مجلة الاقتصاد والقانون

Economics and Law Journal

الإثبات القضائي للزواج العرفي في التشريع الجزائري

Judicial evidence of customary marriage in Algerian legislation

حليم عمروش♦ جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس.

ليندة بوشقورة♦ جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس

الكلمات المفتاحية	الملخص
الزواج العرفي، الاثبات ، القضاء	لقد تفشى الزواج العرفي في المجتمع الجزائري بشكل كبير جدا يستدعي معه تحرك المشرع الجزائري لضبطه و الحد منه بالنظر للمخاطر التي يشكلها على المجتمع في الشق المتعلق بالحقوق المرتبطة به التي تحتم تسجيله مدنيا و في أقرب وقت. إن ظاهرة الزواج العرفي يلجأ لها الأفراد في كثير من الأحيان للتحايل من أجل الإستفادة من بعض الإمتيازات التي قد يحرم منها إن هو قام بتسجيل الزواج العرفي مدنيا، و بالنظر إلى أن الزواج العرفي يطرح عديد الإشكالات القانونية و العملية بخصوص مسألة إثباته و ما يترتب على ذلك من حماية للحقوق من الضياع فقد نظم كل من قانون الحالة المدنية الجزائري و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هذه المسألة متى إستوفى الشروط اللازمة و عليه سوف أتطرق من خلال هذه المداخلة إلى دور القضاء في إثبات الزواج العرفي.

Keywords	Abstract
Customary marriage has spread in Algerian society in a very large way, which requires the Algerian legislator to move to control and limit it in view of the dangers it poses to society in the part related to the rights associated with it, which necessitate its civil registration as soon as possible. The phenomenon of customary marriage is often resorted to by individuals to circumvent in order to benefit from some privileges that may be denied if he registered a customary marriage civilly, and given that customary marriage poses many legal and practical problems regarding the issue of proving it and the consequences of that. In order to protect rights from loss, both the Algerian Civil Status Law and the Civil and Administrative Procedures Law have regulated this issue when it meets the necessary conditions, and accordingly, I will address through this intervention the role of the judiciary in proving customary marriage.	customary marriage, proof, Judiciary.

♦ **المؤلف المرسل:** حليم عمروش ، **الإيميل**: amrouchhalim@fr.yahoo

مقدمـــــة

يلعب القضاء دورا مهما في إثبات الزواج العرفي و تسجيله خاصة عندما يتعلق بالزواج العرفي المتنازع فيه، و خير دليل على ذلك عديد الإجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في هذا الشأن، و هذا حماية للزواج الصحيح حيث نصت المادة 22 من قانون الأسرة المعدل و المتمم بأنه " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة "

لا يخفى على أحد انتشار هذا النوع من الزواج و الذي أصبح يشكل بحق هاجس يمس باستقرار الأسرة و المجتمع خاصة عندما تطول مدته دون اثباته و تسجيله حتى أنه في كثير من الحالات ما يشهد تنازع بين الزوجين و غيرها من الاشكالات الأخرى كوفاة الزوج و صعوبة اثبات نسب الأبناء و قد تتعقد الأمور أكثر في حال صعوبة تقديم قرينة دالة على هذا الزواج و ما يتبع ذلك من حرمان الزوجة و الأبناء من الحق في الميراث .

لذا كان لزاما على القضاء أن يمارس الاجتهاد لوضع قواعد موضوعية يواجه بها مختلف الاشكالات التي قد تعترض اثبات الزواج العرفي و تسجيله و كذا من أجل ارساء قواعد تهدف إلى حماية للأسرة سواء الأبناء أو الزوجة و بدرجة أقل حماية أصحاب المصلحة من إثبات و تسجيل هذا الزواج هذا الطرح أدى إلى التساؤل التالي:

إلى أي مدى ساهم القضاء في تبسيط اثبات و تسجيل الزواج العرفي الصحيح ؟ و فيما تتمثل أهم القواعد و الآليات المساعدة لذلك؟

اعتمدنا لاعداد هذه الورقة البحثية المنهج الوصفي التحليل الذي ساعد في عرض ومعالجة دور القضاء المختص في اثبات الزواج العرفي بالاضافة إلى عديد الاجتهادات القضائي ذات الصلة بالموضوع و التي ساهمت في ارساء القواعد المتبعة في اثبات هذه النوع من الزواج.

يأتي تفصيل موضوع هذا البحث وفقا للخطة التالية:

- المبحث الأول: إثبات الزواج العرفي و إشكالاته
- المبحث الثاني: إجراءات تسجيل الزواج العرفي

المبحث الأول: إثبات الزواج العرفي و إشكالاته

قبل الحديث عن كيفيات اثبات الزواج ارتأينا التطرق لتعريف الزواج العرفي و بيان أهم الدوافع التي تؤدي إلى ابرامه و ذلك وفقا للمعطيات التالية:

- المطلب الأول: إثبات الزواج العرفي
- المطلب الثاني: الإشكالات المتعلقة بالإثبات

المطلب الأول: إثبات الزواج العرفي

الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي و دوافعه

أولا: تعريف الزواج العرفي

الزواج العرفي هو زواج يتوافر على جميع أركانه وشروطه الشرعية والقانونية ,غير أنه لم يتم شهره وتسجيله بسجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة في القانون الجزائري بثلاثة أيام تبدأ من تاريخ انعقاد العقد عندما يبرم الزواج داخل التراب الوطني، و مدة سنة عندما يبرم الزواج بين الجزائريين مقيمين في بلاد أجنبي.

حاول فقهاء القانون وضع تعريف للزواج العرفي لتمييزه عن العلاقات غير الشرعية نذكر من بين التعاريف " هو ما كان برضا الزوجين و بولي، و صداق و شاهدي عدل و صيغة تفيد التأبيد"(1).

و عرف أيضا على أنه " عقد بين رجل و إمرأة أبرم وفق أحكام الشريعة الإسلامية و تم فيه الدخول بالزوجة في بيت الزوجية، و لم يسجل في سجلات الحالة المدنية خلال المدة المحددة قانونا لذلك"(2).

الملاحظ أن هذه التعاريف تقترب كثيراً من التعريف الذيوضعه المشرع الجزائري للزواج إذ تنص المادة 04 من قانون الأسرة على أن "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و احسان الزوجين و المحافظة على الأنساب".

أما عن الزواج العرفي لم يتطرق له المشرع بشكل مباشر ذلك أنه بالرجوع إلى المادة 22 من قانون الأسرة نجدها تنص على " يثبت الو بمستخرج من سجل الحالة المدنية، و في حال عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم اثبات الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة" باستقراء هذه المادة نفهم أن الزواج الصحيح هو الذي اكتمل بالتسجيل و الزواج العرفي هو الذي لم يتم تسجيله و توثيقه لدى الجهات المختصة بالرغم من توفر كل الأركان و الشروط المحددة قانونا.

و عليه فإن المعطيات المذكورة أعلاه تكشف عن أن الزواج العرفي هو زواج صحيح وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية طالما أنه توفر على كل أركانه رضا الزوجين و حضور الولي و الصداق و الشاهدين لكن غياب التسجيل الذي أضافه المشرع جعل منه عقد زواج عرفي لابد من تثبيته و في اعتقادنا أن إجراء التسجيل لا تقتصر آثاره على تثبيت هذا الزواج فقط بل تمتد إلى استقرار معاملات أخرى كما هو الشأن في تسجيل الأبناء و ضمان حقوق الزوجة و غيرها. كما نعتقد أن التسجيل يعد شرط شكلي لاتمام الاجراءات المنصوص عليها قانونا من

[1] / الشيخ أحمد حماني: فتاوى، إستشارات شرعية و مباحث فقهية، منشورات وزارة الشؤون الدينية، الجزء الأول، الجزائر 1992، ص 354.

[2] / بداوي علي: عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون و متطلبات المجتمع، المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 02 لسنة 2002، ص 157.

حيث استيفاء العقد الشكل الرسمي و لا علاقة للتسجيل بانعقاد الزواج لأنه تم فعلا مسبقا بمجرد توفر كل أركانه و ثبت فيه الدخول بين الزوجين.

ثانيا: دوافع ابرام عقد الزواج العرفي

قد تختلف الدوافع و تتعدد لكننا سوف نقتصر في هذه الورقة البحثية على ذكر الدوافع الموضوعية التي تفرض على الزوجين بشكل أو بآخر اللجوء إلى الزواج العرفي و الاستمرار فيه مع تأخير تسجيله إلى وقت لاحق علما أن هذه الدوافع تختلف من حالة لأخرى لا تعني بالضرورة وجدوها جميعها بل يكفي أحدها من بين هذه الدوافع نجد:

أ/ الدوافع المتعلقة بعدم استفاء الشروط و الاجراءات الادارية المطلوبة قانونا

كثيراً ما يشترط المشرع لإتمام عقد الزواج ضرورة توفر مجموعة من الشروط و الاجراءات الادارية و كذا تقديم بعض الوثائق و غيرها(3) و نقتصر في هذا البحث على ذكر بعض الحالات منها:

- حالة وجود أحد الزوجين أو كلاهما أمام عائق تخلف أحد الوثائق أو عدم اتمام أحد الاجراءات كعدم تسجيل عقد ميلاد أحد الزوجين(4) .
- حالة عدم تسجيل الطلاق نظراً للاشكالات المتعلقة به و المتمثلة تحديداً في عدم تبليغ الجهة القضائية التي صدر عنها حكم الطلاق إلى مصالح الحالة المدنية.
- حالة عدم استفاء الزوج للشروط المحددة لتسجيل الزواج الثاني(5) و المتمثلة أساساً في الشرط الأول و هو تقديم ما يثبت موافقة الزوجة الأولى على الزواج مرة ثانية بأخرى و في نفس الوقت تقديم ما يثبت موافقة الزوجة الثانية على وجود زوجة أولى. و الشرط الثاني هو تقديم طلب لرئيس المحكمة المختصة " محكمة مسكن الزوجية" من أجل الحصول على ترخيص بإبرام زواج ثاني علما أن هذا الترخيص لا يمنح إلا إذا تحقق الشرط الأول.
- حالة عدم حصول الزوج على الرخصة المسلمة له من الادارة المستخدمة و نجد هذه الحالة عند أعوان مرفق الدفاع الوطني(6) إذ تشترط النصوص العسكرية تسلم رخصة ابرام عقد الزواج و هذه الاخيرة تسلم بعد اجراء تحقيق تقوم به الجهات المختصة حول الزوجة و عائلتها و متى كانت نتيجة التحقيق سلبية بمعنى رفضمنح الرخصة يلجأ الزوجين إلى ابرام عقد زواج عرفي و يقتصران على اتمامه وفقا للعادات و التقاليد دون تسجيله.
- حالة الزوج الأجنبي تثار هذه الحالة بالنسبة للمرأة فقط و فيها يشترط المشرع الحصول على ترخيص يسلم من جهات مختصة تختلف حسب وضعية الزوج فإذا كان أجنبي و مسلم

---

[3] / للاطلاع على هذه الشروط و الاجراءات راجع:
- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية ، ج ر عدد 21 لسنة 1970، المعدل و المتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 9 أوت 2014، ج ر عدد 49 لسنة 2014.
- معزوز دليلة(مشري): اجراءات عقد الزواج الرسمي و طرق اثباته و مشكلة الإثبات في الزواج العرفي، مذكرة ماجستير، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، بن عكنون،2004، الجزائر، ص 76.

[4] / أنظر في هذا المادة 39 و مابعدها من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية، الامرنفسه.

[5] / أنظر المادة 08 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج رعدد 24 لسنة 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في24 فيفري 2005،ج ر عدد 15 لسنة 2005.

[6] / معزوز دليلة(مشري): المذكرة السابقة، ص 93.

يسلم الترخيص من مديرية التنظيم و الشؤون العامة بالولاية، أما إذا كان الزوج أجنبي غير مسلم يسلم الترخيص من نظارة الشؤون الدينية للولاية(7).

ب/ الدوافع المتعلقة باقتناع الزوجين بالاكتفاء بالزواج الشرعي فقط

تعود جذور هذا التفكير إلى مرحلة الاستعمار الفرنسي للجزائر و التي عرفت عزوف الأسر الجرائرية عن التعامل مع الادارة الفرنسية و الاكتفاء بابرام عقود الزواج وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية(8) و التمسك و الاصرار على ذلك حتى بعد الاستقلال إذ نجد الكثير من العائلات المتشددة التي لا تعير أدنى اهتمام للنصوص القانونية المنظمة لعقودالزواج.

ج/ الدوافع المتعلقة بالقصر

هذه الدوافع أيضا تنحدر من بعض العادات و التقاليد المتوارثة لدى بعض العائلات الجزائرية و القائمة على ضرورة تزويج الأبناء في سن صغيرة (القصر)(9) مما يدفعهم إلى طلب رخصة مسبقة من المحكمة المختصة من أجل الترشيد تسلم بعد تقديم ولي القاصر بعض الوثائق و عرض الأسباب الدافعة لطلب هذه الرخصة غير أنه كثيراً ما لا يقتنع رئيس المحكمة بهذه الأسباب لعدم كفايتها فيرفض منح الرخصة مما يدفع ولي القاصر إلى ابرام عقد زواج عرفي تحت تأثير العديد من الأسباب منها العادات و التقاليد التي جرت على تزويج القصر أو نتيجة الخوف على البنت أو لأسباب شخصية و أمنية كما عرفته بعض العائلات الجزائرية في تزويج البنات القصر خلال العشرية السوداء خوفا من الارهاب.

من مجمل كل هذه الدوافع يضطر الزوجين إلى الجوء لإبرام عقد الزواج عرفي و الاستمرار فيه على أن يتم تسجيله لاحقا بمجرد تسوية وضعيته القانونية إلا أنه و في بعض الحالات تستمر هذه الدوافع لمدة طويلة يتخللها انجاب أطفال لا يمكن تسجيلهم و كذا وجود احتمالات سوء العلاقة الزوجية مما يزيد في تعقيد المسألة أكثر.

الفرع الثاني: الشهادة لإثبات الزواج العرفي

أمام انتشار ظاهرة الزواج العرفي داخل المجتمع الجزائري بالاستناد إلى العديد من الدوافع و المبررات حرصت المحكمة العليا على إستصدار عديد الإجتهادات القضائية التي سعت من خلالها إلى تيسير عملية اثبات هذا الزواج بالاعتماد على الشهادة في الاثبات، نحاول من خلال هذه الورقة البحثية مناقشة مختلف المعطيات المتعلقة بالشهادة حسب ما جاء في اجتهادات المحكمة العليا.

أولا: اعتماد الاجتهاد القضائي للشهادة في اثبات الزواج العرفي

بدءً نشير إلى أن الشهادة هي من أقوى الحجج لكونها حجة متعدية و ثابتة على الكافة(10)

---

[7] / بداوي علي: المقال السابق، ص 162.

[8] / أنظر االأمر رقم 69-72 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969 يتضمن استثناء على ما نصت عليه المادة 05 من القانون 63-224 المؤرخ في 29 جوان 1963 و المتعلق بإثبات الزواج، ج ر عدد 80 لسنة 1969.

[9] / معزوز دليلة(مشري): المذكرة السابقة، ص 90.

[10] / معزوز دليلة(مشري): المذكرة نفسها، ص127.

يمكن الاستشهاد ببعض الاجتهادات القضائية التي أقرت اثبات الزواج العرفي عن طريق الشهاة و من بينها ما جاء في الاجتهاد الصادر سنة 2001 " حيث أن القرار جاءفعلا مشوبا بالقصور و أساء تطبيق المادة 338 من القانون المدني، ذلك أن قضاة الموضوع بمجلس قضاءمعسكر لم يبحثوا و لم يجروا التحقيق الضروري في قضية الحال، خاصة و أن الطاعنة أشارت إلى أن لها عدة شهود حضروا يوم إبرام زواجها العرفي بالمطعون ضده و منهم كل من (ر.م)المولود بالبرجو (غ.م) ولد(ع .م) المولود هو الآخر بالبرج، و قد أبديا استعدادهما للإدلاء بشهادتهماأمام قضاة الموضوع.

و حيث أن قضية الحال تعد من قضايا الحالة، و بالتالي فلا تطبيق بشأنها المادة 338 من القانون المدني، لأن مثل هذه القضايا تعتمد غالبا على الشهود، وهؤلاء تارة يحضرون و أخرى يغيبون لتغير إقامتهم و سكناهم مما يجعل بعض الأزواج يعجزون عن تقديم حججهم بسبب ذلك.

و حيث كان من المفروض على قضاة الموضوع القيام بإجراء تحقيق موسع لأهمية قضية الحال و مصير ولدين بسماع شهود الطاعنة و التأكد من أقوالهم و أيضا سماع زوج الطاعنة السابق (ح.م.ح)إذا اقتضى الحال، و بهذا فقط يمكن الوصولإلى الحقيقة مهما كانت سواء كانت في مصلحة الطاعنة أو ضدها.

و لما قضى قضاة الموضوع بمجلس قضاء معسكر بخلاف هذا فإن قضاءهم المنتقد جاء مشوبا بالقصور و الخطأ في تطبيق المادة 338 من القانون المدني مما يجعل الأوجه المثارة وجيهة و القرار المنتقد عرضة للنقض و الإبطال "(11).

أيضا جاء في القرار" أن الطاعنة أثارت الدفع بسماع الشهود و الولي و الإمام الذي قرأ الفاتحة لإثبات الزواج الواقع بينها و بين المطعون ضده و مع ذلك فالقرار المطعون فيه قضى بتأييد الحكم المستأنف الذي رفض إثبات هذا الزواج دون مناقشة الدفع المثار حول سماع الشهود مخالفا بذلك أحكام المادة 9 من قانون الأسرة .

حيثأنه بالفعل و بعد الاطلاع على القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس قضوا بتأييد الحكم المستأنف فيه الذي رفض إثبات الزواج العرفي الذي تدعي به الطاعنة و أنه وقع في سنة 1998 مع المطعون ضده دون أن يناقشوا الدفع المثارمن طرف الطاعنة حول سماع الشهود الذي حضروا قراءة الفاتحة بينها و بين المطعون ضده و دون سماع الإمام الذي قرأ الفاتحة.

حيث كان من المفروض على قضاة الموضوع بمجلس قضاء المسيلة منح فرصة للطاعنة لجلب شهودها و وليها و التأكد من واقعة الزواج المدعى به و ما إذا قد عين مهر لها.

حيث أن حرمان الطاعنة مما ذكر أعلاه يجعل القرار المطعون فيه مشوباً بالقصور مما يجعل الوجه مؤسسا الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و الإحالة إلى نفس المجلس"(12).

[11] / القرار رقم 262912 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18 أفريل 2001، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد 2، ص409.

ما يؤكد تمسك المحكمة العليا بالاثبات عن طريق الشهود هو ابعادها تطبيق المادة 338 من القانون المدني بمعنى نقض القرينة المتمثلة في اعتبار الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به و ذلك نظرا للخطورة التي ترتبها حالات الزواج العرفي و الآثار السلبية لها التي تفرض على القضاة الحرص أكثر لاسيما أثناء التحقيق في الواقعة عن طريق شهادة الشهود التي اعتبرها قانون الاجراءات المدنية و الإدارية من بين أهم وسائل التحقيق(13).

ثانيا: شروط صحة الشهادة المعتمد لاثبات عقود الزواج العرفية

حتى نأخذ بصحة الشهادة و نبني عليها إثبات الزواج العرفي لا بد من توفر شروط محددة تتوزع بين عنصرين أساسيين الأول يتعلق بوضعية الشهود و الثاني يتعلق بالشهادة نفسها.

أ/ الشروط المحددة في الشهود

عموما يشترط في الشهود العدالة، البلوغ، الحرية، الرؤية، النطق غير أنه بالرجوع إلى الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا فيما يخص إثبات الزواج العرفي نستشف منها وجود بعض الأوجه المميزة في الشاهد و المتمثلة في:

-قبول شهادة الأقارب حسب ما جاءفي اجتهاد المحكمة العليا" من المقرر شرعاً أنه يمكن اثبات النسب بالزواج الصحيح و الإقرار و البينة و شهادة الشهود و نحاح الشبهة و الأنكحة الفاسدة و الباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له و نفيه قتلاً له
و لما كان ثاتاً أن قضاة المجلس لما قضو برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج و النسب بحجة أن الحكم حائز قوة الشيء المقضي فيه فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون لأن حجية الشيء المقضي به لا تطبق في قضايا الحال كإثبات الزواج و النسب....." (14).

- اعتماد شهادة المرأة في اثبات الزواج العرفي حسب ما جاءفي اجتهاد المحكمة العليا" ... حيثأن شهادة شاهد و امرأتين و هما قريبتين للطاعنة هي مقبولة شرعا و قانونا وفقا أحكام المادة 64 / 2 من قانون الاجراءات المدنية الأمر الذي يجعل القرار المنتقد عرضة للنقض و الابطال.... "(15).

ب/ الشروط المحددة في الشهادة

تبرز هذه الشروط في وجه العموم و التفصيل للشهادة لاستكمال مقومات إثبات الزواج العرفي أما الشهادة المجملة (غير المفصلة) لا يعتد بها في الاثبات إضافة إلى اعتماد القضاء على فكرة التفاشي و التسامع لاعتماد الشهادة لاثبات الزواج العرفي بمعنى تفشي واقعة الزواج العرفي بين العيان. جاء في اجتهاد المحكمة العليا" حيث أن المجلس قام بسماع الشهود بحيث

---

[12] / القرار رقم 424799 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 13 جويلية2005 ، نشرة القضاة لسنة 2006، عدد 61، ص 323.

[13] / أنظر المواد 859 و 860 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

[14] / القرارا رقم 172333 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 28 أكتوبر 1997، المجلة القضائية لسنة 1997، عدد 1، ص 42.

[15] / القرار رقم 381880 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 14 فيفري 2007، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، عدد 2، ص 483.

أن الشاهد الأول هو أخ المستأنفة الأصلية و الذي يزعم حضوره مجلس العقد و الشاهد الثاني يؤكد أنه سمع أن الطرفين متزوجان و هو تسبيب غير كاف للانتهاء إلى النتيجة التي انتهى إليها إذ كان على قضاة المجلس التأكد من الشاهدين فيما إذا حضر مجلس العقد و ما سمعاه و عايناه من تبادل الرضا و حضور الولي و تحديد الصداق و أن الاعتماد على شهادة التسامع لا يكون إلا إذا كان تبادلما يشهد به الشاهد تسامعا أمرا متواترا، سمعه عن جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب لأن الأصل في الشهادة الإحاطة و التيقن، مما يجعل القرار مشوبا بقصور التسبيب مستوجب النقض"(16).

المطلب الثاني: الإشكالات المتعلقة بالإثبات

قد تعترض عملية اثبات الزواج العرفي اشكالات عدة يصعب حصرها لذا نقتصر في هذه الورقة البحثية على مناقشة الاشكالات المتعلقة بالشهادة باعتبارها الأكثر اعتماداً لإثبات الزواج العرفي.

الفرع الأول: الإشكالات المتعلقة بصفة الشاهد

متى توفرت الشروط المحددة في الشاهد يأخذ القاضي بشهادته في اثبات الزواج العرفي غير أنه أحياناً يكون الشاهد في وضعية تثير اشكالا حول قبول أو ابعاد شهادته و حتى يتسن لنا عرض هذه الوضعيات الماسة بالشاهد ارتأينا الاستئناس باجتهادات المحكمة العليا و منها نعرض وضعيتين أساسيتين هما:

أ/ وضعية الولي

حيث استقر اجتهاد المحكمة العليا على إبعاد الولي كشاهد لإثبات الزواج العرفي و الاكتفاء بصفته كولي فقط حسب اجتهاد المحكمة العليا " .....حيث أن هذا التسبيب فيه خلط بين الولي من جهة و الشاهدين من جهة أخرى، الواجب حضورهما مجلس العقد و قضاة المجلس استندوا إلى شخصين إثبات زواج عرفي مع أن أحدهما هو الولي و أب المطعون ضدها لا يجوز اعتباره أحد شاهدي عقد الزواج"(17).

ب/ وضعية الشهادة

و قد سبق في العرض الحديث عن الشروط المتعلقة بالشهادة غير أنه تعترض هذه الشروط صدور الشهادة بكيفيات تثير اشكالاً في مدى قبولها أو استبعادها و تتعلق المسألة هنا بالشهادة شخص آخر حضر المجلس المجلس الذي ابرم فيه الزواج العرفي لكنه لم يكن معين حينها كشاهد فحسب اجتهاد المحكمة العليا يؤخذ بشهادته(18)و نرى في هذا الموقف للمحكمة العليا أنه توسعة لدائرة من يعتد بشهادتهم خارج شاهدي عدل لتشمل كل من حضر.

---

[16] / القرار رقم 0851807 الصادر عن المحكمة العليابتاريخ 12 فيفري 2015، مجلة المحكمة العليا لسنة 2015، عدد 1، ص 235.
[17] / القرار رقم 600991 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 10 فيفري 2011، مجلة المحكمة العليا لسنة 2011، عدد 2، ص 274.
[18] / القرار رقم 424799 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 13 جويلية2005، المذكور سابقا.

كذلك نضيف وضعية الشهادة بالتسامع أو التفاشي و قد بينا فيما سبق موقف القضاء منها و ذلك بالاعتداد بها لكن نعتقد أنه لا بد من توفر الشروط التي أعلنت عنها المحكمة العليا في قراراها المذكور أعلاه و المتمثلة في أن يكون التسامع متواتراًو أن يصدر عن فئة من الأشخاص لا يتصور تواطؤهم على الكذب.

الفرع الثاني: الإشكالات المتعلقة بوفاة أحد الزوجين

بالرجوع إلى الاثبات القضائي للزواج العرفي الذي اقترن بهذه الحالة نجد موقف المجلس الأعلى للقضاء و الذي جاء فيه " إذا مات أحدهما و ادعى الآخر الحي منهما الزوجية و ليس له إلا شاهد واحد يشهد بالزوجية شهادة مفصلة قطعية فالزواج يثبت لكن مع يمين المدعي و هو ما ليس موجودا في قضية الحال "(19).

كما قضت المحكمة العليا بأنه" مادامت المطعون ضدها أثبتت الزواج العرفي بشهادة الشاهدين المنوه بهما في الحكم المستأنف و القرار المطعون فيه و أنه قد أبرم طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية مستوفيا لجميع أركانه أمام الجماعة و دون أن يسجل بالحالة المدنية، و قضاة الموضوع بما لهم من سلطة تقديرية على الوقائع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا قد تبين لهم من خلال شهادة الشاهدين أن الزواج استكمل سائر أركانه الشرعية و تعضد لديهم ذلك بقرينة تسجيل الولدين باسن أبيهم أثناء حياته و منذ 1969 و حتى وفاته دون أن يعترض أو ينازع في هذا التسجيل فاستكمال بذلك القضاة الأدلة الشرعية على ثبوت الزواج العرفي بين المطعون ضدها و (ر.ح) المتوفى" و على ذلك يكونوا قد طبقوا صحيح القانون(20).

فالملاحظ من الاجتهاد الأخير أن المحكمة العليا أقرت بالسلطة التقديرية الواسعة لقضاة الموضوع في استنباط القرائن حتى في حال عدم النص عليها قانوناً و تعد قرينة تسجيل الولدين كافية لاثبات الزواج العرفي في حال وفاة الزوج شريطة ألا يكون هناك اعتراض على هذا التسجيل كما ننوه إلى أن استخدام السلطة التقديري للقضاة في استنباط قرائن آخرى يكون فقط في الحالات التي يكون فيها الاثبات بالبينة.

المبحث الثاني: إجراءات تسجيل الزواج العرفي

تنص المادة 22 من قانون الأسرة على أن " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي."

و الحال أن الزواج العرفي لم يتم تسجيله في الآجال المحددة قانونا و بالتالي يتطلب إجراءات محددة لتسجيله و هنا لابد من التفرقة بين الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي

[19] / القرار رقم 37501 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 23 سبتمبر 1985 ، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 1، ص 95.

[20] / القرار رقم 71732 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23 أفريل 1991 ، المجلة القضائية لسنة 1993، عدد 2، ص 51.

الغير متنازع فيه و الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه. نفصل هذه الأحكام من خلال المطالب التالية:

- المطلب الأول: تسجيل الزواج العرفي غير متنازع فيه
- المطلب الثاني: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه

المطلب الأول: تسجيل الزواج العرفي غير متنازع فيه

بالنسبة للزواج العرفي غير متنازع فيه هو الزواج الذي لا يعترض عليه أي طرف سواء من قبل الزوجين أو من قبل كل من له مصلحة في ذلك، و يقتضي أمر تسجيله إتباع إجراءات بسيطة مقارنة بالزواج العرفي المتنازع فيه، و يتعين عرض تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه المبرم داخل الوطن ثم عرض الاوجه التي تميز تسجيل الزواج العرفي المبرم خارج الوطن.

الفرع الأول: بالنسبة للزواج العرفي المبرم داخل الوطن

فإنه بالرجوع إلى المادة 39 من قانون الحالة المدنية التي تنص على: " ... عندما لا يصرح بالعقد لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة أو تعذر قبوله أو عندما لا توجد سجلات أو فقدت لأسباب أخرى غير أسباب الكارثة أو العمل الحربي يصار مباشرة إلى قيد عقود الولادة أو الزواج و الوفاة بدون نفقة عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيه العقود أو التي يمكن تسجيلها فيها بناء على مجرد طلب من وكيل الدولة لهاته المحكمة بموجب عريضة مختصرة و بالإستناد إلى كل الوثائق أو الإثباتات المادية..."

بدء نذكر أن المادة أعلاه تنص على أن الجهة المختصة بالتسجيل هي محكمة الدائرة القضائية لمقر أحد الزوجين أو كلاهما أو محل إقامتهما(21). أما عن الاجراءات أشارت المادة إلى وجود تقديم الطلب لوكيل الجمهورية لنفس المحكمة المذكورة بموجب عريضة مختصر يبين فيها الطالب محل الموضوع و كذا طلباته المتعلقة بإثبات الزواج العرفي و غيرها من البيانات الضرورية، فضلا عن هذا فإنه يجب تدعيم الطلب بمختلف الوثائق و الاثباتات المادية منها شهادات الميلاد للزوجين و نسخ من بطاقات التعريف و الأهم من هذا ضرورة وضع نسخة من شهادة عدم التسجيل لدى مصالح الحالة المدنية...ألخ .

بمجرد وصول الطلب إلى وكيل الجمهورية يقوم بإحالته للقاضي المختص بالحالة المدنية من أجل إستصدار أمر بتسجيل الزواج بأثر رجعي و نشير هنا إلى أنه يقع لزاما على القاضي المعني إجراء التحقيق و سماع الأطراف و كذا سماع الشهود و غيرها من الاجراءات والتدابير

[21] / عبيد الشافعي: القواعد الموضوعية و الإجرائية لقانون الأسرة مذيلا بمبادئ الفقه القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2016، ص 120.

التي تساعده على بناء قناعته و استخلاص القرائن من أجل إثبات الزواج العرفي محل الطلب (22)، و بمجرد صدور الحكم بإثبات الزواج تحتفظ النسخة الأصلية من الحكم بأمانة الضبط قيد الحالة المدنية و يرسل وكيل الجمهورية فوراً نسخة إلى مصالح الحالة المدنية المختصة اقليميا قصد نقل هذه العقود في سجلات الحالة المدنية للسنة الجارية(23).

و نشير إلى أن الحكم الصادر بإثبات الزواج العرفي هو أمراً من طبيعة وَلَائِيَةٍ لا تقبل الطعن بالمعاضة أو بالإستئناف و تبقى فقط قابلة للمراجعة أمام نفس القاضي.

الفرع الثاني: بالنسبة للزواج العرفي المبرم خارج الوطن

ميزة المشرع هذه الحالة من حيث جهة الاختصاص التي تنعقد لرئيس محكمة مدينة الجزائر و يعد هذا الاختصاص الاقليمي من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته و هذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها" إن الاختصاص الاقليمي في شأن مسائل الحالة المدنية من النظام العام/ محكمة الجزائر هي المختصة بتسجيل الزواج العرفي الواقع في بلد أجنبي" (24)و نشير في هذا الصدد إلى أنه لا خلاف بين العقود المبرمة بين الجزائريين و العقود المبرمة مع أجنبي(الزوجة أو الزوج) السؤال الذي يطرح نفسه هنا لماذا حدد المشرع الاختصاص لمحكمة الجزائر العاصمة؟ هذا التوجه يأتي في اطار وجود العديد من الاجراءات افدارية التي تخص فئة المقيمين بالخارج و أبرزها أن الحالة المدنية للجزائريين المقيمين بالخارج تصحح تصحح على مستوى مكتبالحالة المدنية بوزارة الشؤون الخارجية و المعروف عنها أنها موجودة بالجزائر العاصمة.

أما عن الاجراءات تكاد تكون نفسها المتبعة في الزواج العرفي المبرم داخل الوطن و وجه التميز يظهر فقط في أن ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد الواجب قيده يقوم بإشعار وزير الشؤون الخارجية خلال ثلاثة أيام(25).

22 / عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، الطبعة الثانية، دار هومة، 2009، الجزائر،ص 72-73.

23 / أنظر المادة 41 من القانون رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية المعدل بالقانون رقم 14-08، ج ر عدد 49 لسنة 2014.

24 / القرار رقم 654531 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12 فيفري 2012، المجلة القضائيةلسنة 2012، عدد 2، ص 243.

25 / أنظر المادة 60 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية المذكور سابقا.

المطلب الثاني: تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه

يقوم التنازع في الزواج العرفي عندما يزعم أحد الزوجين نفيه و يطعن في قيامه أو في صحته الأمر الذي يتطلب رفع دعوى إثبات الزواج أمام الحكمة المختصة التي تتكفل بالتحقيق و التأكد لاثبات هذا الزواج و بمجرد صدور الحكم القضائي بذلك تسعى النيابة العامة لتثبيته في الحالة المدنية كما يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة من سجلات الحالة المدنية .

علما أن الدعوى المرفوعة في هذه الحالة لا تتميز بإجراءات خاصة بل تسري عليها الأحكام و الاجراءات القضائية العامة(26). و الجدير بالذكر أنهلابد من وجود بعضالبيانات اللازمة منها تحديد موضوع الطلب و الوسائل المؤسس عليها و كذا الاشارة إلى الوثائق و السندات ...إلخ كما أنه لا بد من الاشارة إى أن دعوى إثبات الزواج العرفي غير مقيدة بأجل محددة بل يجوز رفعها في أي وقت اعتباراً أن الزواج و أثاره لا تقتصر على الزوجين فقط بل تمتد إلى غيرهما كالأبناء.

كذلك ما يميز الدعوى في حالة وجود التنازع أن التزامات القاضي تتشدد أكثر و يصبح التحقيق وجوبي و ضروري و كذا التأكد من سماع الشهود كما قد تتوسع سلطات القاضيالتقديرية غي استنباط مختلف القرائن التي تساعده في بناء قناعته و متى أمر القاضي بإثبات العقد و تسجيله بأثر رجعي يرسل وكيل الجمهورية منطوق هذا الحكم لمصالح الحالة المدنية بالبلدية التي ابرم فيها العقد حتى يتم قيده في السجلات المخصصة لذلك للسنة التي كان العقد قد تم من خلالها (27). نشير فيهذا الصدد أنه ومن خلال البحثفيحالة تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه لاحظنا عدم التفرقة بين الزواج المبرد داخل الوطن و الزواج المبرم خارج الوطن و في اعتقادنا أن هذا الأمر يشكل فراغ قانوني يتطلب تدخل المشرع إما بالاشارة إلى اتباع نفس الاجراءت بين الحالتين" زواج غير متنازع فيه تم خارج الوطن و زواج متنازع فيه تم داخل الوطن " أو أن يخص حالة الزواج الذي تم خارج الوطن و المتنازع فيه بإجراءات محددة.

إن الملاحظة الجوهرية التي نبديها في هذا المقام تتمثل في أن كل من المشرع و المحكمة العليا يسعيان في اثبات الزواج العرفي إلى اتباع اجراءات و قواعد عادية دون أي تعقيد قد يطيل عملية التسجيل أو يصعب في اتمامها و الأكيد أن هذا التوجه يأتي بالدرجة الأولى حماية للأطراف المضرورة من الزواج العرفي كالأولاد و كذا الزوجة لاسيما في حال وفاة الزوج و ارتباط عملية اثبات الزواج العرفي و تسجيله بمصالح مادية.

[26] / **أنظر المواد 32 و 37 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالاجراءات المدنية و الإدارية، المذكور سابقا.**

[27] / عبد العزيز سعد: المرجع السابق،ص 166.

الخـــاتمـــة

يتبن معنا من خلال هذه الورقة البحثية أن حقيقة الزواج العرفي تتمثل في أنه زواج صحيح و كامل لجميع أركانه غاب عنه التسجيل لدى المصالح المختصة نتيجة عدة دوافع أدت إلى ابرام الزواج العرفي دون تسجيله مما يؤدي إلى المساس بآثاره لاسيما ما تعلق منها بتسجيل الابناءو استفاء الحقوق بين الزوجين و غيرها و بالرغم من صحة هذاالزواج إلا أنه ينطوي على وجه سلبي الأمر الذيدفع المشرع إلى النص على كيفيات تثبيته و تسجيله. و عموما فإنه و وفقا لمنهجية البحوث الأكاديمية يتعين عرضمجموعة من النتائج و مقابلتها بالتوصيات المناسبة.

أولا: النتائج

1/ ساهمت المحكمة العليا إلى حد كبير في ارساء العديد من القواعد و الأحكام المتعلقة بإثبات الزواج العرفي من بينها وضع حد لاشكالية اعتبار الولي شاهداًو كذا الشهادة بالتسامع أو التفشي...إلخ

2/ حماية لحقوق المعنيين بالزواج العرفي سواء كانوا الزوجين أو الأبناء عمدت المحكمة العليا في اجتهادها إلى توسيع دائرة الأشخاص الذين يمكن أن يعتد بشهادتهم لتشتمل أيشخص كان حاضراً في مجلس ابرام الزواج .

3/ رغم رجاحة الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا إلا أنه يعاب عليها أنها كثيراً ما تستند على قواعد القانون المدني في حين أنه كان من باب أولى الاعتمد على أحكام الشريعة الاسلامية و الأحكام الفقهية الدينية خاصة و أن المادة 222 من قانون الأسرة تنص على أنه في حالة عدم وجود النص يجبالرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية.

4/ رغم حرص المحكمة العليا في اجتهادها على حماية حقوق الأطراف و استقرار الأوضاع و اعتمادها على شهادة رجل و امرأتين إلا أن هذا جاء مخالفا للأحكام الفقهية التي تؤكد تقريبا بالاجماع على شرط الذكورة في الشاهد.

5/ توصلنا أيضا من خلال هذا البحث إلى أنه في تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه لا يوجد فرق بين ما هو مبرم في الداخل و ما هو مبرم في الخارج .

6/ في اطار تسهيل اثبات الزواج العرفي نلاحظ أن المشرع لم يقيد هذه العملية بإجراءات معقد و مختلفة بل سعى إلى تبسيطها حتى يتسنى للأطراف تسوية وضعيتهم من الناحية القانونية.

ثانيا: المقترحات

1/ ضرورة إضافة فقرة في المادة 22 من قانون الأسرة توضح اعتداد القاضي بشهادة المرأة في اثبات عقود غير المسجلة منعا للتضارب و الاختلاف في جنس الشاهد و ذلك لتيسير

و تسوية العلاقات الزوجية الشرعية و بالتالي تسوية المسائل العالقة و حماية الحقوق من الضياع سواء تعلقت بالأطفال أو الزوجين.

2/ ضرورة مراجعة الاجتهاد القضائية الصادرة عن المحكمة العليا و صياغتها وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية بدلا من التأسيس على قواعد القانون المدني.

3/ ضرورة وضع قواعد ردعية لمواجهة تفشي هذه الظاهرة و نقترح في هذا الشأن تسجيل الزواج العرفي تحت طائلة الغرامة التي يلتزم الزوجين بدفعها للخزينة العمومية.

4/ نقترح تيسير اثبات الزواج العرفي و ذلك بالاعتماد على مختلف القرائن الدالة على هذا الزواج كوجود وثيقة عرفية مكتوبة بين الزوجين تتضمن توفر هذا الزواج على كل شروطه و أركانه الشرعية على أن يدرج فيها تاريخ انعقاد هذا الزواج لما في هذه الوثيقة من حماية لحقوق الأطراف خاصة في حالة التنازع.