دور توثيق الزواج في حماية الأسرة واستقرار المجتمع

The role of documenting marriage in protecting the family and the stability of society

د. زيدان عبد النور[1]،

[1]المركز الجامعي تيبازة الجزائر، zidane.abdennour@cu-tipaza.dz

تاريخ الإرسال: 2023-04-11 تاريخ القبول: 2023-04-22 تاريخ النشر: 2023-04-26

ملخص:

الزواج ميثاق غليظ كما جاء في القرآن الكريم، بيد أن توثيقه ليس من المسائل المرتبطة بانعقاده أو صحته، وإنما لنفاذه في مواجهة الغير. ولكونه أقدس العقود وأخطرها لتناوله حالة الأفراد وحقوقهم لا سيما ما تعلق منها بالعرض والنسب، وما يترتب عنه من إلتزامات بين طرفيه، الزوجين، غير أن آثاره تتعداهم لتمس ما ينتج عنه من أولاد وما يرتبه من علاقات نسب ومصاهرة، بل أكثر من ذلك ينتج آثارا في مواجهة المجتمع قاطبة.

لذلك فإن توثيقه مسألة في غاية الأهمية كونها تحفظ كل الحقوق وتثبت كل الإلتزمات المترتبة عنه، وبذلك تتحقق حماية للأسرة خاصة وللمجتمع عامة.

كلمات مفتاحية: توثيق، زواج،حكم التوثيق، حماية،الأسرة.

Abstract:

Marriage is a tough covenant as stated in the Holy Qur'an. However, its documentation is not one of the issues related to its contract or validity, but rather to its enforcement in the face of others. And because it is the holiest and most dangerous of contracts, it deals with the situation of individuals and their rights, especially those related to honor and lineage, and the obligations that result from it between its two parties, the spouses. The whole community.

Therefore, documenting it is a very important issue, as it preserves all rights and proves all obligations arising from it, and thus protection is achieved for the family in particular and for society in general.
Keywords:*documentation; marriage; documentation roule; protection; family.*

1- المؤلف المرسل: زيدان عبد النور، **الإيميل:** zidane.abdennour@cu-tipaza.dz

مقدمة:

توثيق عقد الزواج من المسائل المهمة فيه والتي تعكس بحق وجه الحماية التي فرضتها المصلحة المشتركة للزوجين وعمود نسبهم، كما اقتضتها المصلحة العامة حماية للمجتمع قاطبة، والحقيقة أن تجسيد هاته الحماية أمر في غاية الأهمية والصعوبة بما كان، لهذا اقتضى الحال بسط هذه الحماية من خلال هذه الوسيلة المشروعة بإناطتها لجهة مستقلة ورسمية، لأن منحها لأطراف العلاقة ينظمونها فيما بينهم دون غيرهم مسألة غير كافية ولا تمنح الوسيلة ضمانة كافية لتحقيق الحماية الموضوعية، وهذا سبب رصد هذه المسألة لجهة رسمية محايدة كفيلة بتحقيق مصالح مشتركة ومتناقضة في بعض الأحيان، وهذا سواء كان بصفة آنية أو بصفة مستقبلية. لهذا يتعين طرح إشكالية مدى كفاية وفعالية توثيق عقد الزواج في حماية الأسرة؟

وللإجابة على هذه الإشكالية نوظف المنهج الوصفي والمنهج التحليلي إلى جانب المنهج التاريخي، ولهذا يتعين التطرق للموضوع من خلال فهم وتحديد ماهية التوثيق (1)، ثم نبحث حكم التوثيق في عقد الزواج وأثره (2).

1.ماهية التوثيق

نتناول ضمن هذا المبحث تعريف التوثيق وبيان مصدر مشروعيته(1.1) ثم بيان أهمية توثيق عقد الزواج وأثره على الأسرة والمجتمع (2.1).

1.1.تعريف التوثيق ومصدر مشروعيته:

نتعرض لتعريف التوثيق (1.1.1) ثم نبين مصدر مشروعيته (2.1.1)

1.1.1.تعريف التوثيق:

ينبغي التطرق للتعريف اللغوي (1.1.1.1) ثم التعريف الاصطلاحي (2.1.1.1)

1.1.1.1. تعريف التوثيق لغة

أصله وثَّق، فيكون بمعنى الائتمان والإحكام، والتشديد والتقوية، والثبوت والعقد، والعهد المحكم، فيقال: وَثِقَ به يثِق ثِقَةً، بكسر الثاء فيهما: بمعنى ائتمنه، ووَثُقَ الشيءُ فهو وثيق، من باب ظَرُفَ: أي ثبت وقوي.[1]

فقد جاء في مختار الصحاح للرازي: (وَثِقَ) بهِ يَثِقُ بكسر التاء فيهما (ثِقَةً) إذا ائتمنه. و(المِيثَاقُ) العهد والجمع (المَواثيقُ) و(المَواثِقُ) و(المَياثِقُ) و(المَيَاثِيقُ) و(المَوثِقُ) الميثاقُ. و(المُواثَقَةُ) المعاهدة. ومنه قوله تعالى :" وميثاقه الذي واثقكم به " و(أَوْثَقَهُ) في (الوَثَاقِ) شَدَّهُ قال تعالى :" فشدوا الوثاق"، و(الوِثاقُ) بكسر الواو لُغَةٌ فيه، و(الوَثِيقُ) الشيء المُحْكَم. والجمع (وِثَاقٌ) بالكسر، وقد (وَثُقَ) من باب ظَرُفَ أي صار (وَثِيقًا). ويقال: أَخَذَ (بالوَثِيقَةِ) في أمرٍ أي بالثِقَةِ. و(تَوَثَّقَ) في أمرٍ مِثْلُه. و(وَثَّقَ) الشيء (تَوثِيقًا) فهو (مُوَثَّقٌ) و(وَثَّقَهُ) أيضا قال له إنَّه ثِقَةٌ. و(استَوثَقَ) منه أخذ منه الوثيقة[2].

والتوثيق هو التسجيل بالطريق الرسمي، والموثِّق من يُوثِّق العقود ونحوها بالطريق الرسمي.[3]

2.1.1.1. تعريف التوثيق اصطلاحا

لقد شهد التوثيق عدة تعريفات، منها أنه الأمر الذي يحصل به التَّقَوِّي على الوصول للحق. غير أن هذا التعريف جمع بطريق الخلط بين حفظ الحقوق واستيفائها.

كما عرَّفه غيرهم بأنه مجموعة من العقود الشرعية المحكمة، لتأكيد الحق واستقراره في يد صاحبه، أو ذمة الغير، أو إثباته عند التنازع أمام القضاء.

وهذا التعريف اعتبر العقود من الوسائل التي تفيد التوكيد، بيد أن التوثيق هو الذي يعمل على توكيد العقود، لذلك يستحسن تعريفه بأنه ما يحصل به إثبات العقود والحقوق وتأكيدها مع استقرارها في أيدي أصحابها، أو في ذمة الغير، ويصح الاحتجاج بها عند النزاع. وبالتالي ينتج عن هذا البيان أن التوثيق يشمل جميع الوسائل التي تتم به من كتابة أو رهن أو إشهاد وغيرها من الوسائل الحديثة كالتسجيل الصوتي وغيره.[4]

وفي الخصوص، يقصد بالتوثيق كتابة العقد وإثباته رسميا لدى الموظف العمومي المختص، فهو أمر أوجبه القانون صونا لخطورة عقد الزواج بآثاره عن الإنكار والجحود بعد انعقاده من أحد الزوجين أو غيرهما.[5]

وعليه فإنه يمكن القول أن توثيق الزواج يحصل بالكتابة والتسجيل بما يفيد الطريق الرسمي في الأوراق والسجلات الرسمية ونحوها أمام الجهات المختصة الموكول لها هذه الصلاحية، ليتسنى الرجوع إليها عند الحاجة لإثبات الحقوق والالتزامات، بحيث لا تقبل الإنكار ولا يجوز الطعن فيها إلا بالطريق القانوني.

2.1.1. مصدر مشروعية التوثيق

يجد التوثيق مصدرا شرعيا له في كتاب الله عز وجل(1.2.1.1) وفي سنة النبي صلى الله عليه وسلم(2.2.1.1)، كما يجد في عمل الصحابة رضوان الله عليهم(3.2.1.1) وفي المعقول مصدرا له(4.2.1.1).

1.2.1.1. في القرآن

لقد ورد في القرآن الكريم ما يثبت مشروعية التوثيق وذلك في أطول آية من آي القرآن الكريم ضمن سورة البقرة في قوله تعالى في آية المداينة 282-283 من سورة البقرة:" يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه" إلى غاية قوله تعالى:" وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان

مقبوضة، فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته وليتق الله ربه ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه والله بما تعملون عليم".

فهذا الآي القرآني فيه بيان توثيق المعاملات والحقوق بثلاث وسائل: الكتابة، والإشهاد، والرهن، فكانت الكتابة في المرتبة الأولى بقوله :" فاكتبوه"وهو أمر منه تعالى بالكتابة للتوثقة والحفظ، مما يدل على أهمية التوثيق بها سواء في القليل والكثير أو الصغير والكبير، وهو إرشاد عظيم استنادا لقوله تعالى:" ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله"[6].

أما التوثيق بالإشهاد فقد أمر به تعالى في قوله:" واستشهدوا شهيدين من رجالكم" وهو مقرون بالكتابة لزيادة التوثقة، والتوثيق بالرهن ورد في قوله تعالى:" وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة"، أي يقبض الدائن صاحب الحق رهنا، وتكون وثيقة عنده حتى يأتيه حقه.[7]

هذا وقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول مدى وجوب هذا التوثيق ؟

وحاصل الخلاف مذهب الجمهور أنه إلى الندب والاستحباب وليس الوجوب، قال الشعبي والحسن: هذا الأمر محمول عند الجمهور على الإرشاد والندب لا على الوجوب.[8]

وذهب بعض من العلماء[9] إلى أن الأمر مبني على الوجوب وليس مندوبا، إذ يجب التوثيق بالكتابة والإشهاد للحقوق والعقود لأمر الله تعالى به، لأن الأمر يفيد الوجوب، كما أنه تأكد ذلك بعدة مؤكدات من الأمر بالإملاء وبيان صفة الكاتب وحثه على توخي العدل وكتابة القليل والكثير[10].

2.2.1.1. في السنة النبوية الشريفة

لقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يهتم بالتوثيق في صوره الثلاثة، فكان يكتب العقود والعهود والصلح.[11] فكان يأمر بالكتابة في المعاملة بينه وبين من عامله وفيما أمر به من الأمانة أو في الصلح الذي وقع بينه وبين المشركين، إذ لما صالح النبي صلى الله عليه وسلم أهل الحديبية كتب علي ابن

أبي طالب رضي الله عنه كتابا بينهم، كما أرسل صلى الله عليه وسلم كتبا إلى ملوك الأقطار يدعوهم إلى الإسلام[12].

وعن الإشهاد في الزواج ثبت قوله صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل»[13].

أما التوثيق بالرهن فقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم إجراؤه عندما اشترى طعاما من يهودي إلى أجل ورهنه درعا من حديد.[14]

3.2.1.1. في عمل الصحابة رضوان الله عليهم

ثبت عن الصحابة الكرام عملهم بالتوثيق في عهده صلى الله عليه وسلم ومن بعده أيضا، فلم يتوقف الخلفاء الراشدون والقضاة والأمراء عن العمل بذلك[15].

4.2.1.1. في المعقول

من المعقول لدى الشخص السليم أن للتوثيق أهمية بالغة بمختلف صوره، إذ الحياة البشرية تقتضي التعايش بين الأشخاص وتعاملهم المستمر مع بعضهم البعض، لا سيما في العقود والحقوق والالتزامات عامة، ولما اقتظت مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ كل هاته المسائل من الضياع والجحود لاسيما عند الخلاف، فقد شرع التوثيق بالكتابة والإشهاد والرهن درءً لذلك، وتبرز أهمية الكتابة على الخصوص نظرا لقوتها بالنظر لضعف الشهود ونسيانهم في بعض الأحيان أو حتى وفاتهم، فالحاجة ماسة إلى التوثيق عن طريق الكتابة للتيسير ورفع الحرج والمشقة من باب المعقول[16].

2.1. أهمية توثيق عقد الزواج وأثره على الأسرة والمجتمع

لما أمر الله تبارك وتعالى بكتابة الدَّين إلى أجل، إنما كان ذلك لحكمة جلية وغاية فوائدها جمة، لاسيما تفاديا للجحود والمنازعات والاختلاف بين العاقدين. لهذا اهتم النبي صلى الله عليه وسلم للتوثيق بالكتابة في كل معاملة تتضمن أجلا، فعمل الصحابة الكرام على هديه صلى الله عليه وسلم.

فإذا كان الأمر كذلك في البيوع والرهون والديون؛ فإن التوثيق في عقد الزواج يلعب دورا بالغ الأهمية دونما شك، بل هو أهم وأدعى، لما للزواج من قدسية وشرف واحترام في الشريعة الإسلامية، وبالنظر لما يترتب عنه من حقوق والتزامات وآثار لاسيما في العصر الحاضر أين غلب الجور والنفاق والخداع، فتعقدت مشكلاته كما تعددت أسباب النزاع، ولهذا قضت أغلب القوانين الوضعية بكتابته وتسجيله.[17]

ولذلك فإن مسألة توثيق عقد الزواج بكتابته وتسجيله لها أهمية بالغة وتلعب دورا مهما في الحفاظ على الحقوق وإثبات الالتزامات الناشئة عن عقد النكاح وتحفظ الآثار المترتبة عن هذه العلاقة، فتوثيق الزواج وتسجيله في السجلات يحمي إرادة العاقدين من كل ما من شأنه المساس بها وبما رتبته من آثار أو حتى الإخلال بما اتفقت عليه.

ولهذا نجد في توثيق عقد الزواج في وثائق مكتوبة ذات طابع رسمي محررة عن هيئات إدارية رسمية عدة فوائد، لاسيما صيانة الأعراض وحفظ حقوق الزوجين وحماية حقوق الولد، فتكون هذه الوثيقة حجة عند التنازع والجحود، ولا يمكن رفضها من أحدهما أو ورثتهما بعد وفاتهما[18].

فكتابة عقد النكاح في وثيقة مكتوبة عند الموثق أو الموظف المختص يضفي على العلاقة الطابع الرسمي، فتجعل من عقد الزواج مكتملا لأركانه مستوفيا لشروطه، لأن هؤلاء الموثقين يدركون بالمعرفة العلمية والقانونية لمجمل أركان النكاح وشروطه وموانعه فيتحقق منها حال إبرام العقد أمامه، وكل خلل فيها ينبه به الأطراف ويرشدهم إلى إكماله، وبالتالي بالكتابة والتوثيق يمكن التحرز من العقود الفاسدة والباطلة[19].

فتوثيق عقد الزواج يقطع النزاع بين الزوجين أو خلفهما فيما يخص هذه العلاقة أو آثارها، لأن جحود أحد أطرافها ممكن الحدوث لا سيما عند الفراق بدافع التملص من الالتزامات، والعكس من ذلك يتمسك الآخر بحق تثبته الكتابة،

لأن الشهود العيان قد يتوفون أو ينسون أو يصيبهم ما يجعلهم من غير أهل للشهادة، ومن أجل ذلك يعتبر وجود الوثيقة المكتوبة التي تثبت ذلك وسيلة أمان تحمي إرادة الطرفين وحقوقهم فلا مجال للإنكار[20]، وفضلا عن هذا يمكن أن تكون الوثيقة وسيلة لتذكير الشهود على أمر قد نسياه[21]، وإلى هذا أشار قول الله تبارك وتعالى:" ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا"[22].

والحقيقة أن الوثيقة التي تثبت قيام عقد زواج بين اثنين هي التي تثبت صفتهما أمام الجهات القضائية والإدارية ذات الشأن، وبالتالي عدم تقديم نسخة من عقد الزواج أمام القضاء في كل دعوى أو طلب يرمي إلى المطالبة بحق أو حمايته يتعلق بهذا الزواج سوف يؤدي إلى عدم قبول الدعوى أو الطلب المقدم أمامه لعدم إثبات الصفة[23].

وفي هذا كله حماية بارزة للأسرة لا ينكرها أحد، فبتوثيق الزواج توثيق لأسرة وما ينتج عنها من أفراد وعلاقات (حقوق وواجبات) ونسب.

هذا وفي بعض التشريعات كالتشريع المصري، يستوجب صراحة لقبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج تقديم وثيقة رسمية بالزواج، فتنص المادة 2/17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 المتضمن بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، على:« لا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج _ في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة 1931_ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية...»[24].

كما أن سوء النية في البعض قد يدفع بهم إلى رفع الدعاوى الكيدية بادعاء الزوجية والكيد بالمدعى عليه، أو التشهير به باستعمال شهود الزور لإثبات زوجية غير قائمة شرعا، ولهذا كانت كتابة عقد الزواج وسيلة في غاية الأهمية تدفع كل هذه المسائل.

ونظرا لهذه الأهمية التي يتمتع بها توثيق عقد الزواج، دأبت مختلف التشريعات إلى النص عليه وجعله من الشروط الشكلية في عقد الزواج ومن بينها التشريع الجزائري.

ولما كان توثيق عقد الزواج يحمل كل هاته الأهمية البالغة وينبئ بخير عظيم لفائدة أطراف العلاقة وغيرهم من أولادهم وورثتهم والأسرة عامة والمجتمع قاطبة، وجب في المقام التطرق لحكمه ومعرفة أثر تخلفه على عقدة النكاح؟

2. حكم التوثيق في عقد الزواج وأثره

يقتضي بحث حكم التوثيق في عقد الزواج وأثره، دراسة توثيق عقد الزواج قانونا **(1.2)**ثم بعد ذلك يسهل معرفة أثر تخلف التوثيق في الزواج **(2.2)**.

1.2. توثيق عقد الزواج في القانون

توثيق عقد الزواج في القانون نتطرق له انطلاقا من أحكام قانون الأسرة لنرى النصوص القانونية ذات الصلة **(1.1.2)**، ثم نتبين من شكليات هذا التوثيق **(2.1.2)**.

1.1.2. توثيق الزواج في نصوص القانون

لقد نص قانون الأسرة الجزائري على غرار كثير من تشريعات الأحوال الشخصية[25]على توثيق عقد الزواج بالكتابة وتسجيله في سجلات الحالة المدنية وبذلك يمنح عقد الزواج الصفة الرسمية التي تعتبر حجة ثابتة ورسمية على قيام علاقة الزوجية بين أطرافها.

فبالرجوع لنص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها:« يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون». كما نصت المادة 20 منه على أنه :« تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج »، أما المادة 21 من نفس القانون فقد نصت على :« 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 ». كما أقرت المادة 19 من ذات القانون على توثيق كل اشتراط يراه الزوجان مناسبا في عقد رسمي لاحق بعد زواجهما. هذا من جهة، ومن جهة أخرى تضمنت نصوص قانون الحالة المدنية الجزائري[26] أحكام توثيق وتسجيل عقد الزواج في المواد من 71 إلى 77 منه.

فتوثيق عقد الزواج بالكتابة وتسجيله في السجلات المعدة لذلك هي إجراءات شكلية أقرها القانون واشترطها لوجود العقد وإحداث آثاره من الناحية القانونية في مواجهة الغير، مما يجعل عقد الزواج من العقود الشكلية التي تتطلب الرسمية والتسجيل لحمايتها، وهي إجراءات فرضها المشرع لمنع التلاعب في هذه العقود وإشعارا منه على أهميتها وخطورتها، مراعيا فيها المرونة والسهولة لرفع الحرج خدمة للمصلحة الفردية والجماعية[27].

هذا وقد عهد المشرع الجزائري مهمة توثيق وتسجيل عقد الزواج إلى أشخاص حددها قانونا لا يجوز اللجوء لغيرهم في ذلك[28]، فإن حصل غير ذلك كان إشهارا للزواج لا توثيقا بالمعنى المطلوب قانونا[29]، غير أن عدم قيام الموثق بتسجيل عقد الزواج، الذي حرره، بدفتر الحالة المدنية في الآجال المطلوبة قانونا لا يؤثر على صحة الزواج الذي تضمنه العقد متى توافرت أركانه وشروطه وفقا لما ينص عليه القانون في المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.[30]

2.1.2. شكليات توثيق عقد الزواج

إن توثيق الزواج بكتابته وتسجيله يتطلب تقديم عدة وثائق خاصة بالحالة المدنية تتعلق بطرفي العقد وهما الزوجان، كما يجب إثبات هوية الولي والشهود في العقد نفسه، فيجب تقديمها للهيئة المكلفة بتوثيق عقد الزواج من أجل ذلك[31]، ثم إن تحرير هذا العقد يقتضي بيانات إلزامية وجب أن يتضمنها، فيستلزم بيان بشكل صريح أن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون، كما

يجب فضلا عن ذلك بيان ما يلي:- الألقاب والأسماء والتواريخ ومحل ولادة الزوجين،- ألقاب وأسماء أبوي كل منهما،- ألقاب وأسماء وأعمار الشهود،- الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء،- الإعفاء من السن الممنوح من قبل السلطات المختصة إذا لزم الأمر.[32]

ومن جهة الصداق يجب تحديده وبيان تعجيله أو تأجيله وفقا لما قضت به المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري، وعلى من يحرر عقد الزواج أن يضمِّنه التأشير على تأكده من خضوع الزوجين للفحوصات الطبية وعلمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج وفقا لنص المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

هذا ويمكن أن تتضمن وثيقة الزواج كل الشروط التي يرى الطرفان ضرورة تضمينها في العقد بشرط ألا تتنافى ومقتضيات عقد الزواج[33]، كما يجب أن يتضمن الإشارة إلى الوكالة وذكر الوكيل وإثبات هويته وبيان اسم ولقب الموكل إذا حصل الزواج بالوكالة[34].

وبعد تحرير عقد الزواج وكتابته تأتي إجراءات مرحلة أخرى وهي تسجيله بسجلات الحالة المدنية، وهذا في حالة ما إذا لجأ الزوجان إلى الموثق[35] لإبرام عقد الزواج، فيقوم هذا الأخير في ظرف ثلاثة أيام تسري من تاريخ تحريره بإرسال ملخص منه إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية المختصة إقليميا بهذا الزواج من أجل تسجيله في سجل الحالة المدنية الخاص بعقود الزواج في خلال الخمسة أيام المولية لوصول هذا الملخص، ليمنح الطرفان دفترا عائليا ويؤشر بالزواج على هامش عقدي ميلاد كل منهما[36].

أما بالنسبة لعقد الزواج الذي يحرره ضابط الحالة المدنية بالبلدية المختصة محليا، فيسجله مباشرة حال إتمامه ويسلم للزوجين دفترا عائليا يثبت قرانهما، وهذا ما تضمنته المادتين 1/72 و 117 من قانون الحالة المدنية الجزائري. وفي حالة أبرم الزواج في الخارج من طرف ضابط الحالة المدنية

المختص بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية أو جزائرية وأجنبي وفقا لما يقرره القانون الجزائري، فيسجل في السجلات القنصلية وفقا للقوانين الجزائرية، وهذا ما نصت عليه المادتين 96 و 97 من نفس القانون.

فكل هاته المسائل تترجم الشكليات المطلوبة في توثيق عقد الزواج. وإذا تم بهذا الشكل يعتبر زواجا رسميا لا يمكن نفيه أو حله إلا وفقا للأوضاع التي قررها القانون، فتحفظ الأسر وتحمى من أي أمر قد ينكرها وينكر التزامات أفرادها اتجاه بعض أو في مواجهة بعضهم بعضا، لكن إذا ما حصل الزواج مفتقرا لهذه الأشكال ما أثر تخلف التوثيق على العلاقة الزوجية؟

2.2.أثر تخلف توثيق عقد الزواج

نتطرق لحكم توثيق عقد الزواج وأثره من الناحية الشرعية **(1.2.2)**والقانونية**(2.2.2)** للإحاطة بأثر تخلف كتابة عقد الزواج.

1.2.2.حكم توثيق الزواج شرعا وأثره:

لقد ورد الأمر بتوثيق الديون والمعاملات المتضمنة أجلا معينا في الآية 282 من سورة البقرة، وذلك بالنظر لأهمية التوثيق بالكتابة دفعا للاختلاف والجحود والمنازعات عموما، ولهذا كان الاهتمام النبوي بهذه المسألة أشد اهتمام كما عمل الصحابة بذلك، أما بخصوص الزواج فالأمر فيه أهمية خاصة بالنظر لقدسية هذا الميثاق، قال تعالى:" وأخذن منكم ميثاقا غليظا"[37].

لكن هل اشتراط توثيق عقد الزواج هو ركن فيه أو شرط من شروط صحته أوحكم من أحكام الزواج؟

المتفق عليه فقها أن اشتراط توثيق عقد الزواج في وثيقة مكتوبة تحمل الطابع الرسمي ليس ركنا في عقد الزواج، كما أنه ليس شرطا لصحته أو شرطا لنفاذه أو لزومه، وبالتالي يصح شرعا وقانونا الزواج المبرم بين أطرافه بالأركان والشروط المطلوبة حتى ولو لم يوثق في شكل رسمي[38]. ذلك أن مسألة الكتابة أو التوثيق لا تثور إلا عند الإثبات، فتخلف شرط الكتابة في عقد الزواج لا يجعله باطلا أو فاسدا بل الذي يجعله كذلك هو تخلف ما يعتبر ركنا

فيه أو شرط من شروط انعقاده أو صحته، وذلك حتى لا يتلاقى حكم الفقه الإسلامي مع حكم القانون[39].

فإذا تم العقد مستجمع الأركان مستكمل الشروط انعقد صحيحا نافذا لازما فقها وقانونا ولو تخلف شرط الكتابة أو التوثيق، والعكس إن تخلف أحد الأركان كان العقد باطلا بإجماع الفقهاء وفي حكم القانون أيضا ولو كان مكتوبا أو في وثيقة رسمية[40]، فالكتابة لا تصحح عقدا باطلا أو فاسدا.

هذا وللفقهاء دوافع وأسباب يستندون إليها في القول بصحة النكاح الذي خلا من شرط الكتابة ولم يوثق أهمها:

-أن غاية التوثيق الحفاظ على الأعراض وحماية حقوق الزوجين والولد في النسب والنفقة وغيرهما، مما يعني أن الكتابة جعلت للإثبات لا للانعقاد[41].

- أن الشريعة الإسلامية لم تشترط في عقد النكاح أن يجري على يد قاض أو عالم، فيستطيع العاقدان إجراء العقد بنفسيهما من غير وسيط يقوم بإجرائه، كما يكفي في انعقاده النطق بالإيجاب والقبول مشافهة بحضور شاهدين، ولم يكن المسلمون يطالبون بتسجيل عقد الزواج، وكل ما طلبته الشريعة الإسلامية هو الإشهاد عليه واستحب إعلانه وإشهاره[42].

- أنه لا يوجد دليل شرعي يدل على اشتراط التوثيق بالوثيقة الرسمية في عقد الزواج، وما جاء في قوله تعالى:" يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه"الصحيح عند قول جمهور الفقهاء أنه للندب والاستحباب لا للوجوب، ولعدم وجوب الكتابة في الدَّيْنِ التي أمر الله عز وجل بكتابتها، لم تكن واجبة في غيرها بالدرجة الأولى ومن بينها النكاح.

-أن مسألة كتابة عقد الزواج لم تكن معروفة في عهده صلى الله عليه وسلم، كما لم يثبت عمل الصحابة رضوان الله عليهم ومن بعدهم السلف على ذلك أيضا. فلم يكتب الصحابة الكرام عقد الزواج لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر، بل كانوا يعجلون المهر كاملا، وإن أخروا فهو معروف، ولما صار

الناس يتزوجون على المؤخر والمدة تطول وينسى صاروا يكتبون مؤخر الصداق، فكانت الكتابة تلك حجة في إثبات المهر، وفي أن المرأة زوجة للرجل[43]، وهذا الإشهار يحصل به المقصود سواء حضر الشهود العقد أو جاؤوا بعده وشهدوا إقرار الزوج والزوجة والولي، وبه علموا أن ذاك نكاح قد أعلن، وإشهادهم عليه من غير تواص بكتمانه إعلان[44].

-اشتراط توثيق عقد الزواج بالكتابة قد يحمل مشقة كبيرة لمن لا يتيسر له ذلك، لاسيما في المناطق البعيدة أو النائية التي لا يجد أهلها من يوثق لهم عقود الزواج بصفة رسمية.

هذا وقد ذهب طائفة من الفقهاء المعاصرين[45] إلى وجوب توثيق عقدة النكاح بالكتابة بشكل رسمي، لأنها أصبحت من الضرورات الشرعية التي تنتقل من الأمور المباحة إلى الأمور الواجبة، والتي إذا أمر بها ولي الأمر صارت واجبة ومخالفتها ارتكاب لحرام ومعصية، ذلك لأنها تحفظ كيان الزوجية وحقوق الزوجين والأولاد والأسرة المسلمة عامة، لأن الزواج الذي يحصل بهذا الشكل الرسمي، توفر فيه الإشهار والتسجيل والشهود[46].

وفضلا عن كل ذلك، فإن كتابة عقد الزواج فيه مصلحة ظاهرة ونفع للعباد وخيرهم لا خلاف بين اثنين في ذلك، وهذا الأصل الذي ترتكز عليه جميع أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي توثيق عقد الزواج بالكتابة لا يخالف نصا شرعيا ولا يلغيه أو يعطله، بل بالعكس، فإنه جاء مصداقا لقوله تعالى:" يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله والرسول وأولي الأمر منكم"[47] وقوله صلى الله عليه وسلم :« السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره، مالم يؤمر بمعصية، فإذا أُمِرَ بمعصية فلا سمع ولا طاعة»[48] ، وقوله أيضا:« إنما الطاعة في المعروف»[49]، ولهذا كلما أُمر المرء بمعروف وجب عليه الطاعة والانصياع لهذا الأمر، لأن الطاعة في هذا المقام واجبة، وأمر ولي الأمر بكتابة عقد الزواج يعتبر واجبا يأثم من يخالفه[50].

وقد رأى البعض[51] وجاهة هذا القول وقوة دليل أصحابه، لأن القواعد الفقهية تقضي بدفع المفاسد وجلب المصالح، وهذه الترتيبات الإدارية التي قضت بإلزامية تسجيل وكتابة عقد الزواج من خلال قوانين الأحوال الشخصية، والتي يسميها الفقهاء المعاصرون بالشروط القانونية، والتي ليست شروط صحة ولا شروط لزوم، ذلك أن المشرع الوضعي ليس له أن ينشئ حكما شرعيا دينيا يحل حراما أو يحرم حلالا، بل هي شروط يترتب عليها أثرا قانونيا لا دخل له في الحكم الشرعي الديني، فهي شروط قد رصدت من أجل جلب مصالح ثابتة ودفع مفاسد ومضار قد لا يحمد عقباها. كما فيها من تحقيق لقاعدة فقهية جوهرية وهي سد الذرائع. ولهذا وجب اتباعها واحترامها لأن في ذلك انصياع واحترام وتطبيق لقواعد شرعية راسخة.

فإحداث تنظيمات شكلية أو إدارية القصد منها حماية رابطة الزوجية وما يترتب عليها من آثار، ولا تتعارض مع سن قانون تراه الدولة مناسبا يواكب التطور ويأخذ بأحدث أساليب التدوين والتسجيل[52]. إنما هو من قبيل السياسة الشرعية التي يمكن لولي الأمر إلزام رعيته بها لما يراه في ذلك من مصالح[53].

وعليه يمكن القول بأن تخلف كتابة عقد الزواج من الناحية الشرعية فيه إجماع على أن لا علاقة له ببطلان أو فساد عقد الزواج، بل الزواج صحيح منتج ومرتب لكافة أحكامه وآثاره بشكل صحيح متى توفرت أركانه وشروط انعقاده وصحته، بيد عند من يرى بأن الكتابة أمر تنظيمي وجب اتباعه قانونا وشرعا، فإن المخالف لهذا الشرط القانوني يؤثم ويكون قد ارتكب حراما لمخالفته أمر الكتابة فقط، أي مخالفة أمر ولي الأمر لأن فيه خروج عن الطاعة، فإثمه مستقل لا أثر له على صحة علاقة الزوجية المبرمة مخالفة لتنظيم الشكل القانوني، هذا من الناحية الشرعية.

كما يمكن الاستناد على قاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، كأصل لتقرير أحكام توثيق عقد الزواج، وبالتالي إلزام المواطنين بتوثيقه وفقا لذلك،

ويعتبر كل مخالف لذلك قد ترك واجبا فرضته عليه القاعدة الشرعية والتشريعية وفقا لنصوص وقواعد شرعية.

2.2.2. أثر تخلف توثيق الزواج من الناحية القانونية:

ينبغي الرجوع للنصوص القانونية لتحديد أثر تخلف التوثيق في عقد الزواج من الناحية القانونية، فبالرجوع لنص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها:« يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا...»، فهذا النص يقتضي أن يحصل الزواج أمام الهيئة المختصة بتحريره في شكل رسمي، فهل إذا لم يحصل أمامها يكون غير صحيح من الناحية القانونية؟

بالرجوع لنص المادة 22 من نفس القانون والتي تنص على:« يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي[54]. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة».

وعليه يمكن القول أن كتابة وتسجيل عقد الزواج هو من قبيل الإثبات وليس الانعقاد، فالكتابة ليست مجرد إجراء بل هي وسيلة إثبات قانونية وحجة رسمية تثبت إبرام عقد الزواج رسميا[55]، إذ لو كانت غير ذلك لقيل حال تخلفها أن عقد الزواج لا وجود له، فدلت المادة 22 المذكورة على أنها وسيلة تحمي حقوق الأطراف وما يترتب عن هذا الزواج، لأنه لو كانت عكس هذا لما أمكن إثبات الزواج العرفي[56] عن طريق القضاء ثم يتم تسجيل حكم تثبيت الزواج بسجلات الحالة المدنية، فأمكن بعد ذلك إثباته بالكتابة الرسمية بمستخرج من سجل الحالة المدنية.

ولهذا كانت كتابة وتسجيل عقد الزواج يجب أن تحصل قبل الدخول لإعطاء العقد صورة شكلية مجسدة على الورق، فإن حصل الدخول دون توثيق الزواج، وجب إثباته عن طريق القضاء ثم تسجيل حكم تثبيت الزواج بسجلات الحالة المدنية[57].

كما أن قضاء المحكمة العليا يجسد فكرة أن التوثيق ليست ركنا في الزواج بل وسيلة للإثبات وحماية إرادة الأطراف وكل من له علاقة بهم، عندما قضت غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بأن عدم قيام الموثق بتسجيل عقد الزواج المبرم أمامه بدفاتر الحالة المدنية بالبلدية لا يؤثر على صحة الزواج متى توفرت أركانه طبقا لأحكام قانون الأسرة[58]. فهذا دليل آخر على أن توثيق الزواج ليس مرتبط بانعقاد العقد ووجوده، بقدر ما هو مرتبط بحماية إرادة الأطراف وحماية حقوق الزوجين وإثبات التزامهم وحماية حقوق الأبناء وصيانة للأعراض....

كما قضت المحكمة العليا بأن الإقرار بالزواج العرفي أمام الموثق يعد إبراما لزواج موثق وهو حجة على الغير[59]، والحقيقة أن هذا الطرح غير مستساغ، إذ الموثق لا يمكنه أن يثبت زواجا عرفيا بأثر رجعي، فهو يثبت ما تم لديه من عقود وتصرفات أو يشهد على ما حصل أمامه بين الأشخاص القانونية. ومع ذلك فإن عدم تسجيل الزواج بسجلات الحالة المدنية ليس ركنا أو شرطا لانعقاده.

خاتمة:

في الأخير أمكن القول بحق، أن توثيق عقد الزواج بكتابته أمام جهات إدارية مختصة بذلك، أمر في غاية الأهمية يؤدي بلا نزاع إلى حماية إرادة الزوجين في عقد الزواج والآثار الناتجة عنه، وهو سبيل قويم وآلية محكمة لحماية الأسرة –خصوصا- من كل ما من شأنه المساس بها سواء تعلق الأمر بإثبات حقوق أفرادها الناتجة عن الزواج أو التزامات بعضهم اتجاه بعض بسبب الزواج أو بسبب القرابة، أكانت قرابة المصاهرة أو قرابة الدم، كما لتوثيق الزواج دور فعال في استقرار المجتمع قاطبة من خلال إحقاق حقوق وواجبات الأفراد الناتجة عن هذه العلاقة أو كانت بسببها سواء في مواجهة بعضهم أو حتى في مواجهة غيرهم من الأشخاص.

ولهذا يتعين النظر في أحكام القانون المنظمة لهاته المسألة وما يتعلق بها من أحكام لنقف عند دور توثيق الزواج ومدى فعاليته في حماية الزوجين والأولاد والأسرة عامة من كل أسباب الجحود والنكران لكل حق متولد عن الزواج والأسرة.

من أجل ذلك فإن توثيق عقد الزواج آلية شرعية وقانونية كفيلة بتوفير وضمان حماية آنية لأطرافه ومن له علاقة بهم قرابة أو مصاهرة، ومن جهة أخرى يضمن حماية عاجلة وآجلة للأسرة وأفرادها سواء بسبب نكران أحد الحقوق أو الواجبات المتولدة عنها، أو حتى ادعاء حق متولد عنها أو بسببها من غير وجه حق. وبهذا تتحقق حماية للمجتمع قاطبة ويفشو الاستقرار المجتمعي.

التهميش و الإحالات :

[1]- د. أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي حقيقته، وأحكامه، وآثاره، والأنكحة ذات الصلة به، دراسة فقهية مقارنة. دار العصمة- الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة 1، سنة 2005، ص 60.

[2]- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، إخراج دائرة المعاجم في لبنان، مكتبة لبنان- بيروت، بلا طبعة، سنة 1986، ص 295.

[3]- د. أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، المرجع السابق، ص 60.

[4]- د. أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، المرجع السابق، ص 61.

[5]- جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، مراجعة الشيخ علي أحمد عبد العال الطهطاوي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة 1، سنة 1424 هـ - 2004 م، ص 82./- حامد عبد الحليم الشريف، الزواج العرفي، القاهرة، الدار البيضاء، بلا طبعة ولا تاريخ، ص 49.

[6]- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق أنس محمد الشامي ومحمد سعيد محمد، الجزء 1، دار البيان العربي-الاسكندرية، بلا طبعة ولا سنة، ص 437، 439.

[7]- ابن كثير، نفس المرجع، ص 438، 440. /- د. أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، م س، ص 63-64.

[8]- ابن كثير، نفس المرجع، ص439./ - أحمد بن علي الرازيالجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، ج2، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي- لبنان، بلا عدد طبعة، سنة 1412هـ/1992م، ص 206.

[9]- من بينهم الإمام الطبري والقرطبي.

[10]- د.أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، المرجع السابق، ص 65.

[11]- نفس المرجع، ص 65.

[12]- البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب كيف يكتب، حديث رقم 2698، مراجعة ضبط وفهرسة محمد علي القطب وهشام البخاري، المكتبة العصرية، بيروت- لبنان، بلا طبعة، سنة 2008. ص 469 وص771 حديث رقم 4424.

[13]- الحديث رواه ابن حبان –أنظر عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مراجعة لنجيب الماجدي وأحمد عوض أبو الشباب، المكتبة العصرية- بيروت، بلا عدد طبعة، سنة 2008، ص 799.

[14]- البخاري، المرجع السابق، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب من اشترى بالدين وليس عنده ثمنه، حديث رقم 2386، ص 408.

[15]- د. أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، المرجع السابق، ص 67.

[16]- د. أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، المرجع السابق، ص 67.

[17]- د. أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، المرجع السابق، ص 68-69./- عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي المشكلة والحل، دار الروضة – القاهرة مصر، بلا طبعة ولا سنة، ص68-69 و 107 وما بعدها./- جمال بن محمد بن محمود، المرجع السابق، ص 79.

[18]- أنظر إبراهيم الشرفاوي، الزواج العرفي في ميزان الشرع، مكتبة الصفا- القاهرة، الطبعة 1، سنة 1421 هـ ، ص 37./- سعيد عبد العظيم، الزواج العرفي ، دار الإيمان- الاسكندرية مصر، بلا طبعة ولا سنة، ص 57. مراجع أشار إليها د. أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، المرجع السابق، ص 68 و74.

[19]- أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص 173.

[20]- د. فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، مجموعة النيل العربية، الطبعة1، سنة 2001، ص 28 و29.

[21]- د. أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، المرجع السابق، ص 74.

[22]- الآية 282 من سورة البقرة.
[23]- تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإداريةالجزائريعلى ما يلي:« لا يجوز لأي شخص التقاضي ما مل تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه. كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون».
[24]- وقبل هذا القانون كانت اللائحة الشرعية لسنة 1931 تنظم نفس الحكم في المادة 4/99 منها. أنظر - د. فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 28.
[25]- ففي قانون الأحوال الشخصية الأردني جعل المشرع فصلا في توثيق عقد الزواج، حيث جاء نصت المادة 36 منه على:« أ- يجب على الخاطب مراجعة القاضي أو نائبه قبل إجراء عقد الزواج. ب- يوثق القاضي أو من يأذن له عقد الزواج بوثيقة رسمية. ج- إذا أجري عقد زواج ولم يوثق رسميا يعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات وتُغرم المحكمة كل واحد منهم بغرامة مقدارها مائتا دينار. د- يعاقب كل مأذون لا يسجل العقد في الوثيقة الرسمية المعدة لذلك بالعقوبتين المنصوص عليهما في الفقرة (ج) من هذه المادة مع العزل من الوظيفة. هـ - يعين مأذونو توثيق عقود الزواج وتنظم أعمالهم وفق تعليمات يصدرها قاضي القضاة..... ز- يتولى قناصل المملكة الأردنية الهاشمية المسلمون في خارج المملكة توثيق عقود الزواج وسماع تقارير الطلاق للرعايا الأردنيين الموجودين خارج المملكة وتبليغها وتسجيل هذه الوثائق في سجلاتها الخاصة وإرسال نسخة من تلك الوثائق إلى دائرة قاضي القضاة....» أنظر د. تيسير أحمد الزعبي، موسوعة الأردن القانونية- قانون الأحوال الشخصية، قانون رقم 36 لسنة 2010، بلا طبعة ولا سنة، ص 16-17./- كما نص المشرع المغربي على توثيق عقود الزواج ووجوب تسجيلها في السجل المعد لذلك وهذا في المواد 65،67،68 و 69 من مدونة الأسرة. أنظر مدونة الأسرة المغربية مع النصوص التنظيمية- منشورات مجلة المقال، دار النشر المغربية- الدار البيضاء، بلا طبعة، سنة 2011.، ص41 إلى 44.
[26]- الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 هـ الموافق 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم.
[27]- د. العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان الأردن، الطبعة 1 سنة 2012، ص 341-342./ أنظر أيضا فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في

الزواج والطلاق، الجزء 1، المؤسسة الوطنية للكتاب- الجزائر، سنة 1986، بلا طبعة، ص 111.

[28]- أنظر نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية.

[29]- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الجزء 1، دار هومه- الجزائر، الطبعة 4، سنة 2013، ص 70.

[30]- د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 346. / وهذا ما قضت به المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في قرارها رقم 396339 بتاريخ 2007/06/13، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2008، ص 253.

[31]- أنظر المادة74 من قانون الحالة المدنية الجزائري، كما يجب تقديم الشهادة الطبية للزوجين التي تتعلق بالأمراض أو أي عامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، مدتها لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وهذا وفقا لنص المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

[32]- أنظر نص المادة 73 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

[33]- وهذا ما قضت به المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها:« للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون».- وأنظر نص المادتين 32 و 35 من نفس القانون.

[34]- كانت المادة 20 من قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل 2005 تنص على إمكانية إبرام عقد الزواج بالوكالة، ثم تم إلغاؤها في 2005 مما جعل بعض الشراح يعتقد عدم جواز إبرام الزواج بالوكالة، وهذا خطأ بحكم نص المادة 222 منه ساري المفعول فتطبق أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه، وهي تجيز الزواج عن طريق الوكالة، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن قانون الحالة المدنية الجزائري يجيز إبرامه عن طريق الوكالة وذلك حسب نص المادة 32 منه التي تنص :« يجوز للأطراف المعنيين في حالة ما إذا كانوا غير ملزمين بالحضور شخصيا أن يمثلوا بوكيل مفوض خصوصي ورسمي».

[35]- كان قبل صدور قانون التوثيق يسمى القاضي وهو موجود على مستوى كل محكمة وهو تابع لها، له صفة الموظف ويخضع للنائب العام فيها، يعمل في حدود وظيفته هاته ضمن مكتب خاص موجود على مستواها، وكان يحكمها الأمر 91/70 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق. وبصدور قانون التوثيق رقم 27/88 تم إحداث مهنة الموثق باعتباره ضابط عمومي يمارس مهامه في مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته مختص بتحرير مختلف الأوراق والعقود الرسمية ومن بينها عقود الزواج على مستوى كامل التراب الوطني، وهو

اليوم خاضع لأحكام القانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة الموثق. وبصدد تعديل قانون الحالة المدنية الجزائري المذكور آنفا بموجب القانون رقم 08/14 المؤرخ في 13 شوال 1435 هـ الموافق 09 غشت 2014، تم استبدال عبارة قاض المذكور في نصوص مواده 71-72-73-75-76 بعبارة موثق، وذلك بموجب المادة 5 منه.

[36]- أنظر نص المادة 2/72 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

[37]- الآية 21 من سورة النساء.

[38]- عبد رب النبي علي الجارحي، المرجع السابق، ص 51./- د. فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 22 و29 وما بعدها /- د. أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، المرجع السابق، ص 69.

[39]- د. عبد رب النبي علي الجارحي، المرجع السابق، ص 51.

[40]- نفس المرجع، ص 51.

[41]- جمال بن محمد بن محمود، المرجع السابق، ص 82.

[42]- د. عمر سليمان عبد الله الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 26 لعام 2010، دار النفائس-الأردن، الطبعة5، سنة2012، ص 154.

[43]- د. عمر سليمان عبد الله الأشقر، المرجع السابق، ص 154.

[44]- د. أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، المرجع السابق، ص 71.

[45]- من بينهم الشيخ علي الطنطاوي، والشيخ يوسف القرضاوي، و الشيخ محمد مصطفى شلبي، والشيخ محمد الطيب النجار، والشيخ جاد الحق علي جاد الحق شيخ الأزهر سابقا- أنظر د. يوسف بن أحمد الدريويش، المرجعالسابق، ص 71./ - جمال بن محمد بن محمود، المرجع السابق، ص80 و82.

[46]- نفس المرجع، ص 79-83.

[47]- الآية 59 من سورة النساء.

[48]- رواه البخاري، المرجع السابق، كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، حديث رقم 7144، ص 1269.

[49]- البخاري، المرجع السابق، حديث رقم 7145، ص 1269.

[50]- د. أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، المرجع السابق، ص 72-73.

[51]- د. علي حسب الله، الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الطبعة1، سنة 1971، ص 78.

[52]- نفس المرجع، ص 78.
[53]- د. عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار النفائس – عمان، الطبعة 1، سنة 1416ه/ 1996م، ص 43.
[54]- كان النص القديم لهاته المادة قبل تعديله سنة 2005 ينص على:« يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية». فالنص الجديد أسقط عند إثبات الزواج بحكم قضائي عبارة متى توافرت أركان الزواج، مع العلم أنه لا يمكن إثبات زواج ما لم تتوفر فيه الأركان والشروط المقررة شرعا وقانونا، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه ليس بالضرورة كل زواج عرفي هو زواج شرعي.
[55]- د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 359./- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه-الجزائر،الطبعة3 سنة 1996 ص 157و 162 وما بعدها. /- فضيل سعد، المرجع السابق، ص 111.
[56]- أي الزواج الذي خلت فيه الكتابة والتسجيل وفق ما تقرره المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري، أو ما يعرف عرفا الزواج بالفاتحة، وهو الزواج المتضمن كافة أركانه وشروط انعقاده وصحته ولم يتم توثيقه بالكتابة.
[57]- فضيل سعد، المرجع السابق، ص 114.
[58]- قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، رقم 28784 بتاريخ 1982/11/22، مجلة نشرة القضاة، وزارة العدل، العدد 2، ص 30 ، وأشار إليه د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 342، وقد قضت فيه المحكمة العليا أنه يعتبر كل زواج صحيحا إذا توفرت أركانه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية ويرتب آثاره وكافة الحقوق./ أنظر أيضا قرارها رقم 396339 بتاريخ 2007/06/13، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2008، ص 253.
[59]- قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية، رقم 492298 بتاريخ 2009/04/08، مجلة المحكمة العليا، عدد 2 ، سنة 2009، ص 301.

قائمة المراجع:

المؤلفات:

1- الدريويش أحمد بن يوسف بن أحمد، سنة 2005- الطبعة 1، الزواج العرفي حقيقته، وأحكامه، وآثاره، والأنكحة ذات الصلة به، دراسة فقهية مقارنة. الرياض- المملكة العربية السعودية،دار العصمة .
2- الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، سنة 1986، مختار الصحاح، بيروت، إخراج دائرة المعاجم في لبنان، مكتبة لبنان.
3- محمود جمال بن محمد، سنة 1424 هـ - 2004 م ، الطبعة 1، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، مراجعة الشيخ علي أحمد عبد العال الطهطاوي، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية.
4- الشريف حامد عبد الحليم ،بدون تاريخ، الزواج العرفي، القاهرة، الدار البيضاء.
5- ابن كثير، بلا سنة، تفسير القرآن العظيم، تحقيق أنس محمد الشامي ومحمد سعيد محمد، الجزء 1، الاسكندرية- مصر،دار البيان العربي.
6- الجصاص أحمد بن علي الرازي، سنة 1412هـ/1992م، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، ج2، لبنان، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي.
7- البخاري محمد بن إسماعيل، سنة 2008، صحيح البخاري،مراجعة ضبط وفهرسة محمد علي القطب وهشام البخاري، بيروت- لبنان، المكتبة العصرية.
8- الجزيري عبد الرحمان،سنة 2008، الفقه على المذاهب الأربعة، مراجعة لنجيب الماجدي وأحمد عوض أبو الشباب، بيروت،المكتبة العصرية.
9- الجارحيعبد رب النبي علي، بلا سنة،الزواج العرفي المشكلة والحل، القاهرة مصر،دار الروضة.
10- الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم، بلا سنة، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية.
11- عمرانفارسمحمد، سنة 2001، الطبعة1،الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، مصر، مجموعة النيل العربية.
12- العربي بلحاج، سنة2012،الطبعة1، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الأردن،دار الثقافة للنشر والتوزيع.
13-سعد فضيل، سنة 1986، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء 1،الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب.
14- عبد العزيز سعد، سنة 2013، الطبعة 4،نظام الحالة المدنية في الجزائر، الجزء 1، الجزائر، دار هومه.

15- الأشقرعمر سليمان عبد الله، سنة2012،الطبعة5،الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 26 لعام 2010، الأردن،دار النفائس.
16- حسب الله علي، سنة 1971، الطبعة1، الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي.
17- عمروعبد الفتاح، سنة 1416ه/ 1996م، الطبعة 1، السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، عمان- الأردن،دار النفائس.
18- عبد العزيز سعد، سنة 1996، الطبعة3، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر،دار هومه.

***الدوريات**

1- وزارة العدل، مجلة نشرة القضاة، العدد 2.
2- المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، سنة 2008، العدد 1.
3- المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد 2 .