إشكالات اثبات النسب في الزواج غير المسجل

Problems of establishing lineage in unregistered marriages

ناصري كريم ♦
كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة تيارت/ الجزائر
nasri.karim@univ-tiaret.dz

بوغرارة الصالح
كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة تيارت/ الجزائر
salah.bougherara@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2021/05/05 تاريخ القبول: 2021/05/30 تاريخ النشر: 2021/06/29

الملخص:

يترتب على عقد الزواج آثار تتعلق بالزوجين وبأقربائهما، مما يجعله يتسم بالخطورة، التي تولد عنها عدة إشكالات، حاولت التشريعات جعله بعيدا عن العلاقات الجنسية الأخرى، وذلك بتقنينه، وصار من اللازم إفراغه في قالب رسمي أمام جهة إدارية معينة، حددها المشرع الجزائري في ضابط الحالة المدنية.

رغم ذلك لم يمنع من اللجوء إلى إبرام عقود زواج خارج الإطار الرسمي، ولا شك أن عدم التسجيل سينتج عنه إشكالات مستقبلا تعود على الجميع، وفي النهاية يجد الزوجان نفسيهما في المحاكم يصارعان من اجل تسجيل زواجهما، ما يستنزف وقتهما وأموالهما، لذا فإن المسؤولية يتحملها الجميع وأخص بالذكر المشرع إزاء النقائص والثغرات في هذا الباب.

الكلمات المفتاحية: الزواج العرفي ، عدم التسجيل، إثبات، النسب.

Abstract:

The marriage contract has effects, making it dangerous, which generates many problems. Legislation tried to make it separate from other sexual relations by legalizing it, and it became a duty to release it before the civil status officer.

Despite this, it has not been prevented from resorting to concluding marriage contracts outside the official framework, and there is no doubt that failure to register will result in problems, and the spouses find themselves in the courts struggling to register their marriage, so the responsibility is borne by everyone, and I especially mention the legislator about the shortcomings and loopholes.

Keywords: Customary marriage, non-registration, proof of lineage.

♦المؤلف المرسل

مقدمة:

لقد أولى الشارع الحكيم عناية كبيرة بالأسرة، وأعطاها أهمية بالغة، من حيث بيان أسس تكوينها واستمرارها، فجعل الزواج وسيلة لتكوينها، وإنجاب الأولاد من آثارها وتقوية الروابط بين أفرادها، فقال تعالى: **﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها، وجعل بينكم مودة ورحمة، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾** سورة الروم الآية: 21، ومنه حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: **(تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم)**رواه أبي داود [1].

ولقد جاء الإسلام يذكر بأن العلاقة التي تجمع الرجل بالمرأة هي الزواج، ووضع أركانه وشروطه وحدوده، وأكد أن ما عدا ذلك من العلاقات فهو غير مشروع ومحرم بنص الكتاب والسنة النبوية الشريفة.

ولقد اعتنت التشريعات العربية بالأسرة، ونظمت وسيلة تكوينها وحصرتها في الزواج، كطريق شرعي وقانوني وحيد، وأن ما عداه لا يمكن أن يصنف إلا علاقات غير شرعية، وعرفت التشريعات العربية على غرار القانون الجزائري الزواج بأنه عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، ويتميز عقد الزواج بأنه أبدي وغير قابل للتوقيت [2]، وأن أي اتفاق بين الطرفين على تحديده بمدة معينة أو ظرف معين يكيف على أنه زواج متعة ويخرج بذلك من دائرة المشروع إلى دائرة اللامشروع.

غير أن الملاحظ أنه انتشرت أنواع من العلاقات تحت مسمى الزواج العرفي، واتخذت ظاهرة اجتماعية، وهو ما طرح نقاشا حادا، وأثار إشكاليات معقدة، خصوصا أمام تزايده، وهو ما تؤكده الإحصائيات بخصوص عدد القضايا المطروحة أمام المحاكم، والآثار الناجمة عنه، يجعل موضوع البحث له أهمية علمية نظرية وتطبيقية، يحتوي على ما يلي:

- تحديد المشاكل التي تنجم عن الزواج العرفي، وأثره على تزايد حجم القضايا في المحاكم.
- دور القاضي في معالجة القضايا المتعلقة بإثبات الزواج غير المسجل وإلحاق النسب.

وقد اخترت هذا الموضوع للفائدة العملية، ونظرا لأنه موضوع الساعة، وأن كثرة القضايا أمام المحاكم وعدم قدرة النصوص القانونية الحالية على معالجة المشكلة كفيل لتبرير هذا الاختيار، وقد عالجته من خلال طرح الإشكالية التالية: ما مكانة الزواج غير المسجل من الطرق الشرعية لإثبات النسب؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية: ما حقيقة الزواج العرفي؟ وما هي الإشكاليات الناجمة عنه فيما يتعلق بإثباته وآثاره؟

تتطلب هذه الدراسة بيان حقيقة الزواج غير المسجل في مطلب أول، و نسب الولد الناتج من الزواج غير المسجل في مطلب ثان.

[1] - أبو داود سليمان السجستاني، سنن أبي داود، الجزء الثالث، دار الرسالة العلمية، دمشق، سنة 2009، ص 395.

[2] - بن الصغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار الوعي، الجزائر، سنة 2015، ص35.

المطلب الأول: حقيقة الزواج غير المسجل.

سنتطرق في هذا الجزء من البحث إلى تبيان حقيقة الزواج غير المسجل ، وذلك بتعريفه وتحديد خصائصه، وتمييزه عن غيره من الأنكحة، وسنتكلم أيضا عن أسباب انتشاره، وفي فرع ثاني أهم الإشكالات التي يفرزها الزواج غير المسجل فيما يتعلق بإثباته، وفي مطلب ثالث نخصص لسلطات القاضي المرفوع أمامه دعوى إثبات هذا الزواج .

الفرع الأول: تعريف الزواج غير المسجل وتحديد خصائصه.

أولا- إشكالية مصطلح الزواج العرفي:

في البداية لا بد من الإشارة إلى أن مصطلح الزواج العرفي نشأ في مصر، و انتشر بشكل كبير، واتخذ طابعا خاصا به، مما جعل علماء الدين والمثقفين يتخذون مواقف اتجاهه، ولمعرفة حقيقة الزواج العرفي لا بد من الرجوع إلى أقوال الفقهاء المصريين حول أشكال الزواج هنالك، حيث اعتبره بعضهم بالظاهرة المخيفة وهو أشبه بالطاعون الذي ينتشر ويودي بحياة أفراد البلد [1]، ظاهرة تمس الأخلاق والدين والشرف والرجولة، وهذا كلام خطير جدا، ما يستوجب علينا البحث في الزواج العرفي في مصر ومقارنته بما هو سائد عندنا في الجزائر مما يطلق عليه بالزواج العرفي.

فالزواج العرفي هو عبارة عن اتفاق خاص بين الرجل والمرأة أو الشاب والفتاة أو طالب الجامعة وزميلته الذي يتم في سرية تامة بعيدا عن أعين الاسرة والمجتمع ودون إعلانه وإشهاره ودون حضور ولي الزوجة لمباشرة العقد لها، وقد يكتبان ورقة زواج عرفية بذلك فيما بينهما وقد لا يكتبان، ولكن في الغالب يكتبان ويستأجران شاهدين وقد لا يفعلان، ثم تمضي حياتهما في هذا الإطار السري الهش البغيض والذي سرعان ما يتعرض للانهيار أمام أول مشكلة بينهما[2] . لا شك أن هذا الشكل من الزواج العرفي يتعرض للانتقاد، ويكون حكمه الحرمة بسبب عدم اكتمال شروط صحته المتمثلة خصوصا في حضور ولي المرأة فضلا عن الإعلان والإشهار، مما يجعله عقدا فاسدا، واعتبره البعض زنا[3] .

أما في الجزائر يطلق الزواج العرفي على كل زواج توافر فيه أركانه وشروطه، لكن لم يوثق بوثيقة رسمية، ويسمى أيضا بزواج الفاتحة، الذي يتم على يد إمام وبحضور جماعة من المسلمين وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية [4].

والزواج العرفي عموما نوعان: نوع يكون مستوفيا لجميع أركانه وشروطه وهو عقد صحيح شرعا يحل به التمتع وتتقرر به الحقوق للطرفين والذرية الناتجة منه، ونوع ثاني يتخذ إحدى صورتين: أولاهما يكتفي فيها الطرفين

---

[1] - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، الزواج العرفي بين الحظر والإباحة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر ، سنة 2011، ص.12.

[2] - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد ، المرجع نفسه، ص. 116.

[3] -محمود المصري أبو عار، الزواج الإسلامي السعيد، الطبعة الأولى، دار البيان الحديثة، مصر، سنة2006، ص 152.

[4] - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، سنة 2015، ص 472.

بتراضيهما على الزواج دون علم الشهود أو غيرهم، وصورة ثانية يكون فيها الزواج لمدة مؤقتة كسنة أو أقل، وكلا الصورتين باطل [1].

فالزواج العرفي المنتشر في أوساط الجزائريين هو عقد مستوف لجميع أركانه وشروطه، وهو ما كان معروفا أيام الصحابة رضوان الله تعالى عنهم، ولا يعاب عليه من الناحية القانونية إلا مسألة عدم توثيقه رسميا التسجيل لدى الجهات المختصة [2]. لذا فإنه من الأنسب العدول عن إطلاق كلمة الزواج العرفي، والإبقاء على زواج بالفاتحة أو الزواج غير المسجل، تفاديا لخلط المفاهيم والأحكام.

ثانيا- خصائص عقد الزواج غير المسجل:

من خلال التعريف أعلاه يتبين أن الزواج غير المسجل (زواج الفاتحة) لا يختلف عن الزواج الرسمي من حيث توافر أركانه وشروطه، فخصائص الزواج العامة الموضوعية تنطبق على الزواج غير المسجل، ككونه زواج رضائي، وأنه يستلزم اختلاف الجنس بأن يتم بين رجل وامرأة، وأنه يستوجب التأبيد. ويختلف الزواج غير المسجل عن زواج المسيار بأنه زواج عادي يتكلف فيه الزوج السكن والنفقة للمرأة، بينما زواج المسيار يكون غير مسجل كما يكون مسجلا ويتميز هذا الأخير في أن الرجل هو الذي يذهب إلى بيت المرأة تكون في الغالب زوجة ثانية [3]. وإن الخاصية التي تميز الزواج غير المسجل هو أنه غير مسجل بسجلات الحالة المدنية، وقد يكون سبب عدم التسجيل إما جهلا أو تعمدا لوجود أسباب أدت إلى ذلك.

وبالرجوع إلى الأزمنة القديمة نجد أن الناس قد تعارفوا على اعتبار إجراءات عقود الزواج من المسائل الدينية المحضة، كما اعتادوا على أن يسند إبرامها إلى أحد رجال الدين (الطالب أو الإمام) الذي يشرف على مجلس عقد الزواج ويضم ممثلي الخطيبين أو أولياءهما وأقارب الزوجين والأصدقاء والجيران، وغالبا ما يكون ذلك بعد صلاة الظهر أو العصر بالمسجد، ويتبادل ممثلا العروسين عبارات معلومة تتضمن التعبير عن صيغة عقد الزواج (الايجاب والقبول) وتحتوي أيضا على تحديد مبلغ الصداق ونوعه وبعض الشروط، ويختتم المجلس بقراءة سورة الفاتحة ويدعو للعروسين بالهناء والسعادة والذرية الصالحة. .وما يلاحظ أنه لم يكن من بين الحاضرين ضابط الحالة المدنية ولا الموثق، ولم يكن أي أحد منهم يهتم بتسجيل الزواج في سجلات معينة ولا القيام بأي إجراء معين، نظرا إلى أن هذا العقد بالكيفيات التي أبرم بها معترف به وينتج آثاره كاملة ، ولا خلاف في مشروعيته [4].

ثالثا- مبررات عدم تسجيل الزواج:

توجد أسباب كثيرة تدفع إلى اللجوء إلى الزواج العرفي، يمكن حصرها فيما يلي:

1- أسباب دينية: تتمثل في قلة الوازع الديني، واندثار القيم والمبادئ، واضطراب الفتوى بشأن الحكم الشرعي للزواج العرفي.

---

[1] - عبد رب النبي على الجارحي، الزواج العرفي المشكلة والحل، دار الروضة للنشر والتوزيع ، مصر، ص38.

[2] - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع نفسه، ص. 116.

[3] - يوسف القرضاوي، فقه الأسرة وقضايا المرأة، الطبعة الأولى، الدار الشامية، تركيا ، سنة 2017، ص250.

[4] - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2011، ص93.

2- أسباب قانونية: قد يدفع إلى التهرب من توثيق عقد الزواج وجود قيود قانونية، مما يتطلب على طرفي العقد استحضار رخص لتسجيله ومنها:

- فرض قيود على إمكانية التعدد الزواج، بإلزام تقديم رخصة من المحكمة، وهو ما نصت عليه المادة 08 من قانون الأسرة[1].

-

شتراط وثائق إدارية (شهادات الميلاد، الشهادات الطبية)، كما اشترط على الأرملة تقديم شهادة وفاة زوجها الأول، وبالنسبة للمرأة التي سبق لها الزواج أن تقديم نسخة من الحكم القاضي بالطلاق أو التطليق أو الخلع الذي صار نهائيا أو شهادة وفاة الزوج السابق [2]، وقد يتعذر على البعض الحصول عليها، لأي سبب من الأسباب.

- اشتراط تقديم الرخص: كالترخيص للقصر بالزواج بسبب تحديد السن القانوني للزواج ب 19 سنة سواء للفتى أو للفتاة [3]، والرخص المسبقة التي تمنح للعسكريين وموظفي الأمن الوطني من طرف الجهة المختصة التي ينتسبون إليها [4].

هذا وإن مجرد القول أن الزواج كثيرا ما يرتبط بقراءة الفاتحة وحضور الإمام أو إقامة ذلك المجلس بالمسجد، خصوصا وأن كل ذلك مترسخ في أذهان الجزائريين، بل إن الكثير منهم يعتبره أصلا من أصول الدين ولا ينبغي تجاهله ولا التغاظي عنه، هذا وأمام عدم اشتراط الشريعة الإسلامية لزوم إفراغ الزواج في عقد رسمي ومكتوب، ومن ناحية أخرى تساهل القانون في قبول عقود الزواج المبرمة خلافا للأشكال القانونية، وذلك رغم صدور تعليمات من وزارة الشؤون الدينية تمنع الأئمة من إبرام مثل هذه العقود، وعدم فرض جزاءات على مخالفتها، مما أدى إلى انتشار ظاهرة الزواج غير المسجل.

وأضاف بعضهم من بين الأسباب المؤدية إلى انتشار الزواج العرفي الاختلاط بين الرجال والنساء في أماكن العمل ودور العلم والرحلات، وتفسخ الأسرة وانعدام الرقابة، والتبرج في المدارس والجامعات وأماكن العمل، بالإضافة إلى المطالبات بالمزيد من الحرية والتحلل[5].

رابعا- تمييز الزواج غير المسجل عن الزواج المسجل والزواج المغفل:

1-تمييزه عن الزواج المسجل: إن كلا من الزواج غير المسجل والزواج المسجل زواج شرعي من حيث الشكل والصورة، أي من حيث إكتمال الأركان والشروط وانتفاء الموانع [1].

---

[1] - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 448.

[2] - عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص88. بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 448.

[3] - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، سنة2018، ص 24.

[4] - بلحاج العربي، المرجع نفسه ، ص450.

[5] - سعيد عبد العظيم، الزواج العرفي، دار الإيمان للطبع والنشر والتوزيع، مصر، سنة 2002، ص 28 وما بعدها.

فالزواج المسجل (الرسمي) أبرم وفقا لأحكام الشريعة والقانون، فهو يتوافر على جميع الشروط الموضوعية والشكلية، ولا يطرح أي مشكل لا من حيث إثباته ولا من حيث ترتيبه لآثاره، بل وإنه يسهل لجميع أطرافه الحصول على حقوقهم في حال النزاع. بينما الزواج غير المسجل هو زواج لم يتم تسجيله أمام ضابط الحالة المدنية المختص أو الموثق، فيكون إما شفاهة وإما محررا في وثيقة عادية موقع عليها من قبل الأطراف، فهو زواج قائم الأركان وينقصه التسجيل، وعدم تسجيله يخلق صعوبات لأطرافه فيما بينهما وفي مواجهة الغير.

2- تمييزه عن الزواج العرفي: كما أشرنا أعلاه فإنه لا بد من التمييز بين الزواج العرفي الذي يكون مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية دون مراعاة أركان وشروط الزواج الشرعية فهو محرم بلا خلاف، وبين الزواج غير المسجل الشائع عندنا في الجزائر ، فهو زواج صحيح ويرتب جميع آثاره بعد استيفاء إجراءات تقييده.

3- تمييزه عن الزواج المغفل: لقد نصت المادة 39 من قانون الحالة المدنية على أنه: **(عندما لا يصرح بالعقد لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة، أو تعذر قبوله، أو عندما لا توجد سجلات، أو فقدت لأسباب أخرى غير الكارثة أو العمل الحربي، يصار مباشرة إلى قيد عقود الولادة و الزواج و الوفاة بدون نفقة عن طريق حكم بسيط من رئيس محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود أو كان يمكن تسجيلها فيها...)** [2].

فعقد الزواج المغفل هو ذلك الزواج الذي لا يصرح به أمام ضابط الحالة المدنية المختص، وقد حددت المادة 39 أعلاه صور الزواج المغفل:

الصورة الأولى: عند عدم التصريح بالزواج في الآجال المحددة: لم يحدد المشرع آجال التصريح بالزواج أمام ضابط الحالة المدنية، لأن الزواج عمل إرادي فمتى أراد الطرفان إبرام زواجهما توجها أمام ضابط الحالة المدنية مرفقين بالشهود والولي بعد استكمال الملف المطلوب، وما على ضابط الحالة المدنية سوى التأكد من الملف وتسجيل الزواج بسجلات الحالة المدنية ومنح لطالبي الزواج نسخة من الدفتر العائلي، على خلاف عقود الميلاد والوفاة فقد حدد أجل التصريح تحت طائلة المسؤولية والعقاب. لكن في حال إبرام عقد الزواج أمام الموثق فإنه يسلم شهادة للزوجين، وخلال 03 أيام يجب أن يرسل ملخصا لعقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية، ويتعين على هذا الأخير تسجيل العقد في سجلات الحالة المدنية المتعلقة بالزواج خلال 05 أيام، ويسلم الدفتر العائلي للزوجين حسبما نصت عليه المادة 72 من قانون الحالة المدنية [3].

يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يضع آجالا للتصريح بالزواج أمام ضابط الحالة المدنية، وهذا ما يفتح الباب أمام تزايد نسب الزواج العرفي.

---

[1] - أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي، الطبعة الأولى، دار العاصمة النشر والتوزيع، الرياض، سنة2005، ص 83.

[2] - الأمر رقم 20 – 70، المؤرخ في 19فيفري 1970 ، المتضمن قانون الحالة المدنية معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014 ، عدد الجريدة الرسمية 49، الصادرة بتاريخ 20 أوت 2014 ، ص 3.

[3] - ابتسام صولي، عقد الزواج المغفل ووضعية الأطفال مجهولي النسب في قانون الحالة المدنية وقانون الأسرة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 13، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، جوان 2015، ص .252 .

الصورة الثانية: عند تعذر قبول تسجيل العقد: وهذه الصورة تدخل في ضمن حالة فوات ميعاد التصريح بالزواج، وطالما أن المشرع لم يحدد آجال التصريح بعقد الزواج، فإنه لا مجال لتطبيق هذه الحالة سوى على عقود الميلاد وعقود الوفاة [1].

الصورة الثالثة: عندما لا توجد سجلات: وذلك في حال فقدان السجلات بسبب الكارثة أو العمل الحربي، كأن تتعرض هذه السجلات للحريق أو السرقة، أو أعمال الشغب [2]، غير أن الملاحظ أن المشرع خصص المادة 39 أعلاه لتعويض نوعين من العقود وهي العقود المغفلة و العقود المتلفة، وعند قراءة المادة يتبين أن حالات العقد المغفل تنحصر فقط في حالتي عدم التصريح بالعقد لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة وحالة تعذر قبول التصريح، أما باقي الحالات فتدخل ضمن حالات السجلات المتلفة وبناء عليه لا يمكن ادراجها ضمن حالات العقد المغفل.

الفرع الثاني: الإشكالات الناجمة عن إثبات الزواج غير المسجل:

إذا كان الزوجان قد قاما بإبرام عقد زواجهما أمام الموثق أو أمام ضابط الحالة المدنية خلال الوقت المناسب، وأنه تم تسجيل العقد مباشرة، فلا تبدو هناك أية مشكلة، ومن السهل جدا على الزوجين أو أحدهما أن يستخرج نسخة من عقد زواجهما ويقدمها إلى الجهة المعنية لإثبات عقد زواجه، بل ويحق للأبناء أو الآباء استخراج نسخ من عقد الزواج في حالة وفاة الزوجين [3].

أما إذا تم الزواج عن طريق الفاتحة وتوافرت جميع أركان وشروط الزواج، فهو رغم ذلك زواج شرعي صحيح، لكن عمليا فإن عدم تسجيله يجعله غير موجود وغير معترف به ما دام لا يرتب آثاره في الواقع، وهو ما يوقع طرفي العقد في مشكلات، تظهر حدتها في مواطن أهمها:

أولا- في حالة وفاة أحد الزوجين أو كليهما:

إذا كان الزواج غير مسجل، وتوفي أحد الزوجين، فهنا يعجز الزوج الآخر عن إثبات صفته كزوج، ويعجز عن إثبات نسب الأبناء، كما يعجز الأبناء عن إثبات نسبهم لوالديهم إذا توفيا، ويترتب على هذا تعقيد عملية انتقال التركة خصوصا إذا كانت تتطلب وثائق ثبوتية، كما لو كانت التركة تشتمل على عقارات أو منقولات تستلزم إجراء الشكلية كالسيارات والمحلات التجارية.

ثانيا- في حال وقوع خلاف بين الزوجين:

إذ كان الزواج غير مسجل بسجلات الحالة المدنية، ولم تتخذ بشأنه إجراءات دعوى اثباته، وكان أحد الزوجين قد غادر بيت الزوجية لأي سبب من الأسباب، فلا يمكن للزوج الآخر المطالبة بحقه باستئناف الحياة الزوجية إلا إذا أثبت صفته كزوج، وأمام انعدام عقد الزواج المسجل تكون دعواه غير مقبولة.

---

[1] - ابتسام صولي، المرجع نفسه، ص254.

[2] - ابتسام صولي، المرجع نفسه، ص254.

[3] - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ص 70.

إذن فلا يستطيع أي أحد من الزوجين الحصول على حقوقه الناشئة له بسبب عقد الزواج، ما لم يثبت العلاقة الزوجية، التي لا يمكن اثباتها في الحالة العادية إلا بنسخة من عقد زواج صادرة من البلدية، وعليه أن يقوم بإجراءت دعوى تسجيل الزواج التي تتطلب مصاريف ووقتا طويلا.

ثالثا- الآثار المترتبة عن تسجيل الزواج -غير المسجل- مباشرة أمام ضابط الحالة المدنية:

قد يحصل أن يتزوج رجل وامرأة دون القيام بتسجيله ويقع الدخول بينهما وينجبان أولادا، وبعد مدة من ميلاد الابن أو بعد ظهور الحمل عند المرأة، يحاولان تدارك ما غفلا عنه، فيلجآن إلى ضابط الحالة المدنية المختص لتسجيل زواجهما، فيسجل عقد الزواج لكنه يحمل تاريخ اليوم الذي تقدما فيه إلى ضابط الحالة المدنية، لا من التاريخ الحقيقي لإبرام الزواج، وهو ما ينجم عنه مشكلة تتمثل في أن الأولاد الذين ولدوا قبل تسجيل عقد الزواج أو ولدوا بعده في غضون مدة تقل عن ستة أشهر، لا يسجلون بالدفتر العائلي لوالديهم لعدم توافر شرط المدة الدنيا المطلوبة قانونا وهي ستة أشهر. في هذه الحال ما على الأطراف سوى التوجه إلى المحكمة المختصة إقليميا من أجل قيد دعوى لتقديم أو تصحيح تاريخ عقد الزواج إلى تاريخ انعقاده الفعلي.

في الواقع العملي كثير من المحاكم ترفض هذه الدعاوي بسبب التحايل الملحوظ من طرف المتقاضين لغرض التهرب من المتابعات الجزائية إذا كانت الوقائع تشكل جريمة إغتصاب، وتبرير ذلك بأن عقد الزواج رسمي لأنه محرر أمام ضابط عمومي، وإن من أهم مكونات العقد الرسمي هو تاريخه، لذا فإنه ومتى صدر صحيحا مستوفيا شروطه، فلا يمكن التعديل فيه ولا تغيير محتواه ولا الطعن فيه إلا بالتزوير، وبما أن الهدف من هذه الدعاوي هو القول أن تاريخ إبرام الزواج ليس صحيحا، ولكن الصحيح هو تاريخ الانعقاد الفعلي السابق على العقد، فهذا يشكل صورة من صور الطعن في العقد الرسمي، والذي لا يكون إلا بالتزوير، وكثيرا ما يستتبع هذا تدخل النيابة العامة بمتابعة الأطراف والشهود بجرم الإدلاء بتصريحات كاذبة طبقا للمادة 223 من قانون العقوبات. وفي المقابل هناك بعض الجهات القضائية ما ترجح مصلحة الأولاد وتقضي بقبول الدعوى، وتصحيح تاريخ الزواج، حتى يتسنى عند التنفيذ تسجيل الأبناء بالدفتر العائلي.

الفرع الثالث: سلطات القاضي في إثبات الزواج غير المسجل

لا يمكن إثبات الزواج غير المسجل إلا بدعوى أمام قاضي شؤون الأسرة، وعموما تتخذ دعاوى تثبيت الزواج العرفي من حيث أطرافها 03 صور:

أولا- في حالة الزوجين على قيد الحياة: في هذه الحالة ترفع الدعوى من أحدهما على الآخر، وتتفرع هذه الصورة إلى حالتين:

الحالة الأولى: إما أن يكونا متفقين على وقوع الزواج بأركانه وشروطه، فلا مشكلة، وعليهما فقط تقديم ما يبرر مزاعمهما وإثبات قيام رابطة الزواج حسب الشريعة الإسلامية والقانون، وذلك بإثبات قيام ركن التراضي بين الرجل والمرأة وانتفاء ما كل ما يدل على وقوع الإكراه أو التدليس وانتفاء الموانع المؤبدة والمؤقتة للزواج، وإثبات قيام شروط صحته المتمثلة في حضور الولي والشاهدين واثبات اتفاقهما على الصداق وما إن كان مؤجلا كله أو

بعضه أو تم التعجيل بدفعه، وأهم ما يحتاجه القاضي للإثبات هو شهادة الشهود، وهنا تقوم المحكمة بإجراء تحقيق بحضور الطرفين والشاهدين وبحضور الولي، ويمكن استدعاء الإمام الذي قرأ فاتحتها.
يتأكد القاضي من تصريحات الشهود ومدى صدق الشهادة، لأنه انتشر في هذا الزمان شهادات الزور وشهادة المجاملة، ولأن الشهود غالبا ما يؤدون شهاداتهم بمقابل لدرجة أنهم اتخذوها مصدر كسب.
الحالة الثانية: في حالة إنكار الطرف الآخر (المدعى عليه) وقوع الزواج ،فهنا يصعب الإثبات، وعلى المدعي إقامة الدليل على صحة ما يدعيه بشتى الطرق، شهادة الشهود، سماع أقارب الطرفين، استحضار الصور الفوتوغرافية والفيديوهات التي التقطت للطرفين، ويمكن للقاضي توجيه اليمين حسب الحال لتتميم الأدلة المعروضة عليه.
ثانيا- إذا كان أحدهما حيا والآخر متوفيا: فيرفع الزوج الذي على قيد الحياة دعوى ضد أحد أقارب الزوج المتوفى، وتتفرع هذه الصورة إلى حالتين من حيث الإثبات والإنكار، وهنا يقع على عاتق المدعي عبء الإثبات، ولا يكون الاثبات هنا إلا بسماع الشهود الذين حضروا الفاتحة أو سمعوا بها، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير الشهادة والأخذ بها.
ثالثا- إذا كان كلا الزوجين متوفيا: هنا يكون رفع الدعوى من أقارب الزوجين، وغالبا ما ترفع من الأولاد لهدف تسوية وضعيتهم إداريا، أو لتسوية التركات ولإجراء القسمة، وهنا يتوجب على هؤلاء إحضار الشهود من الأقارب والجيران الذين حضروا الفاتحة، أو يعلمون به عن طريق السماع أو التسامع والشهرة، طالما أنه يستحيل على الأطراف تقديم شهود عاصروا آباءهم أو أجدادهم.
بالنسبة للإقرار باعتباره من بين وسائل الإثبات، وإذا كان الإقرار حجة على المقر وحده، وإنه لابد من البيان أن الإقرار حتى ولو كان قضائيا وصريحا جدا من قبل أحد طرفي الزواج العرفي، فإن القضاء يتحفظ بشأنه، ولا يتخذه أداة كافية للإثبات إذا لم تدعم بوسائل أخرى، لأن عقد الزواج ليس كغيره من العقود، فهو يختلف عنها كونه يرد على الأبضاع، وأن الشبهة فيه قد تخرجه من الشريعية إلى الحرمة، ولأن الإستناد على الإقرار وحده يتنافى مع الإعلان والإشهار اللذين يختص بهما عقد الزواج، ولا يثبت الإعلان إلا بسماع شاهدين فأكثر.
خلاصة:

لا بد من القول أن الزواج العرفي يسبب مشكلات أسرية عديدة، تعود بالضرر على جميع أفراد الأسرة، والمتضرر الأكبر هو الأولاد، لأنهم كانوا نتاج الزواج العرفي وهم أضعف طرف في الحلقة، لذا فإن الأولى على المشرع إتخاذ جميع الإجراءات التشريعية الهادفة إلى القضاء على هذه المشكلات، وذلك من أجل التشجيع على الزواج الرسمي، والابتعاد كلية عن الزواج العرفي، ولم لا الاتجاه إلى منعه وتجريمه وتوقيع عقوبات صارمة على أطرافه والحاضرين فيه، و إن السماح المطلق بتسجيل الزواج العرفي بموجب دعوى قضائية ليساهم في تفشي هذه الظاهرة عوضا عن الحد منها، لذا فإن المسؤولية تقع على عاتق المشرع، الذي يتوجب عليه التدخل السريع لتعديل أحكام الزواج، والاقتداء بالمشرع المغربي الذي قيد سماع دعوى

الزوجية (تثبيت الزواج العرفي) في فترة انتقالية بمدة زمنية لا تتجاوز 10 سنوات، ابتداء من تاريخ 16 يوليو 2010 تاريخ صدور ظهير شريف رقم 1.10.103 [1]، مع الإشارة إلى أن المدة كانت محددة ب5 سنوات.

المطلب الثاني: نسب الولد الناتج من زواج عرفي.

قد يحصل أن يتزوج رجل بإمراة زواجا تام الأركان، ويتم الدخول بها، وتحمل وتنجب أولادا، دون أن يقوم بتسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية، ورغم أن الأولاد الذين يولدون بالمستشفى تعد لهم تقارير طبية تثبت واقعة ميلادهم من أمهم، ورغم أنه يتم تسجيل هؤلاء الأولاد بلقب أبيهم، لكن دون أن يكون هناك دفتر عائلي يسجلون فيه، وعليه فإن نسب هؤلاء غير مكتمل.

لذا سنخصص هذا المطلب لمشكلة النسب في حالة الزواج غير المسجل، وما مكانة الزواج غير المسجل من الوسائل الشرعية لإثبات النسب، وكيف يتعامل القضاء مع المشكلات التي تطرح بهذا الشأن، وعليه سيتم معالجة هذه النقاط من خلال ثلاثة فروع: الأول تعريف النسب والثاني خاص الإشكالات المتعلقة بإثبات النسب الناتج عن الزواج العرفي، والفرع الثالث سلطات القاضي في إثبات النسب الناتج عن الزواج العرفي.

الفرع الأول: تعريف النسب وشروطه.

النسب في اللغة هو القرابة والالتحاق فنقول مثلا: انتسب الولد إلى أبيه أي التحق، وفلان يناسب فلانا فهو نسيبه أي قريبه، ونسب الشيء إلى فلان أي عزاه إليه [2].

أما اصطلاحا فالنسب هو: رباط الدم الذي يربط الإنسان بأصوله و فروعه و حواشيه [3].

وتجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية حريصة جدا على أن ينسب الولد لأبيه، لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم: **(الولد للفراش و للعاهر للحجر)**، و لهذا جعل النسب في نطاق الأسرة يقترن بالنكاح الصحيح المشروع، وبذلك تتحقق المحافظة على الأنساب وتنشأ الأسرة على العفة، وبالتالي يكون الشارع قد شدد الخناق على كل ما يعكر صفو النسب وخلصه مما يلتصق به من لصائق ولواحق، وأبطل جميع الطرق المشبوهة وغير المشروعة التي كانت شائعة في الجاهلية من تبن و إلحاق الأولاد عن طريق الفاحشة، **قال تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ، ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾ سورة الأحزاب الآية 04.**

يثبت النسب بالزواج الصحيح سواء كان مسجلا أو غير مسجل، و بالتالي يخضع الزواج غير المسجل لنفس قواعد الزواج الرسمي عند إثبات النسب، أي أن النسب يثبت بأربعة طرق هي: الفراش ، الإقرار، البينة، والطرق العلمية، و كما يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات دون اشتراط تواجد الوثيقة الرسمية، فالزواج إذا

---

[1] - ظهير شريف رقم 1.10.103 صادر في 16 يوليو 2010 بتنفيذ القانون رقم 09-08 المعدلة بموجب المادة 16 من القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية المغربية عدد 5859 مؤرخة في 26 يوليو 2010.

[2] - المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، سنة 2004، ص 916.

[3] - إقروفة زوبيدة، الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، دراسة فقهية مقارنة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، سنة 2012، ص 24 .

استوفى أركانه وشروطه – حتى وإن لم يثبت في وثيقة رسمية- يثبت به النسب، هذا يدل على أن المشرع الجزائري يعترف بصحة ومشروعية الزواج غير المسجل إذا توافرت فيه أركانه وشروطه و لم يسجل في سجلات الحالة المدنية، وذلك استنادا للمادة 22 من قانون الأسرة الجزائري:(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)، فالإقرار بالزواج و الحكم بثبوته يعتبر كل منهما كاشفا للنسب .

فالزوجية إذن هي السبب الأساسي في ثبوت النسب من جهة الأبوة، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:(الولد للفراش و للعاهر الحجر) رواه مسلمحديث رقم 1457 [1]، والعاهر هو الزاني و له الحجر أي له عقوبة الرجم .

يعد عقد الزواج سببا شرعيا لثبوت نسب الولد سواء أثناء قيام الزوجية أو بعد انقضائها بطلاق أو وفاة، متى كان الاتصال بين الزوجين ممكنا، ولم يكن قد نفاه بالطرق المشروعة، فمتى حصلت الولادة خلال أدنى مدة الحمل وأقصاها ثبت نسبه من الزوج ،دون حاجة إلى إقرار منه بذلك أو بيّنة تقيمها الزوجة على ذلك لأنه يملك لوحده حق الإستمتاع بها[2].

وبالمقابل فإن العلاقات الجنسية ، خارج الزواج لا يمكن أن ينسب بموجبها الابن إلى الأب، وهو ما أكدته قرارات المحكمة العليا، حتى ولو اعترف به، ولقد اصطلح على الزواج الصحيح بالفراش في الفقه الإسلامي استنادا إلى الحديث النبوي: الولد للفراش، وعليه يستلزم لثبوت النسب بالزواج توافر شروط هي:

1-إمكانية الاتصال بين الزوجين.

2-ولادة الجنين بين أدنى وأقصى مدة الحمل، وقد تم الإجماع بين الأئمة وغيرهم ومن الفقهاء على أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وهي أقل مدة ينزل الجنين بعدها من بطن أمه متميز الأعضاء حيا، ولقد استنبط فقهاء الشريعة الإسلامية هذه المدة من الآيات الكريمات، فقال تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾ سورة الأحقاف الآية: 15 ، وقوله سبحانه: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرِضَاعَةَ﴾ سورة البقرة الآية: 233، وقوله: ﴿وَوَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيهِ حَمَلَتهُ أُمُهُ وَهْنًا عَلى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ سورة لقمان الآية: 14.

لكنهم اختلفوا في أقصى مدة الحمل، لما لم يرد في نصوص القرءان ولا في السنة النبوية الشريفة ما يدل على ذلك، وتفرقت آراء الفقهاء إلى عدة آراء، فذهب الحنفية إلى القول بسنتين، وذهب الشافعية إلى 04 سنوات، وأما المالكية فهناك من قال بثلاث سنوات وهناك من قال بخمس سنوات[3].

---

[1] - أبو الحسين مسلم النيسابوري، صحيح مسلم، الطبعة الأولى، دار طيبة، الرياض، سنة 2006، ص 667.

[2] - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة ،ص 89 .

[3] - بوغرارة صالح ، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2013، ص21.

وقال الإمام أبو زهرة: بأن هذه التقديرات لم تبن على نصوص وإنما على ادعاء الوقوع في هذه المدد، وان الاستقراء في عصرنا الحاضر لا يجد من الوقائع ما يؤيد التقديرات بخمس ولا أربع ولا سنتين، وإنما الوقائع تؤيد التقدير بتسعة أشهر، وقد يوجب الاحتياط التقدير بسنة[1].

وما يلاحظ أن أغلب التشريعات العربية جعلت المدة القصوى للحمل سنة، على خلاف المشرع الجزائري الذي ذهب إلى القول ب 10 أشهر، وقد أكدت ذلك المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ 1990/01/22، حيث جاء فيه: (**من المقرر قانونا أن أقل مدة حمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فالقضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن مدة حمل المطعون ضدها هي خمسة أشهر وعدة أيام ، أقل من الحد الأدنى قانونا ، فان قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون)** [2].

3- عدم نفيه بالطرق المشروعة: أي لا يعترض أحد الزوجين على نسب المولود إليه، ولا يكون هذا الاعتراض إلا حسب الشريعة، وذلك باللجوء إلى دعوى اللعان .

وأضاف بعض الفقهاء شرطين هما:

أن يكون الزوج بالغا قادرا على الإنجاب أما إذا كان صغيرا لا يتصور منه الحمل، وأن تثبت الولادة ويعين المولود أي لا تكون واقعة الولادة محل نزاع [3].

الفرع الثاني: إثبات نسب الطفل الناتج عن زواج غير مسجل.

عند ولادة الطفل من امرأة متزوجة برجل زواجا لم يتم تسجيله، فإنه لا شك أنه يلحق بأبيه شرعا، طالما أن العلاقة الزوجية قائمة وأن الزواج صحيح وتوافرت شروط إلحاق بأبيه، لكن قد يحدث أن يسجل هذا الطفل باسم أمه بسبب عدم تقدم الأب سواء لوجود عذر أو متعمدا، وهنا يسجل بلقب والدته، كونها الأم البيولوجية، فالولادة عموما تعد السبب الوحيد والحصري لثبوت النسب بالنسبة للأم سواء كانت الولادة من عقد زواج صحيح أم زواج فاسد أم من غير طريق الزواج كالزنا.

في هذه الحال يتوجب على الزوجين القيام بإجراءات دعوى تسجيل الزواج أولا، ثم المطالبة بإلحاق نسب الابن لأبيه وتسجيله في الدفتر العائلي، لذا فإن الزوجة يمكنها أن تقيم على زوجها دعوى اثبات الزوجية، وهنا يكفي تقديم الشهود لإثبات واقعة الزواج العرفي وتقديم وثيقة ميلاد الطفل(شهادة ميلاد الطفل أو الشهادة الطبية الصادرة من المستشفى)[4]، ليتم إلحاق النسب تلقائيا ما دام تحقق الدخول وتحققت المدة القانونية لميلاد الطفل.

---

[1] - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، طبعة ثالثة ، دار الفكر العربي، القاهرة ، مصر ، سنة 1957، ص387.

[2] - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1990/01/22 ،ملف رقم 57756 ، مجلة قضائية ، العدد 02 ، ص 71 .

[3] - فركوس دليلة و عياشي جمال، محاضرات في قانون الأسرة انعقاد الزواج، دار الخلدونية، الجزائر، بدون سنة، ص 238 و 240.

[4] - في الغالب في مثل هذه الحالات يسجل الطفل أمام ضابط الحالة المدنية باسم أمه ويحمل لقبها العائلي، وبعد إقامة الدعوى واثبات العلاقة الزوجية يقضى بإلحاق نسب الطفل بأبيه ويؤمر ضابط الحالة المدنية المختص بإلحاق الابن بأبيه بتغيير لقبه في سجل الحالة المدنية للميلاد و في شهادة ميلاد الطفل.

ولا شك أن الزواج والولادة هما واقعتان ماديتان، يتم إثباتهما بكافة الوسائل، فإذا كان الزواج متاح إثباته عن طريق الشهادة، فإن الولادة يمكن إثباتها أيضا عن طريق الشهادة كما يمكن إثباتها عن طريق الشهادات الطبية التي تصدرها المؤسسات الإستشفائية والتي تثبت إجراء عملية الولادة وتحديد هوية الأم وتاريخ وساعة الولادة ومكانها، والطبيب أو القابلة التي أشرفت عليها، وجنس المولود واسمه، وهذه الوثيقة الطبية ترسل إلى ضابط الحالة المدنية لغرض قيد المولود في سجلات الحالة المدنية للولادات.

غير أنه في مثل هذه الأحوال يلجأ الكثيرون إلى التحايل على القضاء من أجل إضفاء الشرعية على علاقات غير شرعية، لذا فإن القاضي يتوجب عليه أخذ الحيطة والحذر ، وذلك بالتحقق من تصريحات الأطراف والشهود، ومن جهة أخرى ينبغي عدم التسامح مع الشهود الذين يدلون بتصريحات كاذبة، لأن هذا يؤدي إلى اختلاط الأنساب المنهي عنه شرعا.

الفرع الثالث: سلطات القاضي في إثبات نسب الابن من الزواج غير المسجل.

تثار أمام قاضي شؤون الأسرة قضايا متنوعة تخص النسب، والتي غالبا ما تدور حول إثبات النسب، إلغاء النسب، ابطال التبني، سواء كان أطراف الدعوى متزوجان زواجا رسميا، أو بمقتضى- زواج عرفي، أو كانت علاقتهما غير شرعية. وسنتناول في هذا الفرع مختلف الدعاوي التي تعرض على القاضي المتعلقة بالنسب:

أولا- دعوى إثبات الزواج غير المسجل واثبات النسب:

تكون الدعوى مرفوعة من أحد الزوجين ضد الآخر، أو من الورثة، وهنا إذا ثبت الزواج وتبين من خلال تاريخ وقوعه توافر شروط إلحاق النسب، فيلحق النسب بالأب، وهنا كما أسلفنا يتأكد القاضي من الأدلة التي تكفي لإثبات علاقة الزواج والعلاقة النسبية، ويصدر حكما بذلك. غير أنه إذا أنكر أحد طرفي الدعوى وجود علاقة الزواج وعجز الطرف الآخر عن إثباتها، فهنا لا شك أن النسب ثابت للأم بالولادة، لكن هل ينسب إلى الرجل؟:

إذا لم يثبت الزواج، وثبت أن العلاقة بين الطرفين هي علاقة جنسية عير شرعية، فقد وقع جدل كبير بشأن تسوية وضعية مثل هؤلاء الأطفال، وانقسم الرأي إلى اثنين:

الفريق الأول: يتمسك بقواعد الشريعة الإسلامية ويرى أن الأبناء الناتجين عن هذه العلاقات لا يمكن اسناد نسبهم إلى أي رجل حتى ولو أقر به [1]، وهو ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات ومن بينها قرارها المشهور: **(من المقرر شرعا أن الاتصال الجنسي قبل العقد يعد زنا، وأن ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه)** [2]، وأكدت في قرار آخر أن **العلاقات الغرامية بما فيها المعاشرة الجنسية حتى ولو ثبتت لا تفيد الزواج الشرعي وكل ما نتج عنها لا يفيد البنوة الشرعية** [3].

[1] - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ص.109.

[2] - المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 17-12-1984 ملف رقم 35087 ، سنة 1990، العدد 01، ص.86.

[3] - المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 03-07-2002 ملف رقم 261925 ، سنة 2003، العدد 02، ص.271.

الفريق الثاني: الذي يرى أنه إذا أقر به الرجل فإن الولد يلحق به بالإقرار، ولا حاجة للنظر في وجود الزواج من عدمه، ولا شك أن هذا الاتجاه تأثر بالتشريع الفرنسي والذي غلب العاطفة اتجاه الأبناء المسعفين مجهولي الأب، والناتجين عن العلاقات الجنسية خارج الزواج [1]، ولقد سارت المحكمة العليا في هذا الاتجاه في قرارها الصادر بتاريخ 12-03-2015 تحت رقم 0860240 والذي جاء فيه: **(حيث إن وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه المؤيد للحكم المستأنف فإن قضاة الموضوع وقفوا على أن المطعون ضده سجل باسمه مورث الطاعنين بموجب شهادة الميلاد الصادرة عن الحالة المدنية على أنه (ن.ب) بن (ع) و (ن.ر) المولود خلال سنة 1954 بخنشلة وانه خلافا لما جاء في الوجه فإن ذلك يعد إقرارا بأبوته وإن ثبوت النسب بالإقرار لا يشترط فيه ثبوت العلاقة الزوجية بين مورث الطاعنين ووالدة المطعون ضده)** [2].

إن النسب من المسائل الخطيرة التي يعد المساس بها وتعديلها مساس بالأسرة وقيم المجتمع الجزائري الذي يعد الدين الإسلامي من مقوماته ومبادئه، وعليه فإن القول بإلحاق نسب الطفل الناتج عن العلاقات الجنسية غير الزواج ولو بالإقرار في غير محله، بل أن هناك من الفقه من يشترط إضافة إلى الإقرار أن يكون الطفل محل الإقرار ناتجا عن زواج شرعي صحيح بين رجل وامرأة، لأنه لا يجوز شرعا أن يولد طفل من زنا ثم يدعي ويقر الرجل أن هذا الطفل ابنه، وأكد الدكتور عبد العزيز سعد أن الشرط وإن لم ينص عليه المشرع صراحة إلا أنه يمكن استنتاجه من قصد المشرع ومن عموم المبادئ العامة [3].

أما إذا أقر الرجل بالزواج وأنكر أبوته للطفل، وقام نزاع بين الزوج وزوجته ، فإن الفقرة الثانية من المادة 40 المعدلة تجيز للقاضي المعروض عليه النزاع أن يلجأ إلى كافة الطرق العلمية الممكنة لإثبات النسب بما في ذلك ما يسمى الحمض النووي [4].

ثانيا- دعوى إبطال التبني:

التبني هو إلحاق الابن بغير أبيه بأن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف نسبه إبنا له [5]، والتبني محرم شرعا وممنوع قانونا طبقا للمادة 46 من قانون الأسرة، وقد استقرت المحكمة العليا على منع التبني في قراراتها وعلى أنه لا يجب الخلط بين التبني والإقرار بالنسب [6].

غير أنه يلاحظ استفحال انتشار ظاهرة التبني، خصوصا بين الأقارب وذلك بهدف التستر على فضائح الزنا، كأن تنجب امرأة ابنا عن طريق الزنا أو الاغتصاب، وخشية من الفضيحة يقوم أحد أفراد عائلتها بتسجيله باسمه، لكن عندما ينافس هذا الطفل باقي الورثة في التركة، فيلجأ من له مصلحة إلى قيد دعوى الهدف منها

---

[1] - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ص.109.

[2] - المحكمة العليا،غرفة شؤون الأسرة، قرار بتاريخ 12-03-2015 ملف رقم 0860240 ، سنة 2015، العدد 01، ص.242.

[3] - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ص.108.

[4] - عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص.107.

[5] - بلحاج العربي، المرجع نفسه ، ص.711.

[6] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية2000/10/21 ، ملف رقم 246924 ، المجلة القضائية 2001، العدد 02، ص.298.

إبطال التبني وإلغاء نسب هذا الابن وإلحاقه بوالدته الحقيقية، لكن المشكل يتعلق بالإثبات، خصوصا إذا تم إنكار الواقعة من طرف المدعى عليه- الابن أو والديه الحقيقيين- .

ويختلف التبني عن الإقرار، فالتبني هو إلحاق شخص معروف أو مجهول النسب إلى شخص آخر والتصريح بأنه ولد له، أما الإقرار بالبنوة هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب[1].

والمشرع الجزائري لم يغلق الباب أمام هؤلاء، فأجاز التكفل بالطفل على وجه التبرع وفقا لنظام يمكن من خلاله الطفل القاصر العيش في كنف الكافل الذي يتوجب عليه الالتزام بنفقته ورعايته رعاية الأب لابنه، ويستوي أن يكون المكفول معلوم النسب أو مجهوله، ويجيز للكافل أن يتبرع لصالح المكفول بجزء من ماله في حدود ثلث التركة [2]، لكن دون أن يكون له الحق في الميراث.

الخاتمة:

من خلال الدراسة التي قمت بها يلاحظ بما لا يدع مجالا للشك أن هناك نقص تشريعي واضح، سواء في المواد بالمتعلقة بالزواج وتسجيله، أو فيما يتعلق بالنسب.

أولا – لابد من القول أن الزواج العرفي في الجزائر هو زواج قائم الأركان ومكتمل الشروط غير أنه تخلف فيه أحد الإجراءات المتمثل في التسجيل، و لا أحد من الفقهاء ينازع في شرعيته فالزواج العرفي هو زواج غير مسجل، غير أن المشكل يكمن فيما ينجم عن هذا الزواج من آثار مستقبلية تعود على العائلة خصوصا على الزوجة والأولاد وتتعقد المشكلة بعد وفاة أحد الزوجين أو كليهما.

ثانيا- إن انتشار الزواج غير المسجل وكثرته لدرجة أنه أصبح ظاهرة، يترتب عليها مشاكل ونزاعات، يجد الطرف الضعيف صعوبة في إثباته، خصوصا إذا كان الزواج واقعا فعليا لكن الطرف الآخر يحجم عن تسجيله قصد التهرب من الالتزامات المالية التي يفرضها عليه عقد الزواج، وتدفعه إلى إنكار نسب ابنه، ومهما كانت الدوافع إلى إبرام هذا الزواج، فإنه يقع على عاتق المشرع التدخل لوضع حد لهذا، وذلك:

- بإيجاد حلول ملائمة لجميع الأطراف، وإزالة تلك القيود التي تقع عائقا أمام تسجيله، ومن جهة أخرى وضع جزاءات لمخالفة هذه القواعد، للحفاظ على الأسرة التي هي لبنة المجتمع، والحفاظ على مستقبل الطفولة.

- وفيما يخص النسب الذي هو من آثار الزواج، فإن المشرع عليه التشديد فيما يخص التبني، وذلك بوضع نصوص قانونية رادعة.

ومن جهة أخرى يجدر تنبيه الأئمة ورجال الدين من ضرورة الأحجام عن المساهمة في إبرام الزواج العرفي، وألا يقرؤون الفاتحة إلا إذا تم استكمال الزواج المدني.

---

[1] - صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص.69 .

[2] - المواد من 116 إلى 125 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27-02-2005.

و تقع المسؤولية أيضا على ضابط الحالة المدنية الذي عليه قبل تسجيل العقد التأكد ما إن كانت المرأة حاملا أم لا، وفي حال الحمل أو وجود أولاد، فلا يسجل الزواج وإنما يرشد الأطراف إلى المحكمة لرفع دعوى تثبيت الزواج العرفي في حال وجوده.

ومن جهة أخرى يتوجب على القاضي المطروح أمامه النزاع التأكد والتحقق من صحة ما يدعيه الأطراف حول وجود الزواج العرفي ومن نسب الابن، وذلك بتفحص الأدلة، والتأكد من تصريحات الشهود ، ومدى تطابقها، والتأكد من الإقرار ، لأن التساهل في مثل هذه القضايا يؤدي إلى اختلاط الحلال بالحرام، واختلاط الأنساب.

قائمة المصادر و المراجع:

أولا: قائمة المصادر:

1- القرءان الكريم.

2- أبو الحسين مسلم النيسابوري، صحيح مسلم، الطبعة الأولى، دار طيبة، الرياض، سنة 2006.

3- أبو داود سليمان السجستاني، سنن أبي داود، الجزء الثالث، دار الرسالة العلمية، دمشق، سنة 2009.

ثانيا- قائمة المراجع:

I. **القوانين:**

1- القانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014 المعدل والمتمم للأمر رقم 20 – 70 المؤرخ في 19فيفري 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 49، الصادرة بتاريخ 20 أوت 2014 .

2- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27-02-2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 15 الصادرة بتاريخ 27-02-2005.

II. **القوانين المقارنة:**

1- ظهير شريف رقم 1.10.103 صادر في 16 يوليو 2010 بتنفيذ القانون رقم 09-08 المعدلة بموجب المادة 16 من القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية المغربية عدد 5859 مؤرخة في 26 يوليو 2010.

III. المعاجم:

1- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، سنة 2004.

IV. الكتب:

1- أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي، الطبعة الأولى، دار العاصمة النشر- والتوزيع، الرياض، سنة2005.

2- إقروفة زوبيدة، الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، دراسة فقهية مقارنة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، سنة 2012 .

3- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة .

4- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، سنة 2015.

5- بن الصغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار الوعي، الجزائر، سنة 2015.

6- بوغرارة صالح ، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2013.
7- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، الزواج العرفي بين الحظر والإباحة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر ، سنة 2011.
8- يوسف القرضاوي، فقه الأسرة وقضايا المرأة، الطبعة الأولى، الدار الشامية، تركيا ، سنة 2017.
9- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، طبعة ثالثة ، دار الفكر العربي، القاهرة ، مصر ، سنة 1957.
10- محمود المصري أبو عمار، الزواج الإسلامي السعيد، الطبعة الأولى، دار البيان الحديثة، مصر، سنة2006.
11- سعيد عبد العظيم، الزواج العرفي، دار الإيمان للطبع والنشر والتوزيع، مصر، سنة 2002.
12- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2011.
13- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، سنة2018.
14- عبد رب النبي على الجارحي، الزواج العرفي المشكلة والحل، دار الروضة للنشر والتوزيع ، مصر.
15- فركوس دليلة و عياشي جمال، محاضرات في قانون الأسرة انعقاد الزواج، دار الخلدونية، الجزائر، بدون سنة.

V. المقالات:

1- ابتسام صولي، عقد الزواج المغفل ووضعية الأطفال مجهولي النسب في قانون الحالة المدنية وقانون الأسرة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 13، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، جوان 2015.

VI. المجلات:

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في 17-12-1984 ، ملف رقم 35087 ، سنة 1990، العدد 01.
2- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار مؤرخ في 1990/01/22 ، ملف رقم 57756 ، سنة 1992، العدد 02 .
3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في 2000/10/21 ، ملف رقم 246924 ، سنة 2001، العدد 02.
4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في 2002/07/03 ، ملف رقم 261925 ، سنة 2003، العدد 02.
5- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، قرار مؤرخ في 2015/03/12 ، ملف رقم 0860240 ، سنة 2015، العدد 01.