

# إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه " دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري "

بقلم

د / عبد الله حاج أحمد \*



## ملخص

إذا وقع نزاع حول واقعة الزواج العرفي بين الزوجين، وكان أحدهما يدعي قيام الزواج، والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه أو في صحته، فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة، وإذا تمكن المدعي من إثبات الزواج حكمت المحكمة بقيام الزواج. وتبحث هذه الصفحات في الوسائل التي يتم بها إثبات الزواج العرفي حال التنازع بين الطرفين، من خلال بيان مفهوم عقد الزواج العرفي، ثم عرض وسائل إثبات عقد الزواج العرفي.

الكلمات المفتاحية: زواج عرفي - إثبات - نزاع - دعوى.

\* أستاذ محاضر - كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية - جامعة أدرار - الجزائر.

## مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، المبعوث رحمة للعالمين، وعلى من اتبع هداه، وسار على نهجه إلى يوم الدين، وبعد: أمر الإسلام الشباب بالزواج؛ لأنه يتماشى مع الطبع الإنساني والقيم الدينية والنفسية والاجتماعية، وحرص في ذلك على إتباع إجراءات معينة، تعطي لهذا العقد الهيبة والقوة الدينية، إذ يشترط الإسلام ضرورة توافر الرضا، والولي، والصداق، والشهود لانعقاده، وقد جاءت القوانين الوضعية في الدول الإسلامية، وأمرت بتسجيل عقد الزواج لأهداف عملية تحفظ الحقوق من الضياع.

وعلى غرار باقي التشريعات أوجب المشرع الجزائري قيد الزواج في سجلات الحالة المدنية، غير أنه ورغم صراحة النصوص القانونية بضرورة تسجيل عقد الزواج إلا أن بعض الأفراد يغفلون هذا الشرط ويعقدون زواجهم دون تسجيله وفقاً للصيغة التقليدية للزواج، وهو ما يعرف بالزواج العرفي، ويرجع السبب الرئيسي في ذلك إلى العامل الديني، حيث يكفي لقيام عقد الزواج في الشريعة الإسلامية على توافر أركانه لاعتباره زواجاً صحيحاً لا يحتاج إلى تأكيده بموجب عقد إداري، بالإضافة إلى ما يُحتّمه القانون من وجوب علم الزوجة الأولى واللاحقة في حالة تعدد الزوجات، ولهذا يرى الأفراد أنه وما دام هذا العقد صحيحاً من الناحية الدينية، فليس هناك ما يدعو لاتباع الإجراءات الإدارية، وبالخصوص بالنسبة للقاطنين في المناطق النائية البعيدة.

فإذا ما وقع نزاع حول واقعة الزواج العرفي بين الزوجين، وكان أحدهما يدعي قيام الزواج، والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه أو في صحته، فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة، وإذا تمكن المدعي من إثبات الزواج حكمت المحكمة بقيام الزواج، وعندما يصبح الحكم نهائياً، يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية. وبالتالي فإن هذا البحث يدور حول إشكالية رئيسية، وهي: ما هي الوسائل التي يتم بها إثبات الزواج العرفي حال التنازع بين الطرفين؟ وسوف نتطرق في الجواب عن الإشكالية المذكورة إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم عقد الزواج العرفي.

المبحث الثاني: وسائل إثبات عقد الزواج العرفي.

## المبحث الأول مفهوم عقد الزواج العرفي

يتم عقد في الشريعة الإسلامية دون شكليات، ويكون صحيحاً متى توافرت أركانه الشرعية، غير أنه يستوجب إعلان الزواج وإشهاره، ولا يشترط لصحة العقد تحرير الوثيقة المثبتة له في مجلس العقد، بل الوثيقة جعلت دليلاً كتابياً على وجود الزواج، وهو ما يُحتّم القول بأن الزواج العرفي هو زواج تم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، غير أنه لم يتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانوناً، وهو ما يدعو لتحديد مدلول عقد الزواج العرفي (المطلب الأول)، وكذا معرفة العوامل التي تُساهم في حدوثه (المطلب الثاني).

## المطلب الأول تعريف عقد الزواج العرفي

يشارك الزواج العرفي مع الزواج الرسمي في جميع الأركان والشروط باستثناء التسجيل، وهو ما يجعل تعريف عقد الزواج العرفي يقترب من تعريف عقد الزواج الرسمي، فرغم اختلاف التعريفات التي جاء بها الفقهاء لعقد الزواج، فإن التقارب في المعنى يجمعها، حيث يُعرّف الزواج في الاصطلاح الشرعي بأنه: "عقد وضعه الشارع يرد على حل المتعة على الوجه المشروع وعلى سبيل القصد"<sup>(1)</sup>، أو هو "عقد يُفيد حل استمتاع كل من العاقد بالأخر على الوجه المشروع"<sup>(2)</sup>، وهو ما يجعل الهدف من الزواج حل المعاشرة الزوجية على الوجه المشروع.

وتمّ تعريف الزواج العرفي بأنه: "عقد بين رجل وامرأة أبرم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وتم فيه الدخول بالزوجة إلى بيت الزوجية، ولم يُسجّل في سجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانوناً لذلك"<sup>(3)</sup>، ويظهر من خلال التعريف بأن ضابط التمييز بين الزواج العرفي والرسمي هو القيد وعدمه في سجلات الحالة المدنية، فالزواج العرفي يبقى صحيحاً ولو لم يتم تسجيله بالحالة المدنية؛ لأن إغفال هذا التسجيل وإن كان لا يُؤثر في قيامه، فإنه يبقى لازماً لإثباته بحكم نص م 22 من قانون الأسرة الجزائري.

ولقد تنازع الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للزواج، فمنهم من اعتبره عقدا يتم بتلاقي إرادة كل من الزوج والزوجة، وهذا الاتفاق يرتب الكثير من الآثار القانونية، وأنتقد هذا الرأي على أساس أن هذه الأخيرة تترتب على العقد بمعناه التقليدي، والتي يقوم بتحديد أطراف العلاقة طبقا للقاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين"، بينما يرى البعض الآخر بأن القانون هو الذي يُحدّد الآثار المترتبة على الزواج بنصوص أمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها، فالقانون هو الذي يُحدّد آثار عقد الزواج وشروطه، واعتبر أصحاب هذا النقد الزواج نظاما قانونيا خاصا، يختلف مفهومه عن المفهوم التقليدي للعقد<sup>(4)</sup>.

أما بالنسبة لتعريف عقد الزواج في التشريع الجزائري، فقد نصت المادة 4 منه على أن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، وإذا كان الزواج قد انعقد بطريقة رسمية، مستوفيا بذلك الإجراءات الشكلية من حيث تسجيله، فإنه بهذه الطريقة لا يطرح أي إشكال من حيث إثباته، إذ يثبت بواسطة مستخرج من سجل الحالة المدنية.

وعليه، فإن عقد الزواج العرفي هو عقد زواج كامل الأركان والشروط المطلوبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري غير أنه لم يتم تسجيله، وبذلك يُعتبر هذا العقد معترفا به من الناحية القانونية والشرعية، غير أنه لا يمكن الاحتجاج به من طرف الزوجين إلا بعد تسجيله، كأن يتزوج شخص زواجا رسميا ثم بعد ذلك يتزوج زواجا عرفيا، دون أن يعلم زوجته الأولى كما يستوجب القانون في المادة 8 من قانون الأسرة.

### المطلب الثاني

#### عوامل وجود الزواج العرفي

يدفع الأشخاص للزواج العرفي العديد من العوامل أدت باستمرار الصيغة التقليدية للزواج بالرغم من الإلزام المنصوص عليه في القانون، حيث استوجب قانون الأسرة الجزائري قيد الزواج في سجلات الحالة المدنية، فرغم صراحة النصوص القانونية بضرورة تسجيل عقد الزواج إلا أن بعض الأفراد يغفلون هذا

الشرط ويعقدون زيجاتهم دون تسجيلها، وهو ما يُعرف بالزواج العرفي، ويرجع انتشار هذه الظاهرة لعدة أسباب من بينها:

- أسباب إدارية: وتتمثل في وجود شروط إدارية لا يمكن لطالبي الزواج استيفاؤها، أو لتسرع الآباء في تزويج الأبناء قبل بلوغ سن الرشد، ذلك أن إبرام عقد الزواج الرسمي أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، يحتاج إلى استيفاء جملة من الشروط تختلف باختلاف الزوج عما إذا كان مطلقاً أو عسكرياً أو أجنبياً، فمثلاً بخصوص السن القانونية لعقد الزواج، وهي السن المحددة بتسعة عشر سنة وفقاً لنص م 7 من قانون الأسرة، وفي حالة ما إذا كان أحدهما أو كليهما أقل من ذلك، فإن زواجهما الرسمي لا يتم إلا بمقتضى ترخيص صادر عن رئيس محكمة موطن طالب الترخيص، وهو ترخيص قد يرى البعض تجنّب استصداره خوفاً من رفض منحه لعدم استيفاء الشروط، فيلجأ الزوجان إلى الصيغة التقليدية للزواج.

كما أنه من بين الشروط القانونية التي تدفع بالأشخاص للزواج العرفي نجد شرط وجوب رخصة مسبقة لبعض الفئات من الموظفين مثل فئة سلك الأمن والعسكريين، وكذا وجوب علم الزوجة الأولى واللاحقة في حالة تعدد الزوجات، ولهذا يرى الأفراد أنه وما دام هذا العقد صحيحاً من الناحية الدينية، فلا داعي لتعقيد الأمور بإتباع الإجراءات الإدارية.

- أسباب شرعية: تتمثل في كون عقد الزواج وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية رضائياً لا شكلياً، فالعائلات الجزائرية تعودت على إبرامه وفقاً لما ينص عليه الدين الإسلامي من توافر للأركان الشرعية لعقد الزواج، واعتباره زواجا صحيحاً منتجاً لكافة آثاره الشرعية، متى توافر الرضا الصحيح، والصدّاق المعلوم، وولي الزوجة، وشاهدي عدل بالغين عاقلين، فلا يحتاج لإجراءات شكلية يتم تأكيدها بموجب التسجيل الإداري.

- أسباب تاريخية: تأثر الأسر الجزائرية بالعادات والتقاليد لأسباب تاريخية عبّر عنها الشيخ أحمد حماني بقوله: "ولا يضره (عقد الزواج) أنه لم يكن بصفة رسمية، وأنه لم يُسجل في الحالة المدنية؛ لأن ذلك غير مشروط، وكثير من حالات الزواج عندنا كانت لا تُسجّل في عهد الاستعمار، مقاطعة من الشعب لمحاكمه، وفي عهد الثورة كان رجالها يتهون عن الذهاب إليها"<sup>(5)</sup>، وعليه فقد تعود الجزائريون على

الاكتفاء بإبرام عقد الزواج، بحضور جماعة من الكبار والأعيان، ورجال الدين من الأئمة وحفظه القرآن الكريم.

وإذا كانت النصوص التي أصدرها الاستعمار الفرنسي منذ عام 1882م بخصوص تسجيل الزواج بالحالة المدنية لم تحقق غايتها لبعض الجزائريين له بالدرجة الأولى، وتفضيلهم مقاطعة محاكمه على النحو المتقدم، فإن النصوص الصادرة بعد الاستقلال بهذا الشأن لم تُؤدِّ بدورها إلى تحقيق الغاية المرجوة منها أيضاً، بفعل تجاهلها لمشاعرهم الدينية، وتعلّقهم بالعادات والتقاليد والقيم الإسلامية التي يعتبرون زواجهم لا يصح إلا إذا أبرم وفقاً لها؛ لأن الزواج الرسمي في نظرهم لا لزوم له إلا من أجل تسوية وثائقهم الإدارية ليس إلا، وهي نظرة جعلتهم يستمرون في إبرام زواجهم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك من دون اهتمام بتلك النصوص القانونية المنظمة لعقد الزواج<sup>(6)</sup>.

- أسباب اجتماعية: وتتمثل في انعدام الثقافة القانونية المُدرّكة لإرادة المُشرّع ومقاصده من تشريع التقييد أو التسجيل الإداري، والتوعية بالمخاطر الناجمة عن عقد الزواج غير الموثق، كما أن انعزال بعض البلديات يجعل الأفراد ينظرون إلى التنقل لتسجيل عقد الزواج على أنه عبء ثقيل لا طائلة منه طالما أن الاقتصار على الأركان الشرعية يجعله صحيحاً مُنتجاً لأثاره.

## المبحث الثاني وسائل إثبات عقد الزواج العرفي

لقد فرضت المشاكل الاجتماعية المتعدّدة الناتجة عن الزواج العرفي ضرورة تسجيل عقد الزواج، الذي يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وهو ما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة على أنه: "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"، فمتى توفرت الأركان الشرعية للزواج جاز القضاء بتسجيل الزواج العرفي، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي<sup>(7)</sup>. وإذا كان الزواج يثبت في الحالات العادية

بمستخرج من سجل الحالة المدنية، فإن الإشكال الذي يطرح هو كيفية إثبات الزواج حال انعقاده بطريقة عرفية بمجرد توفر الأركان المتطلبة شرعاً دون تسجيله. والشريعة الإسلامية تعتمد في إثبات الزواج على واحدة من الطرق الثلاثة التالية، وهي: الإقرار والبينة والنكول عن اليمين، فإن ادعى أحد الزوجين الزواج أو أمر يتعلق به كالنفقة مثلاً، فإن أقر الطرف الآخر ثبت؛ لأن الإقرار حجة على المقر، فإن لم يقر طوّل المدعي بالبينة، فإن أتى بشهود يشهدون على دعواه ثبت العقد، فإن عجز المدعي عن إقامة البينة، وجهت اليمين إلى الطرف الآخر، فإن حلفها اعتبرت الدعوى مرفوضة، أما إذا امتنع عن اليمين قضى بشوت الزواج؛ لأن النكول إقرار غير مباشر، بينما القضاء الجزائي لم يتبع هذا التدرج، بل جعل سيدة الأدلة في إثبات وجود واقعة الزواج العرفي هي البينة، سواء كانت شهادة عيان أو شهادة سماع، وهو ما يدعونا للتعرف على طرق إثبات الزواج العرفي، فتكون البداية بالإقرار (المطلب الأول)، ثم الشهادة (المطلب الثاني)، وبعدها النكول عن اليمين (المطلب الثالث).

### المطلب الأول الإقرار

الإقرار بوجه عام هو واقعة مادية، تنطوي على تصرّف قانوني مفاده اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق أو لم يقصد<sup>(8)</sup>، كما يُعرّف الإقرار في القانون المدني الجزائري حسب نص المادة 341 بأنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".

وينقسم الإقرار حسب القواعد العامة للإثبات إلى نوعين:

1- الإقرار غير القضائي: هو ذلك الإقرار الذي تم خارج مجلس القضاء، كأن يقر فلان أن فلانة زوجته خارج مجلس القضاء، سواء أكان ذلك كتابة أم شفاهة، وسلطة التقدير لمثل هذا الإقرار موكلة للقاضي، يُقدرها وفقاً لظروف الدعوى وملابساتها، ويظهر مثل هذا النوع من الإقرار في الزواج العرفي، عند تحرير

الموثق لما يسمى بعقد الإقرار بزواج بناء على طلب الزوجين معا وبالإرادة الحرة لكل منهما، وليس بالإرادة المنفردة لأحدهما.

2- الإقرار القضائي: هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، كأن يقف الزوج أمام القاضي، ويقر بقيام علاقة زوجية بينه وبين المدعى عليها.

- حجية الإقرار: يعتبره جمهور الفقهاء حجة قاصرة على المقر وحده، ولا يتعداه إلى غيره، إلا أنهم اعتبروه وسيلة كافية في حد ذاته لإثبات الزواج، إذا ما أقر به أحد الطرفين، فيقول الإمام أبو زهرة: "إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج، فادعى الرجل وجوده تسأل المرأة فإن أقرت قضى بالزواج وثبت بتصادقهما، وإن أنكرت فإن عجز عن البينة وجهت اليمين إلى المرأة على رأي الصاحبين"<sup>(9)</sup>.

وعليه، فإن الفقه الإسلامي يعتبر الإقرار حجة، أي وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، فإن رفض أحد الطرفين الإقرار يكون الاتجاه للبينة. أما المشرع الجزائري فقد نص صراحة في المادة 342 ف1 من القانون المدني على أن: "الإقرار حجة قاطعة على المقر".

ويعني ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم حجة على المقر، ويتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له ولا تتعداه إلى غيرهما، إلا أن القضاء الجزائري لا يعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، وذلك لما يتميز به هذا العقد من خصوصية وطابع اجتماعي لا تكاد نلتمسه في باقي العقود الأخرى، حيث يتم اللجوء للبينة أو ما يسمى بشهادة الشهود، باعتباره الدليل الأنجع من حيث القوة الثبوتية.

## المطلب الثاني الشهادة

للبينة معنيان، معنى عام وهو الدليل أيا كان كتابة أو شهادة أو قرائن، فإذا قلنا البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فإنما نقصد هنا البينة بهذا المعنى العام، أما المعنى الخاص، فيراد بها شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، وقد كانت

الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب، وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تُذكر إلى جانب الشهادة، فانصرف لفظ "البينة" إلى الشهادة دون غيرها.

وتوجد هناك ثلاثة أنواع للبينة، وهي:

أ- شهادة الرؤية (الشهادة المباشرة): الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة، فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه، فالذي يميز الشاهد إذن هو أنه يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية إما لأنه رآها بعينه، فجاء إلى مجلس القضاء ليشهد بما رأى، أو سمعها بأذنه فجاء إلى مجلس القضاء ليشهد بما سمع وإما لأنه رأى وسمع.

وإذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة، فإن الشاهد يدلي في مجلس القضاء بما عاينه بصورة شخصية ومباشرة أثناء إنشاء واقعة الزواج العرفي بما في ذلك معرفته لطرفي العقد من زوج وزوجة ومكان وزمان وظروف إبرام عقد الزواج من رضا الزوجين ووجود الولي وتسمية الصداق<sup>(10)</sup>.

وحول ما إذا كانت شهادة الأقارب، تعد جائزة لإثبات وتسجيل الزواج العرفي، فقد استقر قضاء المحكمة العليا على أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق، ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزوجة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج، مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي، وشهود، وصداق، فالقضاء بإثبات الزواج العرفي، يعد تطبيقاً سليماً للقانون<sup>(11)</sup>.

ب- الشهادة السماعية: وتسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة عن الشهادة، حيث يشهد فيها الشاهد بما سمعه من غيره، فالشاهد هنا لم يشهد الواقعة مباشرة، وإنما يشهد أنه سمع بواقعة يرويها له شاهد رآها بعينه وسمعها بأذنه، كأن يشهد شخص أمام القاضي أنه سمع شخصاً آخر يروي له أن فلان تزوج بفلانة.

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

وقد استقر قضاء المحكمة العليا بأن الزواج العرفي لا يثبت إلا بشهادة العيان، التي يشهد أصحابها بها، أنهم حضروا قراءة الفاتحة، أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها، أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم، أن الطرفين

كانا متزوجين، ولما كان الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان، أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فإن القضاء برفض دعوى إثبات الزواج العرفي، يُعد تطبيقاً صحيحاً للقانون<sup>(12)</sup>.

ج- الشهادة بالتسامع: هي شهادة بما يتسامعه الناس، وهي عكس الشهادة السمعية التي يمكن تحري مصدر الصدق فيها، وتحميل صاحبها مسؤولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره، فالشهادة بالتسامع صاحبها لا يروي عن شخص معين، ولا عن الواقعة بالذات، بل يشهد بما يتسامعه الناس عن هذه الواقعة، وما شاع بين الجماهير في شأنها، فهي غير قابلة للتحري، ولا يتحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما شهد به، كالقول مثلا: قيل أن فلان تزوج فلانة<sup>(13)</sup>. وقد أجازت الشريعة الإسلامية هذه الشهادة لاسيما في مسألة إثبات الزواج؛ لأنها ضرورة دعت إليها المصالح والحاجة الشديدة لاسيما إذا أثمر هذا الزواج إنجاب أطفال، وهو ما أخذ به القضاء الجزائري، حيث سارت المحكمة العليا في سياق أحكام الشريعة الإسلامية، وأخذت بشهادة التسامع في العديد من قراراتها، ومنها القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 الذي جاء فيه أنه: "من المقرّر شرعاً أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان، التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين ... فيما يتعلق بالسبب المستدل به على طلب نقض إثبات الزواج أو نفيه مما يستقل به قاضي الموضوع، ويثبت إما بشهادة العيان وإما بشهادة السماع، والطاعن لم يأت بأية واحدة من الشهادتين، فلا هو أحضر رجالاً حضروا قراءة الفاتحة، أو حضروا زفاف الطرفين ...، كما أنه لم يأت ببينة إسماع يشهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج ( ب ز) ... لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"<sup>(14)</sup>.

ويشترط في أداء الشهادة أن تكون موافقة للدعوى، فلا تقبل الشهادة المنفردة عن الدعوى، فإذا كنا بصدد دعوى لإثبات الزواج العرفي، فيجب أن تنصب الشهادة على واقعة الزواج العرفي دون غيرها، فلا يشهد الشاهد مثلاً على وجود

أولاد بين فلان وفلانة؛ لأن ذلك ليس قرينة على حصول زواج شرعي مكتمل الأركان.

كما يُشترط أن تكون شهادة الشاهدين متوافقة؛ لأن باختلافهما لم يكتمل نصاب الشهادة، ولا يجب أن تكون هذه الموافقة تامة بل يمكن أن تكون ضمنية، كأن يشهد شاهد في عقد زواج عرفي أن فلانة زوّجها وليها لفلان على صداق قدره أربعين ألف دينار، ويشهد الثاني بنفس الشيء دون أن يحدد قيمة الصداق، ففي هاته الحالة يقبل القاضي الشهادتين ما دام الفرق في قولهما لا يصل إلى حد التعارض، وقد جاء في قرارات المحكمة العليا أن الزواج العرفي لا يمكن إثباته بواسطة شهادة متناقضة، وأهم ما جاء في هذا القرار أنه من المقرر شرعا أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك، يعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وإذا كان إثبات الزواج أو نفيه يرجع لسلطة قضاء الموضوع، فإن ذلك يوجب أن تبقى على بينة لا يدخل فيها الشك ولا يحيط بها الاحتمال؛ لأن التناقض في الشهادة يزيل أثرها، ويمنع بناء الحكم عليها لاحتمال صدقها وكذبها<sup>(15)</sup>.

أما بالنسبة لنصاب الشهادة حسب أحكام الشريعة الإسلامية، فإن نصاب الشهادة هنا رجلان أو رجل وامرأتان<sup>(16)</sup>، ويتمثل دور القاضي حيال الشهود في استفسارهم عما إذا حضروا مجلس العقد، ويتأكد من عددهم حتى يحترم نصاب الشهادة، ثم يتم تحليل الشاهد اليمين القانونية على أن لا يقول غير الحق، بعدها يقوم القاضي باستفسار الشهود عن معرفتهم للخصوم، وفيما إذا حضروا فاتحة الزواج أم حفل الزفاف، ومن تولى العقد كولي للزوجة، ويسألهم عن التاريخ أو السنة التي تم فيها الزواج العرفي لاسيما إن كانت الشهادة سماعية وعن مكان إبرام عقد الزواج العرفي....

### المطلب الثالث النكول عن اليمين

إذا كان المُراد باليمين أنه قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول، فإن النكول عن أداؤها هو رفض من وجهت إليه اليمين حلفها، فإذا نكل عنها خسر دعواه، وهو ما نصت عليه المادة 347 من القانون المدني: "كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردّها على خصمه، وكل من ردّت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه".

والنكول عن اليمين في الشريعة الإسلامية لا يعتد به عموماً، باستثناء بعض الفقهاء منهم الصاحبين الذين يتخذون النكول عن اليمين، وسيلة كافية بحد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، حيث يقول الإمام أبو زهرة أنه: "عند فشل إثبات الزواج بكل من وسيلتي الإقرار والبيّنة، توجه اليمين إلى المرأة، فإن حلفت رفضت دعوى الزوج؛ وإن نكلت عن اليمين قضي عليها بالزواج؛ لأن النكول إقرار على مذهب الصاحبين المفتى به في الفقه الحنفي"<sup>(17)</sup>.

وبالنسبة للقضاء الجزائري لا يكون الاعتداد باليمين إلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معاً، ويتعين على القاضي توجيهها إلى المدعي، بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود، الذين يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وفقاً للشريعة الإسلامية، فإذا مات أحد الزوجين وادعى الحي منهما الزوجية، فإن الزواج يثبت لكن مع يمين المدعي.

وحول ما إذا كانت شهادة العيان لوحدها، تكفي لإثبات الزواج العرفي بعد وفاة أحد الزوجين، استقر قضاء المحكمة العليا على أن: "يُثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين، وهذا طبقاً لقول خليل في باب أحكام الشهادة" لا نكاح بعد الموت"، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها العرفي من الهالك إضافة إلى سماع شهادة الشهود طبقوا صحيح القانون"<sup>(18)</sup>.

## خاتمة

وفي ختام هذا البحث، توصلت للنتائج التالية:

1- يخضع عقد الزواج العرفي لأحكام الشريعة الإسلامية، فمتى استوفى أركانه الشرعية اعتبر زواجاً صحيحاً منتجاً لكافة آثاره القانونية من ثبوت النسب، ووجوب النفقة، وانتقال الميراث...، غير أنه لم يتم تسجيله بالحالة المدنية، حيث يُعدّ هذا التسجيل شرطاً قانونياً لإثبات عقد الزواج، ويترتب على ذلك أن إغفال التسجيل لا يؤثر في قيام عقد الزواج إلا أنه يبقى لازماً لإثباته، حيث يتم إثباته في هذه الحالة بحكم قضائي.

2- ينعقد الاختصاص القضائي النوعي لمحاكم الدرجة الأولى دون غيرها، وذلك فيما يتعلق بالطلب القضائي، الذي يهدف لإثبات وتسجيل عقود الزواج العرفي، فإذا كان الطلب مُتعلّقاً بتسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه، فإن تسجيله يتم بصدر حكم بسيط من رئيس المحكمة، وذلك في شكل أمر ولائي (أمر على عريضة) بعد تقديم الطلب ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية مرفقاً بشهادة ميلاد الزوجين وشاهدين يشهدان على قيام الزواج.

3- إذا كان الطلب القضائي يهدف إلى إثبات وتسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه، فإن ذلك يتم بصدر حكم قضائي عن قاضي الأحوال الشخصية وفق ما تنص عليه م22 من قانون الأسرة، حيث يفصل هذا الحكم في الدعوى القضائية التي تمّ رفعها من قبل الزوج أو الزوجة، أو ممن له مصلحة كالنيابة العامة.

4- استقرّ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على أن إثبات انعقاد الزواج العرفي المتنازع فيه، يتطلب حضور شاهدين، حيث يتوجب على القاضي الاستماع بنفسه وعلى انفراد لشهادة كل شاهد، سواء كان بحضور الخصوم أو غيابهم، كما يذكر كل شاهد قبل الإدلاء بشهادته اسمه، ولقبه، ومهنته، وموطنه، وكذا قرابته ومصاهرته أو علاقته بالخصوم، ثم يحلف بأن لا يقول غير الحق.

5- لما كان عقد الزواج من أخطر العقود، فإنه يجب على الأفراد أن يلتزموا بتوثيقه، لكونه أصبح الوسيلة الوحيدة لإثبات الحقوق والحفاظ عليها، هذا الأمر الذي يجهله الكثيرون، بسبب نقص توعية الأفراد بسلبات الزواج العرفي ومنافع

تسجيله، كما تكون هذه التوعية مصحوبة بسن عقوبات مناسبة على كل من يخالف هذه الإجراءات المقررة قانوناً.

وفي الأخير أحمد الله عز وجل على توفيقني لإنهاء هذا البحث، كما أستغفره عن كل ما يكون قد صدر مني من خطأ أو تقصير، وصلي اللهم وسلم على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، وسلم تسليماً كثيراً.

## الهوامش:

- (1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، بن عكنون (الجزائر)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002م، ص30.
- (2) محمد أبو زهره، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، القاهرة، دار الفكر العربي، 1971، ص43.
- (3) بدوي علي، "عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع"، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، ع2، 2002، ص157.
- (4) أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص36، ومحمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، بيروت، لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1992م، ص55.
- (5) الشيخ أحمد حماني، فتاوى "استشارات شرعية ومباحث فقهية"، الجزائر، منشورات وزارة الشؤون الدينية، ج1، 1992م، ص355.
- (6) حسين بلحيرش، "الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، س1، ع1، 1432هـ - 2011م، ص136.
- (7) انظر قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 125059، الصادر بتاريخ 10/24/1995م، نشرة القضاة، 1998م، ع53، ص56.
- (8) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الأول، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982م، ص410.
- (9) الإمام أبو زهره، الأحوال الشخصية، ص17.
- (10) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/09/24م، مجلة قضائية، 1984م، ع1، ص64.
- (11) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 188707، 1998/03/17م، المجلة القضائية، 2001م، عدد خاص، ص50.
- (12) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 53272، الصادر بتاريخ 03/27/1989م، المجلة القضائية، 1990م، ع3، ص82.
- (13) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص413.

- (14) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27م، مجلة قضائية، 1990م، العدد 03، ص 82.
- (15) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، 1991م، العدد 01.
- (16) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 376.
- (17) الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 17.
- (18) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 204254، الصادر بتاريخ 09/22/1998م، المجلة القضائية، 2000م، العدد 02، ص 173.