الزواج العرفي بين الضوابط الشرعية و الإجراءات القانونية

بقلم

صفية حسين
طالبة دكتوراه بقسم الشريعة
كلية العلوم الإسلامية. جامعة الجزائر1
safiahoc@gmail.com

د. محمد إدير مشنان
أستاذ محاضر "أ" بقسم أصول الدين
كلية العلوم الإسلامية. جامعة الجزائر1
dr_mechenene@yahoo.fr

مقدمة

الحمد لله الذي هدى عباده لما يصلحهم ويسعدهم، ودفع عنهم ما يضرّهم ويشقيهم؛ والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، واهتدى بهديهم إلى يوم الدين، و بعد:

مما لا شكّ فيه أنّ العُرف يعتبر أصلا هاما ومصدرا عظيما واسعا من المصادر الشرعية عند الفقهاء، إليه يحتكم في كثير من أحكام الفقه الفرعية – ما لم يصادم نصّا شرعيا خاصا يمنعه – فالعُرف في نظرهم دليل شرعي في ثبوت الأحكام الحقوقية بين النّاس، وخاصة فيما يتعلق بأحكام الزواج والطلاق والأيمان.

وقد جرى العرف بين المسلمين أنّ عقد الزواج ينعقد بأركانه وشروطه الشرعية، ولا يشترط في توثيقه إلا حضور شاهدين، والإعلان عنه بين النّاس، ولم يكن المجتمع بحاجة إلى كتابة عقود الزواج، وتوثيقها؛ إلّا أنّه نظرا لتغيّر الزمان، وفساد الأخلاق، أوجبت قوانين الأحوال الشخصية توثيق عقود الزواج حفاظا على مصالح الناس.

واستقر القضاء الجزائري لسنوات على أنّه لا يجوز لأحد أن يدعي الزوجية أو يطالب بآثارها ما لم يثبت زواجه بعقد مسجل بدفاتر الحالة المدنية، ولكن رغم كل الإجراءات التي اتخذها المشرّع الجزائري لم يفلح في القضاء على ظاهرة العقود غير الموثقة، والمحاكم لا تزال تعج بقضايا إثبات الزواج العرفي.

ومن هنا جاءت هذه الدراسة لبيان الأسباب والدوافع التي تدفع الكثيرين إلى اختيار هذا النوع من الزواج؛ والاطلاع على مختلف الإجراءات القانونية المتخذة للحدّ من هذه الظاهرة.

ولما كان المقصد الأساسي للشريعة الإسلامية، هو جلب المصالح للناس، ودفع المفاسد والمضّار عنهم؛ **ارتأيت أن أبيّن مقاصد الشريعة الإسلامية في مسألة توثيق عقود الزواج، وأنّها من الأمور التي يجوز للحاكم إلزام الناس بها – من باب السياسة الشرعية– حفاظا على مصالحهم و درء المفاسد عنهم.**

ومن أجل تأكيد ضرورة توثيق عقود الزواج العرفية، وأنها ليست من المسائل القانونية البحتة، أعددت هذه المداخلة تحت عنوان: **"الزواج العرفي بين الضوابط الشرعية و الإجراءات القانونية".**

إشكالية البحث: تتمحور إشكالية هذا البحث حول ظاهرة الزواج العرفي غير الموثّق رسميا، ما هي دوافعه، وآثاره، ومدى صرامة الإجراءات القانونية للحدّ منه؟

وتحت هذه الإشكالية الرئيسية تتجلى لنا الإشكاليات الفرعية الآتية:

- **هل يمكن اعتبار الزواج العرفي ظاهرة خطيرة تستدعي إعادة النظر في السياسة المتبعة للحد منها؟**
- **هل يكفي أسلوب التّوعية لبيان خطورة هذا الأمر وأهميته، أم يحتاج إلى أسلوب الردع والعقاب؟**
- **هل الإلزام بتوثيق عقود الزواج يحقّق مصالح الناس، ويدفع عنهم المفاسد؟**

أهداف البحث:

1- إلقاء الضوء على موضوع الزواج العرفي من الناحية الشرعية والقانونية.

2- **يعدّ هذا الموضوع من القضايا المستجدة التي تحتاج إلى مزيد من البحث الجاد عن أسبابه ودوافعه،** وطرق علاجه، صيانة للمجتمع من الفواحش، وحفاظا على حقوق الناس ومصالحهم.

3- إخضاع تصرّفات الناس لمقاصد الشريعة الإسلامية.

4- المساهمة بدراسة مقارنة ومقاصدية وخاصة في مسائل النوازل الفقهية.

5- **إثراء المكتبة الجزائرية بموضوع يعالج قضيّة من قضاياه الاجتماعية، ويخدم الفقه الإسلامي.**

الدراسات السّابقة: تناولت الدراسات عامّة والأكاديمية موضوع الزواج العرفي، من زوايا مختلفة، باعتباره من المستجدات الفقهية.

ومن أهمّها:

الدراسة الأولى: الزواج العرفي بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي – قانون الأسرة الجزائري أنموذجا – مذكرة ماستر في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، 1436هـ-2015م، من تقديم: الطالب: قدور عطايا الله، و إشراف: الأستاذ محمد بجاق ؛ وقد ركّز فيه على **إثبات الزواج العرفي وإجراءات تسجيله.**

الدراسة الثانية: صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010م، إعداد **الطالب: عبد الله محمد خليل إبراهيم، وإشراف: الدكتور: ناصر الدين الشاعر. وقد خصّص فصلا للزواج العرفي والسرّيّ المنتشر خاصّة في الجامعات والمؤسّسات، والذي يتم بين الرجل والمرأة ويفتقر إلى الولي – وفق** المذهب الحنفي-؛ وليس هذا النّوع محلّ دراستنا.

الدراسة الثالثة: مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، أسامة عمر سليمان الأشقر. وقد خصّص المؤلف مبحثا مستقلا في كتابه، بيّن فيه حكم الزواج العرفي وآثاره، لكنّه ركّز على القانون المصري.

الدراسة الرابعة: الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، الدكتور فارس محمد عمران، مجموعة **النيل العربية، القاهرة، ط الأولى/ 2001م؛ وقد استعرض في دراسته أهم جوانب ما يطلق عيه زواج عرفي،**

من خلال تعريفه وشروط انعقاده، و آثاره، وكيفية إثباته وفق القانون المصري.

وقد استفدت من هذه الدراسات في مداخلتي هذه، من حيث ماهية الزواج العرفي وصوره وآثاره؛ وركّزت فيها على الزواج العرفي حسب ما جاء به المشرع الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية، وبيّنت أهميّة التوثيق في الزواج ومقاصده الشرعية، وهو محلّ إضافتي في هذا البحث.

منهج البحث: اعتمدت في إعداد هذا البحث على المنهج الوصفي لتحديد مفهوم الزواج العرفي، وصوره؛ و المنهج التحليلي لتحليل دوافعه؛ و المنهج المقارن، للمقارنة بين وسائل توثيقه و إثباته في الشريعة الإسلامية القانون.

خطة البحث: و للإجابة على التساؤلات السابقة رسمت هذه الخطة:

مقدمة البحث.

المطلب الأول : الزواج العرفي: تعريفه، و صوره، و آثاره.

المطلب الثاني : العوامل المؤديّة إلى الزواج العرفي.

المطلب الثالث: وسائل توثيق و إثبات عقد الزواج العرفي في الشريعة و القانون.

المطلب الرابع: أهمية توثيق عقود الزواج رسميا، و مقاصده الشرعية.

الخاتمة : و أعرض فيها أهم نتائج البحث و التوصيات.

و ذيّلت البحث بثبت لأهم المراجع و المصادر.

المطلب الأوّل : الزواج العرفي : تعريفه، وصوره، و آثاره:

الفرع الأوّل: تعريف الزواج العُرفي :

الزواج العرفي مركب وصفي من موصوف "الزواج" وصفة "العرفي"، وسنعرّفه من خلال تعريف أجزائه التي تتركب منها، أي نعرّف لفظي: "الزواج" و"العرفي"، من الجانب اللغوي، ثم الاصطلاحي.

أولا: التعريف اللغوي:

أ/ الزواج في اللغة يأتي بمعنى الاقتران والاختلاط[1].

ب/ أمّا وصف "العُرفي"، فهو منسوب إلى العُرف؛ والعُرف في لغة العرب يطلق ويراد به معنيان:

- الأوّل: تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض.
- والثاني: السكون والطمأنينة. وسمي العرف بذلك؛ لأنّ النفوس تسكن إليه[2]؛ ثم استعمل بمعنى الشيء المعروف المألوف المستحسن لدى النّاس.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي: تعدّدت التعاريف حول مصطلحي: الزواج والعرف، وذلك باختلاف زوايا

[1] انظر: ابن منظور: لسان العرب، دار الجيل، بيروت، 1408هـ- 1988م، (3/60-61)؛ وأبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، (3/ 34-35)؛ والفيروزآبادي: القاموس المحيط، ص 192.

[2] ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، (4/281).

النظر إليها: الفقهية والاجتماعية والقانونية، وبيان ذلك كالآتي:

1- الزواج والعرف في الاصطلاح الفقهي:

تعدّدت عبارات الفقهاء في تعريفهم لمصطلح الزواج، فعرّفه القدامى بأنّه: " عقد يفيد حل استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر على الوجه المشروع "[1]؛ واختار المحدثون تعريفه باعتبار هدفه ومقصده، وآثاره، فعرّفه الإمام أبو زهرة بأنّه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني، وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق عائلية وواجبات "[2].

والواضح أنّ القدامى التفتوا إلى حقيقة الزواج دون آثاره، تمييزا له عن سائر العقود، فكان تعريفهم حديا؛ أمّا المحدثين ركّزوا على موضوع الزواج وآثاره ، فكان تعريفهم بالرسم.

أمّا العُرْف فقد وردت فيه تعريفات كثيرة منها:

ما عرّفه صاحب المستصفى الحنفي بقوله: "العُرْف والعادة ما استقرّ في النفوس من جهة العقول وتلقّته الطباع السليمة بالقبول "[3].

وقيّده بعضهم بما يفيد عدم مصادمة النصوص أو القواعد الشرعية، فيكون بذلك حد العُرْف المعتبر شرعاً: هو "ما يغلب على الناس، أو طائفة منهم، من قول أو فعل أو ترك، فيما لا يصادم نصاً، أو قاعدة شرعية "[4].

فالعُرف هو ما تكرّر فعله بين النّاس واعتادوا عليه حتى صارت عادة معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول حتى صارت حقيقة عُرفية.

ومن هنا اعتبر العُرف والعادة أصلا هاما ومصدرا عظيما واسعا من المصادر الشرعية عند الفقهاء، فإليه يحتكم في كثير من أحكام الفقه الفرعية – ما لم يصادم نصّا شرعيا خاصا يمنعه – فالعُرف في نظرهم دليل شرعي في ثبوت الأحكام الحقوقية بين النّاس، وخاصة فيما يتعلق بأحكام الزواج والطلاق والأيمان.

2- الزواج والعرف عند علماء الاجتماع:

عرّف علماء الاجتماع الزواج بعبارات متعدّدة تركّز على الاعتراف الجماعي للزواج، باعتباره خاصية هامة من خواصه، ولا يعتبر الرجل والمرأة زوجين، حتى تنفّذ الشروط التي يفرضها القانون أو تحتّمها العادة الاجتماعية؛ ومن هذه التعاريف، تعريف "سمنر"، حيث عرّفه بأنّه:" اتّحاد بين الرجل والمرأة بهدف التعاون على تحقيق الضرورات المعيشية، والغرض منه هو إنجاب الأطفال في نطاق اجتماعي طالما كان ارتباطهما قائما ومستمرا "[5].

وعرّفته الدكتورة سناء الخولي بأنّه" عبارة عن الرابطة الشرعية بين الجنسين، ولا تتمّ هذه الرابطة إلّا في

---

[1] انظر: ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (140/3)؛ والحطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، (19/5).

[2] محمد أبو زهرة: محاضرات فى عقد الزواج و آثاره، دار الفكر، د.ت.ن، ص 39-40.

[3] نقل ابن عابدين عن النسفى الفقيه الحنفى أنَّه عرَّف العُرْف فى كتابه "المستصفى" بقوله: "العادة و العُرْف ما استقرَّ فى النفوس من جهة العقول، وتلقّته الطباع السليمة بالقبول " انظر: ابن عابدين: نشر العرف ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين، نسخة إلكترونية، (114/2).

[4] قوته عادل عبدالقادر بن محمد ولي: العرف: حجيته، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، ص 104.

[5] انظر: مصطفى الخشاب: دراسات في علم الاجتماع العائلي، ص 94.

الحدود التي يرسمها المجتمع، ووفقا للمصطلحات التي يقرّها. فهو نظام اجتماعي يتّصف بقدر من الاستمرار والامتثال للمعايير الاجتماعية"[1].

أمّا العُرف في نظر علماء الاجتماع، فهو نوع من العادات التقليدية الواسعة النطاق في انتشارها، يرمي إلى ضبط وتنظيم المجتمع؛ فقد عرّفه "سمنر" بأنّه:" المعنى المتداول للاستعمالات والعادات والتقاليد عندما تتضمن حكما بأنها تؤدي إلى رفاهية المجتمع ومصلحته العامة، وأنها تمارس إلزامها على الفرد لكي يطيعها ويكون سلوكه مطابقا لها على الرغم من أنها غير مفروضة عليه من سلطة رسمية معينة"[2].

وأمّا سابير (sapir) فيرى أنّ "مصطلح العُرف يُطلق على تلك العادات التي تتضمن درجة مرتفعة من الشعور بالصواب أو بالخطأ في طرق السلوك المختلفة، والعُرف عند أيّة جماعة هو أخلاقياتها غير المصاغة وغير المقننة، كما تبدو في السلوك العملي"[3].

وهذه التعاريف تفصح بوضوح أنّ العُرف عادات تتميز بارتفاع درجة إلزامها وبضرورتها لرفاهية الجماعة والمحافظة على كيانها، فهو اتفاق النّاس على اتباع خطة مُعينة في مختلف ألوان النشاط الاجتماعي مع إحساسهم بضرورتها.

3- الزواج والعرف عند علماء القانون:

نصّت وثيقة الكويت للقانون العربي الموحّد للأحوال الشخصية، في المادة الخامسة على أنّ "الزواج ميثاق شرعي بين رجل و امرأة، غايته إنشاء أسرة مستقرّة برعاية الزوج، على أسس تكفل لهما تحمّل أعبائهما بمودّة ورحمة"[4].

وعرّفه المشرّع الجزائري في المادّة الرابعة من قانون الأسرة بأنّه:" عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودّة والرّحمة والتعاون وإحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب"[5].

ويلاحظ أنّ هذه التعاريف ركّزت على مقاصد الزواج وأهدافه، دون الإشارة إلى حقيقته، ولعلّ عذر القانون من هذا الإغفال، يكمن في الخشية من أن يظنّ أنّ عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرّد الاستمتاع، فعدل عن ذلك بذكر الغاية منه[6].

والذي أراه أنّ التعريف بالغايات دون الإشارة إلى حقيقة العقد وموضوعه تعوزه الدّقة العلمية، فكان من الأولى إيجاد صيغة تجمع بين الأمرين، لأنّ الاستمتاع وإن كان مصلحة تبعية، إلا أنّه عنصر جوهري في عملية التوافق الزواجي، فلا يمكن الفصل بين مختلف جوانب الحياة الزوجية، من تبادل عاطفي، وإشباع جنسي،

[1] سناء الخولي: الأسرة والحياة العائلية، ص 43.
[2] انظر: فوزية دياب: القيم و العادات الاجتماعية، ص 191.
[3] المرجع نفسه، ص192.
[4] انظر: محمد كمال الدين إمام: الزواج في الفقه الإسلامي، ص 27.
[5] نبيل صقر: قانون الأسرة نصّا و فقها و تطبيقا، ص99.
[6] انظر: بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (31/1).

وحبّ متبادل ومودّة ورحمة، وتحمّل مسؤوليات الحياة.

ومن هنا يمكن تعريف عقد الزواج على النحو الآتي:"هو عقد يفيد الاستمتاع بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، غايته الإحصان والتناسل، وتكوين أسرة أساسها المودّة والرحمة والتعاون على تحمّل أعبائها".

أمّا العُرْف في القانون فقد عرّف بأنّه: "مجموعة من قواعد السلوك غير المكتوبة التي تعارف الناس عليها في مجتمع معين في زمان معين وتواتر العمل بها بينهم إلى الحد الذي تولّد لديهم الاعتقاد بإلزامها"[1]؛ فهو يستمدّ قوّته من كونه تعبيرا عن إرادة الأمّة في وجوب الالتزام بحكمه[2].

ومن هنا أقام الحقوقيون، والفقهاء، وعلماء الاجتماع وزنا كبيرا للعُرف في ثبوت الحقوق، وانتفائها بين النّاس، واعتبروا العُرف والعادة أصلا هاما يرجع إليه في نواح شتى من المعاملات والتصرفات.

ففي الحياة الاجتماعية لدى الأقوام الذين لا شريعة لهم، تكون الأعراف والعادات عندهم هي الشريعة التي يُحتكم إليها؛ وفي المجتمعات الإسلامية يُعتبر العُرف أصلا ينبني عليه شطر عظيم من أحكام الفقه، وخاصة في مسائل الزواج و الطلاق والنفقات...

وفي القانون يعتبر العرف مصدرا من مصادر التشريع الاحتياطية التي يرجع إليها عند عدم وجود النّص القانوني، أو عند غموضه.

4- تعريف الزواج العُرفي باعتباره علما:

جاء في مجلة البحوث الفقهية تعريف الزواج العرفي باعتباره علما بأنّه:"اصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية، سواء أكان مكتوبا أو غير مكتوب"[3].

ويعرّفه رجال القانون بأنّه: "زواج شرعي توافرت فيه الشروط الشرعية، إلا أنّه لم يوثّق، أو لم يدوّن على يد مأذون شرعي في محكمة الأحوال الشخصية أو في الشهر العقاري"[4].

وعرّفه قانون الأسرة الجزائري بأنّه: "عقد مستوفي الأركان والشروط، يتمّ "بالفاتحة" بين يدي "الطالب" وبحضور جماعة من المسلمين، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية"[5].

فالزواج العُرفي وفقا لهذه التعريفات، زواج استوفى شروطه الشرعية دون أن يوثق رسميا، وقد أطلق عليه العامة مصطلح "الزواج العُرفي" ؛ فهو في نظر الشريعة الإسلامية زواج صحيح و يترتب عليه جميع آثاره الشرعية، سواء أكان هذا الزواج مكتوبا أو غير مكتوب في وثيقة رسمية أو عُرفية –

---

[1] انظر: د. حبيب إبراهيم الخليلي: المدخل للعلوم القانونية، ص 102؛ ومحمد حسين منصور، مدخل إلى القانون، ص 207.

[2] يستمدّ العرف في القانون قوّته من كونه تعبيرا عن إرادة الأمّة في وجوب الالتزام بحكمه، أمّا في الشريعة الإسلامية فيستمدّ حكمه من كونه تعبيرا عن المصلحة التي تبنى عليها الأحكام، وتستمد الأحكام إلزامها من الاعتقاد بكونها ملزمة من الله تعالى الذي فرض كل ما فيه مصلحة للعباد.

[3] مجلة البحوث الفقهية، العدد 36، السنة التاسعة/ 1418هـ- 97-1998م، ص 193.

[4] انظر:سمير عبد السميع الأودن: الزواج العرفي في ظل الأحوال الشخصية الجديد رقم (1) لسنة 2000م، ص 6؛ وهلال يوسف إبراهيم: أحكام الزواج العرفي للمسلمين و غير المسلمين من المصريين – الناحية الشرعية والقانونية شرح وتعليق و صيغ- ص11؛ وكمال صالح البنا: الزواج العرفي و منازعات البنوة في الشريعة و القانون والقضاء، ص6.

[5] بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (1/ 143).

وسبب تسمية هذا الزواج بالزواج العُرفي، فلكونه اعتاد عليه أفراد المجتمع المسلم منذ عهد الرسول صلى الله عليه و سلّم وصحابته ومن بعده عبر قرون طويلة من الزمن،و تعارفوا عليه، ولم يكن المسلمون يهتمون بتوثيق الزواج بل يكفي عندهم الإشهاد والإشهار والإعلان.

الفرع الثاني : صور الزواج العرفي :

بما أنّ الزواج العرفي يرتبط بالعرف السّائد في مكان ما فإنّه يمكن تحديد صور الزواج العرفي كالآتي:

الصورة الأولى: الزواج العرفي بين الرجل و المرأة من غير وليّ:

يقوم الزواج في العديد من بلاد المشرق العربي على مذهب الإمام أبي حنيفة، والذي يتمّ بإيجاب وقبول بين الرجل والمرأة من غير وليّ، واثنين من الشهود فقط، مع ثبوت المهر[1].

فعند الإمام أبي حنيفة لا يبطل العقد بخلوه من الوليّ، ويعطي للمرأة البالغة العاقلة الحقّ في عقد الزواج بإرادتها المنفردة قياسا على عقود البيع والشراء، ولكنه يرى بأنّه يحقّ للوليّ المطالبة بفسخ العقد إذا كان الزوج غير كفء.

الصورة الثانية: الزواج العرفي بالفاتحة:

اعتاد الناس في بلاد المغرب العربي على قراءة سورة "الفاتحة" عند إتمام عقد الزواج، تبركا وتيّمنا، فأصبح يعرف عندهم بالزواج بالفاتحة، أو الزواج العُرفي.

وهو زواج مستوفي الأركان والشروط، ويتمّ بإيجاب من الوليّ وقبول من الزوج، وشهد عليه شاهدان، وجرى الإعلان عنه.

ويظهر بوضوح أنّه هو الزواج الشرعي بعينه، وإن لم يسجّل في الدوائر الرسمية، وأنّه زواج يفيد حلّ استمتاع كلّ من العاقدَين بالآخر على الوجه المشروع.

الصورة الثالثة: الزواج بدون إعلان:

وهو الزواج الذي يتم بإيجاب من الوليّ وقبول من الزوج وشهد عليه شاهدان، ولكن يتواصى فيه الجميع على كتمانه، ولا يوثّق في وثيقة رسمية[2].

فهذا الزواج باطل عند الإمام مالك لكونه نكاح سرّ، وذهب أئمة المذاهب الثلاثة أبو حنيفة والشافعي وأحمد إلى صحة العقد لأنّ السّرية عندهم تزول بالإشهاد، وإشهاد رجلين هو الحدّ الأدنى للإعلان.

والذي يظهر لنا من خلال الصورتين الأولى والثانية، أنّ الزواج العرفي مبني على عرف اعتاده الناس، وتعارفوا عليه وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ فالذين جعلوا مذهب الإمام أبي حنيفة مرجعا لهم في الأحكام الفقهية، تعارفوا على جواز انعقاد الزواج بإرادة المرأة المنفردة، واثنين من الشهود فقط؛ واختار أهل المغرب

[1] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، (247/2).

[2] وقد شاع في المجتمع المصري في الآونة الأخيرة الزواج العرفي بين طلبة الجامعات على وجه الخصوص، وهو عقد يتم بإيجاب وقبول بين الرجل والمرأة من خلال ورقة عرفية يوقعان عليها، بحضور شاهدين مستأجرين، أو من أصدقائهما، يوقعان على العقد العرفي، مع عدم إعلان هذا الزواج، و كتمانه على الأهل و الأصدقاء. انظر: فارس محمد عمران: الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، ص 20.

العربي مذهب الإمام مالك، فكانت عادتهم في الزواج أنّه لا ينعقد إلّا بالولي، والشهود؛ ويندب فيه الإعلان.

وسأقتصر في مداخلتي هذه على الزواج العرفي غير الموثق رسميا، والذي تعارف عليه أهل المغرب العربي وتناقلته الأجيال جيلا عن جيل، إلى أن أصدر الفقهاء فتاواهم بوجوب توثيقه رسميا حفاظا على الحقوق والأنساب.

الفرع الثالث: آثار الزواج العرفي :

رغم أنّ الزواج العرفي المستوفي أركانه وشروطه، يعتبر زواجا شرعيا، تحلّ به المعاشرة الزوجية، وتترتب عليه جميع آثاره الشرعية (نفقة، ميراث، نسب..) بمجرّد انعقاده والدّخول بالمرأة؛ إلّا أنّه في زماننا هذا حيث فسدت الذّمم، أصبح الزواج العرفي غير الموثّق توثيقا رسميا مشكلة اجتماعية وقانونية، لما يترتّب عليه من آثار سلبية، سواء على الزوجين، أو الأولاد، أو المجتمع.

وسنعرض جملة من آثار هذا الزواج، الإيجابية، والسّلبية:

أولا: الآثار الإيجابية للزواج العرفي: ويمكن حصرها في النقاط الآتية:

– في الزواج العرفي إعفاف للرجل، وإحصان له من الوقوع في الحرام، لأنّه لا يستطيع أن يتزوج زواجا رسميا بسبب ظروفه المادية، أو بعض الإجراءات الإدارية، أو عدم حصوله على رخصة التّعدّد.

– يمكن للرجل عن طريق الزواج العرفي أن يتحرّر من بعض القيود الرسمية، وبعض الأعراف الاجتماعية التي تعوق الزواج الرسمي، مثل قيد السنّ، والفوارق الاجتماعية بين الزوجين.

– في الزواج العرفي حلّ لبعض النّساء العوانس، والأرامل، والمطلّقات، حفاظا على المعاش.

– يعتبر الزواج العرفي حلّا لبعض الشباب الرّاغبين في الزواج لقلّة نفقاته المالية، وسهولة إجراءاته.

ثانيا: الآثار السلبية للزواج العرفي: و أهمّها:

– ضياع حقوق الزوجة المادية (المهر، النفقة، الميراث)، وذلك في حالة الخلاف بين الزوجين، أو طلاقهما، وعدم إمكانية إثبات الزواج، إما لغفلة الشهود ونسيانهم، أو إنكارهم، أو موتهم[1].

– فتح باب الشكوك والظنون السيّئة، والريبة التي تحيط بالزوجين، عندما لا يعلن عن الزواج ولا يشتهر بين الناس.

– عدم توفّر مقاصد الزواج الشرعية من مودّة ورحمة، وسكينة، والرّغبة في إنجاب الذّريّة، وخاصّة إذا كان الزواج العرفي بدافع تلبية الرغبة الجنسية.

– ضياع الأنساب واختلاطها: إذ يصعب إثبات النسب في حال جحود الأب وإنكاره للزواج، أو في حال غيابه، أو موته، وعدم توفّر الشهود.

– وقد تختلط الأنساب كما في حالة زواج المرأة في عدّتها من زواج عرفي، زواجا عرفيا ثانيا، دون أن يكون للزوج الثاني علم بالزواج الأوّل، أو بعدم انتهاء العدّة؛ فإذا وضعت المرأة مولودها لأقل مدّة الحمل(6

[1] انظر: جمال بن محمد بن محمود: الزواج العرفي في ميزان الإسلام، ص 100.

أشهر)، نسب المولود إلى الزوج الثاني، رغم احتمال كونه من الزوج الأوّل.

– انتشار ظاهرة الإجهاض، وخاصة في حال زواج الفتاة زواجا عرفيا سريّا، وإنكار الزوج و جحوده[1].

المطلب الثاني : العوامل المؤدية إلى الزواج العُرفي :

حاولت بعض الدراسات الميدانية، والجهود النظرية أن تجمع العوامل والأسباب التي تدفع بعض الأشخاص إلى الإقدام على الزواج العُرفي والابتعاد عن الزواج الرسمي.

وفيما يلي عرض لأهمّ هذه العوامل:

أوّلا: العوامل الاجتماعية:

1 – ارتفاع سنّ الزواج و الخوف من العنوسة: تعاني أغلب المجتمعات في الوقت الحالي – في الأوساط الحضرية منها خاصة– أزمة الزواج المتأخر؛ وقد تسببت عدة عوامل في هذه الأزمة الخطيرة أهمّها:

أ – مواصلة التعليم: بحيث أدّى إقبال الفتاة – المرأة – على مواصلة الدراسة إلى ارتفاع متوسط سنّ الزواج لديها[2]، وكذلك الحال بالنسبة للرجل، فغالبا ما يرفض الشاب الزواج قبل إنهاء دراسته الجامعية، وإتمام الخدمة الوطنية، وإيجاد عمل مستمر لضمان دخل مناسب يساعده على تحقيق طموحاته في ميدان الزواج.

ب– أزمة السكن: إنّ التطور الاجتماعي الذي تعيشه المجتمعات الحضرية، والتغيّر الكبير في المفاهيم واختلاف الرأي بين الأولياء والأبناء ذوي المستوى الجامعي– خاصّة – يدفع عادة إلى التطلع نحو تكوين أسر منفصلة؛ ممّا زاد في تفاقم أزمة السكن، وتأخر سنّ الزواج[3].

ج – ارتفاع تكاليف الزواج: تعتبر ظاهرة ارتفاع المهور وتكاليف الزواج سببا في إحجام الشباب الجزائري عن الزواج المبكر؛ فبعدما كان المهر رمزا لعملية تكوين أسرة أصبح اليوم مصدر اضطهاد اجتماعي واقتصادي انعكست آثاره سلبا على المجتمع[4].

د – تغيّر القيم و المعايير: ساهمت ظاهرة التبادل الثقافي بين المجتمعات إلى تبني قيم جديدة كقيم الحرية الفردية المتمثلة في الطموح العلمي والمادي الذي يجعل الشباب يعزف عن الزواج المبكر.

فمن خلال دراسة ميدانية على عينة من الذكور بالوسط الحضري العاصمي بالجزائر، أثبتت المعطيات أنّ نسب العزاب في الفئة العمرية (15–19) سنة لعام 1998 تكاد تكون عامة إذ بلغت 99 %، ويرجع ذلك إلى انتشار القيم الثقافية التي لا تحبذ الزواج المبكر خلافا لما كانت عليه القيم التقليدية.

وأمّا في الفئات العمرية من (20–29) سنّة فقد وصلت نسبة العزوبة إلى ما يقارب 77 %. ويرجع عزوف

---

[1] انظر: أسامة الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، ص 153.

[2] أسماء بشير شريف: عوامل تشكل الأسر النووية – دراسة ميدانية ببلدية موزاية ولاية البليدة – رسالة ماجستير غير منشورة– ص 30.
zerdaoui Nafissa, enfant d hier : l education de l enfant dans le milieu traditionnel algerien, maspero , Alger, 1982, p 62.

[3] انظر: مليكة لبديري: الزواج و الشباب الجزائري، إلى أين؟ ص 63؛ وقشطولي صبيحة: عوامل تأخر سن الزواج عند الشباب الجزائري، رسالة ماجستير –نسخة منشورة إلكترونيا– ، ص64.

[4] ملف الزواج، عن مجلة الوحدة، العدد 522، الجزائر، أفريل 1991م، نقلا عن مليكة لبديري، مرجع سابق، ص 64.

أفراد هذه الفئات عن الزواج نتيجة مجموعة من العوامل المتمثلة في انخفاض المستوى المعيشي، وانتشار البطالة، وأزمة السكن، فضلا عن تغيّر القيم الثقافية في اختيار شريكة الحياة[1].

كما تكشف بعض الدراسات عن تأخر سنّ الزواج بالنسبة للجامعيات نتيجة تغيّر القيم الثقافية في اختيار شريك الحياة، وتمسكهن بضرورة التكافؤ في الزواج وفق المستوى التعليمي والمهنة والطبقة الاجتماعية، والحرص على تأسيس أسر نووية ممّا يعقد مشكلة الزواج، فضلا عن أنّ عروض الزواج أصبحت قليلة[2].

إنّ كلّ هذه العوامل التي أدت إلى ارتفاع سنّ الزواج ووقفت عائقا أمام الشباب فجعلتهم يحجمون عن الزواج، نجدها في الوقت ذاته تفتح المجال أمام بعضهم- لضعف الوازع الديني فيهم، ومحاولة لإرواء رغباتهم الجنسية- للهروب من الزواج الشرعي الصحيح الموثق إلى الزواج العُرفي – السرّي – حيث يتحللون فيه من كثير من القيود والالتزامات التي تحمي حقوق الأسرة والزوجة.

كما ساهمت هذه العوامل في جعل العنوسة شبحا يخيف الكثير من الفتيات،ممّا دفع ببعضهن إلى القبول بالزواج العُرفي باعتباره أهون الضررين – في نظرهن – وخاصّة في مجتمع يرى في العنوسة ظاهرة خطيرة، وعلى حدّ قول الدكتور مصطفى بوتفنوشت: "تزيد خطورتها في بقائها عجوزا بدون أن تؤدي وظيفتها الاجتماعية أو النفسية لأنّها هي التي يتكاثر بها المجتمع ويستمر"[3].

2 – التفاوت في المستوى الاجتماعي: يخشى كثير من الرجال ممّن يحتلون وظائف عليا أو مكانة اجتماعية وأدبية معينة من الزواج الثاني على أسرهم ومكانتهم الاجتماعية فيلجأون إلى الزواج العُرفي وبخاصة إذا كانت المرأة التي يريد الاقتران بها دونه في المستوى الاجتماعي كزواج الطبيب بالممرضة، وزواج المدير من السكرتيرة. وزواج بعض كبار رجال الأعمال من الوسط الفني كالمغنيات والراقصات؛ وفي هذا الزواج يجد الرجال متعتهم بلا مشاكل، مع الاحتفاظ بمظهرهم الاجتماعي أمام زوجاتهم وأولادهم[4].

3 – الحرص على المعاش أو مسكن الحضانة: قد تلجأ المرأة للزواج العُرفي بهدف الحفاظ على المعاش الذي تتقاضاه بعد وفاة زوجها؛ أو للحفاظ على مسكن الحضانة في حالة طلاقها من زوجها؛ فإذا رغبت في الزواج مرة أخرى دون أن تفقد معاش زوجها المتوفى، أو السكن الزوجي المعدّ للحضانة، تتزوج عُرفيا – في السرّ – تحايلا على مطلّقها وعلى القانون.

ثانيا: العوامل الثقافية و الفكرية: و أهمّها:

1 – ضعف الوازع الديني و الجهل بأحكام الدين: إنّ ضعف الوازع الديني وغياب القيم الدينية والمثل العليا يجعل في النفس إقداما على اقتراف المعاصي وجرأة على كلّ ما هو جديد، وإن كان مخالفا للأعراف

[1] بوعليت محمد: أسباب تأخّر سنّ الزواج في المجتمع الجزائري- دراسة ميدانية على عيّنة من الذّكور بالوسط الحضري العاصمي- رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، الجزائر، 2009م؛ وانظر أيضا: الخولي سناء: الأسرة في عالم متغير، ص 210-212.

[2] انظر: بلالوش كرواني ليندة: الأستاذات الجامعيات المتزوجات و نظام الزواج في المجتمع الحضري الجزائري، رسالة ماجستير ، ص 185.

[3] مصطفى بوتفنوشت: العائلة الجزائرية – التطور و الخصائص الحديثة- ص 111.

[4] انظر: جمال بن محمد بن محمود: الزواج العرفي في ميزان الإسلام، ص 96؛ وأسامة الأشقر: مستجدات في قضايا الزواج و الطلاق، ص 143.

والتقاليد الاجتماعية وربما حتى الأحكام الدينية.

ومن أهمّ عوامل ضعف الوازع الديني الجهل بأحكام الدين، ومن ذلك الجهل بفقه وأحكام الزواج ممّا زاد من حدّة انتشار المحرمات والمخالفات حتى صارت ملتبسة على النّاس، واعتقدوها من قبيل المباحات.

فهؤلاء الذين يعتقدون الزواج السري حلالا، ويسمونه زواجا عُرفيا، يخلطون بين الحلال والحرام ويجهلون أحكام الدين... ويرجع ذلك إلى عدم تنشئة الأبناء تنشئة دينية صحيحة تُعرّفهم الحلال والحرام.

وقد يؤدي الجهل بأصول الفتيا وضوابطها، وعدم مراعاتها لفقه الواقع إلى زعزعة دور الدين والفهم الخاطئ له، وخاصّة عند الشباب المغترب فكريا ومكانيا، حيث يجد فيها وتقاليد لا تتماشى في مجملها مع القيم والعادات التي نشأ فيها.

2 – ضعف البناء السلوكي والقيمي: تركّز عملية التنشئة الاجتماعية – باعتبارها عملية تربوية وتعليمية– على ضبط سلوك الفرد، وكفّه عن الأعمال التي لا يقبلها المجتمع؛ ولا شكّ أنّ الأسرة هي الجماعة الصغيرة الأولية التي تتعهد بتكوين الفرد، وتشكيل شخصيته، وتهذيب سلوكه وفقا لمعايير المجتمع وقيمه ونظمه؛ وأي تقصير من جهتها يؤدي حتما إلى خلل في البناء السلوكي والقيمي للأفراد.

ويظهر هذا التقصير في عدم التوجيه الصحيح، أو اللجوء إلى استعمال الأساليب الخاطئة في التربية كالعنف – اللفظي والحسي – الذي غالبا ما يدفع الأبناء إلى التحرر من تلك السلطة القسرية بمختلف الوسائل وإن كانت مخالفة لقيم المجتمع ومبادئه؛ وفي هذا يقول الدكتور حليم بركات: "إنّ الهيمنة التسلطية في العائلة والمؤسسات الأخرى هي بين أهمّ مصادر النزوع الفردي الأناني والتهديمي إذ تُغرّب الإنسان وتُبعد بينه وبين مؤسساته ومجتمعه"[1].

كما يجسّد أسلوب التدليل والتراخي نمط السّلطة الضعيفة والمفكّكة التي لا تقوى على إيصال رسالة المنع إلى الأبناء.

ولعلّ التمايز في طريقة تنشئة الفتى والفتاة من أهمّ الأساليب الخاطئة التي لا تخدم التنشئة الصحيحة، إذ يخلق نوعا من التباعد وعدم التكافؤ في مراكز وأدوار الاثنين. فالتمييز بينهما مطلوب عندما يتعلق الأمر بطبيعة كلّ منهما، وما يناسبه حسب اختصاصه المؤهل له؛ لكنه أحيانا أخرى لا يخلق سوى التّمرّد وعدم الشعور بالمسؤولية.

فالولد الذي تعوّد على حرية التصرف وعدم تحمّل العواقب أو عدم تلقّي أي نوع من العقاب الاجتماعي، لا يجد صعوبة فيما إذا تزوّج عُرفيا ؛ إذ لا مسؤولية ولا عقاب.

والفتاة التي عانت الحرمان والحظر والقسر والتمييز في المعاملة تجد لنفسها فسحة في ظل الزواج وإن كان عُرفيا.

وعليه فإنّه كما يجب على البنت أن تلتزم السلوك المقرّر لها، كذلك يجب على الذكر أن يلزم حدوده بحيث

[1] د/ حليم بركات: المجتمع العربي المعاصر، بحث في تغيّر الأحوال و العلاقات، ص 264.

يكون كلّ واحد منهما محافظا على سلوكه، محترما لقيمه ومبادئه.

3 – الغزو الثقافي و الإعلام الفاسد: يتعرض الشباب العربي إلى غزو أجنبي في كلّ فرع من فروع الثقافة، فيظهر مفعوله في سلوكه وأسلوب معيشته؛ وأخطر ما في ذلك أفكاره، ومعتقداته ومبادئه وقيمه....تارة باسم حرية الرأي والفكر، وتارة باسم الحرية الشخصية أو حرية المرأة... إلى غاية إطلاق الحرية التامة في العلاقة بين الرجل والمرأة تحت مسميات دخيلة على بلاد الإسلام (البوي فراند boy friend، والغارل فراند girl friend).

وما ساعد على ذلك، الفساد الإعلامي المسموع والمقروء والمرئي؛ فما يُعرض على النّاس من صور مثيرة للجنس وإباحية مطلقة، وما يذاع على النّاس من مثيرات للشهوة، وتعويدهم على سلوك مغاير لمنهج الإسلام... فهذا كلّه يجعل الفتنة مثارة مشتعلة وخاصة بين الشباب.

فحينما تُظهر وسائل الإعلام أنّ العلاقة بين الشباب والفتاة أمر لا بدّ منه، والاختلاط أمر مباح، والتبرج الفاحش حرية شخصية، فحينئذ لا عجب من ازدياد نسبة الرذيلة وارتفاع معدلات الزواج العُرفي السري.

ثالثا: العوامل المرتبطة بطبيعة القانون: وأهمّها:

1 – تحديد السنّ القانونية للزواج: لم تحدّد الشريعة الإسلامية سنّ الزواج للفتى أو الفتاة، وإنّما صرحت فقط ببلوغهما سنّ البلوغ ؛ أمّا التشريعات الوضعية فقد حدّدت السنّ القانونية للزواج كقاعدة عامة، وقد ترد بعض الإعفاءات عن هذه القاعدة في حالة الضرورة[1].

فالمشرّع الجزائري في المادة السابعة (7) من قانون الأسرة الجزائري حدّد هذه السنّ بتمام 19 سنة للرجل والمرأة مع مراعاة حالتي الضرورة والمصلحة[2].

ولكن قد يقدم بعض الأشخاص – وخاصّة في المدن الصغيرة والقرى والأرياف والمناطق النائية– على الزواج في سنّ مبكرة دون مبالاة بما نصّت عليه المادة السابقة، مع عدم تسجيل عقد الزواج بالحالة المدنية لعدم بلوغ السنّ القانونية للزواج.

كما يتمّ الزواج دون السنّ القانونية في حالة اغتصاب فتاة دون السنّ القانونية، فيُجبر الرجل قانونا على الزواج بها بعد حصوله على الإعفاء من سنّ الزواج بموجب رخصة من المحكمة، وقد تدعو المصلحة إلى الزواج من فتاة دون السنّ القانونية لكونها يتيمة وليس هناك من يُقدّم لها الرعاية.

فهذا النوع من الزواج وإن كان صحيحا، إلا أنّه تنتج عنه مشاكل عدة لعدم الحصول على الإعفاء من السنّ القانونية للزواج، وعدم تسجيله رسميا.

---

[1] انظر: الأشقر: مرجع سابق، ص 144.

[2] المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري وفق الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. و الواضح أنّ هذا الأمر جاء فيه تعديل للمادة 7 من قانون الأسرة الجزائري الصادر في 09 جوان 1984، رقم 11/84 ب21 سنة للرجل و 18 سنة للمرأة. و يبدو أنّ مبرّر المشرّع الجزائري في توحيد سنّ أهلية الزواج للطرفين هو توحيد سنّ الرّشد القانوني مع باقي القوانين، غير أنّه لا يخفى مدى تأثّره بدعاة المساواة المطلقة بين الرّجل و المرأة، و ما يترتب على ذلك من تأخر سن الزواج بالنسبة للمرأة خاصّة. راجع في هذه المسألة: د/ مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه و القانون، ص 59.

2 – وضع قيود قانونية على تعدّد الزوجات: يسهم التعديل الذي أدخل على قوانين الأحوال الشخصية، المتعلّق بوضع قيود قانونية على تعدّد الزوجات، في تفسير جانب من مشكلة الزواج العُرفي؛ ففي قانون الأسرة الجزائري في المادة 8 بالأمر رقم 05-02، قيّد المشرّع الجزائري تعدّد الزوجات بوجود المبرر الشرعي، وأوجب إعلام كلّ من الزوجة السابقة واللاحقة، واشترط ترخيص القاضي بالزواج الجديد؛ وأنّه في حالة مخالفة أحكام المادة المذكورة أعلاه، يجوز للزوجة أن تطلب التطليق.

ولهذا يجد الرجل نفسه مدفوعا للزواج بأخرى زواجا عُرفيا سرّيا خشية أن يصل خبر زواجه الثاني إلى زوجته الأولى، وما يترتب على ذلك من مشكلات هو في غنى عنها[1].

3– التعديلات الخاصة بمسألة الولاية في عقد الزواج:

عمد المشرّع الجزائري إلى جملة من التعديلات بخصوص الولاية في الزواج، حيث قصر عقد الزواج على الرضا الذي يتمّ بين الرجل والمرأة وليس بين الرجل ووليّ المرأة، وهو ما نصّت عليه المادة الرابعة (04) من قانون الأسرة: "الزّواج هو عقد رضائيّ يتمّ بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي"؛ ولم يعتبر الولاية شرط صحة في الزواج، وإنّما تحوّلت في التشريع الحالي إلى حقّ من حقوق المرأة، فلها أن تزوّج نفسها بنفسها، ولها أن تفوّض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها أو لأي شخص تختاره، وهو ما نصّت عليه المادة 11 من ق. أ.ج: "المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".

وعبارة "تعقد" فيها إسناد الفعل إلى المرأة، أي هي التي تباشر عقد زواجها، بينما عبارة "حضور الوليّ" لا تدلّ على الفعل، فيكون حضور الوليّ من باب المشاركة، ومن ثمّة إذا تخلّف هذا الوليّ فلن يؤثّر بأيّ شيء على عقد زواج ابنته، لأنّ حضوره لعقد الزواج اختياريّ لا إجباريّ.

ويلاحظ من خلال المواد السّابقة أنّ التعديلات الخاصة بمسألة الولاية في عقد الزواج فيها مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، ومناقضة لمقاصدها، كما أنّها ذريعة لانتشار الزواج السريّ والعرفي وما يترتب عليه من أضرار جسيمة تصيب المرأة وتؤثّر على استقرار العلاقة الزوجية.

والذي أراه أنّ الزواج العُرفي الذي يتم بين الرجل و المرأة دون ولي، اعتمادا على ما هو منسوب لمذهب الإمام أبي حنيفة، يخالف مذهب أبي حنيفة نفسه؛ ذلك أنّ انفراد المرأة بتولي عقد زواجها عند الأحناف موقوف على إجازة الولي؛ كما أنّهم قيّدوا الزواج بالعرف والعادة بين الناس، فإنّ النساء لا يتولين النّكاح بأنفسهنّ عادة لما فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرّجال، وفيه نسبتهنّ إلى الوقاحة، والأولياء هم الذين يتولّون ذلك عليهن برضاهنّ[2].

4 – عدم وضع المشرّع لعقوبة قانونية: إنّ عدم تسجيل عقد الزواج من طرف الزوج قد يرجع إلى عدم وضع عقوبة في القانون تُرغمه على توثيق زواجه العُرفي وإعطائه الصبغة الإدارية والقانونية.

[1] انظر: الأشقر: مستجدات في قضايا الزواج و الطلاق، ص 144؛ و السباعي، مرجع سابق، 108 و ما بعدها.
[2] انظر: الكاساني: البدائع، (248/2)؛ و ابن نجيم: البحر الرائق، (117/3).

فقانون الأسرة مثلا لا توجد فيه مادة تنصّ على تطبيق عقوبة مالية أو جسدية في حالة عدم توثيق وتسجيل عقد الزواج العُرفي، ويكتفي بالتصريح بضرورة توثيق وتسجيل هذا العقد لدى المصالح المختصة.

غير أنّ هناك بعض القوانين نصّت على هذه العقوبة كقانون الأحوال الشخصية العراقي تحت رقم 188 لسنة 1959 الذي ينصّ في المادة (10) العاشرة على عقوبة الحبس مدة لا تقلّ عن ستة (6) أشهر ولا تزيد على سنّة، أو بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار لكلّ رجل عقد زواجه خارج المحكمة – أي بطريقة عُرفية – وتكون عقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث (3) سنّوات ولا تزيد عن خمس (5) سنّوات إذا عقد زواجا خارج المحكمة، مع قيام الزوجية.

5- كثرة الشروط و الوثائق الإدارية:

تعتبر كثرة الشروط و الوثائق، والإجراءات المدنية من الأسباب التي تدفع بعض المواطنين إلى الزواج العرفي. ومن هذه الوثائق والإجراءات التي يراها البعض عبئا ثقيلا نذكر:

- الوثائق المتعلقة بهويّة الزوجين، وتحديد سنّهما.
- تصريح يثبت موافقة الزوجة الأولى في حال التعدّد، أو رخصة من القاضي، وفق المادة 8 من قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- شهادة إثبات الطلاق التي تصدر بحكم المحكمة، وفق الماد 9 من قانون الأسرة المعدل؛ بالإضافة إلى تسجيله على هامش سجلات الحالة المدنية.
- الرخصة الخاصة بالموظفين التابعين للجيش الوطني، أو الأمن الوطني، أو الدرك.
- رخصة الزواج من مسلم أجنبي صادرة من مديرية التنظيم الولائي.
- رخصة الزواج من مسلم حديث الإسلام صادرة من نظارة الشؤون الدينية، تثبت إسلامه.
- الرخصة الخاصة بمن لم يبلغوا السنّ القانونية للزواج.

فهذه الوثائق والإجراءات رغم أنّها ضرورية قانونيا لتنظيم الحالة المدنية للأفراد، وحماية حقوقهم، إلّا أنّ البعض يراها عبئا ثقيلا، فيتهرّب منها باللجوء إلى الزواج العرفي.

المطلب الثالث: وسائل توثيق و إثبات عقد الزواج العرفي في الشريعة و القانون:

الفرع الأوّل: مفهوم التوثيق و الإثبات و العلاقة بينهما:

أولا: مفهوم التوثيق:

يطلق التوثيق في اللغة، ويراد به الإحكام والإتقان والشدّ والرّبط وتقوية الأمر[1].

ومنه سميت الوثيقة وثيقة لأنها تحكم ما جرى بين المتعاقدين من معاملة، ولأنها تشد المتعاقدين بما جرى حتى يصير ميثاقا عليهما. وهي بهذا المعنى تكون قريبة من معنى العقد، ولذلك يطلق العقد على الوثيقة[2].

[1] انظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، (85/2)؛ ود/إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ص1011-1012.
[2] انظر: أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي: المنهج الفائق والمنهل الرائق المعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، (72/1).

أمّا باعتباره علما ووظيفة فقد عرّفه الفقهاء القدامى بأنّه: "خطة يتولاها العدول المنتصبون لكتابة العقود وضبط الشروط بين المتعاقدين في الأنكحة وسائر المعاملات ونحوها على وجه يحتج به"[1].

والمقصود بكلمة "خطة": وظيفة من وظائف الدولة المساعدة للقضاء، والقائمون بهذه الخطة يسمون: الموثقون، والعدول والشهود العدول، والشراطون؛ ومنه أطلق العلماء على هذا العلم: علم "الوثائق" وعلم "الشروط"[2].

وعرّفه الزحيلي بأنّه:" علم يبحث عن كيفية تدوين الأحكام الشرعية، والعقود والتصرّفات على وجه يصحّ الاحتجاج والتمسّك به"[3].

• المراد بتوثيق عقد الزواج:

من خلال ما سبق، يمكن أن نعرّف توثيق عقد الزواج بأنّه: "ربط الزواج وإحكامه بالكتابة وتسجيله في وثيقة رسمية حتى يرجع إليها عند التنازع والحاجة للإثبات وإقامة الحجة"[4].

أمّا في القانون، فيقصد بتوثيق عقد الزواج: تسجيله وتوثيقه لدى سلطة رسمية معترف بها من طرف الدولة، وفق الشكل الذي يحدده القانون لحفظ الحقوق.

ويطلق على من يقوم بتحرير العقود بين الناس، ومنها عقد الزواج "الموثق"؛ وتختلف تسميته من بلد إلى آخر، فيطلق عليه: المأذون الشرعي، العدول، ضابط الحالة المدنية- وهو المصطلح المستعمل في الجزائر-[5].

أمّا الوثيقة في القانون، فهي الورقة والمحرّر الرسمي، الذي يكتبه الموظف الرسمي المختص بمقتضى وظيفته بإصدارها، فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة الرسمية، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية[6].

ثانيا: مفهوم الإثبات:

الإثبات في اللغة: إقامة الشيء، يقال أثبته: أقامه في مكان لا يبرحه، وأثبت حجته: أقامها وأوضحها، والثبت بالتحريك: الحجة والبينة. أمّا في الاصطلاح، فهو: إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق الشرعية (الشهادة – الكتابة).

ويراد به في القانون: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على وجود حق متنازع فيه[7].

ثالثا: العلاقة بين التوثيق و الإثبات:

التوثيق يسبق الإثبات، فعقد الزواج يوثق بالكتابة أولا، ثم يتم إثباته عند الإنكار والجحود بالوثيقة ثانيا.

---

[1] المرجع نفسه،(1/15-16).

[2] و هو مصطلح اشتهر به خاصة فقهاء المذهب المالكي. انظر: الونشريسي: المنهج الفائق و المنهل الرائق، (1/72).

[3] محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية، (1/271).

[4] عبد القادر بوقزولة: توثيق الزواج بين الشريعة و القانون، رسالة ماجستير، ص 57.

[5] جاء في المادة الثالثة من القانون الجزائري رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق:"الموثق هو ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية".

[6] الدكتور محمد جميل بن مبارك: التوثيق و الإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ص300.

[7] المرجع نفسه، ص17-18.

والوثيقة المكتوبة هي البينة الخطية لإثبات عقد الزواج والاحتجاج بها. قال الشيخ ابن تيمية رحمه الله" صاروا يكتبون المؤخر –الصداق– وصار ذلك حجة في إثبات الصداق وفي أنها زوجة له"[1].

فالإثبات يلجأ إليه عند التنازع والإنكار، بخلاف التوثيق فهدفه حفظ الحقوق والاحتياط لها.

والهدف من التوثيق والإثبات معا هو التوصل بهما إلى إقامة الحجة وبهذا يظهر وجه الاتفاق والاختلاف بين التوثيق والإثبات[2].

الفرع الثاني: وسائل توثيق و إثبات عقد الزواج العرفي في الشريعة و القانون:

دلّت السُنّة النبوية على وجوب توثيق الزواج بالشهادة للإعلان والإظهار حتى يتميز عن السفاح والاحتياط للأبضاع. قال رسول الله ﷺ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ»[3].

وذهب جمهور العلماء إلى أن الزواج لا ينعقد إلا ببينة، ولا ينعقد حتى يكون الشهود حضورا حالة العقد، ولو حصل الإعلان عنه بوسيلة أخرى[4].

والشهادة هي المرتبة الأولى في الإثبات في الفقه الإسلامي حيث إن لها حجية مطلقة أمام القضاء في جميع الوقائع والحوادث[5]؛ كما لا يجوز للشهود كتمانها إذا طالبهم المدعي بها، لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ (البقرة 282).

أمّا في القانون فإنّ الوثيقة الرسمية مقدّمة على الشهادة، وهي الأصل في الإثبات لقوّة حجيّتها، إذا كانت خالية من التصنيع والتزوير، خلافا للشهادة التي يكثر فيها التزوير، ويعتريها النسيان حسب وجهة نظر القانونيين.

وتعتبر البينة الخطية في العصر الحديث من أقوى الأدلة في مجال الأحوال المدنية والشخصية فلا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية.

ولكن يبقى الإشكال مطروحا في كثير من قضايا المحاكم في حالة عدم وجود وثيقة رسمية تثبت الزواج، وعدم توفّر الشهود، أو إنكارهم؛ فهل يكتفى بالإقرار لإثبات عقد الزواج؟

الذي عليه جمهور الفقهاء أنّ الإقرار حجة قاصرة، ولا تتعدّاه إلى غيره، لكن اعتبروه وسيلة كافية لإثبات الزواج عند الإنكار؛ فإن رفض أحد الطرفين الإقرار، يتجه إلى البيّنة، فإن عدمت، وجهت اليمين[6].

---

[1] ابن تيمية: مجموع الفتاوى،(131/32).

[2] محمد جميل بن مبارك: التوثيق و الإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ص20

[3] أخرجه الدارقطني في سننه، (323/4)، (ح رقم:3533)؛ و الطبراني في الأوسط، (117/9)، (ح رقم: 9291)؛ و صححه ابن حبان من حديث ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة مرفوعا، (386/9)، (ح رقم: 4075)؛ و صحّحه الألباني في الإرواء، و قال:"إن الحديث صحيح بهذه المتابعات والطرق التي أشار إليها الدارقطني رحمه الله تعالى، وبها يأتي له من الشواهد". انظر: الإرواء: (259/6).

[4] السيد سابق: فقه السنة،دار الفتح للإعلام العربي،ط3/ 1411–1412ه، 2/ 185.

[5] انظر: الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، (134/1).

[6] انظر: أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط الثالثة/ 1957، ص 17و 41.

أمّا في قانون الأسرة الجزائري- على غرار القوانين العربية الأخرى- فإنّه ينصّ صراحة في المادة 342 من الفقرة الأولى من القانون المدني على أنّ "الإقرار حجة قاطعة على المقرّ"؛ ومنه فإنّ المحاكم لا تأخذ بالإقرار كوسيلة كافية لإثبات الزواج العرفي[1].

المطلب الرابع: أهمية توثيق عقود الزواج رسميا، ومقاصده الشرعية:

الفرع الأوّل: أهمية توثيق عقود الزواج رسميا:

أوّلا: أهميّة توثيق عقود الزواج في الفقه الإسلامي:

إنّ تسجيل عقد الزواج و توثيقه أمر لا تشترطه الشريعة الإسلامية لصحة العقد، فعقد الزواج شأنه شأن سائر العقود يتم بمجرد الإيجاب والقبول، ولا يتوقف وجوده وثبوته على بيّنة كتابية، بل تكفي فيه البينة الشخصية لإثباته سواء كان ذلك فيما يتعلق العقد نفسه أو آثاره من مهر ونفقة وما إلى ذلك من الحقوق.

غير أن هذا لا يمنع من إحداث تنظيمات شكلية أو إدارية – من باب السياسة الشرعية- قصد حماية الزوجية، وذلك بسن شروط قانونية تتماشى مع قاعدة التطور ،كتسجيل العقد وتوثيقه، و بخاصة أن هذا الإجراء يعد من القضايا المعاصرة التي سكتت عنها الشواهد الخاصة، فلم تشهد باعتبارها أو إلغائها ولكنها ملائمة لتصرفات الشرع فيمكن اعتبارها من المصالح المرسلة.

وهذا ما نبه إليه الإمام الغزالي بقوله: "وكلّ مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي، علم كونه مقصودا بالكتاب والسُنّة والإجماع ليس خارجا من هذه الأصول لكنه لا يسمى قياسا بل مصلحة مرسلة"[2].

كما أشار إلى هذا الأمر الإمام الشاطبي عند حديثه عما يقوم به المجتهد في عملية الاستصلاح بقوله: "كل أصل شرعي م يشهد له نص معين، وكان ملائما لتصرفات الشرع ومأخوذا معناه من أدلته فهو صحيح، يبنى عليه ويرجع إليه، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعا به، ويدخل تحت هذا الضرب الاستدلال المرسل الذي اعتبره مالك والشافعي"[3].

ويرجّح بعض الفقهاء[4] للفتوى في هذا العصر أن توثيق عقد النكاح واجب شرعا، لعدة أسباب منها:

1- إنّ القوانين المنظمة للعلاقة بين الزوجين جعلت هذا التوثيق أمرا واجبا، ولا تعترف بأي عقد آخر لم يوثق لدى الجهات الرسمية المعتبرة، وطاعة ولي الأمر واجبة ما لم تعارض الشرع، وتكون أوجب إن كانت هذه الطاعة ستؤدي إلى حفظ الحقوق ورفع الحرج. والله تعالى أمر بطاعة أولى الأمر في المعروف فقال ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡ﴾ (النساء: الآية 59)

---

[1] انظر: القرار الصادر عن محكمة الجلفة، بتاريخ 1997/12/06م، رقم 97/602.

[2] الغزالي: المستصفى، 179/1.

[3] الشاطبي: الموافقات، 32/1.

[4] و منهم: الشيخ حسنين محمد حسنين مخلوف، والشيخ عطية صقر رئيس لجنة الفتوى الأسبق للأزهر، والشيخ على الطنطاوى، والدكتور يوسف القرضاوى، و غيرهم... انظر: حسنين محمد حسنين مخلوف: فتاوى شرعية وبحوث إسلامية، (55/2)؛ وعمرو عبد الفتاح: السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ص43. وأسامة الأشقر: مستجدات في قضايا الزواج و الطلاق، ص 135-136.

وفي الأمر بتوثيق عقد الزواج أمر بالمعروف، وتحقيق للمصلحة، ودرء لكثير من المفاسد، فوجب العمل به[1].

2- من القواعد الشرعية الجامعة المهمة قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وعدم التوثيق يترتب عليه ضرر على الزوجة، فلا تستطيع أن تثبت حقها في النفقة ولا السكنى، ولا مؤخر الصداق، ولا النسب إلا إذا اعترف الزوج به؛ وفيه ضرر أيضا على الزوج حيث يمكن للزوجة أن تترك بيت الزوجية، وتلحق برجل آخر يعقد عليها عقدا موثقا أو بغير عقد؛ لتعيش معه في الحرام ولا يستطيع الزوج أن يثبت العلاقة الزوجية[2].

3- عدم التوثيق يؤدي إلى الحرج في مبيت الرجل مع زوجته أو سفره معها، فهذا وإن كان جائزا من ناحية الشرع غير أنه يؤدي إلى الارتياب في أمرهما واتهامها بالفاحشة، والمسلم لا يضع نفسه موضع الريبة والشك[3].

من أجل هذا نرى أن توثيق عقود الزواج في هذا الوقت من الواجبات التي لا يجوز تركها إلا في حالة الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

ولكن رغم أهميّة التوثيق في عقود الزواج وضرورته في زماننا هذا، فإنّه لا يمكن أن يكون بديلا للإشهاد؛ ذلك أنّ اشتراط الشهادة في عقد الزواج دون غيره من العقود، يدلّ على مدى اهتمام الشارع بالزواج باعتباره عقدا ونظاما وسنة اجتماعية.

كما أن الإشهاد على الزواج من ناحية شكلية العقد أقوى في الأثر من الشرط الخاص بتوثيقه في محرر رسمي، لأن عدم تحرير عقد الزواج في وثيقة رسمية، لا يترتب عليه أي بطلان للعقد، ولا يطعن في إنشائه وصحته. ولا شك أن اشتراط الشهادة على هذا العقد في الشريعة الإسلامية، لا يرمي فقط إلى ضمان جدية العقد وإثباته، بل يهدف أيضا إلى تنزيه العلاقة الزوجية عن كل ما يشوبها أو يريبها.

ومن هنا لا يمكن للتوثيق أن يكون بدلا عن الإشهاد، غاية ما في الأمر أنه شرط لازم قانونيا كوسيلة للاحتياط[4].

ثانيا: أهمية توثيق عقد الزواج في قوانين الأحوال الشخصية:

نظرا لخطورة عقد الزواج، فقد استقرت قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة على لزوم توثيق الزواج رسميا، واتّخذت إجراءات متعدّدة في حالة خلو العقد عن التوثيق، منعا لكلّ تلاعب، أو احتيال؛ فمنها من اختار أسلوب الردع والعقاب بإيجاب عقوبات متفاوتة المقدار- كالقانون العراقي والأردني[5]- أو رفض سماع دعوى إثبات الزواج إلاّ بوثيقة رسمية -كما في القانون المصري والكويتي[6]-؛ ومنها من قضى بإبطال العقود غير الموثّقة – كما

---

[1] انظر: د/ علي عثمان جوادي: عقود الزواج المعاصرة بين الصحة والفساد، ص 273.
[2] المرجع نفسه، ص 273-274.
[3] المرجع نفسه، ص 276.
[4] انظر: أسامة عمر سليمان الأشقر: مرجع سابق، ص134 وما بعدها
[5] الفقرة الخامسة من المادة العاشرة من القانون العراقي؛ و المادة 17 من القانون الأردني؛ انظر: د/ فاروق عبد الله كريم: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم188، لسنة 1959م وتعديلاته، ص80؛ وأسامة عمر سليمان الأشقر: مرجع سابق، ص 145-147.
[6] الفقرة الأولى من المادة 92 من قانون الأحوال الشخصية، مجموعة التشريعات الكويتية، الصادرة عن وزارة العدل، مطابع الخط، ط الأولى/ 2011م، ص 32؛ والفقرة الرابعة من المادة99 من قانون الأحوال الشخصية المصري 1931م، المعدّل و المتمم بالمرسوم رقم 01 لسنة 2000.

في تونس[1]– ومنها من اختار أسلوب التّوعية لبيان خطورة هذا الأمر وأهميته، كما فعل المشرّع الجزائري.

والملاحظ أن القانون الجزائري –كغيره من القوانين العربية– ابتغى من شرط التوثيق تحقيق المصلحة[2]؛ ذلك أنّ الناس حينما كانوا يلتزمون بأحكام الله، ويتمسّكون بتعاليم دينه، لم تكن ثمّة ضرورة تدعو إلى التوثيق، ولكن عندما ابتعد الناس عن تعاليم الإسلام، وانتشر الكذب والغش والخداع؛ أصبحت الضرورة داعية إلى تدوين عقود الزواج، وتوثيقها رسميا؛ ضمانا لحقوق الزوجة والأولاد، وحتى لا تكون هنالك ثغرة يتلاعب من خلالها ذوو النفوس الخبيثة.

وقد أحسن المشرِّع الجزائري ابتداء عندما استعمل الوظيفة التربوية للقانون في المجتمع، بهدف توعية الجمهور بضرورة تسجيل عقود الزواج ، وإبرامها أمام ضابط الحالة المدنية؛ وهذا عن طريق سلسلة من المجهودات التشريعية ملؤها المرونة والملاءمة، بعيدا عن أفكار الردع أو الصرامة أو التعقيد[3]، مراعاة لظروف الناس وعاداتهم؛ كما أنه لم يقل ببطلان الزواج غير الموثّق، وإنّما حاول إدخال نظام تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالات المدنية في العادات والأعراف الاجتماعية وفي إطار قواعد النظام العام الداخلي للوطن.

غير أنّ المشرع الجزائري رغم كل الإجراءات التي اتخذها لم يفلح في القضاء على ظاهرة العقود غير الموثقة؛ والمحاكم لا تزال تعج بقضايا إثبات الزواج العرفي مما يستدعي إعادة النظر في السياسة المتبعة للحدّ من هذه الظاهرة، وذلك باتخاذ إجراءات صارمة وعقوبات رادعة – مثلما نصّت عليه بعض القوانين العربية – وهو أمر لا يتصادم مع أحكام الشريعة الإسلامية، ذلك أنّ تسجيل عقد النكاح أصبح مطلبا شرعيا تقتضيه طبيعة الحياة المعاصرة.

كما يجب إجراء دراسات ميدانية معمّقة لمعرفة الأسباب التي تمنع من الالتزام بهذه القوانين، وإهمالهم لمصالحهم الإدارية؛ ولعلّ أهمها:

– تحديد المحكمة بكونها الجهة الوحيدة المختصة لتسوية هذه العقود والأمر بتسجيلها في سجلات الحالة المدنية للبلدية، وكثير من الناس يتحاشون الرجوع إلى المحاكم تفاديا للإجراءات الإدارية التي تستغرق وقتا طويلا.

---

[1] انظر: مجلة الأحوال الشخصية 2018، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، الفصل 4، ص5؛ و نصّه: " لا يثبت الزواج إلا بوثيقة رسمية يضبطها قانون خاص".

[2] انظر: بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (1/ 144)؛ وولد خسال سليمان: الميسّر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 79.

[3] عرفت الأسرة الجزائرية نظام توثيق عقود الزواج إبان التواجد الاستعماري، حيث سعت الإدارة الفرنسية إلى التحكم في الأنظمة والقوانين التي تضبط حركة السكان، عن طريق تسجيل الولادات والوفيات بالإضافة إلى عقود الزواج و الطلاق، إلاّ أن الشعب الجزائري رفض أيّ تدخل استعماري في المسائل المتعلقة بالأسرة وقيمها؛ فعمدت الحكومة الفرنسية إلى إصدار مرسوم 22 جويلية 1876: والذي ينص على اتخاذ قرارات صارمة لمعاقبة كل من يرفض أو يتأخر عن التصريح بحدث الزواج أو الطلاق، مع التأكيد على أن عملية التسجيل الخاصة بالزواج لا تمس الطابع الديني أو التقليدي للعقد، ولا تغير من أركانه وشروطه الأساسية؛ غير أن الشعب الجزائري ظل متشبثا بالتقاليد والأعراف الإسلامية، فاستمر الجزائريون في إبرام عقود الزواج "بالفاتحة" بين يدي "الطالب"، وبحضور جماعة من المسلمين. واستمر العمل بالقوانين والمراسيم الفرنسية بعد الاستقلال ما عدا ما يتعارض منها مع السيادة الوطنية، وبعد ذلك تدخل المشرع الجزائري بسياسة تدريجية عن طريق سلسلة من القوانين لإشعار المجتمع بأهمية تسجيل عقد الزواج و إثباته رسميا إلى غاية صدور قانون الأسرة في 1984 (المواد 18–21–22). انظر: بلحاج العربي: الوجيز في قانون الأسرة، ص 145.

– بعد العديد من المناطق عن المصالح الإدارية المخول لها توثيق عقود الزواج وإجراءات التسجيل في الحالة المدنية.

– تفشي الأمية القانونية سواء في المدن أو البوادي والتي تعدّ من الأسباب الأساسية وراء أغلب المشكلات الأسرية.

– تساهل القانون في ضبط هذه المسألة وذلك بعدم وضع عقوبات جزائية رادعة لكل من يشرف على عقد الزواج العرفي في حالة غياب عقد الزواج المدني.

الفرع الثاني : المقاصد الشرعية في توثيق عقود الزواج:

سبقت الإشارة إلى أن مسألة توثيق الزواج كتابة من القضايا المعاصرة التي سكتت عنها الشواهد الخاصة إلا أنها ملائمة لجنس تصرفات الشارع، بحيث يمكن إدراجها ضمن المصالح المرسلة وهي موافقة لمقاصد الشريعة الكلية وأصولها المقررة[1]، ويظهر ذلك فيما يلي:

1 / إشهار عقد الزواج: حرصت الشريعة على إعلان الزواج لتميزه عن السفاح؛ وتوثيق الزواج رسميا يعتبر شكلا من أشكال الإعلان؛ فبمجرد توثيقه رسميا يخرج من دائرة السّر إلى دائرة العلن، وكلما كان الزواج أقرب إلى العلنية والإشهار وأبعد عن السرية والكتمان، كان أقرب بذلك إلى مقصود الشارع وغايته. وهذا ما أشار إليه الطاهر ابن عاشور بقوله: "إن الإسرار بالنكاح يقرّبه من الزنا ويحول بين الناس والذبّ عنه واحترامه، ويعرض النسل إلى اشتباه أمره، وينقص من معنى حصانة المرأة"[2].

2/ مراعاة أصل حفظ الحقوق من الضياع: إنّ في توثيق عقد الزواج حفظ للحقوق من الضياع وهو إجراء يتوافق مع جنس تصرفات الشارع التي دعت إلى توثيق عموم العقود، حفاظا على حقوق المتعاقدين من مفسدة الضياع أو النسيان أو العدوان.

قال ابن جزي في باب النكاح في كتابة الصداق: "وليس شرطا وإنما يكتب هو وسائر الوثائق توثيقا للحقوق ورفعا للنزاع"[3].

وبما أن الشهادة وحدها لا تكفي في وقتنا الحاضر لإثبات الحقوق وضمان عدم ضياعها – وهذا ما يظهر جليا في معظم الزيجات التي تتم بدون توثيق رسمي، حيث تكون فيها المرأة عرضة لضياع حقوقها من مهر، ونفقة وميراث ومعاش عند وفاة زوجها، وليس لها ما يثبت زواجها أمام المؤسسات الرسمية – فقد حمل العلماء الناس في هذا الزمان على توثيق عقود الزواج، لضعف الوازع الديني، وقلة الأمانة، وكثرة الخيانة وانعدام الثقة بين الناس.

قال الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور رحمه الله: "فمتى ضعف الوازع الديني في زمن، أو قوم أو في أحوال،

---

[1] انظر د/ عبد الرحمن الكيلاني في مقال له بعنوان " تطبيقات معاصرة للمصالح المرسلة في المجال الأسري" مجلة الشريعة والقانون – العدد السابع والعشرون- 1427هـ - 2006م، ص212. (بتصرف)

[2] الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 438.

[3] ابن جزي: القوانين الفقهية، دار القلم، بيروت، ص131.

يظن أن الدافع إلى مخالفة الشرع في مثلها أقوى على أكثر النفوس من الوازع الديني، هنالك يصار إلى الوازع السلطاني فيناط التنفيذ بالوازع السلطاني كما قال عثمان رضي الله عنه يزع الله بالسلطان مالا يزع بالقرآن[1]"[2]. وقد قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه:" تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور[3].

3/ حفظ الأنساب و الحقوق عند الإنكار:

إنّ التوثيق أضبط للتصرفات من شهادة الشهود، ويثبت الحق به عند التقادم بخلاف الشهود الذين قد تعترضهم عوارض الغفلة والنسيان، والموت والغياب المنقطع والرجوع عن الشهادة.. ؛ وقد أشار الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور- رحمه الله- إلى ذلك بقوله: "ومقصد الشريعة من الشهود الإخبار عما يبين الحقوق وتوثيقها... والمقصد لتوثيق الحقوق المشهود بها ضبطها وأداؤها عند الاحتياج إليه، وذلك يقتضى كتابة ما يشهد به الشهود، إذا كان الحق من شأنه أن يدوم تداوله مدة يبيد في مثلها الشهود، فلذلك تعينت مشروعية التوثقات... [4].

من هنا ذهبت قوانين الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية إلى وجوب توثيق الزواج، منعا لإنكاره وجحوده، وما يترتب على ذلك من ضياع للحقوق؛ وفي هذا يقول الشيخ الطاهر ابن عاشور :"ويجب النظر في أن التوثيق بتسجيل الإشهاد لعقد النكاح تسجيلا يقطع تأتي إنكاره، أو الشك فيه، يقوم مقام الشهرة في معظم حكمتها، فذلك مجال للاجتهاد "[5].

4/ سد ذرائع الفساد:

إنّ توثيق الزواج يسدّ الباب أمام المتلاعبين بأعراض الناس بحجة أن الزواج زمن النبي صلى الله عليه وسلّم والصحابة كان يتم دون توثيق وتسجيل لدى سلطة الدولة، وبسبب هذا الفهم غير السليم قد تصير المرأة متزوجة برجلين في وقت واحد: زواج رسمي موثق لم يفصل القضاء في مسألة انقضائه – في حالة الطلاق–، وزواج ثان برجل آخر عرفيا، كونها مطلقة شرعا، غير أنها لم تحصل على أوراق تثبت طلاقها، فهي حسب القانون متزوجة برجل، وحسب العرف متزوجة برجل آخر[6].

وعلى هذا فإننا نستنتج أنّ من منافع توثيق عقد الزواج:

- بيان الحقوق و إظهارها بتوثيق ما شهد به الشهود.
- ضبط و إحكام ما شهد به الشهود بالكتابة للرجوع إليه عند الحاجة.
- سهولة الحصول على الأوراق الرسمية الضرورية (الدفتر العائلي، شهادة الميلاد للأولاد، بطاقة

[1] رواه ابن شبة مسندا من قول عثمان بن عفان رضي الله عنه، بلفظ: «لَمَا يَزَعُ السُّلْطَانُ النَّاسَ أَشَدُّ مِمَّا يَزَعُهُمُ الْقُرْآنُ». انظر: ابن شبة النميري: تاريخ المدينة، تحقيق: فهيم محمد شلتوت، طبع على نفقة السيد حبيب محمود أحمد، جدة، 1399 هـ، (988/3).

[2] الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص387

[3] انظر: الآبي صالح بن عبد السميع: الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ص605.

[4] ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص513–514.

[5] المرجع نفسه، ص 438.

[6] محمد هشام البرهاني: سدّ الذرائع في الشريعة الإسلامية، ص 778.

الإقامة... وهذه الأوراق لا يمكن الحصول عليها إلاّ إذا كان الزواج موثقا لدى المصالح الإدارية للدولة.

– قطع المنازعة، فإنّ الوثيقة تصير حكما بين المتعاملين ويرجعان إليها عند المنازعة، فتكون سببا لتسكين الفتنة ولا يجحد أحدهما حقّ صاحبه.

– رفع الارتياب، فقد يتّهم الرجل أو تتّهم المرأة أنهما يعيشان معا في الحرام، فتكون الوثيقة رافعة للتهمة ومبرئة للعرض.

– معرفة الأمّة لتاريخها وتسلسل أجيالها وحفظ أنسابها، ناهيك عما يستلزم من تخطيط تنميتها واقتصادها من توثيق زيجاتها[1].

الخاتمة:

بعد هذا العرض لأهم جوانب الزواج العرفي، يمكننا ضبط النتائج التي توصّلنا إليها، كالآتي:

1- إنّ الزواج العرفي المستوفي الأركان والشروط السّائد في بلاد المغرب العربي، زواج صحيح، تعارفه الناس جيلا عن جيل، تترتّب عليه آثاره الشرعية، ولا يشترط لصحتّه التوثيق بالكتابة.

2- إنّ فساد الذّمم، وجحود الزواج العرفي، والفرار من مسؤولية الزوجة والأولاد، يرجّح وجوب توثيق عقود الزواج العرفية، من باب المصلحة المرسلة، و تبقى العقود غير الموثقة حالات استثنائية، تدرس حالة بحالة، حسب اجتهاد القاضي وتقديره.

3- إنّ دوافع اللجوء إلى الزواج العرفي في مجتمعنا أغلبها يرجع إلى الظروف الاجتماعية التي يعيشها بعض الشباب، والقيود القانونية والتعديلات الواردة على قانون الأسرة الجزائري.

4- إنّ معظم الآثار السلبية الناجمة عن الزواج العرفي تعود على الزوجة والأبناء، وقضايا المحاكم خير دليل على ذلك.

5- إنّ في توثيق عقود الزواج تحقيق لمقاصد الشريعة الإسلامية بالحفاظ على مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم، ومن هنا جاز للحاكم إلزام الناس بها من باب السياسة الشرعية.

6- إنّ توثيق عقد الزواج لا يمكن أن يكون بديلا عن الإشهاد، غاية ما في الأمر أنّه إذا لم تجد وسيلة الإشهاد في تحقيق المقصود منها وهو حفظ الحقوق، فحينئذ لا مانع شرعا من الاستعانة بوسيلة أخرى مثل توثيق الزواج.

التوصيات:

في ختام هذا البحث أوصي بجملة من التوصيات:

1- الحرص على توعية الشباب، وحثّهم على تجنب هذا النوع من الزواج ابتداء بالبرامج التعليمية، والدروس الدينية، إلى وسائل الإعلام المختلفة.

2- توعية أولياء الأمر بضرورة الرجوع إلى سماحة الشريعة الإسلامية في التخفيف من عبء المهور، ونفقات الأعراس.

3- الدعوة إلى تعديل المواد القانونية وفق ما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها العامة.

4- اتخاذ التدابير اللازمة للحدّ من ظاهرة انتشار الزواج العرفي، عن طريق فرض العقوبات التأديبية المناسبة.

[1] انظر: أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق ، ص 134.

5- تشجيع الطلبة الباحثين على البحوث الميدانية المقارنة، لمعرفة الدوافع الحقيقية للزواج العرفي، وإعطاء الإحصاءات الدقيقة التي تدل على مدى انتشاره.

أهم المراجع و المصادر:

1- القرآن الكريم (مصحف المدينة المنورة).
2- ابن جزي: القوانين الفقهية، دار القلم، بيروت.
3- ابن حبان محمد: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت ط 1/ 1408هـ-1988م.
4- ابن شبة النميري: تاريخ المدينة، تحقيق: فهيم محمد شلتوت، طبع على نفقة السيد حبيب محمود أحمد، جدة، 1399 هـ
5- ابن عابدين: نشر العرف ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين، نسخة إلكترونية.
6- ابن عاشور محمد الطاهر: مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، ط2/ 1421هـ-2001م.
7- ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط الثانية/ 1979م.
8- ابن منظور: لسان العرب، دار الجيل، بيروت، 1408هـ- 1988م.
9- ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى/ 1418هـ- 1997م
10- أبو زهرة: - الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط الثالثة/ 1957.
- محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر، د.ت.ن.
11- الآبي صالح بن عبد السميع: الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت.
12- أسامة الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، دار النفائس، الأردن، 1425هـ-2005م.
13- أسماء بشير شريف، عوامل تشكل الأسر النووية – دراسة ميدانية ببلدية موزاية ولاية البليدة – رسالة ماجستير غير منشورة، كلية العلوم الإنساني و الاجتماعية، جامعة الجزائر، 2005-2006م.
14- الألباني، محمد ناصر الدين: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت،ط 2/ 1405هـ-1985م.
15- الأودن سمير عبد السميع: الزواج العرفي في ظل الأحوال الشخصية الجديد رقم (1) لسنة 2000م، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية، الاسكندرية، ط الأولى/ 2001م.
16- البرهاني محمد هشام: سدّ الذرائع في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، سورية، ط الأولى/ 1406هـ- 1985م.
17- بلالوش كرواني ليندة: الأستاذات الجامعيات المتزوجات و نظام الزواج في المجتمع الحضري الجزائري، رسالة ماجستير ، معهد علم الاجتماع، الجزائر، 1996-1997م.
18- البنا، كمال صالح: الزواج العرفي و منازعات البنوة في الشريعة و القانون و القضاء، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2002م.
19- بوتفنوشت مصطفى: العائلة الجزائرية – التطور و الخصائص الحديثة- ترجمة: دموي أحمد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984م.
20- بوعليت محمد: أسباب تأخّر سنّ الزواج في المجتمع الجزائري- دراسة ميدانية على عيّنة من الذّكور بالوسط الحضري العاصمي- رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية، الجزائر، 2009م.
21- بوقزولة عبد القادر: توثيق الزواج بين الشريعة و القانون، رسالة ماجستير، المعهد الأوروبي للدراسات الإنسانية، باريس، نسخة إلكترونية، عن شبكة الألوكة.
22- جمال بن محمد بن محمود: الزواج العرفي في ميزان الإسلام، دار الكتب العلمية،بيروت، ط الأولى/ 1424هـ-2004م
23- د/ جوادي علي عثمان: عقود الزواج المعاصرة بين الصحة والفساد، دراسة فقهية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2017
24- حليم بركات: المجتمع العربي المعاصر، بحث في تغيّر الأحوال و العلاقات، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، ط الثانية/ .2009

25- الخشاب مصطفى: دراسات في علم الاجتماع العائلي، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، 1981م.
26- الدارقطني: سنن الدارقطني، تحقيق شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط الأولى/1424هـ- 2004م
27- دياب فوزية: القيم و العادات الاجتماعية، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، .1980
28- د. الخليلي حبيب ابراهيم: المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط الرابعة/ 1993م.
29- الحولي سناء: - الأسرة و الحياة العائلية، دار المعرفة الجامعية، القاهرة، 1999م.
- الأسرة في عالم متغير، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2004م.
30- السباعي، مصطفى: المرأة بين الفقه و القانون، المكتب الإسلامي، بيروت، ط السادسة/ 1404هـ- 1984م.
31- السيد سابق: فقه السنة،دار الفتح للإعلام العربي،ط3/ 1411-1412ه.
32- الشاطبي، إبراهيم بن موسى: الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان،ط الأولى/ 1417هـ- 1997م.
33- الطبراني سليمان بن أحمد: المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة.
34- عبد الفتاح عمرو: السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، ط الأولى/ 1416هـ- 1996م.
35- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط الثالثة/ 2004م.
36- الغزالي أبو حامد: المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية،ط الأولى/ 1413هـ - 1993م.
37- الفيروزآبادي: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط السادسة/1419هـ- .1998
38- قشطولي صبيحة: عوامل تأخر سن الزواج عند الشباب الجزائري، رسالة ماجستير – نسخة منشورة إلكترونيا- ، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية، الجزائر، 2008-2009م.
39- قوته عادل عبدالقادر بن محمد ولي: العرف: حجيته، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، مكة المكرمة: المكتبة المكية، ط الأولى/ 1418هـ - 1997م.
40- محمد كمال الدين إمام: الزواج في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1418هـ- 1998م.
41- د/ الكيلاني عبد الرحمن:" تطبيقات معاصرة للمصالح المرسلة في المجال الأسري" مجلة الشريعة والقانون، العدد 27/1427هـ - 2006م.
42- لبديرى مليكة: الزواج و الشباب الجزائرى، إلى أين؟ دار المعرفة، الجزائر، 2005م.
43- مخلوف، حسنين محمد حسنين: فتاوى شرعية وبحوث إسلامية، طبعة دار الاعتصام، القاهرة.
44- منصور، محمد حسين ، مدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط الأولى/ 2010م،
45- نبيل صقر: قانون الأسرة نصّا و فقها و تطبيقا، دار الهدى، الجزائر، د.ت.ن
46- هلال يوسف ابراهيم: أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين – الناحية الشرعية والقانونية شرح وتعليق – دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999م
47- الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى: المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، دبي، دراسة وتحقيق: عبد الرحمن بن حمود الأطرم، ط الأولى/ 1426هـ- 2005م.
48- ولد خسال سليمان: الميسّر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، ط الأولى/1432هـ- 2010م