الزواج بين العقد العرفي والعقد المدني وأثره على الأسرة
" مقاربة في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والتطبيقات القضائية لدى المحكمة العليا"

الباحث: علاوة بوشوشة
جامعة باتنة1

مقدمة:

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على النبي المجتبى الذي حاز كل الشرف صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم، ثم أما بعد.

الزواج من النعم التي تفضل بها المولى عز وجل على عباده حفاظا على استمرار نسل هذا الكيان الذي يعد من الكليات الخمس التي عنيت الشريعة به، مع إحاطة هذه العلاقة بين الزوجين بمزيد من القيود والضوابط الشرعية، فَهذَّب الاتصال بينهما، حتى لا يكون مجرد شهوة حيوانية تنتهي العلاقة بينهما بقضاء وطرهما؛ لأن قربان النساء يعد من الأمور الجبلية التي لا تحتاج إلى مزيد من الحث عليه، فكل جنس يألف جنسه ويبحث عنه؛ وإنما " شأن الشريعة أن تزيل عنه موانع حصوله كتحديد كيفية عقد النـــكاح لإزالة موانع التناسل كالغيرة والعضل "[1]، وما إلى ذلك مما يعكر صفوه و يَحُدُّ من ديمومته، زيادة على تعظيم شأنه في نفوس الناس، حتى لا يبقى معدوداً في عداد الشهوات، قال الله تعالى:﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [2].

يصنف النكاح الشرعي وما نتج عنه كالنسل والنسب وحفظ العرض من قبيل الحاجي؛ لأن الاعتزاز بها ظاهر والذود عنها محتم.

نستخلص من هذا كله أن الشريعة إنما جاءت " لتحقيق المقاصد في عموم طبقات الأمة بدون حرج ولا مشقة فتجمع بين مناحي مقاصدها في التكاليف والقوانين ما تيسر الجمع، فهي تترقى بالأمة من الأدون من نواحي تلك المقاصد إلى الأعلى بمقدار ما تسمح به الأحوال وتُيَسِّرُ حصولها، وإلا فهي تتنازل من الأصعب الى الذي يليه مما فيه تعليق الأهم من المقاصد"[3].

بعد هذه التوطئة أقول إن الحياة الاجتماعية دائما في اطراد وتطور تماشيا مع تغير الزمان والمكان والإنسان، وكما قيل: " الإنسان ابن بيئته "، خصوصا في العصور المتأخرة، بل إن هذا العصر الذي نحيا فيه يُعَدُ من أسرعها، نظرا لما وصلت إليه البشرية من تقدم علمي جعل العالم قرية صغيرة، سهل الإطلاع على أعراف الناس وعادات المجتمعات بأقصر السبل وأحصرها، فأحدث هذا تأثيرا كبيرا في نفوس الناس، بل أثر على سلوكياتهم محاولين بذلك تقليد الآخر وأخذ ما عنده، والانسلاخ من هويته تحت ذريعة الحرية، والتمدُّن، وترك الموروثات القديمة البالية، التي أضحت لا تتماشى مع روح العصر، وإن كانت من الثوابت ؛ لأنها في نظرهم هي السبب في تخلفهم عن ركب الحضارة، لكن كان حريا بهؤلاء أن يغيروا ما أمكن تغييره حتى يواكب العصر الذي يعيشونه لا أن ينقلبوا على هذه الأعراف والموروثات بالنقض والبطلان- فنتج عن ذلك سلوك غير سوي استباح معه الناس عدة أشياء، ولجوا به موالج كثيرة، كانت من قبل من المحظورات، ففسدت أخلاقهم، وقلت مروءتهم، وخربت ذممهم، حتى شاع فيهم قول القائل:

إن لم تكن عقرب يَلْدَغُ *** لعبت بثيابك العقرب.[4]

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهذه العلاقة الدُّونية بين البشر ولَّدت فيهم الأنانية، وحب الذات، وقضاء المصالح الشخصية دون اعتبار لرأي أو وازع ديني أو خلقي أو قانوني، بل إنهم يتحايلون عليها من أجل الوصول إلى مآربهم بشتى الطرق، فكأن لسان حالهم يقول:

فنحن بنوا الدنيا وهُنَّ بناتها *** وعيش بني الدنيا لقاء بناتها[5].

والحقيقة أن الشرع والقانون ما عطلا مصالح الناس؛ حتى يسلكوا هذا المسلك المعوج، وإنما أرادا أن يهذبا أخلاقهم، ويصححا أفكارهم، ومعتقدهم، ويُقَوِّماَ سلوكهم.

قال د/صوفي أبو طالب:" و لم يحس المجتمع بحاجة إلى تجديد الفقه، وتطور الأحكام حتى أواخر القرن الثامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر الميلادي حينما بدأ الاتصال والاحتكاك بالحضارة الأوروبية التي طرقت أبواب عصر الصناعة... فأصبحت الحاجة ماسة إلى تجديد شباب الفقه الإسلامي، بل الحضارة الإسلامية، حتى تستطيع الصمود أمام الحضارة الأوروبية الناهضة، والقوانين الأوروبية "[6].

ومن أعظم هذه الانحرافات ما نحن بصدد الحديث عنه ألا وهو تردد النكاح بين عقدين، وما نتج عنه، وما سبب الإبقاء على العقد العرفي- أي الشرعي والموسوم عندنا في الجزائر بالفاتحة- بين الناس بالرغم من وجود نصوص تشريعية تنظيمية تمنع حدوثه قبل توثيق عقد الزواج لدى الجهات المختصة- البلدية أو الموثق المعتمد لدى الدولة – وما الفائدة في وجود عقدين على شيء واحد، هل لأن أحدهما غير صحيح، أو غير معترف به، فإذا كان الأمر كذلك فلماذا يلجأ إليه يا ترى؟ كان حريا أن يهجر العقد غير المعترف به تنزيها وصيانة لفعل العقلاء عن العبث إعمالا للقواعد العامة " إعمال الكلام أولى من إهماله"[7]، أم أن هناك خطبا ما أم أن أحدهما يعضد الآخر فيتقوى به لضعفه، أو لمزيد من التأكيد، وهو خلاف الأصل؛ لأن القاعدة العامة: " التأسيس أولى من التأكيد "[8]، حتى تكون هناك فائدة جديدة مرجوة من الكلام إلا إذا دلت قرينة أو بساط على ذلك ؛ " لأن الأصل في وضع الكلام، إنما هو إفهام السامع ما ليس عنده، فإذا دار اللفظ بين التأسيس والتوكيد، تعين حمله على التأسيس"[9]، وهو ما أحاول الإجابة عنه في هذه الورقات.

المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي، وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريفه لغة: المعروف ضد المنكر، والعرف ضد النكر، قال الزجاج: المعروف هنا: ما يستحسن من الأفعال، وقيل : هو كل ما تعرفه النفس من الخير، وتأنس به، وتطمئن إليه[10].

الفرع الثاني: تعريفه اصطلاحا: " ما تعارف عليه الناس في شؤون حياتهم و لم ينكروه، واشتهر أمره عندهم، وإن لم يشترطوه"[11].

الملاحظ على التعريفين معا -اللغوي والاصطلاحي- أنهما لم يبعدا كثيرا عن المعنى الحقيقي للعرف، فكل ما تعارف عليه الناس من المحاسن في حياتهم، و لم يَعَافوه، وقبله أصحاب النفوس السوية، فهو معروف محمود، سواء اشترطوه أم لا.

وما دام حديثنا يدور حول تردد عقدين على شيء واحد لابد من بيان معنى الزواج العرفي في الاصطلاح: الذي هو عبارة عن عقد غير موثق – أي غير مسجل- لدى الجهات المختصة مستوف للشروط الشرعية، أما العقد القانوني- أي الموثق أو المسجل لدى المصالح المختصة- فهو ما كان مستوف للشروط الشكلية المنصوص عليها في القوانين، سواء كانت المدنية أو الأسرية المنظمة للعلاقات الاجتماعية.

فمعنى هذا أن العقدين الواقعين على النكاح استوفيا الشروط الشكلية التي يمكن أن تترتب على أي منهما آثارها، وبالتالي عدم الحاجة إلى تكرارها، و إنما يكتفى بأحدهما عن الآخر، لكن المصلحة الاجتماعية تقتضي تقديم أحدهما على الآخر

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نظرا لعظم ما يترتب على أحدهما أكثر من غيره؛ لأن العلاقات الزوجية وما يترتب عليها، هي الأساس الذي يقوم عليه غيره، وبالتالي لابد أن تحظى بمزيد من العناية والاهتمام.

المطلب الثاني: طلب الشريعة للمصالح.

بما أن الإنسان كائن اجتماعي يألف ويؤلف، ويؤثر في غيره، ويؤثر فيه، ولا يمكنه أن يحيا مترويا عن الآخرين للطبيعة التي خلقه الله عليها، لابد أن تأخذ علاقته مع الآخرين طابعا خاصا تبرز فيه شخصيته المشبعة بالأنانية واتباع الأهواء، وتقديم مصلحته عن الآخرين مطلقا، سواء أكانت معتبرة شرعا أم لا، وإن وجد ما هو مقدم عليها نظرا للمصلحة أو الحاجة، وبناء عليه فالشريعة حريصة كل الحرص في أصولها على ضرورة الالتزام بما يحقق المصلحة العامة في التعاقدات وغيرها من المعاملات، وتمنع ما يلحق الضرر بالآخرين إذا خُولِفت في جانب جوهري، فهنا تتدخل لتغييره إما بتصحيح أو تصويب إن أمكن تداركه، أو بإبطال إن لم يمكن ذلك، لا إن كانت المخالفة شكلية أو ثانوية، بحيث لا تؤثر على صحة العقد وإن التزمه أحدهما لمصلحة الآخر، أو رضي به، أو اقتضت المصلحة إثباته كتوثيقه، فهذه المخالفة لا تعد جوهرية إلا أنها ضرورية لتوقف إثبات بعض الحقوق عليها ولو أقرها العرف اعتمادا على أن " العادة محكمة "[12]؛ " لأن الشرعية تحافظ أبدا على المصلحة المستخف بها، سواء كانت عامة أو خاصة، حفظا للحق العام أو للحق الخاص الذي غلب عليه هوى الغير، وهواه هوى نفسه، ومتى تعارضت المصلحتان رجحت المصلحة العظمى"[13]. إعمالا للقواعد الشرعية " أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة"[14]، " وأن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"[15].

" فإذا تحقق وجود ما يطلب وجوده، وغياب ما يتحتم تغيبه، فالنكاح ماض شرعا، وهو صحيح حتى لو عُرِّيَ[16] عن شرط التوثيق، اعتمادا على أن " الأصل براءة الذمة " على أن شرط التوثيق ليس حراما ولا نبغضه ما دام لا يخالف أحكام الشرعية، ويساعد على استقرار المجتمع باستقرار أُسَرِهِ "[17]، لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه عنه ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: " إِنَّ اللَّهَ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَوَجَدَ قَلْبَ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَاصْطَفَاهُ لنفسه فابتعثه بِرِسَالَتِهِ، ثُمَّ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ بَعْدَ قَلْبِ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَوَجَدَ قُلُوبَ أَصْحَابِهِ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ فَجَعَلَهُمْ وُزَرَاءَ نَبِيِّهِ يُقَاتِلُونَ عَنْ دِينِهِ، فما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئا فهو عند الله سيء"[18].

ومن حسن الشريعة المبادرة إلى توثيق العقود وتسجيلها لما يترتب عليها من حقوق، وصيانة للأبضاع من الابتزاز دون الاكتفاء بإشهاره عرفا في زمن كثرت فيه الفتن، وسوء الأخلاق، وقلة الوازع الديني، بل الجهل به، وهو ما نوه إليه الشيخ محمد الطاهر بن عاشور بقوله: " ويجب النظر في أن التوثيق بتسجيل الإشهاد لعقد النكاح تسجيلا يقطع تأتي إنكاره أو الشك فيه، هل يقوم مقام الشهرة في معظم حكمتها، فذلك مجال للاجتهاد"[19]؛ لأنه يدخل ضمن المصالح المرسلة في إثبات الحقوق وطمأنة النفوس وتوثيق أواصر الأسرة.

ولا يقدح في ذلك أنه لا يوجد دليل ينص عليه- التوثيق- صراحة، ومن ثم عدم الحاجة إليه ابتداء، وأن الزواج ينعقد بدونه، وهذه مغالطة كبيرة، ونظرة من قصر نظره عن إدراك واقع الناس اليوم وتغير الزمان، فما دام أن التوثيق لا يتناقض مع مقاصد الشرعية لما فيه من المنافع الجمة فلا مانع من الإلزام به والحث عليه دون الاكتفاء فيه — أي الزواج- بالرضائية " وإلاَّ فقد كان الزواج يحصل في أول تاريخ المدنية بمجرد الانسياق بين الرجل والمرأة والمراودة والمراضاة من كليهما، حتى يطمئن كل إلى الآخر ويستقر أمرهما على الوفاق والإلف وبناء العائلة والنسل"[20]، وهذا محل نظر اليوم؛ لان فقهاء القانون يقسمون العقود إلى قسمين:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القسم الأول: عقود رضائية، وهي التي يعترف بها القانون ويرتب عليها أحكامها ويكلؤها بحمايته بمجرد تحقيق تراضي الطرفين وتوافق إرادتهما عليها.

القسم الثاني: عقود شكلية أو رسمية وهي التي لا يعترف بها القانون ولا يرتب عليها أحكامها، ولا تحضى منه بحمايتها، بمجرد التراضي عليها، بل يشترط لذلك شروطا أخرى لقبول ما يترتب عليها من آثار ويتسنى له حمايتها وتنفيذها والإلزام بها.

وعقد الزواج يعد من القسم الثاني الذي لابد فيه من الرضا عند جمهور الفقهاء والشهرة والإعلان والتوثيق [21].

المطلب الثالث: الأسباب الكامنة وراء ظاهرة استمرار ازدواجية العقد، وموقف القانون منها.

يمكن إجمال هذه الأسباب في النقاط التالية:

النقطة الأولى: تحديد السن القانوني للزواج.

جرت عادة الناس أنهم يتزوجون متى شاءوا دون قيد أو شرط، بل إنهم يزوجون أحيانا أبناءهم وهم لازالوا صغارا لأجل الحسب والنسب وما شاكل ذلك، إلى أن تم تحديد سن معينة للزواج عبر فترات من الزمن، والتي استقر فيها التشريع الآن على 19 سنة للجنسين معا، بحيث يمنع عقد أي زواج إذا لم يبلغ أحدهما هذه السن إلا لظروف معينة، وفق ما نصت عليه المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري من القانون 11/84 والمعدلة بالأمر رقم 2/5/ المؤرخ في 2005/2/27م والتي ورد فيها :

تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج تمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

ما نص عليه المشروع في هذه المادة يُعدُّ من باب السياسة الشرعية، لما رآه من تغيُّر في النمط المعيشي والتفكري للمجتمع الذي غلبت عليه ألاّ مسؤولية، وكثر فيه الطلاق لأتفه الأسباب لقلة الوازع الديني والردع القانوني، فبالتالي يحتاج إلى من يسوسه، ويسن له قوانين تحفظ له نفسه وما له من الابتزاز أو السطو عليه تحت ذرائع واهية، قال الدكتور علي عبد القادر عثمان: " وقد يرى القانونيون هذا الاشتراط بأن هذا السن هو الذي يغلب معه الظن أن الزوجين يكتمل عندهما الاستعداد لتفهم الحياة، وإقامتها على ما ينبغي، وقد حاولوا بهذا أن يمنعوا استغلال أولياء الأمور للصغيرات، ممن لا يفقهن الشأن في تحقيق أغراض مادية لهم أو لهن دون النظر لتحقيق سعادة زوجية أو غيرها" [22].

الإشكال لا يكمن هنا في رفع سن الزواج في تعديل وخفضه في تعديل آخر، بل الأمر أكبر من هذا، لذا يجب علينا إعادة النظر في نظرتنا للإنسان الذي قال فيه المولى عز وجل: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ [23].

فتكريم الإنسان وتفضيله يكون بالاهتمام ببنائه الفكري والتربوي والاحترام له واستشارته فيما يتعلق بمصيره ومصير أبنائه من بعد، إذا أرادنا الخروج مما نحن فيه.

النقطة الثانية: جعل تعدد الزوجات تحت سلطة القضاء.

يعتبر تعدد الزوجات بصفة عامة من الظواهر الشائعة بين المجتمعات بصرف النظر عن توجهاتها الأيديولوجية غير أن الشريعة الإسلامية هذَّبته وحدَّت له شروطا يقبلها العقل السليم ولا تتعارض مع رغباتهم، أما المشرع القانوني فعمد إلى تضييق ممارسته بما سن له من مواد قانونية تنظيمية لما رأى من الممارسات الخاطئة، والآثار السلبية الناتجة عن ذلك المادة 8

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من القانون 11/84 والمعدلة بالأمر رقم: 2/5 لسنة 2005 يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

المادة 8 مكرر الصادرة بالأمر رقم 2/5 لسنة 2005 في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوة قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

المادة 8 مكرر 1 الصادرة بالأمر رقم 2/5 لسنة 2005 يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه.

إن تضييق المباح على هذا النحو يفتح بابا من أبواب المخالفة القانونية والرغبة في ولوج الممنوع أو المضيق فيه متى أمكن ذلك إما عنادا أو ألامبالاة بالنصوص التشريعية المنظمة للعلاقات الأسرية، مما ينتج عنه عبئا كبيرا على رجال القضاء نظرا للقضايا الشائكة المطروحة على المحاكم ؛ لأنها أصبحت أمرا واقعا تحتاج إلى حل.

" إن القانون لما سعى سعيه غير الحميد في النقض لهذا التشريع – أي تعدد الزوجات بما سنه من نصوص قانونية- فتح بابا زاد بسببه المتزوجون عرفيا، فكأن القانون- وإن لم يقصد – دفع ظاهرة الزواج العرفي أن تجد لها مبررا تعلنه، مؤداه محاربة القوانين للطرق السوية التي كانت تسلك في الظروف التي تحكم في التعدد"[24].

ومن أجل دفع هذا الإيهام- محاربة القوانين للتعدد- ينبغي على المشرع المبادرة إلى توعية المجتمع بالقوانين التي يسنها، وما هي الآثار السلبية أو الإيجابية المترتبة على ذلك، دون ترك بيانها للغير ينفث فيها ما يشاء ؛ لأن مشكلة المجتمع أنه ليس لديه ثقافة قانونية بل لديه أمية اتجاهها، فلا يعرف حقوقه أو واجباته، وإنما يكتفي بما يشاع ويقال على أنه صدق دون البحث في حقيقة ما قيل.

النقطة الثالثة: تساهل القانون في قبول عقود الزواج المبرمة خارج الأطر القانونية.

يُعَدُّ العرف من أهم روافد التشريع في الفقه الإسلامي، ما لم يتعـــارض مع أحكام الشريعة لقوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [25]، وقوله صلى الله عليه وسلم: " فما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن" [26].

فلفظ العرف عام يشمل كل ما تعارف عليه الناس من قول حسن وفعل جميل وخلق كامل، وكل ما فيه مصلحة دينية أو دنيوية؛[27] " لأن العرف والعادة أصل من أصول الشريعة"[28] وتوثيق العقود وعدم تكرارها يعد من هذه المصالح.

من الأعراف السائدة في المجتمع أنهم يبرمون عقد الزواج خارج الأطر القانونية قبل توثيقه لدى الجهات المختصة، وليس ذلك جهلا منهم، وإنما تعودوا عليه، بالرغم من وجود تعليمة وزارية رقم 06 المؤرخة في 2000/04/12م، تمنع أئمة المساجد من إبرام عقد الزواج الشرعي – الموسوم بالفاتحة أي تقديم شهادة العقد الإداري للزواج- لدى المجتمع قبل التأكد من وجود الدفتر العائلي أو مستخرج منه لدى الزوجين المقبلين على إجراء الفاتحة –أي تقديم شهادة العقد الإداري للزواج- دون الاكتفاء باللفظ ؛ لأنه ربما يدلس عليهم.

ومما يؤكد صحة ما ادعيناه أنهم يتفادون المساجد الآن ويجرون هذه الفاتحة- العقد الشرعي – في بيوتهم، حتى لا يتحمل إمام المسجد أي مسؤولية قانونية، سواء أجراها هو أو غيره داخل بيت أحد الزوجين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومما يجب التنويه إليه أن إبرام عقد الزواج أمام الموظف المختص لا يَعْدُو إلا أن يكون شكليا فقط، بمعنى عدم وجود صيغة الإيجاب والقبول المعروفة لدى الفقهاء، وإنما يكتفي الموظف بالجانب الإداري فقط أي توفر شروط الزواج المنصوص عليها في نصوص القانون المنظم للعلاقات الأسرية، ولهذا يلجأ الأزواج بعد العقد الإداري إلى إمام المسجد أو كبير القوم أو غيرهما ممن له إطلاع بأمور الدين من أجل إجراء العقد الشرعي – أي الفاتحة- حتى يتسنى له البناء بزوجه، وهذا الأمر عايشناه حقيقة، فمعنى هذا أن المتسبب في إجراء عقدين على شيء واحد هو المقنن نفسه لعدم تأهيل الموظف الإداري وإلزامه بإجراء عقد الزواج على ضوء ما ينص عليه الفقهاء دون الاكتفاء بالشق الإداري الذي يضمن حقوق الزوجين معا حالة النزاع أو التنازع، أو وفاة أحدهما قبل الدخول، مع توعية الزوجين بأن العقد المدني يكفي في إباحة الزوجة لزوجها؛ لأنه يجمع بين الحسنين متى تم مستوفيا لجميع الشروط- الشكلية والشرعية- دون الحاجة إلى إجراء عقد آخر، مع التشديد في قبول دعاوى الزواج قبل توثيقه من أجل تقليل الإقبال عليه؛ لأن الصياغة القانونية للمادة 6، 21، 22 من قانون الأسرة مدعاة للإقبال عليه؛ لأنهم يعرفون أن المحكمة لا ترفض هذا النوع من العقود العرفية متى استجمع الشروط الشرعية أما القانونية فقد لا تتوفر خصوصا فيما يتعلق بالفحص الطبي لعدم وجود التنازع بين الزوجين فيه فلا يعدو إلا أن يكون شكليا، وكذا شروط تعدد الزوجات عموما، كما تنص على ذلك المادة 7 مكرره، 8 و8 مكرر و8 مكرر 1؛ لأنه أصبح أمرا واقعا مفروضا لابد من إيجاد مخرج له، خصوصا وأن النيابة العامة أصبحت طرفا أساسيا في القضية.

وهذه نصوص المواد المشار إليها آنفا

المادة 6 من القانون 11/84 المعدلة بالأمر رقم : 2/5/لسنة 2005.

إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا.

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون.

المادة 21 من القانون 11/84/ لسنة 1984- غير معدلة- تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج.

المادة 22 من القانون 11/84، المعدلة بالأمر 2/5/ لسنة 2005.

يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

المادة 8 و8 مكرر و8 مكرر1 سبقت الإشارة إليهن[29] .

المادة 7 مكرر الصادرة بالأمر 2/5/ لسنة 2005.

يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية، ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط و كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

بالنظر في هذه المادة ألاحظ ما يلي :

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1- ما نص عليه المشروع من إيجاب الفحص الطبي على المخطوبين المقبلين على الزواج أمر محمود نظرا لما يترتب على عدمه من مخاطر صحية فيما يتعلق بالجانب الوراثي على صحة الأبناء، ويتأكد هذا أكثر إذا كانت تجمعهما صلة القرابة.

2- الفحص الطبي الذي أوجبه المشرع لا يَعدُو إلا أن يكون أمرا استشاريا وفق ما نصت عليه المادة 4 و5 و7 من المرسوم التنفيذي رقم06-154 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427ه الموافق ل:11 مايو سنة 2006م، يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84- 11 المؤرخ في: 9 رمضان عام 1404ه الموافق ل: 9 يونيو سنة 1984م، والمتضمن قانون الأسرة (ج ر 31 مؤرخة في 14 مايو 2006م)، وبالتالي لا يؤتي ثماره المرجوة من تقنينه، فلا يمكن للموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يمتنع من تسجيل الزواج على خلاف رغبة المخطوبين لأسباب طبية، وفق ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 7 من هذا المرسوم الآتي ذكرها لاحقا، ومن ثم فلا فرق بين العقد المدني والعقد العرفي المتقدم عليه الذي لم يقدم فيه الخاطبان الشهادة الطبية التي تبين حالتهما الصحية، وبالتالي لا تؤثر نتائجه على الاستمرار في إكمال بقية مراسيم الزواج، وللعلم فان العقد العرفي قد يتبعه بناء بالزوجة ثم إنجاب أولاد فيما بعد قبل توثيقه فماذا يصنع القاضي ؟

3- كان حريا بالمشرع أن تكون له الشجاعة الكافية في تحمل مسؤولياته باتخاذ القرار المناسب الذي يخدم المصلحة العامة للزوجين وأولادهما فيما بعد بإيقافه إعمالا للقواعد الفقهية " درء المفاسد أولى من جلب المصالح " و" الضرر الخاص يتحمل في سبيل دفع ضرر عام" ،قال الإمام الشاطبي :" و لا مصلحة تتوقع مطلقا مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد عنها "[30]؛ لأن المخاطر التي تترتب على هذا الزواج ربما تفوق محاسنه، ولا تكون هناك سكينة ولا استقرار نفسي، وحينها يعض على يديه ويقول : ﴿قُل لَّا أَمْلِكُ لِنَفْسِي نَفْعًا وَلَا ضَرًّا إِلَّا مَا شَاءَ اللَّهُ ۚ وَلَوْ كُنتُ أَعْلَمُ الْغَيْبَ لَاسْتَكْثَرْتُ مِنَ الْخَيْرِ وَمَا مَسَّنِيَ السُّوءُ﴾ [31]، قال العز بن عبد السلام مقررا لهذا المبدأ: "إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك ؛ امتثالا لأمر الله تعالى فيهما، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [32] ، وإن تعذر الدرء والتحصيل، فان كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة"[33] .

وهذا يُنمُّو على مدى إدراك تحمل المسؤولية وأن الأحكام في الشريعة معللة بمصالح العباد فهي أساس تشريعها.

4- نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة الرابعة على إمكانية أن تشكل بعض هذه الأمراض خطرا على صحة الزوج أو الذرية دون الحديث عن الزوجة، وإن كان يصح لغة إطلاق لفظ الزوج على الزوجة كما ورد ذلك في اللفظ القرآني في قوله تعالى: ﴿ فَاسْتَجَبْنَا لَهُ وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَىٰ وَأَصْلَحْنَا لَهُ زَوْجَهُ﴾ [34] لكن أظن أن هذه هفوة منه، وليس الأمر مقصودا لذاته، خصوصا وأنه في مقام البيان، والصياغة القانونية للمادة لا تقره على ذلك، بدليل ما ورد في المادة السابعة الآتي ذكرها، حيث أنه صرح بهما معا- الزوجين- بقوله :" من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما".

وبناء عليه أرى إعادة صياغة بعض هذه الفقرة على النحو الآتي:

" التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى أحد الزوجين أو الذرية..."

المادة 4: يمكن أن يَنْصَبَّ الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب أو القابلة للإصابة ببعض الأمراض.

وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح الطبيب على المعنى إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج أو الذرية، وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المادة5: يبلغ الطبيب الشخص الذي خضع للفحص بملاحظاته ونتائج الفحوصات التي تم إجراؤها طبقا للمادة 3 أعلاه، ويتم إعداد شهادة طبية بذلك تسلم إلى المعني.

المادة 7: يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما، وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين.

النقطة الرابعة: عدم الوعي الكافي بالآثار المترتبة على ذلك نتيجة المورثات الأسرية القديمة إما بسبب الاستعمار أو استصحاب الأصل، أو مخافة ارتكاب الفاحشة أو دخول وارث جديد للأسرة – وخاصة العقار كالأرض- أو العنوسة، وما إلى ذلك.

الإنسان بحكم خلقته يعيش بين أمرين الحنين إلى الماضي، والاستشراف للمستقبل، إلا أن تمسكه بالماضي الموروث بصرف النظر عما يحويه أو يترتب عليه أكثر من المستقبل ؛ لأن ما يعرف أولى مما يجهل تطبيقا للمثل الشعبي " الذي نعرفه أحسن من الذي لا نعرفه"، وثباء عليه فإن استمرار إجراء عقدين على شيء واحد ناتج عن هذه الموروثات القديمة التي كان فيها الوازع الديني قويا، والناس يحترمون ما يتخذه شيخ القبيلة، أو كبير القوم، أو مجلس العائلة إلى آخره، فلا يسع أيا كان الخروج عما قُرِّرَ مهما كانت الأحكام، أما اليوم فلا وازع ديني، ولا روح مسؤولية، ولا خاطر لكبير، وإنما صار التمسك بالموروثات شكلا فقط خدمة للمصلحة الخاصة.

أما عدم التوثيق ابتداء إبان الاستعمار فمرده للعلاقة التنافرية بين الشعب الجزائري والمستعمر الفرنسي، فاستمر الجزائريون في إبرام عقود زواجهم بالفاتحة [35] -أي العقد الشرعي- جريا على الأعراف والتقاليد الموروثة، ولو كان التوثيق في مصلحتهم تطبيقا لمقولة الإمام عبد الحميد بن باديس : " والله لو طلبت مني فرنسا أن أقول : لا اله إلا الله ما قلتها " بالرغم من المحاولات العديدة التي قام بها المشرع الفرنسي قبل الاستقلال من إدخال نظام تسجيل عقد الزواج في سجل الحالة المدنية جاعلا بذلك العقد المدني هو الوسيلة القانونية الوحيدة لإثبات الرابطة الزوجية وترتيب آثارها القانونية عليها، بما أصدره من قوانين تنظيمية فمن ذلك:

قانون 23 مارس 1882م، وقانون 2 أفريل 1930، وقانون 11 جويلية 1957م، والأمر الصادر في 4 فبراير 1959م، وكذا المرسوم المؤرخ في 17 سبتمبر 1959.

أما بعد الاستقلال فإن الناس استمروا في إبرام عقود زواجهم العرفية إما جهلا بالقوانين الصادرة في هذا الشأن، أو تعودا، أو استصحابا للأصل الأول ألا وهو عدم التوثيق، وإنما يكفي في ذلك العقد الشرعي والمعروف بالفاتحة.

قد يكون السبب وراء هذا الأمر أيضا مخافة ارتكاب البنت فاحشة مبينة فيُزَوِّجها أهلها في سن مبكرة قبل بلوغها السن القانونية 19 سنة، وبالأخص إذا كانت غير متمدرسة، أو لا رغبة لها في التعليم، فيكون الزواج هو الحصن الأمين لها، وربما يستفيد وليها ماديا من تزويجها، يضاف إلى هذا عامل العنوسة الذي يساعد على تأجيج نار هذا النوع من العقود نتيجة انخداعهن بالوعود الكاذبة بتوثيق عقد زواجهن فيما بعد، وبالأخص إذا كان الزوج مُعَدِّدًا، أو يعمل في مؤسسات تفرض عليهم الحصول على ترخيص مسبق بالزواج كأفراد الجيش، أو الدرك، أو الأمن[36]، فتجد المرأة نفسها في حيرة من أمرها، فلا تدري ماذا تفعل هل تقبل بالوضع الذي هي عليه، وبالأخص إذا هددها بالتخلي عنها ،- أي يطلقها- أم أنها تسعى لتوثيق عقد زواجها إثباتا لحقوقها ولو كلفها ذلك فراق زوجها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يضاف إلى ما ذكرناه سابقا طمع الإنسان وحبه للمال وحرصه عليه قد يدفعه إلى بعض التصرفات غير المشروعة وَأَلَّا مسؤولة، فيرتكب مخالفات قانونية، وبالأخص إذا كان القانون غير حازم كما هو الشأن هنا، فالذين يُقْصِرُونَ تزويج بناتهم على العشيرة مخالفة دخول وارث جديد بعيد عن العائلة يستخدمون كل الوسائل من أجل بلوغ ذلك الهدف، ولو على حساب سعادة بناتهم، واستقرار حياتهن، بعيدا عن أعين القضاء والقانون، لعدم قبول سلطانه على القلوب، وإن تسلط على الأبدان.

لهذه الأسباب وغيرها قام المشرع الجزائري بعد الاستقلال بسن عدة قوانين للحد من هذه الظاهرة فمن ذلك: المرسوم 26/62 المؤرخ في 13 ديسمبر1962، والمتعلق بالحالة المدنية (م1- 7و8[37])، والقانون رقم 63/224 المؤرخ في 29 جوان 1963 والخاص بالسن القانونية للزواج،[38] والأمر رقم 72/69 الصادر في 16 سبتمبر1969م، والمتعلق بضرورة تسجيل عقود الزواج السابقة عن حكم قضائي (م1و2)[39]، والأمر رقم 65/71 بتاريخ 22 سبتمبر1971 [40]، والأمر رقم 20/70 بتاريخ 19 فبراير1970 والمتعلق بقانون الحالة المدنية (م 71-77) [41]، المادة (39 ،40، 50) من قانون الحالة المدنية[42].

ما ذكرناه من جملة هذه الأوامر كلها متعلق بالأسرة، سواء كان ذلك مباشرة أو يخص الحالة المدنية إلا أن له تعلقا وثيقا بتسوية الزواج العرفي وما يتبعه، أو يترتب عليه، لم يقف المشرع الجزائري عند هذا الحد بل إنه استمر في سن القوانين المختلفة وتعديلها كلما اقتضت الضرورة ذلك مواكبا التغيرات الاجتماعية، فيحدث لهم من التشريعات بقدر ما أحدثوا من أحداث.

النقطة الخامسة: أثر الثغرات القانونية وعدم تشديد العقوبة في استمرار الظاهرة.

الناظر في أحوال الناس اليوم يجدهم منشغلين بالأمور المادية أكثر من انشغالهم بالجانب الأدبي نظرا للظروف الاجتماعية الصعبة التي يعيشون فيها، والتي تفرض عليهم واقعا خاصا، لكن ومع هذا كله لا عذر لهم في الاهتمام بجانب وإهمال جانب آخر تحت أي مسمى؛ لأن الله عز وجل قال : ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً﴾ [43]، أي عدولا في تصرفاتكم، وقوله صلى الله عليه وسلم:" إن المنبت لا أرضا قطع ولا ظهراً أبقى"[44].

فأين نحن من هذا المنهج النبوي الرباني، إن دل هذا إنما يدل أن الضمائر أضحت مشوشة فشغل أصحابها هو ملء جيوبهم بالدنانير، والوصول إلى مآربهم بأي وسيلة كانت، ولو على حساب سعادة وراحة الآخرين، فيلتمسون وجود الثغرات القانونية بل يبحثون عنها لدى رجال القضاء والمحامين مقابل مبالغ مالية يدفعونها لهم؛ لأن القانون ليس له سلطان على قلوبهم، وإنما سلطانه على أبدانهم، فيعمدون إلى مخالفته والتفلُّت من رقابته متى سنحت لهم الفرصة، فسَبَّبَ ذلك مشكلات اجتماعية متعددة أُشْغِلَتْ بها المحاكم لسنوات طويلة، سواء في هذا الأمر أو في غيره، دون الاستفادة مما مضى، وهذا يدل دلالة واضحة عن غياب الرادع القانوني ناهيك عن الوازع الديني، فلو كانت هناك وسائل ردعية، سواء كانت مادية أو بدنية — أي مالية أو سجنا- تمكن النيابة العامة من متابعة من تسبب في ذلك بتهمة الإفساد، لما يترتب عليه من آثار قد تضر بالغير مادامت علاقة الزواج غير موثقة، وإن استوفت الشروط الشرعية؛ لأن الشرع والقانون يخدمان مصلحة واحدة، وهي حماية حقوق الأسرة من الضياع والتعدي عليها، كما هو منصوص عليه في المادة "2 و 3 و3 مكرر و4 " من قانون الأسرة الجزائري 11/84/ المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م.

المادة 2: الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم الزوجية وصلة القرابة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المادة 3: تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية.

المادة 3: مكرر الصادرة بالأمر رقم 2/5 لسنة 2005.

تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون.

المادة 4: من القانون 11/84، المعدلة بالأمر 2/5.

الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة، والرحمة، والتعاون، وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

مما لا شك فيه أن هذا النوع من العقوبات المشار إليه آنفا يؤتي ثماره؛ لأن الإنسان بطبعه إذا أخذ بالشدة والقوة ما يلبث إلا أن ينصاع إلى القانون مع إمكانية تشديد العقوبة إذا تكرر ذلك منه مرة أخرى ؛ لأن الله يزع بالسلطان مالا يزع بالقرآن، قيل للإمام ابن أبي زيد القيرواني إن مالكا لم يكن يرى اتخاذ الكلاب للحراسة فقال عندئذ:" لو أدرك مالك هذا الزمان لا تخذ أسدا ضاريا "[45]، وأنا أقول لو أدرك زماننا ورأى ما فيه من فساد أخلاق الناس وخراب ذممهم لأبطله لما يترتب عليه من مفاسد جمة، قال عمر بن عبد العزيز :" تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من فجور"[46]. بشرط أن لا تكون هناك محسوبية في تطبيق القانون إذ أردنا الإصلاح، والخلاص مما نتخبط فيه من مشكلات في شتى مناحي الحياة

النقطة السادسة : التساهل في الفتوى بأن عدم توثيق عقد الزواج لا يؤثر في صحة العقد شرعا.

ينبغي للمتصدر للفتوى أن يكون مدركا لشأنه عالما بزمانه كما قال صاحب مواهب الخلاف:" ينبغي للقاضي أن يكون عارفا بعوائد أهل البلد الذي ولي به ليجري للناس على عوائدهم المترلة مترلة الشرط المدخول عليه صريحا" [47]؛ لأن لفتواه وقعا على المستفْتِي، فإما أن يأخذ بيده إلى بر الأمان، أو يهوي به في واد سحيق من المتاعب والمشاكل فيحيا حياة ضنكة، فرأيه لا يعدو إلا أن يكون تفسيرا احتماليا للنصوص التي ينظر فيها هي ظنية الدلالة ؛ لأن النص القطعي الدلالة لا مجال للاجتهاد في فهمه، فهو واضح الدلالة، بخلاف الظني فهو احتمالي، وأخذ الأحكام منه و تفسيره يختلف من فقيه لآخر بحسب ما لديه من الفقه والفهم، ومن ثم لا يمكنه حمل الناس على ما ترجع لديه؛ لأن ترجيح رأي غيره أولى كذلك مادام أنه استخدم نفس الأدوات العلمية الصحيحة الموصلة إلى استنباط الحكم الفقهي أو الفتوى؛ " لأن الرأي في الحالتين لا يتجاوز كونه أحد الدلالات الاحتمالية للنص ترجح لدى هذا المفتي، ويترجح رأي وآراء أخرى لدى مفتين آخرين في تفسير أو تترل نفس النص"[48]، فالفهوم إذا تختلف بناء على ما تم ذكره، قال الشيخ محمد رشيد رضا:" إن الله تعالى لا يسألنا يوم القيامة عن أقوال الناس وما فهموه، وإنما يسألنا عن كتابه الذي أنزله لإرشادنا وهدايتنا، وعن سنة نبيه الذي يبين لنا ما أنزل إلينا "[49].

يضاف إلى هذا أن الفتوى التي يفتي بها قد تكون رأيا للغير قيلت في زمن يصلح لتلك الفتوى فينقلها هو كما هي، ويريد أن يحمل الناس عليها مع أن الظروف أو الملابسات التي قيلت أو استنبطت فيها تختلف تماما عن الواقع الذي يعيش فيه المفتي الناقل و المستفتي، ومع ذلك يقدمها على أنها حكم الشريعة الصحيح الذي يجب الالتزام به، ولا يسع الخلف فيه[50]، وغفل هذا المفتي أن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعرف، وما مذهب الإمام الشافعي القديم والجديد عنا ببعيد، فقد كان يفتي في العراق بفتاوى، وعندما انتقل إلى مصر غير بعض فتاويه وكثيرا من آرائه الفقهية ؛ لأنه راعى تغير الزمان والمكان والعرف الذي حل فيه؛ حتى يكون لأقواله وآرائه وفتاويه مجال للتطبيق، وقبول لدى الناس ؛ لأنه

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أصبح يعتبر واحدا منهم، وهو الفقه، وهذا ما جعل الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، قال القاضي أبو بكر بن العربي :" إن العرف و العادة أصل من أصول الشريعة " [51].

لكن الإشكال يكمن في كون هذا المفتي وأشباهه ومن قلده من أتباعه يعتبر أن تفسيره الاحتمالي للنصوص ظنية الدلالة هو الشريعة، ومن ثم يجب الالتزام بها، وإن لم يكن ذلك قسراً، لكن وصفها بحكم الشريعة أو حكم الله يكسبها قوة التنفيذ والالتزام بها،[52] وهذا هو عين التعسف أن تحمل الناس على رأيك، وهناك من يخالفك الرأي، وإن لم يكن ذلك قصداً – أي أمراً مباشرا- لكن وصفه بذلك الوصف يولد في النفس الإثم بمخالفته.

وبالمقابل نجد هناك من يرى أن المؤسسات المدنية يجب عدم الالتفات إليها إلا للضرورة بحجة أنها تحكم بغير ما أنزل الله، وهذا من تلبيس إبليس عليهم، كان حرياً بهؤلاء أن يقـــدموا للمجتمع ما ينفعه ويلم شمله، لا أن يتركه يتخبط في فوضى عارمة، بحجـــة أن الزواج في الشريعة الإسلامية لا يحتاج إلى توثيق، وإنما يكفي فيه حضور شاهدين عدلين فقط، وهذه مقولة حق أريد بها باطل؛ لأن الشريعة جاءت رحمة للناس، قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [53]، وقال صلى الله عليه وسلم فيما روته عنه عائشة وأنس –رضي الله عنهما-: " أنتم أعلم بأمر دنياكم"[54]، وهو ما حدا بالشيخ محمد الطاهر بن عاشور إلى القول :" ولقد رأيت الناس حول كلام الأقدمين أحد رجلين : رجل معتكف فيما أشاده الأقدمون، وآخر آخذ بمعوله في هدم ما مضت عليه القرون، وفي كلتا الحالتين ضرٌّ كثير، وهناك حالة أخرى ينجبر بها الجناح الكسير، وهي أن نعمِدَ إلى ما أشاده الأقدمون فنهَذِّبه ونزيده، وحاشا أن ننقضه أو نبيده، علما بأن غمض فضلهم كفراذ للنعمة، وجَحْدَ مزايا سلفها ليس من حميد خصال الأمة، فالحمد لله الذي صَدَّق الأمل، ويسَّر إلى هذا الخير ودَلَّ "[55].

والتوثيق لا يتناقض مع مقاصد الشريعة، لما فيه من حفظ الحقوق والمصالح الذي يعد إحدى الكليات التي تكفل الشرع بحفظها والذود عنها، ومن ثم فللحاكم أن يسن من القوانين ما يؤدي إلى تهذيب المجتمع وإصلاحه اعتمادا على المصالح المرسلة، وهذه الفتاوى غير المتزنة وما يترتب عليها يؤدي إلى ظهور بؤر للفساد وأوكار للرذيلة جراء حرمان الأولاد وأمهاتهم من حقوقهم المدنية، فبماذا سيجيبون – أي المفتون- ربهم إذا تمسك هؤلاء – أي الضحايا- بتلابيبهم؟

النقطة السابعة: البعد عن المناطق الحضرية وانتشار الأمية القانونية وغياب الاهتمام بالظاهرة.

بما أن الإنسان يعيش في مناطق مختلفة قد تكون بعيدة عن المناطق الحضرية مع قلة وسائل النقل إليها، فتولد في نفسه الكسل واللامبالاة بالعقود التي يبرمها خارج الدوائر الرسمية، فيكتفي بالعرف السائد في بلدته إلى أن يتيسر له توثيقه، مما يترتب عليه تكرار عقدين على شيء واحد فيما بعد.

لكن بتتبع أحوال الناس نجد أن هذا الأمر ليس مرده بالدرجة الأولى إلى البعد عن المناطق الحضرية، وإنما ناتج عن ثقافة موروثة منذ القدم استصحابا للأصل، والدليل على ذلك أنه يحصل أيضا في المناطق الحضرية، سواء كانت عتيقة أو حديثة، و حتى لا يقال بأن هؤلاء السكان انحدروا من المناطق الريفية أو البدوية ثم شكلوا تجمعات سكنية جديدة، وهذا يدل دلالة واضحة على الأمية القانونية التي يعيشها هذا المواطن، بالرغم من حرص الدولة على إجبارية التعليم عموما، فلا يدري أن هذا النوع من العقود يترتب عليه مآسي كثيرة تلحق بالأطفال وأمهاتهم على السواء، خصوصا في الزمن الذي نحن فيه، ومن ثم يتحتم على وسائل التواصل العامة من تلفزيون، وإذاعة، وانترنت وغيرها أن تُولي هذا الأمر عناية خاصة بتوعية المجتمع عموما، والمخطوبين خصوصا بالمخاطر التي تترتب على هذا النوع من العقود، مع ضرب أمثلة للمعاناة التي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يتكبدها من وقع في هذا النوع من العقود، حتى تكون نبراسا يُهتدى به، فيتخلى بذلك عن هذه العوائد والأعراف غير السوية.

النقطة الثامنة: الحضانة.

من المقرر فقها وقانونا أن الأم أولى بحضانة صغارها ما لم تتزوج، فإذا تزوجت سقطت حضانتها إلا إذا كان الزوج رحما محرما للبنت خصوصا والولد عموما، أو كان الابن لا يقبل غيرها.

لكنها إن تزوجت بغير رحم محرم فإن حضانتها تسقط ابتداء إذا طلبها غيرها ممن هو أحق بها منها، وفق ما نصت عليه المادة 64 و66 و 70 من قانون الأسرة الجزائري.

المادة 64 من القانون 11/84 المعدلة بالأمر 2/5/ لسنة 2005.

الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

المادة 66 من القانون 11/84 لسنة 1984.

يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون .

المادة 70 من القانون 11/84/ لسنة 1984.

تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

ومن أجل عدم حرمان أم المحضون من حضانة صغارها، وبالأخص إذا كان هناك نزاع مع أبي المحضون، أو أقاربه حالة وفاته أو الحجر عليه بسبب جنون، أو مرض مُفنِّدٍ وما إلى ذلك كما هو منصوص عليه في هذه المواد المذكورة آنفا وغيرها[56]، فإنها تلجأ إلى الزواج العرفي حتى تحتفظ بمحضونها فلا توثق عقد زواجها، وإن رفع ولي المحضون دعوى عنها، فإنه لا يستطيع إثبات زواجها، نظرا لكون الزواج غير موثق- أي غير مسجل – ومرد هذا كله إلى الأنانية التي جُبل عليها الإنسان، أو التعسف في سوء استعمال حقه، أو عدم علمه إما بتعاليم الإسلام وسماحته، أو عدم قناعته بها، اعتمادا على الموروثات القديمة غير أن الفقه الإسلامي أولى بالاتباع ؛ لأنه وضع لذلك حدوداً ترضي جميع الأطراف متى التزم بها الفرد .

النقطة التاسعة: المنح العائلية – أي المساعدات الاجتماعية- التقاعد والمعروف بالمعاش.

لقد خلق الله الإنسان وحبب إليه المال والأولاد وجعلهما زينة الحياة الدنيا فقال سبحانه وتعالى: ﴿ وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا ﴾ [57]، وقال أيضا : ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا﴾ [58]، فالمال إذا هو عصب الحياة، والأبناء هم قوام الأسرة وعمادها، ولكي لا يقع اعتداء على المال بسبب حبه الشديد له وتعلقه به نظم طرق الحصول عليه وأمر بحفظه فقال :﴿أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [59] ، وقال: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [60]، منعا للتنازع في التداين ابتداء وسداده انتهاء، بل إنه حدثنا وأرشدنا إلى وسيلة صيانته بإجازة الرهن فقال: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [61]، فإذا تماطل المدين في سداد دينه أو أفلس فإن الدائن له ما يعوض به دينه فلا يضار في ذلك، ولأهميته البالغة وتعلق الإنسان به عدّ من الكليات الخمس التي عنيت الشريعة بحفظها والذود عنها، حتى لو تطلب ذلك الموت في سبيله، فعن أبي هريرة –رضي اله عنه- قال جاء رجل إلى رسول الله –صلى الله عليه وسلم- فقال يا رسول الله: "أرأيت إذا جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: "فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قاتلني؟ قال:" قاتله"، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: "فأنت شهيـــــد"، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: "هو في النار" وفي رواية قال –صلى الله عليه وسلـــم– من قتل دون ماله فهو شهيد"[62].

ولعظـــم شأنه جعل أكله بغير وجه حـــق من موجبـــات النار فقال جل شأنه: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [63].

فالناظر في هذه النصوص يلحظ مدى حرص الشريعة على حفظ المال والذود عنه، وإن تطلب ذلك المقاتلة، ومن أجل ذلك وجد الحجر على السفيه إما بسبب فساد رأيه كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلاً مَعْرُوفًا﴾ [64].

إن دل هذا إنما يدل على مدى حرص الشريعة على حفظ المال والذود عنه، وجعل الحصول عليه يكون بالطرق المشروعة التي يقرها العرف الصحيح والقانون.

فاستحقاق المال بكل مسمياته، سواء كان منحة اجتماعية أو معاشا – أي تقاعداً – قد يدفع صاحبه إلى ولوج الطرق الملتوية من أجل الحصول عليه بحجة أن له في ذلك حقا أو شبهة، وإن كان محقا في ذلك ابتداء كالأرملة، أو البنت، أو الأخت، أو الأم المتوفى عنهن من كان يعولهن – فالزوج بالنسبة للزوجة، والأب بالنسبة للبنت، والأخ بالنسبة للأخت، والابن بالنسبة للأم– متى استوفت كل واحدة منهن شروط الحصول عليه، لكن قد تستغني كل واحدة منهن عن ذلك المال إذا وجدت عملا أو تزوجت ؛ لأن نفقتها تصبح واجبة على زوجها، وبالتالي يسقط حقها في ذلك المال الذي كانت تتقاضاه من قبل لعدم الحاجة إليه الآن، لوجود من يسد مهجتها ؛ لأن استحقاقها له ابتداء كان من أجل حمايتها، حتى لا تبقى عالة على الغير، أو تسلك مسالك الشيطان – أي تنحرف أخلاقيا بارتكاب الفاحشة وما شابهها – وليس ذلك ميراثا، ولو كان الأمر كذلك لقسم بين الورثة بصرف النظر عن أحوالهم – أي هل هم أغنياء أم فقراء، كبار أم صغار، ذكور أم إناث، متزوجات أم عازبات إلى غير ذلك من الأسئلة – وهذه المسالة – أي المعاش والمعروف بالتقاعد الذي يتركه المتوفى– فيها خلف بين فقهاء العصر، فمنهم من يرى أن هذا المعاش أو التقاعد عبارة عن مدخرات للمتوفى، و بالتالي يقسم بين ورثته قسمة الميراث، ومنهم من يرى أنه عبارة عن تأمين تعاوني، وبالتالي لا يأخذ أحكام الميراث من جميع الجوانب، وإن كان الذين يستحقونه لابد أن يكونوا مستحقين للميراث ابتداء مع بعض التفاصيل في التطبيق ليس هذا مجال بحثها.

غير أن هؤلاء النسوة قد يمتنعن عن توثيق زواجهن، حتى يحتفظن بحقهن في المعاش اللائي يتقاضهن بسبب موت زوج، أو أب، أو أخ، أو ابن، وبهذا تزداد رقعة الزواج العرفي بانضمام رافد جديد إليها[65].

المطلب الرابع : التطبيقات القانونية والقضائية.

بمقتض التعديل الجزئي الذي طرأ على قانون الأسرة الجزائري بالأمر 2/5 المؤرخ في 27 فبراير 2005م فإن المادة الخامسة والسادسة "5 و6" حظيتا بنصيب من ذلك التعديل، حيث إن المشرع الجزائري أعاد ترتيب أحكامهما مع بيان الآثار المترتبة عليهما، فأضحتا أكثر وضوحا عما كانتا عليه من قبل في القانون 11/84 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984.

وهذا نص المادتين :

المادة 5:

الخطبة وعد بالزواج

يجوز للطرفين العدول عن الخطبة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته .

وإن كان العدول عن المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته.

المادة 6:

إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا.

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توفر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكـــرر من هذا القانون.

المادة 9: مكرر الصادرة بموجب الأمر رقم 02/05 لسنة 2005.

يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج.
- الصداق.
- الولي.
- الشاهدان.
- انعدام الموانع الشرعية.

بالنظر في نصوص هذه المواد ألاحظ باختصار ما يلي:

1- المادة الخامسة نصت على:

أ- الخطبة وعد بالزواج، ومن ثم يجوز للطرفين معا أو لأحدهما العدول عنها متى شاء، لكونها وعداً لا يلزم الوفاء أو الالتزام به.[66]

ب- الآثار المترتبة عن العدول .

2- المادة السادسة نصت على:

أ- اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا ابتداء.

ب- اقتران الفاتحة[67] بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا صحيحا متى استوفى الأركان والشروط المنصوص عليها قبل توثيقه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية، ومن ثم يستأنس به فيما بعد حالة التنازع أو التوثيق.[68]

ج- لكي يكون الزواج العرفي معترفا به فيما بعد لدى القضاء لابد أن تتوفر فيه الشروط المنصوص عليه في المادة 9 مكرر من هذا القانون.

د- ينتهي الزواج العرفي التام للأركان إما بالطلاق أو التطليق، وليس بفسخ عقد الزواج أو خطبة كما يتوهم على اعتبار أن الطرفين وقعت بينهما خطبة مقرونة بفاتحة، معنى ذلك حصول إنشاء عقد زواج.

هناك حكم مشهور صادر عن المحكمة العليا نصت فيه على أنه " متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة الصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية، وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم، يكون قضاء موافقا للشرع والقانون[69].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهذه الأحكام وغيرها تدل دلالة واضحة على مبدأ تكريس القانون والقضاء تكرار عقدين على شيء واحد، مع اعتراف صريح بالعقد العرفي وتثمينه متى استوفى الشروط الشرعية والقانونية من أجل المصلحة العامة – أي حفظ المجتمع في أمنه الأخلاقي – والخاصة –حفظ حقوق المرأة و الأولاد إن وجدوا – وهذا لا إشكال فيه ؛ لأنه من المبادئ العامة التشريعية، لكن المشكل يكمن في استمرار هذا النوع من العقود، ومدى توفر الشروط القانونية المنصوص عليها، لاسيما شرط تعدد الزوجات والالتزام بالسن القانونية، وإجراء الفحص الطبي، حتى وإن أتى بمبرر أو إفادة فيما بعد فلا ندري مدى مصداقيتها، وإن كانت مقبولة شكلا، فقد تستخرج من غير فحص طبي فالواقع لا يمكن رفعه أو إزالته، وبهذا يتضح جليا أن تحقق مضمون النصوص القانونية على وجه الخصوص أمره يفنّدهُ الواقع، فالناس لا يلتزمون بهذا فيما بينهم، لعدم قبول سلطان القانون على قلوبهم، وإن تسلط على أبدانهم، والمشرع بهذا الصنيع أصبح أمام إشكالية قانونية أخرى، وهو أنه يصحح و يوثق عقوداً لم تتوفر على بعض الشروط المنصوص عليها قانونيا مما يعرض حكمه وقراره للنقض، والطعن، والإبطال، لعدم وجود الضمانات الكافية للحفاظ على الحقوق وتطبيق النصوص.

3- المراد بأهلية الزوجين المنصوص عليها في المادة 9 مكرر أن يكونا قد بلغا معا السنة القانونية وقت إبرام العقد وفق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة السابعة "7" من القانون 84 / 11 المعدلة بالأمر 5/ 2 / لسنة 2015 "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

إذا كان الناس قد اعتادوا على مثل هذا النوع من العقود فإن من الواجب على الدولة أن تشرع النصوص التنظيمية والضمانات الكافية لحفظ الحقوق مع الصرامة في تطبيقها على ضوء ما أحدث الناس من فجور، فبقدر ما يحدثون من أحداث يحدث لهم من أحكام كما قال عمر ابن عبد العزيز: " تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من فجور"؛ لأن هذه الممارسة تخالف النظام العام الذي ارتضته الدولة في سياسة المواطنين كما هو منصوص عليه في مواد قانون الأسرة وغيره.

1- المادة 18 من القانون 11/84 المعدلة بالأمر رقم 5 / 2 لسنة 2005م يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونيا مع مراعاة ما ورد في المادة 9 [70] و9 مكرر من هذا القانون .

2- المادة 21 من القانون 11/84 لسنة 1984

تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج.

3- المادة 22 من القانون 84/ 11 المعدلة بالأمر 2/5/ لسنة 2005

يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

4- المادة 39 و40 و50و71و 72و 77 من ق .ح.م [71]، المادة 5 من القانون رقم 63/224 [72].

فهذه النصوص القانونية نصوص تنظيمية، وبيان للإجراءات التي يتم على ضوئها تسجيل عقود الزواج، ومنهم المؤهلون لذلك، وأن النيابة الشرعية تكون طرفا أصيلا في العملية.

بعض الأحكام القضائية:

1- يعتبر الإقرار بالزواج العرفي أمام الموثق إبراما لعقد زواج أمام موثق وحجة اتجاه الغير [73].

2- متى كان الزواج العرفي متوافر الأركان التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافقا للشرع والقانون[74].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3- إن المادة 22 من قانون الأسرة تنص بأن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توفرت أركانه وفقا لذلك القانون.

وما دامت المحكمة قامت بإجراء تحقيق وتأكدت من توافر أركان الزواج المنصوص عليها في قانون الأسرة فإن قضاة الموضوع غير ملزمين بالرجوع إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وتوجيه اليمين للمطعون ضدها مادام النص القانوني موجودا[75].

4- متى ثبت أن أركان الزواج متوافرة بما فيها الاستماع إلى الشهود والإمام الذي قرأ الفاتحة وتحديد المهر وحضور الولي فإن القضاء بإثبات الزواج العرفي جاء تطبيقا سليما للقانون. [76]

5- يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين المتممة[77].

بالرغم من النصوص التنظيمية مازالت ظاهرة الزواج العرفي، وتردد النكاح بين عقدين منتشرة بكثرة كما هو بَيِّنٌ من خلال الأحكام القضائية المذكورة آنفا وغيرها، ومن ثَمَّ وجب التصدي لها بإجراءات صارمة" وبسياسة تشريعية واضحة بالنص على عدم سماح دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا عند تقديم وثيقة رسمية للزواج، وكذا الإشارة إلى توقيع عقوبة على من يلجأ إلى هذا النوع من الزواج، وتوقع هذه العقوبة على كل من الزوجين والعاقد والشهود" [78].

ومن أجل تشديد العقوبة وتجفيف منابع الظاهرة أفتى بعض العلماء المعاصرين بأن الزواج العرفي هو زواج فاسدٌ، بل باطل إذا انعقد في السر[79].

ولأهمية هذا الأمر وخطورته على استقرار المجتمع أوصى المجلس الأعلى بالجزائر في دورته 31، المنعقد بين 26 و 27 ديسمبر 2006م، " بأن الفاتحة هي مجرد تبرك فقط، وأن تسجيل عقد الزواج في مصلحة الحالة المدنية يعد توثيقا للعقد الشرعي الذي تعارف الناس على تسميته بالفاتحة"[80].

ولهذا السبب أصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف تعليمة وزارية سنة 2000م لأئمة المساجد تلزمهم فيها بعدم إبرام عقود الزواج العرفية والمعروفة بالفاتحة إلا بعد التأكد من إبرام عقد الزواج أمام الجهة المدنية المختصة، وذلك بتقديم شهادة العقد الإداري للزواج كي يخول لهم إتمام مراسيم قراءة الفاتحة.

وخلاصة القول أن ما قام به المشرع الجزائري في هذا الشأن بالرغم من الضجة التي أثيرت حوله والنقاشات التي أثري بها، والزخم الإعلامي الذي دار حوله،لم يرق إلى الطموحات التي كان يصبوا إليها المجتمع بصفة عامة، والمتخصصون والمنشغلون بشؤون الأسرة بصفة خاصة، كان من المفروض أن تسن تشريعات واضحة الدلالة – قطعية- لا يعتريها اللبس أو الغموض مع المرونة في التطبيق، حتى تنسجم مع قانون الأسرة وغيره مما له علاقة به؛ لأن القوانين يكمل بعضها بعضا، وتماشيا أيضا مع التطور الاجتماعي، فيحدث للناس من القوانين بقدر ما أحدثوا من أحداث.

ومن جهة أخرى يجب على الدولة أن تواصل حركة التوعية التي بدأتها عن طريق الوسائل المختلفة، من أجل بيان مخاطر الزواج العرفي وتردده بين عقدين، وضرب لذلك نماذج توضيحية، وأن العقد المدني عن طريق موظف مختص مؤهل قانونا طبقا لقواعد النظام العام هو وحده الكفيل بإثبات الحقوق والواجبات، ولا يقتصر ذلك على المدن الكبرى فقط، بل يجب أن يمتد هذا الأمر إلى القرى والأرياف والمداشر، مع إمكانية إدماجه في المنظومة التربوية [81] بقدر أوسع، لا في إطار ضيق كما هو الشأن اليوم، ويجب أن يدرس من قبل أناس متخصصين في الشأن الاجتماعي، لا أن يدرسه من هب ودب ذراً للرماد في العيون، لأن هذا الجيل سيصبح في المستقبل أباء وأمهات، فيكونوا بذلك قد تحصنوا وأخذوا معارفهم صحيحة دون مغالطات أو مزايدات، مع إشراك منظمات المجتمع المدني، فإن تركوا هملا كانوا عرضة للأفكار الهدامة أو المتخلفة،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإن لم تبادر إلى ملء هذا الوعاء ملأه غيرك، وما أحداث العشرية السوداء بالأمس القريب عنا ببعيدة، فقد هب ضحيتها شباب طاهر غُرِّرَ بهم نتيجة تلك الأفكار، أما اليوم فإن العالم الإسلامي عموما والعربي خصوصا فإنه لا يزال يَئِنُّ ويرْزحُ تحت هذه الأفكار، وما انطوت عليه من أحداث جسام أتت على الأخضر واليابس.

وهذا بطبيعة الحال يحتم على الدولة أن تكون جادة في هذا الأمر، ولديها الشجاعة الكافية في اتخاذ القرارات المصيرية، من تحقيق ما يعرف اليوم بدولة القانون، وغلق الأبواب أمام المشككين في قدرتها على فعل ذلك، من أجل المبادرة ورد الاعتبار والهيبة لها، أم أنه مجرد شعار فضفاض لامتصاص غضب الشارع، وإسكات الرأي المعارض؟ لأننا إذا أردنا أن نصل بهذا المجتمع إلى مصاف المجتمعات الراقية التي تُحْتَرَمُ قوانينها من قبل مواطنيها لابد أن نكون صادقين مع أنفسنا حتى نستفيد من أخطائنا .

الخـــاتمـــــة:

وتشمل أهم النتائج التي تم التوصل إليها في النقاط التالية:

1- إن ظاهرة تردد الزواج بين عقدين، وانتشار الزواج العرفي مرده إلى:

أ- عدم وعي المواطن بالمخاطر المترتبة على ذلك.

ب- عدم اهتمامه بالثقافة القانونية.

ج- فقدان الثقة في مصداقية القانون نظرا للواقع الذي يعيشه، مما انعكس سلبيا عليه بعدم احترام أي شيء يصدر من الدولة متى أمكنه ذلك.

2- تقديم ما تعارف عليه الناس و ورثوه عن أبائهم عن القانون نتيجة اللامبالاة.

3- اتباع الفتاوى التي ترى بأن الزواج يصح انعقاده من غير الحاجة إلى توثيقه، بالرغم ممَّا فيه من المصلحة العامة لحفظ الحقوق .

4- تساهل المشرع والقضاء في قبول وتوثيق عقود الزواج المنعقدة ابتداء خارج الدوائر الرسمية، مما شجع الإقبال عليه.

5- عدم التوعية الكافية بالمخاطر المترتبة على إبرام عقود الزواج، خارج الدوائر الرسمية.

6- مبادرة النيابة العامة في تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية من أجل المصلحة العامة، وحفظاً لحقوق الزوجة والأولاد.

7- الأحكام الشرعية لابد أن تناط بالمصلحة، وهذا ما سعت إليه الشريعة، واجتهد فيه المقنن والنيابة الشرعية.

8- انعدام التوثيق في العلاقات الأسرية اكتفاء بالعقد العرفي؛ وقلة الضمانات القانونية يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام.

9- عدم اقتناع المواطن بكفاءة الموظف المختص في إبرام العقد المدني، ومن ثم يلجأ إلى إمام المسجد، أو الطالب، أو من له اطلاع بأمور الدين في إجراء العقد الشرعي، وهو محق في ذلك، لهذا يلزم على الدولة تأهيله – الموظف المختص – لكي يكون أهلا لإبرام عقد الزواج المستوفي للشروط والأركان الواجب توافرها في العقد، وهو من ضمن الأسباب التي لا تزال تغذي ظاهرة استمرار الزواج العرفي، وتردد الزواج بين عقدين، لهذا يجب على الدولة أن تتحمل مسؤولياتها في هذا الأمر.

10- التشريع لابد أن يكون الغرض منه خدمة المصلحة العامة، وأنها مقدمة على المصلحة الخاصة، إعمالا للقواعد الفقهية والمصالح المرسلة ؛ لأن ما يراه المشرع قد لا يلحظه الفرد الخاص، نظرا لتغلب أهوائه وشهواته على عقله وتفكيره.

قائمة المصادر والمراجع

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية للشيخ محمد الطاهر بن عاشور، ص213، تحقيق ودراسة محمد الطاهر الميسوي، ط1، 1999م/1420ه، دار النفائس، الأردن.

(2) الآية (21) من سورة الروم.

(3) مقاصد الشريعة للشيخ محمد الطاهر بن عاشور، ص217.

(4) مجلة المسلم المعاصر، ص178، العدد: 124، السنة الحادية والثلاثون، ربيع الأول 1428ه/ ابريل مايو- يونيه 2007م، مصر.

(5) المصدر السابق الموضع نفسه.

(3) المصدر السابق، ص 186، 187، مقال أ.د/ عبد القادر عثمان، ثغرات القانون و دورها في انتشار الزواج العرفي دراسة فقهية مقارنة.

(7) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية للسيوطي ج1/ ص293، تحقيق: محمد تامر، حافظ عاشور حافظ، ط1، 1998م/1418ه، دار السلام، القاهرة، مصر.

(8)المصدر السابق ج1/ ص302.

(9) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسنوي ص 167، طبعة غير مؤرخة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

(10) لسان العرب لابن منظور، مادة عرف، باب العين، ج6/ ص196 ،197، تحقيق مجموعة من المحققين، ط 2003م/ 1423ه، دار الحديث، القاهرة، مصر، مختار الصحاح للرازي، باب العين، مادة عرف، ص375، ط 1999م، بيروت لبنان، القاموس المحيط للفيروز آبادي، باب الفاء، فصل العين، مادة عرف، ص 836، تحقيق : مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط6 / 1998م/ 1419ه، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان.

(11) مجلة المسلم المعاصر العدد السابق ص181، نقلا عن نظرية العرف، د/ عبد العزيز خياط، ص24، ط 1977م/ 1397ه، مكتبة الأقصى، عمان، الأردن.

(12) الأشباه والنظائر للسيوطي ج1/ ص221.

(13) مقاصد الشرعية الإسلامية للشيخ محمد الطاهر بن عاشور ص 215.

(14) الأشباه والنظائر ج1/ ص 218.

(15) المصدر السابق ج1/ ص 278.

(16) بتشديد الراء مع كسرها وضم العين أي أن ذلك الأمر مقصود، ويصح أن تقرأ الراء مخففة مع فتحهما – العين والراء- أي لم يقصد ذلك لذاته، وإنما جرد عن التوثيق اتباعا للعرف.

(17) مجلة المسلم المعاصر ص 184.

(18) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ج5، ص211 برقم 3600، تحقيق أحمد محمد شاكر، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، مصر، أبو داود الطيالسي في مسنده، ص33، ما أسند عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، طبعة مزيدة بفهارس للأحاديث النبوية الشريفة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الحاكم النيسابوري مستدركه، ج3، ص353 وما بعدها، كتاب معرفة الصحابة، ذكر مناقب عبد الله بن مسعود، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط 1، 1411 هـ/1990 م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

(19) مقاصد الشريعة الإسلامية ص 323.

(20) المصدر السابق، ص 320، وقريب من هذا ما نص عليه مصطفى بن حمزة، راجع مدونة الأسرة في ضوء تقييد المباح " الأهلية، التعدد، الطلاق" أ/ تحسيني الموسى ص 84، ط1/ 2015م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(21) راجع في هذا محاضرات في عقد الزواج للإمام محمد أبي زهرة ص 86، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، طبعة غير مؤرخة، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق، د/ بلحاج العربي، ج1/ ص 141، ط/2002، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

(22) مجلة المسلم المعاصر ص 190.

(23) الآية (70) من سورة الإسراء.

(24) مجلة المسلم المعاصر ص 196.

(25) الآية (199) من سورة الأعراف.

(26) سبق تخريجه راجع ص4 .

(4) راجع تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي ص 313، تحقيق عبد الرحمن بن معلا اللويحق ط1/ 2001م/1422ه، مكتبة العبيكان، السعودية.

(28) أحكام القرآن لابن العربي ج4/ ص 184، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، طبعة غير مؤرخة.

(29) راجع ص 6 من هذا البحث.

(30) الموافقات في أصول الشريعة، ج3 / ص257، تحقيق عبد الله دراز، ط 2، 1416 هـ/1996 م، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

(31) الآية (188) من سورة الأعراف.

(32) الآية (16) من سورة التغابن

(33) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج1/ ص83، ط/1352 ه، م / الحسينية، القاهرة، مصر.

(34) الآية (90) من سورة الأنبياء.

(1) بعد قيام جبهة التحرير الوطني بدأ الجزائريون يبرمون عقود الزواج أمام المسؤولين المختصين التابعين للجبهة. راجع الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري د/ بلحاج العربي هـ4، ج1/ ص 141، ط 2، 2002م، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

(36) للمزيد راجع من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة "الزواج" د/ أحمد الخمليشي ج1/ ص 252، ط/ 2012م، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب.

(1) الجريدة الرسمية رقم 8، بتاريخ 1962/12/14، ص86، ثم جاء المرسوم 62/126، والمتعلق بضرورة تسجيل كل عقود الزواج التي أبرمت أثناء حرب التحرير.

(38) الجريدة الرسمية رقم 44، بتاريخ 1963/07/02، ص 681.

(39) الجريدة الرسمية رقم 80، بتاريخ 19/ 1969/09، ص 862.

(40) الجريدة الرسمية رقم 79، بتاريخ 01971/09/28، ص 1036.

(41) الجريدة الرسمية رقم 21، بتاريخ 1970/02/27، ص 223.

(42) راجع الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الزواج والطلاق " د/ بلحاج العربي ج1/ ص 142، 143، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، أ/عبد العزيز سعد ص 162، 163، ط/3، 1416ه، دار هومة، الجزائر.

(43) الآية (143) من سورة البقرة.

(44) النص الكامل للحديث: " إن هذا الدين متين فأوغل فيه برفق، ولا تبغض إلى نفسك عبادة الله، فإن المنبت لا أرضا قطع ولا ظهرا أبقى" خرجه البغوي عن محمد بن المنذر في شرح السنة، ج2، ص470، باب الأخذ القصد في قيام الليل وغيره من الأمور، تحقيق الشيخ: علي محمد معوض، الشيخ: عادل أحمد عبد الموجود، ط 1، 1412 هـ/1994 م، دار الكتب العلمية، بيروت،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لبنان، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ أبي بكر الهيثمي، ج1، ص67، باب قوله: خير دينكم أيسره ونحو ذلك، ط 1406 هـ/1986 م، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان.

*وقال فيه يحي بن المتوكل أبو عقيل وهو كذاب.

(45) حاشية المهدي الوزاني ج2/ ص350 نقلا عن كتاب التطليق للشقاق وإشكالاته القضائية د/ عادل حاميدي ص 48، ط2، سنة 2015م، م/ المعارف الجديدة، الرباط، المغرب.

(46) المصدر السابق ص 48، 49.

(1) أبو الشتاء الصنهاجي: مواهب الخلاف على التاودي للامية الزقاق ج2/ص 243، ط 1955، م/الأمنية، الرباط، المغرب، نقلا عن كتاب: التطليق للشقاق وإشكالاته القضائية د/ عادل حاميدي، ص 48.

(48) من مدونة الأحوال الشخصية الى مدونة الأسرة د/ أحمد الخمليشي ج1 /ص 254، " الزواج".

(49) تفسير المنار ج1/ص27، ط/ الهيئة المصرية، للكتاب 1990، القاهرة، مصر.

(50) راجع المصدر السابق الموضع نفسه.

(51) أحكام القرآن لابن العربي ج4/ ص 184.

(52) راجع من مدونة الأحوال الشخصية الى مدونة الأسرة د/ أحمد الخمليشي ص 255.

(53) الآية (78) من سورة الحج.

(54) صحيح مسلم بشرح النووي، ج8، ص128، حديث رقم 2363، كتاب الفضائل، باب وجوب امتثال ما قاله شرعا دون ما ذكره صلى الله عليه وسلم من معايش الدنيا على سبيل الرأي، تحقيق: عصام الصبابطي، حازم محمد، عماد عامر، ط1، 1415 هـ/1994 م، دار الحديث، القاهرة، مصر.

(55) التحرير والتنوير ج1/ ص7، ط 1984م، الدار التونسية.

(56) نصت الفقرة الأولى و الثالثة من المادة 67 من القانون 84 / 11 المعدلة بالأمر 2/5/ لسنة2005م، على ما يلي :

تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في إعادة 62 أعلاه .

غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون .

المادة 62 من القانون 84 /11 لسنة 1984.

الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك .

(57) الآية (20) من سورة الفجر.

(58) الآية (46) من سورة الكهف.

(59) الآية (29) من سورة النساء.

(60) الآية (282) من سورة البقرة.

(61) الآية (283) من سورة البقرة.

(62)صحيح مسلم بشرح النووي، ج1، ص441، حديث رقم: 225، كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه.

(63) الآية 10 من سورة النساء

(64)الآية (5) من سورة النساء.

(65) لمزيد من الإثراء راجع في هذا مجلة المسلم المعاصر ص197 وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(66) الحقيقة أن الوعد محل خلاف بين الفقهاء هل يلزم الوفاء به أم لا، السادة المالكية يلزم عندهم الوفاء به.

(2) المقصود بها العقد الشرعي المستوفي للشروط، و المعروف لدى المجتمع بهذا الاسم، يعتبر زواجا، أما قراءة سورة الفاتحة مجردة عما ذكرناه لا يترتب عليها شيء لأن الغرض من قراءتها حصول البركة فقط.

(3) المحكمة العليا،غ . ا. ش، 1995/04/04، ملف رقم: 111876، ا. ق، غ . ا. ش، عدد خاص، ص 36، 1982/11/22، ملف رقم: 28784، 2000/11/21، ملف رقم: 248978، م.ق2001، العدد2، ص281، 1999/04/20، ملف رقم: 221329، إ.ق،غ .ا. ش، عدد خاص 2001، ص60.

(1) المحكمة العليا غ. ا.ش 1989/12/25، ملف رقم: 58224، م. ق، 1991، العدد 4، ض 110، 1984/02/23، ملف رقم 30113، غير منشور، 1983/09/23، ملف رقم: 33338، م. ق، 1990، العدد 1، ص 63، 2000/09/19، ملف رقم: 248683، م. ق، 2003، العدد 2، ص 274.

(70)المادة 9 من القانون 11/84 المعدلة بالأمر 02/05/ لسنة 2005م " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين.

(71) تراجع نصوص هذه المواد في قانون الحالة المدنية الجزائري.

(72)خاص بالسن القانونية للزواج، صدر بتاريخ 29 جوان 1963م، الجريدة الرسمية رقم 44، بتاريخ 1963/07/02، ص 681.

(4) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:492298، قرار بتاريخ 2009/04/08، المجلة القضائية لسنة 2009، العدد 2، ص301، ملف رقم: 396339، قرار بتاريخ : 2007/06/13، م.ق لسنة 2008، العدد1، ص 253.

(74)غ.ا.ش، ملف رقم: 58224، قرار بتاريخ: 1989/12/25، م.ق لسنة 1991، العدد4، ص 110.

(6) غ.ا.ش، ملف رقم: 479392، قرارا بتاريخ: 2009/03/11م، م. ق لسنة 2009، العدد 2، ص 287.

(76)غ.ا.ش، ملف رقم: 221329، قرار بتاريخ : 1999/01/20م.ا.ق.، ص60، ملف رقم: 336132، قرار بتاريخ : 2005/07/13، ن.ق، العدد 61، ج1، ص 323.

(77)غ.ا.ش، ملف رقم : 424799، قرار بتاريخ : 2008/02/13، م. ق لسنة 2008، العدد2، ملف رقم: 204254، قرار بتاريخ 1998/09/22، م.ق، لسنة 2000، العدد 2، ص 173.

(78)نص قانون العقوبات الأردني في المادة 17، وكذا القانون العراقي في الفقرة الخامسة من المادة العاشرة 10/5 على فرض عقوبة على الذين لا يسجلون عقد زواجهم، راجع بحوث قانونية في الأسرة الجزائري الجديد د/ بلحاج العربي ص 49، ط1، لسنة 2015، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر .

(79)راجع المصدر السابق، الموضع نفسه، ص3.

(80)جريدة الخبر اليومية 2007/01/04، ص3.

(81) كما هو الشأن في مادتي: المخدرات والإرهاب فقد قررتا في الجامعة في جميع التخصصات وكل المستويات لخطورتهما على المجتمع.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com