جامعة زيان عاشور –الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الشكلية في عقد الزواج

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر في الحقوق
تخصص قانون أسرة

إعداد الطالبين:
خضراوي عقبة
بوجمعة هشام

إشراف الاستاذ:
بورزق احمد

لجنة المناقشة

د/	هزرشي عبد الرحمن	**رئيسا**
د/	بورزق أحمد	**مشرفا ومقررا**
د/	هواري صباح	**ممتحنا**

السنة الجامعية : 2022/2021

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

أول مشكور هو الله عز وجل، ثم والداي على كل مجهوداتهم منذ ولادتي إلى هذه اللحظات، أنتم كل شيء أحبكم في الله أشد الحب.

يسرني أن أوجه شكري لكل من نصحني أو أرشدني أو وجهني أو ساهم معي في إعداد هذا البحث بإيصالي للمراجع والمصادر المطلوبة في أي مرحلة من مراحله، وأشكر على وجه الخصوص أستاذي الفاضل **بورزق احمد** المشرف، على مساندتي وإرشادي بالنصح والتصحيح وعلى اختيار العنوان والموضوع، كما أن شكري موجه لإدارة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة زيان عاشور –الجلفة

الإهداء

نحمد الله عز وجل الذي وفقنا في اتمام هذا البحث العلمي والذي وهبنا الصحة والعافية والعزيمة،
فالحمد لله حمدا كثيرا،
نتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى الأستاذ المشرف **بورزق احمد** على كل ما قدمه لنا من توجيهات ومعلومات قيمه ساهمت في اطراء موضوع دراستنا في جوانبها ولا ننسى تقديم جزيل الشكر الأساتذة المحترمين والأستاذات بجامعه زيان عاشور بالجلفة
نقول لكم شكرا جزيلا على كل المجهودات

المقدمة

الزواج نعمة يمن بها الله عز و جل على عباده ، ليبعث السكينة و الطمأنينة في النفوس و إستمرار النسل ، فهو رباط شرعي بين الرجل و المرأة (1)

و هو آية من آيات الخالق عز و جل لقوله : " **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون "**[2]

الزواج لغة :

يعني الاقتران والاختلاط و الضم و الجمع ، فهو اقتران الرجل بالمرأة لتكوين الأسرة (3) ، و يطلق على لفظ الزواج النكاح ، و كلمة النكاح تطلق في اللغة على الوطء و كذلك على العقد و على الضم حسيا كان أو معنوياَ.

الزواج شرعاً :

هو عقد وضعه الشارع ليحل ملك إستمتاع الرجل بالمرأة ، و حل إستمتاع المرأة بالرجل (4) ، و لقد عرفه المشرع الجزائري و بيّن أهدافه و مقاصده الشرعية و الدنيوية في المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري التى تنص على أنه : " الزواج هو عقد يتم بين الرجل و المرأة على الوجه الشرعي ، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب".

عرف جمهور الفقهاء الركن على أنه ما به قوام الشيء ووجده فلا يتحقق إلا به (5) فلكل عقد أركان ، و أركان الزواج هي : صيغة العقد ، الزوج ،الزوجة، حل الاستمتاع فإذا تخلف الركن بطل العقد لانعدامه أساساً.

1-د.أحمد غانم" النظرية العامة للزواج بين الشرائع السماوية و القوانين الوضعية "،الجزء الأول، دار النهضة لسنة1993،ص59.

2- سورة الروم الآية .21

3- د .هلال يوسف إبراهيم "أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين الناحية الشرعية والقانونية شرح وتعليق وصيغ" دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، لسنة 1999 ، ص 5.

4- د. وهبة الزحيلي " الفقه الإسلامي و أدلته "الجزء السابع، دار الفكر الجزائر، لسنة 1992 ، ص 29.

5- وهبة الزحيلي " الفقه الإسلامي وأدلته " المرجع السابق، ص 36 .

اختلف فقهاء المذاهب في تحديد أركان الزواج[1]، فتوجهت التشريعات إلى إثبات ما إتفق علي، فهناك من يعتبر الزوج ركنا والزوجة ركنا ثان ومنهم من يجعلهما ركنا واحدا، كما اختلف الفقهاء في تقسيم الأركان، فمنهم من جعلها خمسة أركان مثل المالكية [2] و هي الزوج الزوجة ، الصيغة ، الولي ، الصداق ،

و منهم من يقسم الأركان الى أربعة و هي الزوج الزوجة ، الصيغة ،حل الاستمتاع، ومنهم من يؤسس عقد الزواج على رضا الزوجين وحده.

بالنسبة للعاقدان هما الزوج و الزوجة أو ولي الزوجة ، فإذا تولت العقد بنفسها كانت هي ركن و الزوج ركن ثان، أما إذا تولى ولي الزوجة العقد، فهو ينقل التعبيرعن إرادتها فقط.

الشريعة الإسلامية تشترط شروط خاصة في العاقدين و هو أن يخلوا من الموانع الشرعية كالإحرام و المرض المعتبر شرعاً[3]،كما يشترط الا تكون المرأة محرمة علي الرجل تحريم مؤبد أو مؤقت كأن تكون الزوجة من فروع الرجل.

أمّا صيغة الزواج هي ما يقتضي الإيجاب و القبول كلفظ التزويج [4] و جمهور الفقهاء اتفقوا على انعقاد الزواج بها و هي أنكحت ، زوجت ، و هذه الألفاظ مستمدة من آيات قرآنية

لقول الله عز وجل ***" و لا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء "***[5] أو زوجت لقول الله عزو جل **" وإذا النفوس زوجت "** [6] **.**

المشهور عند المالكية جواز العقد بكل لفظ يقصد منه النكاح أو التمليك ونحوه .

1- محمد كمال الدين إمام " الزواج و الطلاق في الفقه الاسلامي " دارالجامعة للطبع والنشر،لسنة 2000.ص 50

2- -طالب عبد الرحمان " العلوم الفقهية الاسلامية من خلال الأحاديث النبوية "، الجزء الرابع ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،لسنة1998،ص139.

3- طالب عبد الرحمان،"العلوم الفقهية الإسلامية من خلال الأحاديث النبوية " المرجع السابق ، ص140.

4- ابن جزي "القوانين الفقهية " منشورات دار الكتب، لسنة 1987 ،ص158.

5- سورة النساء ،الآية 22.

6- سورة التكوير ،الآية 7.

أهميـــــة الموضـــــــــوع :

موضوع شكلية عقد الزواج هو مجال واسع وجد خصب في مسائل تنازع القوانين؛

- يعتبر الزواج من أهم المعاملات التي تنشأ بسببها صلة القرابة والروابط الأسرية
- الانفتاح المتزايد بين الشعوب مما يعزز من فرص حدوث الزواج المختلط؛
- ينطوي شكلية عقد الزواج على تعقيدات كثيرة سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي؛
- ارتباط الزواج أساسا بفكرة النظام العام، وتأثره بعوامل محيطة التي تختلف من مجتمع لآخر

.أســـــباب اختـــــيـــــار الموضـــــوع :

- الدافع الذاتي والميول الشخصي لدراسة هذا الموضوع
- الوقوف على أهم المسائل و إلاشكالات التي يقوم عليها الزواج المختلط؛
- التعرف على الحلول التي وضعها المشرع لإشكالية التنازع القوانين في شكلية عقد الزواج وضوابط الإسناد التي اختارها لها؛
- الإضافة إلى التراكم المعرفي

صعوبـــــات الـــــدراســـة :

من بين الصعوبات التي واجهتنا خلال هذا البحث عدم وجود كتب متخصصة بتنازع القوانين في ن وجدت فهي تعالج موضوع القانون الدولي مشكلات الزواج أساسا، والخاص كأصل عام .

تـــقســـيـــم الـــــدراســـــــة :

وبناء على ما تقدم فأن دراستنا لموضوع انعقاد الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري ستنحصر في الاختصاص التشريعي منه دون المجال القضائي، وقمنا بتقسيم

الدراسة غلى فصلين اثنين ارتأينا أن نتناول في الفصل الأول القيمة القانونية لكتابة عقد الزواج والوثائق الواجب التطبيق عليها من خلال مبحثين، وتناولنا في الفصل الثاني من آثر تخلف كتابة عقد الزواج .وموقف القانون والقضاء الجزائريين من الزواج غير المسجل من خلال مبحثين أيضا

الفصل الأول

القيمة القانونية
لكتابة عقد الزواج

القيمة القانونية لكتابة عقد الزواج

الفصل الأول : القيمة القانونية لكتابة عقد الزواج

الكتابة وسيلة من وسائل الإثبات و هي أقوى من أي دليل آخر لما توفر للخصوم من ضمانات لا يمكن تبديلها أو إزالتها، و يهدف المشرع من كتابة عقد الزواج هو إفراغ الزواج الشرعي في قالب رسمي و حماية المتعاقدين من إنكار أحدهما للعقد ، كونه صحيحا منتج لآثاره ، مادام لا يوجد أي نص يجبر المسلمين على كتابة عقد الزواج [1] .

لذلك يسعى التشريع الجزائري لكتابة عقد الزواج لدى الموثق أو لدى الموظف المؤهل قانونا و يشترط في ذلك جملة من الشروط الشكلية و الموضوعية .

ولكيأقف على القيمة القانونية لكتابة عقد الزواج أتناول المسألة في مبحثين:أتعرض في المبحث الأول إلى إجراءات عقد الزواج الإدارية وفي المبحث الثاني أتعرضإلى إثبات عقد الزواج شرعا.

المبحث الأول: إجراءات عقد الزواج الإدارية

يقصد بإجراءات الزواج، الترتيبات الإدارية التي تسبق العقد،وهي ترتيبات مطلوبة قانونا في ذاتية العقد، بغرض تسجيله و إعلانه[2]. فتسجيل عقد الزواج أمر ضروري لترتيب الآثار القانونية عليه.

لذلك سأتعرض في هذا المبحث الى السلطة المكلفة بكتابة عقد الزواج في مطلب أول وإجراءات تسجيل عقد الزواج و آثاره في مطلب ثان.

1- GHOUTI BEN MELHA « le droit algérien de la famille » office publication universitaire 1993 p107

2- د بلحاج العربي " الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري"، الجزء الأول ،ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون لسنة 1999، ص 133.

المطلب الأول:السلطة المكلفة بكتابة عقد الزواج

لقد أسند التشريع الجزائري إختصاص تسجيل عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية أو الموثق، للمواطنين المقيمين داخل إقليم الدولة، أما بالنسبة للجزائريين المقيمين خارج إقليم الدولة، فأسندت هذه المهمة الى الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل حسب ما جاء به قانون الحالة المدنية .

وعلى ذلك،أتناول الجهة الرسمية الموكول اليها كتابة عقد الزواج في الفرع الأول وأتناول فيالفرع الثاني الوثائق المطلوبة عند كتابة عقد الزواج .

الفـرع الأول: الجهة الرسمية الموكول إليها كتابة عقد الزواج

أولا : ضابط الحالة المدنية

أسند المشرع الجزائري مهمة تحريرعقد الزواج وتسجيله للموثق أو الموظف المختص قانونا، دون أن يبين من هو الموظف المؤهل قانونا [1].

و يقصد بالموظف المؤهل قانونا في المادة 18من قانون الأسرة حسب ماعرفته المادة الأولى من قانون الحالة المدنية، التي تعتبرضباط الحالة المدنية، هم رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه، ولكن يتعذر عليه القيام بهذه المهمة ضمن مهامه المتعددة، لذا يقوم بتفويض أحد أعوانه المحلفين بالقيام بمهمة الحالة المدنية ،وبمسك سجلات الحالة المدنية،هذا ما نراه سائدا في أغلب البلديات والحياة العملية.

و يختص ضابط الحالة المدنية بكتابة عقد الزواج، إذا كان للزوجين محل إقامة لأحدهما من شهر على الأقل في نطاق الإختصاص المحلي للبلديةو ذلك طبقا للمادة 71 من قانون الحالة المدنية التي تنص على أنه :" يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما بإستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج."

1- عبد العزيز سعد " الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري" طبع ونشر دار البعث ،الطبعة الثانية، قسنطينة الجزائر،لسنة 1989 ، ص158.

ويقوم ضابط الحالة المدنية كذلك بمسك وحفظ سجلات الحالة المدنية حسب التعليمة الوزارية المشتركة حول الحالة المدنية[1]، كما يسجل كافة عقود الزواج المبرمة أمام الموثقين فى سجل عقود الزواج .

و لقد خصص المشرع الجزائري سجلات خاصة ثلاث تسجل فيها عقود الحالة المدنية يمسكها ضابط الحالة المدنية لدى كل بلدية ،ويتكون كل سجل من نسختين وهي: سجل عقود الميلاد وسجل عقود الزواج وسجل عقود الوفيات. وهذا حسب المادة 6 الفصل الثاني الخاص بسجلات وجداول سجلات الحالة المدنية القسم الأول المتعلق بمسك السجلات من قانون الحالة المدنية.

ولابد أن ترقم هذه السجلات ويصادق عليها من طرف النيابة العامة ورئيس المجلس الشعبي البلدي حسب المادة 7 من نفس القانون.

إن وضع المشرع لهذه السجلات الهدف منها هو تدوين عقود الزواج من طرف ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بكتابة عقد الزواج بعد التحقق من هوية الزوجين وتدوينها على السجل وينوه فيه كذلك بأسماء الشهود وولي الزوجة وتحديد مقدارالصداق في العقد طبقا للمادة 15 من قانون الأسرة بعد التعديل الجديد التي تنص على أنه: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".

كما عليه أن ينوه في العقد على أن الطرفين قد خضعا للفحوصات الطبية وعلمهما بالنتائج المتوصل إليها من طرف الطبيب، كما عليه أن يدون فيه أي ملاحظة أبداها طرفي عقد الزواج ويوقع في أسفل ورقة السجل، بعد توقيع الزوجين والشاهدين وولي الزوجة.

إن هذه الوثيقة الأصلية المدونة في سجل الحالة المدنية هي وثيقة ذات أهمية بالغة، بل هي أصل العقد في حد ذاته، يرجع إليها في حالة ما إذا نشب نزاع بين الزوجين في مستخرج عقد الزواج أوأي منازعة يمكن أن تنشأ لاحقا.

1-عماربقيوة " كتاب في التشريع الجزائري، الحالة المدنية ، وثائق السفر،الأسرة ،الجنسية " لسنة 1995، ص93.

بناء على ذلك يجبكتابة عقد الزواج و تسجيله لدى المصالح المختصة و إلا فالقانون لا يعترف بهذا الزواج و لا يرتب عليه أي أثر، و لقد عدلت المادة 22 من قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 [1] ،حيث أنه أصبح يسجل حكم بتثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعيمن النيابة العامة التي كانت سابقا لاتتدخل في إجراءات تسجيل الأحكام الخاصة بتثبيت عقود الزواج التي تنص على أنه :" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم بتثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

إن هدف المشرع من جعل النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الخاصة بالأحوال الشخصية و خاصة تسجيل أحكام تثبيت الزواج، هو مراقبة سجلات الحالة المدنية و السهر على تنفيذ الأحكام القضائية بصفة مستمرة و الأهم أن النيابة العامة تمثل المجتمع ومنه الأسرة التي تعتبرالخلية الأساسية لهذا المجتمع.

كما أنه في حالة غياب الكتابة لأسبابعدة منها عدم إعطاء الأهمية اللازمة و الضرورية لكتابة العقد، كأن يكون الزواج بين الأقارب و كذا بالنسبة لسكان المناطق المعزولة كالمناطقالصحراوية. فهذا لا ينفي أن العقد موجود و يمكن إثبات مضمونه بطرق أخرى قد بينها القانون[2] و من بين هذه الطرق الكتابة لدى الموثق.

1-الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة في 27 فبراير 2005، ص19.

2- د لغوثي بن ملحة " قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري" طبع ديوان الوطني للاشغال التربوية ، لسنة2001، ص32.

ثانيا : الموثـــــق

التوثيق مصطلح جديد أدخله الفقه الإسلامي والتشريعات المعاصرضمن مصطلحاته فهو يدخل ضمن المصالح المرسلة[1] بالنظر للأهمية الكبرى التي أصبحت للوثائق الرسمية في وقتنا الحالي.

يختص الموثق بكتابة عقد الزواج، طبقا لنص المادة 72من قانون الحالة المدنية الفقرة الثانية التى تنص على أنه :" يحرر القاضى عقدا عندما يتم الزواج أمامه و يسلم إلى المعنيين شهادة ، كما يرسل ملخصا عن العقد فى أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذى يقوم بنسخه فى سجل الحالة المدنية خلال مهلة 5 أيام إبتداء من تاريخ تسليمه إلى الزوجين دفترا عائليا ويكتب بيان الزواج فى السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين ".

يقصد بالقاضى في هذه المادة الموثق، حيث كان في السابق يعمل داخل المحكمة فكان يمارس مهامه كقاض بالإضافة إلى مهمة توثيق العقود، بما فيها عقود الزواج، فهو في تلك الفترة كان غير مستقل عن المحكمة إلى غاية صدور قانون التوثيق لسنة 1988[2].

يختصالموثق كذلك بتسليم الزوجين لفيف الزواج، الذى تثبت به واقعة الزواج غير المسجل بعد توافر جميع الأركان والشروط الشرعية للزواج .

فلفيف الزواج هو عبارة عن سند قانوني يحرره الموثق يتضمن تصريحات طرفي العقد والشهود على وجود عقد عرفي بينهما.

1- د بلحاج العربي "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" المرجع السابق، ص141.

2- الجريدة السمية رقم 28 يوليو 1988 الصادرفي 12 يوليو 1988 الخاص بقانون تنظيم التوثيق .

لقد عرّفت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1990/10/21[1] عقد اللفيف بصفة عامةعلى أنه: "عقد عرفي يحرر أمام الموثق يثبت فيه تصريحات الأطراف و الشهود فقط و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدم الأساس القانوني".

فلفيف الزواج إذاً هو سند قانوني يحرره الموثق إشهادا عن واقعةالزواج غير المسجل لدى الموظف المؤهل قانونا أو لدى الموثق.فبهذه الطريقة يتسنى للطرفين رفع دعوى قضائية لإثبات زواجهما لدى المحكمة التي تأمر بتثبت الزواج بأثر رجعي.

من جهة أخرى،هووثيقة تثبت أن الزوجين تزوجا وفقا للشروط الشرعية و القانونية بعد أن يحضرمجلس العقد كل من الزوجين اللذين يصرحان بأنهما قد تزوجا بتاريخ كذا مع إحضار الشهود و ولي الزوجة.

يمكن الاشارة هنا أن المشرع لا يعترف بعقد الزواج إذا لم يسجل لدى المصالح المختصة فإذا كان عقد الزواج صحيحا مشتملا على جميع أركانه و شروطه يمكن إثبات مضمونه بالطرق التي حددها القانون.

ثالثا : الأعوان الدبلوماسيون والقناصل

يعتبرالقانون،رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة القنصلية، ورؤساء المراكزالقنصلية، هم ضباط الحالة المدنية في الخارج وذلك حسب المادة الأولى من قانون الحالــة المدنيــة.

كما يتولى رؤساء البعثات الدبلوماسية والقنصلية، مسؤولية مسك وحفظ سجلات الحالة المدنية حسب التعليمة الوزارية المشتركة حول الحالة المدنية .

1- قرارالمحكمة العليا المؤرخ في 1990/10/21 ملف رقم68467، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الأول ، ص48.

ويتمتع الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل بنفس الاختصاص، إذا كان طالبا الزواج من الرعايا الجزائريين المقيمين في البلد الأجنبي، و يجب أن يحرر عقد الزواج في هذا البلد طبقا للقانون الجزائري، حسب نص المادة 96 من قانون الحالة المدنية التي جاء فيها مايلي:" إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي، يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية."

إنلكتابة عقدالزواج أهمية بالغةبالنسبة للمعاملات المدنية التي اقتضت أن يكون الزواج مسجلا، غير أن هذه الكتابة ليست لانعقاد العقد إطلاقا و لكنها شكلية اقتضتها الحياة المعاصرة و التعاملات عن طريق الوثائق فأصبحت أكثر من ضرورة اليوم.

فاشتراط الكتابة في عقد الزواج، هواجتهاد فقهي لا أثرله على صحته إذا توفرت أركانه وشروطه اللازمة رغم انعدام الشكلية فيه، فتحرير العقد في وثيقة ليس ركنا من أركانه

و لا شرطا لصحته أو نفاذه، وإنما هو وسيلة وضعها المشرع لإثبات العقد عند النزاع أو الإنكار.[1]

ولابد من وثائق معينة يتطلبها القانون عند كتابة عقد الزواج فما هي هذه الوثائق؟.

الفرع الثاني :الوثائق المطلوبة عند كتابة عقد الزواج

حدد قانون الحالة المدنية في المادة 73الوثائق الإدارية الخاصةبعقد الزواجو بيان المعلومات التي يحررها ضابط الحالة المدنية في العقد، كما حدد الجهة المختصة بكتابة عقد الزواج.

1- وثائق عقد الزواج

يوجب قانون الحالة المدنية في المادة 73على ضابط الحالة المدنية أوالموثق ، أن

1- محمد كمال الدين إمام " الزواج و الطلاق في الفقه الاسلامي" ، المرجع السابق، ص 83 .

يبين في عقد الزواج المحررمن طرفه صراحة، بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها وفقا لما جاء به القانون ، كما يجب فضلا عن ذلك أن يتضمن البيانات التالية:

- لقب واسم و التاريخ ومحل ولادة الزوجين.
- لقب و اسم أبوي كل منهما.
- لقب و اسم وأعمار الشهود.

2- الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء

أضاف التشريع الفرعي أحكاما إستثنائية تخص فئات معينة من طالبي الزواج نجد هذه الإجراءات في نصوص مختلفة صادرة عن جهات إدارية وتشريعية مختلفة، تجعل زواج بعض الأشخاص خاضعا لرخصة أولموافقة مسبقة من الغير أوالإدارة المختصةبهم وهؤلاء هم: أفراد الجيش الوطني الشعبي، موظفي الأمن الوطني، موظفي الهيئة الدبلوماسية القنصلية و الأجانب.

ولكن إذ تم خرق هذه القواعد التنظيمية، كأن يتزوج أحدهم دون الحصول على ترخيص من الجهة المختصة، فإنه سيتعرض إلى إجراءات تأدبية ويقدم أمام اللجنة المتساوية الأعضاء.[1]

وحرصا من المشرع الجزائري على مصلحةالقاصر فقد ضمه بحماية خاصة، واشترط عند كتابة عقد زواجه الإذن المسبق. فما هي الحكمة القانونية من اشتراط الرخصة المسبقة بالنسبة للقاصر يا ترى؟.

3- الإعفاء من السن الممنوحة من قبل السلطات المختصة إذا لزم الأمر

حددت المادة 7 من قانون الأسرة سن الزواج للأنثى 18 سنة و الذكر21 سنة ثم رفع المشرع الجزائري سن زواج الأنثى إلى 19 سنة مثلها مثل سن الرجل بموجب التعديلالصادر بتاريخ 27 فبراير لسنة 2005 بالأمر05-02 .

1- د عبد الفتاح تقية "مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادىء وأحكام الفقه الإسلامي" دوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، ص27.

والهدف من وراء ذلك هو مساواة سن الرجل و المرأة لإبرام عقد الزواج، و ينطبق الأمر كذلك على المحجور عليه في مثل هذه المسألة.

لا يجوز إبرام عقد الزواج لطالبيه دون هذه السن، إلا بإذن خاص من رئيس المحكمة بناء على طلب ولي القاصر، كما تنص على ذلك المادة 76 من قانون الحالة المدنية.

ولاشك أن منطق الأمور يقود إلى منع زواج الصغار،كما أن الحكمة التشريعية من الزواج تؤيده ، إذ ليس للصغار إدراك لأهمية وخطورة هذا العقد، الذي قد يترتب عليه ضرر محض لهم وهم لايقدرون حقيقة ذلك[1].

فالحكمة الأساسية من وضع هذا القيد هو لمالعقد الزواج من الأهمية البالغة في الحياةالاجتماعية للإنسان وحماية النسل.

لقد أضاف التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري بالأمررقم05-02 وثيقة من بين أهم وثائق عقد الزواج، وهي الفحص الطبى قبل الزواج وهوشىء جديد جدير بالملاحظة إذ لا يحق للموظف المؤهل قانونا و لا الموثق أن يكتب عقد الزواج إلا بعد التأكد من إحضار الشهادة الطبية و خلو الطرفين من أي مرض أو عامل قديشكل خطرا على الزواج، و هذا ما ذهبت إليه المادة 07 مكررمن التعديل التي تنص على أنه: "يجب علي طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أوأي عامل قد يشكل خطر يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أوضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية و من علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، و يؤشر بذلك في عقد الزواج .

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"

1- تشوار جيلالي "الزواج والطلاق إتجاه الإكتشفات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية" ديوان المطبوعات الجامعية لسنة 2001، ص50.

بعد ذلك صدرالمرسوم التنفيذي بتاريخ 14-05-2006 [1] لبيان الكيفية القانونية التي يكون عليها الفحص الطبي، فلابد من إجراء فحص عيادي شامل مع تحليل فصيلة الدم (ABO+Rhesus) طبقا لما جاءت به المادة 3.

كما جاء بنموذج خاص يملأ من طرف الطبيب الذي قام بالفحص، مع كتابة نتائج التحاليل الطبية ،إذا كانت سليمة و عليه إخبار المعني بالأمر إن كانت نتائج الفحص سلبية، إستنادا

للمادة 5 من هذا المرسوم التي تنص على أنه:"يبلغ الطبيب الشخص الذي خضع للفحص الطبي بملاحظاته و نتائج الفحوصات التي تم إجراؤها طبقا للمادة 3 أعلاه، و يتم إعداد شهادة طبية بذلك تسلم إلى المعني".

ولعل الهدف الأساسي الذي قصده المشرع من ضرورة الفحص الطبي، هو حماية النسل و المجتمعمن توارث الأمراض التي تنتقل عبر الأجيال، و كذا الأمراض المعدية التي تفتك بالطرفين على حد سواء، مثل ذلك مرض فقدان المناعة المكتسبة "الإيدز" وهذا طبقا للمادة 4 التي نصت على أنه:"يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية و العائلية قصد الكشف عن بعض العيوب أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض.

و زيادة على ذلك، يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الإنتقال إلى الزوج أو الذرية و ذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها."

إذا كان الموظف المؤهل قانونا أو الموثق مختص بكتابة عقد الزواج ، فما هي إجراءات تسجيله ؟

1- الجريدة الرسمية رقم 31 الصادرة في 2006/05/14، ص4.

المطلب الثاني: تسجيل عقد الزواج و آثاره

لقد تبين لنا أن السلطة المختصة بتحرير عقد الزواج، موكولة إلى ضابط الحالة المدنية أو الموثق، ولكن هذه السلطة تحكمها جملة من الشروط الشكلية والموضوعية في آن واحد، يتعين على صاحب الإختصاص التقيد بها، و مراعاتها و إلا كانت أعماله باطلة قانونا.

لقد جاءت المادة 18 من قانون الأسرة تبين اختصاص من تسند إليه مهمة كتابة عقد الزواج كما نصت المادة 22 من قانون الأسرة على الكيفية القانونية التييسجل بهاالزواج الذي لم يخضع لإجراءات التسجيل لدى المصالح المختصةمع مقارنة بين التشريع الجزائرى والموريطاني والمغربي والتونسي.

أتعرض في الفرع الأول إلى إجراءات تسجيل عقد الزواج وفي الفرع الثاني أتعرض فيه إلى أثار تسجيل عقد الزواج.

الفرع الأول: إجراءات تسجيل عقد الزواج

إنتنظيم الأسرةخاصة في نواتها الأولى المتعلقة بالزواجمن الإهتمامات الأولى ذات الصلة بالمجتمع.

في هذا النطاق يأتي تسجيل عقد الزواج كإجراء إداري تعرفه كثيرمن التشريعات ولقد إهتمت الشريعة الإسلامية بعقد الزواج لكنها لم توجب تحريره بالمفهوم الشكلي أمام جهة مختصة. [1]

1- مدور نبيل " عقد الزواج الجانب القانونى والتطبيقى" مجلة الموثق، عدد 08 ، لسنة 2002 ، ص 17.

لذا أوجب قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية على المواطنين إتخاذ إجراءات معينة عند إبرام عقد الزواج، إذ يتعين عليهم التوجه إلى المصالح المختصة بذلك، ويعد ضابط الحالة المدنية والموثق من الأشخاص المكلفين بهذه المهمة.

ولعل أول عمل يقوم به أحدهما عندما يتقدم أحد طالبي عقدالزواج،هو التأكد من أن العقد صحيح طبقا للمادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة المعدل.

و بعد أن يتأكدالموثق من الناحيتين الشرعية والقانونية من صحته،يقوم بتسجيل العقد في سجلاته ويسلم للزوجين نسخة منه،تعتبر دليلا للإثبات حسب ماجاءت بهالمادة 72 من قانون الحالة المدنية.

أما بالنسبة لضابط الحالة المدنية ، فهويقوم بتحرير ذلك العقد وتسجيله بعد التأكد بدوره من صحته و توافر جميع الوثائقه الضرورية.

ذلك أن المشرع الجزائري لا يعترف بعلاقة زوجية ، لم يخضع العقد فيها للتسجيل أو التوثيق و في مثل هذهالحالة نكون أمام عقد زواج غير مسجل، يعد السبيل الوحيد لإثباته هو رفع دعوى قضائية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم إذا نتج عنه أولاد.

كما يحق لأي واحد من الزوجين أن يعرض فيعقد الزواج كل الشروط التي يرغب فيها شرط عدم تنافيهامع مقتضياتالعقد.و هذا ما قررته المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها بتاريخ 1988/06/20 [1]إذ نصت على أنه:" من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذيلايقتضيه العقد وينافيه و الذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به و لا يؤثر في عقد الزواج، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية".

1- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1988/06/20 ملف رقم 49575، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثاني، ص 54.

وهذا ما أثبتتهالمادتين19 و 35 من قانون الأسرة، فإذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا و العقد صحيحا، آخذا بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر كل ما لم يرد في
شرع الله عزوجل باطلا لقول رسول الله عليه الصلاة والسلام :" أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما إستحللتم به الفروج "[1].

و تجدر الملاحظة هنا أنه بعد التعديل الجديدلقانون الأسرة بالأمررقم05/ 02 في المادة 19 منه التي تنص على أنه :" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرايانها ضرورية و لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"[2].

لقد أجاز الفقهاء التوكيل في عقد الزواج، كما أجازه المشرع في قانون الأسرة قبل تعديله[3]،ففيما مضى كان يمكن أن ينوب عن الزوج في إبرام عقد الزواج وكيل يبرمعقد الزواج بدلا عنه طبقا للمادة 20 من قانون الأسرة التى تنص على أنه:" يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"ويشترط القانون أن تكون الوكالة مكتوبة ورسمية.

كمايمكن أن ينوب ولي الزوج عقد زواج إبنه على أرض الوطن حتى و إن كان في الخارج و على ذلك له الحق في الحصول على وثيقة عقد الزواج من طرف ضابط الحالة المدنية وله أن يتحصلكذلك على دفتر عائلي، و لكن سرعان ما تم إستبعاد الوكالة في التعديل الجديد لقانون الأسرة .

1-" صحيح البخاري" كتاب النكاح باب 52 الجزء الخامس والسادس، دار عالم الكتب للطباعة والنشروالتوزيع ،الرياض ص138.

2- أن إشتراط المرأة على الرجل عدم التعدد يعد مخالف للشريعة الإسلامية حسب المذهب المالكي، لأن هذا الحق مقرر بحكم شرعي، فالله عز وجل يعطي للرجل حق تعدد النساء إلى أربعة، و لكن حسب المذهب الحنفي فإن حق تعدد الرجل حق منوط به، له أن يتنازل عنه إذا وقع تفاهم بينه و بين زوجته بعدم الزواج عليها وفي هذه الحالة لا تكون مخالفة شرعية.

3-د بلحاج العربي" الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" المرجع السابق، ص74.

لقد نص القانون الموريطاني عن كيفية تسجيل عقد الزواج في الفصل الثامن تحت عنوان الإجراءات الإدارية للزواج و إثباته من مدونة الأحوال الشخصية[1]و حدد هذا القانون اختصاص من تسند إليه مهمة تحريرعقد الزواج، و هو ضابط أو وكيل الحالة المدنية و بذل العناية اللازمة لتسجيله في الأجال المحددة في المادة 75 التي تنص على أنه:" يبرم الزواج أمام ضابط أو وكيل الحالة المدنية الذي يحرر عقدا به. يسجل العقد بعناية ضابط أو وكيل الحالة المدنية خلال أجل أقصاه ثلاثة أشهر من تاريخ إنعقاده."

كما أن الزواج الذي لم يتم أمام ضابط أو وكيل الحالة المدنية لا يمكن إثباته إلا بواسطة حكم قضائي و ذلك حسب المادة 75 الفقرة الثالثة و التي تنص على أنه :" الزواج الذي لم يتم عقده طبقا لمقتضيات الفقرتين الأولى و الثانية من هذه المادة لا يمكن إثباته إلا بواسطة حكم قضائي".

أن المشرع الموريطاني يشترط الكتابة فيعقد الزواج طبقا للمادة 2 التي تنص على أنه:"يثبت الزواج بحجة رسمية وفقا لمقتضيات هذه المدونة."

يتبين من خلال هذه النصوص القانونية للمشرع الموريطاني، أنه يمكن إثبات الزواج الذي لم يسجل لدى ضابط أو وكيل الحالة المدنية بحكم قضائي وهذا دليل على أنه لا أثر لاشتراط الكتابة في صحة العقد من حيثلزومه و نفاذه شرعا وقانونا، متى كان مستكملا لأركانه و شروطه الشرعية، وتترتب عليه جميع آثاره و أحكامه رغم خلو العقد من أية وثيقة رسمية أو غير رسمية.

بمقارنة بسيطة بين التشريع الجزائري والتشريع الموريطاني، نلاحظ أن هذا الأخير يسند تسجيل عقد الزواج إلى ضابط أو وكيل الحالة المدنية ، بينما يسند المشرع الجزائري

1- قانون رقم 052-2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريطانية بتاريخ 2001/07/19 ،ص11.

تلك المهمة إلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية حسب المادة 18من قانون الإسرة التي تنص على أنه:" يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 9 من هذا القانون إن التشريع الموريطاني أوجب تحرير عقد الزواج في وثيقة مكتوبة ولكن قانونا يعتبره صحيحا ولا تتوقف صحته شرعا على كتابته في ورقة محررة لدى المصالح المختصة و لكنه من الناحية القانونية لايعترف به إلى غاية تسجيله .

كما يمكن الإشارة هنا إلى أن القانون الموريطاني، لم يذكر في هذه المدونة الفحص الطبي لطالبي الزواج قبل عقد قران الطرفين و اقتصر الذكر علىالبيانات الضرورية التي تدرج في عقد الزواج في المادة 76 الفقرة الثانية من مدون الأحوال الشخصية وهي:

1- مقدار المهر مع النص على المعجل منه و المؤجل و تاريخ حلوله أو الإشارة إلى التفويض إذا لم يحدد المهر.

2- إسم و لقب الزوج السابق لكل من الزوجين في حالة وجوده مع تاريخ الوفاة أو الطلاق الذي نشأ عنه إنقضاء عقد الزواج.

3- ذكر الشروط المتفق عليها.

أما فيما يخص التشريع المغربي، فهو قاطع يجعل كتابة عقد الزواج ضرورة لا يمكن الاستغناء عنها ، وهي دليل لا يضاهيه آخر،على إثبات عقد الزواج و ذلك حسب ما جاءت به المادة 16 من مدونة الأسرة المغربية [1] التي تنص على أنه : " تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج".

كما إعتمد التشريع المغربي إجراءات إدارية خاصة لتحريرعقد الزواج حسب المادة 65 من المدونة الأسرة المغربية و هي وضع ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة ضبط قضاة الأسرة

1- القانون رقم 03-70 المؤرخ في 2004/02/03 ،الخاص بمدونة الأسرة المغربية.

و يضم هذا الملف وثائق، وهي مطبوع خاص بطلب الإذن بتوثيق الزواج ، نسخه من رسم الولادة يشير ضابط الحالة المدنية في هامش العقد بسجل الحالة المدنية و شهادة إدارية لكل واحد من الخاطبينو شهادة طبية لكل واحد من الخاطبين يحدد مضمونها و طريقة إصدارها بقرار مشترك من وزيري العدل و الصحة.

لذا يمكنا القول أن المشرع المغربي أدرك أهمية الفحص الطبي قبل الزواج، فجعل الشهادة الطبية من بين أهم وثائق ملف عقد الزواج ،كما فعل ذلك المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الأسرة و حسب هذه المادة يتبين أن المختص قانونا كتابة عقد الزواج هو ضابط الحالة المدنية و العدلين كذلك لهم اختصاص توثيق عقد الزواج بعد أن يؤشرعليه قاضي الأسرة المكلف بالزواج.

عندما تنتهي كل الإجراءات الإدارية لعقد الزواج يسجل نص العقد في سجل المعد لذلك حسب المادة 68 التي تنص على أنه :"يسجل نص العقد في السجل المعد لذلك لدى قسم قضاة الأسرة، و يوجه ملخصه إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقة بشهادة التسليم داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الخاطب عليه".

أما التشريع التونسي، فهو كذلك يكرس كتابة عقد الزواج ولا يمكن إثباته إلا بورقة محررة طبقا لما جاء به الأمر المؤرخ في 6 محرم 1376 الموافق 13 أوت 1956[1]والمتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، في الفصل 4 (المادة) التي تنص علىأنه :" لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص".

لقد أسند القانونالتونسيمهمة تحريرعقد الزواج أن يكون أمام عدلين أو ضابط الحالة المدنية وإلا فالقانون لايعترف به و هذا حسب الفصل 31 الذي ينص على أنه :" يبرم عقد الزواج بالبلد التونسي أمام عدلين أو أمام ضابط الحالة المدنية بمحضر شاهدين من أهل الثقة ".

1-الرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956 المتعلق بمجلة الأحوال الشخصية، ص 2.

من القانون المتعلق بتنظيم الحالة المدنية [1].

أن التشريع التونسي لايختلف عن التشريع الجزائري و الموريطاني و كذا التشريع المغربي، ذلك أنه لايجعل من كتابة عقد الزواج ركنا من أركانه ، فبدون كتابة الزواج يعد عقد الزواج عقدا صحيحا، لكن يعتبر عقد الزواج باطلا إذا أبرم خلافا للمادة 31 الذي تنص على أنه :" يعتبر الزواج المبرم خلافا لأحكام الفصل 31 أعلاه باطلا و يعاقب الزوجان زيادة على ذلك بالسجن ثلاثة أشهر".

إن كل هذه التشريعاتتتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي لم تجعل الكتابة ركنا من أركان عقد الزواج ولاشرطا من شروطه، إذ الأصل فيه أنه عقد شفوي إلا أن الحياة المعاصرة اليوم تدفع بالمجتمعات المدنية إلى كتابة هذا العقد للإثبات.

لقد أخذ التشريع المغربي و التشريع الجزائري بالشهادة الطبية قبل الزواج نظرا لأهميتها و لتأثيرها المباشر على العلاقة الزوجية، إذ ينبغي التأكدقبل إبرام عقد الزواج من سلامة الطرفين من الأمراض المعدية و الأمراض الوراثية التي تنتقل من جيل إلى آخر.

و لذلك يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحريرعقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوص الطبية و اعلامهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج و يؤشر بذلك في عقـده.

تجدر الإشارة هنا إلى أن الشريعة الإسلامية سبقت كل التشريعات المعاصرةفي الإهتمام بالفحص الطبي قبل الزواج ،لأهميته البالغة الهادفة إلى حماية المجتمع من الأمراض المتنقلة من الوالدين إلى الأبناء فيصبحونعبأ على أهلهم و مجتمعهم،و خير دليل على ذلك قول رسول الله عليه الصلاة والسلام :" لاعدوا ولاطيرا ولاهامة ولاصفرةو

1- القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 1957/08/01 المتعلق بتنظيم الحالة المدنيةالتنسية.

وفر من المجذوم كما تفر من الأسد" [1] وقوله كذلك عليه الصلاة والسلام" لا يوردن ممرض على مصح" [2].

لكن نلاحظ للأسف أن كثيرا من الناس في عصرنا هذا يتهربون من الفحص الطبي فيسببون لأولادهم أمراضاكثيرة،فلو أن كلا الزوجين قاما بالفحص الطبي قبل أن يقدما على الزواج دينا.[3] لتفادا الكثير منها.

فبدون كتابةعقد الزواج، يعتبر العقد طبقا للشريعة الإسلامية صحيحا منتجا لكل آثاره و أحكامه و هذا ما أخذ به التشريع الجزائري و التشريع الموريطاني و التشريع المغربي وكذا التونسي فتخلف الشكلية المتمثلة في التسجيل أو التوثيق، يعتبرعقدالزواج صحيحالكنه غير معترف به قانونا إلى غاية إثباته بالطرق المقررة.

فإذا أخذ عقد الزواج مجراه القانوني واشتمل على شروطه الشكلية والموضوعية القانونية كان جديرا بالحماية ، وترتيب الآثارالقانونية عليه و هذا ما أتعرض إليه في الفرع الثاني وهو آثار تسجيل عقد الزواج.

1- الإمام زيد الدين أحمد إبن أحمد عبد الطيف الزيدي "مختصرالتجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح وهو المشهور بمختصر البخاري" عن أبى هريرة، باب 19 الجذام ، رقم الحديث 5707 ، مطبعة دار القيم ودار إبن العفان لسنة 2003 ص649 .

2- الإمام زيد الدين أحمد إبن أحمد عبد الطيف الزيدي "مختصرالتجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح وهو المشهور بمختصر البخاري" عن أبى هريرة، باب54 لاعدوا، رقم الحديث 5774 ، مطبعة دار القيم ودار إبن العفان لسنة 2003 ص652.

3- عبد الحميد خزار " فلسفة الزواج وبناء الأسرة في الإسلام" دار الشهاب للطباعة و النشر باتنة،الجزائر، لسنة 1987 ، ص112.

الفرع الثاني: آثار تسجيل عقد الزواج

لعقد الزواج كغيره من العقود أركان و شروط كما يترتب عنتسجيله آثار معينة على طرفي عقد الزواج، قد ذكرها قانون الحالة المدنية[1]في المادة 72 التي تنص على أنه:"يسجل ضابط الحالة المدنية عقد الزواج في سجلات حال إتمامه و يسلم إلى الزوجين دفترا عائليا مثبتا الزواج.

يحرر الموثق عقدا عندما يتم الزواج أمامه و يسلم إلى المعنيين شهادة كما يرسل ملخصا عن العقد في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة 5 أيام إبتداء من تاريخ تسليمه إلى الزوجين دفترا عائليا و يكتب بيان الزواج في سجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين".

و تتمثل هذه الآثار فيما يلي:

1- عندما يسجل عقد الزواج أمام الموثق، يجب عليه بعد تحريره في سجله تسليم شهادة للزوجين تثبت إنعقاد الزواج.

2- عندما يقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل عقد الزواج يجب عليه أن يسلم إلى الزوجين دفترا عائليا مثبت للزواج.

3- وعلى ضابط الحالة المدنية بعد تسجيل عقد الزواج في سجل الحالة المدنية، أن يكتب على هامش شهادتيميلاد كلا الزوجين أنه تزوج بتاريخ كذا مع ذكر إسم الزوج والزوجة.

فيما يخص آثار تسجيل عقد الزواج في التشريع المغربي و بعد إتمام كل الإجراءات الإدارية لكتابة عقد الزواج ، يسلم أصل رسم الزواج للزوجة و آخر للزوج بعد الخطاب عليه و ذلك طبقا لما جاءت به المادة 69 من قانون الحالة المدنية المغربي التي تنص على أنه :" يسلم أصل رسم الزواج للزوجة و نظير منه للزوج فور الخطاب عليه"

1- أمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو لسنة 1966 ،المتضمن لقانون الأجراءات المدنية.

بالنسبة لآثار تسجيل عقد الزواج في القانون التونسي بعد إستكمال إجراءات الترسيم تسلم نسخة من عقد الزواج لمن يهمه الأمر من قبل العدول أو ضابط الحالة المدنية.

وطبقا للمادة 33 من قانون الحالة المدنية التونسي المنقحة بالقانون 71 لسنة 1958 المؤرخ في 4 جويلية 1958 التي تنص على أنه :"يجب على العدول أن يوجهوا في ظرف شهر من تاريخ تحرير العقد إلى ضابط الحالة المدنية بمنطقتهم إعلام زواج مطابق للمثال الحق بهذا القانون قبل أن يسلموا نسخة من عقد الزواج لمن يهمه الأمر".

كما يقوم ضابط الحالة المدنية برسم عقد الزواج في دفتر معد لذلك حسب المادة 39 التي تنص:" يرسم ضابط الحالة المدنية عقد الزواج بدفتر معد لذلك في الصورة التي تعرض لها الفصل السابق".

إن كتابة عقد الزواج لدى الموظف المختص قانونا أو الموثق ليست ركنا ولاشرطا في العقد والشكلية التي منحت للموثق لاتعني الرسمية بمعناها الصحيح بل له اختصاص تحرير عقد الزواج كعون فقط وليس بصفته موثق يحرر العقود الرسمية، وقد حدد القانون اختصاصه في مجال إثبات عقد الزواج، بحيث لايمكنه سماع شهود الزواج حتى وإن كان التكليف من القضاة وهذا ما أقرته المحكة العليا في إجتهاد قضائي لها بتاريخ 1992/09/29 [1] الذي جاء فيه أنه:" من المقرر قانونا أنه يجوز سماع شهادة شهود الأقارب بإستثناء الأبناء في الدعاوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق ".

ومتى تبين أن قضاة الموضوع لما كلفوا الموثق بسماع شهود الزواج المدعى به يكونون قد تخلواعن مسألة تتعلق باختصاصهم لأنه لايمكن للموثق أن يقوم بذلك مكانهم."

إذاًفماهي وسائل إثبات عقدالزواج من الناحية الشرعية؟ هذا ما حاولت بيانه في المبحث الثاني وهوإثبات الزواج شرعا.

1- قرارالمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 19992/09/29 ،ملف رقم 84334 ،المجلة القضائية ،لسنة 2001 العددالأول، ص50.

المبحث الثانـي:إثبات الزواج شرعا

يعتبر عقد الزواج عنوان الحياة و حافظ النسل، و هو يكتسي أهمية شرعية و قانونية و إجتماعية في أغلب المجتمعات.

نظرا لهذه الأهمية التي تطبعه بطابعالقداسة، فإن شعوبا كثيرة خاصة الإسلامية منها تقوم بإعلانه و إشهارهوفقا للعادات و التقاليد.

إن لطرق إثبات العلاقة الزوجية من الأهمية في القانون و الشريعة الإسلامية ما يتطلب البحث عنه بشكل أوسع.

نظرا لأهمية الإثبات في عقد الزواج إرتأيت تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول أتحدث فيه عن الشهادة وإعلان الزواج وفي المطلب الثاني أتعرضفيه إلى الإقرار والنكول عن اليمين.

المطلب الأول:الشهادة وإعلان الزواج

تعتبر شهادة الشهود وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية والقانونية ، يلجأ إليها الطرفان عندما تفتقد لديهما الأدلة الرسمية، فبعض رجال القانونيصنف طرق الإثبات إلى أدلة الإثبات الأصليةكالكتابة و شهادة الشهود، و تقابلها أدلةإحتياطية و هي الإقرار و اليمين[1]، و ذلك إعتبارا للأهمية البالغة التي أعطيت للشهادة، كما أنها وسيلة لإعلان و إشهار الزواج إضافة إلى الحفل.

من الناحية الشرعية يتحقق بحضور الشاهدين مع العاقدين معنى الجهر والإعلان ولو تواصوا بالكتمان ، لأن السرلايكون بين أربعة [2]

من أجل ذلك إعتمدت دراسة هذاالمطلب في فرعين متتاليين:الفرع الأول أتطرق فيه إلى شهادة الشهود و في الفرع الثاني أتعرض إلى إعلان الزواج.

1- د، لغوثي بن ملحة " قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري" المرجع السابق، ص 31.

2 - د محمد أبوزهرة "عقد الزواج وآثاره" ص83.

الفرع الأول: : شهادة الشهود

إن المشرع حريص على صيانة الأسرة واستمرارها و نشوء العلاقة بين الرجلو المرأة على الوجه الشرعي، و أن تتوفر كل الأركان والشروط لإنعقاده بصورة صحيحة كي يرتب آثاره من حقوق وواجبات على عاتق كل من الزوج و الزوجة ،ولابد أن يكون عقد الزواج أمام الشهود ليعلنوا عنه ويثبتوه في حالة إنكاره من أحد الطرفين، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة [1]و في حالة النزاع يقع عبأ الإثبات على من يدعي الحق، و ذلك أخذا بالمبدأ المقرر في الفقه الإسلامي و المعتمد قانونا وهو" البينة على من إدعى و اليمين على من أنكر"[2].

لقد أوجبت الشريعة الإسلامية الشهادة في عقد الزواج لمالشهادة الشهود من أهمية كبيرة في إثبات الزواج وإعلانه،إذ لابد منالإشهار به والإعلان عنه بالشهادة على مذهب الجمهور، فالله عزوجل لا يرتب أحكامه و ينفي إعتباره زواجا إذا لم يشهربه و لم يعلن عنه بالشهادةعلى مذهب الجمهور[3].

إن لشهادة الشهود جانب موضوعي بإعتبار أن الأئمة الثلاث " أبو حنيفة والشافعى وإبن حنبل " ذهبوا إلى أن الإشهاد واجب وقت العقد [4] ، وجانب شكلى وهوالإشهار بالزواج لكافة الناس بإقامة الولائم والضرب عليه بالدف ،كما أن شهادة الشهود وسيلة لإثبات العقد عند إنكاره من أحد الطرفين .

يمكن الإشارة هنا أن ولي الزوجة كذلك له مظهر شكلي عندما لايرغب في تزويج إبنته الراشدة بدون مبرر ، فللقاضي أن يأذن بتزويجها إذا كان الزوج أصلح لها وهذا ما أقرتــه

1- د محمد كمال الدين إمام "الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي " المرجع السابق ، ص72.

2- د عبد الرزاق السنهوري" الوسيط في شرح القانون المدني إثبات آثار الإلتزام "، الجزء الثاني، دار إحياء التراث ص 67.

3- د محمد أبو زهرة " الأحوال الشخصية " دار الفكر العربي،لسنة 1957 ،ص57.

4- محمد شلبي ، "أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة و المذهب الجعفري و القانون" المرجع السابق ،ص 126.

المحكمة العليا في جتهاد قضائي لها بتاريخ 1993/03/30 [1]والتى تنص فيه أنه :" من المقرر قانونا أنه لايجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها ".

إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من قانون الأسرة" قبل التعديل الجديد.

فقد إشترط قانون الحالة المدنية في المادة 33 على أن يكون الشهود بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا أقارب أو غير أقارب دون تمييز، إذ يمكن إثبات الزواج غير المسجل بشهادة الأقارب ، هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1998/03/17[2]التي تنص فيه على أنه:" من المستقر عليه أنه يجوز سماع الأقارب في قضايا الزواج و الطلاق".

كما أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ الشريعة الإسلامية فيما يخص الشهادة، فإن التناقض في شهادة الشهود يزيل آثارها لأن القانون لايقبل التناقض في الشهادة لإثبات واقعة الزواج بإقرار البعض وإنكار من البعض الآخر و هذا ما قررته المحكمة العليا فياجتهاد قضائي لهابتاريخ1990/03/19 [3]، التي تنص فيه على أنه:" من المقرر شرعا أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها و يمنع بناء الحكم عليها، و من ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية".

من الناحية الشرعية فرغم إختلاف الفقهاء المسلمين حول ضرورة توفر الشهود أو عدم توافرهم عند إبرام العقد، فجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة قالوا أن الشهادة شرط لازم في عقد الزواج لايعتبر صحيحا بدونها[4].

1- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1993/03/30 ملفرقم 90468، المجلة القضائية لسنة 2001،العدد الأول، ص47.

2- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1998/03/17 ملفرقم 188707، المجلة القضائية لسنة 2001،العدد الأول، ص50.

3- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/03/19 ملف رقم 58788 ، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الأول ، ص 59.

4- محمد مصطفى شلبي "أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة و المذهب الجعفري و القانون" المرجع السابق، ص 122.

لم يتركوا الشهود دون شروط لأن ذلك يدخل في الشهادة، ولكي تكون الشهادة صحيحة يشترط في الشهود شروط خاصة[1] وهي كمايلي:

1- كـــمـــال العـــقـــل

لا يصـح فـي عقـد الـزواج حضـور المجـانين و الصـبيان لعـدم تحقـق المعنـى المقصـود مـن اشـتراط الشـهادة بحضـورهم، فمثـل هـذه الفئـة تفقـد الدرايـة بـالأمور و خطورتها،لـذلك لا تصـح شـهادتهم لأن علـى الشـهود سـماع الإيجـاب والقبـول و كـل مـا يـدور فـي مجلـس العقـد كتسـمية الصـداق مثلا.

2- البـــــلوغ

إذ لا يصح إشهاد الصبيان و لو كانوا مميزين لأنه لا يصدق لهم القول و لعدم أهليتهم للولاية على أنفسهم، فلا تكون لهم أهلية الولاية على غيرهم من باب أولى، وقد أوجب المشرع الجزائري على الشهود أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم
دون تمييز في الجنس.

3- الإســـــــلام

إن فقهاء المسلمين لم يختلفوا في اشتراط الإسلام في الشهود[2]فزواج المسلم بالمسلمة لا يصح الشهادة عليه بشهادة غير المسلمين ،لأن غير المسلم لا يجوز له أن يشهد زواج المسلمين لاختلاف الملة.

1- عثمان التكروري" شرح قانون الأحوال الشخصية "مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، لسنة 1998 ص61،62،63.

2- السيد سابق " فقه السنة " المجلد الثاني،، الطبعة الخامسة، دار الفكر، دمشق سورية،لسنة 1993، ص145.

4- نصـــــاب الشهادة

لقد حدد الله عز وجل نصاب الشهود الذين يحضرون عقد الزواج برجلين أو برجل و امرأتين، و ذلك لقول الله عزوجل:" واستشهدوا شاهدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلينفرجل و امرأتين ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى"[1]

ولا يقبل الله جل جلاله شهادةالنساء وحدهن و لو زاد عددهن عن امرأتين و هذا ما أقرته المحكمة العليا أخذا بأحكام الشريعة الإسلامية في اجتهاد قضائي لها بتاريخ 1986/12/15[2]نصت فيه على أنه:" من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدو أنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشيو الشهادة المعتبرة في الزواج هيشهادة عدلين ذكرين، و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية" و في هذا الصدد قال أهل العلم :"لا يجوز النكاح حتى يشهد الشاهدان معا عند عقدة النكاح"[3] بالإضافة إلى الاعتبارات الشرعية الأخلاقية للشاهدين و منها العدل.

5- الـــعـــــــــدل

شهود العدل هم الذين يساهمون في إنشاء العقد و تكوينهوشهادتهم واجبةفي عقد الزواج و الوصية و التنازل، و حضور شهود العدل في مثل هذه العقودضروري هذا و يشترط الفقهاء المسلمون أن يكون الشهود عدلا، فلا تقبل الشهادة ممن كان ظاهر الفسق والمجنون.

1-سورة البقرة، الآية 282.

2- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/12/15 ملف رقم 43889 ،المجلة القضائية لسنة 1993،العدد الثاني ، ص37.

3- محمد بن علي بن محمد الشوكاني "نبل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار" باب الشهادة في النكاح المجلد الثالث، الجزء الخامس و السادس، دار الجيل، بيروت، لسنة 2003،ص127.

ذهب جمهورالفقهاء إلى أن الشهادة شرط في صحة عقد الزواج و اشترطوا حضورهم في مجلس العقد و إن اختلفوا في أوصاف الشهود لقول رسول الله عليه الصلاة والسلام :" البغايا اللائي ينكحن أنفسهن بغير بينة "[1] .

لكن المشرع الجزائري لم يذكر الشروط الواجب توفرها في الشهود سواء في قانون الأسرة أو قانون الحالة المدنية، على عكس مافعله المشرع الأردني في المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية تحت عنوان "إنعقاد الزواج" حيث نص على جميع الشروط التي يجب توفرها في الشهود من بلوغ ،عقل ،إسلام ،تعدد الشهود وسماع كلام العاقدين سماع لكلا منهما لا يشبه شك ولاريب.

فشهادة الشهود تعتبر وسيلة لإثبات عقدالزواجو هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها بتاريخ 11/05/ 1984 [2].تنص على أنه:" من المقرر شرعا أنه

يجوز إثبات عقد الزواج بشهادة شهود تفيد وجوده الشرعي، و من ثمة فإن القضاء بإثبات عقد الزواج إعتمادا على الشهود لا تفيد إنعقاده شرعا يعد خرقا لمبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية" فإذا كان الزواج صحيحا من الناحية الشرعية لايبقى له إلا الإعلان للعلم به وإشهاره إجتماعيا.

الفرع الثاني: إعلان الزواج

إعلان الزواج و إشهاره هو إخراج العقد من السرية إلى العلانية، و إخفاؤه يقرب من الزنا.[3] هذا ما جاءت به السنة النبوية لقول رسول الله عليه الصلاة والسلام: "أعلنوا هذا النكاح

1- الإمام الحافظ إبن العربي المالكي سنن الترمذي شرح إبن العربي المالكي" عارضة الأحوذ بشرح صحيح الترمذي" المجلد الخامس و السادس ، دارإحياء التراث العربي ، بيروت لبنان، لسنة 1995 ، ص14.

2- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/05 ملف رقم 34030، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثاني، ص82.

3-محمد الصالح الصديق" نظام الأسرة في الإسلام" دار هومة للطباعة والنشرو التوزيع، الجزائر، لسنة 1999ص67.

واجعلوه في المساجد و اضربوا عليه الدف" وفي حديث آخر قال :" أعلنوا هذا النكاح بدفوف"[1].

إن إعلان الزواج له جانب موضوعي وهوأن يعلم كافة الناس أن فلانا قد تزوج وفقا لشرع الله عزوجل،أما الجانب الشكلي يتمثل في إقامة العرس وضرب الدفوف عليه لإعلام وإخبار الناس بوجود علاقة زوجية بين الطرفين.

فإن إقامة الزواج عن طريق الإحتفال، هو إظهار للفرح بما أحل الله عز وجل من الطيبات فيستحسن شرعا إعلانه و عدم تركه في السر و الخفاء[2].

مع العلم أن المشرع الجزائري، لم يحدد كيفية إتمام الزواج و إنما اشترط أن يكون على الوجه الشرعي، و ذلك بعد أن يتوفر على جميع أركانه و شروطه الشرعية و القانونية طبقا للمادة 4

من قانون الأسرة التي تنص على أن :"الزواج هو عقد يتم بين رجل و إمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة ...الخ."

وقد ترك المشرع طريقة إحياء مراسيم الزواج لأعراف و تقاليد كل منطقة، فالحفل هو آخر مرحلة يسير عليها عقد الزواج، وهو أمرمهم خاصة بالنسبة للمسلمين، و يكاد الحفل يكون من شكليات عقد الزواج. [3] تختلف هذه الشكليات من بلد إلى آخر و من منطقة إلى أخرى، فالزواج الشرعي إذاً يقوم على العلانية و الشهرة ، و هذا ما نصت عليه المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها بتاريخ 1990/04/30 [4]بالقول أنه:" من المقرر شرعا و قانونا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية و الشهرة و مراعاة شروطه و أركانه".

فما هي وسائل إثبات عقد الزواج شرعا؟.

1- الإمام الحافظ إبن العربي المالكي سنن الترمذي شرح إبن العربي المالكي " عارضة الأحوذ بشرح صحيح الترمذي" المجلد الثالث والرابع ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان لسنة 1995، ص308.

2- السيد سابق " فقه السنة " ،المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان ، لسنة 1999 ، ص231.

3- لغوثي بن ملحة "عقد الزواج" محاضرات، لسنة 1999.

4- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/04/30 ملف رقم 75344، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الرابع، ص65.

المطلب الثاني: الإقرار و النكول عن اليمين

يعتبر الإقرار و النكول عن اليمين من الوسائل الإحتياطية لإثبات عقد الزواج عند رجال القانونو هي مرتبطة بأخلاقيات الشخص و مدى صدقه و خشيته لله عز و جل ،لأن الحل الوحيد للنزاع عندما تنعدم الأدلة الثابتة و الرسمية، يلجأ إلى الإقرار و النكول عن اليمين كوسيلة لإثبات واقعة الزواج.

الفرع الأول : الإقـــــرار

الإقرار شرعا هو الإخبار بثبوت حق الغير على المقر و لوكان في المستقبل باللفظ أو ما في حكمه[1] و الإقرار حجة على المقر بما أقر به، و لا يكفي الإقرار وحده لإثبات واقعة الزواج بل يجب النظر إلى صحة عقد الزواج و مدى توفر أركانه و شروطهالشرعية والقانونية.

لا يمكن إثبات واقعة الزواج بمجرد إقرارأحد الطرفين، بل يجب أن يتوفر العقدعلى الشروط الشكلية و الموضوعية و هذا خلافا لواقعة النسب حيث أخذ المشرع الجزائري بدليل الإقرارلإثباته،ذلك ما أقرته المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها بتاريخ 1997/10/28[2] التي تنص فيه على أنه:"من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء ونفيه قتلا له". و كما يقول أهل العلم"الإقرار سيد الأدلة" و يسمى عندهم " بالشهادةعلى النفس"[3].

1- هلال يوسف إبراهيم"أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين الناحية الشرعية والقانونية شرح وتعليق وصيغ" دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، لسنة 1999 ، ص 46.

2- قرارالمحكمة العليا بتاريخ 1997/10/28 ملف رقم 172333 ، المجلة القضائية ،العدد الأول ،لسنة 1997 ، ص42.

3- د بلحاج العربي " أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي "، المرجع السابق، ص612.

هناك شروط خاصة بالمقر لابد من توفرها من الناحية الشرعية و القانونية وهي:

1- أن يكون المقر عاقلا بالغا، فلا يجوز إقرار المجنون أو المعتوه أو الصبي الغير مميز لعدم إدراكهم.

2- صدور الإقرار وليد إرادة خالصة، لا إكراه فيه من الشخص، فلا يجوزمثلا إقرار السكران لفقدان وعيه أو شخص استيقظ من نومه.

3- أن يكون المقر جادا غير هازل و ألا يكون محجورا عليه لسفه أو غفلة منه.

فالإقرار حجة على المقر و المصادقة ليس إلا إعلان الرغبة في تسجيل زواج سبق عقده و أقربه الزوجان [1] و يصح إقرار الرجل بالزوجية بشرط مصادقة المرأة له، مع عدم وجود المانع الشرعي كأن تكون المرأة محرمة على المقر و بالمقابل،فالإقرار إذاً حجة على المقرو يكون الثبوت بتصديقها له [2].

نجد شروطا خاصة بالمقر له و هي:

1- أن يكون المقر له معلوما أو محددا تحديدا كافيا.

2- أنتصدق المرأة الرجل في إقراره حالة كونه المقر و العكس بالعكس.

3- أن تكون الزوجة حلا للرجل إذا كان هو المقر و أن يكون الرجل حلا للمرأة إذا كانت هي المقرة.

هناك شروط خاصة بالمقر به لابد من توفرها و ما يخص موضوع الإقرار و هو الزوجة كعلاقة قائمة بين الطرفين لابد من الشروط التالية:

1- أن يكون الزواج ممكنا بين المقر و المقر له.

2- ألا تكون الزوجة محرمة عليه مؤقتا أو مؤبدا،كأن يكون الزوج من أحد فروعها.

1- محمد كمال الدين إمام " الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي" المرجع السابق، ص266.

3- محمد مصطفى شلبي " أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذا هب السنة و المذهب الجعفرية و القانون" المرجع السابق، ص 143.

أما بالنسبة للغة الإقرار فلابد من شروط تضبطها وهي:

1- أن تكون صيغة الإقرار منجزة غير معلقة على أي شرط.

2- أن تكون الصيغة مثبتة للحق المقر به.

3- أن تكون صادرة أمام القضاء بالعبارة.

أن المشرع لم يخص الإقرار كدليل من أدلة الإثبات بنصوص خاصة في العلاقة الزوجية،عكس ما فعله المشرع العراقي في نص المادة11 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص:"إذا أقر أحد لامرأة أنها زوجته و لم يكن هناك مانع شرعي و قانوني و صدق ثبتت زوجيتها له بإقراره". [1]

ما يلفت الإنتباه عند قراءة هذه المادة، هو أن المشرع العراقي لم يعط أية أهمية لصحة عقد الزواج من عدمه، بل إكتفى بعدم وجود مانع شرعي و قانوني ،إذ يمكن لأي رجل أن يكون على علاقة زوجية مع امرأة دون أي عقد، ثم يقـر أمام المحكمة بزوجيته لها و تصدقه المرأةفتثبت زوجيتها له بإقراره، فالإقرار لايمكن أن يثبت علاقة غير صحيحة بأي حال من الأحوال.

هذا ما يمكن قوله في مجال الإثبات عن طريق الإقرار. ولكنما هي الوسيلة الأخرى التي يمكن الإعتماد عليها إضافة إلى ما ذكرناه سالفا؟ والمتمثلة في النكول عن اليمين التي إعتمدت شرعا و قانونا لإثبات الرابطة الزوجية.

الفرع الثاني : النكول عن اليمي

النكول عن اليمين ما هو إلا إمتناع عن أدائها، فمن إدعى على أحد بدعوى نظر، فإن كانت بينهما مخالطة أوملابسة إستحلف المدعى عليه، فإن حلف بطل ذلك الحق عنه، و إن

أبى أن يحلف ورد اليمين على المدعي فحلف طالب الحق أخذ حقه.[2] و النكول عن اليمين له مجاله في إثبات الرابطة الزوجية.

1- أحمد علي الخطيب،محمد عبيد الكبسي،محمد عباس السمراني "مذكرة لشرح قانون الأحوال الشخصية"جامعة بغداد لسنة 1990 ، ص65.

2- "موطأ الإمام مالك " رضى الله عنه، دار الكتب ،الجزائر، ص412،413.

على سبيل المثال نورد بعض حالات إثبات العلاقة الزوجية عن طريق النكول عن اليمين و من بين هذه الحالات، نجد حالة تتمثل في رفع دعوى ثبوت الزوجية عند عدم إقرار الزوج بالعلاقة الزوجية، ولن تستطيع الزوجة إثباتهابشهادة الشهود، و مثلذلك عندما يتوفى الشهودفعلى الزوجة أن تلجأ إلى القضاء لإلزام الزوج بأداء اليمين، فإذا حلف الزوج اليمين بإنتفاء الزوجيةقضيالقاضي برفض الدعوى، و ليس هناك ما يمنع الزوجة من إقامة دعواها مرة أخرى إذا وجدت البينة على زواجها[1].

أما إذا نكل الزوج عن اليمين حكم للزوجة بثبوت الزوجية و تطبق نفس الحالة لو أن الزوجة امتنعت عن الإقرار بالعلاقة الزوجية ، فإذا وجه لها اليمين و نكلت عن أدائهاقضىعليهابالزوجية لأن النكول إقرار على مذهب الفقه الحنفي [2].

قد نجد حالة أخرى إضافة إلى ما ذكرناه سابقا و هي حالة وفاة الزوج و أرادت الزوجة إثبات زواجها الغير مسجل بالمتوفى، ففي هذه الحالةلا يكتفي القانون بشهادة الشهود بل يشترط يمين الزوجة وهذا ما نصت عليه المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها بتاريخ 1985/09/23[3] بالنص على أنه:" إذا كان من المبادئ الشرعية السائدة فقها وقضاء، أن إثبات عقد الزواج في حالة وفاة أحد الزوجين، يكون مؤسسا على شهادة شهود يؤكدونصحة

إنعقاده وفقا لتعاليم الشريعة الإسلامية و أن الإكتفاء بشهادة ثلاثة أشخاص كان أفضل من

شاهد أنه حضر الفاتحة فهي شهادة في غاية من الإجمال و ليست مما يثبت بها عقد الزواج إذا

كانت شهادة الآخرين أضعف منها، فإن الإثبات بالبينة على هذا النحو لا يكفي وحده إلا مع يمين المدعية".

1-ممدوح عزمي"الزواج العرفى "دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ص60.

2- محمد أبو زهرة،"الأحوال الشخصية" المرجع السابق، ص271.

4- قرار المحكمة العليا بتاريخ 23 /1985/09ملف رقم37501 ،المجلة القضائية لسنة 1989 ،العدد الأول، ص 95.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذه الحالات بنصوص خاصة، بل إن القضاء هو الذي عالجها إستنادا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى تطبيق الشريعة الإسلامية عندما لا يوجد نص ضمن القانون.

لقد تطرق المشرع الموريطاني إلى معالجة حالتين قانونيتين بنصي المادتين 80 و81 من مدونة الأحوال الشخصية[1] حيث تنص المادة 80 على أنه: " إذا أقام المدعي بينة ناقصة على زوجة من هي في عصمة الغير و إدعى أن بوسعه إتمام تلك البينة حيل بينها و بين الغير، و ضرب للمدعي أجل، فإذا إنقضى هذا الأجل دون أن يتم المدعي ببينة بقيت الزوجة مع زوجها".

فالحالة الأولى تتمثل فى أن يقوم شخص بإدعاء على امرأة في عصمة رجل آخر على أنها زوجته و أتى ببينة ناقصة، ففي هذه الفترة يفرق بين المرأة و الرجل الأول.

و مثال ذلك أن يأتي المدعي بشاهد واحد، و يزعم أن بوسعه إتمام البينة، فإن القاضي يحدد له أجل لإتمامها فإذا إنقضى الأجل المحدد دون أن يأتي الشاهد الثانى له، بقيت الزوجة مع زوجها و ترفض دعواه لعدم قيام البينة.

أما الحالة الثانية التي جاءت بها نص المادة 81 على أنه:" إذا ادعى رجل زوجة غير متزوجة في الظاهر و ذكر أن له بينة، منعت من الزواج و ضرب له أجل، إذا انقضى الأجل دون الإتيان ببينة على دعواه، رفع عن المرأة حظرالزواج " و تشبه هذه الحالةالحالة الأولى، إلا أن المرأة المدعى عليها في هذه الحالة غير متزوجة. و يمنع على المرأة و يحظر عليها الزواج في الأجل المحدد لإقامة البينة، فإذا انقضى الأجل رفع الحظر عنها وسمح لها بالزواج.

1- قانون رقم 052-2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريطانية بتاريخ 2001/07/19،ص12.

لا نتصور وجود مثل هاتين الحالتين في أوساط المجتمع الجزائري بالدرجة التي تستدعي تشريع لها ، حيث أن المجتمع الجزائري ليس في عاداته وتقاليده تزويج البنات وهن صغيرات ، بل هما واردتان في المجتمع الموريطاني، حيث لاتزال بعض القبائل تزوج بناتها و هن صغيرات بعقد شرعي. إن الشكلية التى كرسها المشرع الجزائري في عقد الزواج بنص المادة 18 من قانون الأسرة ،بلغت من الأهمية والقيمة القانونية مايجعلها أمر ضروري، بإعتبار أن القانون لا يعترف به ولايرتب عليه أي أثر مادام غيرمكتوب ،ولكن هذه الكتابة مع ذلك ليست ركنا من أركان العقد ولاشرطا من شروطه وتخلفهالايؤدى إلى إبطال العقد أساسا،وإنما هي لإثبات العقد دون المساس بأساس وجوده ما دام صحيحا لا تنقصه إلا الكتابة التي يمكن عن طريق دعوى قضائية يأمر فيها القاضي ضابط الحالة المدنية بتسجيل عقد الزواج من يوم إبرامه بأثر رجعي.

ذلك أن تخلف كتابة عقد الزواج أصبح يسبب للزوجين والأولاد أضرار تعرقل سيرحياتهم.

وعلى ذلك أحاول معالجة أثر تخلف كتابة عقد الزواج في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

أثر تخلف كتابة عقد الزواج

الفصل الثاني: آثر تخلف كتابة عقد الزواج

المطلب الأول: آثر تخلف كتابة عقد الزواج بالنسبة للزوجين والأبناء

تتجسد آثار تخلف كتابة عقد الزواج في جملة من العراقيل الإدارية التي يصادفها الزوجين عند السعي لممارسة حقوقهم المشروعة القانونية والاجتماعية، بسبب عدم كتابة عقد الزواج ،فقد يفقد الزوج بعض حقوقه كما قد تفقد الزوجة بعضا منها أو أن يفقدا حقوقهما باعتبار قيام العلاقة الزوجية.

لبيان ذلك أتعرض في هذا المطلب إلى فرع أول أتناول فيهمن الناحية القانونية .

الفرع الأول: من الناحية القانونية

إن القانون يشترط لإثبات عقد الزواج مستخرج عقد الزواج يقدمها ضابط الحالة المدنية وهي الوثيقة الوحيدة دون سواها التي يظهرها الزوجين أمام القضاء لإثبات صفتهم كزوجين شرعين.

أولا: بالنسبة للزوجين

إن اللجوء إلى القضاء على سبيل المثال لفك الرابطة الزوجية ، سواء بطلب الزوج أو الزوجة يقتضي تقديم هذه الوثيقة ،وبدونها يفصل القاضي برفض أي طلب سواء تعلق الأمر بفك الرابطة الزوجية أو توابعها من نفقة ،عدة ، مسكن ،تعويض ...الخ لأن نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية[1] تنص على أنه :"ليجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ومصلحة قائمة أو محتملة يقررها القانون ".

لذلك عدم كتابة عقد الزواج يكون لها تأثير مباشرعلى دعوى فك الرابطة الزوجية وهذا التأثير وقتي يمكن تداركه بإتخاذ إجراءات تسجيل عقد الزواج أولا، ثم بعد ذلك رفع دعوى فك الرابطة الزوجية كما يجوز للقاضي أن يقضي بتثبيت الزواج غير المسجل وأن يقضي في نفس الحكم بالطلاق.

1- أمر رقم 66- 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو لسنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

هذا ما جاء به قرار المحكمة العليا بتاريخ 1995/10/24 [1] التي تنص على أنه:" إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج ، يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، بإعتبار أن الزواج العرفي في الحكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون ،وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي."

إن الاشكال لا يطرح عندما لايكون نزاع بين الزوجين حول إنعقاد العقد وصحة شروطه ،لكن عندما يكون النزاع حول قيام العقد في حد ذاته بإنكار أحد الزوجين لعقد الزواج فإن الدعوى القضائية لإثبات عقد الزواج قد تطول لسنوات،حتى تفصل بصفة نهائية .

وكما هو ثابت قانونا أن دعوى الحالة لا تكتسي أحكامها الحجية إلا بعد الفصل نهائيا أمام المحكمة العليا أو عدم الطعن في القرار القضائي ولقد نصت المادة 361 من قانون الإجراءات المدنية " لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار، ماعدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير."

إذن هذا آثر سلبي ضمن الآثار الاخرى لعدم كتابة عقد الزواج، حيث لا يمكن رفع دعوى فك الرابطة الزوجية دون تقديم وثيقة عقد الزواج.

كما نجد آثر سلبي أخر عند تخلف كتابة عقد الزواج ،وهي حالة وفاة أحد الزوجين وترك تركة، فلا يمكن الإدعاء أمام القضاء بنصيبا فيها، إلا بعد إثبات صفته كزوج الهالك، لذلك يضطر الوارث أوالوارثة سلوك طريق القضاء لإثبات صفته كزوج الهالك،ثم بعد ذلك رفع دعوى تقسيم التركة،إذا كان نزاع بين الورثة.

لقد نصت المادة 126 من قانون الاسرة أن أسباب الإرث هي القرابة والزوجية وقد تطول الإجراءات القضائية لإثبات هذه الصفة إذا أنكر الورثة الأخرين العلاقة الزوجية بين صاحب الدعوى والهالك وبالتالي لا نصيب في التركة إلا بعد إثبات العلاقة الزوجية كما يشترطها القانون.

1- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1995/10/24 ملف رقم 125059 ،نشرة القضاة ،العدد53 ص56.

ثانيا: بالنسبة للأبناء

إن عدم كتابة عقد الزواج من الأهمية القانونية في المجتمع ما يستدعي الكشف عنه
من خلال حالات قانونية معينة تترتب عند عدم كتابة عقد الزواجفيعود ذلك على الأبناء بآثارسيئة ،حيث أن القانون لايعترف بهم ولايحمي أي حقا لهم، فلا يلحق نسب الطفل بأبيه فتضيعحقوقه المشروعة كالحق في التعلم إلى غاية رفع دعوى قضائية من طرف
الزوجين لتسجيل زواجهما، ومنه يأمر القاضي في حكمه ضابط الحالة المدنية بتسجيل الطفل بأثر رجعي من يوم ميلاده.
و هذا ما كرسته المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها بتاريخ 1989/12/25[1] النص على أنه :" متى كان الزواج العرفي متوفر على أركانه التامة و الصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج و تسجيله في الحالة المدنية و إلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافق للشرع و القانون".

وفيما يخص الميراث يظهر الأثر السلبي لعدم كتابة عقد الزواج عند وفاة أحد الزوجين وتركا أبناء ، فلا يمكن المطالبة بالتركة أمام القضاء إلا بعد إثبات صفتهم كأبناء للهالك برفع دعوى قضائية لإثبات صفتهم،عن طريق تثبيت الزواج غير المسجل، ثم يرفعون دعوى قضائية أخرى يطلبون فيها تقسيم التركة في حالة النزاع.

كما نجد من بين الآثار السيئة الأخرى لتخلف كتابة عقد الزواج بالنسبة للابناء ضياع حقهم في النفقة والحضانة إذا طلق الزوج زوجته وهو غير مسجل لعقد زواجه، فلابد من

رفع دعوى من الزوجة لإثبات زواجها ثم رفع دعوى قضائية أخرى للمطالبة بحق الأبناء في

نفقتة أبيهم وحقهم في حضانة أمهم.

المطلب الثاني: أثر تخلف كتابة عقد الزواج بالنسبة للزوجين والأبناء

تتجلى الآثار تخلف كتابة عقد الزواج في بعض العقبات التى تتخلل سير حياة الأبناء

الطبيعية، حيث تضيع منهم حقوق إجتماعية كثيرة لا يمكن لهم التمتع بها إلا بعد أن يقوم الزوجين بتسجيل زواجهما قضائيا.

ولبيان ذلك أتعرض في هذا المطلب إلى فرع أول أتعرض فيه من الناحية الإجتماعية.

1-قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/25 ملف رقم 58224،المجلة القضائية لسنة 1991، العدد لرابع، ص 110..

الفرع الأول: من الناحية الاجتماعية

إن عدم كتابة عقد زواج له عواقب إجتماعية بصفة خاصة على المرأة،التي قد ينكر زوجها العلاقة الزوجية و يغادر المسكن الزوجي فتكون أمام واقع مر، لإثبات الزواج الشرعى من الزوج والمطالبة بحقوقها الشرعية و القانونية كما قد تضيع حقوق الزوج كذلك.

أولا: بالنسبة للزوجين

لقد أولى التشريع الجزائرى حماية إجتماعية للاسرة، بقوانين أهمها قانون 11/83 الصادر بتاريخ 2 جويلية 1983 المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي04/94 المؤرخ في11 أفريل 1994[1] الذي منح للزوج العاطل عن العمل تحت كفالة الزوج العامل تأمينا صحيا مع العلم أن قانون الضمان الإجتماعي يقصد بلفظ الزوج في هذا القانون الزوج أو الزوجة، وفي هذا الشأن نصت المادة 66 من قانون الضمان الإجتماعي على أنه: " يستفيد ذوي الحقوق المؤمن لهم اجتماعيا من الأداءات المشار عليها بالمادتين 8و26 أعلاه بالنسبة للزوج فقط...الخ والمادة 26 أحكامها تتعلق بالزوجة التى تنص على أنه:" تعوض المصاريف المتعلقة بالتأمين على الولادة وفقا للشروط التالية: تعويض المصاريف الطبية والصيدلية وتعويض مصاريف إقامة الأم والمولود في المستشفي .

في حالة وفاة الزوج المؤمن لدى الضمان الاجتماعي يستفيد ذوي الحقوق من منحة الوفاة التي تقدر بإثنى عشر مرة مبلغ الأجرة الشهرية.

بالاضافة الى منحة الوفاة فإن منحة المعاش المنصوص عليها بالمادة 30 من القانون 83-12 المؤرخ في 2 جويلية1983 المتعلق بالتقاعد ،تؤول منحة التقاعد على إثر وفاة صاحب المعاش إلى ذوي حقوقه ولقد حددت نص المادة 31 من قانون السالف الذكر من هم ذوي الحقوق ومن بينهم الزوج، هذه المنحة التي تتوقف وجوبا حتى يثبت الزوج زواجه الشرعي

من الهالك ،هذا ما أكدته نص المادة 32 من نفس القانون وكذلك يضيع حق الزوجين في السكن إذا لم يقدما وثيقة عقد الزواج ضمن وثائق ملف السكن.

1- الجريدة الرسمية رقم 28،قانون 12/83 بتاريخ 2 جويلية 1983، ص 1403.

إن هذه الامتيازات و الحقوق الإجتماعية يتوقف الإستفادة منها إلا بعد تقديم وثيقة عقد الزواج . إن السهو بقصد أو بدون قصد لكتابة عقد الزواج يؤدي إلى الحرمان من هذه الحقوق الاجتماعية .

ثانيا: بالنسبة للأبناء

إن تخلف كتابة عقد الزواج من الأهمية الإجتماعية التى تتطلب بيانه بالنظر الى الحقوق الكثيرة التي يحرم الأبناء منها ،حيث أن الطفل لا يمكنه الإلتحاق بالمدرسة إذا لم يقدم ما يثبت هويته الشخصية للمدرسة وعلى ذلك يضيع منه الحق في منحة التمدرس.

وفيما يخص الرعاية الصحية نصت المادة 66 من قانون الضمان الإجتماعي المؤرخ في 11 أفريل 1994 على أنه:"يستفيد ذوي الحقوق المؤمن لهم إجتماعيا من الاداءات المشار عليها بالمادتين 8و26 أعلاه ، للزوج فقط ، والمادة 8 أعلاه ، بالنسبة للأولاد والأصول".

والمادة 8 تشمل الأداءات العينية للتأمين على المرض ومنها العلاج، الجراحة ،الأدوية،الإقامة بالمستشفى...الخ.

والمادة 31 من القانون السالف الذكرالتي تنص على أن تتحمل الهيئة التى ينتمي إليها الوالد دفع مصاريف الخدمات في حالة مرض الطفل.

كما يستفيد الأبناء من منحة الوفاة في حالة وفاة الزوج المؤمن لدى الضمان الإجتماعي ويستفيدون أيضا من منحة المعاش على إثر وفاة صاحب المعاش بموجب القانون 83-12المؤرخ في 2 جويلية 1983[1] المتعلق بالتقاعد طبقا للمادة 31 .

وبالنسبة للمنح العائلية التى تمنح للعامل أو العاملة إذا كان الزوج عاطل عن العمل على الأبناء ، فإن حقهم فيها يضيع إذا لم يقدم الزوجين وثيقة عقد الزواج لمصلحة الضمان

1- الجريدة الرسمية رقم 28 ،قانون 11/83 بتاريخ 2 جويلية 1983 ،ص 1792.

الإجتماعي ، لابد من إثبات عقد الزواج وذلك برفع دعوى قضائية لتثبيت الزواج الشرعي.

وكذلك يضيع حق الزوج أو الزوجة في منحة الأجر الوحيد التى تمنح لأحدهما إذا كان لا يمارس أي نشاط مأجور بموجب المرسوم التنفيذي رقم 28/04 المؤرخ في 14 فيفري 2004[1].

فكل هذه الإمتيازات والحقوق القانونية والإجتماعية بدون تقديم وثيقة عقد الزواج لا وجود لها واقعا، هذا ما يزيد من قيمة وأهمية كتابة عقد الزواج ،حيث أن القانون لا يعترف به إلى حين تسجيله،لكنه يطرح عدم تسجيله مشاكل للزوجين والأبناء مما يدفعهم الى فتح باب القضاء.

فكيف عالج المشرع الجزائري ظاهرة الزواج غير المسجل الذي صار يشغله إلى حد الساعة من الناحتين القانونية والقضائية.؟

هذا ما أحاول بيانه في المبحث الثاني وهو موقف القانون والقضاء الجزائريين من الزواج غير المسجل.

المبحث الثاني : موقف القانون والقضاء الجزائريين من الزواج غير المسجل

يعتبر الزواج غير المسجل اليوم ظاهرة خطيرة تستوجب الحل التشريعي حفاظا على مصالح الزوجين والأولاد وهي ظاهرة تمس مجتمعنا كما تمس المجتمعات الإسلامية الأخرى فالزواج له أهمية كبيرة لأنه عقد وثيق تباركه الأديان و يحميه القانون [2] .

لقد تعارف الناس في بلدنا منذ زمن بعيد، على إسناد مهمة إبرام عقد الزواج إلى رجل الدين و هو ما يسمى عندنا" بالطالب "أو" إمام المسجد" و يتم غالبا بالمسجد و يحضر مجلس العقد ولي الزوجة ،والد الزوج ،الشهود ومجموعة من الأقارب، ويراعي في إتمام هذه العقود ما تتطلبه الشريعة الإسلامية من أركان وشروط الزواج.

1- الجريدة الرسمية رقم 10 الصادرة في 15 فيفري 2004 ،ص4.

2 -أحمد غانم "النظرية العامة للزواج بين الشرائع السماوية الثلاث و القوانين الوضعية" المرجع السابق ، ص5.

موازاة لذلك، كان بعض أفراد الشعب يوثقون عقود زواجهم لدى المؤسسات المدنية المتمثلة في"مصلحة الحالة المدنية" ولكن الأغلبية ظلت تحتكم إلى إمام المسجد،و بقي الأمر

حتى صدور قوانين جديدة في بداية تأسيس الدولة الجزائرية، لذلك تنامت ظاهرةالزواج غير المسجلو بلغت ذروتها خلال الفترة التي عقبت الاستقلال، إلا أنها أخذت في التناقص الواضح.

لتفصيل ذلك يتعين علي أن أتعرض في المطلب الأول من هذا المبحث إلى موقف القانون الجزائري من الزواج غير المسجل، وفي مطلبه الثاني أتعرض إلى موقف القضاء الجزائري من الزواج غير المسجل.

المطلب الأول: موقف القانون الجزائري من الزواج غير المسجل

سعت فرنسا المستعمرة إلى القضاء على الزواج غير المسجل بإصدار قوانين مختلفة أهمها القانون رقم 777/57 الصادر بتاريخ 11 جويلية 1957 و الأمر رقم 59/274 الصادر في 1959/02/04 ،و المرسوم رقم 59/1082 الصادر بتاريخ 17 سبتمبر1959[1] . وكان المشرع الفرنسي يهدف من سنه هذه القوانين، التطبيق الصارم من المواطنين الجزائريين للقانونية الفرنسية، التي جاء بها قصد تنظيم حياتهم المدنية.

لكن المواطنين لم يتقبلوها خاصة اللصيقة منها بعقيدتهم وشخصياتهم و من ثمة حدث تنافر و لم يعد المواطنون يتعاملون مع الإدارة الإستعمارية فيما يخص الزواج، أو قيد الميلاد، و من أجل ذلك كان من أولويات الدولة الجزائرية المستقلة حديثا، اللجوء إلى سن تشريعات حديثة تتناسب ومستجدات الوضع الجديد.

ولهذا يتعين علي بحث هذه الحالة في فرعين:أتعرض في الفرع الأول من هذا المطلب إلى موقف القانون من الزواج غير المسجل قبل صدور قانون الأسرة وأتعرض في الفرع الثاني منه إلى موقف القانون من الزواج غير المسجل بعد صدور قانون الأسرة.

1- الجريدة الرسمية الصادرة في 19 سبتمبر 1959، ص 9139.

الفرع الأول: موقف القانون الجزائري من الزواج غير المسجل قبل صدور قانون الأسرة

إهتم المستعمر الفرنسي بتنظيم الحياة الأسرية للجزائريين، خاصة الرابطة الزوجية لأن المجتمع الجزائري كما هو معلوم كان لا يتقيد بتدوين عقود الزواج، بل يكتفي فقط بإبرامها وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية، و لذلك سعت السلطات الإستعمارية إلى إصدار قوانين ومراسيم و قرارات مختلفة قصد تدوين عقود الزواج المبرمة بين الجزائريين، ولعل أهمها قانون رقم 777/57 الصادر في 11 جويلية 1957 [1] والمتعلق بإثبات الزواج المبرم في الجزائر وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية.

ولقد ألزم هذا القانون المواطنين المسلمين بإبرام عقود زواجهم أمام القاضي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية أو العرف القبائلي، وألزم القاضي بإخبار ضابط الحالة المدنية بهذا الزواج، و يتم تسليم له نسخة من عقد الزواج و هذا طبقا للمادة 2 من هذا القانون.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا القانون لم يحدد كيفية و شكلية عقد الزواج، بل اكتفى بإلزام المواطنين الجزائريين بالتقرب إلى القاضي لإبرام عقود زواجهم.

و يمكن القول، أن القاضي له صلاحية تحرير العقد بالطريقة التي يراها موافقة لقواعد الشريعة الإسلامية و إذا لم يتم عقد الزواج أمام القاضي، فإنه يجب تسجيله خلال خمسة أيام من تاريخ العرس، و إلا تعرض الزوج و ولي الزوجة إلى عقوبات جزائية منصوص عليها في المادة 9 من نفس القانون و تتراوح تلك ما بين غرامة و حبس لمدة 6 أشهر.

ثم جاء المشرع الفرنسي بالأمر رقم 59/274 الصادر بتاريخ 04 فيفري 1959[2] الخاص

بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية ، أين حث بوجوب تحرير عقد الزواج أمام القاضي أو ضابط الحالة المدنية، و لا يمكن إقامة الحفل دون الحصول على شهادة الزواج أو دفتر عائلي

1-الجريدة الرسمية رقم 161 الصادرة في 13 جويلية 1957، ص 6922.

2- الجريدة الرسمية الصادرة في 11 فيفري 1959، ص 1860.

وبموجب المادة الثانية منه، جاءت تلزم المسلمين الجزائريين أن يتم عقد زواجهم أمام القاضي الشرعي أو أمام ضابط الحالة المدنية، وإلا كانت هذه العقود باطلة، ولا يحتج بها إلا بين المسلمين فقط، فيما يخص شؤونهم الخاصة[1].

ثم جاء المرسوم رقم 59/1082الخاص باللائحة التنفيذية المتعلقة بالأمر رقم 59/274الصادر في 4 فبراير لسنة 1959والمتضمن تنظيم عقود الزواج المبرمة في عمالات الجزائر والواحات و الساورة بمعرفة أشخاص مقيمين محليا في تلك الأماكن الصادر بتاريخ 17 سبتمبر 1959[2] الذي أشار في مادته الأولى إلى أن ضابط الحالة المدنية أو القاضي يتلقى عقود الزواج و كيفية إبرامها.

إلا أنه لم تحترم من طرف نسبة كبيرة من المواطنين الجزائريين، و الدليل على ذلك كثرة الزواج غير المسجل بعد إسترجاع الجزائر سيادتها عام 1962.

هكذا ورغبة في التخلص من التبعية الإستعمارية، بدأ المشرع يصدر قوانين مختلفة تمس جميع شؤون الحياة لدولة حديثة العهد بالحرية و الإستقلال، الذين طالما انتظره الشعب الجزائري، و من بين هذه القوانين، نجد في مجال تنظيم الحياة الأسرية إصدار قوانين تهدف إلى محاولة الحد من ظاهرة الزواج غير المسجل.

في هذا الشأن إصدر قانون رقم 224-63 المؤرخ في 1963/06/29[2]الخاص بتحديد الحد الأدنى لسن الزواج والذي نص في مادته الخامسة على أنه:"لا يجوز لأحد أن يدعي أنه

زوج وأن يطالب بما يترتب على الزواج من آثار ما لم يقدم وثيقة عقد الزواج مسجلة في الحالة

المدنية و يجب تسجيل عقود الزواج المبرمة قبل صدور هذا القانون خلال مهلة مدتها ثلاث سنوات ".

1- عبد العزيز سعد " نظام الحالة المدنية في الجزائر"الدار العمومية للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الثانية، لسنة 1995،ص 152.

2- الجريدة الرسمية رقم 44 الصادرة في 2 يونيو لسنة 1963.

لقد أوجب المشرع بقاعدة آمرة تلزم الجزائريين، السعي إلى تسجيل عقود الزواج التي لم تسجل خلال الفترة الإستعمارية، و قد حدد أقصى مدة لتسجيلها بثلاث سنوات، و هي في نظر المشرع مدة كافية يتسنى فيها للمواطنيين تسجيل العقود المغفلة، وهي كذلك فترة كافية لترتيب سجلات عقود الزواج.

قد جعل المشرع جزاء عدم تسجيل عقود الزواج، بألا تكون لها أي أثر من آثار العقد، إذ لا يحق للزوجين المطالبة بما يترتب عن هذا الزواج ما لم يقدما وثيقة تثبت عقد قران الطرفين.

لكن لم يكن لهذا القانون صدى كبير في أوساط الشعب الجزائري،إذ بقي معظم أفراد المجتمع الجزائري متشبثا بتقاليده، التي إعتاد من خلالها إتمام عقد الزواج عن طريق الفاتحة بين يدي إمام المسجد غالبا.

سعى المشرع مرة أخرى، إلى تسجيل عقود الزواج التي لم تسجل في حينها فأصدر الأمر رقم 69-72 الصادر بتاريخ 1969/09/16 [1]الذي ينص في المادة الأولى منه: " إن كل عقود الزواج التي جرت وفقا للشريعة الإسلامية قبل نشر الأمر الحالي و التي لم تحرر أو تسجل في سجل الحالة المدنية يمكن تسجيلها في سجل الحالة المدنية بمجرد الإستظهار بحكم."

لقد تكلم المشرع صراحة في هذا الأمر عن الزواج غير المسجل، الذي لابد أن يكون زواجا شرعيا، فجاء بهذا الشرط الذي لم يتحدث عنه في القانون السابق.

1- الجريدة الرسمية رقم 70 الصادرة في 1969/09/19 ص 1187،1186.

طبقا للمادة الرابعة من نقس الأمر، فإنه عند تسجيل عقد الزواج قضائيا فإنه يحدث آثاره إبتداء من تاريخ اليوم الذي اعترف به الحكم بأنه تاريخ الزواج.

ثم جاء بعده قانون الحالة المدنية الصادر بتاريخ 1970/02/19 بموجب الأمر رقم20/ 70 الذي نص في المادة 71 على أنه: " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته ...الخ".

لقد بين لنا المشرع في هذه المادة من هو الشخص المختص بكتابة عقد الزواج قانونا و هما ضابط الحالة المدنية والموثق .

بعد ذلك جاء الأمر رقم 71 – 65 بتاريخ 22 / 09 / 1971[1] المؤرخ في 2 شعبان عام 1391 الموافق 22 سبتمبر لسنة 1971 والمتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية وقد تعرض في المادة الأولى منه بالنص على أنه: " إن كل قران إنعقد قبل صدور هذا الأمر و نتج عنها أولاد و لم يكن موضوعا لأي إجراء ولا لأي عقد محرر أومنسوخ في سجلات الحالة المدنية ،يمكن أن يقيد في سجلات الحالة المدنية ."

تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع، لم يحدد أجلا معينا للتصريح بالزواج أمام الجهة المختصة، كما أنه لم يفرض أية عقوبة على عدم التصريح،وفي كل هذه القوانين كان المشرع يسعى جاهدا لدفع المواطنين إلى تسجيل عقود الزواج، فهوفي كل مرة يكرس الزواج الرسمي ويعترف بالزواج غير المسجل.

1- الجريدة الرسمية رقم 79 الصادرة في 1971/09/28 ، ص 1317.

الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من الزواج غير المسجل بعد صدور قانون الأسرة

جاء قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو لسنة 1984 في وقت كانت الجزائر بحاجة ماسة إلى مثل هذا التقنين، الذي تضمن المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج، الطلاق الوصية و الميراث.

لقد جعل المشرع الجزائري الفقه الإسلامي أساسا لقوانينه و تشريعاته،قصد التخلص من التبعية الإستعمار التشريعية، وأكثر أحكامه مستمدة من مذهب الإمام مالك رحمه الله و بعض أحكامه مستمدة من المذاهب الأربعة [1].

وسدا لأية ثغرة تشريعية، يمكن أن تعتري النصوص التشريعية، جاء المشرع بالمادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: " كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

نجد في مجال الحالة المدنية، أنه قد سبقت قانون الأسرة قوانين مختلفة منذ الإستقلال تضمنت إثبات وتقييد عقود الزواج، كما أنها تضمنت حالات عدم تسجيل عقود الزواج وبينت الكيفية القانونية التي تتبع في إجراءات تسجيل العقود المغفلة.

تجدر الإشارة كذلك إلى أن قانون الأسرة له إرتباط وثيق بقانون الحالة المدنية الذي سبقه تشريعا، وعلى ذلك تضمن النصوص التي جاء بها وشمل قانون الحالة المدنية بنصوص معدلة أو ملغاة ضمنيا أو أنه يحيلنا إليه في بعض المسائل، كما فعل بالنسبة لإجراءات تسجيل عقود الزواج في المادة 21 من قانون الأسرة التي تنص:" تطبيق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقود الزواج".
من خلال المادة 18 من قانون الأسرة، نجد أن المشرع بين إلى من تسند مهمة تحرير عقد الزواج، وهما الموظف المؤهل قانونا أو الموثق، و لم يوضح من هو الموظف المختص

1–د بلحاج العربي "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " المرجع السابق، ص20.

عكس ما نص قانون الحالة المدنية في المادة 71 منه و التي أسندت إختصاص تسجيل الزواج إلى ضابط الحالة المدنية بالنص على أنه: " يختص بإبرام عقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو الموثق".

فحين ينص قانون الحالة المدنية عن العقود غير المسجلة ، فهو يطلق عليها إسم" العقود المغفلة" بينما قانون الأسرة يسميها" عقود غير مسجلة"، كما أن هذا القانون لم يحدد أجلا لتسجيل عقد الزواج التي لم يسجل في حينه و لم ينص قانون الأسرة على ذلك عكس ما نص عليه قانون 1963 الذي حدد أجلا لتسجيل عقود الزواج بثلاث سنوات قبل صدور هذا القانون.

من خلال المادة 22 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم، إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية".
يتضح، أن الوسيلة الوحيدة التي قررها المشرع لإثبات عقد الزواج هي مستخرج من سجل الحالة المدنية وهذا مما لا شك فيه إذا كان العقد قد سجل بالطريقة المنصوص عليها قانونا، و في حالة عدم تسجيله نكون أمام زواج غير المسجل لابد من رفع دعوى قضائية لإثبات الزواج غير المسجل.

من باب السعي للحد من الزواج غير المسجل تم توجيه تعليمة شفوية من وزارة الشؤون الدنية إلى كل أئمة المساجد، تحظر عليهم عقد الزواج بالفاتحة،إلا بعد إحضار وثيقة عقد الزواج لدى المصالح المختصة قانونا.

إن المشرع يعترف بالزواج غير المسجل و يرتب عليه جميع الآثار الشرعية و القانونية،شرط أن يكون قد توافر على الأركان والشروط المنصوص عليها في المادة 9 و المادة 9 مكررمن قانون الأسرة بعد التعديل وذلك يكون بأثر رجعي من يوم الزواج غير المسجل.وهذا ما قررته المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها بتاريخ 1984/10/08[1] تنص فيه على أنه:"من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون

1- قرار المحكمة العليا بتاريخ 10/08/ 1984 ملف رقم 34137 ،المجلة القضائية لسنة 1989،العدد الرابع، ص79

باطلا ومن ثمة ، فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا ، ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ".

ما يمكن التأكيد عليه في هذا الصدد، هو أن المشرع لا يعترف الزواج غير المسجل و يكرس الزواج المكتوب، كما حاول في النصوص التي صدرت قبل قانون الأسرة الحد من الزواج غير المسجل.

أن المشرع يعترف بالزواج غير المسجل و يحاول إيجاد حل لهذه المشكلة بنصوص قانونية،ولكن ما جاء به لم يخرج عما سبقه من تشريع، حيث منح بموجبه الحق لكل شخص لم يسجل زواجه لدى المصالح المختصة، أن يفعل ذلك في أقرب الآجال دون أن يقرر أية عقوبة لمن يخالف هذا القانون، و دون أن يحدد مهلة معينة لدعوى إثبات عقد الزواج إلى يوما هذا ولقد أكدت ذلك المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1991/04/23 [1] و التي تنص فيه على أنه :"من المبادئ المستقر عليها قضاء وقانونا أن دعوى إثبات الزواج غير محددة بمهلة معينة".

لكن الزواج غير المسجل أصبح اليوم يطرح مشاكل عديدة، كما له آثار سيئة تظهر عندما يريد الزوج أن يطلق زوجته و هو غير مسجل لعقد زواجه ، ففي هذه الحالة يجب عليه أن يرفع دعوى قضائية لاثبات زواجه غير المسجل ثم يرفع دعوى الطلاق ، لأن القاضي يرفض دعواه إذا لم يحضر وثيقة عقد الزواج و منها كذلك في حالة اتفق إثنان على الزواج دون وثيقة ثم يجحدها أحدهما، أوفي حالة وفاة الزوج ،فالأبناء يتعذر عليهم تقسيم التركة إلا بعد إحضار وثيقة عقد زواج أبيهم المتوفي .أوحين وفاة الزوج والشهود الذين حضرا العقد غير المسجل ففي هذه الحالة يتعذر إثبات الزواج دون شهادة الشهود.

1- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23 ملف رقم 71732، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الثاني، ص51.

كما نجد هناك مشكلة عدم إمكانية تسجيل الطفل عند ولادته لدى المصالح المختصة بالتسجيل إذا كان زواج الوالدين غير مسجل، مما يصعب عليه ممارسة حقوقه القانونية مستقبلا كالحق في التعلم أو عند التوجه إلى المصالح الصحية مثلا.

لما كان الزواج غير المسجل لا يختلف عن الزواج المكتوب من الناحية الشرعية من حيث أركانه وشروطه، إذ أن الزواج غير المسجل هو زواج شرعي[1].لكنه قد يسبب أضرار للزوجة والأبناء. فيدفعهم ذلك إلى فتح باب القضاء للمطالبة بحقوقه، وهذا ما أتعرض له في المطلب الثاني موقف القضاء الجزائري من الزواج غير المسجل.

المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري من الزواج غير المسجل

القضاء الجزائري منذ فجر الإستقلال حاول تطبيق النصوص القانونية و السعي الجاد لإصدار أحكام مختلفة تكريسا لمبدأ السيادة الوطنية و التخلص من التبعية الإستعمارية.

لقد بسط المشرع في معظم القوانين التي أصدرها، الإجراءات لدفع المواطنين الذين لم يسجلوا عقود زواجهم إلى تسجيلها عن طريق القضاء، حسب الإجراءات المحددة قانونا لكن هذا التشجيع من طرف المشرع لم يلق صدى كبيرا بين أوساط الشعب الجزائري.

لذلك فإن كتابة عقد الزواج أصبحت أكثر من ضرورة اليوم، و التعامل عن طريق الوثائق شيء لا يمكن الإستغناء عنه عند التعامل مع الإدارة .

فهذا المطلب يحمل فرعين: في الفرع الأول أتعرض فيه إلى موقف القضاء الجزائري من الزواج غير المسجل قبل صدور قانون الأسرة، و في الفرع الثاني منه أتحدث عن موقف القضاء الجزائري من الزواج غير المسجل بعد صدور قانون الأسرة.

1- هلال يوسف إبراهيم"أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين الناحية الشرعية والقانونية شرح وتعليق وصيغ" المرجع السابق ، ص13.

الفرع الأول: موقف القضاء الجزائري من الزواج غير المسجل

قبل صدور قانون الأسرة

لقد تضمن أول مرسوم صدر بعد إستقلال الجزائر مباشرة، إجراءات تسجيل عقود الزواج التي لم تخضع للتسجيل أثناء فترة حرب التحرير، هو مرسوم رقم 126-62 الصادر في 1962/12/13[1].

لقد تعرض هذا المرسوم إلى محاولة إيجاد حل لتسجيل عقود الزواج التي لم تخضع للتسجيل خلال فترة حرب التحرير، وبين الكيفية التي يتم بها ذلك ، و هو عن طريق قرار قضائي، و لكن رغم بساطة هذا الإجراء المراعي لحالة شعب حديث العهد بالإستقلال و الحرية، إنه لم يلق إستجابة فعلية من قبله.

عزز المشرع ذلك التوجه بإصدار الأمر رقم 69-72 الصادر بتاريخ 1969/09/16 الذي بين إجراءات تسجيل الزواج غير المسجل، الذي جرى وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية و الذي نص في المادة الثانية منه على :"بإمكان كل ذي مصلحة أن يوجه إلى رئيس محكمة دائرة الإختصاص التي تم فيها الزواج، بعريضة يطلب فيها الإعتراف قضائيا بهذا الزواج ابتداء من تاريخ عقده".

وقد سهل هذا الأمر عملية اللجوء إلى القضاء لتسجيل الزواج غير المسجل تشجيعا من المشرع للمواطنين على تسجيل زواجهم، و ذلك بعريضة يقدمونها إلى رئيس المحكمة يطلبون فيها الإعتراف بهذا الزواج من تاريخ عقده، فيكون له أثر رجعي من تاريخ إنشائه، و هذا ما

جاءت به المادة الرابعة من نفس الأمر التي تنص على أنه:" إن الزواج الذي تم إثباته وفقا لهذه الشروط المسجل في سجل الأحوال المدنية يحدث آثاره ابتداء من تاريخ اليوم الذي اعترف به الحكم بأنه تاريخ عقد الزواج".

1- الجريدة الرسمية رقم 8 بتاريخ 1962/12/14، ص86.

ثم تم صدور الأمر رقم 65/71 المؤرخ في 2 شعبان عام1391 الموافق 1971/09/22الذي يتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية ينص في مادته الثانية أنه: " يجوز لكل من يعنيه الأمر أن يوجه إلى رئيس المحكمة التي انعقد القران في دائرة اختصاصها، طلبا يرمي إلى جعل هذا القران معترف به قضائيا و كذلك التاريخ الذي إنعقد فيه".

لقد بينت هذه المادة الإجراءات التي يجب أن تتبع لتسجيل الزواج غير المسجل قضائيا، وهي مجرد طلب إلى رئيس المحكمة يرمي إلى الإعتراف بهذا الزواج من يوم إنعقاده، وهذا إن كان قد توفر على أركانه وشروطه الشرعية.

ما يمكن ملاحظته حقا على هذا الأمر أنه كذلك سهل عملية السعي لتسجيل عقود الزواج التي لم تسجل وقت إنعقادها، فجعل إمكانية تسجيلها قضائيا بأثر رجعي من يوم إنشائها طبقا للمادة 8 من نفس الأمر و التي تنص على أنه : " إن الزواج المنعقد بهذا الشكل والمنسوخ في سجلات الحالة المدنية يصبح نافذ المفعول إبتداء من اليوم المعترف به في الحكم كيوم إنعقاد الزواج".

بناء على ذلك، فإن كل العقود المتعلقة بالزواج غير المسجل المبرمة قبل صدور هذا الأمر يمكن لكل ذي مصلحة في تسجيله أن يتقدم بطلب مباشرة إلى رئيس المحكمة التي أبرم الزواج في دائرة إختصاصها، ليتمكن ضابط الحالة المدنية تسجيله بأمر من القضاء،شرط أن يكون الزواج وفقا للشريعة الإسلامية.

كما أن قانون الحالة المدنية[1] ، بين الكيفية التي يمارسها القضاء في مجال السعي إلى تسجيل المواطنين عقود زواجهم التى لم تسجل ، وهي مجرد طلب بسيط من المعني بالأمرالذي يرغب في تسجيل عقد زواج هو ذلك حسب المادة 39 منه التي بينت الإجراءات التي تتبع في تسجيل العقود التى لم تسجل قضائيا، وتتمثل هذه الطريقة في إجراء قانوني بسيط يتم عن طريق عريضة ترفع من قبل طالب التسجيل إلى وكيلا لدولة،بطلب مكتوب على ورقة عادية يصدر إثر ذلك حكم بسيط من رئيس محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقد أو التي كان يمكن تسجيلها فيها بناء على طلب من وكيل الدولة لهذه المحكمة، وذلك بموجب عريضة مختصرة مرفقة بكل الوثائق أو الإثباتات المادية. وفي هذا المضمون نصت المادة 40

1-الأمر رقم 70 – 20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فيفري 1970 الجريدة الرسمية رقم 21 بتاريخ 27 فيفري 1970 المتعلق بقانون الحالة المدنية.

الفقرة الأولي على أنه:" ترفع العريضة من قبل الطالب إلي وكيل الدولة بطلب مكتوب على ورق عادي" وعلى إثر ذلك يسجل عقد الزواج الذي لم يخضع للتسجيل لدى ضابط الحالة المدنية فهل هناك موقفا جديدا للقضاء الجزائري بموجب صدور قانون الأسرة؟.

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الزواج غير المسجل بعد صدور قانون الأسرة

بعدما كان القاضي يرجع إلى قانون الحالة المدنية وقواعد القانون المدني عندما تطرح عليه قضية إثبات الزواج غير المسجل، فإنه بعد صدور قانون الأسرة أصبح هذا القانون المرجع الأساسي للفصل في قضايا الأحوال الشخصية ومنها إثبات الزواج.وعند تحريك الدعوى أمام القضاء يتحرى القاضي من الدعوى و الأطراف وينظر لعقد الزواج من حيث استيفائه لأركانه و شروطه طبقا لنص للمادة9 و9مكررمن قانون الأسرة بعد التعديل الجديد. فإذا كان كذلك أصدر حكمه بتثبيته، و يأمر في نفس الحكم ضابط الحالة المدنية المختص بتسجيله في سجلات عقود الزواج، هذا ما أثبتته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1992/11/22[1] .التى تنص فيه على أنه:" يعتبر كل زواج صحيحا إذا توفرت أركانه و لو كان غير مسجل بالحالة المدنية".

1- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1992/11/22 ملف رقم 28784 ، نشرة القضاة ،العدد الثاني، ص32.

و لكن قبل النطق بالحكم يجب إطلاع النيابة العامة على الملف، لأن القضية متعلقة بأهلية الأشخاص و حالته

فالنيابة العامة دور هام في مراقبة و تحري مدى صحة تصريحات الأطراف و الشهود ومرحلة إطلاعها على ملف القضية،هي مرحلة هامة بالنسبة القاضي، إذ يأخذ برأيها في حكمه و إلا كان هذا الحكم غير سليم يتعرض للإلغاء، فما عليه إلا تطبيق القانون، فإذا رأى أن الزواج غير المسجل مستوف لكافة أركانه و شروطه طبقا للقانون، حكم بصحته وتثبيته و إذا تخلف فيه أي ركن من أركانه رفض الدعوى من أساسها.

لكن بالرجوع إلى الحياة العملية، كثيرا ما نجداختلاف بين محكمة و أخرى، و بين قاض إلى آخر، رغم وجود نص صريح، يحدد أركان عقد الزواج، إلا أن هناك تغاضيا من القضاة عن ركن أو ركنين المنصوص عليهما قانونا. و غالبا ما يحكم القاضي بتثبيت الزواج غير المسجلو إفراغه في قالب رسمي مسجل بأمر قضائي إلى المصالح المختصة عندما لايكون هناكنزاع بين الزوجين.

بالنسبة للتشريعالجزائري يثبت الزواج بشهادة الشهود و عند غيابها فإن الدعوى ترفض هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها بتاريخ 1989/12/11[1]التي تقرر فيه بأنه:" من المقرر قانونا أنه يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توفرت أركانه وفقا للقانون".

لكن الإشكال يطرح عندما يقع نزاع بين الزوجين حول وجود أو عدم وجود عقد الزواج، أي عندما ينكره أحدهما.

إن القضاء لم يستقر على رأي واحد في مسألة إثبات الزواج غير المسجل و كما هو ثابت في النظام القضائي الجزائري، فإن المحكمة العليا هي أعلى هيئة لدرجات التقاضي فهي محكمة رقابة على قضاة الموضوع بالنظرفي مدى تطبيقهم للقانون، فقراراتها و توجيهاتها القانونية ملزمة لهم.

1- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/11 ملف رقم 55706 ،المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الأول، ص 48.

بالرجوع إلى قرارات عديدة أصدرتها المحكمة العليا في مسائل الأحوال الشخصية وبالتحديد في القضايا المتعلقة بإثبات الزواج غير المسجل، نصت بدقة على أركان عقد الزواج

وأقرت مبدأ إثبات الزواج بجميع طرق الإثبات المتخذة دليلا له ، وذلك عملا بقواعد الشريعة الإسلامية حيث لا يعتبر الإقرار وحده وسيلة لإثباته.

لكن هناك عدة قضايا شائكة يصعب على القضاء الفصل فيها ومن بين هذه الحالات نذكر بعضها على سبيل المثال، وهي حالة غياب ركن من أركان عقد الزواج ، كعدم توفر ركن الشاهدين المنصوص عليه بموجب المادة 9 من قانون الأسرة قبل تعديله لأسباب قانونية كالوفاة أو الغياب أوعدم ذكر الصداق باعتباره ركن من أركان العقد.

لهذا السبب و بالرجوع إلى قرارات وإجتهادات المحكمة العليا في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بإثبات الزواج غير المسجل و صحته و إعترافها به ، فإنها أقرت إثبات الزواج ، بشرط أن يكون الزواج صحيحا و متوفرا لجميع أركانه وشروطه الشرعية طبقا للمادة 9 مكرر من قانون الأسرة .

هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1988/02/29[1] التي تنص فيه على أنه: "من المقرر قانونا وشرعا أن الزواج يثبت بالشهود الذين حضروا العقد أو على الأقل الفاتحة

إذا كانت مشتملة على أركانها أو شهادة السماع ومن ثمة فإن النعي عن القرار المطعون فيه بخرق القانون ومخالفة لقواعد الشريعة غير مؤسس يستوجب الرفض".

قد بات ملموسا أن القانون والقضاء الجزائريين عملا على تيسير و تسهيل السبل لتسجيل عقود الزواج التي لم تسجل في حينها مهما كانت الأسباب الداعية لذلك و من أهم هذه الأسباب الجهل وعدم وعي المواطنين، لأهمية التسجيل والمشاكل التي تنجر إثر عدم تسجيلهم عقود زواجهم، مع العلم أن المتضرر الأول وأساسي، هو الزوجة والأبناء لضياع حقوقهم جراء إنكار الزوج لهذه العلاقة،وضياع حقوق الزوج كذلك.

فرغم كثرة القوانين في هذا المجال، إلا أنه ينقص الدعم بالوسائل القانونية الردعية للكف من هذه الظاهرة السلبية التي لها إنعكاسات مباشرة على الأسرة وعلى المجتمع ككل.

1- قرار المحكمة العاليا بتاريخ 1988/02/29 ملف رقم 48184، المجلة القضائية ، العدد الأول، لسنة 1991 ، ص49.

الخاتمة

إن المشرع الجزائري منح للشكلية في عقد الزواج عناية خاصة و يظهر ذلك من خلال النصوص القانونية المختلفة و المتنوعة التي أصدرها منذ فجر الاستقلال ، وذلك بما يتميز عقد الزواج من خصوصية و قداسة باعتبار الأسرة هي النواة الأساسية للمجتمع.

هذا ما يجعل من كتابة عقد الزواج الأهمية البالغة إهتمام المشرع بواقعة الزواج كواقعة اجتماعية يجب إفراغها في شكل معين بكتابته و تدوينه في سجل خاص و لا تقبل أي كتابة خارج الكتابة التي حـددها القانون.

لقد أوجب المشرع أن يكون عقد الزواج مكتوبا في وثيقة يحررها ضابط الحالة المدنية أو الموثق طبقا للمادة 18 من قانون الأسرة ، لكن الشكلية التي منحت للموثق لا تعني الرسمية بمعناها الصحيح ، بل أنه يحرر عقد الزواج بصفته عون بالإضافة الى اختصاصاته القانونية الأخرى .

رغم أن الزواج غير المسجل يعتبر زواجا صحيحا شرعا و قانونا حين يشتمل على أركانه و شروطه،لكنه أصبح من الناحية الواقعية يطرح مشاكل عديدة، لذلك حرص المشرع أن يكرس الشكلية في نصوص قانونية، لكي ينبه المواطنين إلى مدى الأهمية التي تكتسبها الرسمية في عقد الزواج، بالنظر إلى الأضرار التي تلحق بالأسرة عموما و الزوجة والأبناء على وجه الخصوص ، حين يكون إرتباط المرأة بالرجل مبنيا على عقد غير مسجل.

نظراً الى تطور الحياة المدنية و إحتياجات الفرد الى كتابة و توثيق العقود ، فإن كتابة عقد الزواج أصبح أكثر من ضرورة بالنظر الى القيمة القانونية التي تظهر جليا من أن القانون لا يعترف بالزواج و لا يحميه و لا يرتب عليه أي أثر من آثار الزواج، إذ لم يكن محررا و هذا ما يلاحظ كثرة دعاوى إثبات الزواج المطروحة أمام الجهات القضائية بهدف تحقيق الكتابة للعقد غير المسجل.

لعل هذه الوضعية ترجع حتما إلى إنكار وجحود بعض الناس لتصرفاتهم لما يرتبه القانون من مسؤوليات على عاتقهم وللحد من مشكلة الزواج غير المسجل، لابد من السعي الجاد والمسؤول لتسجيل عقد الزواج .

إذ باتت واضحة النتائج السيئة لتخلف كتابة عقد الزواج، و التي تمس المرأة في كرامتها أساسا لعدم اعتراف الزوج بهذه العلاقة أحيانا ونفى نسب الأبناء تخلصا من المسؤولية التي يرتبها عليه القانون، فتضيع حقوقهم في النفقة و الميراث و غيرها من الحقوق المشروعة و كذلك الزوج قد تضيع منه بعض الحقوق القانونية و الإجتماعية لهذه الأسباب أصبح تحرير عقد الزواج أكثر من ضرورة اليوم .

وقصد معالجة هذه الظاهرة من عدة نواحي أقترح بعض الحلول وهي:

- من الناحية القانونية،لابد من إيجاد وسائل ردعية صارمة، ويكون ذلك بتسليط عقوبة مالية على كل من تخلف عن القيام بإجراءات الزواج الشكلية. ولقد تبين أن مرونة تطبيق القوانين الصادرة قبل وبعد قانون الأسرة، السبب في عدم الإستجابة لها هو خلوها من الجزاء.

كما يستحسن معاقبة كل شخص يقوم بإبرام عقد الزواج خارج عن وجود إمام المسجد كما ينص كذلك على معاقبة الزوجين بغرامة مالية عند تحايلهما على القانون.

- من الناحية الإعلامية لابد من تجنيد وسائل الإعلام الوطنية لبيان أهمية الكتابة في عقد الزواج، قصد توفير الحماية اللازمة للأسرة التي تعد الخلية الأساسية للمجتمع، و الحفاظ على إستقرارها بحماية العقد الذي يربط الرجل و المرأة على سبيل الدوام.
- من الناحية الفقهية لابد للمساجد أن تقوم بتوعية المواطنين وتحسيسهم بأهمية كتابة الزواج وعدم تسجيله، يسبب أضرار للزوجين و الأبناء و حرمانهم من حقوقهم القانونية و الشرعية و الإجتماعية في المجتمع المدني المعاصر.

قائمة المصادر والمراجع

المـراجع العامـــة

- القرآن الكريم.

1- أحمد غانم "النظرية العامة للزواج بين الشرائع السماوية الثلاث و القوانين الوضعية" الجزء الأول ، دار النهضة العربية، لسنة1993.

3-الإمام زين الدين أحمد إبن أحمد عبد الطيف الزيدي " التجريد الصريح لأحاديث الجامع

الصحيح هو المشهور بمختصر1 البخاري" عن أبى هريرة ، باب الجذام وباب لا عدوا ، مطبعة دار القيم ودار إبن العفان، لسنة2003 .

4- الإمام الحافظ إبن العربي المالكي" عارضة الأحوذ بشرح صحيح الترمذي " سنن الترمذي شرح إبن العربي المالكي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان، لسنة 1995.

5- الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني "سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام " الجزء الثالث ،دار المعرفة ،بيروت لبنان،لسنة 1997.

6-السيد سابق" فقه السنة "المجلد الثاني ،دار الفكر،دمشق سورية،الطبعة الخامسة، لسنة 1993.

7-السيد سابق " فقه السنة" المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، لسنة 1990.

8- بلحاج العربي" أبحاث ومذكرات في القانون و الفقه الإسلامي "الجزء الثاني،ديوان المطبوعات الجامعية ، لسنة 1996.

9- " صحيح البخاري " كتاب النكاح" باب 52 الجزء 5 و6 دار عالم الكتب للطباعة و النشر والتوزيع، الرياض، لسنة 2003.

10- عبد الرزاق السنهورى" الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام "الجزء الثاني ، دار إحياء التراث العربي،بيروت لبنان ،بدون تاريخ.

11- طالب عبد الرحمن " العلوم الفقهية الإسلامية من خلال الأحاديث النبوية "،الجزء الرابع ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،لسنة 1998.

12- عبد الحميد خزار" فلسفة الزواج و بناء الأسرة في الإسلام " دار الشهاب للطباعة والنشر باتنة الجزائر ،لسنة 1987.

13- محمد أبوزهرة " الأحوال الشخصية " ،دار الفكر العربي،لسنة1957.

14- محمد الصالح الصديق " نظام الأسرة في الإسلام" دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر،لسنة 1999.

15- محمد كمال الدين إمام "الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي" دار الجامعة للطبع و النشر،لسنة 2000.

16-محمد مصطفى شلبي " أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة و مذهب الجعفري والقانون " دار الجامعة لطباعة و النشر، الطبعة الرابعة ،بيروت لسنة 1998 .

17- ممدوح عزمي " الزواج العرفي" دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،بدون تاريخ.

18- هلال يوسف إبراهيم " أحكام الزواج العرفي للمسلمين و غير المسلمين من المصريين

الناحية الشرعية والقانونية شرح و تعليق و صيغ" دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، لسنة 1999.

19- محمد بن على الشوكاني" نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار" باب الشهادة في النكاح،الجزء الخامس والسادس،المجلد الثالث ،دار الجيل،بيروت لبنان،لسنة2002

20- محمد أبو زهرة " عقد الزواج و آثاره"،بدون تاريخ.

21-" موطأ الإمام مالك "،رضى الله عنه ، دار الكتب، الجزائر،بدون تاريخ.

22- وهبة الزحيلي "الفقه الإسلامي وأدلته"،الجزء السابع ،دار الفكر ، الجزائر، لسنة 1992.

قائمة المصادر والمراجع

المراجــع الخاصــة

1- أحمد علي الخطيب، محمد عبيد الكبسي، محمد عباس السامراني" مذكرة لشرح قانون الأحوال الشخصية" جامعة بغداد، لسنة 1990.

2- لغوثي بن ملحة" عقد الزواج"،محاضرات، لسنة 1999.

3- لغوثيبن ملحة " قواعد و طرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري" طبع

الديوان الوطني للأشغال التربوية، لسنة 2001.

4- بلحاج العربي"الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، ، لسنة 1999.

5- تشوارجيلالي" الزواج والطلاق إتجاه الإكتشفات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية" ديوان المطبوعات الجامعية، لسنة 2001.

6- عبد العزيز سعد "نظام الحالة المدنية في الجزائر" دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر.

7- عثمان التكروري " شرح قانون الأحوال الشخصية" مكتبة الثقافة للنشرو التوزيع،عمان لسنة 1998.

8- عبد العزيزسعد " الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري" طبع و نشر دار البعث قسنطينة الجزائر، الطبعة الثانية منقحة ، لسنة1995.

9- عماربقيوة ،كتاب"التشريع الجزائري،الحالة المدنية ،وثائق السفر،الأسرة ،الجنسية "لسنة 1995.

10-عبد الفتاح تقية "مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادىء وأحكام الفقه

الإسلامي" ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،لسنة1996.

11-محمد أحمد سلاج، محمد كمال الدين إمام" أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية " دار المطبوعات الجامعية، لسنة 1999.

النصوص القوانين

1- القانون رقم 57/777الصادرة بتاريخ 11 جويلية لسنة 1957،الجريدة الرسمية رقم 161 الصادرة في 13 جويلية 1957، المتضمن إثبات الزواج المبرم في الجزائر وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية.

2- الأمر رقم 59/274 الصادر بتاريخ 1959/02/04، المتضمن عقود الزواج من قبل الأشخاص للأحوال الشخصية المحلية، وذلك في ولايات الجزائر والواحات والساورة الصادر الجريدة الرسمية في 1959/02/11.

3- المرسوم رقم 1082/ 59الصادر بتاريخ 17سبتمبر1959، المتضمن كيفية تطبيق الأمر 59/ 274 الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 19 سبتمبر1959.

4- المرسوم 62/126 الصادر في 13 / 12/ 1962، الجريدة الرسمية رقم 8 بتاريخ

14 دسمبر1962.

5- قانون رقم 224/ 63 المؤرخ في 29 / 12/ 1963، الخاص بتحديد الحد الأدني لسن الزواج، الجريدة الرسمية رقم44 بتاريخ 2 يونيو لسنة 1963.

6- أمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو لسنة 1966المتضمن لقانون الإجراءات المدنية.

7- الأمر رقم 69 /72 الصادر في 16 / 09 /1969،الجريدة الرسمية رقم 70الصادرة في 1969/09/19يتضمن استثناء لما نصت عليه المادة05 من القانون رقم 63 /224 المؤرخ في 29 يونيو1963 والمتعلق باثبات الزواج.

8- الأمر رقم 70 / 20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فيفري1970 الجريدة الرسمية رقم 21بتاريخ 27 فيفري 1970 المتعلق بقانون الحالة المدنية.

9- الأمر رقم 71 /65 بتاريخ 22 / 09 / 1971 المؤرخ في 2 شعبان عام 1391الموافق 22 سبتمبر لسنة 1971 المتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية،

الجريدة الرسمية رقم 79الصادرة في 1971/09/28.

11- القانون رقم 11/83 والقانون رقم 12/83 الصادر في 2جويلية 1983 المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي 04/94 المؤرخ في 11أفريل 1994 بالأمر 96 /17 المؤرخ في 06 جويلية 1996 الجريدة الرسمية رقم 28 بتاريخ 16 جويلية 1983 ،المتعلق بالتأمينات الإجتماعية.

12-الجريدة الرسمية رقم 28 بتاريخ 13 يوليو 1988 الصادرة في 12 يوليو1988، الخاص بقانون تنظيم التوثيق الجديد.

13- المرسوم التنفيذي رقم 28/04 المؤرخ في 14 فيفري 2004، الجريدة الرسمية رقم 10 بتاريخ 15 فيفري 2004 ، المتعلق بمنحة الأجر الوحيد.

14- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير لسنة 2005 يعدل و يتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو لسنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية العدد15 بتاريخ 27 فبراير2005 .

15- المرسوم التنفيذي رقم 06-154 بتاريخ 13 ربيع الثاني 1427 الموافق 11 مايو 2006 يحدد شروط و كيفية تطبيق أحكام المادة 07 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في09 يونيو 1984 المتعلق بقانون الأسرة ، الصادر في الجريدة الرسمية العدد 31 بتاريخ 15ماي 2006.

المجلات

1- مدورنبيل "عقد الزواج الجانب القانوني والتطبيقي" مجلة الموثق، عدد 08 ،لسنة 2002القوانين

الخاصة ببعض دول المغرب العربي

1- القانون رقم 052-2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريطانية بتاريخ 2001/07/19.

2- القانون رقم 03-70المؤرخ في 2004/02/03،الخاص بمدونة الأسرة المغربية.

3- الرائد الرسمي عدد66 الصادر في 1956/08/17المتعلق بمجلة الأحوال الشخصية التونسية

4- القانون عدد 3 لسنة 1957المؤرخ في 1957/08/01المتعلق بتنظيم الحالة المدنية التونسية

المراجع باللغة الفرنسية

1-GHAOUTI BENMELHA « ELEMENTS DU DROIT ALGERIEN DE LA FAMILLE »office.des publications universites 1993.

الفهرس

الفهرس

المقدمة.....3
الفصل الأول: القيمة القانونية لكتابة عقد الزواج 6
المبحث الأول : إجراءات عقد الزواج الإدارية.....7
المطلب الأول: السلطة المختصة بكتابة عقد الزواج.....8
الفرع الأول : الجهة الرسمية الموكول إليها كتابة عقد الزواج.....8
الفرع الثاني :الوثائق المطلوبة عند كتابة عقد الزواج..... 13
المطلب الثاني : تسجيل عقد الزواج و آثاره 17
الفرع الأول : إجراء التسجيل عقد الزواج.....17
الفرع الثاني: آثار تسجيل عقد الزواج 25
المبحث الثاني: إثبات الزواج شرعا..... 27
المطلب الأول: الشهادة وإعلان الزواج.....27
الفرع الأول: شهادة الشهود.....28
الفرع الثاني: إعلان الزواج.....32
المطلب الثاني: الإقرار والنكول عن اليمين.....34
الفرع الأول: الإقرار.....34
الفرع الثاني: النكول عن اليمين.....36
الفصل الثاني: آثر تخلف كتابة عقد الزواج 40
المبحث الأول: آثر تخلف كتابة عقد الزواج على الأسرة.....40
المطلب الأول: آثر تخلف كتابة عقد الزواج بالنسبة للزوجين والأبناء.....41
الفرع الأول: من الناحية القانونية.....41
المطلب الثاني: آثر تخلف كتابة عقد الزواج بالنسبة للزوجين والأ بناء.....43
الفرع الأول: من الناحية الإجتماعية.....44
المبحث الثاني: موقف القانون والقضاء الجزائريين من الزواج غير المسجل..46
المطلب الأول: موقف القانون الجزائري من الزواج غير المسجل.....47

الفرع الأول: موقف القانون الجزائري من الزواج غير المسجل قبل صدور قانون الأســـرة.....48
الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من الزواج غير المسجل بعد صدور قانون الأسرة 52
المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري من الزواج غير المسجل.....55
الفرع الأول: موقف القضاء الجزائري من الزواج غير المسجل قبل صدور قانون الأسرة.....56
الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الزواج غير المسجل بعد صدور قانون الأسرة.....58
- الخاتمـــــة.....61
- قائمـــــة المراجـــع 63
- الفهـــــرس.....70