المحاضرة الخامسة: التكييف القانوني والشرعي لعقد الزواج الموثق.

أولا:مفهوم عقد الزواج.

عقد الزواج من العقود التي تنظم العلاقات الأسرية إذ تتكون الأسرة وتنشأ العلاقات والالتزامات بناء عليه ؛ ونظرا لأهميته وجب تعريفه (1) وبيان أركانه(2)

1. تعريف عقد الزواج لغة و اصطلاحا:

عقد الزواج يتكون من كلمتين : عقد و زواج ، والعقد لغة، نقيض الحل ،المعاقدة المعاهدة والميثاق.وعقدة النكاح و البيع: وجوبهما، ومنه قوله تعالى: ﴿**وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ** ﴾ [سورة البقرة، الآية: 235].

والزواج في لغة: يأتي بمعنى الاقتران ، ومنه قوله سبحانه وتعالى ﴿**أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا ، وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا ، إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ** ﴾ [سورة الشورى الآية: 50]؛ أي يقرنهم. وكل شيئين اقترن أحدهما بالآخر: فهما زوجان. .أما شرعا، فقد تعددت التعاريف لعقد الزواج واختلفت باختلاف المذاهب والآراء الفقهية لكنها صبت كلها في حقيقة الزواج من حيث دلالته على الحقوق المتبادلة بين الزوجين ومركز كل من الرجل والمرأة في العقد وما يتبعه من آثار تعود على كل منهما وقد عرفه الامام ابو زهرة:" أنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني و تعاونهما مدى الحياة ويحد ما لكليهما من حقوق و ما عليه من واجبات"

وفي القانون،عرفه المشرع الجزائري ب:"الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

وهو تعريف بيّن فيه المشرع طبيعة عقد الزواج من حيث صفته الشرعية، بحيث يستند في نشأته وترتيب آثاره على ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية من خلال قوله "على الوجه الشرعي" مظهرا أهدافه والغاية منه.

2. **أركان عقد الزواج و شروطه:**

تسند قوانين الأحوال الشخصية بما فيها قانون الأسرة الجزائري إلى الشريعة الاسلامية في مصدرها، وإذا رجعنا إلى المذهب المالكي وهو المذهب الرسمي في الجزائري نجده يعد للزواج أربعة أركان : الولي والصداق والزوج والزوجة والصيغة، وليس فيه ذكر للشهود و هذا الذي سار عليه المشرع الجزائري في القانون 11/84 المادة 9 ، لكنه خالف المالكية بعد الشهود من الأركان حيث نصت على أنه : "يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين وصداق"

ثم عدل عنه في الامر 02/05 حيث نصت المادة 9 على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين."

و نصت المادة التاسعة مكرر على :" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- اهلية الزواج،الصداق، الولي،الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

وعليه جعل المشرع الجزائري الرضى ركنا وحيدا للزواج وجمع الشروط في الأهلية و الصداق والولي و الشاهدين و انعدام الموانع الشرعية.

يذكر أن شروط عقد الزواج غير الاشتراط فيه فالأول يقصد به ما يتوقف عليه العقد انعقادا وصحة ولزوما وتنفيذا، ولا يدخل في ماهيته بل هو خارج عنه فالولي والشاهدان ليسا من حقيقة العقد بحيث لا يرتبطا به عند انعقاده، لأن طرفي العقد هما الزوج والزوجة وعليهما تجب الحقوق الزوجية وترتب التزامات على كليهما، بينما الاشتراط في عقد الزواج فقد سبق بيانه في المحاضرة السابقة .

ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية قد أحاطت العقد بجملة من الشروط ، وفي ذلك بيان لأهمية العقد ومنزلته الخاصة من بين العقود نظرا لقيمة آثاره و خطورتها ، كاشتراط الأهلية عند العقد والولي للزوجة والشاهدين (عند الجمهور) و الاشهار (عند المالكية) كلها تعتبر وسيلة لحفظ الحقوق و إثباتها ، بل إن صحة العقد من عدمها متوقفة على تحقق تلك الشروط وغيرها؛ثم إن خلو العقد من الشهادة مثلا ، وهو شرط في العقد ، يجعل منه عقدا غير موجود في نظر الشارع ولا يرتب آثاره.

ثانيا_التعريف بتوثيق عقد الزواج

1. تعريف التوثيق لغة واصطلاحا

التوثيق لغة من وثق الشيء يوثق وثاقة :قوي وثبت وصار محكما ...وثق الامر أحكمه العقد سجله بالطريق الرسمي .

واصطلاحا :"معناه علم يبحث في كيفية اثبات العقود والتصرفات والالتزامات على وجه يحتج به"

وقد عرف المسلمون توثيق العقود امتثالا لقوله تعالى في آية الدين: ﴿**يَأَ يُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا**﴾ ، [سورة البقرة الآية 282]

وقد فعلها النبي صلى لله عليه وسلم عند كتابته للعقود البيع والشراء والمواثيق الصلح مع المشركين مثلما حدث في صلح الحذيبية.

وانتشر توثيق العقود وغيرها والتأليف فيه واضحى وظيفة من وظائف الدولة المساعدة للقضاء،عرف القائمون به باسم:"الموثقون"، لأنهم يقومون بالتوثيق بين الناس ، كما عرفوا باسم "العدول"، لاشتراط العدالة فيهم،وحملوا اسم "الشهود": لأن شهادتهم معتبرة على ما يكون في الوثيقة،وهم "الشهود العدول" لاتصافهم بالعدالة و قيامهم بالشهادة بين الناس، كما عرفوا باسم "الشراطون" لأنهم يتولون كتابة الشروط التي يثبتها المتعاقدون في كتابتهم لتصرفاتهم و معاملاتهم ليحتج بها، و يطلق على ما يكتبون: الشروط أو الوثائق أو العقود

ونظم مهنة التوثيق في الجزائر: قانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن مهنة الموثق حيث عرفته المادة الثالثة منه ب:"الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة."

وبالتالي يمكن القول بأن التوثيق يتمثل في تحرير العقود وإضفاء الصبغة الرسمية بما يضمن حجيتها في الإثبات والتوثيق يكون بأمر من القانون بحيث يشترط في بعض المعاملات أو التصرفات القانونية الرسمية بحيث لا تقوم

حجة لدى اصحابها في مواجهة الغير ما لم تكن على يد موثق،مثل بعض البيوع و بالتحديد ما تعلق منها بنقل الملكية كبيع العقار فإن صحته مرتبطة بتسجيله في عقد رسمي لأنه من العقود الشكلية،والمشرع مع ذلك قد وجه إليه من أراد أن يضفي الصبغة الرسمية على العقود التي يبرمها حتى وان لم يشترطها القانون.

2. توثيق الزواج في التشريع الجزائري و التشريعات العربية المحتلفة:

نظم كل من قانون الأسرة الجزائري وقانون الحالة المدنية توثيق عقد الزواج فحددا حكمه وبينا إجراءاته والأشخاص المكلفون بعملية التوثيق.

- ✓ **النصوص المنظمة لعملية توثيق عقد الزواج**: تنص المادة 18 من القانون أمر رقم 05-02 المتعلق بقانون الأسرة على:"يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين (9 و9 مكرر) من هذا القانون".

ونصت المادة 21: "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج".

وجاء في المادة 22:" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"

فعقد الزواج يتوقف وجوده على تحقق ما ورد في المادة التاسعة والتاسعة مكرر،أما التسجيل أو التوثيق فتقوم به جهة مختصة (ضابط الحالة المدنية او الموثق) ولا تتوقف صحته على تسجيله،فهو من قبيل العقود غير الرسمية لأن التسجيل ليس ضمن الأركان ولا لشروط التي ذكرها المشرع الجزائري في القانون، فالعقد إذا توافر فيه ركن الرضا وتحققت الشروط فإنه يرتب آثاره حتى وإن لم يسجل، ولأصحاب المصلحة أن يلجأو إلى القضاء لتسجيله فيثبت بحكم قضائي (المادة 22).

الجدير بالذكر أن تسجيل عقد الزواج في النظام الجزائري قد عرف تغييرا تبعا للتطور التشريع في الدولة فقد كان يحكم منازعات الأسرة قوانين مختلفة قبل صدور قانون 11/84 نذكر منها قانون رقم 57/777 المتعلق بإثبات حجية عقود الزواج المنعقدة في الجزائر تبعا لقواعد الشريعة الإسلامية و الصادر سنة 1957، نص فيه على وجوب إبرام عقد الزواج أمام القاضي.

كما نصت المادة 9 من نفس القانون على ما يلي :«إن عدم التصريح بالزواج ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة الثالثة يؤدي إلى معاقبة الزوج وممثل الزوجة وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية بغرامة من 6000 إلى 18000 فرنك وبالحبس من ستة أيام إلى ستة شهور».

وقد ألغي العمل بهذا القانون بصدور قانون 11/84 الصادر سنة 1984 الذي عدل هو ايضا بالأمر رقم 05/ 02الصادر سنة 2005 وجاء فيه النص على وجوب تسجيل عقود الزواج وذلك في كل من المواد 18، 21، 22 .

كما نظم قانون الحالة المدنية تسجيل عقود الزواج في 71 إلى غاية المادة 77 من الأمر رقم 20/70 المتعلق بالحالة المدنية،حيث جاء فيها بيان الموظفين المؤهلين بتسجيل عقود الزواج(المادة 71) وبينت إجراءاته (المادة 72) و حددت شروطه (المادة 73) و الوثائق المطلوبة المواد(74 ،75 و76)،و نصت المادة 77 على المسئولية التي يواجهها الموظف في حال الإخلال بواجباته المنصوص عليها في القانون.

✓ **حجية عقد الزواج المسجل و طبيعته:**

نص المشرع على ضرورة تسجيل عقد الزواج في كل من قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية إلا أنه لم يضع أي عقوبة في حالة عدم تسجيل أو التصريح بعقد الزواج لدى السلطات المختصة قانونا، وهذا ما يفسر الانتشار الواسع للزواج العرفي بالرغم من إصدار وزارة الشؤون الدينية في السنوات الأخيرة تعليمات إلى الأئمة بالامتناع عن إجراء عقود الزواج قبل توثيقها.

بالإضافة إلى ما سبق فإن هذه المواد تظهر أن إبرام عقد الزواج يتم أمام أكثر من جهة ،فهو يتم عادة في مجلس الفاتحة كما هو منتشر في المجتمع ويكون هذا الزواج عرفيا يفتقر إلى الحجية وكثيرا ما نتج عليه إشكالات في ترتيب آثار عقد الزواج عند النزاع حال التجاحد والتناكر.

أما المجلس الثاني فيكون أمام الموظف المؤهل ويتمثل في ضابط الحالة المدنية الذي يتولى بصورة أساسية تسجيل عقد الزواج ومنح الزوجين وثيقة سماها المشرع الجزائري مستخرج من سجل الحالة المدنية، وهو ما نصت عليه المواد 18 و 22 من قانون الأسرة ولا نجد ذكرا للعقد العرفي أو الفاتحة مع العلم أن المادة السادسة من قانون الأسرة أعطتها حكم الخطبة ابتداء واستثنت حالة كون الفاتحة هي مجلس العقد وهي بذلك قد خالفت اجتهادات المحكمة العليا والتي نصت في قرارات متعددة ومتفرقة على أن الزواج العرفي أو الفاتحة يأخذ حكم العقد الصحيح بتوافر أركانه وشروطه التي وردت في المادة 9 و9 مكرر وليس ضمنها كما سبق بيانه التسجيل

والمشرع الجزائري في ذلك يتوافق مع ما جاء في القانون المغربي الذي ألزم توثيق العقد بدون ذكر العقوبة، حيث نص في المادة 16 (مدونة الأسرة المغربية) :"تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة إثبات الزواج إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات و كذا الخبرة"

وكل من **القانون المصري والقانون الكويتي** يرفضان سماع الدعوى في الزواج إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية، حيث جاء في المرسوم المصري رقم 78 لسنة 1931، في الفقرة الرابعة من المادة 17 أنه:" ...ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج - في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة 1931 - ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية، ».

بينما يوجب كل من **القانون العراقي والقانون الأردني** عقوبة على عدم توثيق عقد الزواج لدى الموظف الرسمي للدولة، وتتفاوت مقدار العقوبة من دولة إلى أخرى، (القانون العراقي الفقرة 05 من المادة 10)،و(المادة 17من قانون الاحوال الشخصية الأر دني)

و إلى أبعد مما سبق القانون أوقف ثبوت عقد الزواج على الوثيقة الرسمية التي يسجل فيها العقد حيث جاء في الفصل الرابع من الأحكام التي تتعلق بالزواج:« لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص».

وعليه يظهر أن تسجيل عقد الزواج أو توثيقه من متطلبات عقد الزواج في مختلف التشريعات العربية وهو حجة لصاحبها يثبت بها حقوقه ووسيلة تسهل عليه استيفاؤها.

ثالثا:إجراءات توثيق عقد الزواج في التشريع الجزائري والتشريعات العربية المختلفة.

يتطلب تسجيل عقد الزواج اجراءات معينة إن من حيث الأشخاص الذين يقومون بعملية التسجيل أو من حيث الشروط التي وضعها القانون ، ورد في نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية الجزائري الآتي:" يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما ...".وجاء في نص المادة 01 من هذا القانون بيان الأشخاص الذين يحملون صفة ضابط الحالة المدنية وهم : رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه داخل التراب الوطني؛وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية ورؤساء المراكز القنصلية".

ونصت المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الأولى منها على أنه« يتم عقد الزواج أمام الموثق...» والموثق كما جاء في نص المادة الثالثة من القانون رقم 02/06 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق هو: « ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير للعقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصيغة.».

يذكر أن في كثير من **الدول الإسلامية** يتولى هذه المهمة **المأذون الشرعي**، ويختلف نظام عقد الزواج في الدول الإسلامية من دولة إلى أخرى، في المشرق كمصر و الأردن مثلا يقوم ما يعرف بالمأذون بإبرام وتوثيق عقد الزواج، هذا النظام يخضع لمراقبة القضاء وتحت إشرافه وتابع لوزارة العدل.

جاء في المادة 18 المعدلة بموجب القرار الوزاري رقم 1727 لسنة 2000 المتعلق بلائحة المأذونين الشرعيين **بمصر** مهام المأذون:« يختص المأذون دون غيره بتوثيق عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمسلمين المصريين... ".

أما فيما يتعلق **بالأحوال الشخصية الأردني** قد حدد نص المادة 17 من القرار رقم 61 لسنة 1976 مهام المأذون الشرعي على النحو التالي:

(ب) يجري عقد زواج من مأذون القاضي بموجب وثيقة رسمية وللقاضي بحكم وظيفته في الحالات الإستثنائية أن يتولى ذلك بنفسه من قاضي القضاة.

..(هـ) يعين القاضي الشرعي مأذون عقود الزواج بموافقة قاضي القضاة ولقاضي القضاة إصدار التعليمات التي يراها لتنظيم أعمال المأذونين».

يلاحظ أنه يختلف مهمة المؤذون الشرعي عن مهمة ضابط الحالة المدنية في كون الأول يتولى مهمة توثيق عقد الزواج بحيث يكون مجلس التوثيق هو مجلس العقد لأن في بيان مهامه نجد أن القانون يوضح ضرورة سماع الايجاب و القبول من الطرفين على خلاف ما جاء التشريع الجزائري الذي يجعل مهمة الموظف المؤهل قانونا محصورة في تسجيل البيانات و تحقق الاركان و الشروط التي يتطلبها القانون.