تاريخ الاستلام: 2022//10/09 تاريخ القبول: 2023/03/01

دور قاضي شؤون الأسرة في إثبات الزواج العُرفي

بين النّص القانوني والممارسة الفعلية.

The role of the family court judge in the proof of customary marriage between the legal text and the actual practice

أسماء مزيان تاني*
جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان (الجزائر)
asmameziane5@gmail.com

أ.د. آسية بوخاتم
جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان (الجزائر)
boukhatemassia@yahoo.fr

ملخص:

إنّ الأصل في الزواج العُرفي المستكمل لأركانه وشروطه هو الشرعية، ولكن تكمن إشكاليته في مسألة إثباته، الأمر الذي يُوجب على القاضي تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة، والتي بدورها تُحيله إلى أحكام الفقه الإسلامي. لذلك سنحاول من خلال هاته الورقة البحثية البحث في مدى مرجعية القاضي لأحكام الشرع في المسائل المتعلقة بإثبات الزواج العُرفي وسلطته التقديرية في ذلك لأجل تأسيس حكمه القضائي، وموقف المحكمة العليا من هاته المسائل، وفقا لما تضمنته من قرارات في معالجة الفراغ الإجرائي المرتبط بموضوع الإثبات، باعتبار أنها تحافظ على نزاهة الأحكام القضائية، كي لا تكون مشوبة بالقصور في التسبيب وبالتالي قد تتعرض للنقض والإبطال.

كلمات مفتاحية: الزواج العُرفي، الإثبات، الاجتهاد القضائي، الفراغ الإجرائي، أحكام الفقه الإسلامي.

Abstract:

The origin of the customary marriage which completes its pillars and its conditions are legality, but its problem lies in the question has proven, this obliges the judge to apply the text of article 222 of the family code, which refers in turn to the provisions of Islamic jurisprudence. Therefore, we will try in this study through this research paper on the extent of the judge's reference to sharia decisions in matters related to the establishment of customary marriage and his discretionary power in this regard, in order to establish the judge's decision, and the position of the Supreme Court on these issues, through the decisions included in the resolution of the procedural space related to the object of the evidence, as it preserves the integrity of judicial decisions, so that they are not vitiated by defects of causality and may therefore be subject to revocation and invalidation.

Keywords: Customary marriage, proof, jurisprudence, procedural space, provisions of Islamic jurisprudence.

*المؤلف المرسل:

1. مقدمة:

يشترك الزواج العُرفي مع الزواج الرسمي، بحيث أن الأول متى استوفى جميع الشروط بالإضافة إلى ركن الرضا المنصوص عليه في المواد 9 و9 مكرر[1] من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02، وبالتالي يعتبر صحيح شرعا متى استكمل جميع هاته المقومات، ولكن يبقى الفرق بينهما هو أن الثاني أي الزواج الرسمي موثق بوثائق رسمية معينة على غرار الزواج العُرفي الذي لم يوثق، فهو صورة من صور الزواج غير الموثق. وهو مصطلح حديث أطلق عليه الزواج العُرفي؛ فهذا الأخير اعترف به المشرع الجزائري ضمنيا بموجب نص المادة 22 من الأمر المذكور أعلاه والتي نصت على ما يلي:

«يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية من طرف النيابة العامة».

إذن يقصد بالزواج الذي لم يسجل في سجل الحالة المدنية بالزواج العُرفي، لذلك فإنّ الأصل فيه هو الشرعية؛ ولكن تكمن إشكاليته في مسألة إثباته، ففي حالة وقوع نزاع بين الزوجين وادعى أحدهما قيام الزوجية وأنكر الآخر، فإن السبيل الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو اللجوء أمام المحكمة المختصة لإثبات هذه العلاقة الزوجية، والتي تكون أمام قسم شؤون الأسرة بموجب المادة 423 من قانون 08-09[2] فقرة رقم 3، والتي أعطت لقاضي شؤون الأسرة صلاحية الفصل في دعاوى إثبات الزواج والنسب.

فالملاحظ أنّ هذه المادة جاءت عامة وبالتالي لم تحدد الوسائل الإجرائية الواجب إتباعها في إثبات الزواج العُرفي من حيث الضوابط التي يجب أن يعتمد عليها القاضي في بعض وسائل الإثبات لتأسيس الأحكام القضائية الفاصلة في دعوى إثبات الزوجية.

فحفاظا على مصداقية هذه الأحكام القضائية، على القاضي بذل كل ما في وسعه في استنباط الحكم الواجب التطبيق في حالة عدم وجود النص القانوني، للفصل في القضية المعروضة أمامه المتعلقة بموضوع الدراسة في الإثبات الذي يعتبر في غاية الأهمية في مسائل أحكام الأسرة، الأمر الذي يستدعي بالقاضي الإتيان بهذه الأحكام وإسقاطها على الواقعة المعروضة أمامه بحكم أن قانون الأسرة فتح المجال للقاضي للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب نص المادة 222 من القانون المذكور آنفا والتي نصت على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»، فإن حدث وأن تقيّد القاضي بالنص القانوني الذي يكون عادةً محدود في حدّ ذاته، فليس بعيدا أن يكون تأسيس الحكم القضائي وتسبيبه معيبًا، كما لا يخفى، أن الأمر المتعلق بإثبات العلاقة الزوجية أمر في غاية الخطورة، وبالتالي يكون هنا دور القاضي سلبيا ويكون حكمه معرضا للنقض، من هنا جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء على دور قاضي شؤون الأسرة في إثبات علاقة الزواج العُرفي، وعليه جاءت الإشكالية على النحو التالي:

ما مدى اجتهاد القاضي في إثبات واقعة الزواج العُرفي، ، في مسايرته لأحكام الفقه الإسلامي، من حيث الضوابط الواجب إتباعها في تقدير أدلة الإثبات لتأسيس حكمه القضائي؟.

فالإجابة على هذه الإشكالية تتطلب منا الوقوف على:

مدى مرجعية القاضي في تقديره لأدلة الإثبات لأحكام الشرع في الممارسة القضائية، أو في الواقع العملي، وما هو موقف المحكمة العليا من هاته المسائل ؟

- سيتم الاعتماد في هاته الدراسة على المنهج الاستقرائي للبحث في بعض النصوص القانونية وقرارات المحكمة العليا إضافة إلى تحليلها وفقا للمنهج التحليلي، مع الاستعانة بالمنهج المقارن قياسا مع ما جاء في أحكام الشرع فيما يتعلق بموضوع الإثبات وما جاء في قرارات المحكمة العليا.
- كما سيتم تقسيم البحث إلى محورين: المحور الأول: يتضمن إثبات الزواج العرفي بين الفقه والقانون، أما المحور الثاني: سيكون حول موقف المحكمة العليا من وسائل إثبات الزواج العرفي.

2. إثبات الزواج العُرفي بين الفقه والقانون.

من المقرر شرعا في حالة ما إذا وقع نزاع بين الزوجين وادّعى أحدهما قيام الزوجية وأنكر الآخر. فعلى من ادعى الزوجية عليه بالإثبات، لذلك إن الإثبات في الشريعة الإسلامية يكون بأحد الوسائل الآتية: الإقرار والبيّنة، والنكول عن اليمين[3]، فإذا تداعى رجل وامرأة بشأن وجود الزواج، فإن ادّعى الرجل وجوده وأقرّت المرأة قضى بالزواج وثبت بتصادقهما عليه، وإن أنكرت المرأة يطلب من الزوج الإتيان بالبيّنة، وإن عجز عنها وجّهت باليمين إلى المرأة، فإن حلفت رفضت دعوى الزواج، وإن نكلت عن اليمين قضى عليها بالزواج، لأنّ النكول إقرار عند بعض الفقهاء[4].

في حين أنّ المشرّع الجزائري لم يتبع هذا الترتيب في إثبات الزواج العُرفي، ولم يحدّد وسائل الإثبات وعلى الرّغم من صراحة المادة 222 من قانون الأسرة المذكورة سابقا، والتي تحتم على القاضي الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية، غير أنّ القضاء اعتبر البيّنة (شهادة الشهود)، من بين أهم وسائل الإثبات، بالإضافة إلى الإقرار ولكن هذا الأخير نادرا ما يلجأ له البعض كوسيلة للإثبات، لذلك سوف نبحث في مدى اجتهاد القاضي في تقديره لأدلة الإثبات شهادة الشهود (فرع أول)، والإقرار والنّكول عن اليمين (فرع ثاني)، وسلطته التقديرية في ذلك.

2-1. إثبات الزواج العُرفي بالبيّنة.

البيّنة[5]: هي اسم لكلّ ما يبيّن الحقّ ويظهره، وسمي النبيّ ﷺ الشهود بيّنة، لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الإشكال بشهادتهم، كوقوع البيان بقول الرسول عليه الصلاة والسلام.

لذلك قد أقرّ النبيّ الكريم ﷺ البيّنة كشرط في اعتماد الدعوى المشروعة، لأنّها الوسيلة التي يتمّ بها رفع الأمر إلى القضاء، فقال فيما رواه أحمد ومسلم والبهيقي عن ابن عباس[6]: {لو يُعْطَى الناسُ بدَعْوَاهُم لادَّعى رجالٌ أموالَ قومٍ ودِمَاءَهُم، لكنَّ البينةَ على المدَّعِي واليَمِينَ على من أَنْكَرَ}[7]، ورواية مسلم: {لكن اليمين على المدّعى عليه}.

وأمّا عن تعريف البيّنة في القانون فإنّه لم يعرّفها، غير أنّه ومن خلال النصوص القانونية يقصد بها الشهادة، حيث نظمها المشرّع الجزائري في الفصل الثاني بعنوان الإثبات بالبيّنة من الباب السادس من القانون المدني الجزائري، لذلك فهي: «أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة يقرون ما عيّنوه أو سمعوه من وقائع وهي بذلك دليلاً مباشرا، وقد أصبحت البيّنة بعد ظهور الكتابة دليلاً من الدرجة الثانية في الإثبات بعد الكتابة»[8].

ولكن قبل الخوض في موضوع الإثبات بالشهادة لا يفوتنا أن ننوّه بأنّ دعوى إثبات الزواج العُرفي ليست متعلقة بمدّة محدّدة والتي يجب على قضاة الموضوع مراعاتها، بدليل أنّ المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 23 أفريل 1991 استقرّت على أنّه: «من المبادئ المستقر عليها قضاءً وقانوناً أن دعوى إثبات الزواج غير محدّدة بمهلة معيّنة، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات غير سديد يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن المطعون ضدّها رفعت دعواها لإثبات الزواج بعد عشرون سنة من انعقاده وبعد وفاة الزوج، فإنّ قضاة الموضوع الذين أثبتوا هذا الزواج بناءً على شهادة الشهود ولتوفره على جميع أركان عقد الزواج وقرائن تسجيل الولدين باسم أبيهما أثناء حياته دون أن يعترض على ذلك يكونوا قد طبّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»[9].

إضافة إلى ذلك على القاضي أن يتأكد أوّلاً من صحة العقد، عقد الزواج وتوفره على مقوماته الشرعية والمنصوص عليها صراحةً بموجب نصّ المادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة، وهذا ما استقرّ عليه الاجتهاد القضائي لدى المحكمة العليا في قرار لها[10]: «إنّ عدم تحديد الصداق لا يُبطل الزواج، لأنّه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل، ومتى تبيّن- في قضية الحال- أنّ الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العُرفي ماعدا الصداق بقي مؤجلاً حسب عادة المنطقة، فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي

برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه، فإنّهم عرّضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب لأنّ عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه».

كما جاء في قرار آخر بتاريخ 20 أفريل 1999[11] لها أنّه: «يُثبت الزواج العُرفي متى تبيّن أنّ أركان الزواج متوفرة فيه طبقا لأحكام المادة 09 من قانون الأسرة، ومتى تبيّن- في قضية الحال- أنّ أركان الزواج متوفرة بما فيها الاستماع إلى الشهود والإمام الذي قرأ الفاتحة وتعيين المهر وحضور الوليّ، فإنّ القضاة بقضائهم إثبات الزواج العُرفي المبرم بين المدّعية والمرحوم، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن».

وقد جاء في قرار بتاريخ 19 سبتمبر 2000[12] ما يلي: «القضاء بإثبات الزواج العُرفي اعتماداً على يمين الزوجة دون توافر أركانه مخالف للشرع والقانون».

وكذا القرار المؤرخ في 08 ماي 2002، أهم ما جاء فيه: «الخلوة الصحيحة، بعد توفر أركان الزواج، تجعل الدخول قد تمّ شرعاً»، فقد جاء في حيثيات القرار عن الوجه الثالث المأخوذ من قصور وتناقض الأسباب؛ لكن حيث أنّه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه نجده قد تبنى أسباب الحكم المستأنف ما دام أيّده مبدئياً وأضاف قضاة المجلس بأنّ المستأنف اعترف وأقرّ بالزواج العُرفي، وهو الزواج الذي ثبتت أركانه الشرعية والقانونية طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة، وما الدخول إلاّ من أشكال إتمام الزواج[13].

لذلك لا يوجد في الشريعة الإسلامية زواج ظاهر وآخر سرّي، بل هناك زواج واحد يقرّه الشرع والقانون وهو الذي تتوفر فيه الشروط والأركان المنصوصة عليها في المادة 9 من قانون الأسرة المكرّس للشريعة الإسلامية ومتى انعدمت هذه الشروط في أيّ زواج لا يعدّ شرعياً وما نتج عنه هو الآخر غير شرعي، وهذا ما جاء في قرار 03 جويلية 2002[14].

إذن تعتبر الشهادة من أقوى وسائل الإثبات في مسائل الزواج والطلاق، وهذا ما استقرّت عليه المحكمة العليا في عدّة قرارات لها نذكر من بينها: القرار التالي مؤرخ في 27 مارس 1989 [15]: «من المقرّر شرعا أنّ الزواج لا يثبت إلاّ بشهادة العيان التي يشهد أصحابها بها أنهم حضروا قراءة الفاتحة، أو حضروا زفاف الطرفين، أو سماع الشهادة التي يشهد أصحابها أنّهم سمعوا من الشهود وغيرهم أنّ الطرفين كانا متزوجين ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني ومخالفة قواعد الإجراءات في غير محله، يستوجب الرفض.

ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أنّ الذي يقوم بالطعن لم يأت بأيّ من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العُرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني،ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن».

كما جاء في قرار المجلس الأعلى على أنّه صادر بتاريخ 11 ديسمبر 1989[16]: «من المقرّر قانونيا أنّه الزواج يثبت بمستخرج من سّجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا للقانون، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبيب وانعدام الأساس القانوني في غير محله.

ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أنّ المجلس القضائي يقر بعدم وجود الزواج ورفض دعوى الطاعنة لعدم إثباته، كان على صواب وطبق القانون تطبيقا صحيحا.ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن».

ففحوى هذا القرار كان إجابة عن الوجه الوحيد المثار[17]، المأخوذ من النقص في التسبيب ممّا يساوي عدم التسبيب وانعدام الأساس القانوني بحيث أنّ المجلس القضائي لم يجب عن الوجوه الموجودة في عريضة ترجيع الدعوى أمامه.

حيث أنّ الزواج لا يثبت إلاّ بشهادة شاهدين عدلين وأنّ كلّ امرأة تدّعي أن فلان تزوج بها، فلابدّ أن تثبت ذلك بشهادة الشهود والطاعنة لم تأت بأيّ شاهد يشهد بأنّه حضر العقد وسمع الإيجاب والقبول، وإن كان لدى الأشخاص الذين أتت بهم إلى الموثق لم تكن شهادتهم كافية لإثبات الزواج، وقد أعطاها المجلس الأعلى فرصة عساها أن تثبت الزواج الذي قد تدّعيه ولكنها بقيت على

حالتها كما جاءت إلى المجلس الأعلى في المرة الأولى، لذا فقضاة القرار المطعون فيه حينها أخذوا بعدم وجود الزواج لم يكن لهم طريق آخر غيره وكانوا على صواب والنعي عليهم بما ورد في الوجه في غير محلّه.

يستساغ من هاته القرارات أنّ الاجتهاد القضائي استقرّ على أنّه لا زواج بدون إثبات ويكون هذا الأخير عن طريق شهادة الشهود، سواءً كانت هذه الشهادة مباشرة أو غير مباشرة؛ فالأولى: هي التي يقرّ فيها الشاهد في مجلس القضاء بالواقعة المشهود بها، والمراد إثباتها، ذلك أنّ حدوثها تمّ تحت سمعه ونظره وتسمّى الشهادة من الدرجة الأولى[18].

الشهادة غير المباشرة: وتعرف هذه الشهادة بالشهادة السماعية[19] وهي التي ينقلها الشاهد عن غيره فيردّد ما سمعه من غيره، وأمّا عن الشهادة بالتسامع وهي الشهادة التي يتداولها الناس- العامّة- فهي لا تنصبّ على الواقعة المراد إثباتها مباشرة بل تخبر عن الشائع بين الناس عن هذه الواقعة.

الشهادة بالشهرة العامة[20]: وهو ما يعرف بالإقرار بالزواج، فهي ورقة مكتوبة تحرّر أمام موظّف رسمي هو الموثق تدوّن فيها وقائع معينة يشهد بها شهود معينون يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة.

وأمّا عن شروط الشهادة والتّي لا تكون إلاّ بعد استيفاء هذه الشروط والمتمثلة في[21] العدل والبلوغ والحرية والعقل والإبصار والسماع والإسلام، ويضاف إلى ذلك أن لا يكون الشاهد من أصول أو فروع المشهود له، وهو ما ذهب إليه المشرّع الجزائري بحيث أنّه لم ينص على هاته الشروط في قانون الأسرة ولكنّه أحالها على أحكام الشريعة الإسلامية، غير أنّ المشرّع الجزائري لم يسلك في هاته المسألة (مسألة الشاهد أن لا يكون من أصول أو فروع المشهود له) وإنّما اكتفى فقط[22] على عدم قبول شهادة الولد لوالده فتُقبل بذلك شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا وهو ما لا يتفق مع الأصول المقرّرة شرعاً. وكما لا تجوز شهادة الفرع لأصله، فلا تجوز أيضا شهادة الأصل لفرعه[23].

فالشهادة تقوم على أمانة الشهود، ولا يصح للشاهد شهادة بشيء حتى يحصل له به العلم، إذ لا تصح الشهادة إلاّ بما عُلم وقُطع بمعرفته لا بما يشك فيه، ولا بما يغلب على الظن معرفته[24]. مصداقا لقوله تعالى: ﴿.. وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا..﴾[25]. لذلك أجمع العلماء على مشروعية الشهادة واعتمادها في الأخبار أمام الحاكم وغيره، كما يجب على القاضي أن يقضي بموجب الشهادة بعد توافر شروطها وحكم تحمّل الشهادة وأدائها فرض كفاية إذا دعي الشاهد لهما، إذ لو تركه الجميع لضاع الحق[26].

أمّا عن نصاب الشهادة؛ فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية[27] في هاته المسألة، فيرى الجمهور أنّه لا تقبل شهادة رجل وامرأتين، أو رجل ويمين أو امرأتين ويمين فهي مختصة في الأموال فقط. على خلاف الأحناف الذين أجازوا شهادة رجل وامرأتين في النكاح و ذلك لتوافر أهلية الشهادة عند المرأة، وكذا شهادة رجل مع يمين، للحديث المتواتر عن أكثر من عشرين صحابيا أن الرسولﷺ قضى بشاهد ويمين، حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة ومحمد بن عبد الله بن نمير قالا: حدثنا زيد (وهو ابن حُباب) حدّثني سيف بن سليمان، خبرني قيس بن سعيد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس، أنّ رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهدٍ[28].

فهذا كلّه كان توضيحا لطبيعة الشهادة والشهود والضوابط المتعلقة بهما، فماذا عن سلطة القاضي في تقدير ذلك؟.

تكمن سلطة القاضي التقديرية في ما إذا كانت الدعوى في حد ذاتها تتطلب الإثبات بشهادة الشهود أم لا، ففي هذا السياق فلا شك أن دعوى إثبات الزواج العُرفي لا تكون إلا بشهادة الشهود- كما وضحنا مسبقا- وتخضع لسلطة قضاة الموضوع، ومدى قناعتهم بالشهادة المقدمة عند التحقيق[29].

كما أن إثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قاضي الموضوع، طالما كان ذلك قائما على النحو الشرعي.

وهذا ما استقرّت عليه المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 19 نوفمبر 1984 والذي نص على ما يلي[30]: «المبدأ: إن إثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع طالما كان ذلك قائما على النحو الشرعي، ومن المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة، وفي غالب

الأحيان هي مقدمة للزواج وليست زواجا، غير أنها قد تتجاوز مرحلة التماس النكاح إلى النكاح الشرعي وتصبح فعلا زواج شرعيا إذا واكبها تحديد شروطه وتحققت أركانه، ومن ثم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد قضاء صحيحا».

كذلك قد يتسع للقاضي المجال في تقدير ما إذا كانت الوقائع التي استدعي الشهود من أجلها متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات، كما ينبغي أن تكون الواقعة المراد إثباتها أمام القضاء متصلة بالحق المطالب به، أما إذا كانت غير متصلة بموضوع الدعوى، فلا فائدة تُرجى من وراء ذلك[31].

وحول ما إذا كانت شهادة الشهود متناقضة في أقوالهم فهي كذلك تخضع للسلطة التقديرية للقاضي أو لقضاة الموضوع.

فالمحكمة[32] لها أن تأخذ بأقوال الشهود أو لا تأخذ بالبعض الآخر، وذلك لعدم اطمئنانها لشهادتهم، هذا المبدأ يقوم على مبدأ مهم من مبادئ الإثبات القانوني. في محكمة الاستئناف مثلا، لها أن تأخذ في تقدير أقوال الشهود مذهبا مخالفا لتقدير محكمة أول درجة ولا يكون عليها في هذه الحالة أن تبين الأسباب الداعية لذلك. فعلى القاضي مراعاة عدم التناقض في أقوالهم أثناء سماعه للشهود، فإنّ ذلك يُزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها، فهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا من خلال القرار الآتي و الصادر بتاريخ 19 مارس 1990[33]: «من المقرر شرعا أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية».

لذلك يشترط أن تكون شهادة الشاهدين متوافقة، لأن باختلافها لم يكتمل نصاب الشهادة، ولا يجب أن تكون هذه الموافقة تامة بل يمكن أن تكون ضمنية، كأن يشهد شاهد في عقد زواج عُرفي على زواج حدد بصداق قدره كذا، ويشهد الثاني بنفس الشيء دون أن يحدد قدره أو قيمته، ففي هاته الحالة القاضي يقبل الشهادتين طالما أن الفرق في القول لم يصل إلى درجه التعارض[34].

إذن كان هذا كلّه بالنسبة لطبيعة الشهادة والشهود في إثبات الزواج العُرفي، كوسيلة من وسائل الإثبات. فهناك وسائل أخرى سيتم التعرض لها من خلال (الفرع الثاني) والمتمثلة في الإقرار والنكول عن اليمين.

2-2. إثبات الزواج العُرفي بالإقرار والنكول عن اليمين:

سنطرق من خلال هذا الفرع لوسيلتي الإقرار والنكول عن اليمين.

أ- الإقرار:

يعتبر الإقرار سيّد الأدّلة في الإثبات، فهو حجّة قاصرة على المقرّ لا تتعداه إلى من يتعدى إليه الحكم بالبيّنة، بل لابدّ من إثبات جديد[35].

فقد يكون الإقرار[36] أمام القضاء أثناء النظر في نزاع يتعلق بالواقعة محلّ الإقرار، فيكون في هذه الحالة إقراراً قضائياً. وقد يكون إقرار غير قضائي إذا تمّ خارج ساحة القضاء، فهو بذلك على نوعين:

- الإقرار غير القضائي[37]: هو الذي يصدر خارج مجلس القضاء أو داخل مجلس القضاء لكن في خصومة أخرى لا علاقة لها بالدعوى المتعلقة بالواقعة محل الإقرار.
- الإقرار القضائي: هو اعتراف الخصم أمام القضاء لواقعة قانونية مدعى بها وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة[38].

وشروط الإقرار هي كالآتي[39]:

أوّلها: أهلية العقل والبلوغ، وثانيها: الطواعية والاختيار، فلا يصح إقرار المستكره، وثالثها: عدم التهمة؛ فإن اتّهم المقرّ بملاطفة صديق أو نحوه بطل الإقرار، ورابعها: أن يكون المقرّ معلوماً.

وعليه، فإنّ الفقه الإسلامي يعتبر الإقرار حجة[40]؛ أي وسيلة كافية في حدّ ذاتها لإثبات واقعة الزواج العُرفي، فإن رفض أحد الطرفين الإقرار يكون الاتجاه للبيّنة.

أمّا عن القضاء الجزائري، فإنّه لا يعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حدّ ذاتها لإثبات واقعة الزواج غير الموثق، ولعلّ السبب في ذلك يعود لطبيعة عقد الزواج وخصوصيّته لاسيما فيما يتعلق بآثاره الخطيرة، بحيث أنّها لا تقف عند الزوجين، بل تتعداهما إلى النسل الناتج عن هذا الزواج. فلو اكتفى القضاء بإثبات الزواج بإقرار الزوجين، فإنّ هذا لا يؤدي إلى ذيوعه وانتشاره، ويحول دون تحقق القاضي من توافر أركان الزواج ومدى اشتهاره وإعلانه[41].

وهذا وإنّ الإقرار كان يُعتد به قبل صدور قانون الأسرة سنة 1984، فقد حكم المجلس الأعلى بأن الزوجية تثبت بالإقرار، سواء بطريقة مباشرة من طرف الزوجين معاً، أو بطريق غير مباشر كإقرار الزوج بأنّ الولد المزداد هو ابنه، وإقرار الزوجة بأنّ الولد منها ومنه[42]، وهذا عن الإقرار في حالة الزواج العُرفي المتنازع فيه.

أمّا عن الزواج العُرفي غير المتنازع فيه: ففي هاته الحالة يكون الإقرار بالزوجية باعتراف كلٌّ منهما بأنّه زوج للآخر، وتثبت الزوجية بهذا الإقرار أمام القاضي ويعدّ الإقرار دليلاً كافياً لإثبات الزوجية وهو ليس إنشاءاً لها كما في صيغة عقد الزواج، لذلك لا يشترط الشهادة لصحة الإقرار بالزواج، كما تشترط عند إنشاء عقد الزواج[43].

ويكون بذلك الإقرار وسيلة كافية في حدّ ذاتها إثبات الزواج إذا ما أقرّ به أحد الزوجين وصدقه الزوج الآخر لظهور رجحان الصدق على الكذب بدليل أنّ الإنسان غير متهم فيما يقرّ به على نفسه[44]، وهذا ما استقرّ عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 16جانفي 2014[45]: «الإقرار القضائي من وسائل الإثبات وحجة قاطعة على المقرّ».

كما يجب أن نُنوّه أنّ الإقرار بالزواج العُرفي قد يكون أمام الموثق وهذا ما يُحيلنا بالتأكيد للحديث عن عقد الإقرار بزواج ولفيف زواج، فما المقصود بهذين العقدين؟، هي العقود التي أطلق عليها المشرّع الجزائري عقود الزواج المغفلة، فهي تلك العقود التي جرت في الماضي وفق أصول الشريعة الإسلامية ولم تسجل بالحالة المدنية في وقتها الحالي، ويطلق عليها في القضاء الإسلامي القديم إقرار زواج أو لفيف نكاح[46]، وهي بذلك تلك العقود التي يحرّرها الموثق والتي إبرامها أمامه، فقد خوّلت له هذه المهمّة بموجب نص المادة 3 من قانون التوثيق[47] المتضمن مهنة الموثق، والتي نصت على ما يلي: «أنّ الموثق هو ضابط عمومي مفوض من قِبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الطبيعة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الطبيعة»، وبالتالي هذه المادة تناولت تعريف الموثق والمهام المخوّلة له من طرف القانون من بينها تحرير العقود التي تصبح لها حجية مطلقة وقوة ثبوتية في مواجهة الغير، وهذا ما هو مستخلص من هاته المادة من شقها الثاني.

فمعيار التفرقة بين اللفيف والإقرار هو كون أحد الزوجين متوفياً في اللفيف، في حين أنّ كلا من الزوجين في الإقرار مازالا على قيد الحياة[48]، إلاّ أنّ هذه المهام التي تمّ تخويلها للموثق لقيت انتقادات ورفض من قِبل القضاء، حيث اعتبر هذا الأخير أنّ هذا العمل يخرج عن اختصاص هذا الموثق، ففي هذا السياق يرى "عبد الفتاح تقية" أنّ الجهة المختصة هي المحكمة دون سواها ولكن التطبيق العملي لمثل هذه العقود بالمحاكم يُخالف هذه الإجراءات مخالفةً صارخة بحيث نجد معظم مكاتب التوثيق تقوم بتحرير هذه العقود مع أنها غير معنية[49].

أمّا في قانون رقم 84-11 المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02 -المشار إليه مسبقا- حيث تناول تسوية العقود العُرفية وكيفية تسجيلها حسب ما نصت عليه المادة 22 منه والمذكورة آنفاً، وكذا المادة 18 من نفس القانون والتي جاء في مضمونها أنّ عقد الزواج الرسمي يتمّ عقده أمام الضابط العمومي والمتمثل أساساً في الموثق وكذا ضابط الحالة المدنية، فمن خلال هاتين المادتين يُفهم أنّ المشرّع الجزائري قد أعطى الأولية في إثبات عقد الزواج وتوثيقه أو تسجيله لدى المصالح المختصة، كما أنّ هذا العقد هو الوسيلة القانونية الوحيدة لإثبات قيام الرابطة الزوجية بصفة قانونية وصحيحة، بينما إن تعذر أمر التسجيل قد يثبت هذا الزواج بحكم تصدره المحكمة وبعد ذلك يتمّ التسجيل بالحالة المدنية[50].

إلاّ أنّ القضاء تراجع فيما يخصّ هذه المسألة خصوصاً بعقد إقرار بزواج، وهذا ما هو واضح من خلال قرار المحكمة العليا مؤرخ في 08 أفريل 2009[51]، نصّ على ما يلي: «يعتبر الإقرار بالزواج العُرفي، أمام الموثق، إبراماً لعقد زواج أمام موثق وحجة تجاه الغير».

ب- إثبات الزواج العُرفي بالنكول عن اليمين:

- النّكول عن اليمين: هو امتناع من وجبت عليه أو له يمين منها؛ فالامتناع يتقرّر بالتصريح، مثل قوله: «لا أحلف أو يتمادى على عدم اليمين»[52].
- النّكول عن اليمين عند الفقهاء[53]: قال أبو القاسم- رحمه الله-: «ومن ادّعى زوجية امرأة فأنكرته، ولم تكن له بيّنة، فُرّق بينهما، ولم يُحلّف».

جملته أنّ النكاح لا يستحلف فيه، رواية واحدة.

وقال أبو حنيفة: وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَسْتَحْلِفَ فِي كُلِّ حَقٍّ لِآدَمِيٍّ. وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَابْنِ الْمُنْذِرِ وَنَحْوُهُ قَوْل أبي يوسف ومحمد لقول النبي ﷺ: {ولكن اليمين على المدعى عليه}، ثم اختلفوا فقال أبو يوسف ومحمد: يستحلف في النكاح، فإن نكل ألزم النكاح، وقال الشافعي: إن نكل ردت اليمين على الزوج فحلف، وثبت النكاح و هذا مما لا يحل بذله فلم يستحلف فيه، كالحد يحقق هذا أن الأبضاع مما يحتاط فيها فلا تُباح بالنّكول، ولا به بيمين المدعي، كالحدود وذلك لأنّ النّكول ليس بحجة قوية إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين، أو للجهل بحقيقة الحال، أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس الحاكم.

أمّا الصاحبين[54]: أنّه في حالة عجز الزوج عن إثبات الزوجية بالبيّنة، وجهّت اليمين إلى الزوجة، فإن حلفت رُفضت دعواه، وكان هذا القضاء في الفقه الحنفي قضاء ترك لا يمنع المدعي من تجديد الدعوى إن وجد البيّنة؛ إذا القضاء بالحلف قضاء ترك على ما هو مقرّر في الفقه، وإن نكلت عن اليمين قضي عليها بالزواج، لأنّ النّكول إقرار على مذهب الصاحبين المفتى به في الفقه الحنفي.

أمّا في القانون[55]: فإنّ الخصم الذي وجّهت له اليمين المتمّمة أمام خيارين، إمّا أداء اليمين، وإمّا الامتناع عن أدائها، ولكن لا يجوز له ردّها، وهو رأي الحنفيّة الذي أخذ به المشرّع الجزائري القاضي بمنع ردّ اليمين على المدّعى.

وهذا ما جاء في نصّ المادة 349[56] من القانون المدني: «بأنّه لا يجوز للخصم الذي وجّه إليه القاضي اليمين المتمّمة أن يردها على خصمه».

فبالنسبة للقضاء الجزائري، فاليمين تكون في حالة وفاة أحد الزوجين، مع سماع شهادة الشهود، وهذا ما تضمنته المحكمة العليا في قرار لها[57]: «المبدأ: يثبت الزواج العُرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة "لا نكاح بعد الموت"، ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها العُرفي من الهالك إضافة إلى سماع شهادة الشهود طبقوا القانون تطبيقاً سليماً، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه».

فبناءً على ما تمّ ذكره، نلاحظ أنّ إثبات الزواج العُرفي في الفقه الإسلامي أوسع نطاق من إثباته في القانون وتحديدا لدى المشرّع الأسري، الذي لم ينص صراحةً على وسائل الإثبات والإجراءات المتبعة بشأن ذلك، بينما أحال القاضي على أحكام الشريعة الإسلامية، بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة المذكورة آنفاً، وبالتالي نقول أنّ الأمر يرجع للقاضي نفسه وذلك في مدى اجتهاده في القضية المعروضة أمامه ومدى احتكاكه بها، والبحث عن القانون الواجب التطبيق، وذلك بالرجوع لأحكام الفقه، لإيجاد الحلول، فمتى كان اجتهاده معمّقاً كان بذلك دوره إيجابياً في حلّ القضايا، وبمفهوم المخالفة، ومتى كان ضيّقاً ومقتصراً فقط على حلول بسيطة خصوصاً إذا كانت القضية تتطلب البحث والتعمّق فيها كان بذلك دوره سلبياً، وقد يُعرض حكمه للقصور، هذا ما يمكن استيفاءه من بعض الاجتهادات القضائية التي جاءت لتُعالج الفراغ الإجرائي الذي يكون في بعض الأوقات على مستوى أوّل درجة (المحكمة) أو على مستوى ثاني درجة (المجلس). وهذا ما سنتعرض له من خلال المحور الثاني، تحديداً في موقف المحكمة العليا من كلّ هاته المسائل.

3. موقف المحكمة العليا من وسائل إثبات الزواج العُرفي.

سنتطرق في هذا المحور لدور الاجتهاد القضائي في مجال إثبات عقد الزواج العُرفي، ومدى معالجته للفراغ التطبيقي أو الإجرائي.

يقصد بالاجتهاد القضائي[58]: هو «المسك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون، أو استنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص القانوني، والمقصود بالأحكام المتعلقة بالنصوص هو تفسير النصوص الغامضة في حالة وجود النص القانوني والحكم بها، أمّا الاستنباط عند عدم وجود النص، فالقصد منه استفراغ القاضي وسعيه مجتهداً لإيجاد حكم لمسألة لم تضمّن في القانون».

والاجتهاد القضائي في الجزائر: وهو ما تقوم به المحكمة العليا باعتبارها المؤسسة القضائية العليا التي يجوز لها قانوناً النظر في كلّ ما يظن أنّ فيه خرق للقانون ومساس بالإجراءات الواجب إتباعها في سير الدعوى القضائية وتعتبر جميع قراراتها ملزمة للقاضي[59].

فالاجتهاد في مجال الأحوال الشخصية[60] هو اجتهاد المحكمة العليا لسدّ النقص الذي يعتري قانون الأسرة، الأمر الذي يتسبب في وقوع إشكالات عملية أثناء التطبيق.

3-1. دور الاجتهاد القضائي في مجال إثبات الزواج العُرفي بالبيّنة (شهادة الشهود).

استقرّت المحكمة العليا على أنّ الشهادة هي الوسيلة الوحيدة لإثبات الزواج العُرفي، ولتوضيح ذلك سنقف عند بعض قرارات المحكمة العليا، بالإضافة إلى تطرق الاجتهاد القضائي لشروط الشهادة والشهود التي لم ينص عليها المشرّع، وقد انعكس موقفها على أحكام الشرع في عدّة قرارات لها.

جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 27 مارس 1989 [61]: «من المقرّر شرعًا أنّ 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 الأسس القانونية ومخالفة قواعد الإجراءات في غير محله، يستوجب الرفض- لما كان من الثابت- في قضية الحال، أنّ الطاعن لم يأت بأيّ من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العُرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن».

وكما جاء في قرار آخر بخصوص الشهادة ورفض الدعوى لعدم إتيان بشاهدين مؤرخ في 11 ديسمبر 1989[62]: «من المقرّر قانونا أن يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توفرت أركانه وفقا للقانون، ومن ثم فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبيب وانعدام الأساس القانوني في غير محله.

ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أنّ المجلس القضائي قضى بعدم وجود الزواج ورفض دعوى الطاعنة لعدم إثباته كان على صواب وطبق القانون تطبيقا صحيحا. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن».

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 23 سبتمبر 1985 [63]: «إذا كان من المبادئ الشرعية السائدة فقهًا وقضاءً، أنّ إثبات عقد زواج في حالة وفاة أحد الزوجين يكون مؤسسًا على شهادة شهود يؤكدون صحة انعقاده وفقا لتعاليم الشريعة الإسلامية، وأن الاكتفاء بشهادة ثلاثة أشخاص كان أفضل من شهد منهم أنه حضر الفاتحة، فهي شهادة في غاية من الإجمال وليست مما يثبت بها عقد الزواج إذا ما كانت شهادة الآخرين أضعف منها، فإن الإثبات بالبيّنة على هذا النحو لا يكفي وحده إلا مع يمين المدعيّة.

لذلك، يستوجب نقض القرار القاضي بإثبات عقد زواج المدعية بشخص متوفى تأسيسًا على شهادة ثلاثة أشخاص ليست كافية لهذا الإثبات ودون تحليف المدعيّة اليمين».

يُستفاد من هذا القرار أنّ شهادة العيان التي يعتدّ بها في إثبات الزواج العُرفي هي الشهادة القطعية التفصيلية التي تثبت بموجبها لقضاة الموضوع استكمال المقومات الشرعية لعقد الزواج، أمّا عن الشهادة المجملة فلا اعتداد بها في الإثبات[64].

كما أنّه يمكن إثبات الزواج بالشهرة والتسامع ، قرار صادر بتاريخ 12 جويلية 2012 نص على انه [65]: «المبدأ: يمكن قضاء إثبات الزواج بالشهرة والتسامع، تجوز الشهادة على الزواج عن طريق التسامع المتواتر، حتى ولو لم يحضر الشاهد مجلس العقد».

كما جاء في حيثيات القرار[66]: «حيث أنّ الأصل في الشهادة الإحاطة والتيّقن، فإنّ المتفق عليه فقهاً وقضاءً أنّ الزواج يمكن إثباته حتى بالشهرة والتسامع وفقا لِما هو مقرّر شرعاً، ويجوز للشاهد أن يشهد وفق ذلك بالزواج ولو لم يحضر مجلس العقد متى كان ما يشهد به تسامعاً متواتراً سمعه من جماعة لا يُتصور تواطؤهم على الكذب وبالتالي فطالما أنّ حكم الدرجة الأولى قد أثبت بشهادة شاهدين وعدم الأخذ بها بدعوى عدم حضور الشهود من أهل الزوج والإمام الذي قرأ الفاتحة وإدانة الطاعنة بجُرم التزوير واستعمال المزور في العقد المسجل بالحالة المدنية لا يعدّ مبرراً كافيا لاستبعاد شهادة الشاهدين، ويكون القرار بذلك قد أقام قضاءه على غير سند، ممّا يجعل الوجه سديداً».

ففي هاته الحالة يكون القضاة قد عرّضوا قرارهم للنقض والقصور في التسبيب، إذ أنّ هذا لا يعدّ حجّة كافية لاستبعاد الشهادة.

بالإضافة إلى أنّ إثبات الزواج يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ومدى قناعتهم بالشهادة المدلى بها أمامهم، فلهم أن يأخذوا بها وفقا لِما اطمئنوا له، ولهم أن لا يأخذوا بذلك، وهذا ما تمّ توضيحه من خلال القرار 34046 المذكور سابقا.

غير أنّ المحكمة العليا[67] تفرض على قضاة الموضوع رقابة قانونية صارمة على البيّنة القاطعة التي تشهد بمعاينة العقد على النحو الشرعي، وهي شهادة عدلين ذكرين، وهو ما استقرّت عليه في قرار لها بتاريخ 15 ديسمبر 1986، أهم ما جاء فيه[68]: «من القواعد المقرّرة شرعاً أنّ التنازع في الزوجية إذا أدعاها أحدهما وأنكرها الآخر فإنّ إثباتها يكون البيّنة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي.

والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.

وكما كان من الثابت- في قضية الحال- أنّ القرار المطعون فيه جاء خالياً من أيّة حجّة أو بيّنة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعاً، فإنّ تقريره بوجود الزواج يعدّ مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية ومخطأ في أنواع الشهادات في الفقه،ومتى كان كذلك يستوجب نقض القرار المطعون فيه».

وبالتالي كرّست المحكمة العليا من خلال شرطها للذكورة صراحة، استناداً لرأي الفقهاء، على غرار الحنفية، إذ لا يجوز الزواج بشهادة رجل واحد وامرأتين أو بشهادة النساء فقط.

غير أنّ هذا الاتجاه قد تراجع وبذلك قد أجاز شهادة رجل وامرأتين معتمداً في رأيه على المذهب الحنفي الذي أجاز ذلك في قرار مؤرخ في 14 فيفري 2007[69]: «المبدأ: أنّه يثبت الزواج العُرفي بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل، ولا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط».

فقد قضت المحكمة العليا بنقض القرار دون إحالة بحكم أنّ محكمة بالدرجة الأولى قد استمعت إلى عدّة شهود من بينهم امرأتان إلى عمّ الزوجة على أساس أنّه كان وليّها، وقضاة المجلس ألغوا حكم القاضي بإثبات الزواج بدعوى أنّه يحق وجود شاهدين من أقارب الطاعنة وأنّ العمّ لا تصح ولايته[70].

كما أنّه لا يجوز أن يكون «الوليّ أحد شاهدي عقد الزواج»، وهذا ما جاء في قرار المؤرخ في 10 فيفري 2011، فقد في حيثيات هذا القرار عن الوجه الأوّل المأخوذ من المخالفة والخطأ في تطبيق القانون، بحيث أنّ قضاة المجلس اعتبروا تصريحات وليّ الزوجة هي شهادة ثانية تُضاف إلى شهادة خالها، مع أنّ نصّ المادة 9 و9 مكرر يستوجب بالإضافة إلى وليّ الزوجة، شاهدين وهو الشيء الذي لم يتحقق في هذه القضية، حيث أنّه يتبيّن بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أنّ قضاة المجلس وبعد التحقيق الذي أجروه أسّسوا قرارهم على

أنّه وقع فعلاً زواج عُرفي بين الطاعن وبين المطعون ضدّه، واستندوا إلى شخصين بإثبات زواج عُرفي مع أنّ أحدهما وهو الوليّ وأب المطعون ضدّها لا يجوز اعتباره أحد شاهدي عقد الزواج وإلاّ اعتبر ذلك مخالفاً لنصّ المادتين المذكورتين[71].

أمّا فيما يتعلق بتصريحات الشهود، أي التصريحات العامة للشهود[72] لا تكفي لإثبات الزواج، وهو ما جاء في إحدى القرارات مؤرخ في 5 نوفمبر 1984[73]: «من المقرر شرعا أنه يجوز إثبات عقد الزواج بشهادة شهود تفيد وجوده الشرعي، ومن ثمّ فإنّ القضاء بإثبات عقد زواج اعتمادا على شهود لا تفيد انعقاده شرعاً،يعدّ خرقًا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كان قضاة الاستئناف اكتفوا في قرارهم بالقول أنّ الزوج تارة ينكر الزواج وتارة يطلب التصريح بعدم الاختصاص وأنّ شهود المطعون ضدّها صرّحوا أمام القاضي الأول بأن الطرفين كانا متزوجين وعاشا عيشة الأزواج، فإنهم بقضائهم بإثبات عقد الزواج بين الطرفين خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية باعتبار أنّ هذه التصريحات لا تكون كافية لإثبات عقد الزواج الشرعي.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة أحكام هذا المبدأ».

كذلك استقرّت المحكمة العليا على أنّ الزواج يجب أن يُراعي فيه القاضي الأركان الواجب توافرها فيه وشروطه، فهو يقوم على الشهرة والعلن، وبالتالي لا يجوز في إثباته أن تكون شهادة الشهود متناقضة، لما جاء في قرار 34046 السابق.

كما يجب أن تتم الشهادة تحت مراقبة قضاة الموضوع[74] وفقا لأحكام القانون، ومن ثمّ فإنّ إسناد المهمة لموثق أو خبير يعتبر تنازلاً منهم عن صلاحياتهم، ممّا يجعل قرارهم عُرضة للنقض،و هو واضح من خلال القرارين الآتيين بتاريخ 25 ماي 1993[75]: «من المقرر قانونا أنه يتوجب على القاضي الاستماع بنفسه لشهادة كل شاهد وعلى الانفراد سواء بحضور الخصوم أو غيابهم، ويذكر كل شاهد قبل الإدلاء بشهادته، اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته أو تبعيته للخصوم ثم يحلف بأن يقول الحق.

ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن قضاة المجلس أغفلوا توجيه اليمين القانونية للشاهدات، وسماعهن على إنفراد، والأهم: إغفال مناقشة إسناد المهمة للخبير بسماع الشهود، وإنّ مثل هذه المهمة تعتبر أساسا من اختصاص القضاة وإسنادها لموثق يعتبر تنازلا منهم عن اختصاصاتهم، مما يجعل قرارهم عرضة للنقض».

والقرار في 29 سبتمبر 1992[76]: «من المقرّر قانونا أنّه يجوز سماع شهادة الأقارب باستثناء الأبناء في الدعاوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق.

ومتى تبيّن- في قضية الحال- أنّ قضاة الموضوع لما كلفوا الموثق بسماع شهود الزواج المدّعى به يكونون قد تخلفوا عن مسألة تتعلق باختصاصهم لأنّه لا يمكن للموثق أن يقوم بذلك مكانهم،وعليه فإنّ القضاة باعتمادهم على تقرير الموثق فيما يخص إثبات الزواج خالفوا القانون وأخطئوا في تطبيقه،ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه».

إذن هذا كان كلّه عن الإثبات بالشهادة، أمّا عن الإقرار والنّكول عن اليمين، فباستقرائنا لبعض الاجتهادات القضائية نقول أنّها اعتمدت على اليمين كوسيلة للإثبات في حالة الوفاة فقط.

أمّا عن الإقرار، فإنّ المحكمة العليا لا تعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حدّ ذاتها لإثبات واقعة الزواج غير الموثق[77].

3-2. دور الاجتهاد القضائي في إثبات عقد الزواج العُرفي بالإقرار واليمين.

فمن خلال تقصي بعض قرارات المحكمة العليا نجد أنّها اقتصرت على إثبات الزواج العُرفي باليمين في حالة الوفاة ولكنّ اليمين وحدها لا تكفي في ذلك، بل يشترط أن تكون مع شهود حضروا واقعة الزواج أو سمعوا عن ذلك مع اليمين.

وهو ما تضمنه القرار الآتي مؤرخ في 22 سبتمبر 1998[78]: «يثبت الزواج العُرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة "لا نكاح بعد الموت".

ومن ثم فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدّها حول إعادة زواجها العُرفي من الهالك، إضافة إلى سماع شهادة الشهود، طبقوا القانون تطبيقا سليما،ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه».

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 19 سبتمبر 2000[79]: « القضاء بإثبات الزواج العُرفي، اعتمادا على يمين الزوجة، دون توافر أركانه، مخالف للشرع والقانون. وفي قضية الحال فإنّ المطعون ضدّها رفعت دعواها عام 1998 أمام الأبيض سيدي الشيخ لإثبات زواجها العُرفي الذي تدّعي وقوعه عام 1956 بينها وبين أخ الطاعن المتوفي». وبالتالي لا يثبت الزواج بمجرد الاعتماد على يمين المدّعية.

وكذا القرار رقم 37501 المذكور آنفاً، أنّ عقد الزواج يثبت في حالة وفاة أحد الزوجين بالشهادة مع اليمين.

كما أنّه في حالة عدم وفاة الزوجين يجوز إثبات الزواج العُرفي بشهادة الشهود واليمين المتمّمة، بحيث أنّه يجوز توجيه اليمين المتمّمة من طرف القاضي تلقائياً إلى أيّ من الخصمين متى رأى أنّ الدعوى خالية من أيّ دليل أو لا يكون فيها دليلٌ كامل، وقد جاء في فيما يلي[80]: «يجوز إثبات الزواج العُرفي بشهادة الشهود واليمين المتمّمة».

يُستفاد ممّا تمّ ذكره، أنّ الاجتهاد القضائي استقرّ على أن إثبات الزواج غير الموثق يكون بشهادة الشهود فهي من أقوى وسائل الإثبات، في حين أنّ الإقرار والنّكول عن اليمين لا يكون إلاّ في حالة الوفاة، ونخصّ بالذكر اليمين والنّكول عن اليمين على عكس ما جاء عند بعض فقهاء الشرع، وهذا ما سبق توضيحه.

كما أنّ الاجتهاد القضائي في بعض قراراته جاء لسدّ الفراغ الإجرائي الذي كان يشوب بعض الأحكام القضائية سواءً على مستوى أوّل درجة أو ثاني درجة، إضافة إلى أنّ جلّ القرارات كانت تعكس أحكام الشريعة الإسلامية، ممّا جعلها أكثر ضماناً لحفظ الحقوق، نظرا لخطورة هذا الزواج والذي قد تتعدّى أطرافه إلى النسل الناتج عنه.

وبالتالي متى كان اجتهاد القاضي في إثبات واقعة الزواج العُرفي تتسم بالتعمّق، أي إجراء تحقيق معمّق من أجل التوصل لحلّ يعتمد عليه في بناء حكمه، كان دوره إيجابياً وحكمه ليس معيباً، وإذا كان عكس ذلك، كان حكمه مشوباً بالقصور في التسبيب ومعرضاً للنّقض.

4. خاتمة:

وفي ختام هذا البحث توصلنا للنتائج التالية:

- استقرّ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على أنّه: متى كان عقد الزواج العُرفي مستوفيا لأركانه وشروطه الشرعية هو زواج صحيح شرعا ويكون إثباته بشهادة الشهود، بحيث أنها الوسيلة الوحيدة للإثبات نظراً لقوتها الثبوتية.
- كما أنّ الشهادة التي يعتد بها في إثبات عقد الزواج العُرفي هي شهادة العيان التي حضر أصحابها مجلس العقد، إضافة إلى شهادة السماع.
- اشتراطه للذكورة في الشهود، كما تراجع في قراراه الصادر سنة 2007 الذي أخذ بشهادة رجل وامرأتين وفقا لِما ذهب إليه المذهب الحنفي.
- مساهمة الاجتهاد القضائي في معالجة الفراغ الإجرائي على المستوى التطبيقي، وذلك باستقرائنا لبعض قرارات المحكمة العليا في موضوع الإثبات مسايراً في ذلك أحكام الفقه الإسلامي.
- إضافة إلى أنّه يمكن إثبات الزواج العُرفي بالإقرار واليمين، بحيث أنّ هاته الأخيرة تكون في حالة الوفاة أي وفاة أحد الزوجين، ولكل من له مصلحة في ذلك.
- سلطة القاضي التقديرية في الأخذ بشهادة الشهود ومدى قناعته بها، فله أن يأخذ ما اطمئن إليه، كما له أن يردّ ما لم يطمئن له.

وبناء على ما تمّ ذكره، نقترح:

- تنظيم قواعد الإثبات في قانون الأسرة بما يُساير أحكام الفقه الإسلامي بشكل أكثر وضوحاً، بما فيها أحكام شهادة الشهود بأنواعها.
- عدم إهمال الجانب الإجرائي والاعتناء به أكثر في قضايا شؤون الأسرة خصوصاً في موضوع الزواج وإثباته، بحيث أنّ هذا الأخير يتميّز بخصوصية أكثر عن باقي العقود الأخرى، لِما له من أهمية كبيرة في الشريعة الإسلامية نظراً لخطورة هذا العقد وما قد ينجم عنه من مخاطر، وآثار غير حميدة، نتيجة صعوبة في إثباته وكذا تسجيله.
- إخضاع القضاة المختصين في مجال قضايا شؤون الأسرة إلى دورات تكوينية تحت إشراف مختصين قانوناً وشرعاً، بتنسيق تحليل الأحكام القانونية والفقهية تماشياً مع الأحداث الجديدة والتطوّرات في هذا الميدان، ومعالجة النقائص التي تشوبه على المستوى النظري والتطبيقي على حدّ سواء.

5. قائمة المراجع:

- **القرآن الكريم.**
- **الحديث النبوي الشريف:**

-صحيح مسلم، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسبوري، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج1، ط1، 1412هـ/1991م، حديث رقم: 1711، ص.1336.

-الكتب:

1) بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961.
2) برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، ج1، طبعة خاصة، 1422هـ/2003م.
3) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، ط6، 2010.
4) بلحاج العربي، قانون الأسرة، وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2012.
5) جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة، الأحوال الشخصية، ج2، منشورات كليك، ط1، 2013.
6) عبد رب النبي الجارحي، الزواج لعرفي، المشكلة والحل، دار الرّوضة للنشر والتوزيع، القاهرة- مصر، (د.ط)، (د.ت).
7) عمر بن سعيد، طرق الإثبات الموضوعية والشكلية في القانون والقضاء المدني الجزائري، دار بلقيس للطباعة والنشر والتوزيع، دار البيضاء، الجزائر، (د.ط)، (د.ت).
8) عبد الفتاح تقية، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات ثالة، الأبيار- الجزائر العاصمة، ، د.ط، 2000.
9) كريمة محروق، عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019.
10) محمد بن قاسم الأنصاري أبو عبد الله الرّصاع التونسي المالكي، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، د.ب.ن، ج1، ط1، 1350هـ.
11) موفق الدين ابن قدامة المقدسي، كتاب الدعاوى والبيّنات، مكتبة القاهرة للنشر والتوزيع، ج10، (د.ط)، 1388هـ/1968م.
12) نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري: دليل القاضي والمحامي، مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2018.
13) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الفقه العام، دار الفكر، دمشق- سورية، ج6، ط2، 1405هـ/1985م.

14)وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميّسر، دار الكليم الطيّب للطباعة والنشر، دمشق- بيروت، ج4، 1431هـ/2010م.

- **الرسائل الجامعية:**

1) معزوز دليلة مشري، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العُرفي، رسالة ماجستير، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون- الجزائر، 2003-2004.

- **المقالات:**

2) حجاري محمد، دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الإثبات في أحكام الأسرة، دراسة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي، مجلة العلوم الإسلامية والحضارة، الجزائر، عدد 07، 2018.

3) رتيبة عياش، دور الاجتهاد القضائي في معالجة الشغور الإجرائي في إثبات الزواج العُرفي، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة- الجزائر، المجلد13، عدد 28، نوفمبر 2021.

4) صالح بوبشيش، واقع الأسرة الجزائرية بين إلزامية القانون أو حتمية الاجتهاد، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، الجزائر، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة باتنة- الجزائر، 2005.

5) عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العُرفي المتنازع فيه- دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري-، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد 01، العدد 01، جامعة الوادي، الجزائر، ديسمبر 2015.

6) عماد شريفي، مبروك المصري، مسائل لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري ودور اجتهاد المحكمة العليا في استكمالها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، المجلد 11، عدد 01، أفريل 2020.

7) منصوري مبروك، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير أدلة الإثبات (شهادة الشهود)، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار- الجزائر، المجلد 03، عدد 01، جوان 2019.

- **المجلات القضائية:**

- مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 02، ص.307.
- المجلة القضائية، 1991، عدد 01، ص59
- المجلة القضائية، 2012، عدد02، ص.269.
- المجلة القضائية، 1993، عدد02، ص.51.
- اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص44.
- المجلة القضائية، 1994، عدد 01، ص.58.
- المجلة القضائية، عدد 02، 2003، ص.274.
- مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2004، ص.373، 376، 377.
- المجلة القضائية، 2003، عدد 02، ص.271، 273.
- مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2009، ص.287.
- مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2011، ص.275.
- مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2014، ص.332.

- **القوانين:**

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر، المؤرخة في 27 فبراير 2005، العدد 15، ص.20.
- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد 78، مؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون 05-205، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ص.73.

-القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، ج.ر، رقم 31، المؤرخة في 13 مايو 2007.
-القانون رقم 08-09-المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، العدد21، سنة 2008، ص.3.
-القانون رقم 06-02 صادر بتاريخ 20 فبراير 2006، المتضمن مهنة الموثق، ج.ر، العدد 4، سنة الثالثة والأربعون، ص.15.

6. الهوامش:

[1] تنص المادة 9 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 يعدل ويتمّم القانون رقم 84-17 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 27 فبراير 2005، العدد 15، ص.20. عل أنه: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين». كما تنص المادة 9 مكرر على أنه: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: - أهلية الزواج
- الصداق
- الولي
- شاهدان
- انعدام الموانع الشرعية للزواج».

[2] تنص المادة 423 فقرة رقم 03 من القانون رقم 08-09-المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، العدد21، 2008، ص.03، على أنه: «ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص... دعاوى إثبات الزواج والنسب».

[3] عبد رب النبي الجارحي، الزواج لعرفي، المشكلة والحل، دار الرّوضة للنشر والتوزيع، القاهرة- مصر، (د.ط)، (د.ت)، ص.104.

[4] بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961، ص.208.

[5] برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، ج1، طبعة خاصة، 1422هـ/2003م، ص.172.

[6] وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميّسر، دار الكليم الطيّب للطباعة والنشر، دمشق- بيروت، ج4، 1431هـ/2010م، ص.630.

[7] صحيح مسلم، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسبوري، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج1، ط1، 1412هـ/1991م، حديث رقم: 1711، ص.1336.

[8] كريمة محروق، عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019، ص.276.

[9] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 71732، بتاريخ 1991/04/23، المجلة القضائية، 1993، عدد02، ص.51.

[10] المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 210422، بتاريخ 1998/11/17، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص.53.

[11] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 221329، بتاريخ 1999/04/20، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص.60.

[12] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 248683، بتاريخ 2000/09/19، المجلة القضائية، عدد 02، 2003، ص.274.

[13] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 289545، بتاريخ 2002/05/08، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2004، ص.373، 376، 377.

[14] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 261925، الصادر بتاريخ 2002/07/03، المجلة القضائية، 2003، عدد 02، ص.271، 273.

[15] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 53272، بتاريخ 1989/03/27، المجلة القضائية، 1990، عدد 03، ص.82.

[16] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 55706، بتاريخ 1989/12/11، المجلة القضائية، 1992، عدد 01، ص.48.

[17] جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة،الأحوال الشخصية ج2، منشورات كليك، ط1، 2013، ص.567.

[18] كريمة محروق، عقود الزواج، المرجع السابق، ص.277.

[19] عمر بن سعيد، طرق الإثبات الموضوعية والشكلية في القانون والقضاء المدني الجزائري، دار بلقيس للطباعة والنشر والتوزيع، دار البيضاء، الجزائر، (د.ط)، (د.ت)، ص.89.

[20] كريمة محروق، المرجع السابق، ص.277.

[21] عبد رب النبي الجارحي، المرجع السابق، ص.106.

[22] نص المادة 153 من قانون 08-09 السالف الذكر، على ما يلي: «لا يجوز سماع أيّ شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.
- لا يجوز سماع زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقا؛
- لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم.

- غير أنّ الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق.
- يجوز سماع القُصر الذين بلغوا سن التميّز على سبيل الاستدلال.
- تقبل شهادة باقي الأشخاص، ماعدا ناقصي الأهلية».

[23] حجاري محمد، دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الإثبات في أحكام الأسرة، دراسة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي، مجلة العلوم الإسلامية والحضارة، الجزائر، عدد 07، 2018، ص.151.

[24] برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم، المرجع السابق، ص.175.

[25] سورة يوسف، الآية: 81.

[26] وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، المرجع السابق، ص.653.

[27] المرجع نفسه، ص.661.

[28] صحيح مسلم، مرجع سابق، حديث رقم: 1712، كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد، ص.1337.

[29] بلحاج العربي، قانون الأسرة، وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2012، ص.102.

[30] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34046، صادر بتاريخ 1984/11/19، المجلة القضائية، 1990، عدد 01، ص.67.

[31] منصوري مبروك، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير أدلة الإثبات (شهادة الشهود)، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار- الجزائر، المجلد 03، عدد 01، جوان 2019، ص.225-226.

[32] حجاري محمد، دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، ص.149.

[33] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 58788، بتاريخ 1990/03/19، المجلة القضائية، 1991، عدد 01، ص59

[34] عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العُرفي المتنازع فيه- دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري-، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد 01، العدد 01، جامعة الوادي، الجزائر، ديسمبر 2015، ص.137.

[35] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص.271.

[36] عمر بن سعيد، طرق الإثبات الموضوعية والشكلية في القانون والقضاء المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.69.

[37] المرجع نفسه، ص.73.

[38] المادة 341 من القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، ج.ر، رقم 31، المؤرخة في 13 مايو 2007.

[39] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الفقه العام، دار الفكر، دمشق- سورية، ج06، ط2، 1405هـ/1985م، ص.781.

[40] عبد الله حاج أحمد، المرجع السابق، ص.134.

[41] كريمة محروق، عقود الزواج، المرجع السابق، ص.273.

[42] كريمة محروق، المرجع نفسه، ص.273-274، نقلا عن، بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.ت، ط2.

[43] كريمة محروق، المرجع نفسه، ص.267، نقلا عن، محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارض، الإسكندرية، د.ط، 1998، ص.231.

[44] كريمة محروق، المرجع نفسه، ص.268، نقلا عن، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص.611.

[45] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 0881943، صادر بتاريخ 2014/01/16، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2014، ص.332.

[46] عبد الفتاح تقية، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات ثالة، الأبيار- الجزائر العاصمة، ، د.ط، 2000، ص.23.

[47] قانون رقم 06-02 صادر بتاريخ 20 فبراير 2006، المتضمن مهنة الموثق، ج.ر، العدد 4، سنة الثالثة والأربعون، ص.15.

[48] عبد الفتاح تقية، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[49] عبد الفتاح تقية، المرجع نفسه، ص.26.

[50] معزوز دليلة مشري، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العُرفي، رسالة ماجستير، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون- الجزائر، 2003-2004، ص.111-112.

[51] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 492268، الصادر بتاريخ 2009/04/08، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2009، ص.287.

[52] محمد بن قاسم الأنصاري أبو عبد الله الرّصاع التونسي المالكي، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، د.ب.ن، ج1، ط1، 1350هـ، ص472.

[53] موفق الدين ابن قدامة المقدسي، كتاب الدعاوى والبيّنات، مكتبة القاهرة للنشر والتوزيع، ج10، (د.ط)، 1388هـ/1968م، ص.242.

[54] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.271.

[55] كريمة محروق، عقود الزواج، المرجع السابق، ص.303.

[56] الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد 78، مؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون 05-205، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ص.73.

[57] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 204254، صادر بتاريخ 1998/09/22، المجلة القضائية، عدد 02، 2000، ص.173.

[58] عماد شريفي، مبروك المصري، مسائل لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري ودور اجتهاد المحكمة العليا في استكمالها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، المجلد 11، عدد 01، أفريل 2020، ص.609.

[59] صالح بوبشيش، واقع الأسرة الجزائرية بين إلزامية القانون أو حتمية الاجتهاد، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، الجزائر، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة باتنة- الجزائر، 2005، ص.274.

[60] عماد شريفي،ا مبروك المصري،لمرجع نفسه،ص نفسها.

[61] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 53272، صادر بتاريخ 1989/03/27، المجلة القضائية، 1990، عدد03، ص.82.

[62] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 55706، صادر بتاريخ 1989/12/11، المجلة القضائية، عدد01، 1992، ص.48.

[63] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم37501، صادر بتاريخ 1985/09/23، المجلة القضائية، عدد01، 1989، ص95.

[64] رتيبة عياش، دور الاجتهاد القضائي في معالجة الشغور الإجرائي في إثبات الزواج العُرفي، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة- الجزائر، المجلد13، عدد 28، نوفمبر 2021، ص.131.

[65] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 693621، صادر بتاريخ 2012/07/12، المجلة القضائية، 2012، عدد02، ص.269.

[66] نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري: دليل القاضي والمحامي، مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2018، ص 79.

[67] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، ط6، 2010، ص.275.

[68] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 43889، صادر بتاريخ 1986/12/15، المجلة القضائية، عدد 02، 1993، ص.37.

[69] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 381880، صادر بتاريخ 2007/02/14، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2007، ص.483.

[70] نجيمي جمال، المرجع السابق، ص.78.

[71] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 600991، صادر بتاريخ 2011/02/10، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2011، ص.275.

[72] المرجع نفسه، ص.81.

[73] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34030، صادر بتاريخ 1984/11/05، المجلة القضائية، عدد 02، 1990، ص.82.

[74] بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.275.

[75] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 90683، صادر بتاريخ 1993/05/25، المجلة القضائية، عدد 01، 1994، ص.58.

[76] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 84334، صادر بتاريخ 1992/09/29، اجتهاد قضائي، عدد خاص 2001، ص44.

[77] كريمة محروق، عقود الزواج، المرجع السابق، ص.273.

[78] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 204254، صادر بتاريخ 1998/09/22، المجلة القضائية، عدد 02، 2000، ص.173.

[79] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 248683، صادر بتاريخ 2000/09/19، المجلة القضائية، عدد 02، 2003، ص.274؛ نقلا عن نجيمي جمال، المرجع السابق، ص.80.

[80] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 424799، صادر بتاريخ 2008/02/13، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2008، ص.307.