تاريخ الإرسال: 2024/12/16 تاريخ القبول: 2025/02/01

مقتضيات النظام العام والآداب العامة في مسائل إثبات الزواج العرفي في الجزائر

Preserving the Requirements of Public Order and General Morality in Matters of Proving Customary Marriage Algeria

ط.د عبد الناصر حمزة*

جامعة قاصدي مرباح ورقلة، (الجزائر)، Abdenacer47@gmail.com
https://orcid.org/0009-0005-0524-9643

الملخص:

يعتبر الزواج العرفي من الظواهر الشائعة في المجتمع، والتي أفرزت جملة من الإشكالات القانونية والاجتماعية المتعلقة بالإثبات، وهو الأمر الذي سعى المشرع لتداركه، من خلال وضع حلول للحفاظ على الاستقرار الأسري بين الزوجين، وضمان حقوق هذه الأسرة في مواجهة الغير، حيث كرّس مجموعة من الآليات القانونية والقضائية الواضحة لإثباته، وقد أوكلت هذه المهمة للقاضي بموجب أحكام المادة 22 من قانون الأسرة، حيث يسعى القاضي لمراقبة مدى قيام تلك العلاقات غير الرسمية على أسس شرعية موازية للنظام العام والآداب العامة.

الكلمات المفتاحية: النظام العام، الآداب العامة، الزواج العرفي، إثبات الزواج، الاستقرار الأسري.

*المؤلف المرسل

Abstract:

Customary marriage is one of the Common phenomena in society, exacerbated by a range of legal social reasons, and in order to maintain family stability between spouses and to guarantee the rights of this family in the face of others, it required a set of clear legal and judicial mechanisms to prove it, and this task was entrusted to the judge under the provisions of article 22 of family code, where the judge seeks to monitor the extent to which these informal relations are based on legal bases parallel to public order and public morals.

Key words: public order, general morality, proving marriage, family stability.

المقدمة:

يعد موضوع الزواج العرفي من الموضوعات المتجددة في المجتمعات العربية والإسلامية، والتي لم تتمكن القواعد التشريعية أو الوعي القانوني الاجتماعي من تقديم حلول يمكن وصفها بأنها حلولا نهائية، تمكّن من القضاء على تلك الظاهرة، فهو قديم في تاريخه، جديد في إحداثه وانتشاره الواسع بين البلدات العربية والإسلامية كمصر وإندونيسيا مثلا[1]، وينصرف مفهومه العام، إلى انعقاد الزواج دون اللجوء إلى الأطر القانونية المقرّرة في تسجيله وتوثيقه، رغم وجود النصوص القانونية التي توجب ذلك نحو المادة 18 ق أ، والاكتفاء بانعقاده في مجلس عقد تقليدي، مقترن بما يعرف بالفاتحة متوفر على شروطه وأركانه الشرعية، وفي أحايين أخرى ينعقد دون الالتفات إلى مدى توافر شروطه أو أركانه الشرعية، ولغرض حفظ الحقوق يضطر لمن له مصلحة للقضاء لتثبيته طبقا للمادة 22 ق أ، وأمام هذا الوضع، يجد القاضي نفسه فاحصا لمقومات انعقاد هذا العقد، ومراقبا لمدى احترام أحكام النظام العام والآداب العامة فيه؛ وبالنتيجة يخلص إلى إثباته أو نفيه قضائيا، ومن هنا تظهر لنا أهمية الدراسة، في الوقوف على تلك الضوابط التي كرّسها المشرع أو القضاء، والتي منح فيها للقاضي الموضوع سلطة تطبيقها لتثبيت هذا الزواج، فليست كل علاقة يمكن اعتبارها زواج شرعي عرفي، وهو الأمر الذي يطرح تساؤلا حول: ما دور القاضي في إعمال ضوابط النظام العام والآداب العامة في دعاوى تثبيت هذا الزواج؟

وللإجابة على هذه الإشكالية يجب أن نتعرّض إلى مفهوم الزواج العرفي وبيان أهم عوامل استفحاله وانتشاره في المجتمع الجزائري (المطلب الأول)، ثم التطرق في (المطلب الثاني) لشروط إثباته قضائيا والدور الذي يلعبه القاضي في حفظ النظام العام والآداب العامة فيه من خلال المبادئ التي يستقر عليها في مختلف أحكامه وقراراته.

المطلب الأول: الزواج العرفي الأسباب والمفهوم

على الرغم من خطورة مسألة الزواج العرفي، وكذا محاولات المشرع الدائمة لمنع الآثار السلبية المترتبة عليه إلا أنه لم يتمكّن من الحد من انتشاره، وهذا راجع لعدة أسباب، الأمر الذي جعل المشرع يكرّس حلولا تتركز على آثاره فقط (الفرع الأول)، وهو ما يفسِّر عدم إقدامه على تعريفه كما فعل للزواج الرسمي، غير أنّه يمكننا رصد تعريفات فقهية في هذا الخصوص والتي يمكن من خلالها وضع مفهوم محدد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أسباب استفحال ظاهرة الزواج العرفي من التشدد القانوني إلى التيسير الديني

على الرغم من وجود الزواج العرفي منذ عصر الرسول صل الله عليه وسلم؛ حيث لم تكن هناك حاجة لتسجيله أو توثيقه إلا في حالات خاصة، لكن بتطور الحياة الاجتماعية، وشيوع فساد الأخلاق وخراب الذمم وضياع الحقوق بين أفراد المجتمع، صار التوثيق أمرا في غاية الأهمية، لضمان الحقوق وحفظا للأحكام الشرعية، لذلك سعت السلطة التشريعية إلى سن مجموعة من القواعد القانونية التي تحث على تسجيل عقد الزواج؛ ضمن أحاكم المادة 18 ق أ، وكذا المواد 71 وما بعدها من القانون 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية المعدل والمتمم، ورغم ذلك فقد استفحلت هذه الظاهرة كثيرا في المجتمع بدرجات متفاوتة، فأصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف تعليمة إدارية للأئمة توجههم لعدم قراءة الفاتحة وإبرام عقد الزواج الشرعي إلاّ بعد تقديم شهادة عقد الزواج المدنية، وهو ما تم انتقاده بشدّة من طرف رئيس جمعية العلماء المسلمين الشيخ عبد الرحمان شيبان[2]، ولكن دون جدوى، ويرجع ذلك لعدة أسباب[3]، يتعلق معظمها بالشروط الخاصة ببعض حالات الزواج والتي تشكل صعوبات

أمام عقده بالشكل القانوني، فيتم اللجوء إلى الزواج العرفي ويظهر ذلك في عقود الزواج بين الجزائريين (المسألة الأولى) أو بين الجزائريين والأجانب (المسألة الثانية).

المسألة الأولى: الشروط الخاصة بعقود الزواج بين الجزائريين

تخضع بعض حالات الزواج لإجراءات تشريعية شكلية محددة، يترتّب على مخالفتها رفض تسجيله أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، من خلال اشتراط الحصول على ترخيص مسبق، الأمر الذي يدفع طالب الرخصة لعقد زواجه بالطريقة العرفية متجاهلا الرخصة ونظامها، لتعذر الحصول عليها لسبب من الأسباب، كالآتي:

أولا_ الرخصة الكتابية لموظفي الأسلاك الأمنية:

حيث أشترط القانون لأسباب تتعلّق بالنظام العام للدولة، حصولهم على ترخيص خاص طبقا لمادة 26 من المرسوم التنفيذي 10-322 المؤرخ في 2010/12/22، وكذا المستخدمين الشبيهين للأمن الوطني في المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 10-323 المؤرخ في 2010/12/22، ونفس الأمر بالنسبة لأعوان الجيش والدرك الوطني، حيث يستدعي عقد قرانهم الحصول على رخصة من مصالح وزارة الدفاع الوطني طبقا للمادة 107 من المرسوم الرئاسي رقم 23-14 المؤرخ في 2023/03/27، وهو ما أشار إليه المنشور الصادر عن وزارة العدل رقم 364 مؤرخ في 1969/06/15.

ثانيا_ الإذن القضائي الذي يشترطه القانون في حالة تزويج القصر:

أعطى القانون للقاضي _الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان إقامة طالب الترخيص_ طبقا للمادة 1/07 ق أ، وفق سلطته التقديرية الحق في رفض أو إعفاء السن القانونية للزواج المحددة بـ19 سنة كاملة، بعد إثبات المصلحة أو الضرورة التي تدفع أو تجبره طالب الترخيص على الزواج، وهذا بتقديم المبررات الكافية أو إحضار كل ما يدعم هذه المصلحة ويُجليها للقاضي، وأمام هذه الوضعية قد يلجأ طالبي الزواج إلى تغييب ترخيص الخاص بإعفاء السن تجنبا للإجراءات الإدارية أو كحل بديل في حالة عدم اقتناع القاضي بالمبررات المقدمة ضمن طلب إعفاء السن.

ثالثا_ ترخيص التعدد في الزواج:

وضمانا للاستقرار الأسري يخضع طلب التعدد كذلك لترخيص رئيس المحكمة بعد تأكده من إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج وتوافر المبرر الشرعي وشروط ونية العدل طبقا لأحكام المواد 08، 08 مكرر ق أ، وهو أمر قد يبدو مستحيلا من الناحية النظرية، وهو ما يفتح مجالا للهروب من أحكام هذا الترخيص والاستئثار بعقده على الطريقة التقليدية العرفية، ثم اللجوء لتثبيت أما القضاء بعد تأكد القاضي من التزامه بضوابط شرعية معينة كما سنرى لاحقا، كما انّه قد يحدث نتيجة التسريع في إتمام إجراءات الزواج قبل استلام شهادة الطلاق أو التسرع لأسباب اجتماعية أخرى(4).

هذا وتجدر الإشارة مرة أخرى إلى أن شرط استيفاء الرخصة الإدارية المسبقة لا تؤثر على صحة عقد الزواج المبرم بالصيغة التقليدية، لأنّها لا تعد ركنا ولا شرطا من في عقد الزواج طبقا للمادتين 9 و9 مكرر ق أ، وبالتالي لا يترتب على غيابها أو عدم استصدارها بطلان العقد وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا في القرار357345 بتاريخ 2006/06/14(5).

المسألة الثانية: شروط خاصة بزواج الأجانب

يخضع الجزائريين المختلط من الجنسين إلى أحكام تنظيمية طبقا للمادة 31 ق أ، نظمتها تعليمة وزارة الداخلية رقم02 بتاريخ1981/02/11، والتي تم تحيينها بالتعليمة 09 بتاريخ 2018/11/05 المتضمنة تنظيم إصدار رخصة الزواج المختلط.

أولا_ حصول الأجنبي على ترخيص من قبل الوالي:

لا يستطيع الأجنبي عقد زواجه مع جزائري أو جزائرية ما لم يستصدر رخصة إدارية المسبقة، والتي يصدرها السيد الوالي المختص قبل إبرام عقد الزواج بعد دراسة الطلب المعني في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وهو ما أكده قرار غير منشور للمحكمة العليا رقم: 1014669 صادر في2016/09/07(6)، حيث لا يمنح الترخيص إلاّ بعد التأكد من مدى توافر الشروط التي نظمتها التعليمة السالفة الذكر.

ثانيا_ الإقامة القانونية للأجنبي على التراب الوطني:

لا يقصد بالإقامة، الإقامة الفعلية فقط، بل يجب أن يكون مقيما بصورة قانونية، من خلال حيازته لبطاقة المقيم الأجنبي المسلمة طبقا للتنظيم المعمول به، أو متحصلا على تأشيرة قيد الصلاحية بالنسبة للدول الخاضعين لنظام تأشيرة الدخول للأراضي الجزائرية، أو حائزين على جواز سفر قيد الصلاحية بالنسبة للرعايا التابعين لدول معفية من استصدار تأشيرة الدخول للجزائر.

ثالثا_ أثبات قدرة الأجنبي على الزواج: بموجب شهادة صادرة عن الممثلية الدبلوماسية إن كانت دولته تصدرها، وإلاّ فأي شهادة رسمية مماثلة تفي بالغرض.

رابعا_ التأكد من احترام التشريع والتنظيمات المعمول بها في مجال الأسرة:

ولا سيما شرط الديانة الإسلامية طبقا للمادة 30 ق أ، وتثبت بتقديمه شهادة اعتناق الإسلام (بالنسبة للرجل)، أمّا عن المرأة فلم تحظى بنص قانوني ولا تنظيمي، وبإعمال نص المادة 222 ق أ الذي يحيلنا للشريعة الإسلامية، يتضح أن وجوب أن تدين المرأة بدين سماوي (مسيحية أو يهودية)، بالإضافة إلى انتفاء الاحتيال على القانون أو الإجراءات التنظيمية لعقد الزواج المختلط، والتي قد يستعملها بعض الأجانب لتحقيق أغراض خفية غير الغرض الرئيسي الذي عقد من أجله الزواج، وضرورة المحافظة على التماسك الاجتماعي والأمن القومي والنظام العام، فإن كانت هذه الرخصة تضرب إحدى أوصال التماسك السالفة الذكر تتحفظ المصالح المعنية عن تسليم الرخصة.

وتجدر الإشارة إلى أن طول الإجراءات الإدارية المتبعة لدى المصالح الإدارية الجزائرية المحلية لاستصدار رخصة لعقد زواج مختلط والتي قد تكلل بالرفض، قد تدفع بعض الأجانب إلى اللجوء للقنصليات والسفارات الأجنبية في الجزائر لعقد زواجه أمامها، ويقدمها أمام المحاكم الجزائري بغرض إمهارها بالصيغة التنفيذية طبقا للمواد 606 و607 من القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، باعتبارها تدخل تحت مفهوم العقود الأجنبية المحررة في البلاد الأجنبية، والتتابع تقديمها لمصالح الحالة المدنية المعنية لغرض تسجيلها، وهو ما حدث في بادئ الأمر، في بعض الدوائر القضائية المحلية، التي قضت البعض منها بتسجيلها في سجلات

الحالة المدنية البلدية وقضت البعض الأخرى بتسجيلها ضمن مصالح الحالة المدنية لمصالح الشؤون الخارجية، لولا تصدي واستدراك وزارة العدل لمثل هذه الممارسات غير قانونية والأحكام الغير دقيقة، في مسعى منها لإصلاح العمل القضائي، وتثبيت احترام التنظيمات والقوانين الداخلية المنظمة للزواج المختلط ولا سيما التعليمة السالفة الذكر، حيث أوفدت بهذا الخصوص التعليمة الوزارية رقم 77 إلى السادة الرؤساء والنواب العامين لدى المجالس، حيث أكدت فيها على أن عقود الزواج المبرم بالسفارات الأجنبية ليست بسندات تنفيذية أجنبية بمفهوم القانون الجزائري، وبالتالي فهي غير قابلة للإمهار بالصيغة التنفيذية، ولأنها تمّت بما يخالف أحكام المادة 31 ق أ، وأنّها انعقدت في الجزائر تحت رعاية شخص غير الأشخاص المؤهلين لعقد الزواج المذكورين ضمن أحكام المادة 18 ق أ والمادة 71 ق ح م، وعليه دعت القضاة لتكييف دعاوى تثبيت وتسجيل عقود الزواج المختلط المنعقدة على مستوى السفارات الأجنبية بالجزائر دون ترخيص مسبق على أنّها دعاوى إثبات زواج عرفي، وهذا استناداً للسلطات المخولة للقاضي في سير الدعوى طبقا للمادة 29 ق إ م إ، وبالتالي تخضع للأحكام العامة العملية والقانونية التي يشترطها القاضي في تثبيت الزواج العرفي بصفة عامة، وفي حال تثبيت هذه العقود، يأمر القاضي بضرورة تسجيل أحكام هذا الزواج بسجلات الحالة المدنية للبلدية المختصة وليس بمصالح الحالة المدنية بوزارة الشؤون الخارجية(7).

وفي المقابل خصّ المشرع الجزائري عقوبات زجرية لحماية تطبيق التنظيمات القانونية المنظمة للزواج، طبقا للمادة 2/77 ق ح م وكذا المادة 1/441 قانون العقوبات.

الفرع الثاني: مفهوم الزواج العرفي.

تطرق المشرع الجزائري لتعريف عقد الزواج بصفة عامة في المادة 04 ق أ: "**الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي...**"، دون الإشارة للزواج العرفي ولم بالمصطلح فقط، بل تطرق لإجراءات تثبيته فقط، وأما عن الاجتهاد القضائي فعلى الرغم كثرة القضايا المتعلقة بالزواج العرفي وكثرة قرارات المحكمة العليا فإنها لم تتعرض لتعريفه.

أمّا في الفقه فقد عرف عدة تعريفات انصبّت في مجملها على مسألة عدم توافر التوثيق الرسمي بصفته المسألة الأساسية في الزواج العرفي سواء أكان مكتوبا أو غير مكتوب، مع إشارة البعض منها لمسألة توافر أركانه من عدمه نذكر منها على سبيل المثال ما ذكره الأستاذ عبد الفتاح عمرو بقوله: **"هو عقد مستكمل لشروطه الشرعية، إلا أنه لم يوثق، أي بدون وثيقة رسمية كانت أو عرفية"**[8]، والمُراجع لمختلف الصيغ من التعريفات الفقهية ذات الصلة يجد أن بعضها غير دقيقة البتة، لأن التعريف الجامع المانع يجب أن يقوم على مجموعة من الاحترازات التي لا يستقين المفهوم بدونها كالآتي:

- الإشارة إلى مدى توافر مجلس العقد على شروط العقد وأركانه، الأمر الذي يبرز عناصر التمييز بين مختلف العقود التي المشابهة، وهو ما يفتح مجالا لإبطال ما تعارض منها مع للنظام العام والآداب العامة وفق ما نعالجه لاحقا.
- الافتقار لتوثيق الرسمي الذي لا يعدو أن يكون أداة لضبط الحقوق والحفاظ عليها بين الطرفين أو بصفة متعدية بالنسبة للأولاد كما يأتي على ذكره لاحقا.

وعطفا على ما سبق تتجلى للفقهاء صعوبة ضبط تعريف جامع مانع للزواج العرفي، لأن للزواج العرفي صورا عديدة مسايرته للشرع أو مخالفته ودرجة ذلك؛ والزواج العرفي يظهر في المجتمع على عدة صور مختلف الآثار القانونية والشرعية[9]:

الصورة الأولى في تلاقي عبارات الإيجاب والقبول بين الرجل والمرأة بصفة شفاهية أو من خلال ورقة عرفية يوقعان عليها باسميهما، مع حضور شاهدين على العقد ويوقعان على ذات العقد إن وجد مع عدم إعلان وإشهار هذا الزواج سواء في مواجهة الأهل أو الأصدقاء أو المجتمع؛ وغالبا ما يتم في سرية تامة أو يؤمر الشاهدين بكتمانه.

الصورة الثانية أن يتم العقد دون إشهاد أو إعلان، فيتم في سرية تامة فلا يعلم به أحد عدا الزوجين فقط (نكاح السر)، وعادة ما يقترن بهذا النوع من الزواج من بالتأقيت فيكون العقد لمدة سنة أو شهر (المسيار)، وقد يتخلف الولي في بعض منها.

وتسمية هذا الزواج بالزواج العرفي تسمية لم يرد بها شرع أو قانون وإنّما هي تسمية اقترنت بمصطلح الزواج كونه عرفا اعتاد عليه أفراد المجتمع الإسلامي على اختلاف مراحل التشريع الإسلامي؛ فلم يكن المسلمون في يوم من الأيام يهتمون بتوثيق

عقد الزواج ولا كتابته، ولم يكن ذلك يعني إليهم أي حرج أو يعكر صفو علاقاتهم، بل اطمأنت نفوسهم إليه فصارت عرفا، وأقرّهم الفقه الإسلامي عليه، ولم يرده أو ينكره في أي وقت من الأوقات[10]، إذ اعتبر قسيماً للزواج الشرعي القانوني[11]، ومن ذلك يبرر بعض الفقه بالقول: إن الزواج عقد رضائي، وليس من العقود الشكلية التي تستلزم لها التوثيق؛ فالتوثيق غير لازم لشرعية الزواج، أو صحته، أو نفاذه، أو لزومه، والقانون لم يشترط لصحة الزواج سوى الإشهاد ولم يستلزم التوثيق، ولا يشترط التوثيق إلا في حالة واحدة فقط؛ وهي سماع دعوى الإنكار، أمّا في حالة الإقرار فلا يشترط التوثيق[12].

المطلب الثاني: الشروط القضائية المعتبر لإثبات الزواج العرفي

رأينا في المطلب الأول أن لجوء المجتمع للزواج العرفي أصبح في تزايد مستمر نظرا لتعدد العوامل التي دفعت المجتمع له، ونظر للدور الذي تلعبه الدولة للحفاظ على النظام العام والآداب العامة فيه، وسعيها بكل السبل لحفظ الاستقرار الأسري لمنع استمرار الأحوال المتعلقة بالزواج العرفي على حالها، من خلال تضييق الاستفادة من الخدمات الإدارية للزيجات غير المسجّلة، حيث سعى المشرع لضبط الإطار القانوني لتسجيل الزواج من خلال ضبط الأعوان المؤهلين لعقد الزواج في المادة 18 ق أ، وعلى إثرها يخضع للتسجيل بطريقة آلية، فإن لم يتم ذلك، يتم تصحيح الإجراء من طريق اللجوء لقاضي الأحوال الشخصية، بصفته الوحيد الذي منحه القانون القدرة والصلاحيات اللازمة لمراقبة شروط نشأة هذه العلاقات، فيرفض ترسيم الممارسات والعلاقات الغير شرعية والمخالفة للآداب العامة، أو يأمر ضباط الحالة المدنية بتسجيل العقود العرفية المتوافرة على شروط وأركان العقد الزواج وجاءت موافقة للتقنين وذلك بسعي من النيابة العامة.

لذا لا يتم تسجيل عقود الزواج العرفي من طرف ضابط الحالة المدنية ما لم يتم إثباته بحكم، والقاضي ههنا لا يلعب دور مصادقة آلية على عقود الزواج المبرمة بطريقة تقليدية، بل له مجموعة من المبادئ والشروط التي يراقب من خلالها مدى شرعية الزواج؛ وعليه سنعالج في هذه المسألة، الإجراءات القضائية الواجبة الإتباع لرفع دعوى

إثبات الزواج العرفي (الفرع الأول)، ثم المبادئ المستقر عليها شرعا وقضاء في دعاوى إثبات الزواج العرفي (الفرع الثاني)[13].

الفرع الأول: الإجراءات القضائية لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي

نصت المادة 22 من قانون الأسرة على اختصاص القضاء بتثبيت عقود الزواج غير الرسمية، غير أنه بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، لم نجد قد تطرق لإجراءات تثبيت الزواج العرفي مكتفيا بإسناد الاختصاص الإقليمي لمحكمة موطن المدعى عليه طبقا للمادة المادة 426 ق إ م إ، حيث يتم تثبيت عقد الزواج العرفي من خلال حكم صادر عن قاضي شؤون الأسرة، بناء على عريضة بتثبيت زواج عرفي مقدمة من الزوجين أو أحدهما أو ممن له مصلحة كالأولاد والورثة، مرفقين بملف بسيط مكون من الوثائق المثبتة للحالة المدنية لشخصية الزوجين، وشهادة عدم تسجيل الزواج مسلمة من مصلحة الحالة المدنية، وشاهدي عدل[14]، يفصل فيها القاضي بعد دراسة الوثائق المدعمة للقضية والقيام بالتحقيقات القضائية اللازمة بشأن الأدلة المقدمة، فيقوم بسماع الزوجين والولي والشهود وكل من تفيد شهادته في موضوع الدعوى، وبالنتيجة يخلص القاضي إلى فرضين؛ الأول: أن يكون الزواج قد انعقد بالطريقة التقليدية الشرعية بعد التأكد من توافر كامل شروطه وأركانه الشرعية، والثاني: قيام علاقة بين رجل وامرأة على أسس غير صحيحة ومنقوصة للأحكام الشرعية المقرر في قانون الأسرة الجزائري أو الفقه الإسلامي، ومخالفة للآداب العامة، حيث يشتبه بعقد الزواج العرفي المعقود على الطريقة التقليدية مجموعة من الأنظمة القانونية التي لا ترقى في كثير من الأحيان إلى مصاف عقود الزواج الشرعي.

فإن اقتنع القاضي حكم بإثبات وتسجيل هذا الزوج في سجلات الحالة المدني بسعي من النيابة العامة طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة الجزائري؛ ضمانا لاستقرار العلاقات الأسرية وحماية لقواعد حماية للنظام العام من جهة وحماية لمصلحة الزوجين والأولاد الناتجين عن العقد من جهة ثانية، وإلا يحكم برفض الدعوى[15].

وعطفا على ما سبق، ينبغي التذكير بدور النيابة العامة طبقا للمادة 03 مكرر من قانون الأسرة باعتبارها طرفا أصليا في جميع شؤون الأسرة وحامية للنظام العام فيه،

الفرع الثاني: المبادئ المستقر عليها شرعا وقضاء في دعاوى إثبات الزواج العرفي

تستند إجراءات إثبات الزواج العرفي على مجموعة من المبادئ والشروط القانونية والشرعية الهامة التي أصبحت مستقرة في العمل القضائي، والتي تهدف إلى تحقيق التوازن بين حماية الحقوق الفردية للفرد وحفظ النظام العام والآداب العامة في المجتمع، هذه المبادئ والشروط تعين القاضي في: إمّا إضفاء الشرعية على الزواج الصحيح الذي يتوافق مع المعايير القانونية والشرعية وبالتالي الحكم بإثباته مما يحقق حماية للحقوق وحفظ للنظام العام، أو الحكم بعدم إثباته للزواج العرفي الذي يكون في جوهره وأصله لا يتماشى مع الشرعية القانونية والدينية، مما يسهم في حفظ وصيانة للآداب العامة والقيم الأخلاقية في المجتمع، لأن هذه المبادئ والشروط ليست مجرد قواعد قانونية محضة بل هي تعبير عن التوازن الدقيق بين احترام الحريات الفردية ومتطلبات استقرار النظام الاجتماعي في أي مجتمع إسلامي، وهي كالآتي:

أولاً_ توافر أركان وشروط الزواج: استقر العمل القضائي على أن معقل انعقاد الزواج مرتبط بتوافر شروط العقد وأركانه طبقا للمادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة[16]، سواء تمت قراءة الفاتحة في ذلك المجلس أم لم تتم، لأن الفاتحة ليست ركنا من أركان العقد ولا شرطا من شروطه، بل درج العرف على قراءتها من باب التبرك والدعاء لا غير، وهو ما بيّنته المادة 6 ق أ، واستقرت عليه عمل المحكمة العليا، ومنها القرار 81877 الصادر في1992/04/14؛ الذي اعتبر ارتباط الخطبة بمجلس العقد المشتمل على الشروط والأركان هو عقد الزواج الصحيح المنتج لآثاره، ولا ينقصه إلاّ الدخول وتسجيل العقد الإداري بالحالة المدنية[17].

واستكمالا لما سبق، يستتبع القاضي مراقبة مدى توفر شروط عقد الزواج وأركانه؛ لأنّها تبيّن له مدى احترام حدود مقتضيات النظام العام فيه، حيث أن تخلف بعضها لا يرتب بطلان العقد طبقا للمادتين 32 و33 منه، سواء قبل التعديل _ وهذا في الوقت الذي كان قانون الأسرة يعتبر هذه العناصر أركانا للزواج _ إذ يترتب الفسخ قبل الدخول على تخلف عنصر الولي أو الشاهدين أو الصداق، في حين تنكمش مقتضيات النظام العام بعد الدخول فيثبت العقد بصداق المثل، وتنفتح مقتضيات النظام العام مرة

أخرى إذا تخلّف أكثر من ركن العناصر السالفة الذكر، فيعتبر العقد باطلا، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها 253366 بتاريخ 2001/01/23؛ إذ نقضت ما ذهب إليه قضاة الموضوع بعدما رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي لمخالفتهم المادة 33 ق أ[18]، أمّا في تعديل 2005 فلم يختلف الأمر كثيرا فبقيت الأحكام على حالها، عدا تغيُّر في المفاهيم، حيث تقلّصت مقتضيات النظام العام من خلال إعادة تكييف لعناصر الولي والشاهدين والصداق التي كانت أركانا قبل التعديل، فأمست شروطا في ظل الأمر05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل للقانون 84-11 ولا سيما المواد 9 و9 مكرر منه، وهو ما بيّنه نصي المادتين 32 و33 منه، والملاحظ في تعديل 2005، هو بقاء مقتضيات النظام العام على حالها بخصوص آثار تخلُّف عناصر الولي والشاهدين والصداق، رغم تقلُّصها فيما اعتبره المشرع الجزائري من أركان عقد الزواج وما اعتبره شروطا، كما يسجَّل في جانب آخر ثبات في مقتضيات النظام العام، حيث يترتب الفسخ على تخلف أكثر من عنصر من العناصر الثلاثة قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

ثانيا_ خضوع دعوى الإثبات للسلطة التقديرية للقاضي:

من المبادئ القضائية المؤكدة أن إثبات الزواج العرفي أو نفية يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية، ويكون قراره في هذا الشأن ملزما طالما اقتنع بالشهادة المقدمة عند التحقيق، وبنى رأيه على أسباب منطقية شرعية وقانونية صحيحة، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها 34046 الصادر في 1984/11/19[19]، ومتى تبيّن له عكس ذلك قضى برفض الدعوى، وهو ما ذهب إليه في القرار 81129 الصادر في 1992/03/17؛ إذ لم يتبيّن له من دعوى الحال انصباب شهادة الشهود على أركان العقد وشروطه حيث أن الشهادة انصبت الفاتحة والوليمة المنجزة بمناسبة الخطبة فقط، وعليه تتضح مهمة القاضي في ضبط الأسئلة الواجب طرحها على الشهود وكذا الأخذ بالقرائن المثبتة للشهادة أو نفيها[20]، والتي تساعد في التفريق بين ما حضره هؤلاء الشهود، ليتخمّر في ذهنه قناعة بين أيٍّ من الأنظمة قد وقع عليه الإشهاد، هل هو الخطبة بمفهوم المادة 5 ق أ، أم الزواج بمفهوم المادتين 4 و9 من نفس القانون، أو هو

شيء آخر كالدخول أو الخلوة والحفلات التي قد تقام على شرفها، وعدم التزام القاضي بهذه المهمة يجعل حكمه أو قراره معيبا بقصور في التسبيب ينجر عنه النقض[21].

ثالثا_ عدم سقوط الدعوى بالتقادم:

جاء في اجتهاد غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا أن النظر في دعوى الزواج العرفي غير محددة بمدة معينة، من خلال القرار رقم 71723 الصادر بتاريخ 1991/04/24 [22]، فلا تسقط بالتقادم ولو مرت 20 سنة، ولا تسقط حتى بموت أحد الزوجين أو كلاهما، إذ يمكن رفعها من قبل الورثة لارتباط دعوى إثبات الزواج بمواضيع أخرى فرعية كإثبات النسب، دعاوى الميراث... وغيرها، ولأن موضوع إثبات الزواج يهدف إلى الاستقرار الأسري ثم الاجتماعي، وهو ما يدخل ضمن مقتضيات أحكام النظام العام الأسري الذي يسعى القاضي إلى المحافظة عليها وحمايتها.

رابعا_ عدم انطباق قواعد حجية الشيء المقضي به:

إن مسألة إثبات الزواج العرفي من قضايا الحالة، لا تطبق بشأنها القواعد العامة المتعلقة بحجية الشيء المقضي، المنصوص عليها في المادة 338 ق م، سواء رفعت الدعوى من طرف نفس الأطراف أو من كل ذي مصلحة آخر، وهو ما أكّده اجتهاد المحكمة العليا في القرار 262912 الصادر في 2001/04/18[23]، إذ يجوز سماع الشهود ولو لأول مرة في مرحلة الاستئناف[24]، ويعود ذلك إلى أن اكتساب القضية حجية الشيء المقضي فيه قبل إثبات الحق، سيؤدي إلى ضياع الكثير من الحقوق واضطراب في الأسرة، وبالتالي مخالفة مقتضيات النظام العام في المجتمع.

خامسا_ يثبت الزواج العرفي بموجب حكم قضائي:

طبقا للمادة 22 ق أ، ولا يكفي مجرد الادعاء بوجود زواج عرفي لإصدار حكم يقضي بذلك، بل يجب على قاضي الأحوال الشخصية الأمر بإجراء تحقيق جادٍ وكافٍ حول البيّنة المقدمة[25]، حيث درج العمل القضائي على استدعاء الشهود من طرف قاضي الموضوع وسماعهم، وفقا للقواعد العامة في الشهادة في المواد 150 إلى 163 ق إ م إ، والتحقيق معهم في ما رأوه أو سمعوه أو عاينوه، في أي جزئية من جزئيات القضية، وهو ما يمكّنه من طلب توضيحات من الخصوم يراها ضرورية طبقا للمادتين

27 و28 ق إ م إ، ويمكن للقاضي أن يقوم بالتحقيقات اللازمة بصفة شخصية أو يشرف عليه طبقا للمادة 90 من ق إ م إ، فهو اختصاص أصيل للقاضي لا يجوز له التخلي عنه، ومتى تم التخلي عنه لصالح الموثق أو أي شخص آخر كان الأمر مخالفا للقانون وخطأ في تطبيقه يستوجب نقض العمل القضائي، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 84334 المؤرخ في 1992/09/29[26]، كما تجرى هذه التحقيقات بحضور النيابة العامة بصفتها طرفا اصليا في دعاوى الأحوال الشخصية وحامية للنظام العام فيه، طبقا للمادة 3 مكرر ق إ وكذا المادتين 257 و260 ق إ م إ، وبالرجوع إلى حيثيات القرار المذكور أعلاه (262912) يعتمد في غالب قضايا إثبات الزواج العرفي على شهادة الشهود والذين يسجلون حضورهم بالجلسة وقد يغيبون لتغير محل إقامتهم، وهو ما يجعل الأزواج عاجزين عن تقديم الحجة اللازمة بسبب ذلك، لكن هذا العجز لا يمنع قضاة الموضوع من القيام بتحقيق موسع نظرا لأهمية الموضوع ودوره في دعم الاستقرار الأسري، مثل إصدار إنابة قضائية لتلقي شهادتهم طبقا لمادة 2/155 ق إ م إ، كما أن تقديم الشهادة اللازمة للقضاء لا يكفي للحكم بتثبيت الزوج، بل يجب أن تكون شهادتهم حقيقة وكافية ومفيدة للقضية، فلا يكفي التصريح بأن الطرفين كانا يعيشان عيشة الأزواج أو تحت سقف أو غرفة واحدة، أو يشهدوا على الخلوة بين الطرفين (كأن يشهد على صدِّ الباب على الرجل والمرأة في شقة واحدة)، لأن ذلك ليس من أركان العقد في شيء، والشهادة المعتبرة هي الشهادة على انعقاد أركان الزواج أو الشهادة على تصريح الشهود الثقاة الذين حضروا العقد؛ طبقا للقرار رقم 34030 الصادر بتاريخ 1984/11/05[27].

ويتم سماع الشهود من طرف قاضي الأحوال الشخصية شخصيا، فبعد تعريف الشهود بأنفسهم أمام القاضي بذكر الاسم واللقب والمهنة التي يزاولها والعمر والموطن وعلاقته بالخصوم درجة قرابة أو مصاهرة أو تبعية، ثم يؤدي الشاهد اليمين القانونية بقول الحق تحت طائلة بطلان الشهادة، ثم يستمع لكل شاهد على انفراد من الشاهد الآخر بحضور الطرفين أو في غيابهما طبقا للمادة 152 ق إ م إ.

فصدور الحكم مخالفة للإجراءات القانونية المقررة في التحقيق الخاصة بالشهادة والمنوه عنها أعلاه، تجعل العمل القضائي عُرضة للنقض لمخالفته النظام العام[28].

سادسا_ النصاب المعتبر في الشهادة:

استقر العمل القضائي للمحكمة العليا على أن الزواج العرفي لا يثبت إلا بشهادة عدلين على الأقل، امتثالا لأحكام الشهادة في المذهب المالكي، سواء كانت الشهادة على معاينة أو سماع، وهو ما يستخلص من حيثيات القرار 43889 الصادر في 1986/12/15؛ إذ من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبيّنة القاطعة، إذ تقام الشهادة بالإحاطة والتيقن بمعاينة أركان العقد أو الشهادة على السماع الفاشي المتواتر ممن شهدوا العقد من كلام الثقاة[29]، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين؛ فلا يثبت بشهادة رجل مع اليمين ولا مع امرأتين، وعليه لا يجوز إثبات الزواج بشهادة النساء ولو تعدّدن وحضرن العقد، وفصّلن أركانه، إذ ليس لشهادتهن أيُّ اعتبار ولا يثبت بها الزواج، لأن شهادة النِّساء تأتي في المرتبة الثالثة والرابعة؛ حيث المرتبة الثالثة تثبت بشهادة رجل وامرأتين المعاملات المالية والرابعة يثبت بشهادة امرأتين في المسائل التي لا تطّلع عليه إلا النساء[30]، ولكن مؤخرا لوحظ عدم استقرار في العمل القضائي، ويرجح سبب ذلك هو اختلاف المذاهب الفقهية المكونة للشريعة الإسلامية، بخصوص نصاب الشهادة ونوعيتها، فبعد أن كان يعتمد على مذهب المالكية والشافعية القائم على شهادة عدلين فقط، توسعت مقتضيات النظام العام في إثبات الزواج العرفي؛ حيث قبلت شهادة رجل وامرأتين مستندة على المذهب الحنفي أو حتى شهادة الأقارب، وفق القرار 381880 الصادر في 2007/02/14[31]، وبالنتيجة فإن القضاء بإثبات الزواج العرفي دون بيّنة قاطعة أو تناقضها في الأقوال[32]، أو رفض إثباته رغم تقديم البينة اللازمة هو مخالفة للنظام العام المستمد من الشريعة الإسلامية.

سابعا_ الاختلاف في الزواج العرفي:

في حالة ادعاء أحد الطرفين بالزواج العرفي وأنكره الآخر، لم يكن للقاضي الاعتماد على اليمين فقط لإثبات الزواج، حيث يلزم أن تأخذ المحكمة بالقاعدة الجوهرية في الإثبات **"البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"**، فيتم توجيه اليمين المتممة للزوجين بعد إدراك القاضي أن الشهادة المقدمة للمحكمة غير كافية[33].

ثامنا_ إثبات الزواج العرفي في حالة وفاة أحد الزواجين: تغيرت توجُّهات المحكمة العليا فيها حست تطورات التشريع، حيث حكمت (ملف37501 بتاريخ 1985/09/23) بمقتضى المبادئ الشريعة الإسلامية السائدة وفق المذهب المالكي، في قضية إثبات عقد زواج عرفي تمّ قبل صدور القانون 84-11، فقناعة القاضي حسب هذا المذهب لا تبنى على شهادة الذكرين العدلين فقط، بل يجب أن ترفق بتوجيه اليمين القانونية للزوج المتبقي (المدعي)، وأن شهادة ثلاثة أشخاص غير كافية لإثباته دون إقامة اليمين على المدعي رغم كفايتها في مجال آخر[34].

غير أنه بعد صدور القانون 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 تغيرت معالم مقتضيات النظام العام في أحكام البينة المعوّل عليها في إثبات الزواج العرفي؛ حيث اعتبر نص المادة 22 من قانون الأسرة خاص بالأحياء (استيفاء شروط وأركان عقد الزواج) دون أن يفصح النص بذلك، وبالتالي تغيّر القواعد العامة المعول عليها في البيّنة، حيث بالرجوع إلى رد المحكمة العليا على الوجه الثالث المثار في القرار رقم 204254 الصادر بتاريخ 1998/09/22 يتضح المقال؛ حيث اعتبرت إضافة إلى ذلك أن دعوى إثبات الزواج بعد موت يصبح قضية مدنية لتعلّقها باستيفاء الإرث والصداق، مستندا في ذلك على المذهب المالكي (لا نكاح بعد الموت)[35].

وفي قرار آخر خلال نفس الفترة، اعتبرت أن نص المادة 22 ق أ (قبل التعديل) مستوفي الأحكام، الأمر الذي يُغني القاضي عن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق أ، حيث جاء في قرارها رقم 479392 بتاريخ 2009/03/11 بأن القاضي غير ملزم، في مجال إثبات الزواج العرفي بعد وفاة الزوج، بالرجوع إلى تطبيق الشريعة الإسلامية وتوجيه اليمين للزوجة، مادام النص القانوني موجودا[36]، بحكم أن عقد الزواج محل القرار أنشئ في ظل قانون الأسرة قبل التعديل (سنة 1992)، حيث بالرجوع إلى ردود المحكمة العليا على أوجه الطعن المثارة، يتضح أن المحكمة تطرقت بالنص لشروط إثبات الزواج العرفي طبقا للمادة 22 وبالتالي لا مجال لإعمال نص المادة 222 ق أ، وفي دعوى الحال قامت المحكمة بإجراء تحقيق تأكدت من خلاله من مدى توافر أركان الزواج المنصوص عليها في قانون الأسرة، وبالتالي قضاة الموضوع

غير ملزمين بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية[37]، غير أنّه في ظل تعديل 2005 الذي مس قانون الأسرة، ولا سيما المادة 01/22 منه، فقد جاءت بصيغة العموم، إذ أوكلت مهمة تثبيت الزواج العرفي للقضاء، دون أن يقيّده المشرع الجزائري بشروط محددة مثلما كان قبل التعديل، وعليه يحال القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة لاستنباط طرق الإثبات المناسبة.

تاسعا_ إثبات الزواج العرفي المختلط:

إذا انعقد الزواج المختلط بصورة عرفية في غياب الرخصة الإدارية الخاصة بزواج الأجانب في الجزائر، فإنّه يعالج معالجة خاصة، حيث رست اجتهادات المحكمة العليا إلى إلغاء الأحكام والقرارات التي أمرت بتسجيل عقود الزواج العرفي المختلطة والتي لم يتحصل أصحابها على الرخصة الإدارية المسبقة، ومنعت تثبيته، واعتبرته مخالفا للقانون، كالقرار 0942668 الصادر في 2016/02/03[38]، وكذا القرار 1005800 الصادر في 2016/07/13 حيث خلص بأن الأحكام التنظيمية في زواج الجزائري أو الجزائرية مع الأجانب توجب الحصول على رخصة إدارية، سواء كان ذلك لتسجيل الزواج أو لإثباته[39]، أمّا القرار 1028971 الصادر في 2016/12/07 قضى بأنه لا يمكن الحكم بتثبيت زواج عرفي، مبرم بين جزائرية وأجنبي، دون تقديم الرخصة الإدارية[40].

وتجدر الإشارة إلى إن غياب الرخصة الإدارية المسبقة بالزواج المختلط، ليست مانعا من موانع الزواج في الجزائر، ولكنها مانع من موانع تسجيل هذا الزواج، لأنها تهدف من خلال شروط استيفائها إلى ضبط استقرار النظام العام الاجتماعي.

عاشرا_ مركز النيابة العامة في دعاوى إثبات الزواج العرفي:

حظيت النيابة العامة بمركز طرف أصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة طبقا المادة 3 مكرر ق أ، وهو تأكيد من المشرع على أن جميع مسائل الأسرة متعلّقة بالنظام العام، واستطرادا في هذا الطرح يتم تبليغ النيابة العامة وجوبا في الحالات الواردة في المادة 260 ق إ م إ ولا سيما مسائل الحالة الشخصية _بما فيها مسائل الزواج العرفي_ بمهلة 10 أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة، وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ هو خرق جوهري وانتهاك لقاعدة قانونية من قواعد النظام

العام[41]، ومهمة النيابة العامة تتمثل في أمرين: الأول يتعلّق بمهامها كطرف أصلي حامٍ للمبادئ التي يقوم عليها المجتمع من خلال طلباتها في الموضوع بما يساير أحكام الشرع والقانون، بكل ما من شأنه حفظ النظام العام والآداب العامة في مؤسسة الزواج، والثاني هو الوظيفة الذي جاءت بها الفقرة الثانية من نص المادة 22 ق أ؛ حيث قد يغفل الأطراف عن تبليغ الأحكام القضائية الخاصة بتثبيت الزوج لمصالح الحالة المدنية للبلدية لتسجيلها ضمن سجلاتها، لذلك أوكل المشرع للنيابة العامة على وجه الخصوص مهمّة السّعي لتسجيل الحكم القاضي بتثبيت الزواج العرفي في الحالة المدنية.

الخاتمة:

وأخيرا وبعد هذا العرض والنقاش حول الزواج العرفي وطريقة تعامل القاضي معه في ظل شح المادة القانونية التي تنظمه في قانون الأسرة، نخلص للآتي:

1. الزواج العرفي المستوفي للشروط والأركان طبقا للمادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة هو زواج صحيح ويرتب جميع آثاره الشرعية، غير أن الاحتجاج به لدى الغير في دولة القانون مربوط بتسجيله، حفظا للحقوق أطراف هذه العلاقة الزوجية.
2. إن مسألة تثبيت الزواج العرفي مسألة خطيرة وحساسة؛ قد يختلط فيها الزواج الشرعي بما دونه من العلائق غير الشرعية، وبالتالي احتمالية المساس بأحكام النظام العام والآداب العامة التي ينجرُّ عنها ضرب الاستقرار الاجتماعي.
3. أوكلت مهمة حماية مؤسسة الزواج من العلائق التي لم يلتزم أصحابها بإبرامه طبقا للمادة 18 ق أ والمادة 71 وما بعدها من قانون الحالة المدنية، لقاضي الأحوال الشخصية طبقا للمادة 22 ق أ، حيث لا يتسامح هذا الأخير في أحكام النظام العام المرتبطة بركن الرضا سواد قبل تعديل 2005 أو بعده، لأن صيغة العقد هي الفيصل دبين الزواج الشرعي وغيره من العلائق غير الشرعية الأخرى، وبالتالي يُبطل كل العقود التي افتقرت لركن الرضا الشرعي، إمّا ما دون ذلك من أركان أو شروط (مع الأخذ بعين الاعتبار التعديلات التي طرأت على قانون الأسرة) فمقتضيات النظام العام فيها تتراوح بين الفسخ والبطلان والإجازة بصداق المثل كما سبق وأن ذكرنا في المتن.

4. نظرا لعدم معاصرة القاضي لزمن انعقاد العقد، فيتعذر عليه التحقق من وجود ركن الرضا بصفة مباشرة، يدعِّم الطرفين أقوالهما بشهادة الشهود ممن حضروا مجلس العقد (مجلس تلاقي انعقاد الصيغة) أو سمعوا به تواترا عن ثقاة طبقا للشرع، دون غيره من المقدمات التي درجت عادات المجتمع الجزائري على فِعلها، سواء كانت شرعية أو عرفية كحفل العرس، الخطبة وممارساتها، قراءة الفاتحة بنية التبرك...، فمعقل الشهادة هو مجلس التقاء شقي الصيغة، فلا اعتبار للشهادة المنصبة على الخلوة بين الرجل والمرأة ولا الدخول من خلال إقفال الأبواب عليهما.

5. تغيرت مقتضيات النظام العام في الشهادة لدى القاضي الجزائري عدة مرات، حيث أخذ بالمذهب المالكي قبل صدور القانون 84-11، وبعد صدوره ترنح في فهم نص المادة 22 منه مرة يعتبرها قاصرة تستوجب الإحالة للأحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق أ، وتارة أخرى يعتبرها مستوفية الأحكام فتُغنيه عن اللجوء للشريعة الإسلامية، ثم وبعد تعديل2005 حسم الخلاف بإسناد أمر التثبيت للمحكمة دون تفصيل، وهو ما يفتح مجالا لإعمال الإحالة على الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222.

6. إن التراخيص التي اشترطها المشرع الجزائري في بعض الحالات لا تحول دون تسجيل الزواج العرفي إلا في حالة الترخيص الخاص بالأجانب، وهو يدخل في مسعى المشرع الجزائري للحفاظ على مقتضيات النظام العام والآداب العامة في مؤسسة الزواج، وباستقراء للمواد القانونية والتنظيمية المنظمة لهذا الترخيص يُستشف مسعى المشرع في ذلك، ولا سيما الحرص على الديانة الإسلامية للأجنبي.

7. إن الإحالة على الشريعة الإسلامية الواردة في المادة 222 ق أ دون تقييد القاضي بمذهب فقهي محدد، أمر يحسب للمشرع، لينفتح القاضي على مختلف أحكام المذاهب الأخرى للتماشي مع التطورات التي قد تطرأ على المجتمع، فيستقى ما تلائم منها مع السياسة التشريعية وخصوصية المجتمع الجزائري، لكن اتضح أن ترك الأمر مفتوحا دون تحديد قد يوقعنا في مسألة تغيُّر في توجهات القضاة على حسب درجة اطلاعهم وتكوينهم، فقد يحكم القاضي الأول بمقتضى المذهب المالكي باعتباره التوجه المذهبي العام والشائع في المغرب العربي، في حين قد يحكم قاض ثانٍ بأحكام المذهب

الحنفي مثلا، وعلى الرغم من عدم موافقته للتوجه المذهبي في الجزائر إلا أن حكمه موافق وغير مخالف للنظام العام مادام هذا الحل هو جزء من الشريعة الإسلامية.

1 – المطلق عبد الملك بن يوسف، الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها، دار العاصمة، الطبعة الأولى، الرياض، 1427هـ–2006م، ص12.

2 – محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته على قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008، ص320.

3 – ينظر في هذا الشأن: العشي نوارة، دور قاضي شؤون الأسرة في حفظ الآداب العامة، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الثاني، ص 278.

4 – بلحيرش حسين، الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب، البليدة، العدد الأول (عدد خاص)، 2011، ص135.

5 – المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2007، ص 461.

6 – معيزة عيسى، الرخصة الإدارية في زواج الجزائريين بالأجانب على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مجلة القانون والمجتمع، مج7، ع2، 2019، ص 368.

7 – زايدي أفتيس، مقال بعنوان زواج الجزائريات بالأجانب بالسفارات الأجنبية غير معترف به في الجزائر، منشور على الموقع الإلكتروني: https://www.ennaharonline.com ، تاريخ التصفح: 2024/10/10، 09:00.

8 – عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان–الأردن، ط1، 1996، ص 43.

9 – فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، مجموعة النيل العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2001، ص 20.

10 – ينظر: المطلق عبد الملك بن يوسف، مرجع سابق، ص187، عبد رب النبي على الجارحي، الزواج العرفي المشكلة والحل والزواج السري ونكاح المتعة والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار، دار الروضة، القاهرة، ص38.

11 – ينظر: عبد رب النبي على الجارحي، المرجع نفسه، ص38.

12 – حامد عبد الحليم الشريف، الزواج العرفي، الدار البيضاء، القاهرة، د ت، ص20.

13 – ينظر في هذا الشأن: العشي نوارة، مرجع سابق، ص 278 وما بعدها.

14 – شهود العدل هو الذين يتم سماع شهادتهم في العقود الاحتفائية كعقد الزواج، وفي العادة يكونون أشخاصا يحسنون القراءة والكتابة والإمضاء بالغين متمتعين بالأهلية القانونية، يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة، ط2، 2009، ص112.

15 – ينظر: العشي نوارة، المرجع السابق، ص 278 وما بعدها.

15 – ينظر: العشي نوارة، المرجع نفسه، ص 279.

16 – الملف رقم 221329 بتاريخ 1999/04/20، المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص51.

17 – المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص33.

18 – المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2002، العدد 2، ص440.

19 – المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1990، العدد 1، ص67.

20 – ذكر ابن القيم الجوزية في أن الفهم عند القاضي فهمان؛ فهم على القانون وفهم على الوقائع، فينصبُّ على القاضي مهمة طرح الأسئلة المناسبة وفي الزمن المناسب، وكذا استقراء ظروف الحال التي تمّ بها العقد ليتمكن من استخلاص الحكم الوجيه، ينظر: ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد، مج1، دار عطاءات العلم، دار ابن حزم، د ط، د ب، د س، ص 03-18.

21 – المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1994، العدد 03، ص30.

22 – المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1993، العدد 02، ص51.

23 – المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2002، العدد 02، ص 409.

24 – ملف 315403 بتاريخ 2005/02/23، المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2005، العدد1، ص 275.

25 – المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2002، العدد2، ص 409.

26 – المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 44.

27 – المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1990، العدد 2، ص82.

28 – ملف رقم 90683 بتاريخ 1993/05/25، المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1994، ع01، ص58.

29 – ملف 0851807 بتاريخ 2015/02/12، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2015، العدد1، ص269.

30 – ينظر: المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1993، العدد2، ص37، وفي ذات السياق أيضا: القرار 53272 بتاريخ 1989/03/27، المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1990، العدد3، ص82، ملف 693621 بتاريخ 2012/07/12، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2012، العدد2، ص269.

31 – المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد2، ص 483.

32 – المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 1991، العدد1، ص 59.

33 – ينظر: الملف 424799 بتاريخ 2008/02/13، المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2008، ع2، ص 307.

34 – المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 1989، العدد1، ص 95.

35 – ينظر: المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2000، العدد2، ص 175.

36 – المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2009، العدد2، ص 287.

37 – يراجع ردود المحكمة العليا بشأن القرار 479392 بتاريخ 2009/03/11، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2009، العدد2، ص 289.

38 – المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2016، العدد1، ص 130.

39 – المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2016، العدد2، ص 207.

40 – المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2016، العدد2، ص 211.

41 – ينظر: المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1989، العدد4، ص 108.

قائمة المراجع والمصادر:

الكتب:

1. المطلق عبد الملك بن يوسف، الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها، دار العاصمة، ط1، الرياض، 1427هـ-2006م.
2. عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان-الأردن، ط1، 1996.
3. فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، مجموعة النيل العربية، ط1، القاهرة، 2001.
4. عبد رب النبي على الجارحي، الزواج العرفي المشكلة والحل والزواج السري ونكاح المتعة والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار، دار الروضة، القاهرة، د ت.
5. حامد عبد الحليم الشريف، الزواج العرفي، الدار البيضاء، القاهرة، د ط، د ت.
6. حماني احمد، فتاوى استشارات شرعية ومباحث فقهية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، د س ن، عدد1.
7. يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة، ط2، 2009.
8. ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، مج1، دار عطاءات العلم، دار ابن حزم، د ط، د ب ن، د س ن.

الرسائل الجامعة:

1. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته على قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008.

المقالات:

1. بلحيرش حسين، الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب، البليدة، العدد الأول (عدد خاص)، 2011.
2. زايدي أفتيس، مقال بعنوان زواج الجزائريات بالأجانب بالسفارات الأجنبية غير معترف به في الجزائر، على الموقع: https://www.ennaharonline.com .

3. العشي نوارة، دور قاضي شؤون الأسرة في حفظ الآداب العامة، حوليات جامعة الجزائر1، العدد31، ج2.
4. معيزة عيسى، الرخصة الإدارية في زواج الجزائريين بالأجانب على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مجلة القانون والمجتمع، مج 07، ع 02، 2019.

المجلات:

1. المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1989، العدد 1-4.
2. المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1990، العدد 1-2-3.
3. المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1993، العدد 2.
4. المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1994. العدد 1-3.
5. المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2000، العدد 2.
6. المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص.
7. المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2002، العدد 2.
8. المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2005، العدد 1.
9. المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد 1-2.
10. المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد 2.
11. المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2009، العدد 2.
12. المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2012، العدد 2.
13. المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2016، العدد 1-2.