

رفض تثبيت عقد الزواج العرفي لانعدام رخصة زواج الأجنبي، وحق الطفل في النسب (تعليق على قرار)

تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 03-02-2016 تحت رقم الفهرس 16/00240 رقم الملف 0942668 عن المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة.

من إعداد السيد: عامر العيّد طالب دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان.

البريد الإلكتروني: laidameur202@gmail.com

ملخص البحث:

إن آثار أحكام القضاء، تتعدى في بعض الأحيان أطراف النزاع إلى خلق وضع اجتماعي معقد، يتطلب الدراسة لمعالجته، وهكذا فقد صدرت عدة أحكام وقرارات عن القضاء الجزائري، انتهت بعدم تثبيت عقد زواج عرفي، احد أطرافه غير جزائري، بحجة انعدام الرخصة الإدارية المطلوبة، مع ما لذلك من آثار وخيمة لاسيما على الأطفال،

إذ يبقى الطفل بناء على هذه الأحكام والقرارات من غير نسب، بالرغم من إقرار القضاء بصحة شروط العقد الموضوعية، وبالرغم من اعتراف والد الطفل به، لمجرد انعدام رخصة إدارية، وهو ما دفعنا للتعليق على إحدى هذه القرارات لمعالجة الموقف والبحث له عن حل.

résumé

Les effets des jugements du pouvoir judiciaire dépassent parfois ceux des parties au conflit pour créer une situation sociale complexe qui appelle une étude, plusieurs décisions ont été rendues par la cour suprême algérienne, qui ont abouti à ne pas rendre valide par jugement un contrat de mariage traditionnel ou l'une des parties n'est pas algérienne, pour cause que la partie non algérienne de contrat na pas obtenu l'autorisation administrative, malgré les graves conséquences sur l'enfant.

L'enfant reste sans filiation a son père étranger a cause de ses jugement, en raison de l'absence de l'autorisation administrative, malgré le fait que le tribunal a reconnu la validité des clauses de fond du contrat, et malgré la reconnaissance du père de l'enfant, ce qui nous a amené à commenter l'une de ces décisions pour remédier à la situation et cherchez une solution.

مقدمة:

حدد المشرع الجزائري أركان عقد الزواج بالمادة 09 من قانون الأسرة، ونص صراحة على أن ركن عقد الزواج هو الرضا، ونص بمقتضى المادة 09 مكرر على أن باقي المقتضيات هي شروط زواج، ورتب على انعدام ركن الرضا البطلان، في حين رتب على انعدام الشروط القابلة للإبطال¹.

كما حدد القانون الجزائري طرق إبرام عقد الزواج بأحكام المادة 18 بالنص على أن الزواج يبرم أمام الموثق، أو أمام ضابط الحالة المدنية، مع مراعاة أحكام المادتين 09 و 09 مكرر المحددتان للأركان والشروط، ونص المشرع على أن عقد الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، طبقا لأحكام المادة 22 من قانون الأسرة.

وان كان الزواج العرفي قديما منتشر بشكل كبير، نظرا للمستوى الثقافي الذي كان سائدا في المجتمع، فإن هذه الظاهرة تزايدت بشكل ملحوظ في السنوات الأخيرة، لاسيما بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005، اعتبارا لظهور بعض القيود الإجرائية التي فرضها المشرع على الأزواج، لاسيما ما تعلق منها بالرخص، وهو ما دفع بعض الأزواج لإبرام عقود الزواج بشكل عرفي، ثم السعي إلى تثبيت الزواج بحكم، للالتفاف على هذه القيود، وطرح الأمر على القاضي لمراقبة مدى توفر أركان العقد، وتثبيته.

وقد انتشر هذا النوع من الزواج بشكل كبير لتفادي رخصة الزوجة الثانية، ورخصة زواج القاصر، ورخصة زواج الأجنب².

وإذا كان عقد زواج القاصر أو زواج الرجل بامرأة ثانية لم يلق أي إشكال يذكر، على اعتبار أن القضاة في كامل أنحاء الجمهورية يثبتون هذا النوع من الزواج العرفي، على قاعدة أن الزواج شرعي، مستهلك، ولم يعد للرخصة أي معنى أو جدوى ترداد³، فإن تثبيت الزواج الذي أحد طرفيه جزائري والآخر أجنبي قد أثار اختلافا بين القضاة في مستوى أعلى هرم الجهاز القضائي بالمحكمة العليا، وقضاة الموضوع بالمحاكم والمجالس القضائية، إذ أن المحكمة العليا قد استقر اجتهادها على أن هذا النوع من العقود " زواج طرف جزائري بالأجنبي " لا يمكن تثبيته، وانتهت إلى إبطال كل القرارات والأحكام التي قضت بتثبيت هذا النوع من الزواج، ولا شك أن آثار هذه القرارات لا تنعكس على الطرفين فقط، وإنما ينصرف أثرها إلى الأطفال الناتجين عن مثل هذه العلاقة.

ومن هذا المنطلق، فقد انتهى قضاة مجلس قضاء وهران الى تثبيت عقد زواج جزائرية بسوري، بناء على قاعدة ان الزواج تم ووقع فيه الدخول، ونتج عنه طفل، وان الرخص لم يعد لها اي دور، وامروا بتثبيت الزواج وتسجيل العقد بالحالة المدنية، وإلحاق نسب الطفل، في حين رأى قضاة المحكمة العليا ان رخصة زواج الاجنبي ضرورية، وان عدم الحصول عليها يؤدي الى رفض تثبيت الزواج العرفي، وانتهوا الى إلغاء القرار وبالتبعية لذلك كل اثاره، بما فيها إلحاق نسب الطفل.

نعرض فيما يلي للرأيين، بالتحليل والنقاش القانوني، بعد عرض موجز للوقائع، على أن نبرز رأينا في الموضوع بعد تحليل الموقفين.

عرض موجز للوقائع والإجراءات

بتاريخ 16-11-2012 صدر عن محكمة وهران قسم شؤون الاسرة حكم تحت رقم الفهرس 14237-12 قضى بعدم قبول دعوى تثبيت زواج عرفي، فتم استئنافه.

و بتاريخ 01-04-2013 اصدر مجلس قضاء وهران، غرفة شؤون الاسرة، قرارا تحت رقم الفهرس 13-01285 جاء في منطوقه: " إلغاء الحكم المعاد، وحال التصدي من جديد القضاء باثبات الزواج العرفي المنعقد بتاريخ 20-09-2011 بتلمسان بين المدعو إ غ المولود بتاريخ.... بحمص سوريا، ابن د وص، والمسماة ب ح ر المولودة بتاريخ.... بتلمسان لابيها ح وامها ف، مع امر ضابط الحالة المدنية المختص بتسجيل هذا الزواج في سجلاته المعدة لهذا الغرض، والتأشير به على هامش عقدي ميلاد الطرفين، وإلحاق نسب الابن المولود في بتلمسان الى ابيه، مع امر ضابط الحالة المدنية بتسجيله في سجل الحالة المدنية والدفتر العائلي لوالديه."

بتاريخ 28-05-2013 طعن النائب العام لدى مجلس قضاء وهران بالنقض في القرار، فأجابت المحكمة العليا بقرارها بتاريخ 03-02-2016 تحت رقم الفهرس 16-00240 بما يلي:

" عن الوجه الوحيد المأخوذ من مخالفة القانون

بدعوى ان قضاة المجلس في قرارهم المنتقد، قضوا بتثبيت الزواج العرفي، بين رجل أجنبي وجزائرية، مخالفين بذلك المادة 31 من قانون الأسرة، التي تشترط رخصة من الإدارة المختصة، لإتمام رسمية عقد

الزواج، وإن الإدارة كما يظهر من عريضة الطاعنين قد رفضت طلب المعنيين، وبقضاء قضاة المجلس بتثبيت الزواج يكونون قد خالفوا القانون.

حيث من المقرر قانونا وفقا للمادة 31 من الامر رقم 02-05 المؤرخ في 27-02-2005 المعدل والمتمم لقانون الاسرة، يخضع زواج الجزائريين بالاجانب من الجنسين الى احكام تنظيمية.

ولما تبين من دعوى الحال ان المطعون ضده إ غ سوري الجنسية، والمطعون ضدها ب ر جزائرية الجنسية، وزواج جزائرية باجنبي يخضع لاجراءات ادارية وتنظيمية خاصة، وبقضاء قضاة المجلس في قرارهم المنتقد بتثبيت زواج المطعون ضدهما رغم ان طرفي العقد من جنسيتين مختلفتين، جزائرية وسورية، يكونون قد خالفوا القانون، لاسيما المادة 31 من قانون الاسرة، مما يتعين الاستجابة للوجه المثار، ومن خلاله نقض القرار المطعون فيه".

وبذلك يكون قضاة المحكمة العليا قد ايدوا قرار المحكمة، ونقضوا قرار المجلس، وإن القضاة انقسموا بذلك حول مبدأين قانونيين، يتعين ان نعرض لهما فيما يلي:

المطلب اول: عرض الموقفين.

فرع أول: الرأي القائل بضرورة تثبيت هذا النوع من الزواج، الحجج والاثار.

أ- الحجج

يستند القضاة القائلين بان الزواج العرفي بين الجزائري ذكر كان او انثى و الاجنبي ذكر كان او انثى، يتم تثبيته بشكل عادي كباقي عقود الزواج العرفية استناد الى احكام المادة 22 من قانون الاسرة لاسباب التالية:

- 1- ان المادة 31 من قانون الاسرة، وكل المواد التي تشترط رخصة الزواج، هي مواد تتحدث عن الاجراءات السابقة لعقد الزواج، اي قبل ان يبرم العقد، في حين ان مسالة تثبيت الزواج العرفي هي مسالة لاحقة للزواج، على اعتبار ان الزواج قد تم، والدخول قد وقع،
- 2- ان حكم تثبيت الزواج العرفي هو حكم كاشف للزواج، وليس منشئا له، فالزواج قائم فعلا، وموجود، ومنتج لكل اثاره من شرعية العلاقة بين الطرفين، ومن حقوق كل منهما على الاخر،

ومن حق نسب الاطفال الى والدهم، وحقهم عليه بالنفقة والحضانة والتربية والرعاية، الى ما لذلك من اثار الزواج.

3- ان ركن الزواج الركين هو الرضا، وان باقي المقتضيات هي شروط صحة، وان الرخصة هي مجرد اجراء اداري يتعلق بعلاقة الشخص الاجنبي بالدولة، ولا يتعلق بعلاقته بالطرف الجزائري كزوج، ذلك ان علاقة الفرد بغيره تختلف تمام الاختلاف عن علاقته بالدولة التي ينتمي اليها، بل ان من القضاة من يرى انه حتى وان تم طرد هذا الشخص من تراب الجمهورية فلا مانع من تثبيت الزواج العرفي حفاظا على حقوق الطرف الجزائري.

4- ان الزواج يتم امام جماعة المسلمين، وعادة يتم امام إمام، وان هذا الاخير يراعي الشروط الشرعية في الزواج لاسيما الدينية منها، وان جماعة المسلمين لا يمكن ان تجتمع على تزويج اجنبي غير جدي في الزواج.

5- ان تثبيت الزواج من شأنه ان يحمي الطرف الضعيف في العلاقة كلها وهو الطفل الناتج عن الزواج، وإلحاق نسبه بوالده، لاسيما اذا كان الاب هو الطرف الاجنبي كما في حالة القرار محل التعليق.

ب- الآثار:

يترتب على حكم تثبيت الزواج العرفي اثرين هامين على الأقل، هما إلحاق نسب الأطفال، وفتح المجال للاجنبي ان يتجنس بالجنسية الجزائرية بالزواج بشروط معينة، ونعرض للأثرين فيما يلي:

1- إلحاق نسب الأطفال:

وهو في نظر هذا القسم من القضاة اهم اثر على الإطلاق، ذلك ان النسب هو ناتج الزواج الشرعي، واثره المباشر، و إلحاق نسب الطفل الى رجل معين، مهما كانت جنسيته، هو احياء له، وليس اصعب على طفل ان يبقى ينتسب الى والدته دون والده، بالرغم من ان والده معروف،

وبالاضافة الى ان إلحاق النسب هو اثر لتثبيت الزواج العرفي من الاجنبي، الا ان هذا الاثر في حقيقة الامر هو الدافع الاصلي للقضاة لتثبيت هذا الزواج اعمالا لقاعدة احياء الولد⁴.

2- فتح المجال للاجنبي للتجنس بالجنسية الجزائرية

ذلك ان احكام المادة 9 مكرر من قانون الجنسية الجزائري⁵، نصت صراحة على انه يمكن للأجنبي اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري او جزائرية بموجب مرسوم، متى توفرت الشروط الاتية:

- ان يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث سنوات على الاقل عند تقديم طلب التجنس.

- الإقامة المعتادة والمنظمة بالجزائر مدة عامين على على الاقل.

- التمتع بحسن السيرة والسلوك.

- اثبات الوسائل الكافية للمعيشة.

ولاشك ان تثبيت الزواج العرفي، يحول طبيعة هذا الزواج الى زواج قانوني، ويسمح للاجنبي بالتالي بامكانية الحصول على الجنسية الجزائرية.

فرع ثاني: الراي القائل بضرورة رفض تثبيت هذا الزواج- الحجج والاثار

أ- الحجج

حجة من يدعم هذا الراي من القضاة، لاسيما قضاة المحكمة العليا، تتلخص فيما يلي:

1- ان رخصة زواج الاجنبي هي رخصة ادارية نص عليها القانون، ويتعين احترامها وهي شرط

لابرام عقد الزواج، كما هو ثابت من القرار محل الطعن.

2- استقر اجتهاد المحكمة العليا على هذا الرأي، ومن الاسباب الواردة في قرار اخر⁶ الاستناد الى

المادة 73 من قانون الحالة المدنية،

وقد جاء في حيثية القرار " ان المادة 73 من قانون الحالة المدنية توجب على ضابط الحالة

المدنية، او الموثق، حين تحرير عقد الزواج، ان يبين فيه استيفاءه للشروط المنصوص عليها في

قانون الاسرة، فضلا عن البيانات التي عدتها المادة المذكورة، منها البيان الرابع، وهو الترخيص

بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء، ولما كان البين من المنشور رقم 02

المؤرخ في 11-02-1980 الموجه من وزير الداخلية الى ولاية الجمهورية، والذي يمنع فيه

ضابط الحالة المدنية من تسجيل اي زواج، احد طرفيه اجنبي، قبل الحصول على رخصة ادارية

مسلمة من طرف الوالي المختص، فانه لا يمكن تثبيت هذا الزواج، والامر بتسجيله في سجلات

الحالة المدنية، الا اذا استوفت الدعوى لشرط الترخيص المطلوب طالما ان التسجيل بالحالة المدنية مرتبط بشرط مانع وجب تحققه،

3- جاء في الحيثية ايضا، " .. وهذا الشرط⁷، وان كان لا يؤثر على صحة العقد وانعقاده، ولكنه ضروري لتوثيق العقد، وتسجيله.. " اي ان احكام قانون الحالة المدنية تقف عائقا في وجه القاضي في تثبيت عقد الزواج العرفي متى كان احد اطرافه اجنبيا.

4- دواعي المصلحة العامة وضروريات الامن العام، اذ جاء في الحيثية ايضا " ..تقتضيه المصلحة العامة، وتفرضه ضرورات الامن العام.. " ذلك ان الجهة المخولة في التحقيق في مدى أهلية الشخص الأجنبي للزواج بالطرف الجزائري، ومدى جديته، ومدى توفر الشروط المطلوبة لزوجاه، هي الجهة الادارية⁸، وان هذه الجهة لها امكانيات اكبر من القاضي، وان الزواج العرفي تحايل على هذه الجهة وصلاحياتها، وتثبيت الزواج العرفي من القضاء يؤدي الى الاخلال بعمل هذه الجهة، وقد يصل الامر الى المساس بالمصلحة العام وضروريات الامن، ان تبين ان هذا الاجنبي غير مقبول على التراب الوطني او معادي له او اي شيئا من هذا القبيل.

ب- الآثار

لا شك ان رفض تثبيت الزواج العرفي من الاجنبي لانعدام الرخصة الادارية له آثار وخيمة جدا، على طرف العلاقة الجزائري، وبالخصوص على الاطفال الناتجين عن العلاقة ان وجدوا، كما في قضية الحال.

1- الآثار على الطرف الجزائري من العلاقة .

يبقى العقد العرفي ساري المفعول، على اعتبار ان موضوع الدعوى كان التثبيت، وان عدم التثبيت لا يتعدى الى حل العلاقة الزوجية العرفية، ولا الى اعتبارها علاقة غير شرعية، ومرد هذا التحليل الى كون دعوى اثبات الزواج العرفي بين الجزائريين - دون وجود طرف اجنبي - يبنى على اساس دراسة مدى توفر اركان و شروط الزواج، من رضا وولي وصدّاق وشاهدين، وان القاضي ان عاين انعدام ركن الزواج او شروطه، يقضي برفض تثبيت الزواج لسبب موضوعي، كأن تكون العلاقة غير شرعية مثلاً، ومن ثمة فانه يقر بعدم وجود الزواج، أما ان رفض تثبيت الزواج لانعدام الرخصة، كما ذهب اليه هذا الجانب من القضاء، فان القاضي يعاين ان الزواج صحيحاً، ثم يرفض تثبيته لعدم وجود الرخصة، وبالتالي فالزواج

موجود وسليم وينقصه الاجراء الشكلي، ويبقى الطرف الجزائري من العلاقة معلقا، وهي نتيجة تبدو غير منطقية، ولها اثار اخرى بدورها، كما سيأتي شرحه لاحقا.

2- الاثار على الاطفال

ينصرف اثر عدم تثبيت الزواج العرفي الى الاطفال بشكل خطير، بل ومأساوي في بعض الاحيان، ففي قضية الحال، امر مجلس قضاء وهران بتثبيت الزواج العرفي، وإلحاق نسب الطفل، وانتهت المحكمة العليا الى نقض وابطال القرار، وايدت حكم المحكمة الابتدائية التي كانت قد رفضت دعوى اثبات الزواج وإلحاق النسب برمتها، وقررت المحكمة العليا ان النقض يكون دون حالة، ومن ثمة فان نسب الطفل قد سقط عنه.

والمعروف ان ضابط الحالة المدنية لا يقوم بتسجيل الطفل باسم والده الا بوجود عقد الزواج الاداري، ولا يمكنه ان يسجل الطفل دون هذا العقد حتى ولو اعترف به والده، فيسجل الطفل باسم والدته، ويصبح كانه معدم النسب من جهة الاب.

مطلب ثاني: رأينا حول الموضوع

وان كان لكل راي من الرأيين الذين تطرقنا لهما دوافعه ومبرراته، الا اننا نميل الى تأييد الراي القائل بضرورة تثبيت الزواج العرفي، وان كان احد طرفيه اجنبيا، مع انعدام الرخصة، وان مرد ذلك الى ثلاثة اسباب على الاقل، نراها على جانب من الاهمية، اولها حق الطفل، والاثار الوخيمة المترتبة على عدم تثبيت زواج والديه، وما نراه من أولوية لهذا الحق على ضرورة احترام الاجراءات التي تقرضها الدولة، وثانيهما كون حق الدولة في حماية المجتمع وصيانة أمنه، ودواعي المصلحة العامة والامن العام، لا تتعارض على الاطلاق مع تثبيت الزواج العرفي مع الاجنبي، والثالث ان الرخصة الادارية تنظم العلاقة بين الاجنبي والدولة، ولليست ركنا في عقد الزواج، وهو ما نعرض له فيما يلي:

فرع اول: حق الطفل ضرورة تملي تثبيت الزواج العرفي:

توصلنا عند دراسة اثار الراي القائل بعدم تثبيت الزواج العرفي الذي احد طرفيه اجنبي، مع انعدام الرخصة الادارية، الى ان المحكمة العليا انتهت الى نقض القرار بدون احالة، وان الحكم الابتدائي كان قد

رفض الدعوى الاولى برمتها، والتي تضمنت طلب تثبيت الزواج العرفي، مع إلحاق نسب الطفل، وإن المجلس كان قد ألغى هذا الحكم، وأمر بالتثبيت الزواج، مع إلحاق نسب الطفل، ومن ثمة فإن الوضع سيعاد الى ما كان عليه، وإن الطفل بالتالي سيظل ينسب الى والدته، بالرغم من ان الزواج سليم من الناحية القانونية الموضوعية، بل وحتى من الناحية الشرعية، على اعتبار ان الزواج امام جماعة المسلمين يقتضي ان يكون الزوج مسلماً.

ولا شك ان الزواج العرفي الذي ينتج عنه الابناء، يخلق واقعا ماديا يتعين علاجه، بالحفاظ على حقوق الطفل، وهو الطرف الضعيف في العلاقة، فلا يعقل ان يبقى من دون نسب، في حين ان نسبه معلوم من شخص موجود ومعروف، وإن هذا الشخص يعترف به، ويقرب بنسبه اليه،

ان الاثر الذي انتهينا اليه في الدراسة، بخصوص الراي القائل بعدم جواز تثبيت هذا النوع من الزواج، أفضى الى حيثية بقرار المحكمة العليا تبدا لنا غير منطقية، اذ جاء في حيثية ما يلي: " ولما كان البين من المنشور رقم 02 المؤرخ في 11-02-1980 الموجه من وزير الداخلية الى ولاية الجمهورية والذي يمنع فيه ضابط الحالة المدنية من تسجيل اي زواج، احد طرفيه اجنبي، قبل الحصول على رخصة ادارية مسلمة من طرف الوالي المختص، فانه لا يمكن تثبيت هذا الزواج، والامر بتسجيله في سجلات الحالة المدنية، الا اذا استوفت الدعوى لشرط الترخيص المطلوب طالما ان التسجيل بالحالة المدنية مرتبط بشرط مانع وجب تحققه، وهذا الشرط وان كان لا يؤثر على صحة العقد وانعقاده، ولكنه ضروري لتوثيق العقد، وتسجيله، تقتضيه المصلحة العامة، وتقضيه ضرورات الامن العام مما يجعل الوجه سديدا"

وهكذا فقد ربط القرار بين صحة العقد، والإجراء الشكلي المتضمن الحصول على الرخصة قبل قيد الزواج في سجلات الحالة المدنية، وتعدى بهذا الإجراء في اللزومية من ضابط الحالة المدنية الى القاضي، واستنتج ان القاضي بدوره ملزم بعدم تثبيت الزواج، حاله حال ضابط الحالة المدنية، بالاستناد الى منشور وزارة الداخلية، ونرى ان هذا الاستنتاج غير سديد لما يلي:

1- ان القاضي ليس كضابط الحالة المدنية، بل عليه ان يعالج الحالة المطروحة عليه من كل جوانبها، وإن يعمل بمبدأ تحقيق العدل، وقاعدة إحياء الولد احد ابرز صور العدل في قضايا الزواج.

2- ان القاضي سيجد نفسه في إشكال قانوني عملي، فمن ناحية قد قرر ان عقد الزواج صحيح وسليم، ولا ينقصه الا الرخصة الادارية، ثم يقرر رفض تثبيت الزواج على هذا الاساس، فان قرر والد الطفل رفع دعوى النسب، وطلب إلحاق نسب ابنه اليه بالاقرار، فانه من ناحية اخرى يجد نفسه مجبرا على إلحاق نسب الطفل الى والده، على اساس انه لا يوجد اي شيء يعيقه وان النسب ليس معلقا على الرخصة، حتى وان كان الأب أجنبيا، ومن ثمة سيجد القاضي نفسه في تناقض، يأمر من جهة بعدم تثبيت الزواج، ثم يقرر إلحاق النسب، ويجد صاحب الشأن وضابط الحالة المدنية صعوبة إن لم نقل استحالة في قيد طفل عقد زواج والديه غير مقيد، ويضيع حق الطفل بسبب رخصة ادارية.

فرع ثاني: دواعي المصلحة العامة والامن العام، لا تتعارض على الإطلاق مع تثبيت الزواج العرفي مع الأجنبي.

نرى ان تثبيت الزواج العرفي مع الاجنبي لا يتعارض على الاطلاق مع المصلحة العامة والامن العام، للأسباب التالية:

1- ان علاقة الزواج لا تأثير لها اطلاقا على عمل مصالح الادارة والامن، وانه يمكن لهذه المصالح اتخاذ كل الاجراءات اللازمة ضد الزوج الاجنبي، بما في ذلك حبسه او ابعاده، مع تثبيت زواجه من الطرف الجزائري، ونرى بالعكس من ذلك، ان تثبيت زواجه هو اقتصاص منه اكثر، وهو حماية للطرف الجزائري ومحافظة على حقوقه، ما دامت العلاقة قد تمت وانتهى الامر، وان اعادة الحال الى ماكان عليه اصبح مستحيلا، فحماية الطرف الجزائري اصبح اكثر من ضروري، بل وحتى تحميل الطرف الاجنبي المسؤولية لاسيما النسب والنفقة، والتعويضات ان اقتضى الامر، وهو امر يقتضي تثبيت الزواج وليس رفض تثبيته.

2- ان مسألة احتمال تمسك الزوج الأجنبي بعقد زواجه لطلب التجنس بالجنسية الجزائرية، هو سبب غير جدي في حقيقة الامر، على اعتبار ان المشرع الجزائري راعى في حالة التجنس شرط الجدية، وان السلطة التقديرية تبقى للسلطات الجزائرية حتى ولو كان عقد الزواج صحيحا، ومتوفرا على جميع الاركان والشروط بما في ذلك شرط الرخصة، ويمكن للسلطات الجزائرية رفض منحه الجنسية، اي ان الجنسية ليست نتيجة مباشرة للزواج.

3- ونرى اكثر من ذلك انه، حتى وان كان الطرف الجزائري من العلاقة متواطئ مع الطرف الاجنبي بغرض الاضرار بالامن الوطني، فانه يتعين تثبيت الزواج لحماية الطفل الناتج عن العلاقة، فهذا الاخير ولد من طرف جزائري ولو كان مجرما، وولد على التراب الجزائري، و من مصلحة المجتمع ان يحمل هذا الطفل نسبا، وان يعيش بكل حقوقه، على اعتبار انه لا ذنب له فيما اقترف والداه، وان رفض تثبيت عقد الزواج بينهما، هو في النهاية عقاب له عن فعل لا دخل له فيه، وهي حالة تتنافى مع مبدأ العدالة، ويأنف المجتمع الجزائري ان يعيش بينه طفل يدعي ان حقه مهضوم.

ان تثبيت الزواج في نظرنا يحمي الطفل ويفتح المجال واسعا امام السلطات لاتخاذ ما تراه من اجراءات وعقاب في حق والديه.

فرع ثالث: الرخصة الإدارية تنظم العلاقة بين الأجنبي والدولة و ليست ركنا في عقد الزواج.

سبق للمحكمة العليا ان توصلت في قرار لها منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا⁹، ان رخصة الزواج المطلوبة من بعض الموظفين، لا تعد ركنا من اركان العقد، وجاء في قرارها المبدئي ما يلي: "الرخصة الادارية بالزواج، الممنوحة من بعض الجهات الوصية لموظفيها واسلاكها، لا تعد ركنا من الاركان المنصوص عليها بالمادة 09 من قانون الاسرة."

وجاء في الوجه الثاني للطعن بالنقض، ضد قرار كان قد ايد حكما قضى بتثبيت زواج عرفي اشترط فيه القانون ضرورة حصول الزوج على رخصة ادارية، وان هذا الاخير لم يفعل ما يلي:

" بدعوى ان الطاعن تمسك بالدفع القانوني التي اثارها طيلة مراحل المرافعة، سواء على مستوى المحكمة ام على مستوى المجلس، واكد المدعي في الطعن بان طلب المدعية في الوقت الحالي يتعارض مع نص المادة 21 من قانون الاسرة والمادتين 73 و 77 من قانون الحالة المدنية، التي تشترط الاذن والترخيص من الجهة الوصية التي ينتمي اليها المدعي في الطعن، وانه في غياب الرخصة يعد عقدا باطلا، لان الرخصة تعد شرطا في صحة العقد، وليس صحة الزواج، والقضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة لعنصر قانوني وارد في المادة 21 من قانون الاسرة"

وقد اجابت المحكمة العليا انذاك على هذا الوجه بما يلي:

" حيث ان القرار المطعون فيه لم يخرق المادة 21 من قانون الاسرة، كما انه لم يخرق القانون، وذلك لان الرخصة التي يدعي الطاعن بكونه لم يحصل عليها من الجهة الوصية التي يعود إليها، وبالتالي لا يمكن له الزواج.

لكن، حيث ان رخصة الزواج، التي تمنحها بعض الجهات الوصية لموظفيها وأسلاكها لا تعد عنصرا أساسيا في الزواج، ولا تعد ركنا من الأركان التي نصت عليها المادة 09 من قانون الاسرة، بل هي رخصة ادارية يتعلق امرها بالموظف والإدارة لا غير، مما يجعل الوجه الثاني هو الاخر غير وجيه يتعين رفضه"

وان كان الامر هنا يتعلق بالرخص الادارية الخاصة بالجزائريين، الا ان الفكرة العامة واحدة، اذ ان الامر يتعلق في نهاية الامر برخصة ادارية لا علاقة لها بركان الزواج، وان كانت الرخصة المعنية في هذا القرار تنظم العلاقة بين الموظف الجزائري والجهاز الذي ينتمي اليه، فان الرخصة الخاصة بالاجنبي تنظم العلاقة بين الشخص الأجنبي والدولة ولا علاقة لها بركان الزواج.

والملاحظ ان وجه الطعن هو نفسه المادة 73 من الحالة المدنية، وقد رفضته المحكمة العليا، في حين هي من اعتمد عليه في القرار محل التعليق، ومن ثمة نرى ان القرار الذي اعتبر ان الرخصة لا علاقة لها بركان الزواج، ما دام الدخول قد تم، وترتبت عن الزواج اثاره، انسب الى التطبيق، ويسمح بالحفاظ على حقوق الطفل والطرف الجزائري في العلاقة، وبالتالي فانه يتعين في نظرنا تثبيت عقد الزواج العرفي دون الالتفات الى عدم وجود رخصة زواج الأجنبي.

خاتمة:

نخلص في نهاية هذا البحث، الى انه، ونظرا لضرورة مصلحة الطفل، وتطبيقا لقاعدة إحياء الولد، وضرورة حماية الطرف الجزائري في العلاقة، يمكن ان يقضي القاضي الجزائري بتثبيت عقود الزواج العرفية التي احد أطرافها أجنبيا، متى توفرت الشروط الموضوعية لعقد الزواج، لاسيما مراعاة ما نص عليه البند الأخير من المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تمنع زواج المسلمة من غير المسلم، بالإضافة الى توفر ركن الرضا و باقي الشروط المنصوص عليها بالمادتين 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة، على اعتبار ان النيابة العامة طرف أصلي في دعاوى الأسرة، وهي على اطلاع على الملف،

ويمكنها اتخاذ أي إجراء تراه ضد الطرفين، لاسيما ما يتعلق بالمتابعات الجزائية التي يتيحها القانون 11-08 المؤرخ في 25-06-2008 المتضمن قانون شروط دخول الأجانب الى الجزائر وإقامتهم فيها وتثقلهم فيها، ودون أي تأثير على عقد الزواج وأثاره.

الهوامش

1. راجع المادة 33 وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري.
2. ورد تنظيم رخصة زواج الأجنبي بالمنشور الصادر عن وزير الداخلية بتاريخ 11-02-1980 تحت رقم 02، وتم اعادة تنظيمها بمقتضى التعليمات الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، بتاريخ 25-11-2018 تحت رقم 09، بمسمى " تنظيم اصدار رخصة الزواج المختلط".
3. استقر اجتهاد المحكمة العليا على تثبيت الزواج العرفي في هذه الحالات، وهناك عديد القرارات المنشورة في هذا الخصوص بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، راجع على سبيل المثال لا الحصر القرار 14-06-2006 المجلة القضائية للمحكمة العليا - العدد الاول 2007 ص 461 .
4. راجع في قاعدة إحياء الولد ما يلي:
- د- أوان عبد الله الفيضي - البصمة الوراثية المفهوم والمشروعية- دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر - مصر والامارات 2017 ص180،
ويشير المؤلف الى ان علماء الشريعة الاسلامية اخذوا في اثبات النسب بالمعقول حيث قالوا: "أصول الشرع وقواعد القياس الصحيح يقتضي اعتبار الشبه في إلحاق النسب، فالشارع متشوف إلى اتصال الأنساب، وعدم انقطاعها، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب، من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدعوى المجردة مع الإمكان، وظاهر الفراه...".
- أنظر هذا الامر ايضا في مؤلف - نادر بوشاشي - اثبات النسب واثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري - منشورات بغدادي - الجزائر ص 20 (رأي مذهب الإمام أبو حنيفة حول فكرة إحياء الولد)

- وقد اخذ القضاء الجزائري بهذه القاعدة بشكل مكثف ومتعدد، فقد صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا انتهت بتثبيت النسب بشكل فيه كثير من التسامح، وقد ورد في حثية قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 15-12-1998 تحت رقم 202430 منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا العدد الخاص " الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية " 2001 ص 77 ما يلي " ... كما ان إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله، فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة، طبقا لقاعدة إحياء الولد...."
- وجاء في قرار اخر ايضا، صادر بتاريخ 28-10-1987 ملف رقم 172333 المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الاول 1997 ص 42 ما يلي: " من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج والإقرار والبيئة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة أحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد أحياء له ونفيه قتلا له .
- ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوة إثبات الزواج ، والنسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي فإنهم بقضائهم كما فعلوا اخطئوا في تطبيق القانون لأن حجية الشيء المقضي فيه لا تطبق في هذه الحالة كإثبات الزواج والنسب وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.
5. الأمر 70-86 المؤرخ 15-12-1970 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم.
6. قرار صادر بتاريخ 04-07-2018 فهرس رقم 01301-18 غير منشور، وجاء في حثياته ما يلي " ان المادة 73 من قانون الحالة المدنية توجب على ضابط الحالة المدنية، او الموثق، حين تحرير عقد الزواج، ان يبين فيه استيفاءه للشروط المنصوص عليها في قانون الاسرة، فضلا عن البيانات التي عدتها المادة المذكورة، منها البيان الرابع، وهو الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء، ولما كان البين من المنشور رقم 02 المؤرخ في 11-02-1980 الموجه من وزير الداخلية الى ولاية الجمهورية، والذي يمنع فيه ضابط الحالة المدنية من تسجيل اي زواج، احد طرفيه اجنبي، قبل الحصول على رخصة ادارية مسلمة من طرف الوالي المختص، فانه لا يمكن تثبيت هذا الزواج، والامر بتسجيله في سجلات الحالة المدنية، الا اذا استوفت الدعوى لشرط الترخيص المطلوب طالما ان التسجيل بالحالة المدنية مرتبط بشرط مانع وجب تحققه، وهذا الشرط، وان كان لا يؤثر على صحة العقد وانعقاده، ولكنه ضروري لتوثيق العقد، وتسجيله تقتضيه المصلحة العامة، وتفرضه ضرورات الأمن العام.."

7. الرخصة الإدارية.

8. الوالي.

9. المجلة القضائية للمحكمة العليا- العدد الاول 2007، ص461