الإعتراف القضائي بالزواج العرفي بين النص والممارسة

Judicial Recognition Of Customary Marriage Between Text And Practice

المؤلف: د. كريمة محروق، مخبر بحث حول: الدراسات القانونية التطبيقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 025000، الجزائر.

Author: DR. Karima MAHROUK. Laboratory of Applied Legal Studies, Department of Private Law, college of Law, University Brotherhood Mentouri, Constantine, Postal code 025000, Algeria.

ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-5835-3832

Karimamah79@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2019/06/06 *تاريخ القبول: 2020/03/29* *تاريخ النشر: 2020/05/11*

لتوثيق هذا المقال:

كريمة محروق، الإعتراف القضائي بالزواج العرفي بين النص والممارسة، **مجلة التراث**، العدد 01، المجلد العاشر، أبريل 2020، ص58، ص81.

TO CITE THIS ARTICLE:

Karima MAHROUK, Judicial recognition of customary marriage between text and Practice, **AL TURATH Journal**, issue 01, volume 10, April 2020, p58, p81.

Open Access Available On:

https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/323

Sender Author: Karima MAHROUK, **e-mail** imamah79@gmail.com :**الإيميل**، كريمة محروق :**المؤلف المرسل**

Judicial Recognition Of Customary Marriage Between Text And Practice

ملخص

الزواج العرفي ظاهرة اجتماعية عرف تزايد ملحوظ في الجزائر و الدول العربية رغم صراحة النصوص القانونية بضرورة توثيق عقود الزواج، ما جعل المشرعين سواء في الجزائر او الدول العربية يبحثون عن حلول قانونية لتوثيقه و معهم القضاء الذي يجد نفسه امام واقع يفرضه علية الاعتراف بالزواج العرفي لاسيما اذا ترتب عنه أطفال فصونا للنسب لابد من تثبيت الزواج العرفي امام القضاء. فماهي إجراءات إثبات الزواج العرفي أمام القضاء و ما هي إشكالات المطروحة عمليا؟

الكلمات المفتاحية: زواج، عرف، قضاء، اثبات.

Abstract

Customary marriage is a social phenomenon that has become increasingly apparent in Algeria and the Arab countries, despite the explicit legal provisions that marriage contracts should be documented, making lawmakers in Algeria or Arab countries looking for legal solutions to document them and with them the judiciary which finds itself faced with a reality imposed by customary marriage recognition, As a result of the separation of classes, the customary marriage must be established before the courts. What are the procedures for proving the customary approach before the judiciary and what are the practical problems?

Keywords: Marriage, Custom, Judgment, Proof.

مقدمة

الزواج العرفي هو زواج مكتمل الأركان والشروط الشرعية لصحة الزواج، وكل ما في الأمر أنّه لم يوثق في الحالة المدنية، بل أبرم وفقا الأعراف السائدة بشأن إبرام عقد الزواج والمعهودة منذ زمن رسول الله –صلى الله عليه و سلم–، وبما أنّه لم يصب في شكل رسمي كان عرفيا في مقابلة العقد الرسمي. ويصطلح عليه الزواج المغفل أو الزواج الشرعي أو الزواج بالفاتحة.

وقد كان قانون الحالة المدنية واضحا، في مسألة تسجيل عقد الزواج، إذ نص صراحة على أنّه يتم بسعي من وكيل الجمهورية، ويصدر فيه أمر بسيط من رئيس المحكمة خاصة وأنّه ليس محلا للنزاع.

وقد يتم التصريح بعقود الزواج العرفية أمام الموثق (لفيف وإقرار بالزواج) عند انعدام النزاع وهو يخفف العبء الواقع على كاهل المحاكم ويسهل الإجراءات على المواطنين خاصة وأن الموثق له الصفة الرسمية لتحرير العقود وأنّها من صميم صلاحياته واختصاصه

الأمر الذي يدفعنا لطرح الإشكال التالي: كيف يتعامل القضاء مع عقود الزواج العرفية؟ و كيف يمكن الاحتجاج بها؟وهل لها نفس المرتبة بالنسبة لعقود الزواج الرسمية؟.

المبحث الأول: عقد الزواج العرفي المبرم أمام رجل الدين(الزواج بالفاتحة)

إن عقد الزواج العرفي في الإسلام يباشره الطرفان أو من يوكلانه، في أي وقت وفي أي مكان يختارانه سواء كان في المسجد، أو في البيت في شهر رمضان أو خارجه سواء قبل العيد أو بعد العيدين، سواء بين يدي الإمام أو غيره، فالمهم أن يكون مستوفي لجميع أركانه الشرعية. وعليه نتناول في المطلب الأول تعريف عقد الزواج العرفي و حكمه و في المطلب الثاني خطوات إبرام عقد الزواج العرفي أمام رجل الدين.

المطلب الأول: تعريف عقد الزواج العرفي و حكمه

الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي

الزواج العرفي هو زواج متوافر على جميع الأركان الشرعية من رضا الزوجين، وولي الزوجة، وشهود، والإعلان، وكل ما في الأمر أنّه لم يوثق لدى الجهات المكلّفة بتسجيله، وقد اصطلح عليه الفقهاء الزواج العرفي، لأنّه يتم وفق ما تعارف عليه النّاس مند عهد رسول الله –صلى الله عليه و سلم–، كما يطلق عليه اسم الزواج المغفل لإغفاله بعدم تسجيله، ويصطلح عليه عقد زواج شرعي، لأنّه مكتمل الأركان الشرعية كما يطلق عليه اسم الزواج الفاتحة لاقترانه بها.

وتجدر الإشارة هنا، أن مصطلح الزواج العرفي، مصطلح حديث، وهو في مقابل عقد الزواج الرسمي أو الموثق[1].

الفرع الثاني: حكم الزواج العرفي في الفقه المعاصر

الأصل أن الزواج العرفي متى كان مستوفيا لكل شروطه الشرعية، فإنّه زواج صحيح يترتب عليه كل الآثار الشرعية للزواج سواء لزوج والزوجة وأبناء.

ولكن لأسباب سيأتي بيانها في المبحث التالي، فإنّه شبه إجماع من الفقهاء المعاصرين بأن الزواج العرفي، المستكمل لأركانه الشرعية، وغير الموثق، لدى الجهات المكلّفة بذلك يوشك أن يكون زواجا مكروها، كراهة قانونية واجتماعية ترتب الكراهة الشرعية وقد علّل الفقهاء حكمهم هذا بالحجّج والأدّلة التالية :

1 - أن الزواج العرفي، عرضة للإنكار ويؤذي إلى ضياع حقوق الزوجة الشرعية والقانونية[2]

2 - أن فيه مخالفة لأمر ولي الأمر، وطاعته واجبة، فيما ليس بمعصية، ويحقق، مصلحة العباد لقوله تعالى : ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ [النساء/آية 59].

والنبي -ﷺ- يقول [السمع والطاعة حق على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية، فلا سمع ولا طاعة][3]، وقال -ﷺ- [إنما الطاعة في المعروف].[4]

وما دام ولي الأمر قد أمر بتوثيق عقد الزواج حرصا على الحقوق وحماية لجميع الأفراد، وصيانة للذمم التي ذب فيها الفساد، فلابدّ أن يلتزم الأفراد بتوثيق عقود زواجهم، وإلاّ كان امتناعهم إثما كبيرا وكبيرة من الكبائر[5].

وقد صدرت عن الفقهاء المعاصرين فتوى بتحريمه ومنعه، بل منهم من دعى إلى تجريم الزواج العرفي في ذلك يقول يقول عبد الرحيم فودة « القانون الذي يصدر بضرورة التوثيق يمثل إرادة الحاكم، وقد صدر لعلاج مشاكل وأخطار محققة، فإذا سلمنا بهذا المبدأ، تكون النتيجة أن الزواج العرفي مخالف للشرع، لأنّ طاعة ولي الأمر واجبة، ما دام على حق، لقد أصدر الحاكم هذا القانون ليتلافى به أخطار ومشكلات، فواجب المحكوم أن يتبعه في هذا الأمر، وأظنّ أن من القواعد الأصولية، أن لوّلي الأمر، أن ينظم المباح حتى أنّه يستطيع أن يمنعه »[6].

كما يقول الدكتور عبد الرحيم فودة في ندوة لواء الإسلام بعنوان الزواج السّري والعرفي « ولكنكم تقولون أنّه لم يمنع الزواج العرفي، فلنطالب، بمنعه حتى نسد هذه الثغرة وليأخذ القانون طريقة وليحرّم ويلتزم، متى تحقق أن هناك أضرار من هذا الزواج العرفي وأنني أرى أن في قوله تعالى : ﴿ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ [النساء/آية 21]، ما يوجب الاحتياط، لهذا العقد، وأن نعطيه القدر الذي منحة الله.

فالعقد العرفي عبث وكثير ما تمليه الشهوات، والنزوات، وأنا لا أوافق عليه وأنّه حرام »[7].

كما ذهب حسام الدين بن موسى عفانة إلى الزواج العرفي، إذا استكمل أركانه وشروطه من الولي والإيجاب والقبول، والإشهاد على العقد، والمهر، فهو زواج صحيح، حتى ولو لم يوثق لدى جهات التوثيق الرسمية، ولكن يجب شرعا، تسجيل الزواج بوثيقة رسمية، ومن يخل بذلك فهو آثم، وإن كان العقد صحيحا تترتب عليه آثاره الشرعية [8].

المطلب الثاني: خطوات إبرام عقد الزواج العرفي أمام رجل الدين

تتم إجراءات عقد الزواج العرفي في المجتمع الجزائري في أغلب الأحيان في المسجد،[9] حيث يتولى إمام المسجد إبرام عقد الزواج العرفي.متبعا الخطوات التالية :

1 - افتتاح الجلسة بالموعظة أو الدروس، وهي ليست ركن في العقد وتسمى خطبة النكاح أو خطبة الزواج، هي خطبة مألوفة عند العرب، من أقدم العصور، وقد خطب أبا طالب في زواج رسول الله -ﷺ- كما خطب رسول الله -ﷺ- في زواج فاطمة لعلي بن أبي طالب —رضي الله عنهما- [10].

2 - بعدها يقوم إمام المسجد بالمناداة على ولي الزوجة والزوج أو وكيلة.

3 - تقوم إدارة المسجد، بتسجيلهم في سجل خاص، يدوّن فيه اسم الزوج واسم الزوجة واسم الشهود وولي الزوجة.

4 - يقوم إمام المسجد بسؤال كل من ولي الزوجة والزوج أو وكيله عن توافر الرضا وعن الاتفاق على مبلغ الصداق.

ثم يكلّفهم بأداء صيغة الزواج و تكون على النحو الآتي :

« يقول الزوج أو وكيله « بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله زوجني ابنتك فلانة ويقول الولي، بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله قبلت تزويج ابنتي لفلان ».

ويتم ذلك بحضور شاهدين ذكرين عدلين، إضافة إلى حشد وجمهرة من الناس من أقارب الزوجين وغيرهم.

5 - ثم يتم الدعاء للزوجين بالبركة والصلاح ويصطلح عليه بالفاتحة .

ويتم إجراء العقد الشرعي يومي الخميس والجمعة[11].

وقد أدخل القانون تعديلا على إجراءات إبرام العقود الزواج العرفية في المساجد حيث صدرت تعليمية عن وزارة الشؤون الدينية تم توزيعها على 15 ألف مسجد في 48 ولاية، تمنع أئمة المساجد من عقد الزواج الشرعي ما لم يقدم المقبلان على الزواج وثيقة رسمية من السلطات الإدارية تثبت وجود عقد مدني بينهما[12].

وانطلاقا من هذا التعديل الذي أدخله القانون، أصبح على الإمام أن يتحرى توثيق الأطراف لعقود زواجهم أمام الموظف المؤهل رسميا وإلا فإنّه سيمتنع عن عقد قرانهم.

وقد استثنى المشرّع من إحضار وثيقة الزواج الرسمية، رجال الأمن والمغتربين، والذي يتطلب إجراءهم للعقد الزواج الرسمي، قيودا قانونية، ومن ثمّة يجوز لأئمة المساجد إبرام عقود شرعية، دون اشتراط وثيقة الزواج الرسمية، وذلك بموجب التماس، يقدمونه لمدرّية الشؤون الدينية.

وأخيرا تسلم إدارة المسجد للأطراف شهادة شرفية[13].

والشيء المثير للانتباه هو ما جاء في نص التعليمة الصادرة عن وزارة الشؤون الدينية، والتي عبرت عن العقد الشرعي أو العرفي الذي يبرمه الأطراف، في المساجد بين يدي الإمام بمصطلح « قراءة فاتحة خطبة النكاح » وخلوها من كلمة العقد، وهو عيب في المصطلح.

ذلك أن ما يتم في المساجد هو عقد زواجي شرعي، مكتمل الأركان والشروط الشرعية، خلاف ما اعتبرته التعليمة بأنها خطبة مقترنة بالفاتحة وعليه تكون التسمية « إبرام عقد زواج شرعي أو » تماشيا مع ما هو متعارف عليه من أن الزواج الشرعي هو الزواج المكتمل الأركان[14].

المطلب الثالث: إشكالية مفهومي الخطبة و الفاتحة في قانون الأسرة و الاجتهاد القضائي وحلولها

تتداخل كل من مفهوم الخطبة و الفاتحة مما أثار إشكالات قانونية و قضائية الفرع الأول و تحتم وضع حلول لضبط مفهومها الفرع الثاني.

الفرع الأول: إشكالية مفهومي الخطبة و الفاتحة في قانون الأسرة و الاجتهاد القضائي

وقع خلط في مفهوم كل من الخطبة والفاتحة وعقد الزواج والذي يتضح من خلال قراءتنا للمادة 6 ق.أ.ج حيث تنص على أنّه « إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون ».وبالرجوع إلى نص المادة 05 ق.أ.ج « الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة »[15]. وعليه وبقراءة نص المادة 05 و 06 من ق.أ.ج نجد أنّ المشرّع الجزائري أعطى للفاتحة أحكام مختلفة فإذا اقترنت الفاتحة بالخطبة أخذت حكمها.

كما جاء في قرار رقم 73919 في 1991/04/23.

« اقتران الخطبة مع الفاتحة، بمجلس العقد، لا يعد خطبة، بل هو زواج صحيح، لتوافر جميع الأركان »[16].

وعليه فالمشرع الجزائري وتماشيا مع ما ذهبت إليه الاجتهادات القضائية، قد اعتبر الفاتحة المقترنة بالخطبة بمجلس العقد زواجا، أما إدا اقترنت بالخطبة أخذت حكمها وهو خلط وقع فيه المشرع الجزائري ومعه الاجتهادات القضائية من عدّة أوجه نقوم بتبيانها :

أن هناك فرق بين الخطبة والفاتحة وعقد الزواج فالخطبة هي مرحلة تسبق الزواج، وهي وعد بالزواج، والفاتحة هي آية قرآنية تقرأ للتبرك لا غير، وهي ليست من أركان الزواج ولا من شروط الخطبة.

2 - أن المشرّع الجزائري جاهلا بأعراف وعادات المجتمع الجزائري، لكون الفاتحة لا تتلى أثناء مرحلة الخطبة، ولا علاقة لها بها، بل ما جرّت به العادة أن تلاوة الفاتحة، تكون في مجلس العقد، أي بعد تبادل الإيجاب والقبول بين الزوجين، وولي

الزوجة، وتحديد الصداق وحضور الشهود وتتلى الفاتحة من طرف الإمام للتبرك[17].وبالتالي فإن الفاتحة لا يؤثر وجودها أو عدمها لا في الخطبة ولا في الزواج.

وقد وضح قرار في 1984/11/19 ملف رقم 34046 الفرق بين الخطبة والفاتحة وعقد الزواج جاء فيه «من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها وأن لصحة عقد الزواج لابدّ من توفره على جميع أركانه المتمثلة في رضا الزوجين ولي الزوجة حضور الشاهدين، وصداق، ولما ثبت من أوراق الملف الحالي، أن الشهود القضية صرحوا وأكدوا حضورهم لوليمة أو فاتحة الخطبة، واكتفى قضاة الموضوع في تأسيس قرارهم القاضي بصحة الزواج

على ذلك علما أن الفاتحة ليست من بين أركان الزواج، وإنما هي من باب التبرك والدعاء وأن مجلس الخطبة، يختلف عن مجلس العقد » [18]

وحبذا لو أن المشرع الجزائري أزال اللبس الواقع في مفهوم كل من الفاتحة والخطبة والزواج بأن يقصر المادة 06 من ق.أ.ج على أحكام الخطبة دون ذكر الفاتحة، لأن الفاتحة للتبرك، فلا هي من شروط الخطبة، ولا هي من أركان الزواج، ولا تؤثر في أي منهما.

وعليه لوضع حدّ للبس الذي شاب المادة 06 قبل وبعد التعديل والذي بقي فيها المشرع الجزائري معتبر الفاتحة المقترنة بالخطبة وعد بالزواج [19]، فحين أنّها تلحق دائما بعقد الزواج الشرعي حسب العرف الساري في المجتمع الجزائري.

الفرع الثاني: الحلول القانونية لضبط مفهومي الخطبة و الفاتحة

المشرع أمام خيارين إمّا إلغاء الفاتحة وعدم النص عليها تماشيا مع التشريع التونسي حيث نص على الخطبة في الفصلين الأول والثاني من المجلة، دون أن يتطرق لمسألة الفاتحة واقترانهما بالخطبة أو بمجلس العقد حيث جاء في الفصل الأوّل « كل وعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به »

جاء في الفصل الثاني « يسترد الخاطب الهدايا التي يقدمها إلى خطيبته إلا إذا كان العدول من قبله أو وجد شرط خاص» [20]

وحسنا فعل المشرّع التونسي عندما لم يذكر الفاتحة، لكونه لا علاقة لها بعقد الزواج، أمّا القانون السوري، فقد حسم في مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة، حيث ذهب إلى أن الفاتحة سواء اقترنت بالخطبة أو كانت لاحقة بها أو سابقة عليها لا تكون زواجا، فلا قيمة لها من الناحية القانونية والشرعية.

حيث نص في المادة الثانية « الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدايا لا يكون زواجا »

أما القانون المغربي فقد اعتبر الخطبة، وعد بالزواج، ، يدخل في حكمها أمران :

1. قراءة الفاتحة. 2. ما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا.

جاء في المادة الخامسة من الباب الأوّل « الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج ... ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة...» [21].

أو اعتبار الفاتحة دائما قرينة على وجود عقد الزواج تماشيا مع العرف والعادة الساريين في المجتمع الجزائري ويضع بذلك حدا للبس والتناقض الذي وقعت فيه محاكمنا.

1 - أو أن يعتبر الخطبة المقترنة بالفاتحة عقد متى توافر شروط العقد أو عدم اعتبرها عقد زواج حتى ولو توافرت شروطه حتى تسجل رسميا [22].

وقد اقترحت الغرفة الوطنية للموثقين أن يكون التعديل على النحو التالي :

« يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، تخضع الخطبة والفاتحة التي تمت بدون أركان الزواج لنفس الأحكام المبينة في المادة 05 أعلاه ».

وذهبت الغرفة الوطنية للموثقين أنه ونظر لازدواجية العقد بين عقد زواج شرعي وعقد زواج رسمي وأن عقد الزواج الشرعي يتم بأركانه المنصوص في قانون الأسرة وسمي بالفاتحة في عرفنا فإن الحل هو جعل الفاتحة التي تتم في شكل عقد زواج لها نفس أحكام الزواج وإذا تمت الفاتحة بدون أركان عقد الزواج فإنها تأخذ حكم الخطبة وهو نفس تعديل المادة 06 ق.أ.ج السابق ذكرها.

وهذا التعديل لم يضع حدا للبس المطروح في ساحة القضاء [23].

المبحث الثاني: إشكالات تسجيل عقد الزواج العرفي وغير المتنازع فيه أمام الجهات الرسمية

نتناول في هذا المبحث نقطتين وهي إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه في المطلب الأول و إجراءات تسجيل عقد زواج العرفي المتنازع فيه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي وغير المتنازع فيه

نتناول في هذا الفرع التصريح بالزواج العرفي داخل الوطن في الفرع الأول وإجراءات تسجيل عقود زواج العرفي دون نزاع خارج الوطن في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التصريح بالزواج العرفي غير المتنازع فيه داخل الوطن

الأصل أن التصريح بعقود الزواج غير الموثق تكون أمام القضاء ويحدث أن يقوم الزوجان أو غيرهما ممن له مصلحة عند إثبات الزواج التصريح به أمام الموثق وعليه تناول التصريح بعقود زواج غير الموثق أمام القضاء أولا. ثم التصريح بعقود زواج غير موثقة أمام الموثق ثانيا.

الفقرة الأولى: التصريح بالزواج غير الموثق أمام القضاء

إذا تم عقد الزواج وفق أصول الشريعة الإسلامية ولم يكن محل توثيق، أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، وأراد المعنيين تسجيله فإن المادة 39 من قانون الحالة المدنية حددت الخطوات التي يتعين على الأطراف إتباعها حيث نصت «... يصار مباشرة إلى قيد... عقود... الزواج... بدون نفقة عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس المحكمة الدائرة القضائية، التي سجلت فيها العقود أو التي كان يمكن تسجيلها فيها بناء على مجرد طلب من وكيل الدولة لهذه المحكمة، بموجب عريضة مختصرة وبالاستناد إلى كل الوثائق أو الإثباتات المادية»[24].

من قراءتنا لنص المادة 39 ق.ح.م يمكن إجمال الإجراءات التي يتعين على الأطراف إتباعها من أجل تسجيل عقود زواجهم فيما يأتي :

1 - تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة أو هما معا أو ممن له مصلحة، إلى وكيل الجمهورية التابع للمحكمة التي أبرم الزواج غير الموثق في دائرة اختصاصها الإقليمي، مرفقا بالإثباتات التالية : **أ –** شهادة ميلاد الزوجين **ب –** شهادة عدم تسجيل الزواج بالحالة المدنية. **جـ –** شهادة حمل أو عدم حمل الزوجة. **هـ –** نسخة من بطاقة الحالة المدنية للزوجين. **و –** إحضار شاهدين بالعين عاقلين ممن حضروا مجلس العقد أو حفل الزفاف وتحرّر شهادتهما في محضر رسمي.

2 - يقوم وكيل الجمهورية بإعداد عريضة مرفقة بالوثائق المذكورة أعلاه، تقدم إلى رئيس المحكمة يلتمس فيها بإصدار أمر بتسجيل الزواج[25].

وبعد إجراء التحقيق حول توافر أركان الزواج يصدر القاضي حكمه بإثبات الزواج هذا ما نصت عليه المادة 40 ق.ح.م « ترفق الوثيقة من قبل الطالب إلى وكيل الدولة، بطلب مكتوب على ورق عادي»[26].

3 - يرسل وكيل الدولة منطوق هذا الحكم مرفقا بنسخة منه إلى ضابط الحالة بالبلدية التي أبرم فيها عقد الزواج، ويطلب منه تدوين منطوق هذا الحكم وتقييده في السجل المخصص لتدوين عقود الزواج في تاريخ إبرام الزواج فعليا وليس من تاريخ صدور الحكم[27].

هذا ما نصت عليه المادة 41 من ق.ح.م « يرسل وكيل الدولة فورا حكم رئيس المحكمة، قصد نقل هذه العقود في سجلات السنة المطابقة لها وجداولها إلى :

1 - رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المكان الذي سجلت فيه العقود أو كان ينبغي تسجيلها فيه.

2 - كتابة ضبط الجهة القضائية التي تحتفظ بالنسخ الثانية من السجلات»

كما نصت المادة 42 من نفس القانون إلى الإشارة بصفة ملخصة إلى الحكم في السجلات وفي محل تاريخ العقد.

وفي هذا الإطار يتعين، على ضابط الحالة المدنية، أن يقيد الزواج المثبت بواسطة حكم في سجلاته في ظرف 03 أيام إذا كان العقد تابعا للقيّد.

أما إذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامش هذا البيان قد حرر أو سجل في بلدية أخرى، فعلى ضابط الحالة المدنية، أن يرسل إشعار في أجل 03 أيام إلى ضابط الحالة المدنية لهذه البلدية الذي يقوم بدوره بإشعار النائب العام، إذا كانت النسخة الثانية من السجل موجودة في كتابة الضبط[28].

الفقرة الثانية: إشكالات التصريح بعقد الزواج العرفي أمام الموثق (عقد لفيف وإقرار بالزواج)

إذا كان الأصل هو تسجيل عقد الزواج بإتباع الطريق القضائي، فإنّه يحدث أن يقوم الزوجان اللذان أبرما عقد زواجهما وفق قواعد الشريعة الإسلامية، التصريح به أمام الموثق وهو ما يسمى بالإقرار بالزواج أو لفيف زواج.

والسؤال الذي نطرحه هنا مدى اعتراف القانون والقضاء بمثل هذين العقدين إن الإجابة على هذا السؤال يستدعي منا تعريفهما وتحديد شروطهما.

أولا: التعريف بالإقرار بالزواج والفيف بالزواج

يعرف عقد إقرار بالزواج بأنه « إدلاء الزوجين الأحياء بتصريح أمام الموثق يعترفان فيه بوجود زواج بينهما، في تاريخ تقريبي، وأنّه مستوفى لأركانه الشرعية ».

و يعرف عقد لفيف الزواج بأنه التصريح بالزواج يدلى به أمام الموثق من أحد الزوجين أو ممن له مصلحة في ذلك من ورثتهما بوقوع زواج في تاريخ تقريبي، مستوفي كامل الأركان الشرعية والقانونية، ويتم بحضور شاهدين من ذوي العلم[29].

ويقدم الأطراف للموثق كل ما يثبت هويتهما، بالإضافة إلى كل الإثباتات التي تؤكد الزواج بالفاتحة، حتى يطبع عليه بالطابع الشكلي وتتمثل هذه الوثائق في :

1 - شهادة عدم تسجيل الزواج، شهادة ميلاد الزوجين من البلدية الأصلية ، شهادة الأبناء إن وجدوا، شهادة طبية تثبت حمل الزوجة إذا كانت حامل بالنسبة للإقرار بالزواج.

2 - شاهدين وولي الزوجة ويشترط أن يكون الشاهدين من كبار السن فيما يتعلق بلفيف الزواج[30].

ثانيا: موقف القانون والقضاء من تحرير عقدي لفيف وإقرار بالزواج من طرف الموثق

إن الموثق وهو يحرر عقدي لفيف وإقرار بالزواج لا يقوم إلا بإثبات واقعة مادّية، ومع ذلك فإن القضاء اتجه إلى اعتبار هذا العمل خارج عن اختصاصه، وبتالي لا يعتد بما يصدر من جانبه منها أمام جهات المحاكم، وهذا الموقف يتضح جليّا في كثير من قرارات المحكمة العليا نذكر على سبيل المثال قرار1992/09/29 ملف رقم 84334.

« سماع شهود الزواج، أمام الموثق بتكليف من القضاة –خطأ في تطبيق القانون– ولما تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع. لما كلفوا الموثق بسماع شهود الزواج المدعى به يكون قد تخلوا عن المسألة تتعلق باختصاصهم، لأنّه لا يمكن للموثق أن يقوم بذلك »[31].

وعلى إثر عدم اعتراف القضاء بمثل هذين العقدين، ذهب الموثق سعدي عبد الله إلى أن مهمة الموثق تقتصر على إضفاء الرسمية على الواقعة المادية، وأن عدم قبول مثل هذين العقدين من طرف المحاكم ينال من مصداقية الموثق بل وأكثر من ذلك ينال من القواعد المنظمة لإثبات وتسجيل الزواج ويزعزع ثقة المواطن بالموثق.كما أن إحالة الأطراف لإثبات زواج غير متنازع فيه للقضاء وكأن هناك نزاع يشكل عبء على كاهلهم.

وعليه ينادي الموثق سعدي عبد الله باتخاذ أحد من حلين لما سماه بالمعضلة :

إمّا اعتماد العقدين الذين يحررهما الموثق أو رفضهما لتفادي الاحتجاجات التي تواجه الموثق يوميا من طرف المواطنين[32].

وكتدعيم لموقفه قدم لنا الموثق سعدي عبد الله نماذج من سجلات المحاكم يبين لنا حجم العراقيل التي يقع فيها المواطن ويبيّن لنا الحلّ الأنسب لتقليل منها وإنقاصها.

الفقرة الثالثة: نماذج من سجلات المحاكم عن عقود الزواج العرفية

إشكالية لفيف الزواج، إقرار بالزواج

أولا: إشكالية إقرار بزواج

- وقائع القضية : توجه أحد المواطنين إلى ضابط الحالة المدنية أين أبرم عقد زواجه بصفة قانونية، مخفي حقيقة زواجه بالفاتحة، والأدهى من ذلك أن الزوجة كانت حاملا وعلى مشارف الولادة.
- حيث حرر الزواج أمام ضابط الحالة المدنية في جانفي 1997م، ووضعت الزوجة مولودها في 1997/03/07م.
- بعد ازدياد المولود كان لابدّ من تسجيله في الحالة المدنية غير أن ضابط الحالة المدنية رفض تسجيله في الدفتر العائلي لأن ذلك يتعارض مع تاريخ الزواج[33].
- الإجراءات المتبعة : قام الزواج برفع دعوى قضائية أمام قاضي الأحوال الشخصية، يطالب تسجيل الزواج بأثر رجعي وكذلك المولود.

- منطوق الحكم : صدر حكم من قاضي الأحوال الشخصية في جلسة علانية، حكما ابتدائيا حضوريا يأمر بموجبه ضابط الحالة المدنية بتسجيل هذا الزواج بأثر رجعي في شهر 1997/03/07 وتم تسجيل المولود بأثر رجعي في 1998/03/07.
- نظرة الموثق في مثل هذه القضية : في قضية الحال حيث ينعدم النزاع، فإن رئيس المحكمة يكون مختص بإصدار أمر بسيط وهو ما نصت عليه المادة 39، 40، 41 من قانون الحالة المدنية.

وعليه يكون قاضي الأحوال الشخصية قد خالف القانون، وإذ كان عليه أن يحيل الأطراف إلى السيد وكيل الجمهورية، المختص والذي يقوم بالتحقيق الإداري حول صحة هذا الزواج، وعلى ضوئه يطلب من رئيس المحكمة إصدار أمر بسيط يلغي بموجبه عقد الزواج الأوّل ويسجل الزواج الثاني، وهذا هو التطبيق السليم للقانون.

فالخطأ الذي وقع فيه قاضي الأحوال الشخصية هو الأمر بتسجيل عقد الزواج الثاني دون إلغاء عقد الزواج الأوّل مما يعني من الناحية الواقعية وجود عقدي زواج لنفس الأشخاص في تواريخ مختلفة.

- **الحل** : كان بإمكان تفادي هذا الإشكال بإسناد مهمة تحرير عقود الزواج غير الموثقة سواء إقرار بزواج أو لفيف زواج للموثق، نظر لكونها تسهل عملية تسجيل عقود الزواج غير الموثقة على المواطنين، وتجنبهم المتاعب التي يتعرضون لها، بإتباع الطريق القضائي، وما يترتب عنها من مصاريف، وأحكام قابلة للاستئناف والطعن والتبليغات وغيرها[34].

ثانيا: إشكالية لفيف زواج[35]

- وقائع القضية: وقع الزواج خلال سنة 1940 بين السيدة (ص.ي) والسيد (ع.ع) بموجب فاتحة الكتاب وتوفي الزوج سنة 1957.
- الإجراءات المتبعة: رفعت السيدة (ص.ي) دعوى ضد النيابة العامة، تطالب فيها بتسجيل الزواج غير الموثق في سجلات الحالة المدنية.
- منطوق الحكم : حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى شكلا.

- نظرة الموثق إلى مثل هذه القضية:

1 - انعدام النزاع بمفهومه القانوني، فالأصل أن النزاع يتم بين الطالب بتسجيل الزواج وورثة الزوج وليس ضد النيابة العامّة.

2 - على قاضي الأحوال الشخصية أن يوجه الأطراف لوكيل الجمهورية الذي يقوم بإجراء تحقيق إداري ويطلب من السيد رئيس المحكمة إصدار أمر بسيط يسجل بموجبه هذا الزواج غير الموثق خاصة وأن الزوجة قدمت كل ما يثبت صحة زواجها بالمرحوم.

- **الحل** : لو أن السيدة تقدمت إلى مكتب التوثيق مصحوبة بالوثائق والإثباتات والشهود وحررت عقد لفيف زواج لدى الموثق، لتفادت كل العراقيل القضائية.

الفرع الثاني: إجراءات تسجيل عقود زواج العرفية دون نزاع خارج الوطن

تنص المادة من 99 ق.ح.م « إذا لم يسجل العقد بسبب عدم التصريح به، فإنّه إما أن يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة، أو الحصول على حكم من رئيس المحكمة مدنية الجزائر، يقضي بتسجيله في السجلات القنصلية ».

كما تنص المادة 100 من ق.ح.م « يختص رئيس محكمة مدنية الجزائر بإصدار حكم بتصحيح عقود الحالة المدنية الرسمية والمحررة في الخارج، ضمن الأوضاع المحلية والخاصة بالجزائريين والعقد المصحح بهذه الكيفية يسجل تلقائيا بطلب من النيابة العامة في السجلات القنصلية »[36].

من خلال قراءتنا لهذه النصوص يمكن استخلاص إجراءات تسجيل عقود الزواج الواقعة في الخارج حسب قواعد الشريعة الإسلامية ولم تحرّر أمام الموظف المؤهل قانونا لذلك فيما يلي :

إذا وقع زواج بين جزائريين أو جزائري وأجنبية يقيمان في بلد أجنبي ولم يسجلا العقد في سجلات الحالة المدنية بالقنصلية الجزائرية أو في بلدية ذلك البلد فإنّه يتعين عليهما :

1 - تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا أوممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية لمحكمة الجزائر العاصمة يرفق الطلب بشهادة ميلاد الزوج وشهادة ميلاد الزوجة.

2 - كذلك يصحبان معهما شاهدين بالغين ممن حضرا مجلس العقد أو حفل الزواج.

3 - يقوم وكيل الجمهورية بإعداد عريضة يقدمها إلى رئيس المحكمة، والذي يصدر أمرا بتسجيل

4 - عقد الزواج بعد أن يتحقق من توافر أركانه الشرعية أو يقضي برفض تسجيل عقد الزواج، إذا لم يتوافر على ما يثبت صحته من الناحية الشرعية القانونية.

5 - عندما يصدر رئيس محكمة الجزائر العاصمة أمرا بتقييد عقد الزواج يتعين على وكيل الجمهورية إرسال نسخة من ذلك الأمر عن طريق السلم الإداري، إلى وزارة الخارجية، والتي تقوم بتسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية المودعة نسخة منها بالقنصلية والمحفوظة الثانية منهما بوزارة الشؤون الخارجية[37].

المبحث الثالث: إشكالات إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه أمام القضاء

إذا كان الزواج العرفي محلّ نزاع بأن أنكر أحد الزوجين أو الورثة قيامه أو يطعن في شرعية وصحته فعلى الأطراف رفع دعوى قضائية، وعليه تناول في المطلب الأول تعريف دعوى إثبات الزواج العرفي و شروطهاوفي المطلب الثاني صدور الحكم بتثبيت الزواج العرفي.

المطلب الأول: تعريف دعوى إثبات الزواج العرفي و شروطها

نتناول تعريف دعوى إثبات الزواج العرفي في الفرع الأول و شروطها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: في الفقه و القانون

يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية الدعوى بأنها تصرفا قوليا له شروط خاصة يعترف الشارع بقيامها وآثارها وإن اختلفوا في الألفاظ[38].

أما في القانون هي سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على معونته في تقرير الحق أو حمايته أو هي السلطة التي يخولها القانون لصاحب الحق في أن يلجأ إلى القضاء لحماية حقه[39]. وبذلك كانت الدعوى في القانون حق الشخص في اللجوء إلى القضاء يطلب حمايته فحين ذهب الفقه إلى اعتبار الدعوى والمطالبة القضائية شيئا واحدا.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لرفع الدعوى لإثبات الزواج

لصحة الدعوى كان لا بدّ على من يرفعها أن تتوفر فيه الشّروط الموضوعية بأن تكون له أهلية وصفة ومصلحة. هذا ما نتناوله في الفقرات التالية.

الفقرة الأولى: الأهلية

ويقصد بها صلاحية الشخص للقيام بأعمال الإجراءات ويتمتع بها كل من لديه أهلية التصرف بالنسبة للموضوع المراد حمايته بالدعوى، والتي حدد ت بـ19 سنة كاملة بالنسبة لكلا الزوجين م 1/7 ق.أ.ج[40].وقد نص عليها القانون في المادة 459 ق.إ.م

كما أورد المشرع استثناء على أهلية التقاضي حيث منح القاصر الحق في رفع الدعوى فيما يتعلق بآثار الزواج، بموجب الترشيد بقوّة القانون ودون أن يحتاج إلى ممثله الشرعي2/7 ق.أ.ج[41].

ويترتب على تخلف الأهلية بطلان العمل القضائي، لكن هذا لا يمنع من أن يصحح هذا العمل في أي مرحلة تكون عليها الإجراءات[42].

الفقرة الثانية: الصفة

وهي أن ترفع الدعوى من قبل من له شأن فيه، و هي نسبة الدعوى إيجابا لصاحب الحق فيها، وسلبا لمن يوجد حق الدعوى في مواجهته وهي بهذا تكون الجانب الشخصي للحق في الدعوى[43]نص عليها المشرع الجزائري في المادة 459 ق.أ.م[44]

والصفة في الزواج ترفع من أحد الزوجين على الآخر وفي حالة وفاتهم ترفع باسم الورثة وإن كانت بعض المحاكم تقبل رفع الدعوى من أحد الورثة ضد أحدهم و هذا لأنها تخلق صعوبات تتعلق بالتبليغات و جمع كل الورثة وإذا كانت الصفة شرط لقبول الدعوى فهل تكون لنيابة العامة صفة في رفع الدعوى ؟

أصبحت النيابة العامة طرفا أصيلا في دعاوى الحالة بموجب 3 مكرر من ق. أ.ج «تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون»[45].

وبتالي لها رفع الدعوى نيابة عن أحد الزوجين أو الورثة أو ضدهم ولها استئناف الأحكام والطعن فيها و يمكن للورثة رفع دعوى ضد النيابة العامة وللنيابة العامة علاوة على ذلك الإطلاع على ملف الدعوى و إبداء طلباتها مكتوبة.

واعتبار النيابة العامة طرفا في الدعوى الهدف منه تعزيز رقابتها على مصالح الأفراد و ضمان التطبيق السليم للقانون و تحقيق السير الحسن للعدالة و تدعيم مركزها أكثر كحامي للصالح العام.

الفقرة الثالثة: المصلحة

هي أن يحصل المدعي على منفعة أو فائدة من الدعوى و يشترط أن تكون قائمة و حالة[46]وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 459 ق.أ.م« لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن له مصلحة في ذلك» [47].

ويترتب على تخلف الشروط الموضوعية للدعوى عدم قبول الدعوى

الفرع الثالث: الشروط الشكلية لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي

ويقصد بها إجراءات رفع الدعوى لإثبات الزواج العرفي المتنازع فيه، نتناولها في الفقرات التالية.

ميعاد رفع دعوى إثبات الزواج العرفي الفقرة الاولى، الفقرة الثانية،مكان رفع الدعوى إثبات الزواج العرفي وإجراءات تبليغها، الفقرة الثالثة،حضور الجلسة وإجراءات التحقيق في وجود واقعة الزواج العرفي.

الفقرة الأولى: ميعاد رفع دعوى إثبات الزواج العرفي

إن ميعاد رفع الدعوى لإثبات الزواج غير الموثق، غير محدد بمهلة معينة، على اعتبار أن الزواج وآثاره لا تقتصر على الزوجين فحسب، بل تمتد إلى ورثتها، فالعلاقة الزوجية إن كانت تتقطع فإن آثارها تمتد إلى الغير وهم الورثة، وعليه كانت

دعوى الزوجية، لا تسقط بالتقادم، ويجوز للورثة رفع دعوى إثبات زواج غير الموثق للحصول على المنافع المترتب عنه لاسيما الميراث وأحيانا أخرى الاسم.

الفقرة الثانية: مكان رفع الدعوى إثبات الزواج العرفي وإجراءات تبليغها

ترفع دعوى إثبات الزواج غير الموثق أمام المحكمة، وذلك بإيداع عريضة مكتوبة، من أحد الزوجين أو وكيله، مؤرخة وموقعة منه، لدى مكتب الضبط بالمحكمة، وإمّا بحضور أحد الزوجين أمام المحكمة، وفي هذه الحالة يقوم كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط بتحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر أنه لا يستطيع التوقيع م 12 قانون الإجراءات المدنية[48].

وتتضمن العريضة البيانات التالية : اسم ولقب المدعي وموطنه، اسم من يمثله ولقبه ووظيفته وصفته و موطنه،اسم المدعى عليه ولقبه، ومهنته وموطنه ذكر وقائع الدعوى وطلبات المدعي أسانيده، وتوقيعه أو وكيله.ذكر تاريخ تقديم العريضة وهو تاريخ إيداعها في قلم وكتابة الضبط وقيدها[49].

وبعدها يقوم كاتب الضبط بتقيد العريضة حالا في سجل خاص حسب الترتيب الوارد، مع بيان أسماء الأطراف، رقم القضية، تاريخ الجلسة، ويقدم للأطراف وصلا بدفع مصاريف الدعوى م12 ق.إ.م.

بعدها يتم تبليغ عريضة الدعوى للمدعى عليه من طرف المحضر القضائي بواسطة التكليف بالحضور م 26 ق.إ.م [50].

الفقرة الثالثة: حضور الجلسة وإجراءات التحقيق في وجود واقعة الزواج العرفي

بعد تبليغ الأطراف بموجب التكليف بالحضور يتعين على الأطراف الحضور للجلسة في اليوم والساعة المحددين . وعندها يقوم القاضي بسماع أقوال الخصوم أو محاميهم حضوريا، ويمكنه أن يطلب الحضور الشخصي للخصوم م 33 ق.إ.م [51]. والشهود وولي الزوجة.

يبدأ القاضي في التحقيق في مكتبه بمساعدة أمين الضبط فيتأكد أولا من هوية الخصوم وولي الزوجة والشهود، من خلال بطاقة تعريف كل واحد منهم وعن درجة القرابة بينهم.

ثم يقوم بسماع الشهود كل على حدة وبعد التأكد من هوية الشاهد يوجه له اليمين القانونية، ويكتب كاتب الضبط محضرا بذلك، ثم يستفسر عما إذا كانا حضرا مجلس عقد الزواج أو حفل الزواج، ومن تولى العقد كالولي أو غيره، وتاريخ الزواج، ومقدار المهر المقدم وإذا ما كان معجلا أو مؤجلا، وعن وجود رضا الزوجين، وإذا كانت الزوجة لا زالت في ذمته الزوج ثم يوقع الشاهد والقاضي وأمين الضبط على محضر التحقيق، وبعد الانتهاء من التحقيق يحدد القاضي جلسة للنظر في الدعوى، قصد تقدير أدلة الإثبات المقدمة وقبل إصدار الحكم يعرض ملف القضية على النيابة العامة، لإبداء طلباتها كتابيا م144 مكرر من ق.إ.م[52] وهو إجراء جوهري من النظام العام.

وبعدها يقوم قاضي الأحوال الشخصية بتقدير الأدلة ويقرر الأخذ بها أو رفضها حسب قناعته الشخصية.و إذا ما أقتنع القاضي بالأدلة الموجودة بين يديه ويتأكد من قيام زواج صحيح ينطق بالحكم في جلسة علانية م 38 ق.إ.م[53].

وسؤال الذي نطرحه هنا هو ماهو شأن دعوى الطلاق العرفي أو دعوى الرجوع أو النفقة والتي يرفعها الخصم مع دعوى إثبات الزواج غير الموثق ؟ وعليه الإجابة كالتالي :

المطلب الثاني: صدور الحكم بتثبيت الزواج العرفي

بعد قبول الدعوى شكلا وموضوعا يصدر قاضي الأحوال الشخصية حكم بإشهاد على عقد الزواج غير الموثق، أو حكم برفض تثبيت الزواج العرفي.

عندها يستخرج المعني نسخة من الحكم ويبلغها لطرف الآخر الذي يمكنه الطعن فيه المادة 42 ق.إ.م[54]. وقبل التطرق لطرق الطعن نتساءل عن طبيعة الحكم القاضي بتثبت عقد الزواج العرفي الفرع الأول . و في الفرع الثاني الطعن في الحكم بتثبيت الزواج أما الفرع الثالث نتناول تنفيذ الحكم تثبيت عقد الزواج وتقييده و في الفرع الرابع اقتران حكم إثبات الزواج العرفي بدعوى الطلاق العرفي أو دعوى الرجوع والنفقة.

الفرع الأول: طبيعة الحكم بتثبيت الزواج العرفي

إذا كان الأصل أن الحكم الصادر في موضوع الدعوى يكسبه حجية الشيء المقضي فيه .

فإن الاستثناء وارد بمسائل الحالة إذ الحكم فيه يحوز الحجية المؤقتة ويمكن للأطراف رفع نفس الدعوى أمام جهة أخرى أو نفس الجهة إذا ما توافرت لديهم الأدلة المثبت لزواج وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في 1998/12/15 ملف رقم 2111509.

« إن حكم إثبات واقعة الزواج يكتسي حجية مؤقتة... ويكون حسب توفر الأدلة »[55].

الفرع الثاني: الطعن في الحكم بتثبيت الزواج

لأي من الزوجين الذي صدر حكم ضده لا يرتضيه ورأى أنّه مجحف بحقه، أو أن المحكمة أخطأت في تطبيق القانون، أو صدر حكم في غيبته أن يطعن فيه بطرق الطعن المعروفة وهي الطعن بالمعارضة والطعن باستئناف، والطعن بالنقض على أن الطعن في الحكم بهذه الطرق يوقف تنفيذه [56].

الفرع الثالث: تنفيذ الحكم تثبيت عقد الزواج وتقييده

نصت المادة 320 ق.إ.م على أن الحكم أو القرار أو السند لا يكون قابل للتنفيذ إلاّ إذا كان ممهورا بالصيغة التنفيذية.

وعليه كل من صدر حكم تثبيت الزواج لمصلحته، الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية من مكتب الضبط من أجل تقيده. وحتى يكون الحكم قابلا لتنفيذ لا بد أن :

1 - يستنفد الأطراف كل طرق الطعن العادية وغير العادية.

2 - أن تحمل النسخة المقدمة إلى مصلحة التنفيذ بمكتب الضبط عبارة نسخة « طبق الأصل مسلمة للتنفيذ »وموقعة من كاتب الضبط وتحمل الخاتم الرسمي لمكتب الضبط.

3 - أن يكون الحكم ممهور بالصيغة التنفيذية م 320 ق.إ.م[57].

وبعد استخراج الزوج المعني أو أحد الورثة للحكم الممهور بالصيغة التنفيذية، له أن يرفق مع شهادة ميلاد الزوجين رسالة تتضمن طلب استصدار أمر أو حكم بتقييد عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية. إلى السيد وكيل الجمهورية الذي يصدر أمر إلى ضابط الحالة المدنية للقيام بإجراءات التنفيذ بعدها يقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل الحكم القاضي بتثبيت الزواج وبتقييده بأثر رجعي يعود للتاريخ الفعلي له[58]. والتأشير على هامش شهادة ميلاد الأصلية لكل من الزوجين وتحتفظ الإدارة بالنسخة من الحكم وترسل الحكم الأصلي و نسخة من عقد الزواج إلى وكيل الجمهورية لتحقق من تسجيل الزواج بعدها يعيد الحكم الأصلي للأطراف.

ولصاحب المصلحة أن يحصل على نسخة ملخصة لعقد الزواج وذلك الاحتجاج به عند الحاجة

الفرع الرابع: اقتران حكم إثبات الزواج العرفي بدعوى الطلاق العرفي أو دعوى الرجوع والنفقة

قد يقترن حكم إثبات الزواج العرفي بدعوى الطلاق العرفي الفقرة الاولى أو دعوى الرجوع و النفقة الفقرة الثانية وفي الفقرة الثالثة الاحتجاج بالعقد العرفي.

الفقرة الأولى: اقتران حكم إثبات الزواج العرفي بدعوى الطلاق

ذهبت المحكمة العليا في قرار لها إلى أنّه يجوز أن يحكم بالطلاق العرفي، في نفس الحكم القاضي بتثبيت الزواج العرفي، لأنّه في حكم المسجل رسميا.

« الحكم بتثبيت الزواج العرفي والحكم بالتطليق... إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج، يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي، وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، وذلك بناءا على تثبيته بموجب حكم قضائي»[59].

فحين رفض قرار آخر للمحكمة العليا الجمع بين تسجيل الزواج غير الموثق وحله بالطلاق على أساس عدم ارتباط الطلبين من حيث المحل والسبب.

الفقرة الثانية: اقتران حكم إثبات الزواج العرفي بدعوى الرجوع إلى بيت الزوجية ودعوى النفقة

جاء في قرار المحكمة العليا 1989/04/02.

«فإن قضاة الموضوع بقضائهم في الدعوى بترجيع الزوجة إلى محل الزوجية ودفع النفقة لها، دون وقف الفصل في هذه الدعوى، لحين البت فيها، من طرف المحكمة العليا يكونوا قد عرضوا قرارهم، لانعدام الأساس القانوني »[60].

الفقرة الثالثة: الاحتجاج بالعقد العرفي

إن هذا العقد المعترف به من الناحية القانونية والشرعية، غير أنه لا يمكن الاحتجاج به من طرف الزوجين إلا بعد تسجيله- كما سبق القول - لكن هل يمكن للغير الاحتجاج به وطلب تثبيته ؟ كأن يتزوج شخص زواجا رسميا ثم بعد ذلك يتزوج زواجا عرفيا، دون أن يعلم زوجته الأولى كما يستوجب القانون في المادة الثامنة من قانون الأسرة، وحيث أن الزواج دون إعلام الزوجة يخول لها الحق في طلب التطليق. فهل لهذه الزوجة حق المطالبة بإثبات عقد الزواج وهي طرف أجنبي عن هذا العقد للحصول على حقها في التطليق؟ أم أن هذا الحق مخول فقط لطرفي العقد وهل يمكن للزوجة أن تتقدم بدعوى التطليق مؤسسة دعواها على هذا الزواج أم أن دعواها ترفض لعدم تأسيسها؟

هذه بعض الآثار التي تنتج عن الزواج العرفي الذي يغفل فيه التسجيل في سجلات الحالة المدنية ، وهذا الإجراء على بساطته يمكنه أن يغني الأفراد عن اللجوء إلى إجراءات أخرى أكثر تعقيدا من أجل تسجيل زواجهم خاصة عندما يتعرضون إلى مشكلة ما سببها تقديم نسخة من شهادة عقد الزواج ، ولهذا فإنهم يلجئون إلى إثباته وتسجيله.

خاتمة

ما يمكن أن نجمله بشأن الزواج العرفي هو أنّه زواج مكتمل الأركان والشروط الشرعية لصحة الزواج، وكل ما في الأمر أنّه لم يوثق في الحالة المدنية.

ورغم صحة الزواج العرفي من الناحية الشرعية فإنّه لقى استهجانا من طرف الفقهاء المعاصرين وصل إلى حد تحريمه بل ويأثم من يبرمه دون توثيق بسبب ما ينجر عنه من ضرر يلحق المرأة والنسب، ويهدد المجتمع بانهيار.

إن قانون الحالة المدنية كان واضحا، في مسألة تسجيل عقد الزواج، إذ نص صراحة على أنّه يتم بسعي من وكيل الجمهورية، ويصدر فيه أمر بسيط من رئيس المحكمة خاصة وأنّه ليس محلا للنزاع. فكيف يرهق الأطراف بإجراءات رفع دعوى قضائية هم في غنى عنها والحلّ القانون سهل.

أما مسألة التصريح بعقود الزواج العرفية أمام الموثق (لفيف وإقرار بالزواج) عند انعدام النزاع فهو حل ارتأيناها ونؤيده لأنّه يخفف العبء الواقع على كاهل المحاكم ويسهل الإجراءات على المواطنين خاصة وأن الموثق له الصفة الرسمية لتحرير العقود وأنّها من صميم صلاحياته واختصاصه والنقد نوجهه للمادة 22 التي تقضي بإثبات الزواج بحكم مع توافر أركانه طبقا للمادة 09 و 09 مكرر، فماذا تقصد بالحكم، وما هي طبيعته.

فكان الأجدر أن يفرق المشرع بين طلبات تسجيل عقود الزواج العرفية غير المتنازع فيها والتي يكون الاختصاص بنظرها لرئيس المحكمة بموجب أمر بسيط، وطلبات تسجيل عقود الزواج العرفية والمتنازع فيها والتي يفصل فيها بموجب دعوى عادية.

علما أن الأمر سيان من الناحية العملية حيث لا تفرق بعض جهات القضاء بين طلبات تسجيل زواج متنازع فيه أو غير متنازع فيه فكلاهما يفصل فيها بحكم عادي وبإتباع الإجراءات القضائية العادية.

التهميش:

(1) – في القانون المدني، يطلق الفقهاء كلمة العرفي، في مقابل لكلمة الرسمي، لاسيما في مجال الإثبات، فيقولون محرر عرفي، وهو الذي يقوم بتقريره الأفراد فيما بينهم، ويجب أن يكون موقعا من الأطراف، حتى يحتج بهم مستقبلا، ومحرر رسمي يقوم بتقريره، موظف عام، مختص وفقا للأوضاع معينة مقررة لذلك.

(2) – عمر سليمان الأشقر، أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، 2005م، ط2.، ص 177.

(3) – حديث شريف.

(4) – حديث شريف.

(5) – حسن حسن منصور، المحيط في مسائل الأحوال الشخصية، (دن)، الإسكندرية، 1996، ط2.

ص 158، يقول الشيخ محمد صفوت نور الدّين الرئيس العام لجامعة أنصار السنة « أعني بذلك أن من لم يعقد الزواج على الطريقة الرسمية، أي لم يسجل بطريق المأذون الشرعي في المحكمة وارتضى بالزواج العرفي، فإننا نقول له إن التسجيل الرسمي من المباحات التي إذا ألزم ولي الأمر صارت مخالفتها حرام شرعا ».

– جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، مراجعة علي أحمد عبد العال الطّهطاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 82.

(6) – عبد الرحيم فودة، « الزواج السري والعرفي»، مجلة لواء الإسلام، ع 02، السنة التاسعة عشر، 02 فبراير 1965، مطابع مدكور وأولاده، القاهرة.

، مرجع سابق، ص 56.

(7) – عبد الرحيم فودة، الزواج السري والعرفي، مرجع سابق، ص 56.

(8) – حسام الدين بن موسى عفانة، موقع سابق.

(9) – لا يشترط الفقه عقد الزواج في المسجد، إذ يصح في أي مكان، فالمهم توافره على أركانه وشروطه الشرعية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في ملف رقم 58224 قرار في 1989/12/25م « حيث أن الزواج ينعقد في أي مكان من الأرض سواء بداخل المسجد أو خارجه، على خلاف ما ذهب إليه القرار المطعون فيه في أسبابه بأن الزواج ينعقد بمكان تقام فيه الدعارة والفساد.

وقد رتب عن هذا بطلان عقد الزواج العرفي موضوع النزاع، مع أن هذا لا يدخل ضمن أركان الزواج ولا في صحته مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه المجلة القضائية، 1991، ج4، ص 110، أنظر قرار 09/28، 1993م، ملف رقم 96258 غير منشور.

(10) – أحمد الشرباصي، الزواج السري أو العرفي ، أحمد الشرباصي، يسألونك في الدين والحياة، دار الجيل، بيروت، لبنان، (دت) (دط).، ص 59.

(11) – مقابلة شخصية مع الإمام عبد الكريم رفيق، إمام خطيب بالجامع الأمير عبد القادر يوم الثلاثاء 14 نوفمبر 2006 الساعة 14.00 بمسجد الأمير عبد القادر.

(12) – بوعلام غمراسة، الجزائر تتجه لمنع الزواج العرفي، جريدة العرب الدولية، الشرق الأوسط، 29 نوفمبر 2006م، ع 10228، موقع www. Asharqalansat. Com – .

(13) – الأئمة يعقدون الزواج الشرعي بمعدل 300 ألف حالة في السنة.

(14) – أما في مصر فإن الزواج العرفي يكتب في ورقة بين رجل وامرأة تتضمن إقرار كل من الزوجين بأهليتهما للتعاقد والتصرف وخلوهما من كافة الموانع الشرعية، ويدوّن في هذا العقد أسماء الشهود فيقر الزوج (سمى باسمه) وبعد إيجاب وقبول، ويجيب أنّه قد قبل الزواج من الزوجة (تسمى باسمها) زواجا شرعيا على كتاب الله وسنة رسول الله –ﷺ– وعملا بأحكام الشريعة الإسلامية، كما تقر الزوجة (تسمى باسمها) بعد إيجاب وقبول صريحين أنها قبلت الزواج من الزوج (يسمى باسمه) زواجا شرعيا على كتاب الله وسنة رسوله –ﷺ– وعملا بأحكام الشريعة الإسلامية.

ويذكر في العقد أن الطرفين اتفقا على صداق قدره (كذا) كما يتضمن العقد أن الطرفين أقرا بقبولهما جميع أحكام هذا العقد بما تقضي به الشريعة الإسلامية وما يترتب عليه من آثار وخاصة البنوة، إذ لأولادهما ثمرة هذا الزواج جميع الحقوق الشرعية والقانونية، مجلة البحوث الإسلامية، ص 194، 195.

(15) – أمر 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، ص 04.

(16) – المجلة القضائية، ع 02، 1993م.

(17) – الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الجزائر 2005، (دط)، ج 01، ص 55.

(18) – مروك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال، (دم)، 2004، (دط)، ص 131، 132.

(1) – يبدوا أن المشرع الجزائري متأثر بالزواج العرفي في مصر حيث أن الفاتحة عندهم لا تقترن بمجلس العقد الزواج.

(2) – المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 1953/09/17 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

(21) – وزارة العدل ، مدونة الأسرة المغربية ، مرجع سابق، ص18.

(22) – محمد باوني، مبررات تعديل القوانين، وانعدام هذه المبررات في تعديل قانون الأسرة وما ينبغي أن يعدل.

(23) – الغرفة الوطنية الموثقين، «الموثقون أمام ثغرات قانون الأسرة»، مجلة الموثق، 31 ماي، جوان 2001م، ع1، ص 31.

(24) – أمر رقم 70 – 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، ص 186.

(25) – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث قسنطينة، 1989م، ط2، ص 166 .

(26) – أمر رقم 70 – 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية ، ص 181 .

(27) – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع نفسه، ص 166 .

(28) – أمر رقم 70 – 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية ، ص 181-182.

(29) – عبد الله مسعود، «عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري»، مجلة الموثق، ع 03 جوان 1998، ص 12.

(30) – سعيد عبد الله، «الزواج وشروطه في عقدي اللفيف والإقرار»، مجلة الموثق، ع 10، ماي 2000، ص 18.

(31) – المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي، الغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 44.

(32) – سعيد عبد الله، «الزواج وشروطه في عقدي اللفيف والإقرار»، مجلة الموثق، ع 10، ماي 2000.ص 19-22.

(33) – سعدي عبد الله، مرجع نفسه، 20.

(34) – سعدي عبد الله، مرجع سابق، ص 20، 21.

(35) – سعدي عبد الله، مرجع نفسه، ص 20، 21.

(36) – أمر رقم 70 – 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية ، ص 219، 220، 221.

(37) – عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر،(دت)، ط02.، ص 16.

–بدوي علي، «عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع»، المجلة القضائية، قسم الوثائق، المحكمة العليا، (دم)، ع 02، 2004. ص 170، 171.

(38) – ابن قدامة، (موفق الدين)، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان 1983، (دط) ، ج9، ص 271. ص 518. الملبياري، قرة العين بمهمات الدين، ضبطه وصححه محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، (دط)، ج4، ص 408. الغمراوي (محمد الزهري)، السراج الوهاج، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1987، (دط)، ص 614.

(39) – محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، (دم)، 1999، ط1، ص 84.

(40) – أ مر 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون رقم 84 -11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، ص 05.

(41) – أمر 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون رقم 84 -11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، ص 05.

(42) – أنور العموسي، ، أصول المرافعات الشرعية في الأحوال الشخصية، إبراهيم محمد السيد وشركاه، الإسكندرية (دت)، ط2، ص 222

(43) – أنور العموسي، مرجع نفسه ص 222. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، (دط)، ص 219.

(44) – القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية. والإدارية.

(45) – أ مر 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون رقم 84 -11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، ، ص 02.

(46) – أنور العموسي ،مرجع سابق ،ص221.222أبو الوفا، مرجع سابق، ص 121.

(47) – قانون الإجراءات المدنية. والإدارية.

(48) – قانون الإجراءات المدنية. والإدارية.

(49) – أهمية تحديد تاريخ إيداع العريضة هو أن أثار المطالبة القضائية يترتب من هذا التاريخ.

(50) – قانون الإجراءات المدنية. والإدارية.

(51) – قانون الإجراءات المدنية. والإدارية.

(52) – جاء في قرار رقم 34762 في 1994/02/03.

«من المقرر قانونا أنه يجب إبلاغ النائب العام بالقضايا المتعلقة بحالة الأشخاص ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لإجراء جوهري، و انتهاكا لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام »

(53) – قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(54) – قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(55) – المجلة القضائية الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 56. في الواقع العملي يجهل الكثير من القضاة هذا المبدأ ويصدرون حكم بعدم التأسيس وهو خطأ إذ يتعين عليهم تركها على الحال، لأن الحكم بعدم التأسيس يعني حيازته للحجية الشيء المقضي فيه وهو مخالف للمبدأ القائل أن الأحكام في قضايا الحالة تحوز الحجية المؤقتة.

(56)– قانون الإجراءات المدنية. والإدارية.

– المجلة القضائية، 1989، ع 2، ص 57.

(57) – قانون الإجراءات المدنية. والإدارية.

(58) – هذا خلاف مانص عليه أمر رقم 69 – 72 في 1969/09/146المتعلق بإثبات الزواج في المادة 04«إن الزواج الذي تم إثباته وفقا لهذه الشروط و المسجل في سجل الأحوال المدنية يحدث أثاره ابتداء من تاريخ اليوم الذي اعترف به الحكم بأنه عقد الزواج»

(59) – نشرة القضاة، عدد 53، ص 56.

(60) – المجلة القضائية 1989، ع2، ص 57.

قائمة المراجع والمصادر:

القرآن الكريم.

الكتب:

(1) عمر سليمان الأشقر، أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، 2005م، ط2.

(2) – حسن حسن منصور، المحيط في مسائل الأحوال الشخصية، (دن)، الإسكندرية، 1996، ط2.

(3) جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، مراجعة علي أحمد عبد العال الطّهطاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

(4) – الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الجزائر 2005، (دط)، ج 01.

(5) – مروك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال، (دم)، 2004، (دط).

(6)- أحمد الشرباصي، يسألونك في الدين والحياة، دار الجيل، بيروت، لبنان، (دت) (دط).

(7)- أنور العمروسي، ، أصول المرافعات الشرعية في الأحوال الشخصية، إبراهيم محمد السيد وشركاه، الإسكندرية (دت)، ط2، ص 222

(8) –أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، (دط)

(9) – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث قسنطينة، 1989م، ط2.

(10) – عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر،(دت)، ط02.

(11) –ابن قدامة، (موفق الدين)، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان 1983، (دط) ، ج9.

(12) - الملبيباري، قرة العين بمهمات الدين، ضبطه وصححه محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، (دط)، ج4، ص 408.

(13)- الغمراوي (محمد الزهري)، السراج الوهاج، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1987، (دط)،

(14) – محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، (دم)، 1999، ط1.

المقالات:

(60) – عبد الرحيم فودة، « الزواج السري والعرفي»، مجلة لواء الإسلام، ع 02، السنة التاسعة عشر، 02 فبراير 1965، مطابع مدكور وأولاده، القاهرة.

(2) – محمد باوني، مبررات تعديل القوانين، وانعدام هذه المبررات في تعديل قانون الأسرة وما ينبغي أن يعدل.

(3) – الغرفة الوطنية الموثقين، «الموثقون أمام ثغرات قانون الأسرة»، مجلة الموثق، 31 ماي، جوان 2001م، ع1.

(4) – عبد الله مسعود، «عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري»، مجلة الموثق، ع 03 جوان 1998.

(5) – سعيد عبد الله، «الزواج وشروطه في عقدي اللفيف والإقرار»، مجلة الموثق، ع 10، ماي 2000.

(6) – بوعلام غمراسة، الجزائر تتجه لمنع الزواج العرفي، جريدة العرب الدولية، الشرق الأوسط، 29 نوفمبر 2006م، ع 10228، موقع www. Asharqalansat. Com – .

(7) – بدوي علي، «عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع»، المجلة القضائية، قسم الوثائق، المحكمة العليا، (دم)، ع 02، 2004.

(8) – حسام الدين بن موسى عفانة، موقع سابق.

(9) مجلة البحوث الإسلامية

المجالات القضائية:

(60) – المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي، الغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.

(2) – المجلة القضائية، ع 02، 1993م. المجلة القضائية، 1991، ج4،

(3) – المجلة القضائية، 1989، ع 2.

(4) – نشرة القضاة، عدد 53

(5) – المجلة القضائية 1989، ع2

القوانين:

(60) – أمر 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون رقم 84 -11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(2) – أمر رقم 70 – 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل و المتمم.

(3) – **القانون رقم 08–09** المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية. والإدارية.

(4) – المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 1953/09/17 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

(5) – وزارة العدل ، مدونة الأسرة المغربية.

جميع الحقوق محفوظة