ملاحظات حول المادة 33 من قانون الأسرة
إشكالية أركان وشروط عقد الزواج

اوعامري محمد
أستاذ بكلية الحقوق
جامعة وهران

مقدمة:

إن ميزة النصوص القانونية هي بساطة تعبيراتها وتناسقها ووضوحها ليسهل فهمها وتطبيقها، ومن ثم فأن صياغتها وتفسيرها كانا دائما يخضعان لتقنيات محددات[1].

ولكن الذي يلاحظ على نصوص بعض مواد قانون الأسرة هو قِصَرُ صياغتها حتى أن معناها يصعب فهمه كما هو الحال بالنسبة للمادة 33 فقرة 2.

والأسباب متعددة أهمها حسب رأينا هو تناول المادة لمسائل مختلفة من حيث الحكم في نص واحد وعدم التقيد بمنهج فكري واحد بالنظر إلى مصدر وأصل القانون الذي هو الشريعة الإسلامية، كما سيقع شرحه أدناه، فالمشرع حاول الأخذ بكل المذاهب الفقهية والآراء الدينية ، فوقع في خلط وتعارض.

تنص المادة 33 /2 المعدلة[2] على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

---

[1]محمود إبراهيم الولي ، أصول القانون الوضعي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1984 ، 185 ص.

[2]بموجب الأمر 05-02 الصادر بتاريخ 27. 02. 05 المصادق عليه بالقانون 05-09 ، المؤرخ في 4 ماي 2005 جريدة رسمية رقم :43 المؤرخة في : 22 جوان 2005 ص 3 .

إن هذا النص يظهر لأول وهلة سليما ولا يستدعي ملاحظات كثيرة ولكنه حقيقة يثير عدة تساؤلات ويستدعي عدة ملاحظات عامة (المبحث الأول) فيزداد النص أكثر إذا ما تناولنا بالعرض كل عنصر من عناصر عقد الزواج المذكورة على حدة (المبحث الثاني) .

المبحث الأول:

ملاحظات عامة:

أولا:

يتكلم النص على حالتين لتخلف عناصر عقد الزواج :

- حالة تخلفها قبل الدخول.
- وحالة تخلفها بعده .

ففي حالة تخلفها قبل الدخول يكون الجزاء هو فسخا العقد. أما في حالة تخلفها بعده فجزاء ذلك هو التثبيت الشيء الذي يُفهم منه أن العقد كان موجودا قبل الدخول ولكنه لم يكن مسجلا وإلا لم يحتج إلى تثبيت بعد الدخول.

الدخول عنصر من عناصر الزواج:

ثانيا:

إن العقد لكي يستحق الفسخ لا بد أنه كان فاسدا أي مختلا من أحد أركانه أو شروطه سواء تلك التي ذكرها في نفس المادة أو التي ذكرها سابقا في المادة 9 مكرر.

ولكن المشرع هنا قضى علي العقد بالفسخ لا لاختلال أحد العناصر المذكورة فقط (الشهود، الصداق والولي) وإنما لتخلفها قبل الدخول بدليل انه قبل تثبيته على تلك بعد الدخول، فكأنّ الدخول صحَّح وعوَّض الخلل الذي كان موجودا أو أن الدخول صار عنصرا آخر من عناصر العقد كان ناقصا منه ولما تحقَّق أصبح العقد صحيحا وغطى عنه العنصر المختل.

إلا أنه بالـرجوع سـواء للقانون في مواده المختلفة التي حددت شروط عقد الزواج (4، 9 و9 مكرر) أو لأحكام الفقه الشرعي في مذاهبه المختلفة، فإننا لا نجد للدخول مكانة بينها بهذا الوصف، فالدخول هو واقعة لاحقة لعقد الزواج، إنه بمثابة التنفيذ للعقد واثر من أثاره الذي يؤسس لنشـوء عـدة حقـوق أخرى كالصداق (م 16) والعدة (م 58) والنفقة (م 78)، و لكنه لا دخل له في صحة أو عدم صحة العقد (2)، والدخول المشروع لا يكون إلا في حالة انعقاده بعد عقد صحيح أي بتوفر الشروط و الأركان الأساسية، أما قبول تثبيت العقد بسبب الدخول فهو بمثابة نزع صفة الركنية والشرطية على العناصر المذكورة.

ثالثا :

"**المادة 33 والزواج العرفي**": إن المادة 33 / 2 تتكلم بدون شك على الزواج العرفي ذلك انه لا يُتَصَوّر أن يحدث هذا التخلف في العقد متى علمنا أن العقد يجب أن يتم أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق طبقا للمادة 18[3] وذلك لأن ضابط الحالة المدنية أو الموثق لا يقبل إبرام عقد زواج تنقصه العناصـر المـذكـورة ما لم يتعمـدا التـزوير إلا إذا كان المشرع قد وقع في خطأ من حيث صياغة هذه المادة وهذا هو الذي نميل إليه وهذا هو الذي دعانا إلى تحليل هذه المادة ومحاولة التعليق عليها وفك رموزها لتسهيل تطبيقها .

رابعا :

إن المادة 33/ 2 تتكلم على فسخ عقد زواج عرفي فاسد. وهذا ليس في متناول القاضي إلا إذا طعن فيه صاحب المصلحة إن المادة 2/33 تتكلم على فسخ عقد زواج عرفي فاسد. وهي بدون شك تتكلم على الفسـخ الذي تتـولاه المحكمة وهذا لا يتأتى فعله إلا إذا تقدم بطلب

[3] لقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما يعضد هذا الرأي والذي يقول " وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي ، فإنهم خالفوا القانون " . أنظر العربي شحط عبد القادر و قدور إبراهيم عمار المهاجي ، *قانون الأسرة* ، مدعم *بمبادئ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا* ، دار الأديب للنشر والتوزيع ، 2006 ، ص 38

ذلك ممن له مصلحة : العاقدين أو النيابة العامة، أو الغير، ولكن العاقدين عندما يلتجئان إلى المحكمة فإنهم يفعلون ذلك من أجل تثبيت عقدهم لكونه غير مسجل لا من أجل فسخه. فالقاضي لا يستطيع فسخ زواج افتراضي، أما مجرد الفسخ لكون العقد فاسد فهم أقدر عليه منها، وهم كذلك حتى ولو كانت صحيحة.

إن العقود الفاسدة لا تطرح على المحكمة من أجل إصلاحها، فإذا عقد شخص على امرأة معتدة عقد زواج عرفي مثلا الدخول أو أنها كانت أخته من الرضاع فإن عقده يكون فاسدا، فإذا تبين ذلك قبل الدخول فإنه لا يسعه إلا أن يبتعد عنها ذلك أن زواجه باطل أساسا ولا يعطيه أي حق عليها وليس للقاضي هنا أي سلطة للتدخل لا انعدام النزاع فإنه حتى ولو تمسك به أحد الطرفين فإن اللجوء للمحكمة يكون من أجل التثبيت لا من أجل الفسخ، أما إذا وقع الدخول ووقع الالتجاء للمحكمة من أجل التثبيت فتنظر هذه العنصر الذي تخلف في العقد وفي الحقوق التي تترتب على هذا .

فالذي يعاب على النص إذن هو تصور إمكانية التعرض للعقد الفاسد بالفسخ قبل الدخول وإغفاله لأي حق من حقوق الزوجية .

هل إن العقد قابل العقود التي تكون قد نشأت باطلة أو تحولت من صحيحة إلى غير صحيحة وتسمى باطلة أو فاسدة، وقد تُرتِّب أو لا تُرتِّب آثارا طبق للفقه الشرعي للجمهور، أما عند الأحناف فالعقود الباطلة هي التي أختل ركنها الوحيد، الإيجاب والقبول أو شرط من شروط الانعقاد فيها[4]، وهي باطلة قبل وبعد الدخول ولا أثر للعقد فيها. أما العقود الفاسدة فهي التي اختل شرط من شروط صحتها[5] ولا تترتب عليها آثار إلا بعد الدخول؟[6].

و العقود سواء الباطلة أو الفاسدة حسب الجمهور هي العقود التي اختل أحد أركانها أو أحد شروطها.و جزاء اختلال هذه الأركان أو الشروط هو الفسخ قبل الدخول أو بعده إلا بالنسبة للصداق فإنه لا يفسخ بسببه بعد الدخول لكونه في أحسن الأحوال عند المالكية شرط

[4] وهي شروط في العاقد (أ) وشروط في الصيغة(ب)
أ- أهلية التصرف وسماع كلام آخر الأنثوي وحرمة التأبيد في المرأة.
[5] المحرمات المؤقتة –تأبيد الصيغة والشهادة
[6] مهر – العدة- حرمة المصاهرة – ثبوت النسب.

صحة في الدخول فقط لا بعده[7] فالاختلاف إذن حول طبيعة هذا العنصر أو ذاك بين المذاهب أو في المذهب الواحد.

و إن المشرع الجزائري عندما لم يحسم أمره فيما هو ركن وما ليس بركن وتبنى مصطلحات جد دقيقة بصفة مذبذبة واعتباطية دون مراعاة لأصلها الذي أخذت منه ولا النتائج التي ترتبها يكون قد وقع في خلط كبير لا يفسر. فالمادة 33 إذن عندما قررت الفسخ للعقد قبل الدخول لتخلف بعض العناص (الولي والشهادة والصداق) تكون قد أصابت المنطق العام الذي قرره فقه الجمهور من جانب ولكنها عندما قررت التثبيت تكون قد خالفته واخترعت لنفسها نظرية جديدة هدمت بها كل ما تبناه المشرع من قبل في المادة 9 مكرر ومن بعدُ في المادة 222 .فالركن أو الشرط هو ركن سواء قبل أو بعد الدخول والفسخ كذلك يكون قبل وبعد الدخول لأن الدخول في حد ذاته ما هو إلا تنفيذ للعقد وبداية لاستحقاق بعض الحقوق، فلا أثر له على صحة العقد وصحة عناصره، فما كان في البداية ركنا أو شرطا لا يفقد هذه الطبيعة بعد التنفيذ للعقد بالدخول.

ومن ثم فإن الكلام عن الفسخ قبل الدخول بسبب اختلال بعض العناصر ثم عن التثبيت بعد الدخول ما هو إلا تراجع عن الإقرار بأن العقد قد تم فاسدا .

فالمشرع يكون قد وقع حسب رأينا في خلط لا يمكن تتبعه فيه لا من طرف القضاء ولا من طرف الفقه وإلا فكيف يكون الشيء ركنا قبل الدخول وغير ركن بعده.

[7] لا يفسخ به العقد إلا إذا اتفق الأطراف على إسقاطه أو رفض الزوج دفعه قبل الدخول أو تم غير صحيح. أما بعد الدخول فتستحق الزوجة المسمى أو المثلي باتفاق كل المذاهب.
وهي شروط في العاقد : (أ) وشروط في الصيغة (ب):
أ- أهلية التصرف وسماع كلام آخر الأنثوي وحرمة التأبيد في المرأة
ب- اتحاد

خامسا :

إن المشرع تكلم هنا على تخلف عنصر واحد :

بحث في تناول العناصر منفردة :

فبالنظـر أولا لعنصـر الصداق فإن القول بفسخ الزواج لتخلفه قبل الدخول وتثبيته بعد الدخول لم يقل به أي أحد مـن المـذاهب وذلك لإمكان صداق التفويض، فالمهم في الأمر وفي أحسن الحالات وعند المالكية فقط أن لا يتفـق الطـرفان على إسقاطه وأن لا يتم فاسدا في حد ذاته .

من هنا لا ندرى كيف قرر المشرع فسخ العقد قبل الدخول بسببه وتثبيته بعد الدخول بصداق المثل[8] فكأن المشرع يتكلم عن شي ويعني شيئا آخرا.

أما فيما يخص الولاية فإنه كذلك من غير المتصور الكلام على فسخ عقد لم يثبت بعدُ من جهة ومن جهة أخرى فإنه من الصعب تفسير وقبول نص يسمح بتثبيت زواج تم بدون ركن أو شرط نص عليه القانون صراحة في المادة 9 مكرر والمادة 11 و13 وقرره الفقه الشرعي في ثلاث مذاهب سنية بالنسبـة للنساء البالغات، المالكية والشافعية والحنبلية والحنفية في بعض الحالات أو فسخ عقد قبل الدخول بسبب تخلفه وهو لا يعلم وجوده ولا يعترف به حتى خاصة إذا علمنا بأنه أفرغه من مضمونه الأصلي حسب المادة 10 و 11 و13.

فالولي الذي لا يجبر على الزواج ولا يمنع منه لا يليق منا أن نفسخ زواجا بسببه إذ الولي هو من يقوم مقام المتولى عليه، على نفسه وعلى ماله.

فالمشرع أعطاه نوعا من الاعتبار قبل الدخول إذ رتب عليه الفسخ ولكنه تراجع عن ذلك بقبول تثبيته بدونه بعد الدخول.

و للتذكر فإن المـذهب الحنفـي لم يستبعـد كلية الولي وذلك أنه أعطاه حق تقدير الكفاءة في الزواج وحق فسخ الزواج أن لم يرض الولي بالمهر أو الزوج الكفء.

[8] و كيف فسخ العقد بسبب شيء لا يعتبر لا زكنا ولا حتى شرط صحة عند أغلب المذاهب

فالقول إذن بالفسخ قبل الدخول والتثبيت بعده لم يقل به أحد ويتعارض كلية مع مصدر القانون المشار إليه في المادة 222 من القانون.

أما بالنظر إلى قول المشرع بفسخ الزواج قبل الدخول لتخلف ركن الشهادة وتثبيته له بعده فقول أيضا لم يقل به أحد من المذهب.

فالشهادة شرط صحة في العقد عند إبرامه عند الأحناف والشافعية والحنابلة بحيث أن العقد الذي تم بدون حضور الشهود يعتبر فاسدا سواء قبل أو بعد الدخول.

وهي شرط صحة عند الدخول فقط عند المالكية بحيث أنه إذا تم العقد بدون حضور الشهود فيعتبر صحيحا ولكنه إذا تم الدخول يدونها فالزواج فاسد ويحد الطرفان إن لم تكن هناك شبهة.

إن المذهب المالكي يذهب إلى إبطال الزواج السري الذي حضره الشهود ولكن أوصاهم الزوج أو الولي بكتمه ولو على الزوجة الأخرى ولو ليوم أو ليومين.

فالقول إذا بالفسخ قبل الدخول والتثبيت بعده لم يقل به أحد.

و إننا نضن أنه حتى المحاكم لا تطيق هذا النوع من الزواج، فهي ترفض تثبيت الزواج الذي تم بدون شهود .

خلاصـــــة:

إننا نرى أن هذه المادة، المادة 2/33 يجب أن تعدل، فلا يمكن الإبقاء عليها بالصياغة الحالية، أن هذه المادة جاءت حقيقة لتعالج ظاهرة الزواج بالفاتحة أو ما يسمى بالزواج العرفي، وذلك أن المـوثق أو ضابط الحالة المـدنية وهو يستقبل الأطراف من أجل إبرام عقد الزواج لهم، لا يقبل إبرامه بدون حضور الولي والشهـود وتسجيـل الصداق المتفق عليه، ولكنه إذا تم بين الطرفين ولم تراع فيه شوطه وأركانه فانه لا يليق بالمحاكم تثبيته وتسويته بالعقود السليمة.

فالكلام إذن عن الفسخ قبل الدخول بالنسبة لجميع الحالات لا معنى له، كان لا بد من التفريق بين الولي والشهود والصـداق، فقـد يثبـت بسبب تخلف الولي أخذا برأي الأحناف، وقد يثبت بسبب تخلف الصداق أخذا بجميع المذاهـب لإمـكان الـزواج بصداق التفويض وقد يمكن تثبيت عقد تم بدون شهود حسب المالكية إذا لم يتم الدخول ولكنه إذا وقع الدخول فلا يمكن تثبيته لأننا نكون قنا قد سوينا بين علاقة شرعية وأخرى غير شرعية، هكذا يجب فهم هذه المادة حسب رأينا.