مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ISSN: 2335-1039
المجلد: 13 العدد: 01 السنة 2024 ص..163.-..191.

تاريخ الإرسال: 2023/02/25 تاريخ القبول: 2024/01/26

إشكالات الزواج العرفي للمفقود في التشريع الجزائري

Problems of customary marriages of missing persons in Algerian legislation

ط. د/ موسي أحمد*[1]، أ. د/ قتال جمال [2]
[1]جامعة تمنغست، مخبر استراتيجيات التنمية في المناطق الحدودية بالجنوب الكبير
(الجزائر)، ahmed.moussi@univ-tam.dz
[2] جامعة تمنغست (الجزائر)، djamaltam03@gmail.com

الملخص:

أثارت مسألة الزواج العرفي في المجتمع الجزائري إشكالات منذ الاستعمار ولا تزال إلى يومنا هذا، وتطورت بتطور المجتمع، حيث تعددت أنواعه واختلفت صوره وأسبابه، وتباينت أراء الفقهاء في حكمه بين مجيز ومحرّم له، لكن يبقى الزواج العرفي الذي انعقد وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية واستوفى أركانه وشروطه، زواجا صحيحا منتجا لكافة آثاره، شريطة إثباته بحكم قضائي وبطرق الإثبات التي أقرها القانون .

إن مسألة إثبات الزواج العرفي التي يكون فيها أحد الزوجين مفقودا أكثر تعقيدا تتطلب إثبات حالة الفقدان التي تستوجب صدور حكم قضائي، ومن ثم إثبات واقعة الزواج وهو ما يأخذ وقتا طويلا تتبدد معه الأدلة مما يقلل فرصة الإثبات، ونظرا لغياب النصوص القانونية المنظمة لمسألة إثبات الزواج العرفي بصفة عامة ولإثبات الزواج العرفي للمفقود بصفة خاصة، فإن هذه القضايا تظل عالقة في المحاكم، فتضيع معها الحقوق وقد تختلط بسببها الأنساب .

الكلمات المفتاحية : الزواج العرفي، طرق الإثبات، المفقود، حكم قضائي .

Abstract :

The issue of customary marriage in Algerian society has raised problems since colonization and continues till today. and evolved with the development of society, its types and causes varied, and the opinions of scholars in its judgment varied between permissible or forbidden, However, customary marriages concluded in accordance with the provisions of the Islamic *Sharia* and fulfilled its elements and conditions a valid marriage that resulting all its

* المؤلف المرسل

effects, provided that it is proved by a judicial judgement and by the methods of proof which approved by law.

The issue of establishing a customary marriage when one of the spouses is missing is more complex requires proof of the state of lost which requiring a judicial judgement. And then prove the fact of the marriage, which takes a long time to dissipate the evidence, thereby reducing the chance of proof., In view of the absence of legal texts regulating to proof customary marriage in general and proof of customary marriage of the missing person in particular , these cases remain pending in the courts, the rights are lost and the genealogy may be mixed.

Keywords: customary marriage, methods of proof, missing, judgement.

مقدمة

الزواج رابطة سامية وعقد يختلف عن سائر العقود، كونه مرتبط بحياة الإنسان ويهدف إلى بناء أسرة أساسها المودة والرحمة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، ونظرا لظهور ما يعرف بالعقود المدنية لحماية الحقوق، كان لزاما تقييد عقد الزواج الذي أصبح عقدا مدنيا من جهة وعقدا شرعيا من جهة أخرى، وبذلك أُعتبر هذا العقد هو الوسيلة الوحيدة لإثبات قيام الرابطة الزوجية، مما أدى إلى ظهور مصطلح الزواج العرفي، الذي يقتصر فيه الزواج على العقد الشرعي، مما أثار مشكلة إثباته، والذي تداركته التشريعات بنصوص قانونية في إطار إثبات الزواج العرفي، وقد عرفت الجزائر ذلك منذ فترة الاحتلال الفرنسي بصدور عدة قوانين فرنسية في إطار وضع نظام خاص بالحالة المدنية للجزائريين، وبعد الاستقلال مباشرة صدر الأمر62-126 الذي نص على تسجيل كل زواج عرفي انعقد في الجزائر خلال حرب التحرير، ليصدر بعد ذلك الأمر70-20 المتعلق بالحالة المدنية الذي نص صراحة على إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي والذي أُعتبر من العقود المغفلة، سواء انعقد داخل الوطن أو خارجه، أو كان زواجا مختلطا، وفي ظل الفراغ التشريعي المتعلق بإثبات الزواج اكتفى المشرع الجزائري بنص المادة 22 من قانون الأسرة84-11 بقوله " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي ..."، وفسح المجال للاجتهادات القضائية في ذلك، ونظرا لتطور المجتمعات العربية ومنها الجزائرية ظهرت عدة أنواع وصور للزواج العرفي أُختلف في حكمها بين التأييد والمعارضة سواء من الجانب الديني أو من الجانب التشريعي القانوني، إلى هنا يبدو الأمر جليا، لكن موضوعنا

دراستنا يعالج جزئية أكثر تعقيدا، وهي أن يكون أحد الزوجين المتزوج عرفيا مفقودا، فهنا نحن أمام إشكالية إثبات الزواج العرفي للمفقود، فهذا موضوع قديم كان ولا يزال يتطور بتطور الأحداث، خاصة في ظل الحقبة الاستعمارية والعشرية السوداء أين سجلت الجزائر عددا كبيرا من المفقودين، وكذا ظاهرة الهجرة غير الشرعية، إلاّ أن هذا الموضوع لم يكن محل تشريع ولم يستوف حقه من الدراسة والبحث، إذ لم نجد بحثا واحدا في هذه المسألة، فدفعنا الفضول وشغف البحث العلمي للبحث في الموضوع، من خلال طرح الإشكالية التالية : **في ظل الفراغ التشريعي للزواج العرفي للمفقود كيف يمكن إثبات هذا الزواج، وما هي الإشكالات التي يطرحها ؟**

ولمعالجة هذا الموضوع سوف نعتمد على المنهج الوصفي التحليلي باعتباره الأنسب لمثل هذه الدراسات، وعلى خطة شاملة ومتوازنة تتمثل في :

المبحث الأول الزواج العرفي للمفقود وتطرقنا في المطلب الأول لمفهوم الزواج العرفي، تعريفه، أنواعه وصوره، وأسبابه وحكمه، وفي المطلب الثاني مفهوم المفقود من خلال تعريفه وتمييزه عن الغائب، أما في المبحث الثاني إثبات الزواج العرفي للمفقود، في المطلب الأول الحكم بالفقدان في القانون الجزائري وفي المطلب الثاني طرق إثبات الزواج العرفي للمفقود .

المبحث الأول : الزواج العرفي للمفقود

الزواج سنة الله في خلقه، وهو نظام اجتماعي طغت عليه تقاليد وأعراف الشعوب والأمم، فمصطلح الزواج العرفي حديث تتعدد تسمياته في المجتمع الواحد، وتختلف أنواعه وصوره باختلاف أسبابه ودوافعه، وللإحاطة بالموضوع لابد من تحديد المفاهيم في هذا المبحث، حيث سنتطرق فيه لمفهوم الزواج العرفي ومفهوم المفقود .

المطلب الأول : مفهوم الزواج العرفي

لمعرفة مفهومه سنتطرق إلى تعريف الزواج ثم إلى معنى العرف وصولا إلى المقصود بالزواج العرفي وصوره وأسبابه في هذا المطلب حسب ما يلي :

الفرع الأول : تعريف الزواج

أجمع الفقهاء باختلاف مذاهبهم على مشروعية النكاح ورغبوا فيه، من خلال ما ورد من أدلة كثيرة في الكتاب والسنة النبوية، نذكر منها قوله تعالى :<< وَأَنكِحُواْ ٱلأَيَـٰمَىٰ مِنْكُمۡ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡ...>>[1] . وقوله <<... فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَـٰثَ وَرُبَـٰعَۖ ...>>[2] .

أما من الأحاديث التي حثت على الزواج قوله صلى الله عليه وسلم << يَا مَعْشَرَ الشَّبَابَ مَنِ اسْتَطَاعَ مَنْكُمُ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ وأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ ومَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ >>[3]، وعن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم << النِّكَاحُ سُنَّتِي، فَمَنْ لَمْ يَعْمَلْ بِسُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي، وتَزَوَّجُوا فَإِنِّي

مُكَاثِرٌ بِكُمْ الأُمَمَ يَومَ القِيَامَةِ، ومَنْ كَانَ ذَا طَوْلٍ فَلْيُنْكِحْ، ومَنْ لَمْ يَجِدْ فَعَلَيْهِ بِالصِّيامِ، فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وِجَاءٌ >>[4].

- **التعريف اللغوي للزواج :** الزواج يعني الاقتران، ونقول زوج المرأة أي بعلها وزوج الرجل امرأته[5]، وقد ذكر في القرآن بعدة مصطلحات من بينها النكاح والذي يعني الوطء والضم ، أو الجمع والضم "[6] .

- **الزواج اصطلاحا** : للزواج أو النكاح عدة معاني " فمعنى النكاح في الشرع لا يقتصر على مجرد الوطء، بل يطلق كذلك على المعقود عليه "[7] .

عرّف الحنفية النكاح على أنه ضم وجمع مخصوص وهو الوطء، وهو عقد يفيد ملك المتعة وحل الاستمتاع، واعتبروه حقيقة في الوطء مجاز في العقد[8] .

أما جمهور الفقهاء فقد اعتبروا النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء، قال ابن قدامة " النكاح في الشرع هو عقد التزويج ولأن النكاح أحد اللفظين الذين ينعقد بهما عقد النكاح، فقد كان حقيقة فيه "[9]، وقال الشافعية أنه حقيقة في العقد وعندهم " النكاح عقد يبيح الوطء بلفظ النكاح أو التزويج، وفي موضوعه الشرعي الأصح أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء "[10]، ويقول الشيخ محمد أبو الزهرة " النكاح هو عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق وعليه من واجبات "[11]، فمعظم الفقهاء أعطوا تعريفا للزواج تحت باب النكاح .

- **التعريف القانوني للزواج : عرّفه المشرع الجزائري** وحدد أهدافه في نص المادة 4 من قانون الأسرة بقوله: " الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب "، كما حدد الموظف المؤهل قانونا لإبرام عقد الزواج في المادة 18 ق أ، أما مسألة إثبات الزواج فقد نصت المادة 1/22 ق أ " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي "[12] .

وعرفه المشرع المغربي في نص المادة 04 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها " الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، ....."[13] .

وعرفه المشرع الموريتاني في نص المادة الأولى من مدونة الأحوال الشخصية بـ " الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة على وجه الاستمرار، ....."[14] .

جاءت التعاريف القانونية للزواج شاملة مبينة بذلك معنى الزواج ومحددة أهدافه، وما تميز به المشرع الجزائري هو استخدامه لألفاظ سهلة وبسيطة ومفهومة .

الفرع الثاني : تعريف العُرف

- **العُرف لغة :** في لغة العرب هو العلم، تقول يعرفه أي يعلمه، والتعريف هو الإعلام والمعروف ضد المنكر، تسمي العرب "العرفي" على كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه، والعرفي منسوب إلى العرف وهو ما يتوقف على فعل، مثل المدح والثناء .

- **والعُرف في الاصطلاح :** هو ما تعارف عليه الناس من أقوال وأفعال ومنهيات، وفي معنى آخر ما اعتاد الناس وساروا عليه في شؤون حياتهم[15] .

وكذلك العرف " ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول وهو حجة أيضا، لكنه أسرع إلى الفهم، وكذا العادة هي ما استمر الناس عليه على حكم القبول وعادوا إليه مرة بعد أخرى "[16] .

- **العُرف في القانون الجزائري :** اهتم المشرع الجزائري بالعرف واعتبره مصدرا من مصادر القانون بعد الشريعة الإسلامية وفقا لما ورد في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني حيث جاء فيها " ... إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ..."[17] .

الفرع الثالث : تعريف الزواج العرفي

الزواج العرفي هو مصطلح حديث يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية سواء كان مكتوبا أو غير مكتوب والمكتمل الأركان والشروط الشرعية[18]، واعتبره المشرع الجزائري حسب نص المادة 39 من قانون الحالة المدنية من بين العقود المغفلة التي لم يصرح بها لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة أو لم يتم قبولها[19] ، حظي باهتمام كبير من الفقهاء وخُص بتعاريف نذكر منها :

- **التعريف الفقهي للزواج العرفي :** يعرّفه يوسف القرضاوي على أنه " زواج شرعي دون توثيق بمعنى أن يتزوج الرجل بالمرأة بشهود ومهر وولي ولكن لا يوثق لاعتبارات معينة، ويتم العقد بتراضي الطرفين وأمام شاهدين، حيث يسميه البعض بزواج الفاتحة "[20]، ويقول سليمان الأشقر أنه " عقد لم يسجل في المحكمة الشرعية ولم يجر على يد المأذون ولم تصدر فيه وثائق الزواج "[21] .

ويقول عنه إبراهيم عبد الرحمن هو" زواج لم يسجل ولا تصدر به وثيقة النكاح ويلجأ إليه العاقدات لإخفاء عقد النكاح لسبب من الأسباب، كأن تكون الزوجة الثانية دون علم الزوجة الأولى أو تجنب إحدى الشروط القانونية مثل السن القانوني للزواج أو عدم توفر الأوراق الثبوتية لإبرام عقد الزواج "[22]، ويعرّفه كذلك وهبة الزحيلي على أنه " زواج يتم بحضور الولي والشهود ويجري تبادل الإيجاب والقبول لكنه لا يوثق، أو لا يسجل في السجلات الرسمية كالقضاء الشرعي أو دائرة الأحوال الشخصية مثلا "[23] .

- **التعريف القانوني للزواج العرفي :** يعرّف الزواج العرفي أو المنسي كما سماه المشرع الجزائري في قانون الحالة المدنية على أنه عقد بين رجل وامرأة يتم وفق الأحكام الشرعية ولم يسجل في سجلات الحالة المدنية خلال المدة المحددة قانونا لذلك، وهي ثلاثة أيام من تاريخ انعقاد العقد إذا تم إبرامه داخل التراب الوطني، وفي خلال سنة إذا تم إبرامه بين جزائريين خارج الوطن[24] .

وخلاصة ما سبق ذكره يمكن القول أن عقد الزواج العرفي مصطلح حديث، وهو في مقابل عقد الزواج الرسمي، فهو زواج مكتمل الأركان والشروط، إلا أنه لم يصرّح به لدى الجهات المكلفة بتسجيله بقصد أو بغير قصد، وقد اصطلح عليه الفقهاء الزواج العرفي لأنه ينعقد وفق ما تعارف عليه الناس أو القبيلة منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، كما يعتبر من العقود المغفلة لعدم تسجيله، ويصطلح عليه عقد زواج شرعي لأنه استوفى شروطه وأركانه الشرعية، ويعرف كذلك بالزواج بالفاتحة لاقترانه بها[25] .

الفرع الرابع : أنواع الزواج العرفي

يمكن التمييز بين نوعين من الزواج العرفي حسب أسباب انعقاده ومدى استيفائه لأركان وشروط الزواج الشرعي، وكلاهما يفتقد لعنصر التوثيق الرسمي، النوع الأول يكون تام الأركان والشروط، والنوع الثاني يكون غير مستوفيا لها، ومن خلال دراستنا للموضوع فإننا نقتصر على النوع الأول لأنه الأكثر انعقادا وانتشارا في الجزائر وله صورتان زواج عرفي معلن ويتم إشهاره للناس، وزواج عرفي غير معلن ويتكتم عنه ولا يتم إشهاره، أما النوع الثاني فإنه ينعقد بدون ولي وبدون شاهدين فهو زواج غير شرعي ومحرم وحكمه زنا عند علماء الفقه، وهو منتشر بكثرة في مصر ويطلق عليه أيضا الزواج السري، ومن خلال دراستنا للموضوع صادفنا أسبابا متعددة للزواج العرفي بصفة عامة يصعب حصرها، حاولنا أن نميز بينها حسب كل صورة .

الصورة الأولى : الزواج العرفي المعلن عنه : هو زواج تام الأركان والشروط المنصوص عليها شرعا، من تراضي بين الطرفين، وموافقة الولي، وحضور الشاهدين، وغيرها، مع الإعلان عنه وإشهاره للناس، لكن دون أن يسجل في السجلات الرسمية، أو أن يسجل في وثيقة عرفية، فهو بهذه الصورة يكون عقداً صحيحاً شرعاً، وتترتب عليه كل آثاره من حل التمتع وثبوت الحقوق لكل من الزوجين، وثبوت النسب، والتوارث وغير ذلك من الآثار، دون الحاجة إلى توثيقه توثيقاً رسمياً، وكان ذلك هو السائد قبل أن توجد الأنظمة الحديثة لتقييد العقود وسماع الدعوى والفصل في المنازعات[26]، وهو ما كانت عليه الجزائر قبل صدور أول نص قانوني خلال الاستعمار وهو قانون 23مارس1882 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية في الجزائر، ورغم صدور عدة قوانين قبل وبعد الاستقلال لضبط وتنظيم عقد الزواج وإجراءات تسجيله، إلا أن الزواج العرفي بهذه الصورة وغيرها، لا يزال موجودا في مجتمعنا إلى يومنا هذا لعدة أسباب[27] .

- أسباب الزواج العرفي المعلن عنه : عادة يلجأ بعض المقبلين على الزواج إلى الزواج العرفي مع إشهاره وإعلانه بإقامة الولائم والاحتفالات، لأسباب عدة نذكر منها ما يلي :

- ترتفع نسبة الزواج العرفي في القرى مقارنة بالمدن نظرا لنقص الوعي القانوني وجهل أهمية التوثيق .

- نظرة المجتمع الجزائري الدينية للزواج، وعدم إعطاء أهمية للقوانين الوضعية في هذا الشأن، وأن الزواج العرفي مكتمل الأركان والشروط وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية[28] .
- الزواج العرفي للآباء وعدم تسجيله ينتج عنه بالضرورة عدم اكتساب الأبناء لهوياتهم مما يضطرهم هم كذلك للزواج عرفيا، وهذه الظاهرة منتشرة بكثرة في الصحراء الجزائرية لطبيعة سكانها البدو الرحل .
- رفض الترخيص للزواج المختلط، أي زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب، من الجهة المختصة، وعملا بنص المادة31 ق أ ج، فإنه يخضع لأحكام تنظيمية خاصة، ناهيك عن المدة الطويلة التي يستغرقها للحصول على هذه الرخصة، مما يؤدي إلى انعقاد الزواج عرفيا، وهو كذلك منتشر في المناطق الصحراوية الحدودية[29] .
- الزواج المبكر أو زواج القصر، أي الزواج دون سن التاسع عشر المنصوص عليه قانونا في الفقرة 2 من المادة7 ق أ ج، والذي يتطلب الحصول على رخصة من رئيس محكمة محل الإقامة لإتمام الملف الإداري، ومخافة عدم الحصول عليها يتم عقد الزواج الشرعي وتكتمل بعده مراسيم الزواج ويقع الدخول[30] .
- شرط وجوب تقديم الوثيقة الطبية وبخضوع الطرفين للفحوصات المستحدث في قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 في المادة 7مكرر منه، يعد قيدا على بعض الأفراد، إذا كان أحد الزوجين مصابا بمرض ويريد إخفاءه على الطرف الثاني خشية الرفض[31] .

الصورة الثانية : الزواج العرفي غير المعلن عنه : هو زواج يتم بالتراضي بين الرجل والمرأة، وبموافقة الولي، وحضور الشهود، فهو بذلك زواج شرعي إلاّ أنه يفتقد لشرط الإعلان وغير مسجل قانونا[32]، وغالبا ما يكون المقبل على هذا النوع من الزواج متزوجا من أخرى ويخفي عنها هذا الزواج لسبب أو لآخر، وقد تتم توصية الشهود بالكتمان، فيكون بذلك أقرب إلى نكاح السر، ولعل من الأسس التي يقوم عليها عقد الزواج هو الإشهاد والإشهار وحضور الولي[33]، فالشهادة على العقد وحضور الولي تفرق بين الحلال والحرام، لقوله صلى الله عليه وسلم << لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِي وَشَاهِدَي عَدلٍ >>[34]، أي لا يصح النكاح من دون الولي والشاهدين، وقوله أيضا << أَعْلِنُوا النِّكَاحَ هَذَا النِّكَاحَ ، واجْعَلُوهُ فَي الْمَسَاجِدِ وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفُوفِ >>[35] .

- أسباب الزواج العرفي غير المعلن عنه : بعدما استظهرنا أسباب الزواج العرفي المعلن عنه ودوافعه سنعرض أسباب الزواج العرفي غير المعلن ومن يُقدِم عليه، الذي يتم فيه الدخول دون إشهاره وإعلانه، أي في السر ، حيث تتمثل فيما يلي :
- وجود فوراق اجتماعية بين الرجل والمرأة، ترغم أحدهما أو كلاهما إخفاء هذا الزواج .
- التبرج وافتتان الرجل بالمرأة، يجعله يريد الاستمتاع بها، فيدفعه ذلك إلى الزواج العرفي دون إعلانه للتهرب من المسؤولية ، ثم بعد مدة يغيب عنها أو يطلقها[36] .

- تعمد بعض الزوجات الأرامل إلى الزواج العرفي حتى لا تفقد حق الحضانة أو معاشا من زوجها المتوفى .
- القيود الواردة على التعدد في المادة08 ق أ ج، جعلت بعض الأزواج يلجؤون إلى الزواج العرفي دون إعلانه لكي لا تعلم الزوجة الأولى بزواجه فتطالبه بالطلاق .
- الزواج المختلط الذي يتم في الخارج، حيث ونظرا لظاهرة الهجرة غير الشرعية للشباب وحتى النساء وعائلات بأكملها، جعلت بعضهم يقدمون على الزواج بأجنبيات للحصول على أوراق الإقامة داخل البلد الأجنبي، وهناك من يرغب بالزواج بجزائرية في بلد أجنبي يُرفض فيه التعدد، أو أن جزائرية ترغب في الزواج من جزائري هناك لكن زواجها منه يحرمها من معاش أو امتيازات وتعويضات في هذا البلد الأجنبي، فكل هذا لا سبيل له إلا بالزواج العرفي وحتى يحقق غايته لا يتم إعلانه .
- نية النصب والاحتيال سواء من جهة الرجل وخداعه للمرأة لتحقيق مآربه دون تحمل أدنى مسؤولية، كأن يتزوج بأكثر من امرأة، أو من جهة المرأة للبحث عن الثراء، كأن تتزوج برجل ثري ثم تنتقل إلى غيره[37] .
- طبيعة عمل بعض الأزواج وتنقلهم عبر الولايات، قد تفرض عليهم أحيانا الاستقرار بعيدا عن زوجاتهم وعائلاتهم مدة طويلة، فإن الزوج يرغب في الزواج مرة أخرى، ولأنه لا يمكنه ذلك إلا بإعلام الزوجة الأولى والمرأة التي يقبل على الزواج بها قانونا، كما لا يمكنه إخفاء زواجه بسبب رقمنة وثائق الحالة المدنية، فإنه يتزوج عرفيا، وإذا تنقل إلى ولاية أخرى غاب عنها دون أن يطلقها أو يخبرها بذلك[38] .

كل هذه الأسباب أو أخرى، يمكن أن يكون الزواج العرفي قبل الفقدان أو بعده .

الفرع الخامس : الحكم الشرعي للزواج العرفي

تباينت آراء العلماء في الحكم الشرعي للزواج العرفي بين مجيز ومانع له، فمن يجيزونه يرون أنه عقد صحيح كامل الأركان والشروط الشرعية، وتثبت معه جميع الحقوق من متعة ونفقة وطاعة المرأة لزوجها ونسب وميراث، وهو ما كان معهودا عند المسلمين إلى وقت قريب، أما عن أبي حنيفة والشافعي وأصحابهما فيرون أنه إذا كان هذا الزواج بحضور شاهدين أُوصيا بالكتمان جاز النكاح، وأن نكاح السر هو الذي لم يقع فيه الإشهاد مطلقا، وأما الإعلان والإشهار له فهو شرط لصحة الزواج، أما المالكية والحنابلة فيرون أن نكاح السر هو الذي حضره الشهود وطُلب منهم كتمانه[39]، ويقول في ذلك الشيخ محمد متولي الشعراوي أن الزواج العرفي الذي يتم في السر والخفاء هو زنا، فالزواج العرفي غير المعلن عنه حرام لافتقاره شرط الإعلان والإشهار[40] .

فالرأي الأرجح مما سبق هو من اعتبروا الإعلان والإشهار للزواج هو شرط صحة وأن الزواج العرفي المكتمل الأركان هو زواج صحيح ، وهذا ضمانا للحقوق، لكن تعددت أسباب الزواج العرفي بحسب أنواعه وصوره وظهرت مفاسده التي تطال الزوجة

بالدرجة الأولى وتتعدى إلى الأولاد ثم المجتمع، ومنها هضم الحقوق واختلاط الأنساب وهذا عندما يصاحبه الإنكار من أحد الزوجين وتهربه من المسؤولية دون سبب أو لأسباب قاهرة أو غيابه لمدة طويلة إلى أن يصير في حكم المفقود .

المطلب الثاني : مفهوم المفقود

لتحديد مفهوم المفقود يتوجب علينا ضبط تعريفه اللغوي، والاصطلاحي عند فقهاء الشريعة الإسلامية، ثم التعريف القانوني في القانون الجزائري وبعض التشريعات العربية، لتحديد الشروط الواجب توافرها لاعتبار الشخص الغائب في حكم المفقود، وكذا التمييز بين المفقود والغائب .

الفرع الأول : تعريف المفقود

سنتطرق لتعريف المفقود لغة واصطلاحا ثم التعريف القانوني في القانوني الجزائري وبعض التشريعات العربية .

ـ تعريف المفقود لغة : من فقد فقدا، وأفقده الشيء أي أعدمه إياه، والمفقود هو الضائع، وتقول العرب لا تتزوجن فاقدا وتزوج مطلقة، والفاقد من النساء من مات زوجها أو ولدها[41]، قال الله تعالى: << قَالُواْ وَأَقْبَلُواْ عَلَيْهِم مَّاذَا تَفْقِدُونَ قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ...>>[42]، وقال تعالى: << وَتَفَقَّدَ ٱلطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى ٱلْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ ٱلْغَائِبِينَ >>[43] .

ـ تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للمفقود : تباينت تعاريف فقهاء الشريعة الإسلامية للمفقود، سنعرض بعضا منها فيما يلي، مع بيان مكمن الاختلاف .

أولا الحنفية : قدم الإمام السرخسي تعريفا جامعا بقوله : " المفقود اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله، ولكنه كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدون ولخفاء أثر مستقره لا يجدون، فقد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد "[44]، وقال ابن عابدين في حاشية رد المحتار على الدر المختار " هو غائب لا يدرى مكانه ولا حياته ولا موته، أو هو غائب لم يدر أحي هو فيتوقع قدومه، أو ميت أودع اللحد البلقع "، اتفق الحنفية في تعريف المفقود باشتراط الجهل بحاله، في حين انفرد رأي آخر بشرط جهل المكان .

ثانيا المالكية : " هو من انقطع خبره وأمكن الكشف عنه، ولا يدخل من ضمنه الأسير لأنه لا ينقطع خبره، والمحبوس لأنه لا يمكن الكشف عنه، فيعتبر مفقودا من غاب مدة طويلة ولم تعرف حياته أو موته، مهما كان سبب الفقدان "[45] .

ثالثا الشافعية : كانت تعريفاتهم للمفقود أقرب إلى التعريف اللغوي، حيث عرّفه الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن بن الشيخ شهاب الدين العلوي الحسيني الشافعي بقوله : " المفقود هو

من انقطع خبره، وجهل حاله أحي هو أم ميت في سفر أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة، أو أسر في حرب "[46] .

رابعا الحنابلة : عرّفه الشيخ البهوتي " المراد بالمفقود من لا يُعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره " وهو قسمان :

1- من انقطع خبره في ظروف ظاهرها السلامة، كالمسافر لتجارة أو لسياحة .

2- ومن انقطع خبره في ظروف ظاهرها الهلاك، كمن كان في سفينة وغرقت فسلم قوم دون قوم، أو من فقد بين أهله، أو من فقد عند إلتقاء الصفين في القتال .

إلا أن للظاهرية رأي آخر في ذلك، حيث لم يشترطوا لذلك ظرفا ولا زمنا معينا واقتصروا على الجهل بحاله وانقطاع أخباره[47] .

لقد تعددت تعريفات الفقهاء للمفقود واختلفوا في الأخذ بجهل المكان من عدمه واجمعوا على أن الغياب هو اختفاء الشخص وجهل أثره وحياته أو موته، وعدم معرفة حياته من موته هو المعيار المشترك في اعتبار الشخص مفقودا وليس الجهل بمكانه، وهناك من يعتبر الأسير الذي لا يعرف موته من حياته وإن علم مكانه مفقودا .

- التعريف القانوني للمفقود : تعريف المفقود في جل التشريعات العربية مستوحى من مفهومه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ونذكر منه :

أولا : تعريف المشرع الجزائري : جاء في المادة 109 ق أ، بأن " المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم "[48].

ثانيا : تعريف المشرع التونسي : عرّفه في المادة81 مجلة الأحوال الشخصية الصادرة سنة1956 المعدلة سنة2003 بأن المفقود " هو كل من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حيا "[49] .

باستقراء التعريف القانوني يتضح أنه لاعتبار الشخص مفقودا في نظر المشرع الجزائري وجب توفر الشروط التالية : غياب الشخص عن موطنه وعدم معرفة مكانه والجهل بحاله مع صدور الحكم بالفقدان، أما المشرع التونسي فيعتبر الشخص مفقودا إذا انقطع خبره، ولا يمكن الكشف عنه أي أنه يغلب الظن على وفاته .

الفرع الثاني : تمييز المفقود عن الغائب في القانون الجزائري

عرّف المشرع الجزائري الغائب في المادة 110 ق أ، بقوله " الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود "[50] .

باستقراء المادتين109 و110 ق أ، يمكن تمييز المفقود عن الغائب حسب ما يلي:

- كل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود، وذلك من خلال ما استهل به المشرع الجزائري في تعريف المفقود بعبارة " المفقود هو الشخص الغائب "، بمعنى أن الفقدان يعتبر حالة من حالات الغياب .

- المفقود لا يعرف مكانه ولا حياته أو موته، أما الغائب حياته مؤكدة ومكانه معروف، فالتمييز قائم على أساس الشك في حياة الشخص مثل ما هو معتمد في الفقه الإسلامي .
- حالة الفقدان تنتهي إما بالموت الحقيقي أو الحكمي بعد مرور مدة زمنية يقدرها القاضي وحسب حالات وظروف الفقدان بعد صدور الحكم بالفقدان، بينما الغائب حياته مؤكدة لا يمكن استصدار حكم بموته مهما طالت مدة الغياب .
- اعتبار الشخص غائبا من الناحية القانونية مرهون بشرطي إثبات الظرف القاهر وإثبات الضرر للغير وأما المفقود غير مرهون بهما .

وأما عبارة "... تسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود" في المادة110 السالفة الذكر، تظهر أن المشرع ساوى بين المفقود والغائب بجعل الغائب في نفس المركز القانوني للمفقود، وهذا غير صحيح، بل قصد من وراء ذلك صدور حكم باعتبار الشخص غائبا أو مفقودا، لأنه لا يعقل أن تطبق عليهما نفس الأحكام وإلا فلما التمييز بينهما[51] .

المبحث الثاني : إثبات الزواج العرفي للمفقود

يعتبر إثبات الزواج العرفي للمفقود من المسائل الشائكة والمعقدة نظرا لصعوبة وتعدد الإثبات، إثبات حالة الفقدان من جهة وإثبات واقعة الزواج العرفي من جهة أخرى، ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا، " يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود، واليمين ..."[52]، فكلمة موت أحد الأزواج تحتمل معنيين هما الموت الحقيقي، والموت الحكمي، فإذا كان المفقود متزوج عرفيا، فكيف يتم إثبات هذا الزواج ؟ وإن انعقد بطريقة شرعية ولم يتم تسجيله .

ولمعالجة هذا الموضوع يتطلب منا الأمر تفكيك هذه المسألة، فحالة الفقدان تثبت أولا باعتبارها هي المسألة الأصلية، ثم يثبت الزواج العرفي لأنه مسألة تبعية، ومن أجل ذلك تطرقنا للحكم بالفقدان في التشريع الجزائري، ثم إلى طرق إثبات الزواج العرفي للمفقود .

المطلب الأول : الحكم بالفقدان في التشريع الجزائري

بعد التمييز بين المفقود والغائب، سنتطرق إلى إثبات حالة الفقدان ابتداء من الغياب إلى صدور الحكم بالفقدان ثم الموت الحكمي .

- إثبات حالة الفقدان من الغياب إلى صدور الحكم بالفقدان ثم الموت حكما

ضبط المشرع الجزائري حالة الفقدان بقواعد قانونية، وحدد شروطا لاعتبار الشخص مفقودا في المادة 109 ق أ، وهي الغياب مع الجهل بمكانه وحاله ولا يعتبر مفقودا إلا بصدور حكم قضائي يقضي بذلك، أي أن الحكم القضائي شرط جوهري لاعتبار الشخص مفقودا، ومتى كان ذلك يعتبر الشخص في حكم المفقود من الناحية القانونية من تاريخ صدور الحكم بالفقدان[53]، ولاستصدار هذا الحكم أجاز المشرع ذلك للورثة وللنيابة العامة ولكل ذي مصلحة أن يرفع دعوى قضائية يطالب من خلالها الحكم

بفقدان الشخص عملا بنص المادة 114 ق أ، والتي جاء فيها " يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة "، فمن خلال هذه المادة تثبت الصفة في رفع دعوى الفقدان لكل من الورثة وهم ذوي حقوق المفقود من أولاده وزوجه وأقاربه بناء على مصلحة خاصة، وكل ذي مصلحة كالدائنين أو الشركاء، والنيابة العامة باعتبارها تمثل الحق العام، وعملا بالقاعدة الإجرائية التي مفادها أن الدعوى ترفع من ذي مصلحة على ذي مصلحة، فالمدعى عليه هنا هو المفقود، وقد اعتراه مانع قانوني وهو الغياب من مباشرة أعماله القانونية، ومن خلال التطبيقات القضائية فإنها أجازت أن ترفع دعوى الفقدان على أحد أقاربه أو على وكيل الجمهورية، وإذا كانت النيابة العامة هي من ترفع الدعوى فإنه يتم تعيين وكيل قضائي عن الشخص المفقود يتولى تمثيله أمام الجهات القضائية .

يتم إثبات الفقدان بإقامة الدليل على أن الشخص الغائب يعتبر مفقودا في نظر القانون، ولا يكون ذلك إلا بصدور حكم قضائي الذي يعتبر إلزاميا للحكم بموت المفقود بعد مدة زمنية يقرها القانون[54]، وبعد صدور الحكم بموت المفقود، تنتج آثار مترتبة عن هذا الحكم، وهي الآثار المترتبة عن الحقوق الشخصية أو الحقوق العينية، ومن بين هذه الآثار الحقوق المترتبة عن الزواج سواء كان رسميا أو عرفيا، وسواء كان زواجا عرفيا قبل الفقدان أو بعد الفقدان[55] .

وعلى اعتبار الغياب وجهل الأثر واقعة مادية توجب إثباتها بجميع طرق الإثبات، منها المعاينة وشهادة الشهود، ومما سبق فإن التطبيقات القضائية أوجدت حلولا قانونية لإشكالات إجرائية كانت تعترض رفع دعوى الفقدان ومن خلال بحثنا هذا تبين لنا أن هناك إشكالات أخرى لم تكن محل تقنين، كأن يكون هذا المفقود متزوج عرفيا، فإن زوجته بالرغم من أنها تحوز على الشروط العامة لرفع الدعوى المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ألا وهي الصفة والمصلحة والأهلية، لكن لا يمكنها أن ترفع دعوى الفقدان أو تطلب التطليق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة، دون تثبيت هذا الزواج العرفي، أمّا إذا صدر الحكم بالفقدان بدعوى ممن له الصفة والمصلحة، وظهرت امرأة تدّعي أن المفقود زوجها لتطالب بحقوقها، لأنها والمفقود كانا متزوجان عرفيا، مما قد ينجر عنه صعوبة إثبات هذا الزواج إن لم نقول أنه يستحيل، وتترتب عنه عدة إشكالات سيتم بيانها لاحقا .

المطلب الثاني : طرق إثبات الزواج العرفي للمفقود

بعد إثبات حالة الفقدان في المطلب السابق والتي تعتبر المسألة الأصلية في إثبات الزواج العرفي للمفقود، سنتطرق الآن إلى المسألة التبعية والتي هي إثبات الزواج العرفي في حدّ ذاته، وتقودنا مسألة إثبات الزواج العرفي للمفقود إلى السؤال الذي يطرح نفسه، هل المفقود تزوج عرفيا قبل غيابه أم بعد غيابه؟ ومن هنا سنعالج الحالتين كالآتي:

الفرع الأول : حالة المفقود المتزوج عرفيا قبل غيابه

تعتمد الشريعة الإسلامية في إثبات الزواج على إحدى الطرق الثلاث وهي الإقرار، البينة، والنكول عن اليمين، وإذا كان المشرع الجزائري قد أقرّ بإثبات الزواج العرفي في المادة 22 من قانون الأسرة، فإن قرار المحكمة العليا أخذ بجميع طرق الإثبات في الزواج العرفي، لكن جعل سيد الأدلة شهادة الشهود، وعليه سنتطرق إلى طرق إثبات الزواج العرفي كالآتي :

أولا : الإقرار كوسيلة لإثبات الزواج غير الموثق

نص المشرع الجزائري في المادة 341 ق م " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة "[56]، غير أنه في حالة وجود مفقود فإن القضاة لا يكتفون بالإقرار فقط، بل إجراء تحقيق من خلال سماع الشهود وتوافر جميع الشروط لذلك، وهو ما جاء في قـرار المحكمة العليا رقــم 96238 بتاريخ 1993/09/28 (غير منشور) " إن الزواج العرفي، الذي توافرت فيه الأركان الشرعية وفقا لأحكام قانون الأسرة، بشهادة الشهود الذين حضروا مجلس العقد، وأفادوا بأنه حدد فيه الصداق والإيجاب والقبول، وكان ذلك بمعرفة الإمام الذي قرأ الفاتحة، هو زواج صحيح وتترتب عليه آثاره وكافة الحقوق "[57] .

وإذا كان الإقرار هو الاعتراف بحق له، أو لغيره، أو الاعتراف بواقعة، فإن حالة الزواج العرفي للمفقود تدخل ضمن هذا الإطار إذا سبق إثبات الفقدان بحكم قضائي قبل إثبات الزواج العرفي، ويرى عبد الرزاق السنهوري على أن اعتراف شخص بحق عليه لشخص آخر هو إقرار[58] ، وينقسم الإقرار حسب القواعد العامة للإثبات إلى نوعين :

- **الإقرار غير القضائي** : هو إقرار يتم خارج مجلس القضاء، ويظهر هذا النوع من الإقرار في الزواج العرفي كأن يقر أحد الزوجين أنه زوج للآخر شفاهة أو كتابة، والذي يتم تحريره عند موثق بما يعرف بعقد لفيف الزواج في حالة حضور أحد الزوجين وغياب الطرف الآخر لوفاته حقيقة أو حكما أو لفقدانه، وفي حالة حضور الزوجين معا وبالإرادة الحرة لكليهما يسمى بعقد الإقرار بزواج، إن ما ورد في هذه العقود من إقرارات تستند إليها المحاكم لتدعم تحقيقاتها التي تهدف إلى تثبيت واقعة الزواج العرفي، غير أن المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر بتاريخ89/12/11 لا تعتد في إثبات الزواج العرفي بالإقرارات غير القضائية التي تم التصريح بها خارج مجلس القضاء .

- **الإقرار القضائي** : هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها، كأن تقر الزوجة أمام القاضي بقيام العلاقة الزوجية بينها وبين المدعى عليه[59]، لكن من خلال الأحكام القضائية نجد أن القضاة لم يقتصروا على الإقرار كوسيلة كافية لإثبات الزواج العرفي، لذا سنتطرق للطريقة الثانية للإثبات التي وردت في كثير من الإحكام والقرارات لما لها من القوة في الإثبات، ألا وهي البينة أو ما يعرف بشهادة الشهود .

ثانيا : إثبات العلاقة الزوجية بالبينة

يعرف الإثبات بالشهادة على أنه " إخبار الإنسان في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره يترتب عليها حق لغيره "[60]، وحتى تعطى لشهادة الشهود قيمة قانونية في الإثبات يجب أن يكون هذا الشاهد قد حضر الوقائع التي يدلي بها، غير أنه في حالة وفاة الشهود فإنه يؤخذ بالشهادة بالتسامع، أي ممن يكون قد سمعها من الغير، حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم 53272 بتاريخ 1989/03/27 " من المقرر شرعا، أن الزواج لا يثبت إلاّ بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة، أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين،...."[61]، كما يجب أن تتوفر في الشهود مجموعة من الشروط مثل الأهلية وأن يكون مسلماً لأنه لا تصح شهادة غير المسلم للمسلم في الزواج، و أن يُسمع كل واحد على انفراد للتحقق من الشهادة عملا بنص المادة 152 ق إ م إ ج، وخاصة لما يتعلق الأمر بإثبات زواج مفقود حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم 90683 بتاريخ 1993/05/25 " من المقرر قانونا أنه يتوجب على القاضي الاستماع بنفسه لشهادة شاهد، وعلى انفراد ...."[62] .

ثالثا : النكول عن اليمين كأداة لإثبات العلاقة الزوجية

المعمول به في القضاء الجزائري في العديد من قرارات المحكمة أنه لا يؤخذ بوسيلة اليمين للإثبات إلا في حالة وفاة أحد الزوجين وهذا ما ينطبق على حالة المفقود المتوفى بحكم قضائي وفي هذه الحالة يقوم القاضي بسماع الشهود مع توجيه اليمين للمدعي، وهذا ما أخذت به غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في قرارها رقم 204254 بتاريخ 1998/09/22 والذي جاء فيه "يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج، بشهادة الشهود، واليمين، وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة ' لا نكاح بعد موت '، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها العرفي من الهالك، إضافة إلى سماع الشهود طبقوا القانون تطبيقا سليما "، فإذا ما تحققت الشروط الشرعية حكم القاضي بتثبيت الزواج العرفي حتى ولو كان الزوج مفقودا، كما يجب تسجيله في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، وفي هذا ينظر المشرع إلى الطرف الضعيف في هذه العلاقة وهم الأبناء[63] .

الفرع الثاني : حالة المفقود المتزوج عرفيا بعد غيابه

تكثر هذه الحالة بالنسبة للمغتربين، وهي منتشرة حاليا بكثرة في أوساط أصحاب الهجرة غير الشرعية من الجزائريين نحو أوروبا، فمثلا قد يتزوج عرفيا بأجنبية الغائب الذي صدر في حقه حكم بالفقدان، ويكون موته حكميا بسبب الفقدان لغلبة الظن على الهلاك كونه سافر عبر البحر في قارب صغير أو ما يعرف بقوارب الموت، مما يتطلب لإثبات هذا الزواج رخصة إدارية، وهو ما نصت التعليمة رقم02 بتاريخ 1981/02/11

الصادرة عن وزارة الداخلية والمتعلقة بإبرام الزواج المختلط على اشتراط رخصة إدارية مسبقة يصدرها الوالي، والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري اعتبر رخصة الوالي ركنا .

وبالرجوع للاجتهاد القضائي رقم 357345 الصادر بتاريخ 2006/06/14 والذي نص على أن " الرخصة الإدارية الممنوحة من بعض الجهات الوصية لا تعد ركنا "، يظهر أن هناك تعارض وتضارب بين النصوص القانونية فيما بينها، وبين النصوص القانونية والاجتهادات القضائية، فالزواج العرفي، والزواج المختلط كلاهما زواج غير موثق رغم أن الزواج المختلط هو زواج شرعي تام الأركان[64] . والسؤال الذي يثير نفسه في هذه الحالة كيف يمكن للمفقود في حالة عودته إلى وطنه إثبات زواجه ؟

ومما سبق كان لزاما على المشرع أن يضع استثناء لحالة المفقود الذي أجبرته ظروف للعيش في بلد أجنبي كون الزواج حق للرجل والمرأة، وبما أن الزواج العرفي والزواج المختلط كلاهما زواج غير موثق وكلاهما زواج شرعي تام الأركان، غير أن اشتراط الرخصة في الزواج المختلط جعلت منه زواج غير شرعي وغير معترف به قانونا وهذا إجحاف في حق الجزائريين المقيمين بالخارج، نظرا لاستفحال ظاهرة الهجرة غير الشرعية التي تزايدت معها حالات المفقودين في الجزائر، وتتزايد معها إشكالات إثبات الزواج وما ينتج عنه من نسب، وجنسية ....الخ، مما يتطلب وضع استثناءات في التعديلات المقبلة حتى لا تبقى هذه القضايا عالقة في أروقة المحاكم[65] .

خاتمة

وختاما يمكن القول أنه نظرا لانتشار ظاهرة الزواج العرفي في الوقت الحالي وتعدد أنواعه واختلاف صوره باختلاف أسبابه وظروف انعقاده، يبقى الزواج العرفي الذي انعقد وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية زواجا صحيحا منتجا لكافة آثاره القانونية من ثبوت النسب، ووجوب النفقة، وانتقال الميراث ....، ولإثبات هذه الحقوق يتطلب إثبات الزواج العرفي، وهي مسألة غاية في الأهمية، ولقد قال الأستاذ العربي بلحاج في هذه المسألة مقولته الشهيرة في كتابه أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري الصادر سنة2002 " ... بعد مرور 40 سنة على الاستقلال و30 سنة على دخول قانون الحالة المدنية حيز التطبيق، لا تزال ملفات الزواج العرفي تثقل كاهل المحاكم مما يتوجب مواجهتها بنصوص صريحة "، أما أن يكون المتزوج عرفيا مفقودا سواء تم الزواج العرفي قبل أو بعد الفقدان، فمسألة الإثبات تزداد تعقيدا لتعدد الإثبات، إثبات حالة الفقدان لإثبات واقعة الزواج مما يتطلب وقتا لذلك.

وفي الأخير خلصت الدراسة إلى النتائج التالية :

- يمكن أن يكون الفقدان سبب من أسباب الزواج العرفي أو العكس .

- وجود موانع قانونية تمنع الغائب أو المفقود من إبرام عقد زواج رسمي، مما يجعله يقبل على الزواج العرفي .
- غياب النصوص القانونية التي تنظم مسألة إثبات الزواج العرفي بصفة عامة، ومسألة إثبات الزواج العرفي للمفقود بصفة خاصة .
- إقبال أصحاب الهجرة غير الشرعية إلى الزواج العرفي المختلط .

ومن خلال نتائج هذه الدراسة يمكن استخلاص جملة من الإشكالات التي تقف أمام إثبات الزوج العرفي للمفقود وهي كالآتي:

- في أي مرحلة يمكن إثبات الزواج العرفي للمفقود، هل قبل صدور الحكم بالفقدان أو بعده ؟ أم بعد صدور الحكم بموت المفقود ؟
- مسألة إثبات الزواج العرفي للمفقود تتطلب وقتا طويلا، مما يقلل من فرص الإثبات وتترتب عنه ضياع الحقوق .
- إشكالية إثبات الزواج العرفي تتطلب مزيدا من النصوص القانونية لتنظيمها والإحاطة بها لتشمل مسألة إثبات الزواج العرفي للمفقود، الذي يستوجب إثبات حالة الفقدان ومن ثم إثبات الزواج العرفي .
- كما يثير هذا الموضوع عدة إشكالات أخرى من بينها مسألة الرخصة الإدارية في الزواج المختلط، وكذا النسب والميراث إذا ترتب عن هذا الزواج أبناء .

الهوامش

[1]. - سورة النور ، الآية (32) .
[2]. - سورة النساء ، الآية (3) .
[3] - الإمام الحافظ محي الدين أبو زكريا ، " كتاب النكاح ، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه " المنهج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، شرح النووي على مسلم ، بيت الأفكار الدولية ، السعودية ، ص868 .
[4]- محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته "الفتح الكبير"،(الطبعة المجددة والمزيدة والمنقحة)، المجلد1، ط3 ، المكتب الإسلامي ، بيروت، سنة1988 ، ص1151 .
[5]- ابن منظور ، لسان العرب ، ط3 ، دار صادر ، بيروت ، سنة1993 ، ص30 .
[6]- إبراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج4 ، مجمع اللغة العربية ، ص37 .
[7]- صديق تواتي ، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا ، الجزء الأول ، الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين ، سنة 2021 ، ص13 .
[8]- شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج4 ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة1993 ، ص192 .
[9] - ابن قدامة ، المغني ، ج7 ، ط3 ، دار عالم الكتب ، الرياض ، سنة1997 ، ص ص 339-340 .

[10]- الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج3 ، ط 1، دار المعرفة ، بيروت ، سنة1997 ، ص165.
[11]- أبو زهرة محمد ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص44 .
[12]- قانون رقم 84-11 مؤرخ 09يونيو سنة1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005 .
[13]- قانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربي ، حرر بتاريخ 03فبراير 2004 .
[14]- قانون رقم2001-052 بتاريخ 19يوليو2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتاني.
[15]- خرشف فاطمة ، إشكالات الزواج العرفي في الجزائر، مؤلف جماعي "انعقاد الزواج وانحلاله (الإشكالات والحلول)"، جامعة الجيلالي بونعامة ، خميس مليانة ، سنة2021 ، ص207 .
[16]- الشريف الجرجاني ، كتاب التعاريف ، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، سنة 1983 ، ص149 .
[17]- الأمر75-58 المؤرخ في 1979/09/27 والمتضمن ق م ج ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في2007/05/13 حسب آخر تعديل .
[18]- خرشف فاطمة ، المرجع السابق ، ص207 .
[19]- الأمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية .
[20]- شريف كمال عزب ، الخلع والزواج العرفي بين الشريعة والقانون، ط1 ، دار التقوى، القاهرة ، سنة2000 ، ص56 .
[21]- عمر سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، ط2 ، دار النفائس ، بيروت ، ص175.
[22]- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، سنة1999 ، ص ص33-34 .
[23]- وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ط1 ، دار الفكر، دمشق ، سوريا ، سنة 2006 ، ص8 .
[24]- جلال نسيمة ، عوامل انتشار ظاهرة الزواج العرفي في المنطقة الجنوبية للمجتمع الجزائري (دراسة استطلاعية لعينة من المتزوجين عرفيا في ولاية تمنغست)، مجلة آفاق علمية ، مجلد11، عدد3، سنة 2019 ، ص ص544-545 .
[25]- كريمة محروق، واقع الزواج العرفي في الجزائر أسبابه ومفاسده وإجراءات الحد منه ، مجلة العلوم الإنسانية ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة1 ، عدد39 ، سنة2013 ، ص132 .

[26]- بداوي علي ، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع ، المجلة القضائية ، عدد2 ، سنة2002 ، ص165 .
[27]- سالمي فطيمة ، الزواج العرفي بين العرف والقانون الجزائري (دراسة نظرية) ، مجلة العلوم الاجتماعية ، جامعة الأغواط ، مجلد7، عدد31جويلية2018 ، ص317 .
[28]- بداوي علي ، المرجع السابق ، ص158 .
[29]- جلال نسيمة ، عوامل انتشار ظاهرة الزواج العرفي في المنطقة الجنوبية للمجتمع الجزائري ، مجلة آفاق علمية ، مجلد11 ، عدد3 ، سنة2019 ، ص554 .
[30]- هيباوي الطاهرة ، محددات الزواج العرفي في المجتمع الجزائري، مجلة آفاق علمية ، عدد9 ، سنة2014، ص124 .
[31]- فطيمة سالمي-حفصة جرادي، سوسيولوجيا الزواج العرفي في الجزائر (دراسة تحليلية للأسباب بولاية الأغواط)، مجلة المواقف للبحوث والدراسات في المجتمع والتاريخ، مجلد17 ، عدد1 ، سنة2021 ، ص244.
[32]- سالمي فطيمة ، المرجع السابق ، ص317 .
[33]- أحمد حسن أبو جعفر ، أنماط الزواج العرفي الحديثة ومدى تطابقها مع أحكام الشريعة الإسلامية ، مجلة العلوم الإنسانية ، جامعة أم البواقي ، مجلد5 ، عدد2 ، سنة2018 ، ص70.
[34]- البيهقي ، السنن الصغير للبيهقي ، ج3، ط1 ، دار النشر جامعة الدراسات الإسلامية ، كراتشي ، باكستان ، سنة1989 ، ص20 .
[35]- محمد ناصر الدين الألباني ، صحيح وضعيف سنن الترمذي ، ج3 ، برنامج منظومة التحقيقات الحديثية – المجاني – مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة الاسكندرية ، ص89 .
[36]- أحمد حسن أبو جعفر ، المرجع السابق ، ص70.
[37]- كريمة محروق ، المرجع السابق ، ص ص135-142 .
[38]- جلال نسيمة ، المرجع السابق ، ص547 .
[39]- محمد الكشبور ، الواضح في شرح مدونة الأسرة ، ط3 ، دار الآفاق المغربية ، سنة2015 ، ص ص360-361 .
[40]- أحمد حسن أبو جعفر ، المرجع السابق ، ص71.
[41]- ابن منظور ، لسان العرب ، ج5 ، دار المعارف الإسلامية ، ص3444 .
[42]- سورة يوسف ، الآيتين 71-72 .
[43]- سورة النمل ، الآية 20 .
[44]- شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج11 ، ط2 ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، سنة1989 ، ص34 .

[45]- ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، (نقلا عن شبايكي نزهة ، أحكام المفقود في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2014-2015 ، ص8) .

[46]- الشيخ أبوبكر عبد الرحمان الحسيني الشافعي ، فتوحات الباحث في شرح تقرير المباحث ، حيدر أباد ، الدكن ، ط1، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، 1317ه ، ص175 .

[47]- الشيخ منصور بن يوسف بن ادريس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى) ، ج3 ، ط1 ، عالم الكتب ، سنة1993، ص542 .

[48]- القانون رقم84-11 المؤرخ في 09يونيو1984 المتضمن ق أ ج ، المعدل والمتمم .

[49]- نوي عبد النور ، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2012-2013 ، ص 28 .

[50]- القانون رقم84-11 المؤرخ في 09يونيو1984 المتضمن ق أ ج ، المعدل والمتمم .

[51]- نوي عبد النور ، المرجع السابق ، ص ص52-53 .

[52]- المجلة القضائية، عدد2، سنة2000، ص173 .

[53]- نوي عبد النور ، المرجع السابق ، ص29 .

[54]- شبايكي نزهة ، المرجع السابق ، ص ص23-28 .

[55]- عجة جيلالي، مدخل للعلوم القانونية ، بارتي للنشر، الجزائر، سنة2009، ص94 .

[56]- الأمر 75-58 المؤرخ في 1979/09/27 والمتضمن ق م ج ، المعدل والمتمم .

[57]- بلحاج العربي ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا ، طبعة4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص110 .

[58]- عبد الرزاق السنهوري ، الالتزام بوجه عام "الإثبات ، آثار الالتزام" ، درا النهضة العربية، القاهرة ، مصر، سنة 1968 ، ص471 .

[59]- عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع عنه دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري ، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية ، مجلد1، عدد1، سنة2015 ، ص ص133-134 .

[60]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة2011 ، ص129 .

[61]- المجلة القضائية ، عدد3 ، سنة1999 ، ص82، (نقلا عن بلحاج العربي المرجع السابق ، ص94) .

[62]- المجلة القضائية، عدد4، سنة1994، ص58، (نقلا عن بحاج العربي المرجع السابق، ص110) .

[63]- يوسف رحان، الأساليب القانونية لإثبات الزواج غير الموثق، دراسة معززة بقرارات المحكمة العليا، مجلة القانون والعلوم السياسية، مجلد5، عدد1، سنة2019 ، ص310 .

[64]- بوفرورة سميرة-بن هبري عبد الحكيم، أزمة الزواج المختلط في الجزائر بين الفراغ التشريعي والانزلاق القضائي، مؤلف جماعي" انعقاد الزواج وانحلاله (الإشكالات والحلول) "، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، سنة2021، ص ص183-187 .

[65]- بن شويخ سارة، إشكالات المعاملات الأسرية المتعلقة بإبرام زواج الجزائرية بأوروبا، مؤلف جماعي "انعقاد الزواج وانحلاله (الإشكالات والحلول)"، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة ، سنة2021، ص ص236-238 .