث رقم2800، ج2، ط1، تحقيق مصطفى عبد القادر العطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،سنة 1990، ص216.

[5] سورة البقرة، الآية 187.

وأغلب الفقهاء تطرَّقوا إلى الخلع كونه اتِّفاق بين الزَّجل والمرأة على الطَّلاق مقابل مال تدفعه الزَّوجة لزوجها لا يتجاوز ما دفعه إليها من صداق ولا فرق في إيجاب أن يكون من قبل الزَّوج أو من قبل الزَّوجة غير أنَّ الفرقة لا تقع إلَّا بعد القبول.

لكن نصُّ المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري جاء ليوضِّح أكثر مفهوم الخلع على أنَّه: « يجوز للزَّوجة دون موافقة الزَّوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزَّوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم ».

فمن خلال نصِّ المادة نجد أنَّ المشرِّع الجزائري أجاز للزَّوجة أن تطلب إنهاء الرَّابطة الزَّوجية مقابل مبلغ مالي تعرضه على الزَّوج، فإن قبل به يتمُّ اعتماده من القاضي، وإن لم يقبل به يتمُّ تحديده من طرف القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

وأيضا الخلع هو دعوى ترفعها الزَّوجة ضدَّ زوجها إذا أبغضت الحياة معه أي بوجود سبب فعن ثَوْبَانَ رضي الله قال: قال الرّسول صلَّى الله عليه وسلّم « **أَيَّمَا امْرأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيرِ بَأْسٍ حَرَّمَ الله عَلَيْهَا أَنْ تُرِيحَ رائحة الجنَّة** »[1]، ولم يكن من سبيل لاستمرار الحياة الزَّوجية وخشيت ألَّا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، والخلع يقتضي افتداء الزَّوجة لنفسها بردِّ مهرها وتنازلها عن جميع حقوقها الشَّرعية[2].

2 . دليل مشروعية الخلع:

وردت آيات كثيرة أخذ منها الفقهاء أحكام الخلع و استنبطوا منها القواعد الفقهية المنظمة له منها قوله تعالى: ((**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّـهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّـهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّـهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّـهِ فَأُولَـٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**))[3]، وجائت أيضًا عدَّة أحاديث تشير إلى تطبيق الخلع منذ عهد الرَّسول صلى الله عليه وسلم منها ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنَّ امرأة ثابت بن قيس أتت النَّبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن

[1] رواه الحاكم في المستدرك على الصحيحين، المرجع السابق، حديث رقم 2809، ص218.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 263.

[3] سورة البقرة، الآية227.

أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « **أتردِّين عليه حديقته؟** » فقالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « **اقبل الحديقة وطلقها تطليقة** »[1].

وهذا ما تمَّ عليه الإجماع من الصَّحابة وكذلك علماء الأمَّة الإسلامية وذلك متى توافرت شروط الخلع الشَّرعية أصبح مشروعا وجائزا.

لكن في حالة ما إذا أرادت الزَّوجة المخالعة من زوجها وذلك من زواجٍ عرفي، لا يجوز لها المطالبة بذلك لأنَّ من شروط قبول الدَّعوى في مسائل انحلال الرَّابطة الزَّوجية هو البحث على رسميَّة عقد الزَّواج، وذلك طبقًا لنص المادتين 18 و19 من قانون الأسرة الجزائري، وأيضًا وفقًا للقانون 244/63 الذي ينص على أنَّه: « لا يجوز لأحد أن يدَّعي أنَّه زوج، وأن يطالب بما يترتب على الزَّواج من آثار إذا لم يقدِّم نسخة من عقد الزَّواج مسجل أو مقيَّد في سجلَّات الحالة المدنية »[2]، وفي الخلع من زواج عرفي لا شك أنَّ أوّل إجراء تقوم به الزّوجة، هو تثبيت هذا الزَّواج حتى يتَّصف بالرَّسمية لتقديم نسخة من هذا العقد للمحكمة[3].

إلَّا انَّ هذا لا يمنع من تصور وقوع الخلع خارج المجالس القضائية.

المطلب الثَّاني: طرق إثبات الطَّلاق العرفي

نصَّ المشرِّع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على أنَّ الطَّلاق لا يثبت إلَّا بحكم قضائي وهذا هو المبدأ المعمول به، إلَّا أنَّ القضاء خرج عن هذا المبدأ بإثباته الطَّلاق العرفي بأثر رجعي.

لذا سنعرض بعض إشكاليات الطَّلاق العرفي على ضوء التَّطبيقات القضائية (الفرع الأول)، وسنبيِّن أيضًا كيفية إثبات الطَّلاق العرفي في القانون الجزائري (الفرع الثاني).

---

[1] ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ص 271.

[2] القانون رقم 244/63، الصَّادر في 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزّواج، الجريدة الرَّسمية، رقم 44، الصَّادر بتاريخ 02 جويلية 1963، ص681، (نقلا عن يوسفات علي هشام، الخلع والطَّلاق بالتَّراضي في التَّشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2009، ص74).

[3] يوسفات علي هشام، المرجع نفسه، ص75.74.

الفرع الأول: إشكاليات الطَّلاق العرفي على ضوء التَّطبيقات القضائية

أولا: حالة عدم تسجيل عقد الزَّواج

لقد اعترف المشرِّع الجزائري بوجود عقد الزّواج العرفي وكل ما يترتب عنه من آثار كاملة من إثبات النسب والنَّفقة الخ، إلَّا أنَّه في حالة وقوع الطَّلاق عرفيًا لا يمكن رفع دعوى إثبات الطَّلاق العرفي ما لم يكن الزَّواج العرفي قد تمَّ تسجيله، ومن ناحية أخرى فإنَّ دعوى إثبات الطَّلاق العرفي تختلف عن دعوى تسجيل الزَّواج، ومن ثمَّ وجب على رافع دعوى الطَّلاق العرفي رفع دعوى تسجيل الزَّواج وإلحاق النَّسب ثمَّ رفع دعوى إثبات الطَّلاق العرفي بصفة مستقلَّة، لأنّه لا يمكن تصور ثبوت طلاق في المحكمة دون وجود زواج.

ثانيا: حالة إعادة الزّواج

1. حالة إعادة الزَّوج للزَّواج

مثل هذه الحالة لا تطرح إشكالا إلا في حالة ما إذا تزوَّج الزَّوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة، مثلًا كأخت الزَّوجة أو الزَّواج بأكثر من أربعة، فهنا من النَّاحية الشَّرعية فالطَّلاق الواقع طلاق صحيح وفقًا للسنَّة النبوية، إلَّا أنَّه من النَّاحية القانونية لم يقع الطَّلاق لأنَّه يثبت بحكم وذلك وفقا للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، فإذا سلَّمنا بعدم إمكانية إثبات الطَّلاق العرفي بأثر رجعي فإنَّ الزواج التالي له يعد زواجًا فاسدا، لذا يستحسن إثبات هذا الطَّلاق بأثر رجعي حتى يتَّسم التَّالي له بالصِّحة.

2. حالة إعادة الزَّوجة للزَّواج

في هذه الحالة تطرح إشكالات كبيرة على المستوى القضائي و الشَّرعي لذا لا بدَّ من التَّمييز بين حالتين:

أ . حالة المطلَّقة عرفيا من زواج عرفي

نصَّت المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري[1] على أنَّ الطَّلاق لا يثبت إلا بحكم وهذا هو الأصل، إلى أنَّه في الزَّواج العرفي يصح فيه الطَّلاق أيضا لكن شرعًا ليس قانونًا وذلك كونه غير مسجَّل، فأصلًا هذه المسألة لا تطرح أي إشكال طالما أنَّه ليس للطرفين أي مصلحة في تسجيل عقد الزَّواج، ثمَّ المطالبة بإثبات وقوع الطَّلاق، إلَّا أنَّ الإشكال المطروح هو في حالة وقوع طلاق من زواج عرفي مع وجود الأولاد، إذ ينبغي في هذه الحالة إلحاق نسبهم للزَّوج الأوَّل ومن ثمَّ يتعيَّن هنا أولًا رفع دعوى تسجيل عقد الزَّواج المبرم عرفيًا، إلحاق نسب الأولاد حيث يمكن للزَّوجة القيام بهذه الإجراءات وهي على ذمَّة رجل آخر، ثمَّ في الأخير تقوم برفع دعوى الطَّلاق العرفي[2].

ب . حالة المطلَّقة عرفيًا من زواج مسجَّل

هنا نحن أمام حالة إعادة المطلَّقة عرفيًا من زواج مسجَّل أو رسمي زواجها بصفة عرفية.

حيث أنَّ هذه الحالة يكتنفها نوعًا من التناقض، فحسب اجتهادات محكمة الأحوال الشَّخصية والمواريث يمكن إثبات وقوع الطَّلاق بأثر رجعي، لكن بالرُّجوع إلى القانون الجزائري فيمكن متابعة هذه الزَّوجة التي أعادت الزَّواج عرفيًا بجريمة الزِّنا، وكل هذا استنادًا إلى المشرع الذي أقرَّ بعدم الاعتراف بوقوع الطَّلاق خارج ساحة القضاء، إن سلَّمنا للأمر الواقع فإنَّه يمكن للزَّوج متابعة زوجته المطلَّقة عرفيًا بجريمة الزِّنا، وحدث هذا فعلا بمحكمة الجلفة قسم الجنح أين أدينت مطلَّقة عرفيًا أعادت الزَّواج عرفيًا بجريمة الزِّنا، فمن الناحية القانونية نجد أنَّ حكم القاضي الجزائي كان صائبًا لعدم اعتراف المشرِّع الجزائري بالطَّلاق الواقع خارج ساحة القضاء، لكن بالرجوع إلى النَّاحية العملية وبالتطرُّق إلى اجتهادات محكمة الأحوال الشَّخصية و المواريث

[1] الأمر 05-02 ، مرجع سابق.

[2] قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء،الجزائر، 2004، ص15.

نجد أنَّه يمكن إثبات وقوع الطَّلاق بأثر رجعي، وبثبوت هذا الطَّلاق نخرج تمامًا من دائرة التَّجريم[1].

ثالثا: احتساب العدَّة

أصلًا فإنَّ العدة تبدأ من تاريخ وقوع الطّلاق وهذا طبقا لنص المادة 58 من ق.أ.ج التي تنص: « تعتد المطلَّقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، واليائس من المحيض بثلاث أشهر من تاريخ التصريح بالطَّلاق »[2]، لذا فإنّ احتساب العدة عند إثبات الطّلاق العرفي تثور إشكالية مفاداها متى تبدأ العدة في الطَّلاق العرفي؟

فبالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري نجده ينص صراحة على تاريخ التَّصريح بالطَّلاق، وهذا فيما يخص الطَّلاق بالإرادة المنفردة أمام القضاء، وليس مسألة الطَّلاق العرفي ومن ثمَّ فالعدة لا يمكن احتسابها ابتداءً من تاريخ الحكم بالطَّلاق، لأنَّ في ذلك إجحاف في حق المرأة المطلقة، لذلك وجب على القاضي أن يحكم بها من تاريخ واقعة الطّلاق المثبتة.

أمّا فيما يخص نفقة العدة فقد درج القضاء الجزائري منح الزَّوجة نفقة العدة إذا ما طالبت بها وأمكن إثباتها وهذا ما يتفق مع القواعد العمة والقانون وطالما كان الأمر كذلك فمن حق الزَّوجة المطالبة بها في أي وقتٍ شاءت متى تمكنت من إثبات عدم أدائها.

الفرع الثاني: إثبات الطَّلاق العرفي في القضاء الجزائري

أساسا لم ينصّ قانون الأسرة الجزائري على مسألة إثبات الطَّلاق العرفي حتَّى يمكن الحديث عن طرق لإثباته ، ومع ذلك فإنَّ اتِّجاه القضاء الجزائري ذهب إلى إثبات الطَّلاق العرفي في جميع الأحوال بالبيِّنة، وذلك بإجراء تحقيق في الموضوع بسماع الشُّهود، ويتمُّ ذلك حتَّى في حالة إقرار الزَّوج وتصديقه من الزَّوجة، إلَّا أنَّه في هذه الحالة الأخيرة يعتبر الإقرار هو الأساس المثبت لوقوع الطَّلاق ومع ذلك يتمُّ سماع الشُّهود لتأكيد الواقعة أكثر، ولا نجد في

[1] قسنطيني حدة، مرجع سابق، ص 15.

[2] الأمر رقم 05_02، مرجع سابق.

القضاء الجزائري ما يفيد إثبات الطَّلاق العرفي باليمين إلَّا أنَّ من النَّاحية العملية لا يوجد ما يمنع ذلك[1].

أكَّدت المحكمة العليا على هذا المبدأ من خلال القرار الَّذي جاء بما يلي: « من المقرَّر شرعا أنَّ الطَّلاق هو حقٌّ للرَّجل صاحب العصمة وأنَّه لا يجوز للقاضي أن يحلَّ محلَّه في إصداره، أمَّا التَّطليق هو حقٌّ للزَّوجة المتضرِّرة وترفع أمرها إلى القاضي الَّذي يطلقها ومن ثمَّة فإنَّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدُّ خرقا لأحكام الشَّريعة الإسلامية، وسمعوا بذلك من نفس الزَّوج أو بواسطة شهادة مستفيضة، فإنَّه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشُّهود الَّذين علموا بواقعة الطَّلاق، وليس لهم بعد ذلك إلَّا أن يوافقوا على صحَّة طلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإنَّ الإقرار الَّذي قضى بأنَّ الطَّلاق لا يثبت إلَّا بتصريح الزَّوج أمام القضاء يعدُّ مخالفا لأحكام الشَّريعة الإسلامية »[2].

وفي قرار آخر:« أنَّه يستوجب نقض القرار الَّذي اعتمد في إثبات وقوع الطَّلاق بإرادة الزَّوج على شهادة الشُّهود لم تحدَّد تاريخ ومكان هذا الطَّلاق، ولم تذكر أسماء الأشخاص الَّذين حضروا بمجلس الطَّلاق لتأكيد صحَّته، ذلك أنَّ هذه الشَّهادة يكتنفها الغموض والنُّقص في محتواها »[3].

كما جاء في قرارها سنة 1999 وفي المبدأ الثَّاني منه أنَّ: « من المقرَّر شرعا أنَّه يثبت الطَّلاق العرفي بشهادة الشُّهود أمام القضاء. ومتى تبيَّن في قضية الحال أنَّ الطَّلاق وقع بين الطَّرفين أمام جماعة من المسلمين، وأنَّ المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشُّهود الَّذين أكَّدوا بأنَّ الزَّوج طلَّق زوجته فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، وبالتَّالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطَّلاق، وعليه فإنَّ بقضائهم بإثبات الطَّلاق العرفي طبقوا صحيح القانون »[4].

---

[1] قسنطيني حدة، مرجع سابق، ص 23.

[2] المحكمة العليا، غ أ ش م، ، قرار بتاريخ 03/ 12/ 1984، ملف رقم 35026، م.ق، ع 4، ص 86.

[3] المحكمة العليا ، غ أ ش م، ملف رقم 38105، م.ق، ع1، سنة 1989،ص 98.

[4] المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 16 / 02/ 1999، ملف رقم 216850، مجلة المحكمة العليا المتضمنة الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، العدد الخاص، سنة 2001، ص 100.

المبحث الثاني: استصدار الحكم المثبت للطلاق العرفي

قد خص المشرع الجزائري دعوى الطلاق بإجراءات خاصة لاستصدار الحكم، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لدعوى الطلاق العرفي، حيث تختلف عن دعوى الطلاق العادية نظرا لكونها وليدة القضاء، فقد استقر العمل القضائي على تخصيص بعض الإجراءات للوصول إلى الحكم بالطلاق.

وبعد إتباع هذه الإجراءات التي كما ذكرنا أنها وليدة لبعض الاجتهادات القضائية يتم صدور حكم الطلاق العرفي و تثبيته ليصبح هذا الحكم ساري، أي تترتب عن هذا الحكم آثار متعلقة بالزوجين، خاصة الزوجة نظرا لأهمية هذا الحكم بالنسبة لها في أغلب الحالات، أيضا هناك آثار متعلقة بالأبناء والورثة.

لذا فمن المناسب إن نبين في هذا المبحث الإجراءات المتبعة لاستصدار الحكم بالطلاق (المطلب الأول)، وإصدار حكم الطلاق العرفي وآثاره (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإجراءات المتبعة

بما أنَّ دعوى إثبات الطَّلاق العرفي وليدة القضاء، فإنَّ هذا الأخير خصَّ هذه الدَّعوى بإجراءات معيَّنة من أجل الوصول إلى استصدار الحكم بالطَّلاق، ومن أهمِّ هذه الإجراءات رفع دعوى إثبات الطَّلاق العرفي وشروط قبولها والتحقيق في واقعة الطلاق العرفي.

لذا سنبين في هذا المطلب كيفية رفع دعوى إثبات الطَّلاق العرفي (الفرع الأول)، والتَّحقيق في واقعة الطَّلاق العرفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رفع دعوى إثبات الطَّلاق العرفي

لرفع دعوى إثبات الطلاق العرفي أوجب المشرع شرط هاما ألى وهو تسجيل الزواج العرفي وهذا الشرط أساسي، إضافة إلى بعض الشروط الواجب توافرها في رافع الدعوى، وأيضا الهيئة القضائية المختصة التي ترفع في شأنها دعوى الطلاق، وهذا ما سنبينه في الفرع إضافة إلى كيفية أداء عريضة دعوى إثبات الطلاق العرفي.

أوَّلا: الهيئة القضائية المختصَّة

يتمُّ رفع دعوى إثبات الطَّلاق العرفي أمام الجهة القضائية الَّتي يقع بها مسكن الزَّوجة، وذلك حسب نصِّ المادَّة 426 من ق.إ.م.إ التي تنص: « تكون المحكمة المختصة إقليميا: ..... في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما... ».

وينظر قسم شؤون الأسرة المتواجد على مستوى المحاكم في قضايا الطَّلاق وذلك حسب نصِّ المادَّة 423 من ق.إ.م.إ التي تنص: « ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: 1. الدعوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة...».

ثانيا: الشُّروط الواجب توافرها في رافع الدَّعوى

لقبول دعوى إثبات الطَّلاق العرفي يجب توفُّر بعض الشُّروط لدى المدَّعي وهي الأهلية والصِّفة والمصلحة.

فالأهلية هي أهلية التقاضي أمام المحكمة ببلوغ سن الرشد وهو 19 سنة وأن يكون المدعي متمتعا بقواه العقلية وألا يكون محجور عليه وهذا ما نصت عليه المادة 40 من ق. م[1].

أما شرطي الصفة والمصلحة فقد نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 13 [2].

فالصِّفة في دعاوى إثبات الطَّلاق العرفي تثبت لكلٍّ من الزَّوجين ولورثتهما.

أمَّا شرط المصلحة ففي حالة الطَّلاق العرفي فيثبت هذا الشَّرط لكل من الزَّوج والزَّوجة إضافة إلى الورثة، وهذا الطَّرف الأخير فإنَّ مصلحتهم تتمثل في ثبوت الميراث من عدمه، أمَّا الزَّوج والزَّوجة فتظهر مصلحتهم خاصَّة في إثبات الطَّلاق العرفي.

ثالثا: تقديم العريضة

[1] المادة 40 من ق. م تنص: « كل شخص بلغ سن الرشد ومتمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد 19 سنة كاملة ».

[2] المادة 13 من ق.إ. م. إ تنص على : « 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 في المدعى عليه، كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون ».

طبقا لنصِّ المادة 436 من ق. إ. م. إ : « ترفع دعوى الطَّلاق من أحد الزَّوجين أمام قسم شؤون الأسرة، بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقرَّرة لرفع الدَّعوى »[1].

وهذه الأشكال المقرَّرة لرفع الدَّعوى منصوص عليها في ق. إ. م. إ. في المواد 14، 15، 17[2] ويمكن إيضاحها فيما يلي:

. يقوم المدَّعي أو وكيله أو محاميه بإيداع عريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة بأمانة ضبط المحكمة بعدد من النُّسخ يساوي عدد الأطراف.

- دفع الرُّسوم القضائية.
- تعيين الجهة القضائية الَّتي ترفع أمامها.
- اسم ولقب المدَّعي وموطنه.
- اسم ولقب المدَّعى عليه وموطنه فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له.
- عرض موجز للوقائع والطَّلبات والوسائل الَّتي تؤسس عليها الدَّعوى والإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيِّدة للدَّعوى.

وفي الوقائع العملي تجد أنَّ هذه الطَّريقة هي المعمول بها على مستوى المحاكم، وهي تقديم عريضة مكتوبة متضمنة كافة الشُّروط مع وجوب إرفاق عقد الزَّواج الرَّسمي وأيضا طبقا لنصِّ المادة 17/ 1 من ق. إ. م. إ يقوم المدَّعي أو ممثله بدفع الرُّسوم القضائية.

---

[1] قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

[2] المادة 14 من ق.إ.م.إ تنص: « ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد النسخ يساوي عدد الأطراف ».

المادة 15 من ق.إ.م.إ تنص: « يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا، البيانات الآتية:

1 . الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.

2 . اسم ولقب المدعي وموطنه,

3 . اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له.

4 . الإشارة إلى تسميته وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

5 . عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

6 . الإشارة إلى الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

المادة 1/17 من ق إ.م.إ تنص: « لا تقيد العريضة إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

الفرع الثَّاني: التَّحقيق في واقعة الطَّلاق العرفي

لم ينصّ قانون الأسرة الجزائري على هذا الإجراء في دعوى الطَّلاق لكونه لا يعترف بوقوع الطَّلاق أصلا خارج مساحة القضاء إلَّا أنَّه مع ذلك فإنَّ المحاكم تعمل به وهذا ما لاحظناه في كل من محكمة البويرة والجلفة، وسوف نتطرق إلى دراسة هذا الإجراء بنوع من الاختصار فيا يلي:

أوَّلا: اللُّجوء إلى التَّحقيق

تنصُّ المادة 75 من ق. إ. م. إ على أنّه : « يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم، أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التَّحقيق الَّتي يسمح بها القانون »[1].

وباستقراء نصِّ المادَّة نلاحظ أنَّ للقاضي أن يلجأ إلى التَّحقيق من تلقاء نفسه إمَّا بموجب أمر كتابي أو شفوي.

فأمَّا الأمر الكتابي فهو عبارة عن حكم تحضيري بإجراء التَّحقيق وفي هذه الحالة يجب أن يبين فيه القاضي الوقائع المراد التَّحقيق فيها ويوم وساعة الجلسة المحدَّدة لإجرائه.

وبصدور هذا الحكم يتعيَّن على من له مصلحة استخراج نسخة منه وتبليغها للخصوم، وأمَّا الأمر الشَّفوي وهو المعمول به عادة فإنَّ القاضي يحدِّد تاريخ جلسة إجراء التَّحقيق و يبلغ الأطراف به بالجلسة ويتعيَّن عليهم إحضار شهودهم بذلك التَّاريخ وهذا معمول به على مستوى محكمة البويرة والجلفة سابقا.

ثانيا: إجراء التَّحقيق

يقوم القاضي بالتَّحقيق بالتَّاريخ المحدَّد بموجب الأمر بالتَّحقيق وذلك بسماع شهود الإثبات أو النَّفي بعد أدائهم اليمين القانونية، ويتمُّ سماع الشُّهود وفقا للقواعد العامَّة وذلك بأن تسمع شهادة كلَّ واحد منهم على انفراد بعد تذكيره باسمه ولقبه ومهنته وسِنِّه وموطنه ويؤدي اليمين بأن يقول الحق وإلَّا كانت شهادته باطلة في حين أن القصر يتمُّ سماعهم على سبيل الاستدلال ودون تحليفهم اليمين، كما تجوز إعادة سماع الشُّهود ومواجهتهم بعضهم بعض،

[1] قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

ويجوز سماع شهادة جميع أقارب الزَّوجين في دعاوى الطَّلاق ما عدا الأبناء، ويدلي الشَّاهد بشهادته دون أن تتم مقاطعته من أحد ثمَّ تتلى عليه أقواله ويقوم بالتَّوقيع عليها أو ينوه على أنَّه لا يحسن التَّوقيع أو أنَّه امتنع عن ذلك[1].

ويقوم أمين الضَّبط بتدوين أقوال الشُّهود في محضره فيما يخصُّ الدَّعاوى الَّتي لا تجوز استئنافها أمَّا الدَّعاوى الجائز استئنافها فيحرِّر محضرا خاصا بأقوال الشُّهود ثمَّ يرفقه بعد التَّوقيع عليه من القاضي بالنُّسخة الأصلية للحكم، ويجب أن يتضمن بيان يوم وساعة التَّحقيق وحضور الخصوم وغيابهم واسم كلِّ شاهد ولقبه ومهنته وموطنه وبيان أداء اليمين ويثبت فيه أقوال الشُّهود ويشار إلى تلاوتها عليهم. وهنا يجوز للقاضي أن يصدر حكمه فور إجراء التَّحقيق كما له أن يؤجِّل الدَّعوى إلى جلسة مقبلة وفي هذه الحالة الأخيرة يصرح للأطراف بالإطلاع على التَّحقيق قبل المناداة على القضية من جديد في الجلسة المحددة[2].

وهناك اختلاف في طريقة إجراء التَّحقيق وذلك يرجع إلى اختلاف في موقف الزَّوجين من الطَّلاق لذلك وجب علينا التَّمييز بين ثلاثة حالات:

1 . حالة اتِّفاق الزَّوجين على وقوع الطَّلاق:

هذه المسألة لا تطرح إشكالا لكونها لا تنطوي أصلا على نزاع، وهنا يقوم القاضي بسماع الشُّهود فقط لتأكيد الواقعة وتحديدا لتأكيد التَّاريخ والمكان الَّذي وقعت به.

2 . في حالة إنكار الزَّوجين:

في حالة ادِّعاء الزَّوجة وقوع الطَّلاق العرفي وإنكاره من طرف الزَّوج فإنَّ القاضي هنا يقوم بالتَّحقيق مع الشهود بدقة لكون أنَّ المسالة تتضمن اعتداء على أهم حقوق الزَّوج ألا وهو طلاق زوجته ولكون أنَّ القاضي سوف يحلُّ محلَّه في القول بوقوع الطَّلاق من عدمه خاصَّة وأنَّ العصمة بيد الزَّوج، وقد اتَّجهت التَّطبيقات القضائية بمحكمة الجلفة إلى الأخذ بشهادة الشهود في إثبات الطَّلاق وحتَّى في حالة إنكاره من طرف الزَّوج وهو الأمر الَّذي يتجسَّد من خلال الحكم رقم 75 / 2001 الصَّادر بتاريخ 10 / 2001/02 والَّذي قضى في الشَّكل بقبول

[1] المواد 152،151، 5/153، 161/153،159،4، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] المواد 160، 163، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المعارضة وفي الموضوع تأييد الحكم المعارض فيه والقضاء نهائيا بالإشهاد على الطَّلاق العرفي الواقع بين الطَّرفين مع الأمر بالتَّأشير به على هامش عقدي ميلادهما وعقد زواجهما لدى مصالح الحالة المدنية[1].

3 . التَّحقيق في حالة وفاة أحد الزَّوجين:

هنا تكون الدعوى إما مرفوعة من الزوج الباقي على قيد الحياة ضد ورثة الزوج المتوفي أو من ورثة الزوج المتوفي ضد الزَّوج الباقي على قيد الحياة، ونظرا لخطورة هذه المسألة لتعلقها غالبا بأمر الميراث أين يكون القصد منها استبعاد الزوج الباقي على قيد الحياة منه فإنَّه يتعيَّن على القاضي التَّدقيق قدر الإمكان قبل الحكم بالإشهاد على وقوع الطَّلاق العرفي[2].

المطلب الثَّاني: إصدار حكم الطَّلاق العرفي وآثاره

بعد رفع دعوى إثبات الطَّلاق العرفي وإجراء التَّحقيق من طرف القاضي حول واقعة الطَّلاق العرفي يتعيَّن على القاضي إصدار الحكم تثبيت الطَّلاق العرفي أو نفيه، وإذا ما تمَّ إصدار حكم تثبيت الطَّلاق العرفي يترتَّب على هذا الحكم آثار، لذا سنبين مضمون الحكم بالطَّلاق العرفي (الفرع الأوَّل) وآثار الحكم بالطَّلاق العرفي (الفرع الثَّاني).

الفرع الأوَّل: إصدار حكم الطَّلاق العرفي

قبل صدور حكم الطَّلاق نصَّ المشرِّع الجزائري على وجوب لجوء القاضي إلى القيام بإجراء الصُّلح وذلك في الفقرة الأولى من نصِّ المادَّة 49 من ق. أ. ج الَّتي تنصُّ: « لا يثبت الطَّلاق إلَّا بحكم بعد عدَّة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدَّته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدَّعوى ».

كما نصَّ على ضرورة التَّحكيم عند احتدام الخصام بين الزَّوجين وذلك في الفقرة الأولى من المادة 56 من ق. أ. ج الَّتي تنصُّ: « إذا اشتدَّ الخصام بين الزَّوجين ولم يثبت الضَّرر وجب تعين حكمين للتَّوفيق بينهما ».

[1] قسنطيني حدة، مرجع سابق، ص 38.

[2] المرجع نفسه، ص 38 . 39.

إلَّا أنَّ في دعوى إثبات الطَّلاق العرفي نرى أنَّه ليس لزوما على القاضي اللجوء إلى جلسة الصُّلح أو التَّحكيم لأنَّ الطَّلاق العرفي أصلا وقع في زمن ماضي، وعليه فمن غير المنطقي أن يقوم القاضي بهذه الإجراءات، لأنَّ القاضي على علم بأنَّ الزَّوجة باتت أجنبية عن الزَّوج[1].

وبما أن دعوى إثبات الطَّلاق العرفي ترفع ممن له مصلحة في ذلك لاستصدار الحكم المثبت للطَّلاق فما على القاضي إلَّا القيام بالتَّحقيق في الوقائع وسماع الشهود لإصدار الحكم المثبت للطَّلاق العرفي، لأنَّ الطَّلاق قد وقع خارج ساحة القضاء قبل رفع الدَّعوى.

وبما أنَّ الطَّلاق لا يثبت إلَّا بحكم فإنَّ الحكم الَّذي يصدره القاضي بتثبيت الطَّلاق العرفي بأثر رجعي يكون نافذا وتسري آثاره على الزَّوجين وورثتهم.

ولم تستقر التَّطبيقات القضائية على صيغة الحكم كونه ابتدائي أو نهائي وهذا ما ذهبت إليه محكمة الجلفة بوصف الأحكام المثبتة للطَّلاق العرفي أحيانا نهائية، وأحيانا أخرى ابتدائية ممَّا يعطي الفرصة للخصم لإمكانية الاستئناف، فقد جاء في منطوق أحد الأحكام وصف الحكم بإثبات الطلاق العرفي بأنَّه ابتدائي، في حين نجد أنَّ هناك أحكاما أخرى صدرت نهائية وحتَّى يصبح الحكم قابل للتنفيذ فإنَّه يتعيَّن أن يستنفذ طرق الطَّعن العادية والغير العادية، وعليه يكون قابلا للتَّنفيذ بعد مضي آجال الطَّعن بالنَّقض[2].

فمن طرق الطعن العادية نرى أن أحكام إثبات الطلاق العرفي قابلة للمعارضة، وهذا ما استقر العمل القضائي عليها في محكمة الجلفة على أنّ هذه الأحكام قابلة للمعارضة، ويتجلّى ذلك من خلال أحد الأحكام الصادرة في هذا الموضوع، والذي قضى بقبول المعارضة شكلا، وبتأييد الحكم المعرض فيه، وهذا الأمر قضى غيابا نهائيا بالإشهاد على الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين.

وأيضا من طرق الطَّعن غير العادية هناك اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، فيكون الحكم المثبت للطَّلاق العرفي لا يقتصر فقط على حقوق الزَّوج والزَّوجة، بل يتعداهم إلى الورثة

[1] قسنطيني حدة، مرجع سابق، ص 37.

[2] المرجع نفسه، ص 42.

في حالة وفاة أحد الزَّوجين، وإضافة إلى ذلك يمكن أن يكون الحكم المثبت للطَّلاق محلَّ لالتماس إعادة النَّظر، لأنَّ القاضي يحقِّق في واقعة ويعتمد على شهادة الشُّهود ومستندات الخصوم[1].

الفرع الثَّاني: آثار الحكم بالطَّلاق العرفي

رغم أنَّ الطَّلاق بصفة عامة سواء كان عرفيا أو مسجلا هو أبغض الحلال وفقا لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم إلا أن الله شرعه لما أصبح الزَّواج لا يطاق، فبذلك يعد ووقوع الطَّلاق وصدور الحكم المثبت له تترتب عليه آثار لقوله تعالى: ((**وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كِلًّا مِن سَعَتِهِ**))[2]. وهذه الآثار تتمثل في تنفيذ الحكم المثبت للطلاق والآثار العامة لتنفيذ حكم الطلاق العرفي.

أوَّلا: تنفيذ الحكم

كما سبق وأن ذكرنا فإنَّ الحكم الصادر بإثبات الطلاق العرفي يوصف تارة بالنِّهائي وتارة بالابتدائي، فإذا كان صادرا ابتدائيا فوفقا للقواعد العامَّة نكون أمام حكم قابل لكافة طرق الطَّعن، لكن بالتَّالي بعد استنفاذ هذه الطُّعون يكون قابلا للتَّنفيذ بعد مضي آجال الطَّعن بالنَّقض[3]، وذلك في الجانب المادي فقط.

ويكون ذلك بسعي من النيابة العامة وهذا طبقا لنص المادة 49 الفقرة الثالثة من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: « تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ».

بتوضيح أكثر بعد صدور حكم الطلاق يتم إبلاغ الخصم ووكيل الجمهورية في مدة أقصاها شهرين وعند اكتمال الشهرين يسلم الحكم مع محاضر التبليغ، حيث يقوم المدعي أو المحامي المكلف بتحصيل شهادة عدم الطعن من المحكمة العليا وعند التحقيق من الخلو من الطعن يتم اللجوء إلى المحكمة التي أصدرت الحكم بالطلاق مع ضرورة الإرفاق بتلك الشهادة

[1] قسنطيني حدة، مرجع سابق، ص 44 . 45.

[2] سورة النساء، الآية 130.

[3] قسنطيني حدة، المرجع نفسه، ص 48.

عدم الطعن وهذه الأخيرة تقوم بإرسال الملف إلى البلدية، حيث يتم التأشير على الطلاق في شهادة ميلادهما وعقد الزواج.

ثانيا: آثار تنفيذ حكم الطلاق العرفي

يترتب على تنفيذ وتسجيل الحكم بالطلاق آثار تسري على الزوجين وعلى الأولاد وعلى كل من لهم مصلحة في إثبات الطلاق العرفي.

ولعل من أهم آثار إثبات الطلاق العرفي احتساب العدة إذ ينص قانون الأسرة الجزائري على أن المطلقة تعتد من تاريخ التصريح بالطلاق[1]، إلَّا أنَّ مسألة الطَّلاق العرفي ينبغي على القاضي أن يحكم بها من تاريخ واقعة الطلاق المثبتة، وتظهر أهمية تحديد مدة العدة في إمكانية الزوجة بالمطالبة بنفقة العدة وقت ما شاءت متى أثبتت عدم أدائها من قبل الزوج[2]، وشرعًا تعتد من لحظة وقوع الطّلاق العرفي.

كما تترتب على الحكم بإثبات الطلاق العرفي بيان حق الحضانة والزيارة في حالة وجود الأولاد، إذ يجب على القاضي عندما يحكم بالطلاق أن يفصل في حق الحضانة والزيارة[3].

وإذا كانت كل من العدة والحضانة تعتبران كأثر من آثار الطلاق فإن إسكان المطلقة الحاضنة يعتبر أيضا أثرا من آثار الطلاق ويشكل جزءا من الحضانة، حيث تنص المادة 72 من قانون الأسرة على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لمن حكم له القضاء بحق الحضانة سكنا ملائما تمارس فيه حق الحضانة مع المحضون وإن تعذر عليه توفير السكن فعليه دفع بدل الإيجار"[4].

لكن من أهم وأخطر آثار الحكم بالطَّلاق بصفة عامة وأشدِّها، خاصةً بين المطلَّقين هو النسب والميراث والنزاع القائم حول متاع منزل الزوجية، فهذا الأخير وبعد استقراء المادة 73

---

[1] المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري تنص: « تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة اشهر من تاريخ التصريح بالطلاق».

[2] قسنطيني حدة، مرجع سابق، ص 16.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 139.

[4] المادة 72 من قانون الأسرة تنص : « في حالة الطلاق ، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار ».

من قانون الأسرة المبنية على قواعد الفقه الإسلامي أساسا، نجد أنها فصلت في هذا الموضوع حيث نجدها تنص على أنَّه في حالة وقوع النزاع بين الزَّوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما حجة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين والقول للزوج أو ورثه مع اليمين في المعتد للرجال، أما الأشياء المشتركة بينهم تقسم بالتساوي مع اليمين، أما فيما يخص الميراث، فان إثبات الطلاق العرفي يخدم مصلحة الورثة أكثر مما يخدم مصلحة الزوجين، فبصدور حكم مثبت للطلاق العرفي تترتب عليه ثبوت الميراث للورثة أو عدم ثبوته.

خاتمة

إنَّ عقد الزَّواج العرفي يعتبر عقدا صحيحا لتشكيل علاقة بين المرأة والرَّجل مبنية على تبادل الحقوق والواجبات بينهم وفقا لتعاليم الشَّريعة الإسلامية والسُّنَّة النَّبوية، لكن في واقعنا أصبح هذا النَّوع من الزَّواج يطرح عدَّة إشكالات عكس ما كان عليه في القدم، حيث نقص الوعي بالنِّسبة للبعض الذين يلجئون إليه رغبة منهم لفتك الأعراض ولإشباع رغباتهم، وكثيرا ما شاهدنا مثل هذه القضايا، فبالعودة إلى الأخطار الَّتي تترتَّب على عدم تسجيله نرى أنها بالأحرى تمسُّ الأولاد والزَّوجة باعتبارهم الطَّرف الأضعف والضَّحية الأولى، كما تهدّد إستقرار المجتمع، حيث أنَّ القضايا الَّتي ترفع أمام محاكمنا في هذا الشَّأن يكون طرفها أحدًا منهم.
وللحدِّ والتَّقليل من هذا النَّوع من الزَّواج وجب على المشرِّع وضع قوانين وسنِّ تشريعات تحدُّ منه ويأمر بالتَّسجيل، رغم وجود بعض المواد، كسنِّ قوانين ردعية تتضمَّن عقوبات مالية أو معنوية عند مخالفة إجراء التَّسجيل، وكذا منع غير الموظف المؤهل كالأئمة وغيرهم من إبرام عقود الزَّواج بالفاتحة فقط دون اشتراطهم تبيين عقد الزَّواج الرَّسمي المسجَّل في البلدية رغم التعليمة الشفوية لوزارة الشُّؤون الدِّينية.

وأهمية تسجيل هذا النَّوع من العقود تتجلَّى في المحافظة على الحقوق، والقضاء على الكثير من المشكلات، ولعل الأهمية الكبرى تكمن في تبيين الأنساب، والتَّقليل من الإنكار منه، والتَّلاعب بالأعراض لأنَّ ذلك يؤدي إلى الفساد في المجتمع، وفي تسجيله أيضًا حد لأبرز الإشكاليات التي يطرحها وهي انحلاله عرفيًا.

أمَّا فيما يخصُّ الانحلال النَّاجم عن هذه الرَّابطة سواء كان بالطَّلاق أو التَّطليق أو الخلع إن لم تكن تحت طائلة القضاء فهي غير معترف بها ولتحقُّق هذا الشَّرط وجب تسجيل عقد الزَّواج العرفي أوَّلا، ثمَّ إلحاق النَّسب، ومن بعد اللُّجوء إلى المحكمة لتثبيت حكم الطَّلاق، حيث أنَّ الطَّلاق النَّاجم عن الزَّواج العرفي لإثباته بأثر رجعي وجب على المشرِّع التَّدخل والنَّص صراحة على ذلك، وأيضا طرق إثباته وآثاره وطرق الطَّعن فيه نظرا لخطورة بعض آثاره من حيث استحقاق النَّفقة ونفقة العدَّة بأثر رجعي، وأيضا فيما يخص الميراث وصحَّة الزَّواج الثَّاني

المبرم بعد ذلك، ومن الآثار غير المرغوب بها المترتِّبة عن ذلك هي إثبات النَّسب وهي الإشكالية الَّتي تهدِّد المجتمع، لذا فعلى المشرِّع تقنين مسألة الطَّلاق العرفي بكل دقَّة، ذلك أنَّ الأسرة هي وحدة مهمة في المجتمع فبصلاحها يصلح المجتمع كونها هي الأساس والعماد للمجتمع.

لذا فعلى المشرع الجزائري مراجعة قانون الأسرة نظرا لإغفاله موضوع الزواج العرفي والإنفصال النَّاجم عنه، كالأمر بتسجيله و سن عقوبات على المخالفين له، وأيضا وضع نصوص قانونية تنظم مسألة الطلاق العرفي، وإثباته بأثر رجعي نظرًا للتناقضات الموجودة في بعض الأحيان بين الإجتهادات القضائية و نصوص القانون.

الملاحق

ملحق رقم 1

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مجلس قضاء.....
محكمة.....

قضايا الحالة المدنية

أمر

بتسجيل عقد زواج

ORDONNANCE DE TRANSCRIPTION DE MARIAGE

نحن السيد.....رئيس محكمة.....دائرة اختصاص مجلس قضاء.....

بعد الإطلاع على الطلب المقدم من السيد .....ابن.....

وعلى العريضة المقدمة من السيد وكيل الدولة لدى المحكمة المذكورة .

وبعد الإطلاع على أحكام المواد 39-40-58-59 من قانون الحالة المدنية.

حيث ثبت لنا من المستندات المقدمة ،ومن نتائج إجراءات التحقيق أن المدعو .....

ابن.....قد عقد زواجا بتاريخ ...../...../.....في بلدية .....ط.....مع المدعوة .....بنت .....

وحيث أيضا أن إجراءات عقد هذا الزواج قد تمت وفقا للشروط القانونية ،وأن انعقاده لم يقع أمام الموثق ولا أمام ضابط الحالة المدنية في الوقت القانوني المناسب وحيث أنه يتعين الأمر بتسجيل هذا العقد في سجلات الحالة المدنية ضمانا لمصلحة النظام العام لهذه الأسباب .

فإن نأمر بتسجيل هذا العقد في الحالة المدنية المخصصة لتسجيل عقود الزواج في بلدية ط.....ك.....باعترافه زواجا منعقدا بين السيد .....بن.....والسيدة.....

بنت.....بتاريخ...../..../...وأن نؤشر بهذا الأمر الذي يحل وثيقة عقد الزواج على هامش وثيقة ميلاد الزوجة ووثيقة ميلاد الزوج .

حرر في ...../...../.....

رئيس المحكمة
الختم

التوقيع

ملحق رقم 2

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

عريضة تسجيل عقد الزواج

Requête de transrétinoïque de mariage

وكيل الجمهورية مصلحة الحالة المدنية

إلى السيد رئيس محكمة .....بعد الإطلاع على الطلب المقدم من السيد ..... الساكن.....بولاية.....ولا سيما المستندات المرفقة بهذه العريضة .

وبعد الاطلاع على نصوص المادة 39و40من قانون الحالة المدنية وحيث تبين من المستندات المقدمة ، ومن إجراءات التحقيق إن المسمى .....سبق أن ابرم عقد الزواج بينه وبين السيدة.....في بلدية .....ولمل تبين أيضا أن عقد زواجهما قد تم وفقا لأصول القانون وأصول الشريعة الإسلامية ،وأنه لظروف خاصة لم يقع إبرامه أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق في اجل المحدد في القانون.

وحيث إن مصلحة كل من الزوجين وأولا دهما ومصلحة النظام العام تتطلب لتسجيل عقد هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية.

لذلك فإننا نطلب من السيد رئيس المحكمة أن يجري تحقيقا بشأن ذلك وان يصدر ا امرا بتسجيل عقد الزواج المعنيين في سجل الزواج ببلدية .....

لتام .....

حرر في / /..... وكيل الدولة

الختم التوقيع

ملحق رقم 5

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حكم في الأحوال الشخصية

بالجلسة العلنية المنعقدة بمحكمة .....مجلس قضاء .....

بتاريخ .....

على الساعة..... صباحا للنظر في قضايا الاحوال الشخصية

تحت رئاسة السيد(ة).....قاضي المحكمة

.....أمين الضبط الرئيسي

صدر الحكم الآتي بيانه بين الطرفين

المدعية /.....الساكنة .....ولاية .....

والمباشرة للخصام بواسطة الأستاذ(ة).....محامي لدى المجلس

من جهة

ضد /النيابة لدى المحكمة .....

من جهة

بيان وقائع الدعوى

بمقتضى عريضة افتتاحية مؤرخة بتاريخ..... والمسجل لدى كتابة ضبط محكمة.....بتاريخ .....تحت رقم.....

أقامت المدعية..... دعوى شخصية وبواسطة وكيلتها .....لطرق

.....ضد وكيل الجمهورية من أجل تثبيت الزواج الواقع بينها وبين المرحوم

.....جاء فيها ما يلي

حيث أن العارضة تزوجت بالمرحوم ..... زواجا شرعيا كان تاتما على قواعد الشريعة الإسلامية بحضور جماعة من المسلمين بولاية ابيها في شهر اوت 1970 وترتب على هذا الزواج إنجاب بنت سميت .....

المولودة بتاريخ ..... وتوفي الزوج بتاريخ ..... نسخة من شهادة الوفاة بسبب الإعفال وتلتمس تسجيل الزواج بأثر رجعي طبقا لما ينص عليه القانون واستمعت إلى شهادة الشهود.

ملحق رقم 14

طلب تسجيل عقد زواج

ORDONNANCE DE TRANSCRIPTION DE MARIAGE

من السيد /..... القاطن في .....

إلى

السيد/ وكيل الدولة لدى محكمة .....

تحية طيبة وبعد :

استنادا إلى أحكام المادتين 39-40من قانون الحالة المدنية يشرفني إن أحيطكم علما بأنه قد تم عقد زواج بين السيد..... و السيدة.....بتاريخ...../...../.....في بلدية .....ق.....ولأسباب خاصة لم يتمكنا من الحضور أمام الموثق ولا أمام ضابط الحالة المدنية لإعلان وتسجيل عقد زواجهما خلال اجل محدد في القانون .

لذالك فان صاحب هذا الطلب يرجو أنكم وبطلبكم أن تتدخل لدى السيد رئيس المحكمة المختصة، وتطلبوا منه أن يأمر بتسجيل عقد الزواج المذكور في سجل الحالة المدنية المخصصة لتسجيل وثائق عقود الزواج.

الوثائق المرفوقة :

1-شهادة عدم تسجيل الزواج

2-وثيقة ميلاد الزوجين

3-وثائق ميلاد الأولاد الناتجين عن هذا الزواج

وتقبلوا فائق الاحترام والتقدير.

حرر في ...../...../.....

الاسم واللقب:

التوقيع

ملحق رقم 5

دعوى اثبات الزواج العرفي

انه في يوم .....الموافق .....

بناءا على طلب السيدة: .....المقيمة: .....

و محله المختار مكتب:

الاستاذ: .....المحامي: .....

انا: .....محضر محكمة .....

قد انتقلت حيث إقامة السيد: .....المقيم : .....

وأعلنته بالاتي:

بموجب عقد زواج عرفي مؤرخ تزوجت الطالبة من المعلن اليه على صداق و قدره.....المحال منه.....و المؤجل منه.....يحل بالقرب الاجلين و ذلك امام شاهدين وقعا على العقد في مجلس العقد.

و حيث ان العقد قد توافر فيه الشروط المطلوبة لصحة الزواج بالايجاب و القبول كما هو وارد بعقد الزواج الموضح بصدر الصحيفة مما يحق للطالبة رفع هذه الدعوى طالبة الحكم باثبات زواجها من المعلن اليه بموجب عقد الزواج العرفي المؤرخ في .../...../..... بايجاب و قبول متطابقين على الصداق الموضح بالعقد و صدر الصحيفة.

بناءا عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت حيث اقامة المعلن اليه و اعلنته بصورة هذه الصحيفة و كلفته بالحضور امام المحكمة:.....و الكائن مقرها:.....و بجلستها المنعقدة علنا في تمام الساعة التاسعة من صباح اليوم .....الموافق:..../...../..... ليسمع الحكم باثبات زواج الطالبة من المعلن اليه بموجب عقد الزواج العرفي المؤرخ...../...../..... مع الزام الطالبة بالمصاريف و الاتعاب و شمول الحكم بالنفاذ المعجل و بلا كفالة.

ملحق رقم 6

- محكمة بجاية
- قسم شؤون الأسرة
- جلسة يوم :
- قضية رقم :
- قدمت يوم :

عريضة افتتاح دعوى بطلب
تسجيل عقد الزواج

المدعية /.....الساكن بحي ولاية بجاية
المدعي.....قائم في حقه الأستاذ
ضد /.....الساكنة بحي ولاية بجاية
المدعى عليها .....
بحضور النيابة المحترمة

لـ طب لـهيئة المحكمة الموقرة

يشرفني المتواضع ... هو رفع دعوى حكم قابل للإفراغ من أجل طلب تسجيل عقد زواجه مؤرخ السنة ... المحرر في بلدية بجاية و المنعقد أواخر 2004 كما تثبته شهادة عدم تسجيل الزواج المسلمة من طرف بلدية بجاية (وثيقة مرفقة رقم 01) . وكذا شهادة الميلاد لكلا الزوجين (وثيقة مرفقة رقم 02) .

- حيث أن المدعي تزوج على سنة الله و سنة رسوله ببلدية بجاية سنة 2004 .
- حيث أن هذا الزواج أثمر على مولد طفل سمي على بركة الله المولود بتاريخ و نرفق لملفنا نسخة من الدفتر الصحي للطفل (وثيقة مرفقة رقم03).
- حيث أن هذا الزواج لم يسجل بسجلات عقود الزواج لمصالح الحالة المدنية لبلدية بجاية كما هو ثابت من خلال شهادة عدم تسجيل الزواج .
- حيث أن المدعي يقدم للملف شهادتين شرفيتين للشهود الذين حضروا و سمعوا بانعقاد هذا الزواج خلال شهر أواخر 2004 و يعرفونه معرفة جيدة (شهادتين شرفيتين مرفقتين رقم 04) .

لهذه الأسباب و للاجلها

في الشكل :

قبول الدعوى لاستيفائها الأوضاع القانونية المنصوص عليها في احكام المواد 12 و 13 و 459 من قانون الإجراءات المدنية.

في الموضوع :

القول بأنها سيرة و موسسة للأسباب المشار اليها أعلاه.
وعليه الأمر بتسجيله امام مصالح الحالة المدنية لبلدية بجاية وكون ان هذا الزواج اثمر بطفل عمره الآن عامين و عشر و بالضرورة يلتمس منكم العارض الامر باثبات نسبه لأبيه

المرفقات

1- شهادة عقد محرر عقد الزواج.
2- شهادة الميلاد لكلا الطرفين.
3- نسخة من الدفتر الصحي للطفل.
4- شهادتي شرفيتي للشهود

عن العارض / وكيله

ملحق رقم 7

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حكم

بالجلسة العلانية المنعقدة بمقر محكمة .....

بتاريخ .....

وعلى الساعة التاسعة صباحا للنظر في قضايا الأحوال الشخصية

تحت رئاسة السيد(ة).....القاضي بها

وبمساعدة السيد .....أمين الضبط

صدر الحكم الآتي بيانه في القضية المنشورة لدى المحكمة بتاريخ .....

تحت رقم .....والقائمة بين

-1- .....

مدعية مباشرة الخصام بواسطة الأستاذ(ة) .....

من جهة

-2- .....

مدعى عليه مباشرة الخصام بواسطة الأستاذ(ة).....

من جهة أخرى

– الواقع –

بموجب عريضة إفتتاح دعوى مودعة لدى كتابة ضبط المحكمة بتاريخ ..... تحت رقم ..... رفعت المدعية المباشرة الخصام بواسطة الأستاذ(ة).....دعوى ضد ..... المباشرة الخصام بواسطة الأستاذ .....بطلب إثبات الزواج.

أنسابت شارحة لدعواها أنها تزوجت بالمدعى عليه أمام جماعة من المسلمين ببلدية .....وأن زواجهما هذا لم يسجل بسجلات عقود الزواج لتلك البلدية .

- بعد الإطلاع على ملف الدعوى وما فيها من وثائق.

- بعد الإطلاع على المواد 8-12-13-77الى 76-37-38-35-225-459 من قانون الإجراءات المدنية.

- بعد الإطلاع على المادة 22 من قانون الأسرة.

- حيث أن المدعى عليه اعترف بوقوع الزواج بينه وبين المدعية.
- وحيث أن تسجيل الزواج مما يتطلبه النظام العام للحالة المدنية.

وحيث أنه يتعين الحكم بإثبات عقد الزواج العرفي الواقع بين الطرفين .....

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها خاسر الدعوى طبقا للمادة 225 من قانون الإجراءات المدنية

-لهذه الأسباب-

حكمت المحكمة إبتدائيا علنيا حضوريا بإثبات عقد الزواج المبرم بين الطرفين في بلدية..... وأمر ضابط الحالة المدنية المختص بالتأشير على هامش عقود الطرفين وتحميل المدعي طي بالمصاريف القضائية.

لذا صدر الحكم في التاريخ المشار أعلاه ويليه إمضاء كل من الرئيس و أمين الضبط.

الرئيس	أمين الضبط
.....	.....

ملحق رقم 8

دعوى اثبات طلاق للزوجة المتزوجة عرفيا

انه في يوم .....الموافق .....بناءا على طلب
السيدة:.....المقيمة:..... و محله المختار مكتب
الاستاذ:.....المحامي:.....أنا:.....
.....محضر محكمة:.....قد انتقلت حيث إقامة
السيد:.....المقيم :.....

وأعلنته بالاتي:

بموجب عقد زواج عرفي مؤرخ تزوجت الطالبة من المعلن اليه على صداق و قدره.....الحال منه.....و المؤجل منه..... يحل بأقرب الاجلين و ذلك امام شاهدين وقعا على العقد في مجلس العقد.

و حيث ان المعلن اليه قد ترك الطالبة و سافر الى جهة غير معلومة و لا يعرف متى يعود و انهيخشى على الطالبة الفتنة و هي صغيرة السن و قد طال انتظار عودة المعلن اليه و لكن دون جدوى مما ادى بالطالبة برفع هذه الدعوى طالبة الحكم باثبات طلاقها من المعلن اليه.

بناءا عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت حيث اقامة المعلن اليه و اعلنته بصورة هذه الصحيفة و كلفته بالحضور امام المحكمة:.....و الكائن مقرها:.....و بجلستها المنعقدة علنا في تمام الساعة التاسعة من صباح اليوم :.....الموافق:..../...../..... ليسمع الحكم لها عليه بتطليقها منه طلقة بائنة و امره بعدم التعرض لها في امور الزوجية بينهما ، مع الزامه بالمصاريف القضائية و الاتعاب.

- حيث أن المحكمة أحالت ملف القضية إلى السيد وكيل الجمهورية طبقا للمادة 141 ق. إ.م.

- المحكمة –

- بعد الإطلاع على أوراق الملف.

حكم شخصي رقم 629 /01 (02 ص)

- بعد الإطلاع على المواد 459.225.85.24.22.28.18.12.8 ق ام
- بعد الإطلاع على محضر سماع الشهود المؤرخ بتاريخ .....
- بعد الإطلاع على إلتماسات ممثل الحق العام.
- بعد المداولة القانونية.
- حيث أن المدعية.....ترافعت ممثل الحق العام بواسطة وكيلتها الأساتذة ..... أمام قسم الأحوال الشخصية من أجل إثبات الزواج العرفي الواقع سنة ..... بينها وبين المرحوم .....المتوفى بتاريخ
حيث أن الزواج تم وفقا للشريعة الإسلامية أمام جماعة من المسلمين .
حيث أن ممثل الحق العام إلتمس تطبيق القانون .
حيث أن الشهود أقروا بواقعة الزواج العرفي الواقع خلال سنة .....بين المدعية والمتوفى .....
حيث أن المحكمة ترى بأن الطلب مؤسس ويتعين الإستجابة له .

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة حكما إبتدائيا علنيا حضوريا في المسائل الشخصية قبول الدعوى شكلا.
وفي الموضوع / قضت بتثبيت الزواج العرفي الواقع خلال سنة.
..... بين المسماة .....والمرحوم .....والأمر بتسجيله بالحالة المدنية لبلدية .....بالسجلات المعدة لذلك مع تحميل المدعية المصاريف القضائية.
لذا صدر هذا الحكم وأفصح به جهرا في اليوم والشهر والسنة المذكورة أعلاه ووقع على أصله كل من القاضي وأمين الضبط الرئيسي .

القاضي أمين الضبط الرئيسي

....

قائمة المراجع

قائمة المراجع

القرآن الكريم

I. الكتب

1 . ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام، طبعة جديدة، دار ابن الجوزي، القاهرة، 2006.

2 . ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب،تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، ج4، دار المعارف، د. ب. ن، د. ت. ن .

3 . أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق، الخلع وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، د.ب.ن، 2004.

4 . بداوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني، ع2، دار الهلال للخدمات الإعلامية، د. ب. ن، د.ت.ن.

5 . بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2004.

6 .ـــــــــــ ، قانون الأسرة مع تعديلات 05 . 02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

7 . بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدَّل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

8 . تحسين بيرقدار، الأنكحة المنهى عنها في الشريعة الإسلامية، ط1، دار ابن حجر، دمشق، 2007.

9 . الحاكم النيسابوري على الصَّحيحين، ط1، تحقيق مصطفى عبد القادر العطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990.

10 . حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد، الزواج العرفي بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

11 . سامي عبد العزيز الدامغ، مشروع الإجراءات المنظمة للطلاق وما يترتب عليه للزوجة والأبناء، السعودية، د.ت.ن.

12 . صحيح مسلم، باب أخذ الحلال والحرام، دار الجيل ودار الآفاق الجديدة، لبنان، د.ت.ن.

13 . عبد العزيز بن عدنان العيدان، فقه الأسرة ونوازلها والمقاصد الشرعية المؤثرة فيها في ضوء القانون والقضاء الكويتي، دراسة فقية وتأصيلية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ج2، الكويت، 2015.

14 . عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009.

15 .ـــــــــــــ، نظام الحالة المدنية في الجزائر،ط 2، دار هومه، الجزائر، د.ت.ن.

16 . عبد الموجود عادل أحمد، الأنكحة الفاسدة في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005.

17 . عمر بوحلاسة، عقود الزواج العرفية، نشرة القضاة، ع2، الجزائر، أفريل 1989.

18 . فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، ط1، مجموعة النيل العربية للنشر، القاهرة، 2001.

19 . محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950.

20 . محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، 1987.

21 . محمد شتا، الزواج العرفي، ط2، دار المجد للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2008.

22 . ممدوح عزمي، الزواج العرفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د. ت.ن.

23 . وفاء معتوق حمزة، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط1، القاهرة، مصر، 2000.

24 . يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، 1993.

II. الرسائل والمذكرات الجامعية

أولا: الرسائل الجامعية

– آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2014.

ثانيا: المذكرات الجامعية

أ . المذكرات الجامعية

1 . معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004.

2 . يوسفات علي هشام، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009.

3 . أو عبد القادر صبرينة، إثبات عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2012.

4 . بن براهم نور الدين، إشكاليات الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2015.

ب . مذكرات التخرج

1 . سالمي سميرة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثبات عقد الزواج الرسمي والعرفي، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، 2007.

2 . قسنطيني حدة، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، 2004.

III. المقالات:

. محمد أبو الهيثم، ظاهرة منحرفة انتشرت باسم الزواج العرفي، مقال منشور على الإنترنت على موقع WWW .USLAMWAY .COM ، بتاريخ 9 / 01 / 2002.

IV. النصوص القانونية:

1 . قانون رقم 63 / 244، الصادر في 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزواج، الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة بتاريخ 02 جويلية 1963.

2 . قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، متضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر، ع 31، صادرة في 31 جويلية 1984، معدل ومتمم بأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر، ع 15، صادرة في 27 فيفري 2005.

3 . أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، معدل بأمر 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005، ج ر، ع 44، ومعدل بأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر، ع31، صادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

4 . قانون رقم 08 -09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، صادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

5 . قانون رقم 62-126 المؤرخ في 13 ديسمبر 1962، المتعلق بالحالة المدنية، ج ر، ع 08، صادرة في 14 ديسمبر 1962، معدل ومتمم بأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، ج ر، ع 21، صادرة في 27 فيفري 1970، ومعدل بأمر رقم 14-08، المؤرخ في 9 أوت 2014، ج ر، ع 49، صادرة في 20 أوت 2014.

V. الإجتهادات القضائية:

1 . المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 1981/10/08، ملف رقم 34137، م ق، ع4، 1981.

2 . نشرة القضاة، قرار بتاريخ 1982/11/22، ملف رقم 28784، ع 2، 1982، ص32.

3 . المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 1984/12/03، ملف رقم 35026، م ق، ع4، 1984، ص86.

4 . المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 1985/09/23، ملف رقم 37501، م ق، ع1، 1989.

5 . المحكمة العليا، غ أ ش م، ملف رقم 38105، م ق، ع1، 1989، ص 98.

6 . المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 1987/02/07، م ق، ع3، 1990، ص65.

7 . المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم 58224، م ق، ع4، 1991، ص 110.

8 . المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 1986/12/15، ملف رقم 34889، م ق، ع2، 1993، ص37.

9 . المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 1981/01/02، م ق، ع3، 1995، ص53.

10. المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 1992/09/29، ملف رقم 84334، م ق، عدد خاص،2001، ص44.

11. المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 1998/12/15، م ق، عدد خاص، 2001، ص56.

12. المحكمة العليا، غ أ ش م، قرار بتاريخ 1999/02/16، ملف رقم 216850، م ق، عدد خاص، 2001، ص100.

الفهرس

مقدمة 1

الفصل الأول: إشكالات إثبات الزواج العرفي 4
المبحث الأول: ماهية الزواج العرفي 5
المطلب الأول: مفهوم الزواج العرفي وأسبابه..... 5
الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي..... 5
أولا: الزواج العرفي لغة..... 5
ثانيا: الزواج العرفي اصطلاحا 6
الفرع الثاني: أسباب إنتشار الزواج العرفي 6
أولا: أسباب دينية وإجتماعية 6
ثانيا: أسباب إدارية وقانونية 7
المطلب الثاني: صور الزواج العرفي وحكمه 9
الفرع الأول: صور الزواج العرفي 9
أولا: الزواج العرفي المستوفي للأركان والشروط 9
ثانيا: الزواج العرفي غير المستوفي للأركان والشروط 9
الفرع الثاني: حكم الزواج العرفي 10
أولا: الزواج العرفي في الفقه الإسلامي 10
ثانيا: الزواج العرفي في القانون الجزائري 11
المبحث الثاني: إثبات عقد الزواج العرفي 13
المطلب الأول: طرق إثبات عقد الزواج العرفي 13
الفرع الأول: الإقرار 13
أولا: تعريف الإقرار وشروطه 14
ثانيا: أنواع الإقرار وحجيته 15
الفرع الثاني: الشهادة 17

أولا: تعريف الشَّهادة وشروطها 17
ثانيا: نصاب الشَّهادة وحكم الرجوع عنها 20
الفرع الثالث: اليمين والنكول عنه 21
أولا: تعريف اليمين وحجيته 21
ثانيا: النكول عن اليمين 22
المطلب الثاني: تسجيل الزواج العرفي 23
الفرع الأول: إجراءات تسجيل الزواج العرفي 23
أولا: تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه 24
ثانيا: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه 27
الفرع الثاني: آثار تسجيل عقد الزواج العرفي 29
أولا: آثار تسجيل عقد الزواج العرفي على الزوجين والأولاد 30
ثانيا: آثار تسجيل عقد الزواج على المجتمع 32

الفصل الثاني: إشكالات إثبات الطلاق العرفي 34
المبحث الأول: إثبات الطلاق العرفي 35
المطلب الأول: طرق إنحلال الرابطة الزَّوجية 35
الفرع الأول: إنحلال الزواج العرفي بإرادة الزوج 36
أولا: تعريف الطلاق.....36
ثانيا: أنواع الطلاق 37
الفرع الثاني: إنحلال الزواج العرفي بإرادة الزوجة 39
أولا: التطليق 39
ثانيا: الخلع 41
المطلب الثاني: طرق إثبات الطلاق العرفي 43
الفرع الأول: إشكاليات الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية 44

أولا: حالة عدم تسجيل عقد الزواج 44
ثانيا: حالة إعادة الزواج 44
ثالثا: إحتساب العدة 46
الفرع الثاني: إثبات الطلاق العرفي في القضاء الجزائري 46
المبحث الثاني: استصدار الحكم المثبت للطلاق 48
المطلب الأول: الإجراءات المتبعة 48
الفرع الأول: رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي 48
أولا: الهيئة القضائية المختصة 49
ثانيا: الشروط الواجب توافرها في رافع الدعوى 49
ثالثا: تقديم العريضة 50
الفرع الثاني: التحقيق في واقعة الطلاق 51
أولا: اللجوء إلى التحقيق 51
ثانيا:إجراء التحقيق 51
المطلب الثاني: إصدار حكم الطلاق العرفي وآثاره 53
الفرع الأول: إصدار حكم الطلاق العرفي 53
الفرع الثاني: آثار الحكم بالطلاق العرفي 55
أولا: تنفيذ الحكم 55
ثانيا: آثار تنفيذ حكم الطلاق العرفي 56
خاتمة 58
الملاحق 60
قائمة المراجع 71
الفهرس 76

ملخص

استقرَّت قرارات المحكمة العليا على تثبيت الزَّواج العرفي، و اعتباره صحيحا بمجرد استيفائه لشروطه الشَّرعية، وقد نظَّم كل من قانون الحالة المدنية و قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراءات إثبات وتسجيل عقود الزَّواج العرفية.

إلَّا أنَّ المشرِّع الجزائري لم يسن عقوبات ردعية للحد من ظاهرة الزَّواج العرفي، ما جعل هذا النَّوع من العقود مستمر في المجتمع الجزائري.

أمَّا فيما يخص الانحلال الناجم عنه أي الواقع خارج مجالس القضاء، أو ما يعرف بالطَّلاق العرفي، فإنَّ قانون الأسرة الجزائري لا يعترف إلَّا بالطَّلاق الذي يصدر بشأنه حكم قضائي، إلَّا أنَّ ذلك لا يمنع من الاعتداد به وفقًا لأحكام الشَّريعة الإسلامية، بشرط إثباته وفق طرق الإثبات المقررة قانونًا.

Résumé

Les décisions de la cour suprême sont installé à éprouvé le mariage coutumier et le considéré comme valide, dés qu'il satisfait aux conditions religieuses, et le code d'état civile et le code des procédures civile et administrative ont organisés des procédures pour prouver et transcrive les mariages coutumiers.

Cependant le législateur algérien n'a pas adopté des sanctions dissuasives pour réduire le phénomène des mariages coutumiers, ce qui rend ce type de contrats en cours dans la société algérienne.

Quand à la dissolution en fait hors tribunal ou divorce coutumier soi-disant nommé, le droit de la famille Algérien ne reconnait que le divorce publie par une décision judiciaire, mais cela ne l'empêche pas d'affirmé ce divorce conformément aux dispositions de la religion islamique, à condition qu'il soit prouvé selon les méthodes e fourni par la loi.