الإلزام القانوني بتسجيل عقود الزواج
قيمته الفقهية وعقود الزواج المستجدة فيه
دراسة تأصيلية مقارنة

بقلم
د.زيان سعيدي
أستاذ مساعد بقسم الشريعة
معهد العلوم الإسلامية .جامعة الوادي
saidiziane1974@gmail.com

مقدمة

إنه غير خاف أن الأسرة هي أساس المجتمع ولبنته الأولى وهي القاعدة الصلبة التي يقوم عليها هذا الكيان. ومعلوم أن صلاح أي بناء بصلاح أساسه وقاعدته. وهكذا فإنه كلما هذا النظام الأسري سليما ومتماسكا كلن لذلك أثره الإيجابي وانعكاساته الطيبة على المجتمع.

ولا غرو أن يخصص الإسلام حيزا كبيرا من الرعاية والاهتمام لهذه القاعدة الصلبة التي ينبني عليها النظام الاجتماعي أن توجد هذه القاعدة وتصبح كيانا واقعا. وهكذا في كل مرحلة من مراحل تكوينها. تنظيما وحماية من كل ما يهدد استقرارها ووجودها.

ونظام الزواج الذي اختاره الإسلام السبيل الأوحد لتكوين هذه الخلية الاجتماعية الحيوية-الأسرة- ما هو في حقيقته إلا مظهر من مظاهر هذه الحماية والرعاية التي أحاط بها الإسلام الأسرة. وهذا ما يجليه القرآن في تسميته لهذا العقد بالميثاق الغليظ. ﴿وأخذن منكم ميثاقا غليظا﴾. ولعل هذا الميثاق الغليظ هو الذي جاءت الإشارة إليه في قوله عليه الصلاة والسلام:" استوصوا بالنساء خيرا فإنكم أخذتموهن بكلمة الله واستحللتم فروجهن بأمانة الله." وصفة الغلظة التي وصف بها الزواج دليل قوته وعظمته كما قال الرازي رحمه الله تعالى.

والذي يتأمل في عقد الزواج وما أحيط به من الأركان والشروط يدرك هذه الغلظة والقوة التي وصف بها في القرآن. والذي يستوقفنا من هذه الأركان أو الشروط-على خلاف بين الفقهاء- الشهود. وذلك أن الشرع الإسلامي باشتراطه الشهود في صحة عقد النكاح، يستهدف توثيق عقد الزواج وصيانته من التلاعب وتضييع الحقوق والتهرب من الواجبات. وهذا ما صوره لنا النبي عليه الصلاة والسلام في حديثه الصحيح:" لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل".

غير أن هذه الوسيلة التوثيقية-الشهود- لعقد النكاح مع أهميتها وضرورتها، أصبحت قاصرة عن الوفاء بهذا الغرض التوثيقي لجملة من الأسباب. منها:

– رقة الدين وموت ضمائر الكثير من الناس–إلا من رحم الله– حيث أصبحوا يركبون مراكب الحيل والتلاعب بالآخرين، والتهرب من واجباتهم ومسؤولياتهم الأسرية بعد إشباع غرائزهم وقضاء أوطارهم بسبب انعدام وسيلة الإثبات الملزمة لهم.

– طروء الموانع والصوارف على القائمين بالشهادة، والتي تحول بينهم وبين أدائهم للشهادة التي تصان بها الحقوق وتحفظ بها الأعراض.

هذا الواقع هو الذي دفع بكثير من قوانين الأحوال الشخصية في مختلف الدول العربية والإسلامية خاصة إلى الاتجاه نحو الإلزام القانوني لتسجيل عقود الزواج في مكاتب الحالة المدنية، صيانة لعقد الزواج من التلاعب وتوثيقا للحقوق المختلفة التي ينشئها عقد الزواج.

إشكالية البحث: يمكن صياغة إشكالية البحث في التساؤل التالي:

هل استوعبت الشريعة من خلال أدلتها وقواعدها الإطار الشرعي الذي يندرج ضمنه هذا الإلزام القانوني؟ وكيف تعاملت مع واقع الناس في عقود زواجهم قبل صدور هذا الإلزام بالتوثيق ؟ وما هي إضافتها في نظرتها إلى هذا الإلزام وأثرها على استقرار أحكام الأسرة خاصة فيما استجد من عقود الزواج نتيجة الإخلال بهذا الإلزام؟

منهج الدراسة: وسوف يكون المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج المقارن بين الفقه الإسلامي من جهة وبينه وبين القانون من جهة ثانية مع ذكر الأدلة ووجهات النظر بالإضافة إلى المنهج التحليلي لكل من أدلة الشريعة وقواعدها العامة وكذا النصوص القانونية مع مناقشتها وصولا إلى القول الراجح المختار مع ذكر اعتبار الترجيح.

خطة البحث (العناوين الرئيسية): المحور الأول: بيان مفهوم توثيق عقد الزواج من الناحية القانونية والشرعية وبيان دوافعه وأهميته وتاريخه الفقهي. وفيه مطالب ثلاث.

المحور الثاني: الدلائل الشرعية على توثيق عقد الزواج وقيمته الشرعية وأثره على استقرار أحكام الأسرة. من خلال الإشارة إلى جملة من القواعد الفقهية في هذا المجال: قاعدة المصالح والمفاسد، قواعد رفع الضرر وإزالته والمنع منه، السياسة الشرعية وقاعدة تصرف الحاكم في الرعية بالمصلحة.وفيه مطلبان.

المحور الثالث: عقود الزواج المستجدة بسبب الإخلال بالإلزام القانوني واقعها وآثارها الاجتماعية:

الزواج العرفي، نكاح السر. وفيه مطلبان.

الخاتمة: لأهم النتائج والتوصيات.

المحور الأول: بيان مفهوم توثيق عقد الزواج.

إن المدخل لأي دراسة يتطلب من الباحث فيها تعريف المصطلحات التي ينبني عليها البحث، وإعطاء نظرة عامة عن مضمونها وموضوعاتها العامة التي تتناولها هذه الدراسة بالبحث والتحقيق. وسوف يكون المدخل إلى هذه الدراسة وفق المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف مصطلحات البحث.

المطلب الثاني: قيام عقد الزواج وأسس نشوئه في الفقه الإسلامي والقانون

المطلب الثالث: توثيق عقود الزواج تاريخه ودوافعه وقيمته الدينية والاجتماعية.

المطلب الأول: تعريف مصطلحات البحث.

تدور أصول عنوان هذه الورقة البحثية على مفردات ثلاث:

الإلزام المضاف إلى القانون، التسجيل والتوثيق، عقد الزواج.

وعليه فإنه سوف يتم تعريف مفردات هذا العنوان أولا من حيث اللغة ومن حيث الاصطلاح.

أولا/: تعريف الإلزام:

1- لغة: مصدر ألزم. يقال: ألزمه الشيء وألزمه إياه أي أوجبه عليه. وفي التنزيل:﴿ فسوف يكون لزاما﴾ [الفرقان77][1] فهذه اللفظة تدور على معنى الإيجاب وعدم المفارقة والانفكاك عن الشيء.

2- تعريف الإلزام اصطلاحا: عرفه الزحيلي بقوله:" هو إنشاء التزامات متقابلة معينة على العاقدين ، أو إنشاء التزام معين على أحج العاقدين."[2]

3- الإلزام في القاعدة القانونية: هو استناد القاعدة في خطابها للأفراد على الأمر والإجبار المقيد للإرادة بما تتضمنه من جزاء. لأن القانون يهدف إلى إقامة النظام في المجتمع وضبط سلوك أفراده وهو ما لا يتأتى إن ترك الأمر لتقدير المخاطب بأحكامه وإرادته.[3]

ثانيا/: تعريف التوثيق والتسجيل:

1- تعريفه لغة: مصدر وثق. ووثّقت الشيء أحكمته. واستوثق منه أخذ منه وثيقة.[4]

2- التوثيق اصطلاحا: ربط الشيء وإحكامه باستخراج وثيقة رسمية يرجع عند الحاجة للإثبات وإقامة الحجة.

ثالثا/: تعريف الزواج:

1- تعريف العقد:

العقد في اللغة نقيض الحل. وهو من الشد والربط.[5]

والعقد في الشرع: ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله.[6]

---

(1) تاج العروس من جواهر القاموس. محمّد بن محمّد الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي .دار الهداية 420/33، مختار الصحاح. مكتبة لبنان ناشرون.سنة1995م. ص282

(2) الفقه الإسلامي وأدلته. دار الفكر – سورية–ط4-.3084/4.

(3) د.همام محمود. المبادئ الأساسية للقانون. ص18

(4) مختار الصحاح. ص332

(5) تاج العروس396/8

(6) الفقه الإسلامي وأدلته. 2918/4 ، القاموس الفقهي. دار الفكر. دمشق .ط2سنة1988م. ص255

2- تعريف الزواج:

1 - تعريفه لغة: هو الاقتران. تقول: زوج الشيء بالشيء وزوجه إليه. قرنه. [1]

2 - تعريف الزواج شرعا: قد عرف الفقهاء على اختلاف مذاهبهم الزواج بتعريفات متقاربة مع فروق بسيطة جدا بينها غير مؤثرة في بنية التعريف ووحدته. ولهذا نجد معاني هذه التعريفات وإن اختلفت العبارة فيها تدور كلها في فلك واحد تقريبا، وهو أن الزواج عقد يتم بإرادة من طرفين بألفاظ مخصوصة، يحل الاجتماع والاقتران بينهما. [2]

وقد عرفه أبو زهرة بعد توجيهه لهذا الانتقاد لتعريفات الفقهاء بقوله:"أنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات." حيث أشار في تعريفه إلى مقتضى عقد النكاح حل العشرة بلفظ النكاح وإلى آثار النكاح وما يترتب عليه من الحقوق والواجبات.[3]

* مفهوم عقد الزواج في قوانين الأحوال الشخصية:

تعريف عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري: عرفت المادة 04 معدلة الزواج بأنه:" عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الإنسان." [4] وغير بعيد عن تعريف قانون الأسرة الجزائري، تعريف مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004م في المادة 04 منه: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة." [5]

المطلب الثاني : قيام عقد الزواج وأسس نشوئه في الفقه الإسلامي والقانون

أولا/: قيام عقد الزواج في الفقه الإسلامي: إن تحديد ماهية عقد الزواج وطبيعة قيامه له أثره في الكشف عن موقع توثيق عقد الزواج ضمن أركان الزواج وشروطه. وإن كان ليس ثمة اتفاق بين الفقهاء في تحديد أركان الزواج وشروطه. وبيان هذا: يقرر الحنفية أن ركن الزواج الإيجاب والقبول والذي يكون بألفاظ مخصوصة أو ما يقوم مقامها.[6] أما عند المالكية فإن أركانه أربعة: الولي والصيغة والصداق المفروض. وأركانه

---

(1) تاج العروس6/23-25

(2) انظر في تعريف الزواج: شرح حدود ابن عرفة محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع. المكتبة العلمية ط1-. ص152، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي. دار الفكر، بيروت. ط- 1404هـ/1984م 176/6، كشاف القناع عن متن الإقناع.منصور بن يونس البهوتي الحنبلي-وزارة العدل-السعوديةط1-1421هـ، 2000م 5/5

(3) الأحوال الشخصية. دار الفكر العربي بالقاهرة -ط3. محمد أبو زهرة. ص19، وقد سبق الإمام السرخسي رحمه الله تعالى إلى توسيع معنى الزواج على خلاف المعهود لدى الفقهاء وعدم حصره في قضاء الشهوة والوطر، وأن منافع النكاح لا تقتصر على الناكح أو طرفي العقد بل تتعدى إلى غيرهما. المبسوط. شمس الأئمة السرخسي. دار الفكر-بيروت.ط1-2000م-4/194

(4) وقد عدلت هذه المادة بالأمر رقم 05-02المؤرخ في 27 فبراير 2005.[الجريدة الرسمية15.ص19.] حررت في ظل القانون رقم84-11المؤرخ في 09يونيو1984م كما يلي:" الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي. من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الإنسان."

(5) المدونة المغربية للأحوال الشخصية رقم01-04-22 الصادرة بتاريخ03-02-2004م

(6) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع علاء الدين الكاساني.دار الكتب العلمية. ط2-1986م. 2/229وما بعدها

عند الشافعية أربعة: الصيغة والعاقدان والولي والشهادة في النكاح. وأركانه عند الحنابلة ثلاثة: الزوجان والإيجاب والقبول.(1)

وليس ضمن الشروط التي وضعها الفقهاء على اختلاف مذاهبهم ما يدل على اعتبار شرطية التوثيق عن طريق الكتابة فضلا عن ركنيته في عقد الزواج.

ثانيا/: قيام عقد الزواج في قوانين الأحوال الشخصية: تحت عنوان أركان النكاح حدد قانون الأسرة الجزائري أركان الزواج وجعلها أربعة في المادة 09 قبل التعديل ونصها:"يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق" لكن بعد التعديل أبقى المشرع على ركن واحد وهو الرضا. أما بقية الأركان الأخرى فقد عدها ضمن شروط صحة الزواج. وصرح في المادة العاشرة أن الرضا يتم بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر وهو هنا يعتبر الرضا ركنا يدل عليه وجود الإيجاب والقبول.

وقد تتابعت مختلف القوانين العربية في الأحوال الشخصية على اعتبار الرضا ركنا ينعقد به الزواج كما هو صنيع المدونة المغربية للأسرة في مادتها العاشرة: على أنه ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا. وعلى هذا المنوال سارت مجلة الأحوال الشخصية التونسية المعدلة 1956م الفصل الثالث منه على أنه :" لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين" وكذا القانون الكويتي في المادة 08 على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب من ولي الزوجة وقبول من الزوج أو ممن يقوم مقامهما."

* مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في قيام عقد الزواج:

يظهر من خلال هذا العرض الموجز اتفاق كل من الفقه الإسلامي والقانون في عدم اعتبار التوثيق الرسمي وتسجيل عقود الزواج في الدوائر الرسمية ركنا أو على الأقل شرطا في صحة النكاح. مع اختلاف في تحديد الأركان والشروط لا بين الفقه الإسلامي والقانون فحسب بل بين فقهاء الفقه الإسلامي أيضا بين موسع ومضيق.

ثالثا/: الأساس الديني والمدني في قيام عقد الزواج ونشوئه.

تعتبر الدعوة إلى اعتماد ما يسمى بالزواج المدني امتدادا للدعوة إلى العلمنة وإقصاء الدين عن الحياة الاجتماعية وغيرها بما في ذلك ما يتعلق بقيام الأسرة ونشوئها. ويجدر التنبيه هنا إلى أن الحديث عن مدنية الزواج أو أساسه الديني له صلة ظاهرة بتوثيق عقد الزواج على اعتبار تضمن الزواج المدني للإطار الموضوعي والشكلي لعقد الزواج بما في ذلك تسجيله وتوثيقه. وإن كان هذا الأخير أعني تسجيل الزواج في إطاره الشكلي لا يتعارض مع الإسلام وأحكامه كما سنرى.

* تعريف الزواج المدني: ويقصد بالزواج المدني أن الدولة هي التي تتولى تنظيمه بواسطة القوانين التي تصدرها وهي التي تتولى الفصل في المنازعات التي تثور بصدده دون خضوعها لأية تعليمات دينية تصدر عن

(1) حاشية العدوي2/51، أسنى المطالب3/122، الروض المربع. ص333. أما شروط الزواج فالذي يهمنا هنا من شروط الزواج شرط الشهادة لصلته الوثيقة بتوثيق عقد الزواج على اعتبار لأن المقصود منها إثبات عقد الزواج وقطع الخصومة والتنازع بين الطرفين وصيانة حقوق جميع الأطراف المترتبة على عقد الزواج. وسيأتي مزيد تفصيل لهذه المسألة في المحور الثاني في بيان الدلائل الشرعية على توثيق عقد الزواج.

الكنيسة.[1]

ويترجم لنا هذا التعريف تطبيقا بل ترسيخا لمبدأ فصل الدين عن الدولة. لأن الثورة الفرنسية سنة1789م جاءت لتضع حدا فاصلا للصراع الطويل المزمن بين السلطتين المدنية والدينية. وكان من نتائج هذا الفصل، أن الدولة لم تعد تنظر للزواج بأنه عقد أو نظام ديني وسرّ من أسرار الكنيسة. بل أصبحت تنظر إليه كعقد مدني تختص دوائر الدولة ومحاكمها بتنظيمه وضبط أحكامه بدقة وبشدة.[2]

والذي يتصل بموضوع توثيق الزواج وتسجيله في هذا الإطار –الأساس المدني للزواج–أن القانون الفرنسي مثلا على اعتباره مصدر القوانين ذهب إلى عدم الاعتراف بالزواج إلا حال إبرامه أمام ضابط الحالة المدنية. مما يعني أن إبرام عقد الزواج في مؤسسة دينية أو جهة كهنوتية كالكنيسة لا يتم الاعتراف به، ويعتبر مساكنة غير شرعية بين الرجل والمرأة مما يفضي إلى بطلانه كما في المادة 19.م.ف17 .

ولهذا ينبغي التنبه إلى أن اشتراط التوثيق والتسجيل لعقد الزواج في الزواج المدني كمظهر شكلي وربما موضوعي في عقد الزواج، ليس وحده المكون الأساسي للزواج المدني. بل جوهر هذا الأخير وروحه إلغاء البعد الديني للزواج. وعليه فإن القول باشتراط التسجيل والتوثيق لعقد الزواج لا يعني أن الزواج مدني وليس دينيا. ومع هذا الاتجاه القانوني في اعتبار الزواج مدنيا إلا أن القانون الفرنسي لم يمنع من إقامة الزواج على الشكل الديني. بل ذهب إلى أبعد من هذا حيث اعتبر مخالفة أحد الزوجين لاتفاق سابق بينهما على إجراء الزواج وإتمامه بالطريق المدني سبب مشروع يجيز طلب الطلاق لأحد الطرفين. وهذا ما سار عليه القضاء الفرنسي أيضا.

أما عن الصيغة القانونية والشرعية للزواج في الإسلام وفي مختلف قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية والإسلامية فلسنا بحاجة إلى تقريرها وإيضاحها. فالبعد الديني للزواج في الإسلام في أغلب أحكامه ومعظم قوانين الأحوال الشخصية العربية والإسلامية تجتمع على تعريف الزواج بأنه عقد ديني شرعي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية. ولهذا نجد آثار الدين في أغلب أحكام عقد الزواج: عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم، والمانع هنا مانع ديني، عدم جواز زواج المسلم بالمشركة والمانع ديني. أولاد المسلم من زوجته الكتابية يلحقون بالإسلام وهو حكم ديني، شرط صحة الزواج خلوه من الموانع الشرعية وهو ما نجده في أغلب قوانين الأحوال الشخصية. وأما عن الشكلية في عقد الزواج فإن الإسلام كما هو معلوم لا يشترط شكلا معينا أو إجراء خاصا يتم به عقد الزواج. فالزواج لا يحتاج إلى أحد ولا يتوقف على إذن حاكم ولا يحتاج إلى موظف دولة ولا يتطلب سلطة دينية في قيامه ولا يحتاج إلى مراسيم خاصة تحت إشراف عالم أو إمام أو مأذون أو مؤسسة دينية ... وكل هذا لا يمنع من اتخاذ أي إجراء مدني لتوثيقه ورفع الارتياب في إجرائه وإنشائه بما في ذلك تسجيله بشكل رسمي لدى الجهات المختصة.[3]

(1) الزواج المدني. دراسة مقارنة. ص88
(2) المرجع نفسه. ص89
(3) الأسرة تحت رعاية الإسلام. عطية صقر 442/1

المطلب الثالث: توثيق عقود الزواج تاريخه ودوافعه وقيمته الدينية والاجتماعية

أولا/: أهمية علم التوثيق وقيمته دينيا واجتماعيا:

لا يستطيع أحد أن ينكر أن توثيق معاملات الناس وتصرفاتهم هو ضمان لحقوق الناس وإقامة لمعاملاتهم وصون لها من الإنكار والجحود والنزاع والخصومة. فالمصلحة من التوثيق مصلحة عامة تعود على الناس بالمنفعة. ولأن مراعاة المصلحة تعتبر أصلا من أصول التشريع الإسلامي. إذ الشريعة كما قرر الشاطبي وغيره أن مبناها على جلب المصالح ودرء المفاسد. ولا يخلو باب من أبواب الفقه عبادات ومعاملات وجنايات **وغيرها من رعاية المصالح وتحقيق مقاصد الشارع والتي لم توضع الأحكام الفقهية إلا لتحقيقها. ضروريات** أو حاجيات أو تحسينيات.(1)

وعلى هذا التأصيل فإنه ينبغي ألا نتردد أبدا في الإقرار باحتضان الشريعة الإسلامية للتوثيق باعتباره مناطا **ينتظم به عقد تلك المصالح والمقاصد المذكورة آنفا.**

فعلم التوثيق هو العلم الذي يبين عناصر كل اتفاقية معقودة بين شخصين او عدة أشخاص يضمن **استمرارها ولأثر مفعولها ويحسم مادة النزاع بين الأطراف المتعاقدة، يوضح لكل من العاقد له والمعقود عليه** ما له وما عليه.(2) وتظهر عناية الإسلام بهذا العلم الجليل من خلال نصوص الكتاب التي أرشدت إلى نظرية التوثيق. فأطول آية في القرآن هي آية كتابة الدين وتوثيقه:﴿ يا أيها الذين ءامنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل **مسمى فاكتبوه﴾** [البقرة282]. **ووردت نصوص قرآنية كثيرة تنص على الإشهاد في التعاقد، وهو وسيلة من** وسائل التوثيق. منها قوله تعالى:﴿ فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم﴾ [النساء6] ﴿واستشهدوا شهيدين **من رجالكم﴾** [البقرة281] **وقوله تعالى: ﴿يأيها الذين ءامنوا شهادة بينكم﴾** [المائدة108].

وفي خصوص الإشهاد في مجال العلاقات العائلية والروابط الأسرية والزوجية ورد حديث عمران بن حصين أنه سئل عن رجل يطلق ثم يراجع ولا يشهد. فقال أشهد على طلاقها وعلى رجعتها.رواه أبو داوود **هكذا موقوفا وإسناده صحيح.**(3)

وإذا كان لنا أن نفاخر في السبق في مجال النظريات بين مختلف المذاهب الاجتماعية الحديثة، فإن نظرية **الإثبات التي تعد من أهم وأحدث النظريات في القوانين الوضعية في المذاهب الحديثة هي نظرية سبق غليها** الفقه الإسلامي وقعّد أصولها وفروعها وهذا ما يدل على سمو الشريعة الإسلامية وتناغم نصوصها وأحكامها مع مصالح الأفراد والمجتمعات. ومحافظتها على السير الحسن عاملات الناس ورعاية حقوقهم. يقول الشيخ المراغي تحت تفسير آية الدين:" وفي هذا دليل على أن الكتابة من الأدلة التي تعتبر عند استيفاء شروطها، وعلى **أنها واجبة في القليل والكثير، وعلى أنه لا ينبغي التهاون في الحقوق حتى لا يضيع شيء منها، وهذا قاعدة من** قواعده الاقتصاد في العصر الحديث، فكل المعاملات والمعاوضات لها دفاتر خاصة تذكر فيها مواقيتها،

(1) الموافقات.ص5

(2) مباحث في الفقه المالكي للجيدي. ص113

(3) سنن أبي داوود. باب الرجل يراجع ولا يشهد.257/2. وصححه ابن حجر في بلوغ المرام. ص331

والمحاكم تجعلها أدلة في الإثبات ثم بين الحكمة في الأوامر والنواهي المتقدمة بعد ذكرها، وتلك سنة القرآن يذكر الأحكام، ثم يذكر أسرارها وفوائدها لتكون أثبت في النفس، وأثلج للقلب قال:﴿ذلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهادَةِ وَأَدْنى أَلَّا تَرْتابُوا﴾ أي ذلك الحكم أحرى بإقامة العدل بين المتعاملين، وأعون على إقامة الشهادة على وجهها. وفي هذا إيماء إلى أن للشاهد أن يطلب وثيقة العقد المكتوب ليتذكر ما كان من الأحوال حين كتابتها وإملائها. "(1)

وحتى تتجلى لنا قيمة هذا العلم بوضوح ومدى حاجة الأفراد والجماعات إليه، سوف أنقل جملة من نصوص العلماء والفقهاء خاصة المهتمين منهم بهذا العلم: يقول ابن مغيث:"علم الوثائق علم شريف يلجأ إليه الملوك والفقهاء وأهل الطرق والسوقة والسواد كلهم يمشون إليه، ويتحاكمون بين يديه ويرضون بقوله ويرجعون إلى فعله، فينزل كل طبقة كمنهم على مرتبتها ولا يخل بها عن منزلتها." ويقول ابن بري:"كفى بعلم الوثائق شرفا وفخرا انتحل أكابر التابعين لها وقد كان الصحابة رضي الله عنهم يكتبونها على عهد رسول الله وبعده." (2)

وفضلا عن هذه النصوص التي تجلي لنا أهمية علم التوثيق وقيمته تناول كبار العلماء لجميع ما يتصل بالتوثيق من كيفية الكتابة وصفة الكاتب والموثق وشروط الوثيقة. يقول مالك رحمه الله تعالى:" لا يكتب الوثيقة بين الناس إلا عارف بها، عدل في نفسه مأمون عليها لقوله تعالى:" وليكتب بينكم كاتب بالعدل".

ثانيا/: تاريخ إثبات وتوثيق عقود الزواج عند المسلمين ودوافعه: إن الوازع الديني والتعلق بمبادئ الإسلام الذي ميز المسلمين في معاملاتهم ومختلف العلاقات الناشئة فيما بينهم، جعل هذه المعاملات والعلاقات تتسم بالبساطة والبعد عن التعقيد. وكان يكفي الطرفين عند التعامل والتعاقد قول أحدهما للآخر: كفى بالله شهيدا ويقول الآخر: كفى بالله كفيلا. إلا أن هذا لا يعني أن المسلمين لم يعرفوا التوثيق خاصة في بداية الدولة الإسلامية في عصر النبوة والخلافة الراشدة. وأن معاملاتهم كانت بعيدة عن الشكلية التي اشتهرت بها القوانين القديمة كالقانون الروماني في مجال التوثيق والإثبات.(3)

وقد قدمنا قريبا أن الإسلام قد سبق إلى التأسيس لنظرية الإثبات والتوثيق من خلال استعراضنا لنصوص القرآن والسنة في هذا المجال. ويسع الباحث المتجرد هنا أن يعتقد بكل يقين ووضوح أن التوثيق قد ساير الرسالة الإسلامية منذ مهدها. أما في خصوص عقود الزواج وخصوصا توثيقه عن طريق الكتابة، فلا يعرف تاريخيا أن الصحابة زمن النبي كانوا يكتبون ما يتعلق بعقد الزواج ككتابة الصداق وصفته من التعجيل والتأجيل. وهذا ما قرره شيخ الإسلام ابن تيمية بقوله:"ولم يكن الصحابة يكتبون "صداقات" لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر؛ بل يعجلون المهر وإن أخروه فهو معروف؛ فلما صار الناس يتزوجون على المؤخر والمدة تطول وينسى: صاروا يكتبون المؤخر وصار ذلك حجة في إثبات الصداق؛ وفي أنها زوجة له؛ لكن هذا الإشهاد يحصل به المقصود؛ سواء حضر الشهود العقد أو جاءوا بعد العقد فشهدوا على إقرار الزوج والزوجة

(1) تفسير المراغي3/76

(2) المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق أحمد بن يحيى الونشريسي دار البحوث للدراسات الإسلامية-دبي-ط1-2005م. ص06

(3) في العهد الروماني مثلا كان عقد الزواج يكتب المعبد على يد رجل دين. أما عند اليهود، فالكتابة ركن من أركان الزواج"كتوبة" أما النصارى فالقانون الكنسي يشترط على أتباعه لصحة الصلاة الإكليل والكتابة تمييزا له عن لعقد المدني.

والولي وقد علموا أن ذلك نكاح قد أعلن وإشهادهم عليه من غير تواص بكتمانه إعلان."[1] ويحتاج منا قول ابن تيمية إلى وقفات: فالغاية من الكتابة كانت لإثبات الصداق. ويستتبع هذه الغاية أن غاية الكتابة تثبيت الزواج. وأن المرأة المكتوبة في الوثيقة هي زوجة شرعية للرجل المذكور في هذه الوثيقة. وعلى الرغم من هذه الأهمية للتوثيق والكتابة إضافة إلى إرشاد القرآن لكتابة ما هو أقل شأنا وخطرا من الزواج ألا وهو الدين. ومع هذا لم يكن الصحابة يلتزمون بكتابة عقود الزواج وتوثيقها اكتفاء منهم بيقظة الضمير واستشعار مراقبة الله تعالى في حفظ الحقوق وأداء الواجبات والالتزامات. وهذا ما يمكن تسميته بالتوثيق الاجتماعي الذي كان يكتفى فيه بعد مراقبة الله تعالى وقوة الإيمان بشهادة الشهود مع ما يعتري الشهادة من الأعراض والأحوال كالغفلة والذهول والنسيان وموت الشهود والجحود والإنكار...

ويمكن أن نرجع بداية فكرة كتابة عقد الزواج في التاريخ الإسلامي إلى العصر الفاطمي[358هـ-567هـ]. وكان يتولى ذلك القاضي، فيبرم العقود ويوثقها وكانت تأخذ كثيرا من وقته، ثم ظهرت بعد ذلك فكرة أن يفوض القاضي غيره في إبرام وتوثيق عقود الزواج. فكان يعهد لأحد العلماء ليتولى ذلك نيابة عنه، وكان يتم هذا العهد بتصريح مكتوب من قاضي الشرع بإبرام وتوثيق عقد بعينه، له أصل في دفتر لدى القاضي يسجل فيه أنه قد أذن للعالم الفلاني بعقد زواج فلانا من فلانة. ومن هنا ظهرت فكرة المأذون" أي مأذون القاضي" لكن الأمر أصبح فيه مشقة وحرج في إعطاء الإذن لكل زيجة. فتم طبع دفاتر تحوى خمسة عشر عقدا للزواج يتولى القاضي تسليمها للعالم، لذلك نجد اليوم أن دفاتر المأذونين الموثقين عدد وثائقها خمسة عشر وثيقة، واستمر الحال على ذلك حتى سنة 1284هـ- 1868م – حين صدرت اللائحة الشرعية المؤرخة يوم25 ذي الحجة سنة 1314هـ-الموافق27 مايو 1898م. فأصبح المأذون يعين ليتولى إبرام وتوثيق عقود الزواج، وشهادات الطلاق والرجعة، دون حاجة إلى إذن القاضي وتغير اسمه من "مأذون القاضي" إلى "المأذون الشرعي[2].

ولكن السؤال المهم الذي يجب أن يطرح في اعتقادي هو في البحث عن أسباب ضمور الاهتمام بالكتابة وتوثيق عقود الزواج بها والاكتفاء بالشهادة كوسيلة غالبة ومنتشرة في عقد له أهميته ومكانته كعقد الزواج. ويمكن إرجاع أسباب هذا الضمور في اعتبار الكتابة وسيلة للإثبات إلى ما يلي:

1- عدم انتشار الكتابة: وقد جاء في الحديث في الصحيحين:" نحن أمة أمية لا نكتب ولا نحسب...."[3] ومما يؤكد هذا السبب المفاداة التي حصلت في غزوة بدر في قضية الأسرى مقابل تعليم الكتابة.

2- التزام الناس بأحكام الإسلام وتمسكهم بأخلاق القرآن يؤدون الذي عليهم قبل أن يسألوا الذي لهم ويشهدون بالحق وهو يعلمون ولو على أنفسهم. لهذا كانت معاملاتهم حتى في ظل عدم كتابتها بينهم مستقرة وحقوقهم محفوظة.

(1) مجموع الفتاوى32/ 131.

(2) موسوعة المأذونين الشرعيين والموثقين المتدبين/ المستشار حاتم صبحي الأرناؤوطى دار الكتب القانونية .نقلا عن توثيق عقود الزواج بين الشريعة والقانون. محمد بوقزولة. رسالة ماجستير. المعهد الأوروبي الإسلامي بباريس. ص62

(3) البخاري: كتاب الصوم باب قول النبي نحن أمة أمية. برقم1814. 2/675، صحيح مسلم: كتاب الصيام باب صوموا لرؤيته. برقم2478. 3/123

3- سهولة المعاملات وبساطتها وبعدها عن التعقيد لذلك لم يكونوا محتاجين إلى الكتابة. لكن لما اتسعت رقعة الأرض وتوسعوا في العمران والمدنية وتشابكت مصالحهم لم يكن بدّ من ضبطها عن طريق الكتابة والتسجيل.(1)

وإذا كانت هذه هي أسباب ضمور الاهتمام بالكتابة كوسيلة من وسائل إثبات العقود ومنها الزواج فما هي دوافع إعادة الاهتمام بالكتابة والعمل على نشرها وإعطائها القوة ضمن وسائل الإثبات.

رابعا/ : دوافع التوثيق بالكتابة في عقود الزواج:

يمكن أن نجمل دوافع توثيق عقود الزواج عن طريق الكتابة في النقاط التالية:

1- أضداد ما ذكر من أسباب ضمور الاهتمام بالكتابة أي انتشار الكتابة وفشوها وتطورها، ضعف الوازع الديني عند الكثير مما أضعف القوة الإثباتية للشهادة لأن أساسها الذي تقوم عليه عدالة الشهود وديانتهم، التعقيد الذي صاحب حياة الناس واشتباك مصالحهم مما جعل الحاجة ماسة إلى اعتماد الكتابة في التوثيق والإثبات.

2- إمكانية حفظ العقد المكتوب مدة طويلة وغير محدودة بخلاف شهادة الشهود.

3- الاحتياط لعقد الزواج بحفظ مكانته وقداسته والحقوق المترتبة عليه والتي تنتظم بها الروابط الأسرية والاجتماعية.(2)

المحور الثاني: الدلائل الشرعية على توثيق عقد الزواج وقيمته الشرعية والقانونية وأثره على استقرار أحكام الأسرة.

إن التصور الإسلامي من حيث المبدأ لا يفرض شكلا معينا لإتمام الزواج. فعقد الزواج كسائر العقود الأخرى إذا توافرت أركانه وشروطه وقع صحيحا مرتبا لآثاره. فبمجرد صدور الإيجاب والقبول يكون الزواج قد انعقد ولا يتوقف وجوده على بينة الكتابة من جهات معينة. بل يكفي في إثبات عقد الزواج عموما وما يترتب عليه من آثار المهر والنفقة والنسب... البينة الشخصية، إقرار الزوجين وأطراف العلاقة التعاقدية وشهادة الشهود.

لكن هل لهذا التصور في إنشاء عقد الزواج إطار محدد لا يجوز مجاوزته ولا الخروج عنه إلى استحداث أشكال أخرى وتنظيمات إدارية إلزامية تفرض في إنشاء عقد الزواج وإقامته، كالإلزام بتسجيل عقود الزواج لدى الجهات الرسمية المختصة كما هو جار عليه العمل الآن في مختلف البلدان. وما هو الموقف الشرعي من ذلك؟

المطلب الأول: مشروعية توثيق العقود بالكتابة.

فإنه غير خاف على المطلع على سيرة النبي عليه السلام، مدى عنايته بالعلم عموما وبشكل خاص الكتابة كوسيلة من وسائله. وقد اتخذ النبي كتّابا يكتبون له في جميع المجالات سواء منها ما تعلق بالوحي أو المعاهدات والمراسلات أو حتى العقود. فقد جاء في العقد الفريد: " أن عثمان وعليا كانا يكتبان الوحي للنبي فإن غابا كتب أبي بن كعب وزيد بن ثابت فإن لم يشهد واحد منهما كتب غيرهما. وكان خالد بن سعيد بن العاص ومعاوية بن أبي سفيان يكتبان بين يديه في حوائجه.... وكان معيقيب بن أبي فاطمة يكتب مغانم

(1) وسائل الإثبات للزحيلي. ص433

(2) العقود المستجدة في الزواج. الأشقر.ص134

النبي... [1] وفي ترجمة العلاء بن عقبة كما في الإصابة أنه هو والأرقم كانا يكتبان بين الناس المداينات والعهود والمعاملات. [2] وهذا الواقع العملي في زمانه عليه السلام وبعده من الدلائل القوية التي تثبت معها مشروعية التوثيق عموما وخصوصا ما يتعلق منها بالعقود. إلا أن الأساس في مشروعية توثيق العقود بالكتابة القرآن والسنة بأنواعها. أما من القرآن، فقوله تعالى:﴿ إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه..﴾ ومن السنة قوله عليه السلام:" ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين، وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه ".قال ابن عمر: " ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله ﷺ قال ذلك إلا وعندي وصيتي ".[3]

وجاء عن ابن عباس لما نزلت آية الدين قال رسول الله في قول الله: إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه إن أول من جحد آدم ﷺ أن الله أراه (...) رأى رجلا أزهر ساطع نوره، فقال: يا رب من هذا؟ قال هذا ابنك داود. قال: يا رب، فما عمره؟ قال: ستون سنة، قال: يا رب زد في عمره. قال: لا، إلا أن تزيده من عمرك قال:وما عمري؟ قال: ألف سنة. قال: آدم: فقد وهبت له أربعين سنة. قال: فكتب الله عليه كتابا، وأشهد عليه ملائكته. فلما حضره الموت، وجاءته الملائكة، قال: إنه قد بقي من عمري أربعين سنة. قالوا: إنك قد وهبتها لابنك داود. قال: ما وهبت لأحد شيئا. قال: فأخرج الله الكتاب، وشهد عليه الملائكة." [4]

فكل هذه الأدلة مجتمعة يؤخذ منها أمران اثنان: أولهما مشروعية توثيق العقود. وثانيهما اعتبار الكتابة دليلا من أدلة الإثبات وأن فائدة الكتاب أو الوثيقة هو الاعتماد عليها عند الإنكار والجحود.

وهذه المشروعية الثابتة لتوثيق العقود عن طريق الكتابة شاملة لعقد النكاح وغيره، وإن لم يرد ما يدل على أن الصحابة الكرام كانوا يوثقون عقود الزواج بالكتابة على الرغم من إرشاد القرآن الكريم لهم كتابة الدين.

المطلب الثاني: الإلزام القانوني بتسجيل عقود الزواج قيمته وموقف الشريعة منه

إن مكانة عقد النكاح من جهة وأهمية التوثيق من جهة ثانية فرضا على مختلف القوانين المنظمة للأحوال الشخصية في البلاد العربية والإسلامية وغيرها الاتجاه نحو إلزام الناس بتسجيل عقود زواجهم لدى الدوائر الرسمية والجهات المختصة. وقد رتبت معظم هذه القوانين الحقوق والآثار المترتبة على عقد الزواج على تسجيله وتوثيقه لدى هذه الدوائر الرسمية.

لكن ما هو الموقف الشرعي من هذا الإلزام؟ وما هو موقعه ضمن شروط صحة النكاح التي حددها الفقهاء؟

أولا/: موقف القوانين العربية من توثيق عقود الزواج وقيمته القانونية.

إن في اعتقادي أنه إذا كان ثمة إجماع متصور إمكانية ووقعه من أهله. فهو في مسألة الإلزام بتسجيل عقود

(1) العقد الفريد. شهاب الدين أحمد بن عبد ربه-دار الكتب العلمية-بيروت-ط1-1404هـ. 244/4
(2) الإصابة في تمييز الصحابة.أحمد بن علي بن حجرالعسقلاني.-دار الجيل بيروت-1412هـ. 80/2
(3) رواه الشيخان وأصحاب السنن وغيرهم. مشكاة المصابيح. الخطيب التبريزي.-المكتب الإسلامي-بيروت-ط3-1985م. 924/2
(4) تفسير ابن أبي حاتم- مكتبة نزار مصطفى الباز-السعودية-ط3-1419هـ.555/2

الزواج في القوانين العصرية حيث اتجهت بل أجمعن جميع هذه الأنظمة والقوانين على اعتبار تسجيل عقود الزواج من النظام العام الذي يتعلق بمصلحة الدولة. ولهذا صرحت كثير من قوانين الأحوال الشخصية في العالم العربي والإسلامي على وجوب تسجيل عقود الزواج وألزمت بذلك في مواد وقوانين عديدة.

ففي قانون الأحوال الشخصية المصري في مادته 99:" لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة1931"

وفي المادة 92 من القانون الكويتي:" لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية أو سبق إنكار الإقرار بالزوجية في ورقة رسمية". وفي قانون الأسرة الجزائري في القسم الثالث تحت عنوان في عقد الزواج ولإثباته المواد من 18-22، حيث تناولت هذه المواد إجراءات عقد الزواج وكيفية إنشائه وإثباته وإتمامه أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا كما هو نص المادة18 معدلة. وقد تضمن هذا القسم الثالث من قانون الأسرة الجزائري الشروط الشكلية الواجب توافرها لتحرير عقود الزواج إضافة إلى الشروط الموضوعية التي تضمنتها المواد 09-17.

وهذه التراتيب والإجراءات الإدارية التي ألزمت بها قوانين الأحوال الشخصية في إبرام عقد النكاح، ومنها ما يتعلق بإلزام تسجيله وتوثيقه هي شروط قانونية لا تترتب آثارها القانونية إلا بتحققها وتوافرها. وليس لها أي تعلق بالحكم الشرعي. الفقهي.[1]

وبالنظر إلى هذه القوانين المنظمة للأحوال الشخصية في مسألة تسجيل عقود الزواج يمكن أن نلخصها في أربعة اتجاهات:

*الاتجاه الأول:قوانين ألزمت توثيق العقد بدون ذكر عقوبة لهذه المخالفة كالقانون المغربي الذي نص في الفصل 43 على أن يسجل العقد بسجل الأنكحة لدى المحكمة وترسل نسخة منه إلى إدارة الحالة المدنية." ومثله أيضا القانون الجزائري في المادة 18 المعدلة السابقة الذكر.

* الاتجاه الثاني: قوانين ترفض سماع الدعوى في الزواج إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية. كقانون مصر والكويت. حيث المادة99:"لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بورقة رسمية".

* الاتجاه الثالث: قوانين توجب عقوبة على عدم التوثيق لدى الموظف المسؤول. ويتفاوت مقدار العقوبة من دولة إلى أخرى. ومنها القانون العراقي والقانون الأردني. ففي القانون العراقي الفقرة05 من المادة 10 ونصها:" يعاقب بالسجن مدة لا تقل ستة أشهر ولا تزيد عن سنة أو بغرامة لا تقل عن 300دينار ولا تزيد على ألف دينار كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة."

* الاتجاه الرابع: قوانين تعتبر هذه العقود باطلة ومنها القانون التونسي الذي ينص في الفصل الرابع من

(1) المستجدات الفقهية للأشقر. ص135

الأحكام التي تتعلق بالزواج على أنه لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص."[1]

ونظرا للأهمية الكبيرة لتسجيل عقود الزواج من الناحية القانونية فإن الوثيقة الرسمية لعقد الزواج تعتبر من أهم وثائق الحالة المدنية الأساسية. لهذا اهتم بها القانون وحدد البيانات التي يجب أن تحويها وثيقة الزواج إضافة إلى الإجراءات المتبعة لتسجيل عقد الزواج.

ثانيا/: موقف الشريعة الإسلامية من الإلزام القانوني بتسجيل عقود الزواج.

قد قدمنا أن الإلزام القانوني بتسجيل عقود الزواج هو عبارة عن الشروط القانونية في الناحية الإجرائية والشكلية التي يتم بها عقد الزواج. وحتى نتبين موقف الشريعة الإسلامية من هذه الشروط القانونية ومنها الإلزام بالتسجيل. لا بد أن نحدد أولا موقع هذه الشروط ضمن شروط عقد النكاح المقررة عند الفقهاء. وثانيا تأثير عدم التوثيق والتسجيل على صحة عقد النكاح. وثالثا الموقف من هذا الإلزام وتأصيله من الناحية الشرعية.

1- موقع الشروط القانونية (الإلزام بتسجيل عقود الزواج) ضمن شروط صحة النكاح شرعا:

كما هو معلوم فإن الفقهاء يقسمون شروط النكاح إلى ثلاثة أقسام:شروط صحة ونفاذ ولزوم. أما شروط الصحة، فهي الشروط التي لا يعتبر العقد بغيرها موجودا من الناحية الشرعية تثبت بها الأحكام المترتبة على هذا العقد. وشروط النفاذ هي الشروط التي لا يتوقف نفاذ أحكام العقد على المتعاقدين، ويبقى العقد بدونها موقوفا حتى تتم إجازته. أما شروط اللزوم فهي الشروط التي يحق لكل من الطرفين في حالة عدم توافرها فسخ العقد دون إنهائه لعدم لزومه عليه. أما شروط الصحة فهي: حضور الشاهدين وأن تكون المرأة محلا للعقد.

وأما شروط النفاذ: أن يكون الذي تولى إنشاءه له ولاية إنشائه أي يكون كامل الأهلية. وأما شروط اللزوم: كأن يكون الولي أبا أو جدا في تزويج ناقص الأهلية، الكفاءة، الخلو من العيوب، مهر المثل..[2]

والذي يتعلق بتسجيل عقود الزواج من هذه الشروط هو شرط الشهادة إلا أن هذا التعلق والارتباط محكوم بتحقيق القول في المقصود من الشهادة. فهل يقصد من الشهادة الإعلان أم الإثبات أو كل الأمرين؟

يقول محمد أبو زهرة:" أما شرط الشهادة فقد اتفق فقهاء المسلمين في كل العصور على أن الغاية منه شهر الزواج وإعلانه بين الناس فإن فرق ما بين الحلال والحرام الإعلان كما وردت بذلك الآثار. وكما تعارف الناس من وقت أن عرفوا شريعة الزواج إلى الآن. ولقد قال النبي ﷺ :" أعلنوا النكاح ولو بالدف" ولقد قال أبو بكر الصديق:" لا يجوز نكاح السر حتى يعلن ويشهد عليه."[3]

وتأكيدا على أن هذا الإعلان هو المقصود من الشهادة فقد حكم الفقهاء بفسخ نكاح السر وهو النكاح الذي يوصى في الشهود بكتمه. وسيأتي تحريره.

إلا أنه وإن كان المقصود من الشهادة هو الإعلان وشهرة النكاح وإخراجه عن حيز التكتم والسرية. إلا أنه

(1) المستجدات الفقهية للأشقر. ص146
(2) الأحوال الشخصية. أبو زهرة.ص، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي. 9/6579
(3) محاضرات في عقد الزواج. أبو زهرة. ص91

من جانب آخر تعتبر الشهادة في النكاح وسيلة قوية ومعتبرة في إثبات عقد الزواج، وإعلاما أن هذه المرأة أصبحت مقصورة على هذا الرجل وان الواجب الدفاع عن هذه الرابطة وتحمل آثارها ومسؤولياتها.

ويتفرع عن هذا البيان عدّ التوثيق والتسجيل لعقد النكاح تسجيلا يقطع تأتّي إنكاره أو الشك فيه في مقام الشهرة والإعلان. وقد أورد هذا الاستشكال الشيخ الطاهر بن عاشور في كتابه المقاصد بعد أن ذكر أن الأصل الأول الذي تبنى عليه مقاصد آصرة النكاح وهو تفريق الزواج عن غيره من المقارنات الأخرى المذمومة التي يقترن فيها الرجل بالمرأة على غير الصورة المعهودة. قال " وقوام هذا الأصل على ثلاثة أمور: وذكر الولي وأهميته والمهر ثم الشهرة وقد عرج على ذكر مفاسد الإسرار في النكاح منتهيا إلى إيراد هذا الاستشكال بقوله:" ويجب النظر في أن التوثيق بتسجيل الإشهاد لعقد النكاح تسجيلاً يقطع تأتّي إنكاره أو الشك فيه هل يقوم مقام الشهرة في معظم حكمتها؟ فذلك مجال للاجتهاد. "(1)

وإذا كان إلحاق التسجيل بالإشهاد في حصول الإعلان والإثبات محل نظر واجتهاد فينبغي النظر في جدواه وفائدته في تحصيل مقاصد الإشهاد(الإعلان والإثبات).

وأعتقد أن نظرة واقعية بسيطة كفيلة بتأكيد أهمية التوثيق والتسجيل في إثبات الزواج وحصول الإعلان معه وذلك من نواح عديدة:

1-إن إجراءات تسجيل الزواج وتوثيقه لدى ضابط الحالة المدنية تستلزم حضور شاهدين يبصمان ويوقعان وثيقة عقد الزواج ففيه تحقق الشهادة وزيادة.

2-إن سماع الدعوى في المنازعات الزوجية متوقف على وجود ورقة رسمية تثبت تسجيل عقد الزواج. وهذا يعني أن قوة الإثبات في التوثيق والكتابة دون غيرها.

3-إن الأساس الذي كان يعتمد عليه في الإشهاد لتحصيل المقصد منه هو الوازع الديني وصحوة الضمير وقوة الإيمان ومراقبة الله تعالى. وإذا اهتز هذا الأساس كما هو حاصل اليوم اهتزت معه مقاصد الإشهاد وقلّت فائدته ومنافعه. وهذا ما يؤكد قيمة التوثيق وأهميته في تحصيل مقاصد الإشهاد، قصور الأصل وهو الإشهاد. والقاعدة الفقهية تقول: إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل، والحاجة توجب الانتقال إلى البدل عند تعذر الأصل. ثم إن الإشهاد وسيلة وليس غاية. فإذا تعذرت الوسيلة أو قل نفعها، على الناس أن يختاروا وسيلة أجدى وأكثر نفعا.

4- من مقاصد الشريعة في تشريع الشهود إثبات وتوثيق وضبط الحقوق للاحتجاج بها عند الحاجة. وهي مقاصد أصلية للتوثيق والتسجيل بل هي آكد، لما يتمتع به الوثيقة من الدوام والاستمرارية لمدة طويلة وسهولة الوصول إليها والحصول عليها وقوتها الإثباتية من بين وسائل الإثبات الأخرى.(2)

5- دلالة الحوادث الكثيرة على أن الزواج لا يزال يحتاج إلى مزيد صيانة ورعاية. فقد رفعت قضايا كثيرة إلى

(1) مقاصد الشريعة. محمد الطاهر بن عاشور. ص431
(2) المستجدات الفقهية. للأشقر. ص134

المحاكم يجحد فيها احد الزوجين واقعة الزواج أو يدعيها، تحصيلا لنفع أو هروبا من التزامات ومسؤوليات. ويزداد الأمر سوءا إذا كان بينهما أولاد حيث يتم إنكار نسبهم، وإلقاؤهم في دوامة من المشاكل النفسية والاجتماعية وحتى المادية، خاصة مع ضعف الوازع الديني وفساد الذمم. ومن المقرر مقاصديا أن الوازع الديني إذا ضعف فيما كان معهودا وجاريا عليه العمل وعرف الناس يوجب على ولي الأمر التدخل كما هو الحال هنا. يقول الطاهر بن عاشور:" فمتى ضعف الوازع الديني، في زمن أو قوم أو في أحوال يُظَنُّ أن الدافع إلى مخالفة الشرع في مثلها أقوى على أكثر النفوس من الوازع الديني، هنالك يُصار إلى الوازع السلطاني، فيناطُ التنفيذُ بالوازع السلطاني. كما قال عثمان بن عفان: "يزع الله بالسلطان ما لا يزع بالقرآن".[1]

2- تأثير عدم تسجيل الزواج وتوثيقه على صحة النكاح:

على الرغم من أهمية التوثيق في عقود الزواج والحاجة إليه في حفظ الحقوق المترتبة على الزواج، إلا أنه لا تعلق البتة بصحة النكاح وبطلانه. وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الزواج متى توافرت أركانه وشروطه وليس منها تسجيله وتوثيقه كتابيا، صحّ عقد النكاح وترتبت عليه آثاره. وأبسط الأدلة على هذا أن أشرف الزيجات وأكرمها التي كان يتولاها النبي باعتباره طرفا في العلاقة الزوجية أو وليا لبناته ونساء المؤمنين، لم تكن تسجل وتوثق. فقد تزوج النبي وزوّج بناته ولم يوثق ولم يسجل.

وقد قرر الفقهاء أن الناس غير محتاجين إلى إذن الحاكم في عقودهم ومعاملاتهم. فمتى وقعت هذه العقود والمعاملات على الصفة الشرعية ترتبت عليها آثارها ولم تفتقر إلى حاكم باتفاق العلماء."[2]

ويؤخذ من هذا أن توثيق عقود الزواج وتسجيلها لا يؤثر في صحة النكاح ولو ألزم به الحاكم وفرضه على الناس. بل وحتى لو حكم العلماء والمجتهدون بوجوبه، لوجوب طاعة ولي الأمر والسمع والطاعة له، لأن هذا من باب السياسة الشرعية التي تعود على الناس بالمصلحة والمنفعة. فإن هذا الوجوب لا يؤثر في صحة العقد وإن كان صاحبه يستحق معه الإثم لمخالفته للواجب. كما لا يؤثر الغصب في صحة الصلاة وإن كان صاحبها يستحق الإثم على الغصب.

وإذا كان الزواج كما هو معلوم عقدا رضائيا يتم بإيجاب وقبول وولي وشاهدين، سواء سجّل وكتب أو لا كان ذلك دليلا على أن الزواج يقع صحيحا بغض النظر عن توثيقه أو عدم توثيقه. يقول الشيخ حسنين مخلوف في فتاويه وقد سئل عن زواج تم بإيجاب وقبول وبحضور شاهدين مستوف للشرائط الشرعية بدون إثبات للعقد في وثيقة رسمية هل يكون زواجا شرعيا وتحل به المعاشرة أو لا بد من إثباته في الوثيقة الرسمية؟

فأجاب:" عقد الزواج إذا استوفى أركانه وشروطه الشرعية تحل به المعاشرة بين الزوجين، وليس من شرائطه الشرعية إثباته كتابة في وثيقة رسمية ولا غير رسمية. وإنما التوثيق لدى المأذون أو الموظف المختص، نظام أوجبته اللوائح والقوانين الخاصة بالمحاكم الشرعية خشية الجحود وحفظا للحقوق وحذرت من مخالفته

(1) المقاصد. 367/3
(2) [34/32]

لما له من النتائج الخطيرة عند الجحود." [1]

بل لو رجعنا إلى مواد قوانين الأحوال الشخصية التي ألزمت بتسجيل عقود الزواج، نجد أنها مع هذا الإلزام والإيجاب تفتح المجال لإثبات الزواج بالوسائل الأخرى في حالة عدم تسجيله في سجلات الحالة المدنية. فقد نصت المادة22 معدلة من قانون الأسرة الجزائري:" يثبت الزواج بمستخرج من الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة."

3- التأصيل الشرعي للإلزام القانوني بتسجيل عقود الزواج.

إذا جاوزنا البعد المصلحي والمقاصدي لتوثيق عقود الزواج والذي يحتم من باب السياسة والكياسة فرضه وإلزام الناس به تحقيقا لتلك المصالح والمقاصد التي تجاوز أطراف العلاقة التعاقدية إلى عموم أفراد المجتمع تحقيقا للاستقرار والتوازن داخل المجتمع. فهل يمكن في ضوء هذا البيان أن نعتبر أن توثيق عقود الزواج من الواجبات الشرعية التي تجد مستندا لها وتأصيلا ضمن قواعد الشرع ونصوصه؟

وأنا أقول تبعا لأهل العلم: إن وجوب هذا الإلزام القانوني بتسجيل عقود الزواج شرعا، لا ينبغي أن نختلف فيه ولا أن يكون مجالا للتردد والارتياب في حكمه. وقواعد الشريعة وكلياتها تشهد له بالاعتبار.

1- تحقيق المصالح ودرء المفاسد: أن هذا الأصل الذي قامت عليه الشريعة، أول الأدلة الشاهدة بالاعتبار لتوثيق عقود الزواج. وقد قرر علماؤنا أن الشريعة مبناها على هذا الأصل. والنبي ما بعث إلا بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها. وما أمر الله تعالى بشيء إلا لرجحان مصلحته وما نهى عن شيء إلا لرجحان مفسدته.[2] وتحت توثيق عقود الزواج ينتظم عقد مصالح كثيرة وتتلاشى مفاسد عظيمة، فيه تحفظ الحقوق الزوجية وحقوق الذرية من ناحية إثبات نسبهم واستحقاقهم للنفقة وإثبات الزواج أمام المجتمع ودفع الريبة والتهمة والظّنة عن الزوجين...وإذا كانت هذه المصالح والمفاسد يتوقف حصولها جلبا ودرءا على توثيق عقد الزواج وبعضها معدود ضمن الواجبات التي يرتبها عقد النكاح، دلّ ذلك على وجوب وسيلتها على اعتبار أن الذريعة لها حكم غايتها وهو من فروع قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد.

2- رفع الضرر وإزالته: فالقاعدة أن الضرر في الشرع يزال. وقد جاء في الموطإ مرسلا:"لا ضرر ولا ضرار" وجاءت نصوص كثيرة تنهى عن الضرر منها ما يتعلق بخصوص العلاقة بين الزوجين. فمنها قوله تعالى:﴿ لا تضار والدة بولدها﴾[البقرة233] وقوله تعالى:﴿ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا﴾[البقرة231].

ومن تطبيقات هذه القاعدة وفروعها التي ذكرها العلماء في هذا الباب طلب المرأة طلاقا من زوجها من غير بأس أو إيقاع الطلاق من غير سبب من طرف الزوج. لأن الطلاق كما قال شيخ الإسلام فيه من ضرر الدنيا والدين ما لا خفاء به...[3]

(1) المستجدات الفقهية للأشقر. ص131
(2) مجموع الفتاوى1/138
(3) القواعد النورانية.ص242

فإذا تقرر أن الضرر بجميع أشكاله حكمه في الشرع الدفع والإزالة، فإن أعظم وسيلة لدفع الأضرار والمفاسد الناشئة عن عدم توثيق الزواج هو الإلزام بتسجيله لدى الجهات الرسمية، رعاية للحقوق وصيانة للأعراض وضمانا للاستقرار وحفاظا على النظام العام والآداب داخل المجتمع. ولو ترك الناس ودعواهم لما استطعنا أن نفرق بين حليلة وخليلة يكونان في خلوة في أماكن عامة. والحكم الفصل في هذا وجود الدليل الكتابي على أنها زوجة منعا لانتشار الفواحش والمنكرات داخل المجتمع. بل إن عدم وجود الوثيقة الرسمية للزواج، جعل أحد الأزواج يدعي زورا وبهتانا أن الذي كان بينه وبين هذه المرأة التي رفعت أمرها إلى المحكمة تطالبه بتوثيق عقود الزواج، كان مجرد لقاء بين رجل وامرأة غريبين برضا المرأة. فتحولت المرأة من زوجة عفيفة كان من المفترض أن يكون الزواج تحصينا لها إلى مجرد عشيقة فاجرة مكنت نفسها من رجل في حرام. وما كان هذا ليقع لو أن الزواج كان مسجلا لدى الجهات الرسمية.

3- تصرف الإمام في الرعية منوط بالمصلحة: وقد نص على هذه القاعدة الإمام الشافعي حيث قال: "منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم" أي أن تصرفاته لا تكون إلا وفق ما عليه المصلحة وما يحقق المنفعة لعموم الرعية. وإذا كان سنّ قانون للمرور وقانون للبناء استهدافا للمصلحة ودرءا للمفسدة ويلزم الجميع باحترام هذه القوانين والإذعان لها، بل ويعاقب مخالفيها، فكيف بما هو أهم من هذا وذاك، البناء الأسري الذي يقوم على لبناته المجتمع. إن تدبير شؤون الرعية وتنظيمها من واجبات الحاكم يمليه عليه منصبه ويوجبه عليه دينه. وقد سمى العلماء هذه التدابير والإجراءات التي يتصرف فيها الحاكم في رعيته على ما تقتضيه المصلحة، سياسة شرعية. لهذا عرفها ابن عقيل بقوله:"ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب ’لى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحي."(1)

والذي يستوقفنا في تعريف ابن عقيل، قوله:" وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحي" كأنه يشير إلى مجال تطبيق السياسة الشرعية وهو مجال أمام الحاكم والمجتهدين لوضع ما يلائم واقع الناس ويحقق مصالحهم ويجنبهم المفاسد في وضع ما يحقق مقاصد الشارع ومقاصد المكلفين على حد سواء. فالمصلحة والاستحسان والاستحسان وسد الذرائع والعرف المعتبر واعتبار المآلات وتحقيق المناط الخاص ومراعاة الخلاف...تعتبر أصولا للسياسة الشرعية التي تمكن الحاكم من التصرف في الرعية بما يحقق مصلحة المجتمع. والإلزام بتسجيل عقود الزواج وإن كان مصدر به القانون الوضعي، فإن هذا لا يخرجه عن مجال السياسة الشرعية ما دام موافقا لمقاصدها المعتبرة، وليس مخالفا لنص أو إجماع أو قياس صحيح، وما دام محققا لمصلحة تعتبرها الشريعة الإسلامية خاصة وأن في أصول الشريعة ما يشهد لها بالاعتبار لنظائره وأشباهه، كالأمر بكتابة الوصية والديون ونحوها...

من أجل هذا كله تواطأت كلمة الفقهاء المعاصرين على إيجاب توثيق عقود الزواج في دفاتر الحكومة

(1) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية.ص13

وسجلاتها الرسمية، ضمانا للحقوق لا سيما في هذا العصر الذي ضاعت فيه الأمانة وخربت فيه الذمم.[1]

المحور الثالث

عقود الزواج المستجدة بسبب الإخلال بالإلزام القانوني ، واقعها وآثارها الاجتماعية

لقد أفرزت الحياة المعاصرة نتيجة ظروف وأسباب متنوعة، أنواعا من الزيجات لم تكن معروفة لدى سلفنا الصالح وفقهائنا المتقدمين الأجلاء. وهذه العقود التي جدّت في حياة الناس إما تحت تبرير الضرورة وحفظ الحاجة، وإما بسبب التقصير والتهاون، والجري وراء شهوات النفس والفرار من تحمل واجباتها ومسؤولياتها، منها ما هو مرتبط بشكل واضح ومباشر بهذا السبب أعني الإخلال بالإلزام القانوني بتسجيل عقود الزواج. فما هي هذه العقود؟ وما هو أثر التسجيل عليها من الناحية الاجتماعية؟

المطلب الأول: الزواج العرفي

يعتبر الزواج العرفي من أهم وأخطر المسائل والعقود التي استجدت في باب الأنكحة. بالنظر إلى انتشارها من ناحية. ومن ناحية ثانية آثارها ونتائجها على استقرار العلاقة بين الزوجين وانتظام سير المجتمع.

وهذا ما يتطلب منا دراسة جادة لهذا النوع من أنواع الزواج من جميع جوانبه الشرعية والقانونية والاجتماعية، ومدى صلته بالإلزام القانوني بتسجيل عقود الزواج.

أولا/: تعريف الزواج العرفي:

1- كلمة العرفي نسبة إلى العرف. والعرف والمعروف في اللغة ضد النكر. ويأتي على معنى العلم والإعلان بالأمر. والعرف كل مكان عال والجمع أعراف. وسمي بذلك لظهوره ومعرفة الناس به.

والعرف اصطلاحا: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول وأقرهم الشرع عليه."

2- المقصود بالزواج العرفي: حقيقة هذا الزواج قائمة على أنه لم يتم توثيقه بوثيقة رسمية، بغض النظر عن استيفائه لأركان الزواج وشروطه أو عدم استيفائه لها.

وعرفه الشيخ بن منيع:" العقد الذي يتم بين رجل وامرأة مستكملا أركانه وشروطه ومنتفيا عنه جميع موانع الصحة، إلا أنه لم يسجل في المحكمة فلم يصدر بتوثيقه قرار رسمي."[2]

فالتعريف الذي يدور عليه بحث حكم وأحكام الزواج العرفي، هو: الزواج الذي استكمل شروطه وأركانه وانتفت عنه الموانع إلا أنه لم يوثق في وثيقة رسمية من الجهات المختصة."

لأن الزواج الذي انخرم أحد أركانه أو تخلفت أحد شروطه، باطل أو فاسد بغض النظر عن تسجيله في وثيقة رسمية أو عدم تسجيله، إذ لا أثر في تخلف توثيق العقد وتسجيله في البطلان والفساد كما مر بحثه. وإنما البحث في إجازة هذا النوع من أنواع العقود مع الحكم بصحته إذا كان مستكملا لشروطه وأركانه. وهذا ما

(1) حسنين مخلوف. فتاوى شرعية وبحوث إسلامية، محمد بكر إسماعيل. بين السائل والفقيه. ص17، عطية صقر. أحسن الكلام في الفتاوى والأحكام. ص168، ومن المجامع والهيئات، مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة، هيئة كبار العلماء بالسعودية...
(2) حكم الزواج العرفي. مقال نشر في مجلة الدعوة.عدد. 11 ربيع الأول 1423ه. ص43

يستلزم منا بيان الفروق بين الزواج العرفي والزواج الرسمي أي الموثق وغير الموثق.

ثانيا/: الفرق بين الزواج العرفي والزواج الرسمي:

إذا اعتبرنا أن تمييز الزواج العرفي عم الزواج الرسمي هو تسجيل العقد وتوثيقه من عدمه. فإنه يسعنا القول بأن الزواج في القرون الأولى من تاريخ الإسلام زمن النبي والصحابة الكرام إلى أول تاريخ ألزم فيها بتسجيل عقود الزواج، كله كان زواجا عرفيا. لن هذا هو الشكل الإجرائي الذي تعارف عليه الناس للزواج إذ لم يكونوا يهتمون بتوثيقه كتابة لعدم حاجتهم إلى وثيقة رسمية اكتفاء منهم بسلامة الصدور واطمئنان نفوسهم إلى بعضهم بعضا. إلا أن إطلاق صفة الزواج العرفي على ما كان متعارفا لديهم قبل ظهور كتابة عقود الزواج وتسجيلها ليس من باب الاصطلاح العرفي الذي عرفه الناس في هذه لعصور، لعدم وجود شكل آخر يتم من خلاله الزواج كما هو الشأن في الزواج الرسمي الموثق. فالجامع بين الزواج العرفي والزواج الرسمي أن كلا منهما شرعي مكتمل الأركان والشروط ومنتفيا عنه الموانع التي تمنع صحته.

والفارق الوحيد بينهما أن الزواج العرفي غير موثق في وثيقة رسمية لدى المصالح المختصة. ولا يخرجه عن مسمى الزواج العرفي كتابته في وثيقة غير رسمية. لأن المقصود بالوثيقة ما يشد المتعاقدين بما جرى بينهما حتى يصير ميثاقا عليهما. أي أن الوثيقة لا بد أن تتمتع بقوة إلزام قانوني يمكن الاحتجاج به عند الحاجة لإثبات الحق أة لإثبات واقعة معينة. ولهذا فإنه يجب التفريق بين نوعين من أنواع الإثبات والتوثيق بالكتابة الصادرة عن جهات حكومية، وهي التي يتم استخراجها أو صدورها من جهات مخولة من طرف الحاكم في موضوع خاص أو عام. وقد أجاز الفقهاء الاعتماد على هذه الكتابة في الإثبات واعتبارها حجة أمام القضاء. والقانون يوجب وجود هذه الوثائق الرسمية كشرط للتقاضي وسماع الدعوى.[1] والنوع الثاني من أنواع الكتابة فهي تلك الصادرة عن الأفراد وهي أنواع: كتابة تتضمن إقرار الكاتب وشهادته على نفسه، وكتابة تتضمن حقوق الأفراد،وكتابة تتضمن العقود بين الأطراف.[2]

والنوعان الأولان محل خلاف بين الفقهاء في الإثبات والاحتجاج به أمام القضاء. أما القانون فيشترط في الإثبات الزواج أن يكون مستخرجا من سجل الحالة المدنية وتطبق في إجراءات تسجيل عقد الزواج أحكام قانون الحالة المدنية. [المادة21و22 من قانون الأسرة الجزائري]

إلا أن النوع الثالث من أنواع الكتابة الصادرة عن الأفراد، وهو صكوك العقود التي تدوّن فيها التصرفات والعقود بين الأطراف مع التوقيع والإشهاد وذكر الشروط التي يشترطها الأفراد. فهذه هي التي تسمى عند الفقهاء بعلم الوثائق وتسمى حجة شرعية أو صكا أو محضرا أو سجلا. فإذا ثبت هذا الكتاب أمام القاضي بالشهادة عليه أو بإقرار صاحبه فلا خلاف في أنه يعتبر حجة لصاحب الحق في إثبات حقه.[3]

(1) وسائل الإثبات. للزحيلي. ص443
(2) المرجع نفسه. ص468
(3) المرجع نفسه. ص480

والذي يميز الوثيقة الرسمية عن الوثيقة العرفية، أن ما ثبت بالوثيقة الرسمية لا يقبل الطعن والإنكار. بخلاف الذي ثبت بالوثيقة غير الرسمية. وعليه فإن الزواج العرفي يقبل الطعن والإنكار بخلاف الزواج الرسمي، فهو كالوثائق الرسمية التي لا تقبل الطعن والإنكار.

وما دام أن الزواج العرفي محفوف بخطر إنكاره وجحوده والطعن فيه، فما الدافع للإقدام على هذا التعاقد وما هي أسباب الزواج عرفيا؟

ثالثا/: أسباب الزواج العرفي: إنه بالتتبع والاستقراء لوقائع هذا الزواج وظروفه وملابساته المحيطة به، يمكن أن نوجز أسباب الزواج العرفي فيما يلي:

1- أسباب اجتماعية: مقدمة هذه الأسباب التعدد الذي يعوقه بعض الظروف الاجتماعية كنظرة الازدراء للمعدد واتهامه بالخيانة للزوجة الأول وكذا وجود بعض القوانين التي تمنع التعدد رأسا أو تشترط لإجرائه وإتمامه قانونا موافقة الزوجة الأولى ورضاها . وهذا ما لا سبيل إليه أبدا إلا بالطلاق الذي يجعله القانون في هذه الحالة حقا للمرأة. لهذا يلجأ إلى الزواج العرفي وغير الرسمي. ومن الأسباب أيضا سهولة الزواج العرفي ويسره، عدم استقرار الرجل بسبب العمل....

2- أسباب اقتصادية: الأعباء المالية التي يتطلبها الزواج الرسمي مقارنة بالزواج العرفي واحد من أهم الأسباب في انتشار الزواج العرفي.

3- أسباب دينية: وتتمثل في ضعف الوازع الدين وعد التقيد بهدى النبي، الأمر الذي قد يحمل بعض الرجال من راغبي الزواج في ظل العوائق المذكورة آنفا للتحلل من بعض القيود المترتبة على الزواج الرسمي، وتجنبه الوقوع في علاقة غير شرعية.(1)

رابعا/: حكم الزواج العرفي وآثاره

إن مما يساعد على بيان حكم الزواج العرفي الاطلاع على هذه الظاهرة ومعرفتها اجتماعيا ونفسيا وقانونيا.

1-ظاهرة الزواج العرفي من منظور نفسي: يقول بعض أساتذة الطب النفسي بكلية الطب جامعة الأزهر:"إن الزواج من الناحية النفسية من الناحية النفسية هو تقنين لعلاقة غير مشروعة وهناك نوع من الإحساس بعدم شرعية هذه العلاقة ، وهذا الإحساس النفسي يزيد من الصراع داخل الفتاة والشاب، وهناك إحساس بعقد الذنب، كما أن الضغط النفسي والعصبي وتأنيب الضمير والإحساس بعدم مصداقية هذه العلاقة...أنها تتم في الظلام."

2- ظاهرة الزواج العرفي من منظور اجتماعي: يرى خبراء الاجتماع أن الزواج العرفي عامل من عوامل نشر الفاحشة والرذيلة والمساهمة في رفع الاستقرار في المجتمع بسبب التنصل من الالتزامات التي يرتبها الزواج.

3- ظاهرة الزواج العرفي من وجهة نظر القانون: وقد أكّد الخبراء في القانون بالنظر إلى قضايا الزواج العرفي الذي يتم رفعها إلى المحاكم، أن الزواج العرفي يتسبب في العديد من المشاكل وأولها سوء السمعة وعدم

(1) الزواج العرفي حقيقته وأحكامه وآثاره والأنكحة ذات الصلة به. ص89

سماع دعاوى هذا الزواج وضياع حقوق الأبناء لعدم تقييد في سجلات المواليد فلا النسب يثبت، ولا له حق في الميراث.. (1)

خامسا/ : الموقف الشرعي والقانوني من الزواج العرفي: إذا اختزلنا الفرق بين الزواج العرفي وبين الزواج الرسمي في أن الزواج العرفي زواج غير موثق رسميا بخلاف الزواج الرسمي وأن هذا الأخير مما لا اختلاف في جوازه ومشروعيته وترتب آثاره عليه، فإن تحديد حكم الزواج العرفي ينبني على تحديد أثر عدم التسجيل على صحة هذا العقد. ولأن تسجيل عقود الزواج لم يكن له وجود زمن التشريع، فإنه من التجني والعدوان الحكم ببطلان هذا الزواج بدعوى أنه غير مسجل.

لأن الصحة والبطلان إنما يدوران على وجود الأركان وتحقق الشروط وانتفاء الموانع. فإذا تحققت هذه الأمور الثلاثة فلا يسع أحدا القول ببطلان هذا النكاح وإن لم يتم تسجيله وتوثيقه.

إلا أن الصحة لا تعني الجواز. فقد يحكم بالصحة مع تحريم الفعل والتصرف، كمن صلى بثوب من حرير مثلا.فالزواج العرفي بالمفهوم المشار إليه صحيح من الناحية الشرعية، لأنه عقد مكتمل الأركان والشروط. لكن هل يجوز أن يتزوج المسلم أو المسلمة بهذه الطريقة أم لا؟

إن ما قدمناه من بيان ظاهرة الزواج العرفي وآثارها من الناحية الاجتماعية والنفسية والقانونية بيان يقوى معه القول بمنعه وتحريمه. فالخبير الاجتماعي والنفسي والقانوني كلهم تجتمع كلمتهم على منع الزواج العرفي بالنظر غلى آثاره السيئة ونتائجه السلبية. والفقيه والمجتهد في الشريعة يبني حكمه مستعينا بخبرات أهل الاختصاص في مجال تخصصهم. وما دام أن الزواج العرفي وإن صح من الناحية الشرعية، إلا أنه أصبح مثارا لكثير من المشاكل والمفاسد التي تربو على المصلحة فيه، وجب منعه ، لأن الله تعالى ما نهى عن شيء إلا لمفسدته الغالبة والراجحة. قال تعالى:﴿ وإثمهما أكبر من نفعهما﴾ [البقرة219].

ولو أننا نظرنا إلى الزواج العرفي بميزان المقاصد الشرعية للزواج في الإسلام، لزمنا القول بالتحريم لأنه يأتي على مقاصد الزواج الشرعية بالإلغاء والإبطال. فإقامة الحياة الآمنة القائمة على السكينة والمودة والرحمة، وإنشاء أسرة مترابطة يأنس فيها الزوج إلى زوجته يجد فيها راحته وطمأنينته وتجد الزوجة فيها الحماية وصيانة الكرامة، الذرية الصالحة التي يعلن فيها الأب بأبوته والأم فيها بأمومتها،....لكن في الزواج العرفي لا يوجد أي من هذه المقاصد سوى إشباع الشهوة. (2)

وثمة أمر ثالث يقوى معه القول بالتحريم والمنع . وهو إلزام الحاكم بتوثيق الزواج مما يعني بداهة المنع من الزواج العرفي. وهذا من المعروف الذي تجب فيه طاعة ولي الأمر. وهذا ما يجرنا للحديث عن الموقف القانوني للزواج العرفي.

سادسا/ : الموقف القانوني من الزواج العرفي: تجتمع قوانين لأحوال الشخصية العربية والإسلامية على

(1) الزواج العرفي المشكلة والحل. ص42
(2) الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير رسمية. ص54

الإلزام بتسجيل عقود الزواج. بل نجد بعض هذه القوانين يذهب إلى عدم سماع الدعوى الناشئة عن إنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت بوثيقة رسمية كما هو الشأن في القانون المصري وقريب منه القانون الكويتي. وزادت بعض القوانين عقوبة على تركه كما في القانون العراقي والأردني.

لكن هل هذا الإلزام القانوني، وعد سماع الدعوى فيه حال الإنكار، وترتيب العقوبة على تركه، يعني البطلان في نظر القانون؟

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى الزواج العرفي لا تعريفا ولا حكما، إلا أنه وبحكم المادة 222 التي تنص على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص خاص. ويفهم من نص المادة 16 من المدونة المغربية للأسرة أن الزواج العرفي صحيح يستوجب أجلا لتسجيله إذا حال عن تسجيله ظروف قاهرة. وفي القانون التونسي حكم ببطلان الزواج العرفي بل ويعتبره جريمة يعاقب عليها بالسجن لمدة عام. وحكم القانون الأردني ببطلان الزواج العرفي. وعليه يمكن القول: أن هناك اتجاهان فيما يتعلق بموقف القانون من الزواج العرفي:

-اتجاه يرى منع الزواج العرفي ووجوب تسجيل عقود الزواج إلا أنه لا يحكم عليها بالبطلان.

-اتجاه يرى بطلان الزواج العرفي من أساسه.

وإذا تم ترجيح القول بصحة الزواج العرفي إذا وقع مع القول بتحريمه من الناحية الشرعية ، فهو الحكم نفسه من الناحية القانونية حتى تلتقي النظرتان والله أعلم بالصواب.

المطلب الثاني : نكاح السر.

إن السرية التي تكتنف هذا النوع من أنواع الزواج والاجتماع على كتمانه وعدم إعلانه، تجعل هذا العقد في الغالب يتم بطريقة رسمية ، حيث لا يتم تسجيله في الدوائر الرسمية لأسباب ودوافع معينة.

وسوف يتم بحث حقيقة نكاح السر وأثر السرية على صحة العقد ووجه ارتباطها بالإلزام القانوني بتسجيل عقود الزواج.

أولا/: تعريف نكاح السر.

السر في اللغة: جمعه أسرار، وهو ما يكتم من الأمور. يقال : أسرّ الشيء أي كتمه وأخفاه . وتسمى الأمة المتخذة للملك والجماع سرية. لأنها في الغالب تكتم عن الزوجة الحرة.[1]

أما تعريف نكاح السر من حيث الاصطلاح فقد اختلف الفقهاء في تعريفه تبعا لاختلافهم في تحديد حقيقته وماهيته. فبعضهم عرفه: بأنه النكاح بلا شهود كما في تعريف الكرخي من الحنفية. وعند المالكية تعريف له بما يطابق حقيقة الزواج في واقع الناس والذي اختلف حوله الفقهاء ، حيث قالوا: إن نكاح السر هو ما أمر الشهود حين العقد بكتمه أو ما أوصي بكتمه.[2]

(1) لسان العرب.1/78

(2) البهجة شرح التحفة.1/431

ثانيا/: صور نكاح السر: ذكر الفقهاء لنكاح السر صورتين:

1- أن يتم الزواج بين الرجل والمرأة دون حضور ولي ولا شهود أو بحضور أحدهما، ثم يتواصون بكتمه. وقد سبق أن هذا النكاح باطل. باتفاق الفقهاء كما قال ابن رشد وعده ابن تيمية من اتخاذ الأخدان.[1]

2- أن يتم الزواج مستوفيا لأركانه وشروطه إلا أنه يتم الاتفاق على كتمانه عن عامة الناس. وقد يتم تسجيله وتوثيقه أو لا يتم ذلك.

وهذه الصورة هي التي تعنينا في هذا الباب وخاصة أثر تسجيل العقد لدى الجهات المختصة، فهل هذا التسجيل يبقي النكاح في دائرة السرية أم أن التسجيل هو بمثابة إعلان للنكاح وإشهاره؟

ثالثا/: حكم نكاح السر.

إن الحكم هنا منصب على الصورة الثانية . وقد اختلف الفقهاء فيه إلى قولين:

القول الأول: صحة الزواج مع كراهة التصرف ،وإليه ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة.[2]

القول الثاني: بطلان النكاح ووجوب فسخه، وإليه ذهب المالكية وهو رواية عن الإمام أحمد.[3]

أما سبب الخلاف فقد ذكره ابن رشد بقوله:" وسبب اختلافهم: هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار؟ فمن قال حكم شرعي قال: هي شرط من شروط الصحة، ومن قال توثق قال: من شروط التمام."[4]

وإذا أمعنا النظر جيدا في كلام ابن رشد خاصة من يذهب غلى أن المقصود من الشهادة التوثق وسد ذريعة الاختلاف والإنكار وبالتالي يعتبرها شرط تمام . فيجب أن تكون نظرته إلى تسجيل عقود الزواج بنفس النظرة. لأن المقصود من تسجيل الزواج التوثق ودفع إنكاره وجحده والاختلاف فيه، فيكون هو الآخر من شروط التمام. بل في اعتقادي أن اعتبار التسجيل الرسمي للزواج من شروط التمام أولى من اعتباره في الشهادة، لأن التسجيل الرسمي يشمل الشهادة والكتابة والتي تتمتع بقوة إثباتية كبيرة. ولهذا نجد في صورة الوثيقة الرسمية المستخرجة من مصالح الحالة المدنية وجود شاهدين يوقعان ويبصمان على عقد الزواج.

والعلة في المنع من زواج السر تمييز للنكاح عن السفاح، لأنه لا يشاء من يزني بامرأة صديقة له إلا قال: تزوجتها، ولا يشاء أحد أ يقول لمن تزوج في السر ، إنه لا يزني بها لا قال ذلك. ولهذا اختلف الفقهاء فيما يتم التمييز به بين الاثنين الزواج والسفاح: فذهب مالك إلى أن الواجب الإعلان فقط سواء أشهد أم لم يشهد. وقيل الواجب الإشهاد سواء أعلن أم لم يعلن كقول أبي حنيفة والشافعي. وقيل يجب الأمران وهو رواية عن أحمد وقيل يجب أحدهما وهو رواية رابعة عن أحمد. ويذهب ابن تيمية إلى ترجيح مذهب مالك ومن تبعه من الفقهاء ويصرح في فتاويه أن اشتراط الإشهاد وحده ضعيف ليس له أصل في الكتاب والسنة ولم يثبت فيه عن

(1) بداية المجتهد3/44، مجموع الفتاوى32/127
(2) البدائع للكاساني2/253، الأم للشافعي5/22، المغني6/538
(3) بداية المجتهد4/232، المجموع32/126
(4) بداية المجتهد2/15

النبي حديث وعزا هذا إلى الإمام أحمد. ثم ذكر أن اشتراط الإشهاد في صحة النكاح مما تعم به البلوى ومما تتوافر الدواعي إلى نقله، ولو كان قد أظهر ذلك النبي لنقله عنه الصحابة. وقد عقد المسلمون عقود أنكحة كثيرة مما لا يحصيه إلا رب السماوات. فعلم أن اشتراط الإشهاد دون غيره باطل قطعا.لأن النكاح أمر فيه بالإعلان فأغنى إعلانه مع دوامه عن الإشهاد، كالنسب .فإن النسب لا يحتاج لأن يشهد فيه أحدا على ولادة امرأته، بل هذا يظهر ويعرف أن امرأته قد ولدت هذا فأغنى هذا عن الإشهاد. والإشهاد قد يجب في النكاح لا لأنه شرط فيه ، بل لأنه به يعلن ويظهر. ولو أن رجلا زوج وليته ثم خرجا بذلك وسمع الناس أو جاء الشهود والناس بعد العقد فأخبروهم بأنه تزوجها كان هذا كافيا. وهكذا كانت عادة السلف لم يكونوا يكلفون إحضار شاهدين ولا كتابة صداق.[1] والذي يعنينا تقريره في هذا الموضع، تأثير تسجيل عقد الزواج على صحة نكاح السر. فإذا اعتبرناه من شروط التمام شأنه شأن الشهادة بل أولى، فإن وجود هذا التسجيل كاف في إخراج الزواج عن السرية وبه يتميز النكاح، وليس هناك ما هو أقوى من إثبات الزواج وتمييزه عن السفاح مثل كتابته وتسجيله بحضور الشاهدين والولي والزوجان وضابط الحالة المدنية. وهذا ما يتفق مع مذهب أبي حنيفة والشافعي ورواية عن أحمد حتى مع التواصي على كتمانه وعدم إعلانه.[2]

الخاتمة : **وهي مخصصة لأبرز نتائج البحث وتوصياته:**

-لم يعرف الصحابة في عصرهم كتابة عقود الزواج اكتفاء منهم باطمئنانهم لبعضهم وقوة الوازع الديني لديهم.

-أول بداية لتاريخ كتابة عقود الزواج عند المسلمين كانت منذ العصر الفاطمي.

-التسجيل لعقود الزواج لدى الجهات الرسمية الذي نادت به المدنية الحديثة ليس المقصود منه التوثيق وصيانة الحقوق فقط بل إقصاء المظهر الديني للزواج وهذا ما يجب التنبه له.

-ليس من شروط الزواج ولا من أركانه، تسجيل العقد ولا توثيقه لدى الجهات الرسمية. وهذا لا يعني عدم إيجابه شرعا.

-إن توثيق عقود الزواج كتابة يجد مستندا له قويا ضمن الشهادة المشترطة لصحة عقد النكاح لأن المقصود من كليهما واحد، التوثق والإعلان.

-وجوب التسجيل والتوثيق شرعا لعقود الزواج تأسيسا على أصول وقواعد شرعية، منها قاعدة رعاية المصالح ودرء المفاسد وإزالة الضرر وتصرف الحاكم في رعيته على نحو ما تقتضيه المصلحة ووجوب طاعته.

-إجماع قوانين الأحوال الشخصية على وجوب تسجيل وتوثيق عقود الزواج وتأكيد الشريعة الإسلامية ذلك.

-يقوم التسجيل لعقود الزواج مقام الإعلان والإشهاد والتوثق خاصة فيما استجد من عقود كنكاح السر.

-إن صحة النكاح في العقود التي لم يتم تسجيلها لا تعفي صاحبها من استحقاق الإثم لتركه واجب التوثيق

---

(1) مجموع الفتاوى129/32

(2) المشهور من مذهب مالك بطلان النكاح الموصى بكتمانه قبل العقد أما لو أوصى الشهود بكتمانه بعد العقد فهو صحيح ويؤمر بإشهاره وإعلانه. شرح ميارة276/1

كما في الزواج العرفي.

التوصيات:

– سن قوانين وتشريعات تجرّم عدم تسجيل عقود الزواج وترتيب عقوبات رادعة للزجر عنه.

–إصدار تعليمات صارمة لمن يتولى إبرام عقود الزواج من الأئمة والموظفين لدى قطاع وزارة الشؤون الدينية بعدم إجراء ما يسمى بالفاتحة العقد الشرعي.

– العمل على استحداث وظيفة المأذون الشرعي وتنظيمها بقانون خاص بما يضمن الالتزام بوجوب توثيق العقد وتسجيله قبل إجراء الفاتحة ومنع غير المأذونين من ذلك.

– إعادة النظر في تقييد التعدد برضا الزوجة الأولى لأنه أحد أهم الأسباب في عدم تسجيل العقود.

– تكثيف الدورات والندوات العلمية الشرعية والقانونية للتحسيس بأهمية تسجيل عقود الزواج وخطورة تركه وإهماله.

قائمة المراجع والمصادر:

– القرآن الكريم.

1. **تفسير المراغي. أحمد بن مصطفى المراغي –مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر–ط3–1946**

–كتب السنة النبوية المطهرة:

2. **بلوغ المرام من أدلة الأحكام. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني.دار الفلق – الرياض. ط/7 1424 هـ**
3. **سنن أبي داوود. دار الكتاب العربي–بيروت–**
4. **صحيح البخاري. محمد بن إسماعيل البخاري. دار طوق النجاة. الطبعة: الأولى، 1422هـ.**
5. **صحيح مسلم. مسلم بن الحجاج. دار الجيل – بيروت.**
6. **مشكاة المصابيح الخطيب التبريزي. –المكتب الإسلامي–بيروت–ط3–1985م**

– المعاجم وكتب اللغة:

7. **تاج العروس من جواهر القاموس. محمّد بن محمّد الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي .دار الهداية**
8. **لسان العرب. ابن منظور. دار المعارف. القاهرة.**
9. **مختار الصحاح. محمد بن أبي بكر الرازي. مكتبة لبنان ناشرون–1995م.**

–كتب الفقه الإسلامي:

10. **الأم. الشافعي محمد بن إدريس . دار المعرفة – بيروت 1410هـ/1990م.**
11. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. علاء الدين الكاساني الحنفي دار الكتب العلمية الطبعة الثانية، 1406هـ**
12. **بداية المجتهد و نهاية المقتصد. أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر الطبعة: الرابعة، 1395هـ/1975م**
13. **البهجة شرح التحفة. علي التسولي–دار الكتب العلمية–بيروت–ط1–1418هـ**
14. **المبسوط. شمس الدين السرخسي. دار الفكر بيروت. الطبعة الأولى، 1421هـ 2000م**
15. **مجموع الفتاوى. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية . مجمع الملك فهد.**
16. **المغني. أبو محمد موفق الدين بن قدامة المقدسي. مكتبة القاهرة**

–كتب متنوعة:

17. الأحوال الشخصية. محمد أبو زهرة.-دار الفكر العربي-القاهرة-ط3-1957م
18. توثيق الزواج بين الشريعة والقانون.بحث تكميلي لنيل شهادة الماجستير.عبد القادر بوقزولة. المعهد الأوروبي للعلوم الإنسانية بباريس .
19. الزواج العرفي المشكلة والحل. عبد رب النبي الجارحي. دار الروضة- القاهرة.
20. الزواج العرفي حقيقته وأحكامه. أحمد بن يوسف. ط1-2005
21. الزواج المدني دراسة مقارنة. عبد الفتاح كبارة. دار الندوة- بيروت.
22. السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية. عبد الفتاح عمرو. دار النفائس الأردن.
23. العقد الفريد. ابن عبد ربه-دار الكتب العلمية - بيروت
24. محاضرات في عقد الزواج. محمد أبو زهرة. دار الفكر العربي.- القاهرة-
25. مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق. أسامة الأشقر. دار النفائس- الأردن.
26. المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق أحمد بن يحيى الونشريسي. دار البحوث للدراسات الإسلامية-دبي-ط1-2005م
27. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية. محمد مصطفى الزحيلي-مكتبة دار البيان- دمشق-ط1-1403هـ.