د.يوسف رحمان

- **دكتوراه في القانون خاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان الجزائر**
- **أستاذ مؤقت بجامعة تلمسان ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،وعضو بالمخبر القانون المقارن فرقة الشريعة الإسلامية جامعة تلمسان الجزائر .**

rhmycf@hotmail.com

الأساليب القانونية لإثبات الزواج غير الموثق

دراسة معززة بقرارات المحكمة العليا

ملـخص

يعتبر عقد الزواج ميثاق غليظ وترابط شرعي بين رجل وامرأة، ومن بين الأمور الأساسية في حياة الإنسان، وبه تبنى الأسرة والمجتمعات وحتى يكون للزواج أثار قانونية وحماية لأطرافه اشترط القانون تسجيله أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق. إلا أن بعض الأشخاص يتغاضون عن التسجيل لأسباب خاصة . هذا ما يؤدي إلى إطلاق تسمية الزواج العرفي أو غير الموثق عليه . وقصد حماية الطرف الضعيف في هذه الحالة ،وهما الأبناء إذ أجاز المشرع الجزائري بموجب المادة 22 من قانون الأسرة إثبات هذا الزواج أمام القضاء حتى يرتب أثاره القانونية.

الكلمات المفتاحية :

زواج عرفي ، ضابط عمومي ، القضاء ، الأسرة ، إثبات .

Résumé :

Le contrat de mariage est une charte forte et un lien légitime entre un homme et une femme, et il est essentiel à la vie humaine, et pour construire la famille et les sociétés. Pour que le mariage ait des effets juridiques et une protection pour ses parties, la loi exige qu'il soit établi devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire. Cependant, certaines personnes s’abstiennent de le conclure comme prévu par le code de la famille pour des raisons spéciales.

Cela conduit au mariage coutumier "El orfi" . Afin de protéger la partie faible dans ce cas, les enfants, le législateur algérien permet , en vertu de l'article 22 du Code de la famille, de prouver et rendre valide le mariage devant la justice pour en déterminer les effets juridiques.
Mots clés : mariage coutumier . Officier public Le judiciaire .Preuve.

مقدمة

لا يخفى على أولي العقول أن الله صبحانه وتعالى ،ورسوله الكريم صلى الله عليه وسلم، قد حث على الزواج لمافيه من مودة و رحمة وتعاون و إحصان لزوجين مصداقا لقوله جل في علاه﴿... **وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (32)** ﴾[1] كما أن رسولنا الكريم قد شجع على الزواج لما فيه من نعمة لا تُعد ولا تحصى بقوله :**{يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاء}**[2] .

و لا ريب في القول أن المشرع الجزائري وغيره من التشريعات العربية كانت واضحة عندما دعت إلى ضرورة توثيق عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية ،أو ضابط عمومي مختص وذلك سعيا منه لحماية مصلحة الطرف الضعيف في هذه العلاقة وهي الزوجة . إلى أن بعض الأشخاص قد يلجأون إلى زواج دون المرور عبر هذه الضوابط. [3] إما لوجود مانع قانوني كما هو الحال في تعدد الزوجات والذي يشترط القانون فيه موافقة الزوجة السابقة واللاحقة حتى يرخص له رئيس المحكمة بالزواج الجديد[4] . فقد لا تتحقق له هذه الرؤية فيلجاء إلى الزواج العرفي القائم على جميع الأركان والشروط ثم يلجاء في ما بعد إلى تثبته أمام القضاء مادامت الأرضية والشروط القانونية متوفر والقانون يعترف بهذه الحالة . وقد يكون لزواج العرفي (Mariage coutumier) وجه أخر غير أخلاقية بغرض تحقيق أغراض بيولوجية لا غير و هذا الذي يعاني منه مجتمعنا ويقع ضحيته الكثير من النساء لأنه يلحق أضرار وخيمة ولا يحفظ لهم حقوقهم .

فما هي السبل القانونية التي أوجدها المشرع لإثبات عقد الزواج العرفي ؟ وهل يمكن أن يتحول زواج العرفي إلى زواج رسمي قائم على جميع أركانه وشروطه ؟

المطلب الأول : مبررات الأخذ بالزواج العرفي على أرض الواقع

مما لاشك فيه أن الزواج الذي نحن بصدد معالجته هو الزواج العرفي (Mariage coutumier) القائم على جميع الأركان والشروط والمعترف به شرعا ،أو كما يعرف في الجزائر بالزواج الذي يتم بالفاتحة [5]و ينقصه فقط الجانب الرسمي (Le côté officiel) ؛أي التسجيل أمام ضابط الحالة المدنية حتى يضمن حقوق الطرفين في حالة قيام نزاع خاصة إذا نتج عن هذا الزواج أبناء . فإن المشرع عمل بالدرجة الأولى إلى حماية الطرف الضعيف في هذه الحلقة . وهما الأبناء هذا ما أدى بالمشرع الجزائري في المادة 22 من قانون الأسرة[6]،والتي تقابلها المادة 16 الفقرة 2 من مدونة الأسرة المغربي[7] ؛ بإمكانية إثباته بناء على حكم قضائي وبسعي من النيابة العامة لتسجيله . مع الملاحظة في هذا الصدد فإن المشرع التونسي لا يعترف إلا بالزواج الرسمي طبقا لمجلة الأحوال الشخصية ومنها الفصل الربع على أنه :" لا يثبت الزواج إلاّ بحجة الرسمية يضبطها قانون خاص."[8]وهنا يقصد به قانون الحالة المدنية .

فما هو التحديد الدقيق لعبارة الزواج العرفي أو ما يعرف بالزواج غير رسمي ؟ و ما هي الدوافع التي أدت للولوج لهذا النوع من الأنكحة ؟ وهذا ما سيتم معالجته فيما يلي .

الفرع الأولى : المقصود بالزواج العرفي أو ما يعرف بالزواج الذي يتم بالفاتحة، أو غير الموثق

لقد أحجم المشرع الجزائري وغيره من التشريعات العربية في إعطاء تعريف لزواج الذي يتم بالفاتحة وترك الأمر للفقه والقضاء ، وأحسن صنعا إذ لم يفعل ذلك . لان من مهامه الأصلية وضع الخطوط العريضة والمبادئ العامة . إلا أن ما يمكن ملاحظته على المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري أنها تطرقت إلى وسيلة إثبات هذا الزواج عن طريق حكم قضائي فقط.

إذ تصدى بعض فقهاء لتعريفه على أنه : " زواج الذي لم يوثق بوثيقة رسمية ، وهو نوعان نوع يكون مستوفياً لأركان والشروط ، ونوع لا يكون مستوفياً لذلك . و لأول عقد صحيح شرعاً يحل به التمتع وتتقرر الحقوق للطرفين والذرية الناتجة منها ..."[9]

وعرف أيضاً على أنه : " الزواج الذي استوفى شروط الشرعية دون أن يوثق رسمياً."[10]

أو هو : "الزواج غير موثق الذي يتم بإيجاب وقبول بين الطرفين–الزوج والزوجة – من خلال ورقة عرفية ، ولكن يعاب عليه عدم توثيقه وتسجيله ، سواء على يد مأذون شرعي في محكمة الأحوال الشخصية أو في الشهر العقاري ."[11]

ما يمكن تبينه من هذا التعريف أنه ركز على مسألة الكتابة و توفر عنصر الرضا بين الزوجين دون ذكر الشروط الآخرة في الزواج صحيح، وهو الولي و شهود رغم أننا نعلم أن هذا الزواج قائم على جميع الأركان والشرط ينقصه الرسمية فقط.[12]

ويرى بعض الفقه الآخر على أنه :" عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع ..."[13]

– غير أن هناك من فقهاء من قدم مفهوم مغاير لزواج العرفي لما تم إيراده سابقا حيث اعتبره زواج سري يفيد وجود استمتاع لكل من ذوي العلاقة، ولكن على وجه غير مشروع ومبرره في ذلك أن الوضع الحالي في مجتمعاتنا قد انحرفوا في مضمون وشروط هذا الزواج. إذ أصبح يلجأ شاب والفتاة إلى كتابة ورقة بخط اليد ويوقع عليها الطرفين دون وجود الشروط الشرعية . ويدعي الطرفان أنهما أزواج وفي حقيقة الأمر هذا الزنا بعينه[14].

ونحن نؤيد هذا الرأي في جانب ما يحدث اليوم في واقعنا اليومي . لكن الزواج العرفي هو وضع قائم لأننا نتحدث عن الزواج الذي هو ميثاق شرعي ينقصه فقط الجانب التوثيقي وهو قائم على جميع الشروط والأركان الشرعية وهو زواج مباح ومشروع بل أن القانون يعترف بوجوده ويحث على ضرورة بلورته في سندا رسمي .

الفرع الثاني : مبررات الإعتراف القانوني بالزواج العرفي

رغم أن المشرع الجزائري وغيره من التشريعات العربية تلزم كل من يريد إبرام عقد زواج ، أن يتم ذلك أمام الموثق ،أو موظف مؤهل ويقصد به ضابط الحالة المدنية، ويثبت ذلك بمقتضى مستخرج من سجل الحالة المدنية .كما يمنع على الأئمة قراءة الفاتحة بين الزوجين إلى بعد إظهار عقد الزواج. لأن

اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري. ومن بين أهم الدوافع وجود هذا النوع من الزواج غير موثق :

أولا / الدواعي القانونية، و الإدارية ،و الأمنية تمنح مبررات للولوج لزواج غير الموثق

نعلم أن المشرع الجزائري بصفة خاصة والتشريعات العربية بصفة عامة تضع مجموعة من الضوابط لإتمام عقد الزواج الرسمي . فمثلا ما يعرف بزواج القاصر ، وبالرجوع للمادة 07 من قانون الأسرة الجزائري التي تشترط سن 19 سنة كاملة لزواج . وفي حالة ما إذا لم يكتمل هذا السن ولجاء الأطراف إلى رئيس المحكمة قصد إعطاء ترخيص بالزواج إلى أن السلطة التقديرية للقاضي قد تحول دون ذلك . فقد يلجاء هؤلاء الأطراف إلى الزواج العرفي وعند اكتمال السن القانوني يلجأون إلى تثبيته أمام القضاء طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة[15] .

كما أميل إلى الاعتقاد أن من بين الدوافع الأمنية التي تدفع إلى التعامل بالزواج العرفي في بعض الأسلاك الأمنية كالمنتسبين للجيش الوطني الشعبي أو الدرك وغيرها من هذه الأجهزة،التي تفرض على طالب الزواج حصول ترخيص مسبق من هذه الهيئات .وبعد إجراء تحقيق قد لا توافق هذه الأخيرة على هذا الزواج لأسباب خاصة لها مبرراتها، مما قد يؤدي بالأطراف إلى الاستعانة بالزواج غير الموثق .

كذلك في حالت ما إذا أراد شخص تعدد زوجات وبنظر لاشتراط القانون لموافقة الزوجة اللاحقة والسابقة على هذا الزوج حتى يتمكن من الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة موطن طالب التعدد ، فقد لا يكون هناك قبول من الزوجة الأول فيعمدا هذا الشخص إلى الزواج العرفي إحصانا له وخوفا من الوقوع في المحرمات ثم بعد ذلك يضعهم أمام الأمر الواقع، و يلجاء إلى القضاء ويثبت زواجه مدامت المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري سارية المفعول .

ثانيا : الدواعي الشرعية في الأخذ بالزواج العرفي

مما لاشك فيه أن عقد الزواج ميثاق غليظ يتم بشكل رضائي ومادام قائم على الأركان والشروط الشرعية من ولي وصداق وشاهدين و أهلية الزوجين وانعدام الموانع الشرعية . اعتبر زواج صحيحا كاملا. كما أن شريعة الإسلامية لا تشترط الشكلية الرسمية في عقد الزواج مادام صحيحا ومشروع بل

أن شريعة تشجع على الزواج لما فيه من إحصان لزوجين ودرء للمفاسد .وهذا ما قد يشجع التعامل بالزوج العرفي[16].

المطلب الثاني : القواعد العامة في إثبات الزواج العرفي

قد تطفو على سطح العلاقة الزوجية مشاكل وخلافات تنغص الحياة الزوجية مما يؤدي في بعض الأحيان إلى الطلاق لاستحالة استمرارية هذه العلاقة ، في الزواج الموثق ويحكم القاضي بماهو محدد مع نظر لمصلحتي المحضون . لكن يدق الإشكال في حالة الزواج العرفي غير الموثق ولذي يكون فيه هضم لحقوق الزوجة و الأبناء خاصة في حالة التنازع في إثباته، إذ تعتبر مسألة إثبات الزواج بالفاتحة من المشاكل التي تعاني منها العديد من الأسر خاصة إذا كانت النية مبيت ومنعقدة من الزوج قصد تحقيق أغراض خاصة من هذا الزواج [17].

لم يعالج قانون الأسرة الجزائري وسائل إثبات الزواج العرفي ، كما أن المادة 22 من هذا القانون نصت بصريح العبارة بقول في"... حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي ." دون بيان طرق التي يلجاء إليها رفع الدعوى لإثبات هذا الزواج غير الموثق مما يؤدي بنا إلى اللجوء للقواعد العامة في إثبات ذلك[18] . رغم وجود العديد من قرارات المحكمة العليا لا تعترف إلى بالزواج الثابت في سجلات الحالة المدنية منها ما جاء في ملف رقم 20805 بتاريخ 1983/03/17 (غير منشور) :" من المقرر قانونا ، عدم شرعية الزواج ، مالم يسجل بدفاتر الحالة المدنية وفقا للقواعد الشرعية ."[19]

كذلك ما جاء في قرار رقم 12529 بتاريخ 1974/04/21 (غير منشور) بقول :" من المقرر قانونا ، بأنه لا يسوغ لأي شخص أن يدعي الزوجية ، مالم يثبت بعقد مسجل بدفاتر الحالة المدنية ."[20]

هذا ويمكن حصر وسائل إثبات الزواج العرفي طبقا للقواعد العامة في الإقرار والبينة (الشهادة) واليمن أو ما يعرف بالنكول عن اليمين .

الفرع الأول. : الإقرار كوسيلة لإثبات زواج غير الموثق

لقد وردت عدة تعاريف في شأن الإقرار حيث يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري على أنه :" اعتراف شخص بحق عليه لآخر ، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد ."21 أو هو :" اعتراف من أحد الخصوم بواقعة لم تكن ثابتة قبل هذا الاعتراف ."[22]

ويعرف أيضا : "على أنه اعتراف شخصي بواقعة من شأنها أن تنتج آثار قانونية ضده مع قصده أن تعتبر هذه الواقعة ثابتة في حقه ." [23]

وبهذا فالإقرار اعتراف من المقر بوجود حق لديه لدا الغير أو اعتراف بواقعة من شأن ذلك ترتيب آثار قانونية ضده

كما نص المشرع الجزائري في المادة 341 القانون المدني :" الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة ." وتقابلها المادة 103 من قانون الإثبات المصري، مع الملاحظة فإن المشرع الجزائري تطرق فقط للإثبات القضائي ولم ينص على غير قضائي والذي يتم خارج مجلس القضاء .

فإذا اقر الزوج بوجود العلاقة الزوجية (في الزواج العرفي) أمام القضاء قصد تسجيله فهذا لا يكفي، لان عقد الزواج له علاقة خاصة تتطلب بعض الإجراءات . و من خلال تقربنا من بعض القضاة في خصوص اكتفائهم بإقرار الزوج بالواقعة من اجل تسجيل الزواج العرفي فكانت الإجابة بضرورة إجراء تحقيق من خلال سماع الشهود وتوفر الشروط الشرعية .

وهذا مايؤكده العديد من قرارات المحكمة العليا الجزائرية منها قرار 96238 بتاريخ 1993/09/28 (غير منشور) :" إن الزواج العرفي ، الذي توافرت في الأركان الشرعية وفقا لأحكام قانون الأسرة ، بشهادة الشهود الذين حضروا مجلس العقد ، وأفادوا بأنه حدد فيه الصداق و الإيجاب والقبول ، وكان ذلك بمعرفة الإمام الذي قرأ الفاتحة ، هو زواج صحيح وتترتب عليه آثاره وكافة الحقوق ."[24]

غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون الإقرار ذات حجة مطلقة وكافية لإثبات الزواج العرفي[25].

وترتيبا على ذلك فإني أميل إلى الاعتقاد أن الإقرار وحده في القانون الجزائري لا يكفي لإثبات واقعة الزواج العرفي ، بل لابد من توفر البينة والشروط الشرعية لكن الإقرار هو بداية إثبات هذا الزواج غير متنازع فيه .

الفرع الثاني : إثبات العلاقة الزوجية بالبينة

من أهم التعريف التي جاءت في خصوص الإثبات بالشهادة(Preuve de témoignage) بأنها : "إخبار الإنسان في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره يترتب عليها حق لغيره."[26] أو هي : " التصريح الذي يدلي به الشخص أمام القضاء بواقعة صدرت من غيره وترتب عليها حق لهذا الغير ."[27]

وحتى تعطى لشهادة الشهود قيمة قانونية في الإثبات يجب أن يكون هذا الشاهد قد حضر الوقائع التي يدلي بها أو سمعها من الغير [28].

فمثلا؛ إذا كنا بصداد إثبات عقد زواج عرفي أمام القضاء و إلحاق نسب الأبناء ، فإن المحكمة لا تستجب لهذا الطلب مالم تتوفر أداة الإثبات، وهي شهادة الشهود لأن هذه الأخيرة تعتبر شرط صحة الزواج طبقا للمادة 9 مكرر[29] من قانون الأسرة الجزائري ، كما يشترط في الشهود أن يكونو من الأشخاص الحاضرين للزفاف أو سمعوا به[30]؛ بمعنى فلان تزوج من فلانة ، وقد أخذت محكمة العليا الجزائرية في غرفة الأحوال الشخصية بهذه الشهادة طبقا للقرار رقم 53272 بتاريخ 1989/03/27 :" 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 من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين ، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه ، بانعدام الأساس القانوني ، ومخالفة قواعد الإجراءات ، فهي غير محله يستوجب الرفض . " [31]

كما يجب على أن تتوفر في شهود مجموعة من الشروط كالبلوغ أي تتوفر فيه الأهلية و أن يكون مسلما لأنه لا تصح شهادة الغير مسلم على المسلم ، وأن يكون هذا الشاهد مقبولة شهادته أي صادق . وفي هذا الصدد نجد غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا قد رفضت الأخذ بالشهادة المتناقضة في إثبات عقد زواج عرفي طبقا للقرار 58788 بتاريخ 1990/03/19 بقول :" من المقرر شرعا ،أن

التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها ، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية .... ولما كان من الثابت ...أن أقوال الشاهدين متناقضة ...والقضاء بصحة الزواج يكونون قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ."[32]

كما يشترط في إجراءات سماع الشهود طبقا للمادة 152 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجب سماع الشهود على انفراد سواء في حالة حضور أو غياب الخصوم ...كما يجوز إعادة سماع الشهود ومواجهتهم بعضهم البعض. وهذا ما أخذت به غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في قرار رقم 90683 بتاريخ 1993/05/25 :" من المقرر قانونا، أنه يتوجب على القاضي الاستماع بنفسه شهادة شاهد ، وعلى الانفراد سواء بحضور الخصوم أو غيابهم ، ويذكر كل شاهد قبل الإدلاء بشهادته ، اسمه ولقبه ومهنته ..." [33]

وبذلك إذا ماتم إثبات الزواج العرفي أمام القضاء وفق الشروط الشرعية أصبح زواج كامل وصحيح ينتج جميع آثاره القانونية وهذا ما أخذت به غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية في قرار رقم 96238 بتاريخ 1993/09/28 (غير منشور) بقول :" إن الزواج العرفي ، الذي توافرت في الأركان الشرعية وفقا لأحكام قانون الأسرة ، بشهادة الشهود الذين حضروا مجلس العقد ، و أفادوا بأنه حدد فيه الصداق والإيجاب والقبول ، وكان ذلك بمعرفة الإمام الذي قرأ الفاتحة ، هو زواج صحيح وتترتب عليه آثاره وكافة الحقوق."[34]

الفرع الثالث : النكول عن اليمين كأداة لإثبات العلاقة الزوجية

يقصد بالنكول عن أداء اليمين هو امتناع الشخص، أو من وجهة إليه اليمين عن أدائها [35]، وتقع هذه الحالة إذا ما عجزة المدعية في إثبات العلاقة الزوجية عن طريق شهادة الشهود ،أو لم يقر المدعي عليه بقيام هذه العلاقة الزوجية . فإذا قام المدعي عليه بأداء اليمين حكم القاضي برفض الدعوى ، كما يرى هذا الاتجاه أن القضاء بهذا الحكم في حالة أداء المدعي عليه ليمين لا يكون سبب مانع في إعادة المدعية رفع الدعوى،إذا توفرت لها وسيلة الإثبات والمتمثلة في شهادة الشهود[36].

أما في حالة ما إذا رفض ؛أي نكل من وجهة إليه اليمين حكم ضده بالزواج ،لأن النكول هو إقرار منه [37] ونص المادة 347 من القانون المدني صريحة حيث جاء فيها :" كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه ."[38]

أما ما هو معمول به في القضاء الجزائري في العديد من قرارات المحكمة العليا، لا يأخذ بوسيلة اليمين للإثبات إلا في حالة وفاة أحد الزوجين ؛ كحالة ما إذا توفى أحد الزوجين وادعى احدهما، كان زوج أو زوجة بوجود علاقة زوجية فيقوم القاضي بسماع الشهود ، بالإضافة لتوجيه اليمين للمدعي[39]. وهذا ما أخذت به غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في قرار رقم 204254 بتاريخ 1998/09/22 : بالقول :" يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج ، بشهادة الشهود ويمين وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة " لا نكاح بعد الموت " .

ومن ثم ، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها ، حول إعادة زواجها العرفي من الهالك ، إضافة إلى سماع شهادة الشهود ، طبقوا القانون تطبيقا سليما ."[40]

فإذا ما تحققت الشروط الشرعية حكم القاضي بتثبت الزواج العرفي كما يجب تسجيله في سجل الحالة المدنية بسعي النيابة العامة . وفي هذا ينظر المشرع إلى حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة وهما الأبناء.

الخاتمـــــة

نخلص في الأخير إلى القول أن الزواج العرفي(غير الموثق) زواج مشروع قائم على جميع الأركان وشروط الشرعية من ولي وصداق وشهود ورضا الطرفين ،كما لا يوجد نص في الشريعة الإسلامية، أو مادة قانونية تمنعه أو تجرمه بل هو زواج صحيح ، ينقصه فقط الجانب الرسمية أو ما يعرف بتسجيل أمام الموظف العمومي ، ولقد راعا المشرع الجزائري هذه النقطة من خلال تعديل قانون الأسرة بمقتضى الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 حيث أبقى على المادة 22 منه والتي تعطي الحق لطرفين تثبيت زواجهم باللجوء إلى القضاء وذلك بنظرة استشرافية لوضعية الأبناء وحماية حقوق الزوجة في حالة وقوع خلاف قد يؤدي إلى طلاق ، أو في حالة وفاة الزوجة في زواج العرفي

والصعوبة التي تصادفها هذه الزوجة في إثبات العلاقة الزوجية وإلحاق نسب الأبناء ، و ماهي الضمانات القانونية التي يمنحها لها الشرع والقانون لجعلها من ورثة المتوفي . على هذا الأساس دعا المشرع إلى ضرورة اللجوء إلى الزواج الرسمي ، لما يتوفر على العديد من الضمانات خاصة ونحن نعلم أن الكتابة هي أقوة أدلة الإثبات إذ من خلالها يتم إثبات كل التصرفات القانوني وحتى الوقائع المادية ، كما قدم المشرع عدت تسهيلات من حيث إثبات هذا الزواج خاصة في حالة عدم وجود منازعة بين الزوجين في إثبات هذا الزواج .وهذا ما أخذت به غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في قرار رقم 221329 المؤرخ في 1999/04/20 :" يثبت الزواج العرفي متى تبين أن أركان الزواج متوفرة فيه طبقا لأحكام المادة 09 من قانون الأسرة .

ومتى تبين – في القضية الحال – أن أركان الزواج متوفرة ، بما فيها الاستماع إلى الشهود والامام الذي قرأ الفاتحة وتعيين المهر وحضور الولي ، فإن القضاة بقضائهم بإثبات الزواج العرفي ، المبرم بين المدعية والمرحوم ، طبقوا صحيح القانون ." [41]

الهوامش:

1- سورة النور الآية 32.

2- الإمام الحافظ محي الدين أبو زكريا ،(كتاب النكاح –باب استجاب النكاح لمن تاقت نفسه إليه) المنهج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، شرح النووي على مسلم ، بيت الأفكار الدولية، السعودية ، دون ذكر تاريخ ، ص 868.

3- د/ عبد الله حاج أحمد ، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري ، مجلد الدراسات الفقهية والقضائية المجلد 1 ، عدد1 ، ديسمبر 2015 ، جامعة الوادي ، الجزائر ، ص 128 .

4- أنظر للمادة 8 معدلة من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 (ج.ر .ع15 ، ص19).

5- د/ بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، ط1، دار الخلدونية ، الجزائر ، س2008 ، ص122.

6- عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 (ج.ر.15 ، ص20).

7- المادة 16 الفقرة 2 :" إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته ، تعتمد المحكمة في سماع الدعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة ."؛ القانون رقم 30-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربي (ج.ر.مغربية ، ع5184 بتاريخ 2004/02/05 ، ص418).

8- أمر مؤرخ في 1956/08/13 يتعلق بإصدار مجلّة الأحوال الشخصية التونسي (منشور بالرائد الرسمي التونسي ع66 الصادر في 1957/08/17).

9- عبد رب النبي علي الجارحي ، الزواج العرفي المشكلة والحل ، والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار ، دار الروضة ،القاهر مصر ، دون ذكر سنة ، ص 38 .

10- كمال صالح البنا: الزواج العرفي ومنازعات البنوة ، المحامي بالنقض ، دار الكتب القانونية ، مصر ، المجلة الكبرى ، د.ط ، س2005، ص6 ؛ نقلا عن دكتور عبد الملك بن يوسف المطلق ، الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها دراسة فقهية واجتماعية ونقدية ، ط1 ، دار العاصمة ، السعودية ، س 2006، ص 183 .

11- د/فارس محمد عمران ، الزواج العرفي ، ص17 ؛ نقلا عن د/ أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش ، الزوج العرفي ، حقيقته ، وأحكامه ، وأثاره ، و الانكحة ذات الصلة به ، دراسة فقهية مقارنة ، ط1 ، دار العاصمة ،المملكة العربية السعودية . س 2005 ، ص 79و80 .

12- راجع في هذا الصدد د/ أحمد بن يوسف بن احمد الدريويش،المرجع السابق ، ص 80.

13- هلال يوسف ابر هيم ، أحكام الزواج العرفي ، للمسلمين وغير المسلمين من المصريين ، الناحية الشرعية والقانونية ، شرح وتعليق وصيغ ، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية مصر ، س 1999 ، ص 11.

14- جمال بن محمد بن محمود ، الزواج العرفي في ميزان الإسلام ، ط1 ،دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، س2004 ، ص 87.

15- عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 (ج.ر.15 ، ص20).

16- د/ عبد الله حاج أحمد ،مقالة بعنوان إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه ، المرجع السابق ، ص 130و 131، كذلك أنظر في هدا الصدد هلال يوسف ابر هيم ، أحكام الزواج العرفي ، المرجع السابق ، ص 13 .

17- د/ فارس محمد عمران ، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، س 2001، ص 40.

18- عيسى حداد ، عقد الزواج دراسة مقارنة ، منشورات جامعة باجي مختار ، عنابة ، الجزائر ، س 2006، ص 242.

19-د/ بلحاج العربي ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010 ، ط 4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، ص 102 .

20- د/ بلحاج العربي ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق ، ص 93 .

21- د/ عبد الرزاق السنهوري ، الالتزام بوجه عام ، الإثبات – أثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، س 1968 ، ص471 .

22- د/ سمير عبد المجيد تناغو ، أحكام الالتزام والإثبات ، ط1 ، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية ، مصر ، س 2009 ، ص122.

23- د/ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، طبقا لأحدث التعديلات ومزيدة بأحكام القضاء ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر ، س 2011 ، ص 235 .

24- د/ بلحاج العربي ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص 110.

25- أشار إليه د/ عبد الله حاج أحمد ، المرجع السابق ، ص 134.

26- نقلا عن د/ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق ، ص 129.

27- د/ محمد زهدور ، الوجيز في طرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، د.ذ. ن، الجزائر ،طبعة 1991، ص70؛ نقلا عن د/مامون عبد الكريم ، محاضرات في طرق الإثبات وفقا لآخر النصوص ، كنوز للنشر والتوزيع ، الجزائر ، س 2001، ص 77 .

28- د/مامون عبد الكريم، المرجع السابق ، ص 77.

29- تنص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري :" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية :" أهلية الزواج ، الصداق ، الولي ، شاهدان ، انعدام الموانع الشرعية للزواج ."

30- أ.د دليلة فركوس و د/جمال عياشي ، محاضرات في قانون الأسرة ، انعقاد الزواج ، دار الخلدونية ، الجزائر ، س 2016 ، ص 160.

31- مجلة القضائية الجزائرية ع3 ، لسنة 1999، ص 82 ؛ نقلا عن د/ بلحاج العربي ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص94.

32- المجلة القضائية الجزائرية ، ع1 ، س 1991 ، ص 59 ، نقلا عن د/ بلحاج العربي ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص108.

33- المجلة القضائية الجزائرية ، ع 4، س1994 ، ص58؛ نقلا عن د/ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 110.

34- د/ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 110.

35- د/ محمد كمال الدين إمام ، الزواج في الفقه الإسلامي ، دراسة تشريعية وفقهية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر ، س 1998، ص 212 .

36- د/ممدوح عزمي ، الزواج العرفي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، ذ.ت ، ص 60 .

37- فارس محمد عمران ، الزواج العرفي ، وصور أخرى للزواج غير الرسمي ، المرجع السابق ، ص 40و41.

38- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 /06/ 2005 يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 09/26/ 1975ومتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم .(ج.ر.ج .عدد 44.الصادرة بتاريخ 2005/06/26) .

39- د/ عبد الله حاج أحمد ، المرجع السابق ، ص 138.

40- المجلة القضائية ، ع2، س2000 ، ص173؛ نقلا عن د/ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص111.

41- د/ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص112.