الزواج بالفاتحة و علاقته بالزواج الرسمي

زعنون فتيحة
أستاذة بكلية الحقوق
جامعة وهران

مقدمة:

إن الجزائر شأنها شأن عدد كبير من البلدان العربية الإسلامية تعيش اليوم أزمة الانتشار المتزايد لعقـود الـزواج العرفية أو ما يعرف في بلدنا و في جميع بلاد المغرب العربي بالزواج بالفاتحة. و ما تثيره من انعكاسات خطيرة على الحيـاة الأسـرية و استقرار المجتمع[1] .إذا كانت هذه الظـاهرة مقبولة قبل الاستقلال للأسباب المعروفة فإنها بعد مرور 48 سنة على الاستقلال تعتبر ظاهرة غير عادية لا سيما بعد مرور 30 سنة على صدور قانون الحالة المدنية و 26 سنة على صدور قانون الأسرة وهما القانونان الأساسيان اللذان نظما عقد الزواج بطريقة قانونية.

1- أسباب وجود الزواج العرفي في المجتمع الجزائري والعربي بوجه عام

- سبب عقائدي يتمثل في أن الزواج رباط مقدس لا يجب أن يتم بعيدا عن الطقوس الدينية والاعتقاد السائد لدى العامة بأن الزواج بالفاتحة هو أكثر شرعية

[1] فقد كشفت إحصائيات تقديرية من مصادر في سلك العدالة الجزائرية أن مجموع قضايا الزواج العرفي المطروحة على المحاكم الجزائرية يتراوح ما بين 4000 و 5000 قضية كلها تتعلق بقضايا إثبات الزواج بالفاتحة و لإثبات النسب. و تشير الاحصائيات المقدمة من محكمة وهران إلى أن القضايل المتعلقة بإثبات الزواج بالفاتحة التي تم الفصل فيها خلال السدايب الأول من سنة 2008 بلغت 451 قضية من ضمن 3339.

– تأثر المجتمع الجزائري باحكام الشريعة الاسلامية التي لا تعرف في باب الزواج الشكلية في ابرام العقد فهو يعتمد على الشفوية.

و من ثم هناك سهـــولة كبيرة في إبـرام الزواج بالفاتحة كما أن هناك سهولة في الخـلاص منه وبالمقابل هناك قيود قانونية عديدة وضعها المشرع لضبط الزواج الرسمي[2].

ومن أهم اسبابه السبب التاريخي فالزواج بالفاتحة هو الزواج المتعارف عليه منذ قرون وقبل الاحتلال الفرنسي للجزائر (1830) كانت كل عقود الزواج تبرم عرفيا بالفاتحة واستمرت هذه العقود العرفية اثناء الاحتلال رغم قيام فرنسا باصدار مجموعة من القوانين(اهمها قانون 1882 الذي انشأ نظام الحالة المدنية في الجزائر) فحاولت فرنسا بموجبه الزام المواطنين بتسجيل عقودهم في سجلات الحالة المدنية غير أن هذه المحاولات باءت بالفشل بسبب تشبث الجزائريين بالعادات والأعراف الاسلامية ونبذ إدارة الاستعمار[3].

أما بعد الاستقلال فأحس المشرع بضـرورة التكفل بإبرام عقد الزواج و تنظيمه بنصوص قانونية وهو ما فعله في قانون الحالة المدنية لسنة 1970 و قانون الأسرة 1984 وفي التعديلات التي جاء بها قانون 2005 المعدل والمتمم لقانون الاسرة.

و رغم عدم ابتعاد المشرع الجزائري عن أحكام الشريعة الإسلامية إلا أن المواطن الجزائري ما زال متشبثا بالزواج بالفاتحـة.

ذلك لأن المشرع سكت عن مسألة الزواج بالفاتحـة فلم يمنعها ولم يعاقب عليهـا ومن ثم لم يضـع حـدا لاشكالية ازدواجية الجهات التي يتم أمامها عقد الزواج لا في قانون 1984 و لا في تعديلات 2005.

[2] العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج1، ط 2002، د م ج، الجزائر.
[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة الجزائر، 1996.

فمن جهة يؤكـد المشرع على أن يتم الزواج رسميا أمام المـوظف المختص و من جهة أخرى لم يلغ أو يمنع الزواج العرفي بل يسمح بتثبيته و تسجيله لاحقا. و يسود هذا الغموض في كل من قانون 1984 و قانون 2005. مما أثار تنازع بين عقد الزواج الرسمي و الزواج بالفاتحة و جدل كبير حول مفهوم عقد الزواج، و لمن الأسبقية للعقد الشرعي أو العقد المدني و هل هما عقدان مستقلان عن بعضهما البعض أم هما وجهان أو اسمان لمسمى واحد؟

قبل الإجابة على هذه الإشكالية نود تحـديد مفهوم كل من الزواج الـرسمي و الزواج العرفي أو الزواج بالفاتحة.

2- مفهوم الزواج الرسمي والزواج العرفي

إن الزواج الرسمـي و يطلق عليه أيضا تسمية الـزواج الإداري (لإبرامه بمصلحة الحالة المدنية بالبلدية). و يعرف أيضا بالزواج المدني لتمييزه عن الـزواج العرفي. و هو الـزواج الذي يتم طبقا لنص المادة 18 ق أ و المادة 71 من ق ح م أمام الموثق أو موظف مختص بمصلحة الحـالة المدنية ويتم بحضـور الزوجين و ولي الزوجة و الشهود و يسجل مباشرة في سجلات الحالة المدنية.

أما الزواج بالفاتحة فهو الزواج المتعارف عليه منذ قرون و الذي يتم طبقا للعادات و التقاليد الإسلامية: بحضـور جماعة من كبار أهل العروسين تحت رعاية إمـام مسجد أو رجل دين من حفظة القرآن الكريم و العارفين بالأحكام الشرعية للزواج. فبعد أن يتم الإيجـاب و القبول من أولياء العروسين بالعبارات المعـروفة التي تفيد عقد الزواج: يتم الاتفاق عل الصـداق بحضـور الشهود يقرأ الإمام في الأخير سورة الفاتحة. و يجدر التنبيه هنا إلى أن سورة الفاتحة تقرأ للتبرك والدعاء فقط و لا أثر لها على صحة العقد لأن الشريعة الإسلامية لا تشترط لكي يكون العقد شرعيا أن يتم بالمسجد أو على يد إمام أو تقرأ سورة الفاتحة.

و عليه فالمقصود بالـزواج بالفاتحـة هو العقد الشرعـي الذي استـوفى جميع شروطه و أركانه الأساسية الخالية من الموانع الشرعية.

و متى استوفى الزواج بالفاتحة جميع هذه الشروط و الأركان من إيجـاب و قبـول و مهر و ولي الزوجة و شهود كان زواجا شرعيا و صحيحا و ترتبت عليه جميع الآثار الشرعية و القانونية من حيث صحة العلاقة الزوجية و شرعيتها وإثبات نسب الأطفال، إلا أن الدعوى المطالبة بهذه الحقوق إلا بعد تثبيت هذا الزواج بحكم قضائي و تسجيله رسميا لأن عقد الزواج العرفي لا يعتد به أمام الإدارة و المؤسسات العمومية إلا بعد تسجيله رسميا بمصلحة الحالة المدنية.

3- المشاكل المترتبة عن الزواج العرفي وكيفية تسويتها في التشريع الجزائري

فإذا كان الـزواج الرسمي لا يثير أية مشكلة لكونه يسجل تلقائيا في سجلات الحالة المدنية فإن الزواج بالفاتحة غير المدون تترتب عليه مشاكل كثيرة تمس كل من الزوجين و الأبناء الناتجين عن هذا الزواج كما تمس الورثـة في حالـة وفاة أحد الزوجين أو كليهما. فهو عرضة للإنكار و إنكار الحمل و إنكار نسب الأطفال الناتجين عن هدا الزواج. و تعتبر الزوجة الطرف الضعيف في هذا الزواج فهي أكثر عـرضة لسلبياتـه صعوبة إثباته في حـالة وفـاة الشهود أو إصابتهم بعوارض النسيـان أو تنكرهم لهذا الزواج. كما قد يكون الـزوج في بعض الأحيـان هو الضحية في هذا الزواج كأن تتركه زوجته و تلتحق بغيره فلا يستطيع مقاضاتها لإجبارها على العودة إلى البيت الزوجي (فهناك قضـايا مطروحة على القضاء تطرح مشكل تعـدد الأزواج زوج بالفـاتحة و زوج بعقد آخر) لذلك أجمع رجال الدين و العلماء على ضرورة تدخل الدولة عن طريق نصوص تشريعية لوضع ضوابط قانونية لعقد الزواج الذي أصبح ضرورة حتمية لضمان حفظ الحقوق الزوجية و حفظ كيان الأسـرة من الضياع و التشتت و حفظ المجتمع ككل من الانهيار. و هو ما حاول المشرع الجزائري و لكنه لم يحسم الموقف بنصـوص قانونيـة صـارمة تضـع حدا لتعدد الجهات التي يتم أمامها إبرام عقد الزواج. و لم يمنع الزواج العرفي بنص قانوني واضـح مع ترتيب جزاء رادع لكل من يلجأ إليه.فساد الغموض و التنازع و الصراع بين العقد الرسمـي و العقـد العرفي.

1. في قانون الأسرة 1984: إن المشـرع حصر الاختصاص بتحرير عقود الزواج في الموثق أو الموظف المختص بمصلحة الحالة المدنية (م.18 ق. أ. و المادة 71 ق ح م) و حصر وسائل إثبات عقد الزواج في وسيلة واحدة نص عليها في المادة 22 ق أ و هي النسخة المستخرجة عن سجلات الحالة المدنية[4] فلم يمنع عقود الزواج بالفاتحة و لم يعاقبها بل إنه اعترف ضمنيا بهذه العقود بالسماح بتثبيتها بحكم قضائي مت توافرت فيه الشروط والأركان الشرعية ثم تسجيلها لاحقا في سجلات الحالة المدنية و هو ما يؤكد عليه الشق الثاني من المادة 22 ق أ .

الواقع أن موقف المشرع يدخل في إطار السياسة العامة التي انتهجهـا لتسـويـة عقـود الزواج العرفية، فأراد إدخال نظام تسجيل العقود في سجلات الحالة المدنية بكل مرونة بعيدا عن الردع والصرامة تاركا الفرصة أمام الأشخاص الذين أبرمـوا عقود زواجهـم عرفيا باللجوء إلى المحكمة لتثبيتها و تسجيلها.

2. في تعديل قانون الأسرة 2005: إن المشرع أتى بضوابط قانونية جديدة لضبط عقد الزواج الرسمي كتحديد السن القانونية للزواج ب19 سنة لكل من الزوجـين و تعليـق زواج القاصر على رخصة يقدمها القاضي (م.7 ق أ) و اشتراط على من يرغب في الزواج بأكثر من زوجة الحصول عل موافقة الزوجة الأولى و الثانية و تقـديم المـبرر الشرعي و الحصول على رخصة القاضي بهذا الزواج (م. 8 ق أ) و اشتراط المادة 72 مكرر في حالة الطلاق أن يوفر الأب سكنا ملائما للحاضنة مع محضونها. و إذا تعذر، عليه دفع إيجار السكن.

كل هذه القيـود القانونية تدفع بالأشخاص إلى الهـروب من الـزواج الـرسمي و اختيار الطريق السهل الزواج العرفي لسهـــولة إجراءاتـه و سهـولة الخـلاص منه[5] لاسيما أن هناك إمكانيـة تثبيـتـه لاحقـا بمقتضى نص المادة 22 ق أ التي أبقـى عليها التعديـل و من ثم هذه المـادة قد أفقدت كل

[4] عبد العزيز سعد، نفس المرجع السابق.
[5] محمد كمال الدين، أمام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي، ط 1، بيروت 1992.

القيود القانونية السابقة من أهميتها. ثم جاء التعديل بنص المادة 6 ق أ فقرة 2 الذي اعترف فيه المشـرع صراحـة بالزواج بالفاتحة متى استوف جميع أركانه الشرعية. غير أن هناك غموضـا في المقصود بالفاتحة في الفقـرة الأولى التي تعتبر الفـاتحة المقترنـة بالخطبة وعدا بالزواج يجوز العدول عنها. فإن ذلك مخالف للعرف و العادة الجاري بها العمل في المجتمع الجزائري فقد جرت العادة أم تتلى الفاتحة في مجلس العقد بعد أن يتم الإيجاب و القبول بحضور الزوج و ولي الزوجة و الشهود فهي آخر ما يقال في مجلس العقد فهي قرينة عل وجود عقد مستوف لجميع شروطه و أركـانه وهذه القرينة قابلة للإثبات العكسي لذلك أضاف المشرع بالتعديل الجديد الفقرة الثانية و هي الأصح التي تنص على أن اقتران الفـاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعد زواجـا متى توافر ركن الرضـا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون. و هذه الفقرة مستمدة من قرار المحكمة العليا 1992 الذي قض بأن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد لا يعد خطبة بل هو زواج صحيح تترتب عليه جميع الآثار متى استوفى جميع الشروط و الأركان المنصوص عليها في المادة 9 و 9 مكرر.وذلك لحماية حقوق الزوجين والأطفال الناتجين عن هذا الزواج.

التعليمة الوزارية التي صدرت عن وزارة الشؤون الدينية بتاريخ 2006 و التي دخلت حيز التنفيذ 2007 و التي تمنع على الأئمة من إبرام العقد الشرعي حتى يتم الزواج المدني و قد بررت الوزارة ذلك بتعدد الشكاوى و القضايا المطروحة على العدالة خاصة منها حالات الحمل الناجمة عن علاقات اكتفت بعقد الزواج الشرعي.

- من حيث القيمة القانونية فإن هذه التعليمة أدنى من التشريع فمن باب أولى يجب تطبيق نص المادة 18 ق أ التي تنص على أن عقد الزواج يتم أمام موثق أو موظف مختص بمصلحة الحالة المدنية.

- من حيث فعاليتها فهي محدودة الفعالية لأن هناك عدد كبير من المساجد لا يخضعون لوزارة الشؤون الدينية. كما أنه ليس من الضروري أن يلجأ الأشخاص إلى المساجد لإبرام عقد قرانهم الشرعي، فيمكن أن يتم ذلك خارج المسجـد، في البيوت مثلا فيتم عل يد أي رجل عارف بأحكـام الزواج الشرعي. فهذه التعليمة

التي جاءت بغرض وضع حد لانتشار عقود الزواج العرفية المبرمة بالفاتحة و ما يترتب عنها من أضرار إلا أنها وقعت في إشكالية الازدواجية في عقد الزواج والصراع الحاد بين العقد الشرعي و العقد الإداري و لمن الأسبقية للمسجد أم للإدارة. و السؤال الذي يجدر طرحه في هذا الخصوص هو: إذا اتجه زوجان إلى مصلحة الحالة المدنية و أبرم عقداهما بتبادل الإيجاب و القبول و بحضور ولي و شهود فهو عقد شرعي و صحيح و يرتب جميع آثاره الشرعية و القانونية فلماذا يذهبان بعد ذلك إلى المسجد لإبرام عقد زواج ثان. فنكون في هذه الحالة أمام ازدواجية الزواج أحدهما يتم بالبلدية و الآخر بالمسجد. فهل هما عقدان مستقلان أم اسمان لمسمى واحد. و الحقيقة كما سيق القول أنه لا فرق بين الزواج الشرعي وعقد الزواج المدني فإنهما اسمان لمسمى واحد هو عقد الزواج و يكون قائما شرعا وقانونا بتوافر أركانه و شروطه الخالية من الموانع الشرعية. ولا يحتاج إلى إمام أو ضابط الحالة المدنية أو موثق أو قراءة الفاتحة. فالشريعة الإسلامية لم تشترط أن يجر الزواج على يد إمام مسجد أو أي جهة أخرى فيكون الزواج شرعيا و صحيحا بتبادل الإيجاب و القبول في مجلس العقد بحضور الزوج و ولي الزوجة و الشاهدان و هي ذات الشروط المطلوبة في عقد الزواج الرسمي و المنصوص عليها في م.9 و 9 مكرر. أما ما يتم أمام الموثق فهو مجرد إجراء شكلي أي إفراغ هذا العقد في قالب رسمي بتسجيله في سجلات الحالة المدنية. لذلك يجب الجمع بين العقدين حفاظا على قدسية الزواج و الحقوق الاسرية.

الخاتمة:

و في الأخير نأمل أن يتدخل المشرع عن طريق نص قانوني يضع حدا لإشكالية الازدواجية في عقد الزواج و تعدد الجهات التي تتولى إبرامه لحل مشكل الملفات المتراكمة على رفوف المحاكم المتعلقة بقضايا إثبات الزواج بالفاتحة و إثبات النسب. و بما أنه يصعب منع إبرام عقود الزواج بالفاتحة لتشبث الجزائريين

بالعادات و التقاليد الإسلامية، فاحتراما لمشاعرهم الدينية هناك اقتراح تكليف أئمة المساجد رسميا بمهمة إبرام العقود الشرعية شفويا بحضور الزوج و الزوجة والشهود ثم يقومون بتسجيلها مع كل البيانات الضرورية في سجلات منظمة وفق نماذج رسمية ثم يرسلونها إلى البلديات لتدون هناك في سجلات الحالة المدنية خلال الأجل المحدد. ثم بعد ذلك ينص على غرامة مالية رادعة عل كل من يخالف الطريقة القانونية التي حددها في هذا الخصوص. ثم إقامة حملات تحسيسية بضرورة تسجيل عقود الزواج و الابتعاد عن العقود العرفية المبرمة بالفاتحة لما لها من آثار سلبية على الأسرة.