ISSN: 2957-3874 (Print)
Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences (JFHS)
مجلة الفارابي للعلوم الإنسانية التي تصدرها كلية الفارابي الجامعة

الزواج العرفي بين الشريعة والقانون

أ.د. محمود محمد داود[*]

[*] كلية الفارابي الجامعة / قسم القانون/ العراق/ بغداد

المقدمة

الحمد لله الذي جعل بين الزوجين مودة ورحمة, والصلاة والسلام على خير هاد للبشرية جمعاء وعلى آله الأطهار وصحابته الأخيار.

اما بعد :

إن عقد الزواج الكامل هو العقد الذي يقوم على أساس التكافل والرحمة والمودة يقول تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾ الروم: ٢١

لكن الشارع الحكيم لم يترك هذه العلاقات من دون ضوابط ومحددات, بل فرض على الزوجين وعلى سائر أفراد الأسرة من الحقوق والواجبات المتبادلة لتحقيق السعادة والتماسك ولنبذ الشقاق والخلاف من شأنه تفكيك الأسرة.

إن الأحوال الشخصية في شريعتنا جاءت مفصلة الأحكام لأن معظمها مبني على مصلحة ثابتة لا تتغير, إلا أن مستجدات العصر متسارعة الظهور والنشوء والأنتشار, وكما هو معلوم في أصول الفقه أن النصوص متناهية والوقائع والمستجدات غير متناهية, والشارع الحكيم لم يفصّل الأحكام وذلك لفتح باب الأجتهاد وإعمال العقل في الأستنباط لما يجد من الحوادث المستجدة.

لذا فإن الفقهاء اجتهدوا في مسائل الأحوال الشخصية, وعالجوا هذه المستجدات والمشكلات, معتمدين على الفهم الثاقب والعميق لروح النص ومقاصد الشريعة والمصلحة الشرعية المعتبرة, ولخطورة المسألة وحساسيتها وجدوا أنه من غير الممكن الخوض في الحكم عليها قبل أن يتصور حقيقتها – لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره كما يقول أهل الأصول ، ولا يمكن الحكم عليها قبل التحقق من موافقتها للأدلة الشرعية أو معارضتها لها في كثير من الفروع.

ولا شك أن الزواج العرفي من بعد تلك الوقائع والمستجدات الذي كرّس له حصة كبيرة من النظر والأجتهاد, ويعد هذا النوع من الأنكحة من أخطر الموضوعات المعاصرة في باب الزواج, وقد انتشر انتشارا واسعا بسبب تلاحق تشريعات الأحوال الشخصية وزيادة الألتزامات في الزواج الرسمي مما أدى إلى الهروب من الزواج الرسمي إلى الزواج العرفي, وكما هو معلوم أن هنالك من الأنكحة العرفية الدارجة في كثير من المناطق أنكحة باطلة لسريتها وخلوها من الشهود والولي, فلجهل كثير من الشباب والشابات في الشريعة نراهم ينزلقون إلى مثل هذه الأنكحة لتحقيق اهوائهم, أو أن بعضهم يجد أن هذا الزواج أخف بكثير من حيث القيود والتي يجدونها في الزواج الرسمي, مما يجعله بذلك مصطدما بقوانين الدولة التي تمنعه من الإقدام إلى مثل هذه الأنكحة, وتجبره على توثيق وتدوين زواجه في الدائرة الرسمية المعنية.

وربما تكون هناك تساؤلات عن هذ الموضوع، هل يمكن اعتبار ظاهرة انتشار الزواج العرفي كنازلة من النوازل المستجدة ضرورة عصرية ملحة تتوافق مع الضوابط الشرعية والقانونية ؟

هل نجح انتشار ظاهرة الزواج العرفي في تجاوز مشكلات الزواج المعاصرة في الواقع العملي للأسرة المسلمة؟؟

لذا سأحاول في هذا البحث المتواضع أن أتناول الجوانب المتعلقة في الزواج العرفي: الشرعية والقانونية والأجتماعية وايجاد الحلول لهذا النوع من العقود.

أهداف البحث ، واهميته :

يهدف البحث الى :

١/ا لقاء الضوء على موضوع الزواج العرفي من الوجهة الشرعية والقانونية

٢/ بيان موقف علماء الشريعة ورجال القانون والقضاء في موضوع الزواج العرفي والآثار والأحكام المترتبة عليه.

٣/ بيان سعة الشريعة – بنصوصها وقواعدها العامة القائمة على جلب المنافع ودرء المفاسد – في تقبل كل واقعة جديدة من أجل بيان حكمها ، لاسيما في زمان فسدت فيه الذمم, وتجرأ الناس على الدين.

اما اهمية الموضوع فهي كالاتي :

أولا: تكمن أهمية موضوع البحث في كونها تتطرق إلى نازلة مستجدة تحتاج إلى بيان من علماء الشريعة والقانون.

ثانيا: يحاول البحث الوصول إلى آراء علماء الشريعة والقانون في هذه المسألة مع بيان الأبعاد والآثار المترتبة عليها، سلبا" او ايجابا" .

ثالثا: يحاول البحث الكشف عن كيفية تعامل الهيئات التشريعية والقانونية فيما يخص هذه المسألة من خلال الدراسات الشرعية والقوانين الوضعية في الباب الذي يخص الأحوال الشخصية.

رابعا: كون موضوع البحث – الزواج العرفي – يتطرق لمسألة مهمة وخطيرة يترتب عليها بنيان الأسرة التي هي أساس المجتمع المسلم..

إن مسألة الزواج العرفي مسألة قد تعرض إلى بحثها الكثير من العلماء المعاصرين, وكانت لهم أبحاث ودراسات قيمة كان لها الأثر في بيان هذه المسألة من الوجهة الشرعية والقانونية, وإلقاء الضوء على الآثار المترتبة على هذا النوع من الزواج في هذا العصر.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث على مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة عارضا فيها أهم النتائج التي توصلت إليها. وقد تم تقسيم كل مبحث إلى عدة مطالب هي كالآتي:

المقدمة.

المبحث الاول : حقيقة الزواج العرفي ونشأته

المطلب الأول: التعريف بالزواج العرفي.

العرف في اللغة والاصطلاح

المطلب الثاني: تعريف الزواج العرفي باعتباره علما.

المطلب الثالث: السبب في تسمية الزواج بالعرفي

المطلب الرابع: النظر في تاريخ توثيق عقود الزواج بالكتابة.

المطلب الخامس: الأسباب التي أدت إلى انتشار الزواج العرفي.

المطلب السادس : انواع الزواج العر في

المبحث الثاني: موقف الشريعة من الزواج العرفي، وآراء الفقهاء

المطلب الأول: شروط صحة الزواج العرفي.

المطلب الثاني: الكيفية التي يتم بها عقد الزواج العرفي

المطلب الثالث: الفرق بين الزواج السري والزواج العرفي الشرعي.

المبحث الثالث: وقف القوانين الوضعية من الزواج العرفي.

المطلب الأول: الزواج العرفي في قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية.

المطلب الثاني: حكم الزواج العرفي في القانون العراقي

المبحث الرابع: الآثار المترتبة على الزواج العرفي.

المطلب الأول: الحقوق المتبادلة بين الزوجين في الزواج العرفي.

المطلب الثاني: الآثار الاجتماعية للزواج لعرفي.

المطلب الثالث: حكم النسب في الزواج العرفي.

المطلب الرابع:الطلاق في الزواج العرفي.

المطلب الخامس: كيفية الحد من انتشار الزواج العرفي.

الخاتمة.

قائمة المصادر والمراجع.

وفي ختام هذه المقدمة: أرجو من الله العظيم أن أكون قد وفقت فيما بذلت في إنجاز هذا البحث المتواضع, وأساله عز وجل أن يكتب لي القبول الحسن عنده وأن يجعله في خدمة شريعته وإعلاء كلمته.

وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا إلى يوم الدين.

المبحث الأول:

التعريف بالزواج العرفي.

المطلب الاول : التعريف اللغوي لكلمة (العرفي)

هذه الكلمة مأخوذة من "العرف", وتعني في معاجم اللغة العلم, فيقال: "عرفه يعرفه عرفة وعرفا ومعرفة واعترفه. والمعروف ضد المنكر. والعرف: ضد النكر"١

أما المعنى في اصطلاح الأصوليين:

يقول عبد الوهاب خرف في تعريفه: "العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه, من قول, أو فعل, أو ترك, ويسمى العادة".٢

ا لمطلب الثاني : تعريف الزواج العرفي باعتباره علما:

يعرف الزواج العرفي بأنه ذلك الزواج الذي استوفى شروطه الشرعية دون أن يوثق رسميا وقد أطلق عليه العامة بالزواج العرفي. ٣

وقد عرفته مجلة البحوث الفقهية باعتباره علما على معنى محدد فقالت: "هو اصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية, سواء أكان مكتوبا أو غير مكتوب" ٤

تظهر لنا التعريفات السابقة أن الزواج العرفي زواج شرعي لا يختلف عن الزواج المعتبر شرعا, ويختلف عن الزواج الرسمي بأنه زواج غير موثق, فلا يلزم التوثيق فيه, أما الزواج الرسمي يلزم فيه التوثيق حتى يكون معتبرا في دوائر الدولة الرسمية والحقوقية.

المطلب الثالث : السبب في تسمية الزواج بالعرفي:

المعروف في الشريعة الإسلامية أن كل عرف تعارف عليه الناس بينهم وأقره الشارع الحكيم فهو عرف صحيح. فالزواج العرفي – كما أسلفنا – هو ذلك الزواج الذي استوفي الأركان والشروط المعتبرة شرعا, ولم يجر فيه التوثيق وجرت العادة على ذلك, والشرع بدوره أقره ولم ينفه في أي وقت من الأوقات طالما حقق الأركان والشروط.

كما ان التعريفات السابقة وما هو معتبر في عرف الزواج الذي جرت عليه عادة الناس وأقرته الشريعة وما سن من القوانين الوضيعة تفرض علينا التساؤل حول أهمية التوثيق لعقود الزواج وما تقتضيه المصلحة المعتبرة شرعا وعقلا, وأبعاد هذه المصطلح.

١/ لسان العرب ٢٣٦/٩

٢/ نظرية العرف ص٢٤

٣/ الزواج العرفي ومنازعات البنوة ص٦

٤/مجلة البحوث الفقهية ع٣٦ /سنة /٩ ص١٩٣

المطلب الرابع : النظر في تاريخ توثيق عقود الزواج بالكتابة.

لقد اقتصر المسلمون في العصور الأولى بإنشاء عقد الزواج وفق ألفاظ مخصوصة تتضمن الإيجاب والقبول, وحضور ولي الأمر والشهود. لكن مع تقدم الزمان وما يطرأ على الناس من عوارض النسيان والغفلة وحقيقة الموت, أصبحوا يرون لزاما تدوين وتوثيق عقودهم وخاصة عقد الزواج الذي تقوم عليه حياة أسرة بأكملها, فجاءت الدولة بقوانينها لتنظم قضية الإلزام بالتوثيق وفق تنظيم دستوري معين.١

وكما هو معلوم عدم نكران تغيير الأحكام بتغيير الأزمان, والعرف الجاري يطرأ عليه التغيير ما دام أن هذا التغير جاء مصاحبا ومصلحة معتبرة شرعا والمتمثلة في إثبات وتوثيق الحقوق الزوجية في حالة طروء عوارض الغفلة والنسيان أو الموت،بدأ" بتوثيق عقود الزواج عندما بادر المسلمون إلى تأخير كل المهر أو بعضه, وهذه الوثيقة كانت بمثابة إثبات حق الصداق وكذلك الزواج نفسه.

يقول ابن تيمية في مجموع الفتاوى: "لم يكن الصحابة يكتبون (صداقات) لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر, بل يعجلون المهر, وان أخروه فهو معروف, فلما صار الناس يزوجون على المؤخر والمدة تطول مما قد يؤدي إلى النسيان صاروا يكتبون المؤخر وصار ذلك حجة في إثبات الصداق وفي أنها زوجة له"٢

أما عن توثيق عقد الزواج فقد دلت السنة على وجوب توثيقه بالأشهاد لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا نكاح إلا بولي وشاهدين"٣

فالحديث يشير إلى وجوب توثيق الزواج من خلال حضور شاهدين حتى يشهر الزواج عبر نقلها لخبره لسائر الناس لنفي التهمة وحفظ الحقوق الزوجية ودفع الإنكار.

فإذا كان محصلة الأشهاد ايجابية فكان التوثيق بالكتابة والتدوين ادعى لإشهار الزواج واثبات الحقوق ودفع الإنكار لمدة طويلة, خاصة إذا قلنا قوانين الدولة تقوم على حفظ قدسية الزواج إلى أمد أطول بالرغم من موت الشهود وأولياء الأمور.٤

يتضح لنا مما سبق أن توثيق الزواج جاء من باب السياسة الشرعية, يقول في ذلك عبد الفتاح عمرو: "فالتوثيق لدى المأذون أو الموظف المختص نظام أوجبته اللوائح والقوانين الخاصة بالمحاكم الشرعية, خشية الجحود وحفظا للحقوق, وحذرت من مخالفته لما له من نتائج خطيرة من النكران"٥

١/مجلة البحوث الفقهية ع٣٦ ص١٩٤

٢/ مجموع الفناوي ٣٢/ ١٣١

٣/ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ٤/ ٢٨٦

٤/ مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ص١٣٤

٥/ السياسة الشرعية في الاحوال الشخصية ص٤٣

ويقول محمد عقلة: "غير أن هذه الحقيقة لا تمنع من أحداث تنظيمات شكلية أو إدارية بقصد حماية الزوجية, والمحافظة على مصالح العقد, كما لا تتعارض مع قانون تراه الدولة مفيدا بقاعدة التطور, وأخذا بالأساليب الحديثة في التدوين والتسجيل". ١

من هنا ذهبت قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في الدولة إلى وجوب تدوين وتوثيق عقود الزواج والتي اسماها الفقهاء المعاصرون بالشروط القانونية ٢

ويعرف علي حسب الله الشروط القانونية بأنها: "شروط يضعها المشرع الوضعي لجلب مصلحة أو دفع مضرة", ثم يوضح طبيعة هذه الشروط فيقول: "الشرط القانوني ليس شرط صحة ولا نفاذ ولا لزوم, لأن المشرع الوضعي ليس له أن ينشأ حكما شرعيا دينيا يحل حراما أو يحرم حلالا, بل هو شرط يترتب عليه أثر فلا دخل له في الحكم الشرعي الديني .٣

المطلب الخامس: الأسباب التي أدت إلى انتشار الزواج العرفي

لعل السؤال الذي يدور في ذهن الجميع عن الأسباب والعوامل التي تدفع الرجل أو المرأة إلى الزواج عرفيا, على الرغم من أن لوائح ترتيب المحاكم الشرعيه تنص: "لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية..." ٤

إن هذا السؤال يستلزم من الباحثين الكثير من البحوث والإحصائيات الدقيقة عن حالات الزواج العرفي, ولعل من أهم الصعوبات التي تواجه الباحثين في هذا المجال هي أن كثيرا من حالات الزواج العرفي تكون غير معلنة, الأمر الذي جعل البعض يطلق عليه اسم: "الزواج السري."

يبين احد القضاة الشرعيين الأسباب التي أدت إلى انتشارالزواج العرفي وهي كالاتي: ٥

أولا": القيود التي فرضتها قوانين الأحوال الشخصية على الأزواج ومن ذلك:

"القيود التي تمثلت في حق الزوجة في طلب بالحالة التي يتزوج عليها زوجها, لما يقع عليها من الضرر اثر هذا الزواج الثاني, وأيضا حق الزوجة الثانية في حالة إذا ما كانت لا تعلم أن زوجها متزوج بأخرى من قبل, بالإضافة إلى القانون قد أوجب على الزوج أن يقوم بإعلان وإخطار زوجته بالزواج الثاني, وإذا أضفنا إلى ما تقدم أن القانون قد أعطى للمطلقة الحاضنة أن تستقل بمسكن الزوجية هي وطفلها, ونحن نعلم كيف يدبر الزوج المسكن في هذا العصر, أن القانون في حد ذاته وبنصوصه التي قيدت الزواج يقف عقبة أمام إتمام حالات كثيرة من حالات الزواج."٦

١/ نظام الاسرة في الاسلام ٣٩٤/١

٢/ ينظر مستجدات فقهية ص١٣٤

٣/ الزواج في الشريعة الاسلامية ص٧٨

٤/ الاسلام وبناء الاسرة ص١٨٨

٥/ ينظر الزواج العرفي ص ٩ ،

٦/ الاسلام وبناء الاسرة ص ١٨٤

ثانيا" : الصعوبات التي تحيط بكثير من الشباب التي تتمثل في غلاء المهور والمبالغة في تكاليف الزواج.

وعائق الدراسة التي يضطر الطالب والطالبة في أرواء الناحية الغرائزية بصورة غير مشروعة وقلة أجور العمل وانتشار البطالة وغلاء المعيشة وعدم توافر السكن الملائم, وتدخل النساء في كثير من المجالات بحيث لم يبق للرجال متسع يعملون فيه.

ثالثا" : ضعف الوازع الديني, وهذا الأمر دفع الشباب وغيرهم في الوقت الحاضر إلى اللجوء للزواج غير الرسمي (العرفي) الذي يتحلل فيه الزوج من كثير من القيود, وذلك في الوقت الذي يعصم فيه من الخطأ ويعصم نفسه من مباشرة علاقات غير مشروعة.

رابعا" : رغبة احد الطرفين في إخفاء الزواج بسبب التفاوت في المستوى الاجتماعي لأحدهما.

خامسا" : الرغبة بالاقتران بزوجة أخرى دون إشعار زوجته الأولى بالأمر, حفاظا على تماسك أسرته الأولى وترابطها..

سادسا": المكانة الأدبية والعلمية للزوج وخاصة إذا كان متزوجا من قبل ويبغي الاقتران بمن هي دونه في المستوى الاجتماعي.

المطلب السادس : انواع الزواج العرفي

هناك نوعان من الزواج العرفي :

النوع الاول : ينص على حضور الشهود وموافقة الاهل ، وهو ماكان يتم في السابق من زيجات اوعقود نكاح ، وهذا يتم برضا الزوج والزوجة ووليهما وبحضرة الشهود ، اضافة الى اعلانه بين الناس ، وهذا هو الزواج منذ بدأ الاسلام ولازال سائدا" في الكثير من القرى في انحاء البلاد .

النوع الثاني : هو العقد السري بدون شهود ، ويتم بين رجل وامرأة بحضرة شهود وينقصه الولي والاعلان ولا يترتب عليه نفقة وليس للزوجة اي حقوق شرعية ، وبعض الفقهاء قالوا بحرمته واستدلوا بقوله تعالى ﴿ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴿٢٥﴾ ﴾[1]

وبماروي عن النبي محمد عليه الصلاة والسلام {ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل نكاحها باطل}[2]

١/ سورة النساء الاية ٢٥

٢/ سنن الترمذي /الحديث ١١٠٢

المبحث الثاني

موقف الشريعة من الزواج العرفي وآراء الفقهاء

المطلب الأول: شروط صحة الزواج العرفي.

إن الشروط العامة التي وضعها الفقهاء لأنعقاد وصحة عقد الزواج هي ذاتها اللازمة لصحة وانعقاد الزواج العرفي, لأنه في الحقيقة لا فرق من الناحية الشرعية بين الزواج العرفي والزواج الرسمي الموثق طالما كانت الشروط الشرعية المنصوص عليها متوافرة في أي منهما والمتمثلة في توافر الإيجاب والقبول الصحيحين اللازمين لأي عقد من العقود، ومن هذه الشروط مايأتي :

١/ اشتراط الولاية :

لا بد لصحة عقد الزواج أن تكون المرأة محلا له, أي أن تكون غير محرمة على الرجل الذي يريد الزواج منها, سواء كان سبب التحريم على سبيل التأبيد, أو على سبيل التأقيت, وعليه فإنه قد حصل الاختلاف بين الصحابة والتابعين وبين المذاهب الأربعة الاسلامية بشأن ضرورة اشتراط الولي في النكاح وعدم اشتراطه, فالفقهاء لهم رأيان في انعقاد الزواج بعبارة النساء:-

يرى الحنفية أنه يصح العقد بعبارتها بدون ولي[١] ،واستدل ابوالحنيفة بقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[٢]

ورأوا في هذه الآية أن وجه الاستدلال فيها أنها أضافت العقد إلى المرأة حيث صرحت "ينكحن" من غير شرط الولي [٣] ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى:﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ ﴾[٤] ، وجه الاستدلال في هذه الآية أنها جاءت للنهي عن نكاح المشركين لا لبيان حكم الأولياء[٥]

واستدلوا أيضا بقوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ [٦]
وجه الاستدلال في هذه الآية على عدم ضرورة اشتراط الولي هو إضافة لفظ النكاح "تنكح" إلى ذات المرأة .[٧]

١/ ينظر شرح فتح القدير على الهداية ٢ /٩٨

٢/ البقرة الاية ٢٣٢

٣/ ينظر الاسلام وبنا الاسرة ص٤٢٢

٤/ البقرة الاية ٢٢١

٥/ ينظر الاسلام وبناء الاسرة ص٤٢٤

٦/ البقرة الاية ٢٢٩

٧/ ينظر الاسلام وبناء الاسرة ص ٤٢٥

ويرى الجمهور أنه يبطل العقد دون ولي١ ، واستدل الجمهور بقوله تعالى:﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾٢ ، قال الشافعي رحمه الله: "هذه أبين آية في كتاب الله تعالى دلالة على أن ليس للمرأة أن تتزوج بغير ولي"٣

واستدلوا بقوله تعالى: قَالَ تَعَالَىٰ:﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾ ٤, فالخطاب موجه في هذه الآية الى الأولياء حتى ينتهوا عن أن ينكحوا المولى عليها (الفتاة) من المشركين لما في ذلك من الضرر على المسلمة ٥ ، والحديث: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل "٦

وحديث السيدةعائشة: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها, فنكاحها باطل فان دخل فلها المهر بما استحل من فرجها, فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له" ٧

وقال الجمهور: أن الزواج عقد خطير دائم ذو مقاصد متعددة, من تكوين الأسرة وتحقيق استقرارها وغيرها, والرجل بما لديه من خبرة واسعة في شؤون الحياة أقدر على مراعاة هذه المقاصد. أما المرأة فخبرتها محدودة, وتتأثر بظروف وقتية, فمن المصلحة لها أن تفوض وليها في إنشاء عقد الزواج.٨

والرأي المعتبر هو رأي الجمهور, فلا نكاح إلا بولي, المرأة لا تملك تزويج نفسها ولا غيرها, ولا توكيل غير وليها في تزويجها, فإن فعلت وان كانت بالغة عاقلة رشيدة, لم يصح النكاح.

١/ ينظرالشرح الصغير على اقرب المسالك, ٣٥٣/٢. وينظرالقوانين الفقهية, ١٩٨

٢/ البقرة الاية ٢٣٢

٣/ كتاب الام : ١٦٣/٧

٤/ البقرة الاية ٢٢١

٥/ احكام القرآن ٨٨٠

٦/سنن الترمذي :٤٠٧/٣

٧/ المسند للإمام أحمد بن حنبل, ٦٦/٦

٨/ ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: ١٩٥/٧

٢/ الشهادة على الزواج

تعد الشهادة في عقد الزواج شرطا لصحته, فلا يصح بلا شهادة اثنين غير الولي ١, وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي وشاهدين"٢

فالشهادة في ذلك حفظ لحقوق الزوجة والولد لئلا يجحدها الزوج, وتدرأ التهمة عن الزوجين, وكل ذلك بيان لخطورة الزواج وأهميته.

ويجب ان تكون هناك شروط للشهادة وهي كالاتي:٣

أن تكون برجلين أو برجل وامرأتين: قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ * وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ الشهداء ﴾ ٤

***أن يكون كل من الشاهدين بالغا عاقلا حرا.**

***أن يسمعا عبارة العقدين, فلا تصح شهادة الأصم, ولا النائم, ولا الشكران في وقت العقد.**

*** أن يكونا مسلمين.**

١/ الفقه الإسلامي وأدلته : ٧/٧٠

٢/ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد, ٤/ ٢٨٦

٣/ الإسلام وبناء الأسرة, ص ٢٠٠

٤/ البقرة : الاية ٢٨٢

المطلب الثاني : الكيفية التي يتم بها عقد الزواج العرفي.

صور إجراء هذا العقد متعددة, فقد ذكرت مجلة البحوث الإسلامية، نقلا "عن الأستاذ هلال يوسف إبراهيم في كتابه (الزواج العرفي)أن: "من صور إجرائه كتابة عقد يتضمن إقرار الزوج والزوجة بأهليتهما للتعاقد والتصرف وخلوهما من كافة الموانع الشرعية, ويدون هذا العقد أسماء الشهود فيقر الزوج (يسمى باسمه) وبعد إيجاب وقبول, ويجيب أنه قد قبل الزواج من الزوجة (تسمى باسمها) زواجا شرعيا على كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم, وعملا بأحكام الشريعة الإسلامية. كما تقر الزوجة (تسمى باسمها) بعد إيجاب وقبول صريحين أنها قبلت الزواج من الزوج (يسمى باسمه) زواجا شرعيا على كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم, وعملا بأحكام الشريعة الإسلامية.

ويذكر في العقد أن الطرفين اتفقا على صداق قدره (كذا), كما يتضمن العقد أن الطرفين أقرا بقبولهما جميع أحكام هذا العقد بما تقتضي الشريعة الإسلامية وما يترتب عليه وخاصة البنوة والنسب, إذ أن لأولادهما ثمرة هذا الزواج ولهم جميع الحقوق الشرعية والقانونية"١

ومن صور عقد الزواج العرفي المعمول به في القرى والارياف بل حتى عند بعض العوائل في المدينة: ٢

عقد الزواج العرفي

أنه في يوم _____ الموافق_____ تحرر بين كلا من:

أولا: السيد / _____ المقيم _____, الديانة_____ الجنسية_____

الطرف الاول

ثانيا: السيدة / _____ المقيمة _____, الديانة_____ الجنسية_____

الطرف الثاني

بعد أن أقر الطرفان بأهليتهما بالتعاقد والتصرف وخلوهما من كافة الموانع الشرعية إتفقا أمام الشهود المذكورين بهذا العقد وبعد تلاوته باللغة _____ على الزوجة – الطرف الثاني – إتفقا على ما يأتي:

١/ مجلة البحوث الفقهية, العدد ٣٦, السنة ٩, ص ١٩٤ – ١٩٥

٢ / أحكام الزواج العرفي : ١٠٨ – ١٠٩

البند الأول:

يقر الطرف الأول بعد إيجاب وقبول صريحين بأنه قد قبل الزواج من الطرف الثاني زواجا شرعيا على كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وعملا بأحكام الشريعة الإسلامية, كما تقر الطرف الثاني بعد إيجاب وقبول صريحين بأنها قد قبلت الزواج من الطرف الأول زواجا شرعيا على كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وعملا بأحكام الشريعة الإسلامية مع احترام ديانة الزوجة الطرف الثاني.

البند الثاني:

تقر الطرف الثاني صراحة بأنها قبلت الزواج برضا تام وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية مع الاحتفاظ بديانتها.

البند الثالث:

اتفق الطرفان على صداق قدره _____ دفع من الطرف الأول في مجلس العقد للطرف الثاني والمؤخر مبلغ _____ يحل بأقرب الأجلين.

البند الرابع:

يقر الطرفان بقبولهما جماع أحكام هذا العقد بما تقضي به الشريعة الإسلامية وما يترتب عليه من آثار قانونية وخاصة البنوة إذ أن لأولادهما ثمرة هذا الزواج لهم جميع الحقوق الشرعية والقانونية.

البند الخامس:

تحرر هذا العقد من نسختين بيد كل طرف نسخة للعمل بها عند اللزوم لحين اتخاذ إجراءات توثيق هذا الزواج رسميا وطبقا لأحكام القانون الوضعي في (تسمى اسم الدولة التي أنشأ فيها عقد الزواج) وذلك بشهادة كل من:

_1السيد / _____ ٢_ السيدة_____ /

(الطرف الأول _ الزوج) (الطرف الثاني _ الزوجة)

توقيع:_____ توقيع: _____

المطلب الثالث : الفرق بين الزواج السري والزواج العرفي الشرعي

الزواج الرسمي: هو الزواج الذي تصدر به وثيقة رسمية من الدولة, وقد عرف رجال القضاء المعاصرون الوثيقة الرسمية بأنها: "ما يصدر عن موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها" ١

الزواج السري: هنالك بعض الكتب والمقالات التي تخلط بين الزواج العرفي والسري, هذا التداخل بين المفهومين قائم لعدم معرفة الفرق بينهما, ومن اجل فك هذا التداخل لا بد من التطرق لصور هذا الزواج:

الصورة الأولى:

أن الزواج الذي يتم بدون ولي وشاهدين فهو باطل وما بني على باطل فهو باطل, والنكاح السري. الذي تعارف عليه طلاب الجامعات والكليات تلبية لغرائزهم المكبوتة والتفافا على الشرع والقانون. فهو زواج قد تم بإيجاب وقبول من طرفين فقط (الزوجين), وخلا من ولي المرأة وشاهدين, وهذا العقد باطل باتفاق الجمهور وفي ذلك يقول ابن تميمة: "نكاح السر الذي يتواصى بكتمانه ولا يشهدون عليه احد باطل عند عامة العلماء, وهو من جنس السفاح"٢

الصورة الثانية:

إذا تم عقد النكاح بحضور الولي والشهود وتواصوا فيما بينهم على عدم البوح به وإشهاره, فهذا النوع من النكاح العرفي جائز عند الإمام أبي حنيفة والشافعي واحمد, لأن السرية عندهم تزول بالأشهاد, وأشهاد رجلين هو الحد الأدنى الإعلان الذي يصح به النكاح ٣

اما الامام مالك فيرى أن النكاح الذي يوصي فيه الزوج الشهود بكتمه عن امرأته أو عن جماعة ولو أهل منزل, يفسخ بطلقة بائنة إن دخل الزوجان, كما يتعين فسخ النكاح بدخول الزوجين بلا أشهاد, ويحدان معا حد الزنا جلد أو رجما إن حدث وطء واقع به, أو ثبت الوطء بأربعة شهود كالزنا, ولا يعذران بجهل.٤

١/ مستجدات في قضايا الزواج والطلاق, ١٣٢).

٢/ مجموع الفتاوى : ١٥٨/٣٣

٣ / ينظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢٥٢/٢, ينظر روضة الطالبين وعمدة المفتين :٤٥/٧, ينظرالمغني: ٣٤٧/٩

٤/ ينظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٣٦/٢, وينظر الشرح الصغير: ٣٣٦/٢

ولكن لا يجب الحد عليهما إن فشا النكاح وظهر بنحو ضرب دف أو وليمة أو بشاهد واحد غير الولي, أو بشاهدين فاسقين ونحوها للشبهة, لقوله صلى الله عليه وسلم: "ادرءوا الحدود بالشبهات"١

والمعتبر هنا رأي الجمهور لان العقد قد اكتملت أركانه وشروطه المعتبرة في إنشاء عقد النكاح, وان تم كتمانه, ولكن وكما اشرنا سابقا في موضوع النكاح الرسمي فان هذا النوع من الأنكحة هي عرضة للجحود والنكران في حالة موت الولي أو الشهود, وكذلك عوارض النسيان أو الغفلة التي قد تعتري الشهود, لذا جاء التوثيق والتدوين من باب السياسة الشرعية لإبعاد هاجس الجحود والإنكار.

الصورة الثالثة:

العقد العرفي الذي تم بإيجاب وقبول بين رجل وامرأة وبشاهدين من غير ولي باطل عند الجمهور – وقد أشرنا إلى ذلك في موضوع اشتراط الولاية والشهادة في عقد الزواج_, لأن الولاية شرط في صحة إنشاء العقد, وكونه سريا لخلوه من ولي الأمر في الإنكاح.

أما أبو حنيفة فيرى أنه لا يبطل العقد بخلوه من ولي الأمر, ولكنه يرى أن من حق الولي مطالبة القاضي بفسخ العقد إذا كان الزوج غير كفء ٢

المعتبر في هذه المسألة هو رأي الجمهور لاعتبارية اشتراط الولاية, وأن المرأة لا تملك حق تزويج نفسها أو توكيل غير وليها في تزويجها – وقد أشرنا إلى ذلك عند الحديث عن اشتراط الولاية في صحة النكاح .

١/ تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: ٥٦/٤

٢/ , ينظرحاشية رد المحتار على الدر المختار ٤١٨/٢ – ٤٢٠

المبحث الثالث

موقف القوانين الوضعية من الزواج العرفي

المطلب الاول :

الزواج العرفي في قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية.

يرى العلماء المتأخرون والمتقدمون لزوم طاعة ولي الامر فيما يسنه من القوانين التي تترتب عليها مصالح الرعية, وان لهم ان يفرضوا عقوبة على من يخالف هذه القوانين التي جاءت لتحقيق مصالح العباد الدينية والدنيوية ولتنظيم سير المعاملات والعقود الجارية بينهم على اختلافها, يقول الشيخ علي الطنطاوي: "هذا الزواج بهذا المعنى زواج صحيح (العقد العرفي), ولكن للحاكم أن يعاقب فاعله بنوع من العقوبات لأنه خالف أمرا أوجب الله طاعته"١.

كل قوانين الأحوال الشخصية تلزم المقدم على الزواج أن يوثق العقد في الدائرة الرسمية المعنية, ولكن هذه القوانين تتفاوت فيما بينها الحكم على من يتزوج زواجا عرفيا غير موثق .

لقوانين الأحوال الشخصية أربعة اتجاهات في هذا الأمر وهي كالآتي ٢ :

الاتجاه الأول

القانون الذي ألزم بتوثيق عقد الزواج في الدائرة الرسمية واكتفى في ذلك, ولم تترتب عقوبة على من لم يوثق عقده, وهذا الاتجاه يظهر في القانون المغربي الأحوال الشخصية, حيث نص في الفصل الثالث والأربعين على ان: "يسجل العقد بسجل الأنكحة لدى المحكمة وترسل نسخة منه إلى إدارة الحالة المدنية".

الاتجاه الثاني:

القانون الذي رفض سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها, حتى تقدم وثيقة رسمية تثبت دعوى الزوجية. وهذا ما ذهب إليه القانون المصري للأحوال الشخصية في المادة _ ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمعدلة بالقانون رقم ٧٨ لعام ١٩٣١, لكن ما نصه القانون ليس واردا على الزواج في ذاته وإنما قاصر على التقاضي في شأنه.

١/ فتاوى الطنطاوي : ص ١٨٦

٢/ ينظر مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق :ص١٤٥

وقد أفتت بذلك دار الإفتاء المصرية كالآتي: "ينعقد الزواج شرعا بين الطرفين (الزوج والزوجة بنفسها أو بوكيليهما أو وليهما بإيجاب من أحدهما من الآخر متى استوفى هذا العقد جميع شرائطه الشرعية المبسوطة في كتب الفقه, ويرتب على هذا العقد جميع الآثار والنتائج، ويثبت لكل من الزوجين من قبل الآخر جميع الحقوق والواجبات دون توقف عن توثيق العقد رسميا, أو كتابته بورقة عرفية وهذا كله من الوجهة الشرعية, أما من الوجهة القانونية فإن المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ قد نص في الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ على أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١, وتقتضي ذلك أن القانون لم يشترط لصحة عقد الزواج, أن يكون بوثيقة رسمية, وإنما أشترط ذلك سماع الدعوى"١

وقد نحى القانون الكويتي للأحوال الشخصية منحى القانون المصري, وقد جاء في المادة (٩٣) من الفقه(أ): "لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية, إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية, أو سبق الإنكار الإقرار بالزوجية في أوراق رسمية "٢

الاتجاه الثالث:

القوانين التي توجب عقوبة على مثل هذا النوع من الزواج, ويتفاوت مقدار العقوبة من قانون لآخر، القانون الذي فرض عقوبة على الذي لا يسجل زواجه العرفي في وثيقة رسمية, ومن القوانين التي تحت هذا الاتجاه القانون الأردني للأحوال الشخصية, فقد جاء في نص المادة عشرة منه ما يأتي:٣

أ. يجب على الخاطب مراجعة القاضي أو نائبه لإجراء العقد.

ب. يجري عقد زواج من مأذون القاضي بموجب وثيقة رسمية, وللقاضي بحكم وظيفته في الحالات الاستثنائية أن يتولى ذلك بنفسه بإذن من قاضي القضاة.

ج. وإذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية فيعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني وبغرامة على كل منهم لا تزيد عن ١٠٠ دينار.

د. كل مأذون لا يسجل العقد بوثيقة رسمية بعد استيفاء الرسم يعاقب بالعقوبتين المسار إليهما في الفقرة السابقة مع العزل من الوظيفة.

١/ أحكام الزواج العرفي: ص ٥٥ / وينظر الزواج العرفي ومنازعات البنوة:ص ٦

٢/ الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي : ص ٩٧).

٣/ ينظر مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق :ص١٤ ٧

الاتجاه الرابع:

قانون الأحوال الشخصية التونسي الذي ينص في الفصل الرابع من الأحكام التي تتعلق بالزواج على أنه: "لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص."

وهذا النص يخالف القانوني المصري والكويتي اللذين ينصان على عدم سماع دعوى الزوجية, فالنص في القانون التونسي صريح في عدم ثبوت الزواج, وهذا يعني بطلان العقد في نظر المحاكم التونسية, وهذا النص بلا شك فيه مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية[٢] .

١/ مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق, ١٤٨

المطلب الثاني :

حكم الزواج العرفي في القانون العراقي:

إن النوع الثاني من الزواج العرفي وإن انعقد شرعا، ولكنه قد يترتب عليه مفاسد كثيرة، إذالمقصود من تسجيل الزواج في المحكمة صيانة الحقوق لكلا الزوجين وتوثيقها، وثبوت النسب وغير ذلك من آثار الزوجية .

وجدير بالذكر أنه لا ينكر تغيير الاحكام بتغيير الازمان، ففي ظل عدم وجود المأذون الشرعي المجاز الذي يوجد في عدد من البلدان الاسلامية نرى أنه من الافضل أن يبدأ الزوجان عقد زواجهما من المحاكم لضمان سلامتهما وخلوهما من الموانع الصحية والقانونيـــة، ولعدم تعريض نفسيهما للعقوبات الواردة في المادة (١٠)من قانون الاحوال الشخصية ونصها: ((يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة...))، وقد تم تعديل الفقرة السابقة في إقليم كردستان لتكون كالاتي: ((يعاقب بغرامة لا تقل عن مليون دينار ولا تزيد على ثلاثة ملايين دينار كل من أجرى عقد الزواج خارج المحكمة، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات إذا عقد خارج المحكمة زواجا آخر مع قيام الزوجية.))

ولكن ينبغي على القضاة أن يراعوا شرعية العقود التي تجرى خارج المحكمة، وأن لايلجؤوا الى التحليف لمعرفة من عقد زواجه خارج المحكمة أو لمعرفة إن كان قد دخل بها أم لا ، ففلسفة العقوبة هنا هي لجوء الناس إلى المحاكم، والبدء منها إثباتا للزوجية وحفاظا للحقوق، لذا ينبغي على القضاة درء العقوبة عمن عقد زواجه عرفيا ما استطاعوا، فالزواج الشرعي ينافي الضمان ولا تعسف في استعمال الحق هنا.

وينبغي على الراغب في الزواج أن يدرك أن توثيق عقد الزواج أمر أوجبه القانون صونا لهذا العقد الخطير بآثاره عن الانكار والجحود بعد انعقاده، لا سيما إذا أنكره أحد الزوجين، أوالورثة من بعدهما، فمن الوجهة القانونية لا تسمع عند الانكار دعوى الزوجية او الاقرار بها ، الا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية، ومقتضى ذلك أن القانون لم يشترط لصحة عقد الزواج أن يكون بوثيقة رسمية، وإنما اشترط ذلك لسماع الدعوى بين الزوجين.١

ان العقوبة القانونية للزواج الذي يتم خارج المحكمة هي غرامة تتراوح بين ٢٥٠,٠٠٠ – ٣٠٠,٠٠٠ دينار عراقي، أو السجن لمدة ٦ أشهر مع وقف التنفيذ. أوجدت هذه العقوبات لأسباب اجتماعية، أي لردع الأفراد عن الزواج دون الإمتثال للإلتزامات القانونية، و لحماية حقوق أي من الطرفين، لا سيما النساء.٢

١/ ينظرقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل

٢/ ينظر المصدر نفسه/ نقلا" عن الفروق بين انواع عقود الزواج الشائعة في الفقه الاسلامي والقانون /٥١٨

المبحث الرابع :

الآثار المترتبة على الزواج العرفي

المطلب الاول :

الحقوق المتبادلة بين الزوجين في الزواج العرفي

الأول : العلاقات المالية بين الزوجين:

لا يترتب على الزواج اختلاط الحقوق المالية للزوجين بل تظل منفصلة ولكل منهما أمواله وممتلكاته الخاصة به.

أما بالنسبة للمهر فهو ليس ركنا من أركان الزواج فهو من حق المرأة فلها أحقية التصرف به كيفما شاءت طالما كانت رشيدة.

الثاني: الحقوق المشتركة بين الزوجين:

يترتب على الزواج الصحيح حقوق وواجبات مشتركة بين الزوجين منها:-

١/ حسن المعاشرة

٢/المعيشة المشتركة والمساكنة.

٣/ المخالطة الجسدية.

٤/ الميراث.

الثالث: حقوق الزوجة على زوجها: (النفقة)

تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما لو كانت موسرة أو مختلفة منه في الدين حكما, فلا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة, وتشمل النفقة: الغذاء, الكسوة, مصاريف العلاج وغير ذلك بما قضى به الشرع.

الرابع: حقوق الزوج على زوجته : (الطاعة)

إذا اعتبرنا أن العلاقة بين الزوجين تقوم على الوئام والمودة فلا يغير هذه العلاقة أن تكون الرئاسة لأكثرهما احتمالا وصبرا وبعد نظر وتعقل وهذا متوافر في الزوج, وجعل الرئاسة للزوج تستلزم أن يكون له على زوجته حق الطاعة وليس في هذا امتهانا لكرامتها او إحطاطا من شأنها, وليس معنى الطاعة أن تقتاد المرأة لكل رغبات الرجل المشروعة وغير المشروعة, لأن طاعة الزوجة واجبة في الحدود الشرعية.١

١/ ينظر الزواج العرفي /ص ١٠ -١٥

المطلب الثاني: الآثار الاجتماعية للزواج العرفي

كان من المفروض أن لا ينتج عن هذا العقد آثار سيئة لأنه وكما أسلفنا زواج شرعي, لا يختلف عن الزواج الذي كان يجري عليه العمل في ديار الإسلام, ولكن الواقع يدل على أنه أحدث آثارا سيئة , ومرد هذه الآثار السيئة إلى أمرين:

الأول: الإشكالات القديمة التي صاحبت عقود الزواج التي لم تكن توثق, فكل واحد من الزوجين كان يمكنه أن ينتفي من الزوج الآخر, كما يستطيع أن ينفي الأولاد, وقد يموت الشهود, أو ينسون أو يتراجعون عن الشهادة, فلا يستطيع الزوج المطالب بإثبات الزوجية أن يثبت العقد بطريقة من طرائق الإثبات.

الثاني: السرية التي تصاحب عقد الزواج العرفي, فلأصل في الزواج الإعلان والإشهار, والأصل في الزواج العرفي الكتمان والإسرار, لأسباب أوردتها في الحالات التي دعت لإيجاده, والزواج في السر يضيع كثيرا من الحقوق, وخاصة حقوق الزوجة والأولاد, وقد لا تستطيع المرأة أن ترفع الأمر إلى القضاء, لأن القضاء يعاقب الذي يتزوج بهذه الطريقة, وقد يرفض القانون سماع الدعوى في القضايا التي تأتي من هذا النوع١.

المطلب الثالث : حكم النسب في الزواج العرفي

أن آثار الزواج بصفة عامة بالنسبة للحقوق والالتزامات التي يرتبها عقد الزواج بين الزوجين أو لأحدهما قبل الآخر نجد أنها نفس الحقوق والالتزامات التي يرتبها الزواج العرفي فيما لو استوفى الشروط والأركان الشرعية المعتبرة, وتظهر هذه الآثار على الوجه الآتي:٢

(النسب يثبت بالزواج سواء كان رسميا أم عرفيا) فهذا لا خلاف عليه, وبالتالي يخضع الزواج العرفي المستوفي للأركان والشرائط الشرعية لنفس قواعد الزواج الرسمي عند إثبات النسب, بمعنى أن النسب يثبت بثلاثة طرق: (الزواج الصحيح أو الفاسد والبينة والإقرار).

إن نسب الولد من أمه ثابت قي كل حالات الولادة شرعية أو غير شرعية, أما نسب الولد من أبيه, لا يثبت إلا من طريق الزواج الصحيح أو الفاسد, أو الوطء لشبهة, أو الإقرار بالنسب, وأبطل الإسلام ما كان في الجاهلية من إلحاق الأولاد عن طريق الزنا, فقال عليه الصلاة والسلام: "الولد للفراش, وللعاهر الحجر" ٣(متفق عليه من حديث أبي هريرة – رضي الله عنه -/ الصنعاني, سبل السلام, ١١٤٣/٣), ومعنى الحديث أن الولد يلحق الأب الذي له زوجية صحيحة, علما بأن الفراش هو المرأة في رأي الأكثر, وقد يعبر عن حالة الافتراش, وأما الزنا فلا يصلح سببا لإثبات النسب, وإنما يستحق الزاني الرجم أو الطرد بالحجارة.

١/ ينظر مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق / ص١٥٠

٢/ ينظر احكام الزواج العرفي : ص ٧٥ – ٧٩

٣/ سبل السلام : ٣/ ١١٤٣

وقد دل ظاهر الحديث السابق على أن الولد إنما يلحق الأب بعد ثبوت الفراش, وهو لا يثبت إلا بعد الوطء في الزواج الصحيح – وكان هذا متحققا في الزواج الصحيح – والزواج الفاسد. وهذا هو رأي الجمهور, وروي عن أبي حنيفة أنه يثبت بمجرد العقد لأن مجرد المظنة كافية, ورد بمنع حصولها بمجرد العقد, بل لا بد من إمكان الوطء.١

أما طرق إثبات النسب فهي كالآتي٢:.

الطريق الأول: الزواج الصحيح أو الفاسد:

إن الزواج الصحيح أو الفاسد لإثبات النسب, وطريق لثبوته في الواقع, فمتى ثبت الزواج ولو كان فاسدا, أو كان زواجا عرفيا, أي منعقدا بطريق عقد خاص دون تسجيل في سجلات الزواج الرسمية, ثبت كل ما تأتي به المرأة من أولاد.

الطريق الثاني: ألإقرار بالنسب أو ادعاء الولد، وهو نوعان :

*** اقرار نفس المقر، فهو أن يقر الأب بالولد أو الابن بالوالد, كأن يقول: هذا ابني, أو هذا أبي, أو هذه أمي ويصح هذا الإقرار من الرجل ولو في مرض الموت.**

*** إقرار محمول على غير المقر، فهو الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب, كأن يقر شخص فيقول: هذا أخي, أو هذا عمي, أو هذا جدي, أو هذا ابن ابني.**

الطريق الثالث: البينة:

إن ثبوت النسب بالبينة أقوى من الإقرار, لأن البينة أقوى الأدلة ولأن النسب وإن ظهر بالإقرار ولكنه غير مؤكد, فاحتمل البطلان ،ونوع البينة التي يثبت بها النسب هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفة ومحمد, وشهادة رجلين فقط عند المالكية, وجميع الورثة عند الشافعية والحنابلة وأبي يوسف.

والشهادة تكون بمعاينة المشهود به أو سماعه, فإذا رأى الشاهد أو سمعه ينفسه جاز له أن يشهد, وإذا لم يره أو يسمعه ينفيه, فلا يحل له أن يشهد لقوله صلى الله عليه وسلم لشاهد: "تري الشمس: قال: نعم, فقال: على مثلها فاشهد أو دع". ٣

١/ ينظرنيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار,٢٧٩/٦ وما بعدها. ابن رشد القطبي, وينظربداية المجتهد ونهاية المقتصد, ٣٥٢/٢

٢/ ينظرالفقه الإسلامي وأدلته, ٦٩٠/٨

٣/ سبل السلام, ١٤٨١/٤

المطلب الرابع: الطلاق في الزواج العرفي

يحدث أحيانا أن يتفق الطرفان على الزواج العرفي وما يلبثان فيتفقا على إنهاء الزواج بالطلاق والطلاق يقع في مثل هذه الحالة, لكن المشكلة تظهر عندما يغيب الزوج أو يسافر فتنقطع أخباره, ولا تعلم الزوجة متى يعود؟؟

في هذه الحالة, إذا أرادت المرأة رفع دعوى إثبات الزواج من أجل التفريق, فإن التفريق في المحكمة لا يقع كون الزواج لم يوثق توثيقا رسميا مثبتا.

فهي في هذه الحالة في حيرة, إذ لا تستطع الزواج من آخر لأنها على ذمة الأول الغائب.

فقد رأى البعض أن للزوجة الحق في رفع دعوى إثبات طلاق سواء كان الزوج غائبا عنها لمدة طويلة أو انه فعلا طلقها, وذلك مع إنكار الزوج لواقعتي الزواج والطلاق.

ويقول المحامي هلال يوسف إبراهيم: "ونحن نتفق مع هذا الرأي لأنه يحل جميع المشاكل التي تترتب على الزواج العرفي وتتمكن الزوجة في هذه الحالة من الزواج بآخر حتى لا تنزلق إلى طريق الفساد وتحفظ عفتها"١.

المطلب الخامس : كيفية الحد من انتشار الزواج العرفي

ارتفعت نسبة حالات الزواج العرفي بشكل كبير في المجتمعات العربية وارتفعت بذلك دعاوى اثبات النسب بشكل اكبر ، فهل يمكن ان نعد ان الزواج العرفي حلال ام حرام وكيفية الحد منه ؟

يرى الباحثون إلى أن انتشار ظاهرة الزواج العرفي في الآونة الأخيرة يجب أن تواجه بالكثير من الإجراءات ومنها: ٢

١/ تقوية الوازع الديني لدى الشباب وتنمية التربية الدينية في عقولهم وفي ذلك ضمانة أكيدة تحد من الظلم والفساد .

٢/ فرض غرامة ضخمة يدفعها المتزوج عرفيا لزوجته الأولى التي تضار (يقع عليها الضرر) من هذا الزواج

٣ /تعديل القانون, وذلك بمنع إبرام عقود الزواج العرفي بين المواطنين, والنص على بطلان هذا العقد وعدم الاعتداد بآثاره.

---

١ / أحكام الزواج العرفي,ص ١٠٣ – ١٠٤

٢ / ينظرالإسلام وبناء الأسرة :ص١٨٦

تعليق على ما ورد أعلاه:

ونحن نعلم أن من أهم الأسباب والدوافع للزواج وانتشاره لفك القيود المفروضة على الزواج, فيكون الأخذ بهذا الرأي إضافة لقيد جديد إلى القيود السابقة, وهذا مما لا يساهم في الحد في انتشار الزواج العرفي.

أما بالنسبة للرأي الآخر الذي ينادي بإلغاء الزواج العرفي, فلا شك أنه مخالف للشريعة الإسلامية, ولم يقل أحد من أهل العلم ببطلان مثل هذا الزواج الذي اكتملت شروطه.١

لقد عالج الإسلام الفساد وحارب الرذيلة بإغلاق ابوابها اولا (علاج وقائي), فعلى سبيل المثال: فان الشارع الحكيم قبل أن يحرم الزنا أغلق الأبواب المؤدية إليه, فحرم النظر إلى الأجنبية وحرم الخلوة بها, وأمر باللباس الشرعي ونهى عن الاختلاط ... كذلك الأمر هنا, فإنه من أجل معالجة ظاهرة الزواج العرفي كان لابد من تسهيل أمور الزواج ومتطلباته والتي اثقلت كواهل الشباب مما دفعهم إلى الزواج العرفي, وإن إضافة القيود على هذا النوع من الزواج سوف تزيد من حالات الانحلال الخلقي وتدفع بالشاب إلى البحث عن أبواب أخرى لتحقيق غرائزهم. فنلاحظ أن مثل هذه القيود تساهم في تعقيد الأمور بدلا من حلها .

ويبقى الحل الأمثل لمشكلة انتشار الزواج العرفي هو التوعية الدينية في صفوف الشباب والشابات وغيرهم لضمان عدم وقوعهم في المحظور الشرعي٢.

١/ ينظر مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق, ص ١٤٩.

٢/ ينظر الإسلام وبناء الأسرة, ص ١٨٧

الخاتمة

وبناء على ما تقدم, فان الزواج الذي يعقد سرا خال من الولي والشهود, فهو زواج باطل باتفاق أهل العلم وما يترتب عليه فهو باطل. وإن عقد بولي وشهود, وتواصى الجميع على كتمانه فهو باطل عند مالك, صحيح عند سائر الأئمة, وإن عقد بولي من غير شهود فهو باطل عند الأئمة كلهم, خلافا للإمام مالك الذي لم يشترط على العقد حضور الشهود مشترطا بدلا من ذلك الإعلان والإشهار, أما الشهادة عنده فهي واجبة قبل الدخول, وإن عقد الزواج بدون ولي فهو باطل عند الأئمة غير الإمام الشافعي.

يظهر لنا من خلال هذا البحث المتواضع, أن قضية الفتوى بحرمة الزواج العرفي لعدم توثيقه قانونيا يحتاج الأمر إلى نظر وتمعن, فهو زواج شرعي, وإن طفت عليه شيء من السرية.

وفي الاتجاه المقابل فإن من يذهب إلى القول بحرمة هذا الزواج, فهو قول يحتاج أيضا إلى بيان وتفصيل الأسباب المصاحبة التي أدت إلى القول بذلك, فلا نعتبر تحريمهم له بوصفه زواجا عرفيا حكما سليما. وعلى هذا ينقشع الكثير من الخلاف حول الزواج العرفي إذا تم التعامل وفق الفهم السابق والله أعلم

وإن إصدار بعض الفتاوى التي تدعو إلى منع الزواج العرفي من منطلق الساسة الشرعية, وحق القاضي ومن يقوم مقامه, إصدار غرامات وعقوبات, كل ذلك لا بد أن يسبق بمجموعة من الإحصاءات واستبيانات لدراسة المصالح والمفاسد الناتجة عن الزواج العرفي, ومن ثم الموازنة بينها, عوضا عن قيام هذه الفتاوى على الإعلام الذي تغافل ولأسباب عديدة عن إيجابيات هذا الزواج, وركز بشكل كبير على الجانب السلبي منه.

خلاصة القول أن عقد الزواج العرفي وإن كان صحيحا من الناحية الشرعية ويمنح كلا الزوجين حل العشرة, لكنه لا يملك في أيامنا قوة إثبات الحقوق بين الزوجين إن وقع النزاع والخلاف بينهما, كما لا يستطيع إثبات نسب الأبناء من آبائهم, ولا إثبات التوارث بينهم.... وبالتالي فإن هذا النوع من العقود _ وإن قلنا بحل العشرة به _ فإننا ننصح عدم اللجوء إليه في أيامنا لأنه قد يؤدي إلى عواقب وخيمة، والحرص على الزواج الصحيح الموثق ، وان أي نوع من الزواج بين رجل وامراة مالم يوثق ويسجل بالمحكمة فهو باطل باقوال الجمهور ، لان التسجيل في المحكمة صيانة الحقوق لكلا الزوجين ولتوثيقها وثبوت النسب .

المصادر والمراجع المعتمدة

القرآن الكريم

١. أحكام الزواج العرفي : هلال يوسف ابراهيم : الإسكندرية, دار المطبوعات الجامعية, ١٩٩٥.

٢. الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي: احمد الغندور , الكويت, مكتبة الفلاح, ط ٣, ١٩٨٥.

٣ . احكام القران : ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي ، تحقبق : سالم مصطفى البدري ، دار الكتب العلمية – مصر

٤. الإسلام وبناء الأسرة: مغاوري السيد احمد بخيت , ١٤١٨ هـ _ ١٩٩٨, دار النهضة العربية, القاهرة _ مصر..

٥. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : علاء الدين بن ابي بكر بن مسعود الكاساني بيروت, دار الكتاب العربي, ط ٢, ١٩٨٢.

٦. بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ابن رشد القرطبي , حققه: ماجد الحموي, بيروت, دار ابن حزم, ط ١, ١٩٩٥.

٧. حاشية رد المحتار على الدار المختار: ابن عابدين محمد امين , مطبعة البابي الحلبي, ط ٢, ١٩٦٦.

٨. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: شمس الدين محمد عرفة الدسوقي . القاهرة, مكتبة زهران.

٩ . روضة الطالبين وعمدة المغنين : شرف الدين النووي , بيروت, المكتب الإسلامي, ط ٣, ١٩٩١

١٠ . الزواج العرفي ومنازعات البنوة : كمال صالح البنا , القاهرة, دار الكتب القانونية, ٢٠٠٢.

١١ . الزواج في الشريعة الإسلامية : علي حسب الله , دمشق, دار الفكر العربي, ط ١, ١٩٧١.

١٢. الزواج العرفي : حامد عبد الحليم الشريف القاهرة, مكتبة الدار البيضاء.

١٣ . سبل السلام شرح بلوغ المرام : محمد بن اسماعيل الصنعاني , تحقيق: إبراهيم عصر, القاهرة, دار الحديث, ط ٧, ١٩٩٢.

١٤ : سنن الترمذي :ابو عيسى بن سورة الترمذي ، تحقيق محمود محمد محمود ، دار الكتب العلمية مصر

١٥ . السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية : عبد الفتاح عمرو, عمان, دار النفائس, ط ١, ١٩٩٦.

١٦ . الشرح الصغير على اقرب المسالك: ابو البركات احمد الدردير, حققه: كمال المرصفي, ١٩٨٩.

١٧. شرح فتح القدير على الهداية: كمال الدين ابن االهمام بيروت, دار الفكر, ط ٢.

١٨ . الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية والعامة : محمود شلتوت , ط ٨, ١٣٩٥ هـ _ ١٩٧٥م, دار الشروق, القاهرة _ مصر.

١٩. فتاوى علي الطنطاوي: علي الطنطاوي , جمعها ورتبها: مجاهد ديرانية, دار المنارة, ط ٤,

٢٠ .فتاوى شرعية وبحوث إسلامية: محمد حسنين مخلوف, القاهرة, دار الاعتصام.م.

٢١ . الفقه الإسلامي وأدلته :وهبة الزحيلي , دمشق, دار الفكر, ط ٣, ١٩٨٩

٢٢ .القوانين الفقهية : محمد بن احمد بن الجزي الغرناطي – تحقيق : ماجد الحموي _ دار ابن حزم

٢٣. لسان العرب: ابو الفضل جمال الدين بن منظور , بيروت, دار صادر, ط ١, ١٩٩٠.

٢٤ .مجموع الفتاوى: تقي الدين ابن تيمية, تحقيق: عامر الجزار وآخرون, المنصورة, دار الوفاء, ط ١, ١٩٩٧.

٢٥ . مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق: اسامة عمر سليمان الاشقر , عمان, دار النفائس, ط ١, ٢٠٠٠

٢٦ .مسند الامام احمد بن حنبل : الامام احمد بن حنبل ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية – مصر

٢٧ .المغني: موفق الدين ابو محمد ابن قدامة، تحقيق: عبد الله تركي وآخرون, القاهرة, مطبعة هجر القاهرة, ط ١, ١٩٨٩.

٢٨ . نظرية العرف : عبد العزيز الخياط , عمان, مكتبة الأقصى.

٢٩ . نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار: محمد بن علي الشوكاني , بيروت, دار الخير, ط ١, ١٩٩٦.

٣٠ . نظام الأسرة في الإسلام: محمد عقلة , عمان, مكتبة الرسالة, ط ٢, ١٩٨٩

المجلات :

١ . مجلة البحوث الفقهية,الزواج العرفي العدد ٣٦, السنة ٩, رجب / نوفمبر ١٤١٨ _ ١٩٩٧.

٢ . مجلة جامعة تكريت للحقوق : الفروق بين انواع عقود الزواج الشائعة وحكمها في لفقه الاسلامي والقانون : د.نوري حمه سعيد _ العدد ٢ السنة الاولى ٢٠١٧