ردمد ورقي: 9971- 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: -2661-7404
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 596-617

الزواج العرفي بين الآليات القانونية لتسجيله و الإجراءات القضائية لإثباته

مزياني نورالدين*
جامعة تلمسان / الجزائر
المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

حميدو زكية
جامعة تلمسان / الجزائر

تاريخ إرسال المقال:2020/03/27 **تاريخ قبول المقال: 2020/08/06**

الملخص:

تعدّ مشكلة إثبات العلاقة الزوجية في الزواج العرفي، الذي لا يمكن الاحتجاج به من طرف الزوجين إلا بعد تسجيله، من أخطر المشاكل في العصر الحاضر بل من أدقها و أعمقها، وبمجرد أن تطفو الخلافات يتهرب البعض من الالتزامات المفروضة عليه بمقتضى هذا العقد في مجال النسب أو الإرث،مما يستلزم إثباته بحكم قضائي وفق إجراءات قضائية هذا ما يقودنا إلى دور النيابة في مثل هذه القضايا على اعتبارها طرفا أصيلا.

الكلمات المفتاحية : زواج عرفي، إثبات،إجراءات ،حكم قضائي .

Abstract:

The problem of proof of the conjugal ralationship in customary marriage. Which can only be invoked by spouses after registration is condered one of the most serious problems of the present era. But the most precise and profound. Andas soon as it floats for diffferences evading some ignore the obligations that are imposed by this contract in the field of filiation or succession. It also requires the provision of a judicial judgment in accordance with judicial procedures . this brings us to the orle of the crown in the case of original party.

Keywords : customary marriage, prove, procedures, judgment

المقدمة:

يعتبر عقد الزواج من أعظم العقود وأخطرها، ولهذا السَبب جعل له الإسلام مقدمات تكشف عن رغبة كل من المتعاقدين في إبرام هذا العقد و لتحقيق هذا الغرض وجب إتباع إجراءات معينة لتعطي له الهيبة و

* المؤلف المرسل

القوة الدينية فاشترط بذلك ضرورة توافر الرضا، الولي، الشهود، فرض المهر للمرأة مع إنتفاء الموانع الشرعية لانعقاده، و يستمر مدى الحياة [1] .

إن مشكلة إثبات العلاقة الزوجية في الزواج العرفي "أو" الزواج الفاتحة" ، من أخطر المشاكل في العصر الحاضر بل من أدقها و أعمقها ، وبمجرد أن تطفو الخلافات يتهرب البعض من الالتزامات المفروضة عليه بمقتضى هذا العقد،[2] كما يعد ظاهرة اجتماعية و قانونية تزداد يوما بعد يوم،ورغم انه يعد زواجا صحيحا شرعا لا يختلف عن الزواج الرسمي من حيث صحته و شروطه انعقاده أي أن الزواج العرفي من الناحية الشرعية يتساوى تمام مع الزواج الرسمي ، غير أنه لا يمكن الاحتجاج به من طرف الزوجين إلا بعد تسجيله .[3] مما يستلزم إثباته بحكم قضائي وفق إجراءات قضائية هذا ما يقودنا إلى دور النيابة في مثل هذه القضايا على اعتبارها طرفا أصيلا .

و فظلا عن ذلك و على غرار باقي التشريعات الوضعية أوجب المُشرِّع الجزائري بتسجيل عقد الزواج ، لأهداف عملية تحفظ بها الحقوق من الضياع سواء كانت حقوقا معنوية أم مالية، وتتأكد هذه الحقيقة عند ظهور مشاكل عائلية ، بما أن عدم حيازة الزوجة لوثيقة الزواج يجعلها غير قادرة على متابعة زوجها جزائيا، كما لو ترك الزوج مقرّ الزوجية فهي أمام القضاء لا صفة لها كزوجة، فلا يمكنها المطالبة بجميع حقوقها التي يعترف بها القانون للزوجة المعقود عليها رسميا، كحق النفقة والمتعة، والتعويض في حالة الطلاق التعسفي، والميراث أو المعاش في حالة وفاة الزوج.

إذن و على هذا الأساس الذي تنصب دراستنا عليه نظرا لما يطرحه من إشكالات من الناحية الشرعية والقانونية والعملية على حد السواء، خاصة في ظل عصر الحداثة وكثرة النوازل والمستجدات التي من شأنها أن تهدد بناءه الشرعي هذا من جهة، ومن جهة أخرى ما يتميز به في كون ترتيب آثاره والتمتع بها متوقف على شرط إجراء توثيقه.

1محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان،.2010 ص.16.

2 فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،مصر، 2000 ، ص . 40 ؛ عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي، المشكلة والحل، و الزواج السري ونكاح المتعة، والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار، دار الروضة للنشر والتوزيع، مصر، ص. 104 .؛ بوجاني عبد الحكيم ، إشكاليات انعقاد و انحلال الزواج ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2014/2013 ، ص . 98.

3 هلال يوسف إبراهيم ، أحكام الزواج العرفي للمسلمين و غير المسلمين من المصرين الناحية الشرعية و القانونية شرح و تعليق و صيغ ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1999 ، ص.13.

ردمد ورقي: 9971- 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404-
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 596-617

وتجدر الإشارة هنا، ومن أجل الوقوف على هدف المشرع الجزائري من التحديثات التي أدخلها على نصوص قانون الأسرة بغرض مواجهة إشكاليات الزواج العرفي ، خاصة أن الزواج من النظام العام كونه يمس بأهم خلية في المجتمع و هي الأسرة وعليه فإنّ دراستنا للزواج العرفي تنطلق من التساؤل التالي : **ما هو موقف المشرع الأسري الجزائري في مواجهة إشكالات الزواج العرفي ؟ و ما مدى كفاية الآليات القانونية و الإجراءات القضائية المكرسة لإثباته ؟**

إن الإجابة عن هذه الأسئلة تكون من خلال نقطتين **(أولا)** الزواج العرفي بين الواقع الاجتماعي و النص القانوني . **(ثانيا)** الإطار القانوني و القضائي لتسجيل الزواج العرفي .

أولا : الزواج العرفي بين الواقع الاجتماعي و النص القانوني

قبل الولوج إلى واقع الزواج العرفي في المجتمع ، نعطي لمحة عن المفهوم الزواج العرفي ، حيث يرى "عبد العزيز سعد بشأن الزواج العرفي "**هو كل عقود الزواج التي أبرمت وفقا للعرف الشعبي و قواعد الشريعة الإسلامية ومضى على ابرمها زمن غير قصير ولم تكن قد تمت أو أبرمت في أوانها بين يدي ضابط الحالة المدنية أو الموثق**". [1]

فالملاحظ في هذا التعريف أنه عقد بين رجل وامرأة أبرِّم وِّفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وتم فيه الدخول بالزوجة إلى بيت الزوجية، ولم يُسجّل في سجلاّت الحالة المدنية خِّلال المهلة المحدَّدة قانوناً لذلك[2] .

أما بن شيخ آث ملويا " بأنه" **عقد زواج غير مسجل بسجل عقود الزواج بالحالة المدنية فهو زواج عرفي اختل فيه عنصر الرسمية فلا بد لإثباته من صدور حكم قضائي عن قاضي الأحوال الشخصية أو أمر صادر عن رئيس المحكمة بعد التأكد من توافر أركان الزواج و شروطه**" [3]

أشار في هذا التعريف " **أمر صادر عن رئيس المحكمة** " فهذا خلط في الجهات المختصة بتثبيته لأن هذا كان سابقا أما الآن فصاحب الاختصاص الأصيل في التثبيت للزواج العرفي لإضفاء عنصر الرسمية عليه هو "**قاضي شؤون الأسرة.**"

---

1 عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر وثائق الحالة المدنية والحالات التي تطرأ عليها، شهادة الميلاد، شهادة .الزواج، شهادة الوفاة، ج2، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2011 ، ص. 100.

2 بدوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلّبات المجتمع، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، ع 2 ، 2002، ص. 157 .

3 لحسن بن شيخ اث ملويا ، قانون الأسرة نصا و شرحا المعدل و المتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 دراسة تفسيرية ، ج 1 دار هومة ، الجزائر 2014 ، ص. 37 .

كما و إن تأملنا في استقر الفقه الإسلامي في تعريف الزواج الذي ، هو حل استمتاع كل من الزوجين بالأخر على وجه المشروع ، كونه عقد رضائيا ، نجد أن هذا لم يفرق بين ما إذا كان الزواج عقد مكتوب أو غير مكتوب ، موثق أو غير موثق ، رسمي أو عرفي ، ولهذا فان التوثيق غبر لازم لشرعية العقد أو لنفاذه أو صحنه.[1]

فمن خلال التعاريف السابقة للزواج العرفي نصل إلى انه زواج متوافر على جميع الأركان الشرعية من رضا الزوجين و ولي الزوجة و شهود و الإعلان، و كل ما في الأمر انه لم يوثق لدى الجهات المكلفة بتسجيله.

بعد هذه التوطئة تعد الأسباب القانونية و الاجتماعية من أهم العوامل المساعدة على انتشلر الزواج العرفي و التي تدفع الأشخاص إليه ، حيث مست هذه التغيرات الكيان الأسري من حيث بنيته وأدائه لوظائفه. [2]

علة انتشار الزواج العرفي في الواقع الاجتماعي

ليس هناك سبيل لمواجهة الزواج العرفي و ما يترتب عليه من إشكالات إلا بالتوعية المستمرة التي تجعل الزوجين يصران على تجنيب مثل هذا العقد ، إضافة ، هناك أسباب قانونية ، اجتماعية ، شرعية و تاريخية كانت السبب في انتشار الزواج العرفي في المجتمع الجزائري من بينها [3]:

- **أسباب إدارية** : تعد احد أهم العوامل التي تدفع الإفراد نحو التهرب من توثيق عقود زواجهم، خاصة بعد تعديل قانون الأسرة وتتمثل في وجود شروط إدارية لا يمكن لطالبي الزواج استيفاؤها، أو لّتسرُّع الآباء في تزويج الأبناء قبل بلوغ سن الرشد، ذلك أن إبرام عقد الزواج الرسمي أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، يحتاج إلى استيفاء جملة من الشروط تختلف باختلاف الزوج عما إذا كان مطلقاً أو عسكرياً أو أجنبياً، فمثلاً بخصوص السن القانونية لعقد الزواج، وهي السن المحدَّدة 19سنة وفقا لنص المادة 7 من قانون الأسرة، وفي حالة ما إذا كان أحدهما أو كليهما أقل من ذلك، فإن زواجهما الرسمي لا يتم إلا بمقتضى ترخيص صادر عن رئيس محكمة

1 ممدوح عزمي ، الزواج العرفي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ص .11.

2 تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2011، العدد12،ص.57.

3 حاج أحمد عبد الله ، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري ، المرجع السابق، ص.131 و ما يليها .

موطن طالب الترخيص، وهو ترخيص قد يرى البعض تجنّب استصداره خوفاً من رفض منحه لعدم استيفاء الشروط، فيلجأ الزوجان إلى الصيغة التقليدية للزواج.

كما أنه من بين الشروط القانونية التي تدفع بالأشخاص للزواج العرفي نجد شرط وجوب رخصة مسبقة لبعض الفئات من الموظفين مثل فئة سلك الأمن والعسكريين .

كذالك فالمشرع الجزائري بعد أن أباح تعدد الزوجات أورد قيودا على ذلك، اعتبرها بعض الأفراد أنه وما دام هذا العقد صحيحا من الناحية الدينية، فلا داعي لتعقيد الأمور بإتباع الإجراءات الإدارية،وأمام هذه الوضع يجد القاضي نفسه مجبرا على تثبيت الزواج خاصة في حالة إنجاب الأطفال.

كما نجد تهرب الزوج من التبعات القانونية مثل مطالبة الزوجة بمسكن خاص والنفقة عليها وعلى أبنائها وغيرها من التبعات، تظهر جليا عند التنازع، أم المترتبة عن الطلاق من نفقة العدّة والمتعة ونفقة الأبناء وتعويض الزوجة على الطلاق التعسفي.

إضافة إلى ذلك يحدث أن تلجأ المرأة إلى الزواج العرفي، رغبة منها في عدم التنازل عن المعاش زوجها المتوفى حيث يسقط حقها في المعاش إذا تزوجت مرة أخرى .

- **أسباب شرعية** :تتمثل في كون عقد الزواج وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية رضائيا لا شكليا، فالعائلات الجزائرية تعودت على إبرامه وفقا لما ينص عليه الدين الإسلامي من توافر للأركان الشرعية لعقد الزواج، واعتباره زواجا صحيحا منتجا لكافة أثاره الشرعية، متى توافر الرضا الصحيح، والصداق المعلوم، وولي الزوجة، وشاهدي عدل بالغين عاقلين، فلا يحتاج لإجراءات شكلية يتم تأكيدها بموجب التسجيل الإداري. كما جاء في نص المادة 2/6 من قانون الأسرة .
- **أسباب اجتماعية** :وتتمثل في انعدام الثقافة القانونية المُدرِّكة لإرادة المُشرِّع ومقاصدِّه من تشريع التقييد أو التسجيل الإداري، والتوعية بالمخاطر الناجمة عن عقد الزواج غير الموثق، كما أن انعزال بعض البلديات يجعل الأفراد ينظرون إلى التنقل لتسجيل عقد الزواج على أنه عبء ثقيل لا طائلة منه طالما أن الاقتصار على الأركان الشرعية يجعله صحيحاً مُنتجاً لأثاره

إضافة الى الظروف الاجتماعية، مثلا أن يكون أحدهما غنياً والآخر فقيراً، أو المستوى الاجتماعي لأحدهما أعلى من الآخر، أو يكون الأول متعلم والثاني غير متعلم، أو أحدهما من قبيلة والثاني من قبيلة ثانية لا ترض بالزواج بينهما، أو أحدهما من بلد والآخر من بلد، والقانون والعرف لا يجبر ذلك، وفي ذلك يرغب

ردمد ورقي: 9971- 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: -2661-7404
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 596-617

الزوجان وأولياؤهما في الزواج، ولكن الأعراف الاجتماعية تقف أمامها عقبة، فيتزوجان .بالزواج العرفي غير الموثق رسمياً. [1]

و قد يكون العمل بعض الرجال غير مستقر في مكان واحد، بل يجتهد لأجل عمل رسمي أو تجاري، وعمله يتطلب مدة كبيرة في البلد وزوجته لا تقيم معه، فيحتاج إلى امرأة تحصنه في أثناء وجوده هناك

- **أسباب تاريخية** :تأثر الأسر الجزائرية بالعادات والتقاليد لأسباب تاريخية وكثير من حالات الزواج عندنا كانت لا تُسجّل في عهد الاستعمار، مقاطعة من الشعب لمحاكمه، وفي عهد الثورة كان رجالها ينهون عن الذهاب إليها و عليه فقد تعود الجزائريون علي الاكتفاء بإبرام عقد الزواج، بحضور جماعة من الكبار والأعيان، ورجال الدين من الأئمة وحفظة القرآن الكريم.[2]

1 الأشقر أسامة عمر سليمان، ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفاش للنشر والتوزيع، الأردن ،ط2 ،2005، ص. 165و مايليها .

2 حيث قام المستعمر الفرنسي بإنشاء نظام للحالة المدنية في الجزائر، وذلك بإصداره لعدة قوانين ومراسيم تنظيمية، تعرضت لتنظيم عقود الزواج العرفية أهمها:

- قانون 1882/03/23 و هو أول قانون تعرض لتنظيم الحالة المدنية في الجزائر، حيث نصت المادة 2/16 منه على تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية، وذلك بإتباع إجراءات تتمثل في تصريح يقدمه الزوج، إلى رئيس البلدية، أو إلى الحاكم العسكري بمجرد إبرام العقد، تحت طائلة الخضوع لعقوبة جزائية، تتراوح ما بين ستة أيام إلى شهر حبس، وغرامة تتراوح ما بين 16 إلى 330 فرنك فرنسي.
- قانون 1957/07/11 و هو قانون يتعلق بإثبات عقود الزواج المبرمة قبل صدوره، حيث المادتان 3و4 منه، نصتا على وجوب تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية، بحكم صادر عن رئيس المحكمة، وبناء على طلب الزوجين أو أحدهما.
- قانون 1959/02/04 وهو قانون تم وضعه للتنفيذ بالمرسوم المؤرخ في 1957/09/17 يتعلق بتنظيم عقود الزواج العرفية، حيث المادة(2)منه، نصت على أركان الزواج، فيما نصت المادة (3)منه على إجراءات تسجيله، وعلى إثبات مكانه وزمانه بالوثائق وبالشهود، ويسجل بالحالة المدنية، بتقديم طلب لرئيس المحكمة ليصدر أمرا بتسجيله، وهو حكم يقوم مقام عقد الزواج، وتكون له حجة الإثبات أمام الهيئات الإدارية؛ عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط6 ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1995 ، ص.04.
- المرسوم رقم62/162 المؤرخ في1962/12/21 وهو يتعلق بمعالجة بعض حالات الزواج والوفاة الواقعة بين 1954/11/01 إلى1962/07/05 وقد حدد لهذه المعالجة مهلة أقصاه سنة واحدة، تسري ابتداء من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.
- قانون 1962/06/29 وهو يتضمن تحيد سن الزواج وتسجيله، حيث المادة1/05 على انه:"لا يجوز لأحد أن يدعي بأنه زوج، وأن يطالب بما يترتب على ذلك من آثار ما لم يقدم زواج مسجل المادة 2/05 على انه:"يجب تسجيل عقود الزواج المبرمة قبل صدور هذا بسجلات الحالة المدنية"، فيما نصت القانون خلال ثلاث سنوات"، وأمام عدم بيان هذا النص للكيفية يتم بواسطتها هذا التسجيل فقد استمرت المحاكم في تطبيق القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 1957/07/11 "

إذن و أمام تعدد العوامل انتشار الزواج العرفي في المجتمع ، يقودنا الأمر إلى موقف المشرع الأسري من الزواج العرفي.

1- موقف المشرع الأسري من الزواج العرفي

وإذا كانت النصوص التي أصدرها الاستعمار الفرنسي منذ عام 1882 م بخصوص تسجيل الزواج بالحالة المدنية لم تحقّق غايتها لبعض الجزائريين له بالدرجة الأولى، وتفضيلهم مقاطعة محاكمه على النحو المتقدّم، فإن النصوص الصادرة بعد الاستقلال بهذا الشأن لم تُؤدِّى بدورها إلى تحقيق الغاية المرجوة منها أيضاً، بفعل تجاهلها لمشاعرهم الدينية، وتعلّقهم بالعادات والتقاليد والقيم الإسلامية التي يعتبرون زواجهم لا يصح إلا إذا أبرم وِّفقاً لها؛ لأن الزواج الرسمي في نظرهم لا لزوم له إلا من أجل تسوية وثائقهم الإدارية ليس إلا، وهي نظرة جعلتهم يستمرون في إبرام زواجهم وِّفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك من دون اهتمام بتلك النصوص القانونية المنظمة لعقد الزواج[1] . فالسؤال المطروح هنا هو :**لماذا بقي المشرّع يعترف بالزواج العرفي رغم أنّ الغرض من اللجوء إليه هو التحايل على القانون؟ و لماذا يلجأ الأشخاص إلى الزواج غير المسجل بصفة شرعية ؟**

إن استمرار المشرع في تبني الزواج العرفي بمقتضى المادة 22 من قانون الأسرة وسهولة تحايل العابثين على القضاء في إثبات علاقات غير شرعية وتحويلها إلى زواج رسمي، يجعلنا نقول أن كل ذلك سيجلب على المشرع و على الزوجين والأبناء والمجتمع كمّا هائلا من المفاسد، و ما يتبعها من استحلال حرمات و فوات حقوق ووقوع مظالم واختلاط الأنساب، إذ لا بد من وضع حد لمثل هذه الظواهر التي تجاوزها الزمن وأصبحت

- بمقتضى المادة الأولى من المرسوم الصادر 1962/12/31 الذي نص على تمديد العمل بالقانون الفرنسي القديم،فيما عدا ما كان منه متعارضا مع السيادة الوطنية، وذلك إلى غاية صدور قانون جزائري جديد
- الأمر 96/72 المؤرخ في 1969/09/16 وهو يتعلق بمعالجة عقوق الزواج العرفية غير المسجلة، حيث أشار إلى أن جميع عقود الزواج المبرمة وفقا للشريعة الإسلامية، تسجل عن طريق تقديم طلب إلى رئيس المحكمة التي يأمر بتسجيلها في سجلات الحالة المدنية.
- الأمر 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 وهو يتضمن قانون الحالة المدنية، وقد عالج جميع عقود الحالة المدنية، بما فيها عقود الزواج العرفية أي المغفلة، بمقتضى المواد 39 إلى 41 منه.
- القانون 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 وهو المتعلق بقانون الأسرة، حيث المادة 22 منه وعلى النحو المتقدم نصت على تسجيل الزواج بالحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله بها، يسجل بحكم قضائي متى كانت أركانه مستوفية

1 حسين بلحيرش، الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة،،ع 1 ، 2011 ، ص.136 .

لا تذر على الأمة سوى الخزي و العار، و على الأسر و العائلات سوى الشقاق والأضرار التي تسيء لأخلاقنا وقيمنا الإسلامية .[1]

و طالما انه لا يوجد نص يمنع أو يلغي أو يعاقب على الزواج بالفاتحة في قانون الأسرة ، وهذا ما يفسره الانتشار الواسع للزواج العرفي، بالرغم من إصدار وزارة الشؤون الدينية في السنوات الأخيرة، تعليمات إلى الأئمة بالإمتاع عن إجراء عقود الزواج قبل التأكد من توثيق العقد أمام الجهات الموكلة قانونا بتوثيقه، ويكون تطبيق هذه التعليمة بأن يطلب الإمام من المعنيين بالأمر إظهار العقد الموثق قبل إبرام العقد الشرعي، و حسب مصدري هذه التعليمة الغرض منها هو الحد من حالات الزواج غير الموثق الذي أضحى يشكل عبئا كبيرا على القضاة .[2]

و من أجل تعزيز الترسانة القانونية ،أعطى المشرع للنيابة العامة دورا هاما في العلاقة الزوجية بهدف جعل النيابة العامة فاعلا أساسيا سواء عند إبرام عقد الزواج أو أثناء سريانه أو انحلاله ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار بقولها :" يجب إطلاع النيابة العامة، باعتبارها طرفا أصليا، على قضايا الأحوال الشخصية" .[3]

أما على الصعيد القانون المقارن ، فقد كان المشرع المغربي صريحا وواضحا عندما اعتبر في الفقرة الأولى من المادة 16 من المدونة وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثباته " **تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج. إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات و كذا الخبرة.تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين. يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمسة عشر سنة ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ**"

1 حمليل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 1998/1997 ، ص .162

2 سارة بن شويخ، نظم توثيق عقد الزواج في دول المغرب العربي، مجلة البحو و الدراسات .القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009 ، العدد1، ص .233.

3 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 401317 ، المؤرخ في 2006/10/11 ، مجلة المحكمة العليا،ع 2 ، 2007 ، ص.489 .

يتبن لنا من قراءتنا لنص المادة أن المشرع المغربي ميز بين نوعين من عقود الزواج ، منها العقود الرسمية ، أما النوع الثاني فهي العقود غير الرسمية التي لم يتم توثيقها ،بقوله إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته ، فمنح للمحاكم صلاحية إجراء البحث عن الظروف والقرائن المؤكدة لقيام العلاقة الزوجية والاعتماد على جميع وسائل الإثبات و كذا الخبرة.

أما المشرع التونسي تطرق إلى الزواج العرفي في الفصل 3/18 من المجلة " **يعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجا على خلاف الصيغ الواردة بالقانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 04 محرم 1377 (أول أوت 1957) و المتعلق بتنظيم الحالة المدنية ، و يبرم عقد زواج ثان و يستمر على معاشرة زوجه الأولى**" . و عليه يتضح لنا من نص المادة أن الزواج العرفي ممنوع و معاقب عليه قانون ، و هذا مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية .

و تفريعا عن ما سبق، إذا كنا أمام زواجا رسميا ، فانه ينتج آثاره فيما بين الزوجين و يحق لكلاهما المطالبة بحقوقه و عليه التحمل بالتزامه، أما الوضع يختلف في حالة قيام الزواج العرفي ، فان هذا الزواج غير مثبت في ورقة رسمية يمكن تقديمها أثناء رفع دعوى نفقة ، بل إننا نجد أن طبيعة الزواج العرفي لما فيه من ايصاء بالكتمان ، يختلف فان هذه الآثار تترتب و لكن صيغة الإلزام في ترتيبها هي صيغة وفاق و تراضي فيها بين الطرفين فلا يستطيع احدهما إجبار الأخر على تنفيذ التزامه باللجوء للقضاء ، فالوضع العملي هنا من لناحية القانونية أن الزواج العرفي لا يرتب عليه أية آثار ، فلا تجب النفقة للزوجة على زوجها و لا يحق له طاعتها ، كما لا يحق لهما التوارث فيما بينهما ، و إن كان و هناك اثر وحيد يترتب عبى الزواج العرفي و يلازمه و إن ظل عرفيا و هو ثبوت نسب الأولاد ، و ذلك حفاظ على حقوق هؤلاء الأطفال و حتى لا ينظر إليهم المجتمع نظرة بغيضة.[1]

إذن وإذا أردنا إعطاء هذا الزواج الصبغة الرسمية ما هي الإجراءات القانونية والقضائية اللازمة لذلك ؟

1 ماهر نعيم سرور،التوثيق و آثاره في الزواج و الطلاق دراسة فقهية مقارنة،الدار العالمية الدولية،الطبعة1،عمان، الأردن،2016،ص.186. .

ردمد ورقي: 9971- 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: -2661-7404
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 596-617

ثانيا- الإطار القانوني و القضائي لتسجيل الزواج العرفي

أمر الله سبحانه و تعالى بإيفاء العهود و أداء الحقوق ، و لما كانت الحقوق عرضة للضياع نظرا لطبيعة الحياة البشرية و ما يطرأ على الإنسان من غفلة و نسيان، و تنازع و أو التجاحد ، شرع الله – عز وجل – توثيق الحقوق و العقود بشتى وسائل التوثيق و أنواعه ، من التوثيق بالكتابة و الاشهاد و الرهن[1]، لقوله تعالي ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾.[2]

بدأ المسلمون توثيق عقود الزواج حينما أصبح يؤخرون الصداق أو جزء منه ، حفاظ لحقوق الزوجة من الضياع ، من ناحية و من ناحية آخري كحجية لإثبات عقد الزواج ، وجاء قول شيخ الإسلام ابن تيمية مؤيدا و موضحا لسبب توثيق عقد الزواج "**لم يكن الصحابة يكتبون الصداقات لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر بل يعجلون المهر، و إن أخروه فهو معروف، و لما صار الناس يتزوجون على مؤخر، و صار ذلك حجة في إثبات الصداق و في أنها زوجة له** ".[3]

و منه و كما هو معروف أن الصداق حق للزوجة يدفعه الزوج لها لأجل حل الاستمتاع بها ، و منه جاء قول ابن تيمية مؤيدا لسبب توثيق عقد الزواج ، للحفاظ على حقوق كلى الزوجين، و أن يتخذ كحجة لإثبات في حالة نزاع بينهما .

إضافة إلى تأكيد لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على الدول الأطراف اتخاذ التدابير القانونية و التشريعية و الإدارية اللازمة نحو القيام بذلك و اشتراط تسجيل جميع الزيجات سواء تمت وفقا للإجراءات المدنية أو العرف أو الشريعة.[4] إذن طرق إظهار الزواج وإعلانه للغير وإثباته هو ما نعني به شكل الزواج[5] ، أي كافة الإجراءات الكفيلة بإظهار إرادة الزوجين إلى العالم الخارجي.[6]

1 احمد بن يوسف بن أحمد الدريويش ، الزواج العرفي حقيقته و أحكامه و آثاره و الأنكحة ذات الصلة به، دراسة فقهية مقارنة ،ط1 ، دار العاصمة ، الرياض،المملكة العربية السعودية ، 2005 ، ص. 62 .

2 سورة المائدة ، الآية 1 .

3 أحمد بن تيمية، كتاب النكاح، المجلد 32 ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 2004 ، ص. 131 .

4 أمير فرج يوسف ، موسوعة حقوق الإنسان الدولي، دارا لمطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008 ، ص . 573 .

5 الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين،الجزء1 ،مطبعة الفسيلة، ط2، 2008 ، ص.160 .

6 عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص.257 .

حيث سن المشرع الجزائري جملة من القوانين و الإجراءات المتعلقة بتسجيل الزواج والجهات المختصة إبرامه وأشكال تحريره كالصيغ والتوقيعات المطلوبة فيه، وكذا طريقة إشهاره إعلانه و إثباته، هذا مع ملاحظة أن الزواج في الجزائر ذو طابع مدني، لا يحتاج إلى طقوس و مراسيم دينية.[1]

إن الزواج إذا استكمل أركانه و شروطه ، وجب قانونا لمباشرة عقد الزواج رسميا ضرورة مراعاة الإجراءات الإدارية و التنظيمية .إذن ما هي الإجراءات الواجبة اتخاذها من أجل لتسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه ؟

1- الإطار القانوني لتسجيل عقد الزواج العرفي غير المتنازع فيه

جاءت المادة 18 ق .أ إلى "**يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين9 و 9 مكرر من هذا القانون** "و تدخل مسألة تسجيل عقود الزواج ضمن الأوضاع الشكلية لعقد الزواج ,وتخضع لحكم المادة71 إلى77 من الأمر 70-20 المعدل و المتمم بالقانون رقم 14-08 لمتعلق بالحالة المدنية ، الذي نضم وثيقة عقد الزواج باعتبارها إحدى وثائق الحالة المدنية للفرد ، فمثلا المادة 72 ألزمت ضابط الحالة المدنية بتسجيل العقد و تسليم الزوجين دفترا عائليا و ذلك من اجل الحفاظ على مصلحة الزوجين [2]. و بمعني ذلك أن تحرير عقد الزواج من شخص غير الموثق و غير ضبط الحالة المدنية ، إنما يعتبر تحريرا (أو إشهارا) غير قانوني.[3]

يقصد بالإجراءات الزواج الترتيبات الإدارية التي تسبق العقد ، وكذا تلك التي يشترطها القانون في العقد ذاته بهدف تسجيله و إشهاره ، و ذلك أن التسجيل عقد الزواج و إشهاره هو شرط لوجد العقد و إحداث آثاره القانونية في مواجهة الغير . فان عقد الزواج من العقود الشكلية التي لا تترتب أحكامها بمجرد التراضي عليها ، بل يشترط فيها شروطا أخرى ، كالرسمية و التسجيل الآثار القانونية و حمايتها . و لمنع التلاعب في العقود ، و إشعار المجتمع بأهميتها و خطرها ، في حين أن الفقه الإسلامي لم ينص على مثل هذه

[1] مسعودي يوسف ، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج ، أشغال الملتقي الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية ، يومي 23 و24 افريل 2014 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، ص .75 و ما يليها .

2الأمر رقم 70 -20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية ،ج ر21 ،المعدل و المتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 13 شوال 1435 الموافق ل 9 غشت 2014 ، ج ر ، ع 49 ، المؤرخة في 2014/08/20 ، ص. 3 و ما يليها .

3 عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، الطبعة6 ، دار هومة ، الجزائر ، 2011 ، ص .70.

القيود لإدارية إلا حديثا و لقد راعي فيها القانون الجزائري المرونة و السهولة ، و عدم الحرج لخدمة المصلحة الفردية و المصلحة الجماعية.[1]

لعل الغاية من اجلها سن المشرع الأسري الجزائري المقتضيات القانونية الخاصة الإجراءات الشكلية الخاصة بإبرام عقد الزواج ، حرصه الشديد على تحصين مؤسسة عقد الزواج و إحاطتها بالضمانات التي تحفظ لها قداستها ،و تصون الحقوق و الآثار المترتبة عنها .

كما يقابل نص المادة 18 من قانون الأسرة ، في مدونة المادة 68 " **يسجل نص العقد في السجل المعد لذلك لدى قسم قضاء الأسرة، و يوجه ملخصه إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقا بشهادة التسليم داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الخطاب عليه**". غير أنه إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، يوجه الملخص إلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط. على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين. يحدد شكل السجل المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه ومضمونه وكذا المعلومات المذكورة، بقرار لوزير العدل " ، أما الفصل 31 من مجلة " **يبرم عقد الزواج بالبلاد التونسية أمام عدلين أو ضابط الحالة المدنية بمحضر شاهدين من أهل الثقة . و يبرم عقد الزواج التونسيين بالخارج أمام الأعوان الدبلوماسيين أو القنصليين التونسيين أو يبرم العقد طبق قوانين البلاد يتم فيها** ".

و الظاهر أن هذه المقتضيات جميعها قد اقتضتها مصلحة الأسرة ، و من ورائها المصلحة العليا للمجتمع ، من حيث الحفاظ على كل ما يرتبط بتوثيق العقد المنشئ لها ، إضافة إلى ضبط وضعية الزوجين عند الحاجة ، بل و هي وضعية يكشف عنها رسم الولادة بكل سهولة و يسر ، مع العلم أن ذلك الرسم هو عبارة عن وثيقة رسمية لا يمكن الطعن فيها مبدئيا إلا بالتزوير[2] .

أما في حالة إذا ما وقع نزاع حول واقعة الزواج بين الزوجين، أو بين من لهم مصلحة شرعية و قانونية في ذلك، و كان أحدهما يدعي قيام الزواج شرعا و قانونا، و الآخر يزعم نفيه و يطعن في قيامه أو في صحته، فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة، و إذا تمكن

1 بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق أخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا أحكام الزواج ،الجزء1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، ، الطبعة 6 الجزائر، 2010، ص .265.

2 محمد الكشبور ،شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة ،الطبعة 1،الدار البيضاء ، 2006 ، ص. 430.

المدعي من إثبات الزواج حكمت المحكمة بقيام الزواج و عندما يصبح الحكم نهائيا يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية.[1]

2 – الإجراءات القضائية لتسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه

إن دعوى إثبات الزواج العرفي من دعاوى الأحوال الشخصية التي تتعلق بالنزاعات الناشئة بين أفراد الأسرة الواحدة بدءا من الزوجين إلى الأصول إلى الفروع، وهي دعوى تقريرية يطلب فها المدعي تقرير وجود حق أو مركز قانوني دون إلزام الخصم بأداء معين ، أمام المحكمة قسم شؤون الأسرة التي حصل في دائرة اختصاصها الزواج.[2]

وقد عرفها الأستاذ عمر زودة بأنها : "**دعوى تهدف إلى الحصول على حكم قضائي ، يؤكد في النهاية وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني ، وبهذا التأكيد يزول الشك حول هذا الوجود من عدمه .على أن هذه الدعوى لا تواجه إعتداء في شكل مخالفة لإلتزام ، وإنما تواجه إعتراض للحق أو المركز القانوني**".[3]

حيث نصت المادة 324 من قانون المدني الجزائري على الإثبات في المحررات الرسمية كما يلي : " **العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما، ثم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه**".[4]

لقد تناول المشرع الجزائري موضوع الزواج العرفي في المادة 22 من قانون الأسرة [5] المعدلة على ما يلي " ... **و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي ؛ يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة** "

في حالة عدم تسجيل عقد الزواج بسجل عقود الزواج بالحالة المدنية الذي اختل فيه عنصر الرسمية فهنا إثباته يحتاج إلى صدور حكم قضائي قصد تسجيله في السجلات المعدة لذلك متى توافرت أركان الزواج و شروطه و عليه نكون هنا بصدد واقعة مادية حصل بها الدخول بالزوجة فلا بد من اللجوء إلى المحكمة و

1 .عبد العزيز سعد، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص.369 .

2 يوسف دلاندة ، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة ، دار هومة ، الجزائر،2011 ، ص. 115 وما يليها .

3 عمر زودة ، محاضرات قانون الإجراءات المدنية بالمعهد الوطني للقضاء ، 2003

4 قانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق ل 13 مايو سنة 2007 م المعدل والمتمم بالأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78 .

5 المادة 22 ق.أ قبل التعديل " **يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توفرت أركانه وفقاً لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدينة** ".

ردمد ورقي: 9971- 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: -2661-7404
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 596-617

تقديم الأدلة والحجج والبيانات التي تؤكد قيام الزواج العرفي الشرعي الذي تم بجميع أركانه و الشروط المطلوبة شرعا و قانونا.[1]

فالملاحظ على هذه المادة أنها تناولت الزواج العرفي من حيث وسيلة إثباته دون التطرق إلى تحديد موجبات صحته و الأغرب من ذلك أنه حدفت شرط الإثبات بحكم إذا توافرت أركان وشروط هذا الزواج في تعديله للمادة22 قانون الأسرة وربط حالة عدم تسجيل الزواج بتثبيته بحكم قضائي فقط، بل تركت ذلك لقاضي شؤون الأسرة من خلال التحقيق في مدى توافر مقومات صحته وذلك بناء على الحجج والأدلة المقدمة من طرف المعنيين بالأمر باعتباره هو المختص بالنظر في دعوى تثبيت الزواج العرفي.

و جاء في المادة 39 من الأمر 70-20 المعدل بالقانون 14-08 "**باستثناء ما ذكر في المادة 79 المقطع الرابع عندما لا يصرح بالعقد لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة أو تعذر قبوله أو عندما لا توجد سجلات أو فقدت لأسباب أخرى غير أسباب الكارثة أو العمل**

الحربي يصار مباشرة إلى قيد عقود الولادة و الزواج ا ولوفاة بدون نفقة عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي كان يمكن تسجيلها فيها بناء على مجرد طلب من وكيل الجمهورية لهذه المحكمة بموجب عريضة مختصة و بالإسناد إلى كل الوثائق أو الإثباتات المادية "

فعقد الزواج يعتبر أهم وثيقة اثباتية يعتمد عليها عند نشوء أي نزاع و يحتج بها في مجال ثبوت الزوجية أو النسب أو الإرث ، مما يستلزم كتابة عقود الزواج وفق الشكل المطلوب قانونا [2]، هذه الوثيقة تكون حجة عند التنازع و التجاحد ، تزيد من قوة الاشهاد ، أو تثبيت الدعوى أمام القضاء عند غياب الشهود أو موتهم[3] .

فالشريعة الإسلامية تعتمد في إثبات الزواج على واحدة من الطرق الثلاثة التالية، وهي :الإقرار[4] يعد الإقرار من الناحية القانونية حجة على المقر و الخلف العام و لا تتعداه إلى غيرهما، فإذا كان الإقرار

1 العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان– الأردن، الطبعة الأولى، 2012 ، ص .350.

2 محمد الشافعي ، الزواج و انحلاله في مدونة الأسرة ، سلسلة البحوث القانونية ، العدد 24 ، مراكش ، ، ص.103 .

3 احمد بن يوسف بن احمد الدريويش ، المرجع السابق ، ص. 68 .

4 الإقرار بوجه عام هو واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني مفادها إعتراف شخص بحق عليه لآخر ، سواء قصد ترتيب هذا الحق أو لم يقصد ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج2 ، م1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982 ، ص.410 .

تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر و يتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له فان الإقرار بواقعة الزواج يكون صحيحا و ملزما لكل من الزوج و الزوجة و ورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته و لا يتعداهم إلى الغير، لذلك نجد أن محاكمنا و مجالسنا القضائية لا تعتد الإقرار كوسيلة كافية لإثبات واقعة الزواج العرفي، و السبب في ذلك يعود لطبيعة عقد الزواج و خصوصيته لاسيما فيما يتعلق بآثاره الخطيرة، و التي لا تتوقف عند المتزوجين بل تتعداهما إلى النسل الناتج عن هذا الزواج ,كما انه لو اكتفى القضاء بإثبات الزواج بالإقرار الزوجين فان هذا لا يؤدي إلى ذيوعه و شيوعه، و يحول دون تحول القاضي من توافر أركان الزواج و كذا في حد ذاته يتطلب الإعلان و الإشهار و علم الناس به بغلق منافذ الظن و الخوف في الأعراض و التقول على المتزوجين عرفيا و رميهم بالزنا من طرف الناس الذين لم يصل إلى علمهم الزواج [1].

أما البينة والنكول عن اليمين ، فإن ادعى أحد الزوجين الزواج أو أمر يتعلق به كالنفقة مثلاً، فإن أقر الطرف الآخر ثبت؛ لأن الإقرار حجة على المقر، فإن لم يقر المدّعي بالبينة، فإن أتى بشهود يشهدون على دعواه ثبت العقد، و هذا ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 الذي جاء فيه أنه : "من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين ، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين ... فيما يتعلق بالسبب المستدل به على طلب نقض إثبات الزواج أو نفيه مما يستقل به قاضي الموضوع ويثبت إما بشهادة العيان وإما بشهادة السماع والطاعن لم يأت بأية واحدة من الشهادتين ، فلا هو أحضر رجالا حضروا قراءة الفاتحة و لا هو أحضر رجالا سمعوا قراءتها أو حضروا زفاف الطرفين ... كما أنه لم يأت ببينة إسماع يشهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج (ب ز) ... لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن" [2]

فإن عجز المدّعي عن إقامة البينة، وجهت اليمين إلى الطرف الأخر، فإن حلفها اعتبرت الدعوى مرفوضة، أما إذا امتنع عن اليمين قضى بثبوت الزواج، لأن النكول إقرار على مذهب الصاحبين المفتى به في

1 نص المادة 341 قانون مدني الجزائري بأنه" **الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة** "

2 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1989/03/27 ، مجلة قضائية ، 1990 ، العدد 03 ، ص. 82.

ردمد ورقي: 9971- 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404-
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 596-617

الفقه الحنفي،[1] بينما القضاء الجزائري لم يتّبع هذا التدرج، بل جعل سيدة الأدلة في إثبات وجود واقعة الزواج العرفي هي البينة، سواء كانت شهادة عيان أو شهادة سماع، وهو ما يدعونا للتعرف على طرق إثبات الزواج العرفي، فتكون البداية بالإقرار، ثم الشهادة ، وبعدها النكول عن اليمين تم الإقرار.[2]

فإذا مات أحد الزوجين والحي منهم يدعي الزوجية وله شاهد واحد يشهد بالزوجية شهادة قطعية يحدد فيها مبلغ الصداق المسمى وتأجيله أو تعجيله، ومن تولى العقد فالزواج يثبت مع اليمين المدعي، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها و جاء فيه

"إذا كان من المبادئ الشرعية السائدة فقهاً وقضاءً أن إثبات عقد الزواج في إحالة وفاة أحد الزوجين يكون مؤسساً على شهادة شهود يؤكدون صحة انعقاده وفقاً للشريعة الإسلامية، وأن الاكتفاء بشهادة ثلاثة أشخاص كان أفضل من شهد منهم أنه حضر الفاتحة، فهي شهادة في غاية الإجمال،و ليست مما يثبت بها عقد الزواج اذ لما كانت شهادة الآخرين أضعف منها ، فان الإثبات على هذا النحو لا يكفي وحده إلا مع يمين المدعية لذا يستوجب نقض القرار القاضي لإثبات عقد زواج المدعية بشخص متوفي تأسيساً على شهادة ثلاثة أشخاص ليست كافية لهذا الإثبات ودون تحليف المدعية اليمين" .[3]

أي أن إثبات عقد الزواج في حالة وفاة أحد الزوجين يكون مبني على شهادة الشهود لتأكيد صحة الزواج حسب الشريعة الإسلامية وأن شهادة ثلاثة أشخاص أفضل من شهادة شخص واحد، وعليه فإن الإثبات على هذا الشكل غير كافي إلا مع يمين المدعية لذا رفض القرار.

و من ضمن المسائل الشائكة في إثبات الزواج العرفي بحكم قضائي ، هذا ما يقودنا إلى دور النيابة في مثل هذه القضايا على اعتبارها طرفا أصيلا ، المادة 03 مكرر من ق.أ " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هدا القانون". لكن في الواقع أن التطبيق العملي لهذا النص واجه اختلافا وتناقضا كبيرين من حيث تبليغ النيابة من طرف الخصوم و من حيث كونه عبئا على المتقاضي، دون

1محمد أبو زهرة،الأحوال الشخصية،دار الفكر العربي، الطبعة1،القاهرة،مصر، 1957، ص.17.

2 حاج أحمد عبد الله ، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري ، مجلة الدراسات الفقهية و القضائية ، العدد1 جامعة الوادي ، ديسمبر 2015 ، ص . 133 ؛" يصنف بعض رجال القانون طرق الإثبات إلى أدلة الإثبات الأصلية كالكتابة وشهادة الشهود، و تقابلها أدلة احتياطية وهي الإقرار واليمين"؛ الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية،2001،ص.31.

3 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1998/09/23 ، مجلة قضائية ، 1998 ، العدد 01 ، ص. 95.

أن تؤدي النيابة العامة الغرض المنشود في كونها طرفا أصليا،[1] ويهدر طاقة وكلاء الجمهورية دون فائدة لا يزيد عن ترديد عبارة **"تطلب بتطبيق القانون"** .[2]

كما أننا لم نعثر على أن النيابة العامة طعنت ذات مرة بالاستئناف في حكم صدر بإثبات الزواج أو بالطلاق أو بالرجوع أو بالنفقة أو بالحضانة، لهذا يمكن القول أنّ وضع المشرع الجزائري للنيابة العامة في موضع الطرف الأصلي في قضايا شؤون الأسرة هو وضع غريب وغير مستساغ لا من القضاة ولا من المحامين". [3]

مع استقرار اجتهاد المحكمة العليا في السنوات الأخيرة ، على أنه يجب على قضاة الموضوع التأكد من توافر أركان الزواج و شروطه إثبات الزواج العرفي.[4]

وتبدأ إجراءات رفعها بتقديم الطلب في شكل عريضة طبقا للمادة 14 من قانون الإجراءات المدنية مكتوبة ومؤرخة و موقعة من المدعي أو محاميه ومودعة لدى كاتب ضبط قسم الأحوال الشخصية مع مراعاة أحكام المادة 2/426 " **تكون المحكمة مختصة اقيميا : في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعي عليه** " من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

إن ميعاد رفع الدعوى لإثبات الزواج العرفي غير محددة بمهلة معينة على إعتبار أن الزواج وآثاره لا تقتصر على الزوجين فقط بل تمتد إلى ورثتهما .كما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1991/04/23 أنه:" إذا ثبت لها من القضية أن المطعون ضدها رفعت دعواها لإثبات الزواج بعد 20 سنة من إنعقاده و بعد وفاة الزوج وأن قضاة الموضوع الذين أثبتوا هذا الزواج بناءا على شهادة الشهود وتوفره لجميع أركان عقد الزواج وقرائن تسجيل الولدين بإسم أبيهما أثناء حياته دون أن يعترض يكونوا قد طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن".

ويسري الزواج بأثر رجعي من تاريخ توفر أركانه وليس من تاريخ رفع الدعوى أو الحكم المثبت لواقعة الزواج العرفي

1 نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية والإدارية،تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2010/2009 ، ص. 158 .

2 عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد حول...دور النيابة العامة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011 ، ص .174.

3 عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد حول... دور النيابة العامة، المرجع السابق،ص.173.

4 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 1998/03/17 ، ملف رقم 188707 ، عدد خاص ، ص. 50 .

ردمد ورقي: 9971- 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: -2661-7404
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 596-617

إن عدم تسجيل عقد الزواج العرفي المستوفي لكامل أركانه وشروط صحته في نظر الشرع والقانون من طرف الزوج، قد يرجع إلى **عدم وضع عقوبة** في القانون ترغمه على توثيقه وإعطائه الصيغة الإدارية والقانونية، فقانون الأسرة الجزائري المعدل نصوصه كلها تفتقر لعقوبة **مالية أو جسدية** على من لم يوثق زواجه العرفي .[1]

لقد دعت بعض القوانين العربية إلى وجوب توثيق عقد الزواج لدى الموظف الرسمي،مع اقتران القاعدة القانونية بجزاء في حالة المخالفة،و منها قانون العراقي في مادته 5/10" يعاقب بالسجن لمدة لا تقل عن ستة اشهر و لا تقل عن سنة أو بغرامة لا تقل عن 300 دينار و لا تزيد عن 1000 دينار لكل رجل عقد زواجه خارج المحكمة".[2]

تهدف هده المادة إلى حمل الرجل على تسجيل الزواج في المحكمة لان في عدم التسجيل آثار سلبية فمن المحتمل أن ينكر احدهما الزوجية أو ينكر نسب الأطفال و قد يصعب الإثبات عند الوفاة العاقدان أو الشهود الذين اجروا عقد النكاح خارج المحكمة.[3]

1 معزوز دليلة، الإجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، ، جامعة الجزائر بن عكنون2004/2003 ، ص .121.

2 قانون الأحوال الشخصية رقم 118 لسنة 1959 ، في الوقائع العراقية ، العدد 280 ، في 1959/12/20 ، أضيفت الفقرة 5 إلى أخر المادة 10 بموجب القانون رقم 21 لسنة 1978 .

نجد في القانون 777-57 المتعلق بإثبات حجية عقود الزواج المنعقدة في الجزائر تبعا لقواعد الشريعة الإسلامية المؤرخ في 1957/07/30 المعمول بها سابقا نص في المادة 1/3 منه على انه " **عندما لا يكون عقد الزواج قد أبرم أمام القاضي، و يراد تسجيله في سجلات الحالة المدنية لا بد في هذا الشأن من تصريح إلى ضابط الحالة المدنية، وذلك خلال مدة أقصاها خمسة أيام كاملة ابتداء من يوم البناء وهذا التصريح إجباري القيام به سواء من الزوجين أو من الزوج، أو من ممثل الزوجة وفقا لنصوص الشريعة الإسلامية الذين يحضران شخصيا مصحوبين بشاهدين كانا قد حضرا مجلس الزواج** " ، كما بأنه وقع عقوبة على كل من الزوج أو ممثل الزوجة في حال عدم التصريح بالزواج خلال المدة القانونية المحددة وهذا ما نصت عليه المادة 9 من نفس القانون : " **إن عدم التصريح بالزواج ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة الثالثة يؤدي إلى معاقبة الزوج وممثل الزوجة وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية بغرامة من 6000 إلى 108000 فرنك وبالحبس من ستة أيام إلى ستة شهور**" ؛ عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر ، المرجع السابق ، ص.68 .

3 فاروق عبد الله كريم ،الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبعة على نفقة جامعة السليمانية،العراق، 2004 ، ص .80 .

ردمد ورقي: 9971- 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404-
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 596-617

خاتمة

من خلال هذا البحث حاولنا إلقاء الضوء على أبعاد الزواج العرفي و خطورته ، والذي على الرغم من ذلك نجد أنه مازال منتشرا في مناطق عديدة من الوطن ، و اذا إطلعنا على الإحصائيات في السنوات السابقة نجد أن نسبة الزواج غير المسجل مرتفعة وقد تفوق في بعض السنوات نسبة الزواج الرسمي .

حيث عرف القضاء تزايدا في عدد القضايا التي تتضمن تثبيت عقود الزواج والتي باتت تشكل عبئًا كبيرا و على اثر ظهور التحايل من طرف الأشخاص لتثبيت عقود زواجهم، دون وجه حق، حيث يعمد الأفراد إلى إحضار شهود زور لتثبيت عقود زواجهم، ولا يسع المحكمة في هذه الحالة إلاّ الحكم بتثبيتها ، ومنحهم مراكز قانونية، و ترتيب حقوق دون استحقاق.

كما أن مواصلة حركة التوعية و برامج الإعلام والشرح لأهمية وأهداف عقد الزواج المسجل لا تكفي وحدها إذ أن هناك من يتغاضى عن تسجيل العقد على أساس أنه إجراء إداري فقط يمكن تداركه مستقبلا وعليه لابد من إلغاء هذا النظام و عدم الاعتراف سوى بالزواج الرسمي و من سن عقوبات بدنية و مالية صارمة على كل من يخالف هذه الإجراءات المقررة قانونا .

في الأخير لا بد من القول أنه ورغم ما قد يتذرع به الأفراد من أسباب لتبرير عدم تسجيل زواجهم ، فإنه لابد من دق ناقوس الخطر و هذا ما يجعل إعادة النظر في قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية وإجراءات تسجيل هذا الزواج خطوة حتمية لا بد منها .

كما نقترح ضرورة الاعتراف للإمام بصفة الرسمية في تسجيل الزواج الشرعي الكامل الأركان والشروط وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية والقانونية في سجل خاص فيصبح بمثابة الوسيط الشرعي في ضمان توثيق عقود الزواج العرفي مع تحميله مسؤولية عدم التصريح بها في وقتها أمام ضابط الحالة المدنية لتسجيلها في سجلات عقود الزواج على أن تكون قائمة الأئمة الإسلامية محددة من قبل وزارة الشؤون الدينية و بذلك تسد ثغرة التعليمية الأدبية في منع الأئمة من إبرام العقد الشرعي قبل العقد المدني و تكون رقابة أكثر كل مخالف لهذا الإجراء.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: النصوص القانونية

- الأمر رقم 70 –20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية ،ج ر21 ،المعدل و المتمم بالقانون رقم 14–08 المؤرخ في 13 شوال 1435 الموافق ل 9 غشت 2014 ،ج ر،ع 49 ، المؤرخة في 2014/08/20 .

- الأمر رقم75 –58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ج .ر عدد 44 المؤرخة في 26 جوان 2005، قانون رقم 07–05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق ل 13 مايو سنة 2007 م المعدل والمتمم بالأمر رقم 75– 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78.
- الأمر 05–02 المؤرخ في 2005/02/09،المعدل و المتمم للقانون 84–11 المؤرخ في 1984/06/09،و المتضمن قانون الأسرة الجزائري،ج.ر،15،الصادر 2005/02/17.
- القانون رقم 08–09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 ، المعدل و المتمم للأمر رقم 66–154 ، مؤرخ في 08 جوان 1966 ، و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر عدد 21 ، المؤرخة في 23 أفريل 2008 .
- قانون رقم 07–05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق ل 13 مايو سنة 2007 م المعدل والمتمم بالأمر رقم 75– 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78 .

ثانيا: الكتب

- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج2 ، م1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982 .

- الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية،2001.

- عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد حول...دور النيابة العامة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، . الجزائر، 2011 .

- فاروق عبد الله كريم ،الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبعة على نفقة جامعة السليمانية،العراق، 2004 .

-محمد أبو زهرة،الأحوال الشخصية،دار الفكر العربي، الطبعة1،القاهرة،مصر، 1957.

- أحمد بن تيمية، كتاب النكاح، المجلد 32 ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 2004 .

- احمد بن يوسف بن أحمد الدريويش ، الزواج العرفي حقيقته و أحكامه و آثاره و الأنكحة ذات الصلة به، دراسة فقهية مقارنة ،ط1 ، دار العاصمة ، الرياض،المملكة العربية السعودية ، 2005 .
- الأشقر أسامة عمر سليمان،مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفاش للنشر والتوزيع، الأردن،ط2 ،2005.
- أمير فرج يوسف ، موسوعة حقوق الإنسان الدولي،دارا لمطبوعات الجامعية،الإسكندرية، مصر، 2008 .
- بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق أخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا أحكام الزواج ،الجزء1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، ، الطبعة 6 الجزائر، 2010.
- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين،الجزء1 ،مطبعة الفسيلة، ط2، 2008 .
- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، الطبعة6 ، دار هومة ، الجزائر ، 2011.
- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر وثائق الحالة المدنية والحالات التي تطرأ عليها، شهادة الميلاد، شهادة .الزواج، شهادة الوفاة، ج2، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2011 .
- عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي، المشكلة والحل، و الزواج السري ونكاح المتعة، والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار، دار الروضة للنشر والتوزيع، مصر.
- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان– الأردن، الطبعة الأولى، 2012 .
- فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،مصر، 2000
- لحسن بن شيخ اث ملويا ، قانون الأسرة نصا و شرحا المعدل و المتمم بموجب الأمر 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 دراسة تفسيرية ، ج 1 دار هومة ، الجزائر 2014.
- ماهر نعيم سرور،التوثيق و آثاره في الزواج و الطلاق دراسة فقهية مقارنة،الدار العالمية الدولية،الطبعة1،عمان، الأردن،2016.
- محمد الشافعي ، الزواج و انحلاله في مدونة الأسرة ، سلسلة البحوث القانونية ، العدد 24 ، مراكش .
- محمد الكشبور ،شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة ،الطبعة 1،الدار البيضاء ، 2006 .

- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان،2010.
- ممدوح عزمي ، الزواج العرفي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية .
- هلال يوسف إبراهيم ، أحكام الزواج العرفي للمسلمين و غير المسلمين من المصرين الناحية الشرعية و القانونية شرح و تعليق و صيغ ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1999.
- يوسف دلاندة ، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة ، دار هومة ، الجزائر،2011 .

ثالثا: الرسائل والمذكرات

- بدوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلَّبات المجتمع، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، ع 2 ، 2002 .
- بوجاني عبد الحكيم ، إشكاليات انعقاد و انحلال الزواج ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2014/2013 .
- حمليل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 1998/1997 .
- معزوز دليلة، الإجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، ، جامعة الجزائر بن عكنون2004/2003 .
- نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية والإدارية،تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2010/2009 .

رابعا: المقالات

- تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2011، العدد12.
- حسين بلحيرش، الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، ،ع 1، 2011 .
- سارة بن شويخ، نظم توثيق عقد الزواج في دول المغرب العربي، مجلة البحو و الدراسات .القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009 ، العدد1.