الملخص :

لقد شرع الله تعالى الشهادة على عقد الزواج حفاظا على الحقوق التي يرتّبها العقد، من نسب ونفقة وسكنى وغيرها، كما أن الشهادة تنفي التهمة والريبة في اللقاء بين الزوجين، وتخرج الزواج من السر إلى العلن، لكن في ظل فساد الذمم وانتشار الكذب والجحود في إقامة العلاقات الزوجية، أوجب المشرع الجزائري عملية توثيق الزواج في الدوائر الرسمية المخصصة لذلك، وهذا مبدأ لا يتنافى مع الشريعة الإسلامية، بل هو من جملة مقاصدها وأهدافها السامية في الحفاظ على عقد الزواج من التلاعب، وحفظ حقوق الأولاد من الضياع.

لقد جاء هذا البحث لبيان أهمية التوثيق في حماية حقوق الزوجين، وبيان مسؤولية ضابط الحالة المدنية في مراقبة أركان عقد الزواج وشروطه، وكذا تسجيله في السجلات الخاصة بذلك.

الكلمات الدالة.

التوثيق؛ الشهادة؛ الموثق، النظام العام، الزواج، النكاح، الحالة المدنية، الشروط الجعلية، مقتضى العقد، الشهود،

Abstract

God has decreed the witness for marriage contract in order to preserve the rights, as a relationship, pension and housing, and others, and the certificate denies the charge and mistrust in the meeting between the spouses, and graduated from marriage to the secret to the public, but in light of the corruption and the spread of lies and arrogance in establishing relations The Algerian law requires the process of documenting marriage in the official circles allocated to it. This principle is not incompatible with Islamic law, but it is among its purposes and lofty goals in maintaining the

marriage contract of manipulation and preserving the rights of children from loss.

This research is intended to demonstrate the importance of documentation in protecting the rights of the spouses and to indicate the responsibility of the civil status officer in monitoring the elements and conditions of the marriage contract as well as its registration in the relevant registers.

Key words.

Certification, notary, public order, marriage, civil status, evidentiary requirements, contract requirement, witnesses.

مقدمـــة:

يعتبر إثبات الحقوق بالوسائل المشروعة أمام القضاء، من أهم الطرق الموصلة إلى معرفة حقائق الدعاوى القضائية، وتحقيق العدالة بين الناس عموما، وإثبات دعاوى الزوجين على وجه الخصوص.

ولقد ندب الله تعالى عباده إلى توثيق الحقوق عن طريق الكتابة لمنع التجاحد والتناكر ودرء الشقاق والتخاصم، قصد تحقيق الأمن والاستقرار والطمأنينة في المجتمع، قال تعالى في محكم التنزيل:" **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...**"[1]، وإن كانت هذه الآية الكريمة قد نزلت في شأن إثبات الديون خاصة، فهي صالحة لتكون دليلا عن كتابة الحقوق ذات الأهمية، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما قرر العلماء، لاسيما أن الله تعالى ذكر المقصد من التوثيق بالكتابة في قوله تعالى: " **وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ، ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَ أَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا**"[2].

الإشكالية.

لقد شهدت الآونة الأخيرة تزايدا ملحوظا في مجال الاشتراط في عقد الزواج، بسبب التعقيدات الاجتماعية والتطورات الحاصلة في شتى الميادين، الأمر الذي أدى بالمشرع الجزائري إلى تعديل المادة 19 من قانون الأسرة بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27م، والتي تنص على موضوع الشروط في الزواج، حيث أمر بتوثيقها أمام الشخص المؤهل لذلك قانونا.

فما هي المكانة الشرعية والقانونية لعملية التوثيق في مجال إثبات الحقوق بين الزوجين، وما هو أثر مخالفة أحكام التوثيق على المنازعات القضائية الأسرية؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية نقترح الخطة التالية:

المطلب الأول: مفهوم توثيق الشروط بين الزوجين.

المطلب الثاني: أهمية توثيق الشروط في الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الثالث: مسؤولية الموثق وضابط الحالة المدنية في تثبيت الشروط.

المطلب الثالث: جماعة الشهود وأثرها في التوثيق.

خاتمة، وفيها أهم النتائج المتوصل إليها.

المطلب الأول: مفهوم توثيق الشروط بين الزوجين.

لما كان عقد الزواج في نظر الإسلام ميثاق غليظ وعقد خطير، تترتب عليه مصالح دينية ودنيوية، كان لابد من الإشهاد عليه، وإخراجه من دائرة السر والكتمان إلى دائرة الإعلان، وفي ذلك يقول صلى الله عليه وسلم: « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[3].

وبما أن الشروط في عقد الزواج هي جزء من هذا العقد، بل إن استمراره متوقف على الوفاء بها، كان لابد أيضا من الإشهاد على الشروط، وهذا ما أقرّه الفقه والقانون، حتى يسهل الإثبات عند التنازع، ويستطيع العاقد المطالبة بها أمام القضاء[4] في حال نكرانها وجحودها، أو في مجلس الصلح حال التنازع حول شرط من الشروط.

ولبيان معنى التوثيق لابد من بيان معناه اللغوي والاصطلاحي.

الفرع الأول- التوثيق لغة.

التوثيق اسم مصدر للفعل وثق يوثق توثيقا، والشيء الوَثِيق: أي المحْكَم، ووَثَّقْتُ الشيء تَوْثِيقاً فهو مُوَثَّق أي محكم.

والوَثاق اسم للحبل أو الشيء الذي يُوثَق به، بمنزلة الرِّباطِ، ويقال أَوْثَقهُ في الوَثاقِ أي شدّه، قال تعالى "فشُدُّوا الوَثاق.." [5]

والمَوْثِقُ، الميثاقُ: أي العهد والأمانة ومنه قوله تعالى: " قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ"[6] قال الإمام القرطبي: أي تعطوني عهدا يوثق به، قال السدّي: حلفوا بالله ليرُدنّه إليه ولا يسلمونه[7].

ويقال اسْتَوْثَقْت من فلان وتَوَثَّقْتُ من الأمر إذا أَخذت فيه بالوَثاقةِ وفي الصحاح واسْتَوْثَقْت منه أي أَخذت منه الوَثِيقةَ[8]

ومما سبق من المعاني اللغوية يتّضح لنا أن معنى التوثيق يدور حول الإحكام والربط وأخذ العهد وطلب الاستيثاق بواسطة الثقة من الناس أو بالوثيقة الدالة على حصول شيء أو واقعة معينة بين طرفين أو أكثر.

الفرع الثاني-التوثيق اصطلاحا.

المقصود من التوثيق عند الفقهاء هو:" تحرير الوثائق بطريقة معينة، من أجل الاعتماد عليها فيما بعد[9]. وعرّف التوثيق كذلك بأنه:" العلم بكيفية تدوين التصرفات والمعاملات على وجه يصح الاحتجاج به"[10].

ويمكن أن يعرف التوثيق باعتباره علما ووظيفة بأنه: "خطة[11] يتولاها العدول المنتصبون لكتابة العقود وضبط الشروط بين المتعاقدين في الأنكحة وسائر المعاملات ونحوها، على وجه يحتج به"[12]

الفرع الثالث-تعريف توثيق الشروط في قانون الأسرة الجزائري.

يمكن أن نعرف عملية توثيق الشروط في عقد الزواج على الخصوص: " إحكام الشرط وضبطه بالكتابة والتسجيل في وثيقة رسمية، ممن خوّله القانون ذلك، على طريقة معيّنة، حتى يرجع إليها عند الحاجة للإثبات وإقامة الحجة".

المطلب الثاني-أهمية توثيق الشروط في الفقه الإسلامي والقانون.

الفرع الأول: مقاصد الشريعة من عملية التوثيق.

لقد اكتفى المسلمون في سابق عصورهم في عقد الزواج بألفاظ مخصوصة تدل على الإيجاب والقبول، وتوثيقه بالشهادة، ولم يروا حاجة لتوثيقه بالكتابة، قال الإمام ابن تيمية في الفتاوى الكبرى:" لم يكن الصحابة يكتبون الصداق لأنهم لم يكونوا يتزوجون على

مؤخر، بل يعجّلون المهر، وإن أخّروه فهو معروف، فلما صار الناس يتزوجون على المؤخر، والمدة تطول وينسى، صاروا يكتبون المؤخر، وصار ذلك حجة في إثبات الصداق وفي أنها زوجة له"[13].

ولتوثيق العقود عموما منافع كثيرة، وقد شرع الله تعالى التوثيق بالكتابة لمصلحة عباده حفظا لحقوقهم، وقد وثّق رسول الله صلى الله عليه وسلم الكثير من معاملاته ومراسلاته، وأمر بالكتابة في الصلح مع المشركين كما في صلح الحديبية، وقبلها وثيقة المدينة مع قريش، وتوالى التوثيق بالإشهاد والكتابة منذ عهده وعهد من بعده من الخلفاء الراشدين استشعارا منهم لأهميته[14].

أما عن توثيق عقد الزواج فقد دلت السنة الشريفة على توثيقه بالشهادة في قوله صلى الله عليه وسلم:" لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، واستدلالا بهذا اتفق جمهور الفقهاء على أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين، والعلة في وجوب الإشهاد هي الإعلان والإشهار عن طريق النقل والتسامع بين الناس مما ينفي التهمة ويحفظ حقوق الزوجة والأولاد ودفع احتمالات الإنكار.

وإذا كان التوثيق بالشهود سببا لإشهار الزواج وإعلانه، فإن توثيقه بالكتابة سبب أيضا لإشهاره وإعلانه، وقد ناشد الشيخ الزرقاء رحمه الله تعالى الجهات الرسمية في الدول الإسلامية وناشد العلماء أن يلتفتوا إلى أهمية توثيق عقد الزواج، وأن أهمية توثيق عقد الزواج في وقتنا المعاصر لا تقل أهمية عن الإشهاد عليه، حيث إن الشهادة على عقد الزواج إنما جعلت حفظا للحقوق وصوناً للأعراض، والإشهاد على الزواج وسيلة لا غاية، فإذا أصبحت هذه الوسيلة لا تجدي نفعا في تحقيق المقصود منها وهو حفظ الحقوق، فالشريعة فحينئذ لا تمانع من مساندة الشهادة بوسائل أخرى مثل توثيق الزواج[15].

ونظرا لكون وسيلة الإشهاد في عصرنا أصبحت غير مأمونة لفساد الذمم والأخلاق، وشيوع الكذب وشهادة الزور، والعوارض التي قد تحدث للشهود [16]. لجأت القوانين إلى وسيلة

مأمونة وهي التوثيق بالكتابة خشية الجحود، وحذرت من مخالفة نظام التوثيق للمفاسد المترتبة على ذلك، وقد نص العلماء على أن للحاكم تقييد المباح مراعاة للمصلحة[17] قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: " تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور"، قال الزرقاني: "ومراده أن يحدثوا أمورا تقتضى أصول الشريعة فيها غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر" [18]، فمن باب السياسة الشرعية عند تغير الزمان والمكان وأحوال الناس وأعرافهم إحداث نظم وقوانين تحفظ للناس حقوقهم ومصالحهم لضعف الوازع الديني فيصار إلى الوازع السلطاني قال عثمان بن عفان رضي الله عنه: " وما يزع الله بالسلطان أكثر مما يزع بالقرآن" [19]، فإذا كانت الحكمة من الإشهاد في الزواج للتوثق والاحتياط والإعلان، فإن توثيقه بالكتابة سبب لإشهاره وإعلانه وزيادة في الاحتياط[20]

وللحاكم المعاقبة على عدم التوثيق كما يقول الشيخ علي الطنطاوي:" الزواج العرفي زواج صحيح، لكن للحاكم أن يعاقب فاعله بنوع من العقوبات، لأنه خالف أمرا أوجب الله طاعته"[21].

ويقول الدكتور القرضاوي:" إذا صدر أمر أو قانون من ولي الأمر الشرعي بإيجاب التوثيق، تصبح طاعته لازمة شرعا، لأن الله تعالى قال:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ"[22]، والنبي صلى الله عليه وسلم قال في الحديث الصحيح المتفق عليه: " السمع والطاعة حق على المرء المسلم فيما أحبّ وكره ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة"، وقال صلى الله عليه وسلم:" إنما الطاعة في المعروف"، فما دام الإنسان يؤمر بمعروف فيجب أن يطيع، فالطاعة هنا لازمة وواجبة"[23].

الفرع الثاني: الجزاء القانوني المترتب على مخالفة التوثيق.

لقد دعت أغلب قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية والإسلامية إلى وجوب توثيق عقد الزواج والشروط التابعة له، ولكنها تتفاوت في الحكم على من يتزوج دون توثيق الزواج بوثيقة رسمية معترف بها لدى الدولة، ويمكن تلخيص ذلك في ثلاثة اتجاهات:

1)- القوانين التي تلزم توثيق العقد بدون ذكر عقوبة لهذه المخالفة، منها القانون المغربي، حيث نص في الفصل الثالث والأربعين: " على أن يسجل العقد بسجل الأنكحة لدى المحكمة وترسل نسخة منه إلى إدارة الحالة المدنية ".

2)- القوانين التي ترفض سماع الدعوى في الزواج إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية، قانون مصر والكويت: جاء في المرسوم رقم 78 لسنة 1931 الذي نص في الفقرة الرابعة المادة 99: على أنه:" لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بورقة رسمية"، والقانون التونسي، الذي ينص في الفصل الرابع: " على أنه لا يثبت الزواج إلا بحجّة رسمية يضبطها قانون خاص"[24].

3)- قوانين توجب عقوبة على عدم توثيق عقد الزواج لدى الموظف الرسمي للدولة، ويتفاوت مقدار العقوبة من دولة إلى أخرى، منها القانون العراقي والقانون الأردني.

جاء في القانون العراقي الفقرة الخامسة من المادة العاشرة منه ما نصه: " يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن سنة، أو بغرامة لا تقل عن ثلاث مائة دينار ولا تزيد على ألف دينار، كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة"، ونصت المادة 17 من القانون الأردني: " يجري عقد الزواج مأذون القاضي بموجب وثيقة رسمية، وللقاضي بحكم وظيفته في الحالات الاستثنائية أن يتولى ذلك بنفسه بإذن من قاضى القضاة، وإذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية، فيعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود، بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني، وبغرامة على كل منهم لا تزيد على مائة دينار". [25].

أما في الجزائر فقد كان في السابق يتم إبرام العقود من طرف شيوخ وأئمة المساجد، وقد اشتهر عند الجزائريين تسمية العقد بالفاتحة، وبعد العرس والدخول يسجل العقد في البلدية على يد ضابط الحالة المدنية، ومازال بعض الجزائريين في البوادي والمداشر والرحل في الصحراء لا يسجلون عقود زواجهم، وقد أصدرت وزارة الشؤون الدينية في السنوات الأخيرة، تعليمات إلى الأئمة بالامتناع عن إجراء العقود الشرعية قبل توثيقها، وبررت ذلك

بالمشاكل الناتجة عن عدم التوثيق منها: (عدم اعتراف الزوج بنسب ابنه –تهرب بعض الأزواج في تحمل النفقة)[26].

الفرع الثالث: توثيق الشروط في قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية

جاء في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر:05-02: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق؛ كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام القانون".

فقول المشرع:" أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق" **دليل على وجوب التوثيق، و أنه الوسيلة الوحيدة المقررة قانونا لإثبات الشروط في حال التنازع حولها**، ولم يذكر المشرع وسائل أخرى مثل شهادة الشهود، واليمين، ويبقى الفصل في ذلك لاجتهادات المحكمة العليا باعتبارها الجهة القضائية الوحيدة المخولة قانونا بتوحيد الاجتهاد القضائي الوطني[27]، فهل يخضع إثبات الشروط في عقد الزواج لما هو مدون في العقد فقط، وبالتالي يكون الإثبات بالسند القانوني المقدم من طرف المدعي، أو أن الإثبات يبقى خاضعا للقواعد العامة المقررة في إثبات الدعاوى، كالشهادة واليمين.

وكذلك فعل المشرع المصري في ضرورة التنصيص على الشروط، حيث جاء في المادة09 من مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري لعام1926:" إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج شرطا فيه منفعة لها ولا ينافي مقاصد النكاح كأن لا يتزوج عليها أو أن يطلق ضرتها، أو ألا ينقلها إلى بلد آخر؛ صح الشرط ولزم؛ وكان لها حق فسخ النكاح إذا لم يف لها بالشرط ، ولا يسقط حقها في الفسخ إلا إذا أسقطته أو رضيت بمخالفة الشرط"[28].

فقول المشرع:" إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج شرطا..." إشارة إلى وجوب تدوين الشروط المصاحبة للعقد، لأن حرف الجر "في" للظرفية، فيقتضي أن يكون هذا الشرط في نفس العقد.

وجاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي، في المادة 41 منه:" يجب أن يكون الشرط مسجلا في وثيقة العقد"[29]، ولعل القانون الكويتي كان أوضح من سابقيه في هذه المسألة، حيث أنه ذكر التسجيل صراحة، وأفرد له مادة كاملة، في حين ذُكِر التسجيل في القانون الجزائري والمصري ضمناً لا صراحة.

ولقد تبع قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ما نص عليه القانون الكويتي في وجوب توثيق الشروط، حيث جاء في المادة:20 فقرة 06 من قانون(28-2005):" لا يعتد عند الإنكار بأي شرط؛ إلا إذا نُصّ عليه كتابةً في عقد الزواج الموثق"[30].

وذكر قانون الأحوال الشخصية السوري ذلك أيضا بقوله في المادة07: "تجبر الزوجة على السفر مع زوجها، إلا إذا اشترط في العقد غير ذلك، أو وجد القاضي مانعا من السفر"[31].

وكذلك جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني، ضرورة تسجيل الشروط في وثيقة العقد، حيث جاء في المادة رقم 19 من قانون رقم 2 لسنة 1976 المنشور بتاريخ 01/ 12 / 1976: "إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين، ولم يكن منافياً لمقاصد الزواج ولم يلتزم بما هو محظور شرعاً وسجل في وثيقة العقد، وجبت مراعاته..."[32].

أما مدونة الأسرة المغربية فإنها ذكرت في الفصل 31:" للمرأة الحق في أن تشترط في عقد النكاح ألا يتزوج عليها، وأنه إذا لم يوفي الزوج بما التزم به؛ يبقى للزوجة حق طلب فسخ النكاح". ويفهم من هذا النص أن الشروط يجب أن تكون مكتوبة في صلب العقد، ويدل عليه قول المشرع:" أن تشترط في عقد النكاح".

وقال الأستاذ عبد الكريم شهبون في شرحه لهذا الفصل:" واشتراط المرأة ألا يتزوج عليها، ولها الخيار إن فعل، يعتبر عادة من عقود التطوعات، وتكره كتابته في صلب العقد، وهو من الشروط التي لا تتفق مع العقد ولا تنافيه، فإذا وقع الشرط وكُتب داخل العقد عمل

عليه، وثبت لها الخيار، فإن لم يجعل لها خيارا، وإنما اشترط لها عدم الزواج، استحب له الوفاء بالشرط ولا يلزمه، وقال جماعة من الفقهاء يلزمه، والقول باللزوم أولى"[33].

وخلاصة القول:

أن مسألة توثيق الشروط في وثيقة رسمية، أمر كادت أن تجمع عليه قوانين الأحوال الشخصية العربية، وأن إقامة دعوى مخالفة الشروط؛ لا تسمع أمام القضاء إلا عند تقديم وثائق رسمية، ولعل ما ذهبت إليه القوانين في ذلك؛ هو أمر يحقق المصلحة العامة ويتماشى ومقتضيات فساد الزمان، كما أن أمر استبعاد الشهود في هذه المسألة الحساسة أمر منطقي، لأن الاشتراط بين المتعاقدين مسألة يكتنفها الغموض، حيث يأخذ تثبيت شرط ما؛ كثيرا من الأخذ والرد والزيادة والنقصان بين العاقدين، الشيء الذي يمنع استقرار شهادة الشهود على أمر معين، وبالتالي لا ينفع في هذه الحالة إلا التوثيق في وثيقة رسمية أمام عون مكلف بذلك، مع توقيع العاقدين على الوثيقة معا.

يقول الأستاذ بدران أبو العينين: وقد كان المشرع في وضع هذه القيود والشروط القانونية؛ متبعا للمبدأ العام المقرر في الشريعة الإسلامية: وهو أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص، وأن لولي الأمر أن يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوي، وأن يقيد سماعها بما يراه من القيود تبعا لأحوال الزمان، وحاجة الناس، صيانة للحقوق من العبث والضياع.

وقد قصد المشرع من وضع هذه القيود والشروط القانونية، أن يحقق الأغراض الأساسية ذات الأثر الكبير في الحياة الاجتماعية - نذكر منها -:

- حفظ حقوق الزوجين، وحماية مصالحهما الناشئة عن عقد الزواج، وصيانة عقد الزواج الذي هو أساس رابطة الأسرة عن العبث والضياع بالجحود والإنكار، إذا ما عقد اثنان -أو اشترطا- بدون وثيقة رسمية، ثم

أنكره أحدهما، وعجز الآخر عن الإثبات، فلو كان عقد زواجهما-أو شروطهما- مسجلة في وثيقة رسمية لم يكن هناك مجال للإنكار.

- منع ذوي الأغراض السيئة من أن يرفعوا دعاوي الزوجية-وما يلحق بها- أمام القضاء زورا وبهتانا، فقد أثبتت الحوادث الكثيرة السابقة على وضع هذه الشروط والقيود القانونية، أن بعض من لا خلاق لهم كانوا يرفعون قضايا زوجية أمام المحاكم، لا أساس لها من الصحة، للنكاية والكيد بالمدعى عليه أو للتشهير به، أو لغير ذلك من الأغراض السيئة، اعتمادا على سهولة إثبات الزوجية-ولواحقها- بشهادة الشهود[34].

المطلب الثالث: مسؤولية الموثق وضابط الحالة المدنية في تثبيت الشروط.

إن الموظف المؤهل قانونا للقيام بتحرير وتسجيل عقد الزواج داخل الوطن بين الجزائريين وغير الجزائريين؛ هو إما الموثق التابع للمحكمة، أو ضابط الحالة المدنية التابع للبلدية، ووظيفة ضابط الحالة المدنية محددة بنص المادة03 من قانون الحالة المدنية، الصادر بموجب الأمر رقم:70-20 المؤرخ في 19-02-1970م، وبنص المادتين: 72-73 منه، وتتلخص أساسا في تلقي التصريح بالولادات والوفيات وتحرير عقود الزواج وإثباتها وتدوينها في سجلات الحالة المدنية.

ووظيفة الموثق محددة بنص المواد:71-72-73 من نفس القانون، وتتلخص في تحرير عقد الزواج ومراعاة البيانات الواجب إدراجها في العقد.

فهل يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتحقق من صحة أو عدم صحة ما يدلى به إليه من تصريحات ووقائع وشروط تتعلق بعقد الزواج؟ هذا ما سنبيّنه فيما يلي :

الفرع الأول: سلطة التحقق من مو افقة النظام العام

في الحقيقة أن قانون الأسرة لم يتحدث مطلقا عن سلطة ضابط الحالة المدنية والموثق بشأن فحص ومراقبة شروط انعقاد الزواج أو شروط صحته، ولم يتحدث أيضا عن مسؤولية الأخطاء التي يمكن أن يرتكبانها أثناء قيامهما بمهامهما.

وبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية، خاصة المادة77 منه؛ فإنها تنص على معاقبة كل من ضابط الحالة المدنية والموثق اللذين لا يحترمان تطبيق الإجراءات أو الأشكال والقواعد المتعلقة بكيفية إبرام وتحرير عقود الزواج وتسجيلها، طبقا للمادة 441 قانون عقوبات.

وبناءً على ذلك فإنه إذا كان القانون يتطلب لإبرام عقد الزواج تقديم مستندات معينة مثل المستندات المنصوص عليها في المادة 75 من قانون الحالة المدنية، والمتعلقة بزواج المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، أو يتطلب صفة أو حالة معينة مثل الحالات والصفات المنصوص عليها في المواد 07 و07 مكرر و09 و09 مكرر من قانون الأسرة، والتي تنص على سن أهلية الزواج 19 سنة كاملة، ووثيقة طبية تثبت السلامة من الأمراض التي تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، وتوفّر ركن الرضا، وشرط الصداق والولي والشاهدين وانعدام الموانع الشرعية للزواج، فإن من واجب الموثق وضابط الحالة المدنية التّحقق من توافر جميع ما يتطلبه القانون، فيقوم بتحرير العقد عندئذ، أو يرفض تحريره إذا تبيّن له خلاف ذلك.

ويمكننا القول بأن القانون قد حصر سلطة ضابط الحالة المدنية والموثق في حالة واحدة هي التحقق من توافر الشروط القانونية بوصفها من الإجراءات التنظيمية بقصد ضمان انعقاد العقد وضمان صحته وفقا للشكل والهدف الذين يتوخاهما المشرع، ولا يجوز للمتعاقدين مخالفتها باعتبار ذلك من قواعد النظام العام[35].

الفرع الثاني-سلطة التحقق من صحة الشروط التي شرعت لحماية مصلحة الزوجة

لابد من القول بأن هناك شروط نص عليها القانون من أجل تدعيم مصلحة أحد المتعاقدين وضمان حمايتها، وهو ما جاءت به المادة 08 معدلة، فيجوز لمن شرعت

الشروط لمصلحته أن يتنازل عنها، ويقبل بالشروط التي تخالفها، ولا تخالف نصا آمرا أو ناهيا في القانون[36].

لذلك فإذا كان القانون قد أباح تعدد الزوجات متى توفر المبرر الشرعي، ووجدت نية العدل، بشرط أن يُعْلِم الزوج زوجتيه السابقة واللاحقة بذلك، قبل إبرام عقد الزواج الثاني، فإن هذا الشرط قد اشترطه القانون لمصلحة الزوجتين، فإنه يجوز للزوجة الأولى أن تتنازل عنه، ويجوز للزوج أن يشترط على الزوجة الأولى أثناء العقد، ألا يعلمها بعزمه على الزواج من غيرها ثانية عندما يرغب في ذلك.

والنتيجة لهذا كله، هي أن الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو غيرهما ممن يكون مؤهلا قانونا بتحرير عقود الزواج وتسجيلها، لا يجوز له أن يتدخل بين الزوج وزوجته ويطلب منه تقديم بيان يدل على أنه قد أعلم الزوجة الأولى والثانية، أو يرفض تحرير عقد زواجه الثاني، ذلك أن قانون الأسرة الذي منح الرجل حق الزواج بأكثر من زوجة عندما يتحقق مبرر شرعي وشرط نية العدل وشرط إخبار كل واحدة من الزوجتين، لم يمنح الموثق ولا غيره سلطة التحقيق في توفر أو عدم توفر هذه الشروط كلها أو بعضها، كما أن القانون لم ينص صراحة ولا ضمنا على أن يكون تحرير عقد الزواج الثاني موقوفا أو معلقا على تقديم الزوج بيانا أو دليلا رسميا أو غير رسمي يثبت قيام المبرر الشرعي أو توفر نية العدل أو يثبت إخبار الزوجتين بعزمه على الزواج، وإنما منح القانون كل واحدة من الزوجتين عندما يبرم الزوج زواجا جديدا دون إعلامها أن تلجأ إلى القضاء وتستعمل حقها في طلب الطلاق عندما لا ترضى بهذا الزواج الجديد الذي حصل دون أخذ رأيها ودون رضاها[37].

والذي أراه في هذه المسألة أنه من واجب الموثق وضابط الحالة المدنية التحقق من علم الزوجتين -الأولى والثانية- من وجود زواج ثاني، والتحقق من هذه المسألة ليس من أجل الضغط على الزوج ومنعه من الزواج، وإنما من أجل منع التدليس على الزوجتين، فإن رضيتا بالزواج الثاني، فليس للموثق ولا ضابط الحالة المدنية أن يمتنع من إجراء عقد

الزواج وتسجيله، بل عليه أن يشير في ملاحظة أن الزوجتين تعلمان علما كاملا ودون أي إكراه بالزواج الثاني، وأنهما رضيتا بذلك.

وخلاصة القول:

أن الشروط التي شرعت لحماية مصلحة الزوجة وتضمنها المادة08 من قانون الأسرة بخصوص موضوع التعدد ليست من النظام العام ويجوز للزوجة أن تتنازل عنها وتقبل بزواج زوجها ثانية، حتى ولو لم يوجد له مبرر شرعي، وحتى لو لم يخبرها بزواجه الثاني مسبقا[38].

لكن تبقى مسألة استصدار رخصة من القاضي هل هي من النظام العام أم لا؟

فالمادة 08 من قانون الأسرة أشارت إلى أنه يمكن للقاضي أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما (الزوجتين؛ الأولى والثانية)، وأثبت الزوج المبرر الشرعي والقدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

الفرع الثالث- سلطة التحقق من الشروط التي لم ينص عليها القانون

هناك شروط لم يقع النص عليها في القانون بشكل معين أو محدد، وإنما وقع النص على السماح للمتعاقدين أو أحدهما أن يشترطا في عقد الزواج ما يريانه مناسبا ويهدف إلى حماية مصلحة معينة له؛ على ألا يكون ما يشترطانه مخالفا لما نص عليه القانون أو يتناقض مع مقتضيات العقد نفسه، وهو معنى القاعدة الفقهية المعروفة: ((العقد شريعة المتعاقدين)).

وهنا ترك القانون الحرية الكاملة للزوجين المتعاقدين في اشتراط ما يحقق مصلحتهما أثناء قيام الحياة الزوجية.

ولقد قيد القانون حرية الاشتراط بعدم المساس بالنظام العام وعدم التنافي مع أحكام قانون الأسرة، والسؤال الذي ينبغي طرحه هو: هل يستطيع الموثق وضابط الحالة المدنية التحقق من صحة هذه الشروط أم لا؟

يفترض فيمن يقوم بتسجيل عقد الزواج سواء الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو غيرهما، أن يكون مطلعا إطلاعا كافيا على أحكام قانون الأسرة، وقادرا على التمييز بين ما يمكن اعتباره مخالفا للقانون وبين مالا يكون مخالفا له، حتى يتسنى له قبول هذا الشرط أولا.

يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: والذي نعلمه و لمسناه من كثرة اتصالنا بهؤلاء وأولئك، هو أنه من الصعب عليهم جدا أن يقدروا على التمييز بين الشروط المخالفة للقانون والشروط الموافقة له، وأكثر من هذا وذاك أن المستوى الثقافي والتكويني للموثقين وضابط الحالة المدنية لا يسمح للكثير منهم بمعرفة ذلك، فإذا منحت لهم سلطة تقييم الشروط وفحصها وهم على ما هم عليه اليوم، فقد يرتكبون أخطاء ويتسببون في خلق مشاكل لأنفسهم وللمواطنين لا يُعرف مداها ولا آثارها.

لذلك وإن كنا نعتقد أن لكل موظف مؤهل قانونا لتسجيل عقد الزواج، سلطة مراقبة الشروط التي يشترطها الأزواج المتعاقدون، ومقارنتها بما يتنافى أو لا يتنافى مع أحكام قانون الأسرة؛ باعتبار أن ذلك يدخل ضمن إطار عملهم وحرصهم على تطبيق القانون تطبيقا سليما، فإننا نعتقد مع ذلك أنه يجب ألا يتخذ هؤلاء الموظفون موقفا صلبا اتجاه المتعاقدين، وألا يتعسفوا في استعمال هذه السلطة بشكل عشوائي.

هذا، ولقد كنا نفضل لو أن قانون الأسرة تضمن نصا صريحا واضحا يمنح المواطن الذي يرفض الموظفون تسجيل عقد زواجه؛ بدعوى مخالفة شروطه للقانون؛ حق اللجوء للقضاء ليؤكد هذا الرفض أو يقرر صحة الشروط بموجب أمر على عريضة يقدمها الزوجان معا، أو أحدهما إلى رئيس المحكمة التي يوجد بها مقر الموظف الذي رفض تحرير عقد زواجهما[39].

قلت: أرى أنه ما دام أن القانون لم يمنح سلطة فحص هذا النوع من الشروط، ربما عن قصد منه، وذلك لصعوبة تقسيم الشروط عند الفقهاء من جهة، ومن جهة أخرى عدم إمكانية حصر الشروط في هذا العصر، وقد أخذ الناس يتفنّنون في ابتكارها، فإنه من الواجب على مسجل عقد الزواج ألا يتسبب في عدم تسجيله وتأخير مصالح الناس دون سبب، بل عليه أن يقوم بالتسجيل ويترك الأمر -في حالة النزاع- للعدالة المخولة قانونا بالفصل في المنازعات التي تثور بين المتخاصمين.

كما أنني أرى أن سلطة الموثق وضابط الحالة المدنية، يجب أن تكون إرشادية وتوجيهية لما هو مقبول شرعا وقانونا، حتى لا يقع العاقد حسن النية في شرط غير مشروع.

وحقيقة، ينبغي للمشرع إعادة النظر في مسألة الشروط، بشيء من التفصيل والبيان، ليبتعد بذلك عن العموم والإجمال الذي يحيط به اللبس والغموض، وذلك على غرار ما فعله المشرع في قانون الأحوال الشخصية المغربي والأردني والإماراتي، حيث فصّل في هذه المسألة لخطورتها، باعتبارها ترتب حقوقا والتزامات، فبيّن فيها المشرع الشروط الصحيحة والشروط الباطلة؛ حتى يعلم العاقد ما يجوز اشتراطه مما لا يجوز.

المطلب الرابع: جماعة الشهود و أثرها في التوثيق

لعل من أهم طرق الإثبات بعد إقامة البينة، جماعة الشهود، ولقد جرى العرف الجزائري على ذلك؛ فلا تجد زواجا ألبتة إلا وحضرته جماعة كبيرة من أقارب الزوجين وأصدقائهما، ويعبّر هذا التصرف على أصالة المجتمع وقوة تمسّكه بدينه، فهو يطبق في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[40].

فما هو الأثر الشرعي والقانوني الذي يمكن أن تحدثه هذه الجماعة في توثيق الشروط، وكذا مدى اعتبارها أو عدم اعتبارها أمام الجهة القضائية في فض النزاعات والخصومات.

الفرع الأول: الشهود في نظر الفقه الإسلامي

ينص الفقه المالكي على أنه لا يجوز الدخول بالمرأة دون إشهاد، كما أنه يستحب الإشهاد على العقد، ولكن يصح لو تمّ الإيجاب والقبول دون شاهدين، إلا أن هذا العقد لا تترتب عليه ثمرته، وهي حل العشرة الزوجية ونحوها إلا بعد الإشهاد، وعليه يكون الإشهاد واجبا عند الدخول إذا لم يكن إشهاد عند العقد، فإذا حصل الإشهاد عند العقد يكون قد حصل الواجب والمندوب معا، (يندب الإشهاد عند العقد، ويجب عند الدخول)وكان كافيا عن الإشهاد وقت الدخول، فالإشهاد شرط واجب في دوام النكاح وليس شرط ابتداء.

بينما اشترط جمهور الفقهاء حضور الشاهدين لصحة العقد، فإن تم عقد النكاح بدون حضرة شهود، لم يكن العقد صحيحا؛ لأن الإشهاد شرط للعقد لا الدخول عندهم[41].

قال الإمام ابن رشد[42]: اتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح، واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول، أو شرط صحة يؤمر به عند العقد؟.

وسبب اختلافهم:

هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار ؟ فمن قال حكم شرعي قال: هي شرط من شروط الصحة، ومن قال تَوَثُّقٌ قال: من شروط التمام.

وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين لأن المقصود عنده بالشهادة هو الإعلان فقط، والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين: أعني الإعلان والقبول ولذلك اشترط فيها العدالة، وأما مالك فليس تتضمن عنده الإعلان إذا وصي الشاهدان بالكتمان.

قلت: وكأن جمهور الفقهاء قد أثبتوا المقصود من الشهادة: وهو الإعلان، وأضاف الشافعي على ذلك القبول، وأضاف مالك شرط عدم استكتام الشهود حتى يحصل الإعلان.

والأصل في اشتراط الإعلان قول النبي عليه الصلاة والسلام « أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف »[43]، وقال عمر رضي الله عنه في رجل لم يُشهِد على نكاحه: هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجمت[44].

وخلاصة القول:

أن الشهود في نظر الفقه الإسلامي، لا تخلو مهمة وجودهم من ضرورة إعلانهم لعقد النكاح، وعدم التواصي بكتمانه، لأن الإعلان هو الحد الفاصل بين النكاح والسفاح، كما أن لهم **مهمة أخرى هي توثيق العقد سدا لذريعة الاختلاف أو الإنكار أمام القضاء.**

يقول الأستاذ بدران أبو العينين: " لقد طلب الشارع إعلان الزواج إظهارا لقدره، وطلب إشهاره بين الناس ليتضح الحلال من الحرام، وتنقطع ألسنة السوء، وليوصد الباب أمام كل من يحاول جحود الزوجية وإنكار العقد، فبالإشهاد يتمكن الشهود من أداء الشهادة على وجهها متى طلبت منهم"[45].

ويقول الأستاذ عبد الوهاب خلاف:" ولأن الغرض من حضور الشاهدين، إعلان الزواج وإشهاره، ولا يشترط فيهما العدالة ولا البصر ولا انتفاء التهمة، فيصح الزواج بشهادة فاسقين أو أعميين، أو ابني الزوجين أو أحدهما، كما يصح بشهادة رجل وامرأتين، وإذا كان الزوجان مسلمين يشترط إسلام الشاهدين"[46].

الفرع الثاني: الشهود في نظر الفقه القانوني

إذا كان قد سبق للزوج أن أبرم عقد زواجه (بالفاتحة) بين يدي جماعة من المسلمين وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية، ووفقا لأحكام المادة 09 و09 مكرر من قانون الأسرة المعدل(أمر05-02)[47]؛ وتهاون أو نسي أن يبرم ذلك الزواج أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا لتحرير وتسجيل عقود الزواج، فإنه ليس أمامه من سبيل لإثبات عقد زواجه

قانونا؛ إلا اللجوء إلى المحكمة ليطلب منها إصدار حكم بتسجيل هذا الزواج، بعد أن يكون قد قدّم إليها كل الأدلة والحجج، والبيانات التي تؤكد قيام عقد زواج بينه وبين الزوجة، بما في ذلك ولي الزوجة والشهود ووكيل الزوج إن وجد وغيره من الأشخاص الذين حضروا إبرام العقد وقراءة الفاتحة، وبعد استصدار مثل هذا الحكم من المحكمة يرسل كاتب الضبط نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها عقد الزواج ليقوم بتسجيل زواج المعنيين في سجلات الحالة المدنية.

إن ما يمكن قوله في مجال إثبات عقد الزواج وتسجيله، هو أن قانون الأسرة الجزائري قد حدد **وسيلة واحدة ووحيدة لإثبات قيام عقد الزواج قانونيا** بين رجل وامرأة، وهذه الوسيلة الوحيدة التي لا يقبل غيرها هي النسخة المنقولة أو المستخرجة عن وثيقة عقد الزواج المسجلة في سجلات الحالة المدنية.

لذلك فإن الشخص الذي يبرم عقد زواجه بين يدي جهة أخرى وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية وتبعا للإجراءات الفاتحة التي تعارف عليها الناس في بلادنا، فإنه ليس من الممكن أن يثبت بسهولة عقد زواجه، عندما تطلب منه إحدى الإدارات أو المصالح الوطنية إثبات عقد زواجه إذا أراد أن يحصل على فوائد يمنحه القانون إياها، إلا بعد أن يستصدر حكما من المحكمة تبعا للإجراءات المحددة في قانون الحالة المدنية[48].

إلا أنه، وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجد أنها لا ترى مانعا في تسجيل الزواج العرفي خاصة إذا لم ينازع فيه أحد الزوجين، حيث نص قرار المحكمة العليا على ما يلي:" لا يسوغ اشتراط إثبات الزواج بالحالة المدنية، إذا كان هذا الزواج صحيحا باعتبار الشريعة الإسلامية، خاصة إذا قررته الوقائع ولم ينازع فيه أحد من الطرفين"[49].

وجاء في قرار آخر:" من المقرر فقها وقضاءً بأنه: يعتبر كل زواج صحيحا إذا توافرت فيه أركانه الشرعية ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وتترتب عليه آثاره وكافة الحقوق"[50].

وفي قرار أخر:" متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة، فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم، يكون قضاءً موافقا للشرع والقانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[51].

قلت: لا يخفى للمطلع على قرارات المحكمة العليا واجتهاداتها من أنها تأخذ بشهادة الشهود في توثيق الزواج العرفي الذي يتم أمام الأئمة في المساجد وغيرها، وذلك بعد استدعاء جميع الأطراف وتحقق معهم في شأن واقعة الزواج الحاصل، حيث قد جاء في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ:1988/02/29م، ملف رقم:48184:" من المقرر قانونا وشرعا أن الزواج يثبت بالشهود الذين حضروا العقد، أو على الأقل الفاتحة، إذا كانت مشتملة على أركانه أو شهادة السماع، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه، بخرق القانون ومخالفة القواعد الشرعية غير مؤسس يستوجب الرفض.

لما كان من الثابت-في قضية الحال- أن الطاعنة أقرّت على نفسها بأن علاقتها مع المطعون ضده لم تكن شرعية، ولم تقم على عقد مبني على الأركان المعروفة في الزواج، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطاعنة الرامي إلى إثبات زواجها لم يخالفوا الشريعة ولم ينتهكوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[52].

وجاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا في 05-04-1967:" إن إثبات الزواج بواسطة الشهود الذين حضروا العقد، يخضع لسلطة قضاة الموضوع، ومدى قناعتهم بالشهادة المقدمة عند التحقيق"[53].

كما أن اجتهاد المحكمة العليا أوضح أن عدم توافق أقوال الشهود يعرّض شهادتهم للبطلان، ولا يمكن للقضاء أن يبني عليها حكماً أبدا، حيث نص القرار على أنه:" من المقرر شرعا أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن أقوال الشاهدين متناقضة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف والقضاء بصحة الزواج، يكونون قد خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[54].

ومجمل القول:

أن المشرع الجزائري لم يوضّح مسألة شهادة الشهود على موضوع الشروط الاتفاقية بين الزوجين، هل يأخذ بها أو لا؟ وهذا بخلاف بعض المشرعين في البلدان العربية كالكويت والإمارات أين استبعدوا شهادة الشهود واكتفوْا فقط بما هو مدون في وثيقة رسمية، وقد رأينا فيما سبق من قرارات المحكمة العليا الجزائرية أنها تأخذ بشهادة الشهود في توثيق عقد الزواج العرفي، كما أنها ترد شهادتهم عند تناقض أقوال أصحابها.

أما مسألة شهادة الشهود على الشروط فلم نتمكن -في حدود جهدنا واطلاعنا- من الحصول على قرارات من غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في هذا الصدد، الشيء الذي يُبقي الغموض قائما إلى غاية نشوب خلاف من هذا القبيل، لتقول فيه المحكمة العليا قرارها الفصل باعتبارها الجهة المخولة قانونا في توحيد الاجتهاد القضائي الوطني.

خاتمة.

وفي الأخير يمكننا تثبيت النتائج التالية:

1. التوثيق هو تحرير الوثائق الرسمية بطريقة معينة، ومن موظف مؤهل قانونا، من أجل الاعتماد عليها في حالة التداعي أمام القضاء.
2. إن عملية توثيق الزواج وما يتبعها من شروط، تستند في مبرراتها المنطقية على أكثر من دليل، لاسيما فساد الذمم واهتمام الناس بخاصة أنفسهم، فتجد الكثير من سكان الحي الواحد لا يتعارفون فيما بينهم، فكيف يشهدون على

زواج بعضهم البعض ويعلنونه، إذا لم يكن هناك توثيق رسمي تحفظ به الحقوق.

3. إن التوثيق من التراتيب الإدارية المعاصرة التي تهدف إلى جلب المصالح ودرئ المفاسد عن الزوجين خاصة وعن المجتمع عامة، وهو مشروع بروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها في تحقيق الأمن والاستقرار الأسري والاجتماعي.
4. إن التوثّق من هوية العاقدين وهوية الشاهدين وتسجيل الزواج في الدوائر الرسمية وفي السجلات المخصصة لذلك، أصبح بمثابة الإلزام القانوني المصحوب بجزاء لمن يخالفه، وذلك في أغلب الدول،
5. لقد نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات م 441، على جزاء بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر، والغرامة من 10.000 إلى 100.000دج في حق ضابط الحالة المدنية الذي لا يراعي الشروط القانونية التي هي من النظام العام في إبرام عقود الزواج.
6. لا ينص القانون على معاقبة الزوج عند الإدلاء بالتصريحات الكاذبة والتدليس على الزوجتين، بل منح الزوجة المتضررة حق المطالبة بالتطليق، وفي الحقيقة يكون بذلك قد عاقبها عقوبة ثانية، بعد عقوبة الزوج لها بالتعدد عليها.
7. لابد من إحداث نصوص تعاقب الأزواج الذين لا يوثقون عقود زواجهم، حفاظا على حقوق الغير، لاسيما حق الأبناء في النسب والنفقة والتعليم، وحفاظا على الأسس التي تقوم عليها المجتمعات المدنية المعاصرة.

الهوامش

[1] – سورة البقرة، الآية 282.

[2] – سورة البقرة، الآية 282.

[3] – أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، كتاب الشهادات، باب الشهادة في الطلاق والرجعة وما في معناهما من النكاح والقصاص والحدود، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414هـ، 148/10.

[4] - القضاء: هو سلطة مستقلة اتجاه السلطات الأخرى، في تحقيق الدعاوى والحكم فيها، لا يحد من استقلالها أي قيد لا ينص عليه الدستور. .(انظر: معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، د.جرجس جرجس، ص262).

[5] – سورة محمد، الآية 04.

[6] – سورة يوسف، الآية 66.

[7] – الإمام القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (225/09).

[8] – ابن منظور، لسان العرب، (371/10).

[9] - محمد جميل بن مبارك، التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص11

[10] - محمد جميل بن مبارك، التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص14

[11] - وكلمة خطة تعني: وظيفة من وظائف الدولة المساعدة للقضاء، والقائمون بهذه الخطة يسمون الموثقون، والعدول والشهود العدول، والشرّاطون، وسموا موثقون لأنهم يقومون بالتوثيق بين الناس، وعدولا لاشتراط العدالة فيهم، وشهودا لأنهم يشهدون على ما يكون في الوثيقة، وشرّاطون لأنهم يكتبون الشروط بين الناس في عقودهم على وجه يحتج به. (ينظر: أبو العباس احمد بن يحيى

الونشريسي، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق آداب الموثق وأحكام الوثائق، ج1/15/16).

(12) - أبو العباس احمد بن يحيى الونشريسي، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق آداب الموثق وأحكام الوثائق، ج1/15/16

(13) – ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، ط1، 1408، 191/3.

(14) – أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، ط3، 2010م، ص133.

(15) – رائد عبد الله بدير، أهمية توثيق عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، مقال منشور على موقع شرعي، موقع الأحكام الشرعية لدى المحاكم الشرعية، http://scharee.com/?p=2846.

(16) - ينظر: أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق - ص134

(17) - الدكتور يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مكتبة وهبة، القاهرة، (د،ط)، ص236.

(18) - قال الشيخ يوسف القرضاوي ص 290" قال أن الأثر - تحدث للناس أقضية - قاله الإمام مالك والظاهر أن الأثر مروى عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه واستحسنه الإمام مالك فقال به كما ورد في شرح الزرقاني للموطأ

(19) - محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، 354/3.

(20) - أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص134 وما بعدها

(21) - علي طنطاوي، فتاوى علي الطنطاوي، جمعها ورتبها: مجاهد درانية (دار المنارة ط4، 1991م، ص 186)، نقلا عن: أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص136.

(22) -سورة النساء، الآية 59.

(23) - يوسف القرضاوي، الزواج العرفي، حلقة على الإنترنت، موقع المنتدى، بتاريخ 1998/04/18م، نقلا عن: أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص136.

(24) -ينظر: عبد الحميد المجالي، دور المراكز الإسلامية في الدول غير الإسلامية في توثيق الزواج والطلاق، مقال على موقع محاماة نات، http://www.mohamah.net

(25) -عبد الحميد المجالي، المرجع السابق.

(26) - عبد القادر بوقزولة، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون، توثيق عقد الزواج لمسلمي فرنسا بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، المعهد الأوروبي للعلوم الإنسانية، باريس، ص: 75، موقع الألوكة، www.alukah.net

(27) -المادة10 من قانون22/89 المؤرخ في 89/12/12"تعمل المحكمة العليا على تدعيم وتوحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، وتسهر على احترام القانون".

(28) – د. نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، ص114.

(29) - د. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، ص78.

(30) - شبكة المعلومات القانونية لدول التعاون الخليجي، http://www.gcc-legal.org/MojPortalPublic/DisplayLegislations.aspx?country=2&LawTreeSectionID=6083

(31) - د. نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، ص118.

(32) - د. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ص137.

(33) - الأستاذ. عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية (ج1/139 - 142).

(34) - الأستاذ. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون (ج1/78-79).

(35) - انظر: د. عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص152-153.

(36) - القاعدة الآمرة: هي القاعدة التي لا يجوز للإفراد الاتفاق على خلاف ما جاء في أحكامها، و كل اتفاق على خلافها يكون باطلا.

(37) - انظر: د. عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص152-153.

(38) - د. عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص155.

(39) - د. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص156 وما بعدها.

(40) - سبق تخريجه، ص03.

(41) - انظر: د. عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ص135-136.

(42) - محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي أبو الوليد ،الفيلسوف، من أهل قرطبة، ولد سنة520هـ، ويلقب بابن رشد " الحفيد " تمييزا له عن جده (المتوفى سنة 520)، وصنف نحو خمسين كتابا، منها " التحصيل " في اختلاف مذاهب العلماء، و " فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال - ط " وتهافت التهافت - ط " في الرد على الغزالي، و " بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ط " في

الفقه، و " الكليات - ط " في الطب، ترجم إلى اللاتينية والاسبانية والعبرية، توفي بمراكش سنة 595هـ.

(43) - أخرجه الترمذي في سننه عن عائشة بزيادة لفظ:" واجعلوه في المساجد" بين اللفظة الأولى والثانية، قال أبو عيسى: هذا حديث غريب حسن في هذا الباب، وعيسى بن ميمون الأنصاري يُضعّف في الحديث، وعيسى بن ميمون الذي يروي عن ابن أبي نجيح التفسير هو ثقة، قال الشيخ الألباني : ضعيف إلا الإعلان. (انظر: سنن الترمذي398/3).

(44) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (17/2-18).

(45) - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية ومذهب الجعفرية والقانون (ج61/1).

(46) - الأستاذ. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص26.

(47) - المادة 09:" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، المادة 09 مكرر:" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: -أهلية الزوج -الصداق - الولي - شاهدان -انعدام الموانع الشرعية للزواج".

(48) - د. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص141-142.

(49) - المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، 26-06-1968، مجموعة الأحكام، وزارة العدل، ج1، ص45، نقلا عن: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر(02/05) ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة؛1966-2006، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، سنة2007، ص94.

(50) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 12-11-1982، ملف رقم:28784، نشرة القضاة 1986، ج2،ص 32، نقلا عن: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات

الأمر(02/05) ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة؛1966-2006، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط3، سنة2007، ص55.

(51)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 25-12-1989، ملف رقم: 58224، المجلة القضائية 1991، ج4، ص110، نقلا عن: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر(02/05) ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة؛1966-2006، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط3، سنة2007، ص61.

(52) - المجلة القضائية1991م، عدد01، ص49، نقلا عن: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر(02/05) ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة؛1966-2006، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط3، سنة2007، ص29.

(53) - المجلة القضائية 1968، عدد01، ص153، نقلا عن: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر(02/05) ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة؛1966-2006، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط3، سنة2007، ص99.

(54) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 19-03-1990 ملف رقم: 58788، المجلة القضائية 1991، عدد 01، ص59، نقلا عن: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر(02/05) ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة؛1966-2006، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط3، سنة2007، ص61.

المصادروالمراجع.

1. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، ط1، 1408هـ.
2. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط4، سنة 1975م.
3. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان(د.ت).
4. أبو العباس احمد بن يحيى الونشريسي، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق آداب الموثق وأحكام الوثائق، تحقيق: عبد الرحمن بن حمود بن عبد الرحمن الأطرم، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 2005م.
5. أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414هـ،
6. أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003هـ.
7. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح، الكويت، ط3، سنة 1985م.
8. أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، ط3، 2010م.
9. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، (د.ت).

10. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر (02/05) ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة؛1966-2006، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، سنة2007.

11. رائد عبد الله بدير، أهمية توثيق عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، مقال منشور على موقع شرعي، موقع الأحكام الشرعية لدى المحاكم الشرعية، http://scharee.com/?p=2846.

12. عبد الحميد المجالي، دور المراكز الإسلامية في الدول غير الإسلامية في توثيق الزواج والطلاق، مقال على موقع محاماة نت، http://www.mohamah.net

13. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، ط1، سنة 1986م.

14. عبد القادر بوقزولة، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون، توثيق عقد الزواج لمسلمي فرنسا بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، المعهد الأوروبي للعلوم الإنسانية، باريس، موقع الألوكة، www.alukah.net

15. عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر للتوزيع والنشر، حسين داي، الجزائر، ط1، سنة 2007م.

16. عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، دار نشر المعرفة للنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، (د.ط)، سنة 1987م.

17. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط2، سنة 1990م.

18. محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الحبيب بن خوجة، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، قطر، 2004م.

19. محمد جميل بن مبارك، التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (د.ط)

20. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، سنة 2008م.

21. موقع شبكة المعلومات القانونية لدول التعاون الخليجي، http://www.gcc-.org/MojPortalPublic/DisplayLegislations.

22. نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، سنة 2003م.

23. يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مكتبة وهبة، القاهرة، (د.ط).

24. يوسف القرضاوي، الزواج العرفي، حلقة على الإنترنت، موقع المنتدى، بتاريخ 1998/04/18م.